
Das neue Fusionsgesetz (FusG)

PETER V. KUNZ¹

Inhaltsverzeichnis

Das neue Fusionsgesetz (FusG)	185
1. Einleitung	187
1.1 Vorbemerkungen.....	187
1.2 Abgrenzungen sowie Aufbau.....	188
2. Allgemeiner Teil	190
2.1 Ausgewählte Schutz-Prinzipien des FusG.....	190
2.1.1 „Informations-Mechanismen“: Prinzip der Transparenz.....	190
2.1.2 „Interventions-Mechanismen“: z.B. Klagemöglichkeiten.....	192
2.1.3 Prinzip der Mitgliedschaftskontinuität.....	193
2.1.4 Prinzip des Mehrbelastungsverbots.....	194
2.1.5 Fehlen eines allgemeinen Austrittsrechts.....	195
2.2 Zweiteilung von Eigenkapitalgebern sowie von Fremdkapitalgebern.....	196
2.2.1 Übersicht.....	196
2.2.2 Eigenkapitalgeber bzw. Risikokapitalgeber.....	197
2.2.3 Fremdkapitalgeber.....	198
2.3 Idealtypische Struktur einer FusG-Transaktion.....	199
2.3.1 Phase 1: Vorbereitungen bzw. „Make It or Break It“.....	199
2.3.2 Phase 2: GV bzw. „Do or Die“.....	202
2.3.3 Phase 3: HR-Eintragung sowie Rechtswirksamkeit.....	204
2.3.4 Phase 4: Klagen.....	204
2.3.4.1 Übersicht.....	204
2.3.4.2 Einzelne FusG-Klagen.....	206
2.3.5 Spezialfall: KMU und deren Privilegierungen.....	210
3. Besonderer Teil	212
3.1 Zur Fusion.....	212
3.1.1 Generelles.....	212
3.1.2 Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz.....	214
3.1.2.1 Grundsatz zum Gläubiger – Ausnahme der „Sanierungsfusion“.....	214
3.1.2.2 Grundsatz zum Gesellschafter – Ausnahme des „Squeeze-out“.....	216
3.2 Zur Spaltung.....	218
3.2.1 Generelles.....	218

¹ Der Autor war langjähriger Partner in einer Zürcher Anwaltskanzlei und ist seit dem 1. Oktober 2005 *ordentlicher Professor* (Ordinarius) für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung an der *Universität Bern* sowie Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht. Ich bedanke mich bei Herrn lic. iur. LUKAS RICH sowie bei Herrn Dr. iur. JURIJ BENN für deren wertvolle Unterstützung. Der Aufsatz wurde *Mitte Juli 2005* abgeschlossen.

3.2.2	Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz.....	220
3.2.2.1	Grundsatz zum Gläubiger.....	220
3.2.2.2	Grundsatz zum Gesellschafter.....	221
3.3	Zur Umwandlung	222
3.3.1	Generelles.....	222
3.3.2	Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz.....	224
3.3.2.1	Grundsatz zum Gläubiger.....	224
3.3.2.2	Grundsatz zum Gesellschafter.....	224
3.4	Zur Vermögensübertragung	225
3.4.1	Generelles.....	225
3.4.2	Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz.....	229
3.4.2.1	Grundsatz zum Gläubiger.....	229
3.4.2.2	Grundsatz zum Gesellschafter	230
3.5	Details zum Gesellschafterschutz.....	230
3.5.1	Konzept	230
3.5.2	Früh-Phase	232
3.5.3	Entscheid-Phase	232
3.5.4	Spät-Phase.....	233
3.6	Details zum Gläubigerschutz.....	234
3.6.1	Konzept.....	234
3.6.2	Spezialregelungen	236
3.6.2.1	Sicherstellung von Forderungen.....	236
3.6.2.2	Gesellschafterhaftung.....	237
3.6.2.3	Subsidiärhaftung der beteiligten Gesellschaften.....	238
3.6.2.4	Solidarische Haftung.....	238
3.6.2.5	Übergang der Arbeitsverhältnisse	239
3.6.2.6	Konsultation der Arbeitnehmervertreter.....	240
3.6.3	(Mit-)Berücksichtigungen der Gläubigerinteressen.....	242
3.6.3.1	Fusion.....	242
3.6.3.2	Spaltung	243
3.6.3.3	Umwandlung	244
3.6.3.4	Vermögensübertragung	244
4.	Schlussbemerkungen.....	245
4.1	Fusion.....	245
4.2	Spaltung	246
4.3	Umwandlung	248
4.4	Vermögensübertragung	249
4.5	Gesellschafterschutz.....	250
4.6	Gläubigerschutz sowie Arbeitnehmerschutz	251
	Literaturverzeichnis	252

1. Einleitung

1.1 Vorbemerkungen

Im Zusammenhang mit *Gesetzgebungen* wird nicht nur, aber auch in der Schweiz immer wieder gerne verwiesen auf das *Motto*: „*Was lange währt, wird endlich gut*“. Ob dies ebenfalls auf das im letzten Jahr, am 1. Juli 2004, in Kraft getretene neue *Fusionsgesetz* (FusG)² zutrifft, muss sich erst noch weisen: Einerseits hat es nämlich gar nicht so lange „gewährt“, bis dieser *gesellschaftsrechtliche Meilenstein* zur Realität wurde³, und andererseits erscheint noch unklar, ob das Gesetz wirklich „gut“ ist bzw. wird⁴.

Es wurden bereits unzählige Bücher und Aufsätze nicht erst seit Inkrafttreten, sondern bereits im Vorfeld des FusG publiziert⁵, und im Rahmen dieser kaum überblickbaren *Literatur-Schwemme* – geradezu ein „juristischer Overkill“⁶ – wird seit Jahren spekuliert, „wie was weshalb so und nicht anders“ interpretiert werden kann oder muss. Tatsächlich fehlen heute meist *reale Erfahrungen* und insbesondere (*höchstrichterliche*) *Entscheidung*, die zahlreiche Rechtsunsicherheiten beseitigen könnten⁷.

Verschiedene Bereiche haben im Rahmen der parlamentarischen Beratungen nicht unerhebliche Veränderungen erfahren. Insofern können *nicht alle Materialien zum FusG nutzbringend* verwendet werden; dies gilt es in

² SR 221.301; AS 2004 2617.

³ Zwischen dem Vorentwurf zum FusG und dem Inkrafttreten vergingen weniger als sieben Jahre; die Historie des FusG darstellend etwa: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 5 ff.

⁴ Vereinzelt laut wird bereits der Ruf nach einer „kleinen Teilrevision“ des FusG: BINDER, Anspruch, 15; BINDER, Fusionsgesetz. Kritisch (und sehr lesenswert): BÖCKLI, 899 ff. (v.a. zur Spaltung).

⁵ Statt aller: VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1325 ff. (als Überblick); THÉVENAZ, 763 ff.; KLÄY/DOMENGHINI, 106 ff.; STREULI-YOUSSEF, 610 ff.; VON DER CRONE/GERSBACH, 186 ff.; noch immer von Interesse: VISCHER, Fusionsgesetz, 289 ff.; VON BÜREN, Vorentwurf, 299 ff.; MEIER-SCHATZ, Zulässigkeit, 353 ff.; GASSER/EGGENBERGER, Vorentwurf, 457 ff.; GASSER/EGGENBERGER, Fusionsgesetz, 61 ff.; EGGENBERGER, 61 f.; KLÄY/TURIN, Fusionsgesetz, 39 ff.; KLÄY/TURIN, Entwurf, 1 ff.; KLÄY, 185 ff. Leicht zugänglich über *Internet*: www.fusionsgesetz.ch sowie www.fusg.ch.

⁶ KUNZ, Arbeitsrecht, 73.

⁷ Unbefriedigend bzw. sogar gefährlich kann dies für Berater bei FusG-Transaktionen werden, die sich allenfalls als faktische bzw. materielle Organe verantwortlich machen könnten: vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.4.2.

erster Linie beim Rechtsinstitut der Vermögensübertragung⁸ zu beklagen, bei dem deshalb besonders viele Fragen offen bleiben⁹.

Der offizielle Kurz-Gesetzestitel – nämlich: „*Fusionsgesetz, FusG*“ – greift materiell eindeutig zu kurz, regelt der neue Bundeserlass doch nicht bloss Fusionen, sondern *vier Transaktionsformen*, die für Strukturanpassungen bei Gesellschaften¹⁰ im Vordergrund stehen. Es sei deshalb an dieser Stelle der reguläre Titel erwähnt: „Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung“ vom 3. Oktober 2003¹¹.

1.2 Abgrenzungen sowie Aufbau

Bei einem neuen Gesetz, das *mehr als 100 Artikel* aufweist, ist – ausser in Buchform – eine umfassende Behandlung unmöglich. Aus diesem Grund wird im vorliegenden Beitrag insbesondere¹² *generell verzichtet* auf Ausführungen (i) zu den *steuerrechtlichen* Aspekten¹³, (ii) zu den *Stiftungen* (Art. 78 ff. FusG)¹⁴, (iii) zu den *Vorsorgeeinrichtungen* (Art. 88 ff. FusG)¹⁵, (iv) zu den *Instituten des öffentlichen Rechts* (Art. 99 ff. FusG)¹⁶ sowie (v) zu den *grenzüberschreitenden* Aspekten (z.B. Art. 163a ff.

⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.4. Allg. zum Rechtsinstitut: KUNZ, Fusionsrecht, 810 ff.; LOSER-KROGH, 1095 ff.

⁹ Folglich besteht in diesem Bereich eine *erhebliche Rechtsunsicherheit*, die sicherlich der Attraktivität der Vermögensübertragung in der Praxis nicht förderlich ist – wohl ebenfalls ein Grund dafür, dass das Rechtsinstitut bis heute noch *eher selten zum Einsatz* gelangt.

¹⁰ Als Rechtsträger stehen im vorliegenden Beitrag die *Gesellschaften* im Vordergrund (Art. 2 lit. a/lit. b FusG), und in diesem Rahmen die *Aktiengesellschaften* (AG).

¹¹ Die ehemals diskutierte *Titel-Alternative* „*Strukturanpassungsgesetz*“ wäre m.E. sachgerechter gewesen, erfuhr indes grosse Kritik – z.B. Zusammenstellung der Vernehmlassungen: Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) (Bern 1999): 58.

¹² Ebenfalls *nicht* eingegangen wird auf *kartellrechtliche* Aspekte, die bei FusG-Transaktionen *oft bedeutsam* sein können; hierzu: DUCREY, 281 ff.

¹³ Auswahl: REICH, 725 ff.; MERLINO, 269 ff.; SPORI/MOSER, 301 ff.; RÜDISÜHLI, 193 ff.; ERBE/JAUSSI/THEILER, 822 ff.; LOCHER, 673 ff.; BEHNISCH, 711 ff.; GURTNER, 735 ff.; LOCHER/AMONN, 763 ff.; SPORI/GERBER, 689 ff.; UEBELHART/WENGER, 981 ff.; WEIDMANN, 989 ff.; BAUMGARTNER, 1031 ff.; RIEDWEG, 941 ff.; KUHN/GERBER, 101 ff.; WALKER, 104 ff.

¹⁴ Statt aller: RIEMER, Stiftungen, 101 ff.; RIEMER, Behandlung, 201 ff.; TAUFER, 777 ff.

¹⁵ Zum Einstieg (nebst den Kommentaren): RIEMER, Fusionsgesetz, 35; KRÜTTLI, 1091 ff.; LANG, 181 ff.

¹⁶ Hierzu etwa: VON BÜREN, Fusion, 178 ff.; RIEMER, Behandlung, 203 f.

IPRG)¹⁷ – dies immer im Bewusstsein, dass alle diese Rechtsmaterien bereits von der Doktrin¹⁸ gut erschlossen sind.

Anders als beim vor einigen Jahren erlassenen Schweizer Börsenrecht gibt es – dies erscheint besonders lobenswert – kein „Verordnungs-Tohuwabohu“¹⁹, d.h. es wurde *keine Fusionsverordnung* („FusV“) zum FusG erlassen. Die regulatorischen Detailausführungen nimmt der Bundesrat, der damit die *generalisierende* Bedeutung bzw. die obligationenrechtliche „Klammer“ des FusG betont, vielmehr in der ebenfalls per 1. Juli 2004 revidierten *Handelsregisterverordnung* (HRegV)²⁰ vor²¹.

Im Folgenden wird zuerst in einem *Allgemeinen Teil* eingegangen²² auf verschiedene *Prinzipien* des FusG²³, die dem grundsätzlichen Verständnis der Materie dienlich sein sollen. Im Anschluss werden die Rechtsstellungen bzw. die Ausgangslagen der *Gesellschafter* einerseits²⁴ sowie der *Gläubiger* andererseits²⁵ beleuchtet, die – wohl wenig überraschend – im Vergleich mit- bzw. gegeneinander nicht „über einen Leisten geschlagen“ werden können²⁶. Schliesslich folgen Hinweise zur *idealtypischen Struktur*, die bei den FusG-Transaktionen (mit einer Einschränkung) und deren Umsetzung zur Anwendung gelangt²⁷.

In einem *Besonderen Teil* folgen – angesichts des beschränkten Raums, der für diese Darstellung zur Verfügung steht – *beispielhafte Aus-*

¹⁷ Beispielhaft zur Thematik: BESSENICH, 851 ff.; NOBEL, 162 ff.; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, 259 ff.; GIRSBERGER, 317 ff.; SCHNYDER, 60 ff. Zur Situation in der EU: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 45 ff.

¹⁸ Allg.: ZWICKER, Regeln, 183 ff.

¹⁹ BEHG: BEHV, BEHV-EBK, UEV-UEK sowie Regl-UEK.

²⁰ SR 221.411; zu den Details: Art. 105 ff. HRegV.

²¹ Als empfehlenswerte Interpretationshilfe bei allen FusG-Transaktionen: Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz vom 11. Oktober 2004, REPRAX 2/3/2004, 1 ff.

²² Der Allgemeine Teil bzw. diese *konzeptionellen und generellen* Ausführungen stehen im Vordergrund der Darstellung, weil sie die *inneren Zusammenhänge des FusG* aufzeigen; die Auswahl für die Darstellungen im Besonderen Teil ist zwangsläufig beispielhaft und subjektiv geprägt – die verschiedenen Kommentare bieten heute bereits zahlreiche Lösungsvorschläge zu offenen Fragen an.

²³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1. Allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 13 ff.

²⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.

²⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.

²⁶ Der zentrale Grund liegt in der *konzeptionellen Dichotomie* von Eigenkapitalgebern sowie von Fremdkapitalgebern; vgl. dazu hinten Ziff. 2.2; sowohl die „*Informations-Mechanismen*“ als auch die „*Interventions-Mechanismen*“ sind deshalb bei Gesellschaftern und bei Gläubigern *unterschiedlich*.

²⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.

fürungen zu den *vier Transaktions-Formen*, also zur Fusion²⁸, zur Spaltung²⁹, zur Umwandlung³⁰ sowie zur Vermögensübertragung³¹. Geschlossen wird mit FusG-spezifischen (und zusammenfassenden) Kurzdarstellungen zum *Gesellschafterschutz*³² sowie zum *Gläubigerschutz*³³.

2. Allgemeiner Teil

2.1 Ausgewählte Schutz-Prinzipien des FusG

2.1.1 „Informations-Mechanismen“: Prinzip der Transparenz

Sämtliche gesellschaftsrechtlichen Erlasse der letzten Jahre in der Schweiz (v.a. das zu Beginn der 1990er Jahre revidierte Aktienrecht³⁴ sowie das Börsenrecht³⁵) und im Ausland bringen eine *erhöhte Transparenz bzw. verbesserte Publizität* mit sich³⁶. Die spezifischen „Interventions-Mechanismen“ (Beispiel: Klagemöglichkeiten)³⁷ von Gesellschaftern und Gläubigern wurden bzw. werden zwar ebenfalls verbessert, doch sozusagen als „Vorstufe“ dazu wird der sog. „*knowledge level*“ angehoben.

In die *gleiche konzeptionelle Richtung* – und dies m.E. zu Recht – geht konsequenterweise das FusG³⁸, wobei der FusG-Gesetzgeber die (stärker gefährdeten) Eigenkapital- bzw. Risikokapitalgeber sowie die (weniger stark gefährdeten) Fremdkapitalgeber³⁹ richtigerweise *nicht einheitlich* behandelt⁴⁰:

²⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.

²⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.

³⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.

³¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.4.

³² Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.

³³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.

³⁴ Im *Aktienrecht* kann beispielhaft Art. 663c OR als Neuerung für das Transparenzgebot erwähnt werden: KUNZ, Minderheitenschutz, § 10 N 107 ff.; FORSTMOSER, OR, 69 ff.

³⁵ Hinsichtlich dem *Börsenrecht* kann im Zusammenhang mit dem Transparenzgebot insbesondere Art. 20 BEHG erwähnt werden: KUNZ, Minderheitenschutz, § 10 N 744 ff. m.w.H.

³⁶ Allg.: DRUEY, Information, 104 ff.; DRUEY, Aktiengesellschaft, 69 ff.

³⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.2 sowie Ziff. 2.3.4.

³⁸ U.a. dient der *besonders befähigte Revisor* mit dem *Prüfungsbericht* diesem Aspekt des neuen Erlasses: KETTERER/HUBER/KORRODI, Aufgaben, 469 ff.

³⁹ Übersicht zu den *Informationsrechten der Gläubiger*: KUNZ, Gläubiger, 53 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5/Ziff. 3.6.

(i) Die *Gesellschafter* (nicht die Gläubiger) erhalten – beispielsweise – die verschiedenen Berichte über die jeweilige FusG-Transaktion zur Einsicht aufgelegt und können Kopien davon verlangen (z.B. Fusion: Art. 16 Abs. 1/Abs. 3 FusG)⁴¹; vorbehalten bleiben immerhin „KMU-Situationen“⁴². Die primäre Zielsetzung dieser „Informations-Mechanismen“ ist der Ausbau des Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei den FusG-Transaktionen⁴³.

Der „knowledge-level“ für (ii) die *Gläubiger* wird in erster Linie verbessert durch die Schuldenrufe (z.B. Fusion: Art. 25 Abs. 2 FusG [nachträglich]⁴⁴; Spaltung: Art. 45 FusG [vorgängig]⁴⁵) sowie die Arbeitnehmer-Konsultationen (z.B. Fusion: Art. 28 FusG)⁴⁶. Sowohl der Gläubigerschutz als auch der Arbeitnehmerschutz stellen vorrangige Anliegen des neuen Gesetzes dar und werden in Art. 1 Abs. 2 FusG besonders hervorgehoben⁴⁷.

Schliesslich erhält im Prinzip (iii) *jedermann* Kenntnis von der Transaktion sowie sogar von „heiklen“ Details, weil entsprechende Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie im Handelsregister (HR) erfolgen (z.B. Umwandlung: Art. 67 FusG; Vermögensübertragung: Art. 73 Abs. 2 FusG). Aufgrund der Registerpublizität des HR können diverse „Neugierige“ (z.B. Konkurrenten von Gesellschaften, die eine FusG-Transaktion vollzogen haben, aber auch die Gesellschaftsgläubiger⁴⁸) ohne weiteres die Belege der HR-Anmeldung⁴⁹ im Rahmen von

⁴¹ Im Bereich der *Fusion* findet damit eine *Erhöhung der Transparenz* statt, gab es doch *früher* bei Fusionen *kein Einsichtsrecht* für Gesellschafter: BasK-KÜHNI, N 2 zu Art. 16 FusG.

⁴² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.5.

⁴³ Statt aller: BasK-KÜHNI, N 4 zu Art. 16 FusG m.w.H.

⁴⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.2.1.

⁴⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.1.

⁴⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2.6.

⁴⁷ BasK-MORSCHER, N 61 ff. zu Art. 1 FusG (sc. *Gläubigerschutz*) sowie a.a.O., N 66 ff. zu Art. 1 FusG (*Arbeitnehmerschutz*); allg. zum Schutz der Arbeitnehmer: WYLER, participation, 927 ff.; WYLER, protection, 249 ff.; GEISER, 863 ff.; ZIMMERLI, 771 ff.; WINKLER, Unternehmensumwandlungen, 5 ff.

⁴⁸ Bei Fusionen: ZürK-LUGINBÜHL, N 11 zu Art. 16 FusG.

⁴⁹ Auswahl: (i) Art. 105a HRegV: z.B. Fusionsvertrag, Fusionsbilanz, Prüfungsberichte; (ii) Art. 106a HRegV: z.B. Spaltungsplan bzw. -vertrag, Prüfungsberichte; (iii) Art. 107 HRegV: z.B. Umwandlungsplan, Umwandlungsbilanz, Prüfungsbericht; (iv) Art. 108 HRegV: z.B. Übertragungsvertrag sowie „Auszüge aus den Protokollen (...) über den Abschluss des Übertragungsvertrages“; allg. zu den Belegen für die HR-Anmeldungen: KÜNG/HAUSER, 214 ff.; zum EHRA-Kurzkommentar: REPRAX 2/3/2004, 7 ff. (sc. Fusion).

Art. 930 OR bzw. Art. 9 HRegV einsehen⁵⁰ – was die anmeldenden Gesellschaften nicht in jedem Fall freut⁵¹.

2.1.2 „Interventions-Mechanismen“: z.B. Klagemöglichkeiten

Das FusG gewährt den *Gesellschaftern* (und mindestens teilweise den *Gläubigern*) in Kombination mit den erwähnten „Informations-Mechanismen“⁵² gewisse Möglichkeiten, bei den jeweiligen FusG-Transaktionen „mitzusprechen“⁵³ bzw. zu *intervenieren*. Die meisten Transaktionen enden nämlich zwangsläufig⁵⁴ mit Generalversammlungen (GV) der betroffenen Gesellschaften (z.B. Fusion: Art. 18 FusG; Umwandlung: Art. 64 FusG), so dass die Mitsprache der Gesellschafter sichergestellt ist.

M.E. von hervorragender Bedeutung für den Gesellschafterschutz⁵⁵ einerseits sowie (mit einer etwas reduzierten Bedeutung) für den Gläubigerschutz andererseits sind die neu geschaffenen FusG-spezifischen *Klagemöglichkeiten*⁵⁶, wobei – als allgemeiner Hinweis – bekanntlich nicht jedes Recht sogleich mit einer Klage verbunden sein muss⁵⁷:

Das FusG hat *drei spezifische Klagen* – nämlich die (i) Klage auf *Angemessenheitskontrolle* (Art. 105 FusG), die (ii) *Anfechtungsklage* (Art. 106 f. FusG) sowie die (iii) *Verantwortlichkeitsklage* (Art. 108 FusG) – eingeführt⁵⁸. Doch *nicht alle drei Klagen* gelangen bei *sämtlichen vier Transaktionsformen* zur Anwendung, und ausserdem stehen *nicht alle Klagemöglichkeiten* sowohl den *Gesellschaftern* als auch den *Gläubigern* zur Verfügung⁵⁹; es kann in diesem Bereich angesichts der Dichotomie

⁵⁰ Insbesondere ist hierfür *kein Interessennachweis* erforderlich.

⁵¹ Mit gutem Grund verweist etwa MEIER-SCHATZ, KMu, 48, auf den (verständlichen) „Diskretionsbedarf“ vieler Unternehmungen ohne kotierte Beteiligungspapiere.

⁵² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1.

⁵³ Es kann von einer „Voice“-Variante gesprochen werden: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 27 ff.

⁵⁴ Bei einer *Vermögensübertragung* besteht ein anderes Konzept, d.h. es *kann, muss aber nicht* zu einer GV kommen; Hinweise: KUNZ, Fusionsrecht, 811, FN 138 (sc. GV nur, aber immerhin notwendig, wenn faktisch eine *Zweckänderung* oder eine *Liquidation* vorliegt).

⁵⁵ Hierzu bereits: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 19 ff.

⁵⁶ Zur vergleichbaren Situation im *Aktienrecht*: KUNZ, Klagen, 5 ff. m.w.H.

⁵⁷ Grundlegend zu dieser Unterscheidung: KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 81 ff. m.w.H.

⁵⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.4.2.

⁵⁹ Eine weitere spezifische FusG-Klage *gewisser Gläubiger* sei pro memoria erwähnt, nämlich das richterliche *Untersagen einer FusG-Transaktion*, wenn die erforderliche *Konsultation der Arbeitnehmer* nicht bzw. nicht korrekt erfolgt ist: z.B. bei der Fusion

bzw. der Zweiteilung von Eigenkapital- und Fremdkapitalgebern⁶⁰ *nicht alles „über einen Leisten geschlagen“* werden.

2.1.3 Prinzip der Mitgliedschaftskontinuität

Das im FusG enthaltene sog. *Prinzip der Mitgliedschaftskontinuität* ist der 1. zentrale Mechanismus beim *Gesellschafterschutz*⁶¹. Im Wesentlichen – und etwas trivialisiert – geht es bei der Kontinuität der Mitgliedschaft darum, dass ein Gesellschafter durch eine Transaktion gemäss FusG *nicht „vor die Türe gestellt“* bzw. *nicht „ausgeschlossen“* werden kann, d.h. der Gesellschafter soll „dabei bleiben“ können, und zwar zu „fairen Bedingungen“⁶² – oder: „Anteils- und Mitgliedschaftsrechte sind grundsätzlich mit neuen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten abzugelten, soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme vorsieht“⁶³.

Das Prinzip enthält nebst einem *mitgliedschaftlichen* ausserdem ein *finanzielles* Element⁶⁴. Weitere Facetten des Grundsatzes sind⁶⁵: Festlegung sowie Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, Ausgleichszahlungen oder Abfindungen. Doch kein Prinzip ohne *Ausnahmen* (oder Einschränkungen)⁶⁶:

Die Kontinuität der Mitgliedschaft gilt bei (i) der Fusion (teils relativiert), bei (ii) der Spaltung sowie bei (iii) der Umwandlung. Doch bei (iv) der *Vermögensübertragung* ist das Prinzip *kein Thema*, weil keine Gesellschafter „wechseln“, sondern einzig Aktiven und allenfalls Passiven „wechseln“ bzw. auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden⁶⁷. Das Prinzip der Mitgliedschaftskontinuität kann schliesslich – als eine wichtige Ausnahme – im Bereich der *Fusion* durchbrochen werden, und zwar durch die in Art. 8 Abs. 2 FusG vorgesehene Möglichkeit einer *aus-schliesslichen Abfindung* (sog. „Squeeze-out“)⁶⁸.

(Art. 28 Abs. 3 FusG) – Details zu den *Sanktionen*: ZürK-HUBSCHMID, N 18 ff. zu Art. 28 FusG; BasK-BAUMGARTNER, N 11 zu Art. 28 FusG i.V.m. N 30 ff. zu Art. 27 FusG; ZIMMERLI, 780 f.; WYLER, protection, 250 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.

⁶¹ Dazu etwa: GLANZMANN, Kontinuität, 139 ff.

⁶² KUNZ, Arbeitsrecht, 75.

⁶³ GLANZMANN, Kontinuität, 139.

⁶⁴ Statt aller: GLANZMANN, Kontinuität, 140 ff. m.w.H.

⁶⁵ Übersicht bei: GLANZMANN, Kontinuität, 139 ff.

⁶⁶ Zu diesen Ausnahmen insbesondere: GLANZMANN, Kontinuität, 148 ff.

⁶⁷ Gl.M.: GLANZMANN, Kontinuität, 140. Vgl. dazu hinten Ziff. 3.4.1.

⁶⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.2.2.

2.1.4 Prinzip des Mehrbelastungsverbots

Das im FusG enthaltene sog. *Prinzip des Mehrbelastungsverbots* ist der 2. zentrale Mechanismus beim *Gesellschafterschutz*⁶⁹. Im Wesentlichen – und erneut etwas trivialisiert – geht es beim Verbot der Mehrbelastung darum, dass ein Gesellschafter durch eine Transaktion gemäss FusG *nicht neue oder zusätzliche Pflichten bzw. Lasten aufgebürdet* erhalten soll, ausser er sei damit einverstanden⁷⁰, d.h. er erhält – zumindest in gewissen (wenigen) Situationen – eine Art von *Vetorecht* (sc. Einstimmigkeitsprinzip)⁷¹.

Entsprechende Probleme einer Mehrbelastung können entstehen, weil die *Gesellschafter* je nach konkret in Frage stehender Gesellschaftsform unterschiedliche Rechtsstellungen⁷² haben. Als Beispiel seien die beiden wichtigsten Kapitalgesellschaften in der Schweiz, und hierbei die *Umwandlung einer AG in eine GmbH*, erwähnt⁷³:

Ein *Aktionär* hat gemäss Praxis und h.M. bei AG ohne kotierte Aktien⁷⁴ nur *eine einzige* Pflicht, nämlich die Liberierungspflicht (Pflicht zur Einzahlung)⁷⁵, während es bei *GmbH-Gesellschaftern* durchaus *Nebenleistungspflichten* (z.B. Pflicht zu Nachschusszahlungen) geben kann. Als Folge des Prinzips des Mehrbelastungsverbots muss sich – m.E. konzeptionell korrekt – ein *Aktionär zur Wehr setzen* können, wenn „seine“ AG (bis anhin *ohne* Pflichten für ihn) umgewandelt werden soll in eine GmbH (neu *mit* Nebenleistungspflichten für die Gesellschafter). Das Prinzip war bereits im früheren Gesellschaftsrecht vorgesehen⁷⁶ und wird nunmehr konsequent im neuen FusG fortgeführt⁷⁷.

⁶⁹ VISCHER, Einführung, 27 f.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 16; KUNZ, Arbeitsrecht, 805; ZOBL, 176.

⁷⁰ In der aktienrechtlichen Dogmatik handelt es sich um ein sog. *absolut wohlervorbenes Recht* des Aktionärs: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 16.

⁷¹ Generell *heikel* im Zusammenhang mit dem *Einstimmigkeitsprinzip*, das immerhin in einigen Bereichen des FusG eingeführt wird, ist das mögliche *Querulantum*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 34 ff. m.w.H.

⁷² Es geht um die *gesetzlichen* Pflichten, *nicht* etwa um die *statutarischen* Pflichten oder die *vertraglichen* Pflichten, die unter diesem FusG-Aspekt *bedeutungslos* sind.

⁷³ Zum Prinzip des Mehrbelastungsverbots bei Umwandlungen: ZOBL, 176.

⁷⁴ Bei sog. *Publikums-AG* sieht die Rechtslage bekanntlich *anders* aus: Art. 20 BEHG sowie Art. 32 BEHG.

⁷⁵ Art. 680 Abs. 1 OR. Als „*ceterum censeo*“ sei an dieser Stelle angemerkt, dass nicht jedermann diese Ansicht vertritt: KUNZ, Minderheitenschutz, § 8 N 31 ff., v.a. N 50.

⁷⁶ Das frühere, durch das FusG aufgehobene GmbH-Recht sah gemäss Art. 820 ff. OR ein Austrittsrecht – oder korrekter: ein sog. *Nicht-Eintrittsrecht* – des Aktionärs bei ei-

2.1.5 Fehlen eines allgemeinen Austrittsrechts

Es wäre m.E. ohne weiteres möglich gewesen, als stärkstes Schutzprinzip für die *Gesellschafter* ein *allgemeines Austrittsrecht* im Rahmen der FusG-Transaktionen⁷⁸ vorzusehen. Rechtspolitisch wurde diese Forderung gelegentlich laut⁷⁹. Mit einer rechtsvergleichenden Perspektive wird ersichtlich, dass im *EU-Recht*⁸⁰ und insbesondere im *US-Gesellschaftsrecht* (mit der sog. „appraisal remedy“)⁸¹ entsprechende „exit“-Möglichkeiten für Gesellschafter von Kapitalgesellschaften vorgesehen sind.

Der FusG-Gesetzgeber hat sich *gegen* ein allgemeines Austrittsrecht der Gesellschafter entschieden und damit ein uraltes, an sich überholtes gesellschaftsrechtliches *Axiom übernommen* – nur, aber immerhin in einigen *FusG-Sonderfällen* besteht ein *Recht auf Austritt*:

(i) Bei *Vereinfusionen* können Mitglieder innerhalb von zwei Monaten nach der Beschlussfassung „frei aus dem Verein austreten“ (Art. 19 Abs. 1 FusG)⁸². (ii) Generell erhalten die Gesellschafter bei einer *Fusion* ein Austrittsrecht, wenn die beteiligten Gesellschaften im Fusionsvertrag ein entsprechendes sog. *Wahlrecht* gemäss Art. 8 Abs. 1 FusG (nämlich: *Abfindung statt* Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte)⁸³ vorsehen. (iii) Schliesslich haben bei FusG-Transaktionen betreffend *Genossenschaften* (z.B. bei einer Genossenschaftsfusion), durch die für die Genossenschafter neu Nebenleistungspflichten entstehen, die *nicht zustimmenden* Genossenschafter m.E. ebenfalls ein Austrittsrecht, obwohl ein solcher Anspruch im FusG nicht explizit vorgesehen ist⁸⁴.

ner Umwandlung in eine GmbH vor, was eine *präventive „exit“-Form darstellte*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 120 f. m.w.H.

⁷⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.1.

⁷⁸ Zur Rechtslage im *Aktienrecht*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 86 ff.

⁷⁹ Details: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 27 ff., v.a. N 38 f./N 155.

⁸⁰ Die Spezialsituation einer sog. *asymmetrischen Spaltung* steht im Vordergrund: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 37.

⁸¹ Zum Verfahren: § 13.01 ff. RMBCA; statt aller: VON ALBERTINI, 5 ff.; BAHLIS, 285 ff.; KANDA/LEVMORE, 429 ff.; VORENBERG, 1189 ff.; MANNING, 223 ff.; weitere Details: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 128 ff.

⁸² GLANZMANN, Kontinuität, 152: „Dieses Austrittsrecht ist eine Konkretisierung des vereinsrechtlichen Grundsatzes, wonach ein Vereinsmitglied nicht gezwungen werden kann, die Mitgliedschaft in der fusionierten Gesellschaft weiter zu führen“.

⁸³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.2.2.

⁸⁴ Gl.M.: B&Mc-JERMINI, N 6 zu Art. 18 FusG sowie N 12 zu Art. 64 FusG; B&Mc-COMBOEUF, N 9 zu Art. 109 FusG; a.M.: BasK-SCHLEIFFER, N 25 zu Art. 18 FusG.

2.2 Zweiteilung von Eigenkapitalgebern sowie von Fremdkapitalgebern

2.2.1 Übersicht

Bei jeder Gesellschaft ist deren *Finanzierung* – ersichtlich jeweils bei den *Passiven* der Bilanz – zentral. Finanziert wird die Gesellschaft überhaupt nur, wenn deren „Financiers“ bzw. die Kapitalgeber *rechtlich geschützt* sind⁸⁵: Bei (i) den *Eigenkapitalgebern* (also: Passiven *unten*) geht es um den sog. Minderheiten- bzw. *Gesellschafterschutz* und bei (ii) den *Fremdkapitalgebern* (also: Passiven *oben*) um den sog. *Gläubigerschutz*.

Mögliche Schutzmechanismen⁸⁶, aus denen ein Gesetzgeber⁸⁷ de lege ferenda „auswählen“ kann, finden sich – in einer abstrakten Unterscheidung⁸⁸ – einerseits bei der sog. „*Exit*“-Variante (sc. es geht um die „Versilberung“ der Beteiligung – z.B. Austrittsrechte⁸⁹) oder andererseits bei der sog. „*Voice*“-Variante (sc. die „Mitsprache“ ist zentral – z.B. Mehrheits-Quoren in einer GV⁹⁰) oder in einer Varianten-Kombination⁹¹.

Diese zwei Grundthemen, die sich durch das *gesamte Gesellschaftsrecht* in der Schweiz sowie im Ausland als „fils rouge“ ziehen, erscheinen ebenfalls im FusG, das Schutzmechanismen für beide Kategorien von Investoren vorsieht. Alle vier FusG-Transaktionen haben erhebliche Auswirkungen auf die Kapitalgeber bzw. auf die „Geldgeber“ der Gesellschaften, doch sind die *Schutzbedürfnisse unterschiedlich*. Das FusG hat

⁸⁵ Allg.: KUNZ, Publikumsgesellschaften, 136 ff. Es gibt zudem *Schnittstellen* – etwa die sog. eigenkapitalersetzenden Darlehen – zwischen Gesellschaftern (z.B. Aktionären) und Gläubigern, die indes für die vorliegende Thematik nicht von Interesse sind.

⁸⁶ Zum theoretischen Ansatz: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 1 ff. m.w.H.; jüngst: FORSTMOSER, Exit, 785 ff. mit Literaturhinweisen in FN 4.

⁸⁷ Vorliegend bedeutungslos sind die *privatautonom*en Schutzmöglichkeiten (d.h. *statutarische* oder *vertragliche* Mechanismen).

⁸⁸ Grundlegend: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 1 ff. m.w.H.

⁸⁹ Das FusG sieht *kein allgemeines Austrittsrecht* vor: vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.5.

⁹⁰ Im FusG von besonderer Bedeutung sind tatsächlich die verschiedenen *Mehrheits-Quoren*, die teils 100% und teils 90% und teils andere Prozentzahlen betragen; Quoren sind ein absolut zentrales Element für den *Minderheitenschutz* (im Aktienrecht): KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 85 ff.

⁹¹ Die Schutzmechanismen von „*exit*“ und „*voice*“ gelangen in erster Linie bei den *Gesellschaftern* und höchstens in eingeschränktem Mass bei den *Gläubigern* zur Anwendung; das primäre Gesellschaftsgläubigerinteresse liegt an der *Erhaltung des Haftungssubstrats*, damit seine *Forderung erfüllt* werden kann: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 59 ff.

deshalb *verschiedene Schutzmechanismen* – basierend auf unterschiedlichen (dogmatischen) Konzepten – vorgesehen⁹².

2.2.2 Eigenkapitalgeber bzw. Risikokapitalgeber

Der Risiko- bzw. *Eigenkapitalgeber* und seine (unbestreitbaren) Risiken⁹³ stehen regelmässig *im rechtspolitischen Vordergrund* der gesetzgeberischen Schutzbemühungen. Wird dieser Investor nicht oder zu wenig geschützt, wird er nicht investieren oder wieder „aussteigen“ („exit“ oder „Stimmen mit den Füßen“), d.h. es gilt das Motto: „*no protection – no money*“.

Die *de lege lata* im FusG gewährten Gesellschafter- bzw. *Minderheitenschutzmechanismen* – also insbesondere (i) die „*Informations-Mechanismen*“ (z.B. Einsichtsrechte)⁹⁴ und (ii) die „*Interventions-Mechanismen*“ (z.B. Beschlussrechte in GV oder Klagemöglichkeiten)⁹⁵ sowie (iii) *weitere Prinzipien* (z.B. Kontinuität der Mitgliedschaft⁹⁶ sowie Vermutung zugunsten zwingenden Rechts⁹⁷) – erscheinen m.E. *risikoadäquat* und sind konzeptionell, indes nicht notwendigerweise hinsichtlich sämtlicher Details, kaum zu beanstanden⁹⁸.

⁹² Hierzu: KUNZ, Arbeitsrecht, 74 f.

⁹³ Beispielsweise hat ein Aktionär *keinen Zinsanspruch*; des Weiteren gibt es – im Prinzip – *keinen Dividendenanspruch* (es handelt sich um ein sog. relativ wohlerworbenes Aktionärsrecht: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 228 f.); da die *Beteiligung keine Forderung* darstellt, kann sie schliesslich vom Gesellschafter im „worst case“ *nicht „eingeeben“* werden im Gesellschaftskonkurs.

⁹⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1.

⁹⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2.

⁹⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3/Ziff. 2.1.4.

⁹⁷ Im *Aktienrecht* gilt eine Vermutung zugunsten *dispositiven* Rechts, beim *FusG* hingegen besteht eine Vermutung zugunsten *zwingenden* Rechts, d.h. die Privatautonomie wird beim neuen Erlass in weiten Bereichen eingeschränkt und durch gesetzliche Schutzmechanismen kompensiert, was den Minderheitenschutz ohne Zweifel nicht unerheblich stärkt: KUNZ, Fusionsrecht, 805, sowie KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 172 ff. (Aktienrecht) sowie § 13 N 17/N 99 (zum FusG).

⁹⁸ Das FusG sieht – teils fast ein wenig zufällig – nur *Einzelmassnahmen* und *kein gesamtheitliches Schutzkonzept* zugunsten der Minderheitsgesellschafter vor; in diesem Sinne bereits KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 18: „Ein geschlossenes bzw. in sich schlüssiges *System* des Schutzes von Minderheitsaktionären ist (...) beim FusG ebenso wenig zu entdecken wie im Aktienrecht“ (Hervorhebung im Original).

2.2.3 Fremdkapitalgeber

Der gesetzgeberische Fokus auf die Eigenkapitalgeber bedeutet *nicht*, dass die Gesellschaftsgläubiger bzw. die *Fremdkapitalgeber* *schutzlos* bleiben⁹⁹. Der Gesetzgeber hat die Anliegen der Gläubiger bzw. die Gläubigerinteressen¹⁰⁰ durchaus berücksichtigt – nach einer (rechtspolitischen) Ansicht sogar zu weitgehend¹⁰¹ – und entsprechende *Schutzmechanismen im FusG* vorgesehen¹⁰².

Konzeptionell muss die Intensität der Berücksichtigung der Gläubigerinteressen wohl etwas überraschen, erweist sich doch die *Interessenlage* bei den Gläubigern – anders als bei den Eigenkapitalgebern – als eher *ein-schichtig*, d.h. der Gesellschaftsgläubiger hat im Prinzip nur *ein einziges* Interesse¹⁰³, dass nämlich seine *Forderung erfüllt* wird.

Zu berücksichtigen ist die Sondersituation, dass *jeder Arbeitnehmer zugleich Gesellschaftsgläubiger* ist (z.B. Lohnanspruch); die Interessenlage der Arbeitnehmerschaft ist vielschichtiger¹⁰⁴ als bei der „klassischen“ Gläubigerschaft. Ein Arbeitnehmer ist somit in einer komfortablen Rechtslage¹⁰⁵: Der *Arbeitnehmer* kann sich sowohl auf den *Gläubigerschutz* gemäss FusG als auch – diese Regelungen ergänzend und ausbauend – auf den *Arbeitnehmerspezialschutz* gemäss FusG berufen¹⁰⁶.

Die im FusG gewährten *Gläubigerschutzmechanismen* – und zwar (i) die *spezifischen Schutzvorkehrungen* für Gläubiger bzw. Arbeitnehmer¹⁰⁷

⁹⁹ Tatsächlich gibt es *kein Primat der Aktionäre* und *kein Primat der Gläubiger*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 63 ff.

¹⁰⁰ Statt aller: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 59 ff. m.w.H.; besonders wichtig war dem FusG-Gesetzgeber zudem der *Arbeitnehmerschutz* – generell: GEISER, 863 ff.; ZIMMERLI, 771 ff.

¹⁰¹ Jüngst: BINDER, Schutz, 7 ff.

¹⁰² Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6. Die Regelungen *zusammenfassend* beispielsweise: KLÄY, 216 ff. sowie 232 f.; KUNZ, Arbeitsrecht, 75 ff.; RUEDIN, 687 ff.

¹⁰³ Insofern ist von einer sog. „Homogenität der Gläubigerinteressen“ die Rede: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 59 ff., v.a. N 62.

¹⁰⁴ KUNZ, Arbeitsrecht, 76 m.w.H. in FN 19.

¹⁰⁵ Dies war rechtspolitisch nicht unumstritten; m.E. ist eine *restriktive Auslegung* in diesem Bereich angebracht – z.B. sollte Art. 1 Abs. 2 FusG *nicht* als allgemeine Zielvorgabe oder als *generelle Auslegungsrichtlinie* des FusG mit einer „*Priorität Arbeitnehmerschaft*“ verwendet werden: KUNZ, Arbeitsrecht, 77 sowie 100; a.M.: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 FN 4 m.w.H. Eine *andere Frage* ist hingegen, ob wirklich – wie gefordert: BINDER, Schutz, 3 ff. – die *Gläubigerschutzbestimmungen generell restriktiv* auszulegen sind; diese Frage ist m.E. zu *verneinen*.

¹⁰⁶ Nebst dem *fusionsrechtlichen* Schutz steht dem Arbeitnehmer selbstverständlich zusätzlich der *arbeitsrechtliche* Schutz (OR etc.) zur Verfügung.

¹⁰⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.1.

sowie zusätzlich (ii) die mittelbaren (*Mit-*)*Berücksichtigungen* der Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerinteressen¹⁰⁸ – erscheinen m.E. *risikoadäquat* und sind mindestens konzeptionell, indes nicht notwendigerweise hinsichtlich sämtlicher Details, kaum zu beanstanden; rechtspolitische Bemühungen für eine (*kleine*) *FusG-Revision* in naher Zukunft erscheinen *wenig* erfolgversprechend¹⁰⁹.

2.3 Idealtypische Struktur einer FusG-Transaktion

2.3.1 Phase 1: Vorbereitungen bzw. „Make It or Break It“

Die FusG-Transaktionen – immerhin mit der *Ausnahme* der Vermögensübertragung, die zahlreiche Spezialitäten aufweist – folgen im Grossen und Ganzen einer *vergleichbaren Struktur* bei ihrem Vollzug¹¹⁰. Doch beim FusG liegt der *Teufel* im Detail¹¹¹, d.h. selbst bei idealtypischem Vorgehen gibt es bei den Fusionen, bei den Spaltungen und bei den Umwandlungen immer wieder *Detailabweichungen* (z.B. bei Fristen¹¹²)¹¹³:

- *1. Schritt*: Die *Phase 1* beginnt bei jeder FusG-Transaktion damit, dass entweder ein *Vertrag* (z.B. ein Fusionsvertrag oder ein Vermögensübertragungsvertrag)¹¹⁴ bzw. ein *Plan* (z.B. ein Spaltungsplan oder ein Umwandlungsplan)¹¹⁵ entworfen wird¹¹⁶, und zwar in *schriftlicher*

¹⁰⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2.

¹⁰⁹ Diese (rechtspolitische) Einschätzung basiert auf verschiedenen Überlegungen; u.a. dürfte ein *Abbau* von Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerschutzrechten in der heutigen Zeit *politisch nicht durchsetzbar* sein.

¹¹⁰ Diese idealtypische Struktur dient ohne Zweifel einer *erhöhten Rechtssicherheit*, die ein ausdrückliches Ziel des neuen Erlasses ist: Art. 1 Abs. 2 a.A. FusG; all.: BasKMORSCHER, N 56 zu Art. 1 FusG.

¹¹¹ Äusserst wertvoll für die *Praxis*: CHAMPEAUX/TURIN, 79 ff.

¹¹² Beispielsweise dauert die Einsichtsaufgabe gewisser Dokumente für die Gesellschafter vor der GV einerseits *dreissig Tage* (Fusion: Art. 16 Abs. 1 FusG; Umwandlung: Art. 63 Abs. 1 FusG) und andererseits *zwei Monate* (Spaltung: Art. 41 Abs. 1 FusG).

¹¹³ Nicht aus den Augen zu verlieren ist, dass es nebst *Detailabweichungen* ebenfalls *konzeptionelle Differenzen* gibt; es gilt beispielsweise *nicht*: „*Schuldenruf* = *Schuldenruf*“ – die Schuldenrufe (und die entsprechenden Sicherstellungsbegehren durch Gläubiger) sind, basierend auf unterschiedlichen Konzepten, bei der Spaltung (*vorgezogener* Gläubigerschutz) zwangsläufig und grundlegend anders ausgestaltet als bei der Fusion (*nachträglicher* Gläubigerschutz); hierzu: KUNZ, Arbeitsrecht, 87 f.

¹¹⁴ Art. 12 f. FusG (Fusion): TSCHÄNI, Fusionsvertrag, 197 ff.; bzw. Art. 70 ff. FusG (Vermögensübertragung): BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 359 ff.

¹¹⁵ Art. 36 f. FusG (Spaltung) bzw. Art. 59 f. FusG (Umwandlung).

¹¹⁶ Grundlegend: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 815 ff.

Form¹¹⁷, der in der Folge verschiedenen „Instanzen“ der Gesellschaft (z.B. VR sowie – in aller Regel – der GV) vorgelegt wird:

Der *Inhalt* der Verträge bzw. der Pläne im Rahmen der FusG-Transaktionen¹¹⁸ bezieht sich – beispielhaft¹¹⁹ – auf die Umtauschverhältnisse von Anteilen und auf allfällige Ausgleichszahlungen, auf mögliche Abfindungen sowie auf die Modalitäten für den Umtausch (z.B. Fusion: Art. 13 FusG), auf das Inventar übergewendender Aktiven und Passiven oder auf die zu übertragenden Arbeitsverhältnisse (z.B. Spaltung: Art. 37 FusG; Vermögensübertragung: Art. 71 FusG)¹²⁰. Es handelt sich also – etwas trivialisiert – um das „*Fleisch am Knochen*“ der gesamten Transaktion¹²¹.

Zum *Terminologischen* sei festgehalten was folgt: Der *Begriff* „*Plan*“ findet Anwendung einerseits bei der *Umwandlung*, bei der nur *eine einzige* Gesellschaft involviert ist, sowie andererseits bei der *Spaltung*, wenn die übernehmende Gesellschaft keine bestehende, sondern eine *neu zu gründende* Gesellschaft ist¹²²; im Übrigen (also: *Fusion*, *Vermögensübertragung* sowie *Spaltung* auf eine *bestehende* Gesellschaft) wird jeweils der *Begriff* „*Vertrag*“ verwendet bzw. ein Vertrag wird realiter verhandelt und abgeschlossen¹²³ zwischen übertragenden und übernehmenden Gesellschaften.

¹¹⁷ Das *Schriiterfordernis* ist *notwendig, aber auch hinreichend*, d.h. es braucht *keine öffentliche Beurkundung* des Vertrags bzw. Plans (selbst bei Grundstücken, immerhin Art. 70 Abs. 2 FusG – für den „Grundstücks-Akt“ ist eine öffentliche Beurkundung nötig): TSCHÄNI, Fusionsvertrag, 199 (zur Fusion); WATTER/BÜCHI, 23 (zur Spaltung); KUNZ, Fusionsrecht, 811 (zur Vermögensübertragung), sowie BasK-MALACRIDA, N 5 zu Art. 70 FusG. Auf der anderen Seite muss die GV-Beschlussfassung jeweils öffentlich beurkundet werden, doch dies stellt einen weiteren Akt des FusG-Prozederes dar.

¹¹⁸ Zu den Abschluss- bzw. Erstellungskompetenzen: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 816.

¹¹⁹ Details: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 815 ff. sowie 820; zum *Fusionsvertrag*: TSCHÄNI, Fusionsvertrag, 199.

¹²⁰ Beim Inventar genügt es *nicht*, bloss eine *summarische Auflistung* von Vermögenswerten aufzuführen: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 821 – immerhin mit Hinweis auf eine in der Praxis verwendete „Ausgleichsklausel“ (a.a.O.).

¹²¹ *Abänderungen bzw. Aufhebungen* des Vertrags bzw. des Plans sind nur eingeschränkt möglich: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 819 f.

¹²² Bei diesen beiden Ausgangslagen *mangelt* es also z.B. an zwei (oder mehr) Gesellschaften, die einen *Vertrag miteinander schliessen* könnten.

¹²³ Es ist wichtig, dass „*arm's length*“-*Konditionen* zur Anwendung gelangen. Sollte dies z.B. bei einer Vermögensübertragung nicht der Fall sein, kann eine Verantwortlichkeitsklage erhoben werden: BERTSCHINGER, Klagen, 840.

- 2. Schritt: Diese erarbeiteten sowie verhandelten Verträge bzw. Pläne sind in der Folge der zentrale Gegenstand eines *spezifischen Berichts*, der von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der beteiligten Gesellschaften, sei es allein oder sei es gemeinsam, stammt (also meist: sog. *VR-Bericht*)¹²⁴:

Im VR-Bericht wird sozusagen eine *vorgezogene Rechenschaft* abgelegt, indem verschiedene Themen hinsichtlich der FusG-Transaktion (z.B. Zweck und Folgen der Transaktion, Umtauschverhältnisse, Auswirkungen auf Arbeitnehmer und andere Gläubiger) *rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern sowie zu begründen* sind (Fusion: Art. 14 FusG; Spaltung: Art. 39 FusG; Umwandlung: Art. 61 FusG)¹²⁵. Der Bericht dient als *Entscheidungsgrundlage für die Gesellschafter*, die über die FusG-Transaktion in einer GV¹²⁶ beschliessen.

- 3. Schritt: Als Form von „*checks and balances*“ (gegenüber z.B. VR und GV) gibt es einen obligatorischen *Prüfungsbericht* (hierbei geht es *nicht* um eine in der Praxis oft abgegebene sog. „*fairness opinion*“)¹²⁷, den ein *besonders befähigter Revisor* (*nicht* die Revisionsstelle[n] der in Frage stehenden Gesellschaft[en])¹²⁸ zu erstellen hat¹²⁹, und der sowohl dem Gesellschafter- als auch dem Gläubigerschutz dienlich sein soll¹³⁰:

¹²⁴ Allg. (nicht allein zum FusG): BAHAR, 1 ff.

¹²⁵ Das Gesetz gibt *keine Richtlinien*, wie „*intensiv*“ zu erläutern und zu begründen ist: M.E. muss der Massstab – im jeweiligen *Einzelfall* – so festgelegt sein, dass sich ein *objektivierter Gesellschafter* überhaupt ein *reales Bild* über die Situation und damit einen *informierten Entscheid* in der GV machen kann; sollte der VR der AG nicht bzw. zu wenig erläutern sowie begründen, liegt eine *Pflichtverletzung* vor (z.B. wird Art. 14 FusG verletzt), die Anlass für eine *Anfechtungsklage* gemäss Art. 106 f. FusG sowie eine *Verantwortlichkeitsklage* gemäss Art. 108 FusG geben kann – das Verhältnis der beiden FusG-Klagen zueinander ist umstritten (m.E. stehen sie in *Konkurrenz*): vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.4.1.

¹²⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.

¹²⁷ FIERZ/STENZ, 1022.

¹²⁸ M.E. sind die bisherigen bzw. aktuellen *Revisionsgesellschaften* von betroffenen Gesellschaften *in aller Regel ausgeschlossen* (wegen dem *Anschein potentieller Interessenkonflikte*), und zwar unter dem Aspekt der *Unabhängigkeit*; wohl a.M.: KETTERER/HUBER/KORRODI, Aufgaben, 469 ff. Generell zur *Unabhängigkeit der Revisionsstelle*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 132 ff. (m.w.H. auf die Literatur: N 133 FN 388); HANDSCHIN, 344 ff.; KÜNG, Bemerkungen, 323 ff.; zudem: DUBFELD, 547 ff.

¹²⁹ Jüngst aus der *Praxis* rapportieren: KETTERER/HUBER/KORRODI, Erfahrungen, 1025 ff.

¹³⁰ Allg.: KETTERER/HUBER/KORRODI, Aufgaben, 469 ff.; FIERZ/STENZ, 1019 ff.

Der Prüfungsbericht¹³¹ nimmt – unter gewissen Aspekten (z.B. Umtauschverhältnisse sowie Abfindungen, Besonderheiten bei der Anteilsbewertung, Rechtsstellung der Gesellschafter nach einer Umwandlung) – spezifische Stellung zum *Vertrag bzw. Plan*, zum erstellten *VR-Bericht* sowie zur zu Grunde liegenden *Bilanz* (Fusion: Art. 15 FusG; Spaltung: Art. 40 FusG i.V.m. Art. 15 FusG; Umwandlung: Art. 62 FusG)¹³².

Die *Phase 1* ist – obwohl v.a. der Vorbereitung der entscheidenden GV¹³³ dienend – in der Praxis m.E. die eigentliche „*Make It or Break It*“-*Phase*. (Grössere) Probleme zu Beginn können bzw. dürften regelmässig die gesamte FusG-Transaktion in Frage stellen; eine *sorgfältige Vorbereitung* wird deshalb dringend empfohlen.

Selbst wenn Arbeitnehmer und sonstige Gläubiger dokumentarisch erwähnt werden, dient die Phase 1 doch ausschliesslich dem *Schutz der Gesellschafter* und *nicht* den *Gesellschaftsgläubigern*. Die „Korrektheit“ der VR-Berichte sowie der Prüfungsberichte wird konzeptionell abgesichert durch das „*Damoklesschwert*“ möglicher *Verantwortlichkeitsklagen* (also: Art. 108 Abs. 1 [sc. VR] bzw. Abs. 2 [sc. Prüfer] FusG)¹³⁴.

2.3.2 Phase 2: GV bzw. „Do or Die“

Nachdem die erwähnten drei Dokumente¹³⁵ – also: der Vertrag bzw. der Plan sowie der Bericht bzw. der VR-Bericht sowie schliesslich der Prüfungsbericht des besonders befähigten Revisors – erstellt worden sind, folgt *Phase 2*:

- *1. Schritt*: Phase 2 beginnt mit der *Auflage* der entsprechenden (und allenfalls weiterer) Unterlagen¹³⁶ zur *Einsicht der Gesellschafter* (z.B.

¹³¹ Die „*Prüfungstiefe*“ dürfte sich unter dem neuen Recht an die *Praxis für Revisionsstellenberichte* bei AG zuhanden der GV anlehnen; sollte diese „Tiefe“ allerdings *nicht erreicht* werden, liegt eine *Pflichtverletzung* vor, die mit einer *Verantwortlichkeitsklage* gegen den Prüfer sanktioniert werden kann.

¹³² Generell zur Prüfung unter dem neuen Gesetz: KETTERER/HUBER/KORRODI, *Aspekte*, 247 ff.; ZWICKER, *Fusionsgesetz*, 157 ff.; zum Prüfungsgegenstand: FIERZ/STENZ, 1020.

¹³³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.2.

¹³⁴ Konsequenterweise sind die *Gläubiger aktivlegitimiert* bei der *Verantwortlichkeitsklage*.

¹³⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.

¹³⁶ Nämlich: *Jahresrechnungen* und *Jahresberichte* der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die *Zwischenbilanz* gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. d FusG (bei Fusionen).

Fusion: Art. 16 FusG)¹³⁷; die *Gläubiger* der Gesellschaft(en) haben hingegen *keinen Anspruch* darauf, die drei (oder mehr) in Frage stehenden Dokumente ebenfalls zur Kenntnis zu nehmen¹³⁸.

- 2. *Schritt*: Die Gesellschafter können nebst einer Einsichtnahme zusätzlich *Kopien sämtlicher Dokumente* verlangen (z.B. Fusion: Art. 16 Abs. 3 FusG), und zwar *gratis*, damit sie sich im Hinblick auf die anstehende Beschlussfassung in der GV ihre Gedanken machen sowie sich vorbereiten können¹³⁹.
- 3. *Schritt*: Im Anschluss daran folgt eine (meistens: ausserordentliche) GV, anlässlich derer über die konkrete FusG-Transaktion von den *Gesellschaftern* (nicht von den Gesellschaftsgläubigern) *beschlossen* wird¹⁴⁰, und zwar in aller Regel mit *qualifizierten Mehrheits-Quoren*, was den Minderheitenschutz erhöht¹⁴¹.

Als zusätzlicher Sicherungsmechanismus ist schliesslich eine *öffentliche Beurkundung* der GV-Beschlussfassung (z.B. Umwandlungsbeschluss: Art. 65 FusG)¹⁴² vorgesehen, die der Rechtssicherheit zur FusG-Transaktion dienlich sein soll¹⁴³, d.h. eine Urkundsperson muss anwesend sein¹⁴⁴. Wenn in der GV die erforderlichen Mehrheiten nicht erreicht werden, ist die FusG-Transaktion beendet (also „*Do or Die*“)¹⁴⁵.

¹³⁷ Hierbei gelangen – sozusagen per analogiam – die bewährten aktienrechtlichen Regeln zur *Einsicht des GV-Protokolls bei AG* im Rahmen von Art. 702 Abs. 3 OR zur Anwendung (immerhin mit einigen FusG-spezifischen Änderungen); z.B. *Gesellschafter persönlich*, nicht aber deren *Vertreter* oder deren *Berater* können dieses Einsichtsrecht geltend machen: KUNZ, Informationsrecht, 895 f.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 172 ff. m.w.H.

¹³⁸ KUNZ, Arbeitsrecht, 85; zur Fusion: ZürK-LUGINBÜHL, N 11 zu Art. 16 FusG.

¹³⁹ Dieser *Herausgabeanspruch* stellt einen klaren Fortschritt gegenüber der aktienrechtlichen Ordnung zum GV-Protokoll gemäss Art. 702 Abs. 3 OR dar; im *Aktienrecht* besteht nämlich *kein* Anspruch: KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 173.

¹⁴⁰ Statt aller: GLANZMANN, Umwandlungsbeschluss, 157 ff. Die *Vermögensübertragung* weist insofern eine Spezialität auf, als dass sie – wie erwähnt – idealtypischerweise *keiner GV* vorgelegt wird.

¹⁴¹ Allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 85 ff.; zum FusG: GLANZMANN, Umwandlungsbeschluss, 157 ff., v.a. 159 ff.

¹⁴² Generell: RUF/JEITZNER, 915 ff.

¹⁴³ In diesem Sinne: BasK-DAENIKER/FRICK, N 1 zu Art. 65 FusG; ZürK-BURCKHART BERTOSSA, N 1 zu Art. 65 FusG.

¹⁴⁴ Details: BasK-DAENIKER/FRICK, N 4 ff. zu Art. 65 FusG.

¹⁴⁵ Selbstverständlich ist es zulässig, eine *neue* GV einzuberufen, um die erforderlichen Mehrheiten (sozusagen im zweiten Anlauf) zu erreichen. M.E. wird damit indes – zumindest bei der *Spaltung* und dem vorgezogenen Gläubigerschutz – ein *neues* *Prozedere* bzw. *FusG-Verfahren* gestartet, d.h. ein *weiterer* SHAB-Schuldenruf wird notwendig; darauf scheint mindestens die Verwendung von „*der*“ (Generalversammlung)

2.3.3 Phase 3: HR-Eintragung sowie Rechtswirksamkeit

Sozusagen als „obligatorisches Nachspiel“ der Entscheid-Phase folgt als *Phase 3* die in der Rechtsrealität entscheidende Vollzugsphase. Als 1. Schritt werden dabei die GV-Beschlüsse beim *Handelsregisteramt* (HRA) *angemeldet*, und als 2. Schritt der Phase 3 erfolgt die *Eintragung im HR* (z.B. Fusion: Art. 21 f. FusG; Spaltung: Art. 51 f. FusG), wodurch die FusG-Transaktion vollzogen und abgeschlossen ist¹⁴⁶.

Für den *Rechtsübergang* bei sämtlichen FusG-Transaktionen (Fusion: Art. 22 Abs. 1 FusG; Spaltung: Art. 52 FusG; Umwandlung: Art. 67 FusG; Vermögensübertragung: Art. 73 Abs. 2 FusG) ist die *HR-Eintragung massgeblich*, die nicht bloss deklaratorisch, sondern *konstitutiv* wirkt¹⁴⁷, oder anders ausgedrückt:

Die in Frage stehenden Vermögenswerte gehen in diesem Zeitpunkt¹⁴⁸ im Rahmen einer sog. *Universalsukzession* von der *übertragenden* auf die *übernehmende* Gesellschaft über¹⁴⁹. Angesichts der überragenden rechtlichen Bedeutung dieser HR-Eintragung wird offensichtlich, dass in der künftigen Praxis der sog. *privatrechtliche Einspruch* bzw. die (daraus folgende) sog. *Eintragungssperre* gemäss Art. 32 HRegV besonders wichtig werden dürfte¹⁵⁰.

2.3.4 Phase 4: Klagen

2.3.4.1 Übersicht

Anders als bei den Phasen 1-3¹⁵¹ steht bei einer FusG-Transaktion *nicht a priori* fest, ob überhaupt eine *Phase 4* folgt. Mit der Phase 4 haben sich

in Art. 43 Abs. 1 FusG hinzudeuten, indem zwischen dem Schuldenruf und einer *spezifischen*, zielorientierten GV ein „*Link*“ hergestellt wird.

¹⁴⁶ Details zur Fusion: B&Mc-PASSADELIS, N 4 ff. zu Art. 21 FusG.

¹⁴⁷ Statt aller (zur Fusion): B&Mc-PASSADELIS, N 1 ff. zu Art. 22 FusG.

¹⁴⁸ Entscheidend ist der Tagebucheintrag der HR-Anmeldung: B&Mc-PASSADELIS, N 7 zu Art. 22 FusG (zur Fusion).

¹⁴⁹ Bei der *Vermögensübertragung* sowie bei der *Spaltung* können sich Praxisprobleme ergeben (z.B. wegen Art. 72 FusG), wenn zwischen dem *Abschluss* des Vermögensübertragungsvertrags bzw. des Spaltungsvertrags (oder dem Spaltungsbeschluss) einerseits und der *HR-Eintragung* andererseits ein gewisser *Zeitraum* liegt, während dem sich das *Inventar verändert* – dies ist beispielsweise der Fall, wenn *Gegenstände aus einem Lager* übertragen werden sollen. *Anpassungen* sind unerlässlich; zu den Grenzen: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 819 f.

¹⁵⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.4.

¹⁵¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1 - Ziff. 2.3.3.

die Gesellschaften bzw. die an einer FusG-Transaktion jeweils beteiligten Personen meist nur dann auseinander zu setzen, wenn in *einer (Vor-)Phase etwas „schief gelaufen“* ist. Gewisse Interessenten (nicht notwendigerweise die Gläubiger)¹⁵² können sich im Anschluss an die Transaktion *gerichtlich wehren* bzw. die FusG-Transaktion oder die dafür Verantwortlichen „überprüfen“ lassen¹⁵³.

Das FusG sieht *drei spezifische fusionsrechtliche Klagen* im Zusammenhang mit den vier möglichen Strukturanpassungen – wobei nicht jede FusG-Klage bei jeder FusG-Transaktion zulässig ist – vor¹⁵⁴. Dies sind die (i) sog. *Klage auf Angemessenheitskontrolle* (Art. 105 FusG)¹⁵⁵, die (ii) sog. *Anfechtungsklage* (Art. 106 f. FusG)¹⁵⁶ sowie die (iii) sog. *Verantwortlichkeitsklage* (Art. 108 FusG)¹⁵⁷.

Die FusG-Klagen – ähnlich wie die aktienrechtlichen Klagen – haben im gegenseitigen Vergleich teils einen identischen Ansatzpunkt¹⁵⁸. Aus diesem Grund stellt sich die Frage nach der Konkurrenz bzw. nach dem *Verhältnis der Klagen* gemäss Art. 105 ff. FusG:

Eine „Anlehnung“ an das Aktienrecht¹⁵⁹, indes nicht notwendigerweise an die bundesgerichtliche Praxis, ist naheliegend, so dass m.E. insbesondere nicht von irgendeiner Subsidiarität¹⁶⁰, sondern von einer *Konkurrenz* einerseits der FusG-Anfechtungsklage sowie andererseits der FusG-Ver-

¹⁵² Im Rahmen des *FusG* – wie z.B. auch im *Aktienrecht* – stehen in aller Regel die *Eigenkapitalgeber*, die meist *aktivlegitimiert* sind, im Vordergrund; allg. VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 6 N 1014 ff.; VON DER CRONE/ET AL., Klagen, 153 ff.

¹⁵³ Allg.: DASSER, 659 ff.

¹⁵⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.4.2.

¹⁵⁵ VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 6 N 1016 ff.; BERTSCHINGER, Klagen, 839 ff. Die *Terminologie* für diese Klage ist *nicht einheitlich*.

¹⁵⁶ VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 6 N 1064; BERTSCHINGER, Klagen, 841 ff.

¹⁵⁷ VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 6 N 1090 ff.; BERTSCHINGER, Klagen, 843 ff.

¹⁵⁸ Eine *FusG-Verletzung* bzw. eine *entsprechende Pflichtwidrigkeit* (z.B. des VR) setzen insbesondere sowohl die *Anfechtungsklage* als auch die *Verantwortlichkeitsklage* voraus.

¹⁵⁹ Detailliert: KUNZ, Klagen, 107 ff., v.a. 111 (zur *Konkurrenz* von Art. 706 f. OR sowie Art. 754 ff. OR).

¹⁶⁰ Das Bundesgericht sowie die kantonalen Gerichte gehen im *Aktienrecht* – trotz berechtigter Kritik in der Doktrin (statt aller: BERTSCHINGER, Klagen, 842) – seit Jahrzehnten *nicht* von einer *Konkurrenz* zwischen Art. 706 f. OR und Art. 754 ff. OR aus, sondern halten vielmehr fest, dass die *Anfechtungsklage subsidiär* sei gegenüber der *Verantwortlichkeitsklage*: z.B. BGE 81 II 465 Erw. III/1. b; BGE 92 II 246 f. Erw. 2; BGE 100 II 389 Erw. 2 a.

antwortlichkeitsklage auszugehen ist¹⁶¹ – diese beiden Klagen haben denn auch *nichts gemein* miteinander¹⁶². Im Übrigen können, soweit ersichtlich, *aktienrechtliche Klagen* sowie *fusionsrechtliche Klagen* ohne weiteres miteinander *kumuliert* werden.

Bei den FusG-Klagen steht der *Gesellschafter* als potentieller Kläger im Vordergrund. Der *Gläubiger* kann nur, aber immerhin eine Klage auf Verantwortlichkeit erheben (Art. 108 Abs. 1 FusG) – dem Gläubiger stehen keine Anfechtungsklage¹⁶³ sowie keine Klage auf Angemessenheitskontrolle¹⁶⁴ zur Verfügung. Weil Art. 108 Abs. 3 FusG – fast schon wagemutig – tel quel auf die Ordnung des Aktienrechts *verweist*, dürften die zahlreichen (*Lehr-*)*Streitigkeiten des Aktienrechts* über kurz oder lang die fusionsrechtliche Diskussion ebenfalls „befallen“¹⁶⁵ – Freude herrscht bei Dissertanten und Habilitanten der nächsten Generation.

2.3.4.2 Einzelne FusG-Klagen

FusG-spezifisch ist (i) die *Klage auf Angemessenheitskontrolle* gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG¹⁶⁶ gegen die in Frage stehende Gesellschaft¹⁶⁷:

„Wenn bei einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist, kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusions-, des Spaltungs- oder des Umwandlungsbeschlusses verlangen, dass das Gericht eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt. (...)“¹⁶⁸.

¹⁶¹ Gl.M.: BERTSCHINGER, Klagen, 842; B&Mc-SCHENKER, N 6 zu Art. 108 FusG; ZürK-MEIER-DIETERLE, N 8 zu Art. 105 - 108 FusG; VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, N 1109; differenzierend: BasK-DUBS, N 9 f. zu Art. 106 FusG.

¹⁶² Es gibt *grundsätzliche Unterschiede* z.B. bei der *Rechtsnatur*, bei den *Passivlegitimierten* sowie bei der „Nachbesserungsmöglichkeit“ (Art. 107 Abs. 1 FusG).

¹⁶³ KUNZ, Arbeitsrecht, 87; gl.M.: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 415/N 433, § 3 N 666/N 696 sowie § 4 N 795/N 804.

¹⁶⁴ ZürK-MEIER-DIETERLE, N 6 zu Art. 105 FusG.

¹⁶⁵ Mit dieser Vorhersage: KUNZ, Arbeitsrecht, 87; zudem allg.: B&Mc-SCHENKER, N 33 ff. zu Art. 106 FusG; ZürK-BERETTA, N 7 ff. sowie N 33 (sc. Schadensbegriff) zu Art. 108 FusG.

¹⁶⁶ Übersicht: GLANZMANN, Kontinuität, 153 ff.

¹⁶⁷ Zur *Passivlegitimation der Gesellschaft*: BERTSCHINGER, Klagen, 841; für eine Zulässigkeit der Klage (ebenfalls) gegen die *Gesellschafter*: BasK-DUBS, N 43 zu Art. 105 FusG.

¹⁶⁸ Bei zahlreichen *aktienrechtlichen Klagen* gelangt die sog. *Business Judgment Rule* als „Verteidigung“ zur Anwendung; grundlegend: KUNZ, Handhabung, 445 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 115 ff.; FRICK, Business Judgment Rule, 509 ff.; GRASS, 5

Die *Vermögensübertragung* wird in dieser Gesetzesbestimmung *nicht erwähnt* – und tatsächlich gibt es m.E. in diesem Zusammenhang *de lege lata keine* Klage auf Angemessenheitskontrolle¹⁶⁹. Bei dieser FusG-Transaktion werden nämlich nur Aktiven und Passiven übertragen, hingegen keine Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte berührt¹⁷⁰, die von einem Gericht überprüft werden könnten. Die Nicht-Erwähnung in Art. 105 Abs. 1 FusG stellt ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers dar¹⁷¹.

Die Wirksamkeit der Klagemöglichkeit, deren *Rechtsnatur umstritten* ist¹⁷², wird dadurch *relativiert*, dass die Klage den Vollzug der FusG-Transaktion *nicht hemmen* kann (Art. 105 Abs. 4 FusG). Es geht folglich einzig um *monetäre* Aspekte, d.h. die Gesellschaft als beklagte Partei kann sich im Wesentlichen „auskaufen“¹⁷³. Dieser Klagemöglichkeit dürfte deshalb in der Zukunft wohl *keine starke präventive Wirkung* zukommen¹⁷⁴; ändern könnte sich diese Einschätzung in Zukunft basierend auf Erfahrungen, wie intensiv die spezifische *Kostenverteilungsregelung* gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG angewendet wird¹⁷⁵.

Art. 106 Abs. 1 FusG sieht (ii) eine *Anfechtungsklage* vor, die in verschiedener Hinsicht mit dem aktienrechtlichen „Muster“ von Art. 706 f. OR vergleichbar erscheint:

ff.; m.E. muss die künftige Gerichtspraxis – zumindest wenn sie konsequent bleiben will – diesen Ansatz ebenfalls bei der Klage auf Angemessenheitskontrolle wählen; gl.M.: BERTSCHINGER, Klagen, 840.

¹⁶⁹ Bereits: KUNZ, Fusionsrecht, 813 m.w.H.; BERTSCHINGER, Klagen, 840.

¹⁷⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.4.1.

¹⁷¹ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13.06.2000 (Botschaft zum FusG): „Im Gegensatz zur Fusion, zur Spaltung und zur Umwandlung ist ein Verfahren zur Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei der Vermögensübertragung (...) nicht erforderlich, da die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter hier nicht berührt werden; eine allfällige Gegenleistung für die Vermögensübertragung kommt stets dem übertragenden Rechtsträger selber und nicht seinen Mitgliedern zu“ (BBl 2000 V 4488); weitere Hinweise: KUNZ, Fusionsrecht, 813.

¹⁷² Als *Leistungsklage* qualifiziert: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 21; KUNZ, Fusionsrecht, 809; ZÜRK-MEIER-DIETERLE, N 27 zu Art. 105 FusG; als *Gestaltungsklage* qualifiziert: BERTSCHINGER, Klagen, 840; B&Mc-BÜRGI/GLANZMANN, N 2 zu Art. 105 FusG.

¹⁷³ Es handelt sich m.a.W. um eine *Art von „exit“*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 21, FN 54.

¹⁷⁴ KUNZ, Fusionsrecht, 809; KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 21 a.E.

¹⁷⁵ GLANZMANN, Kontinuität, 155, scheint sich für eine *eher grosszügige* Auslegung *zugunsten der Gesellschafter* auszusprechen; m.E. überzeugt eine solche „Grosszügigkeit“ beim FusG ebenso wenig wie im Aktienrecht – detailliert zum letzteren Themenkreis: KUNZ, Minderheitenschutz, § 11 N 192 ff., v.a. N 219 ff.

„Sind die Vorschriften dieses Gesetzes verletzt, so können Gesellschafterinnen und Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger, die dem Beschluss über die Fusion, die Spaltung oder die Umwandlung nicht zugestimmt haben, den Beschluss innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt anfechten. Wenn keine Veröffentlichung erforderlich ist, beginnt die Frist mit der Beschlussfassung“.

Die *Vermögensübertragung* wird in dieser Gesetzesbestimmung erneut *nicht erwähnt* – doch tatsächlich ist m.E. die Anfechtungsklage *zulässig* in diesem Bereich¹⁷⁶. Die Nicht-Erwähnung in Art. 106 Abs. 1 FusG stellt nämlich *kein qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers dar¹⁷⁷, sondern erklärt sich vielmehr damit, dass bei der Vermögensübertragung von den Gesellschaftern eben gerade einem Beschluss „nicht zugestimmt“ werden muss (und allein darum geht es materiell im ersten Absatz von Art. 106 FusG)¹⁷⁸.

Diese fusionsrechtliche *Gestaltungsklage*¹⁷⁹, mit der im Übrigen ausschliesslich *Verletzungen des FusG* gerügt werden können¹⁸⁰, führt dazu, dass bei Transaktionen hinsichtlich von AG künftig *VR-Beschlüsse anfechtbar* werden (Art. 106 Abs. 2 FusG)¹⁸¹ – zu Recht wird damit eine „heilige Kuh des Aktienrechts“ endlich (not)geschlachtet¹⁸².

Schliesslich sei hervorgehoben, dass die betroffenen Gesellschaften ein dem Motto: „favor negotii“ folgendes, gerichtlich festzulegendes sog. „*Nachbesserungsrecht*“ haben (Art. 107 Abs. 1 FusG)¹⁸³, das seine Pra-

¹⁷⁶ Statt aller: KUNZ, Fusionsrecht, 813.

¹⁷⁷ Gl.M.: BasK-DUBS, N 3 zu Art. 106 FusG.

¹⁷⁸ Für die *Zulässigkeit* von Anfechtungsklagen bei Vermögensübertragungen spricht ausserdem der Titel zum „5. Abschnitt“ (vor Art. 106 FusG); bereits: KUNZ, Fusionsrecht, 813.

¹⁷⁹ In diesem Sinne: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 23.

¹⁸⁰ KUNZ, Fusionsrecht, 809 FN 110; gl.M.: B&Mc-SCHENKER, N 12 ff. zu Art. 106 FusG; a.M.: ZürK-MEIER-DIETERLE, N 3 zu Art. 106 FusG. Sollten z.B. bei einer umzuwandelnden AG die *Statuten* ein gegenüber der gesetzlichen FusG-Ordnung erhöhtes Mehrheits-Quorum für die GV-Beschlussfassung vorsehen, das dann *in der GV verletzt* wird, muss die *aktienrechtliche* Anfechtungsklage (Art. 706 f. OR) statt der neuen FusG-Anfechtungsklage erhoben werden.

¹⁸¹ KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 23.

¹⁸² *Kritisch* – unter verschiedenen Aspekten – zur Situation, dass de lege lata *VR-Beschlüsse nicht anfechtbar* sind: KUNZ, Minderheitenschutz, § 11, N 85 ff. m.w.H.

¹⁸³ Details: B&Mc-SCHENKER, N 1 ff. zu Art. 107 FusG; BERTSCHINGER, Klagen, 842.

xistauglichkeit bis anhin (noch) nicht unter Beweis zu stellen hatte¹⁸⁴ – dem *richterlichen Ermessen* wird somit (ähnlich der „vergessenen“ Ordnung in Art. 736 Ziff. 4 OR¹⁸⁵) ein grosses, geradezu „*angelsächsisches Spielfeld*“ gewährt¹⁸⁶.

Die letzte fusionsrechtliche Klagemöglichkeit u.a. eines *Gesellschafters* oder eines *Gesellschaftsgläubigers*¹⁸⁷ ist (iii) die *Verantwortlichkeitsklage*:

„Alle mit der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung oder der Vermögensübertragung befassten Personen sind sowohl den Rechtsträgern als auch den einzelnen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern sowie den Gläubigerinnen und Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. (...)“ (Art. 108 Abs. 1 FusG)¹⁸⁸.

Diese fusionsrechtliche *Leistungsklage*¹⁸⁹ ist im Wesentlichen dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsregime von Art. 752 ff. OR nachgebildet; folglich gelangt z.B. die spezifische Kostenverteilungsregelung gemäss Art. 108 Abs. 3 FusG i.V.m. Art. 756 Abs. 2 OR zur Anwendung – obwohl dies kein guter Ansatz sein dürfte¹⁹⁰.

*Passivlegitimiert*¹⁹¹ sind bei dieser Klage – wie im Aktienrecht – nicht nur die sog. *formellen Organe* einer Gesellschaft, sondern ebenfalls die sog. *materiellen Organe*:

¹⁸⁴ Es dürfte insbesondere nicht ganz einfach sein, die „*behebaren*“ von den „*nicht behebaren*“ Mängeln befriedigend *abzugrenzen*; allg.: BasK-DUBS, N 4 ff. zu Art. 107 FusG.

¹⁸⁵ „Die Gesellschaft wird aufgelöst [4.] durch Urteil des Richters, wenn Aktionäre, die zusammen mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten, aus wichtigen Gründen die Auflösung verlangen. Statt derselben kann der *Richter* auf eine *andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung* erkennen“; hierzu: KUNZ, *Auflösungsklage*, 235 ff. m.w.H.

¹⁸⁶ Ähnlich wohl: BERTSCHINGER, *Klagen*, 842. Die „*relief*“-*Möglichkeiten* im *angelsächsischen* Bereich sind aus verschiedenen Gründen *wesentlich breiter* als in der Schweiz: KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 11 N 269 ff. m.w.H.

¹⁸⁷ Der Gläubiger hat nur dann einen Verantwortlichkeitsklageanspruch, wenn die *schuldnerische* Gesellschaft in *Konkurs* ist: ZürK-BERETTA, N 14 a.E. zu Art. 108 FusG.

¹⁸⁸ Wie bei den *aktienrechtlichen* Aktionärsklagen sowie bei den *anderen FusG-Klagen* wird in diesem Bereich – nach aller Wahrscheinlichkeit – ebenfalls die *Business Judgment Rule* angewendet werden: BasK-MAURENBRECHER, N 37 zu Art. 108 FusG.

¹⁸⁹ Statt aller: KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 13 N 24.

¹⁹⁰ „(...) [Dies ist] rechtspolitisch zwar verfehlt, obwohl [die Regelung] dem Schutz der Minderheitsaktionäre dienlich ist, angesichts der klaren Regelung aber nicht bestritten (...)“: KUNZ, *Minderheitenschutz*, § 13 N 25 a.E.

¹⁹¹ Übersicht: ZürK-BERETTA, N 19 ff. zu Art. 108 FusG; BasK-MAURENBRECHER, N 27 ff. zu Art. 108 FusG.

D.h. es geht um sämtliche mit einer FusG-Transaktion „*befassten Personen*“ (Art. 108 Abs. 1 FusG), „welche ‚die Fäden in den Händen halten‘ bzw. einen massgeblichen Einfluss auf die Strukturveränderung haben oder in ihrer Stellung haben könnten“¹⁹². Über dieses Risiko sollten sich deshalb gerade auch die (*externen*) *Berater* bei Transaktionen¹⁹³ im Rahmen des FusG (z.B. Rechtsanwälte, Treuhänder, Steuerexperten – oder selbst: *Einfluss nehmende* Banken¹⁹⁴) als potentielle beklagte Parteien bewusst sein bzw. werden¹⁹⁵.

2.3.5 Spezialfall: KMU und deren Privilegierungen

Eine FusG-Transaktion ist in aller Regel *äusserst zeit- sowie kostenintensiv* – heute in der Praxis nicht selten (noch) unterschätzt. Im Sinne einer „De minimis“-Regelung hat der Gesetzgeber – nach Unterlassungskritik im Vernehmlassungsverfahren¹⁹⁶ – deshalb entschieden, sog. *kleine und mittlere Unternehmungen* (KMU) zu *privilegieren*¹⁹⁷, und zwar hinsichtlich gewisser verfahrens- und publizitätsrechtlicher Vorschriften¹⁹⁸.

KMU können (müssen aber nicht), wenn *alle Gesellschafter einverstanden* sind und entsprechend zustimmen, auf die Erstellung verschiedener Transaktionsunterlagen *verzichten*. Da diese FusG-Unterlagen ohnehin nicht für die Gesellschaftsgläubiger bestimmt sind, gefährden die KMU-Privilegierungen den *Gläubigerschutz* nicht¹⁹⁹, sondern konzeptionell höchstens – wenn überhaupt – den *Gesellschaftererschutz*²⁰⁰. Im Einzel-

¹⁹² BERTSCHINGER, Klagen, 844.

¹⁹³ Allg.: BERTSCHINGER, Berater, 455 ff.

¹⁹⁴ Als Folge von „Zumbrunn“: BGE 107 II 349. Generell zur Thematik: ISLER, 287 ff.

¹⁹⁵ Hierzu bereits: KUNZ, Fusionsrecht, 810; B&Mc-SCHENKER, N 11 zu Art. 108 FusG; BERTSCHINGER, Klagen, 844 f.

¹⁹⁶ Beispiel aus der Lehre: MEIER-SCHATZ, KMU, 38 ff. Weitere Hinweise: ZürK-WEIBEL, N 14 zu Art. 2 FusG; BasK-MORSCHER, N 19 zu Art. 2 FusG; BÖSIGER, 125.

¹⁹⁷ Statt aller: BÖSIGER, 125 ff.; MEIER-SCHATZ, KMU, 29 ff.; allg.: STOLZ, 113 ff., v.a. 122 f.

¹⁹⁸ Die grösste Praxisrelevanz dürfte bei *Familienunternehmungen* liegen: MEIER-SCHATZ/GASSER, 17 ff.; allg.: MEIER-SCHATZ, Einführung, 525 f.; MEIER-SCHATZ, KMU, 32 ff.; VON DER CRONE/GERSBACH, 195 f.

¹⁹⁹ Diese Erkenntnis war bereits im Parlament verbreitet; allg.: BasK-MORSCHER, N 22 a.A. zu Art. 2 FusG.

²⁰⁰ Dies erklärt insbesondere das strenge Erfordernis, dass *alle Gesellschafter einverstanden* sein müssen, d.h. *nicht* bloss z.B. die bei einer *GV anwesenden* Gesellschafter: ZürK-WEIBEL, N 15 zu Art. 2 FusG; zustimmend zum Vetorecht in diesem Bereich: BÖCKLI, 909. Die Gesellschafterzustimmung kann m.E. ohne weiteres *formfrei* (selbst konkludent) abgegeben werden.

nen handelt es sich um die folgenden, *abschliessend* erwähnten *Verzichts-*möglichkeiten²⁰¹:

(i) Fusionsbericht (Art. 14 Abs. 2 FusG), (ii) Prüfungsbericht bei Fusionen (Art. 15 Abs. 2 FusG), (iii) Einsichtsverfahren bei Fusionen (Art. 16 Abs. 2 FusG), (iv) Spaltungsbericht (Art. 39 Abs. 2 FusG), (v) Prüfungsbericht bei Spaltungen (Art. 40 FusG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 FusG), (vi) Einsichtsverfahren bei Spaltungen (Art. 41 Abs. 2 FusG), (vii) Umwandlungsbericht (Art. 61 Abs. 2 FusG), (viii) Prüfungsbericht bei Umwandlungen (Art. 62 Abs. 2 FusG) sowie (ix) Einsichtsverfahren bei Umwandlungen (Art. 63 Abs. 2 FusG).

Nicht jede Gesellschaft qualifiziert als KMU²⁰². Vielmehr sind KMU definitionsgemäss²⁰³ nur die Gesellschaften, die einerseits – sc. qualitativer Aspekt – den *Kapitalmarkt nicht beanspruchen* (d.h. sie haben weder *Anleihensobligationen* noch *kotierte* Beteiligungspapiere) und die andererseits – sc. quantitativer Aspekt – *gewisse Grenzwerte nicht überschreiten* betreffend Bilanzsumme, Umsatzerlös sowie Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt während einem *bestimmten Zeitraum* (Art. 2 lit. e FusG)²⁰⁴. Die Regelung ist zwar *nicht EU-kompatibel*, aber erscheint durchaus sachgerecht²⁰⁵.

Der VR muss eine (formelle) Erklärung gegenüber dem HRA abgeben, wonach die in Frage stehende Gesellschaft als KMU qualifiziert werden kann²⁰⁶. Diese *schriftliche VR-Erklärung* gehört zu den Belegen bei der HR-Anmeldung (z.B. Fusion: Art. 105a Abs. 2 HRegV; Umwandlung:

²⁰¹ BasK-MORSCHER, N 22 zu Art. 2 FusG. Überhaupt *keine* KMU-Privilegierungen bestehen im Bereich der *Vermögensübertragung*; dies ergibt sich einerseits e contrario aus Art. 2 lit. e FusG und andererseits aus der Nicht-Erwähnung von KMU in Art. 69 ff. FusG bzw. in Art. 108 ff. HRegV.

²⁰² Immerhin sollen 99% der schweizerischen Unternehmungen darunter fallen: OERTLI/CHRISTEN, 106 m.w.H. in FN 10; MEIER-SCHATZ, KMU, 35, spricht von „99,8 % aller Firmen in Europa“.

²⁰³ Der FusG-Gesetzgeber orientierte sich hierbei an Art. 727b OR: ZÜRK-WEIBEL, N 14 zu Art. 2 FusG.

²⁰⁴ Zu den drei *quantitativen* Kriterien: *Bilanzsumme* = CHF 20 Mio.; *Umsatzerlös* = CHF 40 Mio.; *Vollzeitstellen* im Jahresdurchschnitt = 200 Arbeitnehmer. Um eine KMU zu sein, darf die in Frage stehende Gesellschaft *zwei* dieser Grössen *nicht überschreiten*, und zwar in den *zwei letzten Geschäftsjahren* vor dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss.

²⁰⁵ ZÜRK-WEIBEL, N 16 zu Art. 2 FusG; zur EU: BasK-MORSCHER, N 25 zu Art. 2 FusG.

²⁰⁶ Es braucht somit Bestätigungen hinsichtlich (i) dem *qualitativen* Aspekt, (ii) dem *quantitativen* Aspekt sowie (iii) dem Umstand, dass *100% der Gesellschafter zustimm*t haben.

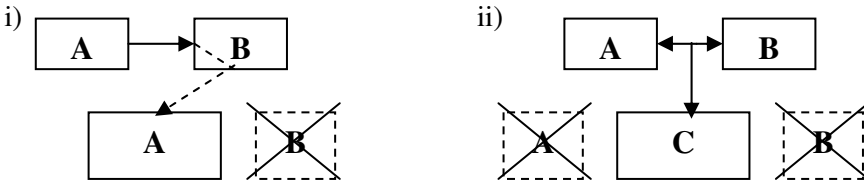
Art. 107 Abs. 2 HRegV)²⁰⁷. Sollte eine „Falsch-Erklärung“ abgegeben werden, können *Verantwortlichkeitsklagen* oder – also: Vorsicht! – sogar *Strafanzeigen* resultieren²⁰⁸.

3. Besonderer Teil

3.1 Zur Fusion

3.1.1 Generelles

Wenn eine *Fusion* zur Diskussion steht²⁰⁹, oder wenn Gesellschaften miteinander *fusionieren* bzw. „verschmelzen“, heisst dies entweder, dass – basierend auf einem Fusionsvertrag²¹⁰ – die eine Gesellschaft die andere Gesellschaft *übernimmt*, oder, dass sie sich gemeinsam zu einer *neuen* Gesellschaft zusammenschliessen²¹¹; beim ersten Szenario handelt es sich um (i) eine sog. *Absorptionsfusion* (Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG) und beim zweiten Szenario um (ii) eine sog. *Kombinationsfusion* (Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG).



²⁰⁷ Dem *HR-Führer* kommt einzig die in der Praxis bekannte sog. *beschränkte Prüfungskognition* zu; detailliert: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 239 ff. m.w.H.; ausserdem allg.: FORSTMOSER, Kognitionsbefugnis, 1 ff.; BÄR, 53 ff.; LEUTHARDT, 22 ff. Insofern können (und dürfen) sich die *HR-Führer* bei *FusG*-Transaktionen *nicht* „übermässig“ *einmischen* – z.B. betreffend einem „*Squeeze-out*“ gemäss Art. 8 Abs. 2 *FusG*: GRÖNER, 402; spezifisch zum *FusG*: GWELESSIANI, 235 ff.

²⁰⁸ *Zivilrechtliche Verantwortlichkeitsklage*: ZÜRK-WEIBEL, N 15 a.E. zu Art. 2 *FusG*; ZÜRK-BERETTA, N 13 zu Art. 108 *FusG*; als mögliche *Straftatbestände* in Frage kommen wohl in erster Linie: Art. 253 *StGB* (Erschleichen einer falschen Beurkundung) – dies stellt ebenfalls das Ergebnis eines Gutachtens des Bundesamts für Justiz vom 25. November 2003 dar, das abgedruckt ist in: REPRAX 2/3/2004, 154 f. – sowie Art. 153 *StGB* (unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden).

²⁰⁹ Kurzdarstellung: OERTLI/CHRISTEN, 105 ff.; SCHENKER, 772 ff.; KLÄY, 192 ff.; ISLER/VON SALIS-LÜTOLF, 9 ff.; LUGINBÜHL, 1 ff.

²¹⁰ Generell zur Thematik: TSCHÄNI, Fusionsvertrag, 197 ff.

²¹¹ Dabei können *zwei* oder *mehr* Rechtsträger als *übertragende* Gesellschaften involviert sein; auf der anderen Seite gibt es nur *eine* *übernehmende* Gesellschaft.

Bei Fusionen – wie bei allen FusG-Transaktionen – wird terminologisch und systematisch unterschieden zwischen der bzw. den *übertragenden* Gesellschaft(en) sowie der *übernehmenden* Gesellschaft²¹². Nicht sämtliche Rechtsträger des Schweizer Rechts können überhaupt (miteinander) fusionieren, d.h. vor der Transaktion ist jeweils abzuklären, *ob* die konkret in Frage stehende *Fusion zulässig* ist oder nicht (Art. 4 FusG)²¹³. Der Vollzug ist unterschiedlich je nach Variante der Fusion²¹⁴:

- *Absorption*: Bei einer *Absorptionsfusion* gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG *übernimmt* die eine Gesellschaft die andere(n) Gesellschaft(en), d.h. *sämtliche Aktiven und Passiven* der *übertragenden* Gesellschaft(en) werden auf die *übernehmende* Gesellschaft übertragen²¹⁵, und die übertragende(n) Gesellschaft(en) wird/werden *aufgelöst* und im *HR gelöscht* (Art. 3 Abs. 2 FusG).
- *Kombination*: Bei einer *Kombinationsfusion*²¹⁶ im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG werden *sämtliche Aktiven und Passiven* von *allen beteiligten* (übertragenden) Gesellschaften in eine *neue* (übernehmende) Gesellschaft eingebracht, d.h. die übernehmende Gesellschaft ist eine *Neugründung*, und die beteiligten übertragenden Gesellschaften werden *aufgelöst* und im *HR gelöscht* (Art. 3 Abs. 2 FusG).

Die übertragende Gesellschaft bringt *alle* Aktiven und Passiven – eo ipso ebenfalls sämtliche *Vertragsverhältnisse* (z.B. die Einzelarbeitsverträge gemäss Art. 319 ff. OR)²¹⁷ – mittels sog. *Universalsukzession* in die übernehmende Gesellschaft ein²¹⁸.

²¹² Nicht anders verhält es sich im Übrigen bei den sog. *erleichterten* Fusionen: Art. 23 FusG; allg.: MEIER-SCHATZ, Einführung, 519 f.; generell: VON DER CRONE/GERSBACH, 190 f.

²¹³ Übersicht zu den Zulässigkeiten: MEIER-SCHATZ, Einführung, 519; mit einem Chart: SCHENKER, 773. Zu zwei *Spezialthemen*: TAUFER, 777 ff.; BRAUCHLI, 314 ff.

²¹⁴ Zusammenfassend: MEIER-SCHATZ, Einführung, 520; SCHENKER, 780 ff. Die Fusion wird *rechtswirksam* sogleich mit der *HR-Eintragung* (dies im Gegensatz zum früheren Aktienrecht): OERTLI/CHRISTEN, 106.

²¹⁵ Es werden also die *Aktiven und Passiven* der in Frage stehenden Gesellschaft *übertragen*, d.h. *nicht die Aktien* der übertragenden AG (bzw. generell *nicht die Beteiligungspapiere* der übertragenden Gesellschaft); im letzteren Fall liegt eine sog. *Quasifusion* vor, die eben gerade *keine Fusion* ist, so dass das *FusG nicht anwendbar* ist – statt aller: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, N 116.

²¹⁶ Die *Kombinationsfusion* ist in der Praxis bei weitem *seltener* als die Absorptionsfusion: BasK-TSCHÄNI/PAPA, N 3 zu Art. 3 FusG.

²¹⁷ Allg.: BERETTA, Vertragsübertragungen, 249 ff.

²¹⁸ Das Institut der *Universalsukzession* ist in anderen Rechtsbereichen ebenfalls bekannt, insbesondere im *Erbrecht* (Art. 560 ZGB).

Als *Gegenleistung* erhalten die *Gesellschafter* der *übertragenden* Gesellschaft – nicht die Gesellschaft selber – in der übernehmenden Gesellschaft eine Gesellschafterstellung, was die Mitgliedschaftskontinuität²¹⁹ sicherstellt; als Ausnahmen von diesem Prinzip sind zu erwähnen der *Spitzenausgleich* beim Umtausch von Anteilen (Art. 7 Abs. 2 FusG)²²⁰ sowie die *Zwangsabfindung* (Art. 8 Abs. 2 FusG)²²¹.

Bei einer Fusion befinden sich am Schluss – etwas trivialisiert – also sowohl Aktiven als auch Passiven der übertragenden Gesellschaft(en) im „gefüllten Topf“ der *übernehmenden* Gesellschaft (bestehende oder neue), während der „leere Topf“ der *übertragenden* Gesellschaft(en) „entsorgt“ wird. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden ebenfalls „transferiert“ zur übernehmenden Gesellschaft.

3.1.2 Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz

3.1.2.1 Grundsatz zum Gläubiger – Ausnahme der „Sanierungsfusion“

Mit gutem Grund hat die Botschaft zum FusG darauf hingewiesen, dass die Auswirkungen einer Fusion auf die *Gläubiger* fusionierender Gesellschaften im Normalfall *eher gering* sind²²², weil insbesondere *kein Haftungssubstrat verloren* geht (sc. *alle Aktiven* sind im „gefüllten Topf“ der übernehmenden Gesellschaft)²²³; immerhin ist es möglich, dass ein Gläubiger „sein“ Haftungssubstrat „teilen“ muss mit anderen (neuen) Gläubigern (sc. *nebst den Aktiven* kommen ebenfalls *alle Passiven* in den „gefüllten Topf“).

Heikel wird die Situation, wenn eine (oder mehrere) der beteiligten Gesellschaften *finanziell angeschlagen* ist, denn dann kann sich das erwähnte Gefährdungspotential ohne weiteres realisieren, und zwar für die Gläubiger der *finanziell gesunden* Gesellschaft(en)²²⁴; Art. 6 FusG enthält deshalb eine Spezialregelung für sog. *Sanierungsfusionen*:²²⁵

²¹⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3.

²²⁰ Statt aller: SCHENKER, 774 f.

²²¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.1.2.2.

²²² Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4425; zum Arbeitnehmerschutz: GEISER, 865.

²²³ Statt aller: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 398 ff.

²²⁴ Die Organe der „gesunden“ Gesellschaft haben ihre *Sorgfaltspflichten* zu beachten; B&Mc-ALBRECHT, N 4 zu Art. 6 FusG warnt: „Für eine finanziell gesunde Gesellschaft bedeutet die Fusion mit einer überschuldeten Gesellschaft eine Verminderung des eigenen Vermögens (soweit nicht die gesunde Gesellschaft die Hauptgläubigerin

- *Kapitalerfordernisse*: Für eine Sanierungsfusion muss in erster Linie (i) „frei verwendbares Eigenkapital“ vorliegen, und zwar gegebenenfalls im Umfang der *Überschuldung* sowie – m.E. etwas überraschend – der *Unterdeckung* (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 FusG)²²⁶.
- *Rangrücktritt*: Unproblematisch wird die Sanierungsfusion nur, aber immerhin, (ii) wenn die *Gläubiger* der an der Fusion beteiligten Gesellschaften einen *Rangrücktritt* erklären (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 FusG)²²⁷; insofern haben die Gläubiger eine Art von Mitspracherecht („voice“) als Vertragspartner der Gesellschaft im Rahmen von Art. 1 OR²²⁸.

Der Gesetzgeber geht im Übrigen indes von einer „durchschnittlichen“ bzw. *eher geringen Gefährdung der Gläubigerinteressen* bei Fusionen aus, so dass für diese FusG-Transaktionen nur das milde Konzept des sog. *nachträglichen* Gläubigerschutzes vorgesehen wird²²⁹, d.h. das FusG sieht – anders als bei der Spaltung – Gläubigerschutzregelungen vor, die überhaupt erst *nach Vollzug* der Fusion „greifen“ und diese *nicht* „blockieren“.

ist). Die zuständigen Organe müssen deshalb sorgfältig prüfen, ob der Zusammenschluss sachlich gerechtfertigt ist und nicht etwa eine unzulässige Verschleuderung von Gesellschaftsmitteln darstellt (...). (...). [Es] dürfte sich (...) die Frage stellen, inwiefern sich für die Organe der finanziell gesunden Gesellschaft eine Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ergibt, falls diese als Folge der Fusion zu Schaden kommen (Art. 108)“.

²²⁵ Übersicht: GLAUSER, 1000 ff. Zur Bedeutung im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz hält B&Mc-FREY, N 3 zu Art. 6 FusG, fest: „Art. 6 FusG stellt eine *Ergänzung* zum neu eingeführten, zurückhaltend konzipierten *Gläubigerschutzsystem* des Gesetzes (Art. 25 FusG) dar. Die Bestimmung dient als Korrektiv zum Konzept des nachträglichen Gläubigerschutzes (...), das tendenziell die Interessen der Gläubiger im Falle einer Fusion stärker gefährdet als das Konzept der getrennten Vermögensverwaltung gemäss Art. 748 aOR“ (Hervorhebungen im Original).

²²⁶ Die *Gläubigerbedrohung* ist *unbestreitbar*, (i) wenn die schuldnerische Gesellschaft *überschuldet* ist; anders sieht es indes aus, (ii) wenn bei einer schuldnerischen Gesellschaft erst ein *Kapitalverlust* vorliegt, d.h. wenn die „Ampel“ noch nicht auf „rot“ steht (wie bei der *Überschuldung*), sondern erst auf „gelb“, d.h. also wenn Sanierungsmassnahmen ergriffen werden müssen (z.B. im Rahmen von Art. 725 Abs. 1 OR) – insofern hat der FusG-Gesetzgeber den *Gläubigerschutz vorverschoben*, was rechtspolitisch zwar nicht zwingend war, aber de lege lata zu akzeptieren ist.

²²⁷ Hierbei wird die Referenz zu *Art. 725 Abs. 2 OR* offensichtlich: B&Mc-FREY, N 5 zu Art. 6 FusG; zudem: B&Mc-ALBRECHT, N 14 zu Art. 6 FusG. Allg. CAMPONOVO, 816 ff.

²²⁸ In diesem Sinne: KUNZ, Arbeitsrecht, 97.

²²⁹ Details: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 398 ff.; B&Mc-AFFENTRANGER, N 1 ff. zu Art. 25 FusG; VON SALIS-LÜTOLF, 177 ff. Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2.1.

3.1.2.2 Grundsatz zum Gesellschafter – Ausnahme des „Squeeze-out“

Der *Gesellschafterschutz* wird bei Fusionen in erster Linie durch den *Grundsatz der Mitgliedschaftskontinuität* sichergestellt²³⁰. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft(en) haben Anspruch auf *Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte* im Rahmen von Art. 7 FusG²³¹. Wichtig für die Gesellschafter ist, dass *sämtliche Aktiven* durch Universal-sukzession in den „gefüllten Topf“ (= übernehmende Gesellschaft) gelangen²³².

Die *Risiken* der Gesellschafter bei Fusionen sind – wie bei den Gläubigern – *eher gering*, wobei es ebenfalls eine wichtige *Ausnahme* zu erwähnen gilt:

Die an einer Fusion beteiligten Gesellschaften können nicht nur (i) den Gesellschaftern ein sog. *Wahlrecht* zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten einerseits oder einer Abfindung andererseits gewähren (Art. 8 Abs. 1 FusG)²³³, sondern (ii) im Fusionsvertrag vereinbaren, dass *ausschliesslich* eine *Abfindung* ausgerichtet wird (Art. 8 Abs. 2 FusG)²³⁴; diese generelle FusG-Möglichkeit gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG öffnet den Weg zu einem sog. „Squeeze-out“ von Gesellschaftern²³⁵ und stellt ein seltenes, allerdings nicht einzigartiges „*Ausschlussrecht*“ im Gesellschaftsrecht²³⁶ dar²³⁷.

²³⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3.

²³¹ Zum Grundverständnis: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, N 138.

²³² Dies ist unproblematisch und für die Gesellschafter sichergestellt, weil bei einer Fusion – anders als bei einer Spaltung und bei einer Vermögensübertragung – einfach *alles* (inklusive der Passiven) *übertragen* wird.

²³³ Zum *Wahlrecht*, das dem Gesellschafter ein *Austrittsrecht* verschafft („exit“): VON BÜREN/MAUERHOFER, 769 f.; detailliert: MOSER/EMCH, 141 ff.; VON PLANTA/ZARB, 204 f.

²³⁴ Text: „Die an der Fusion beteiligten Gesellschaften können im Fusionsvertrag auch vorsehen, dass nur eine Abfindung ausgerichtet wird“ (Art. 8 Abs. 2 FusG). Zu diesem neuen FusG-Rechtsinstitut statt aller: MOSER/EMCH, 139 ff.; GRONER, 393 ff.; VON PLANTA/ZARB, 203 ff.; VON BÜREN/MAUERHOFER, 770 ff.

²³⁵ Übersicht zur Thematik: MOSER/EMCH, 139 ff.; GLANZMANN, Kontinuität, 151. SCHENKER, 788, FN 168: „Die erleichterte Fusion gemäss Art. 23 FusG kann ohne Weiteres mit dem Squeeze-Out gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG verbunden werden, d.h. es ist auf diese Weise möglich, Minderheitsaktionäre, die weniger als 10% halten, aus der Gesellschaft zu entfernen“.

²³⁶ Die Anlehnung an das *Börsenrecht* ist offensichtlich: VON BÜREN/KINDLER, 4 FN 29; VON BALLMOOS, Ausschluss, 114 f.

²³⁷ Sicherlich am bekanntesten ist das spezifische „Ausschlussrecht“ im Bereich des Börsenrechts, nämlich Art. 33 *BEHG*; hierzu statt aller: KUNZ, Kraftloserklärungsklage, 181 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 10 N 182 ff.

Die (konzeptionell aussergewöhnliche) „Squeeze-out“-Regelung wurde rechtspolitisch schon früh *kritisiert*, und zwar mit gutem Grund²³⁸. Zahlreiche Einzelfragen zum „Squeeze-out“ sind heute (noch) offen²³⁹; die intensivste Diskussion löst momentan die Thematik des konkreten *Mehrheits-Quorums* aus:

Ursprünglich war für ein „Squeeze-out“ unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes das strenge *Erfordernis der Einstimmigkeit* (bzw. von 98%)²⁴⁰ vorgesehen, doch in der Folge wurde eine „90%-Zustimmung“ vorgesehen²⁴¹ – indes sind die *Details* höchst umstritten²⁴².

M.E. ist angesichts einerseits der *Ungewöhnlichkeit* sowie andererseits wegen dem *klaren Wortlaut* der Ordnung eine *minderheitsfreundliche* (nicht zwangsläufig: praktische) Interpretation des konkreten Mehrheits-Quorums erforderlich, d.h. das 90%-Prinzip bezieht sich auf *alle* – und nicht nur auf die an einer GV anwesenden – Gesellschafter²⁴³ sowie hierbei auf die *Zahl der Gesellschafter, nicht deren Stimmrecht* (Kopfprinzip: Art. 18 Abs. 5 FusG²⁴⁴)²⁴⁵.

²³⁸ Insbesondere: VON BALLMOOS, 113 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 103 ff.

²³⁹ GRONER, 393 ff.; MOSER/EMCH, 139 ff.

²⁴⁰ Art. 23 Abs. 3 VE FusG; allg.: VON BALLMOOS, 113 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 103.

²⁴¹ Zur rechtspolitischen Kritik beispielsweise: HOPF, 50 ff.

²⁴² Übersicht: GLANZMANN, Umwandlungsbeschluss, 162 ff. m.w.H.

²⁴³ Gl.M.: VON BÜREN/MAUERHOFER, 771; MOSER/EMCH, 149 (indes auf die „Stimmen“ und nicht auf die „Gesellschafter“ bezogen); a.M.: GLANZMANN, Kontinuität, 151; GRONER, 400.

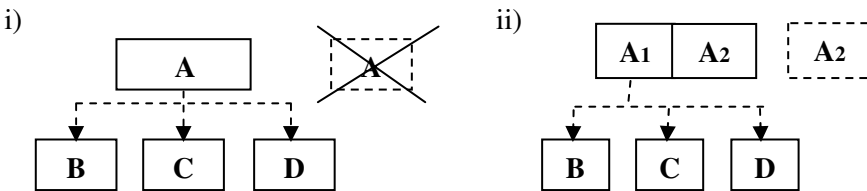
²⁴⁴ Diese (Minderheits-)Ansicht ebenfalls vertretend: KLÄY, 194 ff. sowie 201 f.; a.M.: GRONER, 399; GLANZMANN, Umwandlungsbeschluss, 163; VON PLANTA/ZARB, 205; B&Mc-JERMINI, N 12 zu Art. 18 FusG, der – weil ein „deal killer“ drohe – ein Abstellen auf die „Anzahl Stimmen“ statt auf die „Anzahl der Gesellschafter“ propagiert; MOSER/EMCH, 148 FN 58 (weitere Literaturhinweise). Der Gesetzestext ist allerdings *eindeutig* (und die Materialien sind leider nicht schlüssig – was *nicht gegen* das *grammatikalische* Element der Auslegung spricht): „Sieht der Fusionsvertrag nur eine Abfindung vor, so bedarf der Fusionsbeschluss der Zustimmung von mindestens 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft“ (Art. 18 Abs. 5 FusG).

²⁴⁵ Damit sieht das FusG – wie an anderen Stellen – m.E. nichts anderes als ein *Vetorecht* vor; mit diesem Recht wird nicht etwa die Fusion verhindert, sondern ausschliesslich ein möglicher „Auswuchs“ davon, nämlich ein „Minderheiten-Rauswurf“.

3.2 Zur Spaltung

3.2.1 Generelles

Die *Spaltung* ist²⁴⁶ – im Prinzip – das *Gegenteil der Fusion*, d.h. die Gesellschaften werden nicht „verschmolzen“, sondern vielmehr „auseinander genommen“; es handelt sich „ganz klar [um den] schwierigste[n] Teil des ganzen Fusionsgesetzes“²⁴⁷. Die *Zulässigkeit* von Spaltungen ist wesentlich *enger* definiert als bei Fusionen, indem nur zwei Varianten vorgesehen werden, nämlich: Kapitalgesellschaften und Genossenschaften können ausschliesslich in Kapitalgesellschaften und in Genossenschaften gespaltet werden (Art. 30 FusG)²⁴⁸.



Es gibt zwei Formen²⁴⁹ einer Spaltung, beide basierend auf einem Spaltungsvertrag²⁵⁰ oder auf einem Spaltungsplan, d.h. (i) die sog. *Aufspaltung* (die Gesellschaft teilt ihr *ganzes* Vermögen auf und überträgt es vollständig auf andere Gesellschaften; Art. 29 lit. a FusG) sowie (ii) die sog. *Abspaltung* (die Gesellschaft überträgt nicht ihr ganzes, sondern nur *einen oder mehrere Teile* ihres Vermögens – m.E. allenfalls sogar *ein einzelnes* Wirtschaftsgut²⁵¹ – auf andere Gesellschaften und „behält“ den

²⁴⁶ Kurzdarstellung: OERTLI/CHRISTEN, 108 ff.; ausserdem: MEIER-SCHATZ, Einführung, 521 ff.; KLÄY, 197 ff.; MALACRIDA, 39 ff.; DAENIKER, 41 ff.

²⁴⁷ BÖCKLI, 912 (Hervorhebungen des Originals weggelassen).

²⁴⁸ MEIER-SCHATZ, Einführung, 522. Hingegen ist z.B. eine Spaltung in eine *Personengesellschaft* unzulässig, „da dadurch die Liquidationsvorschriften für juristische Personen umgangen werden könnten“: OERTLI/CHRISTEN, 108.

²⁴⁹ In der Praxis dürften v.a. *Abspaltungen* und weniger *Aufspaltungen* vorkommen: BÖCKLI, 900.

²⁵⁰ Allg.: BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 359 ff.

²⁵¹ *Gegenstand der Übertragung* kann – notabene wie bei einer *Vermögensübertragung*, zu der in diesem Bereich eine klare und bewusste Verwandtschaft besteht: vgl. dazu hinten Ziff. 3.4.1 – *ein einzelnes* Wirtschaftsgut (z.B. eine spezifische Forderung, ein konkretes Grundstück, eine Maschine) sein, d.h. es braucht insbesondere *keinen irgendwie zusammenhängenden* Betriebsteil; gl.M.: WATTER/KÄGI, 244; a.M.: BÖCKLI, 900 ff.

Rest; Art. 29 lit. b FusG). Der Vollzug ist unterschiedlich je nach Variante der Spaltung:

- *Aufspaltung*: Bei der Spaltungsvariante der *Aufspaltung* – also sämtliche Aktiven und Passiven werden übertragen – wird der „leere Topf“ der *übertragenden* Gesellschaft aufgelöst und im HR gelöscht (Art. 29 lit. a Satz 3 FusG).
- *Abspaltung*: Bei der Spaltungsvariante der *Abspaltung* hingegen verbleiben bestimmte Vermögensteile im „teilweise gefüllten Topf“ der *übertragenden* Gesellschaft, so dass sie weder aufgelöst noch im HR gelöscht werden kann (ein zu Art. 29 lit. a Satz 3 analoger Satz fehlt in Art. 29 lit. b FusG).

Nicht die übertragende *Gesellschaft*, sondern die *Gesellschafter der übertragenden* Gesellschaft (Art. 29 lit. a/lit. b – jeweils Satz 2; Art. 31 Abs. 2 FusG) erhalten Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der *übernehmenden* Gesellschaft:

Wenn die *Gesellschaft* anstelle ihrer *Gesellschafter* berechtigt sein soll, d.h. den entsprechenden Gegenwert für die „Spaltung“ erhält, geht es um eine *Vermögensübertragung* (Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG)²⁵²; tatsächlich „ersetzt“ die Vermögensübertragung gemäss Art. 69 ff. FusG die ursprünglich vorgesehene und im Parlament gestrichene Spaltungsvariante der „Ausgliederung“. In der Praxis kann eine *Kombination* von Spaltung und Vermögensübertragung durchaus vorkommen²⁵³.

Es stellt sich schliesslich die Frage der sog. *Ausschliesslichkeit* der Spaltungsvorschriften gemäss Art. 29 ff. FusG²⁵⁴, d.h. es wäre – sollte keine Ausschliesslichkeit bestehen – an sich möglich, die verschiedenen *FusG-Schutzmechanismen* (zugunsten der Gläubiger²⁵⁵ oder der *Gesellschafter*²⁵⁶) zu *umgehen*, wenn mit einer (mindestens formell) anderen FusG-Transaktion dasselbe Ziel erreicht werden könnte²⁵⁷:

²⁵² Vgl. dazu hinten Ziff. 3.4. Als Übersicht zu den *FusG-rechtlichen Unterschieden* zwischen einer *Spaltung* einerseits und einer *Vermögensübertragung* andererseits: STÄHLIN/BAUMBERGER, 964 f.

²⁵³ Vgl. dazu hinten Ziff. 4.2.

²⁵⁴ Bereits: WATTER/BÜCHI, 28 ff.; PFEIFER/MEIER, 833 ff.

²⁵⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.2.2.1.

²⁵⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.2.

²⁵⁷ Beispiel: (a) X AG will eine *Abspaltung* ihres Betriebsteils Y in die neu zu gründende Z AG vornehmen, aber die *vorgezogenen Gläubigerschutzbestimmungen* (z.B. SHAB-Schuldenruf) *nicht* beachten; (b) als „Alternative“ wäre denkbar was folgt: (i) X AG macht eine *Vermögensübertragung* – mit weniger strengen Gläubigerschutzbestimmungen – ihres Betriebsteils Y auf eine neu zu gründende Z AG; (ii) X AG erhält *als Gegenleistung 100% des Aktienkapitals* der Z AG; (iii) X AG macht eine *Sachdividen-*

M.E. unterwirft das neue Gesetz – sozusagen in einer *wirtschaftsrechtlichen Betrachtungsweise* – die Gesellschaften *zwingend* den Spaltungsvorschriften im Rahmen von Art. 29 ff. FusG, sofern es um Transaktionen geht, die *materiell zum gleichen Ergebnis* wie eine Spaltung führen (d.h. es wird die Ausschliesslichkeit *bejaht*)²⁵⁸.

3.2.2 Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz

3.2.2.1 Grundsatz zum Gläubiger

Für die *Gläubiger* der beteiligten Gesellschaften sind die *Risiken* einer Spaltung *potentiell gross* – zumindest wesentlich grösser als bei einer Fusion (oder bei einer Umwandlung)²⁵⁹. Sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der Abspaltung werden den Gläubigern der *übertragenden* Gesellschaft nämlich *Aktiven* bzw. (mehr oder weniger) *Haftungssubstrat entzogen*, und zwar in Höhe des ausscheidenden (Teil-)Vermögens²⁶⁰; ausserdem können die Gläubiger der *übernehmenden* Gesellschaft mit *neuen Passiven* konfrontiert²⁶¹ werden, die „*ihr*“ *bisheriges* Haftungssubstrat in Frage stellen können.

M.E. konzeptionell richtig sieht der Gesetzgeber angesichts dieser *erhöhten Gefährdungslage* bei der Spaltung – anders als bei der Fusion²⁶² – z.B.²⁶³ nicht bloss einen nachträglichen, sondern vielmehr in bestimmten Bereichen einen sog. *vorgezogenen* Gläubigerschutz²⁶⁴ vor, d.h. die Massnahmen des Gläubigerschutzes „greifen“ teilweise bereits *vor Vollzug* der

de (= Aktien der Z AG) an *ihre eigenen* Aktionäre. Ein ähnliches Beispiel darstellend: PFEIFER/MEIER, 835.

²⁵⁸ A.M. PFEIFER/MEIER, 835 ff., v.a. 838; WATTER/BÜCHI, 29 ff. – beim Argument der letzteren Autoren (nämlich: „[Es] muss ja gelten, dass das, was nicht verboten ist, erlaubt ist bzw. erlaubt bleibt“; a.a.O., 29) wird übersehen, dass das FusG – anders als das Aktienrecht – eine *Vermutung von zwingendem Recht* enthält, das i.c. ein *Verbot impliziert* (wegen einem sozusagen „*institutionalisierten Umgehungsbedrohungspotential*“); generell: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 17 sowie § 6 N 172 ff.

²⁵⁹ Statt aller: KUNZ, Arbeitsrecht, 79; zum Arbeitnehmerschutz: GEISER, 867 f.

²⁶⁰ Hinweise: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 3 N 644.

²⁶¹ Gegenstand einer Spaltung können nicht nur Aktiven, sondern ebenfalls *Passiven* sein.

²⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.1.

²⁶³ Als zusätzlicher Schutzmechanismus erwähnt werden kann das *Prinzip der Ausschliesslichkeit der Spaltungsvorschriften*: vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.1.

²⁶⁴ Übersicht statt aller: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 3 N 644 ff.; VON SALIS-LÜTOLF, 345 ff. Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2.1.

Spaltung (nämlich: Art. 43 Abs. 1 FusG sowie Art. 46 FusG)²⁶⁵. Der Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) erfolgt – als Beispiel – deshalb *nicht nach* der GV, sondern *vor der GV* – bevor also feststeht, ob überhaupt eine Spaltung erfolgt²⁶⁶.

3.2.2.2 Grundsatz zum Gesellschafter

Der Schutz der Gesellschafter wird im Wesentlichen erneut durch den Grundsatz der Mitgliedschaftskontinuität gewahrt²⁶⁷, d.h. die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erhalten Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft (Art. 31 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 7 FusG)²⁶⁸.

Bei der Spaltung wird dieses Prinzip – anders als bei der Fusion²⁶⁹ – durch *kein Ausschlussrecht bzw. kein „Squeeze-out“* durchbrochen; insofern ist der Gesellschafterschutz bei der Spaltung konzeptionell stärker als bei der Fusion.

Gefährdet werden können die Gesellschafter dadurch, dass sie die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft nicht „im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung“ (sog. *symmetrische Spaltung*: Art. 31 Abs. 2 lit. a FusG), sondern vielmehr „unter Abänderung der Beteiligungsverhältnisse“ (sog. *asymmetrische Spaltung*: Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG) zugewiesen erhalten; es geht dabei um eine Durchbrechung oder zumindest Relativierung der Mitgliedschaftskontinuität²⁷⁰:

Eine *asymmetrische Spaltung*²⁷¹, die folglich ein erhebliches Risikopotential für Gesellschafter darstellt, setzt die Zustimmung von *mindestens 90 % aller Gesellschafter* der übertragenden Gesellschaft voraus (Art. 43

²⁶⁵ BÖCKLI, 907 f., streicht in diesem Zusammenhang immerhin verschiedene *Praxisprobleme* hervor.

²⁶⁶ Der Gesetzgeber hat unter dem Aspekt der Gläubigerbedrohung *weitere, strenge* Gläubigerschutzbestimmungen insbesondere zur *Spaltung* vorgesehen, nämlich z.B. die *Subsidiärhaftung* gemäss Art. 47 FusG: vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2.3.

²⁶⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3. Weiter erwähnt werden kann das *Prinzip der Ausschlusslichkeit der Spaltungsvorschriften*: vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.1.

²⁶⁸ Darin liegt die *mitgliedschaftsrechtliche* Komponente der *Spaltung*, die insbesondere bei der *Vermögensübertragung fehlt* (VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, N 434) – bei der Vermögensübertragung erhalten die Gesellschafter nichts: vgl. dazu hinten Ziff. 3.4.1.

²⁶⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

²⁷⁰ GLANZMANN, Kontinuität, 151.

²⁷¹ Übersicht: ZürK-MEIER, N 14 ff., v.a. N 17 ff. zu Art. 31 FusG.

Abs. 3 FusG)²⁷² – also besteht zwar in diesem Bereich *kein eigentliches Vetorecht*, zumindest aber gelangt der *gleiche (hohe) Grenzwert* zur Anwendung wie beim „Squeeze-out“ einer Fusion (Art. 8 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG)²⁷³. Dies liegt m.E. nahe²⁷⁴, weil beide Schritte – also: „Squeeze-out“ sowie asymmetrische Spaltung – im Ergebnis *ähnliche Ausschluss-Wirkungen* haben²⁷⁵.

3.3 Zur Umwandlung

3.3.1 Generelles

Die rechtsformändernde²⁷⁶ (nicht übertragende) *Umwandlung* gemäss Art. 53 ff. FusG²⁷⁷ stellt einen sog. „*Rechtskleidwechsel*“ der betroffenen *Gesellschaft* dar²⁷⁸, der bis anhin in der Schweiz nur bei wenigen Rechtsformen möglich war (beispielsweise bei unechten Privatisierungen gemäss Art. 762 f. OR oder bei Umwandlungen von AG in GmbH im Rahmen von Art. 824 ff. OR)²⁷⁹.

²⁷² Ursprünglich war das *Erfordernis der Einstimmigkeit* vorgesehen: HOPF, 50 ff.

²⁷³ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

²⁷⁴ Aus diesem Grund müssen denn auch die *Interpretationen zur „90%-Zustimmung“* in beiden Bereichen *übereinstimmen*: MOSER/EMCH, 148 FN 57.

²⁷⁵ Unter diesem Aspekt bewertet das hohe Quorum ebenfalls GLANZMANN, Kontinuität, 152, als „sachgerecht“; HOPF, 50 ff., spricht sich – wie ursprünglich im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen – *de lege ferenda* für das Erfordernis der Einstimmigkeit aus. Kritisch zur 90%-Hürde bei diesem Kopfstimmrecht: BÖCKLI, 905 f. Die *asymmetrische Spaltung* stellt konzeptionell allerdings ein noch *grösseres Risikopotential* für den Gesellschafter dar; während der Gesellschafter beim „Squeeze-out“ zumindest die Gesellschaft „*verlassen*“ kann (bzw. muss) und damit einen „100%-exit“ hat, bleibt er bei der Spaltung irgendetwie „*gefangen*“.

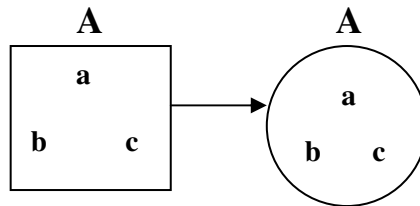
²⁷⁶ Statt aller: ZOBL, 169 ff.; OERTLI/CHRISTEN, 219; MEIER-SCHATZ, Einführung, 522 ff.; GUGGENBÜHL, 73 ff. Aus den Materialien zum Fusionsgesetz ergibt sich, dass es sich bei der spezifischen Umwandlungsform gemäss Art. 53 ff. FusG um eine *rechtsformändernde* Umwandlung handelt und nicht um eine übertragende Umwandlung (wie z.B. in Art. 824 ff. OR), d.h. der *bisherige* Rechtsträger wird *nicht aufgelöst* und es wird *kein neuer* geschaffen: MEIER-SCHATZ, Einführung, 523; KUNZ, Fusionsrecht, 805; zur Unterscheidung: B&Mc-RIEMLE, N 9 f. bei Vorbem. zu Art. 53 - 68 FusG.

²⁷⁷ Zu einem Spezialthema: KÄCH, 1 ff.; zudem zum früheren Recht: VON BÜREN/BÜRGI, 3 ff.

²⁷⁸ Kurzdarstellung: OERTLI/CHRISTEN, 219 ff.; Zusammenfassung zum Rechtsinstitut: KUNZ, Fusionsrecht, 805 ff.; KLÄY/TURIN, Entwurf, 27 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 35 ff.; WAMISTER, 63 ff.

²⁷⁹ Hinweise: ZOBL, 170 f.; KUNZ, Fusionsrecht, 806; zu einem Spezialthema: VON BÜREN/BÜRGI, 3 ff.

Eine Gesellschaft kann ihre Rechtsform ändern, *ohne* dass dadurch – als Grundsatz – ihre *Rechtsverhältnisse verändert* werden (Art. 53 FusG)²⁸⁰, d.h. es *bleibt alles, wie es war* einerseits auf der Aktiv-Seite sowie andererseits auf der Passiv-Seite (z.B. die Lohnschulden des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern). In diesem Bereich sind ebenfalls *nicht alle Umwandlungen zulässig*, sondern ausschliesslich²⁸¹ die in Art. 54 FusG explizit erwähnten²⁸².



Es geht also immer um die *gleiche* Gesellschaft (z.B. als juristische Person), die einzig ihr „Rechtskleid“ bzw. ihre Gesellschaftsform wechselt (z.B. von AG zu GmbH – oder vice versa)²⁸³, und die *weder aufgelöst noch im HR gelöscht* wird. Betroffen bei der Umwandlung ist – anders als bei den anderen drei Struktur Anpassungen des FusG mit übertragenden Gesellschaften und übernehmenden Gesellschaften – nur *ein einziger* Rechtsträger²⁸⁴; folglich gibt es keinen „Umwandlungsvertrag“, sondern einen Umwandlungsplan.

Für die Umwandlung gilt – etwas trivialisiert – das *Motto*: „*Es ist alles (fast) wie vorher – nur etwas anders*“. In jedem Fall erscheinen die *Risiken* für die Beteiligten – also für die Gläubiger²⁸⁵ und für die Gesellschafter²⁸⁶ – eher klein.

²⁸⁰ Zur *Kontinuität der Rechtsverhältnisse*: B&Mc-RIEMLE, N 3 ff. zu Art. 53 FusG.

²⁸¹ Ausschliesslichkeit der Umwandlungsformen bzw. „Numerus clausus“: ZOBL, 171.

²⁸² M.E. ist die Umwandlung einer Gesellschaft mit einem *Kapitalverlust* oder mit einer *Überschuldung* nur, aber immerhin für den Fall *unzulässig*, dass die neue Rechtsform eine „*Verschlechterung*“ für die Gläubiger darstellt (z.B. eine Personengesellschaft würde in eine AG umgewandelt); generalisierend hingegen: OERTLI/CHRISTEN, 219. Zu einem *Spezialthema*: LANZ/TRIEBOLD, 57 ff.

²⁸³ Spezifisch hierzu: AYER, 1 ff.

²⁸⁴ KUNZ, Fusionsrecht, 805; KUNZ, Arbeitsrecht, 81; ZOBL, 169.

²⁸⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.1.

²⁸⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.3.2.2.

3.3.2 Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz

3.3.2.1 Grundsatz zum Gläubiger

Weil bei einer Umwandlung *weder Aktiven noch Passiven verschoben* werden, sondern bei der *gleichen Gesellschaft* (in einer *anderen Rechtsform*) verbleiben, entsteht – im Prinzip – *kein neues* Gefahrenpotential für die Gläubiger²⁸⁷, d.h. die betroffene Gesellschaft als Schuldnerin bleibt *so gut bzw. so schlecht wie vor* der Umwandlung. Es findet insbesondere *kein Verlust von Haftungssubstrat und kein Schuldnerwechsel* statt²⁸⁸.

Gerade im Vergleich zur Spaltung erscheint eine Gläubigergefährdung *äusserst gering* (Regelfall)²⁸⁹ – immerhin mit *Ausnahme* des Falles, dass ein bisher *persönlich haftender* Gesellschafter aus der Gesellschaft (und damit potentiell aus der Haftung) „*ausscheidet*“:

Nicht zuletzt unter diesem „Ausscheidungs“-Aspekt eines potentiell persönlich Haftbaren sieht das FusG *gewisse Gläubigerschutzvorkehrungen* vor, die – m.E. erneut konzeptionell korrekt²⁹⁰ – indes *äusserst schwach* ausgeprägt sind²⁹¹; beispielsweise haben Gläubiger aus diesem Grund bei einer Umwandlung (anders als bei einer Fusion oder bei einer Spaltung) *kein Recht auf Sicherstellung* ihrer Forderung²⁹².

3.3.2.2 Grundsatz zum Gesellschafter

Für die *Gesellschafter* und deren Mitgliedschaft ändert sich – im Prinzip – ebenfalls nichts²⁹³, denn es sind die gleichen Personen weiterhin Gesellschafter wie vor der Umwandlung. Immerhin kann sich die *konkrete Rechtsstellung der Gesellschafter* als Folge einer Umwandlung verändern²⁹⁴; es kann – als Beispiel – durch eine Umwandlung (i) ein Aktionär *ohne Nebenleistungspflichten* (Art. 680 Abs. 1 OR) „umgewandelt“ bzw.

²⁸⁷ Zum Arbeitnehmerschutz: GEISER, 868; allg.: WYLER, protection, 249 ff.

²⁸⁸ Statt aller: KUNZ, Arbeitsrecht, 81.

²⁸⁹ In diesem Sinne: B&Mc-AFFENTRANGER/REINERT, N 1 zu Art. 68 FusG; VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 4 N 787; KUNZ, Fusionsrecht, 809.

²⁹⁰ KUNZ, Arbeitsrecht, 81.

²⁹¹ Übersicht: B&Mc-AFFENTRANGER/REINERT, N 1 zu Art. 68 FusG; VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 4 N 787 ff.

²⁹² ZOBL, 177.

²⁹³ D.h. das *Prinzip der Mitgliedschaftskontinuität* – vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3 – muss *nicht spezifisch geschützt* werden.

²⁹⁴ Gemeint sind ausschliesslich die *gesetzlichen* Rechtsstellungen und nicht etwa *privat-autonome* (also statutarische oder vertragliche) Gestaltungsmöglichkeiten.

zu (ii) einem GmbH-Gesellschafter *mit Nebenleistungspflichten* (z.B. Nachschusspflicht: Art. 803 OR) werden.

Im Zusammenhang mit dem Gesellschafterschutz bei Umwandlungen²⁹⁵ kommt das fusionsrechtliche *Prinzip des Mehrbelastungsverbots* zum Tragen²⁹⁶:

Verschiedene Umwandlungsbeschlüsse durch die GV verlangen unter diesem Aspekt hohe qualifizierte Mehrheiten und teils sogar *Einstimmigkeit* (Art. 64 Abs. 1 lit. a/lit. b FusG)²⁹⁷, d.h. die betroffenen Gesellschafter erhalten somit – als stärkstes gesellschaftsrechtliches Schutzmittel – ein *Vetorecht*, d.h. in diesem FusG-Bereich gelangt ebenfalls das Kopfprinzip zur Anwendung.

3.4 Zur Vermögensübertragung

3.4.1 Generelles

Neu mit dem FusG eingeführt wird das Rechtsinstitut der *Vermögensübertragung*, durch das Aktiven oder Passiven (oder beides) in *einem Akt bzw. „uno actu“*²⁹⁸ im Sinne einer sog. *partiellen Universalsukzession*²⁹⁹ basierend auf einem Übertragungsvertrag von einer *übertragenden* Gesellschaft auf eine *übernehmende* Gesellschaft transferiert werden³⁰⁰.

Hierbei wird die *Gesamtheit* der im Übertragungsvertrag³⁰¹ detailliert umschriebenen Vermögenswerte übertragen, *ohne* dass – dies im Unterschied zu Art. 181 OR – die für die Einzelübertragung dieser Werte gel-

²⁹⁵ Grundlegend: ZOBL, 175 ff.

²⁹⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.4. Zum Prinzip statt aller: ZOBL, 176.

²⁹⁷ Beispiel: Dieses Einstimmigkeitserfordernis bezieht sich bei der Umwandlung einer AG in eine GmbH *nicht* nur auf die in der GV *anwesenden* Gesellschafter, sondern – dem Kopfprinzip folgend – auf *alle Aktionäre* der Gesellschaft: ZürK-BURCKHARDT BERTOSSA, N 9 zu Art. 64 FusG.

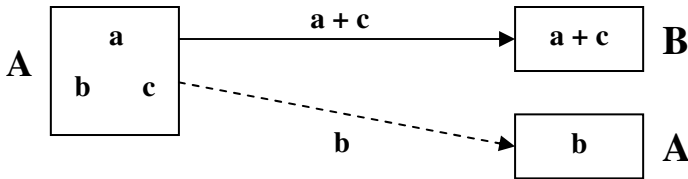
²⁹⁸ Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4459.

²⁹⁹ Hierzu: FRICK, Universalsukzession, 25; FRICK, B&Mc-Kommentar, N 1 zu Art. 69 FusG; LOSER-KROGH, 1100; KUNZ, Fusionsrecht, 810, FN 120; ausserdem: MEIER-SCHATZ, Einführung, 524.

³⁰⁰ Kurzdarstellung: OERTLI/CHRISTEN, 221 ff.; TRIGO TRINDADE, 215 ff.; detailliert: TURIN, 5 ff.; KLÄY/TURIN, Entwurf, 32 ff.; TSCHÄNI, Vermögensübertragung, 83 ff.; WEBER, 123 ff.; LOSER-KROGH, 1095 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 42 ff.; KUNZ, Fusionsrecht, 810 ff.

³⁰¹ Grundlegend: BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 359 ff.; zudem: VISCHER, Unternehmen, 105 ff.

tenden *Formvorschriften* eingehalten werden müssen³⁰². Bei der Übertragung z.B. von *Grundstücken* ist die Grundbuch-Eintragung bloss deklaratorisch (sog. ausserbuchlicher Erwerb)³⁰³, d.h. der Eigentumsübergang findet mit der HR-Eintragung der Vermögensübertragung statt³⁰⁴.



Die Vermögensübertragung kann das (i) *gesamte Vermögen* der Gesellschaft oder bloss (ii) *Teile* davon – allenfalls sogar nur *Einzelobjekte* – der übertragenden Gesellschaft betreffen:

Es ist nicht erforderlich, dass es sich hierbei um einen irgendwie zusammenhängenden Betriebsteil handelt³⁰⁵; die Regelung stellt ein *liberales Konzept* ohne „Numerus clausus“ dar³⁰⁶. Mit der Übertragung kann, muss aber nicht eine *Gegenleistung* verbunden sein³⁰⁷, und zwar an die *übertragende Gesellschaft* – also *nicht* etwa an deren *Gesellschafter*, weil es sich sonst um eine Spaltung handeln würde (Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG)³⁰⁸.

Der Übertragungsvertrag muss ein *Inventar* enthalten „mit der eindeutigen Bezeichnung der zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens“, wobei Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen sind (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG); Gegenstände

³⁰² B&Mc-FRICK, N 2 zu Art. 69 FusG: „Sowohl die schriftliche Zession von Forderungen wie auch die Indossierung von Ordrepapieren kann unterbleiben und für den Eigentumsübergang ist weder der Besitz noch die Anmeldung beim Grundbuch erforderlich. Allerdings sind Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte im Inventar einzeln aufzuführen. Bei Grundstücken muss nachträglich eine deklaratorische Anmeldung beim Grundbuchamt erfolgen (...)“; zum Verhältnis der Regelungen: KUNZ, Arbeitsrecht, 82; KUNZ, Fusionsrecht, 810 m.w.H.

³⁰³ Immerhin bedarf es einer *öffentlichen Beurkundung* des Übertragungsvertrags in den entsprechenden Teilen: Art. 70 Abs. 2 FusG.

³⁰⁴ KUNZ, Fusionsrecht, 810; B&Mc-FRICK, N 2 zu Art. 69 FusG.

³⁰⁵ In diesem Sinne bereits: MEIER-SCHATZ, Einführung, 524 f.

³⁰⁶ KLÄY/TURIN, Entwurf, 39; KUNZ, Fusionsrecht, 811.

³⁰⁷ Statt aller: B&Mc-FRICK, N 7 zu Art. 69 FusG sowie N 5 zu Art. 71 FusG.

³⁰⁸ In der Praxis kommen durchaus *Kombinationen* von Spaltung und Vermögensübertragung vor: vgl. dazu hinten Ziff. 4.2.

des *Aktivvermögens*, die *nicht zugeordnet* werden können basierend auf dem Inventar, verbleiben bei der *übertragenden* Gesellschaft (Art. 72 FusG); die „Eindeutigkeit“ dieser Zuordnung dürfte wohl die grössten Praxisprobleme mit sich bringen³⁰⁹. Das Inventar muss einen *Aktivenüber*schuss aufweisen (Art. 71 Abs. 2 FusG)³¹⁰.

Umstritten in der Wissenschaft und für die Praxis (noch) nicht höchst-richterlich – oder von Handelsregisterämtern³¹¹ – entschieden ist die Frage, was mit bestehenden *Vertragsverhältnissen* im Rahmen einer Vermögensübertragung³¹² geschieht³¹³:

Ein Teil der Doktrin (wohl heute die h.M.) *bejaht* die *automatische* Übertragung – selbst *ohne Zustimmung* der anderen Vertragspartei(en) – der Verträge³¹⁴ und ein Teil der Lehre *verneint* diese Möglichkeit³¹⁵. M.E.

³⁰⁹ Hierzu: KUNZ, Fusionsrecht, 811. Sollte es an der „Eindeutigkeit“ im Inventar *fehlen* (Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG), kann eine Gesetzes- bzw. *Pflichtverletzung* vorliegen, die Anlass für eine *Verantwortlichkeitsklage* sein könnte, und zwar gegen den oder die *Verantwortlichen betreffend Inventarerstellung* (m.E. drohen in diesem Bereich unter dem Aspekt der faktischen Organschaft den *Beratern* von FusG-Transaktionen – z.B. externen Rechtsanwältinnen – nicht unerhebliche Risiken; (i) sollten sie sich nämlich *allzu stark bzw. „lenkend“ einmischen*, könnten diese Berater zu *materiellen Organen* werden, hingegen (ii) wenn sie – etwa um sich vor dieser „Einmischung-Problematik“ zu schützen – alles den Gesellschaftsverantwortlichen „*überlassen*“, könnten sie ihre *auftragsrechtlichen* Pflichten des Mandatsverhältnisses verletzen).

³¹⁰ Es ist also *unzulässig*, eine *Nettoschuld* zu übertragen (und damit z.B. eine Sanierung der übertragenden Gesellschaft durch die übernehmende Gesellschaft vorzunehmen); dies stellt eine Schutzbestimmung für die *Gläubiger der übernehmenden* Gesellschaft dar: BasK-MALACRIDA, N 13 zu Art. 71 FusG.

³¹¹ Zu diesem Aspekt: BOHRER, 934 m.w.H. in FN 13.

³¹² Die gleiche Fragestellung wie bei der *Vermögensübertragung* ergibt sich ausserdem bei der *Spaltung*, indes wird sie bei dieser letzteren Thematik seltener angesprochen; Ausnahme: BÖCKLI, 903 ff.

³¹³ Zur Auslegeordnung: BOHRER, 933 ff.; BERETTA, Vertragsübertragungen, 249 ff., v.a. 251 ff.; PETER, 223 ff.; B&Mc-FRICK, N 19 ff. zu Art. 69 FusG m.w.H.; B&Mc-PASSADELIS, N 8 zu Art. 73 FusG; B&Mc-AFFENTRANGER, N 4 zu Art. 75 FusG; umfassend: WATTER/KÄGI, 231 ff. Zu einem *spezifischen* Vertrag: HILTY, 565 ff.

³¹⁴ Statt aller: BÜCHI, 173 f.; PETER, 223 ff., v.a. 230; BERETTA, Vertragsübertragungen, 253 (immerhin entsteht, gemäss dieser Autorin, zumindest ein *ausserordentliches Kündigungsrecht*); BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 365 f.; BÖCKLI, 905 (zur *Spaltung*): „Die Lösung liegt in dem hier vertretenen Verständnis des Vorgangs als Rechtsnachfolge von Gesetzes wegen, d.h. im Übergang der Vertragsverhältnisse, insoweit als sie mit dem übergehenden Teilvermögen organisch verbunden und bestimmt (oder bestimmbar) im Inventar enthalten sind“; ähnlich: BOHRER, 938; Übersicht zum Meinungsstand: WATTER/KÄGI, 235, FN 44; B&Mc-FRICK, N 18 ff. zu Art. 69 FusG (dieser Autor selber differenzierend: a.a.O., N 21 ff. zu Art. 69 FusG); zudem: GLANZMANN, Umstrukturierungsvertrag, 822 m.w.H. in FN 103.

würde ein automatischer, zustimmungsloser Übergang in krassem Widerspruch zu allgemeinen obligationenrechtlichen Prinzipien stehen³¹⁶, d.h. ein solcher Prinzipiendurchbruch *würde* eine "*lex specialis*" voraussetzen (vergleichbar z.B. Art. 333 OR), doch tatsächlich ergibt sich eben *nichts explizit* aus Art. 69 ff. FusG – ganz im Gegenteil³¹⁷. Folglich gehen Vertragsverhältnisse bei einer Vermögensübertragung *nicht automatisch*, sondern jeweils nur *mit Zustimmung* der Vertragspartei über³¹⁸.

Die Vermögensübertragung weist einen *originellen Charakter* auf, was die Botschaft zum FusG besonders hervorhebt³¹⁹. Zu Recht wird ausserdem die „*Multifunktionalität*“ des Rechtsinstitutes betont³²⁰. Es handelt sich um eine Art *funktionale Generalklausel*, durch die oftmals ein fusionsrechtliches Ziel erreicht werden kann, das – aufgrund der anderen drei FusG-Transaktionen (z.B. im Bereich der Zulässigkeiten)³²¹ – nicht offen steht³²². Denkbare Anwendungsfelder sind etwa³²³:

Gründung von Tochtergesellschaften, Vereinfachung der Liquidation einer Gesellschaft, Veräusserung eines Unternehmensteils oder Anpassung der rechtlichen Strukturen, falls alternative Transaktionsformen nicht in Frage kommen.

³¹⁵ Statt aller: KUNZ, Fusionsrecht, 812; weitere Hinweise: WATTER/KÄGI, 235, FN 43; BOHRER, 934, FN 12.

³¹⁶ Zur OR-Situation: BERETTA, Vertragsübertragungen, 250.

³¹⁷ Die *Materialien* zeigen auf, dass der Gesetzgeber *implizit den voraussetzungslosen Übergang ablehnt*; Nachweise bei: B&Mc-FRICK, N 19 zu Art. 69 FusG. Diese *Indizien wegwischt*: BÖCKLI, 903 ff.; zudem: PETER, 224 f.; WATTER/KÄGI, 236; BERETTA, Botschaft.

³¹⁸ KUNZ, Fusionsrecht, 812 m.w.H.

³¹⁹ Botschaft zum FusG: „Sie stellt ein eigenständiges Rechtsinstitut des Fusionsgesetzes dar, das ergänzend neben die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung tritt“ (BBl 2000 V 4362). Beispielsweise in der ständerätlichen Eintretensdebatte wird die Vermögensübertragung – mit gutem Grund – als „innovativste[s] Element“ des FusG (Amtl. Bull. StR 2001 158, SR Schweiger), als „kreative[r] Wurf“ (Amtl. Bull. StR 2001 145, SR Stadler) und als zu den „wichtigsten Neuerungen“ gehörig (Amtl. Bull. StR 2001 147, BR Metzler) bezeichnet.

³²⁰ KLÄY/TURIN, Entwurf, 36.

³²¹ Die Vermögensübertragung kann z.B. dienen als Ersatz für die *Umwandlung von Vereinen in Stiftungen* und für die *Fusion zwischen Vereinen und Stiftungen* (zu Stiftungen): RIEMER, Behandlung, 208 f.; sollte eine *spezifische Umwandlung unzulässig* sein, kann allenfalls eine Vermögensübertragung weiterhelfen: B&Mc-RIEMLE, N 7 zu Art. 54 FusG.

³²² KUNZ, Fusionsrecht, 810 m.w.H.

³²³ Hinweise: MEIER-SCHATZ, Einführung, 524; weitere Hinweise: B&Mc-FRICK, N 3 bei Vorbem. zu Art. 69 - 72 FusG.

3.4.2 Gläubigerschutz sowie Gesellschafterschutz

3.4.2.1 Grundsatz zum Gläubiger

Da die Einsatzmöglichkeiten einer Vermögensübertragung in der Praxis äusserst vielfältig sind, können die *Auswirkungen* auf die *Gläubiger* unterschiedlich sein. Konzeptionell dürfte das Bedrohungspotential für die Gläubiger in etwa *zwischen der Spaltung und der Fusion* liegen³²⁴, d.h. es ist *ziemlich gross*.

Die *Gläubiger übertragener* Forderungen können z.B. benachteiligt werden, wenn die *übernehmende* Gesellschaft weniger solvent ist als die *übertragende* Gesellschaft³²⁵. Des weiteren können beispielsweise Gläubiger der *übertragenden* Gesellschaft ihr Haftungssubstrat ganz oder teilweise verlieren, wenn mit der Vermögensübertragung *keine angemessene Gegenleistung* verbunden wird; in diesem Fall steht beispielsweise³²⁶ die Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG zur Verfügung³²⁷.

Angesichts dieses *ziemlich grossen Bedrohungspotentials* hat der Gesetzgeber – m.E. konzeptionell zu Recht³²⁸ – de lege lata einen *Mittelweg* bei den Schutzvorkehrungen gewählt³²⁹. Über die Details kann selbstverständlich rechtspolitisch diskutiert werden. Unbesehen dessen besteht heute eine neue Ausgangssituation, die von den Gesellschaftsgläubigern (inklusive den Arbeitnehmern) berücksichtigt werden sollte.

³²⁴ KUNZ, Arbeitsrecht, 83; teils wird sogar davon ausgegangen, dass bei der Vermögensübertragung die *grösste* Gläubigerbedrohung besteht, d.h. noch intensiver als bei der Spaltung: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 5 N 912; zum Arbeitnehmerschutz: GEISER, 868.

³²⁵ KUNZ, Arbeitsrecht, 83.

³²⁶ Weitere Beispiele: In gewissen Fällen, so z.B. bei drohender Insolvenz oder bei wirtschaftlichen Problemen bei der übertragenden Gesellschaft, müssen für den Fall unangemessener Gegenleistung jeweils Art. 285 ff. *SchKG* (Pauliana) sowie Art. 163 ff. *StGB* beachtet werden, die insofern ebenfalls *Gläubigerschutzvorkehrungen* darstellen: B&Mc-FRICK, N 5 zu Art. 71 FusG; VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 5 N 937/N 963.

³²⁷ Es liegt m.E. indes *nicht* in der Kompetenz des *HR-Führers*, die *Angemessenheit* der Gegenleistung auf irgendeine Art und Weise zu *kontrollieren*: KUNZ, Arbeitsrecht, 83 FN 60; etwas unklar: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 5 N 917 mit Referenz zu Art. 111 HRegV.

³²⁸ KUNZ, Arbeitsrecht, 83.

³²⁹ Übersicht: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 5 N 912 ff.; KUNZ, Fusionsrecht, 813 m.w.H.; VON SALIS-LÜTOLF, 443 ff.

3.4.2.2 Grundsatz zum Gesellschafter

Der Gesellschafter ist (anders als die Gesellschaft) durch die Vermögensübertragung nur, aber immerhin mittelbar betroffen³³⁰, d.h. seine „Anteils- und Mitgliedschaftsrechte“ müssen nicht besonders geschützt werden (wie dies z.B. bei der Spaltung gemäss Art. 31 FusG der Fall ist). Die formelle Beteiligung bleibt nachher wie vorher identisch – doch deren Substanz wurde verändert.

Im Gegensatz zur Umwandlung bzw. zur Fusion bzw. zur Spaltung sind die *Mitspracherechte* der Gesellschafter beim Transaktions-Vollzug (z.B. betreffend GV) *konzeptionell beschnitten*. Insbesondere wird die Vermögensübertragung nur in *Ausnahmefällen* einer *GV zur Beschlussfassung* vorgelegt³³¹; als weiterer Beleg für eine solche Beschneidung kann das *Transparenzprinzip* erwähnt werden, das eingeschränkt ist³³²:

Die Gesellschafter haben nämlich nur einen *relativierten Informationsanspruch* (sog. Konzept einer „nachträglichen Spontaninformation“)³³³, d.h. die Vermögensübertragung ist im *Anhang* zur Jahresrechnung offen zu legen bzw. – sollte keine Jahresrechnung notwendig sein – es muss darüber an der *nächsten GV orientiert* werden (Art. 74 Abs. 1 FusG). Wie bei den übrigen FusG-Transaktionen muss die Vermögensübertragung „rechtlich und wirtschaftlich“ *erläutert und begründet* werden (Art. 74 Abs. 2 FusG)³³⁴.

3.5 Details zum Gesellschafterschutz

3.5.1 Konzept

Es gibt – wie bereits im Aktienrecht – im FusG *kein eigentliches* „Konzept“ (was immer dies bedeuten mag) für den Gesellschafter- bzw. den *Minderheitenschutz*. Vielmehr werden, fast „zufällig“, *einzelne* Schutzme-

³³⁰ Im Wesentlichen geht es um den *inneren Wert* der Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft; die *Gesellschafterrechte* (Stimmrecht etc.) werden durch die Vermögensübertragung *nicht* verändert.

³³¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

³³² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1.

³³³ B&Mc-KOSLAR, N 2 zu Art. 74 FusG.

³³⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.

chanismen³³⁵ im Rahmen des neuen Gesetzes vorgesehen, die sich – wenn auch nicht „lückenfüllend“ – gegenseitig ergänzen sollen.

Die Bedeutung des *Gesellschafters*schutzes hebt Art. 1 Abs. 2 FusG³³⁶ hervor: „[Das FusG] gewährleistet (...) die Rechtssicherheit und Transparenz und schützt (...) Personen mit Minderheitsbeteiligungen“³³⁷; aus dem (ebenfalls „zufälligen“) Umstand, dass die Gesellschafter bzw. die Minderheitsgesellschafter erst *am Schluss* dieser Regelung erwähnt werden, darf m.E. *nichts Nachteiliges* zu deren Lasten interpretiert werden³³⁸.

Im Vordergrund des *Gesellschafter*schutzes steht ohne Zweifel der *Grundsatz der Mitgliedschaftskontinuität*, der bei allen vier FusG-Transaktionen besteht, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität³³⁹; die beiden Durchbrechungen bzw. Relativierungen des Prinzips – nämlich das „*Squeeze-out*“ bei Fusionen³⁴⁰ sowie die *asymmetrische Spaltung*³⁴¹ – stellen (eng zu interpretierende) *Ausnahmen* dar³⁴². Nebst diesem Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft gibt es *weitere Mechanismen*, die berücksichtigt werden müssen (z.B. sind die KMU-Privilegierungen nur wirksam bei Zustimmung *aller* Gesellschafter)³⁴³.

Für den Gesellschafter steht die „*Voice*“-Variante im Vordergrund; die entsprechenden Mitwirkungsmöglichkeiten³⁴⁴ *kompensieren* in verschiedenen Bereichen das Fehlen (mit wenigen Ausnahmen) der „*Exit*“-Variante – insbesondere kennt das FusG kein generelles Austrittsrecht³⁴⁵

³³⁵ Diese *Einzelregelungen* basieren immerhin meist auf bestimmten *Prinzipien*, die beim neuen Erlass – mehr oder weniger konsequent – „durchgezogen“ sind: vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.

³³⁶ Diese Regelung hat *mehr als programmatische Bedeutung* und muss folglich für die *FusG-Auslegung herangezogen* werden: ZürK-WEIBEL, N 38 zu Art. 1 FusG.

³³⁷ *Rechtssicherheit* und *Transparenz* sollen ebenfalls dem *Gesellschafter*schutz dienen – diese beiden Aspekte sind aber des weiteren wichtig für den *Gläubigerschutz* (indes mit anderen Schwerpunkten).

³³⁸ Das Gesetz sieht also *nicht* – generell – eine *Gläubigerpriorität* (oder eine *Gesellschafterpriorität*) vor. Hierzu: KUNZ, Arbeitsrecht, 77; WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 f.; B&Mc-REICH, N 14 zu Art. 1 FusG; generell zum Verhältnis von *Aktionären und Gläubigern*: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 63 ff.

³³⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3.

³⁴⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

³⁴¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.2.

³⁴² M.E. müssen als Folge dieser *Ungewöhnlichkeit* sowohl das „*Squeeze-out*“ als auch die *asymmetrische Spaltung eng bzw. gesellschafterfreundlich ausgelegt* werden.

³⁴³ Insofern besteht zur „*Abwehr*“ der *KMU-Privilegien*, die konzeptionell den *Gesellschafter*schutz relativieren, das *Einstimmigkeitsprinzip*, und die Gesellschafter haben ein *Vetorecht*: vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.5.

³⁴⁴ Insbesondere die *GV-Teilnahme* ist von Interesse: vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.2.

³⁴⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.5.

bzw. keine USA-„appraisal remedy“. Der Gesetzgeber des FusG hat sich in verschiedenen Bereichen für Konkretisierungen der „Voice“-Variante entschieden, und zwar in (i) einer *Früh-Phase*³⁴⁶, in (ii) einer *Entscheid-Phase*³⁴⁷ sowie in (iii) einer *Spät-Phase*³⁴⁸.

3.5.2 Früh-Phase

Der Gesetzgeber spricht sich generell – und damit anders als hinsichtlich dem Schutz der Gläubiger³⁴⁹ – für eine Art *vorgezogener Gesellschafter*-schutz aus. Diesen Aspekt bringt insbesondere das *Prinzip der Transparenz* zum Ausdruck³⁵⁰:

Die (i) *Verträge bzw. Pläne*, die (ii) *Berichte bzw. VR-Berichte* sowie die (iii) *Prüfungsberichte* der besonders befähigten Revisoren zielen auf den Schutz der Gesellschafter³⁵¹. Da die Gesellschafter anlässlich einer GV – ausser bei der Vermögensübertragung – über diese FusG-Dokumente zu entscheiden haben, wird ihnen *vor der GV* bereits ein (iv) *Einsichtsrecht* sowie ein (v) *Recht auf Kopien* gewährt (Fusion: Art. 16 Abs. 1 FusG; Spaltung: Art. 41 Abs. 1 FusG; Umwandlung: Art. 63 Abs. 1 FusG³⁵²)³⁵³.

3.5.3 Entscheid-Phase

Der Gesellschafterschutz bei den FusG-Transaktionen soll *nicht* so weit gehen, dass *jeder* (potentiell: querulatorische) Gesellschafter eine Transaktion verhindern kann. Folglich gibt es *kein generelles Vetorecht* („voice“) in der *Entscheid-Phase*³⁵⁴ einer FusG-Transaktion³⁵⁵; ein Veto soll

³⁴⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.2.

³⁴⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.3.

³⁴⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.5.4.

³⁴⁹ Das FusG sieht einen *vorgezogenen Gläubigerschutz* nur, aber immerhin bei der *Spaltung* vor: vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.1.

³⁵⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1.

³⁵¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.1.

³⁵² Bei der *Vermögensübertragung* wird *mangels GV-Beschluss* kein eigentliches Einsichtsrecht gewährt, sondern einzig ein *nachträgliches Informationsregime* vorgesehen: Art. 74 FusG. Vgl. dazu vorne Ziff. 3.4.2.2.

³⁵³ Mit diesen Mechanismen wird sichergestellt, dass die *Gesellschafter frühzeitig* „involviert“ sind, damit die *Risiken der „Do or Die“-Phase* relativiert werden.

³⁵⁴ Nicht anders ist es in der *Früh-Phase*; immerhin besteht in dieser ersten Phase zumindest *ein* Vetorecht eines jeden Gesellschafters, das querulatorisch ausgeübt werden

nur, aber immerhin in Ausnahmesituationen – insbesondere als Ausfluss des Prinzips des Mehrbelastungsverbots³⁵⁶ – gewährt werden.

Der Schutz der Gesellschafter wird in der Entscheid-Phase dadurch sichergestellt, dass es überhaupt zu *GV-Beschlussfassungen* kommt (z.B. Fusionsbeschluss: Art. 18 FusG; Spaltungsbeschluss: Art. 43 FusG)³⁵⁷.

Zusätzlich verstärkt wird dieser Schutzmechanismus von „voice“ dadurch, dass regelmässig einfache Mehrheiten nicht ausreichen, sondern *qualifizierte Mehrheits-Quoren* für eine GV-Beschlussfassung verlangt werden, wobei *kein* „fixer“ Grenzwert besteht (z.B. 100%: Art. 64 Abs. 1 lit. a Satz 2/lit. b FusG – gewisse Umwandlungsbeschlüsse; 90%: Art. 18 Abs. 5 FusG bzw. Art. 43 Abs. 3 FusG – „Squeeze-out“ bzw. asymmetrische Spaltung)³⁵⁸.

3.5.4 Spät-Phase

Ein Gesellschafter kann *nach GV-Beschlussfassung* (er kann dies immerhin auch bereits vorher machen), aber *vor HR-Eintragung* versuchen, die Transaktion vorerst zu „blockieren“. Der sog. *privatrechtliche Einspruch*³⁵⁹ gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV³⁶⁰ bzw. die daraus folgende *HR-Sperre* stellen zwar *keine FusG-spezifischen* Schutzinstrumente dar, dürften aber in diesem Zusammenhang eine noch grössere Bedeutung erlangen als heute; dass durchaus *Missbrauch durch Minderheiten* drohen und

könnte, nämlich im Zusammenhang mit den *KMU-Privilegien*: vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.5.

³⁵⁵ D.h. in der Entscheid-Phase sind (i) *weder eine „100%-exit-Variante“* – sc. Austritt – (ii) noch eine *„100%-voice-Variante“* – sc. Veto – gegeben; die konkrete „Auswahl“ des FusG-Gesetzgebers kann unter gewissen Aspekten zwar *rechtspolitisch kritisiert* werden, doch m.E. wurde eine durchaus *sinnvolle „Mittelweg-Lösung“* vorgesehen.

³⁵⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.4.

³⁵⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.3.

³⁵⁸ Beim „Squeeze-out“ sowie bei der asymmetrischen Spaltung mit deren „90%-Zustimmung“ wird „voice“ ausserdem unterstrichen durch das minderheitenfreundliche *Kopfprinzip*: vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

³⁵⁹ Detailliert: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 295 ff. sowie § 11 N 177 ff.; zudem: KUSTER, 105 ff.; KÜNG, Einspruch, 126 ff.

³⁶⁰ Text: „Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung erhoben, so hat der Registerführer dem Einsprechenden eine nach dem kantonalen Prozessrecht genügende Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters einzuräumen. Wenn innert dieser Frist der Richter die Eintragung nicht untersagt, so ist sie vorzunehmen, sofern im übrigen die Voraussetzungen erfüllt sind“.

ein sog. „*Mehrheitenschutz*“ angebracht sein kann, versteht sich ohne weiteres³⁶¹.

Selbst wenn die FusG-Transaktion vollzogen ist, muss eine *gerichtliche Überprüfung* möglich sein. Gegenstand von *Klagen* gemäss Art. 105 ff. FusG sind sowohl *VR-Aktivitäten* als auch *GV-Aktivitäten* (bzw. Beschlüsse). Die drei spezifischen Klagen des FusG³⁶² sind gerade für den Gesellschafterschutz äusserst wichtig – die *Gesellschafter* sind konsequenterweise (anders als die Gesellschaftsgläubiger) bei *sämtlichen* FusG-Klagen *aktiv* legitimiert, die zudem als sog. *Einzelklagen* ausgestaltet sind³⁶³.

3.6 Details zum Gläubigerschutz³⁶⁴

3.6.1 Konzept

Die vier FusG-Transaktionen durchlaufen in ihren idealtypischen Ausgestaltungen jeweils komplexe und zum Teil langwierige Phasen³⁶⁵. In diesen *Phasen* werden zahlreiche Schutzvorkehrungen zugunsten der Gläubiger vorgesehen.

Dem *Gläubigerschutz* im Allgemeinen sowie dem *Arbeitnehmerschutz* im Besonderen³⁶⁶, die beide zentrale Anliegen des Gesetzes sind³⁶⁷, wird *nicht* notwendigerweise bei allen Transaktionen im gleichen Ausmass

³⁶¹ Die Problematik stellt sich nicht nur im *FusG*, sondern ist ebenfalls dem *Aktienrecht* bekannt (wenn auch von der Doktrin mehrheitlich vernachlässigt); grundlegend: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 297 ff. bzw. insbesondere § 11 N 181 ff. m.w.H.

³⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.4.

³⁶³ Für das FusG gilt – wie für das Aktienrecht – gemäss KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 221 (Hervorhebungen im Original): „Die Ausgestaltung von Aktionärsrechten [bzw. von Aktionärsklagen] als Einzelrechte kommt den Anliegen des Individualschutzes bzw. des *Minderheitenschutzes weitgehend* entgegen. Die potentielle Gefahr der Einzelrechte liegt allerdings im möglichen *Querulamentum* bzw. im Minderheitsmissbrauch, wodurch die AG und die übrigen Aktionäre geschädigt werden können“; zu den *Aktionärseinzelklagen*: a.a.O., § 11 N 138 ff.

³⁶⁴ Die folgenden Ausführungen – insbesondere hinten Ziff. 3.6.2/Ziff. 3.6.3 – entsprechen im Grossen und Ganzen: KUNZ, Arbeitsrecht, 87 ff.

³⁶⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.

³⁶⁶ Das FusG hat neben *unmittelbaren* des Weiteren *mittelbare* Folgen für Gläubiger bzw. Arbeitnehmer; zum spezifischen Aspekt der sog. *Mitarbeiterbeteiligung*: RISI/HUBER, 1013 ff.

³⁶⁷ Art. 1 Abs. 2 FusG: „[Das FusG] (...) schützt Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (...)“.

bzw. mit der gleichen Intensität sowie in der gleichen Phase jeweils Rechnung getragen. Dies erklärt sich mit den *unterschiedlichen Bedrohungspotentialen* für die Gläubiger je nach FusG-Transaktion³⁶⁸.

Generell sieht das Gesetz *zwei gesetzliche Schutz-Varianten* vor, wie die Interessen der Gläubiger gewahrt werden, nämlich entweder (i) *direkt* anwendbare Spezialregelungen oder (ii) *indirekt* anwendbare (Mit-)Berücksichtigungen:

- *Direkter Schutz*: Das FusG enthält für den sog. *direkten* Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz verschiedene *Spezialregelungen* zugunsten der Gesellschaftsgläubiger (z.B. Sicherstellung von Forderungen, solidarische Haftung)³⁶⁹.
- *Indirekter Schutz*: Ausserdem stehen bei einigen Regelungen des FusG zwar die *Gesellschafter* im Vordergrund und die Gläubiger bzw. die Arbeitnehmer folglich im Hintergrund; nichtsdestotrotz werden die Letzteren mindestens „en passant“ – für den sog. *indirekten* Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz – ebenfalls „erwähnt“ und immerhin mittelbar (*mit-berücksichtigt*) (z.B. im Fusionsbericht oder im Spaltungsplan)³⁷⁰.

M.E. sieht das *Gläubigergefährdungspotential* bei FusG-Transaktionen – mindestens idealtypischerweise – aus wie folgt (und zwar in der Reihenfolge der *abnehmenden* Gefährdung): (i) *Spaltung* > (ii) *Vermögensübertragung* > (iii) *Fusion (vorbehältlich: Sanierungsfusion)* > (iv) *Umwandlung*.

Konsequent erscheint es, dass das FusG bei der *Spaltung*³⁷¹ die meisten Spezialregelungen zum Gläubigerschutz enthält, und ausserdem jeweils in der „schärfsten“ Ausgestaltung (z.B. als vorgezogener Gläubigerschutz); hingegen gibt es bei der *Umwandlung*³⁷² nur wenige Spezialregelungen – z.B. kommen die Bestimmungen zum Übergang der Arbeitsverhältnisse oder zur Konsultation der Arbeitnehmer nicht zur Anwendung (eben weil die Arbeitsverhältnisse mit demselben Arbeitgeber weiterdauern).

Weiter regelt das FusG, dass die Gläubigerinteressen bei der *Spaltung* bei verschiedenen Dokumenten (mit-)berücksichtigt werden müssen (also: Vertrag bzw. Plan, VR-Bericht sowie GV-Beschlussfassung)³⁷³; hinsichtlich der *Umwandlung* werden hingegen die Gläubigerinteressen nicht

³⁶⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2 sowie Ziff. 3.6.3.

³⁶⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.2.

³⁷⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.3.

³⁷¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.1.

³⁷² Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.2.1.

³⁷³ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.3.2.

(mit-)berücksichtigt³⁷⁴, und zwar weder im Umwandlungsplan, im VR-Bericht, im Prüfungsbericht, beim Einsichtsrecht der Gesellschafter noch bei der Beschlussfassung in der GV.

3.6.2 Spezialregelungen

3.6.2.1 Sicherstellung von Forderungen

Als *ersten* Schutzmechanismus bei einer (möglichen) Gefährdung von Forderungen im Rahmen einiger Strukturanpassungen kann ein Gläubiger – zumindest unter bestimmten Voraussetzungen – eine sog. *Sicherstellung der Forderung* verlangen. Je nach Gefährdungspotential greift dieser Schutzmechanismus *früher oder später* ein, was die unterschiedlichen Regelungen bei der Spaltung³⁷⁵ und bei der Fusion³⁷⁶ erklärt:

- *Fusion*: Bei der *Fusion* kann – anders als unter dem (früheren) Aktienrecht³⁷⁷ – eine Sicherstellung überhaupt erst *nachträglich*, d.h. *nach Vollzug* der Fusion durchgesetzt werden, und zwar „wenn [die Gläubiger] es innerhalb von drei Monaten nach der Rechtswirksamkeit der Fusion verlangen“ (Art. 25 Abs. 1 FusG)³⁷⁸. Auf das Sicherstellungsrecht muss die Gesellschaft durch Publikation im SHAB hinweisen (Art. 25 Abs. 2 FusG)³⁷⁹.
- *Spaltung*: Bei der *Spaltung*, die das grösste Gefahrenpotential für die Gesellschaftsgläubiger enthält, wird die Sicherstellung *vorgezogen*, d.h. (i) die Gläubiger werden zuerst auf die *Sicherungsmöglichkeit hingewiesen* (Art. 45 FusG), dann (ii) können sie innerhalb von zwei Mo-

³⁷⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 3.6.3.3.

³⁷⁵ *Vorgezogener* Gläubigerschutz: Art. 45 f. FusG. Zu den spezifischen Hintergründen bei der Fusionsregelung beispielsweise: B&Mc-AFFENTRANGER, N 1 ff. zu Art. 25 FusG.

³⁷⁶ *Nachträglicher* Gläubigerschutz: Art. 25 f. FusG.

³⁷⁷ Der FusG-Gesetzgeber hat das frühere (aktienrechtliche) sog. *System der getrennten Vermögensverwaltung* abgelöst durch das *System des nachträglichen Gläubigerschutzes*; Hinweise hierzu: ZürK-ALBRECHT, N 2 zu Art. 25 FusG.

³⁷⁸ Sollte die Gesellschaft trotz Verlangen *keine Sicherstellung leisten*, kann die *Fusion* trotzdem *nicht in Frage* gestellt (z.B. nicht „blockiert“ und nicht rückgängig gemacht) werden – die Fusion ist bereits *vollzogen*. Dem Gläubiger stehen m.E. nur, aber immerhin eine (i) *Erfüllungsklage* oder eine (ii) *Betreibung auf Sicherheitsleistung* (Art. 38 Abs. 1 SchKG) zur Verfügung; diese spezifische Betreibungsform kommt in der Praxis bis anhin kaum vor, dürfte aber in Zukunft allenfalls eine Renaissance erleben.

³⁷⁹ ZürK-ALBRECHT, N 11 ff. zu Art. 25 FusG; zu den *Ausnahmen* von der Sicherstellungspflicht: B&Mc-AFFENTRANGER, N 16 ff. zu Art. 25 FusG.

naten die *Sicherstellung verlangen* (Art. 46 Abs. 1 FusG), und (iii) erst im Anschluss kommt es überhaupt zum *Spaltungsbeschluss* der GV (Art. 43 Abs. 1 FusG)³⁸⁰.

Nur, aber immerhin für den Fall, dass bei einer Spaltung *keine Gefährdung* der Gläubiger vorliegt, was die Gesellschaft zu beweisen hat³⁸¹, *entfällt* die Pflicht zur Sicherstellung (Art. 46 Abs. 2 FusG); als Alternative zur Sicherstellung kann die Gesellschaft zudem die *Forderung erfüllen* (Art. 46 Abs. 3 FusG), was allerdings in gewissen Situationen unzulässig sein kann³⁸².

3.6.2.2 *Gesellschafterhaftung*

Ein *zweiter* Schutzmechanismus zugunsten der Gläubiger bei gewissen Strukturanpassungen besteht darin, dass die sog. *persönliche Haftung der Gesellschafter* – sofern vor der Übertragung bzw. der FusG-Transaktion vorhanden – weiterhin *bestehen* bleiben soll. Die Gesellschafter, die – in ihrer konkreten Gesellschafterfunktion – persönlich haften³⁸³, können sich als Folge dieses Schutzmechanismus nicht ohne weiteres aus der „Verantwortung davon stehlen“; immerhin *verjähren* die Ansprüche aus persönlicher Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft, und zwar *drei Jahre* nach Vollzug der FusG-Transaktion³⁸⁴.

Die detaillierteste Regelung zu diesem spezifischen Schutzmechanismus enthält das Gesetz bei (i) der *Fusion* (Art. 26 FusG)³⁸⁵. Bei (ii) der *Spaltung* (Art. 48 FusG) und – als seltener Schutzmechanismus bei die-

³⁸⁰ Statt aller: B&Mc-AFFENTRANGER, N 1 zu Art. 45 FusG m.w.H.

³⁸¹ Zu dieser *Beweislastumkehr*: ZürK-PFEIFER, N 2 zu Art. 46 FusG.

³⁸² Eine *vorzeitige Erfüllung* ist v.a. dann *unzulässig*, wenn dadurch *andere Gläubiger geschädigt* werden, oder wenn auf einen *anderen Parteiwillen* geschlossen werden muss: B&Mc-AFFENTRANGER, N 4 zu Art. 46 FusG; das zuerst erwähnte Beispiel bezieht sich auf die sog. *paulianische Anfechtungsmöglichkeit* (Art. 285 ff. SchKG): ZürK-PFEIFER, N 4 zu Art. 46 FusG.

³⁸³ Zu den potentiell betroffenen Gesellschaftern: B&Mc-AFFENTRANGER, N 3 zu Art. 26 FusG bzw. N 2 zu Art. 48 FusG; B&Mc-AFFENTRANGER/REINERT, N 3 zu Art. 68 FusG.

³⁸⁴ Hinsichtlich der Fusion: ZürK-ALBRECHT, N 8 f. zu Art. 26 FusG.

³⁸⁵ Es handelt sich um eine *subsidiäre Haftung* des Gesellschafters und *nicht* um eine *Solidarhaftung mit der Gesellschaft*: ZürK-ALBRECHT, N 6 zu Art. 26 FusG.

sem Rechtsinstitut – bei (iii) der *Umwandlung* (Art. 68 Abs. 1 FusG)³⁸⁶ wird auf diesen Schutzmechanismus verwiesen. Eine Gesellschafterhaftung ist hingegen bei (iv) der *Vermögensübertragung nicht* vorgesehen³⁸⁷.

3.6.2.3 Subsidiärhaftung der beteiligten Gesellschaften

Als *dritter* Schutzmechanismus ist die *Subsidiärhaftung gewisser Gesellschaften* zu erwähnen. Das Gefährdungspotential für die Gläubiger ist am grössten bei der *Spaltung*. Der Gesetzgeber³⁸⁸ hat deshalb bewusst einen zusätzlichen Schutzmechanismus nur, aber immerhin bei diesem Rechtsinstitut mit Art. 47 FusG geschaffen³⁸⁹, nämlich die sog. *subsidiäre Haftung* der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften³⁹⁰:

In erster Linie haftet derjenige Rechtsträger als sog. *primär haftende Gesellschaft*, auf den die Verbindlichkeit durch die Spaltung *übertragen* wird; wird die Forderung nicht befriedigt, „haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften ([sog.] subsidiär haftende Gesellschaften) solidarisch“ (Art. 47 Abs. 1 FusG).

Jede dieser Gesellschaften kann *auf das Ganze* behaftet werden³⁹¹. Dass die subsidiär haftenden Gesellschaften belangt werden können, steht indes nicht bedingungslos fest, sondern *setzt voraus*, dass (i) die Forderung *nicht sichergestellt* wurde, und dass (ii) die *primär haftende* Gesellschaft auf eine bestimmte Art und Weise „*ausfällt*“ (Art. 47 Abs. 2 FusG)³⁹².

3.6.2.4 Solidarische Haftung

Die sog. *Solidarhaftung* in einem gewissen Bereich der FusG-Transaktionen ist ein *vierter* Schutzmechanismus. Das neue Rechtsinstitut der *Vermögensübertragung* weist eine gewisse Ähnlichkeit bzw. Verwandtschaft

³⁸⁶ Parade-Beispiel: Ein (persönlich haftender) *GmbH-Gesellschafter*, der durch eine Umwandlung der GmbH in eine AG zum *Aktionär* wird, *haftet nicht* (mehr) – und zwar als Folge von Art. 680 Abs. 1 OR.

³⁸⁷ KUNZ, Arbeitsrecht, 89.

³⁸⁸ Vernehmlassungskritik: ZürK-PFEIFER, N 3 zu Art. 47 FusG.

³⁸⁹ Überblick: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 3 N 658 ff. Zur (v.a. rechtspolitischen) Kritik: BÖCKLI, 908 f.

³⁹⁰ Diese Schutzvorkehrung *verstärkt* den Sicherstellungsanspruch gemäss Art. 46 FusG: ZürK-PFEIFER, N 1 zu Art. 47 FusG.

³⁹¹ Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4442 f.

³⁹² Details: B&Mc-AFFENTRANGER, N 2 f. zu Art. 47 FusG.

mit dem früheren Art. 181 OR auf. Der Gesetzgeber hat denn auch eine mit Art. 181 Abs. 2 OR vergleichbare Regelung zum Gläubigerschutz aufgestellt³⁹³, und zwar Art. 75 FusG³⁹⁴:

Die *bisherigen Schuldner*, die Passiven übertragen, *haften* während dreier Jahre *solidarisch* mit dem *neuen Schuldner* für die übertragenen Schulden (Art. 75 Abs. 1 FusG)³⁹⁵. Die Ansprüche gegen den übertragenden Rechtsträger verjähren spätestens drei Jahre nach der Veröffentlichung der Vermögensübertragung (Art. 75 Abs. 2 FusG)³⁹⁶.

Gegenüber dem bisherigen Art. 181 Abs. 2 OR wird die *Dauer* der solidarischen Mithaftung modifiziert, d.h. sie wird *von zwei auf drei Jahre* verlängert. Konsequenterweise hat der Gesetzgeber per 1. Juli 2004 ebenfalls Art. 181 Abs. 2 OR revidiert und die entsprechende Haftungsdauer auf drei Jahre ausgedehnt; dies erscheint m.E. sinnvoll, weil die Ordnung von *Art. 181 OR* in Zukunft weiterhin eine *autonome* Bedeutung nebst der Vermögensübertragung behalten wird³⁹⁷.

3.6.2.5 Übergang der Arbeitsverhältnisse

Der *vierte* Schutzmechanismus bei gewissen Strukturanpassungen betrifft den sog. *Übergang der Arbeitsverhältnisse* und damit einen spezifischen Gesellschaftsgläubiger, nämlich den *Arbeitnehmer*. Seit langer Zeit bereits gilt:

Wenn ein Arbeitgeber „den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten [überträgt], so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt“ (Art. 333 Abs. 1 OR)³⁹⁸. Art. 333 Abs. 3 OR enthält ausserdem eine *spezifische Solidarhaftung* für die Forderungen des Arbeitnehmers.

³⁹³ B&Mc-AFFENTRANGER, N 3 zu Art. 75 FusG.

³⁹⁴ Allg.: ZÜRK-BERETTA, N 1 ff. zu Art. 75 FusG; LOSER-KROGH, 1105, hält fest: „Der Schuldnerwechsel kann dem Gläubiger nur mit einer *vorübergehenden Solidarhaftung* zugemutet werden“ (Hervorhebung im Original).

³⁹⁵ Details: ZÜRK-BERETTA, N 5 ff. zu Art. 75 FusG.

³⁹⁶ Dadurch erfolgt eine *Verkürzung* der Frist gegenüber Art. 127 OR und Art. 128 OR; dies geschieht indes nur gegenüber der *übertragenden* und *nicht* gegenüber der *übernehmenden* Gesellschaft: ZÜRK-BERETTA, N 12 f. zu Art. 75 FusG.

³⁹⁷ Detailliert: PFEIFER/MEIER, 833 ff.; allg.: BGE 129 III 167; hierzu: MAROLDA MARTINEZ/VON DER CRONE, 297 ff.

³⁹⁸ Generell: ZIMMERLI, 773 ff.

Das Fusionsgesetz „übernimmt“ diese Ordnung und *verweist* auf Art. 333 OR, und zwar bei (i) der *Fusion* (Art. 27 Abs. 1 FusG)³⁹⁹, bei (ii) der *Spaltung* (Art. 49 Abs. 1 FusG)⁴⁰⁰ sowie bei (iii) der *Vermögensübertragung* (Art. 76 Abs. 1 FusG)⁴⁰¹; bei (iv) der *Umwandlung* findet sich *keine Verweisung*, weil dort eben nichts „übertragen“ wird, liegt doch bloss ein „Rechtskleidwechsel“⁴⁰² vor, bei dem die Arbeitnehmer beim bisherigen Arbeitgeber (mit einem neuen „Rechtskleid“) verbleiben⁴⁰³.

In diesem Bereich ist wohl schon bald mit *ersten Gerichtsentscheiden* zu rechnen. Die *Lehre* erörtert seit längerer Zeit verschiedene Streitpunkte (z.B. die Frage, ob dem fusionsrechtlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse eine selbständige Bedeutung neben dem obligationenrechtlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse zukommt – was dann massgeblich wird, wenn bei der Strukturanpassung *keine* „Betriebsübertragung“ erfolgt)⁴⁰⁴.

3.6.2.6 *Konsultation der Arbeitnehmervertreter*

Abschliessend muss die sog. *Konsultation der Arbeitnehmer* als *fünfter* Schutzmechanismus erwähnt werden. Der *Gesellschafterschutz* wird im FusG nicht nur durch Mitsprache, sondern ebenfalls durch *erhöhte Informationen* verstärkt⁴⁰⁵. Angesichts der unterschiedlichen Konstellationen⁴⁰⁶ von Eigenkapitalgebern und von Fremdkapitalgebern soll dies grundsätzlich *nicht* der Fall sein beim *Gläubigerschutz*⁴⁰⁷; eine *Ausnahme* besteht indes betreffend Arbeitnehmerschutz, indem die „Offenlegung“ mittels Konsultationen im Rahmen von Art. 333a OR⁴⁰⁸ vom Fusionsgesetz übernommen wird⁴⁰⁹.

³⁹⁹ Der *Schutz der Arbeitnehmer* steht im Vordergrund: B&Mc-REINERT, N 3 zu Art. 27 FusG.

⁴⁰⁰ Statt aller: ZürK-HUBSCHMID, N 1 ff. zu Art. 49 FusG.

⁴⁰¹ B&Mc-FRICK, N 16 zu Art. 69 FusG; B&Mc-REINERT, N 1 ff. zu Art. 76 FusG; ZürK-HUBSCHMID, N 1 ff. zu Art. 76 FusG; WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 ff., v.a. 480.

⁴⁰² Vgl. dazu vorne Ziff. 3.3.

⁴⁰³ KUNZ, Arbeitsrecht, 91; gl.M.: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 4 N 798.

⁴⁰⁴ Zur andauernden Debatte: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 478 f.; B&Mc-REINERT, N 2 f. zu Art. 49 FusG bzw. N 2 zu Art. 76 FusG; ZürK-HUBSCHMID, N 1 zu Art. 76 FusG m.w.H.

⁴⁰⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1.

⁴⁰⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.

⁴⁰⁸ Text von *Art. 333a OR*: „[1] Überträgt ein Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug des Übergangs zu informie-

Im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Strukturanpassungen – notabene erneut mit der *Gegenausnahme* bei (i) der *Umwandlung* einer Gesellschaft⁴¹⁰ – müssen die Arbeitnehmervertretungen bzw. die Arbeitnehmer durch die Arbeitgeber konsultiert werden. Das Fusionsgesetz enthält – vergleichbar mit den Referenzen auf Art. 333 OR – erneut verschiedene *Verweisungen*, und zwar bei (ii) der *Fusion* (Art. 28 FusG), bei (iii) der *Spaltung* (Art. 50 FusG) sowie bei (iv) der *Vermögensübertragung* (Art. 77 FusG).

Anders als bei der arbeitsrechtlichen Norm von Art. 333a OR sieht das Gesetz neu vor, dass die Arbeitnehmervertretungen *aller beteiligten* Gesellschaften konsultiert werden müssen, also die Vertretungen sowohl der *übertragenden* als auch der *übernehmenden* Gesellschaft (z.B. Art. 28 Abs. 1 FusG)⁴¹¹ – der Aufwand hierzu sollte m.E. in der Praxis nicht unterschätzt werden.

Die Konsultation muss *vor* der GV-Beschlussfassung erfolgen, und zwar mit einer anschliessenden *Orientierungspflicht* anlässlich der GV in der jeweiligen Gesellschaft (z.B. Art. 28 Abs. 2 FusG). Eine *Verletzung* dieser Konsultationspflicht kann (m.E.: zu) schwere „Sanktionen“ nach sich ziehen, indem die Arbeitnehmervertretung⁴¹² bei *Gericht* verlangen kann, „dass [das Gericht] die Eintragung der Fusion ins Handelsregister untersagt“ (Art. 28 Abs. 3 FusG; gleich: Art. 50 FusG i.V.m. Art. 28 Abs. 3 FusG sowie Art. 77 Abs. 2 FusG)⁴¹³.

ren über: [a] den Grund des Übergangs; [b] die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer. [2] Sind infolge des Übergangs Massnahmen beabsichtigt, welche die Arbeitnehmer betreffen, so ist die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, sind die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Entscheid über diese Massnahme zu konsultieren“. Generell: ZIMMERLI, 778 ff.

⁴⁰⁹ Allg.: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 485 ff.

⁴¹⁰ So bereits: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 4 N 798; KUNZ, Arbeitsrecht, 92.

⁴¹¹ ZürK-HUBSCHMID, N 7 zu Art. 28 FusG; B&Mc-REINERT, N 3 zu Art. 77 FusG (zur Vermögensübertragung).

⁴¹² M.W. wurde die Frage gerichtlich noch nicht entschieden, ob ein *Arbeitnehmer allein* ebenfalls aktivlegitimiert ist; dies muss m.E. sicherlich der Fall sein, wenn es überhaupt *keine* Arbeitnehmervertretung gibt: KUNZ, Arbeitsrecht, 92 FN 118. Allg.: B&Mc-REINERT, N 15 ff. zu Art. 28 FusG.

⁴¹³ Prozessual hat dies durch einen *privatrechtlichen Einspruch* gemäss Art. 32 HRegV zu geschehen: ZürK-HUBSCHMID, N 30 ff. zu Art. 28 FusG; B&Mc-REINERT, N 13 zu Art. 28 FusG; VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 420 (Fusion) sowie § 3 N 672 (Spaltung).

3.6.3 (Mit-)Berücksichtigungen der Gläubigerinteressen

3.6.3.1 Fusion

Bei der *Fusion* sieht das Gesetz *spezifische Schutzvorkehrungen* für die Gläubiger und für die Arbeitnehmer vor⁴¹⁴. Ausserdem wird der Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerschutz im Rahmen der verschiedenen Phasen der Strukturanpassungen *mittelbar (mit-)berücksichtigt*, obwohl dort klarerweise die *Gesellschafter im Vordergrund* stehen. Ähnlich – indes in verschiedener Ausgestaltung⁴¹⁵ – verhält es sich hinsichtlich der (Mit-)Berücksichtigung bei der Spaltung und bei der Vermögensübertragung, weniger indes bei der Umwandlung.

Die Gläubiger sind (i) im *Fusionsvertrag kein* (selbst kein mittelbares) Thema, werden aber zumindest (ii) im *Fusionsbericht* erwähnt⁴¹⁶:

In diesem Bericht sind z.B. rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen „die *Auswirkungen* der Fusion auf die *Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* der an der Fusion beteiligten Gesellschaften sowie Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen *Sozialplans*“ (Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG – ausserdem lit. j für die *Gläubiger*)⁴¹⁷. Der Fusionsbericht ist bestimmt für die *Gesellschafter* und nicht für die Arbeitnehmer⁴¹⁸ bzw. für die Gläubiger⁴¹⁹, die folglich *kein Exemplar* des Berichts erhalten⁴²⁰.

Im Übrigen sind die Arbeitnehmer und die Gläubiger kein Thema (mehr)⁴²¹. Sie werden insbesondere weder (iii) im *Prüfungsbericht* des besonders befähigten Revisors noch (iv) beim *Einsichtsrecht* der Gesellschafter oder (v) bei der *Fusionsbeschlussfassung* in der GV erwähnt. Die fusionsrechtliche (Mit-)Berücksichtigung erfolgt also *eher „am Rande“*, was indes angesichts des reduzierten Gefährdungspotentials durchaus verständlich erscheint⁴²².

⁴¹⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.2.

⁴¹⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.3.2 - Ziff. 3.6.3.4.

⁴¹⁶ Zum Bericht: ZürK-GELZER, N 1 ff. zu Art. 14 FusG.

⁴¹⁷ Hinweise: B&Mc-COMBOEUF, N 21 f. zu Art. 14 FusG.

⁴¹⁸ B&Mc-COMBOEUF, N 21 zu Art. 14 FusG; VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 416.

⁴¹⁹ Bereits: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 400; B&Mc-COMBOEUF, N 22 zu Art. 14 FusG; andere Gewichtung: ZürK-GELZER, N 29 zu Art. 14 FusG.

⁴²⁰ Da der Bericht m.E. *nicht als Beleg* für die HR-Eintragung dient, wird er *nicht einsehbar* für die Gläubiger: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 2 N 400; a.M.: ZürK-GELZER, N 27 zu Art. 14 FusG („[Die Arbeitnehmer] können den Fusionsbericht (...) nach Eintragung der Fusion im Handelsregister einsehen“).

⁴²¹ KUNZ, Arbeitsrecht, 93.

⁴²² Mit dieser (rechtspolitischen) Ansicht bereits: KUNZ, Arbeitsrecht, 93.

3.6.3.2 Spaltung

Der ausgeprägteste *FusG-spezifische* Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz findet sich im Rahmen der *Spaltung*. Wenig überraschend – und m.E. konsequenterweise – wird auf den Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerschutz nicht nur bei den Sonderregeln⁴²³ besondere Rücksicht genommen, sondern des weiteren beim „Spaltungsvorgang“, d.h. die Gläubiger werden ebenfalls im grossen Umfang *(mit-)berücksichtigt*:

Die Gläubiger sind in jedem Fall schon ein Thema (i) im *Spaltungsvertrag* bzw. im *Spaltungsplan* (Art. 37 lit. i FusG) – insbesondere muss dieses Dokument eine „Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Spaltung übergehen“, enthalten; diese „Liste“ ist im Rahmen von Art. 333 OR als *deklaratorisch* zu qualifizieren⁴²⁴.

(ii) Der *Spaltungsbericht* hat u.a. die Situation der Arbeitnehmer sowie der Gläubiger zu erläutern (Art. 39 Abs. 3 lit. g/lit. h FusG)⁴²⁵. (iii) Beim *Prüfungsbericht* und (iv) beim *Einsichtsrecht* der Gesellschafter finden sich keine Hinweise, d.h. die Arbeitnehmer- bzw. Gläubigeraspekte bleiben in diesen Phasen „un(mit-)berücksichtigt“⁴²⁶. Schliesslich kann überhaupt erst (v) eine *GV-Beschlussfassung* betreffend Spaltung⁴²⁷ erfolgen, wenn die mögliche Sicherstellung der Forderungen im SHAB publiziert sowie im Rahmen von Art. 46 FusG – sofern verlangt – erfolgt ist (Art. 43 Abs. 1 FusG)⁴²⁸.

Es steht somit fest, dass eine *erhebliche (Mit-)Berücksichtigung* der Gläubigerinteressen im Allgemeinen sowie der Arbeitnehmerinteressen im Besonderen beim neuen Gesetz vorgesehen ist, was – m.E. konzeptionell richtig (z.B. vorgezogener Gläubigerschutz) – im Einklang mit dem *hohen Bedrohungspotential* einer Spaltung steht⁴²⁹.

⁴²³ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.2.

⁴²⁴ ZürK-PFEIFER/MEIER, N 28 zu Art. 37 FusG; zur *beschränkten* Wirkung: B&Mc-SCHENKER, N 16 zu Art. 37 FusG.

⁴²⁵ Ebenso wie der Fusionsbericht richtet sich der *Spaltungsbericht* an die *Gesellschafter*, d.h. den Gläubigern und den Arbeitnehmern steht er folglich *nicht* zu: VON DER CRONE/ET AL., Fusionsgesetz, § 3 N 646 sowie N 667/N 674; ZürK-MEIER, N 1 zu Art. 39 FusG.

⁴²⁶ KUNZ, Arbeitsrecht, 94.

⁴²⁷ Detailliert: B&Mc-JERMINI, N 1 ff. zu Art. 43 FusG.

⁴²⁸ B&Mc-JERMINI, N 4 zu Art. 43 FusG.

⁴²⁹ Hierzu: KUNZ, Arbeitsrecht, 94 f. m.w.H.

3.6.3.3 *Umwandlung*

Die Situation betreffend (*Mit-*)*Berücksichtigung* der Gläubiger- bzw. der Arbeitnehmerinteressen im Zusammenhang mit einer *Umwandlung* im Rahmen von Art. 53 ff. FusG ist einfach zusammenzufassen – insbesondere, weil fast genau das *Gegenteil zur Spaltung* gilt:

Es wird nämlich überhaupt *nichts (mit-)berücksichtigt*, d.h. die Regelungen (i) zum *Umwandlungsplan*, (ii) zum *Umwandlungsbericht*, (iii) zum *Prüfungsbericht*, (iv) zum *Einsichtsrecht* sowie schliesslich (v) zur *GV-Beschlussfassung* enthalten *keine* Hinweise bezüglich der Gläubiger bzw. der Arbeitnehmer⁴³⁰.

Der Gesetzgeber hat sich bei seiner ursprünglichen Interessenabwägung konsequenterweise erneut vom *Bedrohungspotential leiten* lassen. Da die Umwandlung ein blosser „Rechtskleidwechsel“ ist, der – im Prinzip – *keine direkten Auswirkungen* auf die Gläubiger bzw. auf die Arbeitnehmer hat, erschien konsequenterweise eine (*Mit-*)*Berücksichtigung nicht* erforderlich⁴³¹.

3.6.3.4 *Vermögensübertragung*

Das Bedrohungspotential für Gläubiger und für Arbeitnehmer bei *Vermögensübertragungen* liegt in etwa zwischen denjenigen bei Spaltungen und bei Fusionen. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber bereits verschiedene *Spezialregelungen* zum Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerschutz erlassen⁴³²; des weiteren entschied er sich für eine (*Mit-*)*Berücksichtigung* dieser Interessenlagen etwa „*in der Mitte*“:

(i) Der *Vermögensübertragungsvertrag* muss – wie bereits bei der Spaltung (Art. 37 lit. i FusG) – eine „*Liste der Arbeitsverhältnisse*, die mit der Vermögensübertragung übergehen“, enthalten (Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG); bei der Vermögensübertragung muss diese „Liste“ ebenfalls als *deklaratorisch* qualifiziert werden⁴³³.

(ii) Ein *Bericht* – z.B. eines VR – ist inexistent, (iii) ein *Prüfungsbericht* eines besonders befähigten Revisors ist ebenfalls inexistent, und (iv)

⁴³⁰ Zu diesen *Interessenten*: ZürK-KONKOLY, N 4 zu Art. 59 FusG.

⁴³¹ Immerhin enthält das Fusionsgesetz einige wenige *spezifische* Schutzvorkehrungen für Gläubiger und für Arbeitnehmer.

⁴³² Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.2.

⁴³³ ZürK-BERETTA, N 32 zu Art. 71 FusG.

eine *Beschlussfassung* ist (meist)⁴³⁴ inexistent – und selbst wenn, erfolgt die GV (v) ohne *Einsichtsverfahren*, d.h. Gläubiger und Arbeitnehmer bzw. deren Interessen werden *nicht (mit-)berücksichtigt*.

(vi) Ein *FusG-spezifisches Informationsregime* – als sog. nachträgliche Spontaninformation⁴³⁵ – für die Gesellschafter⁴³⁶ (nicht für die Gläubiger) sieht Art. 74 Abs. 2 lit. d FusG vor⁴³⁷, wonach im *Anhang* zur nächsten Jahresrechnung bzw. an der *nächsten GV* „die *Folgen* für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen *Sozialplans*“ zu erläutern sowie zu begründen sind⁴³⁸; eine vergleichbare, zeitlich vorgezogene Ordnung sieht das Gesetz beim Fusionsbericht vor (Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG).

4. Schlussbemerkungen

4.1 Fusion

Es stellt sich am Schluss dieser Betrachtungen die Wertungsfrage, ob es sich bei der *Fusion* nach dem neuen FusG – verglichen insbesondere mit dem bisherigen Aktienrecht⁴³⁹ – um „*alten Wein in neuen Schläuchen*“ handelt. Die Antwort muss m.E. ein *klares „Nein“* sein:

Der seit dem 1. Juli 2004 in Kraft stehende Erlass bringt bei Fusionen in verschiedenen Bereichen einerseits gewisse *Neuerungen* (z.B. der Schuldenruf im Anschluss an die bereits rechtskräftig vollzogene Fusion: Art. 25 Abs. 1 FusG)⁴⁴⁰ sowie andererseits notwendige *Klarstellungen* (z.B. betreffend Ausgleichszahlungen bzw. dem Spitzenausgleich: Art. 7 Abs. 2 FusG) und dient – sicherlich unter dem letzteren Aspekt – einer *er-*

⁴³⁴ Hinweise auf die *Ausnahmefälle*, in denen eine *GV notwendig* wird: KUNZ, Fusionsrecht, 811 FN 138; BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 372.

⁴³⁵ B&Mc-KOSLAR, N 2 zu Art. 74 FusG.

⁴³⁶ ZürK-BERETTA, N 4 zu Art. 74 FusG; B&Mc-KOSLAR, N 11 zu Art. 74 FusG.

⁴³⁷ Detailliert: B&Mc-KOSLAR, N 1 ff. zu Art. 74 FusG; ZürK-BERETTA, N 1 ff. zu Art. 74 FusG.

⁴³⁸ Die Informationspflicht bezieht sich *nicht* auf die *Gläubiger*, sondern einzig und allein auf die *Gesellschafter*, und zwar nur auf diejenigen der *übertragenden* (nicht der *übernehmenden*) Gesellschaft: ZürK-BERETTA, N 4 zu Art. 74 FusG.

⁴³⁹ Zur früheren Rechtsordnung statt aller: GANTENBEIN, 5 ff.

⁴⁴⁰ Damit findet ein *Paradigmenwechsel* statt vom (i) System der getrennten Vermögensverwaltung zum (ii) System des nachträglichen Gläubigerschutzes: vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.2.1.

höhten Rechtssicherheit, die ausdrücklich angestrebt wird (Art. 1 Abs. 2 FusG).

Besonders hervorgehoben werden muss, weniger aus praktischen als vielmehr aus rechtstheoretischen Gründen, die (neue) Möglichkeit des „*Squeeze-out*“ gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG⁴⁴¹. Mit dieser gesetzlichen „Ausschlussmöglichkeit“ wird – mindestens konzeptionell – das *Prinzip der Mitgliedschaftskontinuität durchbrochen* (wenn auch nur im Bereich der Fusionen)⁴⁴²; es erscheint m.E. indes zweifelhaft, ob diese Möglichkeit⁴⁴³ in der Praxis in Zukunft wirklich häufig genutzt werden wird (zumindest hat sich die rechtspolitische Angst⁴⁴⁴ vor sog. „*Squeeze-out Mergers*“ bis anhin nicht bewahrheitet).

Die Regelungen von Art. 3 ff. FusG zur Fusion haben einen *Mustercharakter* für die anderen drei FusG-Transaktionen, d.h. es wird häufig auf die entsprechenden Bestimmungen verwiesen⁴⁴⁵. Bei diesen *Gesetzesverweisungen* muss indes jeweils bedacht werden, dass *keine Identität* besteht, d.h. die Fusion gibt beispielsweise betreffend idealtypischer Struktur einer FusG-Transaktion zwar eine Art von „Muster“, aber trotzdem nicht mehr⁴⁴⁶.

4.2 Spaltung

Die gesetzliche Ordnung zur *Spaltung* vereinfacht – zumindest auf den ersten Blick – die Situation gegenüber dem früheren Rechtszustand erheblich⁴⁴⁷. Interessenten finden im neuen Gesetz einen strukturierten Transak-

⁴⁴¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

⁴⁴² Dieses „*Quer-In-Der-Landschaft-Stehen*“ des „*Squeeze-out*“ rechtfertigt denn auch m.E. die *enge* Interpretation, insbesondere das *Kopfprinzip*, das ausserdem durch den Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 FusG nahe gelegt wird; vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

⁴⁴³ Statt aller: MOSER/EMCH, 144 ff.; GRONER, 393 ff.

⁴⁴⁴ Kritisch zur (Entwurfs-)Regelung: VON BALLMOOS, 113 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 103 ff., der eine „wahre Opposition [gegen dieses Institut] vermisst“ (a.a.O., N 105 a.E.).

⁴⁴⁵ Die *faktische Dominanz* des Rechtsinstituts der Fusion wird ausserdem aus dem *Gesetzeszitel* unschwer erkennbar.

⁴⁴⁶ Die *Differenzierungen* zwischen den vier FusG-Transaktionen dürfen nicht unterschätzt werden – z.B. in den Bereichen der (Auflage-)Fristen oder des (nachträglichen) Gläubigerschutzes.

⁴⁴⁷ Der Umstand, dass (bis anhin) *erst wenige Spaltungen* unter dem neuen FusG vollzogen wurden, muss aber allfällige Euphorien im Keime ersticken; was die genauen Ursachen dafür sind (z.B. die Komplexität des vorgezogenen Gläubigerschutzes – in diesem Sinne: BINDER, Schutz, 1 ff.), steht noch nicht fest.

tionsablauf⁴⁴⁸, d.h. *mehr oder weniger klare* Vorgaben, wie eine *Aufspaltung* einerseits und eine *Abspaltung* andererseits strukturiert werden kann (bzw. muss). Die FusG-Ordnung dient somit in erster Linie einer *erhöhten Rechtssicherheit* (Art. 1 Abs. 2 FusG) sowie – mindestens konzeptionell – einer *Vereinfachung der Verhältnisse*.

Die Spaltung birgt ohne Zweifel das *grösste Bedrohungspotential*⁴⁴⁹, und zwar für die *Gesellschafter* einerseits⁴⁵⁰ und für die *Gläubiger* andererseits⁴⁵¹; die konsequente Folge dieser Ausgangslage sind *strenge* FusG-Schutzvorschriften⁴⁵².

Die ursprünglich vorgesehene Spaltungsvariante der „*Ausgliederung*“ wird nicht (mehr) im FusG-Bereich der Spaltung vorgesehen; das neue Rechtsinstitut der *Vermögensübertragung* kann – sozusagen als funktionale Generalklausel – durchaus eine ähnliche Funktion übernehmen, wobei die *Gesellschaft* berechtigt werden muss (anders als bei der *Spaltung*, bei der die *Gesellschafter* der übertragenden Gesellschaft anspruchsberechtigt sein müssen)⁴⁵³.

Tatsächlich erweist sich die Spaltung in der Praxis als *komplexer Vorgang*, der oft unterschätzt wird; besonders heikel ist die *Inventarisierung* (der zu übertragenden Aktiven und Passiven⁴⁵⁴)⁴⁵⁵. Es kann sich zudem als notwendig erweisen, eine konkrete Transaktion als „*Kombination*“ von *Spaltung* sowie von *Vermögensübertragung* zu gestalten⁴⁵⁶. Die an den

⁴⁴⁸ Art. 29 ff. FusG i.V.m. Art. 106 ff. HRegV.

⁴⁴⁹ Die *Spaltung* ist m.a.W. der *Gegenpol zur Umwandlung*.

⁴⁵⁰ Allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 106 ff. m.w.H. Besonders gefährdend sind die *asymmetrischen* Spaltungen: vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.2.

⁴⁵¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.2.1.

⁴⁵² Beispiele: Bei der Spaltung gelangt generell ein *vorgezogener* Gläubigerschutz zur Anwendung; bei der *asymmetrischen* Spaltung ist ein *hohes qualifiziertes Mehrheits-Quorum* für die GV-Beschlussfassung notwendig.

⁴⁵³ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.2.1/Ziff. 3.3.1.

⁴⁵⁴ Bei der Spaltung stellt sich ebenfalls die Frage nach dem *Vertragsübergang ohne Gläubigerzustimmung*, doch wird die Thematik in diesem Bereich – anders als bei der Vermögensübertragung: vgl. dazu vorne Ziff. 3.4.1 – eher am Rande diskutiert; m.E. sollte aus Vorsichtsgründen bis zum Vorliegen eines höchstrichterlichen Entscheids eine *ausdrückliche Zustimmung* des anderen Vertragspartners eingeholt werden.

⁴⁵⁵ Da die Spaltung dem Prinzip des vorgezogenen Gläubigerschutzes folgt, werden die Gesellschaften meist mit der Problematik der *Anpassung der Inventarlisten* vor der HR-Eintragung konfrontiert; in diesem Bereiche dürften sicherlich eher früher als später Gerichtsentscheide gefällt werden.

⁴⁵⁶ (i) Zur Ausgangslage (ein Praxisbeispiel): Die X AG plant für einen ihrer Betriebsteile eine *Abspaltung* auf eine (neu zu gründende) Y AG, wobei durch die zu übertragenden Aktiven und Passiven ein Nettoaktivenüberschuss von total CHF 3 Mio. transferiert werden soll. Da das *Eigenkapital* (also: Aktienkapital, Agio, Reserven) bei der Y AG

strengen Gläubigerschutzregelungen vorgebrachte (rechtspolitische) Kritik⁴⁵⁷ ist nachvollziehbar, dürfte aber kaum zu einer baldigen Gesetzesrevision führen.

4.3 Umwandlung

Es gab *bisher* in verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Bereichen *vereinzelte* Ordnungen zur Umwandlung von Gesellschaften (z.B. Art. 14 BankG oder Art. 824 ff. OR). Nunmehr wird die *Umwandlung generalisiert*, d.h. es handelt sich um ein *neues* Rechtsinstitut. Art. 53 ff. FusG regeln eine *rechtsformändernde* (nicht rechtsübertragende) Umwandlung, die als blosser „*Rechtskleidwechsel*“ bezeichnet werden kann.

Die Umwandlung enthält sowohl für die *Gesellschafter* als auch für die *Gläubiger* der betroffenen Gesellschaft das bei weitem *geringste Gefahrenpotential* aller FusG-Transaktionen⁴⁵⁸. Aus diesem Grund sieht das Gesetz konsequenterweise nur *wenige Sicherungsmechanismen* für die Interessenten vor⁴⁵⁹.

Art. 54 FusG i.V.m. Art. 2 FusG hält de lege lata abschliessend fest, *welche Umwandlungen zulässig* sind⁴⁶⁰. Selbstverständlich können ausschliesslich heute bekannte Rechtsformen des Schweizer Rechts vorgesehen sein:

indes nur CHF 1 Mio. betragen soll, will sich die X AG die „restlichen“ CHF 2 Mio. beim Fremdkapital der Y AG als *Darlehen* „gutschreiben“ lassen. (ii) Zum Problem: Die übertragende *Gesellschaft* (bei einer Spaltung) erhält *keinen Anspruch* gegenüber der übernehmenden Gesellschaft, über den sie verfügen könnte (z.B. kreditieren), sondern nur deren *Gesellschafter*, d.h. für das „Gutschreiben“ in Höhe von CHF 2 Mio. *zugunsten der X AG* fehlt die fusionsrechtliche Basis. (iii) Zur Lösung: (a) Transfer I von Aktiven und Passiven (Basis: Inventar I) mit einem Nettoaktivenüberschuss von CHF 1 Mio. mittels *Spaltung* von der X AG zur Y AG, wobei die *Gesellschafter der X AG* sämtliche Aktien der Y AG erhalten; (b) Transfer II von Aktiven und Passiven (Basis: Inventar II) mit einem Nettoaktivenüberschuss von CHF 2 Mio. mittels *Vermögensübertragung* von der X AG zur Y AG, wobei die X AG als Entgelt total CHF 2 Mio. erhält, das sie als Darlehen bei der Y AG „stehen lässt“.

⁴⁵⁷ Insbesondere von: BINDER, Schutz, 43 f.

⁴⁵⁸ Die *Umwandlung* ist m.a.W. der *Gegenpol zur Spaltung*.

⁴⁵⁹ D.h. sowohl der *Gläubigerschutz* als auch der *Gesellschafterschutz* sind *schwach* ausgeprägt.

⁴⁶⁰ Motto: „Was im *FusG* nicht erwähnt wird, ist generell *unzulässig*“.

Sollte indes in Zukunft eine *neue Gesellschaftsform* (insbesondere sog. „SICAV“)⁴⁶¹ eingeführt werden, wie sich dies zur Zeit im Bereich der „Kollektivkapitalanlagen“ tatsächlich ankündigt⁴⁶², müsste m.E. das *FusG* *teilrevidiert* und die Umwandlungszulässigkeit durch eine *Ergänzung der Legaldefinition* sichergestellt werden⁴⁶³ – dies wäre in erster Linie für die sog. Investmentgesellschaften⁴⁶⁴ von grösster praktischer Bedeutung⁴⁶⁵.

4.4 Vermögensübertragung

Bei der *Vermögensübertragung* handelt es sich um ein *neues* Rechtsinstitut (selbst wenn die Verwandtschaft mit Art. 181 OR nicht bestritten werden kann). Die Vermögensübertragung dient ausserdem – nach einer vorherrschenden Ansicht – als eine Art *funktionale Generalklausel* des FusG, indem „Lücken“ der neuen gesetzlichen Ordnung (z.B. die fehlende Spaltungsvariante der „Ausgliederung“) durch dieses Rechtsinstitut kompensiert werden können⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ „SICAV“: „Sociétés d’investissement à capital variable“; diese Rechtsfigur für die Schweiz *postulierend* bereits: KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 164.

⁴⁶² Entsprechende rechtspolitische Bestrebungen laufen zur Zeit im Rahmen der *Totalrevision des Anlagefondsgesetzes* (AFG) bzw. der geplanten Einführung eines „Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen“ (KAG); Details zur geplanten SICAV-Rechtsform: Erläuterungsbericht samt Gesetzesentwurf der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission (November 2003): 68 ff./Ziff. 4.1.2 sowie 207 ff. (Gesetzesentwurf).

⁴⁶³ „SICAV“ dürften aller Wahrscheinlichkeit nach als *Kapitalgesellschaften* zu qualifizieren sein, d.h. es bräuchte eine entsprechende *Ergänzung* von Art. 2 *lit. c* FusG.

⁴⁶⁴ Allg.: BERTSCHINGER, Investmentgesellschaften, 15 ff., v.a. 24 ff.

⁴⁶⁵ Investmentgesellschaften (mit kotierten Aktien) sind seit Jahren konfrontiert mit der sog. *Discount-Falle*, d.h. der Börsenkurs liegt unter dem „inneren Wert“ (NAV) der Aktien; um das Problem zu relativieren, wird die *Nachfrage angekurbelt*, und zwar meist sogar durch die Gesellschaft selber (z.B. durch Aktienrückkäufe). Doch die heutigen Regelungen bei AG betreffend Aktienkapitalherabsetzungen sowie -erhöhungen (sc. das Erhöhungs-Szenario bei Vorliegen einer „Prämie“ statt eines „Discounts“) sind viel zu *schwerfällig*, um bei (Investment-)Gesellschaften einen realen „*open-end*“ *Effekt* (wie bei einem Anlagefonds) zu erzielen; das Problem lösen dürfte vermutlich die Rechtsform des SICAV, bei dem „*exit*“ und „*entry*“ im Prinzip jederzeit und damit *vergleichbar mit einem Fonds* möglich sind; grundsätzlich: KUNZ, Aktienkapital, 18 ff.

⁴⁶⁶ So richtig diese generelle Aussage sein mag, darf m.E. nicht übersehen werden, dass die Vermögensübertragung *keine institutionalisierte Gesetzesumgehung* darstellen kann (z.B. indem die *strengen Schutzvorschriften* insbesondere bei der *Spaltung* nicht beachtet werden); ob die Gerichte in Zukunft – wohl bei (behaupteten) *Rechtsmissbräuchen* – einer postulierten *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* folgen werden, bleibt abzuwarten.

In der Praxis gab es seit dem Inkrafttreten des FusG *überraschend wenige* Vermögensübertragungen. Dies dürfte nicht allein auf die „scharfen“ *Gläubigerschutzbestimmungen* zurückzuführen sein⁴⁶⁷, sondern m.E. ebenfalls auf die *Komplexität* der Transaktion sowie die (nicht für jede Gesellschaft bzw. jeden VR wünschenswerte) *Transparenz*, die – ähnlich wie bei einer Spaltung mit dem entsprechenden Inventar und dessen Offenlegung beim HR als Beilage – entsteht⁴⁶⁸. Zudem gibt es heute noch verschiedene *Rechtsunsicherheiten*, mit denen die Gesellschaften konfrontiert sind⁴⁶⁹.

4.5 Gesellschafterschutz

Beim *Gesellschafterschutz* steht sicherlich der *Grundsatz der Mitgliedschaftskontinuität* im Vordergrund⁴⁷⁰, d.h. es gibt *kein generelles „Squeeze-out“* (vorbehältlich der Spezialregelung bei der Fusion gemäss Art. 8 Abs. 2 FusG)⁴⁷¹; auf der anderen Seite gibt es auch *kein generelles Austrittsrecht* bzw. keine „appraisal remedy“⁴⁷² (vorbehältlich der Spezialregelung bei der Fusion gemäss Art. 8 Abs. 1 FusG).

Im Grossen und Ganzen gelangt also das eigenverantwortliche *Motto*: „*Wie man sich bettet, so liegt man*“ zur Anwendung⁴⁷³. Insofern sollten sich die Gesellschafter wieder ihrer *privatautonomen* Schutzmöglichkeiten (also: Statuten sowie Gesellschafterbindungsverträge)⁴⁷⁴ erinnern und entsprechende Mechanismen für ihren Schutz „ausjassen“.

Der Schutz der Gesellschafter ist zusammenfassend – unter verschiedenen Aspekten – bei *allen FusG-Transaktionen* wichtig (Art. 1 Abs. 2 FusG). Es besteht indes *kein eigentliches Konzept*, sondern der Gesetzgeber hat vielmehr *einzelne* Schutzmechanismen erlassen; das FusG enthält

⁴⁶⁷ Hierzu: BINDER, Schutz, 5 ff.

⁴⁶⁸ Gerade *private AG*, die den Kapitalmarkt nicht nutzen, sehen oftmals keine Notwendigkeit, „interne Themen“ (Zahlen etc.) *extern bekannt zu machen*; zu grosse Offenheit könnte das FusG kurzfristig unterminieren.

⁴⁶⁹ Der heute grösste Unsicherheitsfaktor ist sicherlich die Frage des *Vertragsübergangs*: vgl. dazu vorne Ziff. 3.4.1.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.3.

⁴⁷¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.1.2.2.

⁴⁷² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.5.

⁴⁷³ Grundlegend zur *Eigenverantwortlichkeit* der Gesellschafter im Bereich des Minderheiten- bzw. Gesellschafterschutzes: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 5 ff.

⁴⁷⁴ Zu diesen Gestaltungsmöglichkeiten: KUNZ, Minderheitenschutz, § 15 N 1 ff., v.a. N 4 ff./N 11 ff.

solche Mechanismen in einer Früh-Phase⁴⁷⁵, in einer Entscheid-Phase⁴⁷⁶ sowie schliesslich in einer Spät-Phase⁴⁷⁷ einer jeden Transaktion.

4.6 Gläubigerschutz sowie Arbeitnehmerschutz

Gesellschaftsgläubiger (inklusive Arbeitnehmer), die gemäss Art. 1 Abs. 2 FusG dem Gesetzgeber wichtig sind, werden *unterschiedlich bedroht* – und zwar je nach konkret in Frage stehender FusG-Transaktion. Das *Gefährdungspotential* für die Gläubiger nimmt m.E. in folgender Reihenfolge ab⁴⁷⁸: (i) *Spaltung* > (ii) *Vermögensübertragung* > (iii) *Fusion (vorbehältlich: Sanierungsfusion)* > (iv) *Umwandlung*.

Der Gesetzgeber des FusG schützt die Gläubiger sowie die Arbeitnehmer *unmittelbar* durch zahlreiche *Spezialregelungen*⁴⁷⁹, und ausserdem werden deren Interessen – zumindest *mittelbar* – (*mit-*)*berücksichtigt* bei Themen des Gesellschafterschutzes⁴⁸⁰; die Schutzmechanismen de lege lata scheinen *angemessen* zu sein⁴⁸¹. Ob die aktuelle *Kritik* an den Schutzmechanismen für die Gläubiger – in erster Linie hinsichtlich der Spaltungen und der Vermögensübertragungen – gesetzgeberische Aktivitäten auslösen wird, ist m.E. zweifelhaft.

⁴⁷⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.5.2.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.5.3.

⁴⁷⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.5.4.

⁴⁷⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.1.

⁴⁷⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.2.

⁴⁸⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 3.6.3.

⁴⁸¹ Gerade hinsichtlich des *Arbeitnehmerschutzes* wird darauf hingewiesen, dass das neue Gesetz die Arbeitnehmer besonders schützt, und zwar „tout en assurant une forte protection des travailleurs dans les domaines de leur participation et de la garantie de leurs créances“: WYLER, *protection*, 257.

Literaturverzeichnis

- VON ALBERTINI, FLURIN: The Appraisal Remedy – Zum Austrittsrecht des Aktionärs im amerikanischen Gesellschaftsrecht, Diss., Zürich 1983.
- AYER, CHLOÉ: La transformation d'une société à responsabilité limitée en société anonyme, Diss., Fribourg 2001.
- BAHAR, RASHID: Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions, Diss., Genf 2003.
- BAHLS, STEVEN C.: Resolving Shareholder Dissension (...), J. Corp. L. 15 1989/90, 285.
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.) (B&Mc-BEARBEITER): Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003.
- VON BALLMOOS, THOMAS: Art. 23 Abs. 3 VE Fusionsgesetz – ein problematischer Schritt in Richtung eines allgemeinen Rechts zum Ausschluss der Minderheitsaktionäre, SJZ 1999, 113.
- BÄR, ROLF: Die Kognition des Handelsregisterführers, REPRAX 1/2000, 53.
- BAUMGARTNER, IVO P.: Anpassungen an das Fusionsgesetz im Bereich der MWST, ST 2004, 1031.
- BEHNISCH, URS R.: Spaltung im Recht der direkten Steuern, ASA 2003, 711.
- BERETTA, PIERA (Botschaft): Unstimmigkeiten in der Botschaft zum Fusionsgesetz-Entwurf, Jusletter vom 19. November 2001.
- BERETTA, PIERA (Vertragsübertragungen): Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 2002, 249.
- BERTSCHINGER, URS (Berater): Der eingeordnete Berater – ein Beitrag zur faktischen Organshaft, Festschrift für P. FORSTMOSER, Zürich 2003, 455.
- BERTSCHINGER, URS (Nominatkontrakte): Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, Festschrift für H. REY, Zürich 2003, 359.
- BERTSCHINGER, URS (Klagen): Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – ein Überblick, AJP 2004, 839.
- BERTSCHINGER, URS (Investmentgesellschaften): Investmentgesellschaften – Quo vadis?, Festschrift für D. ZOBL, Zürich 2004, 15.
- BESSENICH, BALTHASAR: Das neue Fusionsgesetz: internationale Aspekte, AJP 2004, 851.
- BINDER, ANDREAS (Anspruch): Anspruch und Wirklichkeit im Fusionsgesetz, NZZ vom 21.6.2005, 15.
- BINDER, ANDREAS (Schutz): Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Zürich 2005 – Sonderdruck.
- BINDER, ANDREAS (Fusionsgesetz): Ein Jahr Fusionsgesetz – Anspruch und Wirklichkeit, abgedruckt bei www.binderlegal.ch.
- BÖCKLI, PETER: Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes, ST 2004, 899.
- BOHRER, ANDREAS: Übergang von Verträgen bei der Vermögensübertragung, ST 2004, 933.
- BÖSIGER, MARKUS: Verfahrenserleichterungen für KMU nach Fusionsgesetz und Kapitalerschutz am Beispiel der Aktiengesellschaft, REPRAX 2/3/2004, 125.
- BRÄUCHLI, THOMAS: Fusion zweier Fondsleitungsgesellschaften – Wechselwirkung von Aktien- und Anlagefondsrecht, SZW 2003, 314.
- BÜCHI, RAFFAEL: Spin-off, Diss., Bern 2001.

- VON BÜREN, ROLAND (Vorentwurf): Der Vorentwurf zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) aus der Sicht des Gesellschaftsrechts, ZSR 1998 I, 299.
- VON BÜREN, ROLAND (Fusion): Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, SZW 2004, 178.
- VON BÜREN, ROLAND/BÜRGI, JOHANNES: Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata: Das klärende Wort aus Lausanne, REPRAX 1/1999, 3.
- VON BÜREN, ROLAND/KINDLER, THOMAS: Der Vorentwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz; FusG), SZW 1998, 4.
- VON BÜREN, ROLAND/MAUERHOFER, MARK: Zur Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei Fusionen von abhängigen Konzernunternehmen mit Dritten, Festschrift für W. WIEGAND, Bern/München 2005, 767.
- VON BÜREN, ROLAND/STOFFEL, WALTER A./WEBER, ROLF H.: Grundriss des Aktienrechts, Zürich 2005.
- CAMPONOVO, RICO A.: Der Rangrücktritt und seine Alternativen (...), ST 2002, 816.
- CHAMPEAUX, CHRISTIAN/TURIN, NICHOLAS: Check-Listen für Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, REPRAX 2/3/2004, 79.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/ET AL. (Fusionsgesetz): Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/ET AL. (Klagen): Die Klagen des Fusionsgesetzes, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 153.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/GERSBACH, ANDREAS: La Fusion et la Scission: Procédure et Réalisation (dans une perspective pratique), SZW 2004, 186.
- DAENIKER, DANIEL: Die Spaltung von Gesellschaften in der Praxis, in: Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004.
- DASSER, FELIX: Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz, Festschrift für P. FORSTMOSER, Zürich 2003, 659.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (Information): Information contra Geheimnisschutz – Abwägung im Einzelfall?, SAG 1984, 104.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (Aktiengesellschaft): Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: VON BÜREN, ROLAND/HAUSHEER, HEINZ/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.): Grundfragen des neuen Aktienrechts, Festschrift für R. BÄR, Bern 1993, 69.
- DUBFELD, CEES: Unabhängigkeit – Grundvoraussetzung für die Objektivität des „Professional Judgment“, ST 1996, 547.
- DUCREY, PATRICK: Beziehungen zwischen Fusionsgesetz und Kartellrecht, SZW 2004, 281.
- EGGENBERGER, CHRISTIAN: Fusionsgesetz auf dem Prüfstand, ST 2000, 61.
- ERBE, STEPHAN/JAUSSI, THOMAS/THEILER, RALPH: Das Fusionsgesetz (...), StR 2003, 822.
- FIERZ, RETO/STENZ, THOMAS: Fusionsprüfung, ST 2004, 1019.
- FORSTMOSER, PETER (OR): OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, in: WALDER, HANS ULRICH/JAAG, TOBIAS/ZOBL, DIETER (Hrsg.): Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1994, Zürich 1994, 69.
- FORSTMOSER, PETER (Kognitionsbefugnis): Die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers, REPRAX 2/1999, 1.
- FORSTMOSER, PETER (Exit): Exit oder Voice? Das Dilemma institutioneller Investoren, Festschrift für W. WIEGAND, Bern/München 2005, 785.
- FRICK, JOACHIM G. (Universalsukzession): Partielle Universalsukzession als Novum, NZZ vom 10.10.2002, 25.

- FRICK, JOACHIM G. (Business Judgment Rule): Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, Festschrift für P. FORSTMOSER, Zürich 2003, 509.
- FRICK, JOACHIM G. (B&Mc-Kommentar): Kommentar zu Art. 69 bis 72 des Schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2003.
- GANTENBEIN, BURKHARD K.: Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss., Freiburg 1994.
- GASSER, URS/EGGENBERGER, CHRISTIAN (Vorentwurf): Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, AJP 1998, 457.
- GASSER, URS/EGGENBERGER, CHRISTIAN (Fusionsgesetz): Fusionsgesetz auf dem Prüfstand, ST 2000, 61.
- GEISER, THOMAS: Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 2004, 863.
- GIRSBERGER, DANIEL: Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) – Internationale Aspekte, ZSR 1998 I, 317.
- GIRSBERGER, DANIEL/RODRIGUEZ, RODIGO: FusG und Internationales Privatrecht, SZW 2004, 259.
- GLANZMANN, LUKAS (Umstrukturierungsvertrag): Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan im neuen Fusionsgesetz, AJP 2004, 815.
- GLANZMANN, LUKAS (Kontinuität): Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, AJP 2004, 139.
- GLANZMANN, LUKAS (Umwandlungsbeschluss): Der Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss im neuen Fusionsgesetz, SJZ 2005, 157.
- GLAUSER, PIERRE-MARIE: La fusion d'assainissement, ST 2004, 1000.
- GRASS, ANDREA R.: Business Judgment Rule – Schranken der richterlichen Überprüfung von Management-Entscheidungen (...), Diss., Zürich 1998.
- GRONER, ROGER: Barabfindungsfusion (Cash Out-Merger), SJZ 2003, 393.
- GUGGENBÜHL, MARKUS: Die Umwandlung von Gesellschaften, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 73.
- GURTNER, PETER: Umwandlungen im Recht der direkten Steuern, ASA 2003, 735.
- GWELESSIANI, MICHAEL: Handelsregisterliche Aspekte zum neuen Fusionsgesetz, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 235.
- HANDSCHIN, LUKAS: Zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle (...), SJZ 1994, 344.
- HILTY, RETO M.: Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz – Auswirkungen auf Verträge am Beispiel des Lizenzvertrags, Festschrift für D. ZOBL, Zürich 2004, 565.
- HOPF, MICHEL: Desideratas und Randnotizen zum vorgeschlagenen Fusionsgesetz, ST 2001, 49.
- ISLER, PETER R.: Die kreditgebende Bank – ein faktisches Organ des Schuldners?, Festschrift für D. ZOBL, Zürich 2004, 287.
- ISLER, PETER/VON SALIS-LÜTOLF, ULYSSES: Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, 9.
- KÄCH, HANS-JAKOB: Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG: Musterkunde, REPRAX 2/2000, 1.
- KANDA, HIDEKI/LEVMORE, SAUL: The Appraisal Remedy (...), UCLA L. Rev. 32 1985, 429.

- KETTERER, DANIEL/HUBER, FELIX M./KORRODI, UELI (Aufgaben): Aufgaben und Stellung des Revisors unter dem neuen Fusionsgesetz, ST 2004, 469.
- KETTERER, DANIEL/HUBER, FELIX M./KORRODI, UELI (Erfahrungen): Erste Erfahrungen mit dem neuen Fusionsgesetz aus Sicht des Wirtschaftsprüfers, ST 2004, 1025.
- KETTERER, DANIEL/HUBER, FELIX M./KORRODI, UELI (Aspekte): Aspekte aus der Sicht der Wirtschaftsprüfung, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 247.
- KLÄY, HANSPETER: Das Fusionsgesetz – ein Überblick, BN 2004, 185.
- KLÄY, HANSPETER/DOMENGHINI, FEDERICO: La nuova legge sulla fusione, REPRAX 2/3/2004, 106.
- KLÄY, HANSPETER/TURIN, NICHOLAS (Fusionsgesetz): Fusionsgesetz in der Vernehmlassung, ST 1998, 39.
- KLÄY, HANSPETER/TURIN, NICHOLAS (Entwurf): Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 3/2001, 1.
- KRÜTTLI, STEPHAN: Fusion und Liquidation von Personalvorsorgestiftungen, ST 1997, 1091.
- KUHN, STEPHAN/GERBER, RETO: Das Fusionsgesetz vor der Beratung im Zweirat, ST 2002, 101.
- KÜNG, JOSEPH (Bemerkungen): Kritische Bemerkungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle in der Praxis, SJZ 1997, 323.
- KÜNG, MANFRED (Einspruch): Vorgehens- und Abwehrstrategie beim privatrechtlichen Einspruch, in: Jahrbuch des Handelsregisters, Zürich 1997, 126.
- KÜNG, MANFRED/HAUSER, ISABEL: Fusionsgesetz bringt dringlichen Handlungsbedarf, ST 2004, 214.
- KUNZ, PETER V. (Publikumsgesellschaften): Publikumsgesellschaften in der Schweiz – theoretische und praktische Ansätze zum Investorenschutz, recht 1997, 136.
- KUNZ, PETER V. (Klagen): Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997.
- KUNZ, PETER V. (Auflösungsklage): Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR (...), Festschrift für R. BÄR, Bern 1998, 235.
- KUNZ, PETER V. (Kraftloserklärungsklage): Einige Aspekte zur Kraftloserklärungsklage, SZW 1999, 181.
- KUNZ, PETER V. (Aktienkapital): Flexibilisierung des Aktienkapitals – ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, REPRAX 2/2000, 18.
- KUNZ, PETER V. (Informationsrecht): Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 895.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (...), Habilitation, Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Handhabung): Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten – zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur „Business Judgment Rule“, Festschrift für J.N. DRUEY, Zürich 2002, 445.
- KUNZ, PETER V. (Gläubiger): Transparenz für den Gläubiger der Aktiengesellschaft, SJZ 2003, 53.
- KUNZ, PETER V. (Fusionsrecht): Umwandlung und Vermögensübertragung im schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 802.
- KUNZ, PETER V. (Arbeitsrecht): Arbeitsrecht – Neuerungen aufgrund des Fusionsgesetzes, in: VON KAENEL, ADRIAN (Hrsg.): Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, Bd. 55, Europa Institut Zürich, Zürich 2005, 71.

- KUSTER, MATTHIAS: Die Einsprache nach Art. 32 Abs. 2 HRegV, in: Jahrbuch des Handelsregisters, Zürich 1997, 105.
- LANG, BRUNO: M & A und Personalvorsorge, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions III, Zürich 2001, 181.
- LANZ, MARTIN/TRIEBOLD, OLIVER: Der Rechtskleidwechsel eines Vereins in eine Aktiengesellschaft, SZW 2000, 57.
- LEUTHARDT, BEAT: Die heimliche Macht der Registerführer, plädoyer 2001, 22.
- LOCHER, PETER: Steuerrechtliche Folgen des Fusionsgesetzes im Recht der direkten Steuern, ASA 2003, 673.
- LOCHER, PETER/AMONN, TONI: Vermögensübertragungen im Recht der direkten Steuern, ASA 2003, 763.
- LOSER-KROGH, PETER: Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, AJP 2000, 1095.
- LUGINBÜHL, JÜRIG: Die Fusion, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 1.
- MALACRIDA, RALPH: Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 I, 39.
- MANNING, BAYLES: The Shareholders' Appraisal Remedy (...), Yale L.J. 72 1962, 223.
- MAROLDA MARTINEZ, LARISSA/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Vermögensübertragung, SZW 2004, 297.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J. (Zulässigkeit): Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht (...), ZSR 1994 I, 353.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J. (KMU): Fusionsgesetz und KMU, ZBJV 1999, 29.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J. (Fusionsgesetz): Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J. (Einführung): Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP 2002, 514.
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J./GASSER, URS: Der Vorentwurf zum FusG aus der Sicht der Familiengesellschaft, SZW 1999, 17.
- MERLINO, NICOLAS: Les aspects fiscaux de la nouvelle loi sur la fusion, SZW 2004, 269.
- MOSER, MARTIN/EMCH, DANIEL: Austritt und Ausschluss von Minderheitsaktionären bei der Fusion, REPRAX 2004, 139.
- NOBEL, PETER: Das neue Fusionsgesetz und die grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung in der EU: rechtsvergleichende Bemerkungen, SZW 2004, 162.
- OERTLI, MATHIAS/CHRISTEN, THOMAS: Das neue Fusionsgesetz, ST 2004, 105/219.
- PETER, HENRY: Le sort des contrats en cas de transfer de patrimoine, SZW 2004, 223.
- PFEIFER, MICHAEL/MEIER, ANDREAS L.: Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG für Strukturanpassungen, insbesondere für Spaltungen?, AJP 2004, 833.
- VON PLANTA, ANDREAS/ZARB, DELPHINE: Le dédommagement des actionnaires minoritaires: nouvelle forme de *squeeze out*, SZW 2004, 203.
- REICH, MARKUS: Steuerrechtliche Implikationen des Fusionsgesetzes, Festschrift für P. FORSTMOSER, Zürich 2003, 725.
- RIEDWEG, PETER: Vermögensübertragung auf inländische Betriebsstätten ausländischer Unternehmungen, ST 2004, 941.
- RIEMER, HANS MICHAEL (Stiftungen): Stiftungen und Fusionsgesetz, in: RIEMER, HANS MICHAEL (Hrsg.): Die Stiftungen in der juristischen und wirtschaftlichen Praxis, Zürich 2001, 101.
- RIEMER, HANS MICHAEL (Fusionsgesetz): Gefährdet das neue Fusionsgesetz die berufliche Vorsorge?, plädoyer 2001, 35.
- RIEMER, HANS MICHAEL (Behandlung): Die Behandlung der Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz, SJZ 2004, 201.

- RISI, ANDREAS/HUBER, FELIX M.: Auswirkungen von Umstrukturierungen auf Mitarbeiterbeteiligungen, ST 2004, 1013.
- RÜDISÜHLI, HEINI: Steuerliche Aspekte, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 193.
- RUEDIN, ROLAND: La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, Festschrift für P. FORSTMOSER, Zürich 2003, 687.
- RUF, PETER/JEITZINER, ROLAND: Verfahrensrechtliche Vereinfachungen für Umstrukturierungstatbestände – Einbrüche in die kantonale Beurkundungszuständigkeit, ST 2004, 915.
- VON SALIS-LÜTOLF, ULYSSES: Fusionsgesetz, Zürich 2004 – www.fusionsgesetz.ch.
- SCHENKER, URS: Die Fusion, AJP 2004, 772.
- SCHNYDER, ANTON K.: Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, ZBJV 1999, 60.
- SPORI, PETER/GERBER, RETO: Fusionen und Quasifusionen im Recht der direkten Steuern, ASA 2003, 689.
- SPORI, PETER/MOSER, MARTIN: Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, ZBJV 2004, 301.
- STÄHLIN, WALO/BAUMBERGER, ARISTE: Spaltungen nach Wegfall der Veräusserungssperrfrist, ST 2004, 964.
- STOLZ, PETER: Tendenzen im schweizerischen Wirtschaftsrecht, KMU und volkswirtschaftliche Effizienz, SJZ 2001, 113.
- STREULI-YOUSSEF, MAGDA: Bedeutung des Fusionsgesetzes für die IP-Welt?, sic! 2004, 610.
- TAUFER, MARTIN: Fusion von Stiftungen, AJP 1998, 777.
- THÉVENAZ, ALAIN: La nouvelle loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfer de patrimoine, AJP 2004, 763.
- TRIGO TRINDADE, RITA: Le transfer de patrimoine, SZW 2004, 215.
- TSCHÄNI, RUDOLF (Fusionsvertrag): Der Fusionsvertrag, SZW 2004, 197.
- TSCHÄNI, RUDOLF (Vermögensübertragung): Vermögensübertragung, ZSR 2004 I, 83.
- TURIN, NICHOLAS: Le transfer de patrimoine selon le projet sur la fusion, Diss., Basel 2003.
- UEBELHART, PETER/WENGER, JEAN-DAVID: Fusionsähnlicher Zusammenschluss, ST 2004, 981.
- VISCHER, FRANK (Einführung): Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV 1999, 27.
- VISCHER, FRANK (Fusionsgesetz): Fusionsgesetz, BJM 1999, 289.
- VISCHER, FRANK (ZürK-BEARBEITER): Zürcher Kommentar zum FusG, Zürich/Basel/Genf 2004.
- VISCHER, MARKUS (Unternehmen): Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 105.
- VORENBERG, JAMES: Exclusiveness of the Dissenting Stockholder's Appraisal Right, Harv. L. Rev. 77 1964, 1189.
- WALKER, BEAT: Das neue Fusionsgesetz, Steuerliche Auswirkungen, ZBJV 1999, 104.
- WAMISTER, PATRICK: Umwandlung von Gesellschaften, ZSR 2004 I, 63.
- WATTER, ROLF/BÜCHI, RAFFAEL: Demergers (Abspaltungen) bei der (Publikums-)Gesellschaft, in: TSCHÄNI, RUDOLF (Hrsg.): Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 1.
- WATTER, ROLF/KÄGI, URS: Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231.
- WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER/TSCHÄNI, RUDOLF/DAENIKER, DANIEL (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2004.

- WEBER, PHILIPPE: Die Vermögensübertragung, in: KELLERHALS, ANDREAS/LUGINBÜHL, JÜRIG (Hrsg.): Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, Zürich 2004, 123.
- WEIDMANN, MARKUS: Keine Anwendung der Sperrfristenregelung der direkten auf die indirekten Steuern, ST 2004, 989.
- WINKLER, MICHAEL E. (Arbeitnehmerschutz): Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, SJZ 2001, 477.
- WINKLER, MICHAEL E. (Unternehmensumwandlungen): Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Diss., Zürich 2001.
- WYLER, RÉMY (protection): Loi sur la fusion et protection des travailleurs, SZW 2004, 249.
- WYLER, RÉMY (participation): La participation des travailleurs, ST 2004, 927.
- ZIMMERLI, CHRISTOPH: Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005, 771.
- ZOBL, DIETER: Die Umwandlung von Gesellschaften nach neuem FusG, SZW 2004, 169.
- ZWICKER, STEFAN (Regeln): Anhang: Besondere Regeln des Fusionsgesetzes für Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen und Institute des öffentlichen Rechts, ZSR 2004 I, 183.
- ZWICKER, STEFAN (Fusionsgesetz): Die Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfung nach dem Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, 157.