

Arbeitsrecht – Neuerungen aufgrund des Fusionsgesetzes

Peter V. Kunz*

Inhalt

I.	Vorbemerkungen	72
1.	Einführung	72
2.	Inhalt	73
II.	Zum FusG	74
1.	Grundsätzliches	74
a)	Vier zentrale Strukturanpassungen	74
b)	Dichotomie von Eigenkapital- und Fremdkapitalgebern	74
c)	Eigenkapitalgeber	75
d)	Fremdkapitalgeber	75
aa)	Interessen sowie Kategorien	75
bb)	Spezienschutz für Arbeitnehmer	76
2.	Übersicht zum FusG	77
a)	Strukturanpassungen	77
aa)	Fusion	77
aaa)	Erläuterung	77
bbb)	Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern	78
bb)	Spaltung	79
aaa)	Erläuterung	79
bbb)	Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern	79
cc)	Umwandlung	80
aaa)	Erläuterung	80
bbb)	Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern	81
dd)	Vermögensübertragung	82
aaa)	Erläuterung	82
bbb)	Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern	83
b)	Schritte der Strukturanpassungen	84
aa)	Gläubiger-/Arbeitnehmerschutz in verschiedenen Phasen	84
bb)	Phase 1	84
cc)	Phase 2	85
dd)	Phase 3	85
ee)	Phase 4	86

* Abschluss des Manuskripts: September 2004.

III. Zum Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz	
1. Spezialregelungen zu Schutzvorkehrungen	87
a) Sicherstellung von Forderungen	87
b) Gesellschafterhaftung	87
c) Subsidiärhaftung der beteiligten Gesellschaften	88
d) Solidarische Haftung	89
e) Übergang der Arbeitsverhältnisse	90
f) Konsultation der Arbeitnehmervertreter	90
2. (Mit-)Berücksichtigungen bei Strukturanpassungen	91
a) Fusion	93
b) Spaltung	93
c) Umwandlung	94
d) Vermögensübertragung	95
3. Sonderfragen	95
a) Sanierungsfusion	96
b) Regelungen bei nicht behandelten Themen	96
4. Fazit sowie Schlussbemerkungen	97
a) Fusion	98
b) Spaltung	98
c) Umwandlung	98
d) Vermögensübertragung	99
e) Weitere Aspekte	99
IV. Literaturhinweise	100

I. Vorbemerkungen

1. Einführung

Das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 trat am 1. Juli 2004 nach einer langen und teils äusserst schwierigen Vorgeschichte¹ endlich in Kraft². Seit *mehreren Jahren* bereits setzt sich die Rechtslehre – zu Beginn noch de lege ferenda – mit dem FusG in Büchern und in Aufsätzen³ sowie an zahlrei-

¹ Übersicht statt aller: KUNZ, Fusionsrecht, 803 f. m.w.H.; DERS., Minderheitenschutz, § 13 N 5 ff.

² SR 221.301; AS 2004 2617. Gleichzeitig musste die Handelsregisterverordnung (HRegV) in weiten Teilen angepasst werden; von grosser Wichtigkeit für das FusG sind Art. 105 ff. HRegV.

³ Nach wie vor zur Lektüre empfohlen (Auswahl): ROLAND VON BÜREN, Der Vorentwurf zu einem BG über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) aus der Sicht des Gesellschaftsrechts, ZSR 117 (1998) I 299 ff.; URS GASSER/CHRISTIAN EGGENBERGER, Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzel-

chen Tagungen auseinander, wobei zum Teil wohl fast ein *juristischer Overkill* gegeben war.

Beim neuen Fusionsgesetz geht es um ein „hochtechnisches“ Thema, das indes nicht gesellschaftsrechtlichen Spezialisten vorbehalten sein soll oder darf. Es ist nämlich davon auszugehen, dass das FusG die Schweizer Wirtschaftsrealität *nachhaltig beeinflussen* wird.

Das Fusionsgesetz stellt zwar einen Kernbereich des *Gesellschaftsrechts* dar, hat aber wesentliche Auswirkungen auf *Gläubigersituationen* im Allgemeinen und auf *Arbeitnehmersituationen* im Besonderen; insofern kommen nebst den „Gesellschaftsrechtlern“ wohl auch die „Arbeitsrechtler“ nicht darum herum, sich mit dieser Thematik eher früher als später intensiv auseinanderzusetzen⁴ – genügend Möglichkeiten, um sich zu informieren, gibt es⁵.

2. Inhalt

Sozusagen in einem *Allgemeinen Teil* soll zuerst versucht werden⁶, das Fusionsgesetz zusammenzufassen und die wesentlichen Aspekte über die verschiedenen „Transaktionen“ bzw. Strukturanpassungen in Erinnerung zu rufen⁷. Sozusagen in einem *Besonderen Teil* wird anschliessend darauf eingegangen, dass das FusG verschiedene Spezialvorschriften⁸ zum Gläubigerschutz einerseits sowie zum Arbeitnehmerschutz andererseits enthält und ausserdem diese Interessenlagen auch weiter (mit-)berücksichtigt⁹ – d.h. zumindest in mittelbarer Weise, obwohl der Fokus auf den Eigenkapitalgebern liegt.

Das Fusionsgesetz kann und soll im Rahmen dieser Darstellung *nicht umfassend* dargestellt werden. Insbesondere wird nicht eingegangen¹⁰ auf (i) die *Stiftungen*, auf (ii) die *Vorsorgeeinrichtungen* sowie auf (iii) die *Institute des öf-*

fragen, AJP 7 (1998) 457 ff.; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Die Zulässigkeit aussergesetzlicher Rechtsformwechsel im Gesellschaftsrecht (...), ZSR 113 (1994) I 353 ff.; MORITZ KUHN, Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz beurteilt aus der Praxis, ZSR 118 (1999) I 241 ff.

⁴ Unbesehen dessen haben sich bis anhin in erster Linie mit dem Gesellschaftsrecht befasste Juristen zum FusG geäussert.

⁵ Per *Internet* (als Beispiele): www.fusg.ch sowie www.fusionsgesetz.ch .

⁶ Vgl. dazu hinten, II.

⁷ Jüngst: KLÄY, Überblick, 185 ff.

⁸ Vgl. dazu hinten, III.1.

⁹ Vgl. dazu hinten, III.2.

¹⁰ Vorbehalten bleiben einige Verweisungen: Vgl. dazu hinten, III.3.b).

fentlichen Rechts; alle diese Rechtsträger haben im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Strukturanpassungen eine Sonderordnung in Art. 78 ff. FusG erhalten.

II. Zum FusG

1. Grundsätzliches

a) Vier zentrale Strukturanpassungen

Der *abgekürzte Titel* des neuen Gesetzes (also: „Fusionsgesetz“) ist bekanntlich zu kurz und betont – wohl etwas zu unrecht – die Strukturanpassung der „Fusion“¹¹. Obwohl die Fusion bzw. die Verschmelzung von Rechtsträgern unter diesem Titel-Aspekt im Vordergrund steht, handelt es sich hierbei doch nur um eine von vier zentralen Strukturanpassungen, die mit dem FusG geregelt werden, nämlich:

(i) Fusionen (Art. 3-28 FusG), (ii) Spaltungen (Art. 29-52 FusG), (iii) Umwandlungen (Art. 53-68 FusG) sowie (iv) Vermögensübertragungen (Art. 69-77 FusG). Auf die gesetzliche Ordnung zu den Fusionen wird bei den anderen drei Strukturanpassungen – in grösserem oder in kleinerem Ausmasse – jeweils verwiesen.

b) Dichotomie von Eigenkapital- und Fremdkapitalgebern

Wie immer im *Gesellschaftsrecht*, und darum handelt es sich beim FusG, geht es beim Fusionsgesetz um *Finanzierungen* bzw. „Geldgeber“¹² für die involvierte(n) Gesellschaft(en). Auf der einen Seite stehen (i) die Risikokapital- bzw. *Eigenkapitalgeber* (z.B. die Aktionäre) und auf der anderen Seite (ii) die *Fremdkapitalgeber* (also die Gesellschaftsgläubiger – und zwar inklusive den Arbeitnehmern).

Die erwähnten vier zentralen Strukturanpassungen haben *erhebliche Auswirkungen* sowohl auf die Eigenkapitalgeber als auch auf die Fremdkapitalgeber. Die *Schutzbedürfnisse* für beide Kategorien von „Geldgebern“ sind *unterschiedlich*. Aus diesem Grund hat denn auch das Fusionsgesetz *verschiedene*

¹¹ Ursprünglich vorgesehen war als Titel-Alternative „Strukturanpassungsgesetz“, die in der Folge scheiterte; Hinweise: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 2 FN 1.

¹² Zum Theorie-Ansatz: KUNZ, Minderheitenschutz, § 1 N 9 ff. sowie § 2 N 38 ff.

Schutzmechanismen – basierend auf unterschiedlichen Konzepten – vorgesehen¹³.

c) Eigenkapitalgeber

Zumindest konzeptionell *etwas stärker gefährdet* als die Fremdkapitalgeber sind bei den erwähnten Strukturanpassungen die *Eigenkapitalgeber*; beim Schutzbedürfnis kommt deshalb den Eigenkapitalgebern (z.B. den Gesellschaftern) *1. Priorität* zu¹⁴. Die *Interessenlagen* der Eigenkapitalgeber können allerdings *vielschichtig* sein¹⁵.

Der zentrale Schutzmechanismus für die Eigenkapitalgeber ist ohne Zweifel die sog. *Kontinuität der Mitgliedschaft*¹⁶, d.h. ein Gesellschafter soll „dabei bleiben“ können, selbst wenn eine zentrale Strukturanpassung vorgenommen wird – und zwar (etwas trivialisiert) zu „fairen Bedingungen“. Die Thematik des Gesellschafterschutzes soll im vorliegenden Beitrag, dessen Fokus auf den Fremdkapitalgebern liegt, nicht weiter vertieft werden.

d) Fremdkapitalgeber

aa) Interessen sowie Kategorien

Wenn gesagt wird, dass die Eigenkapitalgeber sozusagen *1. Priorität* haben, soll dies den Fremdkapitalgebern nicht automatisch *bloss 2. Priorität* einräumen; die *Fremdkapitalgeber* sind äusserst wichtig und dürfen selbstverständlich *nicht*

¹³ Im Überblick: Unterschieden werden kann zwischen den *Schutzmechanismen* einerseits für die *Eigenkapitalgeber* und andererseits für die *Fremdkapitalgeber*; bei den letzteren ist weiter zu differenzieren – und im vorliegenden Beitrag von Interesse – zwischen (i) *spezifischen Schutzvorkehrungen* für Gläubiger bzw. Arbeitnehmer (vgl. dazu hinten, III.1.) und (ii) blossen (*Mit-*)*Berücksichtigungen* der Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerinteressen im Rahmen der Strukturanpassungen (vgl. dazu hinten, III.2.), obwohl dort – mindestens unmittelbar – die Eigenkapitalgeber im Vordergrund stehen.

¹⁴ Zu den Schutz-Prinzipien: KUNZ, Minderheitenschutz, § 13 N 13 ff.; DERS., Fusionsrecht, 804 f.

¹⁵ Zum *Interessenpluralismus* beispielsweise bei den Aktionären: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 42 ff. m.w.H.

¹⁶ Grundlegend: LUKAS GLANZMANN, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, AJP 13 (2004) 139 ff.

schutzlos bleiben. Der Gesetzgeber hat mit dem Fusionsgesetz diese Aspekte durchaus berücksichtigt¹⁷.

Anders als bei den Eigenkapitalgebern erweist sich indes die *Interessenlage* bei den Gläubigern als eher *einschichtig*; die Rede ist von „Homogenität der Gläubigerinteressen“¹⁸. Im Prinzip hat der Fremdkapitalgeber nur ein einziges Interesse, dass nämlich seine *Forderung erfüllt* wird; natürlich gehen die Interessen der *Arbeitnehmer* – selbst im Bereich des Gesellschaftsrechts bzw. des FusG – regelmässig weiter¹⁹, d.h. sie sind *vielschichtig*.

Zu berücksichtigen und positiv zu vermerken ist, dass *jeder Arbeitnehmer zugleich Gesellschaftsgläubiger* (Lohnansprüche etc.) ist. Dies bedeutet für die Arbeitnehmer – fusionsrechtlich gesprochen – eine ziemlich komfortable Ausgangslage hinsichtlich ihrer Rechtsstellung²⁰: Ein *Arbeitnehmer* kann sich folglich einerseits auf (i) den *Gläubigerschutz* nach FusG berufen, andererseits kommt – erweiternd für ihn – noch (ii) der *Spezienschutz für Arbeitnehmer* nach FusG in Betracht. Dass ein solcher *Spezienschutz* überhaupt geschaffen wurde, ist jedoch *keine Selbstverständlichkeit* und war rechtspolitisch umstritten.

bb) *Spezienschutz für Arbeitnehmer*

Je nach Bedrohungssituation für die Arbeitnehmer – als spezifische Gesellschaftsgläubiger – enthalten die vier Struktur Anpassungen einen (unterschiedlich ausgestalteten) *Spezienschutz*²¹. Die zwar nicht Alles andere überragenden, aber in jedem Fall *grosse Bedeutung*, die der Gesetzgeber den Arbeitnehmern (und generell den Gläubigern) geben wollte, ergibt sich aus der gesetzlichen Zielsetzung des Fusionsgesetzes:

„[Das FusG] gewährleistet (...) die Rechtssicherheit und Transparenz und schützt *Gläubigerinnen und Gläubiger, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* sowie Personen mit Minderheitsbeteiligungen“ (Art. 1 Abs. 2 FusG).

¹⁷ Die Regelungen zusammenfassend: KLÄY, Überblick, 216 ff. sowie 232 f.

¹⁸ Details: KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 59 ff., v.a. N 62.

¹⁹ Zu möglichen Arbeitnehmerinteressen (im Gesellschaftsrecht): ROLAND RUEDIN, Droit des sociétés (Bern 1999) N 591 ff.; KUNZ, Minderheitenschutz, § 9 N 59 m.w.H. in FN 196.

²⁰ Nebst dem *fusionsrechtlichen* Schutz steht selbstverständlich in jedem Fall noch der *arbeitsrechtliche* Schutz (OR etc.) zur Verfügung.

²¹ Statt aller: MICHAEL E. WINKLER, Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge (Diss. Zürich 2001) 5 ff.; DERS., Arbeitnehmerschutz, 477 ff.; REICH, Kommentar, N 15 zu Art. 1 FusG; THOMAS GEISER, Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz, AJP 13 (2004) 863 ff.

Hierbei war insbesondere die besondere, an sich (rechtlich) überflüssige Hervorhebung der *Arbeitnehmerschaft* im Parlament umstritten, hat sich aber schliesslich durchgesetzt²². Das FusG stellt indes eine *gesellschaftsrechtliche* Ordnung und *nicht* einen „*Spezialerlass Arbeitnehmerschaft*“ dar. Die besondere Betonung der Arbeitnehmer in Art. 1 Abs. 2 FusG – sogar noch vor den „Personen mit Minderheitsbeteiligungen“ (z.B. den Minderheitsaktionären) – kann somit *nicht* als allgemeine Zielvorgabe oder als *generelle Auslegungsrichtlinie* des FusG mit „*Priorität Arbeitnehmerschaft*“ verwendet werden²³.

2. Übersicht zum FusG

a) *Struktur Anpassungen*

aa) *Fusion*

aaa) *Erläuterung*

Wenn Gesellschaften als Rechtsträger *fusionieren* bzw. „zusammengehen“²⁴, bedeutet dies, dass (i) die eine die andere übernimmt, oder dass (ii) sie sich gemeinsam zu einer neuen Gesellschaft zusammenschliessen²⁵. Bei der ersten Variante handelt es sich um eine sog. *Absorptionsfusion* (Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG) und bei der zweiten Variante um eine sog. *Kombinationsfusion* (Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG).



²² Hierzu: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 FN 4 m.w.H.

²³ Anders in der Gewichtung: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 f. FN 4/FN 5; allg.: REICH, N 14 zu Art. 1 FusG.

²⁴ Zusammenfassung zum Rechtsinstitut: KLÄY, Überblick, 192 ff.; PETER ISLER/ULYSSES VON SALIS-LÜTOLF, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 123 (2004) I 9 ff.; URS SCHENKER, Die Fusion, AJP 13 (2004) 772 ff.

²⁵ Dabei können *zwei oder mehr* Rechtsträger als *übertragende* Gesellschaften involviert sein; auf der anderen Seite gibt es nur *eine übernehmende* Gesellschaft.

Die *übertragende* Gesellschaft bringt *sämtliche Aktiven und Passiven* mittels sog. *Universalsukzession* in die *übernehmende* Gesellschaft ein²⁶; dies gilt übrigens eo ipso auch für die Vertragsverhältnisse (z.B. für die *Einzelarbeitsverträge* gemäss Art. 319 ff. OR)²⁷. Die übertragende Gesellschaft wird im Anschluss *aufgelöst* und im Handelsregister *gelöscht* (Art. 3 Abs. 2 FusG). Die Details zu den Fusionen finden sich in *Art. 3 ff. FusG*.

bbb) Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern

Gemäss Botschaft zum FusG²⁸ sind die *Auswirkungen einer Fusion* auf die Gläubiger der fusionierenden Gesellschaft im Normalfall *eher gering*, weil insbesondere *kein Haftungssubstrat verloren* wird. Heikel ist die Lage immerhin dann, wenn eine (oder mehrere) der beteiligten Gesellschaften *finanziell angeschlagen* ist; folglich hat die sog. „*Sanierungsfusion*“ eine Spezialregelung in Art. 6 FusG gefunden²⁹, und zwar gerade unter dem Gläubigerspekt.

Weil der Gesetzgeber somit bloss von einer eher geringen bzw. „*durchschnittlichen*“ Gefährdung der Gläubigerinteressen bei Fusionen ausgeht³⁰, wird denn auch nur ein sog. *nachträglicher Gläubigerschutz* vorgesehen, d.h. das FusG enthält in diesem Bereich – anders als insbesondere bei der Spaltung³¹ – einzig Gläubigerschutzvorkehrungen, die *nach Vollzug* der Fusion „*greifen*“³².

²⁶ Das Institut der *Universalsukzession* ist in anderen Rechtsbereichen ebenfalls bekannt, insbesondere im *Erbrecht* (Art. 560 ZGB).

²⁷ Allg.: BERETTA, *Vertragsübertragungen*, 249 ff.

²⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13.6.2000, BBl 2000 V 4425.

²⁹ Vgl. dazu hinten, III.3.a).

³⁰ Übersicht statt aller: VON DER CRONE et al., *Fusionsgesetz*, § 2 N 398 ff.

³¹ Vgl. dazu hinten, II.2.a)bb)bbb).

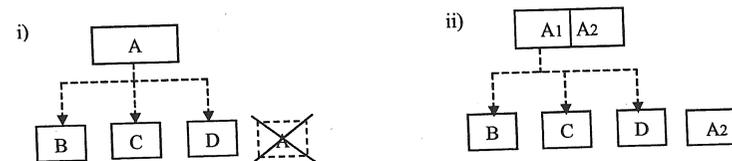
³² Details: VON DER CRONE et al., *Fusionsgesetz*, § 2 N 398 ff.; AFFENTRANGER, *Kommentar*, N 1 ff. zu Art. 25 FusG; VON SALIS, *Fusionsgesetz*, 177 ff.

bb) Spaltung

aaa) Erläuterung

Die Spaltung³³ stellt im Prinzip das *Spiegelbild der Fusion* dar, d.h. anstelle eines „*Zusammengehens*“ handelt es sich um ein „*Auseinandergehen*“. Die Spaltung ist entweder (i) eine sog. *Aufspaltung*, d.h. die Gesellschaft teilt ihr *ganzes* Vermögen auf und überträgt es auf andere Gesellschaften (Art. 29 lit. a FusG), oder (ii) eine sog. *Abspaltung*, d.h. die Gesellschaft überträgt nicht ihr *ganzes*, sondern nur einen oder mehrere *Teile* ihres Vermögens auf andere Gesellschaften (Art. 29 lit. b FusG).

Die Zielgesellschaft bzw. die übernehmende Gesellschaft kann bereits bestehen (Basis: „*Spaltungsvertrag*“) oder erst neu gegründet werden (Basis: „*Spaltungsplan*“).



Bei der Spaltungsvariante der *Aufspaltung* wird die übertragende (quasi „*leere*“) Gesellschaft *aufgelöst* und im HR *gelöscht* (Art. 29 lit. a Satz 3 FusG); bei der Spaltungsvariante der *Abspaltung* verbleiben bestimmte Vermögensteile bei der übertragenden Gesellschaft, so dass sie konsequenterweise *weder aufgelöst noch im HR gelöscht* wird. Die Details zur Spaltung finden sich in *Art. 29 ff. FusG*.

bbb) Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern

Die *Auswirkungen einer Spaltung* auf die Gläubiger der beteiligten Gesellschaften sind *potentiell gross*, zumindest wesentlich grösser als bei einer Fusion³⁴ (oder bei einer Umwandlung)³⁵. Sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der

³³ Zusammenfassung zum Rechtsinstitut: KLÄY, *Überblick*, 197 ff.; RALPH MALACRIDA, *Spaltung von Gesellschaften*, ZSR 123 (2004) I 39 ff.; MARTIN FREY/MÉLANIE LAMBELET, *Spaltung – rechtliche und steuerliche Aspekte*, AJP 13 (2004) 790 ff.

³⁴ Vgl. dazu vorne, II.2.a)aa)bbb).

³⁵ Vgl. dazu hinten, II.2.a)cc)bbb).

Abspaltung wird nämlich den Gläubigern der *übertragenden* Gesellschaft mehr oder weniger *Haftungssubstrat entzogen*, und zwar in Höhe des ausgeschiedenen Teilvermögens³⁶.

Aus diesem Grund einer *erhöhten Gefährdungslage* für die Gesellschafts-gläubiger sieht der Gesetzgeber bei der Spaltung – anders als bei der Fusion³⁷ – nicht einen bloss nachträglichen, sondern vielmehr in bestimmten Bereichen einen sog. *vorgezogenen Gläubigerschutz* vor, d.h. die Gläubigerschutzvorkehrungen „greifen“ teilweise *vor Vollzug* der Spaltung (nämlich Art. 43 Abs. 1 FusG sowie Art. 46 FusG)³⁸.

cc) *Umwandlung*

aaa) *Erläuterung*

Die (rechtsformändernde, nicht übertragende)³⁹ *Umwandlung* stellt, plastisch umschrieben, einen blossen sog. „*Rechtskleidwechsel*“ der Gesellschaft dar⁴⁰; ein solcher „Rechtskleidwechsel“ war bis anhin nur bei wenigen Rechtsformen zulässig (z.B. bei unechten Privatisierungen im Rahmen von Art. 762 f. OR oder bei Umwandlungen von AG in GmbH gemäss Art. 824 ff. OR – die letztere Form indes als übertragende Umwandlung)⁴¹. Die Gesellschaft kann somit ihre Rechtsform ändern, wodurch aber die *Rechtsverhältnisse* – auf der Aktiv-

³⁶ Hinweise: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 3 N 644.

³⁷ Vgl. dazu vorne, II.2.a)aa)bbb).

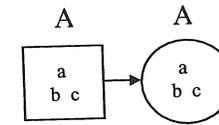
³⁸ Übersicht statt aller: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 3 N 644 ff.; VON SALIS, Fusionsgesetz, 345 ff.

³⁹ 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: RIEMLE, Kommentar, Vorbem. zu Art. 53-68, N 9 f.

⁴⁰ Zusammenfassung zum Rechtsinstitut: KUNZ, Fusionsrecht, 805 ff.; KLÄY/TURIN, Entwurf, 27 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 35 ff.; PATRICK WAMISTER, Umwandlung von Gesellschaften, ZSR 123 (2004) I 63 ff.

⁴¹ Hinweise: KUNZ: Fusionsrecht, 806; zu einem Spezialthema: ROLAND VON BÜREN/JOHANNES BÜRGI, Rechtsformwechselnde Umwandlung einer GmbH in eine AG de lege lata (...), REPRAX 1 (1999) 3 ff.

Seite sowie auf der Passiv-Seite (z.B. die Lohnschuld des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer) – *nicht verändert* werden (Art. 53 FusG)⁴².



Es geht somit immer um die *gleiche Gesellschaft*, die einzig ihr „Rechtskleid“ wechselt (z.B. von AG zu GmbH oder vice versa), und die insbesondere *weder aufgelöst noch im HR gelöscht* wird. Betroffen bei der Umwandlung ist – anders als bei den anderen drei Strukturanpassungen mit „übertragenden“ und „übernehmenden“ Rechtsträgern – nur *ein einziger* Rechtsträger⁴³. Art. 53 ff. FusG regelt die Details.

bbb) *Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern*

Bei der Umwandlung bleibt das *Gesellschaftsvermögen unverändert*, d.h. es gibt keinen Verlust von Haftungssubstrat für die Gläubiger. Im Normalfall findet kein Schuldnerwechsel statt. Die *Auswirkung einer Umwandlung* bzw. die Gläubigergefährdung ist somit regelmässig *äusserst gering* (sicherlich im Vergleich zur Spaltung⁴⁴)⁴⁵ – ausser für den Fall, dass ein bisher *persönlich haftender* Gesellschafter *ausscheidet*.

Das FusG hat zwar – nicht zuletzt wegen dem soeben erwähnten „Ausscheidungs“-Aspekt eines persönlich Haftbaren – *Schutzvorkehrungen* für die Gläubiger vorgesehen, diese aber konsequenterweise *äusserst schwach* ausgestaltet⁴⁶. Dies ist konzeptionell richtig, weil eben das Bedrohungspotential für Gläubiger bei der Umwandlung wesentlich geringer ist als bei den anderen drei Formen von Strukturanpassungen.

⁴² Zur *Kontinuität der Rechtsverhältnisse* statt aller: RIEMLE, Kommentar, N 3 ff. zu Art. 53 FusG.

⁴³ KUNZ, Fusionsrecht, 805.

⁴⁴ Vgl. dazu vorne, II.2.a)bb)bbb).

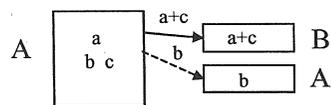
⁴⁵ In diesem Sinne: AFFENTRÄGER/REINERT, Kommentar, N 1 zu Art. 68 FusG; VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 4 N 787; KUNZ, Fusionsrecht, 809.

⁴⁶ Übersicht statt aller: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 4 N 787 ff.; AFFENTRÄGER/REINERT, Kommentar, N 1 zu Art. 68 FusG.

dd) Vermögensübertragung

aaa) Erläuterung

Bei der mit dem FusG erstmals geregelten *Vermögensübertragung*⁴⁷ werden *Aktiven oder Passiven* (oder beides) in einem Akt bzw. „*uno actu*“⁴⁸ im Sinne einer sog. *partiellen Universalsukzession*⁴⁹ auf einen anderen bzw. übernehmenden Rechtsträger übertragen. Hierbei wird die Gesamtheit der im Übertragungsvertrag⁵⁰ beschriebenen Vermögenswerte übertragen⁵¹, ohne dass die für die Einzelübertragung dieser Werte geltenden Formvorschriften einzuhalten sind (dies insbesondere im Unterschied zu Art. 181 OR)⁵².



Die Vermögensübertragung kann sich auf das gesamte Vermögen oder auf blosse Teile davon oder sogar auf Einzelobjekte der übertragenden Gesellschaft beziehen⁵³. Mit der Vermögensübertragung *kann, muss aber nicht* eine *Gegenleistung* verbunden sein⁵⁴, und zwar an die übertragende *Gesellschaft* (nicht et-

⁴⁷ Zusammenfassung zum Rechtsinstitut: KLÄY/TURIN, Entwurf, 32 ff.; detaillierter: RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung, ZSR 123 (2004) I 83 ff.; LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1095 ff.; MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 42 ff.; KUNZ, Fusionsrecht, 810 ff.

⁴⁸ Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4459.

⁴⁹ Hierzu: JOACHIM G. FRICK, Partielle Universalsukzession als Novum, NZZ vom 10. Oktober 2002, 25; DERS., Kommentar, N 1 zu Art. 69 FusG; LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1100; KUNZ, Fusionsrecht, 810 FN 120; ausserdem: MEIER-SCHATZ, Einführung, 524.

⁵⁰ Grundlegend: BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 359 ff.; zudem: MARKUS VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 100 (2004) 105 ff.

⁵¹ Hierbei werden insbesondere auch die (erwähnten) *Verträge übertragen*, wobei umstritten ist, ob bzw. inwieweit die *Gläubigerzustimmung* erforderlich ist: 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; KUNZ, Fusionsrecht, 812.

⁵² Zu diesem Verhältnis statt aller: KUNZ, Fusionsrecht, 810 m.w.H.

⁵³ Insofern besteht ein *liberales Konzept* ohne Numerus clausus: KLÄY/TURIN, Entwurf, 39; KUNZ, Fusionsrecht, 811.

⁵⁴ FRICK, Kommentar, N 7 zu Art. 69 FusG sowie N 5 zu Art. 71 FusG.

wa an deren Gesellschafter – ansonsten wäre es eine Spaltung). Die Details finden sich in Art. 69 ff. FusG.

bbb) Interessen von Gläubigern sowie Arbeitnehmern

Die Einsatzmöglichkeiten einer *Vermögensübertragung* sind vielfältig⁵⁵, so dass auch die *Auswirkungen auf die Gläubiger* unterschiedlich sein können. Konzeptionell dürfte das Gläubigerbedrohungspotential bei der Vermögensübertragung in etwa zwischen der Spaltung⁵⁶ und der Fusion⁵⁷ liegen⁵⁸, d.h. es ist *ziemlich gross*.

Beispielhaft erwähnt können die Gläubiger übertragener Forderungen benachteiligt werden, wenn der *übernehmende* Rechtsträger *weniger solvent* ist als der übertragende Rechtsträger. Des weiteren können Gläubiger des *übertragenden* Rechtsträgers ihr Haftungssubstrat ganz oder teilweise verlieren, wenn mit der Vermögensübertragung *keine (angemessene) Gegenleistung* verbunden ist; in diesem Fall können sich die Gläubiger beispielsweise⁵⁹ mittels Verantwortlichkeitsklage (Art. 108 FusG) zur Wehr setzen⁶⁰.

Der Gesetzgeber hat angesichts dieses ziemlich grossen Bedrohungspotentials einen *Mittelweg* bei den Schutzvorkehrungen zugunsten der Gläubiger getroffen⁶¹. Ob die gewählten Massnahmen rechtspolitisch sinnvoll sind oder nicht, mag diskutiert werden. De lege lata besteht nun aber zumindest eine neue Ausgangssituation, die von den Gläubigern und von den Arbeitnehmern beachtet werden muss.

⁵⁵ Hinweise: LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1109 f.; KUNZ, Fusionsrecht, 811 m.w.H. in FN 129.

⁵⁶ Vgl. dazu vorne, II.2.a)bb)bbb).

⁵⁷ Vgl. dazu vorne, II.2.a)aa)bbb).

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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: FRICK, Kommentar, N 5 zu Art. 71 FusG; VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 5 N 937/N 963.

⁶⁰ Es liegt indes *nicht* in der Kompetenz des *HR-Führers*, die *Angemessenheit* der Gegenleistung auf irgendeine Art und Weise zu *kontrollieren*; etwas unklar: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 5 N 917 mit Referenz zu Art. 111 HRegV.

⁶¹ Übersicht: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 5 N 912 ff.; KUNZ, Fusionsrecht, 813 m.w.H.; VON SALIS, Fusionsgesetz, 443 ff.

b) Schritte der Strukturanpassungen

aa) Gläubiger-/Arbeitnehmerschutz in verschiedenen Phasen

Die vier zentralen Strukturanpassungen durchlaufen jeweils verschiedene (komplexe und teils langwierige) *Phasen*, die im Folgenden zusammengefasst werden⁶². In den verschiedenen Phasen werden *zahlreiche Schutzvorkehrungen* vorgesehen⁶³. Dem Gläubigerschutz bzw. dem Arbeitnehmerschutz wird hierbei bei den verschiedenen Strukturanpassungen *nicht* notwendigerweise in *gleichem Ausmass* bzw. *in der gleichen Phase* jeweils Rechnung getragen, und zwar als Folge der unterschiedlichen Bedrohungspotentiale.

Der Gesetzgeber sieht für den Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz (i) verschiedene *Spezialregelungen* vor (z.B. Sicherstellung von Forderungen, solidarische Haftung)⁶⁴. Bei gewissen Rechtsinstituten stehen die Gläubiger bzw. Arbeitnehmer ausserdem zwar nicht im Vordergrund, werden aber – wenn auch *eher „en passant“* – (ii) erwähnt und (*mit-*)*berücksichtigt* (z.B. im Fusionsbericht oder im Spaltungsplan)⁶⁵.

bb) Phase 1

Jede Strukturanpassung gemäss Fusionsgesetz beginnt – als 1. Schritt – mit einem sog. „*Vertrag*“ (z.B. mit dem Fusionsvertrag⁶⁶ oder mit dem Vermögensübertragungsvertrag⁶⁷), den die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften abschliessen; bei der Spaltung (indes einzig, wenn die Übertragung auf eine Neugründung erfolgt) sowie bei der Umwandlung, an der nur eine einzige Gesellschaft beteiligt ist, ist statt von einem „*Vertrag*“ von einem sog. „*Plan*“ die Rede⁶⁸.

Die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften müssen in der Folge – als 2. Schritt – einen *schriftlichen Bericht* erstellen (z.B.

⁶² Vgl. dazu hinten, II.2.b)bb)-ee). Die Darstellung erfolgt bewusst etwas *kursorisch* und oberflächlich.

⁶³ Zwar stehen hierbei die *Eigenkapitalgeber* meistens im Vordergrund, doch die *Fremdkapitalgeber* werden ebenfalls nicht vernachlässigt.

⁶⁴ Vgl. dazu hinten, III.1.

⁶⁵ Vgl. dazu hinten, III.2.

⁶⁶ Art. 12 f. FusG.

⁶⁷ Art. 70 ff. FusG.

⁶⁸ Art. 36 f. FusG (Spaltung) sowie Art. 59 f. FusG (Umwandlung).

den Fusionsbericht)⁶⁹. In diesem Bericht wird die in Gang befindliche Strukturanpassung rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet.

Schliesslich – als 3. Schritt – muss des weiteren ein *besonders befähigter Revisor* den Vertrag bzw. den Plan sowie den Bericht prüfen und einen sog. *Prüfungsbericht* erstellen⁷⁰. Im Prüfungsbericht hat der Revisor insbesondere Stellung zu nehmen zu bestimmten Themen (z.B. zur Wahrung der Rechte der Gesellschafter).

cc) Phase 2

In diesem anschliessenden Verfahrensstadium werden nunmehr die *Gesellschafter*, *nicht aber die Gläubiger* involviert, indem sie informiert werden und beschliessen können. Die in der Phase 1 erstellten Dokumente – also der Vertrag bzw. der Plan, der Bericht sowie der Prüfungsbericht des Revisors – werden in erster Linie (allenfalls mit weiteren Dokumenten)⁷¹ zur *Einsicht der Gesellschafter* aufgelegt, und zwar 30 Tage (Fusion: Art. 16 Abs. 1 FusG; Umwandlung: Art. 63 Abs. 1 FusG) bzw. zwei Monate (Spaltung: Art. 41 Abs. 1 FusG) vor einer Generalversammlung der beteiligten Gesellschaft(en)⁷². Die Gesellschafter (nicht die Gläubiger) können davon *Kenntnis nehmen* und *Kopien* verlangen.

Die Strukturanpassung bzw. der Vertrag/Plan wird im Anschluss an diese Informationen den *Generalversammlungen* der beteiligten Gesellschaften vorgelegt, die jeweils mit *qualifizierten Mehrheiten* die Transaktion gutheissen oder verwerfen (z.B. der Fusionsbeschluss betreffend dem Fusionsvertrag)⁷³. Die Beschlussfassungen werden ausserdem *öffentlich beurkundet* durch eine Urkundsperson⁷⁴.

dd) Phase 3

Mit dem Votum der Gesellschafter (nicht aber der Gläubiger) ist die Strukturanpassung an sich abgeschlossen, indes noch nicht vollzogen. Vielmehr erfolgt

⁶⁹ Art. 14 FusG.

⁷⁰ Bei einer *Fusion*: Art. 15 FusG; bei einer *Spaltung*: Art. 40 FusG.

⁷¹ Nämlich: *Jahresrechnungen* und *Jahresberichte* der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die *Zwischenbilanz* gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. d FusG (bei Fusionen).

⁷² Bei einer *Fusion*: Art. 16 FusG; bei einer *Spaltung*: Art. 41 FusG.

⁷³ Art. 18 FusG.

⁷⁴ Bei einer *Fusion*: Art. 20 FusG; bei einer *Spaltung*: Art. 44 FusG.

nach der öffentlich beurkundeten GV-Beschlussfassung zu einem Vertrag oder zu einem Plan schliesslich die *Anmeldung* beim HR⁷⁵.

Zentral ist die darauf folgende *HR-Eintragung* der Transaktion⁷⁶, die bei sämtlichen Strukturanpassungen *konstitutiv* ist und den Rechte-/Pflichtentransfer von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft bewirkt⁷⁷. Mit der HR-Eintragung, der noch die *SHAB-Publikation* folgt, wird die Transaktion *ex lege vollzogen*. Die in Frage stehenden Vermögenswerte gehen mit diesem Zeitpunkt⁷⁸ im Rahmen einer *Universalsukzession* vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger über⁷⁹.

ee) Phase 4

Sollte bei einer Strukturanpassung irgendetwas *nicht mit „rechten Dingen“* geschehen sein, können sich gewisse Interessenten (nicht notwendigerweise die Gläubiger) *im Anschluss* an die Transaktion gerichtlich zur Wehr setzen. Das Fusionsgesetz sieht drei spezifische fusionsrechtliche *Klagen* im Zusammenhang mit den Strukturanpassungen vor⁸⁰, nämlich:

Die (i) *Klage auf Angemessenheitskontrolle* (Art. 105 FusG)⁸¹, die (ii) *Anfechtungsklage* (Art. 106 f. FusG)⁸² sowie die (iii) *Verantwortlichkeitsklage* (Art. 108 FusG)⁸³.

⁷⁵ Details (hinsichtlich einer Fusion): PASSADELIS, Kommentar, N 4 ff. zu Art. 21 FusG.
⁷⁶ Bei einer *Fusion*: Art. 21 f. FusG; bei einer *Spaltung*: Art. 51 f. FusG.
⁷⁷ Statt aller (zur Fusion): PASSADELIS, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 22 FusG.
⁷⁸ Massgeblich ist hierbei der *Tagebucheintrag* der HR-Anmeldung: PASSADELIS, Kommentar, N 7 zu Art. 22 FusG (zur Fusion).
⁷⁹ Bei der *Vermögensübertragung* können sich Praxisprobleme wegen *Art. 72 FusG* ergeben, wenn zwischen dem Abschluss des Übertragungsvertrags einerseits und der HR-Eintragung andererseits ein gewisser *Zeitraum* liegt, während dem sich das Inventar verändert (dies ist etwa zwangsläufig der Fall, wenn z.B. Gegenstände aus einem Lager übertragen werden sollen).
⁸⁰ Hierzu etwa: KUNZ, Fusionsrecht, 809 f. (Umwandlung) sowie 813 (Vermögensübertragung); URS BERTSCHINGER, Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – ein Überblick, AJP 13 (2004) 839 ff.
⁸¹ Übersicht: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 6 N 1016 ff. Diese Klage steht als Folge eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers indes generell *nicht* zur Verfügung bei *Vermögensübertragungen* (also auch nicht für Gesellschafter); Botschaft zum FusG: BBI 2000 V 4488; bereits: KUNZ, Fusionsrecht, 813.
⁸² Statt aller: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 6 N 1064. Diese Klage ist auch bei *Vermögensübertragungen zulässig* (für Gesellschafter, hingegen nicht für Gläubiger oder Arbeitnehmer), obwohl sie im Wortlaut von Art. 106 Abs. 1 FusG nicht erwähnt wird; Botschaft

Bei diesen drei fusionsrechtlichen Klagen steht allerdings der *Gesellschafter* als potentieller Kläger eindeutig im Vordergrund⁸⁴. Der *Gläubiger* kann nur, aber immerhin eine *Verantwortlichkeitsklage* erheben (Art. 108 Abs. 1 FusG)⁸⁵; da Art. 108 Abs. 3 FusG auf die aktienrechtliche Ordnung verweist, dürften die zahlreichen Lehrstreitigkeiten des Aktienrechts über kurz oder lang die fusionsrechtliche Diskussion „befallen“⁸⁶. Insbesondere steht dem Gläubiger generell *keine Anfechtungsklage* zur Verfügung⁸⁷.

III. Zum Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz

1. Spezialregelungen zu Schutzvorkehrungen

a) Sicherstellung von Forderungen

Als *ersten* Schutzmechanismus bei einer möglichen Gefährdung von Forderungen im Rahmen gewisser Strukturanpassungen kann ein Gläubiger – unter bestimmten Voraussetzungen – eine *Sicherstellung der Forderung* verlangen. Je nach Gefährdungspotential greift dieser Schutzmechanismus *früher oder später* ein, was die unterschiedlichen Regelungen bei der Spaltung einerseits⁸⁸ und bei der Fusion andererseits⁸⁹ erklärt:

zum FusG: BBI 2000 V 4489; gl.M.: FRICK, Kommentar, N 14 zu Art. 69 FusG; SCHENKER, Kommentar, N 3 f. zu Art. 106 FusG.
⁸³ Übersicht: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 6 N 1090 ff.
⁸⁴ Allg.: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 6 N 1014 ff.
⁸⁵ Hierzu: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 6 N 1091.
⁸⁶ Ähnlich wie bei der *Verantwortlichkeitsklage* dürfte es sich in diesem Zusammenhang mit der *Anfechtungsklage* verhalten, die allerdings den Gläubigern nicht offen steht; zu *aktienrechtlichen* Verweisungsaspekten: SCHENKER, Kommentar, N 33 ff. zu Art. 106 FusG.
⁸⁷ In diesem Sinne ebenfalls: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 2 N 415/N 433, § 3 N 666/N 696 sowie § 4 N 795/N 804; zudem: „Die Interessen von Arbeitnehmern [und] Gläubigern (...) der an einer Transaktion beteiligten Gesellschaften können nicht mit der Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Das Fusionsgesetz schützt diese Interessengruppen mit eigenständigen Bestimmungen und Rechtsbehelfen“ (a.a.O., § 6 N 1069).
⁸⁸ Sog. *vorgezogener* Gläubigerschutz: Art. 45 f. FusG. Zu den Hintergründen bei der Fusionsregelung: AFFENTRANGER, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 25 FusG.
⁸⁹ Sog. *nachträglicher* Gläubigerschutz: Art. 25 f. FusG.

Bei der *Fusion* kann – konzeptionell anders als unter dem früheren Aktienrecht⁹⁰ – eine Sicherstellung erst *nachträglich*, d.h. nach Abschluss der Fusion verlangt werden, und zwar „wenn [die Gläubiger] es innerhalb von drei Monaten nach der Rechtswirksamkeit der Fusion verlangen“ (Art. 25 Abs. 1 FusG). Auf das Sicherstellungsrecht muss durch Publikation hingewiesen werden (Art. 25 Abs. 2 FusG)⁹¹.

Bei der *Spaltung*, die das grösste Gefahrenpotential für die Gläubiger 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 Monaten 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)⁹².

Sollte bei einer Spaltung *keine Gefährdung* vorliegen, was die Gesellschaft zu beweisen hat⁹³, *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 kann⁹⁴.

b) *Gesellschafterhaftung*

Ein *zweiter* Schutzmechanismus zugunsten der Gläubiger bei gewissen Strukturanpassungen besteht darin, dass die *persönliche Haftung der Gesellschafter* – sofern vor der Übertragung vorhanden – weiterhin *bestehen* bleiben soll. Die Gesellschafter, die persönlich haften⁹⁵, können sich also nicht ohne weiteres aus

⁹⁰ Der Gesetzgeber zum FusG hat das frühere *System der getrennten Vermögensverwaltung* abgelöst mit dem *System des nachträglichen Gläubigerschutzes*; Hinweise: ALBRECHT, Kommentar, N 2 zu Art. 25 FusG.

⁹¹ ALBRECHT, Kommentar, N 11 ff. zu Art. 25 FusG; zu den Ausnahmen von der Sicherstellungspflicht: AFFENTRANGER, Kommentar, N 16 ff. zu Art. 25 FusG.

⁹² Statt aller: AFFENTRANGER, Kommentar, N 1 zu Art. 45 FusG m.w.H.

⁹³ Zu dieser *Beweislastumkehr* etwa: PFEIFER, Kommentar, N 2 zu Art. 46 FusG.

⁹⁴ Eine *vorzeitige Erfüllung* ist insbesondere dann *unzulässig*, wenn dadurch *andere Gläubiger geschädigt* werden, oder wenn auf einen *anderen Parteiwillen* geschlossen werden muss: AFFENTRANGER, Kommentar, N 4 zu Art. 46 FusG; das zuerst erwähnte Beispiel bezieht sich unmittelbar auf die paulianische Anfechtungsmöglichkeit (Art. 285 ff. SchKG): PFEIFER, Kommentar, N 4 zu Art. 46 FusG.

⁹⁵ Zu den potentiell betroffenen Gesellschaftern: AFFENTRANGER, Kommentar, N 3 zu Art. 26 FusG bzw. N 2 zu Art. 48 FusG; AFFENTRANGER/REINERT, Kommentar, N 3 zu Art. 68 FusG.

der „Verantwortung stehen“; immerhin *verjähren* die Ansprüche aus persönlicher Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft, und zwar *drei Jahre* nach Eintritt der Transaktion⁹⁶.

Die detaillierteste Regelung zu diesem Schutzmechanismus enthält das Fusionsgesetz im Zusammenhang mit (i) der *Fusion* (Art. 26 FusG)⁹⁷. Bei (ii) der *Spaltung* (Art. 48 FusG) und – als seltener Schutzmechanismus bei diesem Rechtsinstitut – bei (iii) der *Umwandlung* (Art. 68 Abs. 1 FusG)⁹⁸ wird auf diesen Schutzmechanismus verwiesen. Eine Gesellschafterhaftung ist hingegen bei (iv) der *Vermögensübertragung nicht* vorgesehen.

c) *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 Gesetzgeber⁹⁹ hat deshalb bewusst einen zusätzlichen Schutzmechanismus nur, aber immerhin bei diesem Rechtsinstitut mit Art. 47 FusG geschaffen¹⁰⁰, nämlich die sog. *subsidiäre Haftung* der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften¹⁰¹:

In erster Linie haftet derjenige Rechtsträger als sog. *primär haftende Gesellschaft*, auf den die Verbindlichkeit durch die Spaltung übertragen wird; wird die Forderung indes nicht befriedigt, „so haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (subsidiär haftende Gesellschaften) solidarisch“ (Art. 47 Abs. 1 FusG). *Jede* dieser Gesellschaften kann *auf das Ganze* behaftet werden¹⁰². Dass die subsidiär haftenden Gesellschaften belangt werden können, ist nicht bedingungslos, d.h. *setzt voraus*, dass (i) die Forderung *nicht sicher-*

⁹⁶ Zur Fusion: ALBRECHT, Kommentar, N 8 f. zu Art. 26 FusG.

⁹⁷ Es handelt sich *nicht* um eine *Solidarhaftung mit der Gesellschaft*, sondern bloss um eine *subsidiäre Haftung* des Gesellschafters: ALBRECHT, Kommentar, N 6 zu Art. 26 FusG.

⁹⁸ Zu denken ist beispielsweise an einen (persönlich haftenden) *GmbH-Gesellschafter*, der durch eine Umwandlung in eine Aktiengesellschaft zum *Aktionär* wird, der als Folge von Art. 680 Abs. 1 OR *nicht haften* kann.

⁹⁹ Zur Vernehmlassungskritik: PFEIFER, Kommentar, N 3 zu Art. 47 FusG.

¹⁰⁰ Überblick: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 3 N 658 ff.

¹⁰¹ Diese Gläubigerschutzvorkehrung *verstärkt* den Sicherstellungsanspruch gemäss Art. 46 FusG zusätzlich: PFEIFER, Kommentar, N 1 zu Art. 47 FusG.

¹⁰² Botschaft zum FusG: BBl 2000 V 4442 f.

gestellt wurde, und dass (ii) die *primär haftende* Gesellschaft auf eine bestimmte Art und Weise „ausfällt“ (Art. 47 Abs. 2 FusG)¹⁰³.

d) *Solidarische Haftung*

Die *Solidarhaftung* in einem gewissen Bereich der Strukturanpassungen ist ein vierter Schutzmechanismus des Fusionsgesetzes. Das neue Rechtsinstitut der *Vermögensübertragung* weist eine gewisse Verwandtschaft mit dem bisherigen Artikel 181 OR auf. Der Gesetzgeber hat denn auch eine mit Art. 181 Abs. 2 OR vergleichbare Regelung zum Gläubigerschutz aufgestellt¹⁰⁴, und zwar Art. 75 FusG¹⁰⁵:

Die *bisherigen Schuldner*, die Passiven übertragen haben, *haften* während dreier Jahre *solidarisch* mit dem *neuen Schuldner* für die übertragenen Schulden (Art. 75 Abs. 1 FusG)¹⁰⁶. Die Ansprüche gegen den übertragenden Rechtsträger verjähren spätestens drei Jahre nach der Veröffentlichung der Vermögensübertragung (Art. 75 Abs. 2 FusG)¹⁰⁷.

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

e) *Übergang der Arbeitsverhältnisse*

Der *vierte* Schutzmechanismus – zumindest bei gewissen Strukturanpassungen – betrifft den *Übergang der Arbeitsverhältnisse* und damit einen spezifischen Gläubiger, nämlich den *Arbeitnehmer*. Wenn ein Arbeitgeber „den Be-

¹⁰³ Details: AFFENTRANGER, Kommentar, N 2 f. zu Art. 47 FusG.

¹⁰⁴ In diesem Sinne: AFFENTRANGER, Kommentar, N 3 zu Art. 75 FusG.

¹⁰⁵ Allg.: BERETTA, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 75 FusG; LOSER-KROGH, Vermögensübertragung, 1105 hält fest: „Der Schuldnerwechsel kann dem Gläubiger nur mit einer *vorübergehenden Solidarhaftung* zugemutet werden“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁶ Im Einzelnen: BERETTA, Kommentar, N 5 ff. zu Art. 75 FusG.

¹⁰⁷ Damit erfolgt eine *Verkürzung* der Frist gegenüber Art. 127 OR und Art. 128 OR; dies geschieht indes nur gegenüber dem *übertragenden* und *nicht* gegenüber dem *übernehmenden* Rechtsträger: BERETTA, Kommentar, N 12 f. zu Art. 75 FusG.

trieb 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). Art. 333 Abs. 3 OR enthält ausserdem eine *spezifische Solidarhaftung* für die Forderungen des Arbeitnehmers.

Das Fusionsgesetz übernimmt diese Ordnung und *verweist* auf Art. 333 OR, und zwar bei (i) der *Fusion* (Art. 27 Abs. 1 FusG)¹⁰⁸, bei (ii) der *Spaltung* (Art. 49 Abs. 1 FusG)¹⁰⁹ sowie bei (iii) der *Vermögensübertragung* (Art. 76 Abs. 1 FusG)¹¹⁰; bei (iv) der *Umwandlung* findet sich hingegen *keine Verweisung*, weil dort eben nichts „übertragen“ wird, liegt doch bloss ein „Rechtskleidwechsel“ vor, bei dem die Arbeitnehmer beim bisherigen bzw. beim gleichen Arbeitgeber (mit einem neuen „Rechtskleid“) verbleiben¹¹¹.

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)¹¹².

f) *Konsultation der Arbeitnehmervertreter*

Abschliessend zu erwähnen ist bei gewissen Strukturanpassungen die *Konsultation der Arbeitnehmer* als *fünfter* Schutzmechanismus. Der *Gesellschafter*-schutz wird im FusG nicht nur durch Mitsprache, sondern auch durch *erhöhte Informationen* verstärkt. Angesichts der unterschiedlichen Konstellationen von Eigenkapitalgebern und von Fremdkapitalgebern soll dies grundsätzlich *nicht* der Fall sein hinsichtlich dem *Gläubigerschutz*; eine *Ausnahme* besteht allerdings beim Arbeitnehmerschutz, indem die „Offenlegung“ mittels Konsul-

¹⁰⁸ Der *Schutz der Arbeitnehmer* steht klarerweise im Vordergrund: REINERT, Kommentar, N 3 zu Art. 27 FusG.

¹⁰⁹ Statt aller: HUBSCHMID, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 49 FusG.

¹¹⁰ FRICK, Kommentar, N 16 zu Art. 69 FusG; REINERT, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 76 FusG; HUBSCHMID, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 76 FusG; WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 477 ff., v.a. 480.

¹¹¹ Ebenso: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 4 N 798.

¹¹² Zu dieser Debatte: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 478 f.; REINERT, Kommentar, N 2 f. zu Art. 49 FusG bzw. N 2 zu Art. 76 FusG; HUBSCHMID, Kommentar, N 1 zu Art. 76 FusG m.w.H.

tationen im Rahmen von Art. 333a OR¹¹³ vom Fusionsgesetz übernommen wird¹¹⁴.

Im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Strukturanpassungen – notabene erneut mit der *Gegenausnahme* (i) bei der *Umwandlung* einer Gesellschaft¹¹⁵ – müssen die Arbeitnehmervertretungen bzw. die Arbeitnehmer durch die Arbeitgeber konsultiert werden. Das Fusionsgesetz enthält – vergleichbar mit den erwähnten Referenzen zu Art. 333 OR¹¹⁶ – 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 Fusionsgesetz 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)¹¹⁷.

Die Konsultation muss *vor* der Beschlussfassung erfolgen, und zwar mit einer anschliessenden *Orientierungspflicht* in der GV (z.B. Art. 28 Abs. 2 FusG). Eine *Verletzung* der Konsultationspflicht kann schwere Sanktionen nach sich ziehen, insbesondere kann die Arbeitnehmervertretung¹¹⁸ bei *Gericht* verlangen, „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)¹¹⁹.

¹¹³ 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 informieren 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“.

¹¹⁴ Allg.: WINKLER, Arbeitnehmerschutz, 485 ff.

¹¹⁵ In diesem Sinne: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 4 N 798.

¹¹⁶ Vgl. dazu vorne, III.1.e).

¹¹⁷ HUBSCHMID, Kommentar, N 7 zu Art. 28 FusG; REINERT, Kommentar, N 3 zu Art. 77 FusG (zur Vermögensübertragung).

¹¹⁸ Unklar und gerichtlich (noch) nicht entschieden ist, ob ein *Arbeitnehmer allein* ebenfalls aktivlegitimiert ist; dies muss sicherlich der Fall sein, wenn es überhaupt *keine* Arbeitnehmervertretung gibt. Allg.: REINERT, Kommentar, N 15 ff. zu Art. 28 FusG.

¹¹⁹ Prozessual hat dies im Rahmen eines *privatrechtlichen Einspruchs* gemäss Art. 32 HRRegV zu geschehen: HUBSCHMID, Kommentar, N 30 ff. zu Art. 28 FusG; REINERT, Kommentar, N 13

2. (Mit-)Berücksichtigungen bei Strukturanpassungen

a) Fusion

Bei (i) der *Fusion* sieht das Gesetz *spezifische Schutzvorkehrungen* für die Gläubiger und für die Arbeitnehmer vor¹²⁰. 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 – wenn auch in verschiedener Ausgestaltung¹²¹ – verhält es sich hinsichtlich der (Mit-)Berücksichtigung bei (ii) der Spaltung und bei (iii) der Vermögensübertragung, weniger indes bei (iv) der Umwandlung.

Die Gläubiger sind im *Fusionsvertrag* *kein* (notabene auch kein mittelbares) Thema, werden aber zumindest im *Fusionsbericht* erwähnt¹²²:

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*)¹²³. Der Fusionsbericht ist allerdings für die *Gesellschafter* und nicht für die Arbeitnehmer¹²⁴ bzw. für die Gläubiger¹²⁵ vorgesehen, die folglich insbesondere *kein Exemplar* des Berichts erhalten¹²⁶.

Im Übrigen sind die Arbeitnehmer und die Gläubiger im weiteren Rahmen einer Fusion kein Thema mehr. Sie werden weder im *Prüfungsbericht* des Revisors noch beim *Einsichtsrecht* der Gesellschafter oder bei der *Fusions-*

zu Art. 28 FusG; VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 2 N 420 (Fusion) sowie § 3 N 672 (Spaltung).

¹²⁰ Vgl. dazu vorne, III.1.

¹²¹ Vgl. dazu vorne, III.2.b)-d).

¹²² Allg. zum Bericht: GELZER, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 14 FusG.

¹²³ Hinweise: COMBOEUF, Kommentar, N 21 f. zu Art. 14 FusG.

¹²⁴ COMBOEUF, Kommentar, N 21 zu Art. 14 FusG; VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 2 N 416.

¹²⁵ Ebenso: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 2 N 400; COMBOEUF, Kommentar, N 22 zu Art. 14 FusG; anders in der Gewichtung: GELZER, Kommentar, N 29 zu Art. 14 FusG.

¹²⁶ Da der Bericht *nicht Beleg* bei der HR-Eintragung ist, wird er generell *nicht einsehbar* für die Gläubiger: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 2 N 400; a.M.: GELZER, Kommentar, N 27 zu Art. 14 FusG („[Die Arbeitnehmer] können den Fusionsbericht (...) nach Eintragung der Fusion im Handelsregister einsehen“).

beschlussfassung in der GV erwähnt. Die fusionsrechtliche (Mit-)Berücksichtigung erfolgt also eher „am Rande“, was indes angesichts des reduzierten Gefährdungspotentials¹²⁷ durchaus verständlich erscheint.

b) Spaltung

Der ausgeprägteste *spezifische* Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz¹²⁸ findet sich im Zusammenhang mit der *Spaltung*. Wenig überraschend – und konsequenterweise – wird auf den Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerschutz nicht nur bei den behandelten Sonderregeln besondere Rücksicht genommen, sondern auch beim eigentlichen „Spaltungsvorgang“, d.h. die Gläubiger werden in diesem Rahmen ebenfalls weitgehend (*mit-*)berücksichtigt:

Die Gläubiger sind in jedem Fall schon ein Thema im *Spaltungsvertrag* bzw. im *Spaltungsplan* (Art. 37 lit. i FusG); insbesondere muss dieses Dokument eine „Liste der Arbeitsverhältnisse, die mit der Spaltung übergehen“ enthalten; dieses Element – also die „Liste“ – ist zumindest im Rahmen von Art. 333 OR als *deklaratorisch* zu qualifizieren¹²⁹.

Der *Spaltungsbericht* hat ebenfalls die Situation der Arbeitnehmer sowie der Gläubiger zu erläutern (Art. 39 Abs. 3 lit. g/lit. h FusG)¹³⁰. Beim *Prüfungsbericht* und beim *Einsichtsrecht* der Gesellschafter finden sich keine Hinweise, d.h. die Arbeitnehmer- bzw. Gläubigeraspekte bleiben hier *un(mit-)berücksichtigt*. Schliesslich kann es überhaupt erst zur *GV-Beschlussfassung* betreffend Spaltung¹³¹ kommen, wenn die Sicherstellung der Forderungen im Rahmen von Art. 46 FusG erfolgt ist (Art. 43 Abs. 1 FusG)¹³².

¹²⁷ Vgl. dazu vorne, II.2.a)aa)bbb).

¹²⁸ Vgl. dazu vorne, III.1.

¹²⁹ MICHAEL PFEIFER/ANDREAS L. MEIER, in: Zürcher Kommentar (Zürich 2004) N 28 zu Art. 37 FusG; zur *beschränkten* Wirkung: SCHENKER, Kommentar, N 16 zu Art. 37 FusG.

¹³⁰ Ähnlich wie der Fusionsbericht richtet sich der *Spaltungsbericht* an die *Gesellschafter*, d.h. den Gläubigern und den Arbeitnehmers stehe er *nicht* zu: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz, § 3 N 646 sowie N 667/N 674; ANDREAS L. MEIER, in: Zürcher Kommentar (Zürich 2004) N 1 zu Art. 39 FusG.

¹³¹ Details: JERMINI, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 43 FusG.

¹³² JERMINI, Kommentar, N 4 zu Art. 43 FusG.

Es steht somit fest, dass eine *erhebliche (Mit-)Berücksichtigung* der Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen im Fusionsgesetz vorgesehen ist, was in Einklang mit dem hohen Bedrohungspotential im Rahmen einer Spaltung steht¹³³.

c) Umwandlung

Die Situation betreffend (*Mit-*)Berücksichtigung der Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerinteressen im Zusammenhang mit einer *Umwandlung* im Rahmen von Art. 53 ff. FusG ist einfach zusammenzufassen:

Es wird hierbei überhaupt *nichts (mit-)berücksichtigt*, d.h. der *Umwandlungsplan*, der *Umwandlungsbericht*, der *Prüfungsbericht*, das *Einsichtsrecht* sowie die *GV-Beschlussfassung* enthalten keinerlei Hinweise bezüglich der Gläubiger bzw. der Arbeitnehmer¹³⁴.

Der Gesetzgeber hat sich konsequenterweise erneut vom *Bedrohungspotential leiten* lassen¹³⁵. Da die Umwandlung ein blosser „Rechtskleidwechsel“ ist, der – im Prinzip – keine Auswirkungen auf die Gläubiger bzw. auf die Arbeitnehmer hat, erschien dem Gesetzgeber konsequenterweise eine (*Mit-*)Berücksichtigung nicht erforderlich¹³⁶.

d) Vermögensübertragung

Das Bedrohungspotential¹³⁷ 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 erlassen¹³⁸; des weiteren entschied er sich für eine (*Mit-*)Berücksichtigung dieser Interessenlagen etwa „in der Mitte“:

¹³³ Vgl. dazu vorne, II.2.a)bb)bbb).

¹³⁴ Zu diesen Interessenten: STÉPHANE KONKOLY, in: Zürcher Kommentar (Zürich 2004) N 4 zu Art. 59 FusG.

¹³⁵ Vgl. dazu vorne, II.2.a)cc)bbb).

¹³⁶ Immerhin enthält das Fusionsgesetz einige wenige *spezifische* Schutzvorkehrungen für Gläubiger und für Arbeitnehmer: Vgl. dazu vorne, III.1.

¹³⁷ Vgl. dazu vorne, II.2.a)dd)bbb).

¹³⁸ Vgl. dazu vorne, III.1.

Der *Vermögensübertragungsvertrag* muss – wie bereits bei der Spaltung¹³⁹ (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 kann diese „Liste“ ebenfalls als *deklaratorisch* qualifiziert werden¹⁴⁰.

Ein *Bericht* – z.B. eines VR – ist inexistent, ein *Prüfungsbericht* eines besonders befähigten Revisors ist ebenfalls inexistent, und eine *Beschlussfassung* ist (meist)¹⁴¹ inexistent, d.h. Gläubiger und Arbeitnehmer bzw. deren Interessenlagen werden *nicht (mit-)berücksichtigt*. Ein *spezifisches Informationsregime* – als nachträgliche Spontaninformation¹⁴² – für die Gesellschafter¹⁴³ (nicht für die Gläubiger) sieht indes Art. 74 Abs. 2 lit. d FusG vor¹⁴⁴, wodurch 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 sind¹⁴⁵; eine vergleichbare, indes zeitlich vorgezogene Ordnung sieht das Gesetz beim Fusionsbericht vor (Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG).

3. Sonderfragen

a) Sanierungsfusion

Fusionen gefährden – regelmässig – die Gläubiger nicht¹⁴⁶, weil eben sämtlich Aktiven und Passiven übergehen, d.h. es tritt *kein Verlust von Haftungssubstrat* ein. Wenn hingegen eine Gesellschaft *finanziell angeschlagen* ist (z.B. Kapitalverlust oder Überschuldung), liegt eine Gefährdung ohne weiteres vor, zu-

¹³⁹ Vgl. dazu vorne, III.2.b).

¹⁴⁰ BERETTA, Kommentar, N 32 zu Art. 71 FusG.

¹⁴¹ Zu den *Ausnahmefällen*, in denen eine *GV notwendig* wird: KUNZ, Fusionsrecht, 811 FN 138; BERTSCHINGER, Nominatkontrakte, 372.

¹⁴² KOSLAR, Kommentar, N 2 zu Art. 74 FusG.

¹⁴³ BERETTA, Kommentar, N 4 zu Art. 74 FusG; KOSLAR, Kommentar, N 11 zu Art. 74 FusG.

¹⁴⁴ Details: KOSLAR, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 74 FusG; BERETTA, Kommentar, N 1 ff. zu Art. 74 FusG.

¹⁴⁵ Diese Informationspflicht bezieht sich *nicht* auf die *Gläubiger*, sondern ausschliesslich auf die *Gesellschafter*, und zwar nur auf diejenigen der *übertragenden* (nicht der *übernehmenden*) Gesellschaft: BERETTA, Kommentar, N 4 zu Art. 74 FusG.

¹⁴⁶ Vgl. dazu vorne, II.2.a)aa)bbb).

mindest für die Gläubiger der finanziell gesunden Gesellschaft(en)¹⁴⁷. Art. 6 FusG enthält deshalb eine Sonderordnung für sog. „*Sanierungsfusionen*“, die den Gläubigerschutz durchaus in Frage stellen können¹⁴⁸.

(i) In erster Linie muss „frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung“ vorliegen (Art. 6 Abs. 1 FusG). Unproblematisch wird die Sanierungsfusion in jedem Fall, (ii) wenn die *Gläubiger* der an der Fusion beteiligten Gesellschaften einen *Rangrücktritt erklären* (Art. 6 Abs. 1 FusG)¹⁴⁹; insofern haben also die Gläubiger bei Sanierungsfusionen eine *Art von „Mitspracherecht“*, und zwar als Vertragspartner im Rahmen von Art. 1 OR (also: „voice“).

b) Regelungen bei nicht behandelten Themen

Verschiedene Sonderthemen wurden gerade im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz bzw. dem Arbeitnehmerschutz bewusst *nicht* behandelt¹⁵⁰. Der Vollständigkeit halber sei immerhin erwähnt, dass der Gesetzgeber für Schutzvorkehrungen auch in diesen Bereichen besorgt war; im Sinne einer *Übersicht* seien erwähnt:

(i) *Stiftungen*: Art. 81 Abs. 3 FusG sowie Art. 85 FusG; (ii) *Vorsorgeeinrichtungen*: Art. 96 FusG; (iii) *Institute des öffentlichen Rechts*: Art. 101 FusG.

¹⁴⁷ Die Organe der „gesunden“ Gesellschaft haben unbedingt ihre *Sorgfaltspflichten* zu beachten; ALBRECHT, Kommentar, 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 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)“.

¹⁴⁸ Zur Bedeutung im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz hält FREY, Kommentar, 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).

¹⁴⁹ Hierbei wird die Referenz zu *Art. 725 Abs. 2 OR* offensichtlich: FREY, Kommentar, N 5 zu Art. 6 FusG; zudem: ALBRECHT, Kommentar, N 14 zu Art. 6 FusG.

¹⁵⁰ Vgl. dazu vorne, I.2.

4. Fazit sowie Schlussbemerkungen

a) Fusion

Bei der *Fusion* ist das Gefahrenpotential in aller Regel *eher gering* für Gläubiger und Arbeitnehmer (zumindest kleiner als bei der Spaltung und bei der Vermögensübertragung, immerhin aber grösser als bei der Umwandlung)¹⁵¹. Einen Sonderfall stellt allerdings die „*Sanierungsfusion*“ dar; im Rahmen von Art. 6 FusG, der eine Art von Korrektiv bildet, erscheinen indes die Gläubiger ausreichend geschützt¹⁵².

Im Sinne einer (rechtspolitischen) Bewertung kann festgehalten werden, dass die Schutzvorkehrungen des FusG *angemessen* und insbesondere für die Rechtsanwendung *einfach bzw. überschaubar* sind. Nebst spezifischen Schutzvorkehrungen¹⁵³ werden die Interessen der Gläubiger bzw. der Arbeitnehmer beim „Fusionsvorgang“ (mit-)berücksichtigt¹⁵⁴.

b) Spaltung

Obwohl die *Spaltung* das „Spiegelbild“ der Fusion ist, ist das Gefahrenpotential für Gläubiger bzw. Arbeitnehmer *potentiell gross* (und zwar am grössten im Vergleich zu allen Strukturanpassungen)¹⁵⁵, weil z.B. Haftungssubstrat bei der übertragenden Gesellschaft „verloren“ wird. Mit gutem Grund hat deshalb der Gesetzgeber die *Schutzvorkehrungen* zugunsten der Gläubiger bzw. der Arbeitnehmer – sowohl bei den spezifischen Schutzmechanismen als auch bei den (Mit-)Berücksichtigungen – *am detailliertesten* ausgebaut¹⁵⁶.

In der Praxis sollte berücksichtigt werden, dass die Schutzvorkehrungen *relativ komplex* (und damit „*anwendungsunsicher*“) sind. Indem ein *vorgezogener* Gläubigerschutz¹⁵⁷ in einem bestimmten Rahmen besteht, kann *Querulantum* und allenfalls sogar „*black mailing*“ in Zukunft nicht ausgeschlossen werden.

¹⁵¹ Vgl. dazu vorne, II.2.a)aa)bbb).

¹⁵² Vgl. dazu vorne, III.3.a).

¹⁵³ Vgl. dazu vorne, III.1.

¹⁵⁴ Vgl. dazu vorne, III.2.a).

¹⁵⁵ Vgl. dazu vorne, II.2.a)bb)bbb).

¹⁵⁶ Vgl. dazu vorne, III.1./2.b).

¹⁵⁷ Vgl. dazu vorne, II.2.a)bb)bbb).

c) Umwandlung

Bei der *Umwandlung* als Strukturanpassung ist das Gefahrenpotential für Gläubiger bzw. Arbeitnehmer *äusserst gering* (sicherlich am kleinsten unter allen vier Transaktionen gemäss FusG)¹⁵⁸, weil nur eine Gesellschaft betroffen ist, die ihr „*Rechtskleid*“ *wechselt*, wobei die *Rechtsverhältnisse nicht* betroffen sind.

Immerhin können gewisse Probleme für die Gläubiger (z.B. beim „*Ausscheiden*“ eines bisher persönlich haftenden Gesellschafters) nicht geleugnet werden. Der Gesetzgeber hat für einen angemessenen Schutz bei den *spezifischen Schutzvorkehrungen* gesorgt¹⁵⁹; dass es auf der anderen Seite *keine (Mit-)Berücksichtigung* gibt¹⁶⁰, geht konzeptionell in Ordnung.

d) Vermögensübertragung

Bei der *Vermögensübertragung*, die mit der Spaltung „*verwandt*“ ist, ist das Gefahrenpotential *ziemlich gross* (zwar kleiner als bei der Spaltung, aber grösser als bei der Fusion)¹⁶¹. Der Gesetzgeber musste sich folglich um die Interessen der Gläubiger kümmern.

Die mit dem FusG geschaffene Ordnung ist *komplex* und wirft verschiedene Fragen auf; dies ist nicht zuletzt deshalb der Fall, weil die Vermögensübertragung ein *neues Rechtsinstitut* darstellt, bei dem es keine Erfahrungen gibt. Die *spezifischen Schutzvorkehrungen* sowie die (Mit-)Berücksichtigungen sind im Ergebnis fast so detailliert – und fast so komplex – ausgefallen¹⁶² wie bei der Spaltung. Obwohl die Ordnung de lege lata in Ordnung erscheint, muss sicherlich mit gewissen *Problemen in der Praxis* gerechnet werden.

e) Weitere Aspekte

Beim Fusionsgesetz stehen meist die *Minderheitsgesellschafter* im Vordergrund des Interesses; dies ist nicht zuletzt deshalb verständlich, weil die *Gesellschafter* wohl potentiell gefährdeter sind als die Gläubiger¹⁶³. Unbesehen

¹⁵⁸ Vgl. dazu vorne, II.2.a)cc)bbb).

¹⁵⁹ Vgl. dazu vorne, III.1.

¹⁶⁰ Vgl. dazu vorne, III.2.c).

¹⁶¹ Vgl. dazu vorne, II.2.a)dd)bbb).

¹⁶² Vgl. dazu vorne, III.1./2.d).

¹⁶³ Vgl. dazu vorne, II.1.c)/d).

dessen kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber – weniger in Art. 1 Abs. 2 FusG als vielmehr in der Substanz – *Gläubigern und Arbeitnehmern* ebenfalls *I. Priorität* einräumen wollte.

Immerhin würde es zu weit gehen, einen „absoluten Arbeitnehmerschutz“ in das Fusionsgesetz „hinein interpretieren“ zu wollen; die ausdrückliche Erwähnung der Arbeitnehmer in Art. 1 Abs. 2 FusG als eine allgemeine Auslegungsregel bzw. sogar als „absolute Prioritätsregel“ zu verwenden, dürfte zu extensiv sein¹⁶⁴.

Die vier in Frage stehenden Strukturanpassungen können hinsichtlich dem Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerschutz *nicht über einen „Leist geschlagen“* werden. Die Bedrohungspotentiale sind von Rechtsinstitut zu Rechtsinstitut unterschiedlich, so dass *keine einheitliche Regelung* für Gläubiger- bzw. Arbeitnehmerinteressen möglich war. Der Gesetzgeber hat aber bei den spezifischen Schutzvorkehrungen einerseits sowie bei den (Mit-)Berücksichtigungen andererseits durchaus einen *angemessenen Weg* beschritten. Was die *Rechtsanwendung* damit schliesslich machen wird, bleibt *abzuwarten*.

IV. 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).
- ALBRECHT ANDREAS C., in: Zürcher Kommentar zum FusG (Zürich 2000) (zit.: ALBRECHT, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- BERETTA PIERA, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, SJZ 98 (2002) 249-256 (zit.: BERETTA, Vertragsübertragungen).
- DIES., in: Zürcher Kommentar zum FusG (Zürich 2000) (zit.: BERETTA, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).

164

Vgl. dazu vorne, II.1.d)bb). ILMDFH

- BERTSCHINGER URS, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragungsvertrag gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: FS H. Rey (Zürich 2003) 359-374 (zit.: BERTSCHINGER, Nominatkontrakte).
- COMBOEUF ALBERT, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: COMBOEUF, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- CRONE HANS CASPAR VON DER et al., Das Fusionsgesetz (Zürich 2004) (zit.: VON DER CRONE et al., Fusionsgesetz).
- FREY MARTIN, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: FREY, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- FRICK JOACHIM, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: FRICK, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- GELZER THOMAS, in: Zürcher Kommentar zum FusG (Zürich 2000) (zit.: GELZER, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- HUBSCHMID URSULA, in: Zürcher Kommentar zum FusG (Zürich 2000) (zit.: HUBSCHMID, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- JERMINI DAVIDE, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: JERMINI, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- KLÄY HANSPETER, Das Fusionsgesetz – ein Überblick, BN (2004) 185-235 (zit.: KLÄY, Überblick).
- 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).
- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) (zit.: KUNZ, Minderheitenschutz).
- DERS., Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 13 (2004) 802-814 (zit.: KUNZ, Fusionsrecht).
- LOSER-KROGH PETER, Die Vermögensübertragung (...), AJP 9 (2000) 1095-1111 (zit.: LOSER-KROGH, Vermögensübertragung).
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Das neue Fusionsgesetz (Zürich 2000) (zit.: MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz).
- DERS., Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP 11 (2002) 514-529 (zit.: MEIER-SCHATZ, Einführung).
- PASSADELIS NICOLAS, in: Stämpfli Hand-Kommentar zum FusG (Bern 2004) (zit.: PASSADELIS, Kommentar, N ... zu Art. ... FusG).
- PFEIFER MICHAEL, in: Zürcher Kommentar zum FusG (Zürich 2000) (zit.: PFEIFER, 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).

SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Fusionsgesetz (Zürich 08/2004) – www.fusionsgesetz.ch (zit.: VON SALIS, Fusionsgesetz).

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).

Neue gesetzliche und staatsvertragliche Gleichbehandlungsansprüche?

Adrian von Kaenel

Inhalt

I. Einleitung	103
II. Behindertengleichstellung	107
1. Geltungsbereich des Behindertengleichstellungsgesetzes	107
2. Geltung für den Bereich der Aus- und Weiterbildung auch im privaten Arbeitsverhältnis?	108
III. Entsendegesetz	111
1. Gesetzliche Regelung	113
2. Rechtsansprüche	114
3. Internationales Privatrecht	115
4. Harmonisierung mit dem Personalverleih	117
5. Verhältnis zur BVO	117
IV. Gleichbehandlungsanspruch für Ausländer aus dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU	118
1. Wortlaut	119
2. Direkte Drittwirkung	120
3. Offene Folgefragen	120

I. Einleitung

Gleichbehandlungsansprüche der Arbeitnehmenden sind im schweizerischen Arbeitsprivatrecht relativ schwach entwickelt und die Doktrin hat sich ihnen erst in jüngerer Zeit zugewandt.¹ Das allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot stützt sich nach stark überwiegender Auffassung auf Art. 328

¹ Grundlegend DANIEL MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 1976; URS CHRISTIAN NEF, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeitsrecht, in: SJZ 1976, 17 ff.; ADRIAN STAEBELIN, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, in: BJM 1982, 66 ff.; neuestens nun THOMAS GEISER, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Festschrift für Manfred Rehbinder, hrsg. von BECKER/HILTY/STÖCKLI/WÜRTEMBERGER, München/Bern 2002, 37 ff.