

00.052

**Botschaft
zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung
und Vermögensübertragung
(Fusionsgesetz; FusG)**

vom 13. Juni 2000

Sehr geehrte Herren Präsidenten,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) und beantragen Ihnen, dem beiliegenden Gesetzesentwurf zuzustimmen.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

13. Juni 2000

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

11011

Der Bundespräsident: Adolf Ogi

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Der vorliegende Entwurf regelt die privatrechtlichen Aspekte der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung von Gesellschaften. Die neuen Bestimmungen sollen die bestehenden Vorschriften des Obligationenrechts über die Fusion und Umwandlung ersetzen und bedeutende Regelungslücken schliessen. Während das geltende Recht die Fusion nur für Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Genossenschaften regelt, soll sie inskünftig für alle Handelsgesellschaften (Kollektivgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung), für Genossenschaften sowie für Vereine und Stiftungen gesetzlich geordnet werden. Weiter soll die Änderung der Rechtsform, die bis heute vom Gesetz nur für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung geregelt wird, generell vorgesehen werden, soweit die Strukturen der betroffenen Rechtsformen grundsätzlich vereinbar sind. Die Umwandlung bedingt in ihrer neuen Ausgestaltung keine Übertragung von Rechtsbeziehungen, sondern besteht in einem blossen Wechsel der Rechtsform unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen. Zusätzlich soll die Neustrukturierung von Unternehmen durch die Einführung des Rechtsinstituts der Spaltung erleichtert werden; die Spaltung erlaubt eine Neuzuteilung des Vermögens und der Mitgliedschaftsrechte. Schliesslich wird die Übertragung eines Unternehmens oder eines Teils davon durch das neue Instrument der Vermögensübertragung erleichtert.

Die neuen Regelungen der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung erfassen sowohl Vorgänge unter Gesellschaften derselben Rechtsform (bspw. die Fusion von zwei Vereinen) wie auch solche unter Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform (bspw. die Fusion eines Vereins mit einer Genossenschaft). Die vorgeschlagene Neuordnung erstreckt sich ausserdem auf grenzüberschreitende Vorgänge, d.h. auf solche, an denen Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Staaten beteiligt sind. Erfasst werden ebenfalls Fusionen und Umwandlungen, die der Überführung von Instituten des öffentlichen Rechts in Gesellschaften des Privatrechts dienen (bspw. die Umwandlung einer Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft).

Der vorliegende Entwurf bezweckt, eine grössere Beweglichkeit innerhalb der Rechtsformen zu schaffen und eine optimale rechtliche Organisation von Unternehmensträgern zu ermöglichen. Der Entwurf gewährleistet weiter auch die für entsprechende Vorgänge erforderliche Rechtssicherheit und Transparenz unter Berücksichtigung der Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie der Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Er trägt dazu bei, die Rahmenbedingungen der Schweiz als Wirtschaftsstandort zu verbessern.

Um zu vermeiden, dass den neuen privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten Hindernisse entgegenstehen, die sich aus dem Steuerrecht ergeben können, wird dieses so teilrevidiert, dass die Umstrukturierung von Unternehmen erleichtert wird. Der entsprechende Entwurf findet sich im Anhang.

Für eine ausführliche Zusammenfassung der Botschaft siehe Ziffer 1.3

Botschaft

1 Allgemeiner Teil

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Die geltende gesetzliche Regelung

Die Aktienrechtsrevision von 1991 (Bundesgesetz vom 4.10.1991, in Kraft seit dem 1.7.1992; AS 1992 733) hat die gesetzliche Regelung der Fusion und der Umwandlung von Gesellschaften nicht berührt. Die entsprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts (OR; SR 220) sind deshalb seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1937 unverändert geblieben. Sie sind durch einen punktuellen und kasuistischen Ansatz gekennzeichnet.

Das Obligationenrecht regelt nur die Fusion zwischen Aktiengesellschaften (Art. 748 ff. OR), zwischen Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 3 OR) und zwischen Genossenschaften (Art. 914 OR). Eine Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform sieht das Gesetz lediglich für den (sehr seltenen) Fall der Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer Kommanditaktiengesellschaft vor (Art. 750, 770 Abs. 3 OR). Ferner enthält das Obligationenrecht Vorschriften für die Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 715, 915 OR). Dagegen findet sich keine gesetzliche Grundlage für die Fusion von GmbH, Kollektivgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Vereinen und Stiftungen. Auch fehlt eine klare gesetzliche Grundlage für grenzüberschreitende Fusionen, das heisst für Fusionen von Gesellschaften, die ihren Sitz in verschiedenen Staaten haben.

Die Umwandlung ist im Obligationenrecht nur für den Fall der Überführung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH geregelt (Art. 824 ff. OR). Ferner ermächtigt Artikel 14 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) den Bundesrat, zur Vermeidung einer Liquidation allgemein oder für einzelne Fälle erleichternde Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaftsbank in eine Aktiengesellschaft, in eine Kommanditaktiengesellschaft oder in eine GmbH aufzustellen.

Das Rechtsinstitut der Spaltung ist dem schweizerischen Privatrecht völlig unbekannt.

Die geltende Regelung der Übernahme eines Vermögens (Art. 181 OR) vermag den heutigen Anforderungen der Praxis nicht zu genügen, so vor allem nicht im Fall der Übernahme einer grossen Anzahl von Vermögenswerten (teilweise oder vollständige Übernahme eines Unternehmens)¹.

¹ S. auch hinten Ziff. 1.3.2.4.

1.1.2 Entwicklungen in der Praxis

Die herrschende Lehre hat lange Zeit die Auffassung vertreten, die Möglichkeiten der Fusion würden durch das Gesetz abschliessend geregelt². Demgegenüber hat das Bundesgericht die Fusion von zwei Vereinen als zulässig erachtet, ohne jedoch auf die Frage der fehlenden gesetzlichen Grundlage einzutreten (BGE 57 II 1). In einem späteren Entscheid (BGE 115 II 415) hat das Bundesgericht die Möglichkeit der Fusion zweier Stiftungen ausdrücklich anerkannt, obwohl sie vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Die Folgerungen, die aus diesem Grundsatzentscheid zu ziehen waren, erörterte das Bundesgericht jedoch nicht näher.

Auf Grund der Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde in der Literatur zum Teil die Auffassung vertreten, auch die Fusion juristischer Personen unterschiedlicher Rechtsform sei ohne gesetzliche Grundlage zulässig³. 1992 hatte das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) zum ersten Mal ein Gesuch um Eintragung ins Handelsregister zu beurteilen, das die Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform betraf. Angesichts der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) Herrn Prof. Dr. iur. Frank Vischer, Basel, ein Gutachten zu erstellen zu den Fragen der Zulässigkeit der Fusion von GmbH, der Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform sowie der grenzüberschreitenden Fusion. Der Experte bejahte grundsätzlich die Zulässigkeit dieser gesetzlich nicht vorgesehenen Fusionsfälle. Er stützte sich dabei namentlich auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften zur Fusion (Art. 748 ff. OR), auf eine Analyse der betroffenen Interessen sowie auf rechtsvergleichende Überlegungen⁴.

Ausgehend von diesem Gutachten wurde die Praxis der Handelsregisterbehörden in erheblicher Weise liberalisiert. Heute werden Fusionen von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform grundsätzlich zugelassen, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die rechtlichen Strukturen der fusionierenden Gesellschaften müssen in ihren Grundzügen kompatibel sein.
- Die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger dürfen weder unmittelbar noch potenziell beeinträchtigt werden.

² Die Lehre im Gesellschaftsrecht sprach sich einheitlich gegen die Zulässigkeit gesetzlich nicht vorgesehener Fusionen aus; s. insbes. Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750 N 11; Christoph von Greyerz, Schweizerisches Privatrecht VIII/2, Basel und Frankfurt am Main 1982, S. 287 f.; A. Janggen / H. Becker, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berner Kommentar, Bern 1939, Art. 823 N 28; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Bern 1989 (vgl. aber die späteren Auflagen), § 14 N 78, § 16 N 60; Rudolf Tschäni, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, Basel und Frankfurt am Main 1991, S. 63. In der Lehre zum Vereins- und Stiftungsrecht wurde demgegenüber eine gesetzliche Grundlage für die Fusion als nicht erforderlich erachtet: Anton Heini, Das schweizerische Vereinsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1988, S. 37; Mario M. Pedrazzini / Niklaus Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 3. Aufl., Bern 1989, S. 262; Hans Michael Riemer, Die Stiftungen, Berner Kommentar, Bern 1975, Art. 88–89 N 76 ff.; ders., Die Vereine, Berner Kommentar, Bern 1990, Art. 76–79 N 71 ff.

³ S. Manfred Küng, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 245.

⁴ S. Frank Vischer, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, S. 1 ff.

- Die Kontinuität des Vermögens muss gewährleistet bleiben.
- Die Kontinuität der Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter muss ebenfalls gewahrt werden, und die Fusion darf die Rechtsstellung der Beteiligten ohne die Zustimmung aller Betroffenen nicht in wesentlicher Weise beeinträchtigen.

Die Liberalisierung der Praxis betreffend die Eintragung von Fusionen im Handelsregister wurde anschliessend auf Umwandlungen ausgedehnt. Die Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform kann gedanklich in zwei Schritte zerlegt werden: Die übertragende Gesellschaft wird vorerst in die Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft umgewandelt; anschliessend erfolgt eine Fusion von zwei Gesellschaften gleicher Rechtsform. Das EHRA hat deshalb 1994 entschieden, Umwandlungen von Gesellschaften unter denselben Voraussetzungen wie Fusionen von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform zuzulassen und entsprechende Einträge im Handelsregister zu genehmigen. Dieser Entscheid wurde unabhängig von einem konkreten Fall getroffen, bevor überhaupt die Eintragung einer entsprechenden Umwandlung im Handelsregister beantragt wurde.

Ins Handelsregister eingetragen wurden bisher namentlich Absorptionen von GmbH sowie von Genossenschaften durch Aktiengesellschaften. Eingetragen wurden ebenfalls Umwandlungen von GmbH⁵ und Genossenschaften in Aktiengesellschaften sowie die Umwandlung eines Vereins in eine Aktiengesellschaft⁶. Zugelassen wurden ausserdem die Übernahme eines Instituts des öffentlichen Rechts mit juristischer Persönlichkeit (im konkreten Fall einer Kantonalbank) durch eine Aktiengesellschaft und die Umwandlung öffentlich-rechtlicher Institute in Aktiengesellschaften⁷.

In einem Urteil vom 20. November 1998 (BGE 125 III 18) hat das Bundesgericht diese neue Praxis der Handelsregisterbehörden bestätigt, so zumindest für die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft. In diesem Grundsatzentscheid hält das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass das Gesetz die Fusion und die Umwandlung nicht abschliessend regelt. Was die Zulässigkeit entsprechender Vorgänge betrifft, gibt das Bundesgericht in seinem Entscheid die vom EHRA erarbeiteten Kriterien wieder (BGE 125 III 18, insbes. E. 4a, S. 24):

- Die beteiligten Rechtsformen müssen grundsätzlich kompatibel sein.
- Die vermögensmässige und die mitgliedschaftliche Kontinuität müssen gewahrt bleiben.
- Der beabsichtigte Vorgang darf die direkten oder potenziellen Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger nicht beeinträchtigen.

⁵ Zu den Voraussetzungen der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft s. BGE 125 III 18 und Roland von Büren / Johannes Bürgi, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX, Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis 1/99, S. 3 ff.

⁶ Die Praxis des Eidg. Amts für das Handelsregister in Fragen betreffend Umwandlungen und rechtsformüberschreitende Fusionen, REPRAX, Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis 1/99, S. 47 ff.

⁷ Für weitere Einzelheiten zur Änderung der Praxis der Handelsregisterbehörden s. insbes. Roland von Büren, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995, S. 85 ff., insbes. S. 89 ff.

1.2

Entstehungsgeschichte des Gesetzes

1.2.1

Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Die geltenden Bestimmungen über die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Gesellschaften erweisen sich als unvollständig, wenig flexibel und lückenhaft⁸:

- Für die meisten Rechtsformen ist die Fusion im Gesetz nicht vorgesehen, so für Vereine, Stiftungen, Personengesellschaften (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften), GmbH und öffentlich-rechtliche Institute. Es gibt zudem keine gesetzliche Grundlage für die Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform ausser für die (praktisch inexistente) Fusion einer Kommanditaktiengesellschaft mit einer Aktiengesellschaft (Art. 750, 770 Abs. 3 OR). Das Gleiche gilt für grenzüberschreitende Fusionen (das heisst für Fusionen von Gesellschaften, die ihren Sitz in verschiedenen Staaten haben).
- Die geltenden Vorschriften für Fusionen sind teilweise materiell überprüfungsbedürftig. Dies gilt etwa für die Pflicht, die Vermögensmassen fusionierter Gesellschaften getrennt zu verwalten, bis die Gläubigerinnen und Gläubiger befriedigt worden sind oder Sicherheiten erhalten haben (Art. 748 Ziff. 2, Art. 914 Ziff. 2 OR). Die entsprechende Regelung ist in der Praxis oft kaum durchführbar⁹. Weiter ist beispielsweise die Zulässigkeit der Fusion überschuldeter Gesellschaften umstritten. Es stellt sich dabei die Frage der Anwendung von Artikel 725 OR. Eine solche Fusion kann für die Gläubigerinnen und Gläubiger der daran beteiligten „gesunden“ Gesellschaft mit erheblichen Risiken verbunden sein¹⁰. Eine Klarstellung der Rechtslage durch das Gesetz erscheint notwendig.
- Die Umwandlung einer Gesellschaft ist im geltenden Recht nur punktuell vorgesehen (Art. 824 ff. OR, Art. 14 BankG). Es besteht aber ein wachsendes Bedürfnis, die Rechtsform einer Gesellschaft neuen Umständen anpassen zu können, so etwa auf Grund des Wachstums des Unternehmens oder um Zugang zum Kapitalmarkt zu erhalten. Auf Grund der liberalen Praxis der Handelsregisterbehörden konnten schon bisher verschiedene Vorgänge verwirklicht werden; für die Wirtschaft ist jedoch von erheblicher Bedeutung, dass die Voraussetzungen klar durch das Gesetz definiert werden.
- Die Spaltung ist im geltenden Privatrecht nicht vorgesehen und muss als unzulässig gelten¹¹, sofern sie die Teilung und die Verminderung des Haftungssubstrats einer Gesellschaft zur Folge hat. Auch eine asymmetrische Spaltung – das heisst eine Spaltung, die eine Veränderung der Beteiligungs-

⁸ S. auch Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, Schlussbericht vom 24. September 1993, S. 64 (hiernach: Schlussbericht). Dieser Bericht kann bei der Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale (EDMZ), 3003 Bern bestellt werden (Artikel-Nr. 407.020.d).

⁹ S. die Kritik von Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 296c, 296 g. S. auch hinten den Kommentar zu Art. 25.

¹⁰ S. namentlich Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 294 f.

¹¹ S. Balthasar Bessenich, Gedanken zur Einführung der Spaltung im schweizerischen Aktienrecht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1992, S. 175; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 24 N 67; Henry Peter, La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, La Semaine judiciaire 1999 II S. 101 ff., insbes. S. 115; Pierre-Alain Reardon, La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés, Genf 1974, S. 49.

verhältnisse bewirkt¹² – ist ohne gesetzliche Grundlage ausgeschlossen, da sie die Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter inhaltlich tiefgreifend verändern kann.

- Während die Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (Bund, Kanton oder Gemeinde) im Gesetz vorgesehen ist (Art. 751, 915 OR), fehlt für die Überführung eines öffentlich-rechtlichen Instituts in eine Rechtsform des Privatrechts durch Umwandlung oder Fusion eine gesetzliche Grundlage. In der Praxis ergibt sich jedoch zunehmend das Bedürfnis nach entsprechenden Restrukturierungen, so namentlich für Kantonalbanken, Spitäler und staatliche Elektrizitätsunternehmen, die eine Umwandlung in eine Aktiengesellschaft anstreben.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass gesetzliche Grundlagen für bedeutende rechtliche Restrukturierungen von Unternehmen fehlen. Die Lückenfüllung durch eine liberale Praxis der Handelsregisterbehörden¹³, die vom Bundesgericht gestützt wurde (BGE 125 III 18), kann nur eine Übergangslösung darstellen; aus Gründen der Rechtssicherheit bedürfen die offenen Fragen zwingend einer Regelung durch den Gesetzgeber.

Entgegen einzelner anderer Ansichten¹⁴ rechtfertigt der Grundsatz der Privatautonomie nur beschränkt eine Erweiterung der Möglichkeiten der Fusion und Umwandlung oder gar die Einführung der Spaltung. Auf Grund der Folgen, die sich für Dritte ergeben können, ist die Privatautonomie im Bereich des Gesellschaftsrechts von vornherein nur von beschränkter Tragfähigkeit. Bei der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung kann die Gefahr der Verletzung der Rechte Dritter (der Gläubigerinnen und Gläubiger) nicht ausgeschlossen werden. Falls durch eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter verändert wird, folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie ausserdem, dass die Zustimmung aller Betroffenen erforderlich ist; diese Voraussetzung lässt sich jedoch in der Praxis häufig nicht verwirklichen. Der Grundsatz der Privatautonomie beruht in seinem Kern auf dem Modell der vertraglichen Vereinbarung. Er stellt aus den hier angeführten Gründen keine wirklich hinreichende Grundlage für die Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten der Restrukturierung von Unternehmensstrukturen dar. Die von den Handelsregisterbehörden vorgenommene Liberalisierung beruht vielmehr auf einer analogen Anwendung der bestehenden gesetzlichen Regelungen und auf einer Lückenfüllung, die den aktuellen Bedürfnissen Rechnung trägt. Dabei bleiben aber stets wichtige Fragen offen.

Im geltenden Recht fehlt eine gesetzliche Regelung der Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform, die ohne weiteres sinngemäss angewendet werden könnte. Daraus ergeben sich ein Mangel an Transparenz der rechtlichen Ordnung sowie eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die sich negativ auf die Bedingungen des Wirtschaftsstandortes auswirkt. Vorhaben zur Änderung der juristischen Unternehmensstrukturen setzen nicht selten eine umfangreiche und kostspielige Rechtsberatung voraus, die für kleinere Unternehmen kaum tragbar ist. Weiter kann sich die

¹² Für Einzelheiten s. hinten den Kommentar zu Art. 31.

¹³ S. vorne Ziff. 1.1.2.

¹⁴ S. namentlich Manfred Küng, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 245 ff., insbes. S. 252 f.; Christian Meier-Schatz, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1994, S. 353 ff., insbes. S. 376.

Frage der Zulässigkeit der Fusion von Unternehmen unterschiedlicher Rechtsform je nach den Umständen als derart komplex erweisen, dass sie nicht der Praxis überlassen werden kann und soll.

Trotz den gegebenen Bedürfnissen der Wirtschaft ist eine eigentliche gesellschaftsrechtliche Spaltung mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht möglich.

Es ist deshalb Sache des Gesetzgebers, die erforderlichen Entscheide unter Beachtung aller sich gegenüberstehenden Interessen zu treffen und durch die Festlegung klarer gesetzlicher Voraussetzungen die für gesellschaftsrechtliche Restrukturierungen unentbehrliche Rechtssicherheit zu schaffen. Insbesondere muss der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Personen mit Minderheitsbeteiligungen sichergestellt und inhaltlich durch den Gesetzgeber bestimmt werden.

1.2.2 Vorentwurf von 1997

Im Rahmen der Verhandlungen zum Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zu Beginn der Neunzigerjahre stellte das Bundesamt für Justiz (BJ) bei rechtsvergleichenden Arbeiten fest, dass die schweizerische Regelung der Fusion wichtige Fragen offen lässt und dass in der Schweiz die Möglichkeit einer Spaltung von Rechtsträgern fehlt. Gleichzeitig zeigte sich in der Wirtschaft vermehrt das Bedürfnis nach flexibleren Unternehmensstrukturen. Namentlich die Fusion von Unternehmen unterschiedlicher Rechtsform sowie die Umwandlung sollten ermöglicht werden. 1992 beauftragte das BJ Herrn Prof. Dr. iur. Frank Vischer, Basel, einen Vorentwurf für eine Neuregelung der Fusion juristischer Personen (unter Einschluss von Vereinen und Stiftungen) auszuarbeiten. Er erhielt zudem den Auftrag, einen Vorschlag für eine Regelung der Spaltung von Gesellschaften zu erarbeiten. Später wurde der Auftrag auf die Umwandlung der Rechtsform ausgedehnt.

Nach Abschluss der Aktienrechtsrevision von 1991 und mit Blick auf die Vielzahl weiterer Reformpostulate setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement im Januar 1993 eine Groupe de réflexion ein, die mit der Überprüfung des Handlungsbedarfs im Bereich des Gesellschaftsrechts betraut wurde. Diese Arbeitsgruppe hat sich unter anderem auch mit der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung von Gesellschaften befasst. In ihrem Schlussbericht kam sie zum Ergebnis, dass das schweizerische Recht die Fusion und die Umwandlung der Rechtsform nur unvollständig regle und sich durch mangelnde Flexibilität auszeichne¹⁵. Die Groupe de réflexion wies mit Nachdruck auf den Handlungsbedarf in diesem Bereich hin und begründete die Schaffung eines neuen Gesetzes über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung. Sie erachtete es jedoch als unabdingbar, dass durch Modifikationen des Steuerrechts die steuerliche Neutralität der vorgesehenen Restrukturierungsmöglichkeiten gewährleistet werde¹⁶.

Nach Vorliegen eines ersten Expertenentwurfs von Herrn Prof. Dr. iur. Frank Vischer hat der Bundesrat die Eidgenössische Steuerverwaltung (Eidgenössisches Finanzdepartement) in Entsprechung der Forderungen der Groupe de réflexion beauftragt, Vorschläge für eine Revision des Steuerrechts auszuarbeiten. Zu diesem Zweck hat die Eidgenössische Steuerverwaltung eine Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ eingesetzt. Gleichzeitig wurde der zivilrechtliche Expertenent-

¹⁵ Schlussbericht, S. 63.

¹⁶ Schlussbericht, S. 67 f. und 81; s. auch unten Ziff. 1.3.9.

wurf von Herrn Prof. Dr. iur. Frank Vischer in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA) auf der Grundlage der praktischen Erfahrungen in Fällen komplexer Fusionen und Umwandlungen überarbeitet und durch Normen des internationalen Privatrechts und des Handelsregisterrechts ergänzt.

1.2.3 Vernehmlassungsverfahren

1.2.3.1 Einleitung

Am 1. Dezember 1997 hat der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement sowie das Eidgenössische Finanzdepartement beauftragt, über den Vorentwurf zum Fusionsgesetz sowie über den Bericht der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Die Frist zur Vernehmlassung dauerte bis zum 31. Mai 1998. Zur Teilnahme eingeladen wurden das Bundesgericht in Lausanne, das Eidgenössische Versicherungsgericht in Luzern, sämtliche Kantone, alle im Parlament vertretenen Parteien, die schweizerischen Universitäten sowie 66 Organisationen. Insgesamt wurden 72 Stellungnahmen eingereicht. An der Vernehmlassung beteiligten sich 25 Kantone, vier politische Parteien, sieben Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, sieben eidgenössische und kantonale Behörden sowie 29 interessierte Organisationen und Privatpersonen (acht Stellungnahmen stammen von Teilnehmern, die nicht offiziell zur Vernehmlassung eingeladen worden waren). Die Stellungnahmen verschiedener Kantone folgen einem von der Konferenz staatlicher Steuerbeamter erstellten Text oder verweisen darauf.

1.2.3.2 Allgemeine Beurteilung des Vorentwurfs zum Fusionsgesetz

1.2.3.2.1 Grundsätzliche Zustimmung

Die interessierten Kreise haben den Vorentwurf zum Fusionsgesetz sehr positiv aufgenommen. Eine einzige Stellungnahme (Kanton Genf) lehnt die vorgeschlagene Regelung mit der Begründung ab, sie verursache sowohl Steuerausfälle als auch erhöhte Gesamtkosten zu Lasten der Wirtschaft. Der Revisionsbedarf der bestehenden Rechtsvorschriften im Bereich der Fusion und Umwandlung wird allgemein anerkannt. Es wird auch als notwendig erachtet, die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Unternehmen unabhängig von deren Rechtsform zuzulassen. Die vorgeschlagene Regelung entspreche den Bedürfnissen der Wirtschaft, sie ermögliche die für die rechtliche Organisation von Unternehmen erforderliche Flexibilität und gewährleiste die für diese Vorgänge unabdingbare Rechtssicherheit. Positiv beurteilt wird auch die Schaffung eines Sondergesetzes (nur zwei Kantone zeigen sich dazu skeptisch). Mehrere Stellungnahmen loben die geleistete Arbeit und die Qualität des Vorentwurfs. Weiter wird der Wunsch geäußert, die Vorlage möge vom Parlament rasch behandelt und das Gesetz möglichst bald in Kraft gesetzt werden.

Die rechtsvergleichende Berücksichtigung der EG-Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts wird in sämtlichen Stellungnahmen – soweit sie sich dazu äussern – positiv gewürdigt; einzig der Vorort bringt gewisse Vorbehalte an.

1.2.3.2.2 Hauptpunkte der Kritik

Obleich der Vorentwurf zum Fusionsgesetz im Allgemeinen begrüsst wird, gibt es auch kritische Einwände und zusätzliche Vorschläge. In den Stellungnahmen werden namentlich die folgende Punkte angesprochen¹⁷.

1.2.3.2.2.1 Regelungsdichte

In den Vernehmlassungen einiger Kantone, der bürgerlichen Parteien und der Arbeitgeberorganisationen wird die normative Dichte des Vorentwurfs beanstandet. Der Umfang (etwa 100 Artikel) und der Detaillierungsgrad der Regelung seien übertrieben. Es wird befürchtet, dass sich daraus ein Mangel an Flexibilität ergeben könnte. Verschiedene Fragen seien besser der Praxis zu überlassen oder in einer Verordnung des Bundesrates zu regeln.

1.2.3.2.2.2 Erweiterung der zulässigen Restrukturierungsmöglichkeiten

In der Frage der gesetzlichen Umschreibung der Möglichkeiten der Fusion, Spaltung und Umwandlung gehen die Meinungen auseinander. In verschiedenen Stellungnahmen wird die vom Vorentwurf vorgeschlagene Lösung einer abschliessenden Aufzählung der zulässigen Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen („*numerus clausus*“) im Interesse der erforderlichen Rechtssicherheit ausdrücklich unterstützt. Demgegenüber fordern andere Vernehmlassungsteilnehmer eine möglichst offene Fassung der Definition der zulässigen Vorgänge. Angesprochen wird namentlich eine Regelung mittels einer Generalklausel, wobei alle Vorgänge zuzulassen seien mit Ausnahme jener, die offensichtlich inkompatible Rechtsformen betreffen. Eine solche Ordnung erlaube es, auch zukünftigen, noch nicht vorhersehbaren Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Eine Zwischenlösung wird vom Schweizerischen Anwaltsverband vorgeschlagen, der anregt, eine an sich abschliessende Aufzählung mit einer Delegation an den Bundesrat zu verbinden, womit diesem die Kompetenz zur Bewilligung von Ausnahmen für nicht vorgesehene Fälle übertragen würde.

1.2.3.2.2.3 Vereinfachte Verfahren für KMU

Verschiedene Kantone, politische Parteien sowie der Vorort und Verbände der Landwirtschaft wenden ein, die vorgesehenen Regelungen der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung würden den Interessen und Bedürfnissen der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) nicht hinreichend Rechnung tragen; für KMU sollten erleichterte Verfahren geschaffen werden. Diese Forderung wird hauptsächlich mit der Befürchtung begründet, dass die Kosten, die mit einem entsprechenden Vorhaben verbunden sind (Erstellen eines Zwischenabschlusses, öffentliche Urkunde,

¹⁷ Stellungnahmen, die sich auf rein technische Fragen beziehen, werden im Rahmen der Kommentierung der entsprechenden Bestimmungen behandelt.

Honorar für die Revisionsstelle usw.), die Möglichkeiten der KMU übersteigen könnten.

1.2.3.2.2.4 Soziale Aspekte – Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen

Nach Auffassung einzelner Kantone sollte sich das Fusionsgesetz auch mit den wirtschaftlichen und sozialen Konsequenzen von Unternehmensrestrukturierungen befassen und deren negative Auswirkungen mildern. Die Sozialdemokratische Partei sowie verschiedene Arbeitnehmerorganisationen fordern ebenfalls, dass das Fusionsgesetz durch Massnahmen zur Einschränkung der sozialen Folgen von Struktur Anpassungen ergänzt werde. In diesem Sinne werden eine Solidarhaftung für Lohnzahlungen, der Fortbestand von Gesamtarbeitsverträgen sowie eine Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorgeschlagen. Die Frage des Arbeitnehmerschutzes bei strukturellen Anpassungen müsse im Rahmen der Ausarbeitung des Fusionsgesetzes zumindest untersucht werden.

1.2.3.2.2.5 Personalvorsorgeeinrichtungen und Stiftungen

Verschiedene Vernehmlassungen befassen sich mit den Bestimmungen des Vorentwurfs zur Fusion und zur Spaltung von Personalvorsorgeeinrichtungen. In einigen Stellungnahmen wird die Auffassung vertreten, dass diese Vorgänge ausschliesslich im Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) bzw. im Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz; FZG; SR 831.42) zu regeln seien. Nebst der gesetzsystematischen Zuordnung wird die vorgeschlagene Ordnung von verschiedenen Kantonen und Interessenverbänden auch in materieller Hinsicht kritisiert. Die Vorschriften des Vorentwurfs seien vorwiegend für Handelsgesellschaften konzipiert und würden daher den Besonderheiten von Institutionen der beruflichen Vorsorge nicht genügend Rechnung tragen.

Die Kritik an den Bestimmungen für Personalvorsorgeeinrichtungen erfasst zum Teil auch die Regelungsvorschläge des Vorentwurfs für Stiftungen im Allgemeinen.

1.2.3.3 Allgemeine Beurteilung des Berichts der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“

1.2.3.3.1 Allgemeines

Die meisten Kantone wie auch zahlreiche andere Vernehmlassungsteilnehmer begrüßen das Bestreben, die steuerrechtlichen Vorschriften im Bereich der Umstrukturierungen zu revidieren.

1.2.3.3.1.1 Finanzpolitische Beurteilung

Die meisten Kantone wie auch einzelne andere Vernehmlassungsteilnehmer warnen davor, die mit den Vorschlägen der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ verbundenen Steuerausfälle zu unterschätzen.

1.2.3.3.1.2 Unternehmenssteuerreform 1997

Die meisten Kantone wie auch zahlreiche andere Vernehmlassungsteilnehmer weisen darauf hin, dass der Gesetzesentwurf der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ an die Unternehmenssteuerreform 1997 angepasst werden muss.

1.2.3.3.1.3 Inkrafttreten

Die meisten Kantone verneinen einen unmittelbaren Handlungsbedarf für eine besonders rasche Umsetzung. Die andern Vernehmlassungsteilnehmer legen mehrheitlich grossen Wert darauf, dass die Botschaft zügig ausgearbeitet und der steuerliche Teil möglichst rasch in Kraft gesetzt wird.

1.2.3.3.2 Änderung des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG)

1.2.3.3.2.1 Allgemeines

Diejenigen Änderungsvorschläge, welche sowohl das DBG wie auch das Bundesgesetz über die Steuerharmonisierung (StHG) betreffen, werden unter der Rubrik DBG kommentiert.

1.2.3.3.2.2 Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ schlug vor, Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen bei Fusionen sowohl von den Einkommenssteuern als auch von der Verrechnungssteuer auszunehmen. Fast alle Kantone verlangen mit Vehemenz, dass Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen weiterhin steuerbar sein müssen. Die meisten andern Vernehmlassungsteilnehmer begrüßen die Steuerfreiheit von Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen, weisen aber auch auf einen Widerspruch zum Nennwertprinzip hin.

1.2.3.3.2.3 Steuerneutralität der Umstrukturierungen

1.2.3.3.2.3.1 Allgemeines zur Steuerneutralität

Ausser Genf sind alle Kantone damit einverstanden, dass die im Entwurf des Fusionsgesetzes geregelten Umstrukturierungstatbestände steuerneutral durchgeführt werden können. Fünf Kantone erblicken im Vorschlag der Arbeitsgruppe „Steuern

bei Umstrukturierungen“ einen „Mix“ zwischen Generalklausel und Detailregelung. Viele andere Vernehmlassungsteilnehmer begrüssen den Vorschlag der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“, welcher die Umstrukturierungen nicht mehr abschliessend aufzählt. Mehrere unter ihnen sprechen sich dafür aus, im Anschluss an eine Generalklausel die zusätzlichen Anforderungen an bestimmte Reorganisationsformen einzeln und abschliessend aufzuzählen.

1.2.3.3.2.3.2 Selbstständige Betriebe oder Betriebsteile

Die meisten Kantone sind der Ansicht, dass eine Umstrukturierung bereits als steuerneutral anerkannt werden könnte, wenn ein Betrieb oder ein Betriebsteil übertragen wird. Auf das Adjektiv „selbstständig“ könne verzichtet werden. Alle andern Vernehmlassungsteilnehmer, welche sich zum Erfordernis der selbstständigen Betriebe oder Betriebsteile äussern, betrachten dieses vor allem bei Umwandlungen und Fusionen juristischer Personen als zu einengend. Zum Begriff „Betriebsteil“ werden die Ausdrücke „Teilbetriebe“ und „betriebliche Einheiten“ als Alternativen zur Diskussion gestellt.

1.2.3.3.2.3.3 Weiterführung der betrieblichen Tätigkeit

Für die meisten Kantone ist wichtig, dass die aus einer Umstrukturierung hervorgegangenen wirtschaftlichen Einheiten die betriebliche Tätigkeit weiterführen. Die Steuerneutralität der Spaltung sollte aber nicht daran scheitern, dass die spaltende Gesellschaft nach der Übertragung eines Betriebs auf eine Tochtergesellschaft selber keinen Betrieb mehr führt. Von den weiteren Vernehmlassungsteilnehmern äussern sich nur zwei zum Erfordernis der Weiterführung der betrieblichen Tätigkeit. Beide sind der Ansicht, dass eine Lockerung angezeigt ist.

1.2.3.3.2.3.4 Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten als Gegenleistung der übernehmenden juristischen Person

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ wollte die Steuerneutralität der Fusion davon abhängig machen, dass die Gegenleistung der übernehmenden juristischen Person im Wesentlichen in der Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten besteht. Aus der Sicht der Kantone würde es genügen, die Steuerneutralität von der Schaffung eines angemessenen Eigenkapitals (sowie von der Übertragung der Aktiven zu den bisherigen Gewinnsteuerwerten) abhängig zu machen. Die anderen Vernehmlassungsteilnehmer, die diese Voraussetzung der Steuerfreiheit zur Sprache bringen, betrachten sie als zu einengend. Auf jeden Fall sollte die Schaffung zusätzlicher Reserven sowie die Übernahme von Schulden die Steuerneutralität einer Umstrukturierung nicht ausschliessen.

1.2.3.3.2.3.5 Neuregelung der Sperrfrist

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ stellte für die bei bestimmten Umstrukturierungen geltende Sperrfrist ein subjektives, auf einer Umkehr der Beweislast fussendes Konzept zur Diskussion. Die meisten Kantone wollen am bisherigen objektiven Konzept festhalten und fordern, dass die Sperrfrist im Gesetz klar geregelt wird. Die meisten übrigen Vernehmlassungsteilnehmer begrüssen zumindest dem Grundsatz nach die von der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ vorgeschlagene Regelung, wünschen aber teilweise zusätzliche Präzisierungen oder eine zusätzliche Einschränkung der Nachbesteuerung.

1.2.3.3.2.3.6 Gesetzliche Regelung der Spaltung von Immobilien- und Holdinggesellschaften

Die meisten Kantone sprechen sich gegen den Vorschlag aus, die Spaltung von Immobilien- und Holdinggesellschaften als steuerneutrale Vorgänge zu bezeichnen. Bezüglich der Immobiliengesellschaften müsse am Betriebserfordernis festgehalten werden. Bei den Holdinggesellschaften bestehe auf Grund der Unternehmenssteuerreform 1997 kein Handlungsbedarf. Die meisten übrigen Vernehmlassungsteilnehmer, welche sich zu diesen Bestimmungen äussern, begrüssen die neue Regelung, möchten aber in der Regel eine weitere Lockerung.

1.2.3.3.2.3.7 Übertragung von Beteiligungen oder Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ schlug vor, die Übertragung von Beteiligungen oder Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis gesetzlich zu regeln. Die meisten Kantone halten dafür, dass die Gewährung eines Steueraufschubs wegen der Unternehmenssteuerreform 1997 nur noch für Altbeteiligungen bis zum Ablauf der Übergangsfrist notwendig sei. Für die Übertragung von Betrieben innerhalb eines Konzerns bedarf es aus der Optik der Kantone keiner speziellen Regelung.

Die meisten übrigen Vernehmlassungsteilnehmer sind mit den vorgeschlagenen Bestimmungen dem Grundsatz nach einverstanden, machen aber zahlreiche Ergänzungsvorschläge.

1.2.3.3.2.3.8 Behandlung von Fusionsgewinnen und Fusionsverlusten

Die meisten Kantone haben sich gegen die von der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ vorgeschlagene Befreiung von Fusionsgewinnen ausgesprochen.

Die meisten übrigen Vernehmlassungsteilnehmer stimmen dem Vorschlag der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ grundsätzlich zu. Teilweise werden aber Änderungen vorgeschlagen und auf die Notwendigkeit der Koordination mit der Unternehmenssteuerreform 1997 hingewiesen.

1.2.3.3.3 Änderung des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung (StHG)

1.2.3.3.3.1 Steueraufschub bei Grundstückgewinnsteuer und Handänderungssteuer

Der Vorschlag der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“, dass bei den privilegierten Umstrukturierungen die Grundstückgewinnsteuer nicht erhoben werden soll, stösst bei den übrigen Vernehmlassungsteilnehmern auf breite Zustimmung. Zahlreiche Vernehmlassungsteilnehmer möchten, dass die Kantone bei diesen Umstrukturierungen auch keine Handänderungssteuer erheben, wenigstens, soweit es sich nicht um echte Gebühren handelt.

1.2.3.3.3.2 Steueraufschub beim Erwerb des Holdingstatus

Die meisten Kantone lehnen die von der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ vorgeschlagene Änderung des Steuerharmonisierungsgesetzes ab, teilweise deshalb, weil sie keine Befristung des Steueraufschubs möchten. Es wird auch geltend gemacht, das Problem sei durch die Unternehmenssteuerreform 1997 weitgehend gegenstandslos geworden. Die andern Vernehmlassungsteilnehmer beurteilen die vorgeschlagene Regelung als positiv oder zumindest als Schritt in die richtige Richtung.

1.2.3.3.3.3 Anpassung der kantonalen Gesetzgebungen

Die meisten Kantone betrachten die Anpassungsfrist von drei Jahren als zu knapp bemessen. Die übrigen Vernehmlassungsteilnehmer möchten dagegen eine möglichst rasche Anpassung der kantonalen Gesetzgebungen.

1.2.3.3.4 Änderung des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG)

Die Kantone fordern, dass Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen weiterhin der Verrechnungssteuer unterliegen. Die andern Vernehmlassungsteilnehmer dagegen signalisieren Zustimmung zum Entwurf der Arbeitsgruppe.

1.2.3.3.5 Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG)

1.2.3.3.5.1 Emissionsabgabe

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ schlug vor, die bei der Umstrukturierung von Personenunternehmungen, Vereinen, Stiftungen oder Unternehmen des öffentlichen Rechts anfallende Emissionsabgabe nur auf dem Nennwert der neu geschaffenen Beteiligungsrechte zu erheben. Dieser Vorschlag wird allgemein begrüsst. Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer möchten, dass auch bei der

Umwandlung von Einzelfirmen in Kapitalgesellschaften die Emissionsabgabe nur auf dem Nennwert der neuen Beteiligungsrechte erhoben wird.

1.2.3.3.5.2 Umsatzabgabe

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ schlug vor, bei Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen auf die Erhebung der Umsatzabgabe zu verzichten. Dieser Vorschlag wird begrüsst. Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer möchten, dass auch die Umwandlung von Einzelfirmen in Kapitalgesellschaften von der Umsatzabgabe ausgenommen wird.

1.2.3.3.6 Änderung der Mehrwertsteuerverordnung (MWSTV)

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ schlug eine Änderung der das Meldeverfahren regelnden Vorschrift der Mehrwertsteuerverordnung vor. Die vorgeschlagene Lösung wird der Tendenz nach als nicht befriedigend empfunden. Teilweise wird auch bezweifelt, ob es noch richtig sei, Änderungen bei der Mehrwertsteuerverordnung vorzusehen, obschon diese Verordnung in absehbarer Zeit durch ein Bundesgesetz abgelöst werde.

1.2.4 Weiteres Vorgehen

Der Bundesrat hat am 15. September 1999 vom Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens¹⁸ Kenntnis genommen und gleichzeitig das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und das Eidgenössische Finanzdepartement mit der Erarbeitung einer Botschaft beauftragt.

Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz wurde in der Folge vom Bundesamt für Justiz (BJ) in Zusammenarbeit mit Herrn Prof. Dr. iur. Frank Vischer, Basel, im Lichte der Vernehmlassungsergebnisse überarbeitet. Beigezogen wurden Experten auf den Gebieten der beruflichen Vorsorge und des Stiftungsrechts, namentlich Vertreter des Schweizerischen Pensionskassenverbandes (ASIP), der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, der Arbeitsgemeinschaft für gemeinnützige Stiftungen sowie der eidgenössischen und kantonalen Aufsichtsbehörden im Bereich der beruflichen Vorsorge und der Stiftungen (das Amt für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich, das Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern, das Bundesamt für Sozialversicherung und das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern, das mit der Bundesaufsicht über Stiftungen betraut ist). Die Erarbeitung der Botschaft wurde weiter durch Fachstellen aus anderen Rechtsgebieten unterstützt, so durch das Eidgenössische Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (GBA), die Sektion Internationales Privat- und Zivilprozessrecht des BJ, das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA), die Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV), die Treuhand-Kammer (Schweizerische Kammer der

¹⁸ Eine Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse kann bei der EDMZ, 3003 Bern, bezogen werden.

Wirtschaftsprüfer, Steuerexperten und Treuhandexperten) und das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung.

Für eine kritische Überprüfung der neuen Vorschriften zur Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) wurden zwei Experten beigezogen: Das BJ beauftragte Herrn Prof. Dr. iur. Roland von Büren, Bern, und Herrn Prof. Dr. iur. Ernst A. Kramer, Basel, das neue Rechtsinstitut im Kontext der schweizerischen Privatrechtsordnung sowie der übrigen Bestimmungen des Entwurfs zum Fusionsgesetz zu untersuchen.

Der von der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ vorgelegte Entwurf zur Änderung der steuerrechtlichen Vorschriften ist von der Eidg. Steuerverwaltung gestützt auf die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens und in Zusammenarbeit mit den Kantonen eingehend überarbeitet worden. Die Kantone haben das Konzept gutgeheissen und unterstützen die mit dieser Botschaft vorgeschlagenen Änderungen des Steuerrechts.

1.3 Allgemeine Bemerkungen zum Entwurf

1.3.1 Ziele des Entwurfs

In der Zeit eines raschen wirtschaftlichen Wandels will der Entwurf zum Fusionsgesetz mit der Schaffung neuer privatrechtlicher Optionen eine grössere Beweglichkeit in der rechtlichen Organisation von Unternehmen, Vereinen und Stiftungen ermöglichen. Er soll Lücken des geltenden Rechts schliessen¹⁹ und durch klare gesetzliche Grundlagen für die Anpassung der rechtlichen Unternehmensstrukturen die erforderliche Rechtssicherheit und Transparenz gewährleisten. Die neuen Vorschriften erweitern in beachtlicher Weise die Handlungsmöglichkeiten und erleichtern die Anpassung der Rechtsformen der Unternehmen an veränderte Bedürfnisse, ohne die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie der Personen mit Minderheitsbeteiligungen zu vernachlässigen. Der Entwurf sieht weiter auch dringend benötigte gesetzliche Grundlagen für die Überführung öffentlich-rechtlicher Institute in privatrechtliche Rechtsformen vor. Die neue Regelung ermöglicht ferner eine gewisse Harmonisierung der schweizerischen Rechtsordnung mit dem Recht unserer Nachbarstaaten und der Europäischen Union (s. hinten Ziff. 1.4 und 5).

1.3.2 Grundzüge des Entwurfs

Der Entwurf enthält eine integrale Neuregelung der Fusion (dazu Ziff. 1.3.2.1) und sieht neu eine allgemeine gesetzliche Ordnung der Spaltung (dazu Ziff. 1.3.2.2) und der Umwandlung vor (dazu Ziff. 1.3.2.3); weiter wird das neue Rechtsinstitut der Vermögensübertragung eingeführt (dazu Ziff. 1.3.2.4). Besondere Vorschriften erfassen Vorhaben, an denen Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen oder öffentlich-rechtliche Institute beteiligt sind. Eine Teilrevision des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) regelt grenzüberschreitende Umstrukturierungen.

¹⁹ Dazu s. Ziff. 1.2.1.

1.3.2.1 Fusion

Der Entwurf sieht eine privatrechtliche Neuregelung der Fusion vor, die an die Stelle der heutigen Vorschriften des Obligationenrechts treten soll. Während das geltende Recht die Fusion lediglich für die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und die Genossenschaft regelt (Art. 748 ff., 770 und 914 OR), soll sie nach dem Entwurf neu für alle Handelsgesellschaften, die Genossenschaften sowie für Vereine und Stiftungen gesetzlich vorgesehen werden. In die Regelung einbezogen werden sowohl die im Obligationenrecht als auch die im Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) geregelten Rechtsformen sowie öffentlich-rechtliche Institute (s. auch hinten Ziff. 1.3.2.5).

Durch Fusion werden zwei oder mehrere Gesellschaften durch Vermögensübertragung ohne Liquidation vereinigt, wobei den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft im Allgemeinen Gesellschaftsanteile oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt werden. Die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht (Art. 3 Abs. 2). Die gesamten Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft gehen auf dem Weg der Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22). Gesellschaften können fusionieren, indem eine Gesellschaft von einer anderen übernommen wird (Absorptionsfusion) oder indem zwei oder mehrere Gesellschaften sich zu einer neuen Gesellschaft zusammenschliessen (Kombinationsfusion; Art. 3 Abs. 1).

Der Entwurf regelt sowohl die Fusion von Gesellschaften gleicher Rechtsform (z.B. die Fusion von zwei GmbH) wie auch die Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform (z.B. die Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer GmbH). Es gilt daher, Normen zu schaffen, die der teilweise stark divergierenden Ausgestaltung der verschiedenen Rechtsformen Rechnung tragen und die Gläubigerinnen und Gläubiger sowie Personen mit Minderheitsbeteiligungen im Hinblick auf die unterschiedliche gesetzliche Ordnung der Rechtsformen schützen.

Im Aufbau des Entwurfs wird die Fusion von Stiftungen und von Vorsorgeeinrichtungen (zu den Begriffen s. Art. 2 Bst. i) in zwei besonderen Kapiteln abschliessend geregelt (Art. 78 ff., 88 ff.). Diese vom Vorentwurf abweichende Gliederung beruht auf Vorschlägen, die im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens eingegangen sind (s. Ziff. 1.2.3.2.2.5).

Mit einer Ergänzung des IPRG soll die grenzüberschreitende Fusion, das heisst die Fusion von Gesellschaften mit Sitz in unterschiedlichen Staaten, gesetzlich geregelt werden (Art. 163a ff. E-IPRG).

1.3.2.2 Spaltung

Der Entwurf führt das neue Rechtsinstitut einer gesellschaftsrechtlichen Spaltung ein. Darunter versteht man die Übertragung von Vermögensteilen einer Gesellschaft gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an den Gesellschaften, auf die Vermögensteile übergehen (übernehmende Gesellschaften), an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (s. Art. 29). Die von der Spaltung erfassten Vermögenswerte werden übertragen, ohne dass die Formvorschriften der Singularsukzession beachtet werden müssen (s. dazu den Kommentar zu Art. 52). Bei der Spaltung werden sowohl die Vermögenswerte einer

Gesellschaft neu zugeteilt als auch die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte neu zugewiesen.

Der Entwurf sieht zwei Formen der Spaltung vor (Art. 29):

- Bei der Aufspaltung wird eine Gesellschaft aufgelöst, und ihr Vermögen geht in Teilen auf zwei oder mehrere andere Gesellschaften über. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des aufgespaltenen Rechtsträgers erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Gesellschaften.
- Bei der Abspaltung werden ein oder mehrere Teile des Vermögens einer Gesellschaft auf andere Gesellschaften übertragen, wobei die Gesellschaft, die Vermögensteile abspaltet (übertragende Gesellschaft), im Unterschied zur Aufspaltung, bestehen bleibt. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den Gesellschaften, auf die Vermögensteile übergehen (übernehmende Gesellschaften).

Bei diesen beiden Spaltungsformen können Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft auf eine bereits bestehende oder eine neu zu gründende Gesellschaft übertragen werden:

- Die Spaltung mit Übertragung von Vermögensteilen auf neu zu gründende Gesellschaften wird als Spaltung zur Neugründung bezeichnet. Die Spaltung beinhaltet in diesem Fall die Gründung einer oder mehrerer neuer Gesellschaften, auf die Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft übergehen.
- Die Übertragung auf bereits bestehende Gesellschaften wird als Spaltung zur Übernahme bezeichnet. Sie verbindet eine Spaltung mit einer Art „Fusion“ der Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft mit den übernehmenden Gesellschaften.

Bei der Spaltung erhalten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Gesellschaften. Für die Zuweisung dieser Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eröffnet der Entwurf zwei verschiedene Möglichkeiten (Art. 31 Abs. 2):

- Es kann vorgesehen werden, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ihre bisherigen Beteiligungen behalten und im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft zusätzlich Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an allen übernehmenden Gesellschaften zugewiesen erhalten (symmetrische Spaltung).
- Es soll aber auch möglich sein, im Rahmen einer Spaltung die bisherigen Beteiligungsverhältnisse an der übertragenden Gesellschaft zu verändern (asymmetrische Spaltung). Den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft können dabei unterschiedliche Beteiligungen an allen oder an einzelnen übernehmenden Gesellschaften zugewiesen werden. Es kann auch vorgesehen werden, dass einzelne Gesellschafterinnen und Gesellschafter keine Beteiligung an den übernehmenden Gesellschaften erhalten, sondern lediglich an der übertragenden Gesellschaft beteiligt bleiben, während andere Gesellschafterinnen und Gesellschafter aus der übertragenden Gesellschaft ausscheiden und dafür eine Beteiligung an einer oder an mehreren übernehmenden Gesellschaften erhalten.

Da das Vermögen einer Gesellschaft aufgeteilt wird, erweist sich die Spaltung unter dem Blickwinkel des Schutzes der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter als weit heikler als die Fusion. Die Zulassung der Spaltung setzt daher eine eingehende gesetzliche Regelung voraus. Von besonderer Bedeutung erweist sich der Schutz der Personen mit Minderheitsbeteiligungen bei der asymmetrischen Spaltung, da hier die „indirekte Beteiligung“ der Gesellschafterinnen und Gesellschafter am Vermögen der übertragenden Gesellschaft durch die Zuweisung neuer Beteiligungsrechte ersetzt wird.

Der Entwurf will die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für die Spaltung von Gesellschaften schaffen und einen hinreichenden Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gewährleisten. Die Spaltung wird für Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft und GmbH) und Genossenschaften (Art. 30) vorgesehen. Einbezogen wird auch die grenzüberschreitende Spaltung (Art. 163*d* E-IPRG).

Die Vorschriften über die Spaltung werden durch das neue Rechtsinstitut der Vermögensübertragung ergänzt (Art. 69; dazu Ziff. 1.3.2.4). Die Vermögensübertragung ersetzt die im Vorentwurf vorgesehene Spaltungsform der Ausgliederung (s. Art. 39 Bst. c VE FusG); sie weist aber einen erheblich breiteren Anwendungsbereich auf und bleibt damit in ihrer Funktion nicht auf eine Alternative zur Spaltung beschränkt (dazu hinten Ziff. 1.3.2.4.4).

1.3.2.3 Umwandlung

Der Entwurf will die Umwandlung der Rechtsform von Gesellschaften in allgemeiner Weise ermöglichen. Die Umwandlung kann definiert werden als Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen²⁰.

Im Entwurf ist die Umwandlung als so genannte rechtsformändernde Umwandlung konzipiert²¹. Während bei der übertragenden Umwandlung – wie sie das geltende Recht für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH kennt (Art. 824 ff. OR) – die bisherige Gesellschaft aufgelöst und ihr Vermögen auf eine neue Gesellschaft übertragen wird, bleibt die bisherige Gesellschaft nach der im Entwurf vorgesehenen Lösung bestehen und ändert lediglich ihre Rechtsform. Die Umwandlung bedingt in dieser Ausgestaltung keinerlei Rechtsnachfolge und somit auch keine Übertragungen von Rechtsbeziehungen; sie erscheint als blosser Rechts-

²⁰ Für eine allgemeine Definition der Umwandlung s. Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998, 8. Aufl., § 24 N 69; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 58 N 24 ff.

²¹ Zu den verschiedenen Formen der Umwandlung s. Roland von Büren / Johannes Bürgi, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX, Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis, 1/99, S. 3–5; Christian Meier-Schatz, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1994, S. 374; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 1998, 8. Aufl., § 24 N 69 ff.; Henry Peter, La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, La Semaine Judiciaire 1999 II, S. 101 ff., insbes. S. 105–109; ders., La transformation des sociétés en Suisse, Jahrbuch des Handelsregisters 1995, S. 33.

kleidwechsel einer Gesellschaft. Diese Konzeption weist den Vorteil auf, dass die umzuwandelnde Gesellschaft ihre wirtschaftliche und rechtliche Identität wahrt.

Im Gegensatz zur geltenden gesetzlichen Ordnung sieht der Entwurf die Umwandlung nicht nur ausnahmsweise, sondern allgemein vor, soweit die Ausgangs- und die Zielrechtsform in ihren rechtlichen Strukturen grundsätzlich vereinbar sind. Ausgeschlossen ist daher insbesondere die Umwandlung einer Gesellschaft als Vereinigung von Personen in eine Stiftung als blosse Vermögensgesamtheit. Eine entsprechende Umgestaltung setzt in der Sache zwingend die Auflösung und die Liquidation der Gesellschaft als solche voraus²². Auf Grund der Verschiedenheit der Rechtsformen ist auch die Umwandlung einer Aktiengesellschaft als juristische Person in eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft als schlichte Rechtsgemeinschaft nicht möglich. Die Funktion des bisherigen Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven als Haftungssubstrat für die Gläubigerinnen und Gläubiger setzt zudem voraus, dass die aktienrechtlichen Liquidationsvorschriften eingehalten werden. Mit einer Vermögensübertragung kann jedoch wirtschaftlich im Ergebnis dasselbe Ziel erreicht werden wie mit einer Umwandlung (vgl. dazu 1.3.2.4.3).

Die Regelung der Umwandlung muss der unterschiedlichen Ausgestaltung der verschiedenen Rechtsformen Rechnung tragen:

- Einige Rechtsformen sehen eine persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor, während bei anderen Rechtsformen die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt bleibt. Soweit sich aus der Umwandlung eine Änderung der Haftungsverhältnisse ergibt, muss das Gesetz die zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger erforderlichen Anordnungen treffen.
- Grosse Unterschiede bestehen in der gesetzlichen Regelung der Rechtsstellung der Gesellschafter, so etwa zwischen der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft: Während sich das Stimmrecht der Aktionärinnen und Aktionäre grundsätzlich nach ihrer Beteiligung am Aktienkapital bemisst (Art. 692 Abs. 1 OR), kommt jeder Genossenschafterin und jedem Genossenschafter nach dem Prinzip des Kopfstimmrechts in der Generalversammlung zwingend nur eine Stimme zu (Art. 885 OR). Die Aktionärinnen und Aktionäre sind ausschliesslich zur Liberierung des festgesetzten Ausgabebetrags ihrer Aktien verpflichtet; weitere Verpflichtungen dürfen ihnen auf Grund des Verbots von Nebenleistungspflichten nicht auferlegt werden (Art. 680 Abs. 1 OR). Demgegenüber können die Statuten der Genossenschaft eine beschränkte oder unbeschränkte persönliche Haftung der Genossenschafterinnen und der Genossenschafter (Art. 869 und 870 OR) sowie eine Nachschusspflicht vorsehen (Art. 871 OR)²³. Anders als für Aktionärinnen und Aktionäre besteht für Genossenschafterinnen und Genossenschafter ferner eine Treuepflicht (Art. 866 OR). Auf Grund der recht unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungen der verschiedenen Gesellschaftsformen bedingt die Zulassung der Umwandlung, dass die Personen mit Minderheitsbeteiligungen hinreichend vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung geschützt werden.

²² Im Rahmen der Liquidation kann das Vermögen gemäss Art. 69 ff. übertragen werden.

²³ Die persönliche Haftung und eine Nachschusspflicht können auch nachträglich eingeführt werden. Ein entsprechender Beschluss bedarf der Zustimmung von mindestens drei Vierteln sämtlicher Genossenschafter (Art. 889 OR; s. Art. 803 OR für die GmbH).

1.3.2.4 Vermögensübertragung

1.3.2.4.1 Geltendes Recht

Die Übertragung eines Vermögens wird im geltenden Recht durch Artikel 181 OR als Sonderfall der Schuldübernahme (Art. 175 ff. OR) geregelt. Wenn in Artikel 181 OR von der Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts mit Aktiven und Passiven die Rede ist, werden zwar dieselben Begriffe verwendet wie bei der gesetzlichen Ordnung der Fusion von Aktiengesellschaften (Art. 748 OR) und von Genossenschaften (Art. 914 OR); was die Regelungsfolge betrifft, wird aber nur für die mit dem Vermögen oder Geschäft verbundenen Schulden ein Übergang von Gesetzes wegen vorgesehen²⁴. Die Aktiven müssen einzeln nach den Regeln der Singularsukzession übertragen werden²⁵. Um die Gläubigerinnen und Gläubiger vor den Wirkungen der Schuldübernahme zu schützen, sieht Artikel 181 Absatz 2 OR eine solidarische Haftung des alten und des neuen Schuldners während zweier Jahre vor. Diese Verwirkungsfrist²⁶ läuft für fällige Forderungen ab dem Tag der Mitteilung an die Gläubigerinnen und Gläubiger bzw. der Auskündung und für Forderungen, die erst später fällig werden, ab Eintritt der Fälligkeit.

Artikel 181 OR ermöglicht, Vermögensteile einer Gesellschaft zu übertragen. Diese Vermögensteile können insbesondere auch Gegenstand einer Sacheinlage anlässlich der Gründung einer Aktiengesellschaft oder bei einer Kapitalerhöhung sein. Die Übertragung des gesamten Vermögens einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft kann sich aus Gründen des Gesellschaftsrechts als problematisch erweisen; dies namentlich dann, wenn die Übertragung nicht im Rahmen der Liquidation einer Gesellschaft stattfindet. Sofern die Gegenleistung für die Vermögensübertragung nicht zumindest den gebundenen Eigenmitteln der Gesellschaft entspricht, vermindert die Übertragung in unzulässiger Weise deren gebundenes Haftungssubstrat. Falls eine Übertragung zu Gunsten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter stattfindet, kann sie zudem eine nicht statthafte Rückzahlung im Sinne von Artikel 680 Absatz 2 OR darstellen. Die Übertragung des gesamten Vermögens einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft kann de lege lata nur dann als erlaubt gelten, wenn

24 S. dazu BGE 108 Ib 447; BGE 109 II 101; BGE 115 II 415, S. 418; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1998, Art. 181 N 1; H. Becker, Berner Kommentar, Art. 181 N 22 ff.; Theo Guhl / Alfred Koller / Jean-Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., 1991, S. 270; Ingeborg Schwenzer, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 1998, 19.24; Peter Gauch / Walter Schlupe / Jörg Schmid / Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1997, N 3746; Rudolf Tschäni, Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., 1991, § 3 N 19.

25 D.h., es sind die folgenden Formvorschriften zu beachten: die Zession für Forderungen, die öffentliche Beurkundung und der Grundbucheintrag für Immobilien, die Besitzübergabe für bewegliche Sachen, das Indossament oder die Zession für Ordrepapiere, usw.

26 BGE 108 II 107; vgl. Eugen Bucher Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 591 A 79.

die zwingenden Vorschriften über den Kapitalschutz und die Liquidation von juristischen Personen beachtet werden²⁷.

Die Übertragung des gesamten Vermögens oder von Vermögensteilen einer Gesellschaft nach Artikel 181 OR weist nach dem geltenden Recht keine gesellschaftsrechtliche Komponente auf. Weder besteht eine Pflicht, den Übertragungsvertrag auf die Angemessenheit der Gegenleistung hin prüfen zu lassen, noch müssen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter informiert werden; anwendbar sind allenfalls die allgemeinen Vorschriften zur Berichterstattung (Art. 663b–663d OR). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben demzufolge keine Möglichkeit, von einer Vermögensübertragung und den dafür massgebenden Vertragsbedingungen Kenntnis zu erhalten, so namentlich auch nicht von der Höhe der Gegenleistung.

1.3.2.4.2 Ersetzung der Spaltungsform der Ausgliederung durch das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung

Der Vorentwurf sah unter der Bezeichnung Ausgliederung neben der Aufspaltung und der Abspaltung eine dritte Form der Spaltung vor: Kapitalgesellschaften und Genossenschaften sollten mittels einer Ausgliederung Teile ihres Vermögens auf andere Rechtsträger übertragen können, wobei der übertragende Rechtsträger als Gegenleistung Anteilsrechte am übernehmenden Rechtsträger zugeteilt oder eine Abfindung erhalten sollte (Art. 39 Bst. c VE FusG; s. dazu Begleitbericht S. 43; im Unterschied zur Abspaltung sollten die Anteilsrechte am übernehmenden Rechtsträger nicht den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft, sondern dieser selbst zukommen). Nach dem Vorentwurf hätte insbesondere die Gründung einer Tochtergesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zwingend auf dem Weg einer Ausgliederung erfolgen müssen (s. Art. 181 Abs. 4 VE OR), d.h., es wäre das Verfahren einer Spaltung zu beachten gewesen.

Im Vernehmlassungsverfahren zeigten sich verschiedene Verständnisprobleme, und die vorgeschlagene Lösung stiess teilweise auch auf Widerspruch. Kritisiert wurde namentlich, dass die Übertragung von Vermögensteilen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften zwingend den Bestimmungen über die Spaltung unterstellt werden sollten; die Kritik bezog sich insbesondere auf Fälle, in denen die zu übertragenden Anteile für die beteiligten Gesellschaften von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind. Der mit dem Verfahren der Spaltung verbundene Aufwand und die dadurch entstehenden Kosten wurden als unverhältnismässig bezeichnet.

Eine eingehende Überprüfung des Vorentwurfs zeigte, dass die Regelung der Ausgliederung nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen vermochte. Die Ausgliederung weist nur eine beschränkte Übereinstimmung mit den anderen Spaltungsformen auf. Die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter würden durch eine Ausgliederung nicht direkt berührt. Sofern die Gegenleistung dem Wert der zu übertragenden Vermögensteile entspricht, hätte eine Ausgliederung auch keine Auswirkungen auf das Haftungssubstrat der übertragenden Gesellschaft.

²⁷ Probleme wirft auch die Frage des für die Übertragung zuständigen Organs auf. Es ist davon auszugehen, dass, soweit eine Übertragung nicht vom Gesellschaftszweck gedeckt ist beziehungsweise faktisch die Liquidation zur Folge hat, grundsätzlich die Generalversammlung zuständig ist. S. auch BGE 116 II 320; Peter Bökli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 296q; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 252 f.

Der Ausgliederung kam daher genau besehen nur beschränkt eine gesellschaftsrechtliche Tragweite zu (so aber hinsichtlich der Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter). Das Verfahren der Spaltung erwies sich demzufolge für die von der Ausgliederung anvisierten Tatbestände eher als überschüssende Regelung.

Trotz den Einwänden gegen die Spaltungsform der Ausgliederung erscheint eine Ergänzung der Regelung der Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts nach Artikel 181 OR dringend erforderlich:

- Nach Artikel 181 OR gehen die Aktiven nicht von Gesetzes wegen auf den Erwerber über, sondern einzig die Schulden. Bei der Übertragung von Vermögen und Vermögensteilen, die eine grosse Anzahl verschiedener Vermögenswerte umfassen, ist die Beachtung der spezifischen gesetzlichen Formvorschriften für jedes einzelne Aktivum sehr schwerfällig und je nach den Umständen geradezu ein Hindernis einer Umstrukturierung.
- Artikel 181 OR trägt den legitimen Bedürfnissen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach Information über wesentliche Umstrukturierungen keine Rechnung. In der Vernehmlassung wurde die Notwendigkeit einer unternehmensinternen Transparenz bei der Übertragung wirtschaftlich bedeutender Teile des Vermögens einer Gesellschaft von keiner Seite bestritten.

Der Entwurf verzichtet aus den dargelegten Gründen auf die Spaltungsform der Ausgliederung (vgl. Art. 39 Bst. c VE FusG). Es wird aber vorgesehen, die namentlich für grössere Transaktionen wenig befriedigende Grundlage von Artikel 181 OR durch das neu konzipierte Rechtsinstitut der Vermögensübertragung zu ergänzen. Die Vermögensübertragung will die Übertragung von Vermögen und Vermögensteilen mit Aktiven und Passiven durch Rechtsübergang von Gesetzes wegen ermöglichen und zugleich die unternehmensinterne Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden Übertragungen gewährleisten. Funktional ist die Vermögensübertragung sehr viel breiter ausgerichtet als die im Vorentwurf vorgeschlagene Ausgliederung (s. dazu Ziff. 1.3.2.4.4).

1.3.2.4.3 Grundzüge der Regelung der Vermögensübertragung

Der Entwurf sieht vor (s. Art. 69 ff.), dass im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf der Grundlage eines schriftlichen Vertrags auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen können. Die Übertragung kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen. Die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften über den Kapitalschutz und die Liquidation bleiben jedoch vorbehalten. Mit der Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister werden sämtliche Aktiven und Passiven, soweit sie in einem in den Vertrag eingeschlossenen Inventar aufgeführt werden, *uno actu* dem übernehmenden Rechtsträger übertragen, ohne dass die für die einzelnen Vermögensbestandteile geltenden Formvorschriften beachtet werden müssen. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter werden im Anhang zur Jahresrechnung, respektive an der nächsten Generalversammlung über die Vermögensübertragung informiert. Die Gläubigerinnen und Gläubiger der übertragenden Gesellschaft werden dadurch geschützt, dass der bisherige Schuldner während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner haftet. Falls diese solidari-

sche Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet, kann zudem die Sicherstellung der Forderungen verlangt werden (Art. 75).

1.3.2.4.4 Funktion und Verwendungszwecke der Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung ersetzt zwar die im Vorentwurf vorgesehene Ausgliederung (s. vorne Ziff. 1.3.2.4.2); sie ist aber nicht als deren blosses Surrogat zu verstehen, sondern vielmehr als Ergänzung zu Artikel 181 OR. Funktional kann sie sowohl als Alternative zu einer Fusion als auch zu einer Spaltung und zu einer Umwandlung dienen, wobei sie allerdings nur die vermögensrechtliche, nicht aber die mitgliedschaftsrechtliche Seite erfasst (unter Vorbehalt der gesellschaftsrechtlichen Informationspflichten). Sie stellt ein eigenständiges Rechtsinstitut des Fusionsgesetzes dar, das ergänzend neben die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung tritt.

Die Neuregelung erleichtert die Übertragung von Vermögen und Vermögensteilen erheblich und trägt auch den Schutz- und Informationsbedürfnissen der (Minderheiten-) Gesellschafterinnen und Gesellschafter sowie der Gläubigerinnen und Gläubiger Rechnung. Die Vermögensübertragung kann für eine Vielzahl verschiedener Restrukturierungsvorhaben verwendet werden, so etwa für die folgenden:

- Die Gründung einer Tochtergesellschaft: Durch Vermögensübertragung kann eine Gesellschaft einen Teil ihres Vermögens als Sacheinlage (Art. 628 Abs. 1, Art. 634 OR) auf eine neu zu gründende Gesellschaft übertragen, wobei sie als Gegenleistung eine Beteiligung an der Tochtergesellschaft erhält.
- Die Vereinfachung der Liquidation einer Gesellschaft: Durch die Möglichkeit der Übertragung einer Vielzahl von Vermögenswerten mittels einer Vermögensübertragung kann die Liquidation einer aufgelösten Gesellschaft je nach den Umständen stark vereinfacht werden.
- Die Veräusserung eines Unternehmensteils: Die Vermögensübertragung kann die Veräusserung eines Unternehmensteils erleichtern, vor allem dann, wenn eine grosse Anzahl von Vermögenswerten zu übertragen ist.

Die Vermögensübertragung erlaubt weiter, Vorhaben zu verwirklichen, die wirtschaftlich einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung gleichkommen können. Für Fälle, für die der Entwurf auf Grund einer qualifizierten Inkompatibilität bestimmter Rechtsformen keine Fusion oder Umwandlung im eigentlichen Sinne vorsieht, dient die Vermögensübertragung als Ersatz für das entsprechende Vorgehen und ermöglicht, auf sachgerechte Weise die beabsichtigte Restrukturierung zu verwirklichen. So kann mittels einer Vermögensübertragung beispielsweise das gesamte Vermögen einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft oder auf eine Stiftung übertragen werden. Dieses Vorgehen ersetzt eine Fusion oder eine Umwandlung, die wegen grundsätzlicher struktureller Unterschiede zwischen den betreffenden Rechtsformen nicht verwirklicht werden kann²⁸. Die Vermögensübertragung steht für Restrukturierungen unter der Beteiligung von Rechtsträgern beliebiger Rechtsformen offen und begegnet damit den (wenigen) Nachteilen, die mit

²⁸ S. dazu den Kommentar zu Art. 4, 30 und 54.

einer abschliessenden Regelung der Fusion, Umwandlung und Spaltung (Numerus clausus) verbunden sind.

1.3.2.5 Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen unter Beteiligung öffentlich-rechtlicher Institute

Der Entwurf sieht vor, dass Institute des öffentlichen Rechts (zum Begriff s. Art. 2 Bst. d) in Rechtsformen des Privatrechts überführt werden können, sei es durch die Fusion mit einem privatrechtlich organisierten Rechtsträger oder durch eine Umwandlung (Art. 99). Geregelt werden jedoch lediglich die privatrechtlichen Aspekte entsprechender Vorgänge. Es bleibt Aufgabe des öffentlichen Rechts zu bestimmen, ob und unter welchen (öffentlich-rechtlichen) Bedingungen ein öffentlich-rechtliches Institut in einen privatrechtlichen Rechtsträger übergeführt werden soll. Die Schaffung klarer privatrechtlicher Grundlagen will die Organisation staatlicher Betriebe in den Rechtsformen des Privatrechts erleichtern.

Der Entwurf sieht aber auch den umgekehrten Vorgang vor, das heisst die Vermögensübertragung von einem Rechtsträger des Privatrechts auf ein Institut des öffentlichen Rechts. Während das geltende Recht nur die Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts vorsieht (Art. 751 und 915 OR), regelt der Entwurf zum Fusionsgesetz die Vermögensübertragung eines im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgers an ein Institut des öffentlichen Rechts in allgemeiner Weise (Art. 99 Abs. 3).

1.3.3 Schaffung eines Spezialgesetzes

Die Regelungsinhalte des Entwurfs zum Fusionsgesetz sind vorwiegend dem Gesellschaftsrecht zuzurechnen. Die entsprechenden Normen gehörten daher eigentlich in das Obligationenrecht. Der Umfang der Regelung steht indessen einer Eingliederung ins Obligationenrecht entgegen. Die vorgesehene Ordnung erfasst im Übrigen nicht nur die Handelsgesellschaften und Genossenschaften, sondern auch die im Zivilgesetzbuch geregelten Vereine und Stiftungen sowie Institute des öffentlichen Rechts. Infolge der inneren Geschlossenheit der Regelung stehen der Schaffung eines Sondergesetzes keine rechtstechnischen Schwierigkeiten entgegen²⁹. Der Ausgestaltung als Sondergesetz wurde in der Vernehmlassung grossmehrheitlich zugestimmt (s. vorne 1.2.3.2.1).

Die Regelungen betreffend grenzüberschreitende Fusionen und Spaltungen sind in das IPRG aufzunehmen. Die steuerrechtlichen Vorschriften müssen in die verschiedenen einschlägigen Bundesgesetze eingeordnet werden (Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11], Bundesgesetz vom 14.12.1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14], Bundesgesetz vom 27.6.1973 über die Stempelabgaben [StG; SR 641.10]).

²⁹ Frank Vischer, Einführung in das Fusionsgesetz, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Sonderband 135^{bis}, S. 13.

1.3.4 Name des Gesetzes

Der dem Inhalt entsprechende, aber etwas lange Titel des Gesetzes bedarf der Ergänzung durch eine Kurzbezeichnung. Der Entwurf verwendet dafür den Begriff „Fusionsgesetz“. Der zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten verwendete Titel „Strukturanpassungsgesetz“ wurde aufgegeben, weil er zu Verwechslungen mit strukturpolitischen Erlassen führte. Da kein allgemeinverständlicher Oberbegriff der zu regelnden Rechtsinstitute besteht, wurde mit dem gewählten Kürzel auf die Fusion Bezug genommen, weil diese unter den geregelten Vorgängen am besten bekannt sein dürfte.

1.3.5 Übertragung der Arbeitsverhältnisse

Artikel 333 OR regelt den Übergang der Arbeitsverhältnisse anlässlich der Übertragung eines Betriebs oder eines Betriebsteils. Laut dieser Bestimmung geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten am Tag der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über (Art. 333 Abs. 1 OR). Den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern steht es jedoch offen, den Übergang abzulehnen; in diesem Fall werden die Arbeitsverhältnisse auf den Zeitpunkt des Ablaufs der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst (Art. 333 Abs. 2 OR). Sofern die Arbeitsverhältnisse vor dem Übergang einem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, gilt dieser während eines Jahres fort, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR). Der bisherige Arbeitgeber bzw. die bisherige Arbeitgeberin und der Erwerber bzw. die Erwerberin des Betriebs haften solidarisch für die Forderungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die vor dem Übergang fällig geworden sind oder nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer beendet wird (Art. 333 Abs. 3 OR). Im Übrigen darf der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin die Rechte aus dem Arbeitsverhältnis nicht auf einen Dritten übertragen, ausser es sei vereinbart oder es ergebe sich aus den Umständen (Art. 333 Abs. 4 OR).

Der in Vernehmlassung gegebene Vorentwurf zum Fusionsgesetz sah keine besonderen Vorschriften über die Übertragung von Arbeitsverhältnissen vor. Der Begleitbericht ging jedoch davon aus, dass Artikel 333 OR ohne weiteres auf die Fusion und die Spaltung anwendbar ist³⁰. Die Arbeiten im Zusammenhang mit der parlamentarischen Initiative Jost Gross „Massenentlassungen. Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen³¹“ haben allerdings gezeigt, dass die Anwendung dieser Bestimmung bei Fusionen und Spaltungen umstritten ist. Die Rechtslage ist daher durch den Gesetzgeber zu klären.

Die Artikel 27, 49 und 76 des Entwurfs halten ausdrücklich fest, dass für den Übergang von Arbeitsverhältnissen im Rahmen einer Fusion, einer Spaltung oder einer Vermögensübertragung Artikel 333 OR Anwendung findet. Diese Regelung entspricht der erwähnten parlamentarischen Initiative.

³⁰ Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, November 1997, S. 11 und 13.

³¹ N 97.407: Amtl. Bull. NR 1998 S. 579 ff.; s. insbes. den Vorentwurf und Bericht der Subkommission Arbeitsrecht an die Kommission für Rechtsfragen vom 16. August 1999.

Da die Umwandlung im Entwurf als blosse Rechtsformänderung ohne Vermögensübertragung und ohne Gründung einer neuen Gesellschaft ausgestaltet ist (s. dazu vorne Ziff. 1.3.2.3 sowie hinten den Kommentar zu Art. 53), findet keine Übertragung statt; Artikel 333 OR ist demnach bei der Umwandlung von vornherein nicht anwendbar.

1.3.6 Information und Mitwirkung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Die Information und die Mitwirkung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen werden namentlich durch Artikel 333a OR und durch das Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14) geregelt. Der Entwurf zum Fusionsgesetz (Art. 28, 50 und 77) stellt klar, dass Artikel 333a OR auf Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen Anwendung findet. Nach Artikel 333a OR sind die Arbeitnehmervertretung bzw. bei deren Fehlen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug einer Fusion, einer Spaltung oder einer Vermögensübertragung zu informieren. Zu erläutern sind der Grund sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Vorhabens für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Nach dem Entwurf gilt die Informationspflicht für alle an einer Fusion, einer Spaltung oder einer Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften (also nicht nur für die übertragende Gesellschaft), da die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft gleichermassen von der Restrukturierung betroffen sein können. Zeitlich muss die Information vor der Beschlussfassung der Generalversammlung (bzw. Gesellschafterversammlung) stattfinden.

Wird die Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung missachtet, so kann diese richterlich die Eintragung der Fusion, der Spaltung oder der Vermögensübertragung im Handelsregister untersagen lassen.

Im Fusionsbericht müssen ferner die Auswirkungen der Fusion auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften erläutert werden. Besteht ein Sozialplan, so ist darauf hinzuweisen und dessen Inhalt anzugeben (Art. 14 Abs. 3 Bst. i). Ähnliche Bestimmungen sind auch für die Spaltung (Art. 39 Abs. 3 Bst. g) und für die Vermögensübertragung (Art. 74 Abs. 2 Bst. d) vorgesehen.

1.3.7 Fusion, Spaltung und Umwandlung von KMU

Der Vorentwurf machte im Rahmen der Regelungen der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung keinerlei Unterscheidungen hinsichtlich der Grösse der betroffenen Unternehmen. In der Vernehmlassung wurde eingewendet, dass die vorgesehenen Verfahren für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) zu schwerfällig und zu teuer seien (s. Ziff. 1.2.3.2.2.3). Der Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung, doch gilt es auch zu vermeiden, dass Erleichterungen für KMU die Rechtsstellung und die berechtigten Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Personen mit Minderheitsbeteiligungen in nicht vertretbarer Weise beeinträchtigen.

Entsprechend den Anregungen in der Vernehmlassung enthält der Entwurf Sondervorschriften für KMU. Dieser Begriff ist Gegenstand einer Legaldefinition (Art. 2 Bst. e), wobei die Abgrenzungskriterien denjenigen von Artikel 727b OR (Bilanz, Umsatz, Anzahl der Angestellten) entsprechen. Der Anwendungsbereich der Legaldefinition bleibt (selbstverständlich) auf das Fusionsgesetz beschränkt. Es sei hier unterstrichen, dass die Kriterien zur Umschreibung der KMU vom Entwurf so festgelegt wurden, dass eine grosse Mehrheit der schweizerischen Unternehmen von den vorgesehenen Entlastungen profitieren können³².

Die Erleichterungen für KMU betreffen die Pflicht zur Erstellung eines Fusionsberichts (Art. 14 Abs. 2), die Pflicht, den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht und die Fusionsbilanz prüfen zu lassen (Art. 15 Abs. 2), sowie das Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter in die Unterlagen zur Fusion (Art. 16 Abs. 2). KMU können auf die entsprechenden Erfordernisse verzichten, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter diesem Vorgehen zustimmen. Gleiche Erleichterungen werden auch für die Spaltung (Art. 39 Abs. 2, Art. 40 und 41 Abs. 2) und die Umwandlung (Art. 61 Abs. 2, Art. 62 Abs. 2 und 63 Abs. 2) vorgesehen. Es muss allerdings darauf hingewiesen werden, dass entsprechende Vereinfachungen für KMU in der Form einer Aktiengesellschaft mit den EG-Richtlinien zur Fusion und zur Spaltung nicht vereinbar sind, da diese auf alle Aktiengesellschaften ungeachtet ihrer Grösse unverändert Anwendung finden.

Zusätzliche Entlastungen für KMU ergeben sich daraus, dass diese in der Praxis recht häufig die Voraussetzungen für eine so genannte erleichterte Fusion (Art. 23 f.; s. hinten Ziff. 2.1.2.6) erfüllen. Die Möglichkeit einer erleichterten Fusion steht neben der Mutter-Tochter-Fusion auch dann offen, wenn ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Gruppe von Personen (einfache Gesellschaft, Erbgemeinschaft, usw.) alle stimmberechtigten Anteile an den fusionierenden Kapitalgesellschaften besitzt.

1.3.8 Verhältnis zum Kartellgesetz

Wie der Entwurf zum Fusionsgesetz regelt auch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) den Zusammenschluss von Unternehmen, wobei es diesen einer wettbewerbspolitischen Kontrolle unterstellt (Art. 9 ff., Art. 32 ff. KG). Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes gilt:

- die Fusion zweier oder mehrerer bisher voneinander unabhängiger Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG);
- jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

³² Damit ein Unternehmen nicht mehr als KMU gilt, müssen nach Art. 2 Bst. e zwei der drei folgenden Grenzwerte überschritten sein: eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken; ein Umsatzerlös von 40 Millionen Franken; 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Eine gesamtschweizerische Statistik über Bilanzsummen und Umsatzerlöse besteht nicht. Laut Bundesamt für Statistik haben nur 1020 Unternehmen mehr als 250 Angestellte; 5544 Unternehmen haben zwischen 50 und 250 Angestellte; die übrigen Unternehmen (Zahl unbekannt) haben weniger als 50 Angestellte.

Nicht nur Fusionen, sondern auch gewisse Spaltungen, so Spaltungen zur Übernahme, sowie bestimmte Vermögensübertragungen können Unternehmenszusammenschlüsse im Sinn des Kartellgesetzes darstellen. Sie sind der kartellrechtlichen Fusionskontrolle unterstellt, sofern die Voraussetzungen von Artikel 9 KG gegeben sind. Artikel 1 Absatz 4 des Entwurfs zum Fusionsgesetz enthält einen Vorbehalt zu Gunsten der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach dem Kartellgesetz.

Aus der Tatsache, dass Restrukturierungsvorhaben zugleich den Regelungen des Fusionsgesetzes und des Kartellgesetzes unterstehen können, ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Die Regelungsziele der beiden Gesetze sind verschieden ausgerichtet. Das Kartellgesetz „bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“ (Art. 1 KG). Dieses Ziel wird unter anderem mit der Prüfung des Zusammenschlusses wirtschaftlich bedeutender Unternehmen unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten verfolgt. Der Entwurf zum Fusionsgesetz dient demgegenüber der privatrechtlichen Regelung der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung und der Vermögensübertragung unter Gewährleistung eines ausreichenden Schutzes der Gläubigerinnen und Gläubiger und der Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Die Schutzziele der beiden Regelungen sind demnach unterschiedlich. Es stellt somit keinen Widerspruch dar, wenn einerseits das Kartellgesetz Fusionen verhindern will, falls diese einen wirksamen Wettbewerb unterbinden (Art. 10 Abs. 2 KG), und der Entwurf zum Fusionsgesetz andererseits die rechtstechnischen Möglichkeiten der Fusion und Spaltung verbessern und erweitern will.

1.3.9 Steuerrecht

1.3.9.1 Würdigung des geltenden Rechts

Fusion, Spaltung und Umwandlung von Unternehmen sind im geltenden Steuerrecht so geregelt, dass die Umstrukturierung im Regelfall ohne Steuerfolgen durchgeführt werden kann. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (VStG) sind die Reserven und Gewinne einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft von der Verrechnungssteuer ausgenommen, soweit sie im Zuge einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung in die Reserven einer anderen inländischen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft übergehen. Bei der Emissionsabgabe gilt gemäss Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe 1^{bis} des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG) für die Umstrukturierung und für den fusionsähnlichen Zusammenschluss von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften seit dem 1. April 1993 der Nullsatz.

Auch im Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG) und im Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) sind die Umstrukturierungen explizit geregelt. Mit der Schaffung der Artikel 19 und 61 DBG (sowie der analogen Art. 8 Abs. 3 und 24 Abs. 3 StHG) wurden die Voraussetzungen formuliert, unter denen die im Zug einer Umstrukturierung auf ein anderes Steuersubjekt übertragenen stillen Reserven nicht zu besteuern sind. Ferner regelt Artikel 12 Absatz 4 StHG die grundstückgewinnsteuerliche Behandlung der stillen Reserven auf Liegenschaften des Geschäftsvermögens für Umstrukturierungstatbestände. Soweit die bis-

her für die Einkommens- oder Gewinnsteuer massgebenden Werte übernommen werden und die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht, können Umstrukturierungen im Bereich der direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden grundsätzlich ohne Steuerfolgen durchgeführt werden.

Im Bereich der Mehrwertsteuer gilt nach Artikel 5 Absatz 5 und Artikel 6 Absatz 3 der Verordnung vom 22. Juni 1994 über die Mehrwertsteuer (MWSTV) wie auch nach Artikel 47 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (MWSTG) der Grundsatz, dass die Steuerpflicht für die mit einer Umstrukturierung einhergehende Übertragung von Vermögensobjekten (mit Einschluss der in diesem Zusammenhang erbrachten Dienstleistungen) durch Meldung der steuerbaren Leistungen erfüllt werden kann. Weitere Fragen im Bereich der Mehrwertsteuer ergeben sich, wenn eine Umstrukturierung mit einer Nutzungsänderung verbunden ist. Bei unbeweglichen Gegenständen ist die Eigenverbrauchssteuer nach Artikel 26 Absatz 3 Buchstabe a Ziffer 3 MWSTV in diesem Fall höchstens vom Wert der Aufwendungen zu berechnen, der seinerzeit zum Vorsteuerabzug berechnete, und Artikel 34 Absatz 2 MWSTG hat die Obergrenze dieser Eigenverbrauchssteuer in der gleichen Weise festgesetzt. Ein weiteres Problem stellt sich, wenn ein zuvor für eine von der Steuer ausgenommene Tätigkeit verwendeter Gegenstand im Anschluss an eine Umstrukturierung neu für eine steuerbare Tätigkeit verwendet wird. Gemäss Artikel 33 MWSTV ist der nachträgliche Vorsteuerabzug nur möglich, wenn der betreffende Gegenstand noch nicht in Gebrauch genommen wurde. Artikel 42 MWSTG dehnt dagegen die Einlagensteuerung auf Dienstleistungen und auf in Gebrauch genommene Gegenstände aus.

1.3.9.2 Leitlinien für die Revision des Steuerrechts

Mit der Verabschiedung des DBG und des StHG wurde versucht, die Steuerneutralität bestimmter Umstrukturierungen gesetzlich zu regeln. Mit der Schaffung der Artikel 19 und 61 DBG ging es dem Gesetzgeber vor allem um eine Fortführung der bisher gehandhabten Praxis. Die starren Formulierungen im DBG und im StHG geben die Voraussetzungen zur steuerneutralen Umstrukturierung allerdings nur ungenügend zu erkennen, indem die Voraussetzungen für den Verzicht auf die Besteuerung stiller Reserven für die Tatbestände der Fusion, Umwandlung und Teilung formal umschrieben worden sind. Auch lassen die Umstrukturierungsvorschriften des DBG und des StHG den unzutreffenden Eindruck aufkommen, dass das harmonisierte Bundessteuerrecht auf einen rein formalen Begriff der Realisation stiller Reserven abstelle, wiewohl diese Vorschriften den Verzicht auf die Erfassung stiller Reserven nur für den Fall regeln, dass das Vorliegen eines Realisationstatbestandes auf Grund der allgemeinen Gewinnermittlungsbestimmungen zu bejahen ist. Zudem ist die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenunternehmung weder im DBG noch im StHG geregelt. Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass der Fragenkomplex der Reservenrealisation bei den Inhabern der Beteiligungsrechte an den von der Umstrukturierung betroffenen Unternehmen nicht geregelt worden ist.

Die Schaffung eines Fusionsgesetzes ermöglicht es, die Umstrukturierungsvorschriften des DBG und des StHG offener und zeitgemässer zu formulieren und auf das geänderte Zivilrecht auszurichten. Es gilt dabei insbesondere zu verhindern, dass die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch das Steuerrecht vereitelt werden.

Die Änderung des Steuerrechts muss sich gleichzeitig in das für die Unternehmensbesteuerung geltende Konzept des DBG und des StHG einfügen lassen. Es kann somit nicht darum gehen, auf die Besteuerung von Unternehmensgewinnen zu verzichten. Der Schwerpunkt muss vielmehr darauf liegen, dass die Besteuerung von stillen Reserven nicht bei der Umstrukturierung ansetzt, sondern bis zur tatsächlichen Realisierung des Unternehmensgewinns aufgeschoben wird.

Der Entwurf zur Änderung des DBG und des StHG stützt sich deshalb auf die folgenden Leitlinien:

- Die Umstrukturierungsvorschriften des DBG und des StHG sollen offener und zeitgemässer konzipiert werden.
- Die steuerneutralen Umstrukturierungen sind von den steuerbaren Veräusserungsgeschäften klar abzugrenzen.
- Die im Entwurf des Fusionsgesetzes vorgesehenen Umstrukturierungen sollen im Rahmen des Möglichen erleichtert werden.

1.3.9.3 Änderungen bei den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden

Die Vorschläge zur Änderung des DBG und des StHG lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Möglichkeit, stille Reserven im Zuge einer Umstrukturierung ohne Steuerfolgen zu übertragen, soll nicht nur den Kapitalgesellschaften und den Genossenschaften, sondern sämtlichen juristischen Personen, d.h. auch den Vereinen und den Stiftungen, eingeräumt werden.
- Alle Steueraufschubtatbestände sollen nicht bloss bei den ordentlichen Einkommens- und Gewinnsteuern greifen, sondern auch bei der Grundstückgewinnsteuer. Für die Umstrukturierung von Personalfürsorgeeinrichtungen ergibt sich dies bereits aus den besonderen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Vorsorge (BVG).
- Der mit einer Fusion oder einem fusionsähnlichen Zusammenschluss verbundene Beteiligungsaustausch soll auf der Stufe des Aktionärs nicht zur Besteuerung eines Kapitalgewinns führen, selbst wenn der Aktionär eine juristische Person oder eine natürliche Person mit Geschäftsvermögen ist.
- Stille Reserven sollen auch bei der im innerschweizerischen Konzernverhältnis vorgenommenen Übertragung von massgeblichen Beteiligungen oder von Betrieben nicht besteuert werden.

In Berücksichtigung der Unternehmenssteuerreform 1997 ist sodann Folgendes vorgesehen:

- Artikel 61 DBG soll so ergänzt werden, dass wesentliche Beteiligungen oder Betriebe im innerschweizerischen Konzernverhältnis zu den bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werten auf eine andere inländische Konzerngesellschaft übertragen werden können.
- Die Steuerneutralität der Spaltung (mit Einschluss der horizontalen Spaltung, d.h. der Übertragung von Vermögenswerten auf eine Tochtergesellschaft) muss davon abhängig gemacht werden, dass ein Betrieb oder ein

Teilbetrieb übertragen wird und dass die fünfjährige Sperrfrist eingehalten wird. Dabei soll sich die Regelung der Sperrfrist nicht auf den Steuerumgehungsgedanken, sondern auf ein objektives Konzept stützen.

1.3.9.4 Verhältnis zum Zivilrecht

Der Entwurf zur Änderung des DBG und des StHG dient dem Grundsatz nach dazu, die steuerneutrale Durchführung aller im Entwurf des Fusionsgesetzes vorgesehenen planmässigen Umstrukturierungen zu ermöglichen, welche im Wesentlichen bezwecken, die bisherigen Strukturen aus wirtschaftlichen Gründen an neue Gegebenheiten und Bedürfnisse anzupassen. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich daraus, dass die Steuerneutralität von zwei grundlegenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden muss, welche sich aus unserem Steuersystem ergeben:

- Die Aktiven und die Passiven werden zu den bisher für die Einkommens- oder Gewinnsteuer massgeblichen Werten übertragen.
- Die Steuerpflicht in der Schweiz besteht weiter.

Nicht zu den steuerbegünstigten Fusionen gehört daher die in den Artikeln 751 und 915 OR geregelte Übernahme des Vermögens einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft durch den Bund, einen Kanton oder eine Gemeinde; denn diese Gemeinwesen sind von den direkten Steuern befreit, sodass sich ein Verzicht auf die steuerliche Erfassung der übertragenen stillen Reserven nicht rechtfertigen lässt. Analoges gilt für den Fall, dass eine schweizerische Gesellschaft durch Fusion von einer im Ausland domizilierten Gesellschaft übernommen wird. In einem solchen Fall kann von der Besteuerung der stillen Reserven nur insoweit abgesehen werden, als die übernehmende Gesellschaft den übernommenen Betrieb in der Schweiz als Betriebsstätte weiterführt. Keine Probleme ergeben sich dagegen für den Fall der Fusion über die Kantonsgrenze; denn das StHG kennt keine sog. Betriebsstätteklausel. Was die Verluste aus vorangegangenen Geschäftsjahren angeht, so kann für die direkte Bundessteuer aus Artikel 67 Absatz 1 DBG abgeleitet werden, dass zu den Verlusten aus den sieben der Steuerperiode vorangegangenen Geschäftsjahren auch die Verluste einer steuerneutral übernommenen juristischen Person gehören. Was die kantonalen Steuern angeht, sind die Kantone im Fall der Fusion über die Kantonsgrenze dagegen nicht verpflichtet, den vor der Fusion ausgewiesenen Verlusten Rechnung zu tragen. Dieser Schluss ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Artikel 46 Absatz 2 BV zum vergleichbaren Fall der Sitzverlegung einer Gesellschaft von einem Kanton in einen anderen. Die Kommission für die Harmonisierung der direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden (KHSt) teilt indessen die Schlussfolgerungen der von der Konferenz Staatlicher Steuerbeamter eingesetzten „Arbeitsgruppe interkantonale und internationale Steuerausscheidungen“, wonach die Gesamtheit der Auswirkungen beim Wechsel des Steuerortes einer juristischen Person im Rahmen einer Revision des StHG neu zu regeln ist. Die Botschaft zur Änderung des StHG soll den eidgenössischen Räten demnächst vorgelegt werden.

Auf der andern Seite besteht im Bereich des Steuerrechts das Bedürfnis, zwei im Entwurf des Fusionsgesetzes nicht geregelte Umstrukturierungen klar zu regeln. Es geht hier zum einen um die in der Praxis häufige Überführung einer Einzelfirma in eine Kapitalgesellschaft. Zum andern scheint es angebracht, Vorgänge, welche wirt-

schaftlich der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenunternehmung gleichkommen, ebenfalls klar zu regeln.

Besondere Fragen stellen sich sodann mit Bezug auf die im Entwurf des Fusionsgesetzes vorgesehene Vermögensübertragung. Da es sich vorab um ein Instrument zur Übertragung von Rechten handelt, das zu verschiedenen wirtschaftlichen Zwecken eingesetzt werden kann, ist es nicht möglich, die Vermögensübertragung im Steuerrecht generell der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung gleichzustellen. Zwar kann die Vermögensübertragung für Umstrukturierungsvorgänge verwendet werden, für welche das Zivilrecht kein gesellschaftsrechtliches Institut zur Verfügung stellt. Die Vermögensübertragung kann aber auch dazu dienen, die einer Gesellschaft gehörenden Vermögenswerte an einen Dritten zu veräussern oder Aktiven einer Gesellschaft als Naturaldividende auf die Aktionäre zu übertragen. Den damit verbundenen Abgrenzungsproblemen trägt der vorliegende Gesetzesentwurf dadurch Rechnung, dass die Aufzählung der steuerneutralen Umstrukturierungsformen (Fusion, Spaltung, Umwandlung) nicht abschliessend ist. Umstrukturierungen, die auf einer Vermögensübertragung beruhen, können daher ebenfalls ohne Steuerfolgen durchgeführt werden, sofern sie der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung wirtschaftlich gleichkommen. Als Beispiele können die Übertragung eines Betriebs auf eine Tochtergesellschaft (sog. horizontale Spaltung), der Zusammenschluss sowie die Teilung von Stiftungen, die Übernahme einer Genossenschaft durch eine Stiftung oder die bereits erwähnte Überführung einer Kapitalgesellschaft in eine Personenunternehmung genannt werden.

1.3.9.5 Spezialfragen

1.3.9.5.1 Umstrukturierung von Personenunternehmungen (Einzelfirmen, Personengesellschaften)

Der in die Vernehmlassung gegebene Entwurf der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ wollte die Steuerneutralität der Umstrukturierung von Personenunternehmungen generell davon abhängig machen, dass im Zuge der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung „selbstständige Betriebe oder Betriebsteile“ übertragen werden. Im Vernehmlassungsverfahren ist von verschiedener Seite geltend gemacht worden, dass es dieser Einschränkung für die Fälle nicht bedürfe, in denen Vermögenswerte einer Personenunternehmung auf eine andere Personenunternehmung (z.B. von einer Einzelfirma auf eine Kollektivgesellschaft) übertragen werden. Der vorliegende Entwurf hält am Erfordernis der Übertragung eines Betriebs (oder eines Teilbetriebs) jedoch fest, um die gemäss Artikel 18 Absatz 2 DBG mit der Übertragung eines einzigen – keinen Betrieb darstellenden – Aktivums verbundene (steuerbare) Überführung von Geschäftsvermögen von der (steuerfreien) Umstrukturierung im Sinn von Artikel 19 Absatz 1 DBG klar abzugrenzen.

Ist die Voraussetzung, dass „die bisher für die Einkommenssteuer massgeblichen Werte übernommen werden“, nicht erfüllt, so bedeutet dies wie im heute geltenden Recht, dass im Umfang der vorgenommenen Wertveränderungen (und nur in diesem Umfang) stille Reserven realisiert worden sind. Eine solche Realisierung kann auf der Aufwertung von Aktiven oder auf der Überführung einzelner Vermögensobjekte ins Privatvermögen beruhen.

Was die Frage der Sperrfrist angeht, ist grundsätzlich unbestritten, dass die Beteiligungsverhältnisse sowohl bei der Übernahme einer Personenunternehmung durch eine Kapitalgesellschaft als auch bei der Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft während fünf Jahren grundsätzlich gleich bleiben sollen. Unbestritten ist auch, dass eine unentgeltliche Übertragung der im Zuge einer Umstrukturierung erworbenen Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte (z.B. durch Erbgang, Erbvorbezug oder Schenkung) keine Steuerfolgen auslösen soll. Dasselbe gilt für den Fall, dass solche Beteiligungsrechte zu einem ihren Nennwert nicht übersteigenden Preis veräussert werden. Umstritten ist dagegen das von der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ zur Diskussion gestellte neue, auf einer Umkehr der Beweislast fussende Konzept für die Regelung der Sperrfrist: Sowohl die Kantone als auch einzelne weitere Vernehmlassungen sprechen sich klar gegen die Preisgabe des bisherigen (objektiven) Konzeptes aus. Der vorliegende Gesetzesentwurf stützt sich in Artikel 19 Absatz 2 DBG auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die sachliche Begründung der Sperrfrist nicht im Steuerumgehungsdenken, sondern im „gesetzlichen Realisierungskonzept“ bzw. im „Differenzierungskonzept“ enthalten ist. Wird eine Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, setzt der Steueraufschub demnach voraus, dass der bisherige Unternehmer sein Engagement fortsetzt. Tut er dies nicht, sondern veräussert er die Aktien innert kurzer Zeit, realisiert er die stillen Reserven der früheren Personenunternehmung. Dies genügt zur Besteuerung – eine zusätzliche Steuerumgehungsabsicht ist nicht erforderlich (Bundesgerichtsurteil vom 28. Dezember 1998, veröffentlicht in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht Bd. 68 S. 71). Anders verhält es sich demgegenüber im Fall der Spaltung einer juristischen Person (vgl. Ziff. 1.3.9.5.2).

Wenn eine juristische Person eine Personenunternehmung durch Fusion übernimmt, gehört es zum Wesen dieses Vorgangs, dass die Inhaber des übernommenen Unternehmens mit Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden juristischen Person abgefunden werden (vgl. Art. 7 Abs. 1 des Entwurfs des Fusionsgesetzes). Die entgeltliche Veräusserung des Vermögens einer Personenunternehmung gehört deshalb nicht zu den steuerneutralen Umstrukturierungen. Um dies klarzustellen, schlug die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ eine Formulierung vor, wonach die Gegenleistung der übernehmenden juristischen Person im Wesentlichen in der Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten bestehen muss. Im Vernehmlassungsverfahren ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass die Gegenleistung der übernehmenden juristischen Person – beispielsweise bei der Umwandlung einer Personenunternehmung in eine Kapitalgesellschaft – sehr oft auch eine Gutschrift auf einem Kreditorenkonto einschliessen könne. Zutreffend ist im Vernehmlassungsverfahren auch erwähnt worden, dass die mit einer Umstrukturierung meist verbundene Übernahme von Schulden gegenüber Dritten nach der im Bereich der Umsatzabgabe ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts ebenfalls eine Gegenleistung darstelle; entsprechend ist im Vernehmlassungsverfahren geltend gemacht worden, dass die Steuerneutralität von Umstrukturierungen daran scheitern dürfe. Der vorliegende Gesetzesentwurf verlangt deshalb in Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b DBG nur, dass die (allfällige) Gegenleistung der übernehmenden oder umgewandelten juristischen Person die Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten einschliesst.

1.3.9.5.2

Umstrukturierung von juristischen Personen

Gestützt auf die Arbeiten der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ wird vorgeschlagen, die im Zuge einer Umstrukturierung vollzogene Übertragung von Vermögenswerten „auf eine andere juristische Person“ generell als steuerneutralen Vorgang zu bezeichnen. Damit soll auch für die folgenden, im Entwurf des Fusionsgesetzes vorgesehenen Fusionen der Steueraufschub gewährt werden:

- Übernahme eines Vereins durch eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft,
- Fusion zweier Vereine,
- Fusion zweier Stiftungen,
- Fusion zweier Personalfürsorgeeinrichtungen,
- Übernahme einer Genossenschaft ohne Anteilscheine durch einen Verein,
- Übernahme eines öffentlich-rechtlichen Instituts (z.B. einer Anstalt) durch einen Verein, eine Stiftung, eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft.

Was die Spaltung angeht, sollen insbesondere begünstigt sein:

- die Aufspaltung durch Errichtung von Nachfolgegesellschaften (Aufspaltung im Sinn von Art. 29 Bst. a des Entwurfs des Fusionsgesetzes),
- die vertikale Spaltung, bei der ein Betrieb auf eine andere Gesellschaft (insbes. auf eine Schwestergesellschaft) überführt wird und die Aktionäre der absplattendenden Gesellschaft mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden (Abspaltung im Sinn von Art. 29 Bst. b des Entwurfs des Fusionsgesetzes),
- der Tatbestand des „Joint Venture“, bei dem zwei voneinander unabhängige Unternehmen je einen Betrieb in eine neu errichtete, von ihnen gemeinsam beherrschte Gesellschaft einbringen.

Im Bereich der Umwandlungen sollen – neben der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in eine andere Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft – vor allem begünstigt werden:

- die Umwandlung einer Genossenschaft ohne Anteilscheinkapital in einen Verein,
- die Umwandlung eines Vereins in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft,
- die Umwandlung eines öffentlich-rechtlichen Instituts in einen Verein, eine Stiftung, Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft.

Der in die Vernehmlassung gegebene Entwurf der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ wollte die Steuerneutralität der Umstrukturierung von juristischen Personen auch bei der Fusion davon abhängig machen, dass „selbstständige Betriebe oder Betriebsteile“ übertragen werden. Der vorliegende Entwurf hält am Erfordernis der Übertragung eines Betriebs (oder eines Teilbetriebs) nur für die Tatbestände der Spaltung fest. Vertikale, mit der Übertragung eines Betriebs auf eine Schwester- oder Parallelgesellschaft verbundene Spaltungen können schon nach bisherigem Recht und bisheriger Praxis nur steuerneutral durchgeführt werden, wenn ein Betrieb (oder ein Teilbetrieb) übertragen wird.

Was die Frage der Sperrfrist angeht, stützt sich der vorliegende Gesetzesentwurf in Artikel 61 Absatz 1^{bis} DBG auf das von der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ zur Diskussion gestellte neue, auf einer Umkehr der Beweislast fussende Konzept. Danach soll die Steuerneutralität dann keine Anwendung finden, wenn bereits im Zeitpunkt der Spaltung eine Verkaufsabsicht bestand. Von einer Verkaufsabsicht wird ausgegangen, sofern die von einer Spaltung betroffenen Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte innerhalb von fünf Jahren zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräussert werden und der Aktionär nicht nachweisen kann, dass im Zeitpunkt der Spaltung keine Verkaufsabsicht bestand.

1.3.9.5.3 Übertragung von Beteiligungen und von Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hat vorgeschlagen, die Steuerneutralität der Übertragung von Beteiligungen und von Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis ebenfalls im DBG und im StHG klar zu verankern. Im Vernehmlassungsverfahren ist zu diesem Vorschlag die Auffassung vertreten worden, dass es entsprechender Vorschriften auf Grund der Unternehmenssteuerreform 1997 nicht mehr bedürfe. Dieser Auffassung kann nicht beigespflichtet werden. Im Rahmen der genannten Unternehmenssteuerreform ist nämlich ausschliesslich die Übertragung von Beteiligungen auf ausländische Konzerngesellschaften geregelt worden. Nicht geregelt ist dagegen der Tatbestand, in dem eine Beteiligung im innerschweizerischen Konzernverhältnis beispielsweise auf eine Schwestergesellschaft übertragen wird. Dasselbe gilt für den Tatbestand, dass ein Betrieb (oder ein Teilbetrieb) zum bisherigen Gewinnsteuerwert auf eine andere Konzerngesellschaft übertragen wird. In Artikel 61 Absatz 2 DBG soll deshalb explizit vorgesehen werden, dass wesentliche Beteiligungen oder Betriebe zu den bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werten auf eine andere Konzerngesellschaft übertragen werden können.

Nach der unter altem Recht entwickelten Praxis konnten einzelne Vermögenswerte wohl steuerneutral auf eine Tochtergesellschaft übertragen werden. Nach der Unternehmenssteuerreform 1997 gelten Kapitalgewinne auf Beteiligungen indessen neu als Beteiligungsertrag und werden steuerlich (indirekt) freigestellt. Verdeckte Kapitaleinlagen führen daher grundsätzlich zu einer Besteuerung der auf eine Tochtergesellschaft übertragenen stillen Reserven und zu einer entsprechenden Erhöhung des Gewinnsteuerwertes und der Gestehungskosten der Beteiligung. Ein Besteuerungsverzicht rechtfertigt sich auch bei der horizontalen Spaltung deshalb nur, wenn ein Betrieb (oder ein Teilbetrieb) zum Gewinnsteuerwert auf eine Tochtergesellschaft übertragen wird. Im Gegensatz zur vertikalen Spaltung ist es dabei nicht notwendig, dass nach der Umstrukturierung bei der spaltenden (Mutter-)Gesellschaft ein Betrieb verbleibt.

Bei der Übertragung von Beteiligungen, Betrieben oder Teilbetrieben auf inländische Konzerngesellschaften werden stille Reserven auf ein anderes Steuersubjekt übertragen. Dies führt bei der Übertragung auf eine Schwester- oder die Muttergesellschaft zu einer Verlagerung des Steuersubstrats. Bei der Übertragung auf eine Tochtergesellschaft bewirkt der Vorgang zudem, dass für den bei einer Veräusserung realisierten Gewinn der Beteiligungsabzug geltend gemacht werden kann. Werden die übertragenen Beteiligungen, Betriebe oder Teilbetriebe innerhalb der

Sperrfrist veräussert, muss sichergestellt werden, dass die Gewinnsteuer bei der übertragenden Gesellschaft anfällt. Deshalb ist in Artikel 61 Absatz 2^{bis} DBG das in Ziffer 1.3.9.5.1 bereits erwähnte objektive Konzept vorgesehen. Diese Lösung entspricht der heutigen Praxis, wonach bei der Übertragung von Betrieben oder Teilbetrieben auf eine Tochtergesellschaft für die Gewinnsteuer eine Sperrfrist von fünf Jahren gilt (vgl. Kreisschreiben der ESTV vom 9. Juli 1998, Ziff. 2.5.3 Bst. d). Dadurch wird bereits nach geltendem Recht verhindert, dass steuerbare Kapitalgewinne in faktisch steuerfreie Beteiligungsgewinne umgewandelt werden. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass bei der Übertragung einer sog. „Neu-Beteiligung“ im Sinne von Artikel 207a Absatz 1 DBG mit anschliessender Verletzung der Sperrfrist, der Teilungsabzug gemäss den Artikeln 69 und 70 DBG geltend gemacht werden kann.

1.3.9.5.4 Fusionsgewinn und Fusionsverlust

Wenn eine Muttergesellschaft die von ihr beherrschte Tochtergesellschaft durch Fusion absorbiert, kann der Zusammenschluss – je nach dem Wert, zu dem die Beteiligung in der Bilanz der Muttergesellschaft ausgewiesen wurde – bei der übernehmenden Muttergesellschaft zu einem buchmässigen Verlust oder zu einem buchmässigen Gewinn führen. Liegt der Buchwert der übernommenen Aktiven und Passiven per Saldo unter dem Buchwert der Beteiligung, so resultiert eine negative Übernahmendifferenz (sog. Fusionsverlust). Im umgekehrten Fall liegt eine positive Differenz (sog. Fusionsgewinn vor). Die Gründe für das Auftreten dieser Differenzen können verschiedenartig sein. Trotz eines buchmässigen Fusionsverlustes liegt tatsächlich keine Verlustrealisation vor, wenn mindestens im Ausmass der Buchwertdifferenz stille Reserven der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft übergehen (Fall des unechten Fusionsverlustes). Sind indessen keine (oder zu wenig) stille Reserven vorhanden, so war die Beteiligung schon vor der Fusion überbewertet und hätte grundsätzlich wertberichtigt werden sollen. Auch der Fusionsgewinn kann auf verschiedenen Ursachen beruhen. Der Grund kann darin liegen, dass sich früher auf der Beteiligung vorgenommene Abschreibungen als übersetzt erweisen oder durch einen späteren Wertzuwachs wieder kompensiert werden. Der Fusionsgewinn kann aber auch aus thesaurierten Gewinnen herrühren, die im Zug der Fusion als offene Reserven auf die Muttergesellschaft übertragen werden.

Zum Fall des Fusionsverlustes bestimmt das geltende Recht (Art. 61 Abs. 3 DBG), dass ein Buchverlust auf der Beteiligung steuerlich nicht abgezogen werden kann. Was den Fusionsgewinn angeht, bestimmt Artikel 61 Absatz 3 DBG, dass der entsprechende Buchgewinn zu besteuern ist. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hat darin eine sachfremde Regelung erblickt und ihre Auffassung damit begründet, dass es sich beim Fusionsgewinn bloss um eine in der Bilanz ausgewiesene Grösse handelt, während für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns nicht von der Bilanz, sondern vom Saldo der Erfolgsrechnung auszugehen ist (Art. 58 Abs. 1 DBG). Die im Vernehmlassungsverfahren umstrittene Frage der Besteuerung des Fusionsgewinns ist insofern akademischer Natur, als die übernehmende Muttergesellschaft im Ausmass des ihr zugerechneten Gewinns den Teilungsabzug geltend machen kann. Seit der Einführung des proportionalen Gewinnsteuertarifs hätte eine Freistellung des Fusionsgewinns bei der direkten Bundessteuer daher praktisch keine Ausfälle zur Folge. Anders verhält es sich dagegen bei den Kantonen, welche für ihre Steuern den proportionalen Gewinnsteuertarif noch nicht ein-

geführt haben. Zur Argumentation der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ haben die Kantone zutreffend darauf hingewiesen, dass der von den Steuern des Bundes und der Kantone erfasste Gewinn auch die in der Erfolgsrechnung nicht ausgewiesenen Erträge, Kapital-, Liquidations- und Aufwertungsgewinne einschliesst (Art. 58 Abs. 1 Bst. c DBG; Art. 24 Abs. 1 Bst. b StHG). Wesentlich ist in diesem Zusammenhang vor allem die Unternehmenssteuerreform 1997, die den Grundsatz beibehalten hat, dass Erträge und Gewinne auf Beteiligungen nicht direkt, sondern (über den Beteiligungsabzug) indirekt freizustellen sind. An der Regelung, wonach der Fusionsgewinn Teil des steuerbaren Reingewinns bildet, muss deshalb festgehalten werden. Der Fusionsgewinn gehört indessen unbestrittenermassen zu den in Artikel 70 Absatz 1 DBG erwähnten Beteiligungserträgen, für welche die Gewinnsteuer gestützt auf Artikel 69 DBG ermässigt wird.

1.3.9.5.5 Spaltung von Vorsorgeeinrichtungen

Die mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Vorsorgeeinrichtungen des privaten und des öffentlichen Rechts sind gemäss Artikel 80 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) von den ordentlichen Gewinnsteuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie von Erbschafts- und Schenkungssteuern der Kantone und Gemeinden befreit, soweit ihre Einkünfte und Vermögenswerte ausschliesslich der beruflichen Vorsorge dienen. Liegenschaften dürfen mit Grundsteuern, insbesondere Liegenschaftensteuern vom Bruttowert der Liegenschaft und Handänderungssteuern, belastet werden (Art. 80 Abs. 3 BVG). Mehrwerte aus der Veräusserung von Liegenschaften können entweder mit der allgemeinen Gewinnsteuer oder mit einer speziellen Grundstückgewinnsteuer erfasst werden. Bei Fusionen und Aufteilungen von Vorsorgeeinrichtungen dürfen dagegen keine Gewinnsteuern erhoben werden (Art. 80 Abs. 4 BVG). Visiert ist damit die Grundstückgewinnsteuer, auf deren Erhebung gemäss dem Bericht der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ im Fall der Fusion und der Spaltung von Personalfürsorgeeinrichtungen zu verzichten ist. Zulässig bleibt dagegen die Erhebung von Handänderungssteuern (vgl. dazu Ziff. 1.3.9.7). Die im Vernehmlassungsverfahren geäusserte Befürchtung, wonach die Befreiung von der Grundstückgewinnsteuer im Falle der Spaltung einer Vorsorgeeinrichtung an der sog. Betriebsklausel scheitern könnte, erweist sich mithin als unbegründet. Ob Personalfürsorgeeinrichtungen generell als „Betriebe“ im steuerrechtlichen Sinn qualifiziert werden können, ist in diesem Zusammenhang irrelevant; denn die Steuerneutralität der Spaltung ergibt sich – ohne eine einschränkende Betriebsklausel – direkt aus Artikel 80 Absatz 4 BVG.

1.3.9.5.6 Umwandlung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in eine Personenunternehmung

Wird eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft aufgelöst, so führt dies im Normalfall

- auf der Stufe der Gesellschaft oder Genossenschaft zur Besteuerung des Liquidationsgewinns, der in der Regel dem Total der stillen Reserven (d.h. der Differenz zwischen dem Buchwert und dem Verkehrswert der Aktiven und Passiven) entspricht, und

- auf der Stufe des Aktionärs oder Genossenschafters zur Besteuerung der Liquidationsdividende.

Die Praxis einiger Kantone zur direkten Bundessteuer und zu den kantonalen Steuern betrachtete den Liquidationsgewinn ausschliesslich auf der Stufe der Gesellschaft oder Genossenschaft als steuerbar. Andere Kantone dagegen tendierten dazu, die dem Aktionär oder Genossenschafter zufließende Liquidationsdividende als Einkommen zu erfassen.

Der Gesetzgeber hat davon abgesehen den Tatbestand in Artikel 61 DBG (und in Art. 24 StHG) explizit zu erwähnen. Aus diesem Umstand ist in der Lehre der Schluss gezogen worden, der Gesetzgeber habe die Frage, ob die übertragenen Reserven auf der Stufe der Gesellschaft oder auf Aktionärebene zu erfassen sind, im Sinne eines „Sowohl-als-auch“ gelöst.

Gestützt auf den Bericht der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ gelangen wir zum Schluss, dass sich eine Kumulation der Besteuerung auf der Stufe der Gesellschaft und auf der Stufe des Aktionärs nicht vertreten lässt. Zwar ist eine Besteuerung unerlässlich, um zu verhindern, dass der die Liquidation des Unternehmens planende Aktionär die Aktiengesellschaft in eine Personenunternehmung umwandelt und die beabsichtigte Liquidation erst im Anschluss an diese Umwandlung durchführt. Mit der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ halten wir dafür, dass die stillen Reserven unbesteuert auf den neuen Rechtsträger (d.h. den Personenunternehmer) übergehen können, dass aber beim Aktionär über die Liquidations- bzw. Naturaldividende abzurechnen ist, welche er in Form der übertragenen Vermögensobjekte erhält. Wir schlagen daher vor, die Umwandlung einer juristischen Person in eine Personenunternehmung in Artikel 61 Absatz 1 Buchstabe a DBG (und in Art. 24 Abs. 3 Bst. a StHG) explizit zu regeln. Damit wird klargestellt, dass die Besteuerung nicht auf der Stufe der juristischen Person, sondern ausschliesslich auf der Ebene des Aktionärs vorzunehmen ist. Diese Regelung soll in analoger Weise gelten, wenn eine juristische Person in einen Verein oder in eine Stiftung umgewandelt wird.

1.3.9.5.7 Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen

Unterschiedliche Wertverhältnisse können es bei einer Fusion notwendig machen, dass die Aktionäre der übernommenen Gesellschaft mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden, die einen höheren Nennwert aufweisen, oder dass ihnen ein Spitzenausgleich vergütet wird (vgl. Art. 7 Abs. 2 des Entwurfs des Fusionsgesetzes). In beiden Fällen wird nach geltender Gesetzgebung und Praxis die Verrechnungssteuer erhoben, damit der entsprechende Betrag beim privaten Aktionär als Einkommen im Sinn von Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c DBG erfasst werden kann.

Damit Umstrukturierungen nicht an steuerlichen Hindernissen scheitern, hat die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ vorgeschlagen, die erwähnten Nennwertgewinne und Ausgleichszahlungen sowohl von den Einkommenssteuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden als auch von der Verrechnungssteuer auszunehmen. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hielt indessen dafür, dass sich bei einer Fusion von Schwestergesellschaften weder Nennwerterhöhungen noch Ausgleichszahlungen aufdrängen. Für den Fall der Abspaltung im Sinn von Artikel 37 Buchstabe b des Entwurfs des Fusionsgesetzes hat die Arbeits-

gruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ eine analoge Entlastung allfälliger Nennwerterhöhungen und Ausgleichszahlungen vorgeschlagen.

In den Stellungnahmen der Kantone wie auch in weiteren Vernehmlassungen ist gegen den Vorschlag der Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ eingewendet worden, dass damit ein grundlegendes Prinzip – nämlich das Nennwertprinzip – verlassen würde. Mit Bezug auf Ausgleichszahlungen mache die objektbezogene Betrachtung des Vermögensertragsbegriffs durchaus Sinn, solange die Gewinne auf beweglichem Privatvermögen nicht besteuert werden. Ernst zu nehmen ist auch die Warnung, wonach sich die Besteuerung der Gratisaktien kaum mehr rechtfertigen liesse, wenn das Nennwertprinzip für Nennwerterhöhungen und Ausgleichszahlungen sowohl bei den Einkommenssteuern als auch bei der Verrechnungssteuer nicht mehr gälte. Die Kantone weisen zudem warnend darauf hin, dass die Einnahmehausfälle nicht unterschätzt werden dürfen. Das Risiko, dass bei einer Fusion zusätzliches Eigenkapital zu Lasten der Reserven geschaffen wird, damit später das Kapital (steuerfrei) herabgesetzt werden kann, ist nicht von der Hand zu weisen.

1.3.9.5.8 Spaltung von Holding- und von Immobiliengesellschaften

Nach der bisherigen Praxis ist die Aufteilung von Immobilien- und von Holdinggesellschaften steuerlich nicht unproblematisch, weil diese Gesellschaften nach herkömmlichem Verständnis keine Betriebe besitzen. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ ist zum Schluss gelangt, dass auf diese Restriktionen verzichtet werden könnte; entsprechend schlug sie vor, die Spaltung von Immobilien- und Holdinggesellschaften (unter Vorbehalt der Sperrfrist) ebenfalls als steuerneutrale Vorgänge zu behandeln.

Der vorliegende Gesetzesentwurf übernimmt diesen Vorschlag nicht. Wie unter Ziffer 1.3.9.5.2 bereits ausgeführt, kommt dem Betriebserfordernis seit der Verabschiedung der Unternehmenssteuerreform 1997 eine erhöhte Bedeutung zu. Wird eine Liegenschaft im Zuge einer Spaltung auf eine Schwester- oder eine Tochtergesellschaft übertragen, so lässt sich die Steuerneutralität mithin nur rechtfertigen, wenn die betreffende Liegenschaft einem Betrieb dient, welcher gesamthaft übertragen wird. Wird dagegen nur eine einzelne Liegenschaft übertragen, so kann auf die Besteuerung von stillen Reserven nicht verzichtet werden. Was die Holdinggesellschaften angeht, akzeptiert die geltende Praxis das Vorliegen einer steuerneutralen Umstrukturierung, sofern die Spaltung einer Holding mit der Übertragung von Beteiligungen an Betriebs- oder Handelsgesellschaften verbunden ist. Diese Praxis kann auch in Zukunft weitergeführt werden.

1.3.9.5.9 Erwerb des Holdingstatus

Wechselt eine gemischte Gesellschaft vom Stammhaus- zum Holdingkonzept, indem sie ihren angestammten Betrieb (im Zuge einer horizontalen Spaltung) auf eine Tochtergesellschaft überträgt, so erwirbt die spaltende Gesellschaft damit den Status einer reinen Holding. Diese hat gemäss Artikel 28 Absatz 2 StHG auf dem Reingewinn keine Steuer zu entrichten. Verschiedene Kantone tendierten bisher dazu, den

Wechsel des Steuerstatus zum Anlass einer – steuersystematischen – Erfassung der stillen Reserven zu nehmen. In neuerer Zeit hat die Bereitschaft der Kantone zuge-
nommen, auf Grund neuer Gesetzesbestimmungen oder auf Grund so genannter Re-
verslösungen einen Steueraufschub bis zur tatsächlichen oder buchmässigen Reali-
sierung der stillen Reserven zu gewähren.

Im vorliegenden Gesetzesentwurf wird darauf verzichtet, den von der Arbeitsgruppe
„Steuern bei Umstrukturierungen“ vorgeschlagenen Steueraufschub im StHG zu
verankern. Die Kantone haben im Vernehmlassungsverfahren darauf hingewiesen,
dass das Problem durch die Unternehmenssteuerreform 1997 weitgehend gegen-
standslos geworden ist. Die Kantone haben in diesem Zusammenhang auch erwähnt,
dass die Steuerneutralität der horizontalen Spaltung nicht davon abhängt, ob ein
Betrieb bei der absplattend Muttergesellschaft verbleibt oder nicht.

1.3.9.6 Stempelabgaben

Bei den Stempelabgaben hat die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“
einmal eine Entlastung bei der Emissionsabgabe vorgeschlagen. Der Vorschlag ten-
diert darauf, die Emissionsabgabe für Beteiligungsrechte, welche in Durchführung
von Beschlüssen über Fusionen, Spaltungen oder Umwandlungen von Handelsges-
ellschaften ohne juristische Persönlichkeit, Vereinen, Stiftungen oder Unternehmen
des öffentlichen Rechts begründet oder erhöht werden, nur auf dem Nennwert der
bei der Umstrukturierung geschaffenen Beteiligungsrechte (und nicht auf dem Ver-
kehrswert der betreffenden Unternehmen) zu erheben. Eine solche Entlastung, die
grössere Ausfälle nach sich zöge, lässt sich mit dem Postulat kaum vereinbaren, wo-
nach Umstrukturierungen bei der Emissionsabgabe nur begünstigt werden sollen,
wenn die betreffenden Unternehmen diese Abgabe bereits zu entrichten hatten. Un-
ter dem Aspekt der Rechtsgleichheit wäre eine Entlastung auch insofern problema-
tisch, als sie zu einer Privilegierung der im Zuge der Privatisierung öffentlicher An-
stalten neu gegründeten Kapitalgesellschaften führen würde. Was den Bereich der
KMU und die Umwandlung von Personenunternehmungen in Kapitalgesellschaften
angeht, ist darauf hinzuweisen, dass in diesen Fällen bereits die in Artikel 6 Ab-
satz 1 Buchstabe h des Stempelgesetzes geregelte Freigrenze von 250 000 Franken
zur Anwendung gelangt.

Zwei weitere Anliegen betreffen die Umsatzabgabe:

- Schon bisher war die Sacheinlage von Urkunden zur Liberierung inländi-
scher Aktien, Stammeinlagen von GmbH, Genossenschaftsanteile, Partizi-
pationsscheine und Anteile an einem Anlagefonds nach Artikel 14 Absatz 1
Buchstabe b des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) von der
Abgabe ausgenommen. So konnten beispielsweise inländische Aktiengesell-
schaften bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung das Aktienkapital einer
inländischen Tochtergesellschaft umsatzabgabefrei liberieren, soweit sie
Wertpapiere einbrachten. Neu soll nun auch die Liberierung ausländischer
Aktien, Stammeinlagen von GmbH, Genossenschaftsanteile, Partizipations-
scheine und Anteile an einem Anlagefonds durch Sacheinlage von Urkunden
von der Umsatzabgabe ausgenommen sein. Dies ermöglicht insbesondere
Holdinggesellschaften, Beteiligungen zur Liberierung von Aktien ausländi-
scher Konzerngesellschaften zu verwenden, ohne dabei Umsatzabgaben ent-
richten zu müssen. Da solche Vorgänge oft Teil von Umstrukturierungen

sind, wird mit dieser zusätzlichen Entlastung einem bedeutenden Teil des Anliegens der Motion Bührer vom 22. April 1999 betreffend Beseitigung der Umsatzabgabe bei konzerninternen Umstrukturierungen Rechnung getragen.

- Befindet sich unter den von einer Umstrukturierung erfassten Unternehmen ein Effektenhändler im Sinn von Artikel 13 Absatz 3 StG, so kann die ESTV nach der vom Bundesgericht geschützten Praxis zur Erhebung der Umsatzabgabe schreiten, sofern im Zuge der Umstrukturierung Eigentum an Wertpapieren übergeht und zudem Schulden gegenüber Dritten übernommen werden; das für die Berechnung der Umsatzabgabe massgebende Entgelt besteht in diesen Fällen in dem Anteil an den übernommenen Verpflichtungen, welcher dem Verhältnis des Werts der übertragenen Wertpapiere zum Total der übernommenen Aktiven entspricht. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hat vorgeschlagen, diese Besteuerung abzuschaffen, weil die mit einer Umstrukturierung verbundene Übertragung von Vermögenswerten nicht auf einem Veräusserungsgeschäft beruhe. Folgt man dieser Argumentation, so lässt sich eine entsprechende Änderung des Stempelgesetzes rechtfertigen. Diese Befreiung von der Umsatzabgabe betrifft auch grenzüberschreitende Tatbestände. Damit wird einem weiteren wichtigen Anliegen der Motion Bührer vom 22. April 1999 betreffend Beseitigung der Umsatzabgabe bei konzerninternen Umstrukturierungen Rechnung getragen.

1.3.9.7 Handänderungssteuern

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ würde es an sich begrüssen, wenn die Kantone beim Vorliegen einer für die direkten Steuern geltenden Steuerneutralität bzw. eines Steueraufschubs bei der Grundstückgewinnsteuer jeweils auch von der Erhebung der Handänderungssteuern absehen würden, um die im Entwurf des Fusionsgesetzes vorgesehenen Umstrukturierungsmöglichkeiten durch die Erhebung von Handänderungssteuern nicht zu erschweren.

Die Handänderungssteuer ist eine Transaktionssteuer, die an den Übergang von Eigentum an Grundstücken anknüpft. Gegenstand der Steuer ist die Handänderung als solche und (im Gegensatz zur Grundstückgewinnsteuer) nicht der dabei realisierte Gewinn. Die Handänderungssteuer wird im Normalfall auf dem Kaufpreis erhoben. Sie ist in der Regel proportional und beträgt in den meisten Kantonen/Gemeinden 1–3 Prozent des Kaufpreises.

Die Auslegung von Artikel 129 BV (Art. 42^{quinquies} aBV) ergibt, dass der Bund eine Harmonisierung der Handänderungssteuern nicht anordnen kann; denn die Handänderungssteuern sind nach herrschender Meinung zu den indirekten Steuern zu zählen. Dieser Auffassung ist im Vernehmlassungsverfahren nicht widersprochen worden. In einzelnen Vernehmlassungen ist aber die Ansicht vertreten worden, dass die Zuständigkeit des Bundes zu einem punktuellen Eingriff in die kantonale Steuererhebungskompetenz aus Artikel 122 BV (Art. 64 aBV) abgeleitet werden könne, zumal es nicht angehe, dass gewisse Kantone die freie Wahl der Rechtsform durch eine „verfassungsmässig fragwürdige Steuer“ zunichte machen.

Traditionellerweise erheben viele Kantone in Form von Rechtsverkehrssteuern indirekte, sich an privatrechtliche Vorgänge anlehrende Steuern. Es sind dies namentlich die Erbschafts-, Schenkungs- und Handänderungssteuern. Schon eine histori-

sche Auslegung von Artikel 122 BV ergibt, dass der Bund alle diese Steuern – im Einzelfall oder generell – nicht aufheben darf. Eine Bundeskompetenz zur Vornahme eines punktuellen Eingriffs in die kantonale Steuerhoheit lässt sich aus Artikel 122 BV ableiten, wenn zivilrechtliche Normen des Bundes durch das kantonale Steuerrecht massiv beeinträchtigt oder geradezu vereitelt würden. Ein genereller Zielkonflikt genügt jedoch nicht, um das Vorliegen einer Bundesrechtswidrigkeit zu bejahen. Für die Begrenzung oder gar die Aufhebung einer solchen Steuer wäre die Grenze aber hoch anzusetzen.

Bei Umstrukturierungen ist die allfällige Handänderungssteuer auf dem gesamten Grundeigentum geschuldet, das im Rahmen der Umstrukturierung auf einen neuen Rechtsträger übergeht. Die wesentliche Erleichterung des vorliegenden Gesetzesentwurfs besteht darin, dass in den Fällen der Umstrukturierung die oft nicht unbedeutlichen stillen Reserven auf Liegenschaften – im Rahmen der Grundstücksgewinnsteuer – nicht abgerechnet werden müssen. Die verbleibenden kantonalen Handänderungssteuern erachtet der Bundesrat bei einem Satz von 1–3 Prozent als zu wenig einschneidend, als dass durch sie die Realisierung der Ziele des Fusionsgesetzes massiv beeinträchtigt oder gar vereitelt würde.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Bund den Kantonen die Erhebung der Handänderungssteuern in Fällen der Umstrukturierung weder gestützt auf Artikel 129 noch auf Artikel 122 der Verfassung untersagen kann (s. auch VPB 63.83, www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/63/63.83.html). Die Kantone sollten indessen nicht übersehen, dass die Gewährung eines Steueraufschubs die Durchführung von Umstrukturierungen erleichtern würde.

1.3.9.8 Mehrwertsteuer

Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hat sich in ihrem Bericht auch mit dem Thema einer Änderung der Mehrwertsteuerverordnung (MWSTV) befasst. Sie begrüßte in diesem Zusammenhang die am 18. September 1995 verabschiedete Änderung von Artikel 26 Absatz 3 MWSTV, wonach die Eigenverbrauchssteuer im Falle der Nutzungsänderung auf unbeweglichen Gegenständen höchstens vom Wert der Aufwendungen berechnet wird, der seinerzeit zum Vorsteuerabzug berechnete. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ begrüßte ferner die nun in Artikel 34 Absatz 2 MWSTG aufgenommene Ergänzung dieser Regelung, wonach für die Berechnung der Eigenverbrauchssteuer die Obergrenze wie im geltenden Recht umschrieben wird. In ähnlichem Sinne hat die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ die in Artikel 42 MWSTG verankerte Neuregelung der Einlaagentsteuerung begrüßt.

Nachdem die eidg. Räte das Mehrwertsteuergesetz am 2. September 1999 verabschiedet haben, sehen wir keinen Anlass, die Frage einer Änderung der zurzeit noch geltenden MWSTV weiter zu verfolgen.

1.4 Rechtsvergleichung

1.4.1 Überblick

Zahlreiche Staaten Europas kennen bereits gesellschaftsrechtliche Regelungen, welche die juristische Reorganisation von Unternehmen erleichtern. Im Vergleich mit dem geltenden schweizerischen Recht zeichnen sich die verschiedenen europäischen Rechtsordnungen allgemein durch grössere Flexibilität in Bezug auf die Änderung der rechtlichen Unternehmensstrukturen sowie durch eine erhöhte Rechtssicherheit aus.

1.4.2 Deutschland

1.4.2.1 Allgemeines

Das „Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwG)“ vom 28. Oktober 1994 regelt die Fusion, die Spaltung, die Vermögensübertragung und die Umwandlung von Rechtsträgern in nicht weniger als 325 Artikeln in abschliessender Weise. Es vereinigt die früher in verschiedenen Erlassen enthaltenen Bestimmungen zu den aufgeführten Rechtsinstituten und erweitert deren Anwendungsbereich. Eine der wichtigsten Neuerungen des Gesetzes liegt in der Einführung einer „teilweisen Universal sukzession“, welche (im Gegensatz zur bisher zu beachtenden Singular sukzession) die Spaltung von Gesellschaften erheblich erleichtert.

1.4.2.2 Fusion

Die „Verschmelzung“ (Fusion) kann durch Übernahme eines Rechtsträgers durch einen anderen („Verschmelzung zur Aufnahme“) oder durch deren Vereinigung in einem neu entstehenden Rechtsträger („Verschmelzung zur Neugründung“) geschehen. In beiden Fällen erhalten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Rechtsträger Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger (§ 2 UmwG).

An einer Fusion können sich namentlich Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereine beteiligen (§ 3 UmwG). Möglich ist sowohl die Fusion von Gesellschaften gleicher Rechtsform als auch die Fusion von Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform.

Die Fusion beruht auf einem notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag (§ 4–6 UmwG), einem Verschmelzungsbericht der Vertretungsorgane (§ 8 UmwG) sowie im Allgemeinen auf einem Prüfungsbericht eines sachverständigen Prüfers (§ 9 UmwG). Der Verschmelzungsvertrag bedarf sodann der Zustimmung der Versammlung der Anteilsinhaber (§ 13 UmwG; der Beschluss ist notariell zu beurkunden). Anschliessend ist die Fusion im Handelsregister einzutragen; sie wird mit der Eintragung rechtswirksam (§ 16 UmwG).

1.4.2.3 Spaltung

Das Gesetz sieht drei Formen der Spaltung vor (§ 123 UmwG):

- Die Aufspaltung: Ein Rechtsträger kann unter Auflösung ohne Abwicklung sein Vermögen aufspalten; die Aufspaltung erfolgt gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Rechtsträger an die Anteilsinhaberinnen und Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers.
- Die Abspaltung: Ein Rechtsträger kann einen Teil oder mehrere Teile seines Vermögens abspalten; die Abspaltung erfolgt gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Rechtsträger an die Anteilsinhaberinnen und Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers.
- Die Ausgliederung: Ein Rechtsträger kann einen Teil oder mehrere Teile seines Vermögens ausgliedern; die Ausgliederung erfolgt gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Rechtsträger an den übertragenden Rechtsträger.

An einer Spaltung können sich grundsätzlich Rechtsträger derselben Rechtsformen beteiligen wie an einer Fusion (§ 124 UmwG).

Die Bestimmungen zur Regelung der Fusion finden sinngemäss auch für die Spaltung Anwendung (§ 125 UmwG). Das Verfahren der Spaltung entspricht demzufolge weitgehend demjenigen der Fusion. Die Spaltung beruht auf einem Spaltungsvertrag, einem Spaltungsbericht und einem Prüfungsbericht. Die Spaltung bedarf der Zustimmung der Versammlung der Anteilsinhaberinnen und Anteilsinhaber und ist im Handelsregister einzutragen. Mit der Eintragung gehen die im Spaltungsvertrag umschriebenen Vermögensteile an den übernehmenden Rechtsträger über.

1.4.2.4 Umwandlung

Durch den „Formwechsel“ (Umwandlung) erwirbt ein Rechtsträger eine neue Rechtsform (§ 190 UmwG).

Die Form wechseln können Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine und Institute des öffentlichen Rechts.

Das Verfahren des Formwechsels entspricht weitgehend demjenigen der Fusion oder der Spaltung: Es ist ein Bericht über den Formwechsel zu erstellen. Weiter muss die Versammlung der Anteilsinhaberinnen und Anteilinhaber dem Rechtsformwechsel zustimmen, wobei der Beschluss notariell zu beurkunden ist. Der Formwechsel wird mit seiner Eintragung im Handelsregister rechtswirksam.

1.4.3 Frankreich

1.4.3.1 Allgemeines

Der Gesetzgeber hat 1966 die Fusion und die Spaltung in abschliessender Weise geregelt (Art. 371–389 Loi n° 66–537 du 24 juillet sur les sociétés commerciales³³), so

³³ Auch als „Code des Sociétés“ bezeichnet.

namentlich für Aktiengesellschaften und GmbH. Die gesetzliche Regelung wurde seit ihrem Inkrafttreten verschiedentlich ergänzt³⁴; so wurde das französische Recht 1988 der 3. und 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts angepasst.

1.4.3.2 Fusion

Die Fusion wird als Vorgang verstanden, bei welchem sich zwei Gesellschaften zu einer einzigen vereinigen. Sie kann sowohl in der Gründung einer neuen Gesellschaft bestehen als auch in der Absorption einer Gesellschaft durch eine andere (Art. L 371 Abs. 1).

Die Fusion führt zur Auflösung ohne Liquidation der absorbierten Gesellschaft (Art. L 372 Abs. 1) und bewirkt den Rechtsübergang an der Gesamtheit von deren Aktiven und Passiven (Art. L 371 Abs. 1). Im Gegenzug werden die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft zu solchen der übernehmenden Gesellschaft (Art. L 372 Abs. 1). Die Fusion ist auch zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform zulässig (so etwa die Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer GmbH).

Der Fusion liegt ein Fusionsplan der Führungsorgane sowie ein Bericht des Revisors zu Grunde. Der Fusionsplan (Art. L 374 Abs. 1) ist bei der Kanzlei des Handelsgerichts der beteiligten Gesellschaften aufzulegen; in den Amtsblättern ist auf diese Auflage hinzuweisen. Die Fusion bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen aller beteiligten Gesellschaften. Im Fall der Fusion durch Gründung einer neuen Gesellschaft treten die Rechtswirkungen (Art. L 372 Abs. 1) mit der Eintragung dieser Gesellschaft ins Handelsregister ein. Im Fall der Absorption wird die Fusion – unter Vorbehalt anderslautender Vereinbarungen – mit der Zustimmung der letzten Gesellschafterversammlung rechtskräftig.

1.4.3.3 Spaltung

Eine Gesellschaft kann durch Spaltung ihr Vermögen in Teilen auf mehrere bestehende oder neu zu gründende Gesellschaften übertragen. Das Gesetz umschreibt den Begriff der Spaltung nicht näher. Die Rechtsprechung setzt für das Vorliegen einer Spaltung voraus, dass die bisherige Gesellschaft nicht fortbesteht. Die Spaltung wird durch drei Punkte gekennzeichnet:

- die übertragende Gesellschaft wird ohne Liquidation aufgelöst;
- das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht von Gesetzes wegen auf die übernehmenden Gesellschaften über;
- die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten Anteile an den übernehmenden Gesellschaften (Austausch der Beteiligungsrechte).

³⁴ Décret vom 23. März 1967, Art. D 254–D 265; Loi 78-9 vom 4. Januar 1978 betr. Art. 1844 Abs. 4 Code Civil; Loi 88-17 vom 5. Januar 1988, ergänzt durch das Décret n° 88–418 vom 22. April 1988.

An einer Spaltung können Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform beteiligt sein (Art. L 327 Code des Sociétés). Beispielsweise kann eine GmbH ihr Vermögen aufteilen und auf eine Aktiengesellschaft und eine GmbH übertragen.

Eine Gesellschaft kann aber auch ohne sich aufzulösen einen Teil ihres Vermögens auf eine andere Gesellschaft übertragen, was im Ergebnis einer Spaltung im Sinne des französischen Rechts sehr nahe kommt. Die Artikel L 387 und 388 Abs. 1 Code des Sociétés erlauben daher, dass dieser Vorgang der Ordnung über die Spaltung unterstellt wird.

Das Spaltungsverfahren ist wie folgt geordnet: Die Führungsorgane haben einen Spaltungsplan zu verfassen (Art. L 374 Abs. 1 und D 254 Abs. 1 Décret vom 23. März 1976, abgeändert durch Décret vom 22. April 1988). Dieser ist bei der Kanzlei des Handelsgerichts der beteiligten Gesellschaften aufzulegen; weiter ist in den Amtsblättern auf die Auflage hinzuweisen (Art. L 374). Die Spaltung bedarf der Zustimmung der Gesellschafterversammlungen aller beteiligten Gesellschaften.

1.4.3.4 Umwandlung

Die Umwandlung einer Gesellschaft besteht im Wechsel der Rechtsform, wobei die betroffene juristische Person fortbesteht. Die Umwandlung stellt demnach eine bloße Statutenänderung dar. Sie wird im französischen Recht in allgemeiner Weise vorgesehen, so für Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, GmbH, Aktiengesellschaften und die so genannten sociétés civiles (Art. 1844 Abs. 3 Code Civil). Die Rechtsfolgen der Umwandlung sind durch die Kontinuität des Rechtsträgers gekennzeichnet; die Rechte und Rechtsverhältnisse, die die Gesellschaft unter ihrer früheren Rechtsform begründet hat, bleiben bestehen. Die Statuten bedürfen jedoch der Anpassung an die neue Rechtsform.

1.4.4 Italien

1.4.4.1 Allgemeines

Das italienische Recht regelt die Fusion und die Spaltung von Gesellschaften seit 1991 einheitlich. Die damalige Neuregelung³⁵ führte das Rechtsinstitut der Spaltung ein und revidierte die bestehenden lückenhaften Vorschriften des Codice civile (CCI) zur Fusion.

1.4.4.2 Fusion

Das Gesetz gibt keine Definition der Fusion. Nach der Lehre besteht die Fusion in der Verbindung von Gesellschaften, wobei den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der aufgelösten Gesellschaft eine Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt wird. Die Fusion kann auf dem Weg der Gründung einer

³⁵ Decreto legislativo Nr. 22 vom 16. Januar 1991, Gazzetta Ufficiale 23. Januar 1991, n° 19.

neuen Gesellschaft erfolgen oder durch die Absorption einer Gesellschaft durch eine andere, bereits bestehende Gesellschaft (Art. 2501 Abs. 1 CCI).

Die Fusion ist für alle Handelsgesellschaften zulässig, so für die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH, die Kommandit- und die Kollektivgesellschaft. In Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher Grundlagen erachtet die Lehre die Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform nicht generell als zulässig; so wird namentlich die Möglichkeit einer Absorption einer Genossenschaft durch eine Aktiengesellschaft abgelehnt.

Die Fusion beruht auf einem Fusionsvertrag (Art. 2501^{bis} und 2504^{octies} CCI), der durch einen Fusionsbericht und einen Prüfungsbericht eines unabhängigen Experten ergänzt wird. Der Vertrag ist der Gesellschafterversammlung der beteiligten Gesellschaften zur Beschlussfassung zu unterbreiten. Die Fusion wird im Handelsregister eingetragen und in der Gazzetta Ufficiale publiziert.

1.4.4.3 Spaltung

Die Spaltung ist in zwei verschiedenen Formen möglich (Art. 2504^{septies} CCI):

- Die sich spaltende Gesellschaft wird aufgelöst und ihr Vermögen in Teilen auf mehrere bestehende oder neu zu gründende Gesellschaften übertragen; ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter erhalten Anteilsrechte an den übernehmenden Gesellschaften.
- Die sich spaltende Gesellschaft überträgt nur einen Teil ihres Vermögens und besteht selber fort; ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter erhalten Anteilsrechte an den übernehmenden Gesellschaften.

Das Verfahren der Spaltung entspricht demjenigen der Fusion.

1.4.4.4 Umwandlung

Die Umwandlung ermöglicht die Änderung der Rechtsform unter Fortbestand der Identität des Rechtsträgers (Art. 2498 Abs. 3 CCI). Der Codice civile (Art. 2498 CCI) regelt nur die Umwandlung einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditaktiengesellschaft oder eine GmbH. Die einheitliche Lehre erachtet überdies auch die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform oder in eine Personengesellschaft als zulässig. Die Möglichkeit der Umwandlung steht ausserdem auch der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts offen (Art. 2251 ff. CCI).

Der Beschluss über die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft muss alle wesentlichen Punkte für die Gründung der entsprechenden Rechtsform beinhalten; er muss öffentlich beurkundet werden (Art. 2498 Abs. 1 CCI). Der Umwandlungsbeschluss wird ergänzt durch einen Bericht über den Wert des Gesellschaftsvermögens (Art. 2343 CCI); er ist ins Handelsregister einzutragen (Art. 2498 Abs. 2 CCI).

2

Besonderer Teil

2.1

Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen

2.1.1

1. Kapitel: Gegenstand und Begriffe

Artikel 1 Gegenstand

Absatz 1 führt die Vorgänge zur Anpassung der rechtlichen Strukturen von Rechtsträgern auf, die vom Entwurf geregelt werden: die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung. Jeder dieser Vorgänge wird anschliessend in einem eigenen Kapitel behandelt. Die Vorgänge, die Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen betreffen, sind in besonderen Kapiteln geregelt. Absatz 1 zählt weiter die privatrechtlichen Rechtsformen (Kapitalgesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen und Einzelfirmen) auf, die von den Regelungen des Entwurfes erfasst werden.

Einen Überblick über die möglichen Anpassungen der rechtlichen Strukturen von Rechtsträgern liefert die Tabelle unter Ziffer 7.3.

Absatz 2 nennt die Ziele des Entwurfs. Dieser will die Rechtssicherheit und die Transparenz gewährleisten und Gläubigerinnen und Gläubiger sowie Personen mit Minderheitsbeteiligungen schützen. Auch wenn die Tragweite einer entsprechenden Bestimmung beschränkt scheint, so hat sie dennoch eine gewisse Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes. Sind mehrere Auslegungen möglich, so ist diejenige zu wählen, die den Zielen des Entwurfes am besten entspricht.

Absatz 3 betrifft die Vorgänge der Anpassungen der rechtlichen Strukturen von Rechtsträgern, an denen sowohl Institute des öffentlichen Rechts (zu diesem Begriff s. Art. 2 Bst. d) als auch Rechtsformen des Privatrechts beteiligt sind. Es werden die Vorgänge aufgeführt, an denen Institute des öffentlichen Rechts teilnehmen können: die Fusion mit Rechtsträgern des Privatrechts, die Umwandlung in Rechtsträger des Privatrechts und die Vermögensübertragung. Mehr dazu in den Erläuterungen zu den Artikeln 99 ff.

Absatz 4 enthält einen Vorbehalt zu Gunsten der Bestimmungen des Kartellgesetzes betreffend die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 9 ff.). Ist eine Fusion, eine Spaltung oder eine Vermögensübertragung nach den Bestimmungen des Fusionsgesetzes zulässig, so heisst das noch nicht, dass der Vorgang auch nach den Vorschriften des Kartellgesetzes statthaft ist (s. dazu auch Ziff. 1.3.8). Der Vorbehalt stellt klar, dass das Fusionsgesetz die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Unternehmen nicht abschliessend regelt, sondern nur deren privatrechtliche Aspekte.

Artikel 2 Begriffe

Der Entwurf des Fusionsgesetzes regelt die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung unabhängig von den Rechtsformen der an den Vorgängen beteiligten Rechtsträger. Es erweist sich daher als notwendig, eine Reihe von Begriffen zu definieren, um den Gesetzestext zu straffen und eine von den verschiedenen Rechtsformen unabhängige Terminologie vorzugeben. Zudem besteht ein Bedürfnis, die Terminologie auf diesem Rechtsgebiet zu vereinheitlichen. Identische und fast identische Sachverhalte werden von der Lehre und der Praxis zum Teil un-

terschiedlich bezeichnet³⁶. Die meisten im Entwurf verwendeten Begriffe werden in *Artikel 2* definiert. Legaldefinitionen finden sich aber auch in anderen Bestimmungen; so unterscheidet *Artikel 3* beispielsweise zwischen der Absorptions- und der Kombinationsfusion; *Artikel 27* bestimmt die beiden Formen der Spaltung: die Aufspaltung und die Abspaltung; *Artikel 31 Absatz 2* umschreibt die symmetrische und die asymmetrische Spaltung.

Artikel 2 enthält die folgenden Definitionen:

- Rechtsträger (*Bst. a*).

Der Entwurf führt den Begriff des „Rechtsträgers“ (französisch: *sujet*) ein, welcher bereits im deutschen Recht als Oberbegriff verwendet wird. Dieser Ausdruck steht als abstrakte Bezeichnung für die Gesamtheit aller Rechtsformen, die vom Geltungsbereich des Entwurfs erfasst werden. Als Rechtsträger im Sinne des Entwurfs gelten im Handelsregister eingetragene Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, GmbH, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen sowie Institute des öffentlichen Rechts (s. *Bst. d*).

Trotz der im Vernehmlassungsverfahren geäußerten Kritik wird mangels Alternativen im französischsprachigen Text des Entwurfs am Begriff „*sujet*“ (Rechtsträger) festgehalten. Die übrigen möglichen Begriffe erwiesen sich eher als irreführend, so zum Beispiel der Begriff „*sujet de droit*“ (Rechtssubjekt): Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie bestimmte Institute des öffentlichen Rechts sind nicht als juristische Personen ausgestaltet und würden somit nicht unter diesen Begriff fallen. Der Ausdruck „*entité*“ (Einheit), der in *Artikel 2 Absatz 3* des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz vom 29. Juni 1998 über die Rechnungslegung und Revision (RRG) als Oberbegriff verwendet wird, erscheint rechtstechnisch als wenig fassbar.

- Gesellschaften (*Bst. b*).

Der Begriff der „Gesellschaft“ umfasst neben den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, GmbH, Genossenschaften auch die Vereine. Der Einbezug der Vereine in den Begriff der Gesellschaft ist problemlos, da der Verein sämtliche von der Lehre aufgestellten Begriffselemente einer Gesellschaft aufweist³⁷. Demgegenüber werden Vorsorgeeinrichtungen (s. *Bst. i*) in der Rechtsform der Genossenschaft vom Begriff der Gesellschaft im Sinne des Fusionsgesetzes ausgenommen, weil für die Anpassung der rechtlichen Strukturen von Vorsorgeeinrichtungen besondere – von der Rechtsform unabhängige – Regeln vorgesehen werden (*Art. 88 ff.*). Eine Definition des Begriffs der „Gesellschaft“ ist gesetzestechisch bedingt: Da sowohl die Stiftungen als auch die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Institute des öffentlichen Rechts Gegen-

³⁶ Vgl. bspw. die von Henry Peter vorgeschlagene Terminologie, in: *La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière*, La Semaine Judiciaire 1999 II, S. 101 ff., insbesondere S.109.

³⁷ Der Verein ist eine Personenvereinigung auf vertraglicher Grundlage zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks; s. Anton Heini, *Schweizerisches Privatrecht II, Die Vereine*, Basel und Stuttgart 1967, § 53, S. 518; ders., *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Basel und Frankfurt am Main 1996, Vorbemerkungen zu den *Art. 60–79 ZGB N 1 f.*; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8. Aufl., Bern 1998, § 1 N 2 ff.

stand besonderer Bestimmungen sind (Art. 78 ff., Art. 88 ff., Art. 99 ff.), musste für alle anderen Rechtsträger ein Oberbegriff geschaffen werden.

– Kapitalgesellschaften (*Bst. c*).

Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und GmbH werden entsprechend der von der Lehre verwendeten Terminologie unter den Oberbegriff „Kapitalgesellschaften“ subsumiert³⁸. Genossenschaften werden hingegen nicht als Kapitalgesellschaften betrachtet, und zwar auch dann nicht, wenn sie Anteilscheine ausgegeben haben.

– Institute des öffentlichen Rechts (*Bst. d*).

Wie bereits erwähnt (s. Ziff. 1.3.2.5), regelt der Entwurf zum Fusionsgesetz auch die Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts in privatrechtliche Rechtsträger (Art. 99 ff.). Da weder das Gesetz noch die Lehre eine einheitliche Terminologie für die Rechtsformen des öffentlichen Rechts verwendet, muss das Fusionsgesetz bestimmen, welche von ihnen von seinem Geltungsbereich erfasst sind. Die Legaldefinition in Buchstabe d wurde absichtlich sehr weit gehalten. Sie umfasst die Gesamtheit der Institute des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, unabhängig davon ob es sich um eine Personenvereinigung (Körperschaft) oder um ein Zweckvermögen (Anstalt) handelt. Um als Rechtsträger im Sinne des Fusionsgesetzes zu gelten, müssen Einrichtungen des öffentlichen Rechts einzig im Handelsregister eingetragen und organisatorisch verselbstständigt sein. Dieses Kriterium wurde gewählt, da es einem Institut nur möglich ist, an einer Fusion oder einer Umwandlung teilzunehmen, wenn es von der Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts (Bund, Kanton, Gemeinde), der es zugehört, abgetrennt werden kann. Die organisatorische Unabhängigkeit deckt sich in dieser Hinsicht nicht unbedingt mit dem Kriterium der Rechtspersönlichkeit. Ein Institut des öffentlichen Rechts, das zwar nicht als juristische Person ausgestaltet, aber organisatorisch verselbstständigt ist, kann an einem im Fusionsgesetz vorgesehenen Vorgang teilnehmen.

– Kleine und mittlere Unternehmen (*Bst. e*).

Der Entwurf zum Fusionsgesetz sieht eine Anzahl Erleichterungen zu Gunsten kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) vor, so in Artikel 14 Absatz 2, Artikel 15 Absatz 2, Artikel 16 Absatz 2, Artikel 39 Absatz 2, Artikel 40, 41 Absatz 2, Artikel 61 Absatz 2, Artikel 62 Absatz 2 und Artikel 63 Absatz 2. Mangels einer allgemeingültigen Definition der KMU muss das Fusionsgesetz für seinen Anwendungsbereich eine Begriffsbestimmung vornehmen. Nach Artikel 2 Buchstabe e gelten Gesellschaften als KMU, wenn sie folgende Voraussetzungen (vgl. Art. 727b Abs. 1 OR) erfüllen:

- Sie haben keine Anleiheobligationen ausstehend (Art. 1156 ff. OR).
- Ihre Anteile sind nicht an der Börse kotiert.
- Zwei der drei Kennziffern zur Unternehmensgrösse werden in den beiden dem Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren nicht überschritten: abgestellt wird dabei auf eine Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, auf einen Umsatzerlös

³⁸ S. insbes. Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 3 N 1 ff.

von 40 Millionen Franken sowie auf 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

Gesellschaften, die nicht alle drei Kriterien erfüllen, gelten nicht als KMU im Sinne des Fusionsgesetzes.

- Gesellschafterinnen und Gesellschafter (*Bst. f*).

Der Ausdruck „Gesellschafterinnen und Gesellschafter“ umfasst als Oberbegriff jede Form der Beteiligung an einer Gesellschaft (unter Einschluss des Vereins), die Mitgliedschaftsrechte verleiht, unabhängig davon, ob die Mitgliedschaft in einem Anteilschein verkörpert wird oder nicht. Als Gesellschafterinnen und Gesellschafter gelten demnach die Anteilsinhaberinnen und Anteilsinhaber (im Sinne von *Bst. g*), die Gesellschafterinnen und Gesellschafter von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die Genossenschafterinnen und Genossenschafter ohne Anteilscheine³⁹ sowie die Mitglieder von Vereinen.

- Anteilsinhaberinnen und -inhaber (*Bst. g*).

Dieser Begriff umfasst die Inhaberinnen und Inhaber von Aktien, Partizipations- (Art. 656b ff. OR) oder Genussscheinen (Art. 657 OR), die Gesellschafterinnen und Gesellschafter von GmbH sowie die Genossenschafterinnen und Genossenschafter mit Anteilscheinen.

- Generalversammlung (*Bst. h*).

Der Begriff der „Generalversammlung“ dient als Oberbegriff für das höchste Organ der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft, der GmbH, der Genossenschaft und des Vereins. Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie die Stiftungen verfügen über kein vergleichbares Organ und werden daher vom zu definierenden Begriff nicht berührt.

- Vorsorgeeinrichtungen (*Bst. i*).

Dieser Begriff umfasst alle Einrichtungen, die der Aufsicht nach Artikel 61 ff. BVG unterstellt und als juristische Person ausgestaltet sind. Diese zweite Bedingung betrifft jedoch nur die Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts; den privatrechtlich organisierten Vorsorgeeinrichtungen kommt – da sie die Form einer Stiftung oder Genossenschaft aufweisen – stets die Rechtspersönlichkeit zu. Sowohl die registrierten Vorsorgeeinrichtungen im Sinne des BVG als auch die Personalfürsorgestiftungen nach Artikel 89^{bis} Absatz 6 ZGB gelten als Vorsorgeeinrichtungen im Sinne des Fusionsgesetzes. Von der Definition ausgenommen sind hingegen die so genannten Annex-Einrichtungen der 2. Säule (z.B. Anlage-, Finanzierungs- und Freizügigkeitsstiftungen), reine Arbeitnehmerstiftungen, Stiftungen für Selbstständigerwerbende und Stiftungen der Säule 3a.

³⁹ Die Genossenschafterinnen und Genossenschafter mit Anteilscheinen werden bereits unter dem Begriff der Anteilsinhaberinnen und -inhaber erfasst; s. *Bst. g*.

2.1.2

2. Kapitel: Fusion von Gesellschaften

Das 2. Kapitel des Entwurfes regelt ausschliesslich die Fusion von Gesellschaften (im Sinne von Art. 2 Bst. b). Für die Fusion von Stiftungen und von Vorsorgeeinrichtungen sowie für die Fusion unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts werden besondere Vorschriften vorgesehen (s. Art. 78 ff., 88 ff. und 99 ff.).

2.1.2.1

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Artikel 3 Grundsatz

Die Fusion kann definiert werden als die rechtliche Vereinigung von zwei oder mehreren Gesellschaften durch Vermögensübernahme ohne Liquidation, wobei in der Regel den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger eingeräumt werden⁴⁰. Die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und die Gesamtheit ihrer Aktiven und Passiven gehen durch Universalsukzession⁴¹ auf die übernehmende Gesellschaft über.

Absatz 1 übernimmt die beiden Fusionsformen, die das geltende Recht in den Artikeln 748 und 749 OR für die Aktiengesellschaften vorsieht⁴²:

- Bei der Absorptionsfusion werden eine oder mehrere Gesellschaften aufgelöst, wobei deren Vermögen auf eine bestehende Gesellschaft übergehen (Bst. a).
- Bei der Kombinationsfusion werden zwei oder mehrere Gesellschaften aufgelöst, wobei deren Vermögen auf eine neu zu gründende Gesellschaft übergehen (Bst. b).

Die Absorptions- und die Kombinationsfusion folgen weitgehend denselben Grundsätzen. Der einzige Unterschied besteht darin, dass im einen Fall eine schon bestehende Gesellschaft eine oder mehrere andere Gesellschaften übernimmt, während im anderen Fall die fusionierenden Gesellschaften zu einer neuen Gesellschaft zusammengeschlossen werden. Diese beiden Fusionsformen werden vom Entwurf grundsätzlich gleich geregelt, unter Vorbehalt weniger Bestimmungen, die nur die eine oder die andere Form betreffen⁴³. Im Sprachgebrauch des Entwurfs bezeichnet der Ausdruck „übernehmende Gesellschaft“ sowohl bestehende (Absorptionsfusion) als

⁴⁰ Zu Art. 748 und 749 OR des geltenden Rechts: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294a und 294b; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750, N 10; Burkhard K. Gantenbein, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, S. 41 und 209; Manfred Küng, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 245; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 § 24 N 9 und N 16; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 57 N 7 und N 14 f.; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 1.

⁴¹ Zum Begriff der Universalsukzession und ihrer Tragweite s. den Kommentar zu Art. 22.

⁴² Eine grafische Darstellung dieser beiden Fusionsformen findet sich im Anhang (Ziff. 7.1).

⁴³ Art. 10, 13 Abs. 1 Bst. a in fine und Art 14 Abs. 4 gelten nur für die Kombinationsfusion, Art. 9 nur für die Absorptionsfusion.

auch neu zu gründende (Kombinationsfusion) Rechtsträger. Die Verwendung eines einzigen Begriffes zur Bezeichnung der Gesellschaft, welche die Vermögen der aufgelösten Gesellschaften übernimmt, dient der Straffung des Gesetzestextes.

Im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 748 Ziff. 7 und Art. 914 Ziff. 7 OR) wird vorgesehen, dass die übertragende Gesellschaft gleichzeitig mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht wird (Art. 3 Abs. 2)⁴⁴. Dieser Systemwechsel steht im Zusammenhang mit der Neuregelung des Gläubigerschutzes⁴⁵ (Verzicht auf eine getrennte Vermögensverwaltung im Sinne von Art. 748 Ziff. 2 OR).

Der Entwurf sieht sowohl die Fusion zwischen Gesellschaften der gleichen Rechtsform (z.B. zwischen zwei Kollektivgesellschaften) als auch zwischen Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform (z.B. zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft) vor, wobei Artikel 4 die zulässigen Fusionen aufführt. Auch für die Fusion zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform genügt in der Regel ein Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung (Art. 18). Den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern steht somit kein uneingeschränktes Recht auf Beibehaltung der Rechtsform der Gesellschaft zu. Rechtsformüberschreitende Fusionen bedürfen hingegen dann der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, wenn sie die Einführung einer Nachschusspflicht, einer anderen persönlichen Leistungspflicht oder einer persönlichen Haftung zur Folge haben kann (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. b, Art. 18 Abs. 4).

Nach herrschender Lehre⁴⁶ stellt die Übertragung eines Vermögens gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ein Begriffselement der Fusion dar. Die 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts⁴⁷ geht ebenfalls von diesem Grundsatz aus. Es mag erstaunen, dass dieses Prinzip im geltenden Aktienrecht (Art. 748 OR) nicht ausdrücklich erwähnt ist, sondern dass im Gesetz lediglich die Übernahme von Aktiven und Passiven angesprochen wird. Zwar sieht Artikel 748 Ziffer 8 OR vor, dass die zur Abfindung bestimmten Aktien der übernehmenden Gesellschaft den Aktionärinnen und Aktionären der aufgelösten Gesellschaft nach Massgabe des Fusionsvertrages ausgehändigt werden. Der Grundsatz der

⁴⁴ S. dazu auch die Ausführungen zu Art. 21.

⁴⁵ S. dazu die Ausführungen zu Art. 25.

⁴⁶ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294b; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750, N 15 ff.; Burkhard K. Gantenbein, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, S. 32 mit weiteren Hinweisen; Manfred Küng, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, S. 246; Robert Meier, Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 131 ff., insbes. 135 ff.; der gleiche Autor, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, S. 100; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 § 24 N 12 Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 10; Martin Stehli, Aktionärschutz bei Fusionen, Diss. Zürich 1975, S. 22; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 1.

⁴⁷ 78/855/EWG; Abl. Nr. L 295 vom 20. Oktober 1978, S. 36 ff.; Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1; nachfolgend: 3. EG-Richtlinie.

Kontinuität der Mitgliedschaft als zwingendes Begriffselement der Fusion ist jedoch umstritten⁴⁸.

Der Entwurf geht davon aus, dass das Recht auf Kontinuität der Mitgliedschaft in der Regel nicht ohne die Zustimmung der betroffenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter aufgehoben werden kann. Niemand kann anlässlich einer Fusion aus einer Gesellschaft ausgeschlossen werden. Es soll jedoch zulässig sein, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ein Wahlrecht zwischen Anteils- beziehungsweise Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung einzuräumen (s. Art. 8). Sofern zumindest 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zustimmen, kann nach dem Entwurf sogar ganz auf die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten verzichtet werden (Art. 8 Abs. 2, Art. 18 Abs. 5).

Artikel 4 Zulässige Fusionen

Die Fusion steht grundsätzlich allen Formen von Handelsgesellschaften sowie Genossenschaften und Vereinen offen. Auch Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen und Institute des öffentlichen Rechts können sich an einer Fusion beteiligen (Art. 78, 88 und 99).

Einzelfirmen können demgegenüber nicht fusionieren. Unter den im Entwurf vorgesehenen Rechtsinstituten steht Einzelfirmen einzig die Vermögensübertragung (Art. 69) zur Verfügung. Die Teilnahme von natürlichen Personen (so Einzelfirmen) an Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen würde eine Vielzahl von Schwierigkeiten bieten. Die Strukturen von Einzelfirmen und von Gesellschaften sind zu verschieden, als dass sie auf dem Weg gesellschaftsrechtlicher Vorgänge ineinander überführt werden könnten. Für Restrukturierungen zwischen einer Einzelfirma und einer Gesellschaft erscheint vielmehr die Vermögensübertragung als geeignetes Instrument. Die angestrebte Reorganisation lässt sich auf diese Weise ebenfalls erreichen, wobei den unterschiedlichen Organisationsformen Rechnung getragen wird.

Die Umschreibung der zulässigen Fusionsvorgänge wirft sowohl rechtspolitische wie auch gesetzestechnische Fragen auf. Auf Grund der unterschiedlichen Strukturen der verschiedenen Gesellschaftsformen drängt es sich auf, die Möglichkeiten der Fusion auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen zwischen den beteiligten Rechtsformen nicht eine qualifizierte Inkompatibilität besteht. Trotz der im Vernehmlassungsverfahren vereinzelt erhobenen Kritik (s. vorne Ziff. 1.2.3.2.2.2) belässt es Artikel 4 bei einer weit gefassten, aber abschliessenden Aufzählung der zulässigen Fusionsvorgänge. Diese Regelung entspricht dem Gebot der Rechtssicherheit der zu treffenden Lösung und trägt den Besonderheiten der verschiedenen Rechtsformen soweit erforderlich Rechnung. Sie entspricht auch den Ordnungen unserer Nachbarstaaten⁴⁹.

⁴⁸ S. insbes. Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748–750, N 25; Burkhard K. Gantenbein, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, S. 37 ff.; Robert Meier, Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 141 ff.; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 19; Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zürich 1991, S. 301.

⁴⁹ Vgl. insbes. § 3 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. Oktober 1994 (UmwG) betreffend das deutsche Recht.

Auf die Einführung einer Generalklausel, welche die Fusion ungeachtet der Rechtsform der an ihr beteiligten Rechtsträger in allgemeiner Weise zuliesse, wurde verzichtet. Die Umschreibung der zulässigen Fusionen durch den Entwurf wurde sehr liberal gehalten und gegenüber dem Vorentwurf noch erweitert. Eine Generalklausel würde daher lediglich noch Fälle abdecken, für die einerseits in der Rechtspraxis nur ein beschränktes Bedürfnis besteht, die aber andererseits Rechtsformen betreffen, die in ihren Grundstrukturen signifikante Unterschiede aufweisen. Gerade für diese Fälle erscheint jedoch eine Generalklausel als denkbar ungeeignet, da sie die sich ergebenden heiklen Rechtsfragen zwingend offen lassen müsste und die Rechtsbeständigkeit entsprechender Vorgänge somit stets fraglich bliebe.

Der Entwurf wählt einen andern Weg, um den an sich geschlossenen Katalog von zulässigen Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen im Ergebnis dennoch zu öffnen: Die erwähnten gesellschaftsrechtlichen Vorgänge werden mit dem neuen Rechtsinstitut der Vermögensübertragung⁵⁰ durch ein flexibles, allgemein verwendbares Instrument ergänzt. Die Vermögensübertragung erlaubt, mittels eines Rechtsübergangs von Gesetzes wegen wirtschaftlich ein ähnliches Resultat zu erreichen wie mit einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung; doch bleibt die mitgliedschaftsrechtliche Seite ausgeklammert. Wo die Grundstrukturen der Rechtsformen der betroffenen Rechtsträger sich für eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung als zu wenig kongruent erweisen, kann eine Vermögensübertragung als sachgerechte Alternative dienen. Das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung hilft somit die Nachteile zu vermeiden, die sich aus dem Numerus clausus der Möglichkeiten der Fusion, Spaltung und Umwandlung ergeben, ohne dass die für entsprechende Vorgänge unabdingbare Rechtssicherheit gefährdet würde.

Der in Artikel 4 vorgesehene Katalog der zulässigen Fusionen deckt sich mit demjenigen der zulässigen Umwandlungen (Art. 54). Eine rechtsformüberschreitende Fusion kann stets zerlegt werden in eine Umwandlung der Rechtsform der übertragenden Gesellschaft (in diejenige der übernehmenden Gesellschaft) und in eine anschließende Fusion (zwischen Gesellschaften der gleichen Rechtsform). Beide gesetzlichen Aufzählungen der zulässigen Fusionen und Umwandlungen müssen sich demnach aus sachlogischen Gründen entsprechen.

Im Gegensatz zum geltenden Recht (vgl. Art. 914 OR) werden die beiden Formen der Absorptions- und Kombinationsfusion allgemein vorgesehen. Demzufolge ist sowohl die Absorption eines Vereins durch eine Aktiengesellschaft als auch die Übernahme von zwei Vereinen durch eine Aktiengesellschaft im Rahmen einer Kombinationsfusion möglich.

Eine Übersicht über die zulässigen Fusionen findet sich unter Ziffer 7.3.2.

Im Einzelnen werden in Artikel 4 folgende Fusionen zugelassen⁵¹:

- Kapitalgesellschaften (*Abs. 1*).

Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und GmbH wird die Möglichkeit zur Fusion am umfassendsten eingeräumt. Sie können mit anderen Kapitalgesellschaften (ungeachtet von deren Rechtsform) und mit Genossenschaften fusionieren sowie durch eine Fusion eine Kollektiv- oder

⁵⁰ Art. 69 ff.; s. dazu den Kommentar zu diesen Bestimmungen sowie vorne Ziff. 1.3.2.4.

⁵¹ Die in Art. 78, 88 und 99 vorgesehenen zusätzlichen Fusionen werden im Rahmen der Erläuterung dieser Bestimmungen behandelt.

Kommanditgesellschaft oder sogar einen im Handelsregister eingetragenen Verein übernehmen.

Vereinzelte wurde im Vernehmlassungsverfahren vertreten, die Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder durch einen Verein sollte ebenfalls möglich sein. Die Zulässigkeit entsprechender Fusionen hätte jedoch zur Folge, dass das Aktien- oder Stammkapital der übertragenden Gesellschaft als solches verschwinden würde. Dies wäre aber im Hinblick auf den Schutz der bisherigen Gläubigerinnen und Gläubiger problematisch, da das Aktien- oder Stammkapital als Sperrziffer dient und der freien Verfügung der Gesellschaft entzogen ist, während eine entsprechende Sicherheit bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie bei Vereinen fehlt. Die Möglichkeit der Absorption einer Kapitalgesellschaft durch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft würde erlauben, die Liquidationsvorschriften für juristische Personen⁵² zu umgehen: An Stelle der Liquidation einer Gesellschaft könnte sie infolge einer Fusion direkt im Handelsregister gelöscht werden (Art. 3 Abs. 2). Ein entsprechendes Vorgehen zu Lasten der Gläubigerinnen und Gläubiger wäre nicht auszuschliessen und könnte nur schwerlich durch zusätzliche Schutzmassnahmen verhindert werden.

Wenn auch der Entwurf auf die Möglichkeit der Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder durch einen Verein verzichtet, kann dennoch das gesamte Vermögen einer Kapitalgesellschaft auf dem Weg einer Vermögensübertragung (s. Art. 69) auf eine Gesellschaft in einer dieser drei Rechtsformen übertragen werden. Dieser Vorgang unterscheidet sich von der Fusion dadurch, dass er nur die vermögensrechtlichen Aspekte der Übertragung beinhaltet (d.h., die Kontinuität der Mitgliedschaft wird durchbrochen). Weiter sind die Vorschriften über die Auflösung und Liquidation der Kapitalgesellschaften einzuhalten. Wirtschaftlich betrachtet lässt sich ein ähnliches Ergebnis erzielen wie mit einer Fusion.

- Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (*Abs. 2*).

Gemäss Absatz 2 können Kollektiv- und Kommanditgesellschaften mit anderen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften fusionieren oder von Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften übernommen werden. Die Übernahme einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft durch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ist demgegenüber ausgeschlossen (s. dazu die Begründung im Kommentar zu Abs. 1)⁵³.

- Genossenschaften (*Abs. 3*).

Genossenschaften können unter sich oder mit Kapitalgesellschaften und als übernehmende Gesellschaften auch mit Kollektiv- und Kommanditgesellschaften und Vereinen fusionieren. Genossenschaften ohne Anteilscheine können zudem durch Vereine übernommen werden, wobei aus Gründen der

⁵² S. Art. 739 ff. OR für Aktiengesellschaften, durch Verweise aber auch für Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 2 OR), GmbH (Art. 823 OR), Genossenschaften (Art. 913 OR) und Vereine (Art. 58 ff. ZGB) massgebend.

⁵³ Das französische Recht lässt entsprechende Fusionen zu, doch dürfte dies darauf beruhen, dass Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in Frankreich die volle Rechtspersönlichkeit zukommt (s. Art. 1842 des Codes des sociétés, Code civil).

Transparenz und der Rechtssicherheit erforderlich ist, dass der übernehmende Verein zum Zeitpunkt der Fusion im Handelsregister eingetragen ist. Die Übernahme einer Genossenschaft durch einen Verein ist demgegenüber ausgeschlossen, wenn sie über ein Genossenschaftskapital verfügt, da dieses nicht in die Rechtsform eines Vereines überführt werden könnte⁵⁴.

Die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft soll nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Da sich die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter dieser beiden Rechtsformen jedoch in grundsätzlicher Weise unterscheidet und die früheren Aktionärinnen und Aktionäre nach der Fusion in der übernehmenden Genossenschaft zu Leistungen verpflichtet werden können, die nach Aktienrecht untersagt sind (Art. 680 OR), wird für den Fusionsbeschluss die Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre verlangt (Art. 18 Abs. 1 Bst. b)⁵⁵. Dasselbe gilt auch für die Übernahme einer Kommanditaktiengesellschaft oder einer GmbH durch eine Genossenschaft.

Die Übernahme einer Genossenschaft durch eine Kapitalgesellschaft ist infolge der bestehenden strukturellen Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsformen ebenfalls nicht unproblematisch. Übereinstimmungen bestehen aber namentlich dann, wenn die Genossenschaft über ein Genossenschaftskapital verfügt. Es wäre daher an sich denkbar, die Absorption einer Genossenschaft durch eine Kapitalgesellschaft nur unter dieser Bedingung vorzusehen. Damit würden Umstrukturierungen bei Genossenschaften ohne Genossenschaftskapital jedoch zu sehr erschwert; so wäre beispielsweise die Fusion einer Versicherungsgenossenschaft ohne Genossenschaftskapital mit einer Versicherungsgesellschaft in der Form einer AG ausgeschlossen. Der Entwurf lässt daher die Übernahme einer Genossenschaft durch eine Kapitalgesellschaft zu.

– Vereine (*Abs. 4*).

Vereine können unter sich fusionieren oder von einer Kapitalgesellschaft⁵⁶ oder einer Genossenschaft übernommen werden. Die Absorption einer Genossenschaft durch einen Verein ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Genossenschaft über kein Genossenschaftskapital verfügt, da die Rechtsstellung der Genosschafterinnen und Genosschafter mit Anteilscheinen in einem Verein nicht gewahrt werden könnte. Umgekehrt ist die Übernahme eines Vereins durch eine Genossenschaft unabhängig davon möglich, ob ein Genossenschaftskapital besteht oder nicht.

Während Vereine untereinander ohne Einschränkung fusionieren können, ist die Fusion eines Vereins mit einer Gesellschaft in einer anderen Rechtsform nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Verein im Handelsregister eingetragen ist. Diese Voraussetzung entspricht den Erfordernissen der Rechtssicherheit und der Transparenz. Die Eintragung im Handelsregister gewährleistet insbesondere, dass der Verein die Rechtspersönlichkeit erwor-

⁵⁴ Gegebenenfalls ist das Genossenschaftskapital vor der Fusion auf Null herabsetzen.

⁵⁵ Vgl. auch Art. 784 Abs. 3 OR, der für Beschlüsse mit denen eine Vermehrung der Leistungen oder eine Ausdehnung der Haftung verbunden ist, die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter vorsieht.

⁵⁶ Dieser Vorgang wird von den Handelsregisterbehörden bereits zugelassen; s. dazu: Die Praxis des EHRA, in: REPRAX, Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis, 1/99, S. 47 ff.

ben hat. Vereine, die mit einer Gesellschaft in anderer Rechtsform fusionieren wollen, sind gegebenenfalls vorher im Handelsregister einzutragen.

Das Verfahren der Fusion zwischen Vereinen wird vom Entwurf vereinfacht ausgestaltet. So können Vereine insbesondere auf einen Fusionsbericht (Art. 14 Abs. 5) sowie auf die Prüfung des Fusionsvertrags durch eine Revisorin oder einen Revisor (Art. 15 Abs. 1) verzichten. Zudem bedarf der Fusionsbeschluss nicht der öffentlichen Beurkundung (Art. 20 Abs. 2); er muss auch nicht in das Handelsregister eingetragen werden, sofern die beteiligten Vereine nicht eingetragen sind (Art. 21 Abs. 4). Für im Handelsregister eingetragene Vereine ist die Eintragung der Fusion jedoch zwingend, und sie wird erst mit der Eintragung und der Veröffentlichung rechtswirksam (Art. 22). Den Besonderheiten der Vereine wird ausserdem in verschiedenen anderen Bestimmungen Rechnung getragen (Art. 13 Abs. 2, Art. 16 Abs. 4, Art. 19, 22 Abs. 2)⁵⁷.

Artikel 5 Fusion einer Gesellschaft in Liquidation

Absatz 1 entspricht inhaltlich Artikel 3 Absatz 2 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Eine Gesellschaft in Liquidation kann (im Rahmen von Art. 4) an einer Fusion teilnehmen, wenn folgende beide Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Gesellschaft in Liquidation kann sich nur als übertragende Gesellschaft an der Fusion beteiligen.
- Mit der Verteilung des Vermögens der Gesellschaft in Liquidation darf noch nicht begonnen worden sein.

Aus der ersten Einschränkung ergibt sich, dass eine Gesellschaft in Liquidation keine andere Gesellschaft übernehmen kann, dies selbst dann nicht, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, die sich ebenfalls in Liquidation befindet. Eine entsprechende Übernahme widerspräche klar dem Zweck der Liquidation⁵⁸. Eine Gesellschaft in Liquidation kann jedoch unter gewissen Bedingungen die Auflösung widerrufen⁵⁹ und anschliessend eine andere Gesellschaft übernehmen.

Der Entwurf erlaubt die Fusion einer Gesellschaft in Liquidation bis zum Zeitpunkt, in dem mit der Vermögensverteilung begonnen wird; d.h. auch wenn schon Liquidationshandlungen vorgenommen wurden, steht die Möglichkeit einer Fusion noch offen (was in der Vernehmlassung teilweise missverstanden wurde). Dass der Beginn der Verteilung des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft als Grenze vorgesehen ist, entspricht aus materiellen Gründen der Schranke, die das Bundesgericht für den Widerruf des Auflösungsbeschlusses bestimmt hat (BGE 123 III 473), da die Übernahme einer Gesellschaft in Liquidation durch eine andere Gesellschaft den Widerruf der Auflösung beinhaltet. Nach Beginn der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter sind die Voraussetzungen für eine Fusion

⁵⁷ Diese Besonderheiten ergeben sich namentlich aus dem idealen (nicht wirtschaftlichen) Zweck des Vereins sowie aus der bloss fakultativen Eintragung im Handelsregister.

⁵⁸ Die Auflösung einer Gesellschaft bewirkt eine Beschränkung ihres Zwecks auf die Liquidation; s. Art. 739 Abs. 2 OR; dazu Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1955q; André Cuendet, La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, Diss. Lausanne 1974, S. 37; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 55 N 153, § 57 N 58 ff., insbesondere N 60.

⁵⁹ BGE 123 III 473, insbes. S. 482 ff.

im eigentlichen Sinne nicht mehr gegeben, da die Kontinuität des Vermögens und der Mitgliedschaft nicht mehr gewahrt werden könnten. Sollen die verbleibenden Aktiven und Passiven gesamthaft übertragen werden, nachdem bereits mit der Vermögensverteilung begonnen wurde, steht dazu das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung (s. Art. 69 ff.) als adäquate Regelung zur Verfügung.

Der Anwendungsbereich von Artikel 5 ist auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Gesellschaft auf Grund eines Auflösungsbeschlusses der Generalversammlung liquidiert wird. Falls die Auflösung durch den Richter oder eine andere Behörde⁶⁰ verfügt wurde, steht dieser Auflösungsentscheid der Möglichkeit der Gesellschaftsorgane, eine Fusion zu beschliessen, selbstverständlich entgegen.

Absatz 2 sieht vor, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan (zu diesem Begriff s. den Kommentar zu Art. 12) gegenüber dem Handelsregisterführer bestätigen muss, dass mit der Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafterinnen und Gesellschaftern noch nicht begonnen wurde, da der Handelsregisterführer diesen Sachverhalt nicht überprüfen kann.

Artikel 6 Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung

In der Praxis dient eine Fusion verschiedentlich dazu, Massnahmen der Zwangsvollstreckung gegenüber einer der beteiligten Gesellschaften zu vermeiden. Solche „Sanierungsfusionen“ betreffen namentlich Fälle, in denen die fusionierenden Gesellschaften von denselben Personen beherrscht werden oder zum gleichen Konzern gehören. De lege lata erscheint die rechtliche Zulässigkeit der Fusion überschuldeter Gesellschaften allerdings fraglich⁶¹.

Wenn auch eine Sanierungsfusion die „Rettung“ einer Gesellschaft ermöglichen kann, darf dennoch nicht übersehen werden, dass entsprechende Fusionen je nach den Umständen auch eine erhebliche Gefährdung der Ansprüche der Gläubigerinnen und Gläubiger zur Folge haben können. Auf Grund der erheblichen Risiken, die mit einer Sanierungsfusion verbunden sind, könnte man erwägen, Fusionen mit überschuldeten Gesellschaften zu untersagen. Mit einem Verbot würden indessen auch durchaus sinnvolle Fusionen verunmöglicht, so beispielsweise die Übernahme einer überschuldeten Gesellschaft, die aber über günstige Entwicklungsperspektiven verfügt.

Unter der Voraussetzung, dass alle beteiligten Gesellschaften über einen Aktivenüberschuss verfügen, ist die Gefährdung der Ansprüche der Gläubigerinnen und Gläubiger bei der Fusion im Allgemeinen gering. Der Entwurf sieht daher für die Fusion einen zurückhaltend konzipierten Gläubigerschutz vor, der im Interesse einer raschen Abwicklung von Fusionen erst nach deren Rechtswirksamkeit zum Tragen kommt (so genannt nachträglicher Gläubigerschutz; s. Art. 25). Diese Ordnung ist jedoch für Sanierungsfusionen nicht geeignet und ungenügend. Sie setzt für entspre-

⁶⁰ S. insbes. Art. 625 Abs. 2, Art. 708 Abs. 4 und 736 Ziff. 3 und 4 OR; Art. 86 und 88 a Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411); Art. 23^{quinquies} Abs. 2 BankG; Art. 36 Bundesgesetz über die Börse und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz; BEHG; SR 954.1).

⁶¹ S. insbes. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294f; a.M. Manfred Küng, Fusion mit Passivenüberschuss, Treuhand und Praxis 3/1991, S. 154 ff.; Clemens Meisterhans, Zur Absorptionsfusion mit Passivenüberschuss, Jahrbuch des Handelsregisters 1995, S. 117 ff.

chende Fälle eine spezifische Schutznorm voraus; andernfalls müsste die allgemeine Regelung des Gläubigerschutzes bei der Fusion verstärkt werden.

Der Entwurf lässt Sanierungsfusionen zu, wenn folgende beiden Voraussetzungen erfüllt sind: Gesellschaften, deren Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und deren gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet sind, können nur fusionieren, wenn die anderen an der Fusion beteiligten Gesellschaften über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügen. Der Umfang der Unterdeckung beziehungsweise der Überschuldung einer an der Fusion beteiligten Gesellschaft muss also durch frei verwendbares Eigenkapital der anderen beteiligten Gesellschaften gedeckt sein. Eine Fusion, an der nur überschuldete Gesellschaften beteiligt sind, ist somit ausgeschlossen.

Die rechtlich geschützten Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger finanziell gesunder Gesellschaften werden durch die vorgesehene Regelung nicht beeinträchtigt, da ihnen das frei verwendbare Eigenkapital – im Gegensatz zu den gebundenen Mitteln – nicht zwingend als Haftungssubstrat vorbehalten ist.

Artikel 6 übernimmt die Schranken, die vom Gesetzgeber in Artikel 725 Absatz 2 OR betreffend den Kapitalverlust und die Überschuldung bei Aktiengesellschaften definiert wurden, in allgemeiner Weise. Für Gesellschaftsformen ohne Kapital ist Artikel 6 sinngemäss nur bei der Überschuldung anwendbar, da der Tatbestand eines Kapitalverlusts nicht gegeben sein kann.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Regelung der Sanierungsfusion die Gesellschaftsorgane nicht von ihrer gesetzlichen Pflicht entbindet, eine bestehende Überschuldung dem Gericht anzuzeigen (Art. 725, 725a, 817 und 903 OR). Dem Gericht kann aber der Aufschub des Konkurses beantragt werden, falls die Fusion die Aussicht auf Sanierung im Sinne von Artikel 725a Absatz 1 OR begründet.

Die Fusion kann als Mittel zur Sanierung sowohl übertragender als auch übernehmender Gesellschaften angewendet werden. Artikel 6 ist daher paritätisch ausgestaltet.

Die allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerschutz (Art. 25 und 26) gelten selbstverständlich auch dann, wenn die qualifizierten Voraussetzungen für die Durchführung einer „Sanierungsfusion“ erfüllt sind.

Die Sanierungsfusion ist nicht nur für die Gläubigerinnen und Gläubiger mit Gefahren verbunden, sondern auch für Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Die Fusion mit einer Gesellschaft, die einen Kapitalverlust erlitten hat oder überschuldet ist, kann für die andern an der Fusion beteiligten Gesellschaften eine Verminderung der Reserven zur Folge haben, wodurch ihre Anteile an Wert einbüßen.

Die Zulässigkeit der Sanierungsfusion befreit nicht davon, die Kontinuität der Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft zu gewährleisten (Art. 7 und 8). Soweit dafür eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft erforderlich ist, ist eine Liberierung aus dem Vermögen der zu sanierenden Gesellschaft bei deren Überschuldung ausgeschlossen. In der Praxis betreffen Sanierungsfusionen aber meist Fusionen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft oder zwischen Schwestergesellschaften, wobei auf die Erhöhung des Kapitals der übernehmenden Gesellschaft verzichtet werden kann (vgl. Art. 23 f.).

Unter Berücksichtigung der Gefahren, die mit Sanierungsfusionen verbunden sind, hat das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft dem Handelsre-

gisteramt zu bestätigen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 6 Abs. 1) erfüllt sind.

2.1.2.2

2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Artikel 7 Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft bildet ein Begriffselement der Fusion⁶². Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden mit der Fusion zu Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft. Beispielsweise ist die Rechtsstellung der Aktiv-, Passiv- und Ehrenmitglieder (ohne Stimmrecht) eines Vereines, der von einem anderen übernommen wird, auch im übernehmenden Verein zu wahren. Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft erfährt jedoch eine wichtige Ausnahme: Nach Artikel 8 kann den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft im Fusionsvertrag ein Wahlrecht zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung eingeräumt werden. Eine Fusion darf sogar ausschliesslich gegen die Ausrichtung einer Abfindung erfolgen, sofern 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft diesem Vorgehen zustimmen (s. Art. 18 Abs. 5).

Gemäss *Absatz 1* haben Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft, die unter Berücksichtigung des Vermögens der beteiligten Gesellschaften, der Verteilung der Stimmrechte sowie aller anderen relevanten Umstände ihren bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen. Der Begriff Anteilsrechte erfasst die in Aktien, Partizipationsscheinen, Genussscheinen und Anteilscheinen verkörperte Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft (als Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter), die nicht in einem Anteil verkörpert ist, wird mit dem Begriff der Mitgliedschaftsrechte erfasst. Die Absätze 2–6 präzisieren den in Absatz 1 aufgestellten Grundsatz.

Die Kriterien für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte werden in *Absatz 1* aufgeführt. Danach sind die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft einzuräumen sind, insbesondere auf der Grundlage des Vermögens der an der Fusion beteiligten Gesellschaften und der Verteilung der Stimmrechte festzulegen. Zumindest bei der Fusion zwischen Kapitalgesellschaften ist dabei der Wert des Vermögens der Gesellschaften von vorrangiger Bedeutung⁶³. Damit das Verhältnis der Vermögen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften bestimmt werden kann, sind diese Vermögen in der Fusionsbilanz zu bewerten (vgl. Art. 11).

⁶² Zum geltenden Recht: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294b; André Cuendet, La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, Diss. Lausanne 1974, S. 40 ff.; Burkhard K. Gantenbein, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, S. 37 ff., 41; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 57 N 11; Henry Peter, La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière, La Semaine Judiciaire 1999 II, S. 101 ff., insbesondere S. 120; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 19 ff.

⁶³ Vgl. dazu Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294a–295c.

Die Berücksichtigung der Verteilung der Stimmrechte erlaubt, den Unterschieden Rechnung zu tragen, die betreffend das Verhältnis zwischen finanzieller Beteiligung und Stimmkraft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der an der Fusion beteiligten Gesellschaften bestehen können. So hat etwa jede Genossenschafterin und jeder Genossenschafter nur ein Stimmrecht (Art. 885 OR), auch wenn sie eine ungleiche Anzahl Anteilscheine besitzen (Art. 853 Abs. 2 OR). Fusioniert eine solche Genossenschaft mit einer Aktiengesellschaft, so muss ein neuer Ausgleich zwischen der finanziellen Beteiligung und dem Stimmrecht gefunden werden.

Absatz 1 enthält weiter einen Vorbehalt für alle anderen relevanten Umstände, die bei der Festsetzung des Umtauschverhältnisses massgebend sein können. In Betracht kommen dabei etwa die Entwicklungsaussichten der an der Fusion beteiligten Gesellschaften oder die Synergien, die sich aus der Fusion ergeben. Die fusionierenden Gesellschaften verfügen somit über einen gewissen Spielraum bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses. Dieses ist im Allgemeinen Gegenstand von Verhandlungen zwischen den betroffenen Gesellschaften, wobei auch subjektive und schwer erfassbare Faktoren ins Gewicht fallen können. Das Umtauschverhältnis der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte darf jedoch nicht willkürlich bestimmt werden, und es ist im Fusionsbericht zu erläutern (Art. 14 Abs. 3 Bst. c). Das Umtauschverhältnis der Anteilsrechte und die Methode, nach welcher es bestimmt worden ist, sind zudem von einer Revisorin oder einem Revisor zu prüfen (Art. 15 Abs. 4 Bst. b).

In der Praxis kann es erforderlich sein, das Umtauschverhältnis der Anteilsrechte durch eine ergänzende Bar- oder Realabgeltung auszugleichen⁶⁴. Diese Möglichkeit, die bereits unter dem geltenden Recht zulässig ist, wird in *Absatz 2* ausdrücklich vorgesehen. Damit der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft nicht ausgehöhlt werden kann, sollen Ausgleichszahlungen aber auf den zehnten Teil des wirklichen Werts der gewährten Anteile beschränkt werden. Die 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Art. 3 Abs. 1) lässt Ausgleichszahlungen ebenfalls zu, beschränkt sie aber auf den zehnten Teil des Nennwertes der zugeteilten Aktien. Eine Beschränkung, die sich auf der Grundlage des Nennwertes berechnet, erscheint jedoch nicht sachgerecht, weil für das Umtauschverhältnis ausschliesslich der wirkliche Wert der Anteilsrechte entscheidend ist. Die Beschränkung von Ausgleichszahlungen ist auf den wirklichen Wert der Anteile zu beziehen, weil sonst eine Aktiengesellschaft, deren Aktien beispielsweise einen Nennwert von 20 Franken und einen wirklichen Wert von 600 Franken haben, lediglich eine Ausgleichszahlung von höchstens 2 Franken vorsehen könnte und damit einen Betrag, der für den Ausgleich des Umtauschverhältnisses bei weitem ungenügend wäre. Für die Berechnung der zulässigen Ausgleichszahlung ist der wirkliche Wert der Anteile im Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrages massgebend. Der Fusionsvertrag muss nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe b gegebenenfalls Angaben zur Höhe der Ausgleichszahlung enthalten.

⁶⁴ S. dazu Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 295c; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Vorbemerkungen zu den Art. 748-750, N 57; Robert Meier, Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 131 ff., insbes. 146 ff.; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 57 N 99; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 20; Frank Vischer, Einführung in das Fusionsgesetz, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1999 Sonderband 135^{bis}, S. 24; Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zürich 1991, S. 301; BGE 108 Ib 451.

Nach *Absatz 3* haben Gesellschafterinnen und Gesellschafter ohne Anteilscheine bei der Übernahme ihrer Gesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft Anspruch auf mindestens einen Anteil. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung erfasst Fusionen, bei denen eine Gesellschaft ohne Gesellschaftskapital (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Genossenschaften ohne Genossenschaftskapital und Vereine) von einer Kapitalgesellschaft übernommen wird (Art. 4 Abs. 1 Bst. b–d). Die Regelung des Entwurfs folgt dem Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft. So ist es namentlich nicht möglich, den Mitgliedern eines Vereines, der durch eine Aktiengesellschaft übernommen wird, nur Bezugsrechte einzuräumen. Jedes Mitglied des Vereines muss mindestens eine Aktie zugeteilt erhalten. Durch den Fusionsvertrag können die Mitglieder des Vereines auch nicht verpflichtet werden, die ihnen im Rahmen der Fusion ausgegebenen Aktien selber zu liberieren. Eine entsprechende Pflicht wäre mit dem Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft unvereinbar. Falls das Vermögen der übertragenden Gesellschaft für die Liberierung der ausgegebenen Aktien nicht ausreicht, ist es aber möglich, dass die übernehmende Gesellschaft die Aktien mittels frei verfügbaren Eigenkapitals liberiert⁶⁵.

Absatz 4 legt fest, welche Rechte den Inhaberinnen und Inhabern von Anteilen ohne Stimmrecht, d.h. von Partizipationsscheinen, zu gewähren sind. Diese Personen müssen mindestens gleichwertige Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Der Entwurf sieht ausdrücklich vor, dass ihnen auch Anteile mit Stimmrecht zugewiesen werden können. Dies erlaubt, die Kapitalstruktur bei der Fusion zu vereinfachen. Die Zuteilung von Anteilen mit Stimmrecht ist zudem in Fällen erforderlich, in denen die Ausgabe von Partizipationsscheinen rechtlich nicht zulässig ist⁶⁶.

Absatz 5 bestimmt, dass den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, die mit Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten verbundene Sonderrechte wie Stimmrechts- und Vorzugsaktien besitzen, mindestens gleichwertige Rechte zu gewähren sind, oder aber es muss ihnen eine angemessene Abfindung für den Verlust ihrer Sonderrechte ausgerichtet werden.

Absatz 6 sieht vor, dass entweder den Inhaberinnen und Inhabern von Genussscheinen gleichwertige Rechte zu gewähren oder dass die Genussscheine zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrags zurückzukaufen sind.

Wenn die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft eingeräumten Rechte (Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte) nicht den Anforderungen von Artikel 7 entsprechen, kann der übernehmende Rechtsträger nach Artikel 104 zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet werden, ohne dass dadurch die Rechtswirksamkeit des Fusionsbeschlusses berührt wird. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft durch Artikel 7 grundsätzlich nicht vor inhaltlichen Änderungen ihrer Rechte und Pflichten geschützt werden, die sich aus der Fusion mit einer Gesellschaft anderer Rechtsform ergeben. Wesentlichen Veränderungen der Rechtsstellung wird jedoch im Rahmen der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse für den Fusionsbeschluss Rechnung getragen (s. Art. 18 und die Erläuterungen zu dieser Bestimmung). So ist etwa für die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft die Zu-

⁶⁵ S. dazu (zum geltenden Recht) Robert Meier, Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 145; Die Praxis des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister in: REPRAX; Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis 1/99, S. 49 und 51.

⁶⁶ S. Art. 656b Abs. 1 OR.

stimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre erforderlich, da die Fusion den Übergang zum Kopfstimmrecht bewirkt und sich aus der Übernahme die Einführung einer Nachschusspflicht ergeben kann.

Artikel 8 Abfindung

Der Entwurf geht vom Grundsatz aus, dass das Recht auf Kontinuität der Mitgliedschaft nicht gegen den Willen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter aufgehoben werden kann (Art. 7). Die Fusion darf demnach in keinem Fall dazu dienen, eine Gesellschafterin oder einen Gesellschafter auszuschliessen. *Absatz 1* sieht jedoch vor, dass die an der Fusion beteiligten Gesellschaften den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers ein Wahlrecht zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung einräumen können⁶⁷. In Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts können sie Gesellschafterinnen beziehungsweise Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers werden oder im Zeitpunkt der Fusion gegen Abfindung aus der übertragenden Gesellschaft ausscheiden. Obwohl die 3. EG-Richtlinie im Bereich des Gesellschaftsrechts kein solches Wahlrecht vorsieht, darf davon ausgegangen werden, dass eine derartige Lösung innerhalb des Spielraums liegt, der den Mitgliedstaaten für die Umsetzung der Richtlinien ins nationale Recht offen steht. Je nach den Umständen kann das Angebot einer Abfindung sowohl im Interesse der übernehmenden Gesellschaft wie auch der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft sein.

Nach *Absatz 2* kann gänzlich auf die Gewährung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten verzichtet und ausschliesslich eine Abfindung vorgesehen werden. In diesem Fall bedarf der Fusionsbeschluss jedoch gemäss Artikel 18 Absatz 5 der Zustimmung von mindestens 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Zwar wird nicht die Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter verlangt, doch dürfte die Ausrichtung einer Abfindung an Stelle von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten im Allgemeinen den Interessen von Personen mit Minderheitsbeteiligungen entsprechen oder zumindest für sie nicht nachteilig sein.

Artikel 8 enthält keine Angaben über die Art der Abfindung. Sie kann in einer Geldleistung oder einer anderen Vermögenszuwendung bestehen. Keine Abfindung darstellen können Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft; es ist aber möglich, die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit Anteilen an einer dritten Gesellschaft abzufinden und auf diese Weise eine Art „Dreiecksfusion“ („triangular merger“)⁶⁸ zu verwirklichen. Eine entsprechende Ausgestaltung der Fusion kann etwa dazu dienen, bei der Übernahme einer Gesellschaft durch eine in einen Konzern eingebundene Tochtergesellschaft den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteile der Muttergesellschaft zuzuweisen.

⁶⁷ Nach der herrschenden Lehre zum geltenden Recht müssen den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zwingend Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt werden; s. Robert Meier, Barabgeltungen bei Fusionen, in: Festschrift Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 131 ff., insb. 146 mit weiteren Hinweisen; ders., Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, S. 17. A.M. Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zürich 1986, S. 301 ff., insb. S. 304.

⁶⁸ Vgl. dazu Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zürich 1991, S. 304.

Die Ausrichtung einer Abfindung an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft stellt eine gesetzlich vorgesehene Kapitalrückzahlung dar. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch ein entsprechendes Vorgehen das Substrat der Gesellschaft zum Nachteil der Gläubigerinnen und Gläubiger ausgehöhlt wird. Bei der Ausrichtung einer Abfindung müssen aber die allgemeinen Voraussetzungen des Gesellschaftsrechts zur Rückleistung der Einlagen erfüllt werden; so muss die übernehmende Gesellschaft insbesondere über frei verfügbares Eigenkapital im Umfange der Abfindungen verfügen.

Der Entwurf macht keine Vorgaben zur Höhe der Abfindung. Den an einer Fusion beteiligten Gesellschaften wird somit ein erheblicher Ermessensspielraum gewährt. Wenn die Abfindung nicht angemessen ist, steht es den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern nach Artikel 104 aber offen, vom Gericht die Festsetzung einer Ausgleichszahlung zu verlangen.

2.1.2.3

3. Abschnitt: Kapitalerhöhung, Neugründung und Zwischenbilanz

Artikel 9 Kapitalerhöhung bei der Absorptionsfusion

Unter Vorbehalt einer allfälligen Abfindung gemäss Artikel 8 erfolgt die Fusion immer gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übernehmenden Gesellschaft. Bei der Übernahme einer Gesellschaft durch eine bestehende Kapitalgesellschaft (Absorptionsfusion)⁶⁹ muss Letztere nach *Absatz 1* ihr Kapital erhöhen, soweit dies zur Wahrung der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nach Artikel 7 notwendig ist. Der Betrag der erforderlichen Kapitalerhöhung hängt nicht nur vom Umtauschverhältnis ab. Falls die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile (Art. 659 ff., 807 OR) oder Anteile der übertragenden Gesellschaft hält oder falls die übertragende Gesellschaft ihrerseits eigene Anteile oder Anteile der übernehmenden Gesellschaft besitzt, kann in entsprechendem Umfang auf eine Kapitalerhöhung verzichtet werden. Von diesen Ausnahmen abgesehen, muss eine übernehmende Kapitalgesellschaft zwingend ihr Kapital erhöhen. Die Kapitalerhöhung hat nicht nur die Gewährung der Kontinuität der Mitgliedschaft zum Ziel, sie dient gleichzeitig auch dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger.

Der Nominalbetrag der Kapitalerhöhung darf höchstens dem Nettovermögen (Aktiven minus Fremdkapital) der übertragenden Gesellschaft entsprechen, da sich sonst eine Unterpri-Emission ergäbe⁷⁰.

Sieht der Fusionsvertrag ein Wahlrecht zwischen Anteilsrechten und einer Abfindung vor (Art. 8 Abs. 1), so kann die übernehmende Gesellschaft mit einer genehmigten Kapitalerhöhung (Art. 651 ff. OR) der Ungewissheit darüber, um wie viel sie ihr Kapital für die Fusion erhöhen muss, Rechnung tragen. *Absatz 2* sieht vor, dass Artikel 651 Absatz 2 OR, der den Höchstbetrag der genehmigten Kapitalerhöhung auf die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals beschränkt, für die erforderliche Kapi-

⁶⁹ Zur Kombinationsfusion, s. Art. 10.

⁷⁰ S. dazu allgemein Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294 f; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 20.

alerhöhung im Rahmen einer Fusion keine Anwendung findet, um zu verhindern, dass diese Bestimmung in der Praxis die Möglichkeit eines Wahlrechts zwischen Anteilsrechten und Abfindung indirekt einschränkt.

Absatz 2 hält weiter fest, dass die Vorschriften des Obligationenrechts über die Sacheinlagen (siehe insbes. Art. 634, 635, 635a OR) auf Fusionen keine Anwendung finden. Die Regelung des Entwurfs, namentlich die Bestimmungen zum Fusionsbericht und dessen Prüfung (Art. 14 f.), machen die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen überflüssig.

Artikel 10 Neugründung bei der Kombinationsfusion

Bei der Kombinationsfusion werden die Aktiv- und Passivvermögen der beteiligten Gesellschaften auf eine im Rahmen der Fusion neu gegründete Gesellschaft übertragen. Nach Artikel 10 finden für die Gründung die massgebenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts Anwendung. Nicht anwendbar sind jedoch die Vorschriften über die Sacheinlagen sowie die Bestimmungen betreffend die Zahl der Gründerinnen und Gründer einer Kapitalgesellschaft (Art. 625, 775 OR). Die Kombinationsfusion von zwei Einpersonengesellschaften zu einer neuen Einpersonengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft ist daher zulässig. Demgegenüber sind für die Gründung einer Genossenschaft stets mindestens sieben Mitglieder erforderlich (Art. 831 Abs. 1 OR), da eine Einpersonengesellschaft keinen Genossenschaftszweck im Sinne von Artikel 828 OR verfolgen könnte (es besteht keine gemeinsame Selbsthilfe). Begrifflich ausgeschlossen sind auch Einpersonengesellschaften in den Rechtsformen der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft.

Artikel 11 Zwischenbilanz

Bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses nach Artikel 7 kommt den Bilanzen der Gesellschaften für die Bewertung der Vermögen eine zentrale Rolle zu. Es ist deshalb unentbehrlich, dass die verwendeten Bilanzen beim Abschluss des Fusionsvertrages aktuell sind. Um dies zu gewährleisten, verlangt *Artikel 11* in zwei Fällen eine Zwischenbilanz:

- wenn der Bilanzstichtag bei Abschluss des Fusionsvertrages mehr als sechs Monate⁷¹ zurückliegt; und
- wenn seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Fusion beteiligten Gesellschaften eingetreten sind.

Die Pflicht, eine Zwischenbilanz zu erstellen, wenn die letzte Bilanz bei Abschluss des Fusionsvertrages mehr als sechs Monate zurückliegt, ist in der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vorgesehen (Art. 11). Die Gesellschaften sind weiter verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen, wenn wichtige Änderungen in der Vermögenslage eingetreten sind. Dies ist etwa der Fall, wenn vor der Fusion einer Genossenschaft zahlreiche Mitglieder austreten (Art. 842 OR) und die Rückzahlung ihrer Anteilscheine verlangen (Art. 864 OR), sodass das Kapital in der Folge erheblich vermindert wird.

⁷¹ In der Vernehmlassung wurde verschiedentlich vorgeschlagen, die Frist von 6 auf 9 Monate zu verlängern. Damit wäre allerdings eine zusätzliche Abweichung von den EG-Richtlinien und dem Recht unserer Nachbarstaaten geschaffen worden.

Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung bleibt selbstredend auf Gesellschaften beschränkt, die nach Artikel 957 OR buchführungspflichtig sind, auf Gesellschaften also, die sich ins Handelsregister eintragen lassen müssen. Gesellschaften, die nicht zur Eintragung verpflichtet sind, sind von der Pflicht zur Buchführung befreit, dies auch dann, wenn sie sich fakultativ haben eintragen lassen⁷². Dies gilt beispielsweise für Vereine, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben (Art. 61 Abs. 2 ZGB). Da sie keine Jahresrechnung erstellen müssen, gelangt auch Artikel 11 nicht zur Anwendung.

2.1.2.4 **4. Abschnitt: Fusionsvertrag, Fusionsbericht und Prüfung**

Artikel 12 Abschluss des Fusionsvertrags

Artikel 12 regelt die Zuständigkeit zum Abschluss des Fusionsvertrags (Abs. 1) und dessen Form sowie die Genehmigung durch die Generalversammlung (Abs. 2).

Nach *Absatz 1* liegt die Kompetenz zum Abschluss des Fusionsvertrags beim obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan der an der Fusion beteiligten Gesellschaften. Der Begriff des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans wird verwendet, um der unterschiedlichen Organisation der verschiedenen Rechtsformen Rechnung zu tragen. Je nach der Rechtsform sind folgende Gesellschaftsorgane zuständig:

Aktiengesellschaft	Verwaltungsrat
Kommanditaktiengesellschaft	(Art. 707 ff., Art. 765 OR)
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer (Art. 811 ff.)
Genossenschaft	Verwaltung (Art. 894 ff. OR)
Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	Unbeschränkt haftende Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 535, 557, 599 OR) (ausser wenn der Gesellschaftsvertrag eine andere Regelung vorsieht)
Verein	Vorstand (Art. 69 ZGB)

Im Rahmen der Vernehmlassung wurde der Wunsch geäussert, dass auch dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan untergeordnete Organe einen Fusionsvertrag abschliessen können (so z.B. die Direktion einer Aktiengesellschaft). Entsprechende Organe können wohl Vertragsverhandlungen führen und sich mit der Redaktion des Fusionsvertrages befassen; sie sollen sich dazu aber in jedem Fall auf einen Auftrag des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans stützen. Auf Grund der Komplexität und der strategischen Bedeutung, die einer Fusion eigen sein können, sind die erforderlichen Entscheidungen der Oberleitung der Gesellschaft zuzu-

⁷² S. BGE 79 I 57.

rechnen⁷³. Eine Fusion kann die Struktur und die Organisation einer Gesellschaft grundlegend verändern und hat für die übertragende Gesellschaften sogar die Löschung im Handelsregister zur Folge. Es erscheint daher erforderlich, dass sich das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan selbst mit dem Fusionsvertrag befasst⁷⁴.

Die Unterzeichnung des Fusionsvertrags erfolgt durch eine vertretungsberechtigte Person (oder durch mehrere Kollektivzeichnungsberechtigte). In der Regel handelt es sich dabei um ein Mitglied des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans. Auf Grund einer Delegation des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans kann aber auch eine andere Person für die Gesellschaft unterzeichnen⁷⁵.

Nach *Absatz 2* bedarf der Fusionsvertrag der schriftlichen Form. Die Schriftform genügt selbst dann, wenn die Fusion die Übertragung von Grundstücken zur Folge hat. Demgegenüber bedarf der Fusionsbeschluss der Generalversammlung der öffentlichen Beurkundung (Art. 20; ausser bei der Fusion zwischen Vereinen).

Absatz 2 sieht vor, dass der Fusionsvertrag der Zustimmung der Generalversammlung⁷⁶ der beteiligten Gesellschaften bedarf; da Kollektiv- und Kommanditgesellschaften über kein entsprechendes Organ verfügen, wird die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter verlangt. Die erforderlichen Mehrheiten für die Zustimmung zum Fusionsvertrag ergeben sich aus Artikel 18. Bei der erleichterten Fusion muss der Fusionsvertrag der Generalversammlung nicht zur Genehmigung unterbreitet werden (Art. 24 Abs. 1). Abgesehen von dieser Ausnahme ist der von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen abgeschlossene Vertrag suspensiv bedingt durch das Erfordernis der Genehmigung durch die Generalversammlung beziehungsweise durch die Gesellschafterinnen und Gesellschafter.

In der Vernehmlassung wurde angeregt, das Gesetz sollte vorsehen, dass der Fusionsvertrag nach seinem Abschluss noch geändert werden könne. Diese Möglichkeit sollte sich sogar auf Änderungen nach der Genehmigung des Vertrags durch die Generalversammlung erstrecken. Eine entsprechende Regelung würde insbesondere erlauben, den Vertrag nachträglich den Anforderungen verschiedener Behörden (Handelsregisterbehörden, Wettbewerbskommission, Steuerbehörden usw.) anzupassen. Der Entwurf kann diesem Wunsch nicht nachkommen: Entsprechend dem Grundsatz des Parallelismus der Formen unterliegt jede Änderung des Vertrags dem gleichen Verfahren wie der Vertragsschluss, und sie muss auch den dafür zuständigen Organen zur Beschlussfassung unterbreitet werden. Die vorgeschlagene Regelung könnte sich zwar gelegentlich als praktisch erweisen, sie griffe aber in die Kompetenzen der Gesellschaftsorgane ein, widerspräche den Grundlinien des Vertragsrechts und wäre in ihren Konsequenzen nicht absehbar.

⁷³ Vgl. den Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft in Art. 716a OR.

⁷⁴ Vgl. zum geltenden Recht Martin Stehli, Aktionärschutz bei Fusionen, Diss. Zürich 1975, S. 66.

⁷⁵ S. zum geltenden Recht Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Art. 748, N 38; Robert Meier, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, S. 78; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 § 24 N 35; Martin Stehli, Aktionärschutz bei Fusionen, Diss. Zürich 1975, S. 27, 66.

⁷⁶ Zum Begriff „Generalversammlung“ s. Art. 2 Bst. h.

Artikel 13 Inhalt des Fusionsvertrags

Das geltende Recht regelt den Inhalt des Fusionsvertrages nicht. Artikel 748 Ziffer 8 OR hält lediglich fest, dass die zur Abfindung der Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft bestimmten Aktien „nach Massgabe des Fusionsvertrages“ ausgehändigt werden. Die Notwendigkeit eines Fusionsvertrages wird damit im Obligationenrecht vorausgesetzt.

Die Gesellschaften legen im Fusionsvertrag die Grundzüge der konkreten Fusion fest. Damit der Vertrag rechtsgenügend abgeschlossen werden kann, müssen sich die Parteien über eine Anzahl wesentlicher Punkte⁷⁷ einigen. Artikel 13 zählt die objektiv wesentlichen Punkte auf. Es steht den an der Fusion beteiligten Gesellschaften aber auch offen, den Abschluss des Vertrages von zusätzlichen, subjektiv wesentlichen Punkten abhängig zu machen. Artikel 13 enthält somit keine abschliessende Aufzählung der wesentlichen Vertragspunkte. Der im Entwurf vorgesehene Mindestinhalt entspricht den massgebenden Bestimmungen der Europäischen Union (Art. 5 der 3. EG-Richtlinie), wurde aber an die Besonderheiten des schweizerischen Rechts angepasst; dazu sei auf die Buchstaben f (Höhe der Abfindung) und i (Bezeichnung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung) hingewiesen.

Absatz 1 Buchstabe a: Der Fusionsvertrag muss die an der Fusion beteiligten Gesellschaften genau bezeichnen durch die Angabe der Firma oder des Namens (Ver eins), des Sitzes und der Rechtsform. Im Falle der Kombinationsfusion sind die entsprechenden Angaben ebenfalls zur neu zu gründenden Gesellschaft zu machen.

Absatz 1 Buchstaben b–d: Diese Bestimmungen betreffen die Kontinuität der Mitgliedschaft und die damit verbundenen Modalitäten. Buchstabe b steht im Zusammenhang mit Artikel 7 Absätze 1–3 Buchstabe c mit Artikel 7 Absätze 4–6. Der Fusionsvertrag muss das Umtauschverhältnis für Anteile sowie die Höhe einer allfälligen Ausgleichszahlung enthalten, beziehungsweise Angaben über die Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bei der übernehmenden Gesellschaft machen. Zu erwähnen sind auch die Rechte, die den Inhaberinnen und Inhabern von Sonderrechten (so von Vorzugs- und Stimmrechtsaktien), von Anteilen ohne Stimmrecht (so von Partizipationsscheinen) und von Genussscheinen gewährt werden. Nach Buchstabe d sind ferner die Modalitäten für den Umtausch der Anteile vorzusehen; so ist etwa zu bestimmen, wo und ab welchem Zeitpunkt die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ihre Anteile umtauschen können.

Absatz 1 Buchstabe e: Der Fusionsvertrag muss den Zeitpunkt, von dem an die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten dieses Anspruches enthalten.

⁷⁷ Zu den wesentlichen Vertragspunkten nach dem geltenden Recht, s. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294c und 294d; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Art. 748, N 47; Burkhard K. Gantenbein, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, S. 220; Robert Meier, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, S. 67; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 § 24 N 36; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 57 N 69–79; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 24.

Absatz 1 Buchstabe f: Im Rahmen von Artikel 8 kann den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft in Durchbrechung des Grundsatzes der Kontinuität der Mitgliedschaft eine Abfindung ausgerichtet werden. Diesfalls ist im Fusionsvertrag die Höhe der Abfindung anzugeben.

Absatz 1 Buchstabe g: Diese Bestimmung ermöglicht den Gesellschaften insbesondere, die Fusion aus Gründen der Rechnungslegung oder des Steuerrechts rückwirken zu lassen. Die Rückwirkung gilt allerdings nur für das Verhältnis zwischen den an der Fusion beteiligten Gesellschaften. Dritten gegenüber wird die Fusion erst mit der Eintragung in das Handelsregister beziehungsweise mit der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt rechtswirksam (Art. 22; Art. 932 OR).

Absatz 1 Buchstabe h: Der Fusionsvertrag muss besondere Vorteile aufführen, die Mitgliedern eines Leitungs- oder Verwaltungsorgans, den geschäftsführenden Gesellschafterinnen und Gesellschaftern oder den Revisorinnen und Revisoren gewährt werden⁷⁸. Besondere Vorteile werden etwa Personen eingeräumt, die im Rahmen der Fusion für die Gesellschaften spezielle Leistungen erbracht haben. Nach der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Art. 5 Abs. 2 Bst. g) werden entsprechende Angaben auch für Revisorinnen und Revisoren verlangt. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Gewährung besonderer Vorteile an Revisorinnen und Revisoren mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit (Art. 727c OR) nicht vereinbar ist und ihre Erwähnung im Fusionsvertrag nicht ihre Rechtmässigkeit zu begründen vermag.

Absatz 1 Buchstabe i: Bei verschiedenen Gesellschaftsformen haften die Gesellschafterinnen und Gesellschafter gemäss Gesetz oder Statuten unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine solche Haftung besteht von Gesetzes wegen für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft (Art. 552 und 568 OR), für die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft (Art. 594 und 604 OR) sowie für die mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 1 OR). Die Statuten können auch in der Genossenschaft (Art. 869 OR) und im Verein (Art. 71 ZGB) eine persönliche Haftung der Mitglieder vorsehen. Die Fusion kann je nach der Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft zur Folge haben, dass die Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter auf die Verbindlichkeiten der andern Gesellschaft ausgedehnt wird. Angesichts der Auswirkungen einer Fusion auf die persönliche Haftung muss der Fusionsvertrag die Namen der unbeschränkt haftenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter aufführen.

Absatz 2 sieht vor, dass bei der Fusion zwischen Vereinen auf die Angaben nach Absatz 1 Buchstaben c–f verzichtet werden kann. Die entsprechenden Bestimmungen beziehen sich namentlich auf das Umtauschverhältnis für Anteile und diesbezügliche Modalitäten. Da bei der Fusion zwischen Vereinen in dieser Hinsicht keine Regelung erforderlich ist, kann auf einen Teil des sonst zwingenden Vertragsinhalts verzichtet werden. Gemäss Buchstabe b müssen jedoch Angaben über die Mitgliedschaft (d.h. die Rechte und Pflichten) der Mitglieder des übertragenden Vereins beim übernehmenden Verein in den Fusionsvertrag aufgenommen werden. Die Ausnahme von Absatz 2 erfasst nur die Fusion zwischen Vereinen, nicht aber die Fusion eines Vereins mit einer Gesellschaft anderer Rechtsform (d.h. mit einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft).

⁷⁸ Vgl. Art. 627 Ziff. 9 und 628 Abs. 3 OR betr. die Einräumung besonderer Vorteile bei der Gründung einer Aktiengesellschaft.

Artikel 14 Fusionsbericht

Artikel 14 sieht in Übereinstimmung mit Artikel 9 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vor, dass die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der an der Fusion beteiligten Gesellschaften einen schriftlichen Bericht erstellen, der die Fusion rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet. Damit wird die Gesellschaft zur Information gegenüber ihren Gesellschafterinnen und Gesellschaftern verpflichtet. Der Bericht kann von jeder der an der Fusion beteiligten Gesellschaften einzeln oder auch von den Gesellschaften gemeinsam verfasst werden.

Nach *Absatz 2* können kleinere und mittlere Unternehmen (KMU)⁷⁹ auf die Erstellung eines Fusionsberichts verzichten, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen⁸⁰. Jede an der Fusion beteiligte Gesellschaft entscheidet dabei für sich selbst, ob sie auf das Erstellen eines Fusionsberichts verzichten will. Die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter erscheint auf Grund der erheblichen Bedeutung des Fusionsberichts für den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen erforderlich. Eine Fusion kann je nach den Umständen zu einer grundlegenden Veränderung der Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter führen, sei es durch die Einführung neuer Rechte und Pflichten, sei es durch eine Neuverteilung der Stimmrechte. Es ist daher unerlässlich, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter über die mit der Fusion einhergehenden Veränderungen einlässlich informiert werden. Der Fusionsbericht kann für die Willensbildung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter von beträchtlicher Bedeutung sein.

Eine zweite Ausnahme vom Erfordernis des Fusionsberichts gilt nach *Absatz 5* für die Fusion zwischen Vereinen, nicht aber für die Fusion eines Vereins mit einer Gesellschaft anderer Rechtsform (vgl. Art. 4 Abs. 4). Auf Grund des Austrittsrechts der Vereinsmitglieder (Art. 70 Abs. 2 ZGB⁸¹; Art. 19) ist das Schutzbedürfnis bei der Fusion zwischen Vereinen geringer als bei andern Rechtsformen; eine Ausnahme erscheint daher gerechtfertigt.

Der Fusionsbericht muss im Einzelnen die folgenden Punkte behandeln:

Absatz 3 Buchstabe a: Der Bericht soll die Gesellschafterinnen und Gesellschafter in allgemeiner Art über den mit der Fusion verfolgten Zweck und über ihre Folgen informieren. Darzulegen sind namentlich die wesentlichen Beweggründe für die Fusion, die sich ergebenden Veränderungen der rechtlichen Strukturen (z.B. die Erweiterung des Gesellschaftszwecks der übernehmenden Gesellschaft) sowie die wirtschaftlichen und anderen Folgen für die beteiligten Gesellschaften.

Absatz 3 Buchstabe b: Der Inhalt des Fusionsvertrages kann sich als relativ technisch erweisen (s. Art. 13). Den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sind daher im Fusionsbericht die erforderlichen Erläuterungen zu geben. Verschiedene Punkte dieser Erläuterungen sind Gegenstand besonderer Rubriken des Fusionsberichts (s. Bst. c und d).

Absatz 3 Buchstabe c: Bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses der Anteile besteht ein gewisser Spielraum; das Gleiche gilt auch für das Festlegen von Ausgleichszahlungen. Die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane haben daher das

⁷⁹ Zur Definition dieses Begriffs s. Art. 2 Bst. e.

⁸⁰ Für Aktiengesellschaften ist diese Erleichterung nicht mit der massgebenden EG-Richtlinie vereinbar.

⁸¹ S. Hans Michael Riemer, Die Vereine, Berner Kommentar 3/II, Bern 1990, Art. 70 N 270 ff.

Umtauschverhältnis und allfällige Ausgleichszahlungen zu erläutern und zu begründen. Die entsprechenden Angaben können für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter wichtig sein, damit sie beurteilen können, ob ihre Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte im Sinne von Artikel 7 angemessen gewahrt werden. Überzeugende Erläuterungen im Fusionsbericht dürften gerichtliche Überprüfungen (s. Art. 104) vermeiden helfen.

Bestehen in der übernehmenden Gesellschaft keine Anteile, ist unter dem betreffenden Punkt des Fusionsberichts zu erläutern, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit der Fusion die Mitgliedschaft in der übernehmenden Gesellschaft erwerben. Soweit erforderlich ist darzulegen, inwiefern damit die bisherige Rechtsstellung gewahrt werden kann (so insbesondere bei Fusionen von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform).

Absatz 3 Buchstabe d: Wird den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft im Fusionsvertrag an Stelle von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übernehmenden Gesellschaft wahlweise oder zwingend eine Abfindung zugewiesen (Art. 8), ist deren Höhe im Fusionsbericht zu erläutern. Falls den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern kein Wahlrecht für Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eingeräumt wird, sondern generell nur eine Abfindung ausgerichtet werden soll (Art. 8 Abs. 2), müssen die Gründe für das Durchbrechen der Mitgliedschaft angegeben werden.

Absatz 3 Buchstabe e: Gemäss Artikel 7 bestimmt sich das Umtauschverhältnis für die Anteile auf der Grundlage der Vermögen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften. Falls sich bei der Bewertung der Anteile Besonderheiten ergeben, die im Hinblick auf die Festsetzung des Umtauschverhältnisses von Bedeutung sind, müssen sie im Fusionsbericht erläutert werden (s. auch Art. 15 Abs. 4 Bst. e).

Absatz 3 Buchstabe f: Ist der übernehmende Rechtsträger eine Kapitalgesellschaft, so setzt die Wahrung der Kontinuität der Mitgliedschaft voraus, dass den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteilsrechte zugeteilt werden. Gemäss Artikel 9 muss die übernehmende Gesellschaft dazu in der Regel ihr Kapital erhöhen. Der Umfang der erforderlichen Kapitalerhöhung kann dadurch beeinflusst werden, dass die beteiligten Gesellschaften eigene Anteile oder Anteile der andern an der Fusion beteiligten Gesellschaften erhalten. Der Betrag der erforderlichen Kapitalerhöhung kann daher nicht generell aus dem Umtauschverhältnis der Anteile hergeleitet werden. Der Umfang der vorzunehmenden Kapitalerhöhung ist deshalb im Fusionsbericht zu erläutern.

Absatz 3 Buchstabe g: Die Fusion kann für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft eine persönliche Nachschusspflicht, andere persönliche Leistungspflichten und sogar eine persönliche Haftung zur Folge haben. Entsprechende Pflichten können sich beispielsweise bei der Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine GmbH oder durch eine Genossenschaft ergeben. Die Einführung zusätzlicher Pflichten verändert die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter grundlegend und kann für die Frage der Zustimmung zum Fusionsvertrag entscheidend sein. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter müssen deshalb umfassend über Pflichten und persönliche Haftungen informiert werden, die ihnen aus der Fusion erwachsen.

Absatz 3 Buchstabe h: Die Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform kann stets zerlegt werden in eine Umwandlung der Rechtsform der übertragenden Gesellschaft und in eine anschliessende Fusion von Gesellschaften der gleichen

Rechtsform. Die Umwandlung führt dabei unweigerlich zu einer Änderung der Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. So können für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft durch die Fusion neue Pflichten entstehen. Nach Absatz 3 Buchstabe g sind Nachschusspflichten, andere persönliche Leistungspflichten sowie eine persönliche Haftung, die sich aus einer Fusion ergeben, im Fusionsbericht zu erläutern (s. oben). Es ist aber auch möglich, dass eine Fusion von zwei Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform unmittelbar zwar keine neuen Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft entstehen lässt, dass aber in der Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft die Möglichkeit besteht, dass entsprechende Pflichten später eingeführt werden können, während dies in der Rechtsform der übertragenden Gesellschaft ausgeschlossen war. Zum Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter muss daher nach Buchstabe h bei Fusionen von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform im Fusionsbericht eingehend erläutert werden, welche Pflichten den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft in der für sie neuen Rechtsform der übernehmenden Gesellschaft allenfalls auferlegt werden können. Beispielsweise sind die Mitglieder eines Vereins bei dessen Übernahme durch eine Genossenschaft über die aus Artikel 866 ff. OR folgenden Pflichten zu informieren (Treuepflicht, eventuelle Pflicht zur Einzahlung von Genossenschaftsanteilen, Möglichkeit einer persönlichen Haftung, falls diese nicht schon in den Statuten des Vereins vorgesehen ist, usw.).

Absatz 3 Buchstabe i: Eine Fusion kann Auswirkungen auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben. Sowohl diese als auch die Gesellschafterinnen und Gesellschafter können ohne Zweifel ein legitimes Interesse haben zu erfahren, welche Konsequenzen sich aus der Fusion in Bezug auf die Arbeit ergeben (Verlegung, Aufhebung oder Sicherung von Arbeitsplätzen usw.). Während Artikel 28 die Konsultation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer regelt (durch einen Verweis auf Art. 333a OR), sieht Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe i vor, dass der Fusionsbericht Auskunft über die Auswirkungen der Fusion auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften gibt. Besteht ein Sozialplan, sind auch Angaben über dessen Inhalt zu machen. Diese Bestimmung schafft jedoch keine Pflicht zur Erstellung eines Sozialplans.

Absatz 3 Buchstabe j: Eine Fusion und insbesondere eine Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform kann eine Veränderung der Haftungsverhältnisse bewirken. Bei der Übernahme einer Kollektivgesellschaft durch eine GmbH wird die persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der Kollektivgesellschaft in der GmbH nicht in dieser Form fortgeführt (ausser für Verbindlichkeiten, die vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses begründet wurden; s. Art. 26). Im Fusionsbericht soll daher über die Auswirkungen der Fusion auf die Gläubigerinnen und Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften hingewiesen werden; insbesondere sind die Konsequenzen aufzuzeigen, die sich aus veränderten Haftungsverhältnissen ergeben.

Absatz 3 Buchstabe k: Die Durchführung einer Fusion kann von der Erteilung einer behördlichen Bewilligung abhängen. So ist die kartell- und bankenrechtliche Zulässigkeit einer Fusion durch die Wettbewerbskommission (Art. 10 Abs. 2 KG) beziehungsweise durch die Eidgenössische Bankenkommission (Art. 3 BankG; Art. 10 Abs. 3 KG) zu prüfen. Gegebenenfalls verhindert das Fehlen einer erforderlichen

Bewilligung die Fusion. Im Fusionsbericht ist anzugeben, ob die Fusion einer besonderen Bewilligung bedarf und ob diese vorliegt oder noch aussteht⁸².

Absatz 4 verlangt, dass bei der Kombinationsfusion dem Fusionsbericht der Entwurf der Statuten der neu zu gründenden Gesellschaft beigelegt werden.

Artikel 15 Prüfung des Fusionsvertrags und des Fusionsberichts

Nach *Absatz 1* müssen die an der Fusion beteiligten Gesellschaften den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht und die der Fusion zu Grunde liegende Bilanz von einer besonders befähigten Revisorin oder von einem besonders befähigten Revisor prüfen lassen. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist jedoch in zweifacher Hinsicht beschränkt:

- Eine entsprechende Prüfung ist nur dann erforderlich, wenn die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft mit Anteilscheinen ist (Abs. 1). Diese Einschränkung erscheint gerechtfertigt, da die Prüfung nach Absatz 4 inhaltlich vornehmlich Gesellschaften mit Anteilscheinen betrifft.
- Kleinere und mittlere Unternehmen (KMU)⁸³ können auf die Prüfung verzichten, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen (Abs. 2)⁸⁴. Die Prüfung dient hauptsächlich dem Schutz der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter und insbesondere der Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Ein Verzicht setzt daher die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter voraus. Wie die Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“ aufzeigte, sind Personen mit Minderheitsbeteiligungen in kleineren Gesellschaften in besonderem Mass auf den Schutz der Rechtsordnung angewiesen, da nach der praktischen Erfahrung Missbrauchssituationen tendenziell gerade hier von besonderer Bedeutung sind⁸⁵.

Nach *Absatz 4* sind die Ergebnisse der Prüfung in einem schriftlichen Bericht festzuhalten, der den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften zugänglich zu machen ist (s. Art. 16 Abs. 1).

Die mit der Prüfung betrauten Personen müssen die Voraussetzungen für besonders befähigte Revisorinnen und Revisoren erfüllen, die in Artikel 727b Absatz 2 OR sowie in der Verordnung vom 15. Juni 1992 über die fachlichen Anforderung an besonders befähigte Revisoren (SR 221.302) umschrieben sind. Sie müssen von der Gesellschaft, von den Mitgliedern des Verwaltungsrates und von einem Aktionär, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein (Art. 727c OR per analogiam).

Im Gegensatz zur Wahl der Revisionsstelle durch die Generalversammlung bei einer Aktiengesellschaft (Art. 727 Abs. 1 OR) können die mit der Prüfung nach Artikel 15

⁸² Betreffend die Genehmigung der Fusion von Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen durch die Aufsichtsbehörde bzw. das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), s. Art. 83 und 95.

⁸³ Zum Begriff der KMU s. Art. 2 Bst. e.

⁸⁴ Eine Ausnahme von der Prüfungspflicht für KMU in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft ist mit der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Art. 10) nicht vereinbar.

⁸⁵ Schlussbericht S. 40.

betrauten Revisorinnen oder Revisoren durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan bestimmt werden.

Jede an einer Fusion beteiligte Gesellschaft kann die Unterlagen zur Fusion durch eine eigene Revisorin oder einen eigenen Revisor prüfen lassen. Es steht den beteiligten Gesellschaften aber offen, eine gemeinsame Revisorin oder einen gemeinsamen Revisor zu bestimmen (Abs. 1)⁸⁶.

Absatz 3 verlangt, dass die Gesellschaften den Revisorinnen und Revisoren alle zweckdienlichen Auskünfte und Unterlagen geben⁸⁷. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften. So kann die Revisorin oder der Revisor der übernehmenden Gesellschaft Auskünfte und Unterlagen auch von der übertragenden Gesellschaft verlangen, soweit diese für die Erfüllung der gesetzlich umschriebenen Aufgaben erforderlich sind.

Absatz 4 enthält eine Liste mit den Punkten, über die sich die Revisorin oder der Revisor im Fusionsbericht zu äussern hat. Diese Liste orientiert sich an Artikel 10 Absatz 2 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, wurde aber den Besonderheiten des schweizerischen Rechts angepasst, so z.B. im Hinblick auf die Abfindung (Bst. b). Die Aufzählung von Absatz 4 ist nicht abschliessend; die Revisorin oder der Revisor kann auch zu anderen Fragen Stellung nehmen.

Im Einzelnen muss der Fusionsbericht folgende Punkte umfassen:

Absatz 4 Buchstabe a: Nach Artikel 9 muss die übernehmende Kapitalgesellschaft das Kapital erhöhen, soweit dies zur Wahrung der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Sinne von Artikel 7 erforderlich ist. Dieser Grundsatz bezieht sich auf die Absorptionsfusion. Aber auch bei der Kombinationsfusion muss die neu zu gründende Gesellschaft ein Kapital verfügen, das ausreicht, damit die Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften gewahrt werden können. Der genaue Betrag der erforderlichen Kapitalerhöhung hängt von verschiedenen Faktoren ab: so vom Umtauschverhältnis, vom Besitz eigener Anteile, von den wechselseitigen Beteiligungen der fusionierenden Gesellschaften sowie vom Angebot einer Abfindung nach Artikel 8⁸⁸. Der Umfang der Kapitalerhöhung wird im Fusionsbericht erläutert (Art. 14 Abs. 2 Bst. f). Im Prüfungsbericht ist darzulegen, ob die vorgesehene Kapitalerhöhung zur Wahrung der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft genügt.

Absatz 4 Buchstabe b: Die Festlegung des Umtauschverhältnisses für Anteile sind im Fusionsbericht zu erläutern (Art. 14 Abs. 3 Bst. c; s. Kommentar zu dieser Bestimmung sowie zu Art. 7). Angesichts der Bedeutung des Umtauschverhältnisses für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter und unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, die sich bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses ergeben können, erscheint eine Überprüfung durch eine Revisorin oder einen Revisor unabdingbar. Im Prüfungsbericht ist darzulegen, ob das Umtauschverhältnis vertretbar ist. Das Gleiche gilt für Abfindungen gemäss Artikel 8.

⁸⁶ Eine gemeinsame Revisorin oder ein gemeinsamer Revisor ist nach der 3. EG-Richtlinie (Art. 10 Abs. 1) von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde zu ernennen. In Abweichung vom Vorentwurf (Art. 15 Abs. 4 VE FusG) verzichtet der Entwurf auf dieses Erfordernis.

⁸⁷ S. auch Art. 10 Abs. 3 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.

⁸⁸ Bei der erleichterten Fusion (Art. 24 Abs. 1) ist eine Kapitalerhöhung nicht zwingend erforderlich.

Absatz 4 Buchstabe c: Das Umtauschverhältnis kann unter Verwendung verschiedener Methoden bestimmt werden⁸⁹. Die verwendete Methode ist im Fusionsbericht zu erläutern (Art. 14 Abs. 3 Buchstabe c). Die Revisorin oder der Revisor hat im Prüfungsbericht aufzuzeigen, nach welcher Methode das Umtauschverhältnis bestimmt worden ist und ob die angewandte Methode angemessen erscheint.

Absatz 4 Buchstabe d: Für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses können mehrere Methoden miteinander kombiniert werden. Ist dies der Fall, hat die Revisorin oder der Revisor darzulegen, welche relative Bedeutung den verwendeten Methoden beigemessen wurde.

Absatz 4 Buchstabe e: Für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses ist der Wert der Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften zu ermitteln. Im Prüfungsbericht ist anzugeben, welche Besonderheiten bei der Bewertung der Anteile im Hinblick auf die Festsetzung des Umtauschverhältnisses zu beachten waren.

Artikel 16 Einsichtsrecht

Artikel 16 regelt die gesellschaftsinterne Offenlegung der wesentlichen Unterlagen zur Fusion vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung. Vorgesehen wird ein Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, wobei diese auf Wunsch auch Fotokopien der Unterlagen erhalten (Abs. 1 und 3). Damit das Einsichtsrecht ausgeübt werden kann, sind die Gesellschafterinnen und Gesellschafter auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme hinzuweisen (Abs. 4). KMU können auf das Einsichtsverfahren verzichten, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen (Abs. 2).

Nach *Absatz 1* muss jede an der Fusion beteiligte Gesellschaft an ihrem Sitz den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern während der 30 Tage vor der Beschlussfassung Einsicht in die folgenden Unterlagen gewähren⁹⁰:

- den Fusionsvertrag (Art. 13);
- den Fusionsbericht (Art. 14);
- den Prüfungsbericht (Art. 15);
- die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie die Zwischenbilanz, falls eine solche erforderlich ist (Art. 11).

Die Möglichkeit der Einsichtnahme in diese Unterlagen dient der Willensbildung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Hinblick auf die Beschlussfassung über die Fusion an der Generalversammlung. Das Einsichtsrecht gewährleistet die innergesellschaftliche Transparenz des Fusionsverfahrens. Von besonderer Bedeu-

⁸⁹ S. dazu Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 294o–295c; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Art. 748 N 56; André Cuendet, La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, Diss. Lausanne 1974, S. 78 ff.; Robert Meier, Die Rechtsnatur des Fusionsvertrages, Diss. Zürich 1986, S. 67 mit weiteren Hinweisen; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 57 N 86 ff.; Pierre-Alain Recordon, La protection des actionnaires lors de fusions et scissions de sociétés, Diss. Genf 1974, S. 140–152; Martin Stehli, Aktionärsschutz bei Fusionen, Diss. Zürich 1975, S. 36–61 (Marktwert, Kurswert, Bilanzwert, Realwert, Erwerbswert usw.); Rolf Watter, Unternehmensübernahmen, Zürich 1991, S. 226 ff. (über den „Kaufwert“).

⁹⁰ Art. 11 Abs. 1 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sieht ebenfalls ein entsprechendes Einsichtsrecht vor.

tung ist das Einsichtsrecht für Personen mit Minderheitsbeteiligungen, da es ihnen ermöglicht, die Wahrung ihrer Rechte bei der Fusion zu prüfen.

Das Einsichtsrecht erstreckt sich auf die Unterlagen aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft erhalten somit insbesondere auch Einsicht in die Jahresrechnungen der übertragenden Gesellschaft. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften können ihr Einsichtsrecht am Sitz jeder der beteiligten Gesellschaften ausüben. Wenn sie dies verlangen, erhalten sie nach *Absatz 3* kostenlos Kopien der zur Einsichtnahme aufliegenden Unterlagen⁹¹.

Auf Grund der komplexen Fragen, die häufig mit einer Fusion verbunden sind, beginnt die Frist für die Einsichtnahme spätestens 30 Tage vor der Fassung des Fusionsbeschlusses. Diese Frist entspricht derjenigen des EU-Rechts (s. Art. 11 Abs. 1 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).

Absatz 2 ermöglicht den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), auf das Einsichtsverfahren nach *Absatz 1* zu verzichten. Auf Grund der grossen Bedeutung des Einsichtsrechts für den Schutz von Personen mit Minderheitsbeteiligungen muss allerdings die Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter der betreffenden Gesellschaft vorausgesetzt werden. Ein Verzicht auf das Einsichtsrecht durch Mehrheitsbeschluss könnte zu Missbräuchen führen.

Nach *Absatz 4* haben die an der Fusion beteiligten Gesellschaften in geeigneter Form auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme hinzuweisen. Geeignet ist eine Mitteilung dann, wenn sie gewährleistet, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter erreicht werden. Das übliche Publikationsorgan erfüllt in der Regel diese Voraussetzung. Eine Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt ist nicht in jedem Fall erforderlich; falls alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter bekannt sind, kann ein Brief genügen.

Im Gegensatz zum Vorentwurf (Art. 17 Abs. 1 VE FusG) sieht Artikel 16 kein der Fusion vorangehendes Einsichtsrecht für Dritte vor. Das im Vorentwurf vorgesehene Auflageverfahren wurde in der Vernehmlassung heftig kritisiert, weil die Fusion dadurch verzögert werde und die Interessen der Gesellschaft verletzt werden könnten.

Es bleibt Dritten unbenommen, nach der Eintragung der Fusion im Handelsregister die eingereichten Belege einzusehen (Art. 930 OR). Für die Gläubigerinnen und Gläubiger ergeben sich aus dieser Regelung der Einsichtnahme keine wesentlichen Nachteile, da die Massnahmen des Gläubigerschutzes der Rechtswirksamkeit der Fusion nachgelagert sind („nachträglicher Gläubigerschutz“; s. Art. 25). Gläubigerinnen und Gläubiger, die befürchten, die Erfüllung ihrer Forderungen werde durch die Fusion beeinträchtigt, können von der übernehmenden Gesellschaft Sicherstellung verlangen. Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Fusion nicht gefährdet wird. Dieser Nachweis kann namentlich mittels der Jahresrechnungen der an der Fusion beteiligten Gesellschaften geführt werden. In diesem Zusammenhang sei ferner auf das Einsichtsrecht der Gläubigerinnen und Gläubiger von Aktiengesellschaften gemäss Artikel 697h Absatz 2 OR hingewiesen; im Fall einer Fusion erscheint ein schutzwürdiges Interesse im Sinne dieser Bestimmung fraglos gegeben.

⁹¹ So auch Art. 11 Abs. 3 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.

Artikel 17 Information über Veränderungen im Vermögen

Falls bei einer Gesellschaft zwischen dem Abschluss des Fusionsvertrags und der Beschlussfassung durch die Generalversammlung wesentliche Änderungen im Aktiv- oder im Passivvermögen eintreten, muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan die Generalversammlung darüber informieren. Zu informieren sind auch die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der anderen an der Fusion beteiligten Rechtsträger, die ihrerseits ihre Generalversammlungen informieren müssen. Artikel 17 dient dem Zweck, die Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Hinblick auf den Fusionsbeschluss über wichtige Ereignisse zu orientieren, die nach Abschluss des Fusionsvertrages eingetreten sind. Die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane haben ihrerseits zu prüfen, ob die Grundlagen der Fusion, wie sie im Fusionsvertrag festgelegt wurden, noch Geltung haben, ob ein neuer Vertrag abgeschlossen werden muss oder ob gar auf die Fusion zu verzichten ist.

Wird diese Bestimmung missachtet, unterliegt der Fusionsbeschluss der Anfechtung nach Artikel 105. Die Mitglieder der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane können zudem nach Artikel 107 für einen allfälligen Schaden zur Verantwortung gezogen werden.

2.1.2.5 5. Abschnitt: Fusionsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister

Artikel 18 Fusionsbeschluss

Der Fusionsvertrag bedarf der Genehmigung durch die Generalversammlung. Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften obliegt die Genehmigung den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, da diese beiden Gesellschaftsformen über kein der Generalversammlung entsprechendes Organ verfügen⁹². Der Fusionsbeschluss erfolgt in Form der Genehmigung des Fusionsvertrags. Da die Fusion in bedeutender Weise in die Strukturen der beteiligten Gesellschaften eingreift, soll es grundsätzlich der Generalversammlung als höchstem Gesellschaftsorgan zukommen, über den Fusionsvertrag zu befinden. Die übertragenden Gesellschaften werden aufgelöst, und die übernehmende Gesellschaft ist im Allgemeinen dazu verpflichtet, ihr Kapital zu erhöhen (Art. 9). Eine Ausnahme gilt einzig für die Fälle einer erleichterten Fusion (Art. 23 f.): Für die Absorption einer Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft und für die Fusion zwischen Schwestergesellschaften genügt ein Beschluss des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans.

Artikel 18 legt die erforderlichen Mehrheiten für die Genehmigung des Fusionsvertrags fest. Die *Absätze 1 und 2* stellen die allgemeinen Anforderungen auf, die auf die verschiedenen Rechtsformen abgestimmt sind. Die *Absätze 3–6* befassen sich mit Sonderfällen. Die vorgesehenen Mehrheitserfordernisse orientieren sich an den bestehenden Vorschriften für wichtige Beschlüsse.

Bei Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften bedarf der Fusionsvertrag der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen sowie der absoluten Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwerts (Abs. 1 Bst. a). Dies entspricht dem Mehrheitserfordernis von Artikel 704 OR für wichtige Beschlüsse.

⁹² Zum Begriff der Generalversammlung s. Art. 2 Bst. h.

Bei GmbH bedarf der Fusionsvertrag der Zustimmung von mindestens drei Vierteln aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die zudem mindestens drei Viertel des Stammkapitals vertreten (Abs. 1 Bst. c). Dies entspricht Artikel 784 Absatz 2 OR betreffend Statutenänderungen.

Bei Genossenschaften bedarf der Fusionsvertrag im Allgemeinen der Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Wird durch die Fusion eine Nachschusspflicht, eine andere persönliche Leistungspflicht oder eine persönliche Haftung eingeführt oder erweitert, bedarf der Fusionsvertrag der Zustimmung von drei Vierteln aller Genosschafterinnen und Genosschafter (Abs. 1 Bst. d). Diese Mehrheiten entsprechen Artikel 888 Absatz 2 und 914 Ziffer 11 OR.

Bei Vereinen bedarf der Fusionsvertrag der Zustimmung von mindestens drei Vierteln der an der Generalversammlung anwesenden Mitglieder (Abs. 1 Bst. e).

Neben diesen allgemeinen Mehrheitserfordernissen ist in zwei Fällen die Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter erforderlich:

- Bei der Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Genossenschaft (Abs. 1 Bst. b).
- Bei der Übernahme einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditaktiengesellschaft durch eine GmbH, sofern durch die Fusion eine Nachschusspflicht oder eine andere persönliche Leistungspflicht eingeführt wird. Falls nur einem Teil der Aktionärinnen und Aktionäre derartige Pflichten auferlegt werden, bedarf es lediglich der Zustimmung der Betroffenen (Abs. 4).

In beiden Fällen kann die Fusion für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft umgehend oder später mit der Einführung einer Nachschusspflicht, einer anderen persönlichen Leistungspflicht oder einer persönlichen Haftung verbunden sein. Bei der Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Genossenschaft ergibt sich zudem der Übergang zum Kopfstimmrecht. Es ist deshalb unabdingbar, für die Fusion das Einverständnis aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu verlangen. Würde auf dieses Erfordernis verzichtet, könnten Personen mit Minderheitsbeteiligungen durch eine Fusion gegen ihren Willen mit einer Nachschusspflicht oder mit einer persönlichen Haftung belastet werden. Eine andere Regelung widerspräche auch den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts⁹³.

Das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter betrifft in der Praxis nur eine sehr geringe Anzahl von Fusionen. Es ist zudem möglich, Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, die der Fusion nicht zustimmen, den Erwerb ihrer Aktien anzubieten, um die erforderliche Zustimmung zu erreichen.

Absatz 2 unterstellt den Fusionsvertrag bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften der Genehmigung durch alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings vorsehen, dass die Zustimmung von mindestens drei Vierteln der Gesellschafterinnen und Gesellschafter genügt. Diese Regelung entspricht der einfachen vertraglichen Basis der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags bedarf – vorbehaltlich anders lautender vertraglicher Vereinbarung – der Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter.

Übernimmt eine Kommanditaktiengesellschaft eine andere Gesellschaft und sieht der Fusionsvertrag vor, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragen-

⁹³ Vgl. Art. 680 Abs. 1, 784 Abs. 3 und 889 OR.

den Gesellschaft die Stellung unbeschränkt haftender Gesellschafterinnen und Gesellschafter erhalten, müssen die Betroffenen nach *Absatz 3* schriftlich ihre Zustimmung erklären. Diese Voraussetzung tritt zum Mehrheitserfordernis für den Fusionsbeschluss hinzu und verhindert, dass den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft gegen ihren Willen neue Verpflichtungen auferlegt werden können.

Artikel 8 Absatz 2 sieht vor, dass eine Fusion auch ohne Wahrung der mitgliederschaftlichen Kontinuität, dafür aber gegen Gewährung einer Abfindung an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft durchgeführt werden kann. In diesem Fall ist nach *Absatz 5* die Genehmigung des Fusionsvertrags durch mindestens 90 Prozent der Gesellschafterinnen und Gesellschafter erforderlich. Der Vorentwurf verlangte für den Fusionsbeschluss, wenn dieser ausschliesslich eine Abfindung vorsieht, die Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Auf Grund der in der Vernehmlassung geäusserten Einwände wurden die Anforderungen an die Beschlussfassung im Entwurf erleichtert, wenn auch diese Regelung den Anforderungen des EU-Rechts nicht entsprechen dürfte, da dieses die Möglichkeit der Abfindung nicht vorsieht und sich deren Zulässigkeit allenfalls mit der Zustimmung aller Betroffenen rechtfertigen liesse.

Ergibt sich für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aus der Fusion eine Änderung des Gesellschaftszwecks und weicht die Mehrheit, die nach Gesetz oder Statuten für eine Zweckänderung erforderlich ist, von derjenigen ab, die für den Fusionsbeschluss verlangt wird, müssen nach *Absatz 6* beide Mehrheitserfordernisse kumulativ erfüllt werden, damit die Voraussetzungen für eine Änderung des Gesellschaftszwecks nicht auf dem Weg einer Fusion umgangen werden können.

Artikel 19 Austrittsrecht bei der Fusion von Vereinen

Vereinsmitglieder, die der Fusion nicht zugestimmt haben, sollen innerhalb von zwei Monaten nach dem Fusionsbeschluss frei aus dem Verein austreten können. Der Austritt erfolgt rückwirkend auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung. Das Austrittsrecht ist Folge der personenbezogenen und an den Vereinszweck gebundenen Mitgliedschaft in Vereinen⁹⁴. Bei der Absorption eines Vereins durch eine Genossenschaft, in deren Statuten eine Nachschusspflicht vorgesehen ist (Art. 803 OR), erlaubt das Bestehen eines Austrittsrechts zudem, auf die Zustimmung aller Vereinsmitglieder zu verzichten.

Artikel 20 Öffentliche Beurkundung

Der Fusionsbeschluss – d.h. die Genehmigung des Fusionsvertrags durch die Generalversammlung bzw. durch die Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 18) – bedarf der öffentlichen Beurkundung. Dieses Erfordernis gewährleistet im Sinne der Rechtssicherheit, dass sich der Zeitpunkt und der Inhalt des Fusionsbeschlusses zweifelsfrei feststellen lassen. Diese Lösung entspricht dem geltenden Recht, wo für den Auflösungsbeschluss einer Kapitalgesellschaft durch die Generalversammlung ebenfalls die öffentliche Beurkundung verlangt wird (Art. 736 Ziff. 2,

⁹⁴ Vgl. auch Art. 70 Abs. 2 ZGB. Bei Vorliegen schwerwiegender Gründe ist nach der Rechtsprechung ein sofortiger Austritt möglich; s. BGE 71 II 194.

Art. 820 Ziff. 2 OR). Für die Fusion zwischen Vereinen wird auf eine öffentliche Beurkundung des Fusionsbeschlusses verzichtet.

Artikel 21 Eintragung ins Handelsregister

Wie unter dem geltenden Recht muss die Fusion ins Handelsregister eingetragen werden. Im Einklang mit Artikel 931 Absatz 1 OR wird die Eintragung anschliessend im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert.

Absatz 1 verpflichtet das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan, die Fusion beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden, sobald der Fusionsvertrag durch die Generalversammlungen aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften genehmigt wurde. Was die rechtlichen Anforderungen im Hinblick auf die Unterzeichnung der Anmeldung betrifft, so kommen die gesetzlichen Bestimmungen für die verschiedenen Rechtsformen zur Anwendung.

Wird das Gesellschaftskapital einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditaktiengesellschaft oder einer GmbH im Rahmen einer Fusion erhöht (vgl. Art. 9), so muss gemäss *Absatz 2* die Kapitalerhöhung gleichzeitig mit der Fusion im Handelsregister eingetragen werden⁹⁵.

Die übertragende Gesellschaft ist im Handelsregister infolge der Fusion zu löschen. Die Löschung erfolgt nach *Absatz 3* gleichzeitig mit der Eintragung der Fusion. Diese im Entwurf vorgesehene Neuerung entspricht dem vorgeschlagenen System des Gläubigerschutzes, der nach Artikel 25 erst nach der Durchführung der Fusion zum Tragen kommt („nachträglicher Gläubigerschutz“). Ein Fortbestehen der Eintragung der übertragenden Gesellschaft nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion – wie dies im geltenden Recht der Fall ist – steht im Widerspruch zu den Rechtswirkungen der Fusion als Tatbestand der Universalsukzession.

Die mit der Löschung der übertragenden Gesellschaft im Handelsregister verbundenen Fragen sind im Rahmen der Handelsregisterverordnung zu regeln⁹⁶. Ausführungsbestimmungen sind namentlich für Fälle erforderlich, in denen die an der Fusion beteiligten Gesellschaften ihren Sitz in verschiedenen Handelsregisterkreisen haben. Es gilt zu vermeiden, dass die übertragende Gesellschaft gelöscht wird, bevor die Fusion am Sitz der übernehmenden Gesellschaft eingetragen ist.

Mit der Eintragung ins Handelsregister ist die Frage nach der Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden verbunden. Im Gegensatz zu dem in Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf (Art. 88 VE FusG) verzichtet der Entwurf auf eine Sonderbestimmung hinsichtlich der Prüfungsbefugnis bei der Eintragung einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung. Der Regelungsvorschlag des Vorentwurfs wurde in der Vernehmlassung kritisiert. Eine Neuregelung der Prüfungsbefugnis sollte zu dem generelle Geltung haben und nicht nur im beschränkten Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes zur Anwendung gelangen; sie müsste daher im Obligationenrecht vorgesehen werden. Die Prüfungsbefugnis wird demnach weiterhin durch Artikel 940 OR und durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts geregelt⁹⁷.

⁹⁵ Das Genossenschaftskapital wird nicht ins Handelsregister eingetragen, da es variabel ist. Demnach wird auch die Ausgabe von neuen Anteilscheinen infolge Fusion nicht eingetragen.

⁹⁶ S. die Delegationsnorm in Art. 102 Bst. a.

⁹⁷ BGE 125 III 18 ff. betreffend die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft konkretisiert die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden in diesem Bereich.

Absatz 4 befreit Vereine, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, von der Pflicht zur Eintragung der Fusion⁹⁸. Bei nicht eingetragenen Vereinen können sich Dritte (so Gläubigerinnen und Gläubiger) auch in der Frage einer Fusion nicht auf den Inhalt des Handelsregisters berufen. Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs von Artikel 21 macht auch eine Sonderregelung betreffend die Rechtswirksamkeit erforderlich: Nach Artikel 22 Absatz 2 wird die Fusion nicht im Handelsregister eingetragener Vereine mit dem Vorliegen des Fusionsbeschlusses aller beteiligten Vereine rechtswirksam. Eine Ausnahme von der Pflicht zur Eintragung der Fusion ins Handelsregister betrifft lediglich die Fusion nicht eingetragener Vereine. Ist einer der an der Fusion beteiligten Vereine im Handelsregister eingetragen, ist die entsprechende Eintragung vorzunehmen, gleichgültig, ob es sich dabei um die Eintragung der Fusion beim übernehmenden Verein oder um die Löschung des übertragenden Vereins handelt. Bei der Fusion mit Gesellschaften anderer Rechtsform müssen die beteiligten Vereine bereits vor der Fusion im Handelsregister eingetragen sein (vgl. dazu Art. 4 Abs. 4).

Artikel 22 Rechtswirksamkeit

Absatz 1 verleiht der Eintragung der Fusion ins Handelsregister konstitutive Wirkung. Die Rechtswirkungen der Fusion treten demnach mit der Eintragung ins Handelsregister ein.

Die Eintragung bewirkt insbesondere, dass die Gesamtheit der Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen und uno actu auf die übernehmende Gesellschaft übergehen⁹⁹. Die Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft gehen in das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft über, dies einschliesslich auch unbekannter Rechte und Pflichten (so beispielsweise Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung). Der Übergang der Rechte und Pflichten (obligatorische Rechte, dingliche Rechte, immaterielle Rechte, Anteilsrechte, andere Forderungen und Schulden der Gesellschaft, Obliegenheiten, prozessuale Einreden, Persönlichkeitsrechte, firmenrechtliche Ansprüche) vollzieht sich, ohne dass die ansonsten anwendbaren Formvorschriften für die Übertragung (Schriftform, Forderungszession, öffentliche Beurkundung usw.) eingehalten werden müssen. Artikel 103 regelt die Anmeldung des Eigentumsübergangs beim Grundbuchamt.

Die Fusion bewirkt weiter, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft werden (Prinzip der mitgliedschaftlichen Kontinuität; s. Art. 7), wobei auch diesbezüglich die Rechtswirkungen mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister eintreten. Ist die Gesellschafterstellung in einem Anteilsrecht verkörpert, sind die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft dazu berechtigt, den Austausch ihrer Anteile zu verlangen.

Die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über das Handelsregister bestimmen den Zeitpunkt, der für den Eintritt der Rechtswirkungen der Eintragung massgebend ist. Nach Artikel 932 Absatz 1 OR bestimmt sich der Zeitpunkt der Eintragung nach der Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch. Die Eintragung bedarf jedoch

⁹⁸ Es handelt sich dabei um Vereine, die entweder kein kaufmännisches Gewerbe betreiben oder sich nicht auf freiwilliger Basis ins Handelsregister haben eintragen lassen (Art. 61 Abs. 2 ZGB).

⁹⁹ Diese Regelung entspricht auch Art. 19 Abs. 1 der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.

der Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA; Art. 115 HRegV). Mit der Erteilung dieser Genehmigung entfaltet die Eintragung ihre Rechtswirkungen rückwirkend auf den Tag des Tagebucheintrags. Vom Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister zu unterscheiden, ist der Zeitpunkt, ab dem die Eintragung Dritten entgegengehalten werden kann. Artikel 932 Absatz 2 OR sieht vor, dass eine Eintragung Dritten gegenüber erst am nächsten Werktag wirksam wird, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des Schweizerischen Handelsamtsblatts (SHAB) folgt, in der die Eintragung veröffentlicht wird. Diese Regelung mag zwar kompliziert anmuten, doch sollte im Fusionsgesetz nicht davon abgesehen werden.

Nach Artikel 34 KG bleibt die zivilrechtliche Wirksamkeit einer Fusion aufgeschoben, sofern sie zu einem meldepflichtigen Zusammenschluss von Unternehmen im Sinne von Artikel 9 KG führt. Diese Regelung des Kartellgesetzes wird im Entwurf ausdrücklich vorbehalten.

Absatz 2 regelt den Sonderfall der Fusion von Vereinen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind. Nach Artikel 21 bedarf die Fusion nicht eingetragener Vereine ihrerseits keiner Eintragung im Handelsregister. Die Rechtswirksamkeit der Fusion kann in der Folge nicht an die Eintragung geknüpft werden. Es wurde daher vorgesehen, dass die Fusion nicht eingetragener Vereine mit dem Vorliegen des Fusionsbeschlusses aller beteiligten Vereine eintritt.

2.1.2.6 6. Abschnitt: Erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften

Artikel 23 Voraussetzungen

In bestimmten Fällen von Fusionen erweist sich die Anwendung der Vorschriften über den Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter als überflüssig, da kein entsprechendes Risiko für deren Rechte besteht. Dies ist vor allem da der Fall, wo eine Gesellschaft eine Tochtergesellschaft übernimmt, deren Anteile sie bereits zu 100 Prozent hält, oder wo zwei „Schwestergesellschaften“ miteinander fusionieren. Es ist daher möglich, hier ein vereinfachtes Fusionsverfahren vorzusehen. Die Erleichterungen, die in Artikel 24 vorgesehen werden, sind beträchtlich; sie erlauben insbesondere, auf die Erstellung eines Fusionsberichts (Art. 14), die Prüfung der Fusion (Art. 15), das Einsichtsrecht (Art. 16) und die Beschlussfassung durch die Generalversammlung (Art. 18) zu verzichten.

Nach *Absatz 1* ist eine erleichterte Fusion zulässig, wenn:

- die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (Absorption einer Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft);
- ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften hält, die ein Stimmrecht gewähren (Fusion zwischen Schwestergesellschaften).

Obschon entsprechende gesetzliche Grundlagen fehlen, werden in diesen beiden Fällen schon heute Erleichterungen bei der Fusion gewährt. So wird auf eine Kapi-

talerhöhung der übernehmenden Gesellschaft verzichtet¹⁰⁰ und von einer Beschlussfassung durch die Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft abgesehen. Die Artikel 23 und 24 kodifizieren daher bis zu einem gewissen Grad die herrschende Praxis.

Der Begriff einer gesetzlich oder vertraglich verbundenen Personengruppe (Abs. 1 Bst. b) umfasst Gruppen Rechtspersönlichkeit, die aus natürlichen und juristischen Personen bestehen können. Darunter fallen insbesondere die einfache Gesellschaft (Art. 530 OR), die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft (Art. 552 und 594 OR), die Erbengemeinschaft (Art. 602 ZGB) und die eheliche Gemeinschaft (Art. 159 ZGB). Erfasst werden alle Fälle, in denen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der fusionierenden Gesellschaften identisch sind.

Absatz 2 dehnt den Anwendungsbereich der erleichterten Fusion auf Fusionen aus, bei denen die übernehmende Kapitalgesellschaft nicht alle, jedoch mindestens 90 Prozent der Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren. Allerdings müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Personen mit Minderheitsbeteiligungen ist neben Anteilsrechten an der übernehmenden Gesellschaft wahlweise eine Abfindung nach Artikel 8 anzubieten. Diese muss im Unterschied zur allgemeinen Regelung der Abfindung dem wirklichen Wert der Anteile entsprechen.
- Die Fusion darf für Personen mit Minderheitsbeteiligungen nicht die Einführung oder Ausdehnung einer Nachschusspflicht, einer anderen persönlichen Leistungspflicht oder einer persönlichen Haftung zur Folge haben.

Im Einklang mit der 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Art. 24 ff.) sieht der Entwurf für die Übernahme einer Mutter- durch eine Tochtergesellschaft keine erleichterte Fusion vor.

Artikel 24 Erleichterungen

Liegt einer der in Artikel 23 umschriebenen Fälle vor, kann die Fusion unter erleichterten Bedingungen erfolgen. Dabei bestehen gewisse Unterschiede zwischen den in Artikel 23 Absatz 1 und Absatz 2 aufgeführten Fällen.

Absatz 1 sieht vor, dass bei Fusionen in den von Artikel 23 Absatz 1 umschriebenen Fällen die folgenden Vorschriften nicht zur Anwendung gelangen:

- Artikel 13 Buchstabe b–e: Im Fusionsvertrag kann auf die Punkte verzichtet werden, die mit der Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität in Zusammenhang stehen (Zuweisung von Mitgliedschaftsrechten, Umtausch der Anteilsrechte).
- Artikel 14: Auf die Erstellung eines Fusionsberichts kann verzichtet werden.
- Artikel 15: Die Prüfung durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor kann unterbleiben.
- Artikel 16: Es braucht kein Einsichtsverfahren durchgeführt zu werden.
- Artikel 18: Der Fusionsvertrag bedarf nicht der Zustimmung der Generalversammlung.

¹⁰⁰ 1999 wurden beispielsweise ins Handelsregister des Kantons Genf 31 Fusionen eingetragen. Davon hatten nur neun eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft zur Folge.

Absatz 2 sieht die Erleichterungen für die in Artikel 23 Absatz 2 umschriebenen Fälle vor. Es handelt sich dabei um Fusionen, bei denen die übernehmende Kapitalgesellschaft nicht alle, aber mindestens 90 Prozent der Anteile der übertragenden Gesellschaft besitzt. Der Entwurf gewährt weitgehend die gleichen Erleichterungen wie in den Fällen nach Artikel 23 Absatz 1, doch müssen im Hinblick auf die Personen mit Minderheitsbeteiligungen die folgenden Unterschiede gemacht werden:

- Artikel 13 Buchstabe b: Der Fusionsvertrag muss das Umtauschverhältnis für die Anteilsrechte und gegebenenfalls die Höhe einer Ausgleichszahlung angeben (sowie nach Art. 13 Bst. f die Höhe der obligatorischen Abfindung).
- Artikel 15: Auf die Prüfung der Fusion durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor kann zum Schutz der Personen mit Minderheitsbeteiligungen nicht verzichtet werden.
- Artikel 16: Das Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter muss gewahrt werden. Da der Fusionsvertrag nicht der Zustimmung durch die Generalversammlung bedarf, ist ein anderer Zeitpunkt für den Beginn der Frist zur Einsichtnahme festzulegen (vgl. Art. 16 Abs. 1). Absatz 2 sieht daher vor, dass die Einsichtnahme während mindestens 30 Tagen vor der Anmeldung der Eintragung ins Handelsregister zu ermöglichen ist.

2.1.2.7 7. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz

Artikel 25 Sicherstellung der Forderungen

Das geltende Recht enthält detaillierte Bestimmungen zum Gläubigerschutz bei der Fusion zwischen Aktiengesellschaften und bei der Fusion zwischen Genossenschaften. So sieht das Gesetz vor (Art. 748 und 914 OR), dass die Verwaltungsorgane der übernehmenden Aktiengesellschaften oder Genossenschaften für die Gläubigerinnen und Gläubiger der übertragenden Gesellschaft einen Schuldenruf zu erlassen haben. Sie müssen das Vermögen der übertragenden Gesellschaft getrennt verwalten, bis die Gläubigerinnen und Gläubiger befriedigt sind oder entsprechende Sicherheiten erhalten haben. Erst dann kann die übertragende Gesellschaft im Handelsregister gelöscht werden. Im Fall des Konkurses der übernehmenden Gesellschaft bildet das Vermögen der übertragenden Gesellschaft eine getrennte Masse.

In keinem anderen Land findet sich ein vergleichbares System zum Gläubigerschutz; vielmehr wird dieser in den andern Rechtsordnungen anders konzipiert: Das französische Recht (Art. 381 Code des sociétés, Loi 66–537 vom 24.7.1966) und das italienische Recht (Art. 2503 Codice civile) sehen vor, dass sich die Gläubigerinnen und Gläubiger innerhalb einer bestimmten Frist der Fusion widersetzen können. Ein Gerichtsentscheid kann diesen Widerstand jedoch ohne weitere Bedingungen aufheben oder aber verfügen, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger zu befriedigen sind oder Sicherheiten von der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Das deutsche Recht (§ 22 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994) sieht vor, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger einen Anspruch auf Sicherheiten haben; es verzichtet somit auf eine gerichtliche Entscheidung.

Angesichts dieser verschiedenen Systeme ist es verständlich, dass die 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts keine bestimmten Vorschriften zu die-

sem Thema enthält. Artikel 13 dieser Richtlinie verlangt lediglich „ein angemessenes System zum Schutz der Interessen der Gläubiger der fusionierenden Gesellschaften“. Die geringste Anforderung besteht darin vorzusehen, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger ein Recht auf angemessene Sicherstellung haben, „wenn die finanzielle Situation der fusionierenden Gesellschaften diesen Schutz notwendig macht und wenn die Gläubiger nicht schon über solche Garantien verfügen“ (Art. 13 Abs. 2). Der Gläubigerschutz kann für die übernehmende Gesellschaft anders geregelt werden als für die übertragende (Art. 13 Abs. 3).

Im Allgemeinen sollte die Bedeutung des Gläubigerschutzes bei der Fusion nicht überschätzt werden. Die meisten Fusionen haben keine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte zur Folge. Die Fusion bewirkt die Vereinigung zweier oder mehrerer Vermögen (Art. 22). Solange diese beiden Vermögen einen Aktivenüberschuss aufweisen¹⁰¹, übersteigt die Summe der Vermögen die Einzelvermögen der beteiligten Gesellschaften. Den Gläubigerinnen und Gläubigern kann daher – abgesehen von Fällen der Fusion mit ertragsschwachen Gesellschaften – insbesondere dann ein Schaden erwachsen, wenn an einer Fusion Gesellschaften beteiligt sind, die überschuldet sind oder einen Kapitalverlust erlitten haben. Der Entwurf sieht aus diesem Grund eine Sonderregelung für so genannte Sanierungsfusionen vor, wonach eine Fusion mit einer Gesellschaft, die überschuldet ist oder einen Kapitalverlust aufweist, nur zulässig ist, wenn die anderen an der Fusion beteiligten Gesellschaften über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung des Eigenkapitals oder der Überschuldung der zu sanierenden Gesellschaft verfügen (s. Art. 6 und den Kommentar dazu).

Die geltende Regelung des Gläubigerschutzes trägt der je nach den Umständen geringen realen Gefährdung, die sich aus einer Fusion ergibt, nicht Rechnung. Die getrennte Vermögensverwaltung erscheint zudem bei der Fusion als sinnwidrig und erweist sich in der Praxis als kaum durchführbar¹⁰².

Die in Artikel 25 vorgeschlagene Lösung besteht darin, die Gläubigerrechte nach der Durchführung der Fusion zu schützen. Dieses System des Gläubigerschutzes findet seine Rechtfertigung in der Tatsache, dass diejenigen Fusionen, die ein besonderes Risiko für die Gläubigerinnen und Gläubiger beinhalten, Gegenstand der Sonderregelung von Artikel 6 sind.

Nach *Absatz 1* muss die übernehmende Gesellschaft die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger sicherstellen, falls sie dies innerhalb einer Frist von drei Monaten¹⁰³ nach Rechtswirksamkeit der Fusion (s. Art. 22) verlangen. Da der Gläubigerschutz erst nach der Durchführung der Fusion zum Tragen kommt (nachträglicher Gläubigerschutz) und die übertragenden Gesellschaften daher nicht mehr be-

¹⁰¹ Von einem Aktivenüberschuss wird gesprochen, wenn die Aktiven das Fremdkapital übersteigen.

¹⁰² S. die Kritik bei Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 296c, 296g; Wolfhart F. Bürgi / Ursula Nordmann, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Art. 748 N 98 ff., Burkhard K. Gantenbein, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1995, S. 267 ff., Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998, § 24 N 48 ff.; Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 192 ff.; Rudolf Tschäni, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1994, Art. 748 N 324 ff.; BGE 115 II 272 und dort zitierte Literatur.

¹⁰³ Zum Vergleich: Das deutsche Recht sieht eine Frist von sechs Monaten vor (§ 22 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. Oktober 1994).

stehen, kann nur die übernehmende Gesellschaft zur Sicherstellung verpflichtet werden. Die Pflicht zur Sicherstellung erstreckt sich auf die Schulden sämtlicher an der Fusion beteiligten Gesellschaften. Erfasst werden nur Verbindlichkeiten, die vor der Rechtswirksamkeit der Fusion begründet wurden.

Nach *Absatz 2* müssen die Gläubigerinnen und Gläubiger durch dreimalige Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) auf ihre Rechte hingewiesen werden. Die Sicherstellung kann in Form einer Personalsicherheit (Bürgschaft, Art. 492 ff. OR; Vertrag zu Lasten eines Dritten, Art. 111 OR; kumulative Schuldübernahme) oder als Realsicherheit (Pfandrecht, Art. 793 ff., 884 ff. ZGB) erfolgen. Auf eine Publikation zur Information der Gläubigerinnen und Gläubiger kann verzichtet werden, wenn eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor bestätigt, dass keine Forderungen bekannt oder zu erwarten sind, zu deren Befriedigung das freie Vermögen der beteiligten Gesellschaften nicht ausreicht. Die Möglichkeit des Verzichts auf eine Publikation zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger will dem Fehlen einer Gefährdung bei der Fusion finanziell gesunder Gesellschaften Rechnung tragen.

Absatz 3 befreit die übernehmende Gesellschaft von der Pflicht zur Sicherstellung, wenn sie nachweist, dass die Fusion die Erfüllung der Forderung, für die Sicherstellung verlangt wurde, nicht gefährdet. Erforderlichenfalls entscheidet das Gericht auf Klage der Gläubigerin oder des Gläubigers, ob eine Sicherstellung geleistet werden muss. Die Regelung des Entwurfs liegt darin begründet, dass nur die übernehmende Gesellschaft Aufschluss über ihre finanzielle Lage geben kann, während die Gläubigerinnen und Gläubiger in der Regel nicht über die notwendigen Unterlagen verfügen, um eine Gefährdung ihrer Forderungen zu beweisen. Die Erfüllung der Forderung kann allerdings aus verschiedenen Gründen gefährdet sein, so beispielsweise bei strukturellen Schwächen, die langfristig den Fortbestand der Gesellschaft gefährden, dies auch dann, wenn die Gesellschaft weder eine Überschuldung noch einen Kapitalverlust aufweist. Die Fusion zwischen Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform kann ebenfalls die Erfüllung der Forderungen in Frage stellen. So bringt die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft etwa die Anwendung weniger strenger Vorschriften zum Kapitalschutz mit sich, wodurch sich je nach den Umständen eine Pflicht zur Sicherstellung rechtfertigen kann.

Absatz 4 erlaubt der betroffenen Gesellschaft, an Stelle der Leistung einer Sicherheit die Forderung zu erfüllen, sofern die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger dadurch keinen Schaden erleiden¹⁰⁴. Eine vorzeitige Erfüllung der Forderung ist zudem nur möglich, wenn sich weder der Inhalt noch die Natur des Vertrages auf einen anders lautenden Parteiwillen schliessen lassen (Art. 81 OR).

Artikel 26 Persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter

Die Fusion kann zur Folge haben, dass eine bisher gegebene persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft entfällt, so insbesondere bei der Fusion von Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform. Bei der Übernahme einer Kollektivgesellschaft durch eine Aktiengesellschaft (Art. 4 Abs. 1 Bst. c) werden die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der Kollektivgesellschaft zu Aktionärinnen und Aktionären der übernehmenden Gesellschaft. Als solche können sie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr belangt

¹⁰⁴ Vgl. auch Art. 285 ff. des Bundesgesetz vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

werden (s. Art. 680 Abs. 1 OR). Eine Fusion darf jedoch nicht dazu führen, dass durch eine Beschränkung oder das Entfallen einer persönlichen Haftung den Gläubigerinnen und Gläubigern ein Schaden entsteht. Diese müssen sich auf die Kontinuität einer persönlichen Haftung für bestehende Schulden verlassen können.

Absatz 1 sieht daher vor, dass eine gegebene persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft fortbesteht: Sie haften weiterhin in gleichem Masse für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft, soweit sie vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses begründet wurden oder deren Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt. Die weit gefasste Formulierung des Gesetzes schliesst Forderungen aus unerlaubter Handlung auch dann ein, wenn der Schaden zum Zeitpunkt der Fusion noch nicht eingetreten ist. Die Kontinuität der persönlichen Haftung betrifft die unbeschränkt haftenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter von Kollektiv- (Art. 568 OR), Kommandit- (Art. 604 OR) und Kommanditaktiengesellschaften (Art. 764 Abs. 1 OR), die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der GmbH im Rahmen der Höhe des Stammkapitals (Art. 802 OR) sowie – je nach Ausgestaltung ihrer Statuten – die Mitglieder von Genossenschaften (Art. 869 OR) und Vereinen (Art. 70 ZGB).

Für Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die nach der Fusion für die Verbindlichkeiten der übernehmenden Gesellschaft nicht persönlich haften, verjährt die persönliche Haftung für Schulden der übertragenden Gesellschaft nach *Absatz 2* spätestens drei Jahre¹⁰⁵ nach der Rechtswirksamkeit (s. Art. 22) der Fusion. Für Forderungen, die erst nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses fällig werden, läuft die Frist ab deren Fälligkeit. Das Konzept der Verjährung wurde demjenigen der Verwirkung vorgezogen, um eine Verlängerung der Haftungsdauer durch eine Unterbrechung zu ermöglichen¹⁰⁶.

Absatz 3 betrifft die persönliche Haftung für Anleiensobligationen und ähnliche Schuldverschreibungen, die von der übertragenden Gesellschaft öffentlich ausgegeben wurden. Hier erscheint die Kontinuität einer bestehenden persönlichen Haftung bis zum Zeitpunkt der Rückzahlung geboten, sofern im Prospekt nichts anderes vorgesehen ist. Die Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen (Art. 1157 OR) bleiben vorbehalten.

Artikel 27 Übergang der Arbeitsverhältnisse, Sicherstellung und persönliche Haftung

Absatz 1 sieht vor, dass bei der Fusion für den Übergang der Arbeitsverhältnisse Artikel 333 OR Anwendung findet. Nach dieser Bestimmung gehen die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf die übernehmende Gesellschaft über (s. Art. 333 Abs. 1 OR). Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann den Übergang des Arbeitsverhältnisses aber ablehnen; diesfalls endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (Art. 333 Abs. 2 OR). Wenn auf die Arbeitsverhältnisse ein Gesamtarbeitsvertrag zur Anwendung kommt, bleibt dieser während eines Jahres weiterhin anwendbar, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR).

¹⁰⁵ Die Frist entspricht derjenigen in Art. 181 Abs. 2 E OR.

¹⁰⁶ Vgl. Karl Spiro, Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Falfalfristen, Band 1, Bern 1975, § 318, S. 759 ff. (zu Art. 181 OR). Der Entwurf zum Fusionsgesetz folgt den Überlegungen von Spiro.

Wie andere Gläubigerinnen und Gläubiger können die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verlangen, dass die übernehmende Gesellschaft ihre Forderungen aus dem Arbeitsvertrag sicherstellt (Art. 25). Nach *Absatz 2* gilt dies nicht nur für bereits bestehende Forderungen, sondern auch für Forderungen aus dem Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden kann oder – bei Ablehnung des Übergangs durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer – beendet wird. Was die Modalitäten der Gewährung der Sicherstellung betrifft, ist Artikel 25 anwendbar.

Absatz 3 regelt die persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für Forderungen aus Arbeitsvertrag. Nach Artikel 26 haften die Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die vor der Fusion für die Schulden der übertragenden Gesellschaft persönlich hafteten, weiterhin für Forderungen, die vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses begründet wurden. Für Forderungen aus dem Arbeitsvertrag muss sich die persönliche Haftung auf diejenigen Forderungen erstrecken, die bis zu dem Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder – bei Ablehnung des Übergangs durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer – beendet wird.

Artikel 28 Konsultation der Arbeitnehmervertretung

Absatz 1 sieht vor, dass Artikel 333 OR über die Konsultation der Arbeitnehmervertretung bei Fusionen Anwendung findet. Nach dieser Bestimmung muss die Gesellschaft rechtzeitig, das heisst vor dem Vollzug der Fusion, die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer informieren. Die Information umfasst die Gründe der Fusion sowie deren rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Die Folgen einer Fusion können die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft gleichermassen betreffen. Der Entwurf sieht daher vor, dass die Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung nicht nur für die übertragende, sondern auch für die übernehmende Gesellschaft gilt.

Absatz 2 konkretisiert den Zeitpunkt der Konsultation der Arbeitnehmervertretung. Die Konsultation muss – wenn sie Sinn machen soll – erfolgen, bevor die Fusion definitiv geworden ist, das heisst vor dem Fusionsbeschluss der Generalversammlung bzw. der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach Artikel 18. Die Arbeitnehmervertretung muss jedoch nicht zwingend vor dem Abschluss des Fusionsvertrags (Art. 12) konsultiert werden, weil dies je nach den Umständen das Geschäftsgeheimnis und die Vertragsverhandlungen beeinträchtigen könnte und die Gefahr von Insider-Tatbeständen entstehen liesse.

Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan hat anlässlich der Beschlussfassung durch die Generalversammlung oder die Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Art. 18) über das Ergebnis der Konsultation der Arbeitnehmervertretung zu informieren. In den Fällen einer erleichterten Fusion ist jedoch kein Beschluss der Generalversammlung erforderlich (s. Art. 24); eine entsprechende Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter unterbleibt daher. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss die Arbeitnehmervertretung aber dennoch konsultieren, bevor der Fusionsvertrag rechtsgenügend abgeschlossen wird.

Absatz 3 bezweckt die Durchsetzung der Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung. Falls die Vorschriften der Absätze 1 und 2 nicht beachtet werden, kann

die Arbeitnehmervertretung die Eintragung der Fusion ins Handelsregister gerichtlich untersagen lassen. Nach dem Entwurf zu Artikel 29a des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (im Anhang zum Entwurf zum Fusionsgesetz) ist das Gericht am Sitz einer der an der Fusion beteiligten Gesellschaften zuständig. Einen vorläufigen Rechtsschutz kann die Arbeitnehmervertretung mit einem privatrechtlichen Einspruch nach Artikel 32 HRegV sicherstellen. Untersagt das Gericht die Eintragung einer Fusion im Handelsregister, müssen die Gesellschaften noch ausstehende Erfordernisse erfüllen, damit die Fusion verwirklicht werden kann, d.h., sie haben die Arbeitnehmervertretung zu konsultieren und eine erneute Beschlussfassung des obersten Gesellschaftsorgans zu erwirken (Art. 18).

Absatz 4 sieht vor, dass die Vorschriften über die Konsultation der Arbeitnehmervertretung auch auf übernehmende Gesellschaften mit Sitz im Ausland Anwendung finden. Es handelt sich dabei um eine in Artikel 18 IPRG vorbehaltene, zwingend anwendbare Bestimmung. Absatz 4 dient dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Fusionen und ist insbesondere da von Bedeutung, wo das ausländische Recht für die Konsultation der Arbeitnehmervertretung hinter den schweizerischen Vorschriften zurückbleibt.

2.1.3

3. Kapitel: Spaltung von Gesellschaften

Das 3. Kapitel des Gesetzesentwurfs zum Fusionsgesetz befasst sich mit der Spaltung von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, sei es durch Aufspaltung, sei es durch Abspaltung. Für die Spaltung einer Stiftung, einer Vorsorgeeinrichtung oder eines Institutes des öffentlichen Rechts wird auf die Spezialbestimmungen der Artikel 86, 98 und 99 und den Kommentar dazu verwiesen.

Artikel 29 Grundsatz

Mittels Spaltung überträgt eine Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) Teile ihres Vermögens auf andere Gesellschaften (übernehmende Gesellschaften)¹⁰⁷ gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Artikel 29 nennt die zwei zulässigen Formen der Spaltung¹⁰⁸:

- Die *Aufspaltung (Bst. a)*: Eine Gesellschaft teilt ihr Vermögen mit allen Aktiven und Passiven in zwei oder mehrere Teile auf und überträgt diese auf zwei oder mehrere bereits bestehende (Spaltung zur Übernahme) oder neu zu gründende Gesellschaften (Spaltung zur Neugründung). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden zu Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der Gesellschaften, welche die Vermögensteile übernehmen. Mit der Aufspaltung wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.
- Die *Abspaltung (Bst. b)*: Eine Gesellschaft scheidet einen oder mehrere Vermögensteile aus ihrem Gesamtvermögen aus und überträgt diese auf eine oder mehrere bereits bestehende oder neu zu gründende Gesellschaften. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden zu Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft. Im Unterschied zur Aufspaltung besteht die übertragende Gesellschaft bei der Abspaltung weiter, da die übertragenen Vermögensteile nur einen Teil und nicht das Gesamtvermögen umfassen.

Die Spaltung weist demnach in allen Ausgestaltungen zwei Gemeinsamkeiten auf:

- Die mitgliederschaftliche Kontinuität: Bei einer Spaltung erhalten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft stets Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaften. Sie verlieren ihre Rechtsstellung nicht bzw. werden anlässlich der Spaltung nicht aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Obwohl bei der Spaltung die mitgliederschaftliche Kontinuität gewahrt bleibt, führt sie doch zu einer neuen Zuweisung der Mitgliedschaftsrechte, welche unterschiedliche Formen annehmen kann:
 - Die Gesamtheit der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte von jeder der übernehmenden Gesellschaften (z.B. erhalten alle Aktionärin-

¹⁰⁷ Aus Gründen der erleichterten Lesbarkeit wird im Folgenden stets von den übernehmenden Gesellschaften im Plural gesprochen, auch wenn möglicherweise bloss eine übernehmende Gesellschaft an der Spaltung beteiligt ist.

¹⁰⁸ Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz (Art. 39 VE FusG) sah eine dritte Form der Spaltung vor: die Ausgliederung. Bei der Ausgliederung sollte eine Gesellschaft einen oder mehrere Teile ihres Vermögens abspalten und diese auf eine oder auf mehrere Gesellschaften übertragen können, wobei die Gegenleistung (Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft) – im Unterschied zur Abspaltung – nicht den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, sondern der übertragenden Gesellschaft selbst zukommen sollte. Diese Form der Spaltung hätte insbesondere zur Gründung von Tochtergesellschaften verwendet werden können. Der Entwurf ersetzt die Ausgliederung durch die Bestimmungen über die Vermögensübertragung (Art. 69 ff.). Für die Begründung s. Ziff. 1.3.2.4.2.

nen oder Aktionäre einer Aktiengesellschaft, die sich aufspaltet, Aktien der beiden übernehmenden Gesellschaften).

- Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte entweder von der einen oder von der anderen der übernehmenden Gesellschaft, aber nicht von beiden zugleich (z.B. wird bei einer sich aufspaltenden GmbH mit zwei Gesellschaftern der eine einziger Aktionär der einen übernehmenden Aktiengesellschaft und der andere einziger Aktionär der anderen übernehmenden Aktiengesellschaft).
- Nur ein Teil der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhält Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaften, während die übrigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter ihren Beteiligungsanteil an der übertragenden Gesellschaft erhöhen (z.B. führt eine Aktiengesellschaft eine Abspaltung durch, in deren Rahmen ein einziger Aktionär einen Stammanteil einer übernehmenden GmbH übernimmt und dafür auf seine Mitgliedschaft in der übertragenden Gesellschaft verzichtet, während die restlichen Aktionärinnen und Aktionäre an der übertragenden Aktiengesellschaft beteiligt bleiben).
- Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft können entweder Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte entsprechend dem Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung an allen übernehmenden Rechtsträgern erhalten (symmetrische Spaltung), oder es werden ihnen an einzelnen oder allen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften Beteiligungsrechte zugewiesen, die vom Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung abweichen (asymmetrische Spaltung)¹⁰⁹.
- Die vermögensmässige Kontinuität. Die Spaltung führt stets zum Übergang mindestens eines Vermögensteils. Bei der Aufspaltung werden definitionsgemäss zumindest zwei Vermögensteile umschrieben und übertragen. Die zu übertragenden Vermögensteile (Aktiven und Passiven) werden in einem Inventar aufgelistet (Art. 37 Bst. b). Das Teilvermögen kann aus einem beliebigen Aktivum oder Passivum des Vermögens der übertragenden Gesellschaft gebildet werden, sofern diese ihrer Natur nach übertragbar sind. Un-erlässlich ist aber, dass die Teilvermögen je einen Aktivenüberschuss aufweisen. Es wäre nicht möglich, das Kapital der übernehmenden Gesellschaft zu erhöhen (Art. 33) oder eine übernehmende Gesellschaft zu gründen (Art. 34), wenn das zu übertragende Teilvermögen einen Passivenüberschuss aufweisen würde (der Nominalwert der ausgegebenen Anteilsrechte muss durch den Wert des übertragenen Teilvermögens gedeckt sein). Es ist einer Gesellschaft verwehrt, ihre Aktiven auf die eine übernehmende Gesellschaft und ihre Passiven auf eine andere zu übertragen. Mit dem Eintrag ins Handelsregister geht die Gesamtheit der im Inventar enthaltenen Aktiven und Passiven in einem Akt (uno actu) auf die übernehmenden Gesellschaften über (Art. 52). Die allgemeinen gesetzlichen Formvorschriften¹¹⁰ für die Übertragung der einzelnen Aktiven müssen dabei nicht eingehalten werden.

¹⁰⁹ S. Art. 31 Abs. 2 und Kommentar dazu.

¹¹⁰ Eintragung ins Grundbuch; schriftliche Zessionserklärung usw.; vgl. den Kommentar zu Art. 49.

Die vermögensmässige und mitgliedschaftliche Kontinuität unterscheidet die Spaltung von den Rechtsinstituten des geltenden Rechts, so vom blossen Verkauf eines Vermögensbestandteils (Art. 184 ff. OR) und von der Übernahme eines Vermögens oder Unternehmens mit Aktiven und Passiven (Art. 181 OR)¹¹¹.

Die Aufnahme des Rechtsinstituts der Spaltung ins schweizerische Recht ist eine der wichtigsten Neuerungen des Entwurfs. Wie bereits im Allgemeinen Teil (vgl. Ziff. 1.1.1) ausgeführt wurde, kennt das geltende Recht die Spaltung nicht; sie muss de lege lata als unzulässig betrachtet werden¹¹². Es handelt sich dabei um ein äusserst komplexes Rechtsgebilde, das nicht bloss als umgekehrte Fusion verstanden werden darf. Die Gründe für diese Komplexität liegen vor allem in der Vielzahl der Ausgestaltungsmöglichkeiten der Spaltung, die sich zudem noch untereinander kombinieren lassen.

Eine grafische Darstellung der verschiedenen Formen der Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, symmetrische und asymmetrische Spaltung) findet sich unter Ziffer 7.2.

Die Spaltung weist gewisse Entsprechungen zur Fusion auf, so insbesondere bei der Übertragung von Vermögensteilen auf eine bereits bestehende Gesellschaft (Spaltung zur Übernahme). Hier kommt es zu einer Verschmelzung von Vermögensteilen unter Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität. In der Regelung der Spaltung finden sich daher Parallelen zu derjenigen der Fusion. Im Vergleich zur Fusion weist die Spaltung allerdings ein erhöhtes Risiko für die Gläubigerinnen und Gläubiger sowie für Personen mit Minderheitsbeteiligungen auf (so könnte versucht werden, die guten und die schlechten Risiken zum Nachteil der Gläubigerinnen und Gläubiger bzw. der Personen mit Minderheitsbeteiligungen aufzuteilen). Deshalb muss der Gläubigerschutz bei der Spaltung grundlegend anders ausgestaltet werden als bei der Fusion (Art. 45 ff.). Auch die erforderliche Mehrheit für die Beschlussfassung über eine Spaltung ist auf Grund der gegebenen Gefahr der Beeinträchtigung der Rechte von Personen mit Minderheitsbeteiligungen höher anzusetzen als für eine Fusion (so insbesondere bei der asymmetrischen Spaltung; vgl. Art. 43 Abs. 3).

Artikel 30 Zulässige Spaltungen

Wie bei der Fusion bestimmt das Gesetz den Kreis der Gesellschaftsformen, die sich an einer Spaltung beteiligen können, abschliessend. Artikel 30 lässt die Spaltung von Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und GmbH) und von Genossenschaften zu. Diese Bestimmung darf nicht restriktiv dahin gehend verstanden werden, dass sich an einer Spaltung lediglich Gesellschaften derselben Rechtsform beteiligen können. Vielmehr hat eine Aktiengesellschaft auch die Möglichkeit, sich in eine Genossenschaft und eine GmbH aufzuspalten. Die Spaltung einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft mit einer partiellen Vermögensübertragung auf eine Personengesellschaft oder eine Stiftung ist aus denselben Gründen ausgeschlossen wie die entsprechende Fusion (Art. 4). Derartige Spaltungen würden eine Umgehung der Liquidationsvorschriften juristischer Personen ermöglichen. Weiter sind auch die betreffenden Gesellschaftsformen grundsätzlich nicht miteinander kompatibel¹¹³.

¹¹¹ Vgl. dazu auch den vorgeschlagenen Abs. 4 von Art. 181 E OR.

¹¹² Vgl. dazu die in Ziff. 1.2.1 aufgeführte Literatur.

¹¹³ Vgl. dazu den Kommentar zu Art. 4.

Eine grafische Darstellung der zulässigen Spaltungen findet sich unter Ziffer 7.3.3.

Ist eine Spaltung nach Artikel 30 nicht zulässig, so kann mit einer Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) wirtschaftlich gesehen ein ähnliches Resultat erreicht werden. Beispielsweise kann eine Aktiengesellschaft einen Teil ihres Vermögens auf eine Stiftung übertragen, oder eine GmbH mit vier Gesellschafterinnen kann sich unter Beachtung der massgebenden Liquidationsvorschriften auflösen und ihr Vermögen je hälftig auf zwei Kollektivgesellschaften übertragen. Die mitgliedschaftliche Kontinuität ist bei diesem Vorgehen nicht zwingend.

2.1.3.2

2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Artikel 31 Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Wie bereits zu Artikel 29 dargelegt, ist die mitgliedschaftliche Kontinuität Element jeder Spaltung. Den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft müssen zwingend Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden. Im Falle der asymmetrischen Spaltung kann sich allerdings die Zuteilung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Gesellschaften nur auf bestimmte Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft beschränken, wobei die übrigen ihre Mitgliedschaft in der übertragenden Gesellschaft behalten. Das Prinzip der mitgliedschaftlichen Kontinuität gilt sowohl für die Fusion als auch für die Spaltung. Folglich verweist *Absatz 1* auf Artikel 7, der die Einzelheiten der mitgliedschaftlichen Kontinuität regelt.

Absatz 2 sieht zwei Formen der Zuteilung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vor:

- Es besteht die Möglichkeit, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaften im Verhältnis zu ihren bisherigen Beteiligungen zuzuweisen (symmetrische Spaltung). Die bisherigen relativen Beteiligungsverhältnisse an der übertragenden Gesellschaft werden durch die Spaltung nicht berührt. Alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter werden strikt gleich behandelt. Beispielsweise werden einer Aktionärin, die 10 Prozent des Aktienkapitals der übertragenden Gesellschaft hält, bei der Spaltung 10 Prozent des Stammkapitals einer neu gegründeten übernehmenden GmbH zugewiesen, während der Aktionär, der 90 Prozent des Aktienkapitals vertritt, einen entsprechenden Anteil am Stammkapital der neuen Gesellschaft erhält. Das Beteiligungsverhältnis zwischen den Aktionärinnen und Aktionären der übernehmenden Gesellschaft wird durch die symmetrische Spaltung somit nicht berührt.

Während die relative Beteiligung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter an der übertragenden Gesellschaft stets unverändert bleibt, kann die Höhe ihrer Beteiligung an den übernehmenden Gesellschaften eine andere sein, so wenn Vermögensteile auf eine bereits bestehende Gesellschaft übertragen werden. Übernimmt beispielsweise eine Einpersonen-Aktiengesellschaft anlässlich einer Abspaltung Teile des Vermögens einer GmbH, so erhalten deren zwei Gesellschafterinnen oder Gesellschafter, welche je die Hälfte des Stammkapitals besaßen, je 50 Prozent der bei der Spaltung neu ausgegeben

Aktien. Ihr Anteil am gesamten Aktienkapital beträgt aber lediglich je einen Viertel.

- Bei der Spaltung können den Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft die Beteiligungen auch so zugeteilt werden, dass sich die angestammte Beteiligungsverhältnisse ändern. Diese so genannte asymmetrische Spaltung eröffnet verschiedene Möglichkeiten:
 - Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten eine Beteiligung an allen übernehmenden Gesellschaften, die aber nicht proportional zu ihren bisherigen Beteiligungen an der übertragenden Gesellschaft ist (z.B. erhalten zwei Gesellschafter, die bisher je über 50 Prozent des Stammkapitals einer sich spaltenden GmbH verfügten, neu je spiegelgleich 70 Prozent der ausgegebenen Aktien der einen und 30 Prozent der anderen übernehmenden Aktiengesellschaft).
 - Ein Teil der Gesellschafterinnen und Gesellschafter übernimmt die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der einen der übernehmenden Gesellschaften, die ändern diejenigen der anderen Gesellschaft. Diese Möglichkeit ist unter anderem auch im Rahmen von Artikel 736 Ziffer 4 OR von Bedeutung: Das Gericht kann auf eine Auflösungsklage hin gegebenenfalls eine asymmetrische Spaltung anordnen, wenn diese eine „andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung“ darstellt.
 - Denkbar ist auch, dass gewisse Gesellschafterinnen und Gesellschafter eine Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft erhalten und gleichzeitig aus der übertragenden Gesellschaft ausscheiden, während die restlichen Gesellschafterinnen und Gesellschafter ihre Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft behalten. Diese Art der asymmetrischen Spaltung erlaubt es einem Teil der Gesellschafterinnen oder Gesellschaftern, aus einer Gesellschaft auszuscheiden.

Grundsätzlich sind sowohl die symmetrische als auch die asymmetrische Spaltung denselben Regeln unterworfen. Einen Unterschied gibt es allerdings bezüglich der erforderlichen Mehrheit für die Genehmigung der Spaltung durch die Generalversammlung. Bei der asymmetrischen Spaltung bestehen beträchtliche Gefahren zu Lasten von Personen mit Minderheitsbeteiligungen. So könnte etwa versucht werden, Minderheiten eine Beteiligung an einer Gesellschaft zuzuweisen, welche den weniger rentablen Teil des Gesellschaftsvermögens übernimmt. Es erweist sich daher als erforderlich, qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse vorauszusetzen (Art. 43).

2.1.3.3

3. Abschnitt: Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung, Neugründung und Zwischenbilanz

Artikel 32 Herabsetzung des Kapitals bei der Abspaltung

Bei der Aufspaltung wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und aus dem Handelsregister gestrichen (Art. 29 Bst. a). Dagegen führt die Abspaltung nicht zur Auflösung der übertragenden Gesellschaft, aber sie ist üblicherweise mit einer Kapitalherabsetzung verbunden. Eine Kapitalherabsetzung ist zwingend durchzu-

führen, soweit die übertragende Gesellschaft nicht über freie Mittel in der Höhe des (Buch-) Werts des zu übertragenden Teilvermögens verfügt. Würde eine erforderliche Kapitalherabsetzung unterbleiben, so könnte die Spaltung einen Kapitalverlust oder die Überschuldung der übertragenden Gesellschaft zur Folge haben (Art. 725, 817 und 903 OR). Die Höhe der Kapitalherabsetzung hängt von verschiedenen Faktoren ab, in erster Linie von dem Wert des zu übertragenden Teilvermögens und den frei verfügbaren Mitteln der übertragenden Gesellschaft¹¹⁴.

Bei der Kapitalherabsetzung im Rahmen einer Abspaltung müssen gemäss Artikel 32 die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kapitalherabsetzung (Art. 733 und 734 OR für die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Art. 788 Abs. 2 OR für die GmbH und Art. 874 Abs. 2 OR für die Genossenschaft) nicht beachtet werden. Diese Vorschriften bezwecken vorab den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger und würden sich mit den entsprechenden Vorschriften für die Spaltung überschneiden (Art. 45 ff.).

Artikel 33 Kapitalerhöhung

Während die übertragende Gesellschaft bei der Spaltung ihr Gesellschaftskapital je nach den Umständen herabzusetzen hat (Art. 32), müssen die übernehmenden Kapitalgesellschaften ihr Kapital erhöhen (sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der Abspaltung; Art. 33). Handelt es sich allerdings bei der übernehmenden Gesellschaft um eine Neugründung, ist Artikel 34 anwendbar.

In Entsprechung zu Artikel 9 Absatz 1 zur Fusion sieht *Absatz 1* vor, dass eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden muss, soweit dies zur Wahrung der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft im Sinne von Artikel 31 (der auf Art. 7 verweist) erforderlich ist. Der Umfang der Kapitalerhöhung hängt von verschiedenen Faktoren ab, so insbesondere davon, ob die übernehmende Gesellschaft an der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist oder eigene Anteilsrechte besitzt¹¹⁵. In diesen Fällen ist eine entsprechende Kapitalerhöhung nicht erforderlich und kann deshalb unterbleiben. Abgesehen von diesen Ausnahmen muss die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital erhöhen. Die Kapitalerhöhung dient nicht nur der mitgliedschaftlichen Kontinuität, sondern auch dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger (Funktion des Gesellschaftskapitals als Haftungssubstrat).

Der Nominalbetrag der Kapitalerhöhung wird stets tiefer oder gleich dem Wert des übertragenen Teilvermögens sein. Das Verbot der Unterpari-Emission von Beteiligungen (Art. 624 und 779 Abs. 2 OR) gilt auch bei Kapitalerhöhungen im Rahmen einer Spaltung. Der Nettowert der ausgegebenen Aktien muss folglich durch die Einlage des Teilvermögens gedeckt sein.

Nach *Absatz 2* sind – entsprechend der Regelung bei der Fusion (Art. 9 Abs. 2) – bei einer Kapitalerhöhung im Rahmen einer Spaltung weder die Vorschriften über Sacheinlagen (Art. 634, 635, 635a, 652e Ziff. 1 OR) noch Artikel 651 Absatz 2 OR anwendbar. Damit werden Doppelspurigkeiten vermieden. Artikel 651 Absatz 2 OR, der eine genehmigte Kapitalerhöhung auf maximal die Hälfte des bisherigen Kapi-

¹¹⁴ Aus diesem Grund entspricht der Nominalbetrag der Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft nicht in jedem Fall dem Nominalbetrag, um den das Kapital bei den übernehmenden Gesellschaften erhöht wird (Art. 33), bzw. der Höhe des Gesellschaftskapitals der im Rahmen der Spaltung neu gegründeten Gesellschaften (Art. 34.).

¹¹⁵ Vgl. dazu auch den Kommentar zu Art. 9.

tals begrenzt, könnte je nach den Umständen erschweren, eine Kapitalerhöhung im erforderlichen Ausmass durchzuführen¹¹⁶.

Artikel 34 Neugründung

Bei der Spaltung kann ein Teil des Gesellschaftsvermögens entweder auf eine bereits bestehende oder auf eine zu diesem Zweck neu zu gründende Gesellschaft übertragen werden. Artikel 34 sieht vor, dass die Gründung unter Beachtung der für die betreffende Gesellschaftsform massgebenden Gründungsvorschriften erfolgen muss¹¹⁷. Ausnahmen von dieser Regel gelten für die Zahl der Gründerinnen und Gründer bei Kapitalgesellschaften¹¹⁸ sowie für Sacheinlagen.

Soweit es sich bei der neu zu gründenden übernehmenden Gesellschaft um eine Kapitalgesellschaft handelt, muss ihr Kapital ausreichen, um den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft die ihnen zustehenden Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte auszurichten (Art. 31). Das Kapital muss im Übrigen durch das übertragene Teilvermögen gedeckt sein.

Artikel 35 Zwischenbilanz

Diese Bestimmung entspricht Artikel 11, der die Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz im Falle einer Fusion regelt¹¹⁹. Es kann auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

2.1.3.4 4. Abschnitt: Spaltungsvertrag, Spaltungsplan, Spaltungsbericht und Prüfung

Artikel 36 Spaltungsvertrag und Spaltungsplan

Die Durchführung einer Spaltung stützt sich entweder auf einen Spaltungsvertrag oder auf einen Spaltungsplan:

- Soweit das Teilvermögen auf eine bereits bestehende Gesellschaft übertragen werden soll, setzt dies gemäss Absatz 1 den Abschluss eines Spaltungsvertrages unter den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften voraus. In diesem Fall handelt es sich bei der Spaltung um ein zwei- bzw. mehrseitiges Rechtsgeschäft. Die Gesellschaften können auch einen Spaltungsvertrag abschliessen, wonach gewisse Teile des Vermögens auf bestehende, andere Teile auf noch zu gründende Gesellschaften übertragen werden.
- Beabsichtigt dagegen eine Gesellschaft, ein Teilvermögen auf eine neu zu gründende Gesellschaft zu übertragen, muss sie gemäss Absatz 2 einen Spal-

¹¹⁶ S. dazu den Kommentar zu Art. 9 Abs. 2.

¹¹⁷ Ebenso Art. 10 für die Kombinationsfusion.

¹¹⁸ Art. 625 und 775 OR. Demgegenüber muss bei der Genossenschaft die Vorschrift über die Anzahl der Gründerinnen und Gründer (Art. 831 Abs. 1 OR verlangt mindestens um 7 Personen) beachtet werden, damit die Eigenart dieser Rechtsform (gemeinsame Selbsthilfe; vgl. Art. 828 Abs. 1 OR) gewahrt bleibt.

¹¹⁹ Vgl. dazu auch Art. 9 Abs. 1 Bst. c der 6. Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft vom 17. Dezember 1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG; nachfolgend: 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts).

tungsplan erstellen. Die Spaltung ist in diesem Fall ein einseitiges Rechtsgeschäft.

Bei der Spaltung obliegt es dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan¹²⁰ der beteiligten Gesellschaften, den Spaltungsvertrag¹²¹ abzuschliessen beziehungsweise den Spaltungsplan zu erstellen. Die Kompetenzverteilung entspricht derjenigen bei der Fusion (Art. 12).

Gemäss *Absatz 3* unterliegen sowohl der Spaltungsvertrag als auch der Spaltungsplan der Schriftform. Der Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan bedarf weiter der Zustimmung der Generalversammlung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (vgl. Art. 43).

Artikel 37 Inhalt des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans

Artikel 37 zählt die objektiv wesentlichen Punkte des Spaltungsvertrags oder Spaltungsplans einzeln auf. Die am Abschluss des Spaltungsvertrags beteiligten oder mit der Redaktion des Spaltungsplans befassten Gesellschaften (Art. 36 Abs. 1 und 2) können selbstverständlich weitere Vertragsklauseln (subjektiv wesentliche Punkte) vorsehen. Die Gesamtheit der objektiv wesentlichen Punkte bildet den gesetzlichen Minimalinhalt des Vertrags oder Plans. Der Katalog entspricht weitgehend der geltenden Regelung in der Europäischen Union (Art. 3 Abs. 2 der 6. Richtlinie) und stimmt teilweise mit dem Mindestinhalt des Fusionsvertrags überein (Art. 13).

Buchstabe a: Der Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan soll die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften genau bezeichnen (Firma, Sitz und Rechtsform). Im Falle der Spaltung zur Neugründung müssen dieselben Identifikationsmerkmale der neu zu gründenden Gesellschaft im Spaltungsplan enthalten sein.

Buchstabe b: Der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan muss ein Inventar enthalten, das die Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens eindeutig bezeichnet, die im Rahmen der Spaltung übertragen werden sollen. Immobilien, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuzählen. Ferner muss das Inventar die Aufteilung der Aktiven und Passiven zwischen den verschiedenen Teilvermögen sowie deren Zuteilung an die verschiedenen übernehmenden Gesellschaften auführen. Das Inventar ist das Kernstück der Spaltung, zumindest vermögensrechtlich gesehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist unabdingbar, dass die zu übertragenden Vermögensteile (Aktiven und Passiven) im Inventar aufgeführt werden¹²², da sie mit dem Eintrag der Spaltung ins Handelsregister (Art. 52) auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. Es liegt sowohl im Interesse der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften selbst als auch im Interesse Dritter, dass über das Eigentum an den Vermögenswerten der beteiligten Gesellschaften Klarheit besteht. Die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften dürfen sich nicht damit begnügen, die übertragenen

¹²⁰ Zu diesem Begriff s. den Kommentar zu Art. 12.

¹²¹ Zum Begriff des Vertragsschlusses s. den Kommentar zu Art. 12.

¹²² Das deutsche Recht sieht eine ähnliche Regelung vor: § 126 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. Oktober 1994. Vgl. dazu Bernd Sagasser / Thomas Bula, Umwandlungen, München 1995, S. 220 ff.

Vermögensteile summarisch aufzulisten¹²³. Nur eine hinreichend genaue Bezeichnung der übertragenen Vermögensteile vermag die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Das Inventar ist im Übrigen auch die Grundlage, auf der der Wert der übertragenen Vermögensteile bestimmt wird. Diese Wertbestimmung dient u.a. der Festsetzung des Umtauschverhältnisses für die Anteilsrechte (Art. 31 i.V.m. Art. 7).

Buchstabe c: Eine Spaltung erfolgt stets gegen Gewährung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten (Art. 31). Der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan muss die Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zugewiesen werden, nennen (Umtauschverhältnis der Anteilsrechte) bzw. Angaben über die Mitgliedschaft an der übernehmenden Gesellschaft enthalten.

Buchstabe d–h: Diese Bestimmungen entsprechen den Buchstaben c, d, e, g und h von Artikel 13 (vgl. den Kommentar dazu).

Buchstabe i: Die Spaltung einer Gesellschaft kann den Übergang von Arbeitsverhältnissen nach sich ziehen. Der Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan muss eine Liste der übergangenden Arbeitsverhältnisse enthalten (zum Übergang von Arbeitsverhältnissen im Allgemeinen siehe den Kommentar zu Art. 49).

Artikel 38 Nicht zugeordnete Vermögenswerte

Diese Bestimmung regelt die Zuordnung von Gegenständen des Aktivvermögens, für die sich aus dem Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan nicht ergibt, wem sie gehören.

Absatz 1 regelt die Zuweisung von nicht zugeordneten Gegenständen des Aktivvermögens, die auch durch Auslegung des Spaltungsvertrags oder Spaltungsplans nicht zugeordnet werden können. Im Fall der Aufspaltung stehen sie im Miteigentum der übernehmenden Gesellschaften im Verhältnis, in dem das Nettovermögen gemäss Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan auf diese übergeht. Im Unterschied dazu verbleiben die Gegenstände bei der Abspaltung im Vermögen der übertragenden Gesellschaft.

Absatz 2 sieht vor, dass Absatz 1 betreffend die Zuordnung von Gegenständen des Aktivvermögens analog auf Forderungen und immaterielle Rechte anwendbar ist. Da die Terminologie des Absatzes 1 („...gehört ... zu Miteigentum“) für Forderungen und immaterielle Rechte unpassend ist, kommt nur eine sinngemässe Anwendung in Frage.

¹²³ Im Vernehmlassungsverfahren haben verschiedene Kantone und Interessenverbände die Inventarpflicht in Frage gestellt. Vorgeschlagen wurde, das Inventar durch eine Spaltungsbilanz und eine Beschreibung der übertragenen Vermögensteile zu ersetzen. Der Entwurf übernimmt diesen Vorschlag nicht. Eine Identifikation der übertragenen Vermögensteile kann nicht gestützt auf eine blossе Spaltungsbilanz durchgeführt werden. Eine minimale Gliederung der Bilanz (s. Art. 663a OR) ist für eine Zuordnung der Vermögenswerte ungenügend. In der Vernehmlassung wurde teilweise die Problematik übersehen, die sich daraus ergibt, dass bei Spaltungen Teilvermögen ohne Beachtung der gesetzlichen Formvorschriften übergehen. Diese Erleichterung setzt aber zwingend voraus, dass die übertragenen Vermögenswerte klar bestimmbar sind. Im Inventar sind selbstverständlich Sammelposten möglich, doch muss die Bestimmbarkeit gewährleistet sein. Es ist weiter fraglich, ob eine Spaltungsbilanz weniger Kosten verursachen würde und in kürzerer Zeit erstellt werden könnte als ein Inventar gemäss Art. 958 OR, da eine Bilanz sich notwendigerweise auf ein Inventar abstützt.

Absatz 3 befasst sich mit den Schulden der übertragenden Gesellschaft, die auf Grund des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans nicht zugeordnet werden können. Im Falle der Aufspaltung haften die beteiligten Gesellschaften solidarisch für Verbindlichkeiten, die im Inventar nicht erwähnt sind. Die Solidarität erstreckt sich auf sämtliche Schulden, die nicht zugeordnet wurden, ungeachtet ihres Entstehungsgrunds und ungeachtet der Tatsache, ob die Zuordnung absichtlich unterblieb. Die übernehmende Gesellschaft haftet solidarisch auch für Schulden der übertragenden Gesellschaft aus unerlaubter Handlung, und zwar selbst dann, wenn diese im Zeitpunkt des Spaltungsbeschlusses noch nicht bekannt waren.

Bei der Abspaltung besteht die übertragende Gesellschaft hier weiter, und sie haftet demnach auch weiterhin für ihre Schulden, sofern diese nicht im Rahmen der Spaltung in klarer Weise auf eine andere Gesellschaft übertragen worden sind.

Artikel 39 Spaltungsbericht

Die vorgesehene Regelung entspricht Artikel 14 bei der Fusion; es kann daher auf den Kommentar dazu verwiesen werden. Artikel 39 trägt auch Artikel 7 Absätze 1 und 2 der 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts Rechnung.

Artikel 40 Prüfung des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans und des Spaltungsberichts

Artikel 40 befasst sich mit der Prüfung des Spaltungsplans oder des Spaltungsvertrags und des Spaltungsberichts und verweist auf Artikel 15 betreffend die Fusion. Die sinngemässe Anwendung dieser Regelung auf die Spaltung steht nicht völlig im Einklang mit den Vorschriften der Europäischen Union¹²⁴, entspricht aber den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens.

Artikel 41 Einsichtsrecht

Das Einsichtsrecht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter wird weitgehend entsprechend Artikel 16 bei der Fusion geregelt; es wird daher auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen. Artikel 41 sieht jedoch in zwei Punkten eine abweichende Ordnung vor:

- Die Frist, während der die Gesellschafterinnen und Gesellschafter das Einsichtsrecht ausüben können, beträgt nicht nur dreissig Tage, sondern zwei Monate (Abs. 1). Diese längere Frist trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger nach Artikel 46 Absatz 1 vor der Spaltung während einer Frist von zwei Monaten Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können. Angesichts der realen Gefahren einer Spaltung muss den Gläubigerinnen und Gläubigern eine hinreichende Frist zur Wahrung ihrer Rechte eingeräumt werden. Die Frist von zwei Monaten ist dazu sogar relativ kurz bemessen.
- Jede der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften muss im Schweizerischen Handelsamtsblatt auf die Möglichkeit der Einsichtnahme hinweisen (Abs. 4).

¹²⁴ S. die diesbezüglichen Ausführungen im Kommentar zu Art. 15.

Artikel 42 Information über Veränderungen im Vermögen

Gemäss dieser Bestimmung ist Artikel 17, der sich mit der Information über wichtige Veränderungen im Vermögen befasst, sinngemäss auch auf die Spaltung anwendbar. Artikel 7 Absatz 3 der 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sieht eine analoge Regelung vor. Für Einzelheiten siehe den Kommentar zu Artikel 17.

2.1.3.5 5. Abschnitt: Spaltungsbeschluss und öffentliche Beurkundung

Artikel 43 Spaltungsbeschluss

Die Spaltung greift tief in die Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ein (neue Aufteilung der Beteiligungen, Schaffung neuer Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte). Zudem verringert sie – teilweise in substanzieller Weise – das Gesellschaftsvermögen der übertragenden Gesellschaft oder bewirkt deren Auflösung. Sowohl die Abspaltung wie auch die Aufspaltung können zudem bei den übernehmenden Gesellschaften Kapitalerhöhungen bedingen. Wegen dieser weitreichenden Folgen muss das Recht zur Beschlussfassung über die Spaltung dem höchsten Gesellschaftsorgan zugewiesen werden, d.h. den Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften (vgl. Art. 36 Abs. 3).

Nach *Absatz 1* darf die Zustimmung der Generalversammlung zum Spaltungsvertrag oder zum Spaltungsplan nicht vor der Sicherstellung der Forderungen gemäss Artikel 46 erfolgen (vgl. Kommentar zu Art. 45). Nur wenn die Vorschriften zum Gläubigerschutz eingehalten werden, erlangt die Spaltung Gültigkeit. Durch diese Vorschrift soll verhindert werden, dass eine Spaltung durchgeführt wird und – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – vollendete Tatsachen zu Lasten der Gläubigerinnen und Gläubiger geschaffen werden.

Absatz 2 verweist für die erforderlichen Mehrheiten auf Artikel 18. Bei der asymmetrischen Spaltung müssen indessen wegen der beachtlichen Gefahren, die mit diesem Institut für Personen mit Minderheitsbeteiligungen verbunden sind (vgl. Art. 31 Abs. 2 und den Kommentar dazu)¹²⁵, mindestens 90 Prozent der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zustimmen (Abs. 3). Im in Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf war Einstimmigkeit verlangt (Art. 53 Abs. 2 VE FusG)¹²⁶, doch wurde dies stark kritisiert und mehr Flexibilität gewünscht. Den Personen mit Minderheitsbeteiligungen bleibt aber das Recht gewahrt, gestützt auf Artikel 104 das Gericht anzurufen und eine angemessene Ausgleichszahlung zu verlangen, wenn ihre Rechte nicht angemessen gewahrt werden. Zu beachten ist bei der Spaltung zudem auch das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Artikel 2 Absatz 2 ZGB. So ist eine Spaltung selbst dann unzulässig, wenn die Personen mit

¹²⁵ Eine Gesellschaft könnte so aufgespaltet werden, dass die Personen mit Minderheitsbeteiligungen Anteile an derjenigen übernehmenden Gesellschaft erhalten, die einen wenig rentablen (oder defizitären) Betriebsteil der übertragenden Gesellschaft übernimmt, während sich die Mehrheit die Teilhabe am profitableren Vermögensteil sichert.

¹²⁶ Diese Regelung entspricht dem deutschen Recht (§ 128 Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts).

Minderheitsbeteiligungen zwar keinen finanziellen Schaden erleiden, sie aber in ihren Interessen dennoch bewusst verletzt werden¹²⁷.

Bei der Spaltung zur Neugründung ist selbstverständlich keine Zustimmung der Generalversammlungen der neu zu gründenden übernehmenden Gesellschaften erforderlich, da diese erst nach dem Eintrag der Spaltung ins Handelsregister ihre Rechtspersönlichkeit erlangen (Art. 51). Die Genehmigung der Spaltung durch die übertragende Gesellschaft genügt in diesem Fall.

Artikel 44 Öffentliche Beurkundung

Wie der Fusionsbeschluss (Art. 20) muss gemäss Artikel 44 auch der Spaltungsbeschluss öffentlich beurkundet werden.

2.1.3.6 6. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz

Artikel 45 Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger

Im Unterschied zur Fusion¹²⁸ entzieht die Spaltung den Gläubigerinnen und Gläubigern der übertragenden Gesellschaft einen Teil des Haftungssubstrats. Die Aufspaltung hat zudem stets einen Schuldnerwechsel zur Folge: Die ursprüngliche Schuldnerin wird aufgelöst und durch die übernehmenden Gesellschaften ersetzt. Die Abspaltung reduziert das Vermögen der übertragenden Gesellschaft wertmässig um das übertragene Teilvermögen. Das Haftungssubstrat wird entsprechend kleiner; häufig erfolgt eine Kapitalherabsetzung (Art. 32). Je nach den Umständen wird auch die Situation der Gläubigerinnen und Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft durch die Spaltung beeinträchtigt, denn die Übernahme des betreffenden Teilvermögens kann die Solvenz der übernehmenden Gesellschaft negativ beeinflussen. Dem Gläubigerschutz muss wegen der erhöhten Risiken mehr Gewicht beigemessen werden als bei einer Fusion (Art. 25 f.). Die Gläubigerschutzbestimmungen müssen (anders als bei der Fusion) zur Anwendung kommen, bevor die Spaltung ihre Wirkung entfaltet. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan darf den Spaltungsvertrag oder den Spaltungsplan so lange nicht der Generalversammlung vorlegen, als die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger, die ein entsprechendes Begehren stellen, nicht sichergestellt sind (Art. 43 und 46).

Artikel 45 sieht vor, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften dreimal im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) darauf hinzuweisen sind, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Diese Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger findet in der Regel gleichzeitig mit der Publikation im SHAB statt, mit der sie über die Möglichkeit zur Einsichtnahme in die Unterlagen zur Spaltung (Art. 41 Abs. 4) informiert werden.

¹²⁷ Eine Gesellschafterin kann beispielsweise in ein Unternehmen investiert haben, weil sie ein besonderes Interesse an einer bestimmten Tätigkeit der betreffenden Gesellschaft hat. Eine asymmetrische Spaltung wäre rechtsmissbräuchlich, wenn sie dazu diene, die betreffende Gesellschafterin aus der Gesellschaft hinauszudrängen und ihr dabei eine schwer veräusserbare Beteiligung an einer Gesellschaft zugewiesen wird, die einen ganz anderen Zweck verfolgt.

¹²⁸ Vgl. den Kommentar zu Art. 25.

Es besteht keine Pflicht der Gläubigerinnen und Gläubiger, ihre Forderungen anzumelden. Melden sie sie nicht an, so verlieren sie aber das Recht auf Sicherstellung gemäss Artikel 46. Sofern die Gesellschaft, der die Verbindlichkeit durch den Spaltungsvertrag oder den Spaltungsplan zugewiesen wurde, die Forderungen nicht befriedigt, können die Gläubigerinnen und Gläubiger auf die subsidiär haftenden Gesellschaften greifen (Art. 47).

Artikel 46 Sicherstellung der Forderungen

Diese Bestimmung entspricht weitgehend Artikel 25 zur Fusion. Nach *Absatz 1* müssen alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften ihre Verpflichtungen sicherstellen¹²⁹, sofern die Gläubigerinnen und Gläubiger dies innerhalb von zwei Monaten seit der letzten Publikation der Aufforderung im SHAB (Art. 45) verlangen. Der Anspruch auf Sicherstellung richtet sich ausschliesslich gegen die schuldenrische Gesellschaft. Auch die 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts verlangt, dass die Mitgliedstaaten im Gesetz angemessene Garantien für die Gläubigerinnen und Gläubiger vorsehen, zumindest wenn die finanzielle Situation der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft dies als notwendig erscheinen lassen (Art. 12 Abs. 2).

Gemäss *Absatz 2* ist die Gesellschaft von der Pflicht zur Sicherstellung befreit, wenn sie darlegt, dass die Erfüllung der Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet wird. Die Umkehr der Beweislast ist notwendig, weil nur die Gesellschaft ihre finanzielle Situation darlegen kann.

Wie bei der Fusion steht es der Gesellschaft offen, statt die Forderung sicherzustellen, sie zu erfüllen. Allerdings dürfen die andern Gläubigerinnen und Gläubiger dadurch nicht geschädigt werden (Abs. 3)¹³⁰. Eine vorzeitige Erfüllung der Forderung kann im Übrigen auch ausgeschlossen sein, wenn sich aus dem Inhalt oder der Natur des Vertrags oder aus den Umständen ein entsprechender Wille der Vertragsparteien ergibt (Art. 81 OR).

Entsteht zwischen der Gesellschaft und einer Gläubigerin bzw. einem Gläubiger Streit über die Pflicht zur Sicherstellung oder die Art der Sicherheit, ist ein gerichtlicher Entscheid herbeizuführen, bevor der Beschluss über die Spaltung gefasst werden kann.

Artikel 47 Subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften

Zusätzlich zum Anspruch auf Sicherstellung der Forderung (Art. 46) wird der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger durch die subsidiäre solidarische Haftung sämtlicher an der Spaltung beteiligten Gesellschaften verstärkt (Abs. 1)¹³¹. Werden die Forderungen der Gläubiger von der Gesellschaft, welcher sie durch den Spaltungsvertrag oder den Spaltungsplan zugeordnet wurden (primär haftende Gesellschaft), nicht befriedigt, so sind die andern an der Spaltung beteiligten Gesellschaften solidarisch haftbar (subsidiär haftende Gesellschaften). Jede dieser Gesellschaften

¹²⁹ Für Beispiele möglicher Garantien vgl. den Kommentar zu Art. 25.

¹³⁰ Vgl. auch Art. 285 ff. SchKG.

¹³¹ Die 6. Europäische Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts verlangt ebenfalls eine subsidiäre und solidarische Haftung der andern an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (Art. 12 Abs. 3).

ten kann aufs Ganze belangt werden. Vorbehalten bleibt der Rückgriff im Innenverhältnis auf die übrigen beteiligten Gesellschaften.

Die subsidiär haftenden Gesellschaften können allerdings nach *Absatz 2* nur belangt werden, wenn die Forderung nicht sichergestellt ist (s. Art. 46) und die primär haftende Gesellschaft¹³²

- in Konkurs geraten ist;
- Nachlassstundung oder Konkursaufschub erhalten hat;
- bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins betrieben worden ist;
- den Sitz ins Ausland verlegt hat und in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann;
- den Sitz im Ausland verlegt hat und dadurch eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist.

Die subsidiäre solidarische Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (Art. 47) dürfte den Gläubigerinnen und Gläubigern der sich spaltenden Gesellschaft zusammen mit dem Sicherstellungsanspruch (Art. 46) einen ausreichenden Schutz vor den Gefahren bieten, die mit einer Spaltung verbunden sind.

Artikel 48 Persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter

Die Spaltung hat – wie die Fusion – keine Rückwirkung auf die persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für deren bisherige Schulden. Drittpersonen und insbesondere die Gläubigerinnen und Gläubiger können darauf vertrauen, dass die persönliche Haftung für Schulden, die vor der Rechtswirksamkeit der Spaltung entstanden sind, weiterbesteht. Artikel 47 verweist auf Artikel 26, der analog auf die Spaltung Anwendung findet. Für Einzelheiten wird auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen.

Artikel 49 Übergang der Arbeitsverhältnisse, Sicherstellung und persönliche Haftung

Die Vorschriften über den Übergang der Arbeitsverhältnisse, die Sicherung der Forderungen aus Arbeitsvertrag und die persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für Forderungen aus Arbeitsvertrag gelten gleichermassen bei der Fusion wie bei der Spaltung. Artikel 49 stimmt deshalb weitgehend mit Artikel 27 überein. Aus dem unterschiedlichen Gläubigerschutz (vgl. Art. 25 und 46) ergibt sich aber, dass eine Spaltung nur vollzogen werden darf, wenn (auch) die arbeitsvertraglichen Forderungen – soweit erforderlich – sichergestellt sind (Art. 46 i.V.m. Art. 43). Für Einzelheiten kann im Übrigen auf den Kommentar zu Artikel 27 verwiesen werden.

Artikel 50 Konsultation der Arbeitnehmervertretung

Die Vorschriften über die Konsultation der Arbeitnehmervertretung bei der Spaltung entsprechen denjenigen bei der Fusion. Nach Artikel 50 ist Artikel 28 sinngemäss anwendbar.

¹³² Diese Bestimmung übernimmt die Voraussetzungen, die bei der Bürgschaft gelten (Art. 495 Abs. 1 OR).

Artikel 51 Eintragung ins Handelsregister

Wie die Fusion so muss auch die Spaltung ins Handelsregister eingetragen¹³³ und anschliessend entsprechend Artikel 931 Absatz 1 OR im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert werden. Erst mit der Eintragung ins Handelsregister wird die Spaltung rechtswirksam (Art. 52)¹³⁴.

Gemäss *Absatz 1* ist es Aufgabe des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, die Spaltung beim Handelsregister zur Eintragung anzumelden. Die Anmeldung kann so lange nicht erfolgen, als die Generalversammlungen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften der Spaltung nicht zugestimmt haben. Bei der Spaltung zur Neugründung kann die Spaltung, unmittelbar nachdem die Zustimmung der Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft vorliegt, beim Handelsregister angemeldet werden, da es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Die Anmeldung für die Eintragung der neu gegründeten Gesellschaft muss gleichzeitig mit derjenigen für die Eintragung der Spaltung der übertragenden Gesellschaft erfolgen. Bei der Spaltung zur Übernahme ist die Eintragung ins Handelsregister anzumelden, sobald die Genehmigung durch die übertragende Gesellschaft und durch alle übernehmenden Gesellschaften vorliegt. Bei dieser Form der Spaltung liegt ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft vor. Die Unterzeichnung der Anmeldung richtet sich nach den für die betreffende Gesellschaftsform gültigen Vorschriften¹³⁵.

Der in Vernehmlassung gegebene Vorentwurf verlangte die Bestätigung einer besonders befähigten Revisorin oder eines besonders befähigten Revisors, wonach die Bestimmungen zum Gläubigerschutz eingehalten worden sind (Art. 61 VE FusG). Indessen könnte nur das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft eine solche Bestätigung abgeben. Dies wäre aber kaum von einem zusätzlichen Nutzen, da die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans für die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften ohnehin verantwortlich sind. Der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan darf der Generalversammlung nicht zur Genehmigung vorgelegt werden, solange die Frist für die Gläubiger, Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen, noch nicht abgelaufen ist oder die verlangten Sicherheiten nicht geleistet worden sind (s. Art. 43 Abs. 1 und Art. 46). Indem das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan den Spaltungsvertrag oder den Spaltungsplan der Generalversammlung zur Genehmigung unterbreitet, bestätigt es implizit, dass die Gläubigerschutzvorschriften eingehalten worden sind.

Die Eintragung der Spaltung der übertragenden Gesellschaft ins Handelsregister beinhaltet die Angabe der Übertragung von Vermögensteilen auf die verschiedenen übernehmenden Gesellschaften. Muss die übertragende Gesellschaft bei der Abspaltung ihr Kapital herabsetzen, so sind dem Handelsregisteramt nach *Absatz 2* auch die geänderten Statuten zu unterbreiten¹³⁶. Im Falle der Aufspaltung wird die

¹³³ Die 6. Europäische Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (Art. 16, der auf Art. 3 der Europäischen Richtlinie 68/151/EWG verweist) sieht ebenfalls die Eintragung in ein öffentliches Register und eine Veröffentlichung des Eintrags vor.

¹³⁴ Zur Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden s. den Kommentar zu Art. 21.

¹³⁵ Art. 640 Abs. 2 OR (Aktiengesellschaft), Art. 780 Abs. 2 OR (GmbH), Art. 835 Abs. 3 OR (Genossenschaft); s. auch Art. 22 HRRegV.

¹³⁶ Vgl. Art. 32.

übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Spaltung ins Handelsregister gelöscht.

Artikel 102 Buchstabe a überträgt dem Bundesrat, in der Handelsregisterverordnung (HRegV) die Einzelheiten der Eintragung ins Handelsregister zu regeln. Näher zu ordnen ist beispielsweise die Löschung der übertragenden Gesellschaft bei der Aufspaltung (die Reihenfolge der vorzunehmenden Eintragungen) sowie das Vorgehen, wenn die an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz in verschiedenen Registerkreisen haben.

Absatz 3 sieht vor, dass bei der Aufspaltung die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Spaltung ins Handelsregister gelöscht wird. Das Gleiche gilt bei der Fusion für die übertragende Gesellschaft (Art. 21 Abs. 3). Die Löschung kann ohne Gefahr für die Gläubigerinnen und Gläubiger der übertragenden Gesellschaft vorgenommen werden, da diese bereits vor der Genehmigung der Spaltung durch die Generalversammlung der übertragenden Gesellschaft Gelegenheit hatten, ihre Rechte auszuüben und die Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen (Art. 43 Abs. 1, und Art. 46).

Artikel 52 Rechtswirksamkeit

Nach dieser Bestimmung kommt der Eintragung der Spaltung ins Handelsregister konstitutive Wirkung zu. Im Zeitpunkt¹³⁷ der Eintragung gehen alle im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven (Art. 37 Bst. b) von Gesetzes wegen mit einem Rechtsakt (uno actu) von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft über, und zwar unabhängig von den gesetzlichen Bestimmungen, die für die Übertragung der betreffenden Vermögenswerte massgebend sind.

Im Unterschied dazu gehen Verträge nicht ohne weiters über. Für den Wechsel einer Vertragspartei ist grundsätzlich das Einverständnis aller Vertragsparteien erforderlich. Sonderbestimmungen sind aber in den Artikeln 261 und 333 OR zu finden. Diese Vorschriften sind bei der Spaltung anwendbar (vgl. dazu den Verweis des Art. 49). Sie befassen sich mit dem Wechsel einer Vertragspartei im Rahmen eines Miet- oder eines Arbeitsvertrags. Ohne entsprechende Sonderbestimmungen bewirkt die Spaltung jedoch keine einseitige Änderung der Vertragsparteien.

Eine andere Wirkung der Spaltung betrifft das Gesellschafterverhältnis. Mit dem Eintrag der Spaltung ins Handelsregister erhalten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Gesellschaften nach Massgabe des Spaltungsvertrags oder Spaltungsplans (s. Art. 37 Bst. c und e).

Artikel 34 KG bleibt wie bei der Fusion (Art. 22 Abs. 1) vorbehalten. Diese Vorschrift sieht einen Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit eines Unternehmenszusammenschlusses vor, der einer kartellrechtlichen Prüfung unterliegt; sie kann neben Fusionen auch Spaltungen zur Übernahme (s. Kommentar zu Art. 29) erfassen.

¹³⁷ Zum genauen Zeitpunkt s. die Erläuterungen zu Art. 22.

2.1.4

4. Kapitel: Umwandlung von Gesellschaften

Das 4. Kapitel regelt die Umwandlung von Gesellschaften. Für die Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen sieht das 7. Kapitel Sondervorschriften vor (Art. 97). Das 8. Kapitel regelt die Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts (Art. 99 ff.).

2.1.4.1

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Artikel 53 Grundsatz

Artikel 53 umschreibt die Umwandlung als Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft, ohne dass deren Rechtsverhältnisse verändert werden. Trotz Änderung der Rechtsform behält die Gesellschaft ihre Identität und ihre Rechtspersönlichkeit. Die Umwandlung erfordert deshalb auch keine Neugründung einer Gesellschaft mit der gewählten Rechtsform. Vielmehr bleiben die mitgliedschaftlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft trotz Änderung des Rechtskleides bestehen.

Die Umwandlung im Sinne des Entwurfs unterscheidet sich grundlegend von der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, wie sie die heutigen Artikel 824 ff. OR vorsehen. Nach diesen Bestimmungen löst sich die Aktiengesellschaft, die ihre Rechtsform ändern will, auf, und ihr Vermögen wird auf eine neue GmbH übertragen. Folglich setzt diese Form der Umwandlung stets das Bestehen zweier Gesellschaften voraus.

Indem der Gesetzesentwurf eine Umwandlung durch blosser Änderung der Rechtsform vorsieht, wird die Umwandlung erleichtert¹³⁸. Die Neugründung einer Gesellschaft und die Übertragung der Rechtsverhältnisse durch Universalsukzession entfallen. Die sich umwandelnde Gesellschaft bleibt auch im neuen Rechtskleid wirtschaftlich und rechtlich gesehen die gleiche.

Artikel 54 Zulässige Umwandlungen

Wie bei der Fusion und der Spaltung (Art. 4 bzw. 30) zählt das Gesetz auch bei der Umwandlung die zulässigen Vorgänge abschliessend auf. Während das geltende Recht eine Umwandlung nur sehr beschränkt vorsieht (Art. 824 ff. OR, Art. 14 BankG)¹³⁹, lässt der Gesetzesentwurf die Umwandlung allgemein zu, soweit die in Frage stehenden Rechtsformen in ihren Strukturen grundsätzlich miteinander kompatibel sind. *Artikel 54* entspricht den in Artikel 4 vorgesehenen Fusionsmöglichkeiten für Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsform. Die Fusion zweier Gesell-

¹³⁸ Zu den verschiedenen Konzeptionen der Umwandlung vgl. Christian Meier-Schatz, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1994, S. 353 ff., S. 374; Henry Peter, La restructuration des entreprises dans une perspective nationale et transfrontalière in: La Semaine Judiciaire 1999 II, S. 105–109; BGE 125 III 18 ff., insb. E. 3a, S. 20.

¹³⁹ BGE 125 III 18 ff. bejaht die Zulässigkeit der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft auch ohne gesetzliche Grundlage. Dazu Roland von Büren / Johannes Bürgi, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne in: REPRAX, Zeitschrift zur Handelsregisterpraxis, 1/99, S. 3 ff. mit Verweisen.

schaften verschiedener Rechtsformen lässt sich stets auflgliedern in die Umwandlung der übertragenden Gesellschaft in eine Gesellschaft mit der gleichen Rechtsform wie die übernehmende Gesellschaft und eine anschliessende Fusion dieser beiden Gesellschaften. Auf Grund dieses Zusammenhangs müssen die gesetzlichen Regelungen der zulässigen Fusionen und der zulässigen Umwandlungen übereinstimmend ausgestaltet werden.

Ein schematischer Überblick über die zulässigen Formen der Umwandlung findet sich unter Ziffer 7.3.4.

Im Einzelnen bestehen folgende Umwandlungsmöglichkeiten:

- Kapitalgesellschaften (*Abs. 1*).

Eine Kapitalgesellschaft (Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft und GmbH, vgl. Art. 2 Bst. c) kann sich in eine Kapitalgesellschaft mit einer andern Rechtsform umwandeln. Eine Aktiengesellschaft kann sich somit in eine GmbH umwandeln und umgekehrt. Weiter hat eine Kapitalgesellschaft die Möglichkeit, durch Umwandlung zur Genossenschaft zu werden. Gemäss Artikel 64 Absatz 1 Buchstabe b benötigt die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Genossenschaft allerdings die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter, weil eine entsprechende Umwandlung die Einführung einer Nachschusspflicht, anderer persönlicher Leistungspflichten oder einer persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und der Gesellschafter nach sich ziehen kann. Im Übrigen begründet die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Genossenschaft für diese die Pflicht zur Ausgabe von Anteilscheinen.

Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Personengesellschaften) ist nicht vorgesehen. Eine derartige Umwandlung würde dieselben Probleme mit sich bringen wie die Absorptionsfusion einer Kapitalgesellschaft durch eine Personengesellschaft (für Einzelheiten vgl. den Kommentar zu Art. 4 Abs. 1). Dagegen bestehen beim umgekehrten Vorgang, d.h. bei der Umwandlung einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft, keine entsprechenden Bedenken (vgl. dazu unten Abs. 2 und 3).

Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in einen Verein ist nicht vorgesehen. Es gelten die gleichen Gründe wie für die Unzulässigkeit der Absorptionsfusion einer Kapitalgesellschaft durch einen Verein (vgl. den Kommentar zu Art. 4 Abs. 1).

- Kollektivgesellschaften (*Abs. 2*).

Eine Kollektivgesellschaft kann sich in eine Kapitalgesellschaft oder in eine Genossenschaft umwandeln. Allerdings weist die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft, die keine Rechtspersönlichkeit hat, in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft eine Besonderheit auf: Es entsteht ein neues Rechtssubjekt.

Ferner darf sich eine Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umwandeln und umgekehrt (vgl. Abs. 3 Bst. c). Diese beiden Rechtsformen sind einander sehr ähnlich. Die Umwandlung zwischen den Rechtsformen der Kollektivgesellschaft und der Kommanditgesellschaft erfolgt entweder auf Grund einer Änderung im Gesellschafterbestand (Eintritt oder Austritt einer Kommanditärin oder eines Kommanditärs) oder durch einen Wechsel

des Gesellschafterstatuts (Erwerb der Stellung eines Kommanditärs durch einen bisher unbeschränkt haftenden Gesellschafter oder umgekehrt). Mit dem Eintritt einer Kommanditärin in eine Kollektivgesellschaft wird diese zu einer Kommanditgesellschaft. Wegen ihrer Besonderheiten untersteht die Umwandlung zwischen den Rechtsformen der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft ausschliesslich der Sonderregelung von Artikel 55.

– Kommanditgesellschaften (*Abs. 3*)

Die Umwandlungsmöglichkeiten für Kommanditgesellschaften stimmen mit denjenigen für Kollektivgesellschaften (*Abs. 2*) überein. Eine Kommanditgesellschaft kann sich in eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft oder in eine Kollektivgesellschaft umwandeln. Auf die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine Kollektivgesellschaft findet die Sonderregelung von Artikel 55 Anwendung.

– Genossenschaften (*Abs. 4*)

Eine Genossenschaft mit oder ohne Anteilscheine kann sich in eine Kapitalgesellschaft umwandeln, obwohl die strukturellen Unterschiede zwischen diesen beiden Rechtsformen beträchtlich sind. Die Möglichkeit der Umwandlung erlaubt einer Genossenschaft, deren Zweck nicht oder nicht mehr den Voraussetzungen von Artikel 828 Absatz 1 OR¹⁴⁰ entspricht, eine besser geeignete Rechtsform anzunehmen.

Eine Genossenschaft hat auch die Möglichkeit, sich in einen Verein umzuwandeln. Voraussetzung ist allerdings, dass sie über keine Anteilscheine verfügt, da es eine Beteiligung in dieser Form im Verein nicht gibt. Bestehen Anteilscheine, muss die Genossenschaft diese vor der Umwandlung in einen Verein im Verfahren nach Artikel 874 Absatz 2 OR aufheben.

– Vereine (*Abs. 5*)

Ein Verein kann sich in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft umwandeln. Allerdings muss er vorgängig ins Handelsregister eingetragen werden¹⁴¹. Trotz des bloss deklaratorischen Charakters der Eintragung des Vereins ins Handelsregister ist diese unerlässlich, damit bei Umwandlungen die erforderliche Transparenz und Rechtssicherheit garantiert werden kann. Der Handelsregistereintrag bietet Gewähr dafür, dass die Rechtspersönlichkeit gültig erworben worden ist. Die mit dem Eintrag verbundene Publizität ermöglicht zudem, die Personen sicher zu identifizieren, die mit der Verwaltung des Vereins betraut sind (Vorstandsmitglieder). Die Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister stellt kein Hindernis für die Umwandlung eines nicht eingetragenen Vereins in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft dar, da die Eintragung unmittelbar vor dem Vollzug der Umwandlung vorgenommen werden kann. In aller Regel betreiben Vereine, welche sich in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft umwandeln wollen, ohnehin ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe und

¹⁴⁰ Gemäss Art. 828 Abs. 1 OR muss der Zweck der Genossenschaft darin bestehen, bestimmte wirtschaftliche Interessen der Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe zu fördern oder zu sichern. Art. 92 Abs. 2 HRegV sieht vor, dass Genossenschaften auch einen gemeinnützigen Zweck verfolgen dürfen.

¹⁴¹ Art. 4 Abs. 4 enthält eine gleichlautende Vorschrift für die Fusion zwischen einem Verein und einer Gesellschaft mit anderer Rechtsform.

Gesellschafter müssen ihre Stellung als Mitglieder einer Gesellschaft beibehalten (mitgliedschaftliche Kontinuität)¹⁴⁵.

Nach *Absatz 1* müssen die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei der Umwandlung gewahrt bleiben. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter müssen demnach Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der neuen Gesellschaft erhalten, die ihrer bisherigen Beteiligung entsprechen, auch wenn sie nicht identisch sind. Entsprechende Vorschriften finden sich auch bei der Fusion (Art. 7) und der Spaltung (Art. 31).

Die Art der den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zugewiesenen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte richtet sich nach der neuen juristischen Form der Gesellschaft. Wird eine Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft umgewandelt (Art. 51 Abs. 4 Bst. a), so ist jeder Genossenschafterin und jedem Genossenschafter mindestens eine Aktie zuzuweisen. Die Aktie muss mit dem Genossenschaftskapital liberiert werden. Unzulässig wäre es, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern die Pflicht aufzuerlegen, die Aktien nach der Umwandlung selber zu liberieren. Zudem ist es nicht erlaubt, ihnen lediglich ein Bezugsrecht einzuräumen. Hat eine Genossenschaft Anteilscheine ausgegeben, so muss jede Genossenschafterin und jeder Genossenschafter zumindest einen Anteilschein übernehmen (Art. 853 Abs. 1 OR). Es ist aber möglich, dass nicht sämtliche Genossenschafterinnen und Genossenschafter über dieselbe Anzahl von Anteilscheinen verfügen (vgl. dazu Art. 853 Abs. 2 OR). Folglich kann bei einer Genossenschaft, die aus zehn Mitgliedern besteht, eine Genossenschafterin oder ein Genossenschafter Eigentümerin oder Eigentümer von 1000 Anteilscheinen sein, während den restlichen Genossenschafterinnen und Genossenschaftern jeweils nur 10 Anteilscheine gehören. Der Gesetzesentwurf verlangt nun, dass bei der Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft für jeden Anteilschein mindestens eine Aktie ausgegeben werden muss. Es ist deshalb möglich, dass sich das Stimmenverhältnis unter den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern auf Grund der Umwandlung massgeblich verändert. Diese Änderung ist aber der Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft immanent. Sie ist das Resultat zweier unterschiedlicher Stimmrechtssysteme: nämlich des im Genossenschaftsrecht verankerten Prinzips des Kopfstimmrechts (Art. 885 OR) und des im Aktienrecht vorgesehenen Grundsatzes, dass die Beteiligung am Aktienkapital für die Stimmkraft massgebend ist (Art. 692 OR). Unebenheiten können aber gemildert werden durch die Abgabe von Stimmrechtsaktien¹⁴⁶ oder durch eine statutarische Beschränkung der Stimmzahl der Besitzer mehrerer Aktien gemäss Artikel 692 Absatz 2 OR. Beizufügen bleibt, dass auch wenn sich das Stimmenverhältnis zwischen den Genossenschafterinnen und Genossenschaftern infolge der Umwandlung ändert, der Umwandlungsbeschluss selbst noch nach dem genossenschaftlichen Prinzip des Kopfstimmrechts gefasst wird.

Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Genossenschaft (Art. 54 Abs. 1 Bst. b) bringt es zwingend mit sich, dass auf Grund des in Absatz 1 verankerten Prinzips der mitgliedschaftlichen Kontinuität die Genossenschaft über Anteilscheine verfügen muss, die den Genossenschafterinnen und Genossenschaftern als Ersatz für die bisherigen Aktien in derselben Anzahl zuzuweisen sind. Allenfalls kann das

¹⁴⁵ Diese Bedingung ist bereits im geltenden Recht eine Grundvoraussetzung nicht nur für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, sondern für alle Formen der Umwandlung (vgl. dazu BGE 125 III 18 ff., insbesondere Erwägung 4a S. 24, Erwägung 4c S. 27).

¹⁴⁶ Der Nennwert der Stammaktien darf den zehnfachen Nennwert der Stimmrechtsaktien nicht übersteigen (Art. 693 OR).

Anteilscheinkapital nach erfolgter Umwandlung nach den Regeln des Genossenschaftsrechts herabgesetzt oder aufgehoben werden (s. Art. 874 Abs. 2 OR).

Auch wenn Absatz 1 die mitgliedschaftliche Kontinuität gewährleistet, so bedeutet dies nicht, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter vor Änderungen in ihren Rechten und Pflichten, die sich unvermeidlicherweise aus dem Rechtsformwechsel ergeben, geschützt sind. Wird eine Aktiengesellschaft in eine Genossenschaft umgewandelt, so wird den früheren Aktionärinnen und Aktionären neu eine Treuepflicht gemäss Artikel 866 OR auferlegt. Bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH besteht neu ein Konkurrenzverbot (Art. 818 OR). Solchen Veränderungen in der Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter wird bei der Festsetzung der Mehrheitserfordernisse für den Umwandlungsbeschluss Rechnung getragen (Art. 64).

Im Unterschied zu Fusion und Spaltung (Art. 7 Abs. 2 und Art. 31) sieht Artikel 56 die Möglichkeit einer Ausgleichszahlung nicht vor. Die Umwandlung betrifft lediglich eine einzige Gesellschaft, sodass die Wertquote der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte unverändert bleibt.

Absätze 2–5 stimmen inhaltlich mit Artikel 7 Absätze 3–6 überein, welche für die Fusion und (durch Verweis in Art. 31 Abs. 1) für die Spaltung zur Anwendung kommen. Sie regeln die Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ohne Anteilscheine sowie die Rechte der Inhaberinnen und Inhaber von Anteilen ohne Stimmrecht, von Sonderrechten und von Genussscheinen. Es kann auf den Kommentar zu Artikel 7 verwiesen werden.

Artikel 104 regelt den Rechtsschutz bei Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen über die Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte. Gesellschafterinnen und Gesellschafter, deren Rechte verletzt worden sind, können gestützt auf diese Bestimmung beim Gericht die Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung verlangen.

2.1.4.3

3. Abschnitt: Gründung und Zwischenbilanz

Artikel 57 Gründungsvorschriften

Die Umwandlung gemäss Artikel 53 bewirkt lediglich einen Wechsel in der Rechtsform und führt nicht zur Neugründung einer Gesellschaft. Trotzdem müssen die auf die neue Rechtsform anwendbaren spezifischen Gründungsvoraussetzungen eingehalten werden.

Artikel 57 sieht vor, dass unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen (vgl. dazu unten), die Regeln des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts über die Gründung von Gesellschaften auch bei der Umwandlung Anwendung finden¹⁴⁷. Damit wird gewährleistet, dass die Umwandlung nicht dazu verwendet wird, die spezifischen Gründungsvorschriften zu umgehen. Zu beachten sind insbesondere die Liberierungsvorschriften für das Gesellschaftskapital, die Regeln des Firmenrechts für die Bildung der Firma oder des Namens, die Bestimmungen über den Gesellschaftszweck und die Organisation der Gesellschaft sowie die Formvorschriften. So hat bei der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft das Kapital zwingend

¹⁴⁷ Ebenso Art. 10 zur Kombinationsfusion.

100 000 Franken zu betragen (Art. 621 OR). Ist das bisherige Stammkapital niedriger, so muss es die GmbH im Hinblick auf die Umwandlung entsprechend erhöhen. Zudem wird sie verpflichtet, eine Revisionsstelle zu wählen (Art. 727 ff. OR). Im Falle der Umwandlung einer Genossenschaft in einen Verein ist der wirtschaftliche Zweck der Genossenschaft (Art. 828 Abs. 1 OR) in einen ideellen umzuwandeln (Art. 60 Abs. 1 ZGB)¹⁴⁸. Nimmt eine Aktiengesellschaft die Rechtsform einer Genossenschaft an, so wird das bisher feste Aktienkapital variabel (Art. 828 Abs. 2 OR). Bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH müssen die Stammeinlagen mindestens zu 50 Prozent liberiert sein (Art. 774 Abs. 2 OR), während bei einer Aktiengesellschaft das Aktienkapital lediglich zu 20 Prozent liberiert sein muss (die Einlagen müssen allerdings gemäss Artikel 632 OR in jedem Fall zumindest 50 000 Franken betragen).

Eine Gesellschaft hat im Hinblick auf die Umwandlung ihrer Rechtsform ihre Statuten oder den Gesellschaftsvertrag in den Punkten anzupassen, die mit der neu gewählten Rechtsform nicht kompatibel sind. Aus Praktikabilitätsüberlegungen empfiehlt es sich, neue Statuten zu erstellen. Entsprechend der neuen Rechtsform sind auch weitere Formalitäten zu beachten wie die Ernennung der Organe. Alle notwendigen Änderungen können aber an derselben Generalversammlung genehmigt und zusammen mit dem Umwandlungsbeschluss zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden.

Obwohl grundsätzlich die Gründungsvorschriften der neuen Rechtsform zu beachten sind, besteht ein Vorbehalt für die Anzahl der Gründerinnen und Gründer bei den Kapitalgesellschaften: Eine Einpersonen-GmbH kann sich daher direkt in eine Einpersonen-Aktiengesellschaft umwandeln. Die für die Gründung vorgeschriebene Mindestzahl von drei Aktionärinnen und Aktionären (Art. 625 Abs. 1 OR) muss nicht beachtet werden. Dagegen ist die Mindestzahl von sieben Gründerinnen und Gründern (Art. 831 Abs. 1 OR) bei der Genossenschaft in jedem Fall zu respektieren. Die Genossenschaft gründet auf dem gesetzlichen Prinzip der gemeinsamen Selbsthilfe (Art. 828 Abs. 1 OR), was logischerweise den Zusammenschluss mehrerer Personen voraussetzt. Ein weiterer Vorbehalt besteht für die Bestimmungen über die Sacheinlagen: Die betreffenden Vorschriften kommen bei der Umwandlung nicht zur Anwendung, da die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Massnahmen (vor allem Art. 61 und 62) einen ausreichenden Schutz gewährleisten.

Indem der Gesetzesentwurf die Einhaltung der Gründungsvoraussetzungen verlangt, trägt er auch Artikel 13 der 2. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts¹⁴⁹ Rechnung. Gemäss dieser Bestimmung müssen die Regeln über die Gründung einer Aktiengesellschaft auch bei der Umwandlung einer Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft eingehalten werden.

¹⁴⁸ Die Rechtsprechung lässt es zu, dass ein Verein einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Allerdings ist in diesem Fall die gleichzeitige Führung eines kaufmännischen Gewerbes nicht zulässig (vgl. dazu BGE 90 II 333 ff.).

¹⁴⁹ 2. Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (77/91/EWG; ABl Nr. L 026 vom 30. Januar 1977, S. 1 ff.).

Artikel 58 Zwischenbilanz

Eine Umwandlung darf nur gestützt auf eine neuere Bilanz erfolgen¹⁵⁰. Liegt die letzte Bilanz bei der Erstattung des Umwandlungsberichts länger als sechs Monate zurück, so muss nach *Artikel 58* eine Zwischenbilanz erstellt werden. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der Gesellschaft eingetreten sind, unabhängig davon, ob seit dem Bilanzstichtag weniger als sechs Monate vergangen sind. Die Artikel 11 und 35 sehen die gleiche Regelung für die Fusion und die Spaltung vor. Für Einzelheiten kann auf den Kommentar zu diesen Bestimmungen verwiesen werden.

2.1.4.4

4. Abschnitt: Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht und Prüfung

Das Umwandlungsverfahren entspricht in weiten Teilen demjenigen bei der Fusion und der Spaltung. Es basiert auf einem Umwandlungsplan (Art. 59 und 60), einem Umwandlungsbericht (Art. 61) und einer Prüfung (Art. 62).

Artikel 59 Erstellung des Umwandlungsplans

Absatz 1 verpflichtet das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan, einen Umwandlungsplan zu erstellen. *Absatz 2* verlangt dafür die Schriftform. Artikel 60 umschreibt den Inhalt des Umwandlungsplans. Entsprechend Artikel 64 muss der Umwandlungsplan anschliessend der Generalversammlung beziehungsweise bei der Kommandit- und Kollektivgesellschaft den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zur Genehmigung vorgelegt werden. Wie bei der Fusion und der Spaltung (Art. 12 Abs. 2 bzw. Art. 36 Abs. 3) ist der Umwandlungsplan nicht verbindlich für die Gesellschaft, solange die Generalversammlung nicht zugestimmt hat.

Mit Rücksicht auf die Tragweite des Umwandlungsbeschlusses steht die Entscheidungskompetenz dem obersten Gesellschaftsorgan zu. Die Umwandlung kann die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter tiefgreifend verändern. Für Einzelheiten siehe den Kommentar zu den Artikeln 12 und 36, die für die Fusion bzw. die Spaltung eine entsprechende Regelung vorsehen.

Artikel 60 Inhalt des Umwandlungsplans

Der Umwandlungsplan muss die Gesellschaft, die ihre Rechtsform wechselt, genau bezeichnen (*Bst. a*). Anzugeben sind insbesondere die Firma oder der Name, der Sitz und die Rechtsform der Gesellschaft, und zwar sowohl für die bisherige wie für die neue Rechtsform. Zusätzlich sind die Statuten der neuen Gesellschaft aufzuführen (*Bst. b*), damit die Gesellschafterinnen und Gesellschafter sich über die rechtliche Ausgestaltung der Gesellschaft nach der Umwandlung informieren können. Der Umwandlungsplan muss schliesslich die Zahl, die Art und die Höhe der Anteilsrechte, welche den Anteilsinhaberinnen und -inhabern zugewiesen werden (d.h. das „Umtauschverhältnis“ der Anteile) angeben beziehungsweise den Inhalt der Mit-

¹⁵⁰ De lege lata hat das Bundesgericht betreffend die Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft die Praxis der Handelsregisterbehörden, wonach eine aktuelle Bilanz vorzulegen ist, bestätigt: BGE 125 III 18 ff., insb. E. 4d, S. 27.

gliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach der Umwandlung näher darlegen (*Bst. c*)

Artikel 61 Umwandlungsbericht

Nach dem Vorbild des Fusionsberichts (Art. 14) und des Spaltungsberichts (Art. 39) muss auch bei der Umwandlung ein Umwandlungsbericht erstellt werden, der den Rechtsformwechsel im Einzelnen erläutert. Der Umwandlungsbericht dient in erster Linie der Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, indirekt aber auch dem Schutz ihrer Interessen. Er präzisiert und erklärt insbesondere den Inhalt des Umwandlungsplans (Art. 60).

Gemäss *Absatz 1* obliegt die Pflicht zur Erstellung des Umwandlungsberichts dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft. Eine mündliche Berichterstattung vor der Generalversammlung genügt nicht. Vielmehr unterliegt der Umwandlungsbericht der Schriftform.

Absatz 2 dispensiert kleine und mittlere Unternehmen¹⁵¹ von der Pflicht, einen Umwandlungsbericht zu erstellen, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen. Ein Verzicht aller Beteiligten wird vorausgesetzt, weil die Umwandlung der Rechtsform mit sehr einschneidenden Folgen für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter verbunden sein kann und der Umwandlungsbericht für eine hinreichende Information der Betroffenen sowie für deren sachlich fundierte Willensbildung von grosser Bedeutung ist, so insbesondere für Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Die Umwandlung kann die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter grundlegend verändern, beispielsweise durch die Einführung neuer Rechte und Pflichten oder durch eine Neuverteilung der Stimmrechte. Solche Veränderungen sind im Umwandlungsbericht näher zu erläutern.

Der Umwandlungsbericht muss im Einzelnen folgende rechtliche und wirtschaftliche Aspekte erklären und begründen:

Absatz 3 Buchstabe a: Der Bericht muss in allgemeiner Weise das Ziel, das mit der Umwandlung angestrebt wird, sowie die Folgen der Umwandlung darlegen. Es geht in erster Linie darum, die Gesellschafterinnen und Gesellschafter über die Gründe der Umwandlung und die damit verbundenen Änderungen zu informieren.

Absatz 3 Buchstabe b: Von bestimmten Ausnahmen abgesehen (Sacheinlagen, Zahl der Gründerinnen und Gründer bei der Aktiengesellschaft und der GmbH), unterstellt Artikel 57 die Umwandlung den Vorschriften des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts über die Gründung von Gesellschaften mit der entsprechenden Rechtsform. Der Umwandlungsbericht muss deshalb bestätigen, dass diese Bestimmungen erfüllt sind.

Absatz 3 Buchstabe c: Die neuen Statuten der Gesellschaft sind integrierter Bestandteil des Umwandlungsplans (Art. 60 *Bst. b*). Damit sich die Gesellschafterinnen und Gesellschafter Rechenschaft über die Auswirkungen der Umwandlung geben können, muss der Umwandlungsbericht explizit und detailliert über die Statutenbestimmungen informieren, die in der Gesellschaft nach der Umwandlung gelten werden.

Absatz 3 Buchstabe d: In Übereinstimmung mit Artikel 60 Buchstabe c muss der Umwandlungsplan Angaben über die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte enthalten,

¹⁵¹ Zum Begriff „kleine und mittlere Unternehmen“ (KMU) s. Art. 2 *Bst. e*.

die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern nach der Umwandlung zustehen. Bei der Festsetzung des „Umtauschverhältnisses“ für die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter hat das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan den Vorgaben von Artikel 56 Rechnung zu tragen. Es muss deshalb im Umwandlungsbericht offen legen und näher begründen, wie und inwiefern die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach der Umwandlung erhalten bleibt. Auf Grund dieser Informationen sollen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter beurteilen können, ob ihre Rechtsstellung angemessen gewahrt ist. Ist dies nicht der Fall und haben sie dem Umwandlungsbeschluss nicht zugestimmt, so können sie gestützt auf Artikel 104 beim Gericht die Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung verlangen.

Absatz 3 Buchstabe e: Der Umwandlungsplan kann für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter die Einführung einer Nachschusspflicht, anderer persönlicher Leistungspflichten oder einer persönlichen Haftung vorsehen. So kann beispielsweise bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH in den Statuten eine Nachschusspflicht begründet werden (Art. 777 Ziff. 2 OR). Ähnliche Pflichten können auch bei der Genossenschaft statutarisch vorgeschrieben werden (vgl. Art. 869 OR zur persönlichen Haftung, Art. 871 OR zur Nachschusspflicht). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter müssen deshalb eingehend über solche neue Pflichten aufgeklärt werden, bevor sie dem Umwandlungsplan zustimmen.

Absatz 3 Buchstabe f: Es ist möglich, dass die Umwandlung zwar nicht umgehend neue Pflichten zur Folge hat; sie können jedoch der neuen Rechtsform inhärent sein, sodass später persönliche Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter eingeführt werden können, während dies in der bisherigen Rechtsform ausgeschlossen war. Damit die Gesellschafterinnen und Gesellschafter sich über Pflichten, welche ihnen infolge der Umwandlung später auferlegt werden könnten, Rechenschaft ablegen, muss der Umwandlungsbericht auch darüber informieren.

Artikel 62 Prüfung des Umwandlungsplans und des Umwandlungsberichts

Nach dieser Bestimmung muss die Gesellschaft die Unterlagen, die der Umwandlung zu Grunde liegen, durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor überprüfen lassen. Eine solche Vorschrift besteht auch bei der Fusion und der Spaltung (Art. 15 und 40).

Gestützt auf *Absatz 1* umfasst die Überprüfung den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht und die Bilanz. Das Ergebnis der Überprüfung muss in der Form eines schriftlichen Berichts den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zur Verfügung gestellt werden (Art. 63 Abs. 1 Bst. c). Die Revisorin oder der Revisor, die oder der mit der Überprüfung betraut wird, muss über besondere Qualifikationen verfügen (vgl. dazu Art. 727b OR und die Verordnung über die fachlichen Anforderungen an besonders befähigte Revisoren) und von der Gesellschaft, von den Mitgliedern ihrer Verwaltungsorgane sowie von Personen, die über eine Mehrheitsbeteiligung verfügen, unabhängig sein (vgl. Art. 727c OR per analogiam). Die Gesellschaft ist dazu verpflichtet, der Revisorin oder dem Revisor zu allen für die Prüfung notwendigen Informationen und Dokumenten Zugang zu geben (Abs. 3). Die Wahl der Revisorin oder des Revisors liegt in der Kompetenz des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans der Gesellschaft.

Gemäss *Absatz 2* können KMU (Art. 2 Bst. e) auf die Prüfung verzichten, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen¹⁵². Das Gleiche gilt bei der Fusion oder der Spaltung (Art. 15 Abs. 2 und 40). Da die Prüfung dem Schutz auch von Personen mit Minderheitsbeteiligungen dient, kann nur einstimmig darauf verzichtet werden.

Nach *Absatz 4* muss die Revisorin oder der Revisor überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Umwandlung erfüllt sind, insbesondere ob die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter auch nach erfolgter Umwandlung gewahrt bleibt. Es geht dabei in erster Linie um die in Artikel 56 vorgesehene Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und die in Artikel 57 enthaltenen Vorschriften in Bezug auf die Gründung der Gesellschaft.

Artikel 63 Einsichtsrecht

Diese Bestimmung entspricht den Artikeln 16 und 41 über die Fusion respektive die Spaltung. Die Dokumente, welche der Umwandlung zu Grunde liegen, müssen zur Einsicht aufgelegt werden, bevor die Generalversammlung oder die Gesellschafterinnen und Gesellschafter über die Umwandlung entscheiden (Art. 64).

Nach *Absatz 1* ist die Gesellschaft verpflichtet, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern am Sitz der Gesellschaft während 30 Tagen vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung Einsicht in folgende Unterlagen zu gewähren:

- den Umwandlungsplan (Art. 60);
- den Umwandlungsbericht (Art. 61);
- den Prüfungsbericht (Art. 62);
- die Jahresrechnung und die Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz.

Dank diesem Einsichtsrecht können sich die Gesellschafterinnen und Gesellschafter eine Meinung über die Umwandlung bilden, bevor sie einen Beschluss fassen (Art. 61). Das Einsichtsrecht ist von besonderer Bedeutung für Personen mit Minderheitsbeteiligungen. Diese müssen die wirtschaftliche und rechtliche Situation der Gesellschaft vor und nach der Umwandlung analysieren. Namentlich müssen sie prüfen können, ob ihre Rechte entsprechend Artikel 56 angemessenen gewahrt werden.

Wie bei der Fusion und der Spaltung (Art. 16 Abs. 2 und 41 Abs. 2) erlaubt *Absatz 2* den KMU, auf das Einsichtsverfahren zu verzichten, sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen.

Neben dem Einsichtsrecht haben die Gesellschafterinnen und Gesellschafter auch Anspruch auf unentgeltliche Kopien der Unterlagen (*Abs. 3*).

Absatz 4 verpflichtet die Gesellschaft, die Gesellschafterinnen und Gesellschafter in geeigneter Weise auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme aufmerksam zu machen.

¹⁵² Diese Erleichterung für KMU dürfte mit Art. 13 der 2. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (77/91/EWG; ABI Nr. L 026 vom 30. Januar 1977, S. 1 ff.) nicht in Einklang stehen. Gemäss dieser Bestimmung müssen im Falle der Umwandlung einer Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft mindestens dieselben Garantien bestehen, wie sie in Art. 2–12 derselben Richtlinie enthalten sind. Vgl. insbesondere die Anforderungen von Art. 10 der Richtlinie.

Diese Bestimmung entspricht Artikel 16 Absatz 4 bei der Fusion; es kann daher auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

2.1.4.5

5. Abschnitt: Umwandlungsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister

Artikel 64 Umwandlungsbeschluss

Nach den Artikeln 59 Absatz 2 und 64 unterbreitet das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan den Umwandlungsplan zur Beschlussfassung der Generalversammlung beziehungsweise bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern. Die Kompetenzzuweisung an das oberste Organ der Gesellschaft ist durch die Tragweite der Umwandlung gerechtfertigt. Sie verändert in grundlegender Weise die Struktur der Gesellschaft und die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter.

Die für den Umwandlungsbeschluss erforderlichen Mehrheiten stimmen mit denjenigen für die Fusion zwischen Gesellschaften verschiedener Rechtsform gemäss Artikel 18 überein; für alles Nähere kann daher auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

Artikel 65 Öffentliche Beurkundung

Nach dieser Bestimmung bedarf der Umwandlungsbeschluss der öffentlichen Beurkundung, damit die Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. Die öffentliche Beurkundung ist aber auch daher erforderlich, weil die Gesellschaft durch die Umwandlung eine Rechtsform annehmen kann, für die ein öffentlich beurkundeter Er richtungsakt vorangezeigt wird (vgl. Art. 57).

Artikel 66 Eintragung ins Handelsregister

Alle Gesellschaften, die sich gemäss Artikel 54 umwandeln können, unterliegen der Eintragungspflicht ins Handelsregister. Die Umwandlung bedingt deshalb stets eine Änderung des bisherigen Handelsregistereintrags. Die Eintragung der Umwandlung wird anschliessend im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (Art. 931 Abs. 1 OR).

Die Eintragung ist für die Rechtsgültigkeit der Umwandlung konstitutiv. Erst in diesem Zeitpunkt wird die Umwandlung gegenüber Drittpersonen rechtswirksam (Art. 67). Zum Umfang der Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden bei der Umwandlung siehe die Ausführungen zu Artikel 21.

Zur Anmeldung der Eintragung ins Handelsregister ist das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan befugt. Die Anmeldung erfolgt unmittelbar nach der Genehmigung der Umwandlung (d.h. nach dem Umwandlungsbeschluss gemäss Art. 64).

Im Gegensatz zum geltenden Recht erfordert die Umwandlung in der Form eines blossen Rechtskleidwechsels nur einen einzigen Handelsregistereintrag. Eingetragen wird die Änderung der Rechtsform sowie alle Modifikationen eingetragener Tatsachen, die infolge der Umwandlung anzupassen sind (Statutendatum, Gesellschaftszweck, Gesellschaftskapital, Bezeichnung der Organe, Firma usw.). Gemäss Arti-

kel 102 Buchstabe a regelt der Bundesrat die Einzelheiten in der Handelsregisterverordnung.

Artikel 67 Rechtswirksamkeit

Nach dieser Bestimmung ist die Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister konstitutiv. Mit der Eintragung wird die Umwandlung rechtswirksam. Für die Gesellschaft sind fortan die neuen Statuten und die Gesetzesvorschriften über die neue Rechtsform massgebend, so insbesondere auch für die Rechte und Pflichten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft. Diese erwerben die im Umwandlungsplan vorgesehenen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte (Art. 60 Bst. c). Im Unterschied zur Fusion und zur Spaltung hat die Eintragung im Handelsregister bei der Umwandlung keine Universalsukzession in das Gesellschaftsvermögen zur Folge, da kein Rechtsübergang stattfindet, sondern der bisherige Rechtsträger in neuem Rechtskleid fortbesteht (s. Art. 53).

2.1.4.6 6. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz

Artikel 68

Für die Gläubigerinnen und Gläubiger kommt es bei der Umwandlung zu keinem Schuldnerwechsel. Der bisherige Schuldner ändert lediglich seine Rechtsform. Die Umwandlung hat auch keinen Einfluss auf die Höhe des Gesellschaftsvermögens. Die Gefahr, dass die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger beeinträchtigt werden, ist deshalb bei der Umwandlung meist weniger gross als bei der Spaltung oder der Fusion.

Die Umwandlung einer überschuldeten oder einen Kapitalverlust aufweisenden Gesellschaft ist im Übrigen verboten. Die Gründungsvorschriften für die neu gewählte Rechtsform sind auch bei der Umwandlung anwendbar (Art. 57). Folglich ist es beispielsweise nicht möglich, einen überschuldeten Verein in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln, deren Aktienkapital nicht vollständig gedeckt wäre.

Obwohl die Umwandlung zu keinem Schuldnerwechsel führt, können die Rechte der Gläubigerinnen und Gläubiger der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen trotzdem beeinträchtigt werden, so wenn die Haftung für die Schulden der Gesellschaft durch den Wechsel der Rechtsform zum Nachteil der Gläubigerinnen und Gläubiger verändert wird. Wandelt sich eine Kollektivgesellschaft – bei der die Gesellschafterinnen und Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden subsidiär unbeschränkt haften (Art. 552 Abs. 1 und 568 OR) – in eine Aktiengesellschaft um, geht den Gläubigerinnen und Gläubigern diese unbeschränkte subsidiäre Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter verloren. Dasselbe gilt bei der Umwandlung einer Genossenschaft, bei der die Genossenschafterinnen und Genossenschafter persönlich für die Genossenschaftsschulden haften (Art. 833 Ziff. 5 und Art. 869 OR), in eine Aktiengesellschaft. Artikel 680 Absatz 1 OR verbietet ausdrücklich, den Aktionärinnen und Aktionären neben der Pflicht zur Liberierung der gezeichneten Aktien noch weitere Pflichten aufzuerlegen.

Für diese Fälle müssen deshalb Schutzmassnahmen zu Gunsten der Gläubigerinnen und Gläubiger vorgesehen werden. Nach Absatz 1 findet Artikel 26 über die Weiter-

dauer der persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter auch bei der Umwandlung Anwendung (für Einzelheiten, s. oben Kommentar zum Art. 26).

Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind die Schutzbedürfnisse bei der Umwandlung ebenfalls weniger bedeutend als bei anderen Umstrukturierungen: Da keine Vermögensübertragung stattfindet, erübrigen sich Vorschriften über den Übergang der Arbeitsverhältnisse sowie über die Sicherstellung von Forderungen aus einem Arbeitsvertrag. Lediglich der Fortbestand einer allfälligen persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft aus dem Arbeitsverhältnis ist zu gewährleisten. Absatz 2 verweist deshalb auf Artikel 27 Absatz 3 betreffend die Fusion.

2.1.5 5. Kapitel: Vermögensübertragung

2.1.5.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Artikel 69

Die Vermögensübertragung ist ein neues Rechtsinstitut. Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen können ihr Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen (Abs. 1), wobei die Übertragung – wie bei der Spaltung und der Fusion – in einem Akt (uno actu) mit Aktiven und Passiven erfolgt; die Gesamtheit der im Übertragungsvertrag beschriebenen Vermögenswerte wird übertragen, ohne dass die für die Einzelübertragung dieser Werte geltenden Formvorschriften eingehalten werden müssen. Für die Vermögensübertragung kann dem übertragenden Rechtsträger eine Gegenleistung gewährt werden. Eine solche ist jedoch kein notwendiges Begriffselement der Vermögensübertragung. In jedem Fall müssen aber die Vorschriften über den Schutz des Gesellschaftskapitals und die Liquidation eingehalten werden (Abs. 2).

Laut *Absatz 1* können sowohl Gesellschaften im Sinn von Artikel 2 Buchstabe b als auch Einzelunternehmen eine Vermögensübertragung durchführen. Die übertragende Gesellschaft oder die übertragende Einzelunternehmen muss jedoch im Handelsregister eingetragen sein. Bei den Einzelunternehmen handelt es sich um nach Artikel 934 OR im Handelsregister eingetragene natürliche Personen, die ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben. Es muss zwingend vorausgesetzt werden, dass der übertragende Rechtsträger im Handelsregister eingetragen ist, da die Vermögensübertragung erlaubt, auf die Beachtung anderweitiger Formvorschriften für den Übergang der erfassten Rechte zu verzichten. Ein Verzicht auf die gesetzlichen Formvorschriften der Singularsukzession, so insbesondere auf die Eintragung ins Grundbuch, ist jedoch nur möglich, wenn durch die Eintragung ins Handelsregister die erforderliche Publizität des Eigentumsübergangs sichergestellt wird (s. dazu den ausführlichen Kommentar zu Art. 73). Entsprechend muss die Rechtswirksamkeit des Rechtsübergangs auf den Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister festgesetzt werden (s. Art. 73).

Die Vermögensübertragung von Rechtsträgern des öffentlichen Rechts (sowohl als übertragende als auch als übernehmende Rechtsträger) richtet sich nach Artikel 99 Absatz 2: Im Handelsregister eingetragene Institute des öffentlichen Rechts können ihr Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger übertragen, unabhängig da-

von, ob diese dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehören. Umgekehrt können auch im Handelsregister eingetragene Rechtsträger des Privatrechts ihr Vermögen oder Teile davon auf Institute des öffentlichen Rechts übertragen. Nach Artikel 100 Absatz 1 finden auf die Vermögensübertragung unter Beteiligung eines Rechtsträgers des öffentlichen Rechts die Vorschriften der Artikel 69 ff. sinngemäss Anwendung.

Stiftungen und Vorsorgeeinrichtungen können ebenfalls eine Vermögensübertragung durchführen; diese richtet sich nach den Artikeln 86 f. und 98.

Eine Übersicht über die Möglichkeiten der Vermögensübertragung findet sich unter Ziffer 7.3.5.

Die übertragenen Vermögenswerte sind in einem Inventar aufzuführen (Art. 71 Abs. 1 Bst. b). Gegenstand einer Vermögensübertragung können jegliche übertragbaren Aktiven und Passiven sein; auch ein einziges Recht genügt dazu formell. Nach Artikel 71 Absatz 2 ist die Vermögensübertragung jedoch nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist; der gesamte Wert der Aktiven muss also den Wert des Fremdkapitals übersteigen. In Abweichung von Artikel 181 OR wurde die Unterscheidung zwischen Vermögen und Geschäft nicht übernommen. Absatz 1 erwähnt nur den Begriff des Vermögens, denn dieser ist weiter als jener des Geschäfts.

Die Vermögensübertragung im Sinn von Kapitel 5 und die Spaltung im Sinn von Kapitel 3 – Aufspaltung oder Abspaltung – weisen gewisse Ähnlichkeiten auf. Um jede Verwechslung zwischen diesen zwei Rechtsinstituten zu vermeiden, präzisiert der zweite Satz von Absatz 1, dass nur eine Spaltung, nicht aber eine Vermögensübertragung zulässig ist, falls die Beteiligten der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Bei der Vermögensübertragung bleiben die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in der übertragenden Gesellschaft unberührt; eine mögliche Gegenleistung für die Übertragung fällt der übertragenden Gesellschaft zu. Die Bestimmungen über die Spaltung und die Vermögensübertragung finden immer ausschliesslich und nie kumulativ Anwendung.

Die Erleichterung der Übertragung einer grossen Zahl von Vermögenswerten in einem Akt durch den Übertragungsvertrag muss durch bestimmte Schutzmassnahmen ergänzt werden, dies vor allem zur Wahrung der Rechte und der Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Zu den erforderlichen Schutzmassnahmen gehört die Einhaltung der gesetzlichen und der statutarischen Bestimmungen zum Kapitalchutz und zur Liquidation der Gesellschaft; es versteht sich von selbst, dass diese Bestimmungen stets zu beachten sind. Um zu verhindern, dass diese Vorschriften mit einer Vermögensübertragung umgangen werden, ist deren Einhaltung gemäss *Absatz 2* Voraussetzung der Vermögensübertragung. Der gesetzliche Vorbehalt verbietet der Gesellschaft, Einlagen zurückzuerstatten, zumindest soweit es sich um gebundene Mittel handelt (Art. 680 Abs. 2 OR); er erfasst aber auch die gesamten Bestimmungen zur Liquidation (Art. 739 ff. OR), so insbesondere die Vorschriften zum Gläubigerschutz (Schuldenruf nach Art. 742 Abs. 2 OR). Der Einschluss statutarischer Bestimmungen betrifft die Fälle, in denen die Statuten der Gesellschaft Vorschriften zum Kapitalchutz oder zur Liquidation enthalten, die weiter gehen als die gesetzliche Regelung (z.B. in Bezug auf die Verwendung des freien Gesell-

schaftsvermögens, die Verwendung des Liquidationsgewinns oder die Anforderungen an einen Auflösungsbeschluss).

Der Vorbehalt der Bestimmungen zum Kapitalschutz und zur Liquidation der Gesellschaft hängt unter anderem zusammen mit der Angemessenheit der Gegenleistung für die Vermögensübertragung. Wie bereits erwähnt, setzt die Vermögensübertragung zwar nicht zwingend voraus, dass dafür eine Gegenleistung ausgerichtet wird. Wird indessen auf eine Gegenleistung verzichtet oder eine Gegenleistung vereinbart, deren Wert unter jenem des übertragenen Vermögens liegt, kann dies (je nach den Umständen) eine Verletzung der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen über die Erhaltung des Kapitals und die Liquidation der Gesellschaft darstellen; strafrechtlich betrachtet kann sogar der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt sein (s. Art. 158 StGB). Absatz 2 will verhindern, dass das Vermögen der Gesellschaft durch eine Vermögensübertragung in unzulässiger Weise verringert wird und die Rechte der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter verletzt werden.

Kommt die Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft einer Liquidationshandlung gleich, setzt die Vermögensübertragung voraus, dass ein rechtskräftiger Auflösungsbeschluss vorliegt. Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn der übernehmende Rechtsträger keine Gegenleistung erbringt, die dem Wert des übertragenen Vermögens entspricht. Die vorgängige Auflösung einer Gesellschaft kann weiter insbesondere auch dann erforderlich sein, wenn die Vermögensübertragung funktional als Ersatz für eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung dient (dies unbeachtet der Tatsache, ob eine entsprechende Fusion, Spaltung oder Umwandlung vom Fusionsgesetz vorgesehen wird oder nicht). Will beispielsweise eine Genossenschaft ihr gesamtes Vermögen auf eine Stiftung übertragen, um ein Ergebnis zu erzielen, das wirtschaftlich betrachtet der Umwandlung in eine Stiftung gleichkommt, ist vorerst die Genossenschaft als Gesellschaft aufzulösen. Im Rahmen der Liquidation kann ihr gesamtes Vermögen sodann mittels einer Vermögensübertragung auf die Stiftung übertragen werden.

2.1.5.2 2. Abschnitt: Übertragungsvertrag

Artikel 70 Abschluss des Übertragungsvertrags

Die Vermögensübertragung beruht immer auf einem Vertrag. Nach *Absatz 1* muss dieser von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen¹⁵³ der an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden. Diese Regelung der Zuständigkeit entspricht derjenigen für den Fusions- und den Spaltungsvertrag (Art. 12 und 34).

Die Befugnis der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane schliesst eine allfällige Intervention oder Beteiligung der Generalversammlung nicht aus. Wenn im Hinblick auf eine Vermögensübertragung eine Änderung der Statuten oder des Gesellschaftsvertrags erforderlich ist, ist dazu die Generalversammlung zuständig, so etwa wenn eine Betriebsgesellschaft in eine Holdinggesellschaft umgewandelt wird (Änderung des statutarischen Gesellschaftszwecks). Ein Generalversammlungsbeschluss ist

¹⁵³ Zu diesem Begriff s. Kommentar zu Art. 12. Bei der Einzelfirma steht diese Kompetenz selbstverständlich dem Inhaber zu.

ebenfalls notwendig, wenn die Vermögensübertragung einer Liquidationshandlung gleichkommt (s. Kommentar zu Art. 69).

Die Regelung der Zuständigkeit zum Abschluss des Übertragungsvertrags bewirkt in keinem Fall eine Änderung der allgemeinen gesetzlichen und statutarischen Ordnung der Zuständigkeit in Gesellschaften. Die Vertretungsmacht der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans ist stets beschränkt durch den Rahmen des (weit verstandenen) Gesellschaftszwecks¹⁵⁴. Die Veräusserung des gesamten Betriebs mit allen Aktiven der Gesellschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts indessen nicht mehr innerhalb des Rahmens der durch den Gesellschaftszweck gedeckten Rechtshandlungen; dem Verwaltungsrat ist es grundsätzlich verwehrt, in eigener Kompetenz das ganze Unternehmen zu veräussern¹⁵⁵. Entsprechendes gilt uneingeschränkt und in gleicher Weise für die Vermögensübertragung: Auch eine Vermögensübertragung muss sich grundsätzlich auf den Gesellschaftszweck abstützen und sich mit diesem vereinbaren lassen.

Absatz 2 verlangt für den Übertragungsvertrag die Schriftform. Diese Bestimmung ist grundsätzlich selbst dann massgebend, wenn Grundstücke übertragen werden. Für die Anmeldung beim Grundbuchamt ist jedoch zusätzlich eine öffentliche Feststellungsurkunde über den Eigentumsübergang erforderlich (Art. 103). Dabei genügt jedoch eine einzige öffentliche Urkunde, auch wenn sich die übertragenen Grundstücke in verschiedenen Kantonen befinden.

Artikel 71 Inhalt des Übertragungsvertrags

Absatz 1 nennt die wesentlichen Bestandteile, die der Übertragungsvertrag mindestens enthalten muss. Die Parteien des Übertragungsvertrags können dessen Abschluss aber auch von der Einigung in anderen Fragen abhängig machen (subjektiv wesentliche Punkte). Im Einzelnen enthält der Vertrag mindestens die folgenden Bestandteile:

Absatz 1 Buchstabe a: Der Vertrag muss die Identifizierung der Parteien erlauben und demnach deren Firma oder deren Namen, deren Sitz und deren Rechtsform aufführen.

Absatz 1 Buchstabe b: Wie bei der Spaltung (Art. 37 Bst. b) muss ein Inventar der übertragenen Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens aufgenommen werden. Das Inventar bildet die Grundlage der Vermögensübertragung und bestimmt deren Umfang. Damit die Rechtssicherheit gewährleistet werden kann, müssen die zu übertragenden Vermögenswerte im Inventar hinreichend klar umschrieben werden; Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuführen. Der Begriff der immateriellen Werte umfasst Güter wie immaterielle Rechte, Know-how und Goodwill, deren Bewertung oft problematisch ist; mit der Aufzählung wird aber die Transparenz gewährleistet. Das Erfordernis einer eindeutigen Bezeichnung ist unverzichtbar, da eine zu vage Umschreibung des übertragenen Vermögens eine ständige Unsicherheit über das Eigentum und die Rechtszuständigkeit zur Folge hätte, was nicht nur für die Vertragsparteien, sondern auch für Dritte, insbesondere Gläubigerinnen und Gläubiger, problematisch wäre und die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährden könnte. Die Anforderungen an die eindeutige Bezeichnung las-

¹⁵⁴ S. Arthur Meier-Hayoz / Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 9 N. 71 f.

¹⁵⁵ So BGE 116 II 323.

sen sich generell-abstrakt nicht genauer umschreiben, sondern sie hängen stark von der Art der Vermögenswerte und der Zusammensetzung des zu übertragenden Vermögensteils ab; erforderlich ist, dass die Umschreibung im Übertragungsvertrag hinreichend konkret erfolgt, dass im konkreten Fall keine Zweifel über die Zuordnung von Vermögenswerten entstehen können.

Absatz 1 Buchstabe c: Der Vertrag muss den gesamten Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven angeben. Der Unterschied zwischen diesen beiden Beträgen muss nach Absatz 2 einen positiven Saldo ausweisen. Es ist also nicht nötig, den Wert jedes übertragenen Vermögenswerts einzeln anzugeben.

Absatz 1 Buchstabe d: Die Übertragung kann unentgeltlich oder gegen eine Gegenleistung des übernehmenden Rechtsträgers erfolgen. Wird eine Gegenleistung vereinbart, so ist diese ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags; aber auch wenn keine Gegenleistung ausgerichtet wird, ist dies im Vertrag anzugeben. In Bezug auf die Natur der Gegenleistung bestehen keine Einschränkungen mit der Ausnahme, dass die Gegenleistung nicht in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Gesellschaft bestehen darf, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zugeteilt werden (s. Art. 69; diesfalls ist eine Spaltung vorzunehmen). Die Gegenleistung kann sowohl in Geld als auch in einer Naturalleistung bestehen.

Absatz 1 Buchstabe e: Die Übertragung des Vermögens oder von Teilen davon kann den Übergang von Arbeitsverhältnissen einschliessen, wobei gemäss Artikel 76 Absatz 1 Artikel 333 OR anwendbar ist. Wie bei der Spaltung (Art. 37 Bst. i) muss der Vertrag eine Liste der übertragenen Arbeitsverhältnisse enthalten.

Die Vermögensübertragung birgt trotz der solidarischen Haftung (Art. 75) ein erhebliches Risiko für die Gläubigerinnen und Gläubiger. *Absatz 2* unterstellt daher die Zulässigkeit der Vermögensübertragung der Voraussetzung, dass diese auf Grund des Inventars (Abs. 1 Bst. b und c) einen Aktivenüberschuss ausweist. Weiter bleiben selbstverständlich die Artikel 285 ff. SchKG für den Fall vorbehalten, dass die Vermögensübertragung dazu verwendet wird, Güter einer Zwangsvollstreckung zu entziehen.

Artikel 72 Nicht zugeordnete Gegenstände des Aktivvermögens

Um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, ist es unerlässlich, die Berechtigung an Gegenständen des Aktivvermögens, die sich auf Grund des Inventars nicht zuordnen lassen, zu regeln. Da der übertragende Rechtsträger bei der Vermögensübertragung fortbesteht, wird vorgesehen, dass die Gegenstände, deren Zuordnung fraglich ist, im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers verbleiben. Die gleiche Regelung findet für Forderungen und immaterielle Rechte Anwendung. Diese Lösung entspricht derjenigen der Abspaltung (Art. 38 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2).

Artikel 73

Das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung erlaubt, eine Gesamtheit von Aktiven und Passiven zu übertragen, ohne dass die üblichen Formvorschriften für die Übertragung der betreffenden Vermögenswerte beachtet werden müssen; insbesondere sind keine konstitutiven Eintragungen im Grundbuch erforderlich und die Indossierung von Ordrepapieren sowie die Zession von Forderungen kann unterbleiben. Ein Verzicht auf diese Formvorschriften setzt jedoch zwingend voraus, dass die notwendige Publizität des Rechtsübergangs in anderer Weise gewährleistet wird, da beispielsweise das Grundbuch nach einer Vermögensübertragung während einer beschränkten Frist (s. Art. 103) eine nicht zutreffende Rechtslage wiedergibt. Die Eintragung der Vermögensübertragung ins Handelsregister ist daher unabdingbar. Ein Eintrag im Grundbuch kann erforderlichenfalls durch eine Einsichtnahme in das Handelsregister und in die Handelsregisterbelege jederzeit und einfach überprüft werden. Auf Grund der Eintragung kann zudem der Zeitpunkt der Vermögensübertragung – in einer für Dritte erkennbaren Weise – eindeutig bestimmt werden. Wie die anderen Rechtsinstitute des Entwurfs muss daher auch die Vermögensübertragung ins Handelsregister eingetragen werden (Abs. 1). Dies rechtfertigt sich sachlich ebenfalls dadurch, dass mit einer Vermögensübertragung – je nach deren konkreten Verwendung – vermögensrechtlich ein gleiches Ergebnis erzielt werden kann wie mit einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung (s. dazu vorne Ziff. 132.44). Die Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung ist nach dem Gesagten auf den Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister festzusetzen (Abs. 2).

Nach *Absatz 1* muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträgers die Vermögensübertragung beim Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden. Wenn die Eintragung erfolgt ist, wird sie gemäss Artikel 931 Absatz 1 OR im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) bekannt gemacht. Die Veröffentlichung bezieht sich bloss auf die Tatsache einer Vermögensübertragung; sie führt die übertragenen Vermögenswerte nicht einzeln auf. Mittel der Publizität des Eigentumsübergangs sind der Eintrag im Tagebuch und im Hauptregister (Art. 11 HRegV), die Veröffentlichung im SHAB (Art. 931 OR) sowie die Belege der Eintragung, die Dritten zur Einsichtnahme offen stehen (Art. 930 OR). Die Publikation im SHAB hat die allgemeine Vermutung der Kenntnis der Eintragung zur Folge (die eingetragenen Tatsachen können Dritten nach Art. 933 OR entgegengehalten werden). Die Kenntnisvermutung betrifft jedoch nur die Tatsache einer Vermögensübertragung als solche, nicht aber die Übertragung der einzelnen Vermögenswerte, da diese nicht publiziert werden. Es liegt im Interesse aller, einschliesslich der Vertragsparteien, die Vermögensübertragung den Wirkungen der Eintragung ins Handelsregister zu unterstellen.

Absatz 2 räumt dem Eintrag ins Handelsregister konstitutive Wirkung ein. Die Gesamtheit der im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven geht zum Zeitpunkt der Eintragung auf den übernehmenden Rechtsträger über¹⁵⁶. Diese Gesamtübertragung des Vermögens oder eines Vermögensteils bildet den Kerngehalt des neuen Rechtsinstituts und unterscheidet dieses in seiner Funktionalität vom geltenden Artikel 181

¹⁵⁶ Zum genauen Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit s. Kommentar zu Art. 22.

OR. Wie die Spaltung ist auch die Vermögensübertragung genau besehen kein Fall der Universalsukzession im eigentlichen Sinne – dies im Unterschied zur Fusion (Art. 22) und zum Erbgang (Art. 560 ZGB). Übertragen werden nur die in einem Inventar aufgeführten Vermögenswerte, wobei der bisherige Rechtsträger fortbesteht. Es handelt sich demnach um eine Art „partielle Universalsukzession“. Inhaltlich weniger widersprüchlich erscheint die Bezeichnung als „Übertragung gemäss Inventar“.

Betreffend die Rechtswirksamkeit wird nach *Absatz 2* Artikel 34 KG vorbehalten. Nach dieser Bestimmung bleibt die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Unternehmenszusammenschlusses aufgeschoben, der einer kartellrechtlichen Prüfung unterliegt; diese Regelung kann je nach den Umständen auch Vermögensübertragungen erfassen.

2.1.5.4

4. Abschnitt: Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter

Artikel 74

Überträgt eine Gesellschaft einen erheblichen Teil ihres Vermögens, so haben die Gesellschafterinnen und Gesellschafter ohne Zweifel ein legitimes Bedürfnis, über die Vermögensübertragung und deren Bedingungen informiert zu werden. Die Erforderlichkeit einer entsprechenden Information wurde in der Vernehmlassung betreffend die Ausgliederung (Art. 39 Bst. c VE FusG), die im Entwurf durch die Vermögensübertragung ersetzt wird, nicht bestritten.

Nach *Absatz 1* muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der übertragenden Gesellschaft die Gesellschafterinnen und Gesellschafter über eine Vermögensübertragung informieren. Nach *Absatz 3* besteht diese Informationspflicht jedoch nur dann, wenn der Wert der übertragenen Aktiven mehr als 5 Prozent der Bilanzsumme ausmacht. Berechnungsgrundlage bildet dabei die letzte von der Gesellschaft erstellte und gegebenenfalls von der Generalversammlung genehmigte Bilanz. Der Begriff der Bilanzsumme umfasst die Gesamtheit des Umlaufs- und des Anlagevermögens; ein allfälliger Bilanzverlust ist nicht einzubeziehen. Im Sinne der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit wird die für die Informationspflicht massgebende Grenze nicht durch einen unbestimmten Begriff (wie: „ein erheblicher Teil des Vermögens“), sondern durch einen Prozentsatz der Bilanzsumme festgelegt.

Die Information erfolgt im Anhang zur Jahresrechnung (Art. 663b OR), so zumindest bei Gesellschaften, die eine Jahresrechnung erstellen müssen. Ist keine Jahresrechnung zu erstellen, so muss an der nächsten Generalversammlung über die Vermögensübertragung informiert werden. Bei der Einberufung zur Generalversammlung ist eine entsprechende Information zu traktandieren.

Eine minimale Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter erscheint schon daher erforderlich, weil mit einer Vermögensübertragung – je nach deren konkreter Verwendung – vermögensrechtlich ein gleiches Ergebnis erzielt werden kann wie mit einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung (s. dazu vorne Ziff. 1.3.2.4.4). Da die mitgliedschaftlichen Rechte aber nicht berührt werden, kann die Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter erst nach der Durchführung der Vermögensübertragung stattfinden. Der Entwurf verzichtet daher darauf,

einen besonderen Bericht des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und ein besonderes Einsichtsrecht vorzusehen, wie dies bei der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung gegeben ist (vgl. Art. 14, 16, 39, 41, 61 und 63).

Wird die vorgesehene Informationspflicht missachtet, so können die Aktionärinnen und Aktionäre die Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR) verlangen. Die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans sind für einen aus der mangelnden Information entstehenden Schaden verantwortlich.

Absatz 2 schreibt vor, was die Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter sachlich umfassen muss. Die vorgesehene Regelung lehnt sich an die Bestimmungen zum Fusions- und Spaltungsbericht an (Art. 14 und 39). Der Zweck und die Folgen der Vermögensübertragung sind rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen (Bst. a). Dasselbe gilt für den Inhalt des Übertragungsvertrags (Bst. b) und für die Gegenleistung (Bst. c), wobei gegebenenfalls auch zu begründen ist, warum auf eine Gegenleistung verzichtet wurde. Die Folgen der Vermögensübertragung für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie der Inhalt eines allfälligen Sozialplans müssen ebenfalls erläutert werden (Bst. d).

Mit der Einführung einer Informationspflicht bei Vermögensübertragungen wird ferner auch den Richtlinien zur „Corporate Governance“ der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) Rechnung getragen. Die Richtlinien empfehlen Transparenz bei Übertragungsverfahren von wichtigen Teilen des Vermögens einer Gesellschaft sowie eine angemessene Information der Aktionärinnen und Aktionäre zum Zweck der Wahrung ihrer Rechte¹⁵⁷.

2.1.5.5 5. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz

Artikel 75 Solidarische Haftung

Mit einer Vermögensübertragung können Rechtsträger eine Vielzahl von Aktiven, aber auch Passiven übertragen. Obwohl das übertragene Vermögen oder Teilvermögen nach Artikel 71 Absatz 2 stets einen Aktivenüberschuss ausweisen muss, ist es möglich, dass die Gläubiger durch eine Vermögensübertragung benachteiligt werden, so zum Beispiel wenn der übernehmende Rechtsträger weniger solvent oder überschuldet ist.

Zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, deren Forderungen übertragen werden, übernehmen die *Absätze 1 und 2* im Grundsatz die Regelung der solidarischen Haftung von Artikel 181 Absatz 2 OR. Modifiziert wird jedoch deren Dauer, die von zwei auf drei Jahre angehoben wird¹⁵⁸. Die bisherigen Schuldner haften für die übertragenen Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner.

¹⁵⁷ S. Richtlinien der OECD bezüglich „Corporate Governance“ SG/CG(99)5 vom 29. April 1999. Ziff. I.E.1. verlangt klar umschriebene Regelungen und Verfahren für den Erwerb einer Kontrollbeteiligung über den Finanzmarkt sowie für ausserordentliche Vorgänge wie Fusionen und Übertragungen wichtiger Teile des Vermögens einer Gesellschaft, wobei diese Vorgänge soweit offen zu legen sind, dass die Anlegerinnen und Anleger Kenntnis von ihren Rechten und Beschwerdemöglichkeiten erhalten. Die Transaktionen sollen hinsichtlich des Preises transparent sein und unter fairen Bedingungen stattfinden, damit die Rechte aller Aktionärinnen und Aktionäre, gleich welcher Kategorie, gewahrt werden.

¹⁵⁸ Art. 181 Abs. 2 OR ist entsprechend anzupassen; vgl. Kommentar zu dieser Bestimmung.

Diese Frist beginnt mit der Veröffentlichung der Vermögensübertragung beziehungsweise für die später fällig werdenden Forderungen mit deren Fälligkeit. Die solidarische Haftung nach Artikel 75 stellt einen Fall der echten Solidarität im Sinne von Artikel 143 ff. OR dar: Sowohl der übertragende als auch der übernehmende Rechtsträger haftet für die Erfüllung der ganzen Schuld. Die Zahlung des einen Solidarschuldners befreit den andern.

Nach *Absatz 3* müssen die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger die Forderungen in zwei besonderen Fällen sicherstellen:

- wenn die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt (so insbesondere nach dem Konkurs eines an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträgers);
- oder wenn die Gläubigerinnen und Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.

In diesen beiden Fällen erfolgt die Sicherstellung erst nachträglich.

Anstatt eine Sicherheit zu leisten, können die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger nach *Absatz 4* die Forderungen erfüllen, sofern die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger dadurch nicht geschädigt werden. Voraussetzung für eine vorzeitige Erfüllung ist zudem, dass diese nicht auf Grund des Inhalts, der Umstände oder der Natur des Vertrages als ausgeschlossen gelten muss (Art. 81 OR).

Artikel 76 Übergang der Arbeitsverhältnisse und solidarische Haftung

Die Übertragung eines Vermögens oder eines Vermögensteils kann wie die Fusion und die Spaltung den Übergang von Arbeitsverhältnissen auf den übernehmenden Rechtsträger zur Folge haben. Ist dies der Fall, so findet nach *Absatz 1* für den Übergang der Arbeitsverhältnisse Artikel 333 OR Anwendung. Gemäss dieser Vorschrift geht das Arbeitsverhältnis mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten auf den Erwerber des Vermögens über, sofern die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (wie bei der Fusion und Spaltung; s. Art. 27 und 49).

Zum Schutz der Ansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, insbesondere der Lohnforderungen, verweist *Absatz 2* auf Artikel 75. Laut dieser Bestimmung haften die bisherigen Schuldner für die Schulden während dreier Jahre solidarisch. Wenn diese solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt oder wenn sie keinen ausreichenden Schutz bietet, kann Sicherstellung verlangt werden. Die solidarische Haftung und das Recht auf Sicherstellung erfassen alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis endet oder, bei Ablehnung des Übergangs, von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer beendet wird. Die Schutzmassnahmen beziehen sich demzufolge zeitlich beschränkt auch auf Lohnforderungen, die aus der Zeit nach der Vermögensübertragung stammen.

Artikel 77 Konsultation der Arbeitnehmervertretung

Nach *Absatz 1* findet bei Vermögensübertragungen Artikel 333a OR zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung Anwendung. Der übertragende Rechtsträger hat demnach rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über die

Gründe sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Vorhabens zu informieren.

Die Konsultationspflicht gilt nicht nur für den übertragenden, sondern auch für den übernehmenden Rechtsträger. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers können gleichermaßen von den Folgen einer Vermögensübertragung betroffen sein. Der Entwurf sieht daher für beide an einer Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger dieselbe Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung vor.

Zu *Absatz 2* und *Absatz 3* kann auf den Kommentar zu Artikel 28 Absatz 3 und Absatz 4 verwiesen werden.

2.1.6 6. Kapitel: Fusion und Vermögensübertragung von Stiftungen

Stiftungen sind Rechtsträger im Sinn von Artikel 2 Buchstabe a; sie unterscheiden sich aber in struktureller Hinsicht stark von den Gesellschaften. Diese werden als Personenvereinigungen auf vertragliche Grundlage zur Verfolgung eines gemeinsamen Ziels definiert werden. Im Gegensatz dazu sind Stiftungen Anstalten im Sinn von Artikel 52 ZGB, das heisst zweckgewidmete Vermögen. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten sind demnach bei der Rechtsform der Stiftung inexistent; zu wahren sind hingegen die Interessen der Destinatäre. Auf Grund dieser strukturellen Verschiedenheit zwischen Gesellschaften und Stiftungen ergeben sich auch in der Regelung der Rechtsinstitute des Fusionsgesetzes Unterschiede; die Vorschriften für die Stiftungen werden daher in einem besonderen Kapitel des Entwurfs zusammengefasst.

Kapitel 6 regelt die Fusion zwischen Stiftungen und deren Beteiligung an einer Vermögensübertragung. Die zulässigen Vorgänge können bei Stiftungen auf diese zwei Rechtsinstitute beschränkt werden. Da eine Stiftung keine Mitglieder hat, ist das Rechtsinstitut der Spaltung nicht sinnvoll; sie wird sachrichtigerweise durch die Vermögensübertragung ersetzt. Als Anstalt ist die Stiftung weiter in ihren Grundstrukturen inkompatibel mit denjenigen der Gesellschaften (vgl. Kommentar zu Art. 4). Deshalb ist die direkte Umwandlung einer Stiftung in eine Gesellschaft ausgeschlossen. Das Fehlen von Vorschriften zur Umwandlung von Stiftungen wird dadurch ausgeglichen, dass die Vermögensübertragung wirtschaftlich weitgehend zum selben Ziel führen kann wie eine Umwandlung.

Für die Fusion und die Vermögensübertragung von Personalfürsorgestiftungen, die der Aufsicht nach Artikel 61 ff. BVG unterstehen, gelten die besonderen Vorschriften von Artikel 88 ff.; die Bestimmungen des vorliegenden Kapitels sind daher nicht direkt anwendbar.

2.1.6.1 1. Abschnitt: Fusion

Die Bestimmungen zur Fusion zwischen Stiftungen sind zum Teil jenen zur Fusion zwischen Gesellschaften ähnlich (Art. 3 ff.): Die Fusion beruht auf einem Vertrag zwischen den beteiligten Stiftungen (Art. 79); dieser Vertrag ist von einer Revisorin oder einem Revisor zu prüfen (Art. 81). Den Besonderheiten der Stiftungen ist in dessen Rechnung zu tragen, so insbesondere durch die Vorschriften betreffend die

Voraussetzungen der Fusion (Art. 78 Abs. 2), den Schutz der Destinatäre (Art. 78 Abs. 2 und Art. 82) und das Erfordernis der Genehmigung der Fusion durch die Aufsichtsbehörde (Art. 83).

Artikel 78 Grundsatz

Nach *Absatz 1* können Stiftungen mit anderen Stiftungen fusionieren. In einem Entscheid aus dem Jahr 1989 (BGE 115 II 415 ff.) hat sich das Bundesgericht bereits unter dem geltenden Recht für die Zulässigkeit der Fusion zwischen Stiftungen ausgesprochen, auch wenn eine entsprechende Fusion gesetzlich nicht vorgesehen war. Gegenüber der Fusion zwischen Gesellschaften im Sinn von Artikel 3 stellt die Fusion zwischen Stiftungen eine Besonderheit dar. Da die Stiftung keine Gesellschafterinnen und Gesellschafter hat, weist die Fusion keinen mitgliedschaftsrechtlichen Teilgehalt auf (vgl. Art. 7 zur Fusion zwischen Gesellschaften). Die Fusion zwischen Stiftungen kann definiert werden als rechtliche Vereinigung von zwei oder mehr Stiftungen durch Übertragung des Vermögens ohne Liquidation.

Der entscheidende strukturelle Unterschied zwischen Gesellschaften und Stiftungen führt zur Unzulässigkeit der Fusion (und auch der Umwandlung) zwischen Rechtsträgern dieser beiden Kategorien. Die Inkompatibilität beruht in erster Linie auf der fehlenden personalen, mitgliedschaftlichen Komponente der Stiftung. Wäre die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Stiftung zulässig, so würden die Aktionäre alle ihre Mitgliedschaftsrechte ohne Gegenleistung verlieren. Dafür müsste jedoch die Auflösung und Liquidation der Aktiengesellschaft als Personenvereinigung vorgenommen werden. Durch eine Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) kann jedoch das gesamte Vermögen einer Aktiengesellschaft in einem Akt mittels eines einfachen und raschen Verfahrens auf eine Stiftung übertragen werden. Der umgekehrte Vorgang ist übrigens ebenfalls vorgesehen (s. Art. 86 f.). Das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung dient daher als sachgerechter Ersatz, für das Fehlen der Möglichkeit einer Fusion (oder Umwandlung) zwischen den Rechtsformen der Stiftung und der Gesellschaften.

Absatz 2 unterstellt die Fusion zwischen Stiftungen qualifizierten Voraussetzungen:

- Eine Fusion ist nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist und insbesondere der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks dient. Zwei Stiftungen können zum Beispiel miteinander fusionieren, wenn sie einen ähnlichen Zweck verfolgen, zu dessen Erfüllung sie selbstständig nicht mehr in der Lage sind.
- Sofern den Destinatären (ausnahmsweise) Rechtsansprüche gegenüber einer Stiftung zustehen, müssen diese gewahrt werden. Diese Bedingung betrifft namentlich Familienstiftungen.

Beide Voraussetzungen gelten sowohl für die übernehmende als auch für die übertragende Stiftung.

Zwar stehen den Destinatären von Stiftungen im Allgemeinen keine Rechtsansprüche im eigentlichen Sinne zu. Dennoch ergibt sich für die Destinatäre ein indirekter Schutz aus dem Erfordernis, wonach die Fusion sachlich gerechtfertigt sein muss und insbesondere der Wahrung und Durchführung des Stiftungszwecks zu dienen hat. Die Wahrung und Durchführung des Zwecks der an der Fusion beteiligten Stiftungen setzt voraus, dass diese ähnliche oder zumindest ergänzende Zwecke verfolgen. Erforderlichenfalls ist der Stiftungszweck vor der Fusion zu ändern. Ist im Hin-

blick auf eine Fusion eine Zweckänderung notwendig, so kommt das in Artikel 86 ZGB vorgesehene Verfahren zur Anwendung.

Artikel 79 Fusionsvertrag

Nach *Absatz 1* ist das oberste Organ der Stiftung (d.h. der Stiftungsrat) für den Abschluss des Fusionsvertrags zuständig. Da ein der Generalversammlung von Gesellschaften ähnliches Organ fehlt, ist keine Genehmigung durch ein weiteres Organ der Stiftung erforderlich (vgl. Art. 12 Abs. 2 für Gesellschaften). Nach Artikel 83 bedarf der Vertrag jedoch zusätzlich der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde; die Fusion von Familienstiftungen und von kirchlichen Stiftungen, die keiner staatlichen Aufsicht (Art. 87 Abs. 1 ZGB) unterstellt sind, bleibt dabei vorbehalten.

Absatz 2 zählt die objektiv wesentlichen Bestandteile des Fusionsvertrags auf. Die an einer Fusion beteiligten Stiftungen können die Fusion selbstverständlich zusätzlich von subjektiv wesentlichen Punkten abhängig machen. Der zwingende Mindestinhalt des Fusionsvertrags ist gegenüber der für Gesellschaften massgebenden Regelung (Art. 13) gekürzt, da bei der Fusion zwischen Stiftungen die vertragliche Ordnung mitgliedschaftsrechtlicher Fragen entfällt. Im Einzelnen muss der Fusionsvertrag mindestens die folgenden Punkte enthalten:

- Die genaue Bezeichnung der fusionierenden Stiftungen (Bst. a); anzugeben sind deren Name, deren Sitz und deren Zweck. Im Fall der Kombinationsfusion sind diese Angaben auch für die neu entstehende Stiftung zu machen.
- Angaben über die Stellung der Destinatäre mit Rechtsansprüchen in der übernehmenden Stiftung (Bst. b): Nach Artikel 78 Absatz 2 müssen allfällige Rechtsansprüche der Destinatäre bei der Fusion gewahrt werden. Damit die Beachtung dieser Voraussetzung geprüft werden kann, muss der Fusionsvertrag Angaben über die Stellung der Destinatäre enthalten.
- Die Bestimmung des Zeitpunkts, von dem an die Handlungen der übertragenden Stiftung als für Rechnung der übernehmenden Stiftung vorgenommen gelten (Bst. c): Die beteiligten Stiftungen können im Vertrag eine Rückwirkung der Fusion vorsehen, namentlich aus Gründen der Rechnungslegung oder wegen Steuerfolgen. Die Rückwirkung gilt allerdings nur im Innenverhältnis zwischen den an der Fusion beteiligten Stiftungen; Dritten kann die Fusion erst nach der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde und nach der Eintragung ins Handelsregister entgegengehalten werden (s. Art. 83 des Entwurfs und Art. 932 OR).

Nach *Absatz 3* bedarf der Fusionsvertrag der schriftlichen Form. Diese Formvorschrift gilt sogar dann, wenn die Fusion die Übertragung von Grundstücken bewirkt; sie weicht somit von Artikel 216 OR ab, wonach für den Grundstückkauf die öffentliche Beurkundung erforderlich ist (s. jedoch Art. 103).

Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen bedürfen weder einer Eintragung ins Handelsregister (Art. 52 Abs. 2 ZGB) noch sind sie einer staatlichen Aufsicht unterstellt (Art. 87 Abs. 1 ZGB). Damit die Rechtssicherheit einer Fusion dennoch gewährleistet werden kann, bedarf der Fusionsvertrag bei diesen Stiftungen der öffentlichen Beurkundung. Die öffentliche Beurkundung ist aber auch zum Rechtsschutz der Destinatäre mit Rechtsansprüchen und der Gläubigerinnen und Gläubiger erforderlich; nur so lässt sich auch der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkungen einwandfrei fixieren.

Artikel 80 Bilanz

Wie die Fusion zwischen Gesellschaften muss auch die Fusion zwischen Stiftungen auf einer Fusionsbilanz beruhen. Wenn der Bilanzstichtag bei Abschluss des Fusionsvertrags mehr als sechs Monate zurückliegt oder wenn seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage einer der an der Fusion beteiligten Stiftungen eingetreten sind, ist nach der Verweisung auf Artikel 11 eine Zwischenbilanz zu erstellen. Im Weiteren kann auf den Kommentar zu Artikel 11 verwiesen werden.

Artikel 81 Prüfung des Fusionsvertrags

Absatz 1 schreibt (wie Art. 15 Abs. 1) vor, dass die Stiftungen den Fusionsvertrag sowie die Bilanzen von einer Revisorin oder einem Revisor prüfen lassen müssen. Im Gegensatz zu Artikel 15 wird jedoch nicht eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor verlangt. Sehen die Statuten eine Revisionsstelle vor, kann diese die Prüfung vornehmen. Jede der an der Fusion beteiligten Stiftungen kann die Unterlagen, die der Fusion zu Grunde liegen, durch eine eigene Revisorin oder einen eigenen Revisor prüfen lassen; es ist aber auch möglich, für alle an der Fusion beteiligten Stiftungen eine gemeinsame Revisorin oder einen gemeinsamen Revisor zu bezeichnen.

Nach *Absatz 2* sind die an der Fusion beteiligten Stiftungen verpflichtet, der Revisorin oder dem Revisor alle zweckdienlichen Auskünfte und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Diese Pflicht erstreckt sich auf alle an der Fusion beteiligten Stiftungen. So kann die von der übernehmenden Stiftung beauftragte Revisionsstelle Auskünfte und Unterlagen auch von der übertragenden Stiftung verlangen.

Nach *Absatz 3* muss die Revisorin oder der Revisor einen schriftlichen Bericht erstellen, in dem darzulegen ist, ob die allfälligen Rechtsansprüche der Destinatäre der an der Fusion beteiligten Stiftungen gewahrt sind (s. Art. 78 Abs. 2). Festsustellen ist ebenfalls, ob das Vermögen der beteiligten Stiftungen zur Befriedigung aller Forderungen, die bekannt oder zu erwarten sind, ausreicht. Mit dieser Vorschrift soll verhindert werden, dass sich eine Stiftung infolge einer Fusion verschuldet.

Artikel 82 Informationspflicht

Im Allgemeinen stehen den Destinatären von Stiftungen keine Rechtsansprüche im eigentlichen Sinne zu. Wurden den Destinatären aber Rechtsansprüche eingeräumt, so insbesondere in Familienstiftungen, sind diese gemäss Artikel 78 Absatz 2 bei der Fusion zu wahren.

Nach Artikel 82 müssen die obersten Organe der an der Fusion beteiligten Stiftungen die Destinatäre mit Rechtsansprüchen über die geplante Fusion und deren Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung informieren. Die Information hat zu erfolgen, bevor die Genehmigung des Fusionsvertrags bei der Aufsichtsbehörde (Art. 83) beantragt wird. Bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen muss die Information vor dem Fusionsbeschluss erfolgen, da diese keiner staatlichen Aufsichtsbehörde unterstellt sind und die Fusion demnach keiner Genehmigung bedarf. Die Informationspflicht ermöglicht den Destinatären mit Rechtsansprüchen, die Fusion gemäss Artikel 84 Absatz 2 anzufechten.

Artikel 83 Genehmigung und Vollzug der Fusion

Nach Artikel 84 ZGB unterstehen die Stiftungen der Aufsicht des Gemeinwesens (Bund, Kanton, Gemeinde), dem sie nach ihrer Bestimmung angehören. Die zuständige Aufsichtsbehörde hat dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen bestimmungsgemäss verwendet wird. Artikel 87 Absatz 1 ZGB entbindet Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen von der staatlichen Aufsicht. Mit Blick auf diese allgemeinen Bestimmungen regelt der Entwurf die aufsichtsrechtlichen Fragen betreffend die Fusion zwischen Stiftungen.

Absatz 1 sieht vor, dass bei Stiftungen, die der Aufsicht des Gemeinwesens unterstehen, die obersten Stiftungsorgane bei der zuständigen Aufsichtsbehörde die Genehmigung der Fusion zu beantragen haben. Alle an der Fusion beteiligten Stiftungen stellen einen gemeinsamen Antrag zur Genehmigung. Im Antrag ist schriftlich darzulegen, dass die Voraussetzungen für die Fusion erfüllt sind, so insbesondere jene von Artikel 78 Absatz 2. Zusammen mit dem Antrag und dem Fusionsvertrag sind der Aufsichtsbehörde die von einer Revisorin oder einem Revisor geprüften Fusionsbilanzen (Art. 80) sowie der Prüfungsbericht (Art. 81) einzureichen.

Zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen den Aufsichtsbehörden der an einer Fusion beteiligten Stiftungen sieht *Absatz 2* vor, dass für die Genehmigung der Fusion allein die Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung zuständig ist. Zuständig ist somit stets nur eine Aufsichtsbehörde. Diese Lösung schliesst auch aus, dass die Aufsichtsbehörden der an einer Fusion beteiligten Stiftungen widersprechende Verfügungen erlassen.

Nach *Absatz 3* prüft die zuständige Aufsichtsbehörde den Antrag und erlässt, wenn die Voraussetzungen der Fusion erfüllt sind, eine zustimmende Verfügung. Nach Rechtskraft dieser Verfügung meldet die Aufsichtsbehörde die Fusion zur Eintragung ins Handelsregister an. Nach *Absatz 4* findet für die Rechtswirksamkeit Artikel 22 Absatz 1 Anwendung: Die Fusion wird gegenüber Dritten mit der Eintragung ins Handelsregister und der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) rechtswirksam (Art. 932 OR). Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Fusion jedoch nicht erfüllt sind, muss die Aufsichtsbehörde die Genehmigung verweigern. Gegen den Beschluss der Aufsichtsbehörde stehen die Rechtsmittel des Stiftungsrechts offen.

Artikel 84 Beschluss und Vollzug der Fusion bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen

Artikel 87 ZGB entbindet die Familienstiftungen und die kirchlichen Stiftungen von der staatlichen Aufsicht; Artikel 52 Absatz 2 ZGB stellt sie auch von der Pflicht frei, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen. Demzufolge ist die Fusion von Familienstiftungen und von kirchlichen Stiftungen weder von einer Aufsichtsbehörde zu prüfen, noch muss sie in ein öffentliches Register eingetragen werden. Die Vorschriften von Artikel 83 sind demnach nicht anwendbar. Damit den Besonderheiten dieser Stiftungen Rechnung getragen wird, bestimmt *Absatz 1*, dass die Fusion mit dem Entscheid des obersten Stiftungsorgans der beteiligten Stiftungen rechtswirksam wird, d.h. die Fusion wird vollzogen, sobald der öffentlich beurkundete Fusionsvertrag (Art. 79 Abs. 3) von allen beteiligten Stiftungen genehmigt ist.

Mangels Prüfung durch eine Aufsichtsbehörde, die insbesondere die Interessen der Destinatäre zu wahren hätte, sieht *Absatz 2* zu deren Schutz ein besonderes Verfahren vor. Wenn die sachlichen und formellen Voraussetzungen der Fusion nicht er-

füllt sind (Art. 78 Abs. 2 und Art. 79–82), können Destinatäre mit Rechtsansprüchen den Fusionsbeschluss gerichtlich anfechten¹⁵⁹. Das gleiche Anfechtungsrecht besteht für Mitglieder des obersten Stiftungsorgans, sofern sie dem Fusionsbeschluss nicht zugestimmt haben. Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit der Fusion, muss die Anfechtung innert dreier Monate nach dem Fusionsbeschluss erfolgen. Das oberste Stiftungsorgan hat die Destinatäre mit Rechtsansprüchen nach Artikel 82 vor dem Fusionsbeschluss zu informieren. Diese erhalten demnach vor Beginn der Anfechtungsfrist die erforderlichen Aufschlüsse. Für die Entscheidung des Gerichts findet Artikel 106 Anwendung.

Artikel 85 Gläubigerschutz

Nach *Absatz 1* hat die Aufsichtsbehörde die Gläubigerinnen und Gläubiger im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) dreimal darauf hinzuweisen, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Diese Publikationen müssen erfolgen, bevor die Aufsichtsbehörde ihre Verfügung erlässt (gemäss Art. 83 Abs. 3). Bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen hat mangels einer Aufsichtsbehörde das oberste Stiftungsorgan die gesetzlich verlangten Massnahmen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger zu treffen.

Destinatäre mit Rechtsansprüchen haben kein Recht auf Sicherstellung; die Wahrung ihrer Rechte stellt aber eine Voraussetzung der Fusion dar (Art. 78 Abs. 2), deren Erfüllung von der Revisorin oder dem Revisor (Art. 81) sowie von der Aufsichtsbehörde geprüft wird (Art. 83). Bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen können sie zudem den Fusionsbeschluss anfechten (Art. 84 Abs. 2).

Nach *Absatz 2* kann unter bestimmten Bedingungen auf das Verfahren des Gläubigerschutzes gemäss Absatz 1 verzichtet werden. Dies setzt voraus, dass auf Grund des Berichts einer Revisorin oder eines Revisors keine Forderungen bekannt oder zu erwarten sind, zu deren Befriedigung das Stiftungsvermögen der beteiligten Stiftungen nicht ausreicht.

Gemäss *Absatz 3* findet Artikel 25 Anwendung im Falle der Publikation eines Hinweises an die Gläubigerinnen und Gläubiger. Es kann dazu auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

2.1.6.2

2. Abschnitt: Vermögensübertragung

Den Stiftungen wird die Möglichkeit eingeräumt, ihr Vermögen oder Teile davon mittels einer Vermögensübertragung auf andere Rechtsträger jeder anderen Rechtsform zu übertragen. Die umfassende Zulassung der Vermögensübertragung von Stiftungen bietet einen Ersatz dafür, dass die Umwandlung in eine Gesellschaft, die Fusion mit einer Gesellschaft sowie die Spaltung von Stiftungen nicht vorgesehen werden, da die Grundstrukturen von Stiftungen und Gesellschaften nicht ineinander überführt werden können (s. auch vorne Ziff. 2.1.6). Die Vermögensübertragung erlaubt Stiftungen, Vorhaben durchzuführen, die wirtschaftlich den ausgeschlossenen Vorgängen gleichkommen. Anders als diese beinhaltet die Vermögensübertragung jedoch keine mitgliedschaftsrechtlichen Aspekte und erscheint daher für Stif-

¹⁵⁹ Zur Zuständigkeit des Gerichts s. Entwurf zu Art. 29a Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen.

tungen, die nach ihrer Grundstruktur keine Mitgliedschaft beteiligter Personen aufweisen können, als geeignetes Rechtsinstitut.

Eine Stiftung kann nicht nur selber eine Vermögensübertragung durchführen, sie kann auch durch eine Vermögensübertragung das Vermögen oder einen Vermögensanteil eines andern Rechtsträgers jeder anderen Rechtsform übernehmen. Nach Artikel 69 können im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon unter anderem auch auf eine Stiftung übertragen. Eine entsprechende Vermögensübertragung richtet sich nach den Artikeln 69–77.

Artikel 86 Grundsatz

Nach *Absatz 1* kann eine Stiftung ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger¹⁶⁰ übertragen. Diese Vorschrift übernimmt die Regelung von Artikel 69 Absatz 1 für Stiftungen. Die übertragende Stiftung muss zwingend im Handelsregister eingetragen sein¹⁶¹. Diese Voraussetzung wird von Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen (Art. 52 Abs. 2 ZGB) im Allgemeinen nicht erfüllt. Gegebenenfalls können sich diese aber ohne weiteres vor einer Vermögensübertragung ins Handelsregister eintragen lassen. Die Notwendigkeit der Beschränkung der Vermögensübertragung auf im Handelsregister eingetragene Rechtsträger wurde bereits an anderer Stelle aufgezeigt (s. dazu vorne den Kommentar zu Art. 73).

Die Modalitäten der Vermögensübertragung von Stiftungen entsprechen denjenigen der Vermögensübertragung von Gesellschaften. *Absatz 2* verweist auf die Artikel 70 (Abschluss des Übertragungsvertrags), 71 (Inhalt des Übertragungsvertrags), 72 (Nicht zugeordnete Gegenstände des Aktivvermögens), 75 (Solidarische Haftung), 76 (Übergang von Arbeitsverhältnissen und solidarische Haftung) und 77 (Konsultation der Arbeitnehmervertretung).

Artikel 87 Genehmigung und Vollzug der Vermögensübertragung

Das Verfahren betreffend die Genehmigung und den Vollzug der Vermögensübertragung von Stiftungen entspricht jenem für die Fusion zwischen Stiftungen (Art. 83). *Absatz 1* sieht vor, dass das oberste Organ einer der Aufsicht des Gemeinwesens unterstellten Stiftung bei der zuständigen Aufsichtsbehörde die Genehmigung der Vermögensübertragung beantragen muss. Wie bei der Fusion ist im Antrag schriftlich darzulegen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Absatz 2 bestimmt die für die Genehmigung zuständige Aufsichtsbehörde. In Übereinstimmung mit der Regelung zur Fusion (Art. 83 Abs. 2) wird die Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung als exklusiv zuständig bezeichnet.

Sind die Voraussetzungen der Vermögensübertragung erfüllt, erteilt die Aufsichtsbehörde die Genehmigung. Nach Rechtskraft dieser Verfügung meldet sie die Vermögensübertragung zur Eintragung ins Handelsregister an. Die Modalitäten der Eintragung und die Rechtswirksamkeit richten sich nach Artikel 73; es kann auf den Kommentar zu dieser Bestimmung verwiesen werden.

¹⁶⁰ Zum Begriff des Rechtsträgers s. Art. 2 Bst. a.

¹⁶¹ Vgl. Art. 69 Abs. 1.

2.1.7

7. Kapitel: Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen

Der Begriff der Vorsorgeeinrichtungen wird definiert in Artikel 2 Buchstabe i. Laut dieser Bestimmung handelt es sich um Einrichtungen, die der Aufsicht gemäss Artikel 61 ff. BVG unterstellt und als juristische Personen ausgestaltet sind. Gemäss Artikel 48 Absatz 2 BVG sind Vorsorgeeinrichtungen zwingend als Stiftung, Genossenschaft oder Institut des öffentlichen Rechts ausgestaltet. Die Vorschriften dieses Kapitels regeln die Fusion, die Umwandlung und die Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen unabhängig von deren Rechtsform und in abschliessender Weise.

2.1.7.1

1. Abschnitt: Fusion

Die Bestimmungen zur Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen entsprechen in den Grundzügen jenen zur Fusion von Gesellschaften (Art. 3 ff.). Die Fusion beruht auf einem Vertrag (Art. 90), einem Fusionsbericht (Art. 91) und einem Prüfungsbericht (Art. 92); anschliessend wird sie der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt und dann ins Handelsregister eingetragen (Art. 95). Die Regelung trägt den Besonderheiten der Vorsorgeeinrichtungen Rechnung, so namentlich durch die Bestimmungen zum Schutz der Versicherten (Art. 88 Abs. 2 und Art. 93) und in den Fragen betreffend die Aufsicht (Art. 95).

Artikel 88 Grundsatz

Nach *Absatz 1* können Vorsorgeeinrichtungen ungeachtet ihrer Rechtsform miteinander fusionieren. Eine Fusion mit einem Rechtsträger, der die Kriterien des Begriffs der Vorsorgeeinrichtung gemäss Artikel 2 Buchstabe i nicht erfüllt, ist demgegenüber ausgeschlossen.

Absatz 2 unterstellt die Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen qualifizierten Bedingungen:

- Der Vorsorgezweck muss gewahrt bleiben. So darf die Fusion weder direkt noch indirekt eine Änderung des Zwecks der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen bewirken.
- Die Rechte und Ansprüche der Versicherten müssen gewahrt bleiben.

Diese beiden Bedingungen gelten sowohl für die übertragende als auch für die übernehmende Vorsorgeeinrichtung.

Artikel 89 Bilanz

Wie die Fusion zwischen Gesellschaften (Art. 11) und zwischen Stiftungen (Art. 80) ist die Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen ebenfalls auf eine Fusionsbilanz abzustützen. Ist die letzte erstellte Bilanz nicht mehr aktuell, so muss eine Zwischenbilanz erstellt werden. Hinsichtlich der Zwischenbilanz finden die Bestimmungen von Artikel 11 Anwendung.

Artikel 90 Fusionsvertrag

Diese Bestimmung regelt die Kompetenz zum Abschluss des Fusionsvertrags und bestimmt dessen wesentliche Bestandteile und dessen Form.

Nach *Absatz 1* muss der Fusionsvertrag von den obersten Leitungsorganen der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen abgeschlossen werden. Bei Vorsorgegenossenschaften ist der Fusionsvertrag überdies von der Generalversammlung der Mitglieder zu genehmigen (Art. 94 Abs. 1).

Absatz 2 zählt die objektiv wesentlichen Punkte des Fusionsvertrags auf. Die Vertragsparteien können dessen Abschluss aber auch von der Einigung in anderen Fragen abhängig machen (subjektiv wesentliche Punkte). Im Einzelnen muss der Fusionsvertrag mindestens die folgenden Bestandteile enthalten:

- Die genaue Bezeichnung der an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen (Bst. a): Anzugeben sind deren Name oder Firma, deren Sitz und deren Rechtsform. Im Fall der Kombinationsfusion sind diese Angaben auch für die neu entstehende Vorsorgeeinrichtung zu machen.
- Angaben über die Rechte und Ansprüche der Versicherten bei der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung (Bst. b).
- Der Zeitpunkt, von dem an die Handlungen der übertragenden Vorsorgeeinrichtung als für Rechnung der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung vorgenommen gelten (Bst. c). Die beteiligten Vorsorgeeinrichtungen können im Vertrag eine Rückwirkung der Fusion vorsehen, so namentlich aus Gründen der Rechnungslegung oder wegen der Steuerfolgen. Die Rückwirkung gilt jedoch nur im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien. Dritten gegenüber bestimmen sich die Rechtswirkungen der Fusion nach Artikel 95 Absatz 4 des Entwurfs sowie nach Artikel 932 OR.

Nach *Absatz 3* bedarf der Fusionsvertrag der schriftlichen Form.

Artikel 91 Fusionsbericht

Wie bei der Fusion zwischen Gesellschaften (Art. 14) müssen die obersten Leitungsorgane der an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen einen schriftlichen Fusionsbericht erstellen, in dem die Fusion den Versicherten gegenüber zu erläutern ist. Die Vorsorgeeinrichtungen können den Bericht je einzeln oder auch gemeinsam verfassen.

Nach *Absatz 2* sind im Fusionsbericht folgende Punkte zu erläutern und zu begründen:

- Der Zweck und die Folgen der Fusion (Bst. a). Die Gründe einer Fusion von Vorsorgeeinrichtungen können oft in der Fusion der Unternehmen liegen, mit denen sie verbunden sind.
- Der Fusionsvertrag (Bst. b). Näher zu erläutern sind der Vertragsinhalt einschliesslich der vorgesehenen Modalitäten der Fusion.
- Die Auswirkungen der Fusion auf die Rechte und Ansprüche der Versicherten (Bst. c).

Artikel 92 Prüfung des Fusionsvertrags

Der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht und die Fusionsbilanz unterliegen einer zweifachen Prüfung: Nach *Absatz 1* sind die aufgeführten Unterlagen durch die Kontrollstellen (im Sinne von Art. 53 Abs. 1 BVG) der beteiligten Vorsorgeeinrichtungen zu prüfen. Zusätzlich ist eine Prüfung durch eine anerkannte Expertin oder einen anerkannten Experten für die berufliche Vorsorge (im Sinne von Art. 53 Abs. 4 BVG) erforderlich. Zur Vereinfachung können die an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen eine gemeinsame Expertin oder einen gemeinsamen Experten bestimmen.

Nach *Absatz 2* sind die an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen verpflichtet, sämtlichen mit der Prüfung befassten Kontrollstellen sowie den Expertinnen und Experten alle zweckdienlichen Auskünfte und Unterlagen zu geben.

Nach *Absatz 3* wird das Ergebnis der Prüfung in einem schriftlichen Bericht festgehalten; darin ist darzulegen, ob die Rechte und Ansprüche der Versicherten bei der Fusion gewahrt sind.

Artikel 93 Informationspflicht und Einsichtsrecht

Bei Vorsorgeeinrichtungen erscheint es besonders wichtig, dass die Versicherten über die Fusion und insbesondere über deren Auswirkungen auf ihre Rechte und Ansprüche informiert werden. Artikel 93 schafft daher für die Vorsorgeeinrichtungen eine Informationspflicht sowie ein Einsichtsrecht für die Versicherten.

Nach *Absatz 1* müssen die zuständigen Organe der Vorsorgeeinrichtung die Versicherten über die geplante Fusion und deren Auswirkungen auf ihre Rechte und Ansprüche informieren. Die Mitteilung hat spätestens 30 Tage vor dem Zeitpunkt des Antrags an die Aufsichtsbehörde (Art. 95) zu erfolgen. Es liegt im Ermessen der Vorsorgeeinrichtungen, eine geeignete Art der Information zu bestimmen. Je nach den Umständen kann eine öffentliche Bekanntmachung in der Presse oder eine briefliche Mitteilung geboten sein. Die Versicherten sind insbesondere auf ihr Einsichtsrecht hinzuweisen: Nach *Absatz 2* haben die an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen an ihrem Sitz allen Versicherten Einsicht in den Fusionsvertrag und den Fusionsbericht zu gewähren, dies während mindestens 30 Tagen vor der Einreichung des Antrags zur Genehmigung der Fusion bei der Aufsichtsbehörde (Art. 95).

Artikel 94 Fusionsbeschluss

Nach *Absatz 1* hängt die Zuständigkeit zum Fusionsbeschluss von der Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung ab. Bei Stiftungen ist das oberste Leitungsorgan für die Beschlussfassung zuständig. Bei Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform der Genossenschaft ist ebenfalls ein Beschluss des obersten Leitungsorgans erforderlich, doch bedarf dieser der Zustimmung durch die Generalversammlung. Für die erforderliche Mehrheit in der Generalversammlung ist Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe d sinngemäss anwendbar. *Absatz 2* behält für Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts Artikel 100 Absatz 3 vor; die Beschlussfassung über die Fusion richtet sich demzufolge nach den massgebenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden.

Artikel 95 Genehmigung und Vollzug der Fusion

Nach *Absatz 1* müssen die obersten Leitungsorgane der Vorsorgeeinrichtungen bei der zuständigen Aufsichtsbehörde die Genehmigung der Fusion beantragen. Die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde ist Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Fusion; wird die Genehmigung verweigert, wird die Fusion nicht rechtswirksam und sie darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden. Im Anhang zum Entwurf wird vorgesehen, im BVG eine Delegationsgrundlage zu schaffen, die dem Bundesrat ermöglicht, die Genehmigung der Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen näher zu regeln (Art. 62 Abs. 3 BVG neu), so insbesondere die Form und den Inhalt des Antrags sowie die beizulegenden Belege.

Absatz 2 weist die Zuständigkeit für die Genehmigung der Fusion ausschliesslich der Aufsichtsbehörde der übertragenden Vorsorgeeinrichtung zu. Deren Beschluss ist für die Aufsichtsbehörde der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung verbindlich. Diese Regelung dient der Vermeidung von Kompetenzkonflikten und verhindert sich entgegenstehende Verfügungen betreffend die Fusion.

Nach *Absatz 3* prüft die zuständige Aufsichtsbehörde, ob die Voraussetzungen einer Fusion gegeben sind. Sie kann von allen an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen weitere für die Prüfung der Voraussetzungen erforderliche Belege verlangen. Nach Rechtskraft ihrer Genehmigungsverfügung meldet die Aufsichtsbehörde nach *Absatz 4* die Fusion zur Eintragung ins Handelsregister an. Die Fusion wird gegenüber Dritten erst mit dieser Eintragung und deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) rechtswirksam. *Absatz 5* verweist diesbezüglich auf Artikel 22 Absatz 1. Falls die gesetzlichen Voraussetzungen der Fusion nicht erfüllt sind, muss die Aufsichtsbehörde die Genehmigung der Fusion verweigern. Gegen den Beschluss der Aufsichtsbehörde stehen die ordentlichen Rechtsmittel des BVG offen (vgl. Art. 74 BVG).

Artikel 96 Gläubigerschutz

Diese Vorschrift stellt den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger bei der Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen sicher. Sie wurde in Anlehnung an Artikel 25 (Gläubigerschutz bei der Fusion zwischen Gesellschaften) formuliert.

Nach *Absatz 1* hat die Aufsichtsbehörde die Gläubigerinnen und Gläubiger im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) dreimal darauf hinzuweisen, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können. Diese öffentlichen Aufforderungen müssen erfolgen, bevor die Aufsichtsbehörde ihre Verfügung erlässt (gemäss Art. 95 Abs. 3).

Nach *Absatz 2* kann auf die öffentliche Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger gemäss Absatz 1 verzichtet werden, sofern sämtliche bekannten und zu erwartenden Forderungen mit dem freien Vermögen der an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen befriedigt werden können. In der Praxis dürften diese Bedingungen meist erfüllt sein.

Falls eine Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger veröffentlicht wird (Abs. 1), können diese nach *Absatz 3* innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt von der übernehmenden Vorsorgeeinrichtung Sicherstellung verlangen. Die Versicherten haben jedoch keinen Anspruch auf Sicherstellung ihrer Ansprüche und Forderungen aus dem Versicherten-

verhältnis, da ihre Rechte durch andere Bestimmungen gewahrt werden (vgl. insbes. Art. 88 Abs. 2, 92 Abs. 3, 93 und 95 Abs. 3).

Nach *Absatz 4* kann die Vorsorgeeinrichtung eine verlangte Sicherstellung verweigern, wenn sie nachweist, dass die Erfüllung der angemeldeten Forderung durch die Fusion nicht gefährdet wird. Sie kann die Forderung auch gemäss Artikel 25 Absatz 5 erfüllen, sofern die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger dadurch nicht geschädigt werden. Im Streitfall entscheidet die Aufsichtsbehörde über die Pflicht zur Sicherstellung.

2.1.7.2 2. Abschnitt: Umwandlung

Die Umwandlung einer Vorsorgeeinrichtung in eine Vorsorgeeinrichtung anderer Rechtsform wirft grundsätzlich die gleichen Fragen auf wie die Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen. Die beiden Regelungen müssen sich daher entsprechen. Artikel 97 Absatz 3 sieht vor, dass die Bestimmungen über die Fusion von Vorsorgeeinrichtungen (Art. 89–95) auf die Umwandlung sinngemäss Anwendung finden. Mit dieser Verweisung wird eine einheitliche Regelung der Fusion und der Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen geschaffen.

Artikel 97

Absatz 1 sieht vor, dass Vorsorgeeinrichtungen sich in eine Stiftung oder in eine Genossenschaft umwandeln können. Eine Vorsorgegenossenschaft kann sich demnach in eine Stiftung umwandeln und umgekehrt. Ebenso steht Instituten des öffentlichen Rechts die Umwandlung in eine Genossenschaft oder Stiftung offen. Demgegenüber ist die Umwandlung einer Stiftung oder einer Genossenschaft in ein Institut des öffentlichen Rechts nicht möglich. Für entsprechende Restrukturierungen steht die Vermögensübertragung zur Verfügung

Eine Umwandlung ist nach *Absatz 2* in jedem Fall nur unter der Voraussetzung zulässig, dass der Vorsorgezweck sowie die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben. Für die Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen gilt nach Artikel 88 Absatz 2 das Nämliche.

Die Regelung der Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen entspricht im Übrigen derjenigen der Fusion zwischen solchen Einrichtungen. Auf Grund der Verweisung in Absatz 3 finden Artikel 89–95 sinngemäss Anwendung. Es besteht allerdings insofern ein Unterschied, als die Umwandlung – im Gegensatz zu der auf einem Vertrag beruhenden Fusion – ein bloss unilateraler Rechtsakt ist. An die Stelle des Fusionsvertrags (Art. 90) tritt daher ein Umwandlungsplan (vgl. auch Art. 60), in dem jedoch grundsätzlich dieselben Angaben zu machen sind. Für die Einzelheiten kann im Weiteren auf den Kommentar zu den massgebenden Bestimmungen verwiesen werden.

2.1.7.3 3. Abschnitt: Vermögensübertragung

Für die Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen ergibt sich im Vergleich mit der Vermögensübertragung anderer Rechtsträger (Art. 69 ff.) grundsätzlich nichts Besonderes. Zu beachten sind jedoch die Erfordernisse, die sich aus Vor-

schriften für Vorsorgeeinrichtungen ergeben, so insbesondere aus Artikel 23 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG; SR 831.42). Im Übrigen finden die Vorschriften der Artikel 70–77 Anwendung. Mit dieser Verweisung ist eine einheitliche Regelung der Vermögensübertragung gewährleistet, ungeachtet der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger.

Artikel 98

Nach *Absatz 1* können Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträger übertragen. Das Gesetz stellt keine Bedingungen bezüglich der Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers; dabei kann es sich sowohl um eine andere Vorsorgeeinrichtung als auch um einen Rechtsträger¹⁶² mit einem andern Zweck handeln. Eine Vorsorgeeinrichtung kann bspw. einen Teil ihrer Aktiven und Passiven auf eine Aktiengesellschaft oder eine GmbH übertragen.

Die Regelung der Vermögensübertragung richtet sich grundsätzlich nach den Artikeln 70–77, die gemäss *Absatz 2* Anwendung finden.

Die Ermöglichung der Vermögensübertragung für Vorsorgeeinrichtungen durch das Fusionsgesetz steht der Anwendung aufsichtsrechtlicher Vorschriften nicht entgegen. *Absatz 3* behält daher Artikel 23 FZG und Artikel 53a–53c BVG ausdrücklich vor.

2.1.8 **8. Kapitel: Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung von Instituten des öffentlichen Rechts**

Artikel 99 Zulässige Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen

Für die direkte und liquidationslose Umwandlung der Rechtsform von inländischen Instituten des öffentlichen Rechts gab es bislang keine allgemeine gesetzliche Regelung. Die vorliegende Bestimmung schafft eine privatrechtliche Grundlage, die es Instituten des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d erlaubt, an einer Fusion, einer Umwandlung oder einer Vermögensübertragung teilzunehmen.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

- Fusion: Nach *Absatz 1 Buchstabe a* können Institute des öffentlichen Rechts ihr Vermögen auf dem Weg der Fusion einer Kapitalgesellschaft, einer Genossenschaft, einem Verein oder einer Stiftung übertragen.
- Umwandlung: Nach *Absatz 1 Buchstabe b* können sich Institute des öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft, in eine Genossenschaft, in einen Verein oder in eine Stiftung umwandeln.
- Vermögensübertragung: Nach *Absatz 2* können Institute des öffentlichen Rechts ihr Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger übertragen oder das Vermögen oder Teile davon von anderen Rechtsträgern übernehmen. Der übernehmende Rechtsträger kann eine beliebige der in Artikel 2

¹⁶² Zum Begriff des Rechtsträgers s. Art. 2 Bst. a.

Buchstabe a aufgezählten Rechtsformen aufweisen; es kann sich also auch um ein anderes Institut des öffentlichen Rechts handeln.

Die Spaltung von Instituten des öffentlichen Rechts wird vom Entwurf nicht vorgesehen, da dabei eine gesellschaftsrechtliche Komponente fehlt. Für die Übertragung von Vermögensteilen steht aber das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung zur Verfügung.

Die Fusion, die Umwandlung und die Vermögensübertragung stehen Instituten des öffentlichen Rechts unter den beiden Voraussetzungen offen, dass sie organisatorisch verselbstständigt und im Handelsregister eingetragen sind (s. Art. 2 Bst. d). Die Voraussetzung der Eintragung im Handelsregister ist zur Gewährleistung der Publizität des Rechtsübergangs zwingend erforderlich, da die Eintragung einer Fusion, einer Umwandlung oder einer Vermögensübertragung im Handelsregister die Publizität von Eintragungen im Grundbuch ersetzen können muss (es wird dazu auf den ausführlichen Kommentar zu Art. 73 verwiesen).

Artikel 99 regelt ausschliesslich die Überführung öffentlich-rechtlicher Institute in Rechtsformen des Privatrechts mittels Umwandlung, Fusion und Vermögensübertragung. Der umgekehrte Vorgang der Übernahme eines privatrechtlichen Rechtsträgers durch ein Institut des öffentlichen Rechts und die Umwandlung eines privatrechtlichen Rechtsträgers in ein Institut des öffentlichen Rechts („Verstaatlichung“) liegt ausserhalb des Regelungsbereichs des vorliegenden Entwurfs (ebenso die Fusion zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern). Was die Vornahme des (rein privatrechtlichen) Rechtsübergangs betrifft, steht jedoch für alle diese Vorhaben die Vermögensübertragung zur Verfügung.

Auch für Institute des öffentlichen Rechts gilt grundsätzlich der Numerus clausus sowohl für die Wahl einer Rechtsform des Privatrechts als auch bezüglich der Form der Strukturänderung (Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung). Zur Wahrung der Transparenz und der Rechtssicherheit müssen die angestrebte Rechtsform und die Form der Strukturänderung grundsätzlich den Vorgaben des Obligationenrechts und dieses Gesetzes entsprechen. Können diese Vorgaben nicht erfüllt werden, steht es dem Bund und den Kantonen offen, durch spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Regelungen¹⁶³ Umstrukturierungen innerhalb des Rahmens des öffentlichen Rechts vorzunehmen. Entsprechende Rechtsformen und Vorgänge unterstehen dem vorliegenden privatrechtlichen Gesetz nicht¹⁶⁴.

Artikel 100 Anwendbares Recht

Absatz 1 sieht vor, dass die Vorschriften des Entwurfes auf die Fusion eines Instituts des öffentlichen Rechts mit einem Rechtsträger des Privatrechts, auf die Umwandlung solcher Institute in Rechtsträger des Privatrechts und auf Vermögensübertragungen unter Beteiligung eines Rechtsträgers des öffentlichen Rechts anwendbar sind. Die Vorschriften des Fusionsgesetzes gelten jedoch nur sinngemäss; es wird dadurch ermöglicht, insofern und insoweit von den massgebenden Bestimmungen des Entwurfs abzuweichen, als dies in einem konkreten Fall auf Grund der gegebenen Unterschiede zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern erforderlich ist. Für die Institute des öffentlichen Rechts, die an einer Fusion oder Umwandlung im Sinne von Artikel 99 Absatz 1 beteiligt sind, kann das öffent-

¹⁶³ Z. B.: Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach Art. 763 OR.

¹⁶⁴ S. Kommentar zum Art. 100.

liche Recht zudem abweichende Vorschriften vorsehen; die Artikel 99–101 finden jedoch in jedem Fall Anwendung. Wie die Beispiele aus der Praxis zeigen¹⁶⁵, muss es möglich sein, für die Genehmigung der Eröffnungsbilanz und der Statuten, die Wahl des ersten Verwaltungsrates, die Bezeichnung der Revisionsstelle, Inhalt und Genehmigung des Vertrags sowie Rechtshandlungen im Zusammenhang mit der Überführung ins Privatrecht eine von den Vorschriften des Privatrechts abweichende Lösung zu treffen. In der Sache ausgeschlossen sind jedoch Abweichungen von der zivilrechtlichen Regelung des Übergangs von Rechten und Pflichten. Aus diesem Grund sieht der Entwurf für die Vermögensübertragung keinen Vorbehalt des öffentlichen Rechts vor; mit einer bloss sinngemässen Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des Fusionsgesetzes kann hier den Besonderheiten von Instituten des öffentlichen Rechts hinreichend Rechnung getragen werden.

Ein Institut des öffentlichen Rechts im Sinne von Artikel 2 Buchstabe d muss nicht zwingend eine juristische Person sein; erforderlich ist aber, dass es organisatorisch verselbstständigt ist. Das Vermögen eines Instituts des öffentlichen Rechts ohne Rechtspersönlichkeit ist allerdings juristisch nicht getrennt von demjenigen der Körperschaft des öffentlichen Rechts, der das Institut angehört. Es ist demnach notwendig, die dem Institut zuzurechnenden Vermögenswerte klar zu bestimmen. Zu diesem Zweck sieht *Absatz 2* die Pflicht zur Erstellung eines Inventars vor, das die Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die von einer Fusion, einer Umwandlung oder einer Vermögensübertragung erfasst werden, eindeutig bezeichnen muss; Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuführen. Nur die vom Inventar zweifelsfrei umschriebenen Vermögenswerte können mit der Eintragung des Vorgangs im Handelsregister von Gesetzes wegen und ohne Beachtung besonderer Formvorschriften auf den übernehmenden Rechtsträger des Privatrechts übergehen¹⁶⁶.

Das Inventar im Sinne von *Absatz 2* muss die übertragenen Vermögenswerte nicht nur bezeichnen, sondern auch bewerten. Die Notwendigkeit einer Bewertung ergibt sich aus steuerrechtlichen Überlegungen und zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger und der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der am Vorgehen beteiligten Rechtsträger. Bei der Fusion oder der Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts nach Artikel 99 Absatz 1 liegt privatrechtlich keine Sacheinlage vor (vgl. Art. 9 Abs. 2 und 57 und den Kommentar zu diesen Bestimmungen). Da sich die Bewertung in der Rechnungslegung von Instituten des öffentlichen Rechts häufig an anderen Grundsätzen orientiert als im Privatrecht, muss anlässlich der Überführung in eine privatrechtliche Rechtsform eine Anpassung und Korrektur grundsätzlich möglich sein. So müssen im Inventar beziehungsweise in der Eröffnungsbilanz insbesondere Aufwertungen und Aktivierungen vorgenommen werden können, da später Aufwertungen unter den Voraussetzungen des Privatrechts nur noch sehr eingeschränkt zulässig sind (so bei Sanierungen, s. Art. 670 OR).

¹⁶⁵ Swisscom: Art. 21 ff. des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz), TUG; SR **784.11**; Rüstungsunternehmen: Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Rüstungsunternehmen des Bundes, SR **934.21**; SBB: Art. 24 ff. des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen, SR **742.31**.

¹⁶⁶ In dieser Hinsicht weist die Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in einen privatrechtlichen Rechtsträger einen dogmatischen Unterschied auf zur Umwandlung im Sinne der Art. 53 ff. Im Gegensatz zu diesen Vorschriften handelt es sich um eine Umwandlung, die mit einer Vermögensübertragung verbunden ist.

Die Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft oder in eine Genossenschaft, deren Anteile veräussert werden (Privatisierung), hat im Allgemeinen Auswirkungen auf die Steuerpflicht (s. Art. 49 und 56 DBG sowie Art. 21 und 23 StHG). Gemäss dem Massgeblichkeitsprinzip erfolgt die Besteuerung von Unternehmen gestützt auf die Handelsbilanz. Wenn die Bilanzwerte vor der Fusion oder der Umwandlung für die Bemessung der Gewinnsteuer übernommen werden, sind die vor Eintritt der Steuerpflicht gebildeten stillen Reserven oft Gegenstand einer latenten Steuerlast. Es muss in den Fällen, in denen eine Aufwertung unzulässig ist, möglich sein, diese stillen Reserven im Inventar festzuhalten. Nur solche privatrechtlich offen gelegte und bestätigte¹⁶⁷ Mehrwerte können wie Einlagen der Mitglieder von Kapitalgesellschaften behandelt werden, die steuerfrei sind (Art. 60 Bst. a DBG und Art. 24 Bst. a StHG). Bei der Bemessung der Gewinnsteuer sind sie wie die versteuerten stillen Reserven zu behandeln. Dadurch können sich die Abschreibungen auf die höheren „Werte für die Gewinnsteuer“ stützen, und der aus der Gewinn- und Verlustrechnung resultierende Kapitalgewinn wird, was den Unterschied zwischen dem Bilanzwert und dem eventuell höheren „Wert für die Gewinnsteuer“ betrifft, nicht besteuert.

Die Bestimmung der stillen Reserven setzt die Bewertung der Aktiven und Passiven im Zeitpunkt der Umwandlung voraus. Diese Bewertung kann für die Gewinnsteuer nur entscheidend sein, wenn sie vom Privatrecht anerkannt wird. Die im Inventar aufgeführten Werte müssen im Allgemeinen durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor überprüft werden. Dies ist jedoch nicht notwendig, wenn seitens der öffentlichen Hand das notwendige Fachwissen vorhanden ist und allgemein anerkannte oder gar gesetzliche Bewertungsregeln zur Anwendung gelangen¹⁶⁸.

Die im Inventar enthaltenen Werte dienen allgemein als Grundlage für die Erstellung der Eröffnungsbilanz. Wenn diese Werte mit spezialgesetzlichen Vorschriften zur Rechnungslegung, wie z.B. Artikel 24 Absatz 2 Buchstabe g der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02), der die Stetigkeit in der Darstellung und der Bewertung vorschreibt, nicht übereinstimmen, unterliegen die aus dem Inventar resultierenden stillen Reserven der Regelung von Artikel 60 Buchstabe a DBG.

Absatz 3 stellt klar, dass für die Beschlussfassung von Instituten des öffentlichen Rechts über eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung ausschliesslich die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden massgebend sind. So bestimmt das öffentliche Recht, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Institut des öffentlichen Rechts sich an einem entsprechenden Vorhaben beteiligen kann. In der Regel wird für die Überführung in eine Rechtsform des Privatrechts eine besondere gesetzliche Grundlage oder ein formeller Entscheid einer Behörde erforderlich sein.

¹⁶⁷ S. Art. 100 Abs. 2 am Ende.

¹⁶⁸ Bei grösseren öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Bund, Kantone) ist in der Regel das notwendige Fachwissen vorhanden, um fach- und sachgerechte Inventare erstellen und Bewertungen vornehmen zu können. Kommen in solchen Fällen zudem anerkannte Bewertungsregeln (Fachempfehlungen zur Rechnungslegung [FER], International Accounting Standards [IAS]) oder gesetzliche Bewertungsvorschriften zur Anwendung (Bsp. Kantonallbanken), ist eine Prüfung durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor nicht zwingend.

Artikel 101 Verantwortlichkeit von Bund, Kantonen und Gemeinden

Bei Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts muss dem Gläubigerschutz im Einzelfall Nachachtung verschafft werden. Dabei ist den besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen, die im Fall der Umstrukturierung von Instituten des öffentlichen Rechts gegeben sind. So ist zu berücksichtigen, dass speziell ausgestaltete Rechtsbeziehungen vom öffentlichen Recht ins Privatrecht überführt werden müssen. Beispielsweise ist die Problematik von allenfalls bestehenden Staatsgarantien (so für Kantonalbanken) zu lösen. Es kann erforderlich sein, allgemein die Rechtsbeziehungen umzugestalten, die zwischen Privaten und der Körperschaft des öffentlichen Rechts entstanden sind. Diese Umgestaltungen dürfen jedoch nicht zum Nachteil der bisherigen Gläubigerinnen und Gläubiger erfolgen. Im Hinblick auf die langandauernden Auswirkungen solcher Umgestaltungen ist deshalb den Gläubigerinnen und Gläubigern mit einer zeitlich beschränkten Nachhaftung nicht in jedem Fall gedient. Andererseits ist die öffentliche Hand bei Umstrukturierungen, die meist mit einem Rechtsübergang von Gesetzes wegen verbunden sind, daran interessiert, auf einen bestimmten Termin hin eine rechnungsmässige Bereinigung vornehmen zu können. Mit einer befristeten, solidarischen Nachhaftung, bei der das interne Haftungsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem übertragenen Teilvermögen nicht geordnet ist, kann diese Bereinigung nicht erreicht werden.

Die für die Umstrukturierung von Instituten des öffentlichen Rechts verantwortlichen Behörden werden deshalb verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, damit im Rahmen einer Überführung eines Instituts des öffentlichen Rechts in eine Rechtsform des Privatrechts der Gläubigerschutz und der Schutz von Treu und Glauben gegenüber dem Publikum allgemein gewahrt werden. Als Mindestanforderung muss sichergestellt werden, dass die Ansprüche – wie sie in den Artikeln 26, 68 Absatz 1 und 75 für Umstrukturierungen in einem rein privatrechtlichen Umfeld festgehalten werden – bezüglich Inhalt, Umfang und Dauer von der öffentlichen Hand in anderer, aber gleichwertiger Weise als durch eine solidarische Nachhaftung erfüllt werden können. Da durch diese Vorkehrungen allfällige Schadenersatzansprüche sichergestellt werden können, ist es möglich, auf eine solidarische Nachhaftung zu verzichten.

Um Beeinträchtigungen der Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger und Täuschungen des Publikums zu vermeiden, müssen die Gläubigerinnen und Gläubiger und das Publikum frühzeitig über eine vorgesehene Restrukturierung und die damit verbundenen Konsequenzen für bestehende Rechtsbeziehungen informiert werden. Insbesondere muss über eine Aufhebung oder Beschränkung einer Staatsgarantie umfassend informiert werden. Da zudem die geschlossenen Verträge einzuhalten sind und die bundesrechtlichen Schranken des Privatrechts, der Eigentumsgarantie, des Willkürverbotes sowie der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind, ist den Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger bei der Aufhebung von Staatsgarantien besondere Beachtung zu schenken. Den Gläubigerinnen und Gläubigern muss Gelegenheit gegeben werden, ihre Geschäftsbeziehungen während einer angemessenen Frist anpassen zu können. Um bei Rechtsbeziehungen mit Gläubigerinnen und Gläubigern, die im Zeitpunkt der Restrukturierung bestehen, die verfassungs- und privatrechtlichen Rahmenbedingungen des Bundesrechts wahren zu können, müsste deshalb beispielsweise eine Staatsgarantie im bisherigen Umfang bis zum ordentlichen Kündigungstermin beziehungsweise bis zum Ende der Laufzeit und, wo eine solche nicht feststeht, für eine angemessene Frist für

die bestehenden Passivgeschäfte aufrechterhalten bleiben¹⁶⁹. Für vorbestehende Risiken und für nicht abgrenzbare Verpflichtungen (Altlasten, Prozessrisiken, Ausstände gegenüber Vorsorgeeinrichtungen usw.), die im Rahmen der Restrukturierung übertragen werden, können beispielsweise Rückstellungen in den Eröffnungsbilanzen oder dem Einzelfall entsprechende Garantien durch die öffentliche Hand vorgesehen werden.

Werden die notwendigen Vorkehrungen zum Schutze der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie des Publikums im Rahmen von Restrukturierungen nach Artikel 99 nicht getroffen, so besteht vorab die Möglichkeit der Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen¹⁷⁰.

Kommen Gläubigerinnen und Gläubiger zu Schaden, weil im Rahmen der Überführung eines Instituts des öffentlichen Rechts in eine Rechtsform des Privatrechts keine oder mangelhafte Vorkehrungen zu ihrem Schutze getroffen wurden, haften der Bund, die Kantone und die Gemeinden den Geschädigten nach dem anwendbaren Staatshaftungsrecht des Bundes (s. Bundesgesetz vom 14.3.1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten [Verantwortlichkeitsgesetz]; SR 170.32), der Kantone und der Gemeinden. Die Anwendung des Staatshaftungsrechts ist dadurch gerechtfertigt, dass die Schutznorm von Absatz 1 der öffentlichen Hand Verpflichtungen auferlegt, die diese bei einer Restrukturierung im Sinne des Fusionsgesetzes zu beachten hat. Wird dieser Norm nicht entsprochen, liegt eine widerrechtliche Handlung vor, welche Grundlage für Schadenersatzforderungen direkt gegen die öffentliche Hand bieten kann.

2.1.9 9. Kapitel: Gemeinsame Vorschriften

2.1.9.1 1. Abschnitt: Ausführungsbestimmungen

Artikel 102

Die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögenübertragung werden mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam (Art. 21, 22, 51, 52, 66, 67, 73, 83 Abs. 3, 87 Abs. 3 und Art. 95; s. jedoch Art. 21 Abs. 4). In Bezug auf die Eintragung ergeben sich verschiedene technische Fragen. So gilt es, die Belege zu bestimmen, die für die Eintragung dem Handelsregisteramt einzureichen sind. Näher zu umschreiben sind auch die Eintragungsmodalitäten. Artikel 21 Absatz 3 sieht beispielsweise vor, dass die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht wird (Art. 51 Abs. 3 enthält eine ähnliche Regelung für die Aufspaltung). Wenn der Sitz der an einer Fusion beteiligten Gesell-

¹⁶⁹ Vgl. Daniel Bodmer / Beat Kleiner / Benno Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1976, Art. 3–3^{quater} N. 41e; Marc Russenberger, Kantonalkassen im Umbruch – vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1/95, Ziff. 2, S. 10; § 3 des solothurnischen Gesetzes vom 4. Dezember 1994 über die Privatisierung der Solothurner Kantonalkasse, Solothurnisches Amtsblatt vom 23. Dezember 1994.

¹⁷⁰ So kann beispielsweise die Bankkommission im Rahmen der Bewilligungserteilung überprüfen, ob die bundesrechtlichen Rahmenbedingungen betreffend die bestehenden Rechtsbeziehungen gewahrt werden. Sie kann in der Form einer Feststellungsverfügung vor der Bewilligungserteilung darüber befinden, ob diese Rahmenbedingungen, wie auch die anderen Bewilligungsvoraussetzungen, erfüllt werden (vgl. Entscheid in EBK Bulletin 18, S. 26 ff.).

schaften nicht im gleichen Handelsregisterbezirk liegt, muss die Löschung der übertragenden Gesellschaft mit der Eintragung der Fusion bei der übernehmenden Gesellschaft koordiniert werden.

Der Entwurf delegiert dem Bundesrat, die Einzelheiten der Eintragung ins Handelsregister und die einzureichenden Belege zu regeln. Die entsprechenden Anordnungen werden in die Handelsregisterverordnung aufzunehmen sein.

Eine analoge Delegationsnorm betrifft die Regelung der Eintragung ins Grundbuch und die dem Grundbuchamt einzureichenden Belege (s. dazu Art. 103). Die diesbezüglichen Vorschriften können in die Verordnung vom 22. September 1910 betreffend das Grundbuch (GBV; SR 211.432.1) aufgenommen werden.

2.1.9.2 2. Abschnitt: Anmeldung beim Grundbuchamt

Artikel 103

Die Eintragung der Fusion, der Spaltung oder der Vermögensübertragung ins Handelsregister führt zum gesetzlichen Übergang eines Vermögens oder eines Teils davon (Art. 22, 52 und 73 Abs. 2). Die dinglichen Rechte an Grundstücken werden so ohne Eintragung in das Grundbuch übertragen, das heisst ausserbuchlich. In diesem Fall ist die Eintragung in das Grundbuch zum Erwerb der dinglichen Rechte nicht erforderlich (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Eine Anpassung des Grundbuchs ist jedoch notwendig. Laut Artikel 656 Absatz 2 letzter Satz ZGB kann der Erwerber in der Tat erst nach der Eintragung über das Grundstück verfügen. Darüber hinaus kann der Eigentümer, der vorher im Grundbuch eingetragen war, trotz der ausserbuchlichen Übertragung des dinglichen Rechts an den neuen Erwerber noch immer über das Grundstück verfügen. Nach Artikel 963 Absatz 1 ZGB ist er nämlich formell befugt, darüber zu verfügen, obwohl es ihm rechtlich gesehen nicht mehr gestattet ist. Der noch eingetragene Eigentümer kann so laut Artikel 973 Absatz 1 ZGB einem gutgläubigen Dritten noch Rechte übertragen. Der Erwerber, der im Grundbuch noch nicht eingetragen ist, kann übrigens keine der Vermutungen und der auf die Eintragung gestützten Klagen geltend machen (Art. 9 und 937 Abs. 1 ZGB). Aus diesen Gründen ist eine möglichst rasche Anmeldung beim Grundbuchamt bei ausserbuchlichen Übertragungen von Grundstücksbesitz notwendig. In diesem Sinne ist Artikel 103 eine Ordnungsvorschrift, die die Angleichung der Wirklichkeit und des Grundbuchs absichern will; diese Bestimmung soll die Rechtssicherheit und die Richtigkeit der öffentlichen Register garantieren.

Im Fall der Fusion und der Aufspaltung wird der als Eigentümer im Grundbuch eingetragene Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) aufgelöst und im Handelsregister gelöscht (Art. 21 Abs. 3, 51 Abs. 3). Im Fall der Umwandlung findet die Rechtsformänderung ohne Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse statt (Art. 53). Bei diesen beiden Sachlagen sind unzulässige Verfügungsgeschäfte des als Eigentümer eingetragenen Rechtsträgers ausgeschlossen, auch wenn ein Unterschied zwischen der formellen Rechtssituation, die aus dem Grundbuch hervorgeht, und der faktischen Rechtssituation besteht. Aus diesem Grund sieht *Absatz 1* vor, dass die Anmeldung beim Grundbuchamt zur Eintragung der Änderungen, die sich aus der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung ergeben, innert dreier Monate nach dem Eintritt der Rechtswirksamkeit dieser Operationen erfolgen muss.

Absatz 2 enthält diejenigen Vorschriften, die auf die Grundstücksübertragungen bei Fusionen von Vereinen oder Stiftungen sowie bei Abspaltungen und Vermögensübertragungen anwendbar sind. Wenn im Fall der Fusion von Vereinen oder der Fusion von Stiftungen der übertragende Rechtsträger nicht im Handelsregister eingetragen ist, muss der übernehmende Rechtsträger sofort die Anpassungen im Grundbuch anmelden. Das Gleiche gilt für die Abspaltung und die Vermögensübertragung; in der Tat geht der eingetragene Rechtsträger nicht unter, sondern besteht weiterhin. In diesen Fällen müssen die Grundbuchanpassungen so schnell wie möglich vorgenommen werden. Das Risiko, dass der übertragende Rechtsträger (absichtlich oder unabsichtlich) weitere Verfügungen trifft, kann nämlich nicht ausgeschlossen werden.

Absatz 3 sieht vor, dass in den dem Absatz 2 unterstehenden Fällen die Vermögensübertragung an den übernehmenden Rechtsträger in einer öffentlichen Beurkundung, die die Übertragung des Grundstückes an den übernehmenden Rechtsträger feststellt, erfolgen muss; diese Beurkundung stellt das Beweisstück dar, das im Hinblick auf die Eintragung der Vermögensübertragung ins Grundbuch vorgewiesen werden muss. Die öffentliche Beurkundung erfolgt, nachdem die Vermögensübertragung stattgefunden hat. Sie erwähnt die gültige Vermögensübertragung und enthält die Liste der einzeln und präzise definierten Grundstücke¹⁷¹. Da es sich um einen einfachen öffentlich beurkundeten Feststellungsakt handelt (und nicht um eine „Angelegenheit von schweizerischen Grundstücken“ nach der Terminologie des Bundesgerichts), kann sie von jedem Schweizer Notar vorgenommen werden. Das Prinzip der Freiheit der öffentlichen Beurkundung (Art. 55 SchlTit. ZGB) ist auf die örtliche Kompetenz anwendbar. Eine einzige öffentliche Urkunde für alle in der Schweiz liegenden Grundstücke ist ausreichend.

Die anderen Einzelheiten der Anmeldung zur Eintragung ins Grundbuch werden vom Bundesrat geregelt (Art. 102 Bst. b).

2.1.9.3 3. Abschnitt: Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Artikel 104

Diese Bestimmung ermöglicht den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, die gerichtliche Überprüfung der Mitgliedschafts- und Vermögensrechte, die ihnen im Rahmen einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung zugeteilt wurden, zu verlangen. Der Rechtsträger muss bei diesen drei Vorgängen die Kontinuität der Mitgliedschaft entsprechend den Artikeln 7, 31 (der auf Art. 7 verweist) und 56 gewährleisten. Gesellschafterinnen und Gesellschafter dürfen nicht aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, und ihre Rechte müssen in angemessener Weise gewahrt werden. Artikel 8 erlaubt eine Ausnahme vom Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft: Bei einer Fusion können die beteiligten Rechtsträger eine Abfindung vorsehen, die nicht aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten besteht. Unabhängig von der Art der Rechte, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zukommen, müssen diese angemessen sein. Ist dies nicht der Fall, können die Gesellschafterin-

¹⁷¹ Die Identifikation der Grundstücke findet nach Art. 1a Abs. 1 GBV (Art. 656 Abs. 2 und 665 Abs. 2 und 3 ZGB; Art. 15 Abs. 3 GBV) statt.

nen und Gesellschafter laut *Absatz 1* die gerichtliche Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung verlangen, die die Verletzung ihrer Rechte wettmachen soll. Dabei ist das Gericht nicht an die Einschränkung von Artikel 7 Absatz 2 (Beschränkung der Ausgleichszahlung auf 10 Prozent des wirklichen Wertes der gewährten Anteile) gebunden. Das Recht, eine gerichtliche Prüfung der den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zugeteilten Rechte zu verlangen, muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach der Publikation der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung im Schweizerischen Handelsblatt (SHAB) ausgeübt werden. Diese relativ kurze Frist ist aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig.

Im Gegensatz zur Fusion, zur Spaltung und zur Umwandlung ist ein Verfahren zur Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei der Vermögensübertragung im Sinn der Artikel 69 ff. nicht erforderlich, da die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter hier nicht berührt werden; eine allfällige Gegenleistung für die Vermögensübertragung kommt stets dem übertragenden Rechtsträger selber und nicht seinen Mitgliedern zu.

Die Fälle einer gerichtlichen Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte dürften eher selten sein: Über den Fortbestand der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte muss im Fusionsbericht (Art. 14), im Spaltungsbericht (Art. 39) und im Umwandlungsbericht (Art. 61) Rechenschaft abgelegt werden. Die Kontinuität der Mitgliedschaft wird zudem – ausser bei der KMU¹⁷² – von einer besonders befähigten Revisorin oder einem besonders befähigten Revisor überprüft (Art. 15, 40 und 62). Eine Klage auf Überprüfung der Angemessenheit der zugewiesenen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte beziehungsweise der Abfindung nach Artikel 8 dürfte daher meist eine seriöse gutachtliche Abklärung voraussetzen, wenn sie Aussicht auf Erfolg haben soll.

Das Recht, eine gerichtliche Überprüfung zu verlangen, ist als Individualrecht konzipiert; es steht also jedem einzelnen Mitglied zu. Laut *Absatz 2* entfaltet das Gerichtsurteil jedoch seine Wirkungen gegenüber allen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des betreffenden Rechtsträgers, sofern sie sich in der gleichen Rechtsstellung wie die Klägerin oder der Kläger befinden. Diese Bestimmung dehnt somit die Rechtswirkung der richterlichen Entscheidung auf alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter des Rechtsträgers aus¹⁷³.

Nach *Absatz 3* werden die Verfahrenskosten dem übernehmenden Rechtsträger auferlegt. Das Gericht kann jedoch die Kosten ganz oder teilweise den Klägern auferlegen, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen¹⁷⁴. Das wird namentlich der Fall sein, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und wenn der Kläger sich dessen hätte bewusst sein müssen. Diese Regelung soll es den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern erlauben, eine Klage einzureichen, wenn sie legitime Gründe dazu haben, ohne dass sich die voraussichtlichen Prozesskosten prohibitiv auswirken.

Da eine gerichtliche Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte zu einer erheblichen Verzögerung des Vorhabens führen könnte, sieht *Absatz 4* vor, dass eine entsprechende Klage die Rechtswirksamkeit des Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschlusses nicht hindert. Aus diesem Grund kann das Gericht die zugeordneten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte gegebenenfalls bloss durch das Festsetzen

¹⁷² KMU können auf die Prüfung verzichten, sofern alle Gesellschafter zustimmen (Art. 15 Abs. 2, Art. 40 und 62 Abs. 2).

¹⁷³ Vgl. Art. 706 Abs. 5 OR.

¹⁷⁴ Vgl. auch Art. 756 Abs. 2 OR.

einer angemessenen Ausgleichszahlung korrigieren, die die Mitglieder für die Verletzung ihrer Rechte entschädigen soll.

2.1.9.4

4. Abschnitt: Anfechtung von Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen

Artikel 105 Grundsatz

Absatz 1 erteilt jeder Gesellschafterin und jedem Gesellschafter das Recht, einen Beschluss über die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung oder die Vermögensübertragung, der die Vorschriften des Fusionsgesetzes nicht einhält, gerichtlich anzufechten. Laut *Absatz 2* können die Gesellschafterinnen und Gesellschafter den Beschluss auch dann anfechten, wenn es sich nicht um einen Generalversammlungsbeschluss handelt, sondern wenn er vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan gefasst wurde. Angesprochen wird damit der Beschluss betreffend eine erleichterte Fusion im Sinne der Artikel 23 und 24 oder betreffend eine Vermögensübertragung nach Artikel 69 ff.

Zur Anfechtung berechtigt sind grundsätzlich sämtliche Gesellschafterinnen und Gesellschafter aller an der Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger. Sie dürfen jedoch dem Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschluss nicht zugestimmt haben¹⁷⁵. Bei der erleichterten Fusion und der Vermögensübertragung erübrigt sich eine entsprechende Einschränkung der Aktivlegitimation, da hier nicht die Generalversammlung, sondern das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan zur Beschlussfassung zuständig ist.

Die Anfechtungsklage muss innerhalb der Frist von zwei Monaten nach dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung im Schweizerischen Handelsblatt (SHAB) eingereicht werden. Falls keine Veröffentlichung im SHAB erforderlich ist, beginnt die Frist mit der Beschlussfassung der Generalversammlung.

Der Entwurf zum Fusionsgesetz sieht keinen besonderen Rechtsweg für Stiftungen und Vorsorgeinstitute vor. Da Stiftungen keine Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben, fehlen zur Anfechtung nach Artikel 105 berechnete Personen. Dagegen stehen die Rechtswegen des Stiftungsrechts offen. Diese erlauben den Personen, die ein rechtliches Interesse haben, die Rechtshandlungen der Stiftungsorgane und der Aufsichtsbehörde anzufechten¹⁷⁶. Für den Rechtsschutz bei Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen von Vorsorgeeinrichtungen sind die Vorschriften des BVG massgebend (s. insbes. Art. 73 f. BVG).

Artikel 106 Folgen eines Mangels

Betreffend die Rechtsfolgen der Anfechtung unterscheidet der Entwurf zwischen Mängeln, die behoben werden können, und solchen, die nicht zu beheben sind¹⁷⁷.

¹⁷⁵ S. BGE 99 II 55, insbes. S. 57.

¹⁷⁶ Dazu Hans Michael Riemer, Die Stiftungen, Berner Kommentar, Bern 1975, Art. 84 N 119 ff. und 132 ff.

¹⁷⁷ Art. 22 Abs. 1 Bst. d der 3. EG-Richtlinie und 19 Abs. 1 Bst. d der 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sehen ähnliche Regelungen vor.

Im ersten Fall hat das Gericht nach *Absatz 1* den Beschluss über die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung oder die Vermögensübertragung nicht aufzuheben, sondern den Rechtsträgern vorerst eine Frist zur Behebung des Mangels einzuräumen. Wenn ein Fusionsvertrag in einem nicht zentralen Punkt unvollständig ist (z.B. Art. 13 Abs. 1 Bst. h), kann das Gericht eine Frist festsetzen, innerhalb der die beteiligten Gesellschaften diesen Mangel beseitigen müssen. Wenn dagegen der Mangel nicht behoben werden kann, aber auch wenn die Rechtsträger ihn nicht innerhalb der gesetzten Frist behoben haben, hebt das Gericht den Beschluss über die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung oder die Vermögensübertragung auf. Das Gericht hat weiter die Massnahmen anzuordnen, die erforderlich sind, um den Zustand vor der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung oder der Vermögensübertragung wieder herzustellen (Aufhebung der Eintragung im Handelsregister zum Beispiel).

2.1.9.5 5. Abschnitt: Verantwortlichkeit

Artikel 107

Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen sind mit einer erheblichen Verantwortung der mitwirkenden Personen verbunden. Artikel 107 legt die Voraussetzungen der persönlichen Haftung der beteiligten Personen fest. Die vorgesehene Regelung der Haftung lehnt sich an die entsprechenden Vorschriften des neuen Aktienrechts an (Art. 752 ff. OR).

Nach *Absatz 1* haften alle mit der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung oder der Vermögensübertragung in irgendeiner Weise befassten Personen sowohl den Rechtsträgern als auch den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

Falls im Rahmen einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung ein neuer Rechtsträger gegründet wird, sind für die Haftung bei der Gründung die Vorschriften zur betreffenden Rechtsform anwendbar.

Absatz 2 regelt die Haftung von Personen, die mit einer vom Fusionsgesetz vorgesehenen Prüfung befasst sind (s. Art. 15, 40, 62, 81 und 92). Die mit der Prüfung einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung befassten Personen haften in der gleichen Weise wie die übrigen an der Abwicklung des Vorhabens beteiligten Personen (Abs. 1).

Absatz 3 enthält mehrere Verweise auf das Obligationenrecht, die folgende Fragen betreffen:

- Die Ansprüche ausser Konkurs nach Artikel 756 OR. Der Rechtsträger selbst sowie die Gesellschafterinnen und Gesellschafter sind berechtigt, gegenüber den nach Artikel 107 Absätze 1 und 2 haftenden Personen den dem Rechtsträger absichtlich oder fahrlässig verursachten Schaden einzuklagen.
- Die Ansprüche im Konkurs des Rechtsträgers. Die Artikel 757 OR (Aktiengesellschaft), 764 Absatz 2 OR (Kommanditaktiengesellschaft), 827 OR (GmbH) und 920 OR (Kredit- und Versicherungsgenossenschaft) gelten für die Ansprüche der Gläubigerinnen und Gläubiger sowie der Gesellschafterinnen und Gesellschafter sinngemäss.
- Die solidarische Haftung und den Rückgriff (Art. 759 OR).

- Die Verjährung der Ansprüche aus Verantwortlichkeit (Art. 760 OR).

Durch diese Verweise gelangen die entsprechenden Regelungen des Aktienrechts für alle an einer Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger zur Anwendung, dies unabhängig von deren Rechtsform.

Nach dem Entwurf zu Artikel 29a Gerichtsstandsgesetz können Klagen gegen alle verantwortlichen Personen beim Gericht am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger erhoben werden. Wenn eine schweizerische Gesellschaft durch Fusion von einer ausländischen Gesellschaft übernommen wird, können die Gläubigerinnen und Gläubiger sowie die Gesellschafterinnen und Gesellschafter in jedem Fall am Sitz der schweizerischen Gesellschaft klagen.

Absatz 4 sieht vor, dass sich die Haftung von Personen, die im Rahmen einer Fusion, einer Umwandlung oder einer Vermögensübertragung für ein Institut des öffentlichen Rechts tätig sind, nach dem öffentlichen Recht richtet. Insbesondere bleiben auch öffentlich-rechtliche Vorschriften anwendbar, die eine unmittelbare Haftung des Gemeinwesens für den von seinen Angestellten verursachten Schaden vorsehen. Der Vorbehalt zu Gunsten des öffentlichen Rechts rechtfertigt sich durch die Tatsache, dass Personen, die bei der Durchführung einer Fusion, Umwandlung oder Vermögensübertragung für ein Institut des öffentlichen Rechts handeln, dies im Allgemeinen in „Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen“ im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 OR tun. Was Institute des öffentlichen Rechts betrifft, die eine „gewerbliche Verrichtung“ ausüben (wie z.B. Kantonalkassen), richtet sich die Verantwortlichkeit gemäss Artikel 61 Absatz 2 OR grundsätzlich nach den Vorschriften des Privatrechts. Es erscheint jedoch gerechtfertigt, die Haftung bei Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen von Instituten des öffentlichen Rechts insgesamt den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu unterstellen, da in diesen Fällen stets die Mitarbeit der Behörden erforderlich ist.

2.1.10 10. Kapitel: Schlussbestimmungen

Artikel 108 Übergangsbestimmung

Nach Artikel 108 kommt das Fusionsgesetz auf Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen zur Anwendung, die nach seinem Inkrafttreten beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet werden. Das anwendbare Recht bestimmt sich somit nach der Anmeldung beim Handelsregisteramt.

Das Kriterium der Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister wurde gewählt, damit die neuen Gestaltungsmöglichkeiten des Fusionsgesetzes insoweit vorweggenommen werden können, als Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen, die unter dem geltenden Recht nicht vorgesehen sind, bereits vor dem Inkrafttreten vorbereitet und unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ins Handelsregister eingetragen werden können. Allerdings bedeutet dies aber auch, dass Vorhaben, die erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden, dem neuen Gesetz entsprechen müssen, dies selbst dann, wenn die Beschlüsse der Gesellschaftsorgane noch unter altem Recht gefasst wurden. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass es nach Verabschiedung des neuen Gesetzes keine besonderen Schwierigkeiten bereiten wird, ein Vorhaben nach der neuen Regelung vorzubereiten. Die Vorteile der gewählten Übergangsrechtlichen Lösung dürften daher überwiegen.

Diese Vorschrift präzisiert, dass das Fusionsgesetz dem fakultativen Referendum untersteht. Die Kompetenz zur Bestimmung des Zeitpunkts des Inkrafttretens wird an den Bundesrat delegiert.

2.2 **Anhang** **Änderung bisherigen Rechts**

2.2.1 **Obligationenrecht**

Artikel 181 Absätze 2 und 4

Artikel 181 OR regelt die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts als einen Sonderfall der Schuldübernahme. Obwohl diese Vorschrift von der Übernahme „mit Aktiven und Passiven“ spricht, bewirkt sie in Wirklichkeit von Gesetzes wegen nur den Übergang der mit einem Vermögen oder einem Geschäft verbundenen Schulden. Die Aktiven müssen einzeln nach den Vorschriften der Singularsukzession übertragen werden. Zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger sieht Artikel 181 Absatz 2 OR die solidarische Haftung des bisherigen Schuldners vor, dies während einer Frist von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Mitteilung oder der Auskündigung der Vermögensübernahme, beziehungsweise ab Eintritt der Fälligkeit bei später fällig werdenden Forderungen. Zu Artikel 181 OR wird weiter auch auf die Ausführungen unter Ziffer 1.3.2.4.1 verwiesen.

Die Übernahme eines Geschäftes oder eines Teiles eines Geschäfts nach Artikel 181 OR ist im geltenden Recht mit keinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften verbunden. Es wird namentlich keine Informationspflicht zu Gunsten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter vorgesehen, die über die allgemeinen Publizitätsvorschriften (Art. 663b–663d OR) hinausgeht. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter werden demzufolge insbesondere nicht über den Betrag der Gegenleistung für die Geschäftsübernahme informiert.

Der Entwurf zum Fusionsgesetz sieht mit der Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) ein neues Rechtsinstitut vor, womit ein im Handelsregister eingetragener Rechtsträger sein Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger übertragen kann. Im Gegensatz zur Geschäftsübernahme nach Artikel 181 OR weist die Vermögensübertragung den Vorteil auf, dass sowohl die Aktiven als auch die Passiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (Art. 73 Abs. 2).

Der neue *Absatz 4* von Artikel 181 OR grenzt die Vermögensübertragung von Artikel 181 OR ab: Dieser Bestimmung zufolge richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgern des Privatrechts zwingend nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes, und dies unabhängig von der Rechtsform des übernehmenden Rechtsträgers. Artikel 181 OR ist demnach nicht mehr auf Kollektivgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, GmbH, Genossenschaften, Vereine und Einzelfirmen anwendbar, sofern diese Rechtsträger im Handelsregister eingetragen sind.

In *Absatz 2* wird die Frist für die solidarische Haftung von zwei auf drei Jahre angehoben. Dadurch wird der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger verbessert und die Regelung von Artikel 181 OR wird mit den im Entwurf zum Fusionsgesetz vorgesehenen Fristen (s. Art. 26 Abs. 2, 75 Abs. 1) harmonisiert.

Artikel 182

Artikel 182 OR regelt die wechselseitige Übernahme von Aktiven und Passiven sowie die Fortführung einer Einzelfirma als Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft. Die Bestimmung war allerdings von geringer praktischer Relevanz. Auf Grund der neuen Regelungen des Fusionsgesetzes und insbesondere infolge der Einführung des Rechtsinstituts der Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) kann Artikel 182 aufgehoben werden.

Artikel 622 Absatz 4

Mit der Revision des Aktienrechts vom 4. Oktober 1991 (AS 1992, S. 733) wurde der Mindestnennwert der Aktien von hundert auf zehn Franken herabgesetzt. Ziele dieser Neuerung waren, eine weitere Streuung des Aktienbesitzes zu begünstigen und die sich aus „schweren Aktien“ schweizerischer Gesellschaften ergebenden Nachteile zu beseitigen, da Aktien mit einem hohen Börsenwert auf dem Markt eine geringere Nachfrage erfahren¹⁷⁸.

Anlässlich von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen ist der Mindestnennwert bei der Festlegung der Umtauschverhältnisse selbstverständlich zu beachten. Dabei kann jedoch ein Nennwert von zehn Franken je nach den Umständen Schwierigkeiten bieten. Es wird daher vorgeschlagen, den Mindestnennwert der Aktien von zehn Franken auf einen Rappen herabzusetzen. Dies erlaubt fusionierenden Gesellschaften, ein Splitting der Aktien vorzunehmen, falls dies erforderlich ist, um ein Umtauschverhältnis zu erreichen, in dem mit ganzen Zahlen gerechnet werden kann.

Die Herabsetzung des Mindestnennwerts erleichtert auch die Durchführung von Fusionen von Aktiengesellschaften mit Gesellschaften ohne Anteilscheinen (Genossenschaften, Vereine) sowie die Umwandlung solcher Gesellschaften in Aktiengesellschaften. Gesellschafterinnen und Gesellschafter ohne Anteilscheine haben bei solchen Fusionen oder Umwandlungen gemäss Artikel 7 Absatz 3 und Artikel 56 Absatz 2 des Entwurfs Anspruch auf mindestens einen Anteil. Die Herabsetzung des Mindestnennwerts ermöglicht beispielsweise, bei der Übernahme eines Vereins durch eine Aktiengesellschaft den bisherigen Vereinsmitgliedern (je nach den Umständen) je eine Aktie mit dem Nennwert von einem Rappen zuzuweisen.

Die vorgeschlagene Revision von Artikel 622 Absatz 4 OR erfüllt zudem einen Punkt einer Motion der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 9. September 1999 (99.3460). Die Motion beauftragt den Bundesrat, den eidgenössischen Räten bis Mitte des Jahres 2000 Bericht und Antrag betreffend die Förderung der Gründung und Fortentwicklung von neuen Unternehmen zu unterbreiten, wobei unter anderem eine Reduktion des Nennwerts von Aktien vorzusehen ist¹⁷⁹. Eine parlamentarische Initiative von Herrn Ständerat Maximilian Reimann

¹⁷⁸ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrats vom 23. Februar 1983, Ziff. 122.2 und 202, BBl 1983 II S. 759 und 786.

¹⁷⁹ S. Amtl.Bull. StR 1999, S. 743; Amtl.Bull. NR 1999, S. 1785.

vom 27. September 1999 (99.446) strebt ebenfalls die Herabsetzung des Mindestnennwerts an.

Der Revision von Artikel 622 Absatz 4 OR kommt über den Sachbereich der Fusion und Umwandlung hinaus eine erhebliche allgemeine Tragweite zu: Es wird dadurch zulässig, bereits bei der Gründung von Aktiengesellschaften den Nennwert der Aktien auf bloss einen Rappen festzusetzen. Bereits bestehende Gesellschaften können auf Grund der vorgeschlagenen Revision ein Splitting ihrer Titel vornehmen, dies sowohl bei Aktien als auch bei Partizipationsschein (s. den Verweis in Art. 656a OR). Die Senkung des Mindestnennwerts von zehn Franken auf einen Rappen erlaubt zudem, der Beeinträchtigung des Handelsvolumens bei „schweren Aktien“ durch eine Teilung der Titel entgegenzutreten.

In den Nachbarländern der Schweiz lässt sich eine Rechtsentwicklung in Richtung der Einführung von Aktien ohne Nennwert feststellen¹⁸⁰. Eine entsprechende Neuerung würde allerdings einen grundlegenden Systemwechsel im Aktienrecht bedeuten und zahlreiche Rechtsänderungen bedingen. Eine solche Revision geht daher über den Rahmen des Fusionsgesetzes hinaus.

Artikel 774 Absatz 1 OR legt den Mindestnennwert der Stammeinlagen der GmbH auf 1000 Franken fest. Der Entwurf zum Fusionsgesetz enthält diesbezüglich keinen Revisionsvorschlag, da sich das Recht der GmbH zurzeit in Revision befindet. Im Rahmen dieses Revisionsvorhabens wird die Senkung des Mindestnennwerts auf 100 Franken vorgeschlagen¹⁸¹.

Artikel 704 Absatz 1 Ziffer 8, Artikel 748–750, 770 Absatz 3, Artikel 824–826 und 914

Bei diesen Änderungen des Obligationenrechts handelt es sich um Anpassungen der Ordnungen der verschiedenen Rechtsformen, die infolge der Übernahme der entsprechenden Regelungen in das Fusionsgesetz erforderlich werden (so die Regelung der Fusion, Art. 748–750, 770 Abs. 3 und 914 OR; die Mehrheitserfordernisse für den Fusionsbeschluss, Art. 704 Absatz 1 Ziffer 8 OR, und die Regelung der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH, Art. 824–826 OR).

Artikel 738, 888 Absatz 2 und Artikel 893 Absatz 2

Die neuen Möglichkeiten zur Anpassung der rechtlichen Strukturen von Rechtsträgern wie auch die neue Terminologie des Fusionsgesetzes machen bestimmte Anpassungen des OR notwendig. Artikel 738 OR muss ergänzt werden, um sämtlichen Fällen der Auflösung der Gesellschaft ohne Liquidation Rechnung zu tragen; so ist neu auch die Aufspaltung zu erwähnen. Der Verweis auf die Umwandlung in eine GmbH muss gestrichen werden, da nach dem Entwurf zum Fusionsgesetz die Umwandlung nicht mehr mit einer Auflösung der bisherigen Gesellschaft verbunden ist.

Die Mehrheitsvoraussetzungen für den Fusionsbeschluss von Genossenschaften werden neu durch das Fusionsgesetz geregelt (Art. 18). Demnach kann sich Artikel 888 Absatz 2 OR auf die Fälle der Auflösung der Gesellschaft mit anschliessender Liquidation beschränken.

¹⁸⁰ S. dazu Gaudenz G. Zindel / Peter R. Burkhalter, Euro(päische) Aktien ohne Nennwert, in: Zeitschrift für Europarecht, 1999, S. 50 ff.

¹⁸¹ S. Art. 774 Abs. 1 des Vorentwurfs der Prof. Peter Bökli, Peter Forstmoser und Jean-Marc Rapp, der im April 1999 vom Bundesrat in Vernehmlassung gegeben wurde.

Artikel 893 OR betrifft konzessionierte Versicherungsgesellschaften. Diese können die Befugnisse der Generalversammlung ganz oder teilweise ihren Verwaltungsorganen übertragen, wobei nach Absatz 2 bestimmte Ausnahmen gelten, so für die Auflösung und für die Fusion. Die Aufzählung der unübertragbaren Befugnisse muss durch die Spaltung und die Umwandlung der Gesellschaft ergänzt werden, da es sich dabei um Beschlüsse mit vergleichbarer grundsätzlicher Bedeutung handelt.

Artikel 936a Identifikationsnummer

Absatz 1 sieht vor, dass alle im Handelsregister eingetragenen Rechtsträger eine Identifikationsnummer erhalten. Um eine dauerhafte Identifizierung der Rechtsträger sicherzustellen, muss diese Nummer nach *Absatz 2* zwingend während des gesamten Bestehens eines Rechtsträgers unverändert bleiben, dies insbesondere auch im Fall einer Sitzverlegung, einer Umwandlung und einer Änderung der Firma oder des Namens. Die vorgesehene Vorschrift wendet sich vorab an die kantonalen und die eidgenössischen Handelsregisterbehörden. Mit der informatikgestützten Registerführung wird die Identifizierung der Rechtsträger durch ihre Firma mit der Einführung einer Identifikationsnummer ersetzt; dies ist sachlich auch daher dringend, weil die Firma eine dauerhafte Identifikation der Rechtsträger nicht zu gewährleisten vermag. Die neuen Möglichkeiten des Fusionsgesetzes zur Modifikation der rechtlichen Unternehmensstrukturen (insbesondere die Umwandlung) können die Identifikation von Gesellschaften zunehmend erschweren. Die vorgesehene Identifikationsnummer ist daher zumindest als registertechnische Vorgabe unerlässlich und in der Handelsregisterpraxis auch weitgehend bereits eingeführt. Es erscheint allerdings wünschenswert, dafür eine klare gesetzliche Grundlage zu schaffen.

Absatz 3 delegiert die Kompetenz für das Erlassen von Ausführungsvorschriften zur Identifikationsnummer an den Bundesrat. Dem Bundesrat soll weiter auch ermöglicht werden, gegebenenfalls die Angabe der Identifikationsnummer sowie der Firma auf Briefen, Bestellscheinen und Rechnungen zu verlangen¹⁸². Diese Pflicht soll eine einfache Identifizierung der Rechtsträger sicherstellen und dadurch der Transparenz des Geschäftsverkehrs in der Wirtschaft dienlich sein. Da aber bereits heute eine Pflicht zur Angabe der Mehrwertsteuernummer besteht, wird vor einer allfälligen Einführung einer Pflicht zur Angabe der Identifikationsnummer nach Artikel 936a OR eingehend zu prüfen sein, ob nicht eine einheitliche Kennziffer für sämtliche administrativen Erfassungen von Unternehmen geschaffen werden kann. Es sei weiter darauf hingewiesen, dass Artikel 936a Absatz 3 in der vorgeschlagenen Formulierung den Bundesrat nicht anhält, sondern ihn lediglich ermächtigt, eine Angabe der Identifikationsnummer zu verlangen. Diese Lösung gibt dem Bundesrat die Möglichkeit, vor Erlass entsprechender Bestimmungen geeignete Wege zur Sicherstellung der Identifikation der Wirtschaftssubjekte eingehend zu prüfen.

Artikel 4 der Schluss- und Übergangbestimmungen zu den Titeln 24–33

Diese Vorschrift überträgt dem Bundesrat die Kompetenz zur Regelung der Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften ohne Liquidation. Diese Delegationsnorm bezieht sich auf das Inkrafttreten der Revision von 1936. Der Bun-

¹⁸² Laut Art. 4 der 1. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vom 9. März 1968 (68/151/EWG) muss auf Briefe und Bestellscheinen neben der Rechtsform und dem Sitz der Gesellschaft das zuständige Handelsregister und die Identifikationsnummer angegeben werden.

desrat hat gestützt auf diese Bestimmung eine Verordnung mit Übergangscharakter erlassen, die 1968 wieder aufgehoben wurde. Artikel 4 der Schlussbestimmungen von 1936 ist obsolet geworden und kann daher gestrichen werden.

2.2.2 Bundesgesetz über das bauerliche Bodenrecht (BGBB)

Artikel 62 Ausnahmen

Im Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bauerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) ist der Tatbestand der Fusion nicht explizit geregelt. Nach der Lehre ist für eine solche Universalsukzession – analog zum in Artikel 62 Buchstabe a BGBB geregelten (bewilligungsfreien) Erbgang – keine Erwerbsbewilligung nach Artikel 61 BGBB notwendig, es sei denn, die Hauptaktiven des übergehenden Vermögens bestünden aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken¹⁸³.

Im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz wird Artikel 62 BGBB mit einem Buchstaben g ergänzt. Die Bewilligungspflicht soll grundsätzlich entfallen, wenn sich Gesellschaften durch Fusion oder Spaltung umstrukturieren. Ausgenommen bleiben, dem Zweck des BGBB entsprechend, diejenigen Fälle, in denen die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen. Die Lockerung bezieht sich einzig auf die Bewilligungspflicht beim Erwerb; sie gilt nicht beim Eigentumserwerb durch Vermögensübertragung.

Die privatrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Grundstücken werden davon nicht betroffen. So können namentlich bei Familienaktiengesellschaften die Fusion und die Spaltung unter den Voraussetzungen von Artikel 4 Absatz 2 BGBB das Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 f. BGBB) und den Gewinnanspruch der Miterben oder des Veräusserers (Art. 29 ff. und 53 BGBB) auslösen.

2.2.3 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

Bisher enthält das IPRG lediglich eine Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Gesellschaft (Art. 161 ff. IPRG). Die nach Praxis und Lehre bereits zulässige Fusion über die Grenze hinweg erfasst das geltende Recht nicht. Das Fusionsgesetz führt im Binnenverhältnis neben der Fusion und der Sitzverlegung neu auch die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung ein. Mit Ausnahme der Umwandlung können diese Vorgänge auch über die Landesgrenzen hinweg stattfinden. Mit der Einführung des Fusionsgesetzes bietet sich Gelegenheit, für alle internationalen Umstrukturierungstatbestände eine kollisionsrechtliche Regelung nach einheitlichen Grundsätzen zu schaffen.

¹⁸³ S. Beat Stadler, Kommentar zum Bundesgesetz über das bauerliche Bodenrecht, Brugg 1995, Art. 61 BGBB N 18.

Es ist Aufgabe des Kollisionsrechts, Sachverhalte mit Auslandsberührung, die grundsätzlich nach verschiedenen Rechten beurteilt werden können, jener Rechtsordnung zur Regelung zuzuweisen, mit der sie den engsten sachlichen Zusammenhang haben¹⁸⁴. So bestimmt sich auch bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungsstatbeständen das Fusions-, Spaltungs- und Übertragungsstatut. Allerdings lassen die meisten Rechtsordnungen die grenzüberschreitende Umstrukturierung einer ihr zugehörigen Gesellschaft nur dann zu, wenn ihre Voraussetzungen beachtet werden, auch wenn es sich bei dieser Rechtsordnung nicht um das Fusions-, Spaltungs- oder Übertragungsstatut handelt. Die Gründe dafür liegen in mannigfaltigen Interessen, etwa im Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Gläubigerinnen und Gläubiger und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, aber auch in fiskalischen Überlegungen oder anderen öffentlichen Interessen (z.B. Investitionsbeschränkungen). Inwieweit sich eine ausländische Gesellschaft an einer solchen Transaktion beteiligen kann, beantwortet mithin ausschliesslich das internationale Privatrecht des in Frage stehenden Staates. Als Folge davon legt der Revisionsentwurf die nach schweizerischem internationalem Privatrecht zu beachtenden Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung unter Beteiligung einer schweizerischen Gesellschaft fest und lässt dem ausländischen Recht durch allgemein gehaltene Verweisungen Raum, wo es Geltung beansprucht¹⁸⁵.

Damit sind die umstrukturierungswilligen Gesellschaften mit dem Problem konfrontiert, dass eine nach dem Recht eines Landes zulässige Umstrukturierung an den Schranken des Rechts des anderen Landes scheitern kann. Ausserdem dürfte eine Umstrukturierung, mit der Vermögen zwischen zwei Ländern verschoben wird, auch häufig aus steuerlichen Gründen unterbleiben, namentlich wenn Liquidationsgewinne bei der Auflösung bzw. Abwanderung stiller Reserven besteuert werden¹⁸⁶. Es bleibt also dahingestellt, wie häufig grenzüberschreitende Umstrukturierungen stattfinden werden. Die Bedürfnisse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit legen es indes nahe, eine IPR-Regelung zur Erleichterung der von den Parteien gewünschten Umstrukturierungen über die Grenze hinweg zu schaffen.

¹⁸⁴ Zum allgemeinen Grundsatz des engsten Zusammenhanges s. Art. 117 Abs. 1 IPRG.

¹⁸⁵ Zur Vereinigungstheorie: Balthasar Bessenich, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, Basel und Frankfurt am Main 1991, S. 11 ff.; Daniel Girsberger in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder (Hg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, Ergänzungen zu Art. 164 N 6; Anton K. Schnyder, Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Sonderband 135^{bis}, Bern 1999, S. 70; Frank Vischer, Das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz, in: Nobel (Hg.), Internationales Gesellschaftsrecht, Bern 1998, S. 39.

¹⁸⁶ Art. 54 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11) und für das Ausland z.B. in Grossbritannien, s. die Entscheidung Daily Mail, EuGHE 1988 5505 ff. Eine Ausnahme von dieser Praxis prüft das Eidg. Finanzdepartement für den Fall, dass die übernehmende ausländische Gesellschaft den schweizerischen Betrieb als Betriebsstätte weiterführt; s. den Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen (August 1997), Ziff. 73, S. 35 Fn. 55 und S. 43.

2.2.3.1 Die grenzüberschreitende Verlegung der Gesellschaft

Artikel 162 Absatz 3 E-IPRG Verlegung der Gesellschaft vom Ausland
in die Schweiz; massgeblicher Zeitpunkt

Artikel 162 Absatz 3 IPRG verlangt von der ausländischen Kapitalgesellschaft, welche in die Schweiz verlegt wird, eine nach schweizerischem Recht genügende Grundkapitaldeckung. Das ist mit einem Bericht einer vom Bundesrat hierzu ermächtigten Revisionsstelle nachzuweisen. Das Aktienrecht sieht demgegenüber vor, dass für bestimmte wichtige Vorgänge der Bericht von einem besonders befähigten Revisor zu erstellen ist. Mit der Änderung soll *Artikel 162 Absatz 3 E-IPRG* in Übereinstimmung mit der aktienrechtlichen Regelung gebracht werden.

Artikel 163 E-IPRG Verlegung der Gesellschaft von der Schweiz
ins Ausland

In materieller Hinsicht wird *Artikel 163 IPRG* nur geringfügig verändert. Eine schweizerische Gesellschaft, welche sich ohne Liquidation und Neugründung einem ausländischen Recht unterstellen will, muss nach wie vor den Nachweis erbringen, dass sie nach ausländischem Recht fortbesteht und die Voraussetzungen des schweizerischen Rechts erfüllt.

Im geltenden *Artikel 163 Absatz 1 Buchstabe c IPRG* ist ein öffentlicher Schuldeneruf vorgesehen, um die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger zu wahren. Neu sind nach *Artikel 163 Absatz 2 E-IPRG* die Forderungen auch sicherzustellen, wenn es die Gläubigerinnen und Gläubiger innerhalb von zwei Monaten nach dem Schuldeneruf verlangen. Das ergibt sich aus der von *Artikel 163 Absatz 2 E-IPRG* vorgesehenen sinngemässen Anwendung von *Artikel 46 E FusG*. Im grenzüberschreitenden Verhältnis wird auf diese Weise ein kohärenter Gläubigerschutz verwirklicht: Die Bestimmungen zur Emigrationsfusion (Art. 163b Abs. 3 E-IPRG)¹⁸⁷ und zur Emigrationsspaltung (Art. 163d Abs. 1 i.V.m. Art. 163b Abs. 3 E-IPRG)¹⁸⁸ verweisen ebenfalls auf *Artikel 46 E FusG*.

Der bisherige *Artikel 163 Absatz 2 IPRG* erfährt keine Veränderung und wird neu zu *Absatz 3*. Im Übrigen sind die Bestimmungen über die Löschung im Handelsregister, den ordentlichen Gerichtsstand und den Betreibungsort gemäss *Artikel 164* und *164a E-IPRG* ergänzt worden.

2.2.3.2 Die grenzüberschreitende Fusion

Artikel 163a E-IPRG Fusion vom Ausland in die Schweiz

Artikel 163a E-IPRG bestimmt das Fusionsstatut für die Immigrationsfusion, also die materiellen Voraussetzungen, unter denen eine schweizerische Gesellschaft eine ausländische Gesellschaft übernehmen (Immigrationsabsorption) oder sich mit einer ausländischen Gesellschaft zu einer neuen schweizerischen Gesellschaft zusammenschliessen kann (Immigrationskombination). Das Fusionsstatut befasst sich mit gesellschaftsrechtlichen Vorgängen in den beteiligten Unternehmen und ist somit

¹⁸⁷ Ziff. 2.2.3.2.

¹⁸⁸ Ziff. 2.2.3.3.

zwingender Natur; Raum für eine Rechtswahl der Parteien besteht deshalb nicht¹⁸⁹. Das Fusionsstatut ist das Recht des Staates, das auf die übernehmende Gesellschaft anwendbar ist, bei der Immigrationsfusion also das schweizerische Recht (Art. 163a Abs. 2 E-IPRG); diese Rechtsordnung hat den engsten Bezug zur Fusion, nachdem sich dort die charakteristischen Merkmale des Vorgangs verwirklichen.

Den verschiedenen Schutzinteressen des Rechts, das auf die mit der Fusion untergehende Gesellschaft anwendbar ist, muss jedoch Rechnung getragen werden. Das Recht des Staates, den die Gesellschaft verlässt, muss die Fusion zulassen; dabei sind sämtliche Bestimmungen zu berücksichtigen, die auf den Sachverhalt zwingend anwendbar sind, seien sie nun gesellschafts-, steuer-, investitionsrechtlicher oder anderer Art. *Artikel 163a Absatz 1 E-IPRG* lässt die Immigrationsfusion deshalb nur dann zu, wenn neben dem schweizerischen Recht auch das Recht der übertragenden Gesellschaft¹⁹⁰ die Fusion ausdrücklich oder stillschweigend gestattet und wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind¹⁹¹. Im Ergebnis muss das ausländische Recht zulassen, dass das Vermögen der ihm unterstehenden Gesellschaft ohne Liquidation und uno actu in die schweizerische Gesellschaft übergeht.

Nicht speziell geregelt ist der Fall, in dem zwei oder mehrere in verschiedenen ausländischen Staaten inkorporierte Gesellschaften sich zu einer neuen Gesellschaft schweizerischen Rechts auf dem Wege der Kombinationsfusion zusammenschliessen. Die Rechtslage ergibt sich aber ohne weiteres aus *Artikel 163a E-IPRG*: Alle ausländischen Gesellschaftsstatute müssen diese Fusion gestatten, und es müssen deren Voraussetzungen erfüllt sein (Art. 163a Abs. 1 E-IPRG); im Übrigen untersteht der Vorgang dem schweizerischen Recht als dem Recht der Gesellschaft, die aus der Kombinationsfusion entsteht (Art. 163a Abs. 2 E-IPRG). Der Fusionsvertrag muss die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften aller beteiligten Rechtsordnungen beachten (Art. 163c Abs. 1 E-IPRG). Um die Transaktion jedoch nicht durch unnötige Erfordernisse zu erschweren, hat das schweizerische Recht dort zurückzutreten, wo im Zusammenhang mit den übertragenden Gesellschaften keine berechtigten schweizerischen Interessen berührt sind; so sind etwa die schweizerischen Vorschriften zum Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften nicht anzuwenden. Welche schweizerischen Interessen nicht berührt sind, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Artikel 163b E-IPRG Fusion von der Schweiz ins Ausland

Die Fusion von der Schweiz ins Ausland (Emigrationsfusion) ist im Revisionsvorschlag detaillierter geregelt als die Immigrationsfusion. Sie stellt aus schweizerischer Sicht den kritischen Fall dar, denn die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der schweizerischen Gesellschaft werden zu Gesellschafterinnen und Gesellschaftern einer ausländischen Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigerinnen und Gesellschaftsgläubigern wird in der Schweiz Haftungssubstrat entzogen. Zwar untersteht die Emigrationsfusion grundsätzlich dem Recht der übernehmenden ausländischen

¹⁸⁹ Zur beschränkten Rechtswahlmöglichkeit beim Fusionsvertrag s. Kommentar zu Art. 163c E-IPRG

¹⁹⁰ Zum Umfang der Verweisung s. Art. 13 IPRG.

¹⁹¹ Das entspricht der Vereinigungstheorie. Nachdem sämtliche Vorschriften des ausländischen Gesellschaftsstatuts zur Anwendung kommen, seien sie nun privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur (Art. 13 IPRG), verbleibt insoweit wohl kein selbstständiger Anwendungsbereich von Art. 19 IPRG mehr.

Gesellschaft als Fusionsstatut (Art. 163b Abs. 4 E-IPRG). Zur Wahrung berechtigter schweizerischer Interessen gelten jedoch zusätzlich folgende Vorschriften:

Zunächst müssen die Begriffselemente der Fusion vorliegen: Einerseits müssen die Aktiven und Passiven der schweizerischen Gesellschaft durch Universalsukzession auf die ausländische übergehen (Art 163b Abs. 1 Bst. a E-IPRG) und andererseits müssen die bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der schweizerischen Gesellschafter in der ausländischen Gesellschaft angemessen gewahrt bleiben (Bst. b). Buchstabe b schliesst auch den Anspruch auf eine Ausgleichszahlung zum Erreichen des Umtauschverhältnisses gemäss *Artikel 7 Absatz 2 E FusG* ein.

Sodann bestimmt *Artikel 163b Absatz 2 E-IPRG*, dass die schweizerische Gesellschaft, welche ins Ausland fusioniert, alle Vorschriften des schweizerischen Rechts erfüllen muss, welche für die übertragende Gesellschaft gelten. Damit sind alle Vorschriften, welche die übertragende Gesellschaft im Binnenverhältnis zwingend zu beachten hat, auch bei der Emigrationsfusion zur Anwendung berufen. Das sind namentlich folgende Vorschriften des Fusionsgesetzes: *Artikel 14* (Fusionsbericht der obersten beteiligten Leitungs- oder Verwaltungsorgane), *Artikel 15* (Prüfung von Fusionsvertrag und Fusionsbericht durch einen besonders befähigten Revisor), *Artikel 16 f.* (Einsichtsrecht in den öffentlich aufgelegten Fusionsvertrag, Fusions- und Prüfungsbericht), *Artikel 18 ff.* (Fusionsbeschluss, öffentliche Beurkundung, Eintragung ins Handelsregister) und *Artikel 27 f.* (Arbeitnehmerschutzrecht).

Für die Binnenfusion sieht *Artikel 25 Absatz 1 E FusG* vor, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger der übertragenden Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können. Bei grenzüberschreitenden Verhältnissen bietet diese Vorschrift den Gläubigerinnen und Gläubigern aber nur einen unvollkommenen Schutz, weil die Forderungen erst nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses und der damit einhergehenden Löschung im Handelsregister sichergestellt werden. Mit dieser Regelung kann jedoch der im internationalen Verhältnis vorhandenen Gefahr der Abwanderung von Haftungssubstrat ins Ausland nicht wirksam begegnet werden. *Artikel 163b Absatz 3 E-IPRG* legt deshalb fest, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger der schweizerischen Gesellschaft unter Hinweis auf die bevorstehende Fusion in der Schweiz öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern sind, und er verweist für die Sicherstellung auf *Artikel 46 E FusG*, welcher den Gläubigerschutz bei der Spaltung regelt. Damit wird erreicht, dass Schuldenruf und Sicherstellung der Forderungen vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses und der Löschung im Handelsregister erfolgen, also bevor das Haftungssubstrat an die übernehmende Gesellschaft im Ausland übergeht.

Damit wird für alle Emigrationstatbestände ein kohärenter Gläubigerschutz verwirklicht¹⁹². Der Verweis auf *Artikel 46 E FusG* führt bei der grenzüberschreitenden Fusion zu einem Gläubigerschutz, der weiter geht als bei der Binnenfusion. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union will *Artikel 9 Absatz 2* des Vorschlags für eine 10. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion vom 8. Januar 1985 (internationale Fusionsrichtlinie)¹⁹³ eine solche Ungleichbehandlung verhindern. Allerdings ist der Richtlinienvorschlag auf Fusionsfälle innerhalb der Europäischen Union aus-

¹⁹² Vgl. Art. 163 Abs. 2 E IPRG (Sitzverlegung); Art. 163d Abs. 1 i.V.m. Art. 163b Abs. 3 E IPRG (Spaltung); ferner zur Rechtsdurchsetzung Art. 164 Abs. 1 E-IPRG (gemeinsame Bestimmungen). Zur unterschiedlichen Regelung bei der Vermögensübernahme s. Ziff. 2.2.3.3.

¹⁹³ ABl.1985 C 23, S. 11 ff.

gerichtet. Das IPRG hingegen regelt internationale Sachverhalte, welche sich nicht in einem harmonisierten Rechtsraum abspielen; es rechtfertigt sich deshalb eine im Vergleich zur EU unterschiedliche Regelung.

Schweizerische Vorschriften, die nicht für die übertragende Gesellschaft in der Schweiz, sondern für die übernehmende ausländische Gesellschaft gelten, sind nach *Artikel 18 IPRG* anwendbar, wenn sie unabhängig vom generell massgebenden Recht auch im internationalen Verhältnis zwingend sind. Darunter fällt etwa das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41), wonach die ausländische Gesellschaft Grundstücke in der Schweiz nur gegen eine behördliche Bewilligung erwerben kann. Bei der Fusion von der Schweiz ins Ausland gilt es schliesslich, die *Artikel 164 und 164a E-IPRG* zu beachten, welche gemeinsam für alle Emigrationstatbestände die Löschung im Handelsregister, den Betreibungsort und den Gerichtsstand regeln¹⁹⁴.

Artikel 163c E-IPRG Fusionsvertrag

Für den Fusionsvertrag legt *Artikel 163c Absatz 1 E-IPRG* fest, dass alle zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften mit Einschluss der Formvorschriften der auf die beteiligten Gesellschaften anwendbaren Rechte zu beachten sind. Die Beachtung der zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften aller beteiligten Rechte bedeutet einen Einbruch in den Grundsatz der freien Rechtswahl¹⁹⁵. Der Fusionsvertrag ist indes kein Rechtsgeschäft gewöhnlichen Inhalts. Zwar besitzt er durchaus schuldrechtlichen Charakter, indem er gegenseitige Rechte und Pflichten der Vertragsparteien begründet. Die Funktion des Fusionsvertrags als Instrument des Gesellschaftsrechts steht aber im Vordergrund: Sein Inhalt ist auf die Änderung gesellschaftsrechtlicher Strukturen gerichtet und hat unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsstellung Dritter, welche nicht Vertragsparteien sind. Dazu gehören insbesondere die Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Gläubigerinnen und Gläubiger und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften. Der Schutz der berechtigten Interessen Dritter rechtfertigt die Einschränkung der Parteiautonomie.

Mit der gleichen Begründung rechtfertigt sich die Sonderanknüpfung zur Bestimmung der Form des Vertrags. Im Gegensatz zu *Artikel 124 IPRG*, welcher zur Bestimmung der anzuwendenden Form entweder an das auf den Vertrag anwendbare Recht oder das Recht am Abschlussort anknüpft, verlangt *Artikel 163c Absatz 1 E-IPRG* die kumulative Anwendung der Formvorschriften der involvierten Gesellschaftsstatute. Während nach *Artikel 124 IPRG* nur die weniger strenge Form eingehalten zu werden braucht, führt *Artikel 163c Absatz 1 E-IPRG* im Ergebnis zur Beachtung des strengeren Rechts. Damit fällt ein formloser Fusionsvertrag bei einer grenzüberschreitenden Fusion unter schweizerischer Beteiligung ausser Betracht (Art. 12 Abs. 2 E FusG).

Für im Fusionsvertrag enthaltene Gegenstände typisch vertragsrechtlicher bzw. nicht gesellschaftsrechtlicher Natur können die Parteien das anwendbare Recht frei wählen (Art. 163c Abs. 2 E-IPRG), wobei natürlich die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der beteiligten nationalen Rechte beachtet werden müssen (Art. 163c Abs. 1 E-IPRG). Treffen die Parteien keine Rechtswahl, untersteht der

¹⁹⁴ Ziff. 2.2.3.4.

¹⁹⁵ S. dazu Art. 116 IPRG.

Fusionsvertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 163c Abs. 2 Satz 2 E-IPRG). Das Gesetz vermutet den engsten Zusammenhang mit dem Recht jenes Staates, dessen Rechtsordnung die übernehmende Gesellschaft untersteht (Art. 163c Abs. 2 Satz 3 E-IPRG). Diese gesetzliche Vermutung kann widerlegt werden. Diese Regelung entspricht den Grundsätzen des internationalen Vertragsrechts und trägt den schuldrechtlichen Elementen des Fusionsvertrags Rechnung.

2.2.3.3 Die grenzüberschreitende Spaltung und die grenzüberschreitende Vermögensübertragung

Artikel 163d E-IPRG Spaltung und Vermögensübertragung

Spaltung

Artikel 163d E-IPRG verzichtet auf eine Definition des Tatbestandes der grenzüberschreitenden Spaltung und verweist weitgehend auf die Vorschriften des E-IPRG zur grenzüberschreitenden Fusion, welche sinngemäss Anwendung finden. Damit folgt der Revisionsentwurf dem Fusionsgesetz; die zu regelnden Fragen sind sehr ähnlich. Ergänzend sei deshalb auf die Regelung der Spaltung im Entwurf zum Fusionsgesetz¹⁹⁶ und auf die Ausführungen zur grenzüberschreitenden Fusion¹⁹⁷ verwiesen.

Eine grenzüberschreitende Spaltung liegt vor bei einer Übertragung von Vermögensteilen einer schweizerischen Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) auf ausländische Gesellschaften (übernehmende Gesellschaften) oder von einer ausländischen Gesellschaft auf schweizerische Gesellschaften. Im Gegenzug werden ihren Gesellschafterinnen und Gesellschaftern Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft gewährt, und der Rechtsübergang der von der Spaltung erfassten Vermögensteile erfolgt *uno actu*.

Die analoge Anwendung der Vorschriften zur grenzüberschreitenden Fusion (Art. 163d Abs. 1 Satz 1 E-IPRG) führt zur Anwendung der zwingenden Vorschriften der beteiligten Gesellschaftsstatute (Art. 163a und 163b E-IPRG). Für die Emigrationspaltung werden explizit die Gesellschafterschutzbestimmungen des Fusionsrechts übernommen (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 1 E-IPRG). Auch im Übrigen gelten die zwingenden Vorschriften des schweizerischen Sachrechts (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 2 E-IPRG), wie namentlich die Bestimmungen über den Gläubiger- (Art. 45 ff. E FusG) und den Arbeitnehmerschutz (Art. 49 f. E FusG) sowie die Form- und Publizitätsvorschriften (Art. 36, 51 f. E FusG), aber auch das BewG (Art. 18 IPRG). Das Spaltungsstatut ist jedoch nicht wie bei der Fusion das Recht der übernehmenden, sondern jenes der übertragenden Gesellschaft (Art. 163d Abs. 2 E-IPRG), denn dieses Recht hat den engsten Bezug zur Spaltung. Für die von den beteiligten Rechtsordnungen nicht zwingend vorgeschriebenen Teile des Spaltungsvertrags¹⁹⁸ können die Parteien das anwendbare Recht wählen; subsidiär findet das Recht der sich spaltenden Gesellschaft Anwendung

¹⁹⁶ Art. 29–52.

¹⁹⁷ Ziff. 2.2.3.2.

¹⁹⁸ Wenn beispielsweise der sich spaltenden Gesellschaft noch die Nutzung von Immaterialgüter- oder anderen Rechten nach der Spaltung zugesichert wird.

(Art. 163d Abs. 3 E-IPRG). Bei Emigrationsspaltungen gelten die gemeinsamen Bestimmungen von *Artikel 164* und *164a E-IPRG*¹⁹⁹.

Vermögensübertragung

Artikel 163d E-IPRG regelt die grenzüberschreitende Vermögensübertragung gleich wie die Spaltung, also ohne Begriffsdefinition und mit einer Verweisung auf die Bestimmungen über die grenzüberschreitende Fusion. Wie bei der Vermögensübertragung im Binnenverhältnis geht es auch hier um die Übertragung eines Vermögens mit Aktiven und Passiven durch Universalsukzession. Im Unterschied zum Binnenverhältnis unterstehen die übertragende und die übernehmende Gesellschaft jedoch nicht dem gleichen Gesellschaftsstatut; eine Gesellschaft befindet sich praktisch also in der Schweiz und die andere im Ausland.

Wie bei der Spaltung führt die analoge Anwendung der Vorschriften zur grenzüberschreitenden Fusion (Art. 163d Abs. 1 Satz 1 E-IPRG) zur Anwendung aller zwingenden Vorschriften der beteiligten Statute (Art. 163a und 163b). Die zwingenden Vorschriften des schweizerischen Sachrechts bei einer Vermögensübertragung ins Ausland (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 2 E-IPRG) umfassen namentlich die Bestimmungen über den Gläubiger- (Art. 75 E FusG) und den Arbeitnehmerschutz (Art. 76 f. E FusG) sowie die Form- und Publizitätsvorschriften (Art. 71 und 73 E FusG), aber wie bei allen anderen Umstrukturierungstatbeständen auch international zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften wie das BewG (Art. 18 IPRG). Naturgemäss reduzieren sich die fusionsrechtlichen Gesellschafterschutzbestimmungen (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 1 E-IPRG) bei der Vermögensübertragung auf die Informationspflicht des obersten Exekutivorgans (Art. 74 E FusG). Da die schweizerische Gesellschaft auch die Vorschriften über Kapitalerschutz und Liquidation bei einer Emigration von Vermögen einzuhalten hat (Art. 69 Abs. 2 E FusG i.V.m. Art. 163d Abs. 1 und Art. 163b Abs. 2 E-IPRG), kann auf die Schutzrechte der Gläubigerinnen und Gläubiger nach *Artikel 46 E FusG* verzichtet werden (Art. 163d Abs. 1 2. Satz E-IPRG).

Im Übrigen besteht der engste Zusammenhang der grenzüberschreitenden Vermögensübertragung wie bei der Spaltung zum Recht der übertragenden Gesellschaft; es ist deshalb als Übertragungsstatut massgebend (Art. 163d Abs. 2 E-IPRG). Für die nicht zwingenden Teile des Übertragungsvertrags können die Parteien das anwendbare Recht wählen; subsidiär findet das Recht der übertragenden Gesellschaft Anwendung (Art. 163d Abs. 3 E-IPRG), welche bei der Vermögensübertragung die charakteristische Leistung erbringt²⁰⁰.

2.2.3.4 Gemeinsame Bestimmungen für Verlegung der Gesellschaft, Fusion und Spaltung

Artikel 164 E-IPRG Löschung im Handelsregister

Der geltende *Artikel 164 Absatz 1 IPRG* nennt nur die Voraussetzungen, unter denen eine schweizerische Gesellschaft, welche ins Ausland verlegt wird, im Handelsregister gelöscht werden kann. *Artikel 164 Absatz 1 E-IPRG* umfasst neu auch die

¹⁹⁹ Ziff. 2.2.3.4.

²⁰⁰ Vgl. Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG.

Fusion und die Spaltung ins Ausland und ändert die Voraussetzungen überdies inhaltlich. Der Bericht eines besonders befähigten Revisors muss bestätigen, dass die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger nach *Artikel 46 E FusG* sichergestellt oder erfüllt worden sind oder dass die Gläubigerinnen und Gläubiger mit der Löschung einverstanden sind. *Artikel 164 Absatz 1 E-IPRG* knüpft direkt an die Gläubigerschutzbestimmungen des Revisionsentwurfs an, welche für die Verlegung der Gesellschaft, für die Fusion und für die Spaltung von der Schweiz ins Ausland auf *Artikel 46 E FusG* verweisen²⁰¹. Soll eine schweizerische Gesellschaft im Handelsregister gelöscht werden, nachdem sie sich mit einer ausländischen zu einer neuen schweizerischen Gesellschaft zusammengeschlossen hat, findet *Artikel 164 Absatz 1 E-IPRG* keine Anwendung; dieser Fall richtet sich nach Artikel 15 E FusG (Art. 163a Abs. 2 E-IPRG).

Artikel 164 Absatz 2 E-IPRG widmet sich dem Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer schweizerischen Gesellschaft, welche durch Fusion oder Aufspaltung ins Ausland emigriert: Hier muss neben den Erfordernissen von *Absatz 1* auch nachgewiesen werden, dass die Fusion oder Spaltung gemäss dem auf die ausländische Gesellschaft anwendbaren Recht rechtsgültig geworden ist (Bst. a). Damit soll vermieden werden, dass eine schweizerische Gesellschaft im Handelsregister gelöscht wird, ohne dass die Bestimmungen des ausländischen Rechts berücksichtigt werden, dem die Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland nach schweizerischem internationalem Privatrecht grundsätzlich untersteht.

Zudem muss eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor bestätigen, dass die ausländische Gesellschaft den anspruchsberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der schweizerischen Gesellschaft die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eingeräumt oder eine allfällige Ausgleichszahlung oder Abfindung ausgerichtet oder sichergestellt hat (Art. 164 Abs. 2 Bst. b E-IPRG). Der Revisionsbericht hat die Angemessenheit nach den Artikeln 7 und 8 E FusG zu prüfen und sich mit den in *Artikel 15 Absatz 4 E FusG* genannten Fragen auseinanderzusetzen. Das ergibt sich aus den Verweisungen in *Artikel 163b Absatz 1 Buchstabe b E-IPRG* für die Emigrationsfusion und in *Artikel 163d Absatz 1 E-IPRG* für die Emigrationspaltung.

Artikel 164a E-IPRG Betriebsort und Gerichtsstand

Gerichtsstand der Überprüfungsklage

Bei einer Fusion oder Spaltung im Binnenverhältnis kann gemäss *Artikel 104 E FusG* jede Gesellschafterin oder jeder Gesellschafter innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Gesellschaftsbeschlusses verlangen, dass die Wahrung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte gerichtlich überprüft und eine Ausgleichszahlung festgesetzt wird. Diese Klage muss auch bei einer Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland erhoben werden können, nachdem das entsprechende materielle Recht den Gesellschafterinnen und den Gesellschaftern der übertragenden schweizerischen Gesellschaft nach *Artikel 163b Absatz 1 Buchstabe b E-IPRG* zusteht. *Artikel 104 E FusG* ist eine zwingende Vorschrift des schweizerischen Rechts im Sinn von *Artikel 163a Absatz 2 E-IPRG*.

²⁰¹ Art. 163 Abs. 2 E IPRG (Sitzverlegung); Art. 163b Abs. 3 E IPRG (Fusion); Art. 163d Abs. 1 E IPRG i.V.m. Art. 163b Abs. 3 E IPRG (Spaltung).

Im internationalen Verhältnis sind aus schweizerischer Sicht die Emigrationstatbestände kritisch. In diesen Fällen richtet sich die Überprüfungsklage nach *Artikel 104 E FusG* formell nicht gegen die schweizerische übertragende, sondern gegen die ausländische übernehmende Gesellschaft. Müsste in Ermangelung einer besonderen Zuständigkeitsregel am ordentlichen Gerichtsstand der Beklagten prozessiert werden, wäre die Klage bei einer Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland am Sitz der ausländischen Gesellschaft zu erheben. Das wäre indes nicht sachgerecht und es rechtfertigt sich, in *Artikel 164a Absatz 1 E-IPRG* gegen die ausländische Gesellschaft einen Gerichtsstand am schweizerischen Sitz der übertragenden Gesellschaft vorzusehen.

In eurointernationalen Fällen verdrängt das Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.11) die internationale Zuständigkeitsnorm von *Artikel 164a Absatz 1 E-IPRG*. Formell ist die Klage nach *Artikel 104 E FusG* eine Leistungsklage, welche gegen die übernehmende Gesellschaft im Ausland geht; grundsätzlich liegt die Zuständigkeit mithin am Sitz der übernehmenden Gesellschaft. Ob gestützt auf *Artikel 16 Ziffer 2 LugÜ* allenfalls das Gericht am Sitz der übertragenden Gesellschaft ausschliesslich zuständig ist²⁰², muss an dieser Stelle offen bleiben; die verbindliche Entscheidung darüber obliegt den zuständigen Gerichten.

Betreibungsort und ordentlicher Gerichtsstand

Eine Betreuung der Gesellschaft, welche ins Ausland verlegt wird, ist gemäss geltendem *Artikel 164 Absatz 2 IPRG* in der Schweiz möglich, bis die Gesellschafts-gläubigerinnen und -gläubiger befriedigt oder deren Forderungen sichergestellt sind. Diese Bestimmung findet auf in der Schweiz eintragungspflichtige und nicht eintragungspflichtige Gesellschaften gleichermaßen Anwendung; gerade bei den nicht eingetragenen Gesellschaften ist eine Kontrolle der Schuldentilgung nach *Artikel 164 Absatz 1 IPRG* anlässlich der Löschung nicht möglich. *Artikel 164a Absatz 2 E-IPRG* entwickelt diesen Ansatz weiter und bestimmt, dass Betreuungsort und Gerichtsstand in der Schweiz über die Löschung hinaus bestehen, bis die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger oder Anteilsinhaberinnen und Anteilsinhaber sichergestellt oder befriedigt sind. Damit werden folgende Neuerungen eingeführt: Neben dem Betreuungsort wird auch der ordentliche Gerichtsstand in der Schweiz perpetuiert.

Schliesslich gilt die Perpetuierung von Betreuungsort und Gerichtsstand nicht wie bisher nur bei der Verlegung einer Gesellschaft, sondern neu auch bei einer Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland. Im Ergebnis eröffnet *Artikel 164a Absatz 2 E-IPRG* einen Betreuungsort und einen Gerichtsstand in der Schweiz gegen die übernehmende ausländische Gesellschaft, denn mit dem Eintrag ins Handelsregister wird die Fusion bzw. Spaltung rechtswirksam und Aktiven und Passiven gehen auf die übernehmende Gesellschaft über²⁰³.

²⁰² Das Klagefundament stellt den Fusions- oder den Spaltungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft in Frage.

²⁰³ Art. 22 (Fusion) und Art. 52 (Spaltung).

Das geltende IPRG enthält keine Bestimmung, welche die Anerkennung der Umstrukturierung von Gesellschaften aus verschiedenen ausländischen Staaten regelt. Von solchen Transaktionen ohne schweizerische Beteiligung kann das schweizerische Recht berührt sein, insbesondere wenn die Berechtigung an in der Schweiz liegenden Vermögenswerten zur Diskussion steht. Weil die zwingenden Vorschriften aller beteiligten Rechte zu berücksichtigen sind, kann der Drittstaat Schweiz Verlegung, Fusion und Spaltung von Gesellschaften aus verschiedenen ausländischen Staaten nur anerkennen, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen den Vorgang als gültig anerkennen.

2.2.4 Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen

Artikel 29a Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen
und Vermögensübertragungen

Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) wurde kürzlich vom Parlament verabschiedet. Es regelt die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Zivilsachen und wird daher auch für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz anwendbar sein. Der vorgeschlagene Artikel 29a Gerichtsstandsgesetz sieht für diese Streitigkeiten eine alternative Zuständigkeit jeweils am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger vor. Dadurch wird insbesondere vermieden, dass durch Fusion, Aufspaltung oder Vermögensübertragung Gerichtsstände entzogen werden können.

2.2.5 Schweizerisches Strafgesetzbuch

Artikel 326^{ter} Übertretung firmenrechtlicher Bestimmungen

Mit einer Revision der Handelsregisterverordnung (HRegV), die am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, wurden die firmenrechtlichen Vorschriften (Art. 45 ff. HRegV) grundlegend umgestaltet und liberalisiert; namentlich wurde das besondere Bewilligungsverfahren für die Verwendung nationaler, territorialer und regionaler Bezeichnungen aufgehoben. Der Verzicht auf dieses Verfahren macht auch die Aufhebung der entsprechenden Strafbestimmung in Artikel 326^{ter} des Strafgesetzbuches erforderlich.

2.2.6 Bundesgesetz über die Stempelabgaben

Artikel 14 Absatz 1 Buchstaben b und i betreffen die Umsatzabgabe und übernehmen die unter Ziffer 1.3.9.6 erwähnten Vorschläge, wonach Umstrukturierungen nicht zur Erhebung dieser Abgabe Anlass geben sollen.

2.2.7

Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer

Die nachstehenden Erläuterungen beziehen sich nicht bloss auf die angeführten Vorschriften des DBG, sondern jeweils auf die entsprechenden, durchwegs gleich lautenden Bestimmungen des StHG.

Artikel 18 Absatz 2 regelt u.a. die Überführung von Geschäftsvermögen in das Privatvermögen. Der Entwurf zum Fusionsgesetz sieht vor, dass Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in Kapitalgesellschaften oder in Genossenschaften umgewandelt werden können. Da es sich bei der Umwandlung im Wesentlichen um eine Änderung des Rechtskleids handelt, könnte man sich fragen, wie weit die Umwandlung mit einer Übertragung von Vermögenswerten verbunden ist. Aus steuersystematischen Gründen scheint es daher angezeigt, die Überführung von Geschäftsvermögen in eine juristische Person explizit zu erwähnen, um die für die Umstrukturierungstatbestände geltenden Ausnahmen in Artikel 19 Absatz 1 festzuschreiben. Da das StHG (Art. 8 Abs. 1) den Begriff der „Privatentnahme“ nicht näher definiert, sieht der Gesetzesentwurf davon ab, eine dem geänderten Artikel 18 Absatz 2 DBG entsprechende Vorschrift im StHG zu verankern.

Artikel 19 Absatz 1, der die Umstrukturierung von Personenunternehmungen betrifft, modifiziert die geltende Regelung in folgendem Sinne:

- Gemäss *Buchstaben a und b* genügt es für die Steuerneutralität der Umstrukturierung, dass „ein Betrieb oder ein Teilbetrieb“ auf eine andere Personenunternehmung oder auf eine juristische Person übertragen wird (immer unter der Voraussetzung, dass die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und dass die bisher für die Einkommenssteuer massgeblichen Werte übernommen werden). Verzichtet wird dagegen auf das im geltenden Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c enthaltene Erfordernis, wonach „in sich geschlossene Betriebsteile“ übertragen werden und „die übernommenen Geschäftsbetriebe unverändert weitergeführt“ werden müssen. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hatte in ihrem Bericht vorgeschlagen, die Steuerneutralität der Umstrukturierung von Personengesellschaften von der Übertragung von „selbstständigen Betrieben oder Betriebsteilen“ abhängig zu machen. In Anlehnung an die Terminologie der EU (Richtlinie vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen) spricht der Entwurf nicht von „Betriebsteilen“, sondern von „Teilbetrieben“. Wird eine Vorsorgeeinrichtung gespalten, so hängt die Steuerneutralität dieses Vorganges gemäss Artikel 80 Absatz 4 BVG nicht vom Vorliegen von „Betrieben“ oder von „Teilbetrieben“ ab (vgl. Ziff. 1.3.9.5.5).
- Bei der Übertragung eines Betriebs oder eines Teilbetriebs auf eine juristische Person setzt die Steuerneutralität ferner voraus, dass die (allfällige) Gegenleistung der aufnehmenden oder umgewandelten juristischen Person die Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten einschliesst (vgl. Ziff. 1.3.9.5.1). Eine steuerneutrale Umstrukturierung kann aber auch vorliegen, wenn ein Betrieb oder ein Teilbetrieb (im Sinn einer verdeckten Kapitaleinlage) auf eine mit der Personenunternehmung verbundene juristische Person übertragen wird, ohne dass diese eine Gegenleistung zu erbringen hat, und die Differenz zwischen Aktiven und Passiven folglich auf dem Reservekonto der aufnehmenden juristischen Person verbucht wird.

- Die Bestimmung von *Buchstabe c* betrifft insbesondere Fusionen und fusionsähnliche Zusammenschlüsse. Unter fusionsähnlichen Zusammenschlüssen sind (in Übereinstimmung mit der schon erwähnten Fusionsrichtlinie der EU) Tauschgeschäfte zu verstehen, durch die eine Gesellschaft gegen Hingabe eigener Beteiligungsrechte die Mehrheitsbeteiligung an einer anderen Gesellschaft erwirbt. Sowohl bei der Fusion als auch beim fusionsähnlichen Zusammenschluss geben die Inhaber ihre Beteiligungspapiere gegen Beteiligungsrechte der übernehmenden juristischen Person ab. Bei den an der übernommenen Gesellschaft beteiligten natürlichen Personen mit Geschäftsvermögen und juristischen Personen stellt sich damit die Frage, ob ein im Zuge des Beteiligungsaustauschs erhaltener Mehrwert als steuerbarer Gewinn zu erfassen ist. Da der Beteiligungsaustausch eine zwangsläufige Folge der Umstrukturierung darstellt, wird in der Steuerpraxis die Steuerneutralität auf der Stufe der Gesellschafter in der Regel anerkannt, sofern die Umstrukturierung auf der Gesellschafterebene steuerneutral durchgeführt werden kann. Dieser Grundsatz soll nun im Gesetz explizit festgeschrieben werden. Er soll auch dann gelten, wenn Beteiligungsrechte an einer (in- oder ausländischen) Gesellschaft im Zuge einer Fusion oder eines fusionsähnlichen Zusammenschlusses gegen Beteiligungsrechte an einer ausländischen Gesellschaft ausgetauscht werden.

Artikel 19 Absatz 2 regelt die bei der Übertragung von Aktiven auf eine juristische Person zu beachtende Sperrfrist – dies im Sinn des unter Ziffer 1.3.9.5.1 bereits erwähnten objektiven Konzepts. Die Formulierung, wonach die Nachbesteuerung der stillen Reserven zu erfolgen hat, „soweit“ Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte in Missachtung der Sperrfrist veräussert werden, bringt zum Ausdruck, dass bloss eine anteilmässige Besteuerung der stillen Reserven zu erfolgen hat, wenn nicht die Gesamtheit, sondern nur ein Teil der Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte verkauft wird.

Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe g steht mit der Spaltung von juristischen Personen und der Missachtung der in Artikel 61 Absatz 1^{bis} geregelten Sperrfrist zusammen. Die Arbeitsgruppe „Steuern bei Umstrukturierungen“ hatte in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, den Vorbehalt der nachträglichen Besteuerung der Veräusserer in Artikel 61 Absatz 1 aufzunehmen. Dazu ist im Vernehmlassungsverfahren zu Recht geltend gemacht worden, dass die Einkommenssteuerfolgen in Artikel 20 explizit geregelt werden sollten. Die neue Bestimmung stellt ebenfalls klar, dass die Besteuerung nur zu erfolgen hat, wenn die im Zuge einer Spaltung erworbenen Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte zu einem ihren Nennwert übersteigenden Preis veräussert werden. Die Steuer wird im Verfahren nach den Artikeln 151–153 DBG nachträglich festgesetzt. Sie wird nicht erhoben, wenn der Nachweis erbracht wird, dass im Zeitpunkt der Spaltung keine Veräusserungsabsicht bestand. Zivilrechtlich bewirkt die Spaltung im Sinne einer umgekehrten Fusion zwar eine direkte Vermögensteilung. Steuerrechtlich liegt jedoch nach wie vor der Tatbestand vor, dass der Aktionär eine Naturaldividende vereinnahmt, die er anschliessend als Sacheinlage auf eine andere Gesellschaft überträgt. Die vorgesehene Steuerneutralität soll daher nicht Anwendung finden, wenn bereits im Zeitpunkt der Spaltung eine Verkaufsabsicht bestand. Da das StHG den Vermögensertrag (in Art. 7) nicht näher definiert, sieht der Gesetzesentwurf davon ab, eine dem neuen Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe g DBG entsprechende Bestimmung im StHG zu verankern.

Artikel 61 Absatz 1 lehnt sich in seiner gegenüber dem geltenden Recht offeneren Formulierung im Wesentlichen an Artikel 19 Absatz 1 an. Dies gilt insbesondere für die *Buchstaben b und c*. In *Buchstabe a* wird das unter Ziffer 1.3.9.5.6 bereits erwähnte Problem der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in eine Personenunternehmung, einen Verein oder eine Stiftung geregelt. Die Besteuerung soll in diesem Fall nicht auf der Stufe der Gesellschaft oder Genossenschaft, sondern auf der Ebene der Gesellschafter oder Genossenschafter erfolgen. Die Pflicht zur Versteuerung des Liquidationsüberschusses ergibt sich aus Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c DBG. Bei der Anwendung von *Buchstabe b* wird zu berücksichtigen sein, dass bei der Übertragung eines Betriebs oder eines Betriebsteils auf eine Schwestergesellschaft (Fall der vertikalen Spaltung) aus steuerlicher Sicht von einer (echten) Spaltung nur gesprochen werden kann, wenn ein Betrieb in der spaltenden Gesellschaft verbleibt.

Artikel 61 Absatz 1^{bis} regelt die für die Tatbestände der Spaltung geltende Sperrfrist, und zwar im Sinne des bereits erwähnten Konzepts. Danach findet die Steuerneutralität dann nicht Anwendung, wenn bereits im Zeitpunkt der Spaltung eine Verkaufsabsicht bestand. Von einer Verkaufsabsicht wird ausgegangen, sofern die von einer Spaltung betroffenen Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechte innerhalb von fünf Jahren zu einem über dem Nennwert liegenden Preis veräussert werden und nicht nachgewiesen wird, dass im Zeitpunkt der Spaltung keine Verkaufsabsicht bestand. Aus der vorgeschlagenen Formulierung ergibt sich, dass die (anteilmässige) Nachbesteuerung der stillen Reserven auch dann erfolgt, wenn ein Unternehmer im Anschluss an eine vertikale Spaltung nicht die Beteiligungsrechte der neu gegründeten Gesellschaft, sondern seine Beteiligung an der spaltenden (alten) Gesellschaft gegen Entgelt veräussert. In ihrer Stellungnahme zum überarbeiteten Gesetzesentwurf haben die Kantone im Zusammenhang mit der Sperrfrist auf die Probleme hingewiesen, welche sich bei den Gesellschaften stellen, deren Aktien an der Börse kotiert sind. Da die Aktionäre von Publikumsgesellschaften nicht bekannt sind, soweit ihre Beteiligung 5 Prozent nicht erreicht, wäre eine strikte Anwendung von Artikel 61 Absatz 1^{bis} aus der Sicht der Kantone mit Problemen verbunden. Auf die Situation der Publikumsgesellschaften ist auch von anderer Seite im Vernehmlassungsverfahren hingewiesen worden. Eine Sonderregelung für Publikumsgesellschaften ist jedoch aus zwei Gründen abzulehnen: Zum einen wäre es nicht rechtsgleich, wenn die Sperrfrist nur für Gesellschaften gälte, deren Aktien nicht an der Börse gehandelt werden. Zum andern ist darauf hinzuweisen, dass es sich auch bei sehr vielen Publikumsgesellschaften insoweit um personenbezogene Unternehmen handelt, als sich massgebliche Beteiligungen im festen Besitz von Investoren befinden, deren Namen gestützt auf Artikel 663c OR im Anhang zur Bilanz aufgeführt werden. Was die Handhabung der Sperrfrist angeht, können wir uns daher der Ansicht der Kantone anschliessen, wonach (im Sinn der bisherigen Praxis) die Veräusserung von kleinen, tatsächlich an der Börse gehandelten Paketen keine Steuerfolgen zeitigen soll.

Artikel 61 Absatz 2 regelt die bereits erläuterte Übertragung von wesentlichen Beteiligungen und von Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis und gestattet solche Übertragungen zu den bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werten (vgl. Ziff. 1.3.9.5.3). Für die Definition des Konzernbegriffs stützt sich der Entwurf auf Artikel 663c Absatz 1 OR. Bei der Übertragung von Beteiligungen, Betrieben oder Teilbetrieben auf inländische Konzerngesellschaften werden stille Reserven auf ein anderes Steuersubjekt übertragen. Dies führt bei der Übertragung auf eine Schwester- oder die Muttergesellschaft zu einer Verlagerung des Steuersub-

strats. Bei der Übertragung auf eine Tochtergesellschaft bewirkt der Vorgang zudem, dass für den bei einer Veräusserung realisierten Gewinn der Beteiligungsabzug geltend gemacht werden kann. Werden die übertragenen Beteiligungen, Betriebe oder Teilbetriebe innerhalb der vorgesehenen 5-jährigen Sperrfrist veräussert, wird mit Artikel 61 Absatz 2^{bis} sichergestellt, dass die Gewinnsteuer bei der übertragenen Gesellschaft anfällt. Die begünstigte juristische Person kann in diesem Fall eine als Gewinn versteuerte stille Reserve geltend machen. Diese Lösung entspricht der heutigen Praxis, wonach bei der Übertragung von Betrieben oder Teilbetrieben auf eine Tochtergesellschaft für die Gewinnsteuer eine Sperrfrist von fünf Jahren gilt (vgl. Kreisschreiben der ESTV vom 9. Juli 1998, Ziff. 2.5.3 Bst. d). Dadurch wird bereits nach geltendem Recht verhindert, dass steuerbare Kapitalgewinne in faktisch steuerfreie Beteiligungsgewinne umgewandelt werden. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass bei der Übertragung einer sog. „Neu-Beteiligung“ im Sinne von Artikel 207a Absatz 1 DBG mit anschliessender Verletzung der Sperrfrist, der Beteiligungsabzug gemäss den Artikeln 69 und 70 DBG geltend gemacht werden kann.

2.2.8 Redaktionelle Korrektur des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung

Der geltende Artikel 12 Absatz 4 StHG verweist für die Behandlung von Umstrukturierungen bei der Grundstückgewinnsteuer versehentlich auf Artikel 24 Absatz 4 statt auf Artikel 24 Absatz 3. Dieses Versehen soll durch eine entsprechende Änderung von *Artikel 12 Absatz 4* berichtigt werden.

2.2.9 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge (BVG)

Artikel 62 Absatz 3

In Übereinstimmung mit der heutigen Praxis sieht der Entwurf zum Fusionsgesetz vor, dass die Fusion und die Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen dem Erfordernis der Zustimmung der Aufsichtsbehörde unterstehen (s. Art. 95 und den Verweis in Art. 97 Abs. 3). Der Entwurf zu Artikel 62 *Absatz 3* BVG räumt dem Bundesrat die Möglichkeit ein, auf dem Verordnungsweg Bestimmungen über die aufsichtsrechtliche Genehmigung von Fusionen und Umwandlungen zu erlassen. Ferner bedarf auch die Aufsicht im Bereich von Liquidationen und Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen (Art. 23 FZG) einer genaueren Regelung. Die zu schaffenden Ausführungsbestimmungen dienen der Verbesserung der Rechtssicherheit und einer Harmonisierung der Praxis der verschiedenen Aufsichtsbehörden.

2.2.10 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen

Artikel 14

Artikel 14 *Absatz 1* des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) ermächtigt den Bundesrat, allgemein oder für einzelne Fälle erleichternde Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaftsbank in eine Aktiengesellschaft, in eine Kommanditaktiengesellschaft oder in eine GmbH aufzustellen (s. Abs. 4). Angesichts der im Fusionsgesetz vorgesehenen neuen Regelung der Umwandlung (Art. 50 ff.) kann diese Vorschrift aufgehoben werden. Die *Absätze 2–4* dieses Artikels können ebenfalls gestrichen werden, da sie bedeutungslos geworden sind.

2.2.11 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen

Artikel 9a und 42 Absatz 1

Der neue *Artikel 9a* des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG; SR 961.01) behält für Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen von Versicherungseinrichtungen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde vor. Dieses Genehmigungserfordernis ist wegen des Versicherungsschutzes notwendig; das Gleiche gilt für die Vorsorgeeinrichtungen (s. Art. 95 und 97 Abs. 3 des Entwurfs zum Fusionsgesetz).

Artikel 42 VAG wird mit einer Ermächtigung an den Bundesrat ergänzt, auf dem Verordnungsweg Ausführungsbestimmungen betreffend die Genehmigung von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen durch die Aufsichtsbehörde im Sinne von *Artikel 9a* VAG zu erlassen.

3 Auswirkungen

3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1.1 Entwurf zum Fusionsgesetz

Der Entwurf zum Fusionsgesetz hat weder für den Bund noch für die Kantone finanzielle Auswirkungen. Die Kosten, die mit der Eintragung der Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen ins Handelsregister verbunden sind, werden durch die Handelsregistergebühren gedeckt.

3.1.2 Änderungen des Steuerrechts

3.1.2.1 Auf den Bund

Bei der direkten Bundessteuer werden die vorgeschlagenen Änderungen längerfristig kaum zu bedeutende Ausfällen führen; denn die Änderungsvorschläge wollen nicht einen Besteuerungsverzicht, sondern den Aufschub der Besteuerung bis zur tatsächlichen Realisation der Unternehmensgewinne. Ein gewisser Ausfall muss da-

gegen bei der Umsatzabgabe in Kauf genommen werden. Eine zuverlässige Schätzung ist insofern schwierig, als sich sowohl die Anzahl als auch das Volumen künftiger Umstrukturierungen schwer prognostizieren lassen. Unter diesem Vorbehalt kann der bei der Umsatzabgabe zu erwartende Ausfall mit 10–20 Millionen Franken pro Jahr beziffert werden.

Beim Bund werden die vorgeschlagenen Änderungen keine personellen Konsequenzen zeitigen.

3.1.2.2 Auf die Kantone

Bei den direkten Steuern der Kantone und der Gemeinden sollten aus den vorgeschlagenen Änderungen wie beim Bund längerfristig keine Ausfälle resultieren.

Auch für die Kantone sollte insgesamt kein zusätzlicher Arbeitsaufwand entstehen.

3.2 Wirtschaftliche Folgen

3.2.1 Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns

Ein gesetzgeberisches Handeln ist aus verschiedenen Gründen unerlässlich (für weitere Einzelheiten s. Ziff. 1.2.1):

- Das Gesetz sieht für die meisten Rechtsformen keine Möglichkeit zur Fusion vor; das trifft auf Vereine, Stiftungen, Personengesellschaften (Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften) und GmbH zu. Mit einer Ausnahme gibt es auch keine gesetzlichen Grundlagen für die rechtsformüberschreitende Fusion.
- Die Umwandlung wird heute nur sehr punktuell geregelt; das geltende Recht enthält lediglich zwei Bestimmungen.
- Die Spaltung ist im Gesetz nicht vorgesehen.
- Die Übertragung eines Vermögens oder von Teilen davon kann nicht mit einem Rechtsakt vorgenommen werden; vielmehr müssen die für die einzelnen Kategorien von Vermögenswerten geltenden Formvorschriften beachtet werden.
- Es besteht keine privatrechtliche Grundlage für den Fall, dass ein Institut des öffentlichen Rechts sich in einen privatrechtlichen Rechtsträger umwandeln oder mit einem solchen fusionieren will.

Trotz der Bedürfnisse der Wirtschaft nach mehr Flexibilität fehlen heute die gesetzlichen Grundlagen für wichtige Vorgänge der Reorganisation der juristischen Unternehmensstrukturen. Diese gesetzlichen Mängel überbrückten die Handelsregisterbehörden mit einer liberalen Praxis. Diese stösst aber an ihre Grenzen. Mangel an Transparenz und grosse Rechtsunsicherheit sind die Folgen, die angesichts der wirtschaftlichen Interessen, die im Spiel sind, gravierend sind. Auch international gesehen ist das Fehlen einer gesetzlichen Regelung ein Nachteil für den Wirtschaftsstandort Schweiz. Die Notwendigkeit des gesetzgeberischen Handelns war im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf für das Fusionsgesetz daher unbestritten.

3.2.2

Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen

Gesellschaften / Unternehmen

Im Vergleich zum bisherigen Recht erleichtert die neue Regelung den Gesellschaften, ihre Strukturen an aktuelle Bedürfnisse anzupassen. Sie erweitert die Fusions- und Umwandlungsmöglichkeiten deutlich.

Die neuen Vorschriften können zu zusätzlichen Kosten für die an der Fusion oder Umwandlung beteiligten Gesellschaften führen. Diese müssen neu einen Fusions- oder Umwandlungsbericht erstellen und diesen überprüfen lassen (Art. 14 f. und 61 f.); dies ist notwendig, um die Gesellschafterinnen und Gesellschafter in angemessener Weise zu schützen (s. unten). Kleine und mittlere Unternehmen sind jedoch von dieser Pflicht befreit, wenn alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter zustimmen. Die Pflicht entfällt auch bei der erleichterten Fusion, das heisst bei der Fusion zwischen Kapitalgesellschaften, die einem gleichen Konzern angehören (Art. 23). Im Gegensatz zum geltenden Recht (s. die Art. 748 Abs. 2 und 915 Ziff. 2 OR für die Fusion zwischen Aktiengesellschaften und Genossenschaften) sieht der Entwurf zum Fusionsgesetz keine Pflicht mehr vor, das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft getrennt zu verwalten, bis ihre Gläubigerinnen und Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Damit werden Verwaltungskosten für die Gesellschaften vermieden.

Mit der Spaltung und der Vermögensübertragung stellt der Entwurf den Gesellschaften neue Rechtsinstrumente zur Verfügung. Eine Spaltung dürfte ähnliche Kosten verursachen wie eine Fusion. Was die Vermögensübertragung betrifft, so sollte sie den Gesellschaften bedeutende Kostenersparnisse erlauben, indem inskünftig eine Vielzahl von Vermögenswerten mit einem einzigen Rechtsakt übertragen werden kann. Namentlich wird es möglich sein, auf Grund einer öffentlichen Beurkundung eine Handänderung für mehrere Grundstücke vorzunehmen. Die Vermögensübertragung wird Transaktionen erlauben, die zwar wirtschaftlich gesehen schon heute möglich sind, aber ein viel aufwendigeres und kostspieligeres Verfahren voraussetzen.

Die genauen Kosten der vom Entwurf geregelten Umstrukturierungen können in allgemeiner Weise nicht festgelegt werden; vielmehr hängen sie weitgehend davon ab, welches Rechtsinstitut im Einzelfall gewählt wird. Die Gesellschaften, die sich zu einer rechtlichen Umstrukturierung entschliessen, übernehmen aber einmalige und nicht laufende Kosten. Im Übrigen machen diese Kosten nur einen Teil der durch Umstrukturierungen verursachten Gesamtkosten aus. Der Beratungsaufwand sollte auf jeden Fall reduziert werden können, da inskünftig weniger Rechtsunsicherheiten bestehen werden.

Gesellschafterinnen und Gesellschafter

Die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter und insbesondere der Personen mit Minderheitsbeteiligungen wird bei Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen im Vergleich zum geltenden Recht verbessert. Dank neuer Informationsrechte können sie in Kenntnis der Verhältnisse entscheiden. Zudem wird ihr Rechtsschutz ausgebaut.

Gläubigerinnen und Gläubiger

Der Schutz der Gläubigerrechte bei Fusionen entspricht weitgehend dem geltenden Recht. Um das Fusionsverfahren zu beschleunigen, können die Gläubigerinnen und Gläubiger jedoch erst Sicherstellung verlangen, wenn die Fusion rechtswirksam ist. Bei der Spaltung, die die Gläubigerinteressen gefährden kann, wird ein besonders ausgebauter Gläubigerschutz vorgesehen.

3.2.3 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft

Der Entwurf zum Fusionsgesetz will Umstrukturierungsverfahren weder fördern noch einschränken, sondern für eine grössere Rechtssicherheit und mehr Transparenz sorgen. Damit leistet das neue Gesetz auch einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Aus einem internationalen Blickwinkel betrachtet steigert die neue Regelung die Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Schweiz.

Die Auswirkungen der neuen Vorschriften auf den Wettbewerb, auf die Investitionstätigkeit und auf die Beschäftigungslage können nicht genau beurteilt werden. Der unmittelbare Einfluss auf diese drei Faktoren sollte jedoch gering sein. Der Entwurf zum Fusionsgesetz dürfte einen indirekten positiven Einfluss auf die Investitionstätigkeit und auf die Beschäftigungslage haben, da die Attraktivität des schweizerischen Wirtschaftsstandortes durch das neue Gesetz gesteigert wird.

Das Gesetzgebungsprojekt trägt den Anliegen der Wirtschaft auch dadurch Rechnung, dass eine zielgerichtete Anpassung des Steuerrechts vorgesehen ist. Die Vorschriften zur Steuerneutralität der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung sollen nicht allein auf das Fusionsgesetz ausgerichtet, sondern gleichzeitig präziser konzipiert werden. Fragen, bei denen dem Ermessen der Steuerbehörden bis anhin ein bedeutender Spielraum eingeräumt wurde, sollen im harmonisierten Steuerrecht des Bundes verbindlich geregelt werden. Dadurch soll die teilweise divergierende Praxis der mit dem Gesetzesvollzug betrauten kantonalen Behörden einer Vereinheitlichung zugeführt werden, damit in diesem Bereich sowohl die Rechtsgleichheit als auch die Rechtssicherheit verstärkt werden.

3.2.4 Alternative Regelungen

Rechtsstrukturen von Unternehmen zu ändern, gehört nicht zur Privatautonomie der an der Wirtschaft Beteiligten. Umstrukturierungsverfahren haben Folgen für Dritte (Personen mit Minderheitsbeteiligungen sowie Gläubigerinnen und Gläubiger) und die Übertragung einer Gesamtheit von Vermögenswerten mit einem einzigen Rechtsakt durch Spaltung oder Vermögensübertragung bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Die Festlegung der Rahmenbedingungen für Umstrukturierungen ist deshalb Aufgabe des Staates. Selbstregulierung kann hier als Alternative nicht in Frage kommen.

Auf eine detaillierte Regelung im Sinne des Entwurfs zu verzichten, ist ebenfalls keine Alternative. Namentlich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz müssen die Verfahren in einem Gesetz geregelt werden. Welche Nachteile das Fehlen klarer gesetzlicher Grundlagen birgt, zeigt das heutige Recht deutlich. Zu-

dem hätte der Status quo zur Folge, dass gewisse Fusions- und Umwandlungsverfahren wegen fehlender Rechtsgrundlage nicht durchgeführt werden könnten und dass die Spaltung und die Vermögensübertragung dem schweizerischen Recht weiterhin fremd bleiben würden.

3.2.5 Zweckmässigkeit im Vollzug

Trotz der Komplexität der Materie erleichtert der Gesetzesentwurf durch seine Form und seinen Aufbau den Zugang zu den für die betroffenen Gesellschaften wichtigen Informationen. Welche Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsverfahren zulässig sind, wird klar und abschliessend geregelt. Die Transparenz der Regelung ist somit sichergestellt.

4 Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 1999–2003 als Richtliniengeschäft angekündigt²⁰⁴.

5 Verhältnis zum europäischen Recht

5.1 Entwurf zum Fusionsgesetz

Die Europäische Union hat in der 3. Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts²⁰⁵ Rahmenbestimmungen für die nationale Regelung der Fusion von Aktiengesellschaften aufgestellt. Zudem enthält die 6. Richtlinie²⁰⁶ Rahmenbestimmungen für die Regelung der Spaltung der Aktiengesellschaften, die jedoch nur anwendbar sind, sofern das nationale Recht die Spaltung überhaupt zulässt. Dagegen gibt es im europäischen Recht, mit Ausnahme von Artikel 13 Absatz 2 der 2. Richtlinie²⁰⁷, keine speziellen Vorschriften für die Umwandlung der Rechtsform einer Gesellschaft. Die Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sind für die Mitgliedsstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) verbindlich²⁰⁸.

Auf Grund der internationalen Vernetzung der schweizerischen Wirtschaft empfiehlt es sich, das Gesellschaftsrecht unabhängig von einem Beitritt zur Europäischen Union mit dem Recht unserer Nachbarstaaten zu harmonisieren²⁰⁹. Diese Harmonisierung ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit bei grenzüberschreitenden Fusionen und Spaltungen und auf die Beteiligung ausländischer Investoren an schweizerischen Gesellschaften besonders wichtig. Die Vorgaben der Europäischen Union sind

²⁰⁴ BBl 2000 2276 ff., 2291.

²⁰⁵ 78/855/EWG; AB1 N° L 295 vom 20.10.1978, S. 36 ff.

²⁰⁶ 82/891/EWG; AB1 N° L 378 vom 31.12.1982, S. 47 ff.

²⁰⁷ 77/91/EWG; AB1 N° L 026 vom 30.1.1977, S. 1 ff. Diese Bestimmung verlangt, dass die Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten bei der Umwandlung einer Gesellschaft mit einer anderen Rechtsform in eine Aktiengesellschaft Garantien bieten muss, die denjenigen der Gründung einer Aktiengesellschaft entsprechen.

²⁰⁸ S. BBl 1992 IV 406, 697, 1492.

²⁰⁹ S. auch Groupe de réflexion „Gesellschaftsrecht“, Schlussbericht, S. 19 f., 80.

aber auch materiell gerechtfertigt und werden deshalb so weit wie möglich vom Entwurf für ein Fusionsgesetz übernommen.

Der Entwurf erfüllt die meisten Anforderungen der 3. und der 6. Richtlinien der Europäischen Union. Die Abweichungen betreffen im Wesentlichen folgende Punkte:

- die Höhe der Ausgleichszahlung (Art. 7 Abs. 2);
- die Möglichkeit einer Abfindung (Art. 8);
- die Erleichterungen zu Gunsten der KMU, wenn diese in der Form einer Aktiengesellschaft gegründet wurden (Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2, Art. 39 Abs. 2, Art. 40 und 41, Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2);
- die Wahl eines gemeinsamen Revisors oder einer gemeinsamen Revisorin durch die an der Fusion oder Spaltung beteiligten Gesellschaften (Art. 15 Abs. 1 und Art. 40);
- das Einsichtsrecht der Gesellschafter (Art. 16 und 41).

Für Einzelheiten siehe den Kommentar zu den zitierten Bestimmungen.

Im Bereich der grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Unternehmungen hat die Europäische Union bisher nicht legiferiert; es liegen seit Jahren lediglich ein Vorschlag der Kommission für eine internationale Fusionsrichtlinie²¹⁰ und ein Vorentwurf für eine Sitzverlegungsrichtlinie²¹¹ vor. Die Richtlinienvorschläge und der Revisionsentwurf für das IPRG stimmen sowohl im Grundsatz als auch in der Gestaltung im Einzelnen überein. Der Revisionsentwurf sieht bei internationalen Fusionen einzig einen strengeren Gläubigerschutz als das Binnenrecht vor, was der Richtlinienvorschlag in den EU-Ländern verhindern will; darauf wurde bereits hingewiesen²¹². Für die grenzüberschreitende Spaltung besteht noch kein Richtlinienvorschlag.

5.2 Änderungen des Steuerrechts

Die Richtlinie der Europäischen Union vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten betreffen, regelt vor allem die Fusion und die Spaltung von Kapitalgesellschaften und will die Erfassung der stillen Reserven im Fall von Umstrukturierungen vermeiden. Dabei sollen die finanziellen Interessen des Staates der einbringenden oder erworbenen Gesellschaft gewahrt bleiben; es sollen dem betreffenden Staat die stillen Reserven mithin als Steuersubstrat erhalten bleiben. Dies wird im Wesentlichen durch die Betriebstätteklausel und das Erfordernis der Fortführung der Buchwerte erreicht. Mit Bezug auf die Besteuerung der Aktionäre hält die Richtlinie fest, dass der mit einer Fusion oder einer Spaltung einhergehende Austausch von Beteili-

²¹⁰ Vorschlag vom 14. Januar 1985 für eine 10. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion, ABl. 1985 C 23, S. 11 ff.

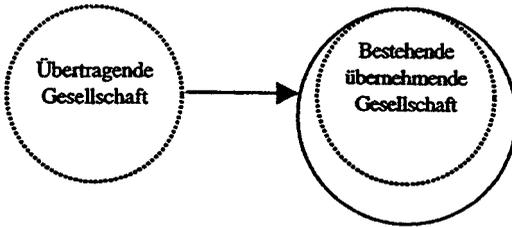
²¹¹ Vorentwurf des Vorschlags für eine 14. Richtlinie über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft massgebenden Rechts, KOM XV/6002/97 vom 20. April 1997, abgedruckt in Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1997 S. 1721 ff.

²¹² Kommentar zu Art. 163b Abs. 3 E IPRG sub Ziff. 2.2.3.2.

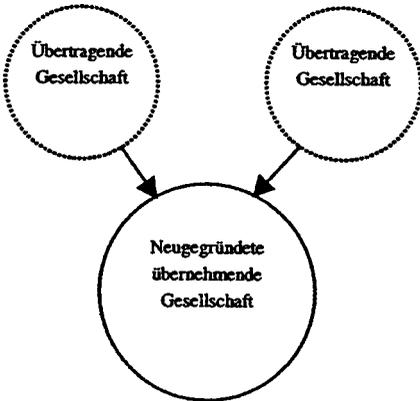
7 Schematische Darstellungen

7.1 Fusionsformen

7.1.1 Absorptionsfusion (Art. 3 Abs. 1 Bst. a)



7.1.2 Kombinationsfusion (Art. 3 Abs. 1 Bst. b)

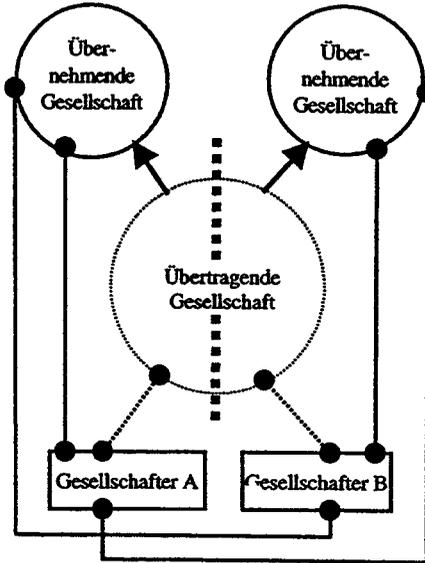


7.2

Spaltungsformen

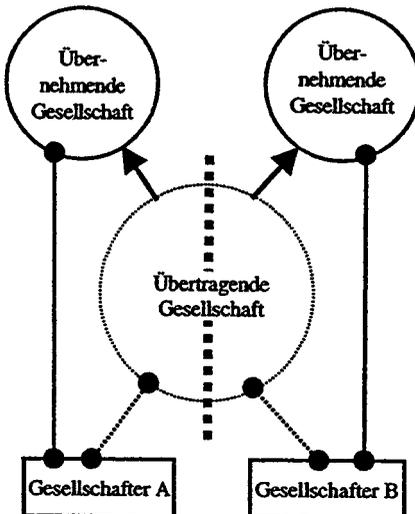
7.2.1

Symmetrische Aufspaltung



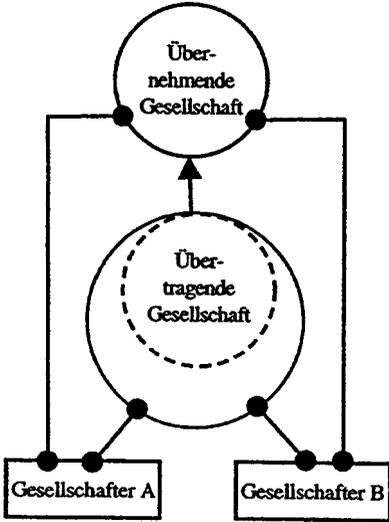
7.2.2

Asymmetrische Aufspaltung



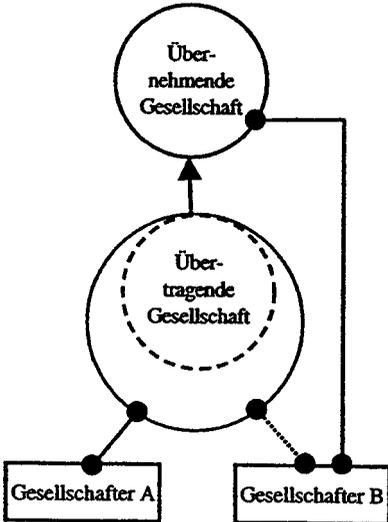
7.2.3

Symmetrische Abspaltung



7.2.4

Asymmetrische Spaltung



7.3

Zulässige Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen
und Vermögensübertragungen

7.3.1

Überblick

Darstellung der zulässigen Umstrukturierungen (Fusion, Spaltung, Umwandlung
und Vermögensübertragung)

Übernehmender Rechtsträger①												
Übertragender Rechtsträger②	EF	KG	KomG	AG	KAG	GmbH	Geno	Geno#	Verein	Stiftung	VE	
EF	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*
KG	VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*
KomG	VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	F VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*
AG	VÜ	VÜ	VÜ	F S VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
KAG	VÜ	VÜ	VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
GmbH	VÜ	VÜ	VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
Geno	VÜ	VÜ	VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
Geno#	VÜ	VÜ	VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F S U VÜ	F* U*	VÜ	VÜ	VÜ
Verein	VÜ*	VÜ*	VÜ*	F* U*	F* U*	F* U*	F* U*	F* U*	F U*	VÜ*	VÜ*	VÜ*
Stiftung	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	VÜ*	F VÜ*	VÜ*	VÜ*
VE	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	U VÜ	U VÜ	VÜ	U VÜ	F VÜ	VÜ

Legende

- ① Im Falle der Umwandlung handelt es sich um die Rechtsform nach durchgeführter Umwandlung
- ② Im Falle der Umwandlung handelt es sich um die Rechtsform vor durchgeführter Umwandlung
- F Fusion
- S Spaltung
- U Umwandlung
- VÜ Vermögensübertragung
- EF Einzelfirma
- KG Kollektivgesellschaft
- KomG Kommanditgesellschaft
- AG Aktiengesellschaft
- KAG Kommanditaktiengesellschaft
- GmbH Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- Geno Genossenschaft mit Anteilskapital
- Geno# Genossenschaft ohne Anteilskapital
- VE Vorsorgeeinrichtung
- * der Rechtsträger muss im Handelsregister eingetragen sein

7.3.2 Zulässige Fusionen

Darstellung der zulässigen Fusionen (Art. 4, 78 und 88)

Übernehmender Rechtsträger											
Übertragender Rechtsträger	KG	KomG	AG	KAG	GmbH	Geno	Geno#	Verein	Stiftung	VE	
KG	F	F	F	F	F	F	F				
KomG	F	F	F	F	F	F	F				
AG			F	F	F	F	F				
KAG			F	F	F	F	F				
GmbH			F	F	F	F	F				
Geno			F	F	F	F	F				
Geno#			F	F	F	F	F	F*			
Verein			F*	F*	F*	F*	F*	F			
Stiftung									F		
VE										F	

7.3.3 Zulässige Spaltungen

Darstellung der zulässigen Spaltungen (Art. 29)

Übernehmender Rechtsträger											
Übertragender Rechtsträger	KG	KomG	AG	KAG	GmbH	Geno	Verein	Stiftung	VE		
KG											
KomG											
AG			S	S	S	S					
KAG			S	S	S	S					
GmbH			S	S	S	S					
Geno			S	S	S	S					
Verein											
Stiftung											
VE											

7.3.4 Zulässige Umwandlungen

Darstellung der zulässigen Umwandlungen (Art. 54 und 97)

in \ von	KG	KomG	AG	KAG	GmbH	Geno	Geno#	Verein	Stiftung	VE
KG		U	U	U	U	U	U			
KomG	U		U	U	U	U	U			
AG				U	U	U	U			
KAG			U		U	U	U			
GmbH			U	U		U	U			
Geno			U	U	U					
Geno#			U	U	U			U*		
Verein			U*	U*	U*	U*	U*			
Stiftung										
VE						U	U		U	

7.3.5 Zulässige Vermögensübertragungen

Darstellung der zulässigen Vermögensübertragungen (Art. 69, 86 und 98)

Übertragender Rechtsträger \ Übernehmender Rechtsträger	EF	KG	KomG	AG	KAG	GmbH	Geno	Geno#	Verein	Stiftung	VE
EF*	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
KG*	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
KomG*	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
AG	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
KAG	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
GmbH	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
Geno	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
Geno#	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
Verein*	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
Stiftung*	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ
VE	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ	vÜ

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	4338
1 Allgemeiner Teil	4340
1.1 Ausgangslage	4340
1.1.1 Die geltende gesetzliche Regelung	4340
1.1.2 Entwicklungen in der Praxis	4341
1.2 Entstehungsgeschichte des Gesetzes	4343
1.2.1 Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	4343
1.2.2 Vorentwurf von 1997	4345
1.2.3 Vernehmlassungsverfahren	4346
1.2.3.1 Einleitung	4346
1.2.3.2 Allgemeine Beurteilung des Vorentwurfs zum Fusionsgesetz	4346
1.2.3.2.1 Grundsätzliche Zustimmung	4346
1.2.3.2.2 Hauptpunkte der Kritik	4347
1.2.3.2.2.1 Regelungsdichte	4347
1.2.3.2.2.2 Erweiterung der zulässigen Restrukturierungsmöglichkeiten	4347
1.2.3.2.2.3 Vereinfachte Verfahren für KMU	4347
1.2.3.2.2.4 Soziale Aspekte – Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen	4348
1.2.3.2.2.5 Personalvorsorgeeinrichtungen und Stiftungen	4348
1.2.3.3 Allgemeine Beurteilung des Berichts der Arbeitsgruppe «Steuern bei Umstrukturierungen»	4348
1.2.3.3.1 Allgemeines	4348
1.2.3.3.1.1 Finanzpolitische Beurteilung	4349
1.2.3.3.1.2 Unternehmenssteuerreform 1997	4349
1.2.3.3.1.3 Inkrafttreten	4349
1.2.3.3.2 Änderung des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG)	4349
1.2.3.3.2.1 Allgemeines	4349
1.2.3.3.2.2 Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen	4349
1.2.3.3.2.3 Steuerneutralität der Umstrukturierungen	4349
1.2.3.3.2.3.1 Allgemeines zur Steuerneutralität	4349
1.2.3.3.2.3.2 Selbstständige Betriebe oder Betriebsteile	4350
1.2.3.3.2.3.3 Weiterführung der betrieblichen Tätigkeit	4350
1.2.3.3.2.3.4 Gewährung von Beteiligungs- oder Mitgliedschaftsrechten als Gegenleistung der übernehmenden juristischen Person	4350
1.2.3.3.2.3.5 Neuregelung der Sperrfrist	4351
1.2.3.3.2.3.6 Gesetzliche Regelung der Spaltung von Immobilien- und Holdinggesellschaften	4351
1.2.3.3.2.3.7 Übertragung von Beteiligungen oder Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis	4351
1.2.3.3.2.3.8 Behandlung von Fusionsgewinnen und Fusionsverlusten	4351

1.2.3.3.3	Änderung des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung (StHG)	4352
1.2.3.3.3.1	Steueraufschub bei Grundstückgewinnsteuer und Handänderungssteuer	4352
1.2.3.3.3.2	Steueraufschub beim Erwerb des Holdingstatus	4352
1.2.3.3.3.3	Anpassung der kantonalen Gesetzgebungen	4352
1.2.3.3.4	Änderung des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG)	4352
1.2.3.3.5	Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG)	4352
1.2.3.3.5.1	Emissionsabgabe	4352
1.2.3.3.5.2	Umsatzabgabe	4353
1.2.3.3.6	Änderung der Mehrwertsteuerverordnung (MWSTV)	4353
1.2.4	Weiteres Vorgehen	4353
1.3	Allgemeine Bemerkungen zum Entwurf	4354
1.3.1	Ziele des Entwurfs	4354
1.3.2	Grundzüge des Entwurfs	4354
1.3.2.1	Fusion	4355
1.3.2.2	Spaltung	4355
1.3.2.3	Umwandlung	4357
1.3.2.4	Vermögensübertragung	4359
1.3.2.4.1	Geltendes Recht	4359
1.3.2.4.2	Ersetzung der Spaltungsform der Ausgliederung durch das Rechtsinstitut der Vermögensübertragung	4360
1.3.2.4.3	Grundzüge der Regelung der Vermögensübertragung	4361
1.3.2.4.4	Funktion und Verwendungszwecke der Vermögensübertragung	4362
1.3.2.5	Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen unter Beteiligung öffentlich-rechtlicher Institute	4363
1.3.3	Schaffung eines Spezialgesetzes	4363
1.3.4	Name des Gesetzes	4364
1.3.5	Übertragung der Arbeitsverhältnisse	4364
1.3.6	Information und Mitwirkung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	4365
1.3.7	Fusion, Spaltung und Umwandlung von KMU	4365
1.3.8	Verhältnis zum Kartellgesetz	4366
1.3.9	Steuerrecht	4367
1.3.9.1	Würdigung des geltenden Rechts	4367
1.3.9.2	Leitlinien für die Revision des Steuerrechts	4368
1.3.9.3	Änderungen bei den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden	4369
1.3.9.4	Verhältnis zum Zivilrecht	4370
1.3.9.5	Spezialfragen	4371

1.3.9.5.1 Umstrukturierung von Personenunternehmungen (Einzelfirmen, Personengesellschaften)	4371
1.3.9.5.2 Umstrukturierung von juristischen Personen	4373
1.3.9.5.3 Übertragung von Beteiligungen und von Betrieben im innerschweizerischen Konzernverhältnis	4374
1.3.9.5.4 Fusionsgewinn und Fusionsverlust	4375
1.3.9.5.5 Spaltung von Vorsorgeeinrichtungen	4376
1.3.9.5.6 Umwandlung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft in eine Personenunternehmung	4376
1.3.9.5.7 Ausgleichszahlungen und Nennwerterhöhungen	4377
1.3.9.5.8 Spaltung von Holding- und von Immobilien Gesellschaften	4378
1.3.9.5.9 Erwerb des Holdingstatus	4378
1.3.9.6 Stempelabgaben	4379
1.3.9.7 Handänderungssteuern	4380
1.3.9.8 Mehrwertsteuer	4381
1.4 Rechtsvergleichung	4382
1.4.1 Überblick	4382
1.4.2 Deutschland	4382
1.4.2.1 142.1 Allgemeines	4382
1.4.2.2 Fusion	4382
1.4.2.3 Spaltung	4383
1.4.2.4 Umwandlung	4383
1.4.3 Frankreich	4383
1.4.3.1 Allgemeines	4383
1.4.3.2 Fusion	4384
1.4.3.3 Spaltung	4384
1.4.3.4 Umwandlung	4385
1.4.4 Italien	4385
1.4.4.1 Allgemeines	4385
1.4.4.2 Fusion	4385
1.4.4.3 Spaltung	4386
1.4.4.4 Umwandlung	4386
2 Besonderer Teil	4387
2.1 Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen	4387
2.1.1 1. Kapitel: Gegenstand und Begriffe	4387
2.1.2 2. Kapitel: Fusion von Gesellschaften	4391
2.1.2.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	4391
2.1.2.2 2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	4400
2.1.2.3 3. Abschnitt: Kapitalerhöhung, Neugründung und Zwischenbilanz	4404
2.1.2.4 4. Abschnitt: Fusionsvertrag, Fusionsbericht und Prüfung	4406
2.1.2.5 5. Abschnitt: Fusionsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister	4417
2.1.2.6 6. Abschnitt: Erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften	4422
2.1.2.7 7. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz	4424
2.1.3 3. Kapitel: Spaltung von Gesellschaften	4429

2.1.3.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	4430
2.1.3.2	2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	4433
2.1.3.3	3. Abschnitt: Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung, Neugründung und Zwischenbilanz	4434
2.1.3.4	4. Abschnitt: Spaltungsvertrag, Spaltungsplan, Spaltungsbericht und Prüfung	4436
2.1.3.5	5. Abschnitt: Spaltungsbeschluss und öffentliche Beurkundung	4440
2.1.3.6	6. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz	4441
2.1.3.7	7. Abschnitt: Eintragung ins Handelsregister und Rechtswirksamkeit	4444
2.1.4	4. Kapitel: Umwandlung von Gesellschaften	4446
2.1.4.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	4446
2.1.4.2	2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	4449
2.1.4.3	3. Abschnitt: Gründung und Zwischenbilanz	4451
2.1.4.4	4. Abschnitt: Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht und Prüfung	4453
2.1.4.5	5. Abschnitt: Umwandlungsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister	4457
2.1.4.6	6. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz	4458
2.1.5	5. Kapitel: Vermögensübertragung	4459
2.1.5.1	1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	4459
2.1.5.2	2. Abschnitt: Übertragungsvertrag	4461
2.1.5.3	3. Abschnitt: Eintragung ins Handelsregister und Rechtswirksamkeit	4464
2.1.5.4	4. Abschnitt: Information der Gesellschafterinnen und Gesellschafter	4465
2.1.5.5	5. Abschnitt: Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz	4466
2.1.6	6. Kapitel: Fusion und Vermögensübertragung von Stiftungen	4468
2.1.6.1	1. Abschnitt: Fusion	4468
2.1.6.2	2. Abschnitt: Vermögensübertragung	4473
2.1.7	7. Kapitel: Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen	4475
2.1.7.1	1. Abschnitt: Fusion	4475
2.1.7.2	2. Abschnitt: Umwandlung	4479
2.1.7.3	3. Abschnitt: Vermögensübertragung	4479
2.1.8	8. Kapitel: Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung von Instituten des öffentlichen Rechts	4480
2.1.9	9. Kapitel: Gemeinsame Vorschriften	4485
2.1.9.1	1. Abschnitt: Ausführungsbestimmungen	4485
2.1.9.2	2. Abschnitt: Anmeldung beim Grundbuchamt	4486
2.1.9.3	3. Abschnitt: Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	4487
2.1.9.4	4. Abschnitt: Anfechtung von Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen	4489
2.1.9.5	5. Abschnitt: Verantwortlichkeit	4490
2.1.10	10. Kapitel: Übergangsbestimmung und Schlussbestimmungen	4491

2.2 Anhang Änderung bisherigen Rechts	4492
2.2.1 Obligationenrecht	4492
2.2.2 Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB)	4496
2.2.3 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)	4496
2.2.3.1 Die grenzüberschreitende Verlegung der Gesellschaft	4498
2.2.3.2 Die grenzüberschreitende Fusion	4498
2.2.3.3 Die grenzüberschreitende Spaltung und die grenzüberschreitende Vermögensübertragung	4502
2.2.3.4 Gemeinsame Bestimmungen für Verlegung der Gesellschaft, Fusion und Spaltung	4503
2.2.4 Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen	4506
2.2.5 Schweizerisches Strafgesetzbuch	4506
2.2.6 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer	4506
2.2.7 Redaktionelle Korrektur des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung	4510
2.2.8 Bundesgesetz über die Stempelabgaben	4510
2.2.9 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge (BVG)	4510
2.2.10 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen	4511
2.2.11 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen	4511
3 Auswirkungen	4511
3.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen	4511
3.1.1 Entwurf zum Fusionsgesetz	4511
3.1.2 Änderungen des Steuerrechts	4511
3.1.2.1 Auf den Bund	4511
3.1.2.2 Auf die Kantone	4512
3.2 Wirtschaftliche Folgen	4512
3.2.1 Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns	4512
3.2.2 Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen	4513
3.2.3 Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft	4514
3.2.4 Alternative Regelungen	4514
3.2.5 Zweckmässigkeit im Vollzug	4515
4 Legislaturplanung	4515
5 Verhältnis zum europäischen Recht	4515
5.1 Entwurf zum Fusionsgesetz	4515
5.2 Änderungen des Steuerrechts	4516
6 Verfassungsmässigkeit	4517
6.1 Bundeskompetenz zum Erlassen von Bestimmungen im Bereich der Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung	4517
6.2 Bundeskompetenz zum Erlassen steuerlicher Bestimmungen im Bereich der Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung	4517
7 Schematische Darstellungen	4518
7.1 Fusionsformen	4518

7.1.1 Absorptionsfusion (Art. 3 Abs. 1 Bst. a)	4518
7.1.2 Kombinationsfusion (Art. 3 Abs. 1 Bst. b)	4518
7.2 Spaltungsformen	4519
7.2.1 Symmetrische Aufspaltung	4519
7.2.2 Asymmetrische Aufspaltung	4519
7.2.3 Symmetrische Abspaltung	4520
7.2.4 Asymmetrische Spaltung	4520
7.3 Zulässige Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen	4521
7.3.1 Überblick	4521
7.3.2 Zulässige Fusionen	4523
7.3.3 Zulässige Spaltungen	4523
7.3.4 Zulässige Umwandlungen	4524
7.3.5 Zulässige Vermögensübertragungen	4524
Fusionsgesetz (Entwurf)	4531