

Umstrukturierungen nach dem neuen Fusionsgesetz

Pascal Montavon, Dr. iur., Bossonnens*

I. Allgemeines

1. Geltungsbereich und Gliederung des Fusionsgesetzes

Ab dem 1. Juli 2004 werden die Möglichkeiten zur Änderung der Strukturen von Unternehmen und von anderen, durch das Gesetz bezeichneten Rechtsträgern im Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG) erschöpfend geregelt. Das FusG, das auch mit «Gesetz über Umstrukturierungen»¹ hätte betitelt werden können, ist auf Kapitalgesellschaften, Kollektivgesellschaften, Kommanditgesellschaften, Genossenschaften, Vereine, Stiftungen, Einzelfirmen, die im Handelsregister eingetragen sind, sowie auf Institute des öffentlichen Rechts anwendbar (Art. 1 FusG). Die wenigen Bestimmungen im OR, die den Fusions- und Umwandlungsvorgängen gewidmet sind, wurden folglich mit dem Inkrafttreten des Gesetzes aufgehoben.

Das neue Gesetz ermöglicht es, ohne Liquidation der übertragenen Gesellschaft eine Fusion (Kapitel 2 FusG; s. unten II.), eine Spaltung – unter Vorbehalt des Untergangs der ursprünglichen Gesellschaft – (Kapitel 3 FusG; s. unten III.) oder eine Umwandlung in eine andere Gesellschaft (Kapitel 4 FusG; s. unten IV.) durchzuführen. Kapitel 5 FusG erlaubt es zudem, bedeutende Vermögensübertragungen direkt «uno actu» vorzunehmen, d. h. ohne dass es nötig wäre, jeden Bestandteil des Vermögens nach den ihm eigenen Modalitäten abzutreten (s. unten V.). Kapitel 6 bis 8 FusG regeln die Fusionen und Vermögensübertragungen von Stiftungen (s. unten VI.), die Fusionen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen von Vorsorgeeinrichtungen (s. unten VII.) sowie die Beteiligung von Einrichtungen des öffentlichen Rechts an Fusions-, Umwandlungs- und Vermögensübertragungsvorgängen (s. unten VIII.). Das Gesetz schliesst mit gemeinsamen Bestimmungen, die generell auf sämtliche vorgenannten Vorgänge anwendbar sind; sie betreffen namentlich die gerichtliche Prüfung der umgetauschten oder bewahrten Beteiligungsrechte, die Anfechtbarkeit von gefassten Beschlüssen sowie die Verantwortlichkeit der bei

den besagten Vorgängen mitwirkenden Personen (s. unten IX.). Die Schlussbestimmungen weisen schliesslich auf das Übergangsrecht hin.

2. Entwicklung der Praxis und der Rechtsprechung vor der Annahme des Fusionsgesetzes

Bis heute befasste sich das Recht der Handelsgesellschaften lediglich mit der Fusion zwischen Aktiengesellschaften (Art. 748 bis 749 aOR), zwischen einer Kommanditaktiengesellschaft und einer Aktiengesellschaft (Art. 750 aOR), zwischen Kommanditaktiengesellschaften (Art. 770 Abs. 3 aOR), zwischen Genossenschaften (Art. 914 aOR) sowie mit der Umwandlung

Zusammenfassung

Das Fusionsgesetz wird am 1. Juli 2004 in Kraft treten. Es wird die Vorgänge im Zusammenhang mit der Umstrukturierung von Unternehmen, Vereinen und Stiftungen, die im Handelsregister eingetragen sind, erleichtern. Die ebenfalls durch das Fusionsgesetz geregelte Vermögensübertragung wird es erlauben, ähnliche Resultate noch einfacher zu erreichen. Da das Gesetz erleichterte Verfahren vorsieht, sind alle Praktiker der Treuhandbranche durch das neue Gesetz betroffen. Der Autor stellt das Thema allgemein und umfassend vor. Die steuerrechtlichen Aspekte werden Gegenstand eines weiteren Artikels sein.

einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 824 ff. aOR). Art. 14 des Bundesgesetzes über die Banken und die Sparkassen (BankG) erlaubte ausserdem die Umwandlung von Genossenschaftsbanken in Aktiengesellschaften oder Kommanditaktiengesellschaften.²

In den 90er-Jahren bildete sich jedoch in der Lehre eine sich auf den Grundsatz der privaten Autonomie³ stützende Bewegung zu Gunsten der Gültigkeit von nicht im Recht vorgesehenen Fusionen und Umwandlungen von Gesellschaften heraus. Im gleichen Zeitraum entwickelte das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) eine Praxis in dieselbe Richtung unter Wahrung des Schutzes der Interessen Dritter. In diesem Rahmen konnte sich zum Beispiel die Renten-

anstalt/Swiss Life – eine Genossenschaft – 1997 in eine Aktiengesellschaft umwandeln⁴. Was das Bundesgericht anbelangt, so hat dessen Rechtsprechung in der Vergangenheit ebenfalls gewisse durch das OR nicht vorgesehene Fusions- und Umwandlungsvorgänge zugelassen.⁵ Die Fusion zwischen Vereinen⁶, die Umwandlung einer Genossenschaft in einen Verein ohne Liquidation⁷ und die Fusion zwischen Stiftungen⁸. Erst im BGE vom 20. November 1998 («Entscheid Beaugard»⁹), der die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft zulies, hat das Bundesgericht die in der Lehre umstrittene Frage entschieden, ob die Teilregelung im OR betreffend die Fusion und Umwandlung von Gesellschaften ein qualifiziertes Schweigen oder eine Gesetzeslücke darstellte. So hat das Bundesgericht erklärt, dass es nicht ersichtlich sei, dass sich der Gesetzgeber von 1936 bewusst gewesen wäre, was künftig auf dem Spiel stehen würde, und absichtlich versucht hätte, vorweg jede – einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage entbehrende – Umwandlung zu verbieten. Folglich könne das Bestehen eines qualifizierten Schweigens im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht werden. Dieser Entscheid hatte eine doppelte Wirkung¹⁰. Zuerst legte er die Voraussetzungen dar, welche für die Umwandlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft erforderlich sind. Dies war für die Rechtssicherheit notwendig. Die zweite durch diesen Entscheid hervorgerufene Entwicklung bestand darin, das Tor zu einer grossen Anzahl von Geschäftsvorgängen geöffnet zu haben, welche das Recht bis zum Inkrafttreten des FusG nicht vorgesehen hatte. Für andere Vorgänge, wie die Spaltungen und die Umwandlungen, stützte sich die Praxis nämlich auf die – unbefriedigende – Anwendung einer Folge von Vorgängen (Herauf- oder Herabsetzung des Liquidationskapitals, Bildung einer neuen Gesellschaft und Übertragung der Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 OR)¹¹.

Per 1. Juli 2004 ist Art. 181 OR auf die Übertragung von Vermögen und Geschäften, die Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen oder Einzelfirmen, welche im Handelsregister eingetragen sind, gehören, nicht mehr anwendbar. Wie es Art. 181 Abs. 4 revOR ausdrückt, kommt einzig das FusG zur Anwendung. Sind jedoch im Handelsregister nicht eingetragene Rechtsträger betroffen, so bleibt Art. 181 OR weiterhin anwendbar. Dies gilt zum Beispiel für die Übertragung des Geschäfts eines Händlers, der nicht der Eintragung in das Handelsregister untersteht, oder für das Vermögen von nicht im Handelsregister eingetragenen Vereinen.

3. Verhältnis zum Steuerrecht und zum Kartellgesetz

Das neue FusG, dessen gesetzgeberischer Entwurf alleine auf einer Initiative der Verwaltung beruht – ohne dass ein parlamentarischer Vorstoss in diesem Sinne erfolgt wäre – wird durch eine Serie von Reformen des Steuerrechts begleitet, um die «Steuerneutralität» von Unternehmensumstrukturierungen sicherzustellen. Der Zweck bestand darin, zu vermeiden, dass die durch das FusG vorgesehenen Vorgänge auf Grund der steuerrechtlichen Bestimmungen finanziell nicht realisierbar wären¹². Hingegen bewirkt das FusG keine Änderung in der Anwendung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), das allenfalls bei Unternehmenszusammenschlüssen gleichzeitig wie das FusG anwendbar wird (Art. 1 Abs. 4 FusG)¹³.

Zum Zwecke einer Kommentierung der Bestimmungen des FusG können folgende Werke konsultiert werden: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz Handkommentar, Bern 2003; F. Vischer und Vischer Rechtsanwälte und Notare, Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004; H. Peter / R. Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, Zürich 2004; Water/Vogt/Tschäni/Daeniker, Fusionsgesetz, BSK, Basel 2004.

II. Die Fusion

1. Allgemeines

Art. 3 Abs. 1 FusG unterscheidet zwei Fusionsformen:

- Die Absorptionsfusion: Eine Gesellschaft (so genannte absorbierende Gesellschaft) übernimmt die Aktiven und die Passiven einer anderen Gesellschaft (so genannte absorbierte Gesellschaft), die dann ohne Liquidation aufgelöst wird, und zwar im Allgemeinen mittels der Zuteilung von Beteiligungsrechten der übernehmenden Gesellschaft an die Inhaber von wirtschaftlichen Rechten der übernommenen Gesellschaft;
- Die Kombinationsfusion: Zwei oder mehrere Gesellschaften (so genannte fusionierende Gesellschaften) legen ihre jeweiligen Aktiven und Passiven in eine für die Fusionsoperation neu gebildete Gesellschaft ein, und zwar mittels der Zuteilung von Beteiligungsrechten der neuen Gesellschaft an die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaften.

Art. 10 FusG sieht im Falle der Gründung einer neuen Gesellschaft im Rahmen einer Kombinationsfusion die

Anwendung der Bestimmungen des ZGB und des OR vor, ausser für die Vorschriften über die Anzahl der Gründer bei Kapitalgesellschaften sowie jene über die Sacheinlagen, die nicht anwendbar sind. Der Vorbehalt in Bezug auf die Anzahl der Gründer wird ab dem Inkrafttreten des revidierten Rechts der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welches die Bildung von Einpersonengesellschaften ermöglichen wird, keine Anwendung mehr finden.

2. Die zulässigen Fusionen

Die verschiedenen Möglichkeiten werden in Art. 4 FusG aufgeführt und sind in nachfolgender Tabelle zusammengefasst¹⁴:

Übertragende Entität	Übernehmende Entität	EF	KollG	KG	AG	KAG	GmbH	Genoss.#	Genoss.#	Verein	Stift.	VE	IoR
EF													
KollG			F	F	F	F	F	F	F				
KG			F	F	F	F	F	F	F				
AG					F	F	F	F	F				
KAG					F	F	F	F	F				
GmbH					F	F	F	F	F				
Genoss.					F	F	F	F	F				
Genoss.#					F	F	F	F	F	F*			
Verein					F*	F*	F*	F*	F*	F			
Stift.											F		
VE												F	
IoR					F	F	F	F	F	F	F		

F = Zulässige Fusion

* Der Rechtsträger ist in das Handelsregister einzutragen.

Legenden für die Abkürzungen:

EF	Einzelirma
KollG	Kollektivgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft
AG	Aktiengesellschaft
KAG	Kommanditaktiengesellschaft
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Genoss.	Genossenschaft
Genoss.#	Genossenschaft ohne Genossenschaftskapital
Verein	Verein
Stift.	Stiftung
VE	Vorsorgeeinrichtung
IoR	Institut des öffentlichen Rechts

3. Verfahren

Das Fusionsverfahren beginnt mit der Ausarbeitung, der Aushandlung und dem Abschluss des in schriftlicher Form erstellten Fusionsvertrags (Art. 12 f. FusG), welcher durch die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane in einem Fusionsbericht rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen ist (Art. 14 FusG). Der Fusionsvertrag, der Fusionsbericht sowie die der Fusion zugrunde liegende Bilanz (Art. 11 FusG) sind sodann einer Prüfung durch einen besonders befähigten Revisor zu unterziehen (Art. 15 FusG); diese Unterlagen und der Prüfungsbericht müssen während mindestens 30 Tagen vor der Beschlussfassung am Sitz

der Gesellschaft den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt werden (Art. 16 FusG). Dann wird der Vertrag den Generalversammlungen der fusionierenden Gesellschaften unterbreitet (Art. 18 FusG); allenfalls wird das Kapital der absorbierenden Gesellschaft erhöht (Art. 9 FusG).

Sobald die Fusion durch die Versammlungen der betroffenen Gesellschaften angenommen und öffentlich beurkundet wurde (Art. 20 FusG), ist sie dem Handelsregister am Sitz jeder der fusionierenden Gesellschaften mitzuteilen (Art. 21 FusG). Der Fusionsvorgang setzt sich mit dem Umtausch der Beteiligungsrechte fort. Grundsätzlich muss der Fusionsvertrag die der Fusion vorangehenden Beteiligungsrechte bewahren oder gleichwertige Rechte beantragen; ist eine Wahrung der Beteiligungsrechte nicht möglich, so sind eine Ausgleichszahlung (höchstens 10 Prozent des wirklichen Werts der gewährten Anteile) oder eine angemessene Abgeltung zu entrichten (Art. 7 f. FusG). Sieht der Vertrag einzig eine Abfindung vor, so bedarf der Vorgang der Zustimmung von mindestens 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (Art. 18 Abs. 5 FusG). Der Fusionsvorgang wird mit der Löschung der aufgelösten Gesellschaft im Handelsregister und durch die Vermengung der Vermögen der fusionierten Gesellschaften abgeschlossen. An die Gläubiger der absorbierten Gesellschaft hat ein Aufruf zu erfolgen (Art. 25 FusG). Die Gläubiger haben dann drei Monate Zeit, um von der übernehmenden Gesellschaft Sicherstellungen zu verlangen. Zudem verlängert Art. 26 FusG die persönliche Haftung der Gesellschafter für sämtliche Verbindlichkeiten, die vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses begründet wurden oder deren Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt, wenn die Fusion den Wegfall dieser Haftung zur Folge hat (z. B. Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft).

Art. 27 FusG unterstellt den Übergang der Arbeitsverhältnisse im Falle einer Fusion Art. 333 OR. Daraus ergibt sich, dass die Arbeitsverhältnisse auf die absorbierende Gesellschaft mit allen damit verbundenen Rechten und Verpflichtungen übergehen (Art. 333 Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer kann diesen Übergang ablehnen; in diesem Falle geht der Arbeitsvertrag innerhalb der gesetzlichen Fristen zu Ende (Art. 333 Abs. 2 OR)¹⁵. Wie die Gläubiger können die Arbeitnehmer die Sicherstellung für die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Forderungen verlangen. Art. 28 FusG verweist betreffend die Konsultation der Arbeitnehmervertretung beim Übergang der Arbeitsverhältnisse auf Art. 333a OR. Diese Konsultierung hat vor der Be-

schlussfassung über die Fusion durch die Generalversammlungen zu erfolgen. Bleibt diese Konsultation aus, so können sich die Arbeitnehmer mittels eines Begehrens an den Richter der Eintragung der Fusion im Handelsregister widersetzen.

4. Gesellschaften in Liquidation, im Falle von Kapitalverlust oder von Überschuldung

Wir verweisen an dieser Stelle auf Art. 5 und 6 FusG, die diesbezüglich besondere Bestimmungen vorsehen, welche den Schutz der Gläubiger bezwecken.

5. Erleichterte Verfahren

Für die Fusion zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft oder zwischen Schwestergesellschaften sind Erleichterungen vorgesehen (Art. 23 FusG), wie auch für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), wie sie Art. 2 Bst. e FusG definiert. In Bezug auf KMU kann, falls sämtliche Gesellschafter zustimmen, auf die Erstellung eines Fusionsberichts (Art. 14 Abs. 2 FusG) und auf die Prüfung des Fusionsvertrags, des Fusionsberichts und der Bilanz durch einen besonders befähigten Revisor (Art. 15 Abs. 2 FusG) verzichtet werden. Ebenso kann auf das Verfahren zur Einsicht durch die Gesellschafter verzichtet werden, falls diese dazu ihre Zustimmung erteilen (Art. 16 Abs. 2 FusG).

Nach dem Wortlaut von Art. 2 Bst. e FusG sind kleine und mittlere Unternehmen Gesellschaften, die keine Anleiensobligationen ausstehend haben oder deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Grössen nicht in beiden – dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen – Geschäftsjahren überschreiten: 1. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken, 2. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken, 3. 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

III. Die Spaltung von Gesellschaften

1. Allgemeines

Im Verlaufe seines Bestehens kann sich ein Unternehmen zum Zwecke seiner Entwicklung dazu entschliessen, sich einer Spaltung zu unterziehen, um so bestimmten Profit-Centers mehr Autonomie zu gewähren oder um sich in seiner Handels- oder Industriestruktur von unrentablen Wirtschaftsbereichen zu trennen. Bis heute war die Spaltung von Gesellschaften im schweizerischen Recht nicht geregelt.

2. Die Spaltungsvorgänge gemäss dem Fusionsgesetz

Das FusG unterscheidet zwei Spaltungsformen:

- Die Aufspaltung: Eine Gesellschaft überträgt die Gesamtheit ihres Vermögens auf eine oder mehrere andere Gesellschaften; die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht;
- Die Abspaltung: Eine Gesellschaft überträgt einen oder mehrere Teile ihres Vermögens auf andere Gesellschaften; die übertragende Gesellschaft besteht mit einem herabgesetzten Kapital weiter.

Art. 30 FusG legt dar, dass Kapitalgesellschaften und Genossenschaften sich in Kapitalgesellschaften und in Genossenschaften spalten können. Diese Bestimmung kann in nachfolgender Tabelle zusammengefasst werden¹⁶:

	In									
Von	KollG	KG	AG	KAG	GmbH	Genoss.	Verein	Stift	VE	
KollG										
KG										
AG			S	S	S	S				
KAG			S	S	S	S				
GmbH			S	S	S	S				
Genoss.			S	S	S	S				
Verein										
Stift										
VE										

S = Zulässige Spaltung

Übrige Abkürzungen in der ersten Tabelle S. 146.

3. Verfahren

Das Spaltungsverfahren für Gesellschaften folgt demselben Schema wie das Fusionsverfahren: Ausarbeitung eines in schriftlicher Form erstellten Spaltungsvertrages oder Spaltungsplans (Art. 36 f. FusG), Erstellung eines Spaltungsberichts (Art. 38 FusG), Prüfung des Spaltungsvertrages oder Spaltungsplans sowie des Spaltungsberichts (Art. 40 FusG), Gewährung der Einsicht in die Unterlagen (Art. 41 FusG), Abstimmung durch die Generalversammlung (Art. 43 und 18 FusG) sowie Eintragung in das Handelsregister (Art. 51 FusG). Der Umtausch der Beteiligungsrechte erfolgt gemäss Art. 31 FusG, der auf Art. 7 FusG über die Wahrung der Beteiligungen im Falle einer Fusion verweist. Die Möglichkeiten zur Abweichung vom Grundsatz der Wahrung der Beteiligungen sind jedoch weniger ausgedehnt.

Das Verfahren zum Schutz der Gläubiger bei einer Gesellschaftsspaltung findet vor der Beschlussfassung der betroffenen Gesellschaften über die Spaltung statt. Art. 45 FusG sieht vor, dass die Gläubiger dreimal im

Schweizerischen Handelsamtsblatt darauf hingewiesen werden, dass sie Sicherstellungen verlangen können, wenn sie ihre Forderungen innerhalb einer Frist von zwei Monaten anmelden (Art. 46 FusG). Erst wenn die Forderungen sichergestellt oder erfüllt wurden, darf der Spaltungsbeschluss der Abstimmung durch die Gesellschafter unterbreitet werden (Art. 43 Abs. 1 FusG). Art. 47 FusG führt sodann eine subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften ein (subsidiär haftende Gesellschaften). Diese haften solidarisch, falls die Forderungen eines Gläubigers von der Gesellschaft, der die Verbindlichkeiten durch den Spaltungsvertrag zugeordnet wurden (primär haftende Gesellschaft), nicht befriedigt werden. Schliesslich verweist Art. 48 FusG auf Art. 26 FusG, der die persönliche Haftung der Gesellschafter verlängert.

Art. 49 und 50 FusG gewährleisten den Schutz der Arbeitnehmer im gleichen Ausmass wie Art. 27 und 28 FusG im Falle einer Fusion. Verfahrenserleichterungen wie bei der Fusion sind ebenfalls für die in Art. 2 Bst. e FusG definierten KMU vorgesehen.

IV. Die Umwandlung von Gesellschaften

1. Allgemeines

Die Umwandlung wird durch die Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft bei gleichzeitiger Kontinuität der Vermögens- und Anteilsverhältnisse definiert. Sie impliziert keine Gesamtnachfolge, und es erfolgt auch keine Übertragung von Aktiven und Passiven. Die sich umwandelnde, ihr Rechtskleid wechselnde Gesellschaft bleibt wirtschaftlich und rechtlich identisch¹⁷.

Wie es Art. 57 FusG festhält, ist zu vermerken, dass die Handlungen und Unterlagen im Zusammenhang mit der Umwandlung die Anforderungen an die Gründung einer entsprechenden Gesellschaft – worunter namentlich die Zertifizierung der Sacheinlagen fällt – berücksichtigen müssen. So verlangt etwa die Umwandlung einer Kollektivgesellschaft oder einer Aktiengesellschaft die Einhaltung der Bestimmungen des FusG wie auch derjenigen über die qualifizierte Gründung der Aktiengesellschaft.

2. Die verschiedenen Umwandlungsfälle

Das FusG ermöglicht den Rückgriff auf das Umwandlungsverfahren in einem sehr weiten Ausmass, wobei das Kriterium darin besteht, dass die gewählte rechtliche Struktur grundsätzlich mit der gegenwärtigen Form vereinbar sei. Die verschiedenen Möglichkeiten werden in Art. 54 und 55 FusG aufgeführt und sind in nachfolgender Tabelle zusammengefasst¹⁸:

	In											
Von	EF	KollG	KG	AG	KAG	GmbH	Genoss.	Genoss.#	Verein	Stift.	VE	löR
EF												
KollG			U	U	U	U	U	U				
KG		U		U	U	U	U	U				
AG					U	U	U	U				
KAG				U		U	U	U				
GmbH				U	U		U	U				
Genoss.				U	U	U						
Genoss.#				U	U	U			U*			
Verein				U*	U*	U*	U*	U*				
Stift.												
VE							U	U		U		
löR				U	U	U	U	U	U	U		

U = Zulässige Umwandlung

* Der Rechtsträger ist in das Handelsregister einzutragen.

Übrige Abkürzungen in der ersten Tabelle S. 146.

3. Verfahren

Das Umwandlungsverfahren folgt demselben Schema wie das Fusions- und das Spaltungsverfahren: Ausarbeitung eines in schriftlicher Form erstellten Umwandlungsplans (Art. 59 f. FusG), Umwandlungsbericht (Art. 61 FusG), Prüfung des Umwandlungsplans sowie des Umwandlungsberichts (Art. 62 FusG), Gewährung der Einsicht in die Unterlagen (Art. 63 FusG), Abstimmung durch die Generalversammlung (Art. 64 FusG) sowie Eintragung in das Handelsregister (Art. 66 f. FusG). Art. 56 FusG gewährleistet die Wahrung der Beteiligungen der Gesellschafter in der umgewandelten Gesellschaft. Insofern die Umwandlung keine Aufspaltung des Vermögens der Gesellschaft nach sich zieht, verlangt das FusG weder einen Aufruf an die Gläubiger, noch eine Sicherstellung. Art. 68 Abs. 1 FusG verweist auf Art. 26 FusG, der die persönliche Haftung

der Gesellschafter verlängert. Das Verfahren zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung ist auch nicht notwendig, denn es gibt keinen Arbeitgeberwechsel. In Art. 68 Abs. 2 FusG, der auf Art. 27 Abs. 3 FusG verweist, wird einzig die Verlängerung der persönlichen Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverträgen vorgesehen.

Verfahrenserleichterungen wie bei der Fusion sind ebenfalls für die in Art. 2 Bst. e FusG definierten KMU vorgesehen.

V. Die Vermögensübertragung

1. Allgemeines

Kapitel 5 des FusG führt die Möglichkeit ein, bedeutende Vermögensübertragungen direkt – mit Eintragung in das Handelsregister – «uno actu» vorzunehmen, d.h. ohne dass es nötig wäre, jeden Bestandteil des Vermögens nach den ihm eigenen Modalitäten abzutreten. Dieser Vorgang unterscheidet sich von der Spaltung insofern, als nicht die Schaffung eines neuen Unternehmens, sondern der Verkauf eines Vermögens erfolgt.

2. Die verschiedenen Fälle von Vermögensübertragungen

Art. 69 Abs. 1 FusG legt fest, dass im Handelsregister eingetragene Gesellschaften und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger des Privatrechts übertragen können. Wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, gilt Kapitel 3 (Spaltung von Gesellschaften). Die verschiedenen Möglichkeiten zur Vermögensübertragung können in nachfolgender Tabelle zusammengefasst werden (vgl. auch Art. 86 f., 98 und 99 Abs. 2 FusG):

Übertragende Entität	Übernehmende Entität	EF	KollG	KG	AG	KAG	GmbH	Genoss.	Genoss.#	Verein	Stift.	VE	IoR
EF*		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
KollG*		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
KG*		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
AG		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
KAG		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
GmbH		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
Genoss.		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
Genoss.#		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
Verein		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
Stift.*		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
VE		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ
IoR		VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ	VÜ

VÜ = Zulässige Vermögensübertragung

* Der Rechtsträger ist in das Handelsregister einzutragen.

Übrige Abkürzungen in der ersten Tabelle S. 146.

Die Eintragung der übertragenden Gesellschaft in das Handelsregister ist zwingend¹⁹, denn die Öffentlichkeit der Vermögensübertragung ist eine notwendige Voraussetzung für den Wegfall der Formregeln, die sonst bei einer Einzelnachfolge bestehen.

Kapitel 5 des FusG ist eine Ergänzung von Art. 181 OR in Bezug auf Rechtsträger, die im Handelsregister eingetragen sind. Von einem funktionellen Standpunkt aus betrachtet kann die Vermögensübertragung eine Alternative zu einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung bilden²⁰. Sie kann im Falle der Errichtung einer Filiale, einer erleichterten Liquidation der Gesellschaft durch Übertragung eines Teils der Aktiven oder der Veräusserung von Unternehmenssektoren Anwendung finden. Die Vermögensübertragung erlaubt es auch, Operationen vorzunehmen, welche auf Grund der Unvereinbarkeit der Rechtsformen der betroffenen Gesellschaften nicht möglich wären, wie etwa die Übertragung des gesamten Vermögens einer Kapitalgesellschaft an eine Personengesellschaft oder an eine Stiftung²¹.

3. Verhältnis zu Art. 181 OR

Trotz ihrer anscheinenden Ähnlichkeit sind die Bestimmungen von Art. 69 ff. FusG und Art. 181 OR vollkommen verschieden²². In Anwendung von Art. 69 ff. FusG erfolgt die Übertragung von Gesetzes wegen sowohl für die Aktiven wie auch für die Passiven, die inventarisiert sind. In Anwendung von Art. 181 OR werden einzig die zum Unternehmen oder zum Vermögen gehörenden Schulden von Gesetzes wegen übertragen, und zwar ohne Anwendung von Art. 175 ff. OR betreffend Schuldübernahmen. Gemäss Art. 69 ff. FusG findet die Übertragung «erga omnes» (gegenüber jedermann) ab deren Eintragung in das Handelsregister statt. Die Übertragung ist den Gläubigern gegenüber ab der Mitteilung derselben in mündlicher oder schriftlicher Form und mittels Anzeige wirksam (Art. 181 OR). Eine Eintragung in das Handelsregister ist nicht möglich.

Die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG begründet ein Einsichtsrecht der Gesellschafter (Art. 74 FusG) und der Arbeitnehmer über die Konsultierung von deren Vertretung (Art. 77 FusG). Dies ist bei Art. 181 OR nicht der Fall.

4. Verfahren

Die Übertragung des Vermögens einer Gesellschaft zieht keine Änderung der Anteilsrechte der Gesell-

schafter der betroffenen Gesellschaften nach sich. Ist im Rahmen der Vermögensübertragung eine Änderung der Beteiligungen der Gesellschafter vorgesehen, so verweist Art. 69 Abs. 1 FusG auf das Spaltungsverfahren. Das Vermögensübertragungsverfahren darf nicht dazu dienen, Regeln zum Gesellschafter-, zum Gläubiger- und zum Arbeitnehmerschutz bei einer Unternehmensspaltung zu umgehen.

Das Vermögensübertragungsverfahren beginnt mit der Ausarbeitung eines in schriftlicher Form erstellten Übertragungsvertrages (Art. 70 f. FusG), der namentlich das Inventar der übertragenen Güter enthält. Die Form der öffentlichen Urkunde ist nur für jene Teile erforderlich, welche Grundstücke enthalten. Die Vermögensübertragung ist nur dann zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss aufweist. Das Inventar bestimmt das Ausmass der Vermögensübertragung. Das Eigentum an den auf der Liste aufgeführten Elementen wird nämlich durch die Eintragung der Übertragung in das Handelsregister automatisch an die übernehmende Gesellschaft übertragen.

Die Gegenleistung ist im Vertrag anzugeben²³. Eine unentgeltliche Übertragung ist möglich, muss jedoch im Vertrag erwähnt werden. Die Parteien können über die Natur der Gegenleistung frei entscheiden; besteht diese jedoch aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten, so sind die Regeln über die Unternehmensspaltung anwendbar (Art. 69 Abs. 1 FusG).

Das Vermögensübertragungsverfahren bedarf keiner Annahme des Übertragungsvertrages durch die Generalversammlungen der betroffenen Gesellschaften (Art. 70 Abs. 1 FusG). Die Gesellschafter sind jedoch im Anhang zur Jahresrechnung über die Vermögensübertragung oder, wenn kein Anhang verlangt wird, durch eine Information anlässlich der nächsten Generalversammlung in Kenntnis zu setzen (Art. 74 Abs. 1 FusG). Die Information erfolgt nach der Vermögensübertragung, denn die Anteilsrechte der Gesellschafter sind nicht betroffen.

Kraft Art. 73 Abs. 1 FusG muss das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan des übertragenden Rechtsträgers die Eintragung dem Handelsregister anmelden. Die Eintragung ist konstitutiver Natur²⁴. Die Gesamtheit der im Inventar erwähnten Aktiven und Passiven wird am Tage der Eintragung somit auf das übernehmende Unternehmen übertragen, ohne dass es einer Eintragung der Grundstücke im Grundbuch oder einer Indossierung der Wertpapiere bedürfte.

Die Interessen der Gläubiger sind durch Art. 71 Abs. 2 FusG, wonach die Vermögensübertragung nur dann zulässig ist, wenn das Inventar einen Aktivenüber-

schuss aufweist, und Art. 75 FusG, der während drei Jahren eine solidarische Haftung zwischen dem übertragenden und dem übernehmenden Unternehmen für die nach der Vermögensübertragung entstandenen Schulden begründet, geschützt. Die eingeführte Haftung ist diejenige der Art. 143 ff. OR²⁵. Art. 75 Abs. 2 FusG legt den Beginn der Frist auf den Tag der Veröffentlichung der Übertragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt oder auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Schuld fest, falls diese nach der Veröffentlichung fällig wird. Art. 75 Abs. 3 FusG sieht zudem vor, dass die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger die Forderungen sicherstellen müssen, wenn die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt oder die Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.

Art. 76 FusG unterstellt den Übergang der sich aus der Vermögensübertragung ergebenden Arbeitsverhältnisse Art. 333 OR. Art. 76 Abs. 2 FusG sieht zudem vor, dass Art. 75 FusG auf alle Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder, bei Ablehnung des Übergangs, vom Arbeitnehmer beendet wird, Anwendung findet. Art. 77 FusG verweist auf Art. 333a OR über die Konsultierung der Arbeitnehmervertretung im Falle eines Übergangs der Arbeitsverhältnisse.

VI. Die Fusion und die Vermögensübertragung von Stiftungen

1. Allgemeines

Art. 2 Bst. a FusG schliesst die Stiftungen in die Auflistung der Rechtsträger im Sinne des FusG ein. Die besondere Struktur der Stiftung bedarf jedoch einer Ausgestaltung, die dieser Rechtsform eigen ist, denn Stiftungen sind Vermögen, die einem besonderen Zweck gewidmet sind, und sie haben keine Mitglieder. In diesem Rahmen sind die Spaltung und die Umwandlung gegenstandslos. Die Fusion einer Stiftung mit einer Körperschaft (Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit) ist ebenfalls unmöglich, da es an der Vereinbarkeit zwischen den Rechtsformen mangelt²⁶. Somit sind für Stiftungen nur zwei Arten von Vorgängen zulässig: Die Fusion zwischen Stiftungen und die Vermögensübertragung.

2. Die Fusion von Stiftungen

Art. 78 Abs. 1 FusG stellt den Grundsatz auf, wonach Stiftungen miteinander – und ausschliesslich miteinander –

der – fusionieren können. Art. 78 Abs. 2 FusG legt zwei qualifizierte Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Fusion fest:

- Die Fusion ist sachlich gerechtfertigt und dient insbesondere der Wahrung und der Durchführung des Stiftungszwecks;
- Allfällige Rechtsansprüche der Destinatäre der beteiligten Stiftungen müssen gewahrt werden.

Die Zwecke der an der Fusion beteiligten Stiftungen müssen folglich ähnlich sein oder sich ergänzen. Art. 78 Abs. 2 FusG verweist auf das Verfahren von Art. 86 ZGB für den Fall, da eine Abänderung des Zwecks einer der fusionierenden Stiftungen notwendig ist.

Der Fusionsvertrag wird durch die obersten Organe der fusionierenden Stiftungen abgeschlossen (Stiftungsräte; Art. 79 f. FusG). Er muss die schriftliche Form aufweisen oder gar öffentlich beurkundet sein, wenn Familien- oder kirchliche Stiftungen an der Fusion beteiligt sind. Der Vertrag und die Bilanzen, auf die sich

dieser stützt, werden dann zur Prüfung einem Revisor unterbreitet, der damit beauftragt ist, zu ermitteln, ob der Fusionsvertrag die Rechtsansprüche der Destinatäre wahrt und ob die bekannten oder zu erwartenden Forderungen mittels des Vermögens der fusionierenden Stiftungen befriedigt werden können (Art. 81 FusG). Im Gegensatz zu Art. 15 FusG muss der Revisor nicht besonders befähigt sein.

Vor dem Antrag an die Aufsichtsbehörde informiert das oberste Organ der übertragenden Stiftung die Destinatäre mit Rechtsansprüchen über die geplante Fusion und deren Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung (Art. 82 FusG). Bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen erfolgt die Information vor dem Fusionsbeschluss. Der Fusionsvertrag wird sodann durch einen schriftlichen Antrag, der darlegt, dass die Voraussetzungen zur Fusion erfüllt sind, der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung unterbreitet (Art. 83 FusG). Zuständig ist die Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung.

Stimmt die Aufsichtsbehörde der Fusion zu, so meldet sie diese zur Eintragung in das Handelsregister an (Art. 83 Abs. 3 FusG). Gemäss Art. 84 FusG wird bei Familienstiftungen und kirchlichen Stiftungen die Fusion mit dem Entscheid des obersten Stiftungsorgans der beteiligten Stiftungen rechtswirksam. Jeder Destinatär mit Rechtsanspruch und jedes Mitglied des obersten Stiftungsorgans, das dem Beschluss nicht zugestimmt hat, kann den Fusionsbeschluss wegen Fehlens der Voraussetzungen innerhalb von drei Monaten nach Beschluss gerichtlich anfechten.

Art. 85 FusG gewährleistet den Schutz der Gläubiger der fusionierenden Stiftungen, indem er eine dreimalige Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt vorsieht, welche sie darüber in Kenntnis setzt, dass sie Sicherstellungen verlangen können, wenn sie ihre Forderungen anmelden. Diese Bestimmung gilt nicht für Destinatäre mit Rechtsansprüchen. Die Norm gewährleistet ebenfalls den Schutz der Arbeitnehmer, indem sie die Bestimmungen über den Übergang der Arbeitsverhältnisse und die Konsultation der Arbeitnehmer als anwendbar erklärt.

3. Die Vermögensübertragung

Gemäss Art. 86 Abs. 1 FusG können die im Handelsregister eingetragenen Stiftungen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger übertragen. Die übertragende Stiftung muss zwingend im Handelsregister eingetragen sein; die Familien- und kirchlichen Stiftungen müssen sich somit in das Handelsregister eintragen lassen, bevor sie eine Vermögensübertragung vornehmen können²⁷. Die Übertragungsmodalitäten sind dieselben wie für die anderen Rechtsträger; Art. 86 Abs. 2 FusG verweist folglich auf Art. 70 bis 72 sowie Art. 75 bis 77 FusG. Die Aufsichtsbehörde der übertragenden Stiftung muss der Übertragung zustimmen, wenn die Stiftung einer solchen Aufsicht unterstellt ist (Art. 87 FusG).

VII. Die Fusion, die Umwandlung und die Vermögensübertragung von Vorsorgeeinrichtungen

1. Allgemeines

Die in Art. 2 Bst. i FusG definierten Vorsorgeeinrichtungen können sich unter den durch Art. 88 ff. FusG festgelegten Voraussetzungen an einer Fusion, einer Umwandlung oder einer Vermögensübertragung beteiligen.

2. Fusion

Unter Vorbehalt einiger Besonderheiten, die solchen Institutionen eigen sind, unterstehen die Fusionen, an denen Vorsorgeeinrichtungen beteiligt sind, demselben Verfahren wie die Fusionen nach Art. 3 ff. FusG. Art. 88 FusG stellt den Grundsatz auf, wonach Vorsorgeeinrichtungen miteinander fusionieren können. Eine andere Möglichkeit besteht nicht; die an der Fusion beteiligten Rechtsträger müssen somit alle der Begriffsbestimmung von Art. 2 Bst. i FusG entsprechen. Zudem haben die Vorsorgeeinrichtungen zwei Voraussetzungen zu erfüllen, damit die Fusion erfolgen kann²⁸: Der Vorsorgezweck und die Rechte und Ansprüche der Versicherten müssen gewahrt bleiben.

Ein schriftlicher Vertrag, der sich auf eine in Übereinstimmung mit Art. 11 FusG erstellte Bilanz stützt, wird zwischen den obersten Leitungsorganen der fusionierenden Vorsorgeeinrichtungen abgeschlossen (Art. 89 f. FusG). Diese leitenden Organe müssen sodann einen schriftlichen Fusionsbericht erstellen (Art. 91 FusG). Der Vertrag, die Bilanzen und der Fusionsbericht werden einerseits durch die jeweiligen Kontrollstellen der fusionierenden Einrichtungen und andererseits durch einen anerkannten Experten für die berufliche Vorsorge geprüft (Art. 92 FusG; vgl. Art. 53 Abs. 1 und 4 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG]). Die beiden Prüfer erstellen einen Bericht, in dem sie darlegen, ob die Rechte und Ansprüche der Versicherten gewahrt sind.

Die Fusion bedarf der Zustimmung des obersten Leitungsorgans und, bei einer Genossenschaft, überdies der Generalversammlung (Art. 94 FusG). Für die erforderlichen Mehrheiten gilt Art. 18 Abs. 1 Bst. d FusG. Bei Vorsorgeeinrichtungen des öffentlichen Rechts bleibt Art. 100 Abs. 3 FusG vorbehalten. Der Fusionsplan wird sodann der Aufsichtsbehörde der übertragenden Vorsorgeeinrichtung zur Genehmigung unterbreitet (Art. 95 FusG). Bevor der Fusionsplan der Aufsichtsbehörde unterbreitet wird, auferlegt Art. 93 FusG den zuständigen Organen der fusionierenden Vorsorgeeinrichtungen die Pflicht, ihre Versicherten davon zu unterrichten. Diese können während der 30 Tage vor dem Antrag an die Aufsichtsbehörde den Fusionsvertrag und den Fusionsbericht einsehen. Der Gläubigerschutz wird durch Art. 96 FusG gewährleistet, wonach die Aufsichtsbehörde vor Erlass der Verfügung die Gläubiger der an der Fusion beteiligten Vorsorgeeinrichtungen im Schweizerischen Handelsamtsblatt dreimal darauf hinzuweisen hat, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können.

3. Umwandlung

Gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG weisen die Vorsorgeeinrichtungen zwingend eine der drei nachfolgenden Rechtsformen auf: Stiftung, Genossenschaft oder Institut des öffentlichen Rechts. Art. 97 Abs. 1 FusG legt somit dar, dass sich Vorsorgeeinrichtungen in eine Stiftung oder in eine Genossenschaft umwandeln können. Art. 97 Abs. 2 FusG stellt zwei Voraussetzungen auf: Der Vorsorgezweck und die Rechte und Ansprüche der Versicherten müssen gewahrt bleiben. Art. 97 Abs. 3 FusG verweist überdies sinngemäss auf das Verfahren von Art. 89 bis 95 FusG, d.h. auf das Fusionsverfahren zwischen Vorsorgeeinrichtungen.

4. Vermögensübertragung

Kraft Art. 98 FusG können Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen oder Teile davon mit Aktiven und Passiven auf andere Vorsorgeeinrichtungen oder Rechtsträger übertragen. Die Übertragung erfolgt gemäss dem Verfahren von Art. 70 bis 77 FusG (Art. 98 Abs. 2 FusG) unter Vorbehalt von Art. 23 des Bundesgesetzes vom 17. Dez. 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG) und Art. 53a bis 53c BVG, welche die Teilliquidation von Vorsorgeeinrichtungen betreffen und somit im Falle einer Vermögensübertragung anwendbar bleiben.

VIII. Die Fusion, die Umwandlung und die Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts

Der Zweck von Art. 99 bis 101 FusG besteht darin, im Privatrecht eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, welche es Instituten des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 2 Bst. d FusG ermöglicht, sich an einer Fusion, an einer Umwandlung oder an einer Vermögensübertragung zu beteiligen²⁹. Kraft Art. 2 Bst. d FusG sind Institute des öffentlichen Rechts im Handelsregister eingetragene, organisatorisch verselbstständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, unabhängig davon, ob sie als juristische Personen ausgestaltet sind oder nicht. Die Eintragung in das Handelsregister ist zwingend, denn sie gewährleistet die Öffentlichkeit der Übertragung der Rechte.

In Anwendung von Art. 99 FusG können somit die Institute des öffentlichen Rechts:

- ihr Vermögen durch Fusion auf Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine oder Stiftungen übertragen;

- sich in Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine oder Stiftungen umwandeln;
- ihr Vermögen oder Teile davon auf andere Rechtsträger übertragen;
- durch Vermögensübertragung das Vermögen oder Teile davon von anderen Rechtsträgern übernehmen.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass sich die Institute des öffentlichen Rechts nicht an Spaltungen beteiligen können³⁰. Zudem regelt Art. 99 FusG nur die Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts in Rechtsträger des Privatrechts. Umgekehrte Vorgänge («Verstaatlichungen») sind nicht vorgesehen.

Art. 100 Abs. 1 FusG unterstellt folglich die durch Art. 99 FusG zugelassenen Operationen den Bestimmungen des FusG, unter Vorbehalt von Art. 100 Abs. 2 und 3 sowie Art. 101 FusG:

- Institute des öffentlichen Rechts, die nicht zwangsweise über ein Vermögen verfügen, welches von jenem der Körperschaft des öffentlichen Rechts, der sie unterstehen, rechtlich getrennt ist, haben ein genaues Inventar des übertragenen Vermögens zu erstellen; dieses ist von einem besonders befähigten Revisor zu prüfen (Art. 100 Abs. 2 FusG).
- Die Beschlussfassung des Rechtsträgers des öffentlichen Rechts zur Fusion, Umwandlung oder Vermögensübertragung richtet sich nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinde (Art. 100 Abs. 3 FusG).
- Die Körperschaft des öffentlichen Rechts, welcher das an einer solchen Operation beteiligte Institut untersteht, muss die notwendigen Vorkehrungen treffen, damit die Ansprüche der Gläubiger im Sinne von Art. 26, 68 und 75 FusG befriedigt werden können; die Körperschaft haftet für den Schaden, der durch mangelnde Massnahmen anlässlich des Vorgangs verursacht wird (Art. 101 FusG).

IX. Gemeinsame Vorschriften

1. Die Ausführungsbestimmungen der Handelsregisterverordnung

Damit sie ihre Wirkungen entfalten können, sind die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung in das Handelsregister einzutragen. Die Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (HregV) bestimmt folglich im Einzelnen die notwendigen Belege sowie die Modalitäten der Eintragung. Namentlich dann, wenn sich der Sitz der an einer Ope-

ration beteiligten Gesellschaften nicht im gleichen Handelsregisterbezirk befindet, ist die Löschung mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft zu koordinieren. Art. 102 FusG verweist somit auf die Anwendungsbestimmungen der HregV.

2. Die Eintragung in das Grundbuch

Wenn die Eintragung in das Handelsregister genügt, um die Gesamtheit der Rechte und Verpflichtungen der Gesellschaft übergehen zu lassen, ohne dass die der Übertragung der fraglichen Rechte eigenen Formen – einschliesslich jener für Grundstücke (unter Vorbehalt von Art. 104 Abs. 3 FusG, der in bestimmten Fällen die Errichtung einer öffentlichen Feststellungs-urkunde vorsieht) – eingehalten werden müssten, ist das Grundbuch dennoch anzupassen, um die genauen Verhältnisse der dinglichen Rechte auf den Grundstücken zu widerspiegeln. Nach Art. 656 Abs. 2 ZGB kann nämlich der Erwerber über das Grundstück erst nach erfolgter Eintragung verfügen. Nun wäre in Ermangelung einer Eintragung der ehemalige Eigentümer formell immer noch dazu berechtigt, darüber zu verfügen, obschon er rechtlich nicht mehr dazu befugt wäre (vgl. Art. 963 Abs. 1 ZGB). Art. 104 FusG und die Anwendungsbestimmungen der Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (GBV) legen somit die Eintragungsmodalitäten der Änderungen fest, welche eine Fusion, eine Spaltung, eine Umwandlung oder eine Vermögensübertragung impliziert.

3. Überprüfung der Anteilsrechte und der Mitgliedschaftsrechte

Art. 105 FusG bildet die gesetzliche Grundlage, die es den Gesellschaftern erlaubt, eine gerichtliche Kontrolle der Anteils- oder der pekuniären Rechte zu verlangen, welche im Rahmen einer Fusion, einer Spaltung oder einer Umwandlung gewahrt oder zugewiesen worden sind. Aktivlegitimiert ist jeder Gesellschafter einer übertragenden wie auch einer übernehmenden Gesellschaft, allenfalls unabhängig davon, ob er sich der Operation widersetzt hat oder nicht, denn die Frage des Grundsatzes der Operation ist das eine und jene ihrer Anwendung (nach erfolgter Überlegung) eine andere³¹. Anzumerken ist, dass sich in Bezug auf die Vermögensübertragung die Frage der Wahrung der Mitgliedschaftsrechte nicht stellt.

Gemäss der Botschaft des Bundesrats sollte der Rückgriff auf Art. 105 FusG ziemlich selten sein, und zwar auf Grund der Kontrolle des Umtauschverhältnisses durch einen besonders befähigten Revisor und der

Notwendigkeit eines erläuternden Berichts über den Umtausch der Anteilsrechte³². Dies ist nämlich der Fall, wenn ein durch einen besonders befähigten Revisor geprüftes Umtauschverhältnis notwendig ist oder verlangt wird. Unseres Erachtens kann das Rechtsmittel von Art. 105 FusG ein strategisches Mittel der Initianten einer Umstrukturierungsoperation sein, indem sie die Gesellschafter dazu einladen, eine solche so rasch als möglich anzunehmen, und darauf hinweisen, dass dieses Rechtsmittel es ihnen gestattet, auf die finanziellen Modalitäten der Operation zurückzukommen, wozu die Gesellschaft einen weit gehenden Beitrag in einem Geist der Gerechtigkeit leisten wird, indem sie die Interessen sämtlicher Gesellschafter in Einklang bringt.

4. Anfechtbarkeit von mangelhaften Beschlüssen

4.1 Grundsatz

Sind die Vorschriften des FusG verletzt, so können in Anwendung von Art. 106 FusG Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger, die dem Beschluss über die Fusion, die Spaltung oder die Umwandlung nicht zugestimmt haben, den Beschluss innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt anfechten. Wenn keine Veröffentlichung erforderlich ist, beginnt die Frist mit der Beschlussfassung. Aktivlegitimiert sind jene Gesellschafter, die dem in einer Generalversammlung gefassten Beschluss nicht zugestimmt haben³³. Die Gesellschafter können den Beschluss ebenfalls dann anfechten, wenn er durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan im Rahmen einer erleichterten Fusion (Art. 23 f. FusG) oder einer Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) gefasst worden ist. In diesen beiden letzten Fällen kommt die Einschränkung der Aktivlegitimation nicht zur Anwendung.

Das FusG sieht keine Anfechtung der Beschlüsse zur Vermögensübertragung vor, welche Art. 69 ff. FusG nicht einhalten würden. Die Gesellschafter können einzig die Rechtsmittel benutzen, die der Rechtsform der Gesellschaft eigen sind, dessen Mitglied sie sind. So erlaubt das Recht der Aktiengesellschaft etwa die Einleitung einer Sonderprüfung (Art. 697a ff. OR). Zudem kann auch die Haftung der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans ausgelöst werden, falls aus dem Mangel ein Schaden entsteht³⁴.

Was die Stiftungen und Einrichtungen der beruflichen Vorsorge anbelangt, die keine Mitglieder haben, welche einen Beschluss anfechten könnten, so stehen die ordentlichen Rechtsmittel jeder dieser Gesellschaften offen. Diese geben den Personen, die ein legitimes rechtliches Interesse haben, die Möglichkeit, die Hand-

lungen der Stiftungsorgane und ihrer Aufsichtsbehörde anzufechten. Dazu sind namentlich die Begünstigten der besagten Gesellschaften berechtigt.

4.2 Folgen eines Mangels

Kann ein Mangel behoben werden, so sieht Art. 107 FusG vor, dass das Gericht den Rechtsträgern eine Frist dazu einräumt. Wird ein Mangel innerhalb der angesetzten Frist nicht behoben oder kann er nicht behoben werden, so hebt das Gericht den Beschluss auf und ordnet die erforderlichen Massnahmen an, zu welchen auch die Aufhebung der Eintragungen im Handelsregister und im Grundbuch gehört.

5. Verantwortlichkeit

Gemäss Art. 108 FusG sind alle mit der Fusion, der Spaltung, der Umwandlung oder der Vermögensübertragung befassten Personen sowohl den Rechtsträgern als auch den einzelnen Gesellschaftern sowie den Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Verantwortung der Gründer bleibt vorbehalten. Dieser Vorbehalt betrifft die Fälle, in denen im Rahmen der Fusion, der Spaltung oder der Umwandlung eine neue Gesellschaft errichtet wird³⁵. Die Norm lässt sich aus Art. 752 ff. OR herleiten. Abs. 2 dieser Bestimmung legt mit demselben Wortlaut die Verantwortlichkeit der Revisoren fest. Abs. 3 verweist zudem auf die entsprechenden Bestimmungen des OR betreffend private Gesellschaften, d.h. auf Art. 756, Art. 759 und Art. 760 OR und im Falle des Konkurses einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft auf Art. 757, Art. 764 Abs. 2, Art. 827 und Art. 920 OR. Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft haben bei den in Anwendung des FusG erfolgenden Operationen allgemein Geltung. Gemäss Abs. 4 richtet sich die Verantwortlichkeit der Personen, die für ein Institut des öffentlichen Rechts tätig sind, nach dem öffentlichen Recht.

6. Gerichtsstand

Für Klagen, die sich auf das FusG stützen, ist gemäss Art. 29a des Bundesgesetzes vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) das Gericht am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger zuständig.

7. Internationales Privatrecht

Parallel zur Inkraftsetzung des FusG sind die entsprechenden Bestimmungen im Bereich des internationalen Privatrechts, nämlich Art. 161 ff. IPRG, in Kraft getreten.

X. Übergangsrecht

Das FusG ist auf Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen und Vermögensübertragungen anwendbar, deren Eintragung in das Handelsregister nach dem 1. Juli 2004 angemeldet wird (Art. 110 FusG). Umstrukturierungsbeschlüsse, die vor dem 1. Juli 2004 gefasst wurden, aber nach diesem Zeitpunkt in das Handelsregister eingetragen werden, unterstehen somit vollständig dieser Regel. ■

* Pascal Montavon, Dr. iur., Lehrbeauftragter beim «Institut romand d'études fiduciaires», Bossonnens

¹ H. Peter, La loi fédérale sur la fusion, in JdT 2002 I 329.

² vgl. BGE 125 III 86, ZBGR 2000 S. 234, bes. 238.

³ Lanz/Triebold, Der Rechtskleidwechsel eines Vereins in eine Aktiengesellschaft, in SZW 2000 S. 58.

⁴ Lanz/Triebold, a.a.O., in SZW 2000 S. 59.

⁵ Lanz/Triebold, in SZW 2000 S. 59.

⁶ BGE 57 II 1.

⁷ BGE 87 I 301.

⁸ BGE 115 II 415.

⁹ BGE 125 III 18 (f), SJ 1999 I 233.

¹⁰ C.J. Meier-Schatz, Zur Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft, Besprechung von BGE 125 III 18, in SZW 2000 S. 191.

¹¹ vgl. Baker & McKenzie, Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 29 Nr. 1; Art. 53–68 Nr. 11; Peter, Loi sur la fusion, in JdT 2002 I 330, 334.

¹² BBI 2000 S. 4366 f.

¹³ BBI 2000 S. 4364.

¹⁴ vgl. auch BBI 2000 S. 4416.

¹⁵ BBI 2000 S. 4423.

¹⁶ BBI 2000 S. 4417.

¹⁷ BBI 2000 S. 4356, 4441.

¹⁸ vgl. auch BBI 2000 S. 4418.

¹⁹ BBI 2000 S. 4354.

²⁰ BBI 2000 S. 4360; Peter, Loi sur la fusion, in JdT 2002 I 343;

N. Turin, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Neuenburg 2003, S. 51, 67 ff.

²¹ BBI 2000 S. 4361.

²² Turin, S. 63 f.

²³ BBI 2000 S. 4457.

²⁴ BBI 2000 S. 4459.

²⁵ BBI 2000 S. 4461.

²⁶ BBI 2000 S. 4462.

²⁷ BBI 2000 S. 4468.

²⁸ BBI 2000 S. 4470.

²⁹ BBI 2000 S. 4477.

³⁰ BBI 2000 S. 4477.

³¹ contra: Trigo Trindade, Nouveau droit des fusions, in SJ 2003 II S. 480, welcher die Aktivlegitimation auf die Opponenten begrenzt.

³² BBI 2000 S. 4482.

³³ vgl. BGE 99 II 55, bes. 57; BBI 2000 S. 4141.

³⁴ BBI 2000 S. 4460.

³⁵ BBI 2000 S. 4484.