

Interdependenzen zwischen dem (neuen) Aktienrecht und dem Fusionsgesetz

Lukas Glanzmann | René Kühn*

20 years ago, the Swiss Merger Act came into force. Though its intent was to facilitate restructurings across and between various legal forms, it was highly influenced by the law on corporations. In the meantime, various amendments such as the "Aktienrechtsrevision 2020" have been passed. Although many of them have an impact on the application of the Swiss Merger Act, they were hardly re-

flected in the Merger Act itself. As a result, the Merger Act now deviates from the applicable corporate law provisions in various aspects. This article highlights these developments and their influence on the application of the Merger Act. Furthermore, the article discusses certain interpretation challenges in the context of corporations which have existed since the beginning.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verhältnis zwischen dem Aktienrecht und dem Fusionsgesetz in der Praxis
- III. Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf das Fusionsgesetz
 - 1. Kapital
 - 2. Neuregelung des Zwischenabschlusses
 - 3. Gesellschafterrechte
 - 4. Gläubigerschutzbestimmungen
 - 5. Streitbeilegung
- IV. Bestehende Auslegungsprobleme
 - 1. Abfindung und Kapitalschutz
 - 2. Rechtsmissbrauch bei der zwangsweisen Abfindung
- V. Fazit

I. Einleitung

Am 1. Juli 2004, also vor ziemlich genau 20 Jahren, ist das Fusionsgesetz in Kraft getreten. Auch wenn das Fusionsgesetz als Spezialerlass die Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung rechtsformübergreifend regelt, ist es stark aktienrechtlich geprägt. Davon zeugen einerseits diverse Verweise auf

das Aktienrecht,¹ andererseits aber auch die Übernahme gewisser aktienrechtlicher Konzepte und Prinzipien.² Hinzu kommt, dass insbesondere in der Anfangszeit des Fusionsgesetzes die Aktiengesellschaft noch die dominierende Gesellschaftsform war³ und das Gesetz schon deshalb vor allem auf Aktiengesellschaften angewendet worden sein dürfte. Davon zeugen auch die zum Fusionsgesetz ergangenen Bundesgerichtsurteile.⁴ Das Fusionsgesetz darf zumindest dann, wenn es auf Aktiengesellschaften angewendet wird, auch als aktienrechtlicher Nebenerlass bezeichnet werden.

In den letzten 20 Jahren wurden verschiedene Gesetze geändert oder neu erlassen, die Auswirkungen auf das Umstrukturierungsrecht haben. Dazu zählen z.B. die BVG-Revisionen⁵, die Revision des

* Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich, Titularprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen und M.A. HSG in Law René Kühn, Rechtsanwalt, Doktorand an der Universität St. Gallen. Der nachfolgende Beitrag beruht zu Teilen auf der 4. Auflage des von Lukas Glanzmann verfassten Buches «Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes», das im August 2024 im Stämpfli Verlag erschienen ist.

¹ Vgl. z.B. die Verweise auf die Sacheinlage und das Kapitalband (Art. 9 Abs. 2 FusG) oder die aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklage (Art. 108 Abs. 3 FusG).

² Insbesondere das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft ist stark aktienrechtlich geprägt; vgl. dazu Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 4. Aufl., Bern 2024, N 200 f.

³ In der Schweiz gab es im Jahr 2004 174 149 Aktiengesellschaften, 76 438 GmbHs und ca. 150 000 Einzelunternehmen. Alle anderen Gesellschaftsformen zusammen brachten es auf ca. 50 000 Einheiten. Per 1. Januar 2024 gab es 239 362 Aktiengesellschaften, 257 519 GmbHs und 172 094 Einzelunternehmen. Die Anzahl übriger Gesellschaften änderte sich nur unwesentlich (vgl. die Statistiken auf <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/handelsregister/statistik.html>> sowie die Aufstellungen bei Roland Müller/Patrick König, GmbH und AG in der Schweiz, in Deutschland und Österreich, Zürich 2011, 5 f. und 17).

⁴ Die in die Umstrukturierung involvierten Gesellschaften in fusionsgesetzlichen, privatrechtlichen Streitigkeiten waren in 18 Fällen Aktiengesellschaften und in vier Fällen andere Rechtsträger.

⁵ Vgl. AS 2011 3385–3392.

Rechnungslegungsrechts⁶, das neue Sanierungsrecht⁷, das Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz⁸ oder – zuletzt und am bedeutsamsten – die grosse Aktienrechtsrevision.⁹ Dennoch wurde das Fusionsgesetz nur vereinzelt angepasst,¹⁰ was insbesondere im Zusammenhang mit der grossen Aktienrechtsrevision zu neuen Auslegungsproblemen geführt hat.

Im vorliegenden Beitrag wird vorab das Verhältnis zwischen aktienrechtlichen und fusionsgesetzlichen Umstrukturierungen in der Praxis aufgezeigt. Sodann wird erläutert, welche Auswirkungen die Aktienrechtsrevision 2020 auf das Fusionsgesetz hat. Schliesslich werden noch zwei Auslegungsprobleme des Fusionsgesetzes aufgegriffen, die schon seit dessen Erlass bestanden und bei Aktiengesellschaften von besonderer Bedeutung sind.

II. Verhältnis zwischen dem Aktienrecht und dem Fusionsgesetz in der Praxis

In den ersten 18 Monaten nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes, d.h. vom 1. Juli 2004 bis Ende Februar 2006, wurden ca. 1350 Fusionen, 120 Spaltungen, 1200 Umwandlungen und 670 Vermögensübertragungen im Handelsregister eingetragen.¹¹ Demgegenüber wurden im selben Zeitraum 18 Jahre später, d.h. vom 1. Juli 2022 bis Ende Februar 2024, ca. 2630 Fusionen, ca. 120 Spaltungen, ca. 1570 Umwandlungen¹² und ca. 2370 Vermögensübertragungen registriert.¹³ 20 Jahre nach Einführung des Fusionsgesetzes kann somit festgehalten werden, dass sich die Fusion zu einem wichtigen Umstrukturierungsinstrument entwi-

ckelt und in der Praxis eine grosse Bedeutung erlangt hat. Auch die Vermögensübertragung konnte auf tieferem Niveau an Relevanz zulegen. Demgegenüber stagnieren die Umwandlungen und Spaltungen, wobei letztere wie schon vor 20 Jahren ein Dasein als «Mauerblümchen»¹⁴ fristen. Berücksichtigt man zudem die Zunahme der Anzahl Gesellschaften in den letzten 20 Jahren, haben diese beiden Umstrukturierungsformen relativ an Bedeutung verloren.¹⁵

Die vergleichsweise hohe Zahl von Fusionen ist zu relativieren, denn die meisten Fusionen dürften im erleichterten Verfahren und damit zwischen verbundenen Gesellschaften stattfinden.¹⁶ Wenn unabhängige Gesellschaften miteinander «fusionieren», liegt in Tat und Wahrheit häufig eine Quasifusion vor,¹⁷ die bei einer Aktiengesellschaft rein aktienrechtlich abläuft.¹⁸ Ausnahmen dazu sind z.B. die durch Notrecht unterstützte Fusion der beiden Bankkonzerne UBS Group AG und Credit Suisse Group AG¹⁹ sowie die Fusion der Burkhalter Holding AG mit der poenina Holding AG.²⁰

Auch bei der Spaltung von Aktiengesellschaften dominiert das rein aktienrechtliche, zweistufige Verfahren (sog. Spin-off)²¹ weiterhin die Rechtspraxis.²² Gründe für dessen ungebrochene Dominanz sind die rigiden Gläubigerschutzbestimmungen, die lange Verfahrensdauer und die schwere Planbarkeit der

⁶ Vgl. AS 2012 6679–6702.

⁷ Vgl. AS 2013 4111–4126.

⁸ Art. 2 Abs. 6 Covid-19-SBüG.

⁹ Vgl. AS 2020 4005–4076.

¹⁰ Die Änderungen können unter <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2004/320/de/changes>> eingesehen werden (zuletzt abgerufen am 5. Juli 2024).

¹¹ Daten basierend auf Markus Vischer/Urs Gnos, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, AJP 2006, 783–807, 783.

¹² Inkl. acht ausserhalb des Fusionsgesetzes erfolgender Umwandlungen von Kollektivgesellschaften in Einzelunternehmungen; vgl. Art. 55 Abs. 3 FusG.

¹³ Vgl. die Daten auf <<https://www.zefix.ch/de/search/shab/welcome>> (zuletzt abgerufen am 5. Juli 2024). Auf Zefix werden die an einer Transaktion beteiligten Gesellschaften angezeigt, weshalb für eine Approximation der Fusionen die Anzahl beteiligter Gesellschaften durch zwei geteilt wurde.

¹⁴ Rolf Watter/Raffael Büchi, Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis, GesKR 2007, 164–169.

¹⁵ Vgl. die Zahlen in Fn. 3.

¹⁶ Rita Trigo Trindade/Annie Griessen Cotti, FusG – Echo aus der Praxis, GesKR 2007, 144–152, 145, sprechen in einer Untersuchung aus den Jahren 2005–2007 davon, dass nur 5% der erfolgten Fusionen im ordentlichen Verfahren stattfinden. Vgl. auch Urs Schenker, Fusion – Erleichterung oder Erschwerung durch das Fusionsgesetz?, GesKR 2007, 153–163, 154 und 156 f.

¹⁷ Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem, 20 Jahre Megadeals, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XX, Zürich 2018, 19–49, 23.

¹⁸ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 958–967.

¹⁹ Vgl. Art. 10a Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken (Fassung vom 19. März 2023), AS 2023 163.

²⁰ Glanzmann (Fn. 2), N 119.

²¹ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 979 und 994.

²² Glanzmann (Fn. 2), N 153. Dazu auch Andreas Binder, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, *passim*; derselbe, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen, GesKR 2007, 123–132, 124.

beschlussfassenden Generalversammlung bei einer Spaltung nach Fusionsgesetz.²³ Zudem sind auch 20 Jahre nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes wesentliche Fragen hinsichtlich der Tragweite der subsidiären Solidarhaftung nicht höchststrichterlich geklärt, was mit einer entsprechenden Rechtsunsicherheit verbunden ist.

In der Praxis werden Aktiengesellschaften oft durch eine Umwandlung errichtet, was eine beliebte Alternative zu einer Sacheinlagegründung ist. Insbesondere bei der Umwandlung von Konzerngesellschaften wird das Umwandlungsverfahren aber als kompliziert wahrgenommen, weil es ausser den KMU-Erleichterungen kein erleichtertes Umwandlungsverfahren gibt. Deshalb werden Konzerngesellschaften auch dadurch «umgewandelt», dass eine neu gegründete Gesellschaft in der Zielrechtsform die umzuwandelnde Gesellschaft im erleichterten Verfahren absorbiert.²⁴ Damit kann vermieden werden, dass ein Umwandlungsbericht zu erstellen, eine Prüfung durchzuführen sowie ein Umwandlungsbeschluss zu fassen sind.²⁵

Die Vermögensübertragung war in der Praxis anfänglich wenig verbreitet,²⁶ hat aber mittlerweile eine wesentliche Bedeutung bei Umstrukturierungen erlangt.²⁷ Eine grosse Beliebtheit hatte sie schon immer bei Immobilientransaktionen, weil für die Übertragung nur eine einzige öffentliche Urkunde erforderlich ist, selbst wenn Grundstücke, die Gegenstand der Vermögensübertragung sind, in verschiedenen Kantonen liegen.²⁸ Die öffentliche Urkunde muss dabei zwingend am Sitz der übertragenden Gesellschaft verfasst werden.²⁹ Diese Regelung ist seit der Aktienrechtsrevision 2020 auch auf Sacheinlagen anwendbar, d.h., bei der Sacheinlage von Grundstücken, die in verschiedenen Kantonen liegen, ist ebenfalls nur noch eine einzige öffentliche Urkunde erforderlich.³⁰ Es wird sich zeigen, ob die Vermögensübertragung

deswegen in diesem Bereich an Bedeutung verlieren wird. Diese hat nämlich gegenüber dem gewöhnlichen Asset Deal immer noch verschiedene Nachteile: Die Vermögensübertragung muss im Handelsregister eingetragen werden, womit eine von den Parteien häufig nicht gewollte Publizität verbunden ist;³¹ im Verhältnis zu einer Sacheinlage ist dieser Nachteil allerdings irrelevant, weil auch die Sacheinlage der Handelsregisterpublizität unterliegt.³² Zudem ist mit der Vermögensübertragung eine dreijährige Solidarhaftung und eventuell noch ein Sicherstellungsrecht verbunden. Bei der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ist ausserdem fraglich, ob diese Haftung den Haftungsausschluss gemäss Art. 333b OR derogiert.³³ Weiter kann die Vermögensübertragung Gegenstand einer atypischen Informationspflicht im Anhang zur Jahresrechnung bzw. anlässlich der nächsten Generalversammlung sein.³⁴ Schliesslich besteht gar das Risiko, dass der Verwaltungsratsbeschluss betreffend die Vermögensübertragung angefochten werden kann,³⁵ was gemäss Aktienrecht nicht möglich ist.³⁶

³¹ Art. 138 f. HRegV.

³² Art. 634 Abs. 4 OR.

³³ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 664a.

³⁴ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 664a.

³⁵ Vgl. Art. 106 f. FusG resp. aus systematischer Sicht die Überschrift des Abschnitts, der die Vermögensübertragung mitumfasst. Gl.M. Marc Amstutz/Ramon Mabillard, Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2008, FusG 106 N 4 und 14; Dieter Dubs/Fabienne Frehner, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 106 N 3; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 N 401; Peter V. Kunz, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht, AJP 2004, 802–814, 813; Nicholas Turin, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Diss. Neuchâtel, Basel 2003, 197; Piera Beretta, Strukturanpassungen, Fusion – Spaltung – Umwandlung – Vermögensübertragung, Basel 2006, 215 und 227 f. A.M. Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz Kessler/Brigitte von der Crone/Karin Ingber, Das Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2017, N 910 (zit. von der Crone et al.); Rashid Bahar, in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Genf/Zürich/Basel 2005, Art. 106 N 4. Ebenfalls eher ablehnend Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch/Andrea Sieber/Christoph Nabholz, FusG Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2024, Art. 106 N 12 (zit. Vogel et al.).

³⁶ BGE 76 II 51 E. 2 f.; BGE 109 II 239 E. 3b; BGE 144 III 100 E. 5.2.3.2.

²³ Glanzmann (Fn. 2), N 153.

²⁴ Glanzmann (Fn. 2), N 174.

²⁵ Glanzmann (Fn. 2), N 174.

²⁶ Rita Trigo Trindade/Henry Peter/Annie Griessen Cotti, La loi sur la fusion en application, AJP 2008, 55–71, 62 f.; Rudolf Tschäni, Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, GesKR 2007, 170–175, 172 f. Vgl. die Daten oben in II.

²⁷ Art. 70 Abs. 2 Satz 3 FusG.

²⁸ Art. 70 Abs. Satz 4 FusG. Vgl. dazu die Kritik bei Glanzmann (Fn. 2), N 337–337c.

²⁹ Art. 634 Abs. 3 OR. Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 197.

III. Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf das Fusionsgesetz

1. Kapital

1.1 Nennwert und Nennwertveränderungen von Anteilen

Seit dem Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts müssen Aktien und Stammanteile nur noch über einen Nennwert grösser Null verfügen.³⁷ Diese Neuerung führt insbesondere bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses von Stammanteilen zu einer grösseren Flexibilität, betrug doch deren Minimalnennwert bis anhin CHF 100. Doch auch bei Aktien sollte es aufgrund dieser Neuerung theoretisch möglich sein, ein genaues Umtauschverhältnis zu ermitteln, ohne dass auf einen Spitzenausgleich zurückgegriffen werden muss.³⁸ Allerdings kann ein Nominalwert von unter einem Rappen bzw. ein Nominalwert mit vielen Stellen nach dem Komma im Nachgang der Transaktion zu Schwierigkeiten führen, z.B. bei Dividendenausschüttungen.³⁹

Das Umtauschverhältnis kann durch eine Änderung des Werts der Anteile angepasst werden. Während eine Wertverminderung durch Aktiensplit schon bis anhin durch Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung zulässig war, wurde mit dem neuen Aktienrecht die Zusammenlegung und damit die Wertsteigerung von Aktien, die an einer Börse kotiert sind, erleichtert. Diese Aktien können nun gestützt auf einen Generalversammlungsbeschluss, der eines qualifizierten Quorums bedarf, zusammengelegt werden.⁴⁰ In allen anderen Fällen bedarf die Zusammenlegung von Aktien immer noch der Zustimmung sämtlicher davon betroffenen Aktionäre.⁴¹ Die praktische Relevanz dieser Neuerung dürfte für Fusionen eher gering sein.

1.2 Aktien- und Stammkapital in Fremdwährung

Seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts kann das Aktienkapital in der für die Geschäftstätigkeit wesent-

lichen Fremdwährung denominiert sein.⁴² Gleiches gilt für das Stammkapital der GmbH.⁴³ Wenn die an einer Fusion oder Spaltung zur Übernahme beteiligten Gesellschaften in unterschiedlichen Währungen denominierte Grundkapitalien haben, stellt sich die Frage nach dem relevanten Zeitpunkt für die Bestimmung des Umrechnungskurses der Anteile. Analog zu den Überlegungen zu Art. 621 Abs. 2 OR, wonach bei der Gründung der Zeitpunkt des Gründungsakts und nicht des Handelsregistereintrags für die Bestimmung des Umrechnungskurses relevant ist,⁴⁴ sollte bei einer Umstrukturierung grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend sein. Dieser Zeitpunkt ist in der Konzeption des Fusionsgesetzes auch für die Bewertung massgebend;⁴⁵ anders als bei der Bewertung⁴⁶ kann der Umrechnungskurs aber problemlos per diesen Tag oder Vorabend eruiert werden.⁴⁷ Die gleichen Überlegungen müssen gelten, wenn bei den beteiligten Gesellschaften die Anteile in der gleichen Währung denominiert sind, jedoch die Rechnungslegung in unterschiedlichen Währungen erfolgt.⁴⁸

Weiter stellt sich die Frage, wie mit Kursschwankungen zwischen dem Vertragsschluss und dem Umstrukturierungsbeschluss umzugehen ist. Nach der hier vertretenen Meinung müssen diesbezüglich die Vorschriften über Veränderungen im Vermögen analog gelten.⁴⁹ Zudem muss es auch zulässig sein, im Fusionsvertrag einen Automatismus für die Anpassung des Umtauschverhältnisses bei Schwankung des Umrechnungskurses vorzusehen. Dieser Automatismus kann nach der hier vertretenen Auffassung bei einer Umstrukturierung mit Kapitalerhöhung bis zum Zeitpunkt des Feststellungsbeschlusses des obersten Leitungsorgans greifen, d.h., das finale Umtauschverhältnis wäre erst in diesem Zeitpunkt festzulegen. Allerdings setzt dies unter anderem voraus, dass die Generalversammlung der übernehmenden Gesell-

⁴² Art. 621 Abs. 2 OR.

⁴³ Art. 773 Abs. 2 OR.

⁴⁴ Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399–682, 481.

⁴⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 6 und 17 Abs. 1 FusG; Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337–4530, 4401.

⁴⁶ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 209.

⁴⁷ Glanzmann (Fn. 2), N 225a.

⁴⁸ Glanzmann (Fn. 2), N 225b.

⁴⁹ Art. 17 FusG; vgl. Glanzmann (Fn. 2), N 549.

³⁷ Zuvor war der Mindestnennwert bei Aktien ein Rappen (Art. 622 Abs. 4 aOR) und bei Stammanteilen 100 Franken (Art. 774 Abs. 1 aOR).

³⁸ Vgl. Art. 774 Abs. 1 OR; Glanzmann (Fn. 2), N 227.

³⁹ Glanzmann (Fn. 2), N 224a.

⁴⁰ Art. 623 Abs. 1 OR.

⁴¹ Art. 623 Abs. 2 OR; Glanzmann (Fn. 2), N 223.

schaft die Kapitalerhöhung in genügend grossem Umfang beschlossen hat und die Nettoaktiven der übertragenden Gesellschaft immer noch zur Liberierung reichen.⁵⁰ Zudem wird man aus naheliegenden Gründen nicht jede beliebig starke Kursschwankung abbilden können oder wollen. Deshalb muss es auch zulässig sein, im Umstrukturierungsvertrag vorzusehen, dass bei der Überschreitung einer gewissen Schwelle die Transaktion nicht vollzogen wird. Eine solche Situation könnte z.B. bei Ereignissen wie der Aufhebung des CHF/EUR-Mindestkurses von 1.20, in deren Folge der Kurs des Euro innerhalb des Tages auf ca. 80 Rappen fiel und bei ca. CHF 1 schloss,⁵¹ eintreten.⁵²

1.3 Kapitalerhöhungen

Bei einer Absorptionsfusion oder Spaltung zur Übernahme werden die für die Abgeltung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erforderlichen Anteilsrechte in der Regel im Rahmen einer Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft geschaffen. Diese Kapitalerhöhung ist entweder als ordentliche Kapitalerhöhung oder im Rahmen eines Kapitalbandes durchzuführen. Dabei ist zu beachten, dass im Fall einer ordentlichen Kapitalerhöhung sowohl bei der Aktiengesellschaft als auch bei der GmbH der Beschluss der Generalversammlung dahinfällt, wenn die Kapitalerhöhung nicht innerhalb von sechs Monaten zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet wird.⁵³ Diese Frist findet auch bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung, die im Rahmen einer Umstrukturierung beschlossen wird, Anwendung.⁵⁴ Die Frist von sechs

Monaten kann unter Umständen dann zu kurz sein, wenn die Umstrukturierung der Bewilligung durch Wettbewerbs- oder Aufsichtsbehörden bedarf. Aus diesem Grund kann es bei einer Aktiengesellschaft angezeigt sein, das erforderliche Kapital mittels eines Kapitalbandes zu schaffen, bei dem der Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung bis zu fünf Jahre gültig bleibt.⁵⁵ Hinzu kommt, dass das Fusionsgesetz von der Einschränkung des Art. 653s Abs. 2 OR, wonach das Kapitalband die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals nicht übersteigen darf, befreit.⁵⁶ Grundsätzlich ist es auch möglich, ein bereits bestehendes Kapitalband für die erforderliche Kapitalerhöhung zu verwenden.⁵⁷

Bei der GmbH steht der Umweg über ein Kapitalband nicht zur Verfügung, weil es bei dieser Gesellschaftsform auch nach neuem Recht kein variables Kapital gibt.⁵⁸ In diesem Fall kann aber ein aufschiebend bedingter Kapitalerhöhungsbeschluss gefasst werden, wobei die Genehmigung der Umstrukturierung durch die Wettbewerbs- oder Aufsichtsbehörden die Bedingung sein könnte.⁵⁹ Der Kapitalerhöhungsbeschluss würde dann erst mit Eintritt der Bedingung rechtswirksam, womit auch erst in diesem Zeitpunkt die Frist von sechs Monaten zu laufen beginnt. Selbstverständlich kann dieses Vorgehen auch bei der Aktiengesellschaft gewählt werden.⁶⁰

2. Neuregelung des Zwischenabschlusses

2.1 Erstellung und Vereinfachungen

Die an einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung beteiligten Gesellschaften haben einen Zwischenab-

⁵⁰ Dieses Problem könnte sich z.B. stellen, wenn die übertragende Gesellschaft die Rechnungslegung in USD hat, aber der Nennwert der Aktien in CHF denominated ist und die Aktien der übernehmenden Gesellschaft in EUR denominated sind. Dann sind für die Berechnung des Umtauschverhältnisses letztlich drei Währungen relevant. Glanzmann (Fn. 2), N 225c.

⁵¹ Vgl. die Liveberichterstattung des Schweizerischen Radio und Fernsehen (abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/wirtschaft/1-20-grenze-faellt-euro-taucht-der-snb-entscheid-im-protokoll>>; zuletzt abgerufen am 5. Juli 2024). Glanzmann (Fn. 2), N 225d.

⁵² Art. 650 Abs. 3 und Art. 781 Abs. 4 OR.

⁵³ Vgl. zur Dreimonatsfrist unter Art. 650 Abs. 3 aOR: Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 9 N 9; Florian Bommer, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 9 N 16; Hans-Jakob Diem, in: Rolf Watter/Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 9 N 41; von der Crone et al. (Fn. 35),

N 216; Andreas Albrecht, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 9 N 8. Offengelassen bei Ulysses von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, Zürich 2004, 63.

⁵⁵ Art. 653s Abs. 1 OR. Vgl. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 9 FusG N 4.

⁵⁶ Art. 9 Abs. 2 FusG für die Fusion und Art. 33 Abs. 2 FusG für die Spaltung.

⁵⁷ Diem (Fn. 54), Art. 9 N 42; von der Crone et al. (Fn. 35), N 213; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 170; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 9 N 9.

⁵⁸ Vgl. Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich 2021, § 18 N 16.

⁵⁹ Vgl. Art. 151 Abs. 1 OR.

⁶⁰ Glanzmann (Fn. 2), N 291.

schluss zu erstellen, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt oder wenn seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften eingetreten sind.⁶¹ Der Zwischenabschluss muss nach den Vorgaben von Art. 960f OR erstellt werden. Mit Inkrafttreten dieser Bestimmung im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 wurden die vormaligen Sondervorschriften des Fusionsgesetzes zu den Zwischenbilanzen aufgehoben.⁶²

Grundsätzlich ist ein Zwischenabschluss nach den Vorschriften zur Jahresrechnung zu erstellen und muss eine Bilanz, eine Erfolgsrechnung und einen Anhang enthalten.⁶³ Grössere Gesellschaften müssen zudem eine Geldflussrechnung erstellen und zusätzliche Angaben im Anhang machen;⁶⁴ umstritten ist, ob diese Gesellschaften auch einen Lagebericht verfassen müssen.⁶⁵ Im Anhang ist auf den konkreten Zweck des Zwischenabschlusses, d.h. die beabsichtigte Umstrukturierung, hinzuweisen.⁶⁶

Als Ausnahme zu den allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen für die Erstellung des Jahresabschlusses sind bei der Erstellung des Zwischenabschlusses Vereinfachungen und Verkürzungen zulässig, sofern keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht.⁶⁷ Grundsätzlich müssen solche Vereinfachungen und Verkürzungen auch den Zweck des Zwischenabschlusses berücksichtigen;⁶⁸ bei einer Fusion zwischen Schwestergesellschaften ohne Kapitalerhöhung können diese – unter Offenlegung im Anhang – weiter gehen, als wenn die Nettoaktiven der übertragenden Gesellschaft bei einer or-

dentlichen Fusion mit Kapitalerhöhung nur knapp den Kapitalerhöhungsbetrag decken.⁶⁹

Nach der hier vertretenen Meinung müssen die Vereinfachungen, die das Fusionsgesetz vor Inkrafttreten des neuen Aktienrechts gewährte, weiterhin generell zulässig bleiben. Dies ist einerseits der Verzicht auf eine körperliche Bestandesaufnahme.⁷⁰ Andererseits brauchen die in der Bilanz vorgenommenen Bewertungen nur nach Massgabe der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert zu werden; Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für die Zwischenzeit sowie wesentliche aus den Büchern nicht ersichtliche Veränderungen der Werte müssen jedoch berücksichtigt werden.⁷¹

2.2 Prüfungspflicht

Weiterhin ungeklärt ist die Frage, ob ein Zwischenabschluss zu prüfen ist, da sich auch das revidierte Recht dazu nicht äussert. Unbestritten dürfte sein, dass einer Prüfungspflicht nur Gesellschaften unterliegen, die ihre Jahresrechnung prüfen lassen müssen.⁷² Damit sind von der Prüfung des Zwischenabschlusses all jene Gesellschaften befreit, die keiner Revisionspflicht unterliegen⁷³ oder deren Gesellschafter ein Opting-out

⁶¹ Art. 11 FusG für die Fusion, Art. 35 FusG für die Spaltung und Art. 58 FusG für die Umwandlung.

⁶² Vgl. Art. 11 Abs. 2 aFusG für die Fusion, Art. 35 Abs. 2 aFusG für die Spaltung und Art. 58 Abs. 2 aFusG für die Umwandlung.

⁶³ Art. 960f OR.

⁶⁴ Art. 960f Abs. 1 i.V.m. Art. 961 OR.

⁶⁵ EXPERTsuisse (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band Buchführung und Rechnungslegung, Zürich 2023, Teil II N 247; Sammy Guidoum, Dividenden und Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve bei der Aktiengesellschaft, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2022, N 541–548; Glanzmann (Fn. 2), N 315a.

⁶⁶ Art. 960f Abs. 2 Ziff. 1 OR; Dieter Pfaff/Florian Zihler, Der neue Zwischenabschluss nach Art. 960f nOR, EF 2022, 27–34, 27; Glanzmann (Fn. 2), N 315b.

⁶⁷ Art. 960f Abs. 2 OR.

⁶⁸ Peter Böckli, Aktienrecht, 5. Aufl. Zürich 2022, § 6 N 464; Pfaff/Zihler (Fn. 66), 31.

⁶⁹ Glanzmann (Fn. 2), N 316. Gl.M. Urs Schenker/Olivier Schenker, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Bern 2023, 147 f. mit weiteren Anwendungsbeispielen.

⁷⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. a aFusG für die Fusion, Art. 35 Abs. 2 Bst. a aFusG für die Spaltung und Art. 58 Abs. 2 Bst. a aFusG für die Umwandlung. Guidoum (Fn. 65), N 551; Pfaff/Zihler (Fn. 66), 31. Diese Erleichterung wird gemäss Praxis auch unter Art. 960f OR gewährt; vgl. EXPERTsuisse (Fn. 65), Teil II N 249.

⁷¹ Vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. b aFusG für die Fusion, Art. 35 Abs. 2 Bst. b aFusG für die Spaltung und Art. 58 Abs. 2 Bst. b aFusG für die Umwandlung. Glanzmann (Fn. 2), N 316a.

⁷² Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2–3/2004, 1–39, 8; Bommer (Fn. 54), Art. 11 N 8; Peter Fatzer/Andreas Steiner, Prüfungen der Zwischenbilanz erstellt nach Art. 11 Abs. 2 FusG – der neue Schweizer Prüfungshinweis 30 schafft Klarheit, REPRAX 3/2015, 1–10, 2; Beat Mathys, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 35 N 5; von Salis-Lütolf (Fn. 54), 69–71; von der Crone et al. (Fn. 35), N 183, 524, 729. A.M. Diem (Fn. 54), Art. 11 N 17; Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 11 N 12.

⁷³ Z.B. die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft; vgl. Art. 552 und Art. 594 OR je i.V.m. Art. 957 ff. OR.

gemäss Art. 727a Abs. 2 OR beschlossen haben.⁷⁴ Dieser Auffassung folgt auch die Revisionspraxis.⁷⁵

Seit Inkrafttreten des neuen Aktienrechts ist es ausserdem möglich, eine Zwischendividende ohne Prüfung des Zwischenabschlusses auszuschütten, sofern sämtliche Aktionäre der Ausrichtung der Zwischendividende zustimmen und die Forderungen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet werden.⁷⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte unter der gleichen Voraussetzung auch auf die Prüfung eines Zwischenabschlusses im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung verzichtet werden können, denn eine Umstrukturierung birgt für die Gläubiger weniger Risiken als eine Dividendenausschüttung; bei der Fusion und Umwandlung fliessen keine Mittel ab und bei der Spaltung gibt es ein vorgelagertes Gläubigerschutzverfahren.⁷⁷

3. Gesellschafterrechte

3.1 Qualifiziertes Quorum

Im Rahmen der Aktienrechtsrevision wurde der Wortlaut von Art. 704 Abs. 1 OR dahingehend modifiziert, dass nebst zwei Dritteln der vertretenen Stimmen nicht mehr die «absolute» Mehrheit, sondern nur noch die Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte für das qualifizierte Quorum erforderlich ist. Demgegenüber verlangt das Fusionsgesetz weiterhin ein «absolutes» Mehrheitserfordernis.⁷⁸ Obwohl die Streichung des Adjektivs «absolut» nach Auffassung der Lehre formeller Natur und ohne Einfluss auf die Berechnung des erforderlichen Quorums ist,⁷⁹ wäre eine Angleichung der Wortlaute wünschenswert.⁸⁰

3.2 Einsichtsrechte und Kopien

Die an einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung beteiligten Gesellschaften müssen ihren Gesellschaftern Einsicht in bestimmte Unterlagen gewähren. Die Einsicht ist am Sitz der Gesellschaft zu gewähren.⁸¹ Diese Bestimmungen lehnen sich an die ehemalige Regelung des Aktienrechts zur Bekanntmachung der Geschäfts- und Revisionsberichte an.⁸² Anders als im Aktienrecht, wo seit der Aktienrechtsrevision 2020 die Geschäfts- und Revisionsberichte nur noch elektronisch zugänglich gemacht bzw. als Kopie zugestellt werden müssen,⁸³ hat es der Gesetzgeber verpasst, das Verfahren im Fusionsgesetz anzupassen.⁸⁴ Dieses verlangt immer noch ein Einsichtsrecht am Sitz der an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften.⁸⁵ Eine Anpassung an das neue Aktienrecht wäre auch hier wünschenswert.

Die Gesellschafter haben das Recht, Kopien der entsprechenden Dokumente zu verlangen. Diese müssen ihnen von der jeweiligen Gesellschaft unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.⁸⁶ Während bei der Schaffung des Fusionsgesetzes in Analogie zur damaligen aktienrechtlichen Regelung⁸⁷ davon ausgegangen wurde, dass dem Gesellschafter eine physische Kopie zugestellt werden müsse,⁸⁸ führt eine zeitgemässe Auslegung der Bestimmung dazu, dass auch

⁷⁴ Gl.M. Vogel et al. (Fn. 35), Art. 11 N 18; Christian Champeaux, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis (1), REPRAX 2/2011, 51–73, 55 f.; derselbe, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, HRegV 131 N 34.

⁷⁵ Fatzer/Steiner (Fn. 72), 7; Glanzmann (Fn. 2), N 317.

⁷⁶ Art. 675a Abs. 2 OR.

⁷⁷ Glanzmann (Fn. 2), N 317.

⁷⁸ Art. 18 Abs. 1 Bst. a und c für die Fusion und Art. 64 Abs. 1 Bst. a und c für die Umwandlung.

⁷⁹ Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 44), 563 f.; Böckli (Fn. 68), § 8 N 497; Forstmoser/Küchler (Fn. 55), Art. 703 N 14.

⁸⁰ Glanzmann (Fn. 2), N 558 Fn. 1624.

⁸¹ Art. 16 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 41 Abs. 1 FusG für die Spaltung und Art. 63 Abs. 1 FusG für die Umwandlung.

⁸² Vgl. Art. 696 Abs. 1 aOR.

⁸³ Art. 699a Abs. 1 OR.

⁸⁴ Glanzmann (Fn. 2), N 541.

⁸⁵ Art. 16 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 41 Abs. 1 FusG für die Spaltung und Art. 63 Abs. 1 FusG für die Umwandlung.

⁸⁶ Art. 16 Abs. 3 FusG für die Fusion, Art. 41 Abs. 3 FusG für die Spaltung und Art. 63 Abs. 3 FusG für die Umwandlung.

⁸⁷ Art. 696 aOR.

⁸⁸ Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 16 N 8; Matthias Trautmann, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 16 N 26; Rolf Watter/Corrado Rampini, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 41 N 20; Claude Lambert/Daniel Hasler, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 63 N 4; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 16 N 20 f., die zusätzlich davon ausgehen, dass dieser Anspruch jedem Gesellschafter einer an der Fusion beteiligten Gesellschaft gegenüber sämtlichen an der Fusion beteiligten Gesellschaften zusteht. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil Gesellschafter nur bei der eigenen Gesellschaft ihr Einsichtsrecht ausüben können.

eine Kopie auf elektronischem Weg ausreichend ist.⁸⁹ Diese Regelung gilt seit der Aktienrechtsrevision 2020 auch im Aktienrecht, wo Aktionäre nur noch dann Anspruch auf Zustellung der Geschäfts- und Revisionsberichte haben, wenn diese nicht elektronisch zugänglich sind.⁹⁰ Das Primat bzw. Privileg der elektronischen Publikation gilt auch für die Bekanntmachung der konkreten Verhandlungsgegenstände an der Generalversammlung,⁹¹ die Publikation der verschiedenen Transparenzberichte⁹² oder die Publikation von Handelsregistereinträgen im SHAB.^{93/94}

4. Gläubigerschutzbestimmungen

4.1 Schuldenruf

Bei der Fusion und Spaltung müssen die Gläubiger aller an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften im SHAB dreimal darauf hingewiesen werden, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen Sicherstellung verlangen können.⁹⁵ Diese Regelung entspricht dem aktienrechtlichen Verfahren bei der Kapitalherabsetzung und Liquidation, das bis zum Inkrafttreten der Aktienrechtsrevision 2020 galt.⁹⁶ Dieses wurde im Rahmen der Aktienrechtsrevision gestraft, sodass heute nur noch ein Schuldenruf erforderlich ist.⁹⁷ Leider hat es der Gesetzgeber verpasst, das Fusionsgesetz in diesem Bereich ebenfalls anzupassen, obwohl er selbst eine dreimalige Publikation als überholt erachtet.⁹⁸ Dennoch sind aufgrund des klaren Wortlauts bei

der Fusion und Spaltung weiterhin drei Schuldenrufe erforderlich.⁹⁹

Bei der Spaltung beträgt die Frist, um eine Sicherstellung zu verlangen, zwei Monate ab der dritten Publikation des Schuldenrufs im SHAB.¹⁰⁰ Diese Frist entspricht der unter dem bisherigen Aktienrecht geltenden Sicherstellungsfrist bei der Kapitalherabsetzung.¹⁰¹ Diese wurde jedoch im Rahmen der Aktienrechtsrevision 2020 auf 30 Tage verkürzt.¹⁰² Entsprechend bestehen auch hier Divergenzen, deren Beseitigung erwünscht wäre. Damit würde auch das Spaltungsverfahren etwas verkürzt.

4.2 Sicherstellungspflicht

Das alte Aktienrecht gewährte den Gläubigern bei einer Kapitalherabsetzung ein Recht auf Sicherstellung ihrer Forderungen.¹⁰³ Mit der Aktienrechtsrevision 2020 wurde dieser Sicherstellungsanspruch dem fusionsgesetzlichen Sicherstellungsrecht bei der Fusion und Spaltung angeglichen.¹⁰⁴ Demnach haben die Gläubiger nicht mehr einen generellen Sicherstellungsanspruch. Vielmehr entfällt die Pflicht zur Sicherstellung von Forderungen, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Kapitalherabsetzung nicht gefährdet wird.¹⁰⁵ Das Aktienrecht weicht allerdings in zwei Punkten vom fusionsgesetzlichen Sicherstellungsrecht ab: Einerseits wird beim Vorliegen einer Prüfungsbestätigung vermutet, dass die Erfüllung der Forderung nicht gefährdet wird.¹⁰⁶ Andererseits ist bei einer Kapitalherabsetzung die Forderung nur in dem Umfang, in dem die bisherige Deckung durch die Kapitalherabsetzung

⁸⁹ Gl.M. Caroline Hirsiger, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Zürich 2006, 127; Beat Kühni/Patrick Schleiffer, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 16 N 9a; Rita Trigo Trindade, in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Genf/Zürich/Basel 2005, Art. 18 N 32; von Salis-Lütolf (Fn. 54), 124.

⁹⁰ Art. 699a Abs. 1 und 2 OR.

⁹¹ Art. 700 Abs. 4 OR; vgl. Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 44), 555.

⁹² Art. 964c Abs. 2 Ziff. 1 OR, Art. 964g Abs. 1 OR und Art. 964l Abs. 3 Ziff. 1 OR.

⁹³ Art. 936a OR.

⁹⁴ Glanzmann (Fn. 2), N 542.

⁹⁵ Art. 25 Abs. 2 Satz 1 FusG für die Fusion und Art. 45 FusG für die Spaltung.

⁹⁶ Vgl. Art. 733 aOR und Art. 745 Abs. 2 aOR.

⁹⁷ Art. 653k Abs. 1 OR und Art. 742 Abs. 2 OR.

⁹⁸ Vgl. Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 44), 506.

⁹⁹ Glanzmann (Fn. 2), N 627 f.

¹⁰⁰ Art. 46 Abs. 1 FusG.

¹⁰¹ Art. 733 aOR.

¹⁰² Art. 653k Abs. 2 OR; Glanzmann (Fn. 2), N 637.

¹⁰³ Art. 733 aOR.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 25 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 2 FusG.

¹⁰⁵ Art. 653k Abs. 3 Satz 1 OR.

¹⁰⁶ Art. 653k Abs. 3 Satz 2 OR. Dabei muss es sich um eine widerlegbare Vermutung handeln, weil sonst nie ein Sicherstellungsanspruch bestünde, da nach Art. 653m Abs. 1 OR die Prüfungsbestätigung eine notwendige Voraussetzung jeder Kapitalherabsetzung ist. Gl.M. Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 676; Forstmoser/Küchler (Fn. 55), Art. 653k N 11; Damian Fischer, Neues Aktienrecht als Inspiration für den Gläubigerschutz bei Umstrukturierungen, SZW 2022, 440–451, 449.

vermindert wird, sicherzustellen.¹⁰⁷ Da insbesondere bei der Fusion eine substanzmässige Betrachtung keinen Sinn macht, ist im Fusionsrecht eine Sicherheit immer dann als genügend zu betrachten, wenn die Erfüllung der Forderung nach der Umstrukturierung unter Berücksichtigung der gestellten Sicherheit nicht stärker gefährdet ist als vor der Umstrukturierung.¹⁰⁸

5. Streitbeilegung

Das neue Aktienrecht stellt klar, dass die Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten statutarisch einem Schiedsgericht in der Schweiz übertragen werden kann.¹⁰⁹ Dadurch können die Gesellschaft, deren Organe, die Mitglieder der Organe sowie die Gesellschafter gebunden werden. Weil der fusionsgesetzlichen Klage auf Ausgleichszahlung, der Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklage ebenfalls gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zugrunde liegen,¹¹⁰ können auch diese Klagen durch ein Schiedsgericht beurteilt werden.¹¹¹ Dazu ist aber erforderlich, dass alle in die Umstrukturierung involvierten Rechtsträger Schiedsklauseln enthalten, die sich zumindest nicht widersprechen.¹¹²

¹⁰⁷ Art. 653k Abs. 2 OR.

¹⁰⁸ Vgl. Glanzmann (Fn. 2), N 626a. Gl.M. Albrecht (Fn. 54), Art. 25 N 14; Fischer (Fn. 106); Markus Affentranger, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 25 N 19; Roland Truffer, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 25 N 24; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 17.

¹⁰⁹ Art. 697n OR für die AG und Art. 797a OR für die GmbH.

¹¹⁰ Richard Allemann, Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 2018, 339–354, 346 f. Es handelt sich bei dem Begriff der «gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten» um einen Art. 151 Abs. 1 IPRG entlehnten Begriff, der weit verstanden wird und sämtliche Ansprüche auf gesellschaftsrechtlichen Schutz umfasst. Vgl. diesbezüglich Botschaft Aktienrecht 2016 (Fn. 44), 547; Frank Vischer/Thomas Weibel, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lühlinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 151 N 3; Hans-Ueli Vogt/Valentina Hirsiger-Meier/Thomas Hofer, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zürich 2019, 68.

¹¹¹ Ausgenommen davon wäre die durch Gläubiger angehobene Verantwortlichkeitsklage; vgl. Druey/Druey Just/Glanzmann (Fn. 58).

¹¹² Glanzmann (Fn. 2), N 772a. Allemann (Fn. 110), 347, geht davon aus, dass die Schiedsklauseln identisch sein müssen.

IV. Bestehende Auslegungsprobleme

1. Abfindung und Kapitalschutz

Bei der Fusion können die beteiligten Gesellschaften vereinbaren, dass den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft anstelle von Anteilsrechten an der übernehmenden Gesellschaft eine Abfindung gewährt wird.¹¹³ Wird eine Abfindung vereinbart, dann ist zwischen einer wahlweisen¹¹⁴ und einer zwangsweisen Abfindung (sog. *Squeeze-out*)¹¹⁵ zu unterscheiden.

Die Ausrichtung einer Abfindung wirft bei der Aktiengesellschaft und GmbH verschiedene Fragen auf, denn gemäss Botschaft ist die Abfindung als Kapitalrückzahlung an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aufzufassen, weshalb die allgemeinen Voraussetzungen für die Rückleistung von Einlagen zu beachten seien.¹¹⁶ Diese Auffassung geht davon aus, dass bei der Abfindung die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für eine «logische Sekunde» zu Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft werden.¹¹⁷ Folgerichtig wird die Abfindung als Kapitalrückzahlung der übernehmenden Gesellschaft verstanden, und entsprechend sind die einschlägigen Vorschriften betreffend Rückleistung von Einlagen zu beachten.¹¹⁸ Bei einer Aktiengesellschaft bedeutet dies, dass eine Abfindung nur erfolgen darf, wenn die übernehmende Gesellschaft unmittelbar nach der Fusion über genügend freies Eigenkapital verfügt.¹¹⁹ Damit stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen, wenn diese Voraussetzung nicht gegeben ist.

¹¹³ Art. 8 FusG.

¹¹⁴ Art. 8 Abs. 1 FusG.

¹¹⁵ Art. 8 Abs. 2 FusG.

¹¹⁶ Botschaft Fusionsgesetz (Fn. 45), 4404. Gl.M. Sebastian Burckhardt, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 8 N 18 f.; Trigo Trindade (Fn. 89), Art. 8 N 97 f.; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 17; Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 8 N 9; Urs Schenker, Die Fusion, AJP 2004, 772–789, 776.

¹¹⁷ Gl.M. Trigo Trindade (Fn. 89), Art. 8 N 97 f.; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 18; Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 8 N 9. A.M. von Salis-Lütolf (Fn. 54), 58.

¹¹⁸ Glanzmann (Fn. 2), N 251.

¹¹⁹ Vgl. Art. 671–673 und Art. 680 Abs. 2 OR für die AG; von Salis-Lütolf (Fn. 54), 51 und 57 f.; von der Crone et al. (Fn. 35), N 357; Rudolf Tschäni/Tino Gaberthüel, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 8 N 20; Niccòlo Gozzi, Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz, Diss. Zürich, Zürich 2009, 110.

Sofern sich bereits vor der Fassung des Fusionsbeschlusses abzeichnet, dass die Abfindung mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht durch freies Eigenkapital gedeckt ist, hat die Fusion zu unterbleiben; ein gleichwohl gefasster Beschluss wäre rechtswidrig, weil er einen Verstoß gegen zwingendes Recht vorbe-reitet.¹²⁰ Ob der Beschluss anfechtbar oder nichtig ist,¹²¹ dürfte in den meisten Fällen von wenig Relevanz sein, weil nach herrschender Lehre selbst ein nichtiger Fusionsbeschluss mit der Eintragung der Fusion in das Handelsregister geheilt wird.¹²² Dadurch wird aber noch nicht die Auszahlung der Abfindung legitimiert.¹²³

Nach der wohl herrschenden Lehre darf die übernehmende Gesellschaft zumindest dann, wenn die Verletzung der Kapitalschutznormen im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht absehbar war, ihren Pflichten zur Auszahlung der Abfindung nachkommen, selbst wenn sie dadurch Kapitalerhaltungsvorschriften verletzt.¹²⁴ Wenn grundsätzlich mit der Botschaft anerkannt wird, dass die Auszahlung der Abfindung eine Ausschüttung ist,¹²⁵ dann könnte auch argumentiert werden, dass eine Abfindung nicht ohne Weiteres ausbezahlt werden darf. In diesem Zusammenhang könnte man die Bestimmungen zur Auszahlung einer Abfindung beim Ausscheiden eines Gesellschafters der GmbH analog zur Anwendung bringen. Danach wird die Abfindung nur insoweit fällig, als die Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital verfügt, die Anteile des ausscheidenden Gesellschafters veräussern kann oder ihr Stammkapital unter Beachtung der entsprechenden Vorschriften herabsetzen darf.¹²⁶ Soweit

diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, hat der ausscheidende Gesellschafter eine unverzinsliche nachrangige Forderung gegenüber der Gesellschaft, die fällig wird, soweit im Geschäftsbericht frei verwendbares Eigenkapital festgestellt wird.¹²⁷ Würde man diese Bestimmungen bei der Squeeze-out Fusion analog anwenden, dann müssten konsequenterweise auch die entsprechenden Schutzvorschriften greifen, nämlich dass der ausgeschiedene Gesellschafter so lange, als die Abfindung nicht vollständig ausbezahlt ist, verlangen kann, dass die Gesellschaft eine Revisionsstelle bezeichnet und die Jahresrechnung ordentlich prüfen lässt.¹²⁸ Weil diese Bestimmungen bei der GmbH nicht nur bei einem Austritt des Gesellschafters, sondern auch bei einem Ausschluss durch die Gesellschaft anwendbar sind,¹²⁹ ist eine analoge Anwendung nicht nur bei der wahlweisen Abfindung, sondern auch bei einer Squeeze-out Fusion vertretbar.¹³⁰

Erwirbt eine übernehmende Aktiengesellschaft oder GmbH im Rahmen einer Abfindungsfusion eigene Anteile, dann müssen auch die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien¹³¹ bzw. Stammanteile¹³² eingehalten werden.¹³³ Dies bedeutet, dass die übernehmende Gesellschaft über freies Eigenkapital in der Höhe des Anschaffungswerts verfügen muss und gewisse prozentmässige Schwellen nicht überschritten werden dürfen. Zu beachten ist, dass die prozentualen Begrenzungen gemäss Art. 659 und 783 OR von der wohl herrschenden Lehre als blosse Ordnungsvorschriften verstanden werden,¹³⁴ deren Verletzung nicht zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Fusionsbeschlusses führt.¹³⁵ Entgegen dieser Auffassung hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Austritt eines GmbH-Gesellschafters gemäss Art. 783

¹²⁰ Gl.M. Burckhardt (Fn. 116), Art. 8 N 19; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 19.

¹²¹ Für Nichtigkeit: Burckhardt (Fn. 116), Art. 8 N 19; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 19. Für Anfechtbarkeit: Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 8 N 9; Yves Schneller, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion – Stellung, Pflichten und Verantwortlichkeit nach Fusionsgesetz, Diss. Zürich, Zürich 2006, 100.

¹²² Art. 643 Abs. 2 OR; Böckli (Fn. 35), § 1 N 586; Markus Vischer, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, AJP 2019, 294–302; 295; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 19.

¹²³ Glanzmann (Fn. 2), N 252.

¹²⁴ Burckhardt (Fn. 116), Art. 8 N 19; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 20.

¹²⁵ Botschaft Fusionsgesetz (Fn. 45), 4404. Gl.M. Burckhardt (Fn. 116), Art. 8 N 18 f.; Trigo Trindade (Fn. 89), Art. 8 N 97 f.; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 17; Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 8 N 9; Schenker (Fn. 116), 776.

¹²⁶ Art. 825a Abs. 1 OR.

¹²⁷ Art. 825a Abs. 3 OR.

¹²⁸ Vgl. Art. 825a Abs. 4 OR.

¹²⁹ Kritisch zur Anwendung bei einem Ausschluss durch die Gesellschaft Lukas Glanzmann, Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter dem neuen Aktienrecht, GesKR 2023, 431–450, 441. Glanzmann (Fn. 2), N 252.

¹³⁰ Art. 659 OR.

¹³¹ Art. 783 OR.

¹³² Gl.M. Burckhardt (Fn. 116), Art. 8 N 19; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 18. A.M. von Salis-Lütolf (Fn. 54), 51.

¹³³ Christian Lenz, in: Rolf Watter/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 6. Aufl., Basel 2023, Art. 659 N 11 m.w.H., für die AG und derselbe, Art. 783 N 15 m.w.H., für die GmbH.

¹³⁴ Gl.M. Amstutz/Mabillard (Fn. 35), Art. 8 N 9; Vogel et al. (Fn. 35), Art. 8 N 19.

OR festgehalten, dass die Prozentschranke auch im Dienste des Gläubigerschutzes stehe.¹³⁶ Diese Rechtsprechung könnte einer Qualifizierung als Ordnungsvorschrift entgegenstehen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist diese Rechtsauffassung abzulehnen,¹³⁷ weshalb die übernehmende Gesellschaft die ihr angebotenen Anteile selbst dann erwerben muss, wenn dieser Erwerb die prozentualen Schwellenwerte beim Erwerb eigener Anteile überschreitet.¹³⁸

2. Rechtsmissbrauch bei der zwangsweisen Abfindung

Wie bereits erwähnt, können die an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Fusionsvertrag vorsehen, dass ausschliesslich eine Abfindung ausgerichtet wird.¹³⁹ In der Praxis stellt sich insbesondere bei Aktiengesellschaften oft die Frage, ob der zwangsweise Ausschluss von Gesellschaftern rechtsmissbräuchlich ist, da ein solcher im Aktienrecht ausser bei der Kaduzierung¹⁴⁰ nicht vorgesehen ist.

Vorab ist zu bemerken, dass nur der «offenbare Missbrauch eines Rechts» als Rechtsmissbrauch gilt (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlaubt dieses Prinzip die Korrektur der Rechtsfolgen in jenen Fällen, in denen die Ausübung eines behaupteten Rechts eine offensichtliche Ungerechtigkeit hervorrufen würde.¹⁴¹ Weil der Rechtsmissbrauch «offenbar» sein muss, ist aber gemäss Bundesgericht im Zweifel das formelle Recht zu schützen und ein Rechtsmissbrauch zu verneinen.¹⁴²

Vor dem Hintergrund, dass es keine eigentliche Definition des Rechtsmissbrauchs gibt, wurden in Rechtsprechung und Lehre typische Fallgruppen von rechtsmissbräuchlichem Verhalten gebildet.¹⁴³ Dazu gehören gemäss Bundesgericht das Fehlen eines Rechtsausübungsinteresses, die zweckwidrige Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts, das offenbare Missverhältnis der beteiligten Interessen, die willkürliche Rechtsausübung¹⁴⁴ oder das widersprüchliche Verhalten.¹⁴⁵ Eine typische Squeeze-out Fusion fällt jedoch kaum je in eine dieser Fallgruppen.¹⁴⁶

– Ein fehlendes Interesse an der Rechtsausübung ist stets zu verneinen, wenn der Berechtigte ein sachliches Interesse an der Rechtsausübung hat.¹⁴⁷ Mit der zwangsweisen Abfindungsfusion werden in der Regel legitime, sachliche Interessen der beteiligten Gesellschaften verfolgt (z.B. strukturelle oder operative Vereinfachungen). Sodann wird in der Lehre allgemein anerkannt, dass der Squeeze-out von Minderheitsgesellschaften ein legitimes Mittel ist, um die Aktionärsstruktur von Gesellschaften zu bereinigen und dadurch Kosten zu sparen.¹⁴⁸ Dies ergibt sich auch aus Art. 137 FinfraG, der es erlaubt, im Anschluss an ein öffentliches Übernahmeverfahren diejenigen Gesellschafter, die ihre Aktien nicht angedient haben, durch ein Kraftloserklärungsverfahren aus der Gesellschaft auszuschliessen. Dies zeigt, dass auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Bereinigung der Aktionärsstruktur ein legitimes Interesse ist. Zu beachten ist, dass im Zeitpunkt des börsenrechtlichen Squeeze-out die Gesellschaft keine Publikumsgesellschaft mehr ist,

¹³⁶ BGer 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021 E. 6.2.1. Kritisch hierzu *Sammy Guidoum*, Rechtsnatur der Prozentschranke beim Erwerb eigener Aktien und Stammanteile, *GesKR* 2022, 508–515, 513–515. Zustimmend *Damian Fischer*, BGer 4A_209/2021: Verhältnis des Austrittsrechts zu den Regeln über den Erwerb eigener GmbH-Stammanteile, *AJP* 2021, 1290–1299, 1298.

¹³⁷ Vgl. die Begründung bei *Guidoum* (Fn. 136), 513 f.; *Lukas Glanzmann*, Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht, *SJZ* 2022, 755–767, 767.

¹³⁸ *Lukas Glanzmann*, in: *Baker & McKenzie* (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 8 N 6; *Vogel et al.* (Fn. 35), Art. 8 N 21; *Glanzmann* (Fn. 2), N 253.

¹³⁹ Art. 8 Abs. 2 FusG.

¹⁴⁰ Art. 681 OR.

¹⁴¹ BGE 143 III 279 E. 3.1: «Ce principe permet de corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste.»

¹⁴² BGE 143 III 279 E. 3.1. *Glanzmann* (Fn. 2), N 265a.

¹⁴³ *Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller*, in: *Heinz Hausheer/Hans Peter Walter* (Hrsg.), *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band I: Einleitung und Personenrecht, Bern 2012, Art. 2 N 206; *Stephanie Hrubesch-Millauer/Martina Bosshardt*, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2019, N 133.

¹⁴⁴ Vgl. dazu *Glanzmann* (Fn. 2), N 263.

¹⁴⁵ Vgl. den Überblick bei *Hrubesch-Millauer/Bosshardt* (Fn. 143), N 134–179 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹⁴⁶ *Glanzmann* (Fn. 2), N 265b.

¹⁴⁷ *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 143), Art. 2 N 207; *Hrubesch-Millauer/Bosshardt* (Fn. 143), N 134.

¹⁴⁸ *Burckhardt* (Fn. 116), Art. 8 N 3; *Georg Gotschev/Christian Staub*, Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach Art. 33 Börsengesetz und durch squeeze out merger gemäss Fusionsgesetz, *GesKR* 2006, 265–285, 277 f.; *Tschäni/Gaberthüel* (Fn. 119), Art. 8 N 17.

weshalb dieses Interesse insbesondere bei privat gehaltenen Gesellschaften legitim ist.¹⁴⁹

- Die Norm von Art. 8 Abs. 2 FusG ist explizit darauf ausgelegt, Minderheitsgesellschafter aus einer Gesellschaft auszuschliessen. Aus diesem Grund dürfte kaum ohne Weiteres geltend gemacht werden können, dass das Institut der Abfindungsfusion zweckwidrig in Anspruch genommen wird, wenn damit Minderheitsgesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden sollen.¹⁵⁰
- Ein offenkundiges Missverhältnis der Interessen liegt dann vor, wenn das Verhältnis des Berechtigten an der Rechtsausübung in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen steht, welche der Betroffene dadurch erleidet.¹⁵¹ Eine besondere Zurückhaltung bei der Annahme des Rechtsmissbrauchs drängt sich auf, wenn der Gesetzgeber zum Schutz einer schwächeren Partei zwingende Gesetzesbestimmungen erlassen hat.¹⁵² Gerade bei der zwangsweisen Abfindungsfusion ist der Gesetzgeber bewusst vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft abgewichen, hat aber gleichzeitig verschiedene Vorschriften zum Schutz der auszuschliessenden Minderheitsgesellschafter erlassen: Einerseits kann der Ausschluss nur durch ein qualifiziertes Quorum gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG beschlossen werden. Andererseits müssen im Fusionsbericht die Gründe angegeben werden, weshalb an Stelle von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten nur eine Abfindung gewährt werden soll (Art. 14 Abs. 3 Bst. d FusG). Sodann gilt auch in diesem Fall, dass die Höhe der Abfindung erläutert und begründet werden muss (Art. 14 Abs. 3 Bst. d FusG), ein Revisionsexperte darzulegen hat, dass die Abfindung vertretbar ist (Art. 15 Abs. 4 Bst. b FusG), und mit Art. 105 FusG eine besondere Klagegrundlage besteht, um die Angemessenheit der Abfindung von einem Gericht überprüfen zu lassen und die Festsetzung einer Ausgleichszahlung zu verlangen. Indem das Gesetz einen klaren Rahmen vorgibt, in welchem eine Abfindungsfusion durchzuführen ist, nimmt es selbst einen Interessenausgleich vor. Deshalb liegt nicht ohne Weiteres ein Missverhältnis der

beteiligten Interessen vor. Davon geht auch die Botschaft aus, wenn sie ausführt, dass «die Ausrichtung einer Abfindung an Stelle von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten im Allgemeinen den Interessen von Personen mit Minderheitsbeteiligungen entsprechen oder zumindest für sie nicht nachteilig [ist]».¹⁵³ Schliesslich ist zu beachten, dass eine Abfindungsfusion kaum wegen einer vermeintlich zu tiefen Abfindung rechtsmissbräuchlich sein kann. Das Gesetz enthält nämlich in Art. 105 FusG eine spezielle Klage, mit welcher die Angemessenheit der Abfindung überprüft werden kann. Diese Klage kann allerdings erst nach Vollzug der Fusion eingeleitet werden. Der Gesetzgeber hat sich also bewusst dafür entschieden, dass das Thema der Höhe der Abfindung *post festum* abgehandelt wird.¹⁵⁴

V. Fazit

Seit dem Erlass des Fusionsgesetzes vor 20 Jahren wurde dieses nur punktuell angepasst. Insbesondere die mit der Aktienrechtsrevision 2020 erfolgten Modernisierungen des Gesellschaftsrechts wurden im Fusionsgesetz kaum reflektiert. Somit wird überall dort, wo das Fusionsgesetz eine Materie in Anlehnung an das bei seinem Erlass geltende Aktienrecht selbst regelt, dieser altrechtliche Zustand zementiert. Damit weicht das Fusionsgesetz heute in einigen Punkten vom geltenden Aktienrecht ab, obwohl der Gesetzgeber selbst die altrechtlichen Regelungen als überholt erachtet. Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber zumindest in den offensichtlichen Fällen diese Divergenzen beseitigte.

Die grössten Schwachstellen des Fusionsgesetzes liegen allerdings nicht in diesen verpassten Modernisierungen, sondern in Regelungen, die sich in der Praxis als zu schwerfällig oder nicht adäquat erwiesen haben. Dies betrifft einerseits, wie bereits erwähnt, die Spaltung mit ihrem langwierigen Verfahren und den rigiden Gläubigerschutzbestimmungen. Andererseits sollte aber auch die im vorliegenden Beitrag nicht erwähnte Sanierungsfusion gründlich überdacht wer-

¹⁴⁹ Glanzmann (Fn. 2), N 265c.

¹⁵⁰ Glanzmann (Fn. 2), N 265d.

¹⁵¹ Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 143), N 214; Hrubesch-Millauer/Bosshardt (Fn. 143), N 141.

¹⁵² Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 143), N 199.

¹⁵³ Botschaft Fusionsgesetz (Fn. 45), 4403.

¹⁵⁴ Edgar Philippin, Le dédommagement obligatoire dans la loi sur la fusion, GesKR 2008, 331–344, 337 f.; Glanzmann (Fn. 2), N 265e.

den.¹⁵⁵ Auch wären einige Klarstellungen hinsichtlich umstrittener Punkte wie der (zwangsweisen) Abfindung wünschenswert. Jedoch bestehen diese Probleme mitsamt der Kritik aus der Praxis seit nun 20 Jahren, ohne dass ein Wille des Gesetzgebers zu Anpassungen ersichtlich wäre. Deshalb wäre zu begrüßen, wenn zumindest die Handelsregister und Gerichte Lösungen fänden, welche die Anwendung der fusionsgesetzlichen Umstrukturierungsformen nicht ohne Not verhinderten.

Letztlich darf man aber nicht verkennen, dass ein rechtsformübergreifender Spezialerlass bei der einen oder anderen Gesellschaftsform immer wieder zu Zielkonflikten mit gesellschaftsspezifischen Regeln führen kann. Die Anwendung einer im vermeintlich übersichtlichen Fusionsgesetz geregelten Umstrukturierung mündet deshalb bei ihrer konkreten Umsetzung häufig in komplexe Rechtsfragen.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 2), N 853–873.