

# **Begleitbericht**

*zum Vorentwurf*

**für ein Bundesgesetz über die Fusion,  
die Spaltung und die Umwandlung von  
Rechtsträgern  
(Fusionsgesetz)**

**November 1997**

## Übersicht

*Der Vorentwurf enthält in der Form eines Spezialgesetzes eine privatrechtliche Regelung der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung von Rechtsträgern. Die neuen Vorschriften sollen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Fusion ersetzen und wichtige Regelungslücken schliessen. Während das geltende Recht die Fusion nur für die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und die Genossenschaft regelt, soll sie inskünftig für alle Handelsgesellschaften und Genossenschaften sowie für Stiftungen und Vereine gesetzlich geordnet werden. Auch die Umwandlung wird in allgemeiner Weise und nicht nur wie bisher ausnahmsweise vorgesehen, soweit die Ausgangs- und die Zielrechtsform in ihren rechtlichen Strukturen grundsätzlich vereinbar sind. Die Umwandlung bedingt in der neuen Ausgestaltung keine Übertragung von Rechtsbeziehungen, sondern bedeutet einen blossen Rechtskleidwechsel unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen. Zusätzlich soll die Neustrukturierung von Unternehmen durch die Einführung des Rechtsinstituts der Spaltung erleichtert werden.*

*Im Rahmen der vorgesehenen Rechtsinstitute ordnet der Vorentwurf auch rechtsform- und grenzüberschreitende Vorgänge. Einbezogen werden ebenfalls die Fusion von Instituten des öffentlichen Rechts mit Rechtsträgern des Privatrechts und die Umwandlung solcher Institute in Rechtsträger mit privatrechtlicher Rechtsform.*

*Die vorgeschlagenen Instrumente zur Rechtsgestaltung dienen dem Zweck, eine grössere Beweglichkeit innerhalb der Rechtsformen zu schaffen und eine optimale rechtliche Struktur von Unternehmensträgern zu ermöglichen. Dies setzt voraus, dass die neuen vom Privatrecht angebotenen Möglichkeiten nicht durch steuerrechtliche Vorschriften behindert werden. Ergänzend zum vorliegenden privatrechtlichen Vorentwurf soll deshalb die Umstrukturierung von Unternehmen durch eine Teilrevision steuerrechtlicher Erlasse erleichtert werden.*

# 1 Allgemeiner Teil

## 11 Die geltende Rechtslage

### 111 Die gesetzliche Regelung

Die Fragen der Fusion, der Umwandlung und der Spaltung von Gesellschaften wurden von der Revision des Aktienrechts von 1991 nicht berührt. Die Vorschriften des Obligationenrechts (OR), die seit 1936 nicht geändert wurden, regeln nur die *Fusion* zwischen Aktiengesellschaften (AG) (Art. 748 f. OR), zwischen Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 3 OR) und zwischen Genossenschaften (Art. 914 OR). Die Möglichkeit einer Fusion zwischen Gesellschaften mit unterschiedlichen Rechtsformen (rechtsformüberschreitende Fusion) sieht das Gesetz lediglich für den Fall der Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer Kommanditaktiengesellschaft vor (Art. 750 und 770 Abs. 3 OR). Vorschriften bestehen ferner für die Übernahme des Vermögens von Aktiengesellschaften und Genossenschaften durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Art. 751 und 915 OR). Für Fusionen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Vereinen und Stiftungen fehlt dagegen eine gesetzliche Grundlage. Auch für die grenzüberschreitende Fusion findet sich keine gesetzliche Ordnung.

Die *Umwandlung* ist im Obligationenrecht nur für den Fall der Überführung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung geregelt (Art. 824 ff. OR). Ferner ermächtigt das Bankengesetz (SR 952.0) in Artikel 14 den Bundesrat, zur Vermeidung einer Liquidation allgemein oder für einzelne Fälle erleichternde Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaftsbank in eine Aktiengesellschaft oder Kommanditaktiengesellschaft aufzustellen. Schliesslich bestand früher für die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Handelsgesellschaft eine Verordnung des Bundesrats<sup>1</sup>, die sich auf die Übergangsbestimmungen zur Revision des Obligationenrechts von 1936 stützte<sup>2</sup>. Obwohl die Übergangsfrist bereits 1947 abgelaufen war, wurde diese Verordnung erst auf den 1. April 1966 aufgehoben<sup>3</sup>.

Das Institut der *Spaltung* von Gesellschaften ist dem schweizerischen Privatrecht unbekannt.

---

<sup>1</sup> Verordnung vom 29. Dezember 1939 über die Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften; AS 1939 1579 ff.; BS 2 681.

<sup>2</sup> Art. 4 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Bundesgesetz vom 18. Dezember 1936 über die Revision der Titel XXIV-XXXIII des Obligationenrechts; AS 1937 185 ff.

<sup>3</sup> Bundesratsbeschluss vom 1. April 1966; AS 1966 674; s. dazu auch BGE 92 I 400; GUHL/KUMMER/DRUEY, Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich 1991, S. 736.

## 112 Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung und Praxis der Handelsregisterbehörden

In der Lehre wurde früher grossmehrheitlich die Auffassung vertreten, das Gesetz regle die Fusion abschliessend<sup>4</sup>. In BGE 57 II 1 ff. erachtete das Bundesgericht demgegenüber die Fusion von Vereinen als zulässig, ohne allerdings auf die Frage der fehlenden gesetzlichen Grundlage einzugehen. In BGE 115 II 415 ff. schliesslich erlaubte das Bundesgericht die Fusion von zwei Stiftungen ausdrücklich, obgleich das Gesetz dies nicht vorsieht. Auf die Folgen, die sich aus diesem Grundsatzentscheid ergeben, trat das Bundesgericht nicht ein.

Unter Bezugnahme auf diesen Bundesgerichtsentscheid wurde daraufhin in der Literatur die Auffassung vertreten, auch die Fusion zwischen juristischen Personen mit unterschiedlichen Rechtsformen sei ohne gesetzliche Grundlage zulässig<sup>5</sup>. 1992 hatte dann das Eidg. Amt für das Handelsregister (EHRA), das bis anhin rechtsformüberschreitenden Fusionen nicht zugelassen hatte, über einen Fall zu entscheiden. Angesichts der komplexen sich stellenden Rechtsfragen gab das Bundesamt für Justiz bei Herrn Prof. Dr. iur. FRANK VISCHER, Basel, ein Gutachten in Auftrag zur Abklärung der Zulässigkeit der Fusion zwischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie der rechtsform- und der grenzüberschreitenden Fusion<sup>6</sup>. Der Experte bejahte grundsätzlich die Zulässigkeit dieser gesetzlich nicht vorgesehenen Fusionen. Er stützte sich dabei namentlich auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung bestehender gesetzlicher Vorschriften zur Fusion sowie auf eine Analyse der betroffenen Interessen und auf eine rechtsvergleichende Betrachtung<sup>7</sup>.

Ausgehend von diesem Gutachten wurde *die Praxis der Handelsregisterbehörden liberalisiert* und eine Fortentwicklung des Rechtsinstituts der Fusion eingeleitet. Heute

---

<sup>4</sup> Die gesellschaftsrechtliche Lehre sprach sich weitgehend einstimmig gegen die Zulässigkeit gesetzlich nicht vorgesehener Fusionen aus: KARL WIELAND, Handelsrecht, Bd. II, München und Leipzig 1931, S. 363; JANGGEN/BECKER, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berner Kommentar, Bern 1939, Art. 823 N 28; BÜRGI/NORDMANN, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, Zürich 1979, Vorbem. zu Art. 748-750 N 11; CHRISTOPH VON GREYERZ, SPR VIII/2, Basel 1982, S. 287 f.; WERNER VON STEIGER, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürcher Kommentar, Zürich 1965, Art. 823 N 42, Art. 826 N 2; HERBERT WOHLMANN, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, SPR VIII/2, Basel 1982, S. 439; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 6. Aufl., Bern 1989, § 14 N 78, § 16 N 60; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl., Bern 1983, § 43 N 29. Demgegenüber wurde in der Lehre zum Vereins- und Stiftungsrecht eine gesetzliche Grundlage für die Fusion als nicht erforderlich erachtet: ANTON HEINI, Das schweizerische Vereinsrecht, Basel 1988, S. 37; PEDRAZZINI/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. für Vereine in: Die Vereine, Berner Kommentar, Bern 1990, Art. 76-79 N 71 ff.

<sup>5</sup> S. MANFRED KÜNG, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, SZW 65 (1991) S. 245 ff.

<sup>6</sup> Das Gutachten wurde in SZW 65 (1993) 1 ff. publiziert (FRANK VISCHER, Drei Fragen aus dem Fusionsrecht).

<sup>7</sup> Zur Begründung im einzelnen s. SZW 65 (1993) S. 1 ff.

werden rechtsformüberschreitende Fusionen zugelassen, soweit die beteiligten Rechtsformen grundsätzlich kompatibel sind, keine Interessen der Gläubiger (direkt oder potentiell) beeinträchtigt werden, die Kontinuität der Mitgliedschaft der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gewahrt und deren Rechtsstellung nicht in relevanter Weise beeinträchtigt wird (ausser alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter haben zugestimmt). Da sich die rechtsformüberschreitende Fusion als Fusion in Verbindung mit der Umwandlung der Rechtsform der zu absorbierenden Gesellschaft verstehen lässt, hat das Eidg. Amt für das Handelsregister als Konsequenz der Praxisänderung betreffend die Fusion 1994 auch entschieden, die Umwandlung der Rechtsform von Gesellschaften unter den selben Voraussetzungen wie die rechtsformüberschreitende Fusion zuzulassen und entsprechende Handelsregistereinträge zu genehmigen<sup>8</sup>. Im Handelsregister eingetragen wurden bisher namentlich die Absorption einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch eine Aktiengesellschaft und die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>9</sup> und einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft; weiter wurde auch die Übernahme eines Instituts des öffentlichen Rechts durch eine Aktiengesellschaft und die Umwandlung eines öffentlichrechtlichen Instituts in eine Aktiengesellschaft zugelassen<sup>10</sup>.

## 12 MÄNGEL DES GELTENDEN RECHTS

Die geltende gesetzliche Ordnung der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen ist *unvollständig, wenig flexibel und teilweise mangelhaft*:

- Die *Fusion* ist im Gesetz für verschiedene Rechtsformen nicht vorgesehen. Für die rechtsformüberschreitende Fusion fehlt - abgesehen von der (in der Praxis belanglosen) Fusion einer Kommanditaktiengesellschaft mit einer Aktiengesellschaft (Art. 750 und 770 Abs. 3 OR) - jegliche gesetzliche Grundlage. Das gleiche gilt für die grenzüberschreitende Fusion.
- Die heutigen gesetzlichen Vorschriften zur Fusion sind teilweise *sachlich überprüfungsbedürftig*. So ist beispielsweise das Erfordernis, das Vermögen der fusionierenden Gesellschaften getrennt zu verwalten (Art. 748 Ziff. 2 und 914 Ziff. 2 OR,

---

<sup>8</sup> Der Entscheid des EHRA wurde losgelöst von konkreten Fällen getroffen, bevor entsprechende Umwandlungen beim Handelsregister zur Eintragung angemeldet wurden.

<sup>9</sup> Dabei ist Voraussetzung, dass die GmbH vor der Umwandlung über ein voll einbezahltes Stammkapital verfügt, da die Haftung für nicht liberiertes Kapital bei der GmbH strenger ist als bei der AG (vgl. Art. 680 mit Art. 802 OR); ist das Stammkapital bei der Umwandlung nicht voll liberiert, könnte sich aus den abweichenden Vorschriften des Aktienrechts eine Benachteiligung der Gläubiger ergeben.

<sup>10</sup> Zu den Praxisänderungen der Handelsregisterbehörden s. ROBERTO BATTEGAY, Neue juristische Wege einer Privatisierung, NZZ 17.1.1995, Christoph Bläsi, Die Umwandlung einer öffentlichrechtlichen Anstalt in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft, Jahrbuch für das Handelsregister 1995, S. 64 ff.; ROLAND VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., SZW 67 (1995) 85 ff., insbes. 89 ff.; CLEMENS MEISTERHANS, Umwandlung AG/GmbH, Jahrbuch für das Handelsregister 1995 S. 49 ff.; ders., Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, Jahrbuch für das Handelsregister 1996 S. 62 ff.; HENRY PETER, La Transformation des sociétés en droit suisse, Jahrbuch für das Handelsregister 1995 S. 30.

vgl. auch hinten den Kommentar zu Art. 25), bis alle Gläubiger befriedigt oder deren Forderungen sichergestellt sind, wenig praktikabel. Die Frage der Zulässigkeit der Fusion überschuldeter Gesellschaften ist umstritten und bedarf der Klärung.

- Zwar wird für die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft die Übernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts geregelt, doch fehlen für die heute bedeutendere Überführung von *Instituten des öffentlichen Rechts* in Rechtsformen des Privatrechts zivilrechtliche Grundlagen.
- Die *Umwandlung* der Rechtsform von Gesellschaften wird vom geltenden Recht ebenfalls nur punktuell geregelt. Das Bedürfnis nach Anpassung der Rechtsform an veränderte Umstände ist indessen gerade in unserer Zeit gross. Für die Wirtschaft sind klare gesetzliche Vorgaben für solche Umstrukturierungsprozesse von grosser Wichtigkeit.
- Die *Spaltung* von Gesellschaften ist gesetzlich nicht vorgesehen und muss - abgesehen von der Ausgliederung (zu den Begriffen hinten Ziff. 182) einer Tochtergesellschaft - als unzulässig gelten, da sie eine gesetzlich nicht vorgesehene Aufteilung des Haftungssubstrats eines Rechtsträgers zur Folge haben würde. Auch eine asymmetrische Spaltung (zu den Begriffen hinten Ziff. 182) ist ohne gesetzliche Grundlage ausgeschlossen, da den Gesellschaftern dabei bisherige Rechtsstellungen teilweise entzogen würden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für wichtige Vorgänge der Reorganisation der juristischen Unternehmensstrukturen *rechtliche Grundlagen fehlen* und dass die liberale Praxis der Handelsregisterbehörden an Grenzen stösst. Entgegen vereinzelter Auffassungen lässt sich die Erweiterung der Fusions- und Umwandlungsmöglichkeiten nämlich nur sehr beschränkt auf die *Privatautonomie* abstützen: Aufgrund der bestehenden Drittwirkungen ist die Berufung auf die Privatautonomie im Gesellschaftsrecht von vornherein nur bedingt möglich. Gerade bei der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung ist die Gefahr der Beeinträchtigung der Gläubigerrechte nicht von der Hand zu weisen. Die Berufung auf die Privatautonomie dürfte zudem bei jedem Eingriff in die Rechtsstellung der Beteiligten zum Erfordernis der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter führen, da die Privatautonomie in ihrem Kern auf der vertraglichen Vereinbarung beruht. Die Privatautonomie vermag demnach als Grundlage für eine Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nicht zu genügen. Die Zulassung neuer Gestaltungsmöglichkeiten durch die Handelsregisterbehörden beruht vielmehr auf *analoger Rechtsanwendung* und auf einer bedürfnis- und zeitgerechten *Lückenfüllung*. Viele Fragen harren aber der Klärung.

Für die rechtsformüberschreitende Fusion und die Umwandlung fehlen weitgehend gesetzliche Regelungen, die ohne weiteres analogieweise herangezogen werden könnten. Folge davon sind mangelnde Transparenz und grosse *Rechtsunsicherheiten*, was sich für den Wirtschaftsstandort Schweiz nachteilig auswirkt. Umstrukturierungsprojekte haben häufig einen enormen Beratungsaufwand zur Folge, der von kleineren Unternehmen oft nicht getragen werden kann. Die Frage der Zulässigkeit rechtsformüber-

schreitender Fusionen und Umwandlungen erweist sich zudem je nach den beteiligten Rechtsformen rechtlich als derart komplex, dass ihre Beantwortung auf Dauer nicht einfach der Praxis überlassen werden kann und darf.

Eine Zulassung der gesellschaftsrechtlichen Aufspaltung und Abspaltung ist ohne gesetzliche Grundlage trotz der bestehenden Bedürfnisse der Wirtschaft nicht möglich. Vielmehr hat der *Gesetzgeber* die erforderlichen Entscheidungen unter Abwägung aller berührten Interessen zu treffen und die für diese Vorgänge unabdingbare Rechtssicherheit durch die Formulierung klarer gesetzlicher Voraussetzungen zu schaffen. Insbesondere ist der Schutz von Gläubigern und Minderheiten sicherzustellen und vom Gesetzgeber inhaltlich zu definieren.

### **13 ZIELE DER NEUREGELUNG**

Der Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz will in einer Zeit rascher Veränderungen durch die Schaffung neuer privatrechtlicher Optionen eine *grössere Beweglichkeit in der rechtlichen Organisation von Unternehmen, Vereinen und Stiftungen* ermöglichen und dabei die erforderliche *Rechtssicherheit* und *Transparenz* gewährleisten. Die neuen Vorschriften bezwecken eine wesentliche *Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten und eine Erleichterung* der Anpassung rechtlicher Unternehmensstrukturen an aktuelle Bedürfnisse, ohne dabei die Interessen der Gläubiger und der Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter zu vernachlässigen. Gleichzeitig stellen sie eine Harmonisierung der schweizerischen Rechtsordnung mit dem Recht der Europäischen Union sicher (vgl. hinten Ziff. 192). Damit leisten sie einen wichtigen Beitrag zur *Revitalisierung der Wirtschaft*.

Mit dem Einbezug der Fusion und der Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts will der Vorentwurf auch die dringend erwünschten gesetzlichen Grundlagen für die *Überführung öffentlichrechtlicher Institute in das Privatrecht* schaffen. Die Notwendigkeit entsprechender Umstrukturierungen hat sich in jüngster Zeit namentlich bei Kantonalbanken gezeigt.

### **14 ENTSTEHUNG DES VORENTWURFS**

Im Rahmen der Verhandlungen zum Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) zu Beginn der neunziger Jahre stellte das Bundesamt für Justiz 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 ein zunehmendes Bedürfnis nach Flexibilisierung der Unternehmensstrukturen und insbesondere nach rechtsformüberschreitenden Fusionen und Umwandlungen. Das Bundesamt für Justiz beauftragte daher im Oktober 1992 Herrn Prof. Dr. iur. FRANK VISCHER, Basel, einen Expertenentwurf für eine Neuregelung der Fusion von juristischen Personen unter Einschluss des Vereins und der Stiftung zu erarbeiten. Gleichzeitig wurde der Experte beauftragt, einen Regelungsvorschlag für die Spaltung von Gesellschaften vorzulegen; später wurde der Auftrag auf die Umwandlung der Rechtsform erweitert.

Nach Abschluss der Aktienrechtsrevision setzte das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement angesichts einer Vielfalt weiterer Reformpostulate Mitte Januar 1993 eine *Groupe de réflexion* ein, die mit der Überprüfung des Handlungsbedarfs im Bereich des Gesellschaftsrechts betraut wurde. Diese Arbeitsgruppe widmete sich auch der Frage der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung von Gesellschaften. In ihrem Schlussbericht vom September 1993 kam sie zum Ergebnis, dass das schweizerische Recht die Fusion und die Änderung der Rechtsform nur unvollständig regle und sich durch mangelnde Flexibilität auszeichne<sup>11</sup>. Sie betonte den Handlungsbedarf in diesem Bereich und begrüßte die Schaffung eines neuen Gesetzes über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung. Sie erachtete es jedoch als unabdingbar, dass neben der zivilrechtlichen Neuregelung durch Modifikationen im Steuerrecht die Steuerneutralität der vorgesehenen Massnahmen gewährleistet werde<sup>12</sup>.

Entsprechend der Stellungnahme der *Groupe de réflexion* "Gesellschaftsrecht" beauftragte der Bundesrat nach Vorliegen eines ersten Entwurfs von Professor VISCHER die Eidg. Steuerverwaltung mit der Erarbeitung von Vorschlägen zur Revision des *Steuerrechts* (vgl. hinten Ziff. 17) Im übrigen wurde der privatrechtliche Vorentwurf von Professor VISCHER zusammen mit dem Eidg. Amt für das Handelsregister, das über eine reiche Erfahrung in der rechtlichen Beurteilung komplexer Fusions- und Umwandlungstatbestände verfügt, bereinigt und mit handelsregisterrechtlichen und internationalprivatrechtlichen Normen ergänzt.

## **15 SCHAFFUNG EINES SONDERGESETZES**

Aufgrund ihres Regelungsgegenstandes sind die neuen Vorschriften an sich weitgehend dem Gesellschaftsrecht zuzurechnen. Von da her gesehen wären sie deshalb ins Obligationenrecht aufzunehmen. Der Umfang der neuen Regelung steht indessen einer Einordnung ins Obligationenrecht entgegen. Im übrigen erfassen die Reformvorschläge nicht nur die Handelsgesellschaften und Genossenschaften, sondern auch die Vereine, Stiftungen und Institute des öffentlichen Rechts. Es empfiehlt sich deshalb, ein Sondergesetz zu schaffen. Infolge der inneren Geschlossenheit der Regelung stehen diesem Vorgehen auch keine rechtstechnischen Schwierigkeiten entgegen.

Die Bestimmungen über die grenzüberschreitenden Fusionen und Spaltungen sind in das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) zu integrieren.

Der präzise, aber recht lange Titel des Gesetzesentwurfs sollte mit einer Kurzbezeichnung ergänzt werden. Vorgeschlagen wird hierfür "*Fusionsgesetz*". Der ebenfalls in Erwägung gezogene Kurztitel "Strukturanpassungsgesetz" befriedigt nicht, weil damit die Gefahr der Verwechslung mit strukturpolitischen Erlassen besteht. Da kein allgemeinverständlicher Oberbegriff der zu regelnden Rechtsinstitute zur Verfügung steht, wurde

---

<sup>11</sup> Schlussbericht der *Groupe de réflexion* "Gesellschaftsrecht" vom 24.9.1993, S. 63. Der Bericht kann unter Angabe der Bestellnummer 407.020 und der Sprache (d/f) bei der Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale, 3003 Bern, bezogen werden.

<sup>12</sup> Schlussbericht, S. 67 f. und 81; vgl. auch hinten Ziff. 17.

ein Kürzel gewählt, das auf die Fusion als wichtigsten Bestandteil des Erlasses Bezug nimmt.

## **16 Verhältnis des Vorentwurfs zur Regelung des Zusammenschlusses von Unternehmen im Kartellgesetz**

Das Kartellgesetz (KG; SR 251) regelt ebenfalls den Zusammenschluss von Unternehmen und unterstellt ihn einer wettbewerbspolitischen Kontrolle (Art. 9 ff. und 32 ff.). Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes gilt namentlich auch die Fusion von zwei oder mehreren bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a). Die Regelungsziele des Kartellrechts und des vorliegenden Vorentwurfs sind jedoch verschieden. Während das Kartellgesetz für den Zusammenschluss volkswirtschaftlich bedeutender Unternehmen zur Sicherung eines funktionierenden Wettbewerbs eine inhaltlich wertende Kontrolle der Fusion unter wettbewerbspolitischen Aspekten vorsieht, bezweckt der Vorentwurf eine privatrechtliche Regelung der Fusion unter Gewährleistung eines hinreichenden Schutzes der Gläubiger und der Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter. Die Schutzziele der beiden Regelungen sind demnach unterschiedlich. Es stellt somit keineswegs einen Widerspruch dar, wenn einerseits das Kartellgesetz Fusionen verhindern will, soweit diese einen wirksamen Wettbewerb unterbinden (Art. 10 Abs. 2 Bst. a), und andererseits der Vorentwurf die rechtstechnischen Möglichkeiten der Fusion verbessern und erweitern will.

## **17 REVISION DES STEUERRECHTS**

Die Rechtsinstitute des Vorentwurfs dienen dem Zweck, eine grössere Beweglichkeit innerhalb der Rechtsformen zu schaffen und eine optimale rechtliche Strukturierung der Unternehmensträger zu ermöglichen. Das Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn die rechtliche Umstrukturierung von Unternehmen in der Praxis nicht an steuerrechtlichen Hindernissen scheitert. Sicherzustellen ist deshalb, dass Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen steuerrechtlich grundsätzlich nicht als Tatbestände der Liquidation oder der Teilliquidation erfasst werden. Auch die kantonalen Bestimmungen über die Handänderungssteuern dürfen einer rechtlichen Reorganisation von Unternehmen nicht entgegenstehen. Die Erschwerung von Umstrukturierungen liegt weder im Interesse der Wirtschaft noch der Öffentlichkeit. Vielmehr sollten die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung, soweit dies in der Sache gerechtfertigt ist, steuerrechtlich neutral sein<sup>13</sup>.

Der Bundesrat hat deshalb die Eidg. Steuerverwaltung im Januar 1995 beauftragt, unter Beizug von Vertretern kantonaler Steuerverwaltungen Vorschläge zur Änderung des Steuerrechts auszuarbeiten, welche für die im Expertenentwurf zum Fusionsgesetz vorgesehenen Massnahmen der Umstrukturierung von Unternehmen einen *Besteuerungsaufschub* ermöglichen.

---

<sup>13</sup> S. Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht", Schlussbericht, S. 67.

Die Eidg. Steuerverwaltung hat in der Folge eine Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz von Herrn Dr. CONRAD STOCKAR eingesetzt und mit der Erarbeitung von Vorschlägen zur Änderung der Bundesgesetze über die direkte Bundessteuer (DBG), über die Steuerharmonisierung (StHG), über die Stempelabgaben (StG) und über die Verrechnungssteuer (VStG) beauftragt. Diese Arbeitsgruppe hat im Juni 1996 einen umfassenden Bericht samt Revisionsvorschlägen vorgelegt.

Der Vorentwurf für eine Teilrevision der erwähnten steuerrechtlichen Erlasse ergänzt den zivilrechtlichen Vorentwurf. Beide Vorentwürfe werden deshalb zusammen zur Vernehmlassung unterbreitet. Die steuerrechtliche Behandlung der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung wird aber in einem gesonderten Bericht dargelegt und erläutert. Erst im Rahmen der Botschaft zuhanden des Parlaments sollen die beiden Vorlagen vereinigt werden.

## **18 GRUNDZÜGE DES VORENTWURFS**

Der Vorentwurf enthält eine integrale Neuregelung der Fusion und sieht neu eine allgemeine gesetzliche Ordnung der Spaltung und der Umwandlung vor. Die Regelung schliesst auch rechtsform- und grenzüberschreitende Vorgänge ein. Einbezogen wird ferner die Überführung von Instituten des öffentlichen Rechts in Rechtsformen des Privatrechts durch Umwandlung oder durch die Fusion mit einem Rechtsträger des Privatrechts (vgl. hinten Kommentar zu Art. 85 ff.).

### **181 Fusion**

Der Vorentwurf sieht eine privatrechtliche Neuregelung der Fusion vor, die an die Stelle der heutigen Vorschriften des Obligationenrechts treten soll. Während das geltende Recht die Fusion nur für die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und die Genossenschaft regelt (Art. 748 f., 770 und 914 OR), soll sie im zu schaffenden Gesetz *neu für alle Handelsgesellschaften und Genossenschaften sowie für Vereine und Stiftungen* gesetzlich vorgesehen werden. In die Regelung einbezogen werden also sowohl die im Obligationenrecht als auch die im Zivilgesetzbuch geregelten Rechtsformen, sowie die Institute des öffentlichen Rechts. Als Oberbegriff für diese verschiedenen Rechtssubjekte wird im Vorentwurf und im Begleitbericht der Ausdruck "Rechtsträger" verwendet.

Rechtsträger können fusionieren, indem der eine den andern übernimmt (Absorptionsfusion) oder indem sie sich zu einem neuen Rechtsträger zusammenschliessen (Kombinationsfusion). Mit der Fusion, die grundsätzlich gegen Gewährung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten erfolgt, erwirbt der übernehmende Rechtsträger das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers als Ganzes. Dieser wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.

Geregelt werden soll insbesondere auch die *Fusion von Rechtsträgern verschiedener Rechtsform* (d.h. beispielsweise die Fusion einer Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder mit einer Genossenschaft). Dabei gilt es Normen

zu schaffen, die der unterschiedlichen Ausgestaltung der Rechtsformen Rechnung tragen und sowohl die Gläubiger als auch Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung schützen.

Im Rahmen der Ergänzung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) wird schliesslich auch die *grenzüberschreitende Fusion* gesetzlich geordnet.

Zu erwähnen ist schliesslich noch, dass sich der Schutz der *Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* bei einer Fusion nach Artikel 333 des geltenden Obligationenrechts bestimmt. Zur Anwendung kommen weiter auch die Bestimmungen des Vorentwurfs über den Gläubigerschutz.

## 182 Spaltung

Neben der Regelung der Fusion sieht der Vorentwurf das neue Rechtsinstitut der gesellschaftsrechtlichen Spaltung vor. Unter einer *Spaltung* wird die Übertragung von Vermögensteilen eines Rechtsträgers gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an denjenigen Rechtsträgern, auf welche die Vermögensteile übergehen (übernehmende Rechtsträger) verstanden, wobei der Rechtsübergang der von der Spaltung erfassten Vermögensteilen von Gesetzes wegen erfolgt. Der Vorentwurf ermöglicht drei verschiedene Spaltungsformen:

- Bei der *Aufspaltung* wird ein Rechtsträger aufgelöst, und sein Vermögen geht in Teilen auf zwei oder mehrere andere Rechtsträger über. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des aufgespaltenen Rechtsträgers erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Rechtsträger.
- Bei der *Abspaltung* werden ein oder mehrere Teile des Vermögens eines Rechtsträgers auf andere Rechtsträger übertragen, wobei der Rechtsträger, der Vermögensteile abspaltet (übertragender Rechtsträger) im Unterschied zur Aufspaltung bestehen bleibt. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Rechtsträger, auf welche Vermögensteile übergehen (übernehmende Rechtsträger).
- Bei der *Ausgliederung* werden wie bei der Abspaltung Teile des Vermögens eines Rechtsträgers, der als solcher bestehen bleibt, auf andere Rechtsträger übertragen. Im Unterschied zur Abspaltung erhalten aber nicht die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, sondern der übertragende Rechtsträger selber Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Rechtsträger. Die Ausgliederung kann unter anderem zur Gründung einer Tochtergesellschaft verwendet werden.

Bei allen Spaltungsformen können Vermögensteile auf einen bereits bestehenden oder einen neu zu gründenden Rechtsträger übertragen werden:

- Die Spaltung mit Übertragung von Vermögensteilen auf neu zu gründende Rechtsträger wird als *Spaltung zur Neugründung* bezeichnet. Die Spaltung bein-

haltet hier die Gründung eines oder mehrerer neuer Rechtsträger, auf die Vermögensteile des übertragenden Rechtsträgers übergehen.

- Die Übertragung auf bereits bestehende Rechtsträger wird als *Spaltung zur Übernahme* bezeichnet und verbindet die Spaltung eines Rechtsträgers mit einer Art "Fusion" blosser Vermögensteile mit dem übernehmenden Rechtsträger.

Sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der Abspaltung erhalten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Rechtsträger. Für die Zuweisung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eröffnet der Vorentwurf zwei verschiedene Möglichkeiten:

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

Da das Vermögen eines Rechtsträgers aufgeteilt wird, erweist sich die Spaltung sowohl unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes als auch unter demjenigen des Schutzes der Gesellschafterinnen und Gesellschafter als weit heikler als die Fusion. Mit Ausnahme der Ausgliederung, bei welcher der übertragende Rechtsträger eine Beteiligung an den übernehmenden Rechtsträgern erhält, die wertmässig den übertragenen Vermögensteilen entspricht, setzt die Zulassung der Spaltung daher eine eingehende gesetzliche Regelung voraus. Von besonderer Bedeutung erweist sich der Schutz von Minderheitengesellschafterinnen und - gesellschaftern bei der asymmetrischen Spaltung, da hier die (indirekte) Beteiligung an den Vermögensteilen eines Rechtsträgers neu zugewiesen werden.

Der Vorentwurf will die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für die Spaltung von Rechtsträgern schaffen und einen hinreichenden Schutz der Gläubiger und der Gesellschafterinnen und Gesellschafter gewährleisten. Entsprechend den Bedürfnissen der

Rechtspraxis wird die Spaltung für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften vorgesehen<sup>14</sup>. Einbezogen wird auch die grenzüberschreitende Spaltung (VE IPRG).

Auch bei der Spaltung sind für den Schutz der Arbeitnehmer Artikel 333 des Obligationenrechts sowie die Vorschriften des Vorentwurfs über den Gläubigerschutz massgebend.

## 183 Umwandlung

Der Vorentwurf will weiter die Umwandlung der Rechtsform von Rechtsträgern ermöglichen. Die *Umwandlung* kann definiert werden als Änderung der Rechtsform eines Rechtsträgers unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen.

Im Vorentwurf ist die Umwandlung als *rechtsformändernde Umwandlung* konzipiert<sup>15</sup>. Während bei der sogenannt übertragenden Umwandlung, wie sie das geltende Recht in Artikel 824 ff. OR für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsieht, der bisherige Rechtsträger aufgelöst, ein neuer geschaffen wird und die vorbestehenden Rechtsbeziehungen auf diesen übergehen, bleibt der bisherige Rechtsträger nach dem Vorentwurf bestehen und ändert lediglich seine Rechtsform. Die Umwandlung bedingt in dieser Ausgestaltung keinerlei Rechtsnachfolge und somit auch keine Übertragungen von Rechtsbeziehungen, sondern erscheint als blosser *Rechtskleidwechsel*.

Im Gegensatz zum heutigen Gesetz sieht der Vorentwurf die Umwandlung nicht nur ausnahmsweise, sondern allgemein vor, soweit die Ausgangs- und die Zielrechtsform in ihren rechtlichen Strukturen grundsätzlich vereinbar sind. Nicht möglich ist daher insbesondere die Umwandlung einer Gesellschaft als Personenverbindung in eine Stiftung als blosse Vermögensgesamtheit. Eine entsprechende Umgestaltung setzt in der Sache zwingend eine Auflösung der Gesellschaft als solche voraus. Im Interesse einer möglichst kurzen gesetzlichen Ordnung wurde auch auf Umwandlungsmöglichkeiten verzichtet, für die in der Rechtspraxis kaum ein echtes Bedürfnis besteht.

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

- Einige Rechtsformen sehen eine persönliche Haftung der Gesellschafter vor, bei andern bleibt die Haftung dagegen auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Soweit sich aus der Umwandlung eine Veränderung der *Haftungsverhältnisse* für die Verbindlichkeiten des Rechtsträgers ergibt, muss das Gesetz die zum Schutz der Gläubiger erforderlichen Regelungen treffen.

---

<sup>14</sup> Beschränkt soll auch die Spaltung von Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform der Stiftung ermöglicht werden.

<sup>15</sup> Zu den verschiedenen möglichen Formen der Umwandlung s. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht, ZSR 113 (1994) S. 374.

- Grosse Unterschiede bestehen auch in der gesetzlichen Umschreibung der *Rechtsstellung der Gesellschafter*, so beispielsweise zwischen der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft: Während das Stimmrecht der Aktionäre sich grundsätzlich nach der Beteiligung am Aktienkapital bemisst (Art. 692 Abs. 1 OR), kommt jedem Genossenschafter nach dem Prinzip des Kopfstimmrechts in der Generalversammlung zwingend nur eine Stimme zu (Art. 885 OR). Die Aktionäre sind ausschliesslich zur Liberierung des Ausgabebetrags ihrer Aktien verpflichtet; im übrigen wird ihre Rechtsstellung durch ein Nebenleistungsverbot abgesichert (Art. 680 Abs. 1 OR). Demgegenüber können in der Genossenschaft eine beschränkte oder unbeschränkte persönliche Haftung (Art. 869 f. OR) und eine Nachschusspflicht (Art. 871 OR) in die Statuten aufgenommen werden<sup>16</sup>. Anders als für Aktionäre gilt für Genossenschafter ferner eine Treuepflicht (Art. 866 OR). Aufgrund der recht unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungen der verschiedenen Gesellschaftsformen bedingt die Zulassung der Umwandlung einen hinreichenden Schutz der Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung.

## 19 RECHTSVERGLEICHENDE HINWEISE

### 191 Recht der Nachbarstaaten

In vielen europäischen Staaten finden sich Regelungen, welche die Reorganisation der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensstrukturen erleichtern:

Für die *Bundesrepublik Deutschland* ist auf das neue Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts hinzuweisen, das am 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist. Mit der Revision des Umwandlungsrechts wurden die bisher in verschiedenen Gesetzen statuierten Vorschriften über die Fusion, die Spaltung, die Vermögensübertragung und die Umwandlung in einem Sondergesetz zusammengefasst und erweitert. Das Gesetz enthält eine umfassende und detaillierte Regelung in 324 Paragraphen mit zahlreichen Absätzen.

Im *französischen Recht* werden die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung in einer Reihe von Gesetzen geregelt, die den Code des sociétés ergänzen. Die Artikel 1844-3 und 1844-4 des Code civil stellen die Grundprinzipien für die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung auf; für den Rechtsübergang gilt dabei der Grundsatz der Universal-sukzession.

Im *italienischen Recht* regelt der Codice civile in Artikel 2498 ff. die "trasformazione della società", die "fusione della società" und die "scissione della società". Die Regelungen beruhen auf Gesetzen vom 20. November 1990 und 15. Januar 1991.

---

<sup>16</sup> Die persönliche Haftung und eine Nachschusspflicht können auch nachträglich eingeführt werden. Ein entsprechender Beschluss bedarf der Zustimmung von drei Vierteln sämtlicher Genossenschafter (s. Art. 889 OR).

Gesamthaft kann festgestellt werden, dass die erwähnten ausländischen Rechtsordnungen sich durch eine grössere Flexibilität bezüglich Umstrukturierungen von Unternehmen und eine grössere Rechtssicherheit als das geltende schweizerische Recht kennzeichnen.

## 192 Recht der Europäischen Union

Die Europäische Union (EU) hat in der 3. Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts<sup>17</sup> Rahmenvorschriften für die landesrechtliche Regelung der Fusion vorgegeben. Die 6. Richtlinie<sup>18</sup> enthält zudem Rahmenvorschriften für die Regelung der Spaltung, die allerdings nur anwendbar sind, sofern das Landesrecht die Spaltung von Gesellschaften überhaupt zulässt. Regelungen zur Umwandlung der Rechtsform bestehen im Recht der EU nicht.

Die Richtlinien auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sind auch für die Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) massgebend<sup>19</sup>.

Die geltende schweizerische Regelung der Fusion ist im Vergleich mit der Ordnung der 3. Richtlinie - und den Regelungen in unseren Nachbarstaaten - fragmentarisch und lückenhaft. Das Fehlen des Rechtsinstituts der Spaltung im schweizerischen Recht weist rechtsvergleichend auf einen Nachteil gegenüber der Rechtsordnung der EU-Staaten hin.

Aufgrund der Internationalität wirtschaftlichen Handelns ist eine Harmonisierung des Gesellschaftsrechts mit den Vorschriften unserer Nachbarstaaten auch unabhängig von der Frage der Integration der Schweiz in Europa sachlich sinnvoll<sup>20</sup> und für die Rechtsicherheit bei grenzüberschreitenden Vorgängen, aber auch für die Beteiligung ausländischer Investoren an schweizerischen Unternehmen von Bedeutung. Dies gilt in besonderem Mass ebenfalls für die Regelung der Fusion und der Spaltung. Da die Rahmenvorschriften der EU in den beiden erwähnten Richtlinien sachgerecht erscheinen, sind sie bei der schweizerischen Neuregelung nach Möglichkeit zu beachten.

Der Vorentwurf erfüllt grundsätzlich die Vorgaben der 3. und 6. EG-Richtlinie. Wo dies in einzelnen Punkten aus sachlichen Gründen nicht der Fall ist, wird im Kommentar zu den entsprechenden Bestimmungen darauf hingewiesen.

---

<sup>17</sup> 78/855/EWG; ABl. Nr. L 295 vom 20.10.1978, S. 36 ff. (Beilage zum Begleitbericht).

<sup>18</sup> 82/891/EWG; ABl. Nr. L 378 vom 31.12. 1982, S. 47 ff. (Beilage zum Begleitbericht).

<sup>19</sup> S. BBl. 1992 IV A 406 ff., BBl. 1992 IV B 697, 1492 ff.

<sup>20</sup> S. auch Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht", S. 19, 80.

## 2 Besonderer Teil

### 21 Erläuterung der einzelnen Bestimmungen des Fusionsgesetzes

#### 1. Kapitel: Gegenstand und Definitionen

##### Art. 1 Gegenstand

Absatz 1 nennt die Vorgänge, die vom Vorentwurf geregelt werden: die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung. Jeder dieser Vorgänge wird anschliessend in einem eigenen Kapitel behandelt. Absatz 1 zählt ferner die privatrechtlichen Rechtsformen auf, welche von den Regelungen des Vorentwurfs erfasst werden.

Absatz 2 betrifft die Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts an Fusionen oder Umwandlungen. Man beachte dazu die Ausführungen zu Artikel 2 Buchstabe c und zu Artikel 85 ff.

##### Art. 2 Begriffe

Der Vorentwurf regelt die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Rechtsträger. Es erweist sich in der Folge als notwendig, eine Reihe von Begriffen zu definieren, um den Text des Vorentwurfs zu straffen und eine von der Rechtsform unabhängige Terminologie vorzugeben. Artikel 2 definiert folgende Begriffe:

- *Rechtsträger* (Bst. a). Der Vorentwurf führt den Begriff des "Rechtsträgers" ein, der bereits im deutschen Recht als Oberbegriff verwendet wird. Dieser Ausdruck steht als abstrakte Bezeichnung für die Gesamtheit aller Rechtsformen, die von den Vorschriften des Vorentwurfs erfasst werden. Als Rechtsträger gelten demnach Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen sowie die Institute des öffentlichen Rechts gemäss Artikel 2 Buchstabe c.
- *Kapitalgesellschaften* (Bst. b). Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung werden entsprechend der von der Lehre verwendeten Terminologie unter den Oberbegriff "Kapitalgesellschaften" subsumiert.
- *Institute des öffentlichen Rechts* (Bst. c). Institute des öffentlichen Rechts können ebenfalls Rechtsträger im Sinne des Vorentwurfs sein. Diese offene Formulierung wurde gewählt, um alle Formen von Instituten des öffentlichen Rechts einzubeziehen, namentlich die Körperschaften und die Anstalten, die von der Lehre teilweise unterschiedlich umschrieben werden. Um als Rechtsträger im Sinne des Fusionsgesetzes gelten zu können, müssen Institute des öffentlichen Rechts organisatorisch verselbständigt sein. Dieses Kriterium wurde gewählt, da es einem Institut des

öffentlichen Rechts nur möglich ist, an einer Fusion oder Umwandlung teilzunehmen, wenn es von der Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts (Bund, Kanton oder Gemeinde), der es zugehört, abgetrennt werden kann. Die geforderte organisatorische Selbständigkeit hängt nicht unbedingt davon ab, ob das Institut des öffentlichen Rechts über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Ein Institut des öffentlichen Rechts, dem zwar keine Rechtspersönlichkeit zukommt, das jedoch organisatorisch verselbständigt ist, kann an einer Fusion oder Umwandlung gemäss Art. 85 ff. teilnehmen.

- *Gesellschafterinnen und Gesellschafter* (Bst. d). Dieser Oberbegriff umfasst jede Form der Beteiligung an einer Gesellschaft oder an einem Verein, die Mitgliedschaftsrechte verleiht, und dies unabhängig davon, ob die Mitgliedschaft in einem Anteilschein verkörpert ist oder nicht. Gesellschafterinnen und Gesellschafter im Sinne des Vorentwurfs sind insbesondere die Anteilsinhaberinnen und -inhaber (s. Art. 2 Bst. e), die Gesellschafterinnen und Gesellschafter von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften, die Genossenschafterinnen und Genossenschafter ohne Anteilscheine und die Mitglieder von Vereinen.
- *Anteilsinhaberinnen und -inhaber* (Bst. e). Dieser Begriff umfasst die Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit Anteilscheinen, im einzelnen: die Inhaberinnen und Inhaber von Aktien, Partizipationsscheinen oder Genussscheinen, die Gesellschafterinnen und Gesellschafter von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die Genossenschafterinnen und Genossenschafter mit Anteilscheinen.
- *Generalversammlung* (Bst. f). Generalversammlung ist der Oberbegriff für die höchsten Organe der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Genossenschaft und des Vereins. Kollektiv- und Kommanditgesellschaften weisen demgegenüber kein vergleichbares Organ auf.
- *Vorsorgeeinrichtungen* (Bst. g). Dieser Begriff umfasst alle Einrichtungen, die der Aufsicht nach Artikel 61 ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen und Invalidenvorsorge (BVG)<sup>21</sup> unterstellt sind. Einbezogen werden demnach sowohl registrierte Vorsorgeeinrichtungen im Sinne des BVG als auch Personalfürsorgestiftungen nach Artikel 89<sup>bis</sup> des Zivilgesetzbuches<sup>22</sup> (s. Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB), nicht jedoch sogenannte Annex-Einrichtungen der 2. Säule (z.B. Anlage-, Finanzierungs- und Freizügigkeitsstiftungen), reine Arbeitnehmerstiftungen, Stiftungen für Selbständigerwerbende und Stiftungen der Säule 3a.

---

<sup>21</sup> SR 831.40

<sup>22</sup> SR 210

## **2. Kapitel: Fusion**

### **1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen**

#### **Art. 3 Grundsatz**

Die Fusion kann definiert werden als die rechtliche Vereinigung von zwei oder mehreren Rechtsträgern durch Vermögensübernahme ohne Liquidation, wobei den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Rechtsträger in der Regel Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger eingeräumt werden. Der übertragende Rechtsträger wird aufgelöst, und die Gesamtheit seines Aktiv- und Passivvermögens geht durch Universalsukzession auf den übernehmenden Rechtsträger über.

Der Vorentwurf übernimmt die beiden Fusionsformen, die in Artikel 748 und 749 des geltenden Obligationenrechts vorgesehen sind:

- Bei der Absorptionsfusion werden ein oder mehrere Rechtsträger aufgelöst, wobei deren Vermögen auf einen bestehenden Rechtsträger übergehen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a).
- Bei der Kombinationsfusion werden zwei oder mehrere Rechtsträger aufgelöst, wobei deren Vermögen auf einen neu geschaffenen Rechtsträger übergehen (Art. 3 Absatz 1 Bst. b).

Diese beiden Fusionsformen werden grundsätzlich gleich geregelt, wenn auch gewisse Vorschriften nur die eine oder die andere Form betreffen (s. insbesondere Art. 9, 10, 13 Bst. a und 14 Abs. 3). Dazu sei angemerkt, dass der Ausdruck "übernehmender Rechtsträger" im Vorentwurf sowohl bestehende (bei der Absorptionsfusion) als auch neu geschaffene Rechtsträger (bei der Kombinationsfusion) umfasst. Die Verwendung eines einzigen Begriffs zur Bezeichnung der Rechtsträger, auf welche die Vermögen der aufgelösten Rechtsträger übergehen, dient dazu, den Gesetzestext zu straffen und zu vereinfachen.

Im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 748 Ziff. 7 und 914 Ziff. 7 OR) ist vorgesehen, dass der übertragende Rechtsträger zeitgleich mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht wird (Art. 3 Abs. 3 in fine). Dazu wird auf die Ausführungen zu Artikel 20 verwiesen.

Der Vorentwurf sieht sowohl die Fusion zwischen Rechtsträgern der gleichen Rechtsform als auch zwischen Rechtsträgern verschiedener Rechtsform (rechtsformüberschreitende Fusion) vor. Für die rechtsformüberschreitende Fusion ist allerdings der Rahmen von Artikel 4 zu beachten. Sie kann grundsätzlich mit Mehrheitsbeschluss (Art. 18) erfolgen. Den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern steht demnach kein uneingeschränktes Recht auf Beibehaltung der Rechtsform des Rechtsträgers zu. Dagegen ist die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter erforderlich, wenn eine rechtsformüberschreitende Fusion zur Folge hat, dass den Gesellschafterin-

nen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers eine Nachschusspflicht oder eine persönliche Haftung erwächst (Art. 18 Abs. 1 Bst. b und Abs. 4).

Nach herrschender Lehre ist die Übertragung von Vermögen gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten ein Begriffselement der Fusion. Die 3. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (78/855/EWG) geht ebenfalls von dieser Annahme aus. Das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft wird, mit Bezug auf die Aktiengesellschaft, vor allem als Schutz der Aktionärinnen und Aktionäre aufgefasst. Es ist daher verwunderlich, dass dieses Prinzip im geltenden Recht zur Fusion von Aktiengesellschaften (Art. 748 OR) nicht ausdrücklich vorgesehen ist, sondern im Gesetz lediglich die Übernahme der Aktiven und Passiven erwähnt wird. Zwar müssen gemäss Art. 748 Ziff. 8 OR die zur Abfindung bestimmten Aktien der übernehmenden Gesellschaft den Aktionären der aufgelösten Gesellschaft nach Massgabe des Fusionsvertrages ausgehändigt werden, jedoch ist umstritten, ob hiermit das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte als zwingende Bedingung der Fusion aufgestellt wird (siehe ROBERT MEIER, Barabgeltung bei Fusionen, in: Festschrift PETER FORSTMOSER, Zürich 1993, S. 131 ff.).

Der Vorentwurf geht davon aus, dass das Recht auf Kontinuität der Mitgliedschaft nicht ohne 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 (Art. 3 Abs. 2, 2. Satz, der auf Art. 8 verweist). Sofern alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zustimmen, kann sogar ganz auf die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten verzichtet werden (s. Art. 8 Abs. 2 und 18 Abs. 5). Bei der Fusion von Stiftungen ist das Erfordernis der Kontinuität der Mitgliedschaft aus sachlichen Gründen ohne Bedeutung.

#### **Art. 4            Zulässige Fusionen**

Gemäss Art. 4 können grundsätzlich alle Formen von Handelsgesellschaften sowie Genossenschaften, Vereine und Stiftungen an Fusionen teilnehmen. Einzelfirmen sind hiervon jedoch ausgeschlossen, da sie über kein selbständiges Vermögen verfügen.

## Darstellung der Fusionsmöglichkeiten nach Artikel 4:

### Fusion

mit (übernehmender Rechtsträger) von (übertragender Rechtsträger)	Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Genossenschaft mit Anteilscheinen	Genossenschaft ohne Anteilscheine	Verein	Stiftung	Vorsorgeeinrichtung
Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	Art. 4 Abs. 2 Bst. a	Art. 4 Abs. 1 Bst. c Art. 4 Abs. 2 Bst. b						
Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft		Art. 4 Abs. 1 Bst. a		Art. 4 Abs. 1 Bst. b				
Gesellschaft mit beschränkter Haftung		Art. 4 Abs. 1 Bst. a		Art. 4 Abs. 1 Bst. b				
Genossenschaft mit Anteilscheinen		Art. 4 Abs. 3 Bst. b		Art. 4 Abs. 3 Bst. a				
Genossenschaft ohne Anteilscheine		Art. 4 Abs. 3 Bst. b		Art. 4 Abs. 3 Bst. a	Art. 4 Abs. 3 Bst. d Art. 4 Abs. 4 Bst. c			
Verein				Art. 4 Abs. 3 Bst. c Art. 4 Abs. 4 Bst. b	Art. 4 Abs. 4 Bst. a			
Stiftung							Art. 4 Abs. 5	
Vorsorgeeinrichtung								Art. 4 Abs. 6

- *Kapitalgesellschaften* (Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung) wird die Möglichkeit zur Fusion am umfassendsten eingeräumt. Sie können unter sich oder mit einer Genossenschaft fusionieren und durch Fusion auch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft übernehmen.
- *Kollektiv- und Kommanditgesellschaften* können mit anderen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften fusionieren oder von Kapitalgesellschaften übernommen werden. Umgekehrt wird die Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft ausgeschlossen. Diese Regelung ist durch die bestehenden Strukturunterschiede zwischen den Gesellschaftsformen mit Rechtspersönlichkeit und den Personengesellschaften bedingt. Das französische Recht lässt zwar entsprechende Fusionen zu, doch dürfte dies darauf beruhen, dass Kollektiv- und Kommanditgesellschaften in Frankreich die volle Rechtspersönlichkeit zukommt (s. Art. 1842 des Code des sociétés, Code civil). Würde die Absorption einer Kapitalgesellschaft durch eine Personengesellschaft im schweizerischen Recht ebenfalls ermöglicht, liessen sich die Vorschriften über die Liquidation von

Kapitalgesellschaften durch eine Fusion mit einer Personengesellschaft und deren anschliessende Auflösung leicht umgehen.

- *Genossenschaften* können unter sich oder mit einer Kapitalgesellschaft fusionieren und einen Verein übernehmen. Eine Genossenschaft ohne Anteilscheine kann zudem von einem Verein übernommen werden, dies jedoch nur, wenn sie einen ideellen Zweck verfolgt. Umgekehrt ist die Übernahme einer Genossenschaft durch einen Verein ausgeschlossen, wenn sie über ein Genossenschaftskapital verfügt. Dessen Funktion könnte in der Rechtsform des Vereins nicht gewahrt werden.

Die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft sollte nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Da die Stellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter in diesen beiden Rechtsformen jedoch vollkommen verschieden ist und die ehemaligen Aktionärinnen und Aktionäre in einer Genossenschaft zu Leistungen verpflichtet werden können, die nach Aktienrecht ausdrücklich unzulässig sind, ist für den Fusionsbeschluss die Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre erforderlich. Dies gilt sinngemäss auch für die Übernahme einer Kommanditaktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch eine Genossenschaft (Art. 18 Abs. 1 Bst. b).

Auch die Übernahme einer Genossenschaft durch eine Kapitalgesellschaft ist infolge der bestehenden rechtlichen Unterschiede zwischen beiden Rechtsformen nicht unproblematisch. Gewisse Übereinstimmungen bestehen allenfalls, wenn die Genossenschaft über ein Genossenschaftskapital verfügt. Es wäre daher denkbar, die Absorption einer Genossenschaft durch eine Kapitalgesellschaft nur in diesem Fall zuzulassen. Dadurch würden Umstrukturierungen bei Genossenschaften ohne Genossenschaftskapital jedoch erheblich erschwert; so wäre beispielsweise die Fusion einer Versicherungsgenossenschaft ohne Genossenschaftskapital mit einer Versicherungsaktiengesellschaft ausgeschlossen.

- *Vereine* können unter sich fusionieren, oder von einer Genossenschaft übernommen werden. Die Absorption einer Genossenschaft durch einen Verein wird nur unter der Voraussetzung vorgesehen, dass die Genossenschaft über kein Genossenschaftskapital verfügt, da die Rechtsstellung der Genosschafterinnen und Genosschafter mit Anteilscheinen in einem Verein nicht unverändert weiterbestehen könnte. Umgekehrt ist die Übernahme eines Vereins durch eine Genossenschaft unabhängig vom Bestehen eines Genossenschaftskapitals möglich. Diese Regelung wird namentlich die rechtliche Reorganisation unter Vereinen ermöglichen, die nicht ausschliesslich eine ideelle Zielsetzung verfolgen, sondern auch eine wirtschaftliche Tätigkeit aufweisen.
- *Stiftungen* können nur unter sich fusionieren. Diese Einschränkung der Fusionsmöglichkeiten erklärt sich durch die fundamentalen Unterschiede im juristischen Aufbau von Körperschaften als Personenverbindungen (Gesellschaften, Vereine) und Anstalten als Zweckvermögen (Stiftung). Eine Ausnahme findet sich jedoch in

Artikel 4 Absatz 6, der Fusionen zwischen Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform der Stiftung und der Genossenschaft zulässt.

Die Fusion von Stiftungen ist nur unter qualifizierten Bedingungen zulässig: Der Zweck der an der Fusion beteiligten Stiftungen muss identisch oder zumindest ähnlich sein; die Fusion muss sich überdies im Hinblick auf das Erreichen des Stiftungszwecks als förderlich erweisen (Art. 4 Abs. 5; s. dazu auch die Erläuterungen zu Art. 32).

- *Vorsorgeeinrichtungen* in der Rechtsform der Genossenschaft oder der Stiftung können miteinander fusionieren, sofern der bisherige Zweck gewahrt bleibt. Diese Regelung dient der Erleichterung der Konzentration von Vorsorgeeinrichtungen. Nimmt eine Vorsorgeeinrichtung in der Rechtsform eines Instituts des öffentlichen Rechts an der Fusion teil, so sind die besonderen Vorschriften der Artikel 85 ff. anwendbar.
- *Institute des öffentlichen Rechts* können nach Massgabe der besonderen Vorschriften des 5. Kapitel des Vorentwurfs (Art. 85 ff.) an einer Fusion mit einem Rechtsträger des Privatrechts teilnehmen. Vorgesehen ist jedoch nur die Übernahme eines Instituts des öffentlichen Rechts durch eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung. Der umgekehrte Fall der Absorption eines privatrechtlichen Rechtsträgers durch ein Institut des öffentlichen Rechts (Nationalisierung/Kantonalisierung) wird vom Vorentwurf nicht vorgesehen. Aktiengesellschaften und Genossenschaften können ihr Vermögen jedoch schon nach geltendem Obligationenrecht durch Universalsukzession auf eine Körperschaft des öffentlichen Rechts übertragen (Art. 751 und 915 OR).

Die Bestimmung der Rechtsträger, die an Fusionen teilnehmen können, stellt sowohl rechtspolitische wie gesetzestechnische Fragen. Wenn man den Umfang des zukünftigen Fusionsgesetzes so knapp wie möglich halten will und wenn den unterschiedlichen Grundstrukturen der bestehenden Gesellschaftsformen dennoch hinreichend Rechnung getragen werden soll, drängt es sich auf, die Fusionsmöglichkeiten auf diejenigen Fälle zu beschränken, für welche tatsächlich ein ausgewiesener Bedarf besteht. Ferner können die Fusionsmöglichkeiten mit einem freizügigen Umwandlungsrecht (4. Kapitel des Vorentwurfs) indirekt auch dadurch erweitert werden, dass in der Praxis vor der Fusion eine Umwandlung vorgenommen wird (z.B. kann sich eine Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft umwandeln, bevor sie durch Fusion eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung übernimmt). Die Enumerationsmethode (an Stelle einer Generalklausel) bietet eine grössere Rechtssicherheit und entspricht den Rechtsordnungen unserer Nachbarstaaten.

### **Art. 5            Fusion eines Rechtsträgers in Liquidation**

Artikel 5 des Vorentwurfs entspricht inhaltlich Artikel 3 Absatz 2 der dritten EG-Richtlinie. Ein Rechtsträger in Liquidation kann in den Schranken von Artikel 4 auf dem Wege der Fusion übernommen werden, wenn mit der Vermögensteilung noch nicht

begonnen wurde. Ein Rechtsträger in Liquidation kann hingegen keinen anderen Rechtsträger übernehmen, selbst dann nicht, wenn sich auch jener in Liquidation befindet.

Diese Vorschrift kommt nicht zur Anwendung, wenn der Rechtsträger infolge Nachlassliquidation oder Konkurs liquidiert wird. Eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor hat dem Handelsregisteramt zu bestätigen, dass mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen wurde (Art. 5 Abs. 2).

### **Art. 6            Fusion von Rechtsträgern im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung**

In der Praxis wird eine Fusion manchmal mit dem Zweck durchgeführt, den Konkurs eines an der Fusion beteiligten Rechtsträgers zu verhindern. Dieses Vorgehen wird namentlich dann gewählt, wenn die fusionierenden Rechtsträger von der gleichen Person beherrscht werden oder zum gleichen Konzern gehören.

Durch eine entsprechende "Sanierungsfusion" können die Interessen der Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers gefährdet werden. Der übernehmende Rechtsträger kann nämlich durch die Fusion mit einer überschuldeten Gesellschaft selbst in Schwierigkeiten geraten. In diesem Fall erweisen sich die allgemeinen Bestimmungen zum Gläubigerschutz (Art. 25 und 26) als ungenügend. Auch die vom geltenden Recht (Art. 748 Ziff. 2 OR) vorgesehene getrennte Verwaltung des Vermögens der fusionierenden Gesellschaften vermag die Gläubiger nicht effizient zu schützen.

Man könnte in Erwägung ziehen, die "Sanierungsfusion" generell zu untersagen. Mit einem allgemeinem Verbot würden indessen auch Fusionen, die sich nach den Umständen durchaus als sinnvoll erweisen, verunmöglicht. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, den an einer Fusion beteiligten Gläubigern das Recht einzuräumen, ohne weitere Erfordernisse Sicherheiten zu verlangen. Eine allgemeine Pflicht zur Sicherstellung würde jedoch dem von Artikel 25 vorgesehen System des nachträglichen Gläubigerschutzes (vergleiche die Ausführungen zu dieser Vorschrift) kaum gerecht. Ausserdem könnte die Pflicht zur Sicherstellung der Forderungen sämtlicher Gläubiger je nach den Umständen eine unverhältnismässige Massnahme darstellen, so etwa bei der Übernahme eines kleinen Unternehmens, welches der Sanierung durch eine grössere Gesellschaft bedarf.

Nach dem Vorentwurf sind "Sanierungsfusionen" zulässig, wenn qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sind: Übertragende oder übernehmende Rechtsträger, deren Aktien- (Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft), Stamm- (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) oder Genossenschaftskapital (Genossenschaft) und deren gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet sind, können nur fusionieren, wenn die anderen an der Fusion beteiligten Rechtsträger über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügen. Da das frei verwendbare Eigenkapital - im Gegensatz zum gebundenen - nicht zwingend zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung steht, werden

deren rechtlich geschützte Interessen durch die vorgeschlagene Regelung nicht beeinträchtigt. Die massgebenden Schwellenwerte für die Beurteilung der Zulässigkeit einer "Sanierungsfusion" ergeben sich aus Artikel 725 Absatz 1 des Obligationenrechts (Kapitalverlust und Überschuldung), wobei die entsprechende Regelung des neuen Aktienrechts in der vorliegenden Frage auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (s. Art. 817 Abs. 1 OR) und die Genossenschaft mit Anteilscheinen (s. Art. 903 Abs. 3 OR) herangezogen wird. Bei der Beurteilung der Gefährdung der Interessen der Gläubiger muss ebenfalls der Möglichkeit des Rangrücktritts von Gesellschaftsgläubigern (Art. 725 Abs. 2 OR) Rechnung getragen werden. Für Rechtsträger, die über kein festes oder variables Kapital verfügen (Personengesellschaften, Genossenschaft ohne Anteilscheine, Verein und Stiftung) ist diese Bestimmung ausschliesslich im Falle der Überschuldung anwendbar.

Es ist hervorzuheben, dass die vorliegende Regelung das Verwaltungsorgan in keinem Fall von seiner gesetzlichen Pflicht entbindet, im Fall einer Überschuldung den Richter zu benachrichtigen (Art. 725, 725a, 817 und 903 OR). Soll die Fusion erfolgen, nachdem die Überschuldung dem Richter angezeigt wurde, so hat dieser sein Einverständnis zur Fusion zu erteilen. Wenn die Fusion Aussichten auf eine Sanierung der überschuldeten Gesellschaft eröffnet, so kann dies einen Konkursaufschub rechtfertigen.

Die Fusion kann als Mittel zur Sanierung sowohl übertragender als auch übernehmender Rechtsträger verwendet werden. Artikel 6 ist daher in diesem Sinne paritätisch ausgestaltet.

Wenn die Überschuldung auf einer Forderung der Muttergesellschaft gegen ihre Tochtergesellschaft beruht, stellt sich die Frage, ob die Fusion zwischen diesen zwei Gesellschaften nicht auch möglich sein soll, wenn die oben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. So könnte man einwenden, dass die Forderung der Muttergesellschaft im Falle des Konkurses der Tochtergesellschaft ohnehin verloren wäre. Dennoch erscheint die Voraussetzung, wonach die übernehmende Muttergesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung der Tochtergesellschaft verfügen muss, gerechtfertigt: Die Muttergesellschaft wird mit der Fusion auch für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft gegenüber Dritten haftbar.

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.

Es sind Fälle denkbar, in denen eine "Sanierungsfusion" für die Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter mit Nachteilen verbunden ist: Die Übernahme einer überschuldeten Gesellschaft verursacht eine Verminderung der Reserven des übernehmenden Rechtsträgers, was bewirkt, dass auch dessen Anteile an Wert einbüßen. Wenn den Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschaftern aus einer "Sanierungsfusion" ein Schaden erwächst, werden in der Regel die Bedingungen für eine Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen erfüllt sein (Art. 736 Ziff. 4 und 820

Ziff. 4 OR). Gegebenenfalls kann der Richter im Rahmen von Artikel 736 Ziffer 4 des Obligationenrechts eine Entschädigung für die Minderheitenaktionärinnen und -aktionäre festsetzen.

Wie bei der Fusion unter Beteiligung eines Rechtsträgers in Liquidation (Art. 5 Abs. 2) hat auch hier eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor dem Handelsregisteramt zu bestätigen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 6 Abs. 1) erfüllt sind.

## **2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

### **Art. 7 Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

Artikel 7 des Vorentwurfs regelt die Kontinuität der Mitgliedschaft. Wie bereits in den Erläuterungen zu Artikel 3 ausgeführt wurde, bildet der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft ein Begriffselement der Fusion. Mit der Fusion werden die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers. Dabei wird jedoch eine Ausnahme vorgesehen: Im Fusionsvertrag kann den Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers das Recht eingeräumt werden, zwischen der Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung gemäss Artikel 8 zu wählen.

Wenn die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern gewährten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am übertragenden Rechtsträger nicht den Anforderungen von Artikel 7 entsprechen, ist es nach Artikel 91 des Vorentwurfs möglich, den übernehmenden Rechtsträger zur Leistung einer Ausgleichszahlung zu verpflichten, ohne dass dadurch aber die Gültigkeit der Fusion in Frage gestellt wird. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers durch Artikel 7 grundsätzlich nicht vor inhaltlichen Änderungen ihrer Rechte und Pflichten geschützt werden, die sich aus der Fusion mit einem Rechtsträger anderer Rechtsform ergeben. Wesentlichen Veränderungen der Rechtsstellung wird jedoch im Rahmen der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung Rechnung getragen (s. Art. 18); so ist beispielsweise für die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft die Zustimmung 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 7 Absatz 1 umschreibt die Kriterien für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses der Anteilsrechte und die Gewährung der Mitgliedschaftsrechte. Die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers gewährt werden sollen, sind insbesondere auf Grundlage des Vermögens der an der Fusion beteiligten Rechtsträger und der Verteilung der Stimmrechte festzulegen. Die Regelung des Vorentwurfs enthält auch einen Vorbehalt be-

treffend andere relevante Umstände, die bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses massgebend sein können (so die Entwicklungsaussichten der an der Fusion beteiligten Unternehmen).

In der Praxis ist es oft erforderlich, das Umtauschverhältnis der Anteilsrechte durch eine ergänzende Bar- oder Realabgeltung auszugleichen (siehe Robert Meier, Barabgeltung bei Fusionen, in: Festschrift PETER FORSTMOSER, Zürich 1993, S. 131 ff.). Diese Möglichkeit, die unter dem geltenden Recht geduldet wurde, wird in Artikel 7 Absatz 2 ausdrücklich vorgesehen. Artikel 3 Absatz 1 der 3. EG-Richtlinie lässt einen entsprechenden Ausgleich ebenfalls zu, beschränkt diesen aber auf den zehnten Teil des Nennwertes der zugeteilten Aktien. Eine Beschränkung, die sich auf der Grundlage des Nennwerts berechnet, erscheint jedoch nicht sachgerecht, weil für das Umtauschverhältnis der wirkliche Wert der Anteilsrechte entscheidend ist. Ausgleichszahlungen müssen folglich richtigerweise auf einen Prozentsatz des wirklichen Wertes beschränkt werden, weil sonst eine Aktiengesellschaft, deren Aktien einen Nennwert von Fr. 20.- und einen wirklichen Wert von Fr. 600.- haben, nur eine Ausgleichszahlung von Fr. 2.- leisten könnte, was für den Ausgleich des Umtauschverhältnisses ungenügend ist. Der wirkliche Wert der Anteilsrechte wird im Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrages bestimmt. Gemäss Artikel 13 Buchstabe b muss der Fusionsvertrag Angaben zur Höhe der Ausgleichszahlung enthalten.

Artikel 7 Absatz 3 befasst sich mit der Übernahme eines Rechtsträgers ohne Gesellschaftskapital durch eine Kapitalgesellschaft; erfasst werden somit die Absorption einer Kollektivgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Genossenschaft ohne Genossenschaftskapital durch eine Kapitalgesellschaft (s. Art. 4 Abs. 1). Artikel 7 Absatz 3 folgt dem allgemeinen Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft (Art. 3 Abs. 2): "Gesellschafterinnen und Gesellschafter ohne Anteilscheine haben bei der Übernahme ihres Rechtsträgers durch eine Kapitalgesellschaft Anspruch auf mindestens einen Anteil". Da die Gesellschafterinnen und Gesellschafter möglicherweise weder durch Einzahlungen noch durch sonstige Leistungen zur Äufnung des Vermögens ihres Rechtsträgers beigetragen haben, kann der Nennwert der ihnen gewährten Anteilscheine am übernehmenden Rechtsträger unterhalb der gesetzlichen Mindestnennwerte (für die AG Fr. 10.-- gemäss Art. 622 Abs. 4 OR; für die GmbH Fr. 1000.-- gemäss Art. 774 Abs. 1 OR) festgesetzt werden. Ob ein Nennwert von Fr. 0.-- zulässig ist, wie dies das Bundesgericht in einem Sanierungsfall bejahte (BGE 86 II 78), wird offen gelassen. Erhebliche Argumente sprechen jedoch für die Unzulässigkeit eines Nennwertes von Null; die sich stellenden Fragen wären vom Bundesgericht allenfalls erneut zu prüfen. Die Regelung des Vorentwurfs schliesst die Möglichkeit aus, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern von Rechtsträgern ohne Anteilscheine bei der Übernahme durch eine Kapitalgesellschaft lediglich Bezugsrechte einzuräumen.

Artikel 7 Absatz 4 legt fest, welche Rechte den Anteilsinhaberinnen und -inhabern ohne Stimmrecht, d.h. den Inhaberinnen und Inhabern von Partizipationsscheinen zu gewähren sind. Sie müssen nach der Fusion mindestens gleichwertige Anteile erhalten.

Artikel 7 Absatz 5 bestimmt, dass Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, die mit Anteils- oder Mitwirkungsrechten verbundene Sonderrechte besitzen, wie Inhaberinnen und Inhabern von Stimmrechts- oder Vorzugsaktien, mindestens gleichwertige Rechte zu gewähren oder eine angemessene Abfindung für den Verlust ihrer Sonderrechte zuzuerkennen ist. Diese Bestimmung übernimmt die Regelung von Artikel 15 der 3. EG-Richtlinie.

Artikel 7 Absatz 6 betrifft die den Inhaberinnen und Inhabern von Genussscheinen zu gewährenden Rechte. Die Berechtigten müssen entweder gleichwertige Rechte erhalten oder die Genussscheine sind zum wirklichen Wert im Zeitpunkt der Auflage des Fusionsvertrages nach Artikel 17 zurückzukaufen.

### **Art. 8 Abfindung**

Der Vorentwurf geht vom Grundsatz aus, dass das Recht auf Kontinuität der Mitgliedschaft nicht gegen den Willen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter aufgehoben werden kann. Die Fusion darf demnach in keinem Fall dazu dienen, eine Gesellschafterin oder einen Gesellschafter auszuschliessen. Es wird indessen vorgesehen, dass die an der Fusion beteiligten Rechtsträger den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers ein Wahlrecht zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung einräumen können (Art. 3 Abs. 2, zweiter Satz, der auf Art. 8 verweist). Diese Wahlmöglichkeit verbessert die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Sie können Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers werden oder im Zeitpunkt der Fusion gegen Abfindung aus dem übertragenden Rechtsträger ausscheiden. Obwohl die 3. EG-Richtlinie 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 offensteht. Die Bezahlung einer Abfindung kann je nach den Umständen sowohl im Interesse des übernehmenden Rechtsträgers als auch der Gesellschafterinnen und Gesellschafter liegen.

Nach Artikel 8 Absatz 2 kann auf die Gewährung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten gänzlich verzichtet und ausschliesslich die Bezahlung einer Abfindung vorgesehen werden. In diesem Fall bedarf der Fusionsvertrag jedoch gemäss Artikel 18 Absatz 5 der Zustimmung sämtlicher Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers. Diese Lösung räumt der Vertragsfreiheit unter der Voraussetzung eines einstimmigen Fusionsbeschlusses aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter den Vorrang ein und ermöglicht eine Vermögensübertragung durch Universalsukzession auch unter Durchbrechung des Grundsatzes der Kontinuität der Mitgliedschaft.

Die Abfindung kann in einer Geldleistung oder einer anderen Vermögenszuwendung bestehen (mit Ausnahme der Gewährung von Anteilscheinen am übernehmenden Rechtsträger).

### **3. Abschnitt: Kapitalerhöhung, Gründung und Zwischenbilanz**

#### **Art. 9 Kapitalerhöhung bei der Absorptionsfusion**

Unter Vorbehalt einer allfälligen Abfindung (Art. 8) erfolgt die Fusion unter Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten am übernehmenden Rechtsträger. Bei der Absorption durch eine Kapitalgesellschaft muss diese insoweit eine Kapitalerhöhung vornehmen, als dies zur Wahrung der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers gemäss Artikel 7 erforderlich ist. Der Betrag der durchzuführenden Kapitalerhöhung kann davon abhängen, ob der übernehmende Rechtsträger selbst Anteile am übertragenden Rechtsträger oder eigene Anteile hält oder auch ob der übertragende Rechtsträger Anteile am übernehmenden Rechtsträger oder eigene Anteile besitzt. In diesen Fällen kann im entsprechenden Verhältnis auf die Kapitalerhöhung verzichtet werden. Von diesen Ausnahmen abgesehen, muss die übernehmende Kapitalgesellschaft ihr Kapital zwingend erhöhen, nicht zuletzt auch um die Interessen der Gläubiger zu wahren.

Sieht der Fusionsvertrag ein Wahlrecht zwischen der Gewährung von Anteilsrechten und einer Abfindung vor (s. Art. 8 Abs. 1), erlaubt das Instrument der bedingten Kapitalerhöhung (Art. 653 OR) einer übernehmenden Aktiengesellschaft, der Ungewissheit betreffend die Höhe der erforderlichen Kapitalerhöhung Rechnung zu tragen. Aus diesem Grunde sieht Artikel 9 Absatz 2 vor, dass Artikel 651 Absatz 2 des Obligationenrechts, der den Höchstbetrag der Kapitalerhöhung auf die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals beschränkt, bei der Fusion keine Anwendung findet.

Artikel 9 Absatz 2 soll ferner eine Kontroverse in der Lehre beenden, indem klargestellt wird, dass die Bestimmungen über Sacheinlagen (s. insbesondere Art. 634 OR) auf Fusionen keine Anwendung finden. Da neu sowohl ein Fusionsbericht (Art. 14) wie auch eine Prüfung dieses Berichts (Art. 15) vorgeschrieben sind, erweist sich die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen als überflüssig.

#### **Art. 10 Neugründung bei der Kombinationsfusion**

Bei der Kombinationsfusion werden die Aktiv- und Passivvermögen der beteiligten Rechtsträger auf einen im Rahmen der Fusion neu gegründeten Rechtsträger übertragen. Artikel 10 hält fest, dass für die Gründung die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts Anwendung finden, dies mit Ausnahme der Vorschriften über die Sacheinlagen und die Anzahl der Gründerinnen und Gründer. Es ist daher zulässig, dass zwei Einmann-Aktiengesellschaften zu einer Einmann-Gesellschaft mit beschränkter Haftung fusionieren.

## **Art. 11      Zwischenbilanz**

Entsprechend der 3. EG-Richtlinie bestimmt der Vorentwurf, dass die an der Fusion beteiligten Rechtsträger eine Zwischenbilanz erstellen müssen, sofern der Bilanzstichtag bei Abschluss des Fusionsvertrags mehr als sechs Monate zurückliegt.

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

### **Art. 12      Abschluss des Fusionsvertrags**

Absatz 1 regelt die Kompetenz zum Abschluss des Fusionsvertrags. Dieser muss von den "obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen" der an der Fusion beteiligten Rechtsträger abgeschlossen werden. Der Begriff des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans wurde gewählt, um den unterschiedlichen organisatorischen Aufbau der verschiedenen Rechtsformen zu berücksichtigen. Je nach Rechtsform sind folgende Organe zuständig:

Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft	Verwaltungsrat
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer
Genossenschaft	Verwaltung
Kollektiv- und Kommanditgesellschaft	Unbeschränkt haftenden Gesellschafterinnen und Gesellschafter (ausser wenn der Vertrag eine andere Regelung vorsieht)
Verein	Vorstand
Stiftung	das in der Stiftungsurkunde bezeichnete oberste Organ

Der Fusionsvertrag bedarf der schriftlichen Form und der Zustimmung der Generalversammlungen (Art. 1 Bst. f), beziehungsweise der Gesellschafterinnen und Gesellschafter (Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) der beteiligten Rechtsträger gemäss Artikel 18. Insofern ist der von den obersten Organen abgeschlossene Vertrag suspensiv bedingt.

### **Art. 13      Inhalt des Fusionsvertrags**

Das geltende Recht enthält keine Regelung zum Inhalt des Fusionsvertrags. Artikel 748 Ziffer 8 des Obligationenrechts hält lediglich fest, dass die zur Abfindung der Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft bestimmten Aktien "nach Massgabe des Fusionsvertra-

ges" ausgehändigt werden. Im Gesetz wird somit die Notwendigkeit eines Fusionsvertrages vorausgesetzt.

Die beteiligten Rechtsträger legen im Fusionsvertrag die Grundzüge des konkreten Fusionsvorhabens fest. Das Gesetz bestimmt den Mindestinhalt dieses Vertrages. In der 3. EG-Richtlinie ist von "Verschmelzungsplan" die Rede, während im Landesrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union sowohl "Verschmelzungsvertrag" als auch "Fusionsvertrag" verwendet wird. Der Vorentwurf hält am Begriff "Fusionsvertrag" fest.

Artikel 5 der 3. EG-Richtlinie nennt acht Punkte, die der Verschmelzungsplan (d.h. der Fusionsvertrag) zwingend enthalten muss und die ins Landesrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union übernommen wurden. Artikel 13 des Vorentwurfs übernimmt diese Regelung ebenfalls und passt sie den Besonderheiten des schweizerischen Rechts an. Auf Eigenheiten der schweizerischen Regelung beziehen sich namentlich Artikel 13 Buchstabe f betreffend das Angebot einer Abfindung nach Artikel 8 sowie Artikel 13 Buchstabe i betreffend die Bezeichnung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung (s. auch Art. 18 Abs. 3).

Artikel 13 Buchstabe g erlaubt es den beteiligten Rechtsträgern, die Fusion rückwirken zu lassen, so namentlich hinsichtlich der Buchführung. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass eine Rückwirkung nur für das Verhältnis zwischen den beteiligten Rechtsträgern möglich ist. Die Wirkung der Fusion gegenüber Dritten tritt dagegen erst mit der Eintragung ins Handelsregister gemäss Artikel 20 und 21 ein.

#### **Art. 14 Fusionsbericht**

Artikel 14 sieht in Übereinstimmung mit Artikel 9 der 3. EG-Richtlinie vor, dass die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der an der Fusion beteiligten Rechtsträger einen schriftlichen Bericht erstellen, der die Fusion rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet. Artikel 14 Absatz 2 enthält eine Aufzählung der Punkte, die im Bericht behandelt werden müssen. Verlangt werden sowohl sachliche Angaben zur Fusion (Bst. c bis f) wie auch Informationen zu deren Zweck und Folgen (Bst. a, g und h).

#### **Art. 15 Prüfung des Fusionsvertrags und des Fusionsberichts**

Der Fusionsvertrag und der Fusionsbericht müssen für jeden der beteiligten Rechtsträger separat von einer besonders befähigten Revisorin oder einem besonders befähigten Revisor geprüft werden. Die Anforderungen an die fachliche Befähigung sowie die Unabhängigkeit der Revisorin oder des Revisors richten sich nach Artikel 727b und 727c des Obligationenrechts. Die 3. EG-Richtlinie lässt die Ernennung einer gemeinsamen Revisorin oder eines gemeinsamen Revisors für alle beteiligten Rechtsträger zu, wenn sie gemeinsam darum ersuchen und wenn die Ernennung durch eine richterliche Behörde oder eine Verwaltungsstelle erfolgt (Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie). Der Vorentwurf weist diese Kompetenz dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister

zu (Art. 15 Abs. 4), um eine Überlastung der Gerichte mit nicht streitigen Verfahren zu vermeiden; diese Lösung dient auch einer einheitlichen Rechtsanwendung.

Der Gegenstand der Prüfung und der Inhalt des Prüfungsberichts werden in Artikel 10 Absatz 2 der 3. EG-Richtlinie detailliert aufgeführt. Artikel 15 Absatz 3 des Vorentwurfs übernimmt die entsprechenden Vorgaben und ergänzt sie hinsichtlich der Besonderheiten der schweizerischen Regelung der Fusion (s. namentlich Art. 15 Abs. 3 Bst. e). Das gleiche gilt für das Recht der Revisorinnen und Revisoren auf Auskunft und Einsichtnahme in Akten (Art. 10 Abs. 3 der 3. EG-Richtlinie; Art. 15 Abs. 2 des Vorentwurfs).

### **Art. 16 Information über Änderungen im Vermögen**

Artikel 16 trägt den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen auf, die Generalversammlung ihres Rechtsträgers sowie die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der anderen an der Fusion beteiligten Rechtsträger zu informieren, wenn zwischen dem Abschluss des Fusionsvertrags und der Beschlussfassung durch die Generalversammlungen wesentliche Änderungen im Aktiv- oder Passivvermögen eintreten. Die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der anderen beteiligten Rechtsträger informieren wiederum ihre Generalversammlungen. Die verantwortlichen obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane haben insbesondere zu prüfen, ob die Grundlagen der Fusion, wie sie im Fusionsvertrag festgelegt wurden, noch Geltung haben, ob der Vertrag abgeändert werden muss oder ob auf die Fusion verzichtet werden soll.

### **Art. 17 Auflage des Fusionsvertrags und Einsichtsrecht**

Artikel 17 sieht für die der Fusion zugrundeliegenden Unterlagen verschiedene Formen der Publizität vor.

Jeder an der Fusion beteiligte Rechtsträger muss den Fusionsvertrag mindestens dreissig Tage vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung beim Handelsregisteramt an seinem Sitz zur Einsichtnahme auflegen (Art. 17 Abs. 1). Der beim Handelsregisteramt aufgelegte Vertrag kann von jedermann eingesehen werden, ohne dass dafür ein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss.

Ausserdem können alle Gesellschafterinnen und Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger an deren Sitz den Fusionsvertrag, den Fusionsbericht, den Prüfungsbericht sowie die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre (gegebenenfalls auch die Zwischenbilanz) von sämtlichen an der Fusion beteiligten Rechtsträgern einsehen (Art. 17 Abs. 2). Diese Unterlagen müssen ihnen mindestens dreissig Tage vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlungen zur Verfügung gestellt werden. Diese relativ lange Frist ist notwendig, um den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zu ermöglichen, die wirtschaftlichen und rechtlichen Aspekte der Fusion zu prüfen.

Ferner müssen die beteiligten Rechtsträger den Gläubigerinnen und Gläubigern auf Begehren Einsicht in die Jahresrechnungen und Jahresberichte der drei letzten Jahre sowie gegebenenfalls in die Zwischenbilanz gewähren (Art. 17 Abs. 4). Dieses erweiterte Einsichtsrecht ist namentlich notwendig, um den Gläubigerinnen und Gläubigern zu ermöglichen, zu entscheiden, ob sie die Sicherstellung ihrer Forderungen gemäss Artikel 25 verlangen wollen. Artikel 17 Absatz 4 orientiert sich an der Regelung des revidierten Aktienrechts in Artikel 697h OR, wobei im Fall der Fusion ein schutzwürdiges Interesse der Gläubigerinnen und Gläubiger an der Einsichtnahme im Hinblick auf ihr Recht, die Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen (s. Art. 25), stets gegeben ist.

Weiter können die Gesellschafterinnen und Gesellschafter gemäss Artikel 17 Absatz 3 unentgeltliche Kopien der ihnen zur Einsicht offenstehenden Unterlagen verlangen (vgl. die entsprechende Regelung in Art. 11 Abs. 3 der 3. EG-Richtlinie). Das gleiche Recht steht mit Bezug auf die Jahresrechnungen und Jahresberichte auch den Gläubigerinnen und Gläubigern zu (Art. 17 Abs. 4).

Schliesslich muss jeder der an der Fusion beteiligten Rechtsträger im Schweizerischen Handelsamtsblatt auf die Auflage des Fusionsvertrags beim Handelsregisteramt und die Möglichkeit zur Einsichtnahme an seinem Sitz hinweisen (Art. 17 Abs. 5).

## **5. Abschnitt: Fusionsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister**

### **Art. 18 Fusionsbeschluss**

Wie bereits in den Ausführungen zu Artikel 12 erwähnt wurde, muss der Fusionsvertrag von der Generalversammlung, beziehungsweise in der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft von allen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern genehmigt werden. Artikel 18 regelt die Mehrheitserfordernisse.

Für die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaften sind grundsätzlich Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen (Art. 18 Abs. 1). Die erforderlichen Mehrheiten richten sich nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften für wichtige Beschlüsse (Art. 704 OR für die AG; Art. 784 Abs. 2 OR für die GmbH; Art. 888 Abs. 1 und 914 Ziff. 11 OR für die Genossenschaft). In zwei Fällen ist jedoch die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter erforderlich:

- bei der Übernahme einer Kapitalgesellschaft durch eine Genossenschaft (Art. 18 Abs. 1 Bst. b);
- bei der Übernahme einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditaktiengesellschaft durch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, falls für die bisherigen Aktionärinnen und Aktionäre durch die Fusion eine Nachschusspflicht nach Artikel 803 des Obligationenrechts eingeführt wird (Art. 18 Abs. 4).

In diesen beiden Fällen kann für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers durch die Fusion eine Nachschusspflicht oder eine persönli-

che Haftung begründet werden. Es erscheint daher angebracht, die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu verlangen. Ohne diese Regelung könnte den Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschaftern gegen ihren Willen eine Nachschusspflicht oder eine persönliche Haftung aufgezwungen werden. Die einzige Alternative zum Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter bestünde in der gesetzlichen Pflicht des übernehmenden Rechtsträgers, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers, die der Fusion nicht zustimmen, den Rückkauf ihrer Anteile anzubieten. Von dieser Lösung wurde jedoch abgesehen, da sie eine relativ komplizierte Regelung mit einem besonderen Rückkaufsverfahren bedingen würde. Eine entsprechende Lösung würde zudem ermöglichen, dass Gesellschafterinnen und Gesellschafter faktisch aus der Gesellschaft gedrängt werden. Die hier vorgeschlagene Regelung dürfte in der Praxis nur wenige Fälle betreffen, in welchen meist ohnehin die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter vorliegt. Es besteht ferner die Möglichkeit, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern, welche der Fusion nicht zustimmen würden, bereits vor dem Fusionsbeschluss die Übernahme ihrer Anteilscheine anzubieten, um nach dem Ausscheiden allfälliger Minderheiten das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu erreichen.

Wird ein Rechtsträger von einer Kommanditaktiengesellschaft übernommen, so haben Gesellschafterinnen oder Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, die nach dem Fusionsvertrag eine unbeschränkte Haftung übernehmen, der Fusion schriftlich zuzustimmen (Art. 18 Abs. 3).

Bei der Fusion von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften bedarf der Fusionsvertrag grundsätzlich der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter. In der Tat kann die Fusion hier die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter massgeblich verändern, so insbesondere in Bezug auf ihre Geschäftsführungsbefugnisse. Der Gesellschaftsvertrag kann aber dennoch vorsehen, dass für die Fusion die Zustimmung von mindestens drei Vierteln der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ausreicht (Art. 18 Abs. 2).

In Artikel 18 Absatz 5 und 6 werden für zwei weitere Sonderfälle spezifische Zustimmungserfordernisse vorgesehen:

- Wenn der Fusionsvertrag auf die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten zugunsten der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers verzichtet und nur die Leistung einer Abfindung vorsieht (Art. 8 Abs. 2), muss er von allen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers genehmigt werden.
- Wenn sich aus der Fusion eine Änderung des Zwecks des übertragenden Rechtsträgers ergibt und für diese Änderung aufgrund gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften eine andere Mehrheit erforderlich ist als für den Fusionsbeschluss, muss dieser beide Mehrheitserfordernisse erfüllen.

## **Art. 19 - 22 Öffentliche Beurkundung; Eintragung ins Handelsregister; Rechtswirksamkeit; Veröffentlichungen**

Der Fusionsbeschluss bedarf der öffentlichen Beurkundung. Die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der beteiligten Rechtsträger müssen die Fusion dem Handelsregisteramt zur Eintragung anmelden (Art. 19 und 20). Die Anmeldung kann erst erfolgen, wenn alle beteiligten Rechtsträger der Fusion zugestimmt haben (Art. 20 Abs. 2).

Muss das Kapital einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditaktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Zusammenhang mit einer Fusion erhöht werden, so hat die Eintragung der Kapitalerhöhung gleichzeitig mit der Fusion zu erfolgen. Für die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft gelangen die Artikel 650 ff. des Obligationenrechts zur Anwendung. Nach diesen Bestimmungen wird die Erhöhung des Aktienkapitals durch die Generalversammlung beschlossen, wogegen es dem Verwaltungsrat obliegt, diesen Beschluss durchzuführen und die Statuten abzuändern (Art. 652g OR).

Die Fusionsbeschlüsse müssen im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden (Art. 22). In dieser Veröffentlichung sind die Gläubigerinnen und Gläubiger auf die Rechte hinzuweisen, die ihnen nach Artikel 25 zustehen.

Der Eintrag ins Handelsregister hat konstitutive Wirkung: Alle Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers gehen in diesem Zeitpunkt durch Universalsukzession auf den übernehmenden Rechtsträger über. Der übertragende Rechtsträger (oder die übertragenden Rechtsträger, wenn es mehrere sind oder eine Kombinationsfusion vorliegt) werden mit der Eintragung der Fusion von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht. Auf das Fortbestehen der Eintragung des übertragenden Rechtsträgers bis zur Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, wie dies das geltende Recht vorsieht (Art. 748 Ziff. 7 OR), kann verzichtet werden, da den Gläubigerinnen und Gläubigern aus dieser Eintragung kein besonderer Schutz erwächst.

## **6. Abschnitt: Erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften**

### **Art. 23 - 24 Anwendungsbereich; Erleichterte Voraussetzungen**

Unter bestimmten Umständen erweist sich der Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei der Fusion als überflüssig. Die Voraussetzungen der Fusion können daher erleichtert werden. Der Vorentwurf sieht Erleichterungen für die folgenden Fälle vor (Art. 23 Abs. 1):

- Die übernehmende Kapitalgesellschaft besitzt alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers, die ein Stimmrecht gewähren (Fusion zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft).

- Derselbe Rechtsträger besitzt alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften, die ein Stimmrecht gewähren (Fusion zwischen Schwestergesellschaften).

Eine Fusion kann sodann auch unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen, wenn der übernehmende Rechtsträger zwar nicht alle, jedoch mindestens 90 Prozent der Anteile des übertragenden Rechtsträgers besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (Art. 23 Abs. 2), und zudem bestimmte zusätzliche Bedingungen erfüllt werden: Den Inhaberinnen und Inhabern von Minderheitsanteilen ist diesfalls die Wahl zwischen Anteilen am übernehmenden Rechtsträgers und einer Abfindung gemäss Art. 8 Abs. 1 anzubieten, wobei die Abfindung zudem dem wirklichen Wert der Anteile entsprechen muss. Ausserdem darf ihnen aus der Fusion weder eine Nachschusspflicht noch eine persönliche Haftung erwachsen.

Nach dem Vorentwurf - wie auch nach der 3. EG-Richtlinie - rechtfertigt die Übernahme der Muttergesellschaft durch eine Tochtergesellschaft keine erleichterte Fusion. Eine Kapitalerhöhung der übernehmenden Tochtergesellschaft ist dabei immer erforderlich.

Es stellt sich die Frage, ob einer übernehmenden Kapitalgesellschaft das Recht eingeräumt werden soll, Minderheitsbeteiligungen anlässlich einer Fusion auch gegen den Willen der Inhaberinnen und Inhaber der Anteile zu übernehmen. Der Vorentwurf folgt in diesem Punkt dem Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1), dessen Artikel 33 im Falle eines Kaufangebotes ein Übernahmerecht vorsieht, wenn der Anbieter mehr als 98 Prozent der Stimmrechte der betreffenden Gesellschaft besitzt. In Übereinstimmung mit dieser Regelung ermöglicht Artikel 23 Absatz 3 des Vorentwurfs einer übernehmenden Gesellschaft, die bereits 98 Prozent der Stimmrechte der übertragenden Gesellschaft besitzt, die Übertragung der verbleibenden Anteile (mit oder ohne Stimmrecht) gegen Vergütung des wirklichen Werts zu verlangen.

Liegt einer der oben erwähnten Sachverhalte vor, so kann die Fusion unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen (Art. 24 Abs. 1). Insbesondere ist kein Beschluss der Generalversammlungen notwendig. Artikel 24 Absatz 3 sieht jedoch in Übereinstimmung mit der 3. EG-Richtlinie (Art. 27 Bst. c) vor, dass Inhaberinnen und Inhaber von Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers, die zusammen mindestens 5 Prozent des stimmberechtigten Kapitals besitzen, die Einberufung einer Generalversammlung ihrer Gesellschaft verlangen können.

## **7. Abschnitt: Gläubigerschutz**

### **Art. 25      Sicherstellung der Forderungen**

Die geltenden Bestimmungen zur Fusion zwischen Aktiengesellschaften und zur Fusion zwischen Genossenschaften enthalten detaillierte Bestimmungen über den Gläubigerschutz. Das Gesetz (Art. 748 und 914 OR) verlangt, dass die Verwaltungsorgane

der übernehmenden Aktiengesellschaften und Genossenschaften einen Schuldenruf durchführen und dass das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft solange getrennt zu verwalten ist, bis ihre Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind. Im Konkurs der übernehmenden Gesellschaft bildet das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft eine besondere Masse. Es sei hier angemerkt, dass man nirgends im Ausland ein der schweizerischen Regelung entsprechendes System findet. Mit dem uneingeschränkten Recht auf Sicherstellung trägt das schweizerische Recht der Tatsache nicht hinreichend Rechnung, dass die Fusion das Haftungssubstrat der Gläubiger nur beeinträchtigt, wenn einer der beteiligten Rechtsträger einen Kapitalverlust oder eine Überschuldung aufweist. Die erforderliche getrennte Vermögensverwaltung, die in der Praxis nur schwierig durchzuführen ist, trägt diesem Umstand ebenfalls nicht Rechnung.

Die europäischen Staaten verfügen über unterschiedliche Systeme des Gläubigerschutzes. Das französische (Art. 381 Code des sociétés, Loi 1966) und das italienische Recht (Art. 2503 Codice civile) sehen bei der Fusion eine Einspruchsmöglichkeit der Gläubiger innerhalb einer bestimmten Frist vor. Das Gericht kann die Einsprache entweder vorbehaltlos aufheben oder verfügen, dass die Gläubiger durch die übernehmende Gesellschaft befriedigt oder sichergestellt werden. Das deutsche Recht bestimmt seinerseits, dass die Gläubiger ein Recht auf Sicherstellung haben, verzichtet aber auf ein gerichtliches Verfahren.

In Anbetracht dieser unterschiedlichen Systeme des Gläubigerschutzes, scheint es verständlich, dass die 3. EG-Richtlinie keine eingehenden Vorschriften zum Gläubigerschutz enthält und in Artikel 13 lediglich vorschreibt, dass die "Mitgliedstaaten ein angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger der sich verschmelzenden Gesellschaften vorsehen" müssen. Die Mindestanforderung besteht darin, dass den Gläubigern ein Recht auf "angemessene Garantien" zuzuerkennen ist, "wenn die finanzielle Lage der sich verschmelzenden Gesellschaften einen solchen Schutz erforderlich macht und die Gläubiger nicht schon derartige Garantien haben" (Art. 13 Abs. 2). Der Gläubigerschutz kann übrigens für die übernehmende und die übertragende Gesellschaft unterschiedlich ausgestaltet werden (Art. 13 Abs. 3).

Nach Artikel 25 des Vorentwurfs können die Gläubiger sowohl des übernehmenden als auch des übertragenden Rechtsträgers von letzterem die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen, sofern diese vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses entstanden sind. Für den übernehmenden Rechtsträger entfällt indessen die Pflicht zur Sicherstellung, wenn er nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Fusion nicht gefährdet wird. Erachtet der Gläubiger den erbrachten Nachweis als ungenügend, so kann er den Richter anrufen. Diese Lösung wurde getroffen, weil nur der übernehmende Rechtsträger über die erforderlichen Informationen bezüglich seiner finanziellen Lage verfügt. Für die Gläubiger wäre es sehr schwierig, nachzuweisen oder auch nur glaubhaft zu machen, dass die Erfüllung ihrer Forderungen durch die Fusion gefährdet wird.

Nach Artikel 25 Absatz 2 kann der zur Leistung einer Sicherheit verpflichtete Rechtsträger die betreffenden Forderungen - statt sie sicherzustellen - auch erfüllen, sofern dadurch die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht geschädigt werden.

Die Sicherstellung muss innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses verlangt werden, das heisst erst nach dem Vollzug der Fusion. In diesem Punkt folgt der Vorentwurf der deutschen Lösung.

#### **Art. 26      Persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

Der Gläubigerschutz wird durch Artikel 26 verstärkt. Auf Grund dieser Bestimmung bleiben die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, die vor der Fusion für dessen Verbindlichkeiten hafteten, dafür in gleichem Masse haftbar, soweit die Verbindlichkeiten vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses begründet wurden oder deren Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt. Mit der gewählten Umschreibung werden insbesondere auch Ersatzansprüche aus unerlaubter Handlung miterfasst, und zwar selbst dann, wenn der Schaden im Zeitpunkt der Fusion noch nicht bekannt war. Ansprüche gegen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, die nach der Fusion nicht persönlich für die Verbindlichkeiten des übernehmenden Rechtsträgers haften, verjähren spätestens fünf Jahre nach Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses. Wird die Forderung jedoch erst nach dieser Veröffentlichung fällig, so beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit. Die Verjährung der Ansprüche gegen Gesellschafterinnen und Gesellschafter, die auch nach der Fusion für die Verbindlichkeiten des übernehmenden Rechtsträgers persönlich haften, unterliegt demgegenüber den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung. Diese Lösung schützt die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger, die darauf vertrauen können müssen, dass eine gegebene persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter auch im Fall einer Fusion andauert. Bei der zu treffenden Regelung ist die Verjährung der Verwirkung vorzuziehen, da mit der Unterbrechung der Verjährung eine Verlängerung der Dauer der persönlichen Haftung bewirkt werden kann. Vergleichend sei auf die Frage der Haftung des bisherigen Schuldners im Rahmen von Artikel 181 Absatz 2 des Obligationenrechts hingewiesen, wo allerdings umstritten ist, ob eine Verjährungs- oder eine Verwirkungsfrist vorliegt. Zwar hat das Bundesgericht in BGE 108 II 107 ohne weitere Begründung eine Verwirkungsfrist angenommen, doch hat KARL SPIRO mit überzeugenden Argumenten vertreten, es liege eine Verjährungsfrist vor (Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bern 1975, Bd. 1, § 318, S. 759 ff.). Beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft oder deren Auflösung ist unbestritten, dass betreffend die Fortdauer der persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter die Verjährungsregeln Anwendung finden (SPIRO, a.a.O., § 318, S. 760). Der Vorentwurf folgt den Überlegungen von KARL SPIRO.

Im Falle der öffentlichen Ausgabe von Anleiheobligationen und anderen Schuldverschreibungen besteht die Haftung bis zur ordentlichen Rückzahlung (vorbehältlich anderer im Emissionsprospekt enthaltener Bedingungen). Die Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen bleiben ebenfalls vorbehalten. In Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz ist beispielsweise an die Zustimmung zu einer Änderung der Bestimmungen über die Beschränkung der Obligationenausgabe im Verhältnis zum Aktienkapital zu denken (Art. 1170 Abs. 1 Ziff. 8 OR).

## **8. Abschnitt: Besondere Vorschriften für die Fusion von Vereinen**

### **Art. 27 Erleichterungen bei der Fusion zwischen Vereinen**

Nach Artikel 27 finden gewisse Bestimmungen des Vorentwurfs auf die Fusion zwischen Vereinen keine Anwendung (Art. 4 Abs. 4 Bst. a). Der Fusionsablauf ist stark vereinfacht, namentlich durch folgende Erleichterungen:

- die Erstellung eines Fusionsberichts durch die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane (Art. 14) ist nicht erforderlich;
- das Erfordernis der Prüfung des Fusionsvertrags durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor entfällt;
- das Auflageverfahren und das Recht zur Einsichtnahme gemäss Artikel 17 werden durch die Regelung des Artikels 28 ersetzt;
- der Fusionsbeschluss bedarf nicht der öffentlichen Beurkundung (Art. 19).

Gemäss Artikel 27 Absatz 2 und 3 muss die Fusion nur dann ins Handelsregister eingetragen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden (Art. 20 und 22), wenn die an der Fusion beteiligten Vereine selbst eingetragen sind. Diese Regelung soll Dritte schützen, die davon ausgehen dürfen, dass die Fusion von Vereinen, die im Handelsregister eingetragen sind, ebenfalls eingetragen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht wird.

Artikel 27 Absatz 3 bestimmt weiter den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion. Ist einer der beteiligten Vereine im Handelsregister eingetragen, so wird die Fusion mit ihrer Eintragung rechtswirksam. Ist dagegen keiner der Vereine eingetragen, so tritt die Rechtswirksamkeit ein, sobald der Fusionsbeschluss der Generalversammlungen aller beteiligten Vereine vorliegt.

Die Erleichterungen von Artikel 27 finden ausschliesslich auf die Fusion zwischen Vereinen Anwendung, nicht aber auf die Fusion eines Vereins mit einer Genossenschaft (Art. 4 Abs. 4 Bst. b und c).

## **Art 28      Auflage des Fusionsvertrags und Einsichtsrecht**

Je nachdem, ob die beteiligten Vereine im Handelsregister eingetragen sind oder nicht, sieht Artikel 28 eine unterschiedliche Regelung für die Auflage des Fusionsvertrags und das Recht zur Einsichtnahme vor. Vereine, die nicht eingetragen sind, müssen den Fusionsvertrag an ihrem Sitz zur Einsicht auflegen und ihre Mitglieder sowie die bekannten Gläubigerinnen und Gläubiger in geeigneter Form darauf hinweisen. Vereine, die im Handelsregister eingetragen sind, müssen den Fusionsvertrag beim Handelsregisteramt an ihrem Sitz auflegen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt auf die Auflage und die Möglichkeit zur Einsichtnahme hinweisen. In beiden Fällen hat die Auflage des Fusionsvertrags mindestens dreissig Tage vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung zu erfolgen.

## **Art. 29      Fusionsbeschluss**

Für die Zustimmung der Generalversammlung von Vereinen zur Fusion gelten unterschiedliche Mehrheiten:

- Auf die Fusion zwischen Vereinen ist Artikel 67 Absatz 2 des Zivilgesetzbuchs anwendbar; somit ist für die Fusion die Zustimmung der Mehrheit der anwesenden Vereinsmitglieder erforderlich.
- Falls sich aus der Fusion eine Änderung des Vereinszwecks ergibt, bedarf der Fusionsbeschluss für den Verein, dessen Zweck geändert wird, der Zustimmung von mindestens drei Vierteln der an der Generalversammlung anwesenden Mitglieder (Art. 29 Abs. 1).
- Die Fusion eines Vereins mit einer Genossenschaft bedarf ebenfalls der Zustimmung von drei Vierteln der anwesenden Mitglieder (Art. 29 Abs. 2).

## **Art. 30      Austrittsrecht**

Gemäss Artikel 30 können jene Vereinsmitglieder, die der Fusion nicht zugestimmt haben, innerhalb von zwei Monaten nach dem Fusionsbeschluss rückwirkend auf dessen Datum aus dem Verein austreten. Dieses Austrittsrecht erklärt sich durch die persönliche Bindung, die durch den ideellen Zweck des Vereins entsteht. Die vorgeschlagene Regelung ermöglicht ebenfalls, bei der Fusion eines Vereins mit einer Genossenschaft, deren Statuten eine Nachschusspflicht vorsehen, darauf zu verzichten, die Zustimmung aller Vereinsmitglieder zu verlangen.

## **Art. 31      Gläubigerschutz**

Für den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger ist Artikel 25 anwendbar. Artikel 31 enthält jedoch die Ergänzung, dass die Frist für das Begehren um Sicherstellung mit der Rechtswirksamkeit der Fusion beginnt. Diese Präzisierung ist erforderlich, da bei Vereinen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, der Fusionsbeschluss eben-

falls weder im Handelsregister eingetragen noch im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden muss.

## **9. Abschnitt: Besondere Vorschriften für die Fusion von Stiftungen**

### **Art. 32 Schutz der Destinatäre mit Rechtsansprüchen**

Üblicherweise stehen den Destinatären von Stiftungen keine eigentlichen Rechtsansprüche zu. Dennoch ergibt sich bei der Fusion von Stiftungen für die Destinatäre aus Artikel 4 Absatz 5 insofern ein indirekter Schutz, als Stiftungen nur fusionieren können, sofern sie den gleichen oder einen ähnlichen Zweck verfolgen und durch die Fusion die Erfüllung des Stiftungszwecks gefördert wird.

Es ist allerdings auch möglich, dass den Destinatären eigentliche Rechtsansprüche eingeräumt werden, so insbesondere in Personalfürsorgestiftungen und gelegentlich in Familienstiftungen. Für diese Fälle sieht der Vorentwurf eine spezifische Schutznorm vor: Stehen den Destinatären Rechtsansprüche zu, müssen diese bei der Fusion gewahrt werden. Verlangt wird weiter, dass die obersten Organe der an einer Fusion beteiligten Stiftungen Destinatäre, denen Rechtsansprüche zustehen, vor Abschluss des Fusionsvertrages über das Vorhaben und dessen Auswirkungen informieren. Den Destinatären wird mit dieser Informationspflicht der Stiftungsorgane ermöglicht, Vorkehrungen zum Schutz ihrer Rechtsansprüche zu treffen. Da Destinatäre mit Rechtsansprüchen als Gläubiger gelten, können sie nach Artikel 25 Sicherstellung verlangen. Bei Stiftungen der Personalfürsorge stehen zudem die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe der Bundesgesetze über das Verwaltungsverfahren<sup>23</sup> und über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen und Invalidenvorsorge (BVG)<sup>24</sup> zur Verfügung.

### **Art. 33 Nicht anwendbare Bestimmungen**

Die allgemeinen Bestimmungen über die Fusion finden auch auf die Fusion von Stiftungen Anwendung. Dagegen sind die Bestimmungen über die Struktur des Kapitals und die Anteilsrechte nicht anwendbar. Artikel 33 führt die Bestimmungen auf, die keine Anwendung finden.

Es ist auch zu beachten, dass der Fusionsvertrag, wie bei der Fusion von Vereinen, nicht von einer besonders befähigten Revisorin oder einem besonders befähigten Revisor geprüft werden muss.

---

<sup>23</sup> SR 172.021

<sup>24</sup> SR 831.40

### **Art. 34 Fusionsvertrag und Genehmigung**

Bei Stiftungen liegt die Zuständigkeit zum Abschluss des Fusionsvertrags beim obersten Stiftungsorgan. Während bei Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereinen zusätzlich zum Abschluss des Vertrags die Zustimmung der Generalversammlung notwendig ist und bei Personengesellschaften die Gesellschafter dem Vertrag zustimmen müssen (s. Art. 18 Abs. 1 und 2), fehlt bei der Stiftung ein entsprechendes Zustimmungserfordernis. Hingegen verlangt Artikel 34 für die Fusion von Stiftungen grundsätzlich die Genehmigung der Aufsichtsbehörden aller an der Fusion beteiligten Stiftungen. Eine Ausnahme gilt für Familienstiftungen und kirchliche Stiftungen, die keiner Aufsichtsbehörde unterstellt sind, Die Aufsichtsbehörde hat im Rahmen ihrer Genehmigungskompetenz zu gewährleisten, dass die Voraussetzungen der Fusion erfüllt sind, so namentlich bezüglich des Stiftungszwecks (Art. 4 Abs. 5) und der Wahrung der Stellung und Rechte der Destinatäre (Art. 32).

## **10. Abschnitt: Besondere Bestimmungen über die Fusion von Vorsorgeeinrichtungen**

### **Art. 35 Schutz der Versicherten**

Für die Fusion zwischen Vorsorgeeinrichtungen sind besondere Massnahmen zum Schutze der Versicherten erforderlich. Artikel 35 hält daher fest, dass die Rechtsstellung und die Ansprüche der Versicherten gewahrt werden müssen. Der Schutz der Versicherten wird durch die Vorschriften des Artikels 37 ergänzt.

### **Art. 36 Anwendbare Bestimmungen**

Artikel 36 regelt die Anwendung der verschiedenen Bestimmungen des Vorentwurfs auf die Fusion von Vorsorgeeinrichtungen. Soweit dieser Abschnitt des Vorentwurfs keine besonderen Vorschriften enthält, folgt die Fusion von Vorsorgeeinrichtungen den allgemeinen Bestimmungen und für Rechtsträger in der Form der Stiftung auch den besonderen Bestimmungen über die Fusion von Stiftungen (Art. 32 ff.).

### **Art. 37 Fusionsvertrag, Fusionsbericht und Prüfung**

Die Bestrebung, die Ansprüche und die Rechtsstellung der Versicherten zu wahren, geht ebenfalls aus Artikel 37 hervor. Absatz 1 dieser Bestimmung regelt den Inhalt des Fusionsvertrags; dieser muss namentlich Angaben über die Rechtsstellung und die Ansprüche der Versicherten enthalten. Absatz 2 befasst sich mit dem Inhalt des Fusionsberichts; dieser hat insbesondere darzulegen, wie die Rechtsstellung und die Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben. Die Absätze 3 und 4 betreffen die Prüfung des Fusionsberichts; die Prüfung hat eine anerkannte Expertin oder ein anerkannter Experte für die berufliche Vorsorge durchzuführen, die oder der insbesondere zu be-

stätigen hat, dass die Fusion sachgerecht ist und die Ansprüche der Versicherten gewahrt bleiben.

### **Art. 38 Genehmigung**

Ungeachtet der Rechtsform ist bei Vorsorgeeinrichtungen für die Fusion die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach Artikel 61 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge (BVG)<sup>25</sup> erforderlich. Aus Artikel 67 und 86 Absatz 2 ergeben sich Genehmigungsvorbehalte auch für die Spaltung und Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen. Es wird noch zu prüfen sein, ob die entsprechenden Genehmigungserfordernisse besser in das BVG zu integrieren sind. Die Voraussetzung einer aufsichtsrechtlichen Genehmigung könnte dabei auch auf Liquidationen und Teilliquidationen ausgedehnt werden, die in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung einer Spaltung gleichkommen können (so bspw. beim Austritt eines Vorsorgewerks aus einer Sammeleinrichtung) aber im Rahmen des vorliegenden Vorentwurfs nicht erfasst werden.

Im Anhang zum Vorentwurf wird vorgesehen, im BVG eine Delegationsgrundlage zu schaffen, die es dem Bundesrat ermöglicht, die Voraussetzungen und das Verfahren der Genehmigung von Fusionen von Vorsorgeeinrichtungen durch die Aufsichtsbehörde näher zu regeln (Art. 62 Abs. 3 BVG).

## **3. Kapitel: Die Spaltung**

### **1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen**

#### **Art. 39 Grundsatz**

Artikel 39 kennt drei Formen der Spaltung (vgl. zu den verschiedenen Spaltungsformen auch die Ausführungen unter Ziffer 182 des Allgemeinen Teils):

- Die *Aufspaltung*. Bei der Aufspaltung teilt ein Rechtsträger (übertragender Rechtsträger) sein gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf und überträgt es in Teilen auf andere Rechtsträger (übernehmende Rechtsträger). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Rechtsträgern. Mit der Aufspaltung wird der übertragende Rechtsträger aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.
- Die *Abspaltung*. Bei der Abspaltung überträgt ein Rechtsträger (übertragender Rechtsträger) einen oder mehrere Teile seines Vermögens auf einen oder mehrere bereits bestehende oder neu zu gründende Rechtsträger (übernehmende Rechtsträger). Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden

---

<sup>25</sup> SR 831.40

Rechtsträgers erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte des oder der übernehmenden Rechtsträger. Da die übertragenen Vermögensteile nicht das Gesamtvermögen des übertragenden Rechtsträgers ausmachen, bleibt dieser im Falle der Abspaltung - im Gegensatz zur Aufspaltung - bestehen.

- Die *Ausgliederung*. Bei der Ausgliederung überträgt ein Rechtsträger (übertragender Rechtsträger) einen oder mehrere Teile seines Vermögens auf einen oder mehrere bereits bestehende oder neu zu gründende Rechtsträger (übernehmende Rechtsträger). Im Unterschied zur Abspaltung erhalten aber nicht die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers eine Gegenleistung der übernehmenden Rechtsträger (Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte, beziehungsweise eine Abfindung), sondern der übertragende Rechtsträger selbst. Die Ausgliederung hat folglich keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers. Diese Form der Spaltung kann insbesondere der Gründung einer Tochtergesellschaft dienen oder auch der Errichtung einer Joint-venture-Gesellschaft, wenn mehrere Rechtsträger einen Teil ihres Vermögens auf dieselbe Gesellschaft übertragen. Die Ausgliederung kann beispielsweise auch dazu verwendet werden, das operative Geschäft auf eine neue Tochtergesellschaft zu übertragen, wobei die bisherige Gesellschaft zur Holdinggesellschaft wird.

Die Spaltung findet grundsätzlich immer gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten am übernehmenden Rechtsträger entweder an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers (im Falle der Aufspaltung und der Abspaltung) oder an den übertragenden Rechtsträger selbst (im Falle einer Ausgliederung) statt. Das Angebot einer Abfindung als Alternative zur Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten (vgl. Art. 3 Abs. 2 zur Fusion) wird nur für die Ausgliederung vorgesehen. Die Ausgliederung gegen Abfindung erlaubt dem übertragenden Rechtsträger, einen Teil seines Vermögens zu veräußern und dabei von den Vorteilen des Rechtsübergangs von Gesetzes wegen zu profitieren (vgl. Art. 63).

Sowohl bei der Aufspaltung, der Abspaltung als auch bei der Ausgliederung können die abgetrennten Vermögensteile sowohl auf bereits bestehende Rechtsträger als auch auf solche übertragen werden, die im Rahmen der Spaltung neu gegründet werden. Der erste Fall wird als "Spaltung zur Übernahme" bezeichnet, der zweite als "Spaltung zur Neugründung".

#### **Art. 40      Zulässige Spaltungen**

Wie bei der Fusion ist auch bei der Spaltung der Kreis der beteiligten Rechtsträger zu bestimmen. Artikel 40 beschränkt die Spaltung auf jene Rechtsträger, für die tatsächlich ein relevantes Bedürfnis an diesem Institut besteht. Dies trifft namentlich für Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) und Genossenschaften zu. Artikel 40 Absatz 2 verdeutlicht, dass sowohl der übertragende als auch die übernehmenden Rechtsträger

Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften sein müssen. Dies darf jedoch nicht dahin gehend verstanden werden, dass eine Spaltung ausschliesslich unter Beteiligung von Rechtsträgern gleicher Rechtsform möglich wäre. Eine Aktiengesellschaft kann sich ohne weiteres in eine Genossenschaft und eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufspalten.

Artikel 40 Absatz 3 sieht vor, dass sich auch Vorsorgeeinrichtungen in der Rechtsform der Genossenschaft oder der Stiftung spalten können, sofern ihr Zweck bei der Spaltung bestehen bleibt. Artikel 65 bestimmt zudem, dass die Rechtsstellung und die Ansprüche der Versicherten zu wahren sind. Es sei hier darauf hingewiesen, dass der Austritt aus einer Sammelstiftung nicht als Spaltung im Sinne dieses Vorentwurfs zu verstehen ist.

Soweit die Spaltung für einen Rechtsträger nach Artikel 39 ff. nicht vorgesehen ist (so für Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Vereine und Stiftungen), kann dieser sein Vermögen nur durch seine eigene Auflösung und die Gründung neuer Rechtsträger gleicher oder verschiedener Rechtsform aufspalten. Institute des öffentlichen Rechts können sich in mehrere Institute des öffentlichen Rechts spalten, sofern das anwendbare öffentliche Recht diese Möglichkeit vorsieht. Die Spaltung eines Instituts des öffentlichen Rechts in Rechtsträger des privaten Rechts hat dagegen in zwei Schritten zu erfolgen: Das Institut des öffentlichen Rechts muss sich zunächst in eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft umwandeln (Art. 85 Abs. 3), die anschliessend Gegenstand einer Spaltung sein kann.

## **2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

### **Art. 41 Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

Unter Vorbehalt der in Artikel 39 Buchstabe c vorgesehenen Abfindung erfolgt die Spaltung gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Rechtsträger an die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers oder an diesen selbst. Wie bei der Fusion muss auch im Falle einer Spaltung der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte gewahrt bleiben. Zu diesem Zweck verweist Artikel 41 Absatz 1 auf die entsprechende Bestimmung des Fusionsrechts (Art. 7). Dieser Verweis betrifft allerdings nur die Fälle der Aufspaltung und der Abspaltung. Bei der Ausgliederung ergibt sich nicht dieselbe Fragestellung, da hier die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers unverändert bleiben.

Wie bei der Fusion kann das Umtauschverhältnis der Anteilsrechte durch die Leistung einer Ausgleichszahlung der übernehmenden Rechtsträger ergänzt werden. Auch wenn eine Ausgleichszahlung bei der Spaltung eher selten sein dürfte, soll diese Möglichkeit dennoch eingeräumt werden, so insbesondere im Hinblick auf den Fall einer asymmetrischen Spaltung (vgl. hinten).

Sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der Abspaltung erhalten die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Rechtsträgern. Betreffend die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten sieht Artikel 41 Absatz 2 zwei Möglichkeiten vor (vgl. dazu auch vorne Ziffer 182):

- Den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers können Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den übernehmenden Rechtsträgern zugewiesen werden, die dem Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung am übertragenden Rechtsträger entsprechen (*symmetrische Spaltung*). So würde beispielsweise einer Aktionärin, die zehn Prozent des Aktienkapitals der übertragenden Gesellschaft besitzt, zehn Prozent des Kapitals der durch Abspaltung entstandenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugewiesen. Eine symmetrische Spaltung verändert das Verhältnis unter den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern grundsätzlich nicht. Es versteht sich jedoch von selbst, dass sich bei der Übertragung von Vermögensteilen auf bereits bestehende Rechtsträger (Spaltung zur Übernahme) durch das Zusammentreffen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse ergeben kann; das Verhältnis der Beteiligungsanteile lässt sich hier nur im Rahmen der infolge der Spaltung zuzuweisenden Rechte gewährleisten.
- Bei der Spaltung eines Rechtsträgers ist es ebenfalls möglich, die bisherigen Beteiligungsverhältnisse zu verändern (*asymmetrische Spaltung*). Den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers können dabei unterschiedliche Beteiligungen an allen oder einzelnen der übernehmenden Rechtsträger zugewiesen werden. Es kann auch vorgesehen werden, dass einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers ausschliesslich Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht eines übernehmenden Rechtsträgers zugewiesen werden und dass die übrigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter lediglich am übertragenden Rechtsträger beteiligt bleiben.

Im wesentlichen unterliegen diese beiden Möglichkeiten der Spaltung denselben gesetzlichen Bestimmungen. Eine Ausnahme ergibt sich allerdings in bezug auf die Mehrheitserfordernisse für die Zustimmung in der Generalversammlung (Art. 53). Gerade die asymmetrische Spaltung kann für die Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter mit grossen Risiken verbunden sein; so könnten ihnen etwa Beteiligungen desjenigen Rechtsträgers zugewiesen werden, der den unrentabelsten Vermögensteil übernimmt.

### **3. Abschnitt: Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung, Gründung und Zwischenbilanz**

#### **Art. 42 Herabsetzung des Kapitals bei der Abspaltung**

Da der übertragende Rechtsträger bei der Aufspaltung aufgelöst wird, ist eine Kapitalherabsetzung nicht erforderlich. Die Ausgliederung hat ihrerseits keinen Einfluss auf das Kapital des übertragenden Rechtsträgers, da dieser für die Übertragung seines Vermögensteils selbst eine Gegenleistung erhält. Dagegen kann bei der Abspaltung eine Kapitalherabsetzung der übertragenden Kapitalgesellschaft erforderlich sein. Eine kumulative Anwendung der Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kapitalherabsetzung (vgl. Art. 733 und 734 OR für die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft sowie Art. 788 Abs. 2 für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung) und der Vorschriften des Fusionsgesetzes erweist sich dabei als überflüssig. In der Tat bezwecken die Bestimmungen zur Kapitalherabsetzung vor allem den Schutz der Gläubigerinteressen und würden daher zu Doppelspurigkeiten mit den Gläubigerschutzbestimmungen bei der Spaltung (Art. 56 ff.) führen. Aus diesem Grund sieht Artikel 42 vor, dass die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Kapitalherabsetzung bei der Abspaltung keine Anwendung finden; dies allerdings nur, wenn die Kapitalherabsetzung gleichzeitig mit der Abspaltung stattfindet.

#### **Art. 43 Kapitalerhöhung**

Bei der Spaltung zur Übernahme hat die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital nach Artikel 43 Absatz 1 insoweit zu erhöhen, als es zur Wahrung der Rechte der Anteilhaberinnen und -inhaber des übertragenden Rechtsträgers nach Artikel 41 erforderlich ist.

Der Betrag der Kapitalerhöhung kann davon abhängen, ob der übernehmende Rechtsträger über Anteilscheine am übertragenden Rechtsträger oder über eigene Anteile verfügt oder ob der zu übertragende Vermögensteil Anteilscheine des übernehmenden oder übertragenden Rechtsträgers einschliesst. In den diesen Fällen kann auf die Kapitalerhöhung im entsprechenden Verhältnis verzichtet werden. Unter Vorbehalt der erwähnten Ausnahmen hat die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital im Interesse des Gläubigerschutzes zwingend zu erhöhen.

Wie die entsprechende Bestimmung zur Fusion (Art. 9) legt auch Artikel 43 Absatz 2 fest, dass die Vorschriften des Obligationenrechts über die Sacheinlagen bei der Spaltung nicht anwendbar sind.

#### **Art. 44 Neugründung**

Artikel 44 entspricht Artikel 10 der Regelung der Fusion und besagt, dass die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts über die Gründung eines Rechtsträgers - mit Ausnahme der Vorschriften über die Sacheinlagen und die Anzahl

der Gründerinnen und Gründer - auch auf die Neugründung im Rahmen einer Spaltung Anwendung finden. Demzufolge muss der zu übertragende Vermögensteil einen Aktivenüberschuss aufweisen, damit die Vorschriften über die Liberierung des Kapitals eingehalten werden.

#### **Art. 45      Zwischenbilanz**

Entsprechend Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe c der 6. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (82/891/EWG; s. Anhang) müssen die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gemäss Artikel 45 eine Zwischenbilanz erstellen, sofern der Bilanzstichtag beim Abschluss des Spaltungsvertrags oder bei der Erstellung des Spaltungsplans mehr als sechs Monate zurückliegt.

#### **4. Abschnitt: Spaltungsvertrag, Spaltungsplan, Spaltungsbericht und Prüfung**

#### **Art. 46      Spaltungsvertrag und Spaltungsplan**

Für die Durchführung der Spaltung wird in Artikel 46 Absatz 1 und 2 zwischen zwei verschiedenen Fällen unterschieden:

- Werden Vermögensteile auf bestehende Rechtsträger übertragen (Spaltung zur Übernahme), so schliessen die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane des übertragenden und der übernehmenden Rechtsträger einen *Spaltungsvertrag* ab.
- Werden Vermögensteile auf neu zu gründende Rechtsträger übertragen (Spaltung zur Neugründung), so erstellt das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträgers einen *Spaltungsplan*.

Wie bei der Fusion ist es das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan (zu diesem Begriff s. die Ausführungen zu Art. 12) der beteiligten Rechtsträger, das für den Abschluss des Fusionsvertrags oder die Erstellung des Fusionsplans zuständig ist.

Der Spaltungsvertrag beziehungsweise der Spaltungsplan bedarf der schriftlichen Form sowie der Zustimmung der Generalversammlung gemäss Artikel 53 und 54.

#### **Art. 47      Inhalt des Spaltungsvertrags**

Artikel 47 gibt die Punkte vor, die der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan zwingend enthalten muss.

Der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan enthält insbesondere ein Inventar, das die Vermögensteile bezeichnet, die bei der Spaltung übertragen werden (Art. 47 Bst. b). Das Inventar regelt weiter die Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens zwischen den verschiedenen Vermögensteilen sowie die Zuordnung dieser Vermögensteile an die übernehmenden Rechtsträger.

Da die Aufspaltung und die Abspaltung stets gegen Zuweisung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten erfolgt, muss der Spaltungsvertrag weiter die Anteilsrechte an den übernehmenden Rechtsträgern bezeichnen, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden Rechtsträgers zukommen (Umtauschverhältnis), beziehungsweise Angaben über die Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger enthalten (Art. 47 Bst. c). Bei der Ausgliederung hat der Vertrag die Gegenleistung zu bezeichnen (Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte bzw. die Höhe der Abfindung), die dem übertragenden Rechtsträger zusteht (Art. 47 Bst. d).

Für alles übrige hält sich Artikel 47 an Artikel 3 der 6. EG-Richtlinie, die in diesem Punkt ihrerseits den Vorschriften zur Fusion entspricht (vgl. Art. 13).

#### **Art. 48 Nicht zugeordnete Gegenstände des Aktivvermögens**

Bei der Erstellung des Inventars kann es vorkommen, dass die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger gewisse Gegenstände des Aktivvermögens des übertragenden Rechtsträgers übersehen. Lässt sich die Zuordnung dieser Gegenstände auch durch Auslegung des Spaltungsvertrags oder -plans nicht feststellen, so greifen die Bestimmungen des Artikels 48 über die Zuordnung. Bei der Abspaltung und der Ausgliederung verbleiben diese Gegenstände im Vermögen des übertragenden Rechtsträgers. Bei der Aufspaltung gehören sie dagegen allen übernehmenden Rechtsträgern zu Miteigentum, dies im Verhältnis zum ihnen gemäss Spaltungsvertrag oder -plan zustehenden Nettovermögen. Die vorgesehene Differenzierung nach der Spaltungsform erklärt sich dadurch, dass der übertragende Rechtsträger im Fall der Aufspaltung aufgelöst und im Handelsregister gelöscht wird (Art. 39 Bst. a und 62 Abs. 3) und ihm in der Folge keine obligatorischen oder dinglichen Rechte mehr zugesprochen werden können.

#### **Art. 49 Spaltungsbericht**

Der Spaltungsbericht entspricht dem Fusionsbericht. Artikel 49 übernimmt daher zum grossen Teil den Inhalt von Artikel 14 über den Fusionsbericht (vgl. die Ausführungen zu dieser Bestimmung), berücksichtigt aber die Besonderheiten der Spaltung. Artikel 49 entspricht den Anforderungen von Artikel 7 der 6. EG-Richtlinie.

#### **Art. 50 - 51 Prüfung des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans und des Spaltungsberichts; Information über Änderungen im Vermögen**

Im Sinne der Straffung des Vorentwurfs verweisen die Artikel 50 (Prüfung des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans und des Spaltungsberichts) und 51 (Information über Änderungen im Vermögen) auf die Artikel 15 und 16, welche die entsprechenden Fragen für die Fusion regeln. Diese Bestimmungen berücksichtigen ebenfalls die Anforderungen der Artikel 7 Absatz 3 und Artikel 8 der 6. EG-Richtlinie.

## **Art. 52 Auflage des Spaltungsvertrages oder des Spaltungsplans und Einsichtsrecht**

Artikel 52 (Auflage des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans und Einsichtsrecht) verweist ebenfalls auf die entsprechende Bestimmung zur Fusion (Art. 17). Die Auflage des Spaltungsvertrags oder -plans und das daraus fliessende Einsichtsrecht sind jedoch nur in denjenigen Fällen vorgesehen, in denen nach Artikel 53 und 54 für die Spaltung die Zustimmung der Generalversammlung erforderlich ist. Das Auflageverfahren und das Einsichtsrecht (Art. 17) entfallen, wenn das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan zum Beschluss über die Spaltung zuständig ist, d.h. bei der Ausgliederung ohne Änderung des Zwecks des Rechtsträgers (s. Art. 54 Abs. 1).

Gemäss Artikel 52 Absatz 2 hat die Publikation betreffend die Auflage des Spaltungsvertrags oder -plans im Schweizerischen Handelsamtsblatt (s. Art. 17 Abs. 5) ebenfalls einen Schuldenruf gemäss Art. 56 zu enthalten. In der Tat birgt der Spaltungsvorgang mehr Risiken für die Interessen der Gläubiger als die Fusion. Deshalb ist es vorgesehen, die Gläubigerinnen und Gläubiger aufzufordern, ihre Forderungen anzumelden (s. die Ausführungen zu Art. 56 ff.).

## **5. Abschnitt: Spaltungsbeschluss**

### **Art. 53 Spaltungsbeschluss bei der Aufspaltung und der Abspaltung**

Betreffend den Beschluss über den Spaltungsvertrag oder -plan unterscheidet der Vorentwurf zwischen der Aufspaltung und der Abspaltung einerseits und der Ausgliederung andererseits. Bei der Aufspaltung und der Abspaltung bedarf der Vertrag stets der Beschlussfassung durch die Generalversammlung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (Art. 53 Abs. 1). Umgekehrt ist bei der Ausgliederung nur dann ein Beschluss der Generalversammlung erforderlich, wenn mit der Ausgliederung eine Änderung des Zwecks des Rechtsträgers verbunden ist (s. Art. 54 Abs. 1 und die Ausführungen dazu).

Artikel 53 Absatz 2 setzt die Mehrheitserfordernisse für die Beschlussfassung bei der Aufspaltung und der Abspaltung fest. Im Grundsatz gelangen die für die Fusion in Artikel 18 Absatz 1, 3, 4 und 6 festgelegten Mehrheitserfordernisse für die Spaltung analog zur Anwendung. Eine Ausnahme gilt jedoch für die asymmetrische Aufspaltung oder Abspaltung (s. dazu die Ausführungen zu Art. 41), wo die Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers erforderlich ist. In der Tat birgt die asymmetrische Spaltung beträchtliche Risiken für die Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter. Das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter stellt die einzige wirksame Schutzvorkehrung dar,

wenn man eine heikle gerichtliche Prüfung der asymmetrischen Spaltung vermeiden will. Diese Lösung entspricht dem deutschen Recht<sup>26</sup>.

Selbstverständlich ist bei der Spaltung zur Neugründung nicht erforderlich, dass die Generalversammlung des neu gegründeten Rechtsträgers der Spaltung zustimmt, da dieser erst mit der Rechtswirksamkeit der Fusion durch die Eintragung ins Handelsregister die Rechtspersönlichkeit erlangt (Art. 63).

#### **Art. 54 Spaltungsbeschluss bei der Ausgliederung**

Die Ausgliederung berührt die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers nicht und birgt auch weniger Risiken für die Gläubigerinnen und Gläubiger, erhält doch der übertragende Rechtsträger selbst eine Gegenleistung für die Ausgliederung im Wert des übertragenen Vermögensteils. Daher sieht Artikel 54 im Gegensatz zur Aufspaltung und Abspaltung (Art. 53) vor, dass die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane der an der Ausgliederung beteiligten Rechtsträger zum Beschluss über den Spaltungsvertrag oder -plan zuständig sind. Die Zuständigkeit der Generalversammlung bleibt jedoch für die Fälle vorbehalten, in denen die Ausgliederung für den übertragenden oder übernehmenden Rechtsträger eine Änderung des Zwecks bedingt. Dies ist namentlich der Fall, wenn der übertragende Rechtsträger seine operative Tätigkeit aufgibt und in Folge der Ausgliederung zu einer reinen Holdinggesellschaft mutiert.

Bedingt die Ausgliederung eine Zweckänderung, so sind die Mehrheiten von Artikel 53 Absatz 2 nicht anwendbar. Der Beschluss der Generalversammlung unterliegt diesfalls - unter Vorbehalt strengerer statutarischer Bestimmungen - den Mehrheitserfordernissen des Obligationenrechts.

Liegt die Zuständigkeit zum Fusionsbeschluss beim obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan, so muss dieses nach Massgabe von Artikel 54 Absatz 2 in seinem Jahresbericht die Ausgliederung erläutern. Für die Rechtsformen, bei denen kein Jahresbericht vorgesehen ist (Genossenschaften), muss die Ausgliederung an der Generalversammlung erläutert werden.

#### **Art. 55 Öffentliche Beurkundung**

Artikel 55 sieht vor, dass der Spaltungsbeschluss bei der Aufspaltung, der Abspaltung und der Ausgliederung mit Zweckänderung, also in allen Fällen, in denen die Generalversammlung für den Spaltungsbeschluss zuständig ist, der öffentlichen Beurkundung bedarf. Umgekehrt genügt bei der Ausgliederung ohne Zweckänderung die schriftliche Form, dies selbst wenn Grundstücke übertragen werden.

---

<sup>26</sup> § 128 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts; siehe dazu B. BESSENICH, Gedanken zur Einführung der Spaltung im schweizerischen Aktienrecht, SZW 1992, S. 157 ff. insbesondere S. 162 ff.; M. LUTTER, Zur Reform von Umwandlung und Fusion, ZGR 1990, S. 404 ff.

## **6. Abschnitt: Gläubigerschutz**

### **Art. 56      Schuldeneruf**

Im Gegensatz zur Fusion kann die Spaltung den Gläubigerinnen und Gläubigern des übertragenden Rechtsträgers das Haftungssubstrat entziehen. Daher sehen die Bestimmungen der Artikel 56 ff. einen gegenüber der Fusion erweiterten Gläubigerschutz vor. Anders als bei der Fusion greift der Gläubigerschutz bei der Spaltung vor ihrer Rechtswirksamkeit und stellt eine Voraussetzung ihres Vollzugs dar. Obschon der Spaltungsbeschluss gefasst werden darf, bevor die Frist zum Anbegehren der Sicherstellung gemäss Artikel 57 abgelaufen ist, kann die Eintragung der Spaltung im Handelsregister erst verlangt werden, nachdem eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor bestätigt hat, dass die Bestimmungen über den Gläubigerschutz eingehalten worden sind (Art. 61 und 62).

Nach Artikel 56 beginnt das Verfahren zum Gläubigerschutz mit der öffentlichen Aufforderung der Gläubigerinnen und Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers, ihre Forderungen anzumelden. Dieser Schuldeneruf erfolgt zeitgleich mit der Veröffentlichung des Hinweises auf die Auflage des Spaltungsvertrags oder -plans im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Somit findet er mindestens 30 Tage vor der Generalversammlung statt, die über die Spaltung zu beschliessen hat. Weiter sieht Artikel 56 vor, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger im Schuldeneruf auf ihre Rechte hinzuweisen sind, so insbesondere auf ihr Recht, gemäss Artikel 57 Sicherstellung zu verlangen.

Das Erfordernis eines Schuldenerufs ermöglicht es dem übertragenden Rechtsträger, beim Inventar über die Verbindlichkeiten namentlich auch Forderungen zu berücksichtigen, die in der Buchhaltung nicht verzeichnet sind, wie insbesondere Forderungen aus unerlaubter Handlung.

Forderungen, die nicht innerhalb von drei Monaten seit der Veröffentlichung des Schuldenerufs angemeldet werden, bleiben materiell unberührt, doch kann hierfür keine Sicherstellung nach Artikel 57 mehr verlangt werden. Die betroffenen Gläubigerinnen und Gläubiger können jedoch auch diesfalls die subsidiär haftenden Rechtsträger belangen (s. Art. 59), wenn sie vom Rechtsträger, dem die Forderung durch den Spaltungsvertrag oder -plan zugewiesen wurde, nicht befriedigt werden.

### **Art. 57      Sicherstellung der Forderungen**

Artikel 57 deckt sich weitgehend mit der entsprechenden Bestimmung der Regelung der Fusion (Art. 25). Die Gläubigerinnen und Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers können von diesem innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung des Schuldenerufs verlangen, dass er ihre Forderungen sicherstellt. Der übertragende Rechtsträger kann sich von dieser Pflicht befreien, wenn er nachweist, dass die Spaltung die Erfüllung der betreffenden Forderung nicht gefährdet; so kann zum Beispiel

belegt werden, dass die subsidiäre Haftung der anderen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (s. Art. 59) als Sicherheit genügt.

Anders als bei der Fusion entsteht das Recht auf Sicherstellung bei der Spaltung bereits vor der Durchführung des Vorhabens. Zum Einfordern von Sicherheiten berechtigt sind nur die Gläubigerinnen und Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers. Im Unterschied zur Fusion richtet sich das Begehren um Sicherstellung an den übertragenden Rechtsträger. Selbstverständlich können die Sicherheiten aber auch vom übernehmenden Rechtsträger oder von einem Dritten geleistet werden.

Wie bei der Fusion kann sich der übertragende Rechtsträger dadurch von seiner Pflicht zur Sicherstellung befreien, dass er die Forderung erfüllt. Daraus darf den anderen Gläubigern jedoch kein Schaden erwachsen (Art. 57 Abs. 2).

### **Art. 58 Haftung für nicht zugeordnete Verbindlichkeiten**

Als Pendant zu Artikel 48 regelt Artikel 58 die Haftung für Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die im Spaltungsvertrag oder -plan nicht zugeordnet wurden. Für Verbindlichkeiten, die nicht ins Inventar aufgenommen wurden (zum Inventar s. die Ausführungen zu Art. 47 lit. b), wird die solidarische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger vorgesehen. Diese Solidarhaftung erstreckt sich auf alle nicht zugeordneten Verbindlichkeiten ungeachtet ihres Entstehungsgrundes; ohne Belang ist auch, ob Verbindlichkeiten bei der Erstellung des Inventars absichtlich ausgelassen wurden oder nicht. So haftet der übernehmende Rechtsträger - selbst im Fall der Ausgliederung - solidarisch für allfällige Forderungen des übertragenden Rechtsträgers aus unerlaubter Handlung, auch wenn sie im Zeitpunkt der Spaltung noch nicht bekannt waren.

### **Art. 59 Subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger**

Das Recht der Gläubigerinnen und Gläubiger, Sicherstellung zu verlangen (Art. 57) wird ergänzt durch Artikel 59, der eine subsidiäre solidarische Haftung der Rechtsträger vorsieht, denen die Verbindlichkeit durch den Spaltungsvertrag oder -plan nicht zugeordnet wurde. Wurde die Gläubigerin oder der Gläubiger durch den Rechtsträger, dem eine Verbindlichkeit durch den Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet wurde (primär haftender Rechtsträger), nicht befriedigt, haften die anderen an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (subsidiär haftende Rechtsträger) solidarisch für die Erfüllung der Forderung.

Subsidiär haftende Rechtsträger können jedoch erst belangt werden, wenn die Voraussetzungen von Artikel 59 Absatz 2 erfüllt sind. Einerseits darf die Forderung nicht sichergestellt sein (namentlich gemäss Art. 57), andererseits muss der primär haftende Rechtsträger entweder:

- in Konkurs geraten sein;

- Nachlassstundung oder Konkursaufschub erlangt haben;
- bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins betrieben worden sein;
- den Sitz ins Ausland verlegt haben und in der Schweiz nicht mehr belangt werden können oder
- den Sitz von einem ausländischen Staat in einen anderen verlegt haben, wodurch die Rechtsverfolgung erheblich erschwert wurde.

Diese Bestimmung übernimmt die auf die Bürgschaft anwendbaren Voraussetzungen (Art. 495 Abs. 1 OR).

Die subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (Art. 59) bietet den Gläubigerinnen und Gläubigern des sich spaltenden Rechtsträgers, in Verbindung mit ihrem Recht, Sicherstellung zu verlangen (Art. 57), einen wirksamen Schutz gegen die Risiken und Missbrauchsmöglichkeiten, die mit einer Spaltung einhergehen. Obschon diese Schutzmassnahmen einschneidender als die Minimalanforderungen von Artikel 12 der 6. EG-Richtlinie sind, erscheinen sie auf Grund der durch die Spaltung bedingten Neuverteilung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers geboten.

#### **Art. 60      Persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

Wie bei der Fusion ist auch bei der Spaltung eine Rückwirkung hinsichtlich der persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ausgeschlossen. Gläubiger und andere Dritte müssen sich auf die Kontinuität einer allenfalls gegebenen persönlichen Haftung für Schulden, die vor der Veröffentlichung des Spaltungsbeschlusses entstanden sind, verlassen können. Daher bringt Artikel 60 die Bestimmungen von Artikel 26 analog zur Anwendung.

#### **Art. 61      Bestätigung der Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften**

Wegen der Gefährdung der Gläubigerinteressen, die der Spaltung immanent ist, muss der Gläubigerschutz bereits vor der Rechtswirksamkeit der Spaltung greifen. Daher darf die Eintragung der Spaltung ins Handelsregister, welche die Spaltung rechtswirksam werden lässt, nur dann erfolgen, wenn die gesetzlichen Bestimmungen über den Gläubigerschutz eingehalten worden sind. Artikel 61 sieht vor, dass eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften bestätigen muss. Eine solche Überprüfung erübrigt sich bei der Fusion, da der Gläubigerschutz dort erst nachträglich gewährt wird (s. Art. 25).

## **7. Abschnitt: Eintragung ins Handelsregister**

### **Art. 62 - 64 Eintragung ins Handelsregister; Rechtswirksamkeit; Veröffentlichung**

Wie die Fusion muss auch die Spaltung ins Handelsregister eingetragen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden (Art. 62 und 64). Gemäss Artikel 62 Absatz 1 darf die Eintragung ins Handelsregister erst erfolgen, nachdem alle beteiligten Rechtsträger der Spaltung zugestimmt haben (Art. 53 und 54) und die Bestätigung über die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften vorliegt (Art. 61).

Muss das Kapital einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditaktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung infolge einer Abspaltung herabgesetzt werden (Art. 42), so ist die Kapitalherabsetzung zusammen mit der Spaltung ins Handelsregister einzutragen (Art. 62 Abs. 2).

Bei der Aufspaltung wird der übertragende Rechtsträger von Amtes wegen zeitgleich mit der Eintragung der Spaltung im Handelsregister gelöscht (Art. 39 Bst. a und 62 Abs. 3).

Die Eintragung der Spaltung ins Handelsregister wirkt konstitutiv: Die gesamten im Inventar verzeichneten Aktiven und Passiven gehen mit der Eintragung von Amtes wegen auf die übernehmenden Rechtsträger über (Art. 63).

## **8. Abschnitt: Besondere Vorschriften für die Spaltung von Vorsorgeeinrichtungen**

### **Art. 65 - 67 Schutz der Versicherten; Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan, Spaltungsbericht und Prüfung; Genehmigung**

Wie schon bei den Ausführungen zu Artikel 40 erwähnt, kann eine in die Rechtsform der Stiftung oder der Genossenschaft gekleidete Vorsorgeeinrichtung Gegenstand einer Spaltung sein, wenn der bisherige Zweck gewahrt bleibt. Der Vorentwurf trägt damit der Tatsache Rechnung, dass es bei der Spaltung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft erforderlich sein kann, die mit dem übertragenden Rechtsträger verbundene Vorsorgeeinrichtung ebenfalls zu spalten.

Grundsätzlich sind die allgemeinen Bestimmungen über die Spaltung anwendbar; dennoch enthalten die Artikel 66 und 67 gewisse Präzisierungen, die insbesondere jede rechtliche Schlechterstellung der Versicherten verhindern sollen. Die Pflicht zur Wahrung der Rechtsstellung und der Ansprüche gilt sowohl in Bezug auf die zukünftigen Anspruchsberechtigten als auch hinsichtlich der Rentner, die bereits Versicherungsleistungen beziehen. Zur Wahrung der Rechtsstellung gehört ebenfalls, dass die Beiträge der Versicherten und des Unternehmens im neuen Rechtsträger identisch geregelt werden.

Wie für die Fusion wird auch für die Spaltung von Vorsorgeeinrichtungen eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorausgesetzt (Art. 67; s. dazu auch die Erläuterungen zu Art. 38).

## **4. Kapitel: Umwandlung**

### **1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen**

#### **Art. 68 Grundsatz**

Artikel 68 ermöglicht es Rechtsträgern, ihre Rechtsform durch Umwandlung unter Weiterbestand aller Rechtsverhältnisse zu ändern. Abweichend von den geltenden gesetzlichen Bestimmungen über die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 824 ff. OR; übertragende Umwandlung) führt der Vorentwurf eine direkte Umwandlung ein (rechtsformändernde Umwandlung; s. dazu auch vorne Ziffer 183), wobei weder die Auflösung der bisherigen Gesellschaft noch die Übertragung der Rechtsbeziehungen erforderlich ist. Auf diese Weise wird die Kontinuität sowohl der internen wie auch der externen Rechtsbeziehungen des Rechtsträgers gewährleistet.

#### **Art. 69 Zulässige Umwandlungen**

Das Gesetz hat vorzugeben, welche Umwandlungen zulässig sein sollen. Dabei orientiert sich Artikel 69 an den in Artikel 4 bezeichneten Möglichkeiten der Fusion zwischen Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsform.

## Darstellung der Umwandlungsmöglichkeiten nach Artikel 69:

### Umwandlung

	in	Kollektivgesellschaft	Kommanditgesellschaft	Aktiengesellschaft	Kommanditaktiengesellschaft	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Genossenschaft mit Anteilscheinen	Genossenschaft ohne Anteilscheine	Verein
von									
Kollektivgesellschaft		Art. 69 Abs. 2 Bst. b	Art. 69 Abs. 2 Bst. a						
Kommanditgesellschaft	Art. 69 Abs. 3 Bst. b		Art. 69 Abs. 3 Bst. a						
Aktiengesellschaft				Art. 69 Abs. 1 Bst. a		Art. 69 Abs. 1 Bst. b			
Kommanditaktiengesellschaft			Art. 69 Abs. 1 Bst. a		Art. 69 Abs. 1 Bst. a	Art. 69 Abs. 1 Bst. b			
Gesellschaft mit beschränkter Haftung			Art. 69 Abs. 1 Bst. a			Art. 69 Abs. 1 Bst. b			
Genossenschaft mit Anteilscheinen			Art. 69 Abs. 4 Bst. a						
Genossenschaft ohne Anteilscheine			Art. 69 Abs. 4 Bst. a					Art. 69 Abs. 4 Bst. b	
Verein						Art. 69 Abs. 5			

- Kollektiv- und Kommanditgesellschaften können in Kapitalgesellschaften umgewandelt werden. Auf diese Weise wird verhindert, dass eine Gesellschaft aufgelöst und ihr Vermögen durch Sacheinlage auf eine Kapitalgesellschaft übertragen werden muss. Kollektivgesellschaften können sich auch in Kommanditgesellschaften umwandeln und umgekehrt. Der Wechsel der Rechtsform zwischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass die Umwandlung hier nicht notwendigerweise auf dem Willen der Gesellschaft beruht, sondern auch vom Ein- oder Austritt oder von der Änderung der Rechtsstellung einer Gesellschafterin oder eines Gesellschafters abhängen kann. Demzufolge wird für diese Umwandlungen in Artikel 70 eine Sonderregelung vorgesehen.
- Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) können in Kapitalgesellschaften anderer Rechtsform oder in Genossenschaften umgewandelt werden. Für die Umwandlung in eine Genossenschaft ist allerdings nach Artikel 79 Absatz 1 Buchstabe b die Zustimmung aller bisherigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter erforderlich. Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft muss demgegenüber ausgeschlossen werden, da durch eine entsprechende Umwandlung die Vorschriften über die Liquidation von Kapitalgesellschaften umgangen würden.

- Genossenschaften können in Kapitalgesellschaften umgewandelt werden, dies unabhängig davon, ob sie über Anteilscheine verfügen oder nicht. Dazu sei auf die Ausführungen zu Artikel 4 verwiesen, die auch für die Umwandlung zutreffen. Genossenschaften, die über keine Anteilscheine verfügen, können sich weiter in Vereine umwandeln. Genossenschaften mit Anteilscheinen müssen demzufolge vor der Umwandlung in einen Verein ihr Genossenschaftskapital auf Null herabsetzen. Diese Lösung beruht auf denselben Überlegungen wie die Regelung der Absorption von Genossenschaften durch Vereine: Ein in Anteilscheine aufgegliedertes Genossenschaftskapital kann nicht unter Wahrung seines Charakters in einen Verein übernommen werden.
- Vereine können in Genossenschaften umgewandelt werden. Diese Möglichkeit beschränkt sich nach Artikel 69 Absatz 5 auf Vereine, die im Handelsregister eingetragen sind. Dieses formelle Erfordernis will sicherstellen, dass der Verein vor der Umwandlung überhaupt rechtsgültig gegründet worden ist. Eine Erschwerung der Umwandlung von Vereinen ergibt sich daraus kaum; nicht im Handelsregister eingetragene Vereine haben sich lediglich vor der Umwandlung eintragen zu lassen. Die Möglichkeit der Umwandlung von Vereinen in Genossenschaften erlaubt insbesondere "wirtschaftlichen" Vereinen, die in dieser Rechtsform para legem anerkannt wurden (BGE 90 II 333 ff., insbes. 336), die adäquate Rechtsform von Genossenschaften anzunehmen (vgl. auch Art. 59 Abs. 2 ZGB).
- Für Stiftungen ist die Umwandlung in einen Rechtsträger anderer Rechtsform nicht vorgesehen. Dies erklärt sich durch die grundsätzlichen Unterschiede zwischen der Struktur von Stiftungen und Gesellschaften.
- Institute des öffentlichen Rechts können sich nach Massgabe der besonderen Bestimmungen des fünften Kapitels des Vorentwurfs (Art. 85 ff.) in Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine und Stiftungen umwandeln.

#### **Art. 70      Sonderregelung für die Umwandlung von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften**

Die Umwandlung von Kollektivgesellschaften in Kommanditgesellschaften und umgekehrt ist bereits auf Grund der geltenden Bestimmungen des Obligationenrechts möglich. In der Tat ist die Struktur dieser beiden Gesellschaftsformen weitgehend identisch. Wenn alle Kommanditärinnen oder Kommanditäre aus einer Kommanditgesellschaft austreten oder zu unbeschränkt haftenden Gesellschafterinnen und Gesellschaftern werden, wandelt sich die Gesellschaft automatisch in eine Kollektivgesellschaft um. Dem entspricht die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, wenn eine Kommanditärin oder ein Kommanditär in die Gesellschaft eintritt oder unbeschränkt haftende Gesellschafterinnen oder Gesellschafter zu Kommanditärinnen oder Kommanditären werden. Artikel 70 schliesst diese bereits vom Obligationenrecht geregelten Fälle von der Ordnung der Umwandlung durch den Vorentwurf aus. Dassel-

be gilt auch für die Fortsetzung des Geschäftes einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft als Einzelunternehmen nach Massgabe von Artikel 579 des Obligationenrechts.

## **2. Abschnitt: Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

### **Art. 71 Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

Die Bestimmungen des Artikels 71 bezwecken den Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei einer Umwandlung der Rechtsform ihres Rechtsträgers. Diese Bestimmungen entsprechen im wesentlichen jenen des Fusionsrechts (Art. 7). Die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte müssen bei der Umwandlung gewahrt werden; den bisherigen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sind in der neuen Rechtsform gleichwertige Anteils- und Mitgliedschaftsrechte zu gewähren. Diese Bestimmung schützt die Gesellschafterinnen und Gesellschafter aber nicht vor Veränderungen ihrer Rechtsstellung, die sich unmittelbar aus dem Wechsel der Rechtsform ergeben, so etwa die Einführung einer Treuepflicht bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Genossenschaft (Art. 866 OR) oder die Auferlegung eines Konkurrenzverbots bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 818 OR).

Im Gegensatz zur Fusion (Art. 7 Abs. 2) ist bei der Umwandlung nicht vorgesehen, dass der Umtausch der Anteile durch Ausgleichszahlungen ergänzt werden kann. Da bei der Umwandlung keine Vermögenswerte übertragen werden, sollte der Wert der Gesellschaftsanteile grundsätzlich gleich bleiben.

Artikel 71 Absatz 2 bis 5 regelt die Wahrung der Rechte von Gesellschafterinnen und Gesellschaftern ohne Anteilscheine sowie von Inhaberinnen und Inhabern von Anteilen ohne Stimmrecht, von Sonderrechten und von Genussscheinen; es kann dazu auf die Ausführungen zu Artikel 7 Absatz 3 bis 6 verwiesen werden.

Werden die Bestimmungen von Artikel 71 verletzt, so können die in ihren Rechten beeinträchtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach Massgabe von Artikel 91 die gerichtliche Festsetzung einer Ausgleichszahlung verlangen.

## **3. Abschnitt: Gründung und Zwischenbilanz**

### **Art. 72 Gründungsvorschriften**

Obwohl bei der Umwandlung gemäss Artikel 68 kein neuer Rechtsträger gegründet wird, sind die Vorschriften für die Gründung eines Rechtsträgers der neuen Rechtsform zu beachten. Artikel 72 sieht daher vor, dass die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts über die Gründung eines entsprechenden Rechtsträgers Anwendung finden. Dies betrifft namentlich die Bestimmungen zur Kapitaleinlage, zur Bildung der Firma oder des Namens, zum Zweck und zur Organisation des Rechtsträ-

ger. Der Grundsatz der Beachtung der Gründungsvorschriften findet dagegen keine Anwendung auf die Anzahl der Gründerinnen und Gründer. So kann sich etwa eine Einmann-GmbH ohne weiteres direkt in eine Einmann-Aktiengesellschaft umwandeln.

Artikel 72 entspricht den Anforderungen von Artikel 13 der 2. EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (77/91/EWG).

### **Art. 73      Zwischenbilanz**

Wie die Fusion und die Spaltung hat auch die Umwandlung auf Grund einer aktuellen Bilanz zu erfolgen. In diesem Sinne bestimmt Artikel 73, dass eine Zwischenbilanz erstellt werden muss, sofern der Stichtag der letzten Bilanz im Zeitpunkt der Erstellung des Umwandlungsberichts mehr als sechs Monate zurück liegt.

## **4. Abschnitt:    Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht und Prüfung**

### **Art. 74 - 75    Erstellung des Umwandlungsplans;                   Inhalt des Umwandlungsplans**

Das Verfahren der Umwandlung ist jenem der Fusion und der Spaltung ähnlich. Die Umwandlung stützt sich auf einen Umwandlungsplan (Art. 74 und 75), einen Umwandlungsbericht (Art. 76) und einen Revisionsbericht (Art. 77).

Die Erstellung eines Umwandlungsplans obliegt gemäss Artikel 74 dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan des Rechtsträgers. Der Umwandlungsplan bedarf der schriftlichen Form und der Zustimmung der Generalversammlung beziehungsweise der Gesellschafterinnen und Gesellschafter (in Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) nach Massgeblichkeit von Artikel 79. Artikel 75 regelt den Inhalt des Umwandlungsplans.

### **Art. 76      Umwandlungsbericht**

In Übereinstimmung mit den Vorschriften zum Fusionsbericht (Art. 14) und zum Spaltungsbericht (Art. 49) sieht Artikel 76 vor, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan im Fall der Umwandlung einen detaillierten Bericht über den beabsichtigten Wechsel der Rechtsform zu erstellen hat.

### **Art. 77      Prüfung des Umwandlungsplans                   und des Umwandlungsberichts**

Entsprechend den Vorschriften zur Fusion und zur Spaltung bestimmt Artikel 77, dass eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor prüfen muss, ob der Umwandlungsplan, der Umwandlungsbericht und die der Umwandlung zugrunde liegende Bilanz die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen.

## **Art. 78      Auflage des Umwandlungsplans und Einsichtsrecht**

Artikel 78 entspricht den Artikeln 17 und 52 zur Fusion und zur Spaltung. Vorgesehen werden zwei verschiedene Formen der Publizität der Unterlagen zur Umwandlung. Der Rechtsträger, der sich umwandeln will, muss den Umwandlungsplan mindestens 30 Tage vor der Beschlussfassung der Generalversammlung beim Handelsregister an seinem Sitz zur Einsicht auflegen, wo er von Gläubigerinnen und Gläubigern und anderen Dritten eingesehen werden kann. Der Rechtsträger hat zudem den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht, den Prüfungsbericht und die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz an seinem Sitz aufzulegen. Diese Unterlagen stehen den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern während mindestens dreissig Tagen vor der Generalversammlung zur Einsichtnahme offen; dieses Einsichtsrecht dient der Meinungsbildung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter hinsichtlich des Beschlusses über die Umwandlung. Sie können vom Rechtsträger unentgeltliche Kopien der erwähnten Unterlagen verlangen. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt muss auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme der beim Handelsregister und am Sitz des Rechtsträgers aufgelegten Unterlagen hingewiesen werden.

Anders als bei der Fusion und bei der Spaltung (Art. 17 Abs. 4 und 52) steht den Gläubigerinnen und Gläubigern bei der Umwandlung kein erweitertes Einsichtsrecht zu. Bei der Umwandlung werden keine Vermögenswerte übertragen; der betreffende Rechtsträger ändert lediglich seine Rechtsform. Die Anforderungen an den Gläubigerschutz sind deshalb geringer als bei der Fusion und der Spaltung (vgl. Art. 84 und die Ausführungen dazu).

## **5. Abschnitt:    Umwandlungsbeschluss und Eintragung ins Handelsregister**

### **Art. 79      Umwandlungsbeschluss**

Gemäss den Artikeln 74 Absatz 2 und 79 muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des Rechtsträgers den Umwandlungsplan der Generalversammlung, beziehungsweise bei Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften allen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zur Beschlussfassung unterbreiten. Artikel 79 verlangt für die Beschlussfassung die selben Mehrheitserfordernisse, wie sie für die Fusion von Rechtsträgern verschiedener Rechtsform vorgesehen sind.

### **Art. 80 - 83    Öffentliche Beurkundung; Eintragung ins Handelsregister; Rechtswirksamkeit; Veröffentlichung**

Nach Artikel 80 bedarf der Umwandlungsbeschluss (Art. 79) der öffentlichen Beurkundung.

Nachdem der Umwandlungsbeschluss gefasst worden ist, muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan die Umwandlung nach Massgabe von Artikel 81 beim Handelsregister zur Eintragung anmelden.

Gemäss Artikel 82 wird die Umwandlung mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. Mit dieser Eintragung wird der Rechtsträger den neuen Statuten und den gesetzlichen Bestimmungen der neuen Rechtsform unterstellt.

## **6. Abschnitt: Gläubigerschutz**

### **Art. 84      Persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter**

Der Gläubigerschutz muss auch im Rahmen der Umwandlung sichergestellt werden. Es ist allerdings der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Umwandlung keinen Einfluss auf das Vermögen des Rechtsträgers hat. Die Umwandlung verleiht dem Rechtsträger nach der Konzeption des Vorentwurfs lediglich eine neue Rechtsform, bewirkt hingegen keine Vermögensübertragung. Den Gläubigerinnen und Gläubigern könnte dennoch ein Schaden entstehen, wenn eine vor der Umwandlung gegebene persönliche Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter durch die Umwandlung beschränkt oder aufgehoben wird. Dies betrifft insbesondere die Umwandlung einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft sowie die Umwandlung einer Genossenschaft mit persönlicher Haftung der Genossenschaftlerinnen und Genossenschaftler in eine Aktiengesellschaft.

Aus diesem Grund sieht Artikel 84 vor, dass Artikel 26 über den Fortbestand der persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei der Umwandlung entsprechende Anwendung findet.

## **5. Kapitel: Institute des öffentlichen Rechts**

### **Art. 85      Fusion und Umwandlung**

Das fünfte Kapitel des Vorentwurfs enthält besondere Bestimmungen über die Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts (zum Begriff s. Art. 2 lit. c und die Ausführungen dazu) an Fusionen mit Rechtsträgern des Privatrechts sowie über die Umwandlung von solchen Instituten in Rechtsträger des Privatrechts. Anzumerken ist, dass diese Bestimmungen ausschliesslich die privatrechtlichen Aspekte der Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts an Fusionen und Umwandlungen (s. Art. 1 Abs. 2) regeln. Für die entsprechenden Vorhaben bedürfen der Bund, die Kantone und die Gemeinden jedoch zusätzlich einer besonderen öffentlichrechtlichen Grundlage in ei-

nem Erlass oder Beschluss. Die Anforderungen richten sich dabei nach den massgebenden öffentlichrechtlichen Vorschriften.

Die Spaltung von Instituten des öffentlichen Rechts wird im Vorentwurf nicht geregelt. Die Spaltung eines Instituts des öffentlichen Rechts in mehrere solche Institute untersteht ausschliesslich dem öffentlichen Recht. Die Spaltung eines Instituts des öffentlichen Rechts in mehrere Rechtsträger des Privatrechts kann auf zwei Arten erfolgen: Das Institut des öffentlichen Rechts kann entweder zunächst in einen Rechtsträger des Privatrechts umgewandelt werden, der anschliessend eine Spaltung vornimmt, oder das Institut des öffentlichen Rechts kann sich vorerst nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts in mehrere solche Institute spalten, die anschliessend in Rechtsträger des Privatrechts umgewandelt werden.

Artikel 85 Absatz 1 sieht nur die Übernahme eines Instituts des öffentlichen Rechts durch einen Rechtsträger des Privatrechts und die Umwandlung eines solchen Instituts in einen Rechtsträger des Privatrechts vor. Die umgekehrten Vorgänge der Übernahme eines Rechtsträgers des Privatrechts durch ein Institut des öffentlichen Rechts sowie die Umwandlung eines Rechtsträgers des Privatrechts in ein Institut des öffentlichen Rechts werden vom Vorentwurf nicht erfasst. Die Übernahme des Vermögens eines Rechtsträgers des Privatrechts durch eine öffentlichrechtliche Körperschaft wird jedoch im Obligationenrechts vorgesehen (s. Art. 751 für die AG und Art. 915 für die Genossenschaft). Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall der Auflösung, bei dem die Vermögensübernahme die Liquidation ersetzt. Eine Kontinuität der Mitgliedschaft der bisherigen Gesellschafterinnen und Gesellschafter besteht bei der Übernahme des Vermögens durch eine öffentlichrechtliche Körperschaft nicht.

Artikel 85 Absatz 1 sieht vor, dass ein Institut des öffentlichen Rechts sein Vermögen durch Fusion auf eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung übertragen kann. Ein Institut des öffentlichen Rechts kann sich ebenfalls in einen Rechtsträger des Privatrechts umwandeln, der eine dieser Rechtsformen aufweist.

Wie schon in den Ausführungen zu Artikel 2 Buchstabe c erwähnt, muss einem Institut des öffentlichen Rechts im Sinne des Vorentwurfs nicht zwingend die Rechtspersönlichkeit zukommen. Sein Vermögen ist in der Folge juristisch nicht immer von demjenigen der öffentlichrechtlichen Körperschaft getrennt, der das Institut zugehört. Es erweist sich daher als erforderlich, die Gegenstände des Vermögens des Instituts des öffentlichen Rechts zu bestimmen. In diesem Sinne sieht Artikel 85 Absatz 2 vor, dass ein Inventar der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die von der Fusion oder Umwandlung erfasst werden, erstellt werden muss. Nur die ins Inventar aufgenommenen Gegenstände gehen von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über. Dies gilt auch bei der Umwandlung in einen Rechtsträger des Privatrechts. Die Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in einen Rechtsträger des Privatrechts weist demnach einen leichten dogmatischen Unterschied zur Um-

wandlung gemäss Artikel 68 ff. auf, da die Umwandlung nicht direkt, sondern durch Übertragung des Vermögens erfolgt.

### **Art. 86      Anwendbares Recht**

Artikel 86 sieht vor, dass die Bestimmungen des Vorentwurfs auf die Fusion von Instituten des öffentlichen Rechts mit Rechtsträgern des Privatrechts und auf die Umwandlung solcher Institute in Rechtsträger des Privatrechts grundsätzlich Anwendung finden. Es wird jedoch nur eine sinngemässe Anwendung vorgegeben. Das erlaubt, Bestimmungen, die sich im Einzelfall als nicht sachgerecht erweisen, ausnahmsweise nicht anzuwenden oder den Besonderheiten der Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts anzupassen. Insbesondere bedürfen die Bestimmungen des Fusionsgesetzes der Harmonisierung mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Wenn der Vorentwurf etwa vom "obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen" spricht (siehe Art. 12 und 74), muss sich aus dem öffentlichen Recht ergeben, welchen Organen diese Stellung im Institut des öffentlichen Rechts zukommt.

Bei der Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts kommen nach Artikel 86 Absatz 2 die Vorschriften des Vorentwurfs zur Fusion von Vorsorgeeinrichtungen (Art. 35 bis 38) analog zur Anwendung. Damit wird die Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts insbesondere auch dem Erfordernis einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach Artikel 61 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge (BVG)<sup>27</sup> unterstellt (s. Art. 38 sowie die Erläuterungen dazu).

Bezüglich zwei Fragen enthält Artikel 86 Absatz 3 einen Vorbehalt zugunsten öffentlichrechtlicher Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden: Der Beschluss über die Zustimmung von Instituten des öffentlichen Rechts zur Fusion oder Umwandlung (s. Art. 18 bzw. Art. 79) und das Einsichtsrecht (s. Art. 17 bzw. Art. 78) richten sich nach den massgebenden Normen des öffentlichen Rechts. Ein weiterer Vorbehalt findet sich in Artikel 96 betreffend die Verantwortlichkeit der Personen, die für ein Institut des öffentlichen Rechts im Rahmen einer Fusion oder Umwandlung tätig sind.

### **Art. 87      Haftung von Bund, Kantonen und Gemeinden**

Im allgemeinen haften Bund, Kantone und Gemeinden zumindest subsidiär für die Verbindlichkeiten ihrer Institute des öffentlichen Rechts. Diese subsidiäre Haftung des Staates wird - namentlich bei Kantonalbanken - oft als Argument für die Wahl einer öffentlichrechtlichen Rechtsform angeführt. Die Gläubigerinnen und Gläubiger von Instituten des öffentlichen Rechts dürfen auch nach deren Fusion oder Umwandlung in ihren Erwartungen bezüglich der Staatshaftung nicht enttäuscht werden. Insofern ist ihre

---

<sup>27</sup> SR 831.40

Lage vergleichbar mit derjenigen von Gläubigerinnen und Gläubigern eines privaten Rechtsträgers, dessen Gesellschafterinnen und Gesellschafter in Folge einer Fusion oder Umwandlung nicht mehr persönlich haften (vgl. die Regelung der Art. 26 und 84). Artikel 87 übernimmt daher die Regelung bezüglich der persönlichen Haftung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter. Gemäss dieser Bestimmung bleibt die öffentlichrechtliche Gebietskörperschaft, die für die Verbindlichkeiten eines Instituts des öffentlichen Rechts haftete, auch nach einer Fusion oder Umwandlung dafür haftbar, soweit die Verbindlichkeiten vor der Veröffentlichung des Fusions- oder des Umwandlungsbeschlusses begründet wurden oder soweit der Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten vor diesem Zeitpunkt liegt. Die Ansprüche gegen die öffentlichrechtliche Gebietskörperschaft verjähren spätestens fünf Jahre nach der Veröffentlichung des Fusions- oder des Umwandlungsbeschlusses. Wird die Forderung erst nach der Veröffentlichung fällig, so beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit. Bei der öffentlichen Ausgabe von Anlehensobligationen und ähnlichen Schuldverschreibungen durch ein Institut des öffentlichen Rechts bleibt die Haftung der öffentlichrechtlichen Gebietskörperschaft - vorbehaltlich anderslautender Bestimmungen im Prospekt - bis zur Rückzahlung bestehen.

Artikel 87 Absatz 4 sieht ausdrücklich vor, dass die Gläubigerschutzbestimmungen von Artikel 25 auch auf Fusionen Anwendung finden, an denen ein Institut des öffentlichen Rechts beteiligt ist.

## **6. Kapitel: Gemeinsame Vorschriften**

### **1. Abschnitt: Prüfung durch das Handelsregisteramt und Eintragung ins Handelsregister**

#### **Art. 88 Prüfung durch das Handelsregisteramt**

Artikel 88 regelt die Eintragung von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen ins Handelsregister und insbesondere die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden. Der Umfang der Kognition der Handelsregisterbehörden wurde in einer Reihe von Bundesgerichtsentscheiden erörtert (siehe insbesondere BGE 114 Ib 264, 114 II 69, 116 II 78, 117 II 188, 119 II 465, 120 II 379 und 120 IV 204). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst die Prüfungsbefugnis im Grundsatz die Prüfung der formellen Voraussetzungen des Handelsregisterrechts. Die materiellrechtliche Prüfung ist hingegen beschränkt: Sie hat sich auf die Einhaltung der zwingenden, im öffentlichen Interesse oder zum Schutze von Dritten aufgestellten Bestimmungen zu beschränken. Selbst in diesen Fällen soll die Eintragung nur verweigert werden dürfen, "wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss" (BGE 114 II 68 und 117 II 188). Diese Umschreibung der Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden ist allerdings in der Lehre umstritten

und erweist sich für die Praxis als wenig griffig. Insbesondere bei umstrittenen Rechtsfragen lassen sich zwingende Bestimmungen, die Interessen Dritter oder öffentliche Interessen schützen, nicht durchsetzen.

Der Vorentwurf sieht eine wichtige Neuordnung des Gesellschaftsrechts und des Rechts der juristischen Personen überhaupt vor, indem er die Möglichkeiten rechtlicher Restrukturierungen erheblich erweitert. Dabei ist jedoch die Rechtmässigkeit der Umstrukturierungsvorgänge sicherzustellen. Es drängt sich daher auf, die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden nicht nur im Bereich der formellen, sondern auch der materiellen Rechtmässigkeit gesetzlich klar festzulegen. Zu beachten ist, dass der Vorentwurf hauptsächlich zwingende Bestimmungen enthält, die Dritte schützen und die Sicherheit im Rechtsverkehr gewährleisten sollen. Eine Prüfung durch die Handelsregisterbehörden erweist sich daher als unabdingbar. Bei einer allfälligen Verweigerung der Eintragung bleibt im übrigen stets die richterliche Überprüfung offen.

Artikel 88 umreisst und begrenzt die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden bei der Eintragung der Fusion, Spaltung oder Umwandlung. Insbesondere hat das Handelsregisteramt folgende Fragen zu prüfen:

- Die Fusion, Spaltung oder Umwandlung muss gesetzlich vorgesehen sein. Die zulässigen Formen von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen finden sich in den Artikeln 4 ff., 39 f., 69 und 85 abschliessend aufgezählt. Diese Regelung bezweckt namentlich, die gegenwärtige Rechtsunsicherheit zu beheben und die erforderliche Rechtsklarheit im Gesellschaftsrecht zu gewährleisten. Es obliegt den Handelsregisterbehörden, vor der Eintragung zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind und die Restrukturierung im Rahmen der gesetzlichen Regelung erfolgt. Die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden dient ebenfalls der Rechtssicherheit bei den erwähnten Vorhaben.
- Die nach Gesetz und Verordnung (s. Art. 89) erforderlichen Belege müssen vorliegen.
- Der Fusionsvertrag (Art. 12 und 13), der Spaltungsplan oder -vertrag (Art. 46 und 47) beziehungsweise der Umwandlungsplan (Art. 74 und 75) muss vollständig sein. Das gleiche gilt für den Fusionsbericht (Art. 14), den Spaltungsbericht (Art. 49) und den Umwandlungsbericht (Art. 76), sowie für den Prüfungsbericht (Art. 5 Abs. 2, 6 Abs. 2, 15, 50 und 77). Die Prüfung dieser Belege ist grundsätzlich auf die Vollständigkeit ihres Inhalts beschränkt; dagegen wird die Richtigkeit des Inhalts nicht geprüft (vgl. aber Art. 88 Abs. 2). Die entsprechende Prüfung bleibt dem Gericht im Rahmen eines Anfechtungs- (Art. 92) oder Verantwortlichkeitsverfahrens vorbehalten (Art. 94). Bei Fragen von besonderer Bedeutung wird jedoch verlangt, dass die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor bestätigt wird, so namentlich bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Fusion im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung (Art. 6) und bei der Überprüfung der Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften bei der Spaltung (Art. 61). Die Prüfung durch das

Handelsregisteramt kann demnach auch hier auf das Vorhandensein und die inhaltliche Vollständigkeit der erforderlichen Bestätigungen beschränkt werden. Bei der Fusion zwischen Stiftungen obliegt die materiellrechtliche Prüfung der Aufsichtsbehörde der Stiftung (Art. 34 Abs. 2).

- Die Beschlüsse der zuständigen Organe müssen vollständig sein, und die erforderlichen Mehrheiten (Art. 18, 29, 34, 38, 53, 54, 67 und 79) müssen vorliegen. Die entsprechende Prüfung ist eher formeller Natur und relativ einfach, da die Beschlüsse im allgemeinen öffentlich beurkundet werden (Art. 19, 55 Abs. 1 und 80; vgl. aber Art. 27 Abs. 1 und 55 Abs. 2, welche nur die schriftliche Form vorsehen).
- Die Fusion, Spaltung oder Umwandlung muss den zwingenden Bestimmungen des Bundeszivilrechts, namentlich des allgemeinen Teils des Obligationenrechts und des Gesellschaftsrechts, entsprechen. Die Prüfungsbefugnis erstreckt sich aber nicht auf die Einhaltung öffentlichrechtlicher Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden. Dem Handelsregisteramt kommt keine allgemeine Polizeifunktion zu; grundsätzlich ist lediglich die Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Bundeszivilrechts sicherzustellen. Vorbehalten bleiben jedoch die Fälle, in denen die Eintragung im Handelsregister im Gesetz ausdrücklich einer behördlichen Bewilligung oder Genehmigung unterstellt wird.
- Falls für die Fusion, Spaltung oder Umwandlung von Rechtsträgern nach dem Vorentwurf oder nach einem andern Bundesgesetz eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, darf der Handelsregisterführer den Vorgang erst eintragen, wenn die entsprechende Genehmigung vorliegt. Soweit eine Genehmigung einer Anfechtung unterliegt, muss darüber hinaus verlangt werden, dass sie in Rechtskraft erwachsen ist. Mit dieser Bestimmung wird an die Regelung der Unternehmenszusammenschlüsse im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)<sup>28</sup> angeknüpft; Bezug genommen wird aber insbesondere auch auf Bewilligungserfordernisse für Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen und Banken (s. Art. 34 für Stiftungen; Art. 38, 67 und 86 für Vorsorgeeinrichtungen; Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Banken und Sparkassen<sup>29</sup> für Banken). Im Anhang zum Vorentwurf wird vorgeschlagen, im Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über private Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz)<sup>30</sup> ebenfalls ein entsprechendes aufsichtsrechtliches Zustimmungserfordernis für die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Versicherungseinrichtungen aufzunehmen (s. den Vorentwurf zu Art. 9a Versicherungsaufsichtsgesetz). Das Vorgehen bei der Eintragung genehmigungsbedürftiger Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen im Handelsregister wird auf Verordnungsstufe noch näher zu regeln sein (s. Art. 89).

---

<sup>28</sup> SR 251

<sup>29</sup> SR 952.0

<sup>30</sup> SR 961.01

Soweit es um die Richtigkeit der Verträge oder Pläne zur Fusion, Spaltung und Umwandlung geht, verleiht Artikel 88 Absatz 2 den Handelsregisterbehörden eine sehr beschränkte Prüfungsbefugnis: Ist der Vertrag oder Plan offensichtlich unrichtig, so kann die Eintragung verweigert werden. Diese Bestimmung stellt einen Vorbehalt zu Artikel 88 Absatz 1 Buchstabe c dar. Demgegenüber vermag die Unrichtigkeit eines Berichts (einer Revisorin oder eines Revisors oder eines obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans) keine Verweigerung der Eintragung zu begründen, dies auch dann nicht, wenn der Bericht offensichtlich unzutreffend ist.

### **Art. 89      Ausführungsbestimmungen**

Die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Eintragung im Handelsregister (Art. 20, 62 und 81). Ferner müssen verschiedene Unterlagen beim Handelsregisteramt zur Einsicht aufgelegt werden (Art. 17, 28, 52 und 78). Dabei erweisen sich Ausführungsvorschriften als erforderlich, welche die Einzelheiten der vorgesehenen Eintragungs- und Auflageverfahren ordnen. Artikel 89 enthält eine entsprechende Delegationsnorm.

## **2. Abschnitt:    Anmeldung beim Grundbuchamt**

### **Art. 90**

Die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung werden mit der Eintragung im Handelsregister rechtswirksam (s. Art. 21, 63 und 82; vgl. aber Art. 27 Abs. 3). Bei der Fusion und Spaltung gehen in diesem Zeitpunkt die Rechte und Pflichten von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger über; bei der Umwandlung ändert der Rechtsträger mit der Eintragung im Handelsregister seine Rechtsform. Der Rechtsübergang beziehungsweise die Änderung der Rechtsform (vgl. Art. 31 Abs. 2 der Grundbuchverordnung<sup>31</sup>) müssen den Grundbuchbehörden zur Kenntnis gebracht werden. Artikel 90 soll als Ordnungsvorschrift sicherstellen, dass die Eintragung im Grundbuch mit der Wirklichkeit übereinstimmt, die Richtigkeit der öffentlichen Register gewährleistet und die Rechtssicherheit garantiert bleibt. Der übernehmende Rechtsträger oder bei der Umwandlung der Rechtsträger, der seine Rechtsform ändert, muss die Änderungen, die sich aus einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung für die Eintragungen im Grundbuch ergeben, beim Grundbuchamt innert dreier Monate seit der Eintragung im Handelsregister anmelden.

---

<sup>31</sup> SR 211.432.1

### **3. Abschnitt: Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte**

#### **Art. 91**

Artikel 91 bildet die Rechtsgrundlage für die gerichtliche Überprüfung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte, die den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern im Rahmen einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung zugeteilt wurden. Mit Ausnahme der Möglichkeit der Abfindung bei der Fusion (Art. 8) ist die Kontinuität der Mitgliedschaft bei der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung stets zu wahren: Gesellschafterinnen und Gesellschafter dürfen nicht anlässlich einer Umstrukturierung vom Rechtsträger ausgeschlossen werden; es sind ihnen angemessene Mitgliedschaftsrechte einzuräumen. In den Artikeln 7, 41 und 71 finden sich Vorschriften über die Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte. Werden diese Bestimmungen missachtet, hat jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter das Recht, vom Gericht die Festsetzung einer Ausgleichszahlung zu verlangen, die einen Wertausgleich für die ihnen zustehenden Anteils- und Mitgliedschaftsrechte schafft. Dieses Klagerecht ist als Individualrecht ausgestaltet. Das Urteil wirkt nur für die Klägerin beziehungsweise den Kläger. Das Klagerecht muss innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung der Fusion, Spaltung oder Umwandlung ausgeübt werden. Diese relativ kurze Frist dient der Rechtssicherheit.

Die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses dürfte relativ selten bleiben. Im Fusions- (Art. 14), Spaltungs- (Art. 49) und Umwandlungsbericht (Art. 76) ist Rechenschaft über die Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte abzulegen. Zudem ist die Prüfung durch eine besonders befähigten Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor erforderlich (Art. 15, 50 und 77). Die klagende Gesellschafterin beziehungsweise der klagende Gesellschafter wird demzufolge meist nur anhand neuer Gutachten nachweisen können, dass die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt wurden.

Da die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses sehr zeitaufwendig sein kann und oft die Einholung von Gutachten erfordert, darf sie die Rechtswirksamkeit der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung nicht in Frage stellen (Art. 91 Abs. 2). Daher soll eine richterliche Korrektur der zugeteilten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nur anhand der Festsetzung einer Ausgleichszahlung möglich sein. Artikel 91 hält ausdrücklich fest, dass das Gericht bei der Bestimmung der Ausgleichszahlung nicht an den Maximalbetrag gemäss Artikel 7 Absatz 2 gebunden ist.

#### **4. Abschnitt   Anfechtung von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen**

##### **Art. 92       Grundsatz**

Wenn Vorschriften dieses Gesetzes verletzt werden, ist nach Artikel 92 Absatz 1 jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter berechtigt, den Fusions-, Spaltungs-, oder Umwandlungsbeschluss anzufechten. Dieses Anfechtungsrecht steht sowohl den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers zu; Bedingung der Anfechtungsmöglichkeit ist jedoch, dass sie dem Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschluss nicht zugestimmt haben. Die Anfechtung muss innerhalb von sechs Monaten nach der Veröffentlichung des Beschlusses im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 22, 64 und 83) erfolgen. Ist eine Publikation nicht erforderlich - so bei der Fusion zwischen nicht im Handelsregister eingetragenen Vereinen (Art. 27 Abs. 3) - beginnt die Frist mit der Beschlussfassung durch die Generalversammlung. Artikel 91 Absatz 2 sieht das gleiche Anfechtungsrecht auch für diejenigen Fälle vor, in denen der Beschluss durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan gefasst wird, so bei der erleichterten Fusion (Art. 23 und 24) und bei der Spaltung durch Ausgliederung ohne Zweckänderung (Art. 54).

Artikel 22 der 3. EG-Richtlinie und Artikel 19 der 6. EG-Richtlinie enthalten Grundsätze zur Nichtigkeit der Fusion oder Spaltung. Diese Rahmenvorschriften decken sich zum Teil nicht mit den geltenden schweizerischen Bestimmungen über die Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung oder die Feststellung der Nichtigkeit (vgl. insbesondere Art. 706 ff. im Aktienrecht). Es erweist sich jedoch als erforderlich, die Anfechtbarkeit der Beschlüsse zur Fusion, Spaltung und Umwandlung im Rahmen des Vorentwurfs allgemein zu regeln, dies insbesondere im Hinblick darauf, dass Rechtsträger verschiedener Rechtsformen beteiligt sein können. Es sei darauf hingewiesen, dass in den erwähnten EG-Richtlinien zwar von der Nichtigkeit der Fusion oder Spaltung die Rede ist, aus dem Text aber klar hervorgeht, dass es sich nach schweizerischer Terminologie um eine Anfechtung handelt.

##### **Art. 93       Folgen eines Mangels**

Artikel 93 regelt die Rechtsfolgen der Verletzung von Bestimmungen des Vorentwurfs. Entsprechend den Artikeln 22 Absatz 1 Buchstabe d der 3. EG-Richtlinie und Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe d der 6. EG-Richtlinie unterscheidet der Vorentwurf zwischen Mängeln, die behoben werden können, und solchen, die nicht behoben werden können. Im ersten Fall stellt das Gericht nicht die Nichtigkeit des Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschlusses fest, sondern setzt den betroffenen Rechtsträgern eine Frist zur Behebung des Mangels an. Kann der Mangel dagegen nicht behoben werden oder wird er von den Rechtsträgern nicht innert der angesetzten Frist behoben, so hebt das Gericht den Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschluss auf und ordnet die zur Wiederherstellung des status quo ante erforderlichen Massnahmen an.

## **5. Abschnitt: Verantwortlichkeit**

### **Art. 94 - 95 Haftung und Klageberechtigung; Solidarische Haftung**

Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsvorgänge bedingen eine strikte Regelung der Haftung der Personen, die daran mitgewirkt haben. Die Artikel 94 und 95 sehen besondere Haftungsnormen vor, die sich weitgehend an den Haftungsbestimmungen des neuen Aktienrechts orientieren (Art. 752 ff. OR).

### **Art. 96 Verantwortlichkeit bei Instituten des öffentlichen Rechts**

Artikel 96 sieht vor, dass die Verantwortlichkeit der Personen, die für ein Institut des öffentlichen Rechts im Rahmen einer Fusion oder Umwandlung nach diesem Gesetz tätig sind, sich nach dem öffentlichen Recht richtet. Die öffentlichrechtlichen Haftungsregeln kommen auch dann zur Anwendung, wenn sie für Schäden, die durch Beamte verursacht wurden, ein direktes Klagerecht gegen die öffentlichrechtliche Gebietskörperschaft vorsehen. Dieser Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts ist darin begründet, dass Personen, die für ein Institut des öffentlichen Rechts im Rahmen einer Fusion oder Umwandlung tätig werden, dies im allgemeinen "in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen" im Sinne von Artikel 61 Absatz 1 des Obligationenrechts tun. Zwar richtet sich die Haftung von Instituten des öffentlichen Rechts für gewerbliche Tätigkeiten gemäss Artikel 61 Absatz 2 des Obligationenrechts nach dem Privatrecht (so zum Beispiel für die Kantonalbanken). Da bei Fusionen und Umwandlungen in aller Regel die Mitwirkung von Behörden erforderlich ist, erscheint es jedoch angezeigt, hier die Haftung global dem öffentlichen Recht zu unterstellen.

## **7. Kapitel: Übergangsbestimmungen und Schlussbestimmungen**

### **Art. 97 Übergangsbestimmung**

Artikel 97 regelt den zeitlichen Anwendungsbereich des Gesetzes. Dabei wird auf das Datum der Anmeldung im Handelsregister abgestellt; Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen, die nach dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden, unterstehen dem neuen Recht. Diese Lösung ermöglicht es, die neuen Gestaltungsmöglichkeiten insoweit vorwegzunehmen, als Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen bereits vor dem Inkrafttreten nach den Regeln des neuen Gesetzes vorbereitet werden können. Allerdings bewirkt dies auch, dass bei Fusionen und Umwandlungen, die erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Eintragung im Handelsregister angemeldet werden, alle Anforderungen des neuen Rechts

beachtet werden müssen, auch wenn die Beschlussfassung noch unter dem alten Recht erfolgt.

### **Art. 98 Referendum und Inkrafttreten**

Gemäss Artikel 98 untersteht dieses Gesetz dem fakultativen Referendum. Das Inkrafttreten wird durch den Bundesrat bestimmt werden.

## **22 Änderung bisherigen Rechts**

### **221 Obligationenrecht**

#### **Art. 181 Abs. 4 (neu)**

Artikel 181 des Obligationenrechts (OR) regelt die Vermögens- und Geschäftsübernahme als Sonderfall der Schuldübernahme. Artikel 181 Absatz 1 OR spricht von der Übernahme eines Vermögens- oder Geschäftes "mit Aktiven und Passiven" und verwendet damit den gleichen Ausdruck wie bei der Fusion von Aktiengesellschaften (Art. 748 OR) und Genossenschaften (Art. 914 OR). Artikel 181 OR statuiert aber nur den gesetzlichen Übergang der mit dem Vermögen oder Geschäft verbundenen Schulden. Die Aktiven müssen gesondert nach den für die Singularsukzession massgebenden Vorschriften übertragen werden. Zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger der ex lege übergegangenen Schulden wird in Artikel 181 Absatz 2 OR die solidarische Mithaftung des bisherigen Schuldners während zweier Jahre seit Mitteilung oder Auskündigung, bei später fällig werdenden Forderungen seit Fälligkeit angeordnet.

Nach geltendem Recht kann auch eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft Teile ihres Vermögens oder ihres Geschäftes auf der Wege des Vermögens- oder Geschäftsübergangs übertragen. Ein Geschäft kann von einer Gesellschaft ferner als Sacheinlage (Art. 628 OR) bei der Gründung oder Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft eingebracht werden; hierzu ist immer gleichzeitig ein Geschäftsübernahmevertrag gemäss Artikel 181 OR erforderlich. Die Übertragung des gesamten Vermögens einer Kapitalgesellschaft ohne Liquidation verbietet sich aus gesellschaftsrechtlichen Überlegungen. Der Gesellschaft würde - jedenfalls dann, wenn die Gegenleistung des Übernehmers nicht gleichwertig ist - die Substanz und das Haftungssubstrat entzogen. Eine Ausnahme ist in Artikel 751 OR für den Sonderfall der Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts vorgesehen.

Die Übertragung eines Teils des Gesamtgeschäfts durch Geschäftsübernahme nach Artikel 181 OR ist heute an keine besonderen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften gebunden. Weder ist eine besondere Prüfung des Übernahmevertrages, insbesondere hinsichtlich der Angemessenheit der Gegenleistung, noch eine über die allgemein geltenden Publizitätsvorschriften (Art. 663b-663d OR) hinausgehende Information der Ge-

sellschafterinnen und Gesellschafter vorgeschrieben. Die Gesellschafterinnen und Gesellschafter erfahren in aller Regel nicht, zu welchem Preis ein Geschäftszweig übertragen wurde.

Nach dem Vorentwurf für ein Fusionsgesetz wird die Vermögens- oder Geschäftsübertragung einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft neu als "Ausgliederung" bezeichnet und als Unterfall der Spaltung behandelt (Art. 39 Bst. c VE FusG). Kennzeichnend für die Ausgliederung ist, dass ein Rechtsträger einen oder mehrere Teile seines Vermögens auf einen andern Rechtsträger überträgt und er dafür Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Rechtsträger oder eine Abfindung erhält. Im Unterschied zu den andern Formen der Spaltung - der Aufspaltung und Abspaltung - erhalten nicht die Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers die Gegenleistung der übernehmenden Rechtsträger, sondern der übertragende Rechtsträger selbst.

Besonderes Anliegen des Vorentwurfes für ein Fusionsgesetz ist es, auch im Falle der Ausgliederung die Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zu wahren. Dies erfolgt durch die Prüfung des Spaltungsplans resp. des Spaltungsberichts durch eine besonders befähigte Revisorin oder einen besonders befähigten Revisor (Art. 50 VE FusG). Die Prüfung erstreckt sich auch auf die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte beziehungsweise auf die Abfindung, die der übertragende Rechtsträger erhält (Art. 49 Abs. 2 Bst. d VE FusG). Überdies ist der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan im Jahresbericht, und wo kein solcher zu erstellen ist, an der Jahresversammlung zu erläutern (Art. 54 Abs. 2 VE FusG).

Im Unterschied zu Artikel 181 Absatz 2 OR sieht der Vorentwurf für ein Fusionsgesetz keine zeitlich begrenzte solidarische Haftung des bisherigen Schuldners vor. Die Gläubiger werden durch die Möglichkeit der Sicherstellung ihrer Forderungen (Art. 56 und 57 VE FusG) geschützt. Diese Lösung mag im Vergleich zur zweijährigen solidarischen Mithaftung des bisherigen Schuldners gemäss Artikel 181 Absatz 2 OR als Erschwernis empfunden werden. Falls die dem übertragenden Rechtsträger zufließende Gegenleistung (Arbeits- oder Mitgliedschaftsrechte bzw. Abfindung) angemessen ist, dürfte diesem jedoch in aller Regel der Nachweis gelingen, dass die Erfüllung der Forderungen durch die Ausgliederung nicht gefährdet ist. Diesfalls entfällt die Pflicht zur Sicherstellung (Art. 57 Abs. 1 VE FusG). Keine Gefährdung der Gläubiger tritt in der Regel auch bei der konzerninternen Übertragung eines Geschäftes zum Zwecke der Umwandlung der übertragenden Gesellschaft in eine reine Holdinggesellschaft ein.

Die Ausgliederung gemäss dem Vorentwurf für ein Fusionsgesetz hat den Vorteil, dass im Gegensatz zur Geschäftsübernahme nach Artikel 181 OR die Aktiven von Gesetzes wegen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (Art. 63 VE FusG), selbst wenn der übertragende Rechtsträger nicht untergeht. Dem Rechtsübergang von Gesetzes wegen an bestimmten Vermögensteilen stehen keine rechtlichen Schwierigkeiten entgegen, sofern die vom Rechtsübergang erfassten Vermögensteile in einem Inventar klar bezeichnet sind. Entsprechende Regelungen werden auch im ausländi-

schen Recht vorgesehen, so in Deutschland und Österreich. Mit der Annahme eines Rechtsübergangs von Gesetzes wegen für Aktiven und Passiven entfällt die Kontroverse, ob Dauerschuldverhältnisse, die mit dem übertragenen Geschäft verbunden sind, im Wege der Geschäftsübernahme nach Artikel 181 OR übertragen werden können<sup>32</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Regelung der Ausgliederung vom Bestreben geprägt, einerseits die Rechte und Interessen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter und der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers zu wahren, andererseits die Vermögensübertragung, vor allem durch das Prinzip des Rechtsübergangs von Gesetzes wegen, zu erleichtern.

Zwischen der Regelung von Artikel 181 OR und derjenigen des Vorentwurfs bestehen, wie dargelegt, grundsätzliche Unterschiede. Eine Regelung im Sinne der alternativen Anwendungsmöglichkeit der Vorschriften von Artikel 181 OR und des Fusionsgesetzes ist nicht sinnvoll und hat sich in Deutschland auch nicht bewährt. Der Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter ist bei der Geschäftsübernahme ein bedeutsames Anliegen. Es ist nicht zu übersehen, dass heute grosse Transaktionen über Artikel 181 OR abgewickelt werden, ohne dass die Interessen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter rechtlich gesichert sind. Es erscheint daher richtig, in Artikel 181 Absatz 4 VE OR die Anwendung dieser Bestimmung auf die Übertragung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft auszuschliessen.

#### **Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8, 748 - 750, 770 Abs. 2 und 3, 824 - 826, 914**

Das Fusionsgesetz ersetzt die geltenden Bestimmungen des Obligationenrechts zur Fusion und zur Umwandlung. Die entsprechenden Vorschriften sind daher aufzuheben.

#### **Art. 936a Identifikationsnummer (neu)**

Das Fusionsgesetz eröffnet neue Möglichkeiten der rechtlichen Restrukturierung, die je nach den Umständen Unsicherheiten über die Identität eines Rechtsträgers zur Folge haben können. So kann etwa die Umwandlung der Rechtsform in Verbindung mit einer Sitzverlegung oder einer Firmenänderung irreführend wirken. Der neue Artikel 936a des Obligationenrechts bezweckt, die Identifikation der im Handelsregister eingetragenen Rechtsträger durch ein Nummerierungssystem sicherzustellen. Bei der Eintragung im Handelsregister wird den Rechtsträgern eine Identifikationsnummer zugeordnet, die während der gesamten Dauer ihres Bestehens unverändert bleibt, so insbesondere auch bei Sitzverlegungen, Umwandlungen und Firmen- oder Namensänderungen. Ausserdem bestimmt die neue Regelung, dass die Identifikationsnummer nebst der Firma auf Briefen, Bestellscheinen und Rechnungen anzugeben ist.

---

<sup>32</sup> Vgl. zur Kontroverse z.B.: von Tuhr/Escher, OR Allg. Teil, Bd. II Zürich 1974, S. 399/400; E. Bucher, OR Allg. Teil, 2. Aufl. Zürich 1988, S. 589ff. gegen H. Becker, Berner Kommentar, Art. 181 OR N. 6.

Artikel 936a Absatz 2 entspricht inhaltlich teilweise Artikel 4 der ersten EG-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vom 9. März 1968 (68/151/EWR), wonach auf Briefen und Bestellscheinen neben der Rechtsform und dem Sitz der Gesellschaft auch das zuständige Handelsregister und die Nummer der Eintragung anzugeben ist. Diese Pflicht dient der Transparenz der Rechtsbeziehungen; sie gewährleistet die Identifikation der Rechtsträger und erleichtert Anfragen beim Handelsregister auf der Grundlage der Geschäftskorrespondenz.

Die Identifikationsnummer soll nur auf Geschäftsbriefen, Bestellscheinen und Rechnungen angegeben werden müssen. Auf anderen Unterlagen und in der Werbung erscheint eine entsprechende Angabe nicht erforderlich.

Artikel 936a folgt der ersten EG-Richtlinie nicht, was die Angabe der Rechtsform und des Sitzes in der Geschäftskorrespondenz betrifft. Nach dem geltenden Recht muss die Rechtsform nur bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Art. 949 Abs. 2 OR) sowie bei Aktiengesellschaften und Genossenschaften, deren Firma einen Personennamen enthält, als notwendiger Zusatz in die Firma aufgenommen und damit in der Geschäftskorrespondenz angegeben werden (Art. 950 OR). Die Verpflichtung zur Angabe der Rechtsform erscheint demzufolge im schweizerischen Recht als Frage des Firmenrechts. Es wird daher im Rahmen einer zukünftigen Revision des Firmenrechts zu untersuchen sein, ob und in welchem Umfang eine entsprechende Pflicht vorgesehen werden soll.

Die Einführung einer Identifikationsnummer und der damit verbundenen Pflicht, diese in der Geschäftskorrespondenz anzugeben, bedarf einer näheren Regelung auf Verordnungsstufe. Deshalb beauftragt Artikel 936a Absatz 4 den Bundesrat mit dem Erlass von Ausführungsvorschriften.

#### **Art. 4 SchlBest zu den Titeln 24 - 33 des Obligationenrechts**

Artikel 4 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zu den Titeln 24 - 33 des Obligationenrechts erteilt dem Bundesrat die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über die Umwandlung von Genossenschaften in Handelsgesellschaften. Diese Delegationsnorm nimmt Bezug auf das Inkrafttreten des revidierten Obligationenrechts von 1936. Gestützt auf diese Bestimmung erliess der Bundesrat eine Übergangsverordnung, die 1968 aufgehoben wurde. Artikel 4 der Schluss- und Übergangsbestimmungen von 1936 ist im Zusammenhang mit der Schaffung des neuen Fusionsgesetzes aus Gründen der Rechtsklarheit aufzuheben, da er obsolet geworden ist.

## 222 Strafgesetzbuch

### Art. 326ter Übertretung firmenrechtlicher Bestimmungen

Der neue Artikel 936a des Obligationenrechts führt ein Nummerierungssystem der im Handelsregister eingetragenen Rechtsträger ein und verpflichtet diese, ihre Identifikationsnummer auf Briefen, Bestellscheinen und Rechnungen anzugeben (s. dazu die Erläuterungen zum Vorentwurf für Art. 936a OR).

Zur Durchsetzung von Artikel 936a des Obligationenrechts ist in Artikel 326ter des Strafgesetzbuches eine Bestimmung aufzunehmen, welche für die Verletzung der Pflicht zur Angabe der Identifikationsnummer dieselbe Sanktion vorsieht wie für die Missachtung der Firmengebrauchspflicht.

Mit einer Revision der Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411), die voraussichtlich am 1. Januar 1998 in Kraft tritt, wird das bisherige Bewilligungsverfahren für nationale, territoriale und regionale Firmenbestandteile abgeschafft. In der Folge muss Artikel 326ter Absatz 3 des Strafgesetzbuches gestrichen werden.

## 223 Internationales Privatrecht

### 223.1 Einleitung

Das schweizerische Recht regelt die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung nicht ausdrücklich. Das heisst allerdings nicht, dass diese Vorgänge unzulässig wären. Es empfiehlt sich indessen, im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz einige Klarstellungen vorzunehmen. Eine Regelung im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) hat insbesondere festzulegen, unter welchen Voraussetzungen die zwingenden Normen des Fusionsgesetzes bei der grenzüberschreitenden Fusion und bei der grenzüberschreitenden Spaltung Anwendung finden.

Das IPRG geht in Artikel 150 Absatz 1 von einem autonomen Begriff der "Gesellschaft" aus. Unter dieser Bezeichnung werden "organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten" (wie etwa Stiftungen) zusammengefasst. Um die innere Geschlossenheit des IPRG zu wahren, wird der Begriff "Gesellschaft" auch im neuen Kapitel über die Fusion und Spaltung verwendet, obwohl das Fusionsgesetz von "Rechtsträgern" spricht. Dieser Begriff schliesst aber auch Institute öffentlichen Rechts ein, auf welche die Bestimmungen des IPRG höchstens analoge Anwendung finden.

Die grenzüberschreitende Fusion und Spaltung ist nur bei denjenigen Rechtsträgern möglich, die nach den Rechtsordnungen, denen die beteiligten Gesellschaften unterstehen, miteinander verschmelzen oder sich aufspalten können. Dies führt für bestimmte Fragen zu einer kumulativen Anwendung der Vorschriften beider Statute. Diese Lösung liegt bereits der bestehenden Regelung über die Sitzverlegung zugrunde.

Für den beteiligten Rechtsträger in der Schweiz ist die Regelung des Fusionsgesetzes massgeblich.

Ob transnationale Umstrukturierungen von Gesellschaften häufig sein werden, dürfte vor allem von der Frage abhängen, ob bei der Fusion einer schweizerischen mit einer ausländischen Gesellschaft eine Besteuerung der stillen Reserven stattfindet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft keine "Freizügigkeit" für stille Reserven bestehen wird. Ausgenommen ist der Fall, dass die übernehmende ausländische Gesellschaft den schweizerischen Betrieb als Betriebsstätte weiterführt. Die Rechtslage könnte sich jedoch bei fortschreitender Integration in die EU ändern.

## **223.2 Erläuterung der einzelnen Bestimmungen**

### **223.21 Die grenzüberschreitende Fusion**

#### **Art. 163a (neu) Grundsatz**

Artikel 163a Absatz 1 VE IPRG hält den Grundsatz fest, dass die Fusion nach Massgabe dieses und der folgenden Artikel zulässig ist, und regelt das auf den Fusionsvertrag anwendbare Recht.

Auch bei der grenzüberschreitenden Fusion ist die Grundlage der Fusionsvertrag. Fraglich ist, ob dieser Vertrag dem in Artikel 116 Absatz 1 IPRG statuierten Prinzip der freien Rechtswahl bei Verträgen untersteht. Die Frage ist in der Doktrin kontrovers. Es ist davon auszugehen, dass der Fusionsvertrag eng mit dem Gesellschaftsrecht verknüpft ist. Deshalb muss der Fusionsvertrag mindestens den zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der beteiligten Rechtsordnungen entsprechen. Artikel 163a Absatz 2 VE IPRG hält dies ausdrücklich fest. Im übrigen bestehen jedoch keine grundsätzlichen Bedenken, eine Rechtswahl für den Fusionsvertrag zuzulassen (Art. 163a Abs. 3 VE IPRG). Zu denken ist insbesondere an die vertragsrechtlichen Komponenten des Fusionsvertrags. Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Fusionsvertrag entsprechend Artikel 117 Absatz 2 IPRG dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt. Dabei wird vermutet, dass der engste Zusammenhang mit dem Staat besteht, dessen Rechtsordnung die übernehmende Gesellschaft unterliegt (Art. 163a Abs. 4 VE IPRG). Für die Form des Fusionsvertrags wird in Anlehnung an die geplante Lösung der Europäischen Union verlangt, dass die Formvorschriften der beteiligten Rechtsordnungen erfüllt werden. Dies führt zur Anwendung des strengeren Rechts. Ein formloser Fusionsvertrag ist ausgeschlossen, da das Fusionsgesetz (Art. 12 Abs. 2) die Schriftform vorschreibt. Artikel 124 IPRG findet keine Anwendung.

#### **Art. 163b (neu) Fusion vom Ausland in die Schweiz**

Die Fusion einer ausländischen Gesellschaft auf dem Weg der Absorption durch eine schweizerische Gesellschaft oder durch Errichtung einer schweizerischen Gesellschaft (Kombinationsfusion) ist möglich, wenn auch das Statut der ausländischen Gesellschaft

eine solche Fusion zulässt. Es steht im Ermessen jedes Staates zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft aus seinem Hoheitsgebiet "ausziehen" kann.

Grundsätzlich unterstehen die Voraussetzungen und Wirkungen der Fusion einer übertragenden ausländischen Gesellschaft mit einer aufnehmenden schweizerischen Gesellschaft dem schweizerischen Recht. Allerdings ist die Fusion nur möglich, wenn auch die zwingenden Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt sind. Dieses kann etwa besondere Quoren für den Fusionsbeschluss der Gesellschaft vorsehen, devisenrechtliche Vorschriften zur Anwendung bringen, besondere steuerrechtliche Folgen an den Vorgang knüpfen oder den Fortbestand einer betrieblichen Niederlassung im Staatsgebiet verlangen.

Weitere Voraussetzung für die grenzüberschreitende Fusion mit einer schweizerischen Gesellschaft als aufnehmendem Rechtsträger ist, dass die Unterstellung des ausländischen Rechtsträgers unter eine schweizerische Rechtsform gemäss Artikel 4 VE Fusionsgesetz möglich ist. Dies ergibt sich schon aus Artikel 161 Absatz 1 in fine IPRG.

Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass sich zwei in verschiedenen Staaten inkorporierte Gesellschaften zu einer neu zu gründenden schweizerischen Gesellschaft auf dem Wege der Kombinationsfusion zusammenschliessen. Die Lösung ergibt sich aber ohne weiteres aus einer analogen Anwendung der neuen Fusionsbestimmungen des IPRG. Der Fusionsvertrag muss die zwingenden gesellschaftlichen Vorschriften aller drei beteiligten Rechtsordnungen beachten und untersteht im übrigen bei fehlender Rechtswahl im Sinne einer Vermutung dem schweizerischen Recht als dem Recht der übernehmenden Gesellschaft. Gleichermassen müssen gemäss Artikel 163b Absatz 1 VE IPRG die Voraussetzungen der beiden ausländischen Rechtsordnungen erfüllt sein.

### **Art. 163c (neu) Fusion von der Schweiz ins Ausland**

Die Fusion einer schweizerischen Gesellschaft im Wege der Absorption durch eine ausländischen Gesellschaft oder auf dem Weg der Neugründung einer ausländischen Gesellschaft (Kombinationsfusion) untersteht grundsätzlich dem ausländischen Recht.

Dagegen muss die schweizerische Rechtsordnung die Rechtsstellung der Anteilhaber, Mitglieder und Gläubiger der die Schweiz verlassenden Gesellschaft schützen.

Artikel 163c VE IPRG verlangt für den Fall der Übernahme einer schweizerischen durch eine ausländische Gesellschaft den Nachweis von der schweizerischen Gesellschaft:

- dass mit der Fusion ihre Aktiven und Passiven auf die ausländische Gesellschaft übergehen und
- dass die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Anteilberechtigten oder Mitglieder der schweizerischen Gesellschaft in der übernehmenden ausländischen Gesellschaft angemessen gewahrt bleiben. Dazu gehört auch der Anspruch auf eine Barzahlung zum Ausgleich des Umtauschverhältnisses (Art. 7 FusG).

Im übrigen hat die schweizerische Gesellschaft alle weiteren Vorschriften des schweizerischen Rechts zu erfüllen, die für die übertragende Gesellschaft gelten. Zu beachten sind vorab alle Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes für Gesellschafter. Zur Anwendung kommen namentlich die Vorschriften des Fusionsgesetzes über den Fusionsbericht (Art. 14 VE), den Revisionsbericht (Art. 15 VE), das Auflageverfahren und das Einsichtsrecht (Art. 17 VE), die Zustimmung der Generalversammlung (Art. 18 VE) sowie - als Ausfluss dieser gesellschaftsinternen Schutznormen - das Recht auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (Art. 91 VE). Ferner sind die allgemeinen Schranken für Fusion gemäss Artikel 3 ff. VE Fusionsgesetz zu beachten.

Besondere Probleme bereitet der Gläubigerschutz. Zu beachten ist, dass der Vorentwurf zur 10. Richtlinie der Europäischen Union in Artikel 9 Absatz 2 für den Fall der Fusion von Aktiengesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten einen Gläubigerschutz verbietet, der weiter geht als bei internen Fusionen. Der Vorentwurf des Fusionsgesetzes sieht in Artikel 25 bei der Fusion und in Artikel 57 bei der Spaltung einen Anspruch der Gläubiger auf Sicherstellung der Forderungen vor. Dieser Anspruch entfällt nur, wenn der Rechtsträger nachweisen kann, dass die Erfüllung der Forderung durch die Fusion oder Spaltung nicht gefährdet wird. Dieser Nachweis wird aber im internationalen Verhältnis in der Regel schwerfallen, da die Gläubiger auf ein ausländisches Haftungssubstrat verwiesen sind. Im Unterschied zur Fusion liegen bei der Spaltung der Schuldner und die damit verbundene Sicherstellung der Forderungen zeitlich vor dem Handelsregistereintrag und der entsprechenden Veröffentlichung des Spaltungsbeschlusses. Diese Lösung ist für die grenzüberschreitende Fusion zu übernehmen; damit ist gesichert, dass die Löschung der schweizerischen Gesellschaft im Handelsregister erst nach Sicherstellung der Gläubiger erfolgen kann. Artikel 163c Absatz 3 sieht deshalb vor, dass die Gläubiger der schweizerischen Gesellschaft unter Hinweis auf die bevorstehende Fusion in der Schweiz öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern sind. Wer seine Forderungen anmeldet, kann von der schweizerischen Gesellschaft gemäss Artikel 57 VE Fusionsgesetz Sicherstellung verlangen. Die Löschung der schweizerischen Gesellschaft im Handelsregister darf erst erfolgen, wenn die Forderungen der Gläubiger dieser Gesellschaft sichergestellt oder befriedigt sind oder wenn die Gläubiger mit der Löschung einverstanden sind (Art. 164 Abs. 1 VE IPRG).

## **223.22 Die grenzüberschreitende Spaltung**

### **Art. 163d (neu)**

Es ist grundsätzlich zulässig, dass eine schweizerische Gesellschaft Vermögensteile auf dem Wege der Aufspaltung, Abspaltung oder Ausgliederung gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten auf eine bestehende oder neu zu gründende ausländische Gesellschaft überträgt. Ebenso ist es erlaubt, dass eine ausländische Gesell-

schaft solche Vermögenswerte gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten auf schweizerische Gesellschaften überträgt.

Gemäss Artikel 163d VE IPRG finden die Vorschriften des IPRG über die Fusion (Art. 163a, 163b und 163c VE IPRG) auf die grenzüberschreitende Spaltung entsprechende Anwendung. Auch hier müssen die verschiedenen beteiligten Rechtsordnungen berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere im Fall der Aufspaltung, die mit der Auflösung der sich spaltenden Gesellschaft verbunden ist (Art. 39 Bst. a VE FusG). Aber auch im Fall der Abspaltung und der Ausgliederung (Art. 39 Bst. b und c FusG), die gegen Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten erfolgt, ist eine Konkordanz der beteiligten Rechtsordnungen notwendig.

Insbesondere im Fall der Aufspaltung und Abspaltung kommt dem Schutz des Gesellschafters der sich spaltenden Gesellschaft besondere Bedeutung zu. Weniger problematisch erscheint der Fall der Ausgliederung, bei welcher die Anteilsrechte am übernehmenden Rechtsträger nicht den Anteilsinhabern der sich spaltenden Gesellschaft, sondern dieser selbst zukommen. Aber auch bei der Ausgliederung einer Vermögenseinheit ist vor allem die richtige Bewertung der Anteile, die den Gegenwert für den übertragenen Vermögensteil darstellen, für die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft von Bedeutung, handelt es sich doch immer um eine Umwandlung der Gesellschaft in eine zumindest teilweise Holding-Gesellschaft.

Die Spaltung untersteht subsidiär dem Recht der übertragenden Gesellschaft (Art. 163d Abs. 2 VE IPRG). Insofern ergibt sich ein Unterschied zur Regelung der Fusion, bei welcher subsidiär das Recht der übernehmenden Gesellschaft zur Anwendung kommt (Art. 163b Abs. 2 und 163c Abs. 4 VE IPRG). Die Fusion erscheint mit dem Recht der übernehmenden Gesellschaft am engsten verbunden. Bei der Spaltung ist dagegen das Recht der übertragenden Gesellschaft stärker betroffen. Der Schutz der Rechtsstellung der Anteilsinhaber dieser Gesellschaft steht im Vordergrund.

Auf den Spaltungsvertrag findet Artikel 163a VE IPRG entsprechende Anwendung. Doch wird bei Fehlen einer Rechtswahl vermutet, dass der Spaltungsvertrag dem Recht der sich spaltenden Gesellschaft untersteht. Die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der an der Spaltung beteiligten Rechtsordnungen sind aber zu beachten. Auf den Spaltungsplan, der von den Organen der sich spaltenden Gesellschaft aufgestellt wird, ist das Recht der sich spaltenden Gesellschaft anwendbar (vgl. Art. 163d Abs. 2 VE IPRG).

## **223. 23 Gemeinsame Bestimmungen für Sitzverlegungen, Fusion und Spaltung**

### **Art. 164 (ergänzt) Löschung im Handelsregister, Betreibungsort und Gerichtsstand**

Artikel 164 VE IPRG übernimmt inhaltlich im wesentlichen den bisherigen Inhalt der Norm. Der Randtitel "Schulden der Gesellschaft" befriedigt allerdings nicht. Neu soll er

"Löschung im Handelsregister, Betreuungsort und Gerichtsstand" lauten. Im übrigen wird der Gesetzestext wie folgt erweitert:

- Absatz 1 findet auch bei der Fusion und Aufspaltung Anwendung. Nur die Aufspaltung, nicht aber die Abspaltung und Ausgliederung, führt zur Auflösung der sich spaltenden Gesellschaft und zu deren Löschung im Handelsregister (Art. 62 Abs. 3 VE FusG).
- Die Löschung kann nur erfolgen, wenn nachgewiesen ist, dass die Forderungen der Gläubiger, die ihre Forderungen gemäss Artikel 163 Absatz 2, 163c Absatz 3 und Artikel 163d Absatz 1 VE IPRG angemeldet haben, sichergestellt respektive befriedigt worden sind oder dass die Gläubiger mit der Löschung einverstanden sind. Die Richtigkeit dieses Nachweises muss für das Handelsregisteramt relativ leicht überprüfbar sein. Es wird deshalb vorgesehen, dass ein besonders befähigter Revisor die Erfüllung der Gläubigerschutzvorschriften bestätigen muss (Art. 164 Abs. 1 VE IPRG).
- Im Fall der Fusion einer schweizerischen Gesellschaft mit einer ausländischen Gesellschaft als aufnehmende Gesellschaft und im Fall der Aufspaltung einer schweizerischen Gesellschaft in ausländische Gesellschaften muss überdies nachgewiesen werden, dass die Fusion oder Aufspaltung gemäss dem Recht der übernehmenden (ausländischen) Gesellschaft rechtsgültig geworden ist, und dass die ausländische Gesellschaft den anspruchsberechtigten Gesellschaftern der schweizerischen Gesellschaft die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eingeräumt oder eine allfällige Ausgleichszahlung oder Abfindung ausgerichtet oder sichergestellt hat (vgl. Art. 7 f. VE FusG). Diese Zahlungen haben nach Massgabe des anwendbaren ausländischen Rechts zu erfolgen. Die Vorschriften, die dem Schutz der Gesellschafter dienen, gelten allerdings als zwingende Normen des schweizerischen Gesellschaftsrechts im Sinne von Artikel 163c VE IPRG. Auch hier soll der von Artikel 164 Absatz 2 IPRG verlangte Nachweis neu durch einen besonders befähigten Revisor erbracht werden.

Die in Absatz 1 und 2 vorgesehenen Regelung dient auch dem Schutz der Gläubiger und Anteilsinhaber einer schweizerischen Gesellschaft, die mit einer ausländischen Gesellschaft fusioniert oder sich in ausländische Gesellschaften aufspaltet. Sie stellt sicher, dass die Löschung einer schweizerischen Gesellschaft im Handelsregister erst nach entsprechender Absicherung der Gläubiger und Gesellschafter dieser Gesellschaft erfolgt. Die Klage nach Artikel 91 VE Fusionsgesetz bietet demgegenüber die zusätzliche Sicherheit, dass der einzelne Gesellschafter die Festsetzung einer Ausgleichszahlung gerichtlich verlangen kann. Diese Klage richtet sich nicht gegen die schweizerische übertragende, sondern gegen die ausländische übernehmende Gesellschaft. Zum Schutz der schweizerischen Gesellschafter rechtfertigt es sich, einen Gerichtsstand gegen diese Gesellschaft in der Schweiz vorzusehen (Art. 164 Abs. 3 VE IPRG).

Artikel 164 Absatz 4 VE IPRG sieht vor, dass die Gesellschaft bis zur Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger an ihrem bisherigen Sitz betrieben werden kann. Neu werden neben den Ansprüchen der Gläubiger auch Ansprüche der Anteilhaber genannt. Neben dem Betreibungsort wird ferner ein Weiterbestand des Gerichtsstands in der Schweiz vorgeschlagen. Es handelt sich vorab um den bisherigen Gerichtsstand der gelöschten schweizerischen Gesellschaft (Art. 151 IPRG), sodann aber auch um den schweizerischen Gerichtsstand für Klagen gegen die ausländische übernehmende Gesellschaft (Art. 164 Abs. 3 VE IPRG).

### **Art. 164a Verlegung, Fusion und Spaltung im Ausland**

Im IPRG fehlt eine Bestimmung, welche festlegt, unter welchen Bedingungen eine ausländische Sitzverlegung, bei der keine dem schweizerischen Recht unterstellte Gesellschaft beteiligt ist, in der Schweiz als gültig anerkannt wird. Das gleiche Problem stellt sich bei ausländischen Fusionen und Spaltungen. Die Frage kann insbesondere relevant werden, wenn die Berechtigung an in der Schweiz liegenden Vermögenswerten zur Diskussion steht.

Es ist an den Grundsatz zu erinnern, dass solche Vorgänge immer nur unter Berücksichtigung aller beteiligten Rechtsordnungen realisiert werden können. Solange keine internationalen Übereinkommen bestehen, ist ein in einem Staat vollzogener Rechtsakt, der in den anderen beteiligten Staaten nicht anerkannt wird, nicht wirksam. Daraus ergibt sich, dass eine Anerkennung durch die Schweiz immer nur dann erfolgen kann, wenn die Verlegung, Fusion oder Spaltung von allen beteiligten Rechtsordnungen als gültig anerkannt wird.

## **223.24 Änderung weiterer Bestimmungen des IPRG**

### **Art. 162 Abs. 3 Verlegung der Gesellschaft vom Ausland in die Schweiz; massgeblicher Zeitpunkt**

Bei der Revision dieser Bestimmung geht es lediglich um eine Abstimmung des IPRG von 1987 mit dem neuen Aktienrecht, das am 1. Juli 1992 in Kraft getreten ist. Dieses verlangt bei wichtigen Vorgängen den Bericht eines "besonders befähigten Revisors" (Art. 727b OR), während Artikel 162 Absatz 3 IPRG noch von einer vom Bundesrat ermächtigten Revisionsstelle spricht. Beim Nachweis der Deckung des Grundkapitals wird inkünftig der Revisionsbericht eines besonders befähigten Revisors verlangt.

### **Art. 163 Verlegung der Gesellschaft von der Schweiz ins Ausland**

Der geltende Text vermag in verschiedener Hinsicht nicht zu befriedigen.

Im Unterschied zu Artikel 161 Absatz 1 IPRG, der die Verlegung der Gesellschaft vom Ausland in die Schweiz regelt und die Voraussetzungen nennt, spricht Artikel 163 Ab-

satz 1 IPRG von verschiedenen Nachweisen, welche die schweizerische Gesellschaft vor der Unterstellung unter das ausländische Recht zu erbringen hat. Ein Grund für eine unterschiedliche Regelung lässt sich schwer erkennen. Die beiden Bestimmungen sollten besser aufeinander abgestimmt werden. In Artikel 163 Absatz 1 VE IPRG wird entsprechend Artikel 161 IPRG neu statuiert, dass eine schweizerische Gesellschaft sich ohne Liquidation und ohne Neugründung dem ausländischen Recht unterstellen kann, wenn die Voraussetzungen des schweizerischen Rechts erfüllt sind und sie nach ausländischem Recht fortbesteht. Eine materielle Änderung ist damit nicht verbunden

Bei der heute geltenden Regelung des Gläubigerschutzes im Falle der Unterstellung einer schweizerischen Gesellschaft unter ausländisches Recht (Art. 163 Abs. 1 Bst. c IPRG) fällt auf, dass zwar die Pflicht der Gesellschaft statuiert wird, die Gläubiger öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern, dass aber die Folge einer solchen Anmeldung, nämlich dass mit der Anmeldung ein Anspruch auf Sicherstellung der Forderungen besteht, nicht erwähnt wird. Der neue Artikel 163 Absatz 2 verbindet die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Forderungen mit dem Anspruch der Gläubiger auf Sicherstellung analog Artikel 57 Fusionsgesetz, wie es auch bei der Fusion einer schweizerischen mit einer ausländischen Gesellschaft in Artikel 163c Absatz 3 VE IPRG vorgesehen wird. Eine grundlegende materielle Änderung ist mit der Neufassung nicht verbunden. Der heutige Artikel 164 IPRG lässt keine Zweifel offen, dass eine Sicherstellung oder Befriedigung vom Gesetzgeber des IPRG stillschweigend vorausgesetzt worden war. Die materielle Änderung beschränkt sich deshalb darauf, dass aufgrund von Artikel 57 VE Fusionsgesetz in erster Linie die Sicherstellung vorgesehen ist (s. Kommentar zu Art. 57 VE-FusG).

Der geltende Absatz 2 wird neu zu Absatz 3.

## **224 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge**

### **Art. 62 Abs. 3 (neu)**

Entsprechend der bisherigen Praxis sieht der Vorentwurf für die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen das Erfordernis einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde vor (s. Art. 38, 67 und 86 sowie die Erläuterungen zu Art. 38). Mit einer Ergänzung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge (BVG)<sup>33</sup> soll eine Delegationsgrundlage geschaffen werden, die dem Bundesrat die Möglichkeit gibt, auf Verordnungsstufe Bestimmungen über die aufsichtsrechtliche Genehmigung von Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen zu erlassen. In diesem Zusammenhang wird ebenfalls die Ausübung der Aufsicht bei Liquidation

---

<sup>33</sup> SR 831.40

tionen und Teilliquidationen von Vorsorgeeinrichtungen näher zu regeln sein. Eine entsprechende Verordnung wird der Rechtssicherheit sowie einer einheitlichen Praxis der Aufsichtsbehörden dienen und eine sachgerechte Vorbereitung genehmigungsbedürftiger Umstrukturierungen durch die Vorsorgeeinrichtungen ermöglichen.

## **225 Bundesgesetz über Banken und Sparkassen**

### **Art. 14**

Artikel 14 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (SR 952.0) ermächtigt den Bundesrat, zur Vermeidung einer Liquidation allgemein oder für einzelne Fälle erleichternde Vorschriften über die Umwandlung einer Genossenschaftsbank in eine Aktiengesellschaft oder Kommanditaktiengesellschaft aufzustellen. Diese Bestimmung kann infolge der neuen Regelung der Umwandlung im Fusionsgesetz (Art. 68 ff.) aufgehoben werden. Zu streichen sind auch die Absätze 2 bis 4 von Artikel 14, da sie obsolet geworden sind.

## **226 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen**

### **Art. 9a**

In Übereinstimmung mit dem Erfordernis der Genehmigung der Fusion, Spaltung und Umwandlung bei Vorsorgeeinrichtungen (s. Art. 38, 67, 86 Abs. 2 des Vorentwurfs und Art. 62 Abs. 3 VE BVG) soll im Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz)<sup>34</sup> ebenfalls ein Genehmigungsvorbehalt vorgesehen werden. Auch hier erscheint eine aufsichtsrechtliche Genehmigung der erwähnten Umstrukturierungen im Hinblick auf den Schutz der Versicherten erforderlich. Im Rahmen einer Totalrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes werden voraussichtlich die aufsichtsrechtlichen Aspekte der Fusion, Spaltung und Umwandlung von Versicherungseinrichtungen näher geregelt werden.

### **Art. 42 Abs. 1**

Mit einer Modifikation von Artikel 42 des Versicherungsaufsichtsgesetzes wird dem Bundesrat die Befugnis eingeräumt, auf Verordnungsstufe ergänzende Bestimmungen zur aufsichtsrechtlichen Genehmigung der Fusion, Spaltung und Umwandlung von Versicherungseinrichtungen zu erlassen.

---

<sup>34</sup> SR 961.01

## Inhaltsverzeichnis

Übersicht.....	2
1 Allgemeiner Teil .....	3
11 Die geltende Rechtslage.....	3
111 Die gesetzliche Regelung.....	3
112 Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung und Praxis der Handelsregisterbehörden.....	4
12 MÄNGEL DES GELTENDEN RECHTS.....	5
13 ZIELE DER NEUREGELUNG .....	7
14 ENTSTEHUNG DES VORENTWURFS.....	7
15 SCHAFFUNG EINES SONDERGESETZES.....	8
16 Verhältnis des Vorentwurfs zur Regelung des Zusammenschlusses von Unternehmen im Kartellgesetz.....	9
17 REVISION DES STEUERRECHTS .....	9
18 GRUNDZÜGE DES VORENTWURFS .....	10
181 Fusion .....	10
182 Spaltung.....	11
183 Umwandlung.....	13
19 RECHTSVERGLEICHENDE HINWEISE .....	14
191 Recht der Nachbarstaaten.....	14
192 Recht der Europäischen Union.....	15
2 Besonderer Teil.....	16
21 Erläuterung der einzelnen Bestimmungen des Fusionsgesetzes .....	16
1. Kapitel: Gegenstand und Definitionen.....	16
2. Kapitel: Fusion.....	18
3. Kapitel: Die Spaltung.....	42
4. Kapitel: Umwandlung.....	55
5. Kapitel: Institute des öffentlichen Rechts .....	61
6. Kapitel: Gemeinsame Vorschriften.....	64
7. Kapitel: Übergangsbestimmungen und Schlussbestimmungen.....	70
22 Änderung bisherigen Rechts .....	71
221 Obligationenrecht.....	71
222 Strafgesetzbuch.....	75
223 Internationales Privatrecht.....	75

224	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterbliebenen- und Invalidenvorsorge .....	82
225	Bundesgesetz über Banken und Sparkassen .....	83
226	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen	83