

Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne



PD Dr. iur. PETER V. KUNZ,
LL.M., Rechtsanwalt,
Zürich/Bern

Inhaltsübersicht:

- I. Allgemeiner Teil
 - A. Einführung
 - 1. Privatautonomie und Gesellschaftsrecht
 - 2. Entwicklung zum neuen FusG
 - 3. Aufbau der Darstellung
 - B. Schutz-Prinzipien
 - 1. Zentrale Interessenten-Gruppen
 - 2. Ausgewählte Prinzipien
- II. Besonderer Teil
 - A. Umwandlung von Gesellschaften
 - 1. Übersicht
 - a. Grundverständnis
 - b. Blicke zurück
 - 2. Blicke nach vorne – ausgewählte Details
 - a. Zulässige Umwandlungen
 - b. Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte
 - c. Gründung und Zwischenbilanz
 - d. Schritte der Umwandlung
 - e. Fragen zur Haftung
 - 3. Klagemöglichkeiten
 - B. Vermögensübertragung
 - 1. Übersicht
 - a. Grundverständnis
 - b. Blicke zurück
 - 2. Blicke nach vorne – ausgewählte Details
 - a. Übertragungsvertrag
 - b. HR-Eintragung und Wirkungen
 - c. Schutz von Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern
 - 3. Klagemöglichkeiten
- III. Literaturhinweise

I. Allgemeiner Teil

A. Einführung

1. Privatautonomie und Gesellschaftsrecht

Der Grundsatz der Privatautonomie gilt in der Schweiz im Gesellschaftsrecht im Allgemeinen sowie im Aktienrecht – auf das die vorliegende Darstellung fokussiert ist – im Besonderen¹ und wird als eigentliches gesellschaftsrechtliches

"Strukturelement"² bezeichnet. Unter diesem Aspekt ist von einer Vermutung zugunsten *dispositiven* Aktienrechts auszugehen³, d.h. die Privatautonomie ist "Regel- und nicht Ausnahmefall"⁴.

Wenn ein Grundsatz besteht, gibt es auch Ausnahmen bzw. Einschränkungen. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei den Aktiengesellschaften (AG) wird insbesondere durch das *zwingende* Aktienrecht begrenzt⁵. Die Schaffung solchen zwingenden Rechts ist u.a. ein dem Gesetzgeber zustehendes Instrumentarium des Minderheitenschutzes⁶. Im Übrigen handelt es sich um ein *fusionsrechtliches Schutz-Prinzip*, auf das kurz verwiesen sei⁷.

Grundlegende Strukturveränderungen – also: Fusionen, Spaltungen etc. – bei sämtlichen Gesellschaften und insbesondere bei AG stehen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der verschiedenen "Geldgeber"⁸ zwangsläufig in einem gewissen *Spannungsverhältnis*, sofern sich nämlich die anwendbare gesellschaftsrechtliche Ordnung als *zwingend*

Dieser Beitrag basiert auf einem Referat anlässlich der Tagung "Das neue Fusionsgesetz" des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG) vom 9.10.2002 im Kongresshaus in Zürich; Abschluss des Manuskripts: Juni 2004. Für die rat- und tatkräftige Unterstützung bedankt sich der Autor bei Herrn lic. iur. SERGE REINACHER, LL.M., und bei Frau EVELINE GERBER, DH.

- 1 Übersicht: PETER FORSTMOSER, Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 13 (Berlin/New York 1997) 254 ff.; MEIER-SCHATZ, Rechtsformwechsel, 358 ff.; VON BÜREN/BÜRGI, Umwandlung, 5 f.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 172 ff. m.w.H.
- 2 ARNOLD KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht (Diss. Freiburg 1967) 107.
- 3 Hinweise: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 172 FN 487 sowie N 176 ff.
- 4 So: VON BÜREN/BÜRGI, Umwandlung, 7 m.w.H. in FN 33.
- 5 Weiterhin von Interesse: HANS HEROLD, Zwingendes Aktienrecht – Untersuchungen über das Wesen des zwingenden Privatrechts (Diss. Zürich 1931) 5 ff.; ökonomische Erklärungsansätze: MARKUS RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft (Zürich 2000) 294 ff.
- 6 Das zwingende (Aktien-)Recht soll z.T. die fehlende Verhandlungsfähigkeit auf Seiten der Gesellschafter und damit die faktischen Mängel der Eigenverantwortlichkeit der Aktionäre kompensieren; hierzu: KUNZ, Flexibilisierung des Aktienkapitals – ein Hybrid-Konzept im Spannungsfeld von zwingendem Aktienrecht und Eigenverantwortlichkeit, REPRAX 2 (2000) 30 ff., v.a. 32 sowie 31 FN 93.
- 7 Vgl. dazu hinten I. B. 2.
- 8 Gemeint sind damit die *Gesellschaftsgläubiger* als "Fremdkapitalgeber" (d.h. *Gläubigerschutz* im Vordergrund) sowie die *Gesellschafter* als "Eigenkapitalgeber" (d.h. *Minderheitenschutz* als Thema).

erweist und keine ausdrücklichen Regelungen enthält. Diese Problematik zu mildern, war eine wichtige Motivation für die Schaffung eines Spezialgesetzes.

Eine gesetzliche Grundlage für solche fundamentalen Strukturveränderungen bei Gesellschaften erschien⁹ und erscheint weiterhin nötig, weil die Privatautonomie – nicht zuletzt unter dem Aspekt der Praktikabilität für alle Betroffenen – kaum weiterhilft:

"Die Berufung auf die Privatautonomie dürfte (...) bei jedem Eingriff in die Rechtsstellung der Beteiligten (z.B. der Aktionäre) zum Erfordernis der *Zustimmung aller* betroffenen Gesellschafterinnen und Gesellschafter führen, da die Privatautonomie in ihrem Kern auf der *vertraglichen Vereinbarung* beruht"¹⁰; das Einstimmigkeitsprinzip¹¹, sofern denn tatsächlich angewendet, würde aber die meisten Strukturveränderungen ohne weiteres verhindern¹². Ein Gesetz – also das neue Fusionsgesetz (FusG)¹³ – verbessert unter diesem Gesichtswinkel ausserdem die für die Rechtsanwendung unerlässliche Rechtssicherheit¹⁴.

2. Entwicklung zum neuen FusG

Die Details der *fusionsrechtlichen Gesetzgebungsgeschichte* wurden mehrfach dargestellt¹⁵. Wiederholt seien im allgemeinen Zusammenhang nur, aber immerhin die folgenden Eckpunkte¹⁶: Vergabe eines Expertenauftrags durch das Bundesamt für Justiz im Oktober 1992, unabhängig davon der Bericht der "Groupe de réflexion", die ein Sondergesetz verlangt¹⁷, der verwaltungsinterne und unpublizierte Entwurf für ein "Strukturanpassungsgesetz" vom 17. Mai 1996, der Vorentwurf und der Begleitbericht vom November 1997¹⁸ mit der Vernehmlassung¹⁹ dazu, die Botschaft zum FusG, und schliesslich die Beratungen im Parlament²⁰.

Die vorliegende Darstellung befasst sich im Wesentlichen mit der sog. *Umwandlung* einerseits²¹ und mit der sog. *Vermögensübertragung* andererseits²². Auf verschiedene Belegstellen in den *Materialien* und insbesondere auf parlamentarische Voten wird bei fusionsrechtlichen Einzelfragen hingewiesen. Unbesehen dessen interessiert vorab die *generelle Entwicklungsgeschichte* der beiden im Vordergrund stehenden *spezifischen* Rechtsinstitute.

– *Umwandlung*: Sozusagen das "gute Kind" des Revisionsvorhabens war sicherlich die Umwandlung, mit der bereits verschiedene *Erfahrungen* im Aktienrecht, im GmbH-Recht sowie (etwas versteckt) im Bankenrecht gemacht worden waren²³. Eine detaillierte Regelung zur Umwandlung als – etwas vereinfacht – "Rechtskleidwechsel"²⁴ sah beispielsweise bereits der *Vorentwurf zum FusG* vor²⁵, die in der Folge bis zur definitiven Fassung von Art. 53 ff. FusG im Wesentlichen *kaum mehr abgeändert* wurde.

– *Vermögensübertragung*: Geradezu das "Findelkind" des FusG war hingegen die Vermögensübertragung. Der *Vorentwurf zum FusG* enthielt noch überhaupt *keine* entsprechende Ordnung, sondern die *Botschaft zum FusG* sah erstmals die Vermögensübertragung vor²⁶; die Vermögensübertragung soll nach diesem Konzept die (in der Zwischenzeit aufgegebene) Spaltungs-Variante²⁷ der "Ausgliederung" ersetzen²⁸. Zusätzlich soll die Vermö-

- 9 Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13.6.2000 (Botschaft zum FusG): BBl 2000 V 4343 ff.
- 10 Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) vom November 1997 (Begleitbericht zum FusG – mit Vorentwurf zum FusG): 6; Hervorhebungen hinzugefügt.
- 11 Allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 105 f. m.w.H.
- 12 In verschiedenen Bereichen sieht das neue Gesetz tatsächlich das *Einstimmigkeitsprinzip* vor; erwähnt seien hinsichtlich der *Umwandlung* beispielhaft: Art. 61 Abs. 2 FusG, Art. 62 Abs. 2 FusG, Art. 63 Abs. 2 FusG sowie Art. 64 Abs. 1 lit. a/ lit. b und Abs. 2 FusG. Interessant erscheint eine Verweisung auf die *USA*: Die Aufgabe des *Einstimmigkeitsprinzips* zugunsten des *Mehrheitsprinzips* (und damit der Abbau des Minderheitenschutzes) wird in den meisten gliedstaatlichen Ordnungen *funktional kompensiert*, und zwar durch die sog. "appraisal rights", die im Wesentlichen ein *Austrittsrecht* darstellen; weitergehend: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 318 ff., v.a. N 323 sowie § 4 N 128 ff.; FRANZ PETER OESCH, Der Minderheitenschutz im Konzern (...) (Diss. Bern 1971) 22 ff.; FLURIN VON ALBERTINI, The Appraisal Remedy – Zum Austrittsrecht des Aktionärs im amerikanischen Gesellschaftsrecht (Diss. Zürich 1983) 5 ff.
- 13 Korrekter Titel: Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3.10.2003.
- 14 KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 11.
- 15 Statt aller: FRANK VISCHER, Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV 135⁸⁶ (1999) 9 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 2 ff.
- 16 Übersicht: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 5 ff.
- 17 Groupe de réflexion "Gesellschaftsrecht"/Schlussbericht vom 24. September 1993 (Groupe, Schlussbericht): 66 f. sowie 67 f.
- 18 Hierzu: HANSPETER KLÄY/NICHOLAS TURIN, Fusionsgesetz in der Vernehmlassung, ST 72 (1998) 39 ff.
- 19 Positive Würdigung in der Zusammenstellung der Vernehmlassungen: Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) (Bern 1999): 33 ff.
- 20 Übersicht: STEPHAN KUHN/RETO GERBER, Das Fusionsgesetz vor der Beratung im Zweitrat, ST 76 (2002) 101 ff.
- 21 Vgl. dazu hinten II. A.
- 22 Vgl. dazu hinten II. B.
- 23 Vgl. dazu hinten II. A. 1. b.
- 24 Vgl. dazu hinten II. A. 1. a.
- 25 Vorentwurf zum FusG: 20 f. (Art. 68 ff.); Begleitbericht zum FusG: 13 ff. m.w.H.; der Begleitbericht zum FusG begründet die Notwendigkeit der Umwandlung im Wesentlichen wie folgt: "Die Umwandlung der Rechtsform von Gesellschaften wird vom geltenden Recht (...) nur punktuell geregelt. Das Bedürfnis nach Anpassung der Rechtsform an veränderte Umstände ist indessen gerade in unserer Zeit gross. Für die Wirtschaft sind klare gesetzliche Vorgaben für solche Umstrukturierungsprozesse von grosser Wichtigkeit" (a.a.O. 6; Hervorhebung des Originals weggelassen).
- 26 Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4359 ff.
- 27 Verschiedentlich wird Kritik in der Vernehmlassung laut; Zusammenstellung der Vernehmlassungen (Bern 1999): 7 ff. m.w.H.
- 28 Details in der Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4459 ff. (Entwurf: BBl 2000 V 4555 ff.).

gensübertragung als eine Art *funktionale Generalklausel* dienlich gemacht werden. Die *parlamentarischen Beratungen* brachten nur Änderungen an Details.

Bei beiden fusionsrechtlichen Regelungen handelt es sich zumindest im Wesentlichen um *neue* Rechtsinstitute des schweizerischen Gesellschaftsrechts. Die *künftige Entwicklung* für die Praxis ist deshalb *relativ schwierig* abzuschätzen, obwohl die Doktrin mit Prognosen wenig Zurückhaltung zeigt; tatsächlich dürfte es in der Schweiz denn auch noch nie ein Gesetz gegeben haben, das zu *so viel Literatur* geführt hat²⁹ – notabene noch *vor seinem Inkrafttreten*. Es seien deshalb auch einige "Blicke nach vorne" erlaubt³⁰.

3. Aufbau der Darstellung

Das FusG – ähnlich wie das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen sowie das Aktienrecht im Besonderen – bringt, wie bereits erwähnt, als eines der überragenden gesetzgeberischen Anliegen den *Schutz der "Geldgeber"* zum Ausdruck: "No protection, no money"³¹. Dieses Paradigma wird in verschiedenen Schutz-Prinzipien ersichtlich, die das gesamte FusG durchdringen. Zum besseren (theoretischen bzw. dogmatischen) Verständnis des FusG scheint es angebracht, auf einige dieser gesellschafts- bzw. fusionsrechtlichen *Schutz-Prinzipien* einleitend kurz zu verweisen³².

Im Anschluss erfolgen *Darstellungen* zur Umwandlung³³ sowie zur Vermögensübertragung³⁴, wobei der gesetzlichen Struktur gefolgt wird; bis anhin dürfte selbst bei künftigen Rechtsanwendern oft das *Bewusstsein* für diese beiden Rechtsinstitute *fehlen*. Zwangsläufig gibt es im heutigen Zeitpunkt noch *keine Praxis*, die referiert werden kann. Zumindest aber sind in der *Lehre* bereits Stellungnahmen ersichtlich, die gegenteilige Meinungen hervorrufen mögen; für einige *erwartete Kontroversen* in der Zukunft soll deshalb ebenfalls eine eigene Stellungnahme am gegebenen Ort formuliert werden.

Bewusst *nicht* eingegangen wird auf Umwandlungen bzw. auf Vermögensübertragungen in *Spezialsituationen*, nämlich bei *Stiftungen* (Art. 86 f. FusG), bei *Vorsorgeeinrichtungen* (Art. 97 f. FusG) sowie bei *Instituten des öffentlichen Rechts* (Art. 99 ff. FusG). Des Weiteren wird insbesondere auf die Behandlung von *steuerrechtlichen* Fragen hinsichtlich Umwandlungen bzw. Vermögensübertragungen gänzlich verzichtet³⁵.

B. Schutz-Prinzipien

1. Zentrale Interessenten-Gruppen

Art. 1 Abs. 2 FusG hält unter "Gegenstand" fest: "Es [also das FusG] gewährleistet (...) die Rechtssicherheit und Transparenz und schützt Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Personen mit Minderheitsbeteiligungen"³⁶. Neben sozusagen "allgemeinen Interessen" – etwa der erwähnten Rechtssicherheit – stehen also der *Gläubigerschutz*³⁷ einerseits sowie der *Minderheitenschutz* andererseits im Vordergrund³⁸.

Diese *fusionsrechtliche Dichotomie* betreffend die "Geldgeber" von Gesellschaften überrascht wenig, weil sie sich –

geradezu als roter Faden – durch das *gesamte Gesellschaftsrecht* zieht, und zwar sowohl in der Schweiz als auch im Ausland. Diese beiden Interessenten-Gruppen sind *besonders gefährdet*, wenn es um die "Anpassung der rechtlichen Strukturen" von AG oder anderen Gesellschaften (Art. 1 Abs. 1 FusG) geht.

29 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit ebenfalls erwähnt seien: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz und KMU, ZBJV 135^{bis} (1999) 29 ff.; DERS., Europäisches Gesellschaftsrecht und der Schweizer Vorentwurf für ein Fusionsgesetz, in: FS R. Zäch (Zürich 1999) 539 ff.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ/URS GASSER, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz aus der Sicht der Familienaktiengesellschaft, SZW 71 (1999) 17 ff.; FRANK VISCHER, Fusionsgesetz, BJM (1999) 305 ff.; DERS., Einführung in das Fusionsgesetz, ZBJV 135^{bis} (1999) 9 ff.; THOMAS KINDLER/CHRISTOPH LANG, Flexibles Gesellschaftsrecht – Erleichterte Umstrukturierungen dank neuem Fusionsgesetz, SAV-Revue 5/1998 (1998) 4 ff.; ROLAND VON BÜREN/THOMAS KINDLER, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion (...), SZW 70 (1998) 1 ff.; ADRIAN STRAUB-HAAR, Zum neuen Fusionsgesetz (...), IWIR (2001) 23 ff.; PETER NOBEL, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), ZSR 117 (1998) I 355 ff.; CHRISTOF BLÄSI, Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion (...), in: JbHR (1998) 99 ff.; URS GASSER/CHRISTIAN EGGENBERGER, Fusionsgesetz auf dem Prüfstand, ST 74 (2000) 61 ff.; zudem: VON BÜREN, Sicht, 299 ff.

30 Vgl. dazu hinten II. A. 2./B. 2.

31 Hinweise: KUNZ, Minderheitenschutz, § 5 N 7.

32 Vgl. dazu hinten I. B. 2.

33 Vgl. dazu hinten II. A.

34 Vgl. dazu hinten II. B.

35 Auswahl: MARKUS REICH, Steuerrechtliche Implikationen des Fusionsgesetzes, in: FS P. Forstmoser (Zürich 2003) 725 ff.; PETER SPORI/MARTIN MOSER, Fusionsgesetz: Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, ZBJV 140 (2004) 301 ff. (Umwandlungen: 308 ff.; Vermögensübertragungen: 342 ff.); PETER GURTNER, Umwandlungen im Recht der direkten Steuern, ASA 71 (2003) 735 ff.; PETER LOCHER/TONI AMONN, Vermögensübertragungen im Recht der direkten Steuern, ASA 71 (2003) 763 ff.; allg.: PETER BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht: Gelöste und ungelöste Probleme, ASA 67 (1998/99) 1 ff.; BEAT WALKER, Das neue Fusionsgesetz – Steuerliche Auswirkungen, ZBJV 135^{bis} (1999) 104 ff.

36 Hierbei werden "Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer" an sich überflüssigerweise erwähnt, gehören diese doch zur allgemeinen Kategorie der "Gläubigerinnen und Gläubiger"; die Betonung ist allerdings dadurch gerechtfertigt, dass das FusG verschiedene *arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen* vorsieht (z.B. Art. 27 f. FusG oder Art. 49 f. FusG); grundlegend: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 ff.

37 Generell zur Thematik: ROLAND RUEDIN, La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, in: FS P. Forstmoser (Zürich 2003) 687 ff.

38 Hinsichtlich diesem *spezifischen Fokus* beispielsweise bereits der Begleitbericht zum FusG: 13 (Gläubiger) sowie 14 (Gesellschafter).

2. Ausgewählte Prinzipien

Das FusG basiert im Wesentlichen auf *fünf Schutz-Prinzipien*, die sich teils geschrieben und teils ungeschrieben ergeben: (i) *Transparenz bzw. Publizität* der Strukturanpassung³⁹, (ii) *Klagemöglichkeiten* für Gesellschaftsgläubiger sowie für Gesellschafter⁴⁰, (iii) *Kontinuität der Mitgliedschaft* bei Gesellschaftern⁴¹, (iv) *Verbot der Mehrbelastung* bei Gesellschaftern⁴² sowie schliesslich (v) *Vermutung einer zwingenden Rechtsordnung*⁴³, und zwar im Gegensatz zur aktienrechtlichen Grundregel einer dispositiven Ordnung⁴⁴.

Es ist dies nicht der Ort, um im Detail weiter auf diese Schutz-Prinzipien einzugehen. Unbesehen dessen kann festgehalten werden, dass die Prinzipien gerade auch bei der Umwandlung von Gesellschaften sowie bei der Vermögensübertragung zur Anwendung gelangen. Die *Schutz-Prinzipien* werden bei der folgenden Darstellung von fusionsrechtlichen Einzelfragen *ohne weiteres ersichtlich* werden.

II. Besonderer Teil

A. Umwandlung von Gesellschaften

1. Übersicht

a. Grundverständnis

Der fusionsrechtliche Grundsatz zur *Umwandlung* bzw. (Rechtsform-)Umwandlung ist einfach⁴⁵: "Eine Gesellschaft kann ihre Rechtsform ändern (Umwandlung). Ihre Rechtsverhältnisse werden dadurch nicht verändert" (Art. 53 FusG). Es wird somit – wie in Doktrin und Materialien jeweils betont – einfach das "*Rechtskleid*" gewechselt, wobei im Übrigen alles (oder: fast alles) unberührt bzw. unverändert bleiben soll⁴⁶. Anders als beispielsweise bei der Vermögensübertragung⁴⁷ ist bei der Umwandlung nur *ein einziger Rechtsträger* betroffen.

Aus den Materialien zum FusG⁴⁸ ergibt sich, dass es sich bei der spezifischen Umwandlungsform im Sinne von Art. 53 ff. FusG um eine sog. *rechtsformändernde* Umwandlung handelt und nicht etwa um eine sog. übertragende Umwandlung⁴⁹, d.h. der *bisherige* Rechtsträger wird *nicht aufgelöst* und es wird *kein neuer* geschaffen⁵⁰.

Der *Schutz der Gesellschafter* steht zwangsläufig im Vordergrund⁵¹, weil diese am ehesten bedroht sind. Dem Bedrohungspotential⁵² wird insbesondere durch die Verwirklichung von fusionsrechtlichen Schutz-Prinzipien begegnet⁵³, nämlich durch die *Kontinuität der Mitgliedschaft* (Art. 56 FusG) sowie durch das *Verbot der Mehrbelastung* (z.B. Art. 64 Abs. 1 lit. a a.E. FusG). Die neue Ordnung deckt zusätzlich aber auch die *Transparenzansprüche* (z.B. Art. 63 FusG) sowie die *Klagemöglichkeiten* (Art. 105 ff. FusG) ab. Inhärente Risiken bestehen bei der Umwandlung – wie bei der Vermögensübertragung – darin, dass einige *Verweisungen* enthalten sind (z.B. Art. 68 FusG, Art. 108 Abs. 3 FusG), durch die allfällige Streitigkeiten bei diesen anderen Rechtsinstituten transferiert werden könnten⁵⁴.

b. Blicke zurück

Gemäss Aktienrecht (und auch nach neuem FusG) kann unter einer Umwandlung bzw. einer Rechtsformumwandlung eine "liquidationslose Umwandlung eines Unterneh-

- 39 Bei der *Umwandlung* müssen verschiedene Unterlagen zur *Einsicht* aufgelegt werden (Art. 63 Abs. 1 FusG), ausserdem können *Kopien* davon verlangt werden (Art. 63 Abs. 2 FusG); die Umwandlung geht weiter aus dem *Handelsregister* bzw. HR hervor (Art. 66 f. FusG). Bei der *Vermögensübertragung* besteht – *ohne* Pflicht zur Einsichtsaufgabe sowie zur Kopieabgabe – eine etwas modifizierte Informationspflicht im *Anhang* zur Jahresrechnung bzw. an der *nächsten GV* (Art. 74 FusG); die Vermögensübertragung wird ebenfalls durch *HR-Eintragung* publik und rechtswirksam (Art. 73 FusG).
- 40 Vgl. dazu hinten II. A. 3. (Umwandlung) sowie II. B. 3. (Vermögensübertragung).
- 41 Bei der *Umwandlung* werden die Rechtsverhältnisse – und damit die *Mitgliedschaft als solche* – überhaupt "nicht verändert" (Art. 53 FusG); der Grundsatz wird dann spezifiziert – wie bei der Fusion und bei der Spaltung – unter "Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte" (Art. 56 FusG). Die *Mitgliedschaft* ist *nicht betroffen* bei der *Vermögensübertragung*; wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nämlich Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, kommen die Regeln zur *Spaltung* zur Anwendung (Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG), und damit insbesondere Art. 31 FusG i.V.m. Art. 7 FusG ("Anteils- und Mitgliedschaftsrechte").
- 42 Bei der *Umwandlung* muss etwa im Umwandlungsbericht auf Nachschusspflichten etc. hingewiesen werden (Art. 61 Abs. 3 lit. e FusG), zudem besteht teils eine Art von "Vetorecht" (Art. 64 Abs. 1 lit. a a.E. FusG). Bei der *Vermögensübertragung* hingegen ist nur die übertragende *Gesellschaft unmittelbar* betroffen, d.h. eine Mehrbelastung für die Gesellschafter ist kein Thema.
- 43 Gerade bei den *Umwandlungen* schränkt das zwingende FusG die *Privatautonomie* erheblich ein: vgl. dazu hinten II. A. 2. a.
- 44 Allg.: KUNZ, Minderheitenschutz, § 6 N 172 ff. sowie § 13 N 17/N 99.
- 45 Kurze Übersicht zum Rechtsinstitut der Umwandlung nach FusG: KLÄY/TURIN, Entwurf, 27 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 35 ff.
- 46 Zur *Kontinuität der Rechtsverhältnisse* statt aller: RIEMLE, Kommentar, N 3 ff. zu Art. 53 FusG.
- 47 Vgl. dazu hinten II. B. 1. a.
- 48 Begleitbericht zum FusG, 13.
- 49 Als Beispiel für diese spezifische Umwandlungsform kann Art. 824 ff. OR erwähnt werden.
- 50 Hinweise etwa: MEIER-SCHATZ, Einführung, 523; zur Unterscheidung: RIEMLE, Kommentar, Vorbem. zu Art. 53–68, N 9 f.
- 51 Insbesondere kommt es zu *keinem Schuldnerwechsel* bei der Umwandlung: MEIER-SCHATZ, Einführung, 526. Zum *Gläubigerschutz*: Art. 68 FusG, des Weiteren Art. 108 FusG (Verantwortlichkeitsklage).
- 52 Übersicht: KUNZ, § 13 N 128 ff.
- 53 Vgl. dazu vorne I. B. 2.
- 54 Beispielsweise zur Verantwortlichkeitsklage: SCHENKER, Kommentar, N 2 zu Art. 108 FusG

mens von einer Rechtsform in eine andere" verstanden werden⁵⁵. Dass ein *Praxisbedürfnis* für das Rechtsinstitut der Umwandlung besteht (z.B. von einem Verein in eine AG oder von einer Genossenschaft in einen Verein oder von einer Genossenschaft in eine AG)⁵⁶ ist unbestritten⁵⁷. Umwandlungen waren denn auch schon bisher bekannt:

- *Bankenrecht*: Das Bankenrecht sieht im Rahmen von Art. 14 BankG schon seit langer Zeit die Umwandlung einer *Genossenschaftsbank* entweder in eine AG oder in eine *Kommandit-AG* vor; die (rechts-)historischen Hindergründe in diesem Zusammenhang interessieren nicht⁵⁸. Im Übrigen enthalten das GmbH-Recht sowie das Aktienrecht ebenfalls zwei Regelungsbereiche zu Umwandlungen, und zwar auch für Nicht-Banken:
- *GmbH-Recht*: Das GmbH-Recht sieht eine spezifische Form der Umwandlung vor, und zwar die *Umwandlung einer AG in eine GmbH* (Art. 824 ff. OR); es handelt sich hierbei aber – nicht wie bei der fusionsrechtlichen Umwandlung – um eine *übertragende* und nicht um eine rechtsformändernde Umwandlung. Als Folge des Prinzips eines Verbots der Mehrbelastung⁵⁹ wird dem Aktionär ein gesetzliches Austrittsrecht bzw. vielmehr ein eigentliches sog. "Nicht-Eintrittsrecht" zugestanden⁶⁰.
- *Aktienrecht*: Das Aktienrecht sieht eine fragmentarische Ordnung zur Umwandlung von Körperschaften des öffentlichen Rechts vor. Solche Körperschaften können im Sinne einer sog. *unechten Privatisierung* in bestimmte AG umgewandelt werden (Art. 762 f. OR)⁶¹. Doch schon vor dem Inkrafttreten des FusG wird argumentiert, dass – selbst ohne Gesetzesgrundlage – eine Umwandlung in eine privatrechtliche AG gemäss Art. 620 ff. OR als sog. *echte Privatisierung* möglich sei⁶². Eine Form der Umwandlung in die "andere Richtung" (sog. *Verstaatlichung*) ist in Art. 751 OR vorgesehen⁶³.

Die *Lehre* postuliert eine tolerante Haltung gegenüber Umwandlungen und betont die Privatautonomie im Gesellschaftsrecht. Die *Praxis* – und zwar sowohl die Handelsregisterbehörden⁶⁴ als auch die Gerichte – zeigen sich trotz fehlender gesetzlicher Grundlage in der Tendenz und in der Vergangenheit durchaus zugänglich für Rechtsformumwandlungen; beispielsweise wird das "Gegenstück" zu Art. 824 ff. OR, nämlich die *Umwandlung von GmbH in AG*, schon unter dem Aktienrecht als prinzipiell zulässig betrachtet⁶⁵.

Die *künftige fusionsrechtliche* Ordnung könnte eine besondere Bedeutung etwa bei ehemaligen "Jungunternehmungen" finden, nämlich wenn die Unternehmungen, die – z.B. aus Kostengründen – "klein" begonnen haben und "grösser" geworden sind, aus ihrem "*ersten Kittel*" *herausgewachsen* sind und einen aktuellen "Massanzug" wünschen⁶⁶.

2. Blicke nach vorne – ausgewählte Details

a. Zulässige Umwandlungen

Das FusG strebt eine *möglichst weitgehende Flexibilisierung* von Restrukturierungsmöglichkeiten für Gesellschaf-

ten an (Art. 1 Abs. 1 FusG). Immerhin sind dabei bestimmte *zwingende Leitplanken* des Gesetzes zu beachten (Art. 1 Abs. 2 FusG). Die Zulässigkeit von Umwandlungen bei Gesellschaften ist breit, aber *nicht umfassend*; Ausgangs- und Zielrechtsform müssen hinsichtlich der rechtlichen Strukturen grundsätzlich *kompatibel* sein⁶⁷. Insofern ist die

- 55 Groupe, Schlussbericht, 65; HENRY PETER, La transformation de société endroit suisse, in: JbHR (Zürich 1995) 30 ff. Zudem: BGE 125 III 20 Erw. 3 a.
- 56 Zu diesen drei Situationen: MARTIN LANZ/OLIVER TRIEBOLD, Der Rechtskleidwechsel eines Vereins in eine Aktiengesellschaft, SZW 72 (2000) 57 ff.; CLEMENS MEISTERHANS, Die rechtsformwechselnde Umwandlung einer Genossenschaft in einen Verein, in: JbHR (1997) 65 ff.; DERS., Die Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, in: JbHR (1996) 62 ff.
- 57 Dies stellt denn auch die Analyse vor dem FusG dar: Groupe, Schlussbericht, 65.
- 58 Hinweise bei: MEIER-SCHATZ, Rechtsformwechsel, 354 sowie 356; VON BÜREN, Sicht, 300 FN 9; des Weiteren: Begleitbericht zum FusG, 3.
- 59 Vgl. dazu vorne I. B. 2.
- 60 Details: KUNZ, Minderheitenschutz, § 4 N 115 ff. sowie § 13 N 132.
- 61 Hinweise: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 133.
- 62 In diesem Sinne: ROLAND VON BÜREN, Die Rechtsformumwandlung als Voraussetzung einer Privatisierung, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, Hrsg. W. WIEGAND (Bern 1998) 23; DERS., Die Rechtsformumwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine private Aktiengesellschaft nach OR 620 ff., SZW 67 (1995) 87 ff.; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Am Ende war die Aktiengesellschaft – Möglichkeiten der Umwandlung öffentlich-rechtlicher Körperschaften, in: FS R. Bär, Hrsg. R. VON BÜREN (Bern 1998) 232 f. Allg.; ROLF H. WEBER, Öffentliche Unternehmen und Privatisierungen unter dem Fusionsgesetz, ZBJV 135^{ms} (1999) 79 ff.; LUKAS HANDSCHIN/THOMAS SIEGENTHALER, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, SJZ 96 (2000) 405 ff.
- 63 Statt aller: MICHAEL STÄMPFLI, Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft (...) (Diss. Bern 1991) 241 f.; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht (Bern 1996) § 58 N 32 ff.
- 64 Mitteilung des EHRA an die Kantonalen Handelsregisterbehörden vom 30.3.1999 u.a. betreffend Umwandlungen: REPRAX 1 (1999) 41 ff.
- 65 BGE 125 III 18; hierzu: VON BÜREN/BÜRGI, Umwandlung 3 ff. (Übersetzung auf Deutsch: a.a.O. 32 ff.); CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Zur Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, SZW 72 (2000) 191 ff.
- 66 Zu denken ist etwa an zwei Bereiche, nämlich an Umwandlungen von *GmbH in AG* (Art. 54 Abs. 1 lit. a FusG), die nach wie vor in der Wirtschaftsrealität eher "akzeptiert" sind, und an Umwandlungen von *Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaften in Kapitalgesellschaften* (Art. 54 Abs. 2 lit. a/Abs. 3 lit. a FusG).
- 67 MEIER-SCHATZ, Einführung, 523 FN 136. Die *Kompatibilität* fehlt z.B. bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft oder in einen Verein: RIEMLE, Kommentar, N 14 f. zu Art. 54 FusG.

Privatautonomie eingeschränkt, weil eben nur spezifische Umwandlungen erlaubt sind⁶⁵.

Beispiele: Eine *Kapitalgesellschaft* kann umgewandelt werden in eine andere Kapitalgesellschaft oder in eine Genossenschaft (Art. 54 Abs. 1 FusG), eine *Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaft* kann umgewandelt werden in eine Kapitalgesellschaft, in eine Genossenschaft oder in eine andere Kollektiv-/Kommanditgesellschaft (Art. 54 Abs. 2/Abs. 3 FusG), und eine *Genossenschaft* kann schliesslich in eine Kapitalgesellschaft oder – unter bestimmten Voraussetzungen – in einen Verein⁶⁶ umgewandelt werden (Art. 54 Abs. 4 FusG).

Für die Umwandlung von *Kollektiv- bzw. Kommanditgesellschaften* in *Kommandit- bzw. Kollektivgesellschaften* (und vice versa) sieht Art. 55 FusG eine Art von Sonderregelung vor. Die Ordnung stellt nämlich eine "gesetzgeberische Insel" dar, indem festgehalten wird: "Auf die Umwandlung gemäss diesem Artikel [sc. Art. 55 FusG] finden die Bestimmungen dieses Kapitels keine Anwendung", d.h. es kommt die allgemein bekannte *obligationenrechtliche Ordnung* zum Zug (Art. 55 Abs. 4 FusG), was eine *Erleichterung* darstellt⁷⁰. Es liegt m.a.W. *keine Neuerung* des FusG vor⁷¹.

Verschiedene Umwandlungen von Gesellschaften erweisen sich schliesslich als *unzulässig*, und zwar *e contrario* zu Art. 54 FusG. Tatsächlich sind künftig nur noch die *ausdrücklich im Gesetz* vorgesehenen Umwandlungen überhaupt erlaubt, wodurch etwa der Handlungsspielraum des Handelsregisters (HR) eingeschränkt wird. Beispielsweise darf eine *AG nicht in einen Verein* umgewandelt werden⁷², während der umgekehrte Vorgang – weil eben explizit im Gesetz vorgesehen (Art. 54 Abs. 5 FusG) – für einen im HR eingetragenen Verein akzeptiert wird.

b. Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Gemäss dem *Grundsatz* von Art. 53 FusG werden durch eine Umwandlung die "Rechtsverhältnisse (...) nicht verändert". Dies muss natürlich – unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes – auch für die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gelten. Der Gesetzgeber des FusG sieht *ausgebaute Schutzmechanismen* vor und führt aus: "Aufgrund der recht unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungen der verschiedenen Gesellschaftsformen bedingt die Zulassung der Umwandlung einen hinreichenden Schutz der Minderheitengesellschafterinnen und -gesellschafter vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung"⁷³.

Mitgliedschaftsrechtliche Kontinuität⁷⁴ bedeutet *nicht*, dass für die betroffenen Gesellschafter *überhaupt keine Änderungen* in ihren Rechten und Pflichten vorkommen können; massgeblich ist das System der *umgewandelten* Gesellschaft ("Zielgesellschaft"). Wird beispielsweise eine *AG in eine Genossenschaft* umgewandelt, unterstehen die (früheren) Aktionäre einer Treuepflicht gemäss Art. 866 OR; bei der Umwandlung einer *AG in eine GmbH* besteht neu ein Konkurrenzverbot (Art. 818 OR). Der Gesellschafterschutz wird mittels *qualifizierter Quoren* beim Umwandlungsbeschluss berücksichtigt (Art. 64 Abs. 1 lit. a FusG).

Art. 56 Abs. 1 FusG hält – wie die vergleichbaren Ordnungen bei den Fusionen (Art. 7 FusG) und bei den Spaltungen (Art. 31 FusG) – fest, dass die "Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter (...) bei der Umwandlung zu wahren" sind und drückt m.a.W. den zentralen Grundsatz der *mitgliedschaftsrechtlichen Kontinuität* aus. Dies bedeutet beispielsweise, dass bei der Umwandlung von Gesellschaften ohne Anteilscheine (z.B. bei Genossenschaften) in AG die Gesellschafter bzw. die Genossenschafter mindestens eine Aktie erhalten müssen⁷⁵; anders kann nämlich das *zwingende Mindeststimmrecht* des Aktionärs (Art. 692 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 706b Ziff. 1 OR) nicht sichergestellt werden.

Das Prinzip der mitgliedschaftsrechtlichen Kontinuität ist bei der Umwandlung nahezu identisch mit den Grundsätzen bei der Fusion und bei der Spaltung geregelt, d.h. "den Gesellschaften sind im neuen Rechtskleid grundsätzlich gleichwertige Beteiligungsrechte zu gewähren"⁷⁶. Der zentrale Unterschied (zur Fusion) liegt im *Fehlen einer Relativierung* der mitgliedschaftsrechtlichen Kontinuität und somit in der *strengen Ausgestaltung* dieses Prinzips. Ein Spitzenausgleich bzw. eine Ausgleichszahlung – wie in Art. 7 Abs. 2 FusG im Zusammenhang mit den Fusionen – wird bei den Umwandlungen *nicht* zugelassen⁷⁷. Dies bedeutet nichts Anderes, als dass der Minderheitenschutz bei Umwandlungen *konzeptionell noch ausgeprägter* ist als bei den Fusionen.

c. Gründung und Zwischenbilanz

Bei der Umwandlung finden die *ZGB-/OR-Bestimmungen* über die Gründungen einer *entsprechenden* Gesellschaft jeweils Anwendung, wobei *Ausnahmen* für die Anzahl der Gründer bei Kapitalgesellschaften⁷⁸ und für die Sachein-

- 68 RIEMLE, Kommentar, N 3 f. zu Art. 54 FusG.
 69 Allg.: MICHAEL RIEMER, Die Behandlung der Vereine und Stiftungen im Fusionsgesetz, SJZ 100 (2004) 201 ff., v.a. 205.
 70 Beispielsweise ist *kein Umwandlungsplan* und *kein Umwandlungsbericht* nötig; ausserdem gilt die *persönliche Haftung* des austretenden Gesellschafters *fünf Jahre*: REICH, Kommentar, N 10 f. zu Art. 55 FusG.
 71 RIEMLE, Kommentar, N 1 zu Art. 55 FusG.
 72 Weitere Beispiele: RIEMLE, Kommentar, N 5 ff. zu Art. 54 FusG.
 73 Begleitbericht zum FusG: 14; ähnlich in der Analyse: KUHN, Vorentwurf, 242.
 74 Allg.: GLANZMANN, Kontinuität, 139 ff. m.w.H.; DERS., Kommentar, N 3 ff. zu Art. 56 FusG.
 75 Art. 56 Abs. 2 FusG. In diesem Sinne: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 145 FN 393, KUHN, Vorentwurf, 249.
 76 GASSER/EGGENBERGER, Vorentwurf, 478.
 77 Hinweise: GASSER/EGGENBERGER, Vorentwurf, 479 FN 238; a.M.: GLANZMANN, Kommentar, N 8 zu Art. 56 FusG; zudem: Botschaft zum FusG: BBI 2000 V 4451.
 78 Beispielsweise kann eine *Einpersonen-GmbH* direkt in eine *Einpersonen-AG* umgewandelt werden: RIEMLE, Kommentar, N 6 zu Art. 57 FusG.

lagevorschriften bestehen (Art. 57 FusG). Dies mag überraschen, nachdem mit der Umwandlung doch eben gerade *keine Gründung* verbunden ist⁷⁹. Die Ordnung beabsichtigt zu verhindern, dass *spezifische Gründungsvorschriften umgangen* werden können⁸⁰, also etwa: Gründung einer "simplen" Gesellschaft mit anschliessender Umwandlung in eine "komplexe" Gesellschaft. Zu beachten sind unter diesem Aspekt insbesondere die *Liberierungsvorschriften* für das Gesellschaftskapital, die Regeln zum *Firmenrecht* sowie die Bestimmungen zur *Organisation* der Gesellschaft⁸¹.

Art. 58 Abs. 1 FusG hält des Weiteren fest: "Liegt der Bilanzstichtag zum Zeitpunkt der Erstattung des Umwandlungsberichts mehr als sechs Monate zurück oder sind seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der Gesellschaft eingetreten, so muss diese eine Zwischenbilanz erstellen". Die Praxis dürfte sich schon bald damit auseinandersetzen haben, was "wichtige Änderungen in der Vermögenslage" sind⁸². Für die *Zwischenbilanz* ist beispielsweise eine "körperliche Bestandsaufnahme" nicht notwendig (Art. 58 Abs. 2 lit. a FusG).

d. Schritte der Umwandlung

Das FusG sieht zur "Anpassung der rechtlichen Strukturen" einen eigentlichen *Stufenplan* vor, der bei den Fusionen (Art. 9 ff. FusG), bei den Spaltungen (Art. 32 ff. FusG) und bei den Umwandlungen (Art. 57 ff. FusG) durchaus *vergleichbar* ist. Als *Überblick* sind folgende "Stufen" für eine Rechtsformumwandlung zu vollziehen:

Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft erstellt einen (schriftlichen) sog. *Umwandlungsplan* (keinen "Umwandlungsvertrag")⁸³, der schliesslich von der Generalversammlung (GV) der Gesellschaft zu genehmigen ist (Art. 59 FusG)⁸⁴; der Umwandlungsplan⁸⁵ enthält u.a. nebst dem Namen oder der Firma, dem Sitz und der Rechtsform, den neuen Statuten auch "die Zahl, die Art und die Höhe der Anteile, welche die Anteilshaberinnen und die -inhaber nach der Umwandlung erhalten" (Art. 60 lit. c FusG).

Zusätzlich muss – zur Information der Gesellschafter⁸⁶ – ein sog. *Umwandlungsbericht* erstellt werden, auf den immerhin KMU bei Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verzichten können (Art. 61 Abs. 1/Abs. 2 FusG)⁸⁷; das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft hat im Umwandlungsbericht "rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen" u.a. Zweck und Folgen der Umwandlung, das Umtauschverhältnis für Anteile bzw. die Mitgliedschaft der Gesellschafter nach der Umwandlung und – sofern vorhanden – allfällige Nachschusspflichten oder andere persönliche Leistungspflichten, die sich für die Gesellschafter aus der Umwandlung ergeben (Art. 61 Abs. 3 FusG).

Der Umwandlungsplan, der Umwandlungsbericht und "die der Umwandlung zugrunde liegende Bilanz" sind einem *besonders befähigten Revisor* zur Prüfung vorzulegen (Art. 62 Abs. 1 FusG); KMU sind bei Zustimmung aller Gesellschafter von dieser Prüfungspflicht befreit. Der Revisor prüft, "ob die Voraussetzungen für die Umwand-

lung erfüllt sind, insbesondere, ob die Rechtsstellung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter nach der Umwandlung gewahrt bleiben" (Art. 62 Abs. 4 FusG), und erstellt den (schriftlichen) sog. *Prüfungsbericht*, der zwingend ist⁸⁸.

Das Prinzip der *Publizität bzw. Transparenz* ist für die Gesellschafter auch bei Umwandlungen von grosser Bedeutung⁸⁹. Aus diesem Grund haben die Gesellschafter in Bezug auf den Umwandlungsplan, den Umwandlungsbericht und den Prüfungsbericht des Revisors und weitere Unterlagen ein *Einsichtsrecht* am Gesellschaftssitz während 30 Tagen vor der Beschlussfassung (Art. 63 Abs. 1 FusG)⁹⁰; erneut können KMU bei Zustimmung⁹¹ sämtlicher Gesellschafter darauf verzichten (Art. 63 Abs. 2 FusG). Gegenüber dem Aktienrecht besteht ein ausgebauter Minderheitenschutz, indem die Gesellschafter einen Anspruch auf *unentgeltliche Kopien* der erwähnten Unterlagen haben (Art. 63 Abs. 3 FusG)⁹².

Der nächste Schritt ist ein sog. *Umwandlungsbeschluss*, d.h. der Umwandlungsplan ist einer *GV* zur Beschlussfas-

79 Vgl. dazu vorne II. A. 1. a.

80 Zum Normzweck: RIEMLE, Kommentar, N 2 zu Art. 57 FusG.

81 Beispiele: Soll eine *GmbH* mit – aktuell – einem Stammkapital von CHF 20000.– und ohne Revisionsstelle in eine *AG* umgewandelt werden, muss das Kapital auf mindestens CHF 100000.– (Art. 621 OR) erhöht und eine *Revisionsstelle* gewählt (Art. 727 ff. OR) werden. Wird eine *Genossenschaft* in einen *Verein* umgewandelt, muss der *wirtschaftliche Zweck* der ersteren (Art. 828 Abs. 1 OR) in einen *ideellen Zweck* abgeändert werden (Art. 60 Abs. 1 ZGB). Botschaft zum FusG: BB1 2000 V 4451 f.; RIEMLE, Kommentar, N 5 zu Art. 57 FusG.

82 Hinweise: RIEMLE, Kommentar, N 5 zu Art. 58 FusG.

83 Es gibt einen "Plan" statt einem "Vertrag", weil bei der Umwandlung eben nur *eine einzige* Partei involviert ist, die fortlebt (anders als etwa bei der Vermögensübertragung, bei der ein "Vertrag" und nicht ein "Plan" im Vordergrund ist): MEIER-SCHATZ, Einführung, 524; allg.: GIGER, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 59 FusG.

84 Unter dem Aspekt des *Prinzips eines Verbots der Mehrbelastung* sieht das Gesetz einige "*Vetorechte*" (Einstimmigkeitsprinzip) vor: Art. 64 Abs. 1 lit. a/lit. b sowie Abs. 2 FusG.

85 Normzweck ist der *Gesellschafterschutz*: GIGER, Kommentar, N 2 zu Art. 60 FusG.

86 GIGER, Kommentar, N 1 zu Art. 61 FusG.

87 Auf den *Bericht* kann auch *verzichtet* werden, wenn *alle Gesellschafter* dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan angehören: GIGER, Kommentar, N 11 zu Art. 61 FusG.

88 Dass der Prüfungsbericht nicht in Art. 62 Abs. 4 FusG erwähnt ist, stellt ein *gesetzgeberisches Versehen* dar: GIGER, Kommentar, N 9 zu Art. 62 FusG.

89 Vgl. dazu vorne I. B. 2.

90 Hierbei steht die *innergesellschaftliche Transparenz* im Vordergrund: GIGER, Kommentar, N 1 zu Art. 63 FusG.

91 Die Gesellschafter können *formlos zustimmen*; a.M.: RIEMLE, Kommentar, N 2 zu Art. 63 FusG, der – auf welcher Grundlage auch immer – *schriftliche* Verzichtserklärungen verlangt.

92 Aktienrechtlich wesentlich *zurückhaltender* wird das *Einsichtsrecht für das GV-Protokoll* (Art. 702 Abs. 3 OR) beurteilt: KUNZ, Minderheitenschutz, § 12 N 172 ff., v.a. N 173.

sung zu unterbreiten, wobei *qualifizierte Mehrheiten* zu erreichen sind (Art. 64 Abs. 1 FusG); wegen des Prinzips des *Verbots einer Mehrbelastung* sieht insbesondere Art. 64 Abs. 1 lit. a FusG vor, dass – wenn eine Umwandlung in eine GmbH mit Nachschusspflichten oder anderen persönlichen Leistungspflichten erfolgt – die "Zustimmung aller Aktionärinnen und Aktionäre" notwendig ist⁹³. Der Umwandlungsbeschluss bedarf im Übrigen der *öffentlichen Beurkundung* (Art. 65 FusG)⁹⁴.

Die Umwandlung wird abgeschlossen mit der *Eintragung im HR* (Art. 67 FusG), und zwar mit der *Tagebucheintragung* der HR-Anmeldung⁹⁵. Trotz fehlender Regelung im Gesetz zum Zeitpunkt der Anmeldung hat die HR-Anmeldung unmittelbar bzw. *sofort* nach dem Vorliegen des Beschlusses zur Umwandlung zu erfolgen⁹⁶. Die HR-Eintragung ist somit *konstitutiv*⁹⁷ und muss gemäss Art. 66 FusG vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft angemeldet werden.

e. Fragen zur Haftung

Im Zusammenhang mit dem *Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz* stellen sich prinzipiell dieselben Fragen wie bei den Fusionen und bei den Spaltungen⁹⁸. Konsequenterweise *verweist* denn auch Art. 68 FusG – beispielsweise betreffend der persönlichen Haftung der Gesellschafter – einfach auf Art. 26 FusG⁹⁹. Immerhin ist die *Gefährdung der Gläubigerinteressen* i.d.R. – zumindest im Vergleich mit der Fusion und der Spaltung – wesentlich *kleiner*, so dass die Schutzmechanismen geringer ausgebaut sind¹⁰⁰.

Im Zusammenhang mit dem *Prüfungsbericht* für die Umwandlung¹⁰¹ werden sich in der Praxis sicherlich bald schon spezifische Fragen stellen. Für die *Verantwortlichkeit* enthält Art. 108 FusG eine *spezifische* Ordnung; besonders bedeutsam ist sicherlich die *aktienrechtliche Verweisung* (Art. 108 Abs. 3 FusG), die über kurz oder lang die aktienrechtlichen "Streitthemen" (z.B. Rechtsnatur bzw. Einreden-Thematik, Kostenverteilung bei Klagen) in die fusionsrechtliche Diskussion einführen werden.

3. Klagemöglichkeiten

Die verschiedenen Klagemöglichkeiten¹⁰² sind ein *zentraler Ansatzpunkt* für den *Minderheitenschutz* einerseits¹⁰³ und für den *Gläubigerschutz* andererseits. Das FusG bringt verschiedene Klagen, die teils neu und teils (in anderem Zusammenhang) bekannt sind:

Neu¹⁰⁴ eingeführt wird die sog. *Klage auf Angemessenheitskontrolle*: "Wenn bei (...) einer Umwandlung die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind (...), kann jede Gesellschafterin und jeder Gesellschafter innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des (...) Umwandlungsbeschlusses verlangen, dass das Gericht eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt" (Art. 105 Abs. 1 FusG)¹⁰⁵. Die Wirksamkeit dieser *Leistungsklage*¹⁰⁶ wird dadurch relativiert, dass eine solche Klagemöglichkeit gemäss Art. 105 Abs. 4 FusG den *Vollzug* einer Umwandlung *nicht hemmen* kann. Es geht somit ausschliesslich um monetäre Aspekte, d.h. die Gesellschaft als

beklagte Partei kann sich "auskaufen". In der Praxis dürfte dieser Klagemöglichkeit *keine starke präventive* Wirkung zukommen¹⁰⁷.

Art. 106 Abs. 1 FusG¹⁰⁸ sieht die Möglichkeit zur *Anfechtungsklage* vor¹⁰⁹: "Sind die Vorschriften dieses Gesetzes verletzt, so können Gesellschafterinnen und Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger, die dem Beschluss über (...) 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"¹¹⁰. Diese fusionsrechtliche *Gestaltungsklage* führt dazu, dass bei Umwandlungen von AG auch *VR-Beschlüsse anfechtbar* werden (Art. 106 Abs. 2 FusG). Besonders hervorgehoben sei, dass die betroffenen Gesellschaften ein *gerichtlich festzulegendes "Nachbesserungsrecht"* haben (Art. 107 Abs. 1 FusG)¹¹¹.

Die dritte und letzte explizit im FusG erwähnte fusionsrechtliche Klagemöglichkeit eines jeden Gesellschafters (oder Gesellschaftsgläubigers) ist die *Verantwortlichkeitsklage* gemäss Art. 108 FusG. Es handelt sich bei dieser Klage um eine *Leistungsklage*, die dem aktienrechtlichen Regime

93 Damit wird der *Minderheitenschutz* hervorgehoben: JERMINI, Kommentar, N 4 zu Art. 64 FusG.

94 Details: JERMINI, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 65 FusG.

95 PASSADELIS, Kommentar, N 4 zu Art. 67 FusG.

96 In diesem Sinne: PASSADELIS, Kommentar, N 4 zu Art. 66 FusG; ausserdem die Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4457. Immerhin bleibt die *Verletzung sanktionslos*.

97 PASSADELIS, Kommentar, N 10 zu Art. 66 FusG sowie N 2 zu Art. 67 FusG.

98 Übersicht: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 ff., v.a. 480.

99 AFFENTRANGER/REINERT, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 68 FusG.

100 In diesem Sinne ausdrücklich: AFFENTRANGER/REINERT, Kommentar, N 1 zu Art. 68 FusG.

101 Vgl. dazu vorne II. A. 2. d.

102 Von Interesse für die fusionsrechtlichen Klagen etwa: FELIX DASSER, Gerichtsstand und anwendbares Recht unter dem Fusionsgesetz, in: FS P. Forstmoser (Zürich 2003) 659 ff.

103 Allgemein: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 19 ff.

104 Übersicht etwa bei: GLANZMANN, Kontinuität, 153 ff. m.w.H.

105 BÜRGI/GLANZMANN, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 105 FusG.

106 A.M.: BÜRGI/GLANZMANN, Kommentar, N 2 zu Art. 105 FusG sowie GLANZMANN, Kontinuität, 153, die von einer *Gestaltungsklage* ausgehen.

107 KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 21.

108 Statt aller: SCHENKER, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 106 FusG.

109 Zum *Prozessualen* etwa: SCHENKER, Kommentar, N 28 ff. zu Art. 106 FusG.

110 Gerügt werden kann einzig eine *Verletzung des FusG* – gl.M.: SCHENKER, Kommentar, N 12 ff. zu Art. 106 FusG. Sollten aber beispielsweise bei einer umzuwandelnden AG die *Statuten* ein erhöhtes Quorum für die Beschlussfassung vorsehen, das dann im Anschluss in der GV verletzt wird, muss die *aktienrechtliche Anfechtungsklage* (Art. 706 f. OR) herangezogen werden. Das *Verhältnis dieser beiden Klagen* dürfte in Zukunft noch zu interessanten Diskussionen führen.

111 Details: SCHENKER, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 107 FusG.

im Sinne von Art. 752 ff. OR nachgebildet wurde; aus diesem Grunde gelangt beispielsweise die spezifische *Kostenverteilungsregelung* gemäss Art. 108 Abs. 3 FusG i.V.m. Art. 756 Abs. 2 OR zur Anwendung¹¹². Beklagt werden können nicht nur formelle Organe, sondern sämtliche mit einer Umwandlung "befassten Personen" (Art. 108 Abs. 1 FusG). Die Terminologie ist dem Aktienrecht im Sinne von Art. 754 Abs. 1 OR entnommen; insofern sollten künftig auch *Berater* (z.B. Rechtsanwälte) – als (potentielle) faktische bzw. materielle Organe – im Zusammenhang mit Umwandlungen auf der Hut sein¹¹³.

B. Vermögensübertragung

1. Übersicht

a. Grundverständnis

Die *Vermögensübertragung* gemäss Art. 69 ff. FusG¹¹⁴ ist ein *neues* Rechtsinstitut in der Schweiz: "Im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen können ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen" (Art. 69 Abs. 1 FusG). Die Vermögensübertragung kann, muss aber nicht mit einer *Gegenleistung* verbunden sein, und zwar an die *übertragende Gesellschaft* (nicht an deren Gesellschafter)¹¹⁵. Anders als bei der Umwandlung¹¹⁶ sind bei der Vermögensübertragung *mehrere Rechtsträger* betroffen.

Die Übertragung erfolgt – wie bei der Spaltung und bei der Fusion – in einem Akt bzw. "*uno actu*" mit Aktiven und Passiven¹¹⁷. Hierbei wird die *Gesamtheit* der im Übertragungsvertrag beschriebenen Vermögenswerte übertragen, ohne dass die für die Einzelübertragung dieser Werte geltenden Formvorschriften einzuhalten sind¹¹⁸, d.h. es erfolgt eine *formelle und materielle Erleichterung*, die den zentralen *Unterschied zu Art. 181 OR* ("Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes") darstellt¹¹⁹. Der Rechtsübergang des Vermögens erfolgt auf Basis einer sog. *partiellen Universalsukzession* (statt einer Singularsukzession)¹²⁰.

Die Vermögensübertragung stellt einerseits eine *Ergänzung bzw. Modifikation* zu Art. 181 OR dar¹²¹, ist andererseits aber sogleich ein *Surrogat* für die seit der Botschaft zum FusG nicht mehr vorgesehene *Spaltungs-Variante* der "Ausgliederung"¹²²; die Nähe zur bzw. die Verwandtschaft mit der Spaltung wird daran ersichtlich, dass Kapitel 3 FusG (also: "Spaltung") anwendbar ist, "(w)enn die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten"¹²³. Unbeschden dieser Zusammenhänge weist die Vermögensübertragung einen *originellen Charakter* auf, was die Botschaft zum FusG hervorhebt¹²⁴. Zu Recht wird deshalb die "Multifunktionalität" der Vermögensübertragung hervorgehoben¹²⁵.

Inhärente Risiken bestehen bei der Vermögensübertragung – wie bei der Umwandlung – darin, dass einige *Verweisungen* enthalten sind (z.B. Art. 108 Abs. 3 FusG), durch die allfällige Streitigkeiten bei anderen Rechtsinsti-

tuten transferiert werden könnten. Weitere Risiken ergeben sich daraus, dass es sich – etwas trivial – um ein *neues* Instrumentarium handelt, mit dem sich einfach noch niemand wirklich auskennt¹²⁶.

b. Blicke zurück

Die Vermögensübertragung bzw. eine *spezifische Form* davon wird vor dem FusG durch *Art. 181 OR* als Sonderfall der Schuldübernahme gemäss Art. 175 ff. OR vorgesehen.

- 112 Zur rechtspolitischen Kritik daran: KUNZ, Minderheitenenschutz, § 13 N 25 sowie § 11 N 204 ff.
- 113 Gl.M.: SCHENKER, Kommentar, N 11 zu Art. 108 FusG.
- 114 Kurze Übersicht: KLÄY/TURIN, Entwurf, 32 ff.; detaillierter: LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1095 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 42 ff.
- 115 FRICK, Kommentar, N 7 zu Art. 69 FusG sowie N 5 zu Art. 71 FusG.
- 116 Vgl. dazu vorne II. A. 1. a.
- 117 Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4459.
- 118 FRICK, Kommentar, 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 (...)"
- 119 Dieser Aspekt wird in den parlamentarischen Beratungen besonders hervorgehoben: Amtl. Bull. StR 2001 158 (Kommissionssprecher SR SCHWEIGER); zum Aspekt der *Erleichterung* des Weiteren die Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4338.
- 120 MEIER-SCHATZ, Einführung, 524 spricht allgemein von einer "Universalsukzession"; kritisch zum Begriff: KLÄY/TURIN, Entwurf, 2; LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1100 spricht von einer "partiellen Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts"; zudem: BERETTA, Vertragsübertragungen, 249 ff.; JOACHIM G. FRICK, Partielle Universalsukzession als Novum, NZZ vom 10.10.2002, 25; DERS., Kommentar, N 1 zu Art. 69 FusG.
- 121 Der *bisherige Art. 182 OR* ("Vereinigung und Umwandlung von Geschäften") wird *ersatzlos gestrichen*, hingegen werden *Art. 181 Abs. 2/Abs. 4* etwas *modifiziert*.
- 122 Vgl. dazu vorne I.A. 2.
- 123 Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4555; nunmehr explizit: Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG.
- 124 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.
- 125 KLÄY/TURIN, Entwurf, 36.
- 126 Unter Hinweis auf die zahlreichen offenen Fragen etwa: KLÄY/TURIN, Entwurf, 35 f.

Während die mit dem Vermögen oder Geschäft verbundenen Schulden bzw. *Passiven* von Gesetzes wegen übergehen, müssen die *Aktiven* einzeln nach den Regeln der Singularsukzession übertragen werden, d.h. ein "uno actu"-Vorgehen ist bis anhin nicht möglich. Dass die *Aktiven* nicht übergehen bei Art. 181 OR, ist ein zentrales Problem in der Praxis¹²⁷.

Für den *Gläubigerschutz* sieht bis anhin Art. 181 Abs. 2 OR eine *solidarische Haftung* des alten und des neuen Schuldners während *zweier* Jahre vor. Mit dem FusG wird u.a. Art. 181 Abs. 2 OR revidiert, d.h. die solidarische Haftung des bisherigen Schuldners wird auf *drei* Jahre ausgedehnt.

Die fusionsrechtliche Ordnung zur Vermögensübertragung dürfte für das künftige Gesellschaftsrecht sowie für die Wirtschaftsrealität in der Schweiz ein *besonderes Gewicht* erhalten. Wohl mit gutem Grund hat beispielsweise der ständerätliche Kommissionssprecher der Vermögensübertragung einen "grossen praktischen Anwendungsbereich" prophezeit¹²⁸. Denkbare Anwendungsfelder sind etwa¹²⁹: Gründung von Tochtergesellschaften, Vereinfachung der Liquidation einer Gesellschaft, Veräusserung eines Unternehmensteils oder Anpassung der rechtlichen Strukturen, falls alternative Transaktionsformen nicht in Frage kommen¹³⁰.

2. Blicke nach vorne – ausgewählte Details

a. Übertragungsvertrag

Das Kernstück der Vermögensübertragung ist der von den obersten Leitungs- oder Verwaltungsorganen der an der Übertragung beteiligten Rechtsträger abzuschliessende (schriftliche) sog. *Übertragungsvertrag* (Art. 70 Abs. 1/ Abs. 2 FusG)¹³¹. Werden *Grundstücke* übertragen, sieht Art. 70 Abs. 2 FusG eine öffentliche Beurkundung der entsprechenden Teile des Vertrages vor; hierbei genügt indes *eine einzige* öffentliche Urkunde, selbst wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen, wobei die Urkunde durch eine Urkundsperson am Sitz des *übertragenden* Rechtsträgers errichtet werden muss.

Der *Inhalt* des Übertragungsvertrages ist im Gesetz im Detail geregelt (Art. 71 Abs. 1 FusG). Insbesondere bedarf es eines *Inventars* "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); können Gegenstände des Aktivvermögens *nicht zugeordnet* werden basierend auf dem Inventar, verbleiben sie beim *übertragenden* Rechtsträger (Art. 72 FusG).

In diesem Bereich bestehen erhebliche *Risiken*, nämlich wenn es an der "Eindeutigkeit" der Zuordnung fehlen sollte. Hervorzuheben ist deshalb die *Eigenverantwortlichkeit* der Parteien, die bereits im Parlament betont wird:

"Probleme stellen sich bezüglich des Detaillierungsgrades des Inventars. Aus dem Umstand, dass nur Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen sind, ergibt sich, dass für andere Vermögenswerte Sammelposten möglich sind. Aber auch solche Sammelposten müs-

sen die zu übernehmenden Vermögenswerte klar umschreiben. Was das genau heisst, kann nicht auf abstrakter Ebene umschrieben werden. Es wird den Parteien obliegen, den erforderlichen Detaillierungsgrad zu bestimmen"¹³².

Der Gesetzgeber hat ein *liberales Konzept* betreffend den übertragbaren Vermögenswerten verwirklicht, d.h. es gibt im Prinzip *keine Einschränkungen* bzw. keinen *Numerus clausus*¹³³; insbesondere existiert "keine Einengung auf unternehmerische (und andere geschlossene) Einheiten als Gegenstand der Vermögensübertragung"¹³⁴. Die Botschaft zum FusG hält fest: "Gegenstand einer Vermögensübertragung können jegliche übertragbaren Aktiven und Passiven sein; auch ein einziges Recht genügt dazu formell"¹³⁵. Mit einer Vermögensübertragung können, müssen aber *nicht zwingend Passiven* übergehen, was für Sanierungssituationen hilfreich sein kann¹³⁶.

Im Übertragungsvertrag muss der *gesamte Wert* der zu übertragenden Aktiven und Passiven ausgewiesen sein (Art. 71 Abs. 1 lit. c FusG); aus Art. 71 Abs. 2 FusG ergibt sich schliesslich, dass eine Vermögensübertragung nur für den Fall *zulässig* ist, dass das Inventar einen sog. *Aktivenüberschuss* ausweist¹³⁷. Der Übertragungsvertrag muss schliesslich *nicht notwendigerweise* einer *GV* vorgelegt werden¹³⁸.

127 Mit dieser Argumentation: KLÄY/TURIN, Entwurf, 4.

128 Amtl. Bull. StR 2001 158.

129 Die folgende Aufzählung bei: MEIER-SCHATZ, Einführung, 524; weitere Hinweise: FRICK, Kommentar, Vorbem. zu Art. 69–72, N 3.

130 Sollte z.B. eine *spezifische Umwandlung unzulässig* sein, kann allenfalls eine Vermögensübertragung weiterhelfen: RIEMLE, Kommentar, N 7 zu Art. 54 FusG.

131 Grundlegend: BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 359 ff. m.w.H.; ausserdem von Interesse: MARKUS VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 100 (2004) 105 ff.

132 Explizit zwar nur zur *Spaltung* angesprochen, bei der sich – im Prinzip – dieselbe Problematik ergibt: Amtl. Bull. StR 2001 157 (SR SCHWEIGER). Zum Detaillierungsgrad: FRICK, Kommentar, N 3 zu Art. 71 FusG.

133 Mit diesem Begriff: KLÄY/TURIN, Entwurf, 39.

134 MEIER-SCHATZ, Einführung, 524; ebenso: FRICK, Kommentar, N 4 zu Art. 69 FusG.

135 Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4460; LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1098 erwähnt "im Extremfall gar ein einzelnes Objekt (z.B. eine einzelne Forderung, ein Aktienpaket oder ein einzelnes Grundstück mit Grundpfandschulden)".

136 FRICK, Kommentar, N 5 zu Art. 69 FusG.

137 Obwohl mit einer Vermögensübertragung *auch Passiven* übertragen werden dürfen, können also *nicht ausschliesslich Passiven* transferiert werden: FRICK, Kommentar, N 5 zu Art. 69 FusG sowie N 7 zu Art. 71 FusG.

138 In gewissen Ausnahmefällen kann indes eine *GV-Kompetenz* entstehen; als Beispiele: Wenn bei einer AG eine *Statutenänderung* als Folge der Vermögensübertragung erforderlich wird (z.B. soll eine Betriebsgesellschaft in eine Holding umgewandelt werden, was eine *Zweckänderung* voraussetzt),

b. HR-Eintragung und Wirkungen

Für die Vermögensübertragung muss – wie bei der Fusion, bei der Spaltung und bei der Umwandlung – eine *Eintragung ins HR* erfolgen. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträger ist für die entsprechende HR-Anmeldung verantwortlich (Art. 73 Abs. 1 FusG)¹³⁹. Die Vermögensübertragung wird *mit der HR-Eintragung rechtswirksam* (Art. 73 Abs. 2 FusG)¹⁴⁰, der folglich *konstitutiv* ist¹⁴¹, d.h. mit diesem Zeitpunkt gehen die im Inventar aufgeführten Aktiven und Passiven *von Gesetzes wegen* vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger über. In diesem Zusammenhang bleibt Art. 34 des Kartellgesetzes vorbehalten¹⁴².

Beispielsweise geht das *Eigentum* an Sachen *eo ipso* mit der HR-Eintragung über; dies gilt selbst bei *Grundstücken*, bei denen die *Grundbucheintragung* (Art. 104 Abs. 2 FusG) bloss *deklaratorisch* wirkt¹⁴³. In der Lehre umstritten ist, welche Wirkungen die HR-Eintragung bzw. die Vermögensübertragung auf *Vertragsverhältnisse* hat¹⁴⁴:

In der (fusionsrechtlichen) Doktrin wird teils argumentiert, dass – weil eben eine Art der *Universalsukzession* vorliege – ein *automatischer Übergang der Vertragsverhältnisse* (also mit sämtlichen Rechten und Pflichten des Verhältnisses) erfolge, und zwar *ohne Zustimmung* der Vertragspartei¹⁴⁵. Eine solche Annahme steht indes in krassem Widerspruch zu allgemeinen obligationenrechtlichen Prinzipien¹⁴⁶, d.h. ein solcher Prinzipienbruch *würde* ohne weiteres eine "*lex specialis*" voraussetzen (wie z.B. Art. 333 OR), doch tatsächlich ergibt sich eben *nichts explizit* aus Art. 69 ff. FusG¹⁴⁷. Folglich gehen Vertragsverhältnisse bei einer Vermögensübertragung *nicht automatisch*, sondern jeweils nur *mit Zustimmung der Vertragspartei* über¹⁴⁸; eine in der Doktrin¹⁴⁹ vorgeschlagene Unterscheidung danach, ob z.B. ein "Betriebsteil" übertragen wird oder nicht, ist ebenfalls abzulehnen, weil es nicht nur an der Praktikabilität, sondern insbesondere an der gesetzlichen Grundlage für diese These fehlt.

c. Schutz von Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern

Die Möglichkeit, seinen Rechten *Klagen* zum Durchbruch zu verhelfen, ist eine wichtiges Prinzip – sei es im Gesellschaftsrecht im Allgemeinen oder im Fusionsrecht im Besonderen – sowohl des Minderheiten- bzw. *Gesellschafters*schutzes als auch des *Gläubigers*schutzes. Dies kommt auch bei der Vermögensübertragung zum Ausdruck, indem verschiedene Klagemöglichkeiten den Gesellschaftern bzw. den Gesellschaftsgläubigern offen stehen¹⁵⁰.

Der *Gesellschafter* ist (anders als die Gesellschaft) durch die Vermögensübertragung *nur mittelbar* betroffen, 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)¹⁵¹. Anders als bei der Umwandlung (und bei der Fusion bzw. bei der Spaltung) sind die *Mitspracherechte beschnitten*, insbesondere wird die Vermögensübertragung – wie erwähnt – nur in Ausnahmefällen einer GV zur Beschlussfassung vorgelegt. Die

Gesellschafter haben nur, aber immerhin – dem Konzept einer "nachträglichen Spontaninformation" folgend¹⁵² – einen *Informationsanspruch*, der in Art. 74 FusG geregelt wird:

Die Vermögensübertragung ist nämlich im *Anhang* zur Jahresrechnung offenzulegen bzw. – sollte keine Jahresrechnung zu erstellen sein – es hat darüber an der *nächsten GV orientiert* zu werden (Art. 74 Abs. 1 FusG). Ein bloss

oder wenn eine Vermögensübertragung einer *Liquidationshandlung* gleichkommt, gehört die Transaktion in die GV – der letztere Fall ausdrücklich in der Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4461 f. Allg.: FRICK, Kommentar, N 8 ff. zu Art. 70 FusG; LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1098; BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 372.

- 139 Der *Zeitpunkt der Anmeldung* ist nicht geregelt, bestimmt sich aber nach *pflichtgemäßem Ermessen*; in diesem Sinne: PASSADELIS, Kommentar, N 4 zu Art. 73 FusG.
- 140 HR-Anmeldung und HR-Eintragung bilden das *Verfügungsgeschäft* der Vermögensübertragung: FRICK, Kommentar, N 3 zu Art. 70 FusG.
- 141 PASSADELIS, Kommentar, N 7 zu Art. 73 FusG.
- 142 Erläuterungen hierzu: LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1097 f.
- 143 LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1100; FRICK, Kommentar, N 11 zu Art. 70 FusG.
- 144 Zur Auslegeordnung: BERETTA, Vertragsübertragungen, 249 ff., v.a. 251 ff.; FRICK, Kommentar, N 19 ff. zu Art. 69 FusG m.w.H.; PASSADELIS, Kommentar, N 8 zu Art. 73 FusG; AFFENTRANGER, Kommentar, N 4 zu Art. 75 FusG.
- 145 Statt aller: BERETTA, Vertragsübertragungen, 253 (immerhin entsteht, gemäss dieser Autorin, zumindest ein *ausserordentliches Kündigungsrecht*); BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 365 f.; Übersicht zum Meinungsstand: FRICK, Kommentar, N 18 ff. zu Art. 69 FusG (der Autor selber differenzierend: a.a.O. N 21 ff. zu Art. 69 FusG).
- 146 Zur OR-Situation: BERETTA, Vertragsübertragungen, 250.
- 147 Ganz im Gegenteil zeigen die *Materialien* auf, dass der Gesetzgeber *implizit den voraussetzungslosen Übergang ablehnt*; Nachweise bei: FRICK, Kommentar, N 19 zu Art. 69 FusG.
- 148 Da bis anhin noch *kein Präjudiz* vorliegt, ist sicherlich zu empfehlen, in jedem Fall die *Zustimmung einzuholen*; es darf gespannt gewartet werden, wie sich das Bundesgericht in Zukunft entscheiden wird.
- 149 FRICK, Kommentar, N 21 ff. zu Art. 69 FusG geht von einem automatischen Übergang des Vertragsverhältnisses aus, allerdings mit gewissen *Einschränkungen*, nämlich: wenn "nur Einzelgegenstände oder mehr oder weniger zufällig zusammengewürfelte Vermögensteile" übertragen werden sollen (a.a.O. N 22), oder wenn es um "ad personam-Verträge" (a.a.O. N 23) geht. Ein solcher Ansatz vermag dem Gebot der *Rechtssicherheit* nicht zu genügen.
- 150 Vgl. dazu hinten II. B. 2.
- 151 Die *Kontinuität der Mitgliedschaft* wird bei der Vermögensübertragung *nicht* berührt: GLANZMANN, Kontinuität, 140.
- 152 KOSLAR, Kommentar, N 2 zu Art. 74 FusG.

formeller Hinweis genügt nicht, muss die Vermögensübertragung doch "rechtlich und wirtschaftlich" *erläutert und begründet* werden, und zwar hinsichtlich dem Zweck und den Folgen der Vermögensübertragung sowie der Gegenleistung für die Übertragung (Art. 74 Abs. 2 FusG). Bei "kleinen" Vermögensübertragungen, die weniger als 5% Prozent der Bilanzsumme der übertragenden Gesellschaft ausmachen¹⁵³, entfällt die Informationspflicht (Art. 74 Abs. 3 FusG) im Sinne einer "De minimis"-Regel.

Hinsichtlich dem *Gläubigerschutz*¹⁵⁴ sieht Art. 75 Abs. 1 FusG vor, dass die "bisherigen Schuldner (...)" für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner haften¹⁵⁵. Ansprüche gegen den übertragenden Rechtsträger verjähren spätestens drei Jahre nach Publikation der Vermögensübertragung (Art. 75 Abs. 2 FusG)¹⁵⁶. In bestimmten Situationen ist eine Sicherstellung der Forderung erforderlich (Art. 75 Abs. 3 FusG).

Hinsichtlich der *Situation für Arbeitnehmer* verweisen Art. 76 f. FusG auf die obligationenrechtlichen Regelungen (nämlich: Art. 333/Art. 333a OR)¹⁵⁷. Während die Verweisung auf Art. 333 OR *bloss deklaratorisch* ist¹⁵⁸, bringt Art. 77 Abs. 1 FusG eine *Neuerung*, indem Art. 333a OR nun nicht nur beim *übertragenden*, sondern auch beim *übernehmenden* Rechtsträger zur Anwendung gelangt¹⁵⁹.

3. Klagemöglichkeiten

Vermögensübertragungen können – wie Fusionen, Spaltungen sowie Umwandlungen – ohne weiteres Anlass für Verantwortlichkeitsansprüche sein, d.h. *Verantwortlichkeitsklagen* sind möglich (Art. 108 FusG). Insofern kann für diese Klage grundsätzlich auf die früheren Ausführungen verwiesen werden¹⁶⁰.

Anders als bei einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung kann indes bei einer Vermögensübertragung *nicht* gerichtlich überprüft werden, ob die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte angemessen gewahrt werden bzw. ob die Abfindung angemessen ist, d.h. Art. 105 FusG stellt kein Klagefundament dar bzw. es gibt *keine Klage auf Angemessenheitskontrolle*. Dies ist konsequent, weil durch die Vermögensübertragung einzig Aktiven und Passiven, nicht aber Anteils- und Mitgliedschaftsrechte berührt werden. Es handelt sich hierbei um ein *qualifiziertes Schweigen* des Gesetzgebers¹⁶¹.

Auf den ersten Blick erscheint *unklar*, ob bei einer Vermögensübertragung eine fusionsrechtliche *Anfechtungsklage* zulässig ist oder nicht. Der Wortlaut von Art. 106 Abs. 1 FusG sieht die Vermögensübertragung nicht vor; unbesehen dessen muss diese Klage *zulässig* sein¹⁶². Dies ergibt sich etwa aus dem Titel zum "5. Abschnitt" (vor Art. 106 FusG), in dem die Vermögensübertragung erwähnt ist, und des Weiteren aus der Botschaft zum FusG¹⁶³. Die Nichterwähnung in Art. 106 Abs. 1 FusG erklärt sich 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).

III. Literaturhinweise

Im Folgenden sind einzig die Werke angezeigt, die im Text mehrfach verwendet werden; Literaturhinweise, die nur für eine einzige Belegstelle verwendet werden, sind in den entsprechenden Anmerkungen des Textes vollständig angezeigt:

- AFFENTRANGER MARKUS, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: AFFENTRANGER, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- AFFENTRANGER MARKUS/REINERT PETER, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: AFFENTRANGER/REINERT, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- BERETTA PIERA, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 98 (2002) 249–256 (zit.: BERETTA, Vertragsübertragungen)
- BERTSCHINGER URS, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: FS H. Rey (Zürich 2003) 359–374 (zit.: BERTSCHINGER, Nominatkontrakte)
- VON BÜREN ROLAND, Der Vorentwurf zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) aus der Sicht des Gesellschaftsrechts, ZSR 117 (1998) I 299–316 (zit.: VON BÜREN, Sicht)
- VON BÜREN ROLAND/BÜRGI JOHANNES, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata (...), REPRAX I (1999) 3–23 (zit.: VON BÜREN/BÜRGI, Umwandlung)
- BÜRGI PAUL/GLANZMANN LUKAS, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: BÜRGI/GLANZMANN, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)

153 Hinweise zur verschiedenen *Berechnungsunsicherheiten* etwa: KOSLAR, Kommentar, N 8 ff. zu Art. 74 FusG; BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 368.

154 Übersicht: LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1104 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 47 ff.; AFFENTRANGER, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 75 FusG.

155 Dies ist der *Ausgleich* für den Schuldnerwechsel: FRICK, Kommentar, N 15 zu Art. 69 FusG.

156 Es handelt sich nicht um eine Verwirkungs-, sondern um eine eigentliche *Verjährungsfrist*, d.h. Art. 135 OR ist anwendbar: AFFENTRANGER, Kommentar, N 5 zu Art. 75 FusG.

157 Statt aller: FRICK, Kommentar, N 16 zu Art. 69 FusG; REINERT, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 76 FusG; WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 ff., v.a. 480.

158 REINERT, Kommentar, N 1 zu Art. 76 FusG.

159 REINERT, Kommentar, N 3 zu Art. 77 FusG.

160 Vgl. dazu vorne II. A. 3.

161 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" (BB1 2000 V 4488).

162 Gl.M.: FRICK, Kommentar, N 14 zu Art. 69 FusG; SCHENKER, Kommentar, N 3 f. zu Art. 106 FusG.

163 Botschaft zum FusG: BB1 2000 V 4489.

- FRICK JOACHIM, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: FRICK, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- GASSER URS/EGGENBERGER CHRISTIAN, Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, AJP/PJA 1998, 457–481 (zit.: GASSER/EGGENBERGER, Vorentwurf)
- GIGER MARCEL, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: Giger, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- GLANZMANN LUKAS, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, AJP/PJA 2004, 139–155 (zit.: GLANZMANN, Kontinuität)
- DERS., in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: GLANZMANN, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- JERMINI DAVIDE, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: JERMINI, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- KLÄY HANSPETER/TURIN NICHOLAS, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 3 (2001) 1–39 (zit.: KLÄY/TURIN, Entwurf)
- KOSLAR FRANCO, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: KOSLAR, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- KUHN MORITZ, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz beurteilt aus der Praxis, ZSR 118 (1999) I 241–261 (zit.: KUHN, Vorentwurf)
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) (zit.: KUNZ, Minderheitenschutz)
- LOSER-KROGH PETER, Die Vermögensübertragung (...), AJP/PJA 2000, 1095–1111 (zit.: LOSER-KROGH, Vermögensübertragung)
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Das neue Fusionsgesetz (Zürich 2000) (zit.: MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz)
- DERS., Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht (...), ZSR 113 (1994) I 353–387 (zit.: MEIER-SCHATZ, Rechtsformwechsel)
- DERS., Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP/PJA 2002, 514–529 (zit.: MEIER-SCHATZ, Einführung)
- PASSADELIS NICOLAS, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: PASSADELIS, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- REICH PHILIPPE M., in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: REICH, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- REINERT PETER, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: REINERT, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- RIEMLE ALOIS, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: RIEMLE, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- SCHENKER FRANZ, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: SCHENKER, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG)
- WINKLER MICHAEL E., Arbeitnehmerschutz nach dem Entwurf zum neuen Fusionsgesetz, SJZ 97 (2001) 477–487 (zit.: WINKLER, Arbeitnehmerschutz).

La nouvelle Loi sur la fusion contient plusieurs principes de protection en faveur des créanciers et sociétaires minoritaires dont les droits peuvent être compromises par des adaptations de structures. L'article traite de ces principes de protection par rapport aux deux institutions centrales de la nouvelle loi, qui sont la transformation et le transfert de patrimoine.

En cas de transformation, les sociétés changent de forme de droit sans qu'il y ait un changement des rapports juridiques (par exemple pour des contrats de travail). Néanmoins, l'auteur détecte et donne un premier aperçu de multiples problèmes. Ces problèmes donneront certainement lieu à des discussions, voire des litiges.

Le transfert de patrimoine selon la LFus est une nouveauté pour la Suisse, parce qu'il contient une succession universelle partielle. En un seul acte, l'actif et le passif peuvent être transférés d'une société à une autre. Il est très discuté si des relations contractuelles sont transférables telles quelles, en particulier si le transfert doit se faire sans l'approbation de la partie cocontractante.

(trad. Flurin von Planta)