

Die Prüfung der Fusion, Spaltung und Umwandlung

Neue Erfordernisse gemäss Fusionsgesetz

Das Fusionsgesetz [1] (FusG) wurde vor gut einem Jahr in Kraft gesetzt. Eine wesentliche Änderung, welche dieses Gesetz mit sich brachte, ist, dass eine Fusion, Spaltung und Umwandlung in gewissen Fällen durch einen besonders befähigten Revisor geprüft werden muss [2]. Die Bestimmungen über diese Umstrukturierungsprüfung werden in den nachfolgenden Ausführungen näher dargestellt. Dabei wird ersichtlich, dass das Fusionsgesetz die Prüfung der drei Umstrukturierungsformen nicht einheitlich regelt. Anhand einer systematischen Darstellung der entsprechenden Bestimmungen wird aufgezeigt, dass das Fusionsgesetz bei der Regelung der Umstrukturierungsprüfung Widersprüche und Lücken aufweist. Es werden konkrete Vorschläge gemacht, wie in der Praxis diese Widersprüche aufgelöst und die Lücken gefüllt werden können.

1. Zweck der Prüfung

Die Prüfung der Transaktion dient hauptsächlich dem Schutz der Rechte der Gesellschafter [3]. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Umstrukturierungsprüfung daneben auch den Schutz der Gläubiger bezweckt. Namentlich die Botschaft vertritt die Auffassung, dass die Bestimmungen zum Umstrukturierungsbericht und dessen Prüfung die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen überflüssig machen [4]. Auf den gleichen Überlegungen basiert die Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister (EHRA), wonach in allen Fällen, in denen keine Umstrukturierungsprüfung durchgeführt wird, eine



Lukas Glanzmann, Dr. jur., LL. M.,
Rechtsanwalt, Baker & McKenzie, Zürich
lukas.glanzmann@bakernet.com

Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfung notwendig ist [5]. Daraus könnte gefolgert werden, dass der Umstrukturierungsprüfung die gleiche Gläubigerschutzfunktion zukommt wie der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfung bei der Aktiengesellschaft. Doch dieser Schluss ist aus den folgenden Überlegungen nicht zutreffend: Zwar sind die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Sacheinlagen nicht anwendbar, wenn im Rahmen einer Umstrukturierung eine Kapitalerhöhung oder eine Neugründung vorgenommen wird [6]. Gleichzeitig können aber kleine und mittlere Unternehmen auf die Durchführung einer Umstrukturierungsprüfung verzichten, sofern alle Gesellschafter zustimmen [7], und bei einer erleichterten Fusion nach Art. 23 Abs. 1 FusG ist überhaupt keine Prüfung vorgesehen [8]. Würde mit der Umstrukturierungsprüfung auch ein Schutz von Gläubigern bezweckt, dann wäre es nicht gerechtfertigt, dass die Gesellschafter bei kleinen und mittleren Unternehmen auf die Prüfung verzichten können bzw. bei einer erleichterten Fusion keine Prüfung durchgeführt werden muss [9]. Zudem ist die Umstrukturierungsprüfung – anders als die Gründungs- oder Kapitalerhöhungsprüfung – zeitlich möglichst nicht nahe am Handelsregistereintrag durchzuführen. Vielmehr erfolgt die Prüfung vor Durchführung des Einsichtsverfahrens der Gläubiger, das bei der Fusion und Umwandlung mindestens 30 Tage und bei der Spaltung mindestens 2 Monate dauert [10]. Aus all diesen Gründen ist zu folgern, dass die Umstrukturierungsprüfung selbst nicht den Schutz von Gläubigern bezweckt [11]. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass jede Umstrukturierungsprüfung indirekt auch den Schutz von Gläubigern bewirkt.

2. Pflicht zur Prüfung

Bei der *Fusion und Spaltung* muss grundsätzlich jede beteiligte Gesellschaft den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan, den Umstrukturierungsbericht und die der Umstrukturierung zugrundeliegende Bilanz von einem besonders befähigten Revisor prüfen lassen, sofern die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft oder eine Genossenschaft mit Anteilscheinen ist [12]. Keine Prüfungspflicht besteht damit bei Fusionen und Spaltungen, bei denen die übernehmende Gesellschaft eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder ein Verein ist.

Bei der *Umwandlung* besteht eine Prüfungspflicht, unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaft [13]. Diese Inkohärenz gegenüber den Vorschriften bei der Fusion und Spaltung lässt sich nicht erklären. Vielmehr wäre es sachgerecht gewesen, auch bei der Umwandlung die Prüfungspflicht auf jene Fälle zu beschränken, in denen sich eine Gesellschaft in eine Kapitalgesellschaft oder in eine Genossenschaft mit Anteilscheinen umwandelt.

Kleine und mittlere Unternehmen können sowohl bei der Fusion und Spaltung als auch bei der Umwandlung auf die Prüfung verzichten, sofern alle Gesellschafter zustimmen [14]. Die Form dieses Verzichts ist im Gesetz nicht geregelt, weshalb die Verzichtserklärung grundsätzlich formfrei möglich ist [15]. Zu beachten ist jedoch, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan mit der Handelsregisteranmeldung eine unterzeichnete Erklärung einreichen muss, in der nachgewiesen wird, dass sämtliche Gesellschafter auf die Durchführung der Umstrukturierungsprüfung verzichtet haben. In dieser Erklärung ist auf die Verzichtserklärung oder das Protokoll der Generalversammlung Bezug zu nehmen [16]. In der Praxis dürfte es deshalb empfehlenswert sein, dass der einzelne Gesellschafter seine Erklärung zumindest in einfacher Schriftform abgibt. Ebenfalls zulässig dürfte ein einstimmiger Verzicht anlässlich einer Universalversammlung sein [17]. Weil die Verzichtserklärung bezüglich einer konkreten Umstrukturierung abgegeben werden muss, ist hingegen eine generelle Erklärung für unbestimmte zu-

künftige Umstrukturierungen ebenso wenig zulässig wie zum Beispiel ein genereller Verzicht in den Statuten [18].

Die übrigen Gesellschaften können nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die Durchführung einer Prüfung selbst dann nicht verzichten, wenn alle Gesellschafter einem Verzicht zustimmen. Diese Regelung entspricht nicht dem Schutzzweck der Umstrukturierungsprüfung [19]. Es ist deshalb sachgerecht, dass gewisse Handelsregisterämter die Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen auch auf andere Gesellschaften anwenden, sofern sämtliche Gesellschafter zustimmen. Dieses Vorgehen ist erst recht unbedenklich, weil bei einem Verzicht auf die Durchführung einer Umstrukturierungsprüfung dem Handelsregister sämtliche für die betreffende Rechtsform erforderlichen Belege für eine qualifizierte Kapitalerhöhung bzw. Gründung einzureichen sind [20].

Neben der für kleine und mittlere Unternehmen geschaffenen Möglichkeit, auf die Prüfung der Transaktion zu verzichten, gibt es bei der Fusion einen weiteren Fall, in dem keine Prüfung vorzunehmen ist: Es handelt sich dabei um die 100%ige *Mutter-Tochter-* bzw. *Schwestern-Fusion* gemäss Art. 23 Abs. 1 FusG [21]. Zu beachten ist hingegen, dass diese Erleichterung bei der 90%igen Mutter-Tochter-Fusion gemäss Art. 23 Abs. 2 FusG nicht gilt [22].

Bei der *Vermögensübertragung* schreibt das Fusionsgesetz keine besondere Prüfung der Transaktion vor. Sofern die übertragende Gesellschaft über eine Revisionsstelle verfügt, hat diese anlässlich der Prüfung der Jahresrechnung zu prüfen, ob über eine relevante Vermögensübertragung im Anhang zur Jahresrechnung informiert wird und ob die Informationen den gesetzlichen Anforderungen genügen [23].

3. Form der Umstrukturierungsprüfung

3.1 Person des Revisors

Soweit eine Prüfung im konkreten Fall erforderlich ist, ist diese bei sämtlichen

Transaktionsformen durch einen besonders befähigten Revisor vorzunehmen [24]. Ist an der Transaktion mehr als eine bereits bestehende Gesellschaft beteiligt, so können diese einen gemeinsamen Revisor bestimmen [25], was in der Regel sinnvoll sein wird [26]. In diesem Fall dürfte es angezeigt sein, den Revisor bereits im Umstrukturierungsvertrag zu bestimmen [27].

Der Transaktionsprüfer muss die Unabhängigkeitserfordernisse gemäss Art. 727c OR erfüllen, obwohl dies im Fusionsgesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird [28]. Danach muss der Revisor vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan und von einem Gesellschafter, der über die Stimmenmehrheit verfügt, unabhängig sein. Weiter darf er weder Arbeitnehmer der zu prüfenden Gesellschaft sein noch Arbeiten für diese ausführen, die mit dem Prüfungsauftrag unvereinbar sind. Zudem darf er keine besonderen Vorteile annehmen [29]. Damit darf der Transaktionsprüfer weder persönliche, geschäftliche noch finanzielle Beziehungen zu einer in die Transaktion involvierten Partei unterhalten, die seine Objektivität oder Unabhängigkeit tatsächlich oder dem Anschein nach in Frage stellen könnten [30]. Die Unabhängigkeit wäre insbesondere dann nicht mehr gegeben, wenn der Transaktionsprüfer für eine der involvierten Gesellschaften eine transaktionsrelevante Bewertung vorgenommen hat [31]. Hingegen ist nicht erforderlich, dass ein Transaktionsprüfer von den ordentlichen Abschlussprüfern der beteiligten Gesellschaften unabhängig ist, sofern diese das Unabhängigkeitserfordernis ihrerseits erfüllen [32]. Der Transaktionsprüfer darf mit der gesetzlichen Revisionsstelle sogar identisch sein [33]. Sofern der Transaktionsprüfer nur mit der Revisionsstelle einer der in die Umstrukturierung involvierten Gesellschaften identisch ist, ist hingegen im konkreten Fall zu beurteilen, ob dies mit seiner Unabhängigkeit zu vereinbaren ist [34].

Der Revisor muss nicht nur unabhängig, sondern auch besonders befähigt sein [35]. Die Anforderungen an die besondere Befähigung richten sich heute noch nach der Verordnung über die fachliche Anforderung an besonders befähigte Revisoren [36] und nach dem

Inkrafttreten des *Revisionsaufsichtsgesetzes* nach Art. 4–6 RAG.

Das Fusionsgesetz äussert sich nicht dazu, wer den Transaktionsprüfer zu bestellen hat. Diese Frage richtet sich deshalb nach den auf die jeweilige Gesellschaftsform anwendbaren Vorschriften. Zu beachten ist dabei, dass eine etwaige Revisionsstelle nicht zwingend auch die Aufgaben des Umstrukturierungsprüfers übernimmt [37]. Aus diesem Grund ist z. B. bei der Aktiengesellschaft nicht die Generalversammlung, sondern der Verwaltungsrat für die Bestimmung des Transaktionsprüfers zuständig [38]. Diese Zuständigkeitsordnung ist aus Corporate-Governance-Überlegungen problematisch, denn damit entscheidet dasjenige Organ, welches die zu überprüfenden Dokumente verhandelt und erstellt hat, darüber, wer diese prüft [39]. Diese Konstellation kann verhindert werden, indem die Statuten die Kompetenz zur Wahl des Transaktionsprüfers der Generalversammlung übertragen [40]. Während eine solche Regelung aus Corporate-Governance-Überlegungen vorteilhaft wäre, hat sie auch gewichtige Nachteile: Wird der Transaktionsprüfer von der Generalversammlung nicht «auf Vorrat» gewählt, dann muss vor dessen Ernennung zuerst eine Generalversammlung einberufen werden. Dies kann zu einer unerwünschten Verzögerung der Transaktion führen und unter Umständen mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sein. Wird hingegen ein Transaktionsprüfer anlässlich der ordentlichen Generalversammlung «auf Vorrat» gewählt, dann ist dieser bei der konkreten Umstrukturierung vielleicht nicht unabhängig, oder es wird nicht möglich sein, einen gemeinsamen Revisor zu bestimmen. Aufgrund dieser Überlegungen dürfte es trotz aller Bedenken empfehlenswert sein, den Umstrukturierungsprüfer durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan bestimmen zu lassen.

3.2 Form des Prüfungsberichts

Der Revisor hat seine Erkenntnisse aus der Prüfung in einem Bericht darzulegen. Bei der Fusion und Spaltung bedarf dieser einerseits der schriftlichen

Form und andererseits eines bestimmten Mindestinhalts [41]. Obwohl das Fusionsgesetz bei der Umwandlung nicht ausdrücklich einen schriftlichen Prüfungsbericht verlangt, ist auch bei dieser Transaktionsform ein solcher zu erstatten. Dies ergibt sich direkt aus dem Erfordernis, dass der Prüfungsbericht den Gesellschaftern zur Einsicht vorzulegen ist [42].

Das Erfordernis der schriftlichen Form bedeutet, dass der Bericht vom Revisor handschriftlich zu unterzeichnen ist [43]. Zusätzlich ist aber auch notwendig, dass der im Fusionsgesetz für jeden Umstrukturierungstatbestand enthaltene Katalog von Berichtspunkten im jeweiligen Prüfungsbericht abgehandelt wird.

Das Fusionsgesetz sieht nicht vor, dass der Transaktionsprüfer an der Generalversammlung, die über die Transaktion beschliesst, anwesend sein muss [44]. Aus diesem Grund besteht auch keine Möglichkeit, dass die Gesellschafter dem Transaktionsprüfer Fragen stellen können. Die zwingende Anwesenheit eines Revisors kann sich jedoch aufgrund von anderen Vorschriften ergeben, z. B. wenn das nominelle Kapital einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Abspaltung herabgesetzt wird [45].

3.3 Informationsrechte des Revisors

Das Fusionsgesetz bestimmt, dass die beteiligten Gesellschaften dem Revisor alle zweckdienlichen Auskünfte und Unterlagen geben müssen [46]. Die Frage der Zweckdienlichkeit einer verlangten Information ist nicht einschränkend zu beurteilen, weil der Revisor der Verantwortlichkeit nach Art. 108 Abs. 2 FusG unterliegt. Deshalb muss der Revisor grundsätzlich über sämtliche Informationen verfügen, die er vernünftigerweise zur Durchführung seiner Prüfung benötigt [47]. Im Unterschied zur Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern im Umstrukturierungsbericht wird einem Revisor gegenüber kaum je ein Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft geltend gemacht werden können [48]. Dies gilt um so mehr, als davon auszugehen ist, dass auch der Transaktionsprüfer der strafrechtlichen

Geheimhaltungspflicht nach Art. 321 StGB unterliegt [49].

Die erforderlichen Auskünfte sind dem Revisor mündlich oder, sofern zweckmässig, auch schriftlich zu erteilen, und zudem ist ihm Einsicht in die Geschäftsunterlagen zu gewähren [50]. Diese Informationspflicht trifft nicht nur diejenige Gesellschaft, welche den Revisor beauftragt hat, sondern sämtliche an der Transaktion beteiligten Gesellschaften [51]. Dies gilt auch für jene kleinen und mittleren Unternehmen, deren Gesellschafter selber auf die Durchführung der Prüfung verzichtet haben [52]. Soweit der Revisor Unterlagen von Dritten – auch anderer Konzerngesellschaften – einsehen muss, ist es die Aufgabe des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans der in die Umstrukturierung involvierten Gesellschaft, die entsprechenden Unterlagen zu beschaffen [53].

4. Gegenstand und Inhalt der Umstrukturierungsprüfung

4.1 Prüfungsgegenstand

In systematischer Hinsicht ist zwischen dem Prüfungsgegenstand, dem Prüfungsinhalt und den Berichtspflichten zu unterscheiden [54]. Während es beim Prüfungsgegenstand um die Frage geht, welche Dokumente geprüft werden, bestimmt der Prüfungsinhalt, auf was der Prüfungsgegenstand zu prüfen ist [55]. Die Berichtspflichten geben darüber Auskunft, was im Bericht des Revisors enthalten sein muss.

Das Fusionsgesetz bezeichnet bei allen relevanten Umstrukturierungsformen den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan und den Umstrukturierungsbericht als Prüfungsgegenstand [56]. Bei der Fusion und Umwandlung wird zudem auch die der Umstrukturierung zugrundeliegende Bilanz als Prüfungsgegenstand bezeichnet. Bei der Spaltung ist die Bilanz zwar nicht ausdrücklich als Prüfungsgegenstand erwähnt, doch wird dies einhellig auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückgeführt [57]. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch bei der Spaltung die Bilanz zum Prüfungsgegenstand gehört.

4.2 Prüfungsinhalt

4.2.1 Bestimmung des Prüfungsinhalts

4.2.1.1 Prüfungsinhalt bei der Fusion und Spaltung

Bei der Fusion und Spaltung legt das Fusionsgesetz den Prüfungsinhalt – also das, worauf der Prüfungsgegenstand zu prüfen ist – nicht direkt fest. Im Gegensatz dazu regelt es den Inhalt des Prüfungsberichts eingehend. Weil einerseits sicher das geprüft werden muss, worüber zu berichten ist, und es andererseits keinen Sinn macht, etwas zu prüfen, worüber nicht auch zu berichten ist, muss der Prüfungsinhalt zwangsläufig mit den Berichtspflichten übereinstimmen [58]. Wie bereits erwähnt, sind diese bei der Fusion und Spaltung detailliert geregelt [59]. Im einzelnen hat der Prüfungsbericht zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

- Genügt die vorgesehene Kapitalerhöhung zur Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft [60]?
- Ist das Umtauschverhältnis für Anteile bzw. die Abfindung vertretbar [61]?
- Nach welcher Methode ist das Umtauschverhältnis bestimmt worden, und weshalb ist diese angemessen [62]?
- Welche relative Bedeutung wurde gegebenenfalls verschiedenen angewendeten Methoden für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses beigemessen [63]?
- Welche Besonderheiten waren bei der Bewertung der Anteile im Hinblick auf die Festsetzung des Umtauschverhältnisses zu beachten [64]?

Diese Prüfung hat sich somit im wesentlichen dazu zu äussern, ob die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter gewahrt werden [65]. Aus diesem Grund ist es bei der Fusion und Spaltung nicht Aufgabe des Revisors, zu prüfen, ob der Umstrukturierungsvertrag oder -plan bzw. der Umstrukturierungsbericht in formeller und materieller Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen genügt [66].

Zu beachten ist, dass die im Gesetz vorgegebene Reihenfolge der Berichtspunkte nicht mit der logischen

Abfolge der Prüfungshandlungen übereinstimmt: Zuerst dürfte der Revisor wohl die Angemessenheit der Methode, dann die Vertretbarkeit des Umtauschverhältnisses und erst zuletzt das Genügen der Kapitalerhöhung prüfen [67].

4.2.1.2 Prüfungsinhalt bei der Umwandlung

Bei der Umwandlung bestimmt das Fusionsgesetz den Inhalt des Prüfungsberichts nicht direkt. Hingegen legt das Gesetz den Prüfungsinhalt fest: Nach Art. 62 Abs. 4 FusG muss der Revisor prüfen, ob die Voraussetzungen für die Umwandlung erfüllt sind, insbesondere, ob die Rechtsstellung der Gesellschafter nach der Umwandlung gewahrt bleibt. Aufgrund des Wortlauts dieser Bestimmung gehen gewisse Autoren davon aus, dass bei der Umwandlungsprüfung der Prüfungsinhalt breiter ist als bei der Prüfung der Fusion und Spaltung. Diese Autoren rechtfertigen dies damit, dass einerseits die Umwandlung zwangsläufig eine unilaterale Umstrukturierung ist und andererseits das Gesetz die Prüfung bei der Umwandlung autonom regelt [68]. Dem ist einmal entgegenzuhalten, dass zumindest die Spaltung zur Neugründung ebenfalls rein unilateralen Charakter hat. Hinzu kommt, dass namentlich bei konzerninternen Fusionen auch eher von einem unilateralen als von einem bilateralen Vorgang gesprochen werden muss. Dennoch ist in diesen Fällen keine weitergehende Prüfung vorgesehen. Schliesslich ist zu bemerken, dass die Bestimmungen zur Umwandlung in verschiedener Hinsicht nicht mit den übrigen Gesetzesbestimmungen kohärent sind, obwohl die entsprechende Materie nicht grundsätzlich anders hätte geregelt werden sollen [69].

Aufgrund dieser Überlegungen ist es meines Erachtens sachgerecht, bei der Umwandlungsprüfung keinen grundsätzlich anderen Prüfungsinhalt zu fordern als bei der Fusion und Spaltung [70]. Auch aus der Botschaft ergibt sich nicht, dass bei der Umwandlungsprüfung ein grundsätzlich anderer Standard angewendet werden soll als bei der Prüfung einer Fusion oder Spaltung. Vielmehr äussert sich die Bot-

schaft selbst dahingehend, dass es bei der Umwandlungsprüfung in erster Linie um die Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte sowie um die Einhaltung der Vorschriften in Bezug auf die Gründung der Gesellschaft geht [71]. Bezüglich der Einhaltung der Gründungsvorschriften wird noch zu zeigen sein, dass diese Prüfung auch bei der Spaltung zur Neugründung und bei der Kombinationsfusion durchzuführen ist. Bei der Absorptionsfusion und bei der Spaltung zur Übernahme ist eine analoge Prüfung hinsichtlich der Kapitalerhöhung durchzuführen. Aus diesem Grund hat sich die Umwandlungsprüfung im gleichen Rahmen zu bewegen wie die Prüfung einer Fusion oder Spaltung [72].

4.2.2 Angemessenheit der Kapitalerhöhung

In einem ersten Punkt muss der Revisor darlegen, ob die vorgesehene Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft zur Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft genügt [73]. Diesbezüglich ist vorab zu bemerken, dass eine entsprechende Aussage nur bei einer Absorptionsfusion und bei einer Spaltung zur Übernahme gemacht werden kann, weil nur in diesen beiden Fällen überhaupt eine Kapitalerhöhung stattfinden kann. Weiter ist zu beachten, dass bei einer Absorptionsfusion und Spaltung zur Übernahme nicht nur die Interessen der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, sondern auch jene der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft gewahrt werden müssen [74]. Deshalb ist nicht nur zu prüfen, ob die vorgesehene Kapitalerhöhung «genügt», sondern auch ob diese angemessen ist [75], d.h., ob nicht zu viele neue Anteile geschaffen werden.

Bei der Kombinationsfusion und bei der Spaltung zur Neugründung erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ihre Anteile nicht aus einer Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft, sondern diese wird neu gegründet. Ebenfalls ein gründungsähnlicher Vorgang findet bei der Umwandlung statt. Deshalb ist in diesen Fällen eine analoge Prüfung hinsichtlich der Gründung durchzuführen [76]. Somit ist auch bei diesen Transaktionsformen

zu prüfen, ob das neu geschaffene Kapital der übernehmenden Gesellschaft angemessen ist [77].

4.2.3 Vertretbarkeit des Umtauschverhältnisses

Als Kernpunkt seines Berichtes hat der Revisor sodann darzulegen, ob das Umtauschverhältnis für Anteile bzw. die Abfindung vertretbar ist [78]. Dieser Berichtsteil enthält eine eigentliche Fairness-Opinion [79]. Um eine entsprechende Aussage machen zu können, hat der Revisor in einem ersten Schritt die ermittelten Unternehmenswerte zu prüfen. Dabei ist nicht notwendig, dass der Revisor eine eigenständige Bewertung der beteiligten Gesellschaften vornimmt. Vielmehr darf er sich auf bereits bestehende Bewertungen bzw. Bewertungsgutachten stützen [80]. Allerdings hat er aufgrund des vorliegenden Zahlenmaterials nachzurechnen, ob die Unternehmenswerte richtig eruiert wurden. Sodann hat er in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das Umtauschverhältnis der Anteile bzw. die Abfindung aufgrund der ermittelten Unternehmenswerte so festgelegt wurden, dass sie vertretbar sind. Als nicht vertretbar ist das Umtauschverhältnis bzw. die Abfindung immer dann zu bezeichnen, wenn die festgelegten Werte sich nicht mehr innerhalb einer Bandbreite von plausiblen Bewertungsansätzen halten bzw. offensichtlich unrichtig sind [81].

4.2.4 Methoden des Umtauschverhältnisses

Der Revisor hat weiter darzulegen, nach welcher Methode das Umtauschverhältnis bestimmt worden ist und aus welchen Gründen die angewendete Methode angemessen ist [82]. Aufgrund des Wortlautes von Art. 15 Abs. 4 lit. c FusG könnte davon ausgegangen werden, dass die Methode des Umtauschverhältnisses zu erläutern ist. Dies kann aber nicht der Sinn des Gesetzes sein. Vielmehr muss die Methode der dem Umtauschverhältnis zugrundeliegenden Unternehmensbewertung der Gesellschaften geprüft werden [83]. Der Revisor hat dabei zu beachten, dass den obersten Leitungs- und Verwaltungsorganen bei der Wahl der Bewertungsmethode ein gewisses Ermessen zu-

kommt. Er hat nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane zu setzen [84]. Der Revisor hat im Prüfungsbericht die angewandte Bewertungsmethode für die Gesellschafter nachvollziehbar zu erläutern sowie darzulegen, weshalb diese den allgemeinen Grundsätzen der Unternehmensbewertung entspricht, d. h. theoretisch und praktisch anerkannt und für das konkrete Bewertungsobjekt üblich ist [85]. Bei einer unsachlichen oder nicht begründbaren Bewertungsmethode ist diese im Prüfungsbericht als unangemessen zu bezeichnen [86].

Die Bewertung der an einer Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften erfolgt in der Regel nach der gleichen Methode [87]. Falls die beteiligten Gesellschaften nach unterschiedlichen Methoden bewertet wurden, muss der Revisor darlegen, welche relative Bedeutung den einzelnen Methoden für die Bestimmung des Umtauschverhältnisses beigemessen wurde [88].

Im Rahmen der Prüfung der Vertretbarkeit des Umtauschverhältnisses hat der Revisor auch darzulegen, welche Be-

halten werden [91]. Nach der herrschenden Meinung ist eine gleiche Prüfung auch bei der Kombinationsfusion und bei der Spaltung zur Neugründung vorzunehmen. Bei der Absorptionsfusion und Spaltung zur Übernahme, bei denen die übernehmende Gesellschaft nicht neu gegründet wird, ist eine gleiche Prüfung hinsichtlich einer etwaigen Kapitalerhöhung durchzuführen. Wie bei der gewöhnlichen Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsprüfung ist dabei zu prüfen, ob keine Unter-Pari-Emission vorliegt, d. h., ob die einzubringenden Vermögenswerte der übertragenden Gesellschaft genügen, um die neu geschaffenen Anteile der übernehmenden Gesellschaft zu liberieren [92].

4.2.5.2 Prüfung des freien Eigenkapitals

Wird den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft eine Abfindung oder Ausgleichszahlung ausgerichtet, dann ist weiter zu prüfen, ob die übernehmende Gesellschaft nach Durchführung der Umstrukturierung über genügend freies Eigenkapital verfügt, um die entsprechenden Zahlungen vorzunehmen [93]. Ebenfalls eine Prü-

«Das Fusionsgesetz äussert sich nicht dazu, wer den Transaktionsprüfer zu bestellen hat.»

sonderheiten bei der Bewertung der Anteile im Hinblick auf die Festsetzung des Umtauschverhältnisses zu beachten waren [89]. Dazu gehören z. B. die Berücksichtigung von Anteilen ohne Stimmrecht, von Sonderrechten, die Behandlung von eigenen Aktien, noch zu beschliessende Dividendenzahlungen oder Kreuzbeteiligungen [90].

4.2.5 Weitere zu prüfende Punkte

4.2.5.1 Einhaltung der Liberierungsvorschriften

Bei der Umwandlung ist nicht nur zu prüfen, ob die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gewahrt werden, sondern auch ob die Vorschriften in Bezug auf die Gründung der Gesellschaft einge-

fung des freien Eigenkapitals ist bei einer sich spaltenden Gesellschaft vorzunehmen. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die übertragende Gesellschaft über genügend freies Eigenkapital verfügt oder ob eine Kapitalherabsetzung notwendig ist [94].

4.2.5.3 Prüfung der Bilanz bzw. Zwischenbilanz

Im Zusammenhang mit der Bilanz bzw. Zwischenbilanz hat der Revisor vorab zu prüfen, ob die ordentliche Bilanz als Grundlage für die Umstrukturierung dienen kann. Eine Bilanz kann dann nicht mehr als Grundlage verwendet werden, wenn sie zu alt ist oder seit dem Bilanzstichtag wichtige Änderungen in der Vermögenslage der Gesell-

schaft eingetreten sind [95]. Daneben wird sich der Transaktionsprüfer anhand der vorhandenen Bilanz oder Zwischenbilanz auch vergewissern müssen, dass die Gesellschaften keinen Kapitalverlust und keine Überschuldung aufweisen, welche die Transaktionen verunmöglichen oder die Durchführung des besonderen Verfahrens nach Art. 6 FusG erfordern würden [96].

Obwohl das Gesetz die der Umstrukturierung zugrunde liegenden Bilanzen als Prüfungsgegenstand bezeichnet, hat der Transaktionsprüfer keine weitergehenden Pflichten, diese Bilanzen oder Zwischenbilanzen zu prüfen [97]. Ist im konkreten Fall vor Durchführung der Umstrukturierung eine Zwischenbilanz zu erstellen [98], so ist deren Prüfung überhaupt nur dann notwendig, wenn die betreffende Gesellschaft ihre Jahresrechnung aufgrund einer gesetzlichen oder statutarischen Revisionspflicht prüfen lassen muss [99]. Diese Prüfung ist aber nicht Aufgabe des Transaktionsprüfers, sondern der ordentlichen Revisionsstelle [100]. Dies bedeutet namentlich, dass die Zwischenbilanz nicht notwendigerweise von einem besonders befähigten Revisor geprüft wird [101]. Würde eine Prüfung der Zwischenbilanz durch den Umstrukturierungsprüfer gemäss Fusionsgesetz gefordert, so bedeutete dies unter Umständen eine Verschärfung der Anforderung an die Befähigung des Revisors gegenüber der ordentlichen Revisionsstelle, denn der Umstrukturierungsprüfer muss immer besonders befähigt sein. Hinzu kommt, dass die Prüfung einer Zwischenbilanz auch wesentlich effizienter durch den ordentlichen Abschlussprüfer vorgenommen werden kann, weil sich dieser schon mit der Prüfung des ordentlichen Abschlusses beschäftigt hat.

5. Mängel der Prüfung

Wird die Prüfung der Umstrukturierung mangelhaft durchgeführt oder enthält der Prüfungsbericht Fehler, dann führt dies grundsätzlich zu einer möglichen Verantwortlichkeit des Revisors gemäss Art. 108 Abs. 2 FusG [102]. Gleichzeitig steht bei einer mangelhaften Prüfung der Umstrukturierung aber auch die Möglichkeit offen, die Umstrukturi-

erung als solche nach Art. 106 FusG anzufechten.

Ist der Prüfungsbericht in formeller Hinsicht unvollständig oder fehlt er gar, dann wird der Handelsregisterführer die Anmeldung der Umstrukturierung zurückweisen [103]. Materielle Mängel des Prüfungsberichts dürfen hingegen nur dann zu einer Ablehnung durch den Handelsregisterführer führen, wenn zwingende Vorschriften, die dem Schutz Dritter oder der Rechts- und Verkehrssicherheit dienen, offensichtlich verletzt worden sind [104]. Weil die Umstrukturierungsprüfung nach der hier vertretenen Meinung aber ausschliesslich den Schutz der Gesellschafter bezweckt, dürfte ein solcher Ablehnungsgrund kaum je vorliegen.

Von einem mangelhaften Prüfungsbericht zu unterscheiden ist ein Prüfungsbericht, der darauf hinweist, dass die Umstrukturierung Mängel aufweist. In diesem Fall spricht man davon, dass der Revisor kein unqualifiziertes Testat abgegeben hat. Wird ein solcher Bericht dennoch den Gesellschaftern zur Einsicht vorgelegt und gestützt darauf ein zustimmender Umstrukturierungsbeschluss gefasst, dann hat der Handelsregisterführer im Rahmen seiner beschränkten Kognition die Anmeldung der Umstrukturierung zurückzuweisen, sofern die Umstrukturierung zwingende Vorschriften, die dem Schutz Dritter oder der Rechts- und Verkehrssicherheit dienen, offensichtlich verletzt [105]. Wird die Umstrukturierung jedoch trotz der angeblichen Mängel im Handelsregister eingetragen, dann dürfte den Gesellschaftern das Geltendmachen von Rechtsmitteln (Klage auf Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG, Anfechtung der Umstrukturierung gemäss Art. 106 FusG oder Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe gemäss Art. 108 FusG) relativ leicht fallen. Gleichzeitig wird eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Revisoren nach Art. 108 Abs. 2 FusG wohl eher schwieriger geltend zu machen sein. ▬

Anmerkungen

- 1 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR

221.301), in Kraft seit 1. Juli 2004. Der Begriff des besonders befähigten Revisors soll mit der Einführung des Bundesgesetzes über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisoren und Revisoren durch jenen der zugelassenen Revisionsexperten bzw. des zugelassenen Revisionsexperten ersetzt werden; vgl. BBl 2004, 4056.

- 2 Art. 15 FusG für die Fusion, Art. 40 FusG für die Spaltung und Art. 62 FusG für die Umwandlung.
- 3 Botschaft, 4413.
- 4 Botschaft, 4405.
- 5 Kurzkomm. HRegV, 8f., 15 und 18f. Vgl. dazu u. a. auch Bommer, Stämpfli Handkommentar, FusG 9 N 13 f. und Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 15 N 4.
- 6 Vgl. Art. 9 Abs. 2 und Art. 10 FusG für die Fusion, Art. 33 Abs. 2 und Art. 34 FusG für die Spaltung sowie Art. 57 für die Umwandlung.
- 7 Vgl. Ziffer 2.
- 8 Art. 24 Abs. 1 FusG.
- 9 Im Ergebnis anders: Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 3; Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 15 N 4; Kurzkomm. HRegV, 8.
- 10 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 23.
- 11 Gl. M. Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 8; Von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 109; Gelzer, ZH-Komm. FusG 15 N 7; Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 2; A.M. Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 15 N 4; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 3; Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, N 227.
- 12 Art. 15 Abs. 1 FusG für die Fusion und Art. 40 FusG für die Spaltung.
- 13 Art. 62 Abs. 1 FusG.
- 14 Art. 15 Abs. 2 FusG für die Fusion, Art. 40 FusG für die Spaltung und Art. 62 Abs. 2 FusG für die Umwandlung.
- 15 Art. 11 Abs. 1 OR; Kühni, BS-Komm., FusG 14 N 22.
- 16 Art. 105a Abs. 2 HRegV für die Fusion, Art. 106a Abs. 2 HRegV für die Spaltung und Art. 107 Abs. 2 HRegV für die Umwandlung.
- 17 Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 14 N 35.
- 18 Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 14 N 35; Kühni, BS-Komm., FusG 14 N 23; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 39 N 7.
- 19 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, N 268; Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 15 N 24.
- 20 Kurzkomm. HRegV, 8f., 15 und 18f.
- 21 Art. 24 Abs. 1 FusG.
- 22 Art. 24 Abs. 2 FusG.
- 23 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 70.
- 24 Art. 15 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 40 FusG für die Spaltung und Art. 62 Abs. 1 FusG für die Umwandlung.
- 25 Art. 15 Abs. 1 FusG für die Fusion und Art. 40 FusG für die Spaltung.
- 26 Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1020.
- 27 Combœuf, Stämpfli Handkommentar, FusG 15 N 8; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 16.
- 28 Botschaft, 4413, was der h. M. entspricht.
- 29 Vgl. Art. 727c Abs. 1 OR.
- 30 Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, N 230.

- 31 Von der Crone/Gersbach/ Kessler/Dietrich/ Berlinger, Fusionsgesetz, N 230; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 15b; Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1020.
- 32 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 13; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 15.
- 33 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 11; Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 10; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 8.
- 34 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 16, Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 6.
- 35 Nach dem Inkrafttreten des Revisionsaufsichtsgesetzes muss es ein zugelassener Revisionsexperte sein; vgl. oben Anm. 1.
- 36 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 10.
- 37 Vgl. aber Art. 92 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 3 FusG, wonach bei der Fusion und Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen die Prüfung durch die Revisionsstelle (Kontrollstelle) vorgenommen werden muss.
- 38 Art. 716 Abs. 1 OR.
- 39 Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 7.
- 40 Art. 716 Abs. 1 OR; Botschaft, 4413; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 13. A. M. wohl Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 4, unter Verweis auf Botschaft, 4455; es ist nicht davon auszugehen, dass das Gesetz die Kompetenzordnung bei der Umwandlung anders regeln wollte als bei der Fusion und Spaltung.
- 41 Art. 15 Abs. 4 FusG für die Fusion und Art. 40 FusG für die Spaltung.
- 42 Art. 63 Abs. 1 lit. c FusG. Gl. M. Botschaft, 4455; Giger, Stämpflis Handkommentar, FusG 62 N 9; Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 14.
- 43 Art. 13 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 OR.
- 44 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 29. A. M. Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 14.
- 45 Art. 732 Abs. 2 OR; Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 29.
- 46 Art. 15 Abs. 3 FusG für die Fusion, Art. 40 FusG für die Spaltung und Art. 62 Abs. 3 FusG für die Umwandlung.
- 47 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 38.
- 48 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 37.
- 49 Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 16; Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 7.
- 50 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 37.
- 51 Botschaft, 4414; Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 11; Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 13; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 36; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 15; Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 31. A. M. von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 111f., Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, N 239.
- 52 Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 11.
- 53 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 31; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 15.
- 54 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 20.
- 55 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 22.
- 56 Art. 15 Abs. 1 für die Fusion, Art. 40 FusG für die Spaltung und Art. 62 Abs. 1 FusG für die Umwandlung.
- 57 Zenhäusern, Stämpflis Handkommentar, FusG 40 N 4; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 10; Zwicker, Prüfung, 170.
- 58 Zwicker, Prüfung, 162 FN 37; Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 32; von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 105f.; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 23; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 11. A. M. Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 12 f.; Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 15-19.
- 59 Art. 15 Abs. 4 FusG für die Fusion und Art. 40 FusG für die Spaltung.
- 60 Art. 15 Abs. 4 lit. a FusG.
- 61 Art. 15 Abs. 4 lit. b FusG.
- 62 Art. 15 Abs. 4 lit. c FusG.
- 63 Art. 15 Abs. 4 lit. d FusG.
- 64 Art. 15 Abs. 4 lit. e FusG.
- 65 Ähnlich Zwicker, Prüfung, 162 f.; Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 14; Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 34. Von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 118, geht davon aus, dass nur die Wahrung der Anteilsrechte zu überprüfen sei. M. E. ist diese Auffassung nicht zutreffend, weil auch Mitgliedschaftsrechte durch Anteile der übernehmenden Gesellschaft abgegolten werden können.
- 66 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 35; Von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, N 233; von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 117f.; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 23; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 14. A. M. Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 15; Zenhäusern, Stämpflis Handkommentar, FusG 40 N 2.
- 67 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 41.
- 68 Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 1 und 62 N 10; Böckli, Aktienrecht, § 3 N 361.
- 69 Vgl. z. B. oben Ziffer 1.
- 70 Gl. M. Zwicker, Prüfung, 174-176; A. M. Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 10; Giger, Stämpflis Handkommentar, FusG 62 N 7.
- 71 Botschaft, 4456.
- 72 A. M. Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 10.
- 73 Art. 15 Abs. 4 lit. a FusG.
- 74 Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1021.
- 75 Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 15; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 34. A. M. von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 102.
- 76 Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 23; von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 113.
- 77 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 41 und 52.
- 78 Art. 15 Abs. 4 lit. b FusG.
- 79 Böckli, Aktienrecht, § 3 N 120. Vgl. dazu auch Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1022 f.
- 80 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 35e.
- 81 Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 15; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 35e; Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1022.
- 82 Art. 15 Abs. 4 lit. c FusG.
- 83 Von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 113.
- 84 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 35a.
- 85 Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1021; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 35b; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 18. A. M. Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 24.
- 86 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 35a. Vgl. auch von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 310.
- 87 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 42; vgl. auch Glanzmann, Kontinuität, 142.
- 88 Art. 15 Abs. 4 lit. d FusG.
- 89 Art. 15 Abs. 4 lit. e FusG.
- 90 Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 20; von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 119; Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1021.
- 91 Botschaft, 4456.
- 92 Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 15; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 34; Zwicker, Prüfung, 163 FN 46; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 18; Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 45 und 58. A. M. von Salis-Lütolf, FusG, 113, der nur bei einer offensichtlichen Unter-Pari-Emission eine Erwähnung im Prüfungsbericht fordert.
- 93 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 49.
- 94 Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 18.
- 95 Vgl. Art. 11 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 35 Abs. 1 FusG für die Spaltung und Art. 58 Abs. 1 FusG für die Umwandlung; Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 45, 54 und 58; Bösch, BS-Komm., FusG 62 N 13; Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 13; Fierz/Stenz, Fusionsprüfung, 1020.
- 96 Treuhand-Kammer, PE 800-1, N 45.
- 97 Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 24; Zwicker, Prüfung, 164; von der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz, N 233; von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 117 f.; Fierz/Stenz, Fusionsgesetz, 1020. A. M. Schenker, Fusion, 786; Gelzer, ZH-Komm., FusG 15 N 18; Ketterer/Huber/Korrodi, Erfahrungen, 1026.
- 98 Art. 11 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 35 Abs. 1 FusG für die Spaltung, Art. 58 Abs. 1 für die Umwandlung.
- 99 Kurzkomentar HRegV, 8; Bommer, Stämpflis Handkommentar, FusG 11 N 8. A. M. Diem, BS-Komm., FusG 11 N 17; Albrecht, ZH-Komm., FusG 11 N 28.
- 100 Von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, 117f. A. M. Treuhand-Kammer, PE 800-1 N 47, die offenbar davon ausgeht, dass der nach Fusionsgesetz bestellte Revisor die Zwischenbilanz zu prüfen hat.
- 101 A. M. Bommer, Stämpflis Handkommentar, FusG 11 N 8.
- 102 Kühni, BS-Komm. FusG 15 N 48; Watter/Rampini, BS-Komm., FusG 40 N 24.
- 103 Kurzkomentar HRegV, 28; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 47.
- 104 Kurzkomentar HRegV, 29.
- 105 BGE 125 III 18; Kühni, BS-Komm., FusG 15 N 47; Combœuf, Stämpflis Handkommentar, FusG 15 N 26 f.

Literatur

- Albrecht Andreas C., Kommentar zu Art. 3-6, 9-11, 25-26 FusG, in: Vischer/Beretta/Müller (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit. Albrecht, ZH-Komm.).
- Bösch René, Kommentar zu Art. 61-63 FusG, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005 (zit. Bösch, BS-Komm.).
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004 (zit. Böckli, Aktienrecht).
- Bommer Florian, Kommentar zu Art. 9-11, 23, 24 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit. Bommer, Stämpflis Handkommentar).
- Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337-4578 (zit. Botschaft).

Combœuf Albert, Kommentar zu Art. 14–17, 109, 111 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit. Combœuf, Stämpflis Handkommentar).

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, in: REPRAX 2/3/2004, 1–39 (zit. Kurzkomm. HRegV).

Fierz Reto/Stenz Thomas, Fusionsprüfung, in: ST 2004, 1019–1024 (zit. Fierz/Stenz, Fusionsprüfung).

Gelzer Thomas, Kommentar zu Art. 14–15, 18–22, 99–101 FusG, in: Vischer/Beretta/Müller (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 (zit. Gelzer, ZH-Komm.).

Giger Marcel, Kommentar zu Art. 59–63 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit. Giger, Stämpflis Handkommentar).

Glanzmann Lukas, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, in: AJP 2004, 139–155 (zit. Glanzmann, Kontinuität).

Ketterer Daniel/Huber Felix M./Korrodi Ueli, Erste Erfahrungen mit dem neuen Fusionsgesetz aus Sicht des Wirtschaftsprüfers, in: ST 11/2004, 1025–1030 (zit. Ketterer/Huber/Korrodi, Erfahrungen).

Kühni Beat, Kommentar zu Art. 14–17 FusG, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005, FusG 14 N 16 (zit. Kühni, BS-Komm.).

Schenker Urs, Die Fusion, in: AJP 2004, 772–789 (zit. Schenker, Fusion).

Treuhand-Kammer, Empfehlung zur Prüfung: Prüfungen nach dem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG), PE 800-1 (zit. Treuhand-Kammer, PE 800-1).

Von der Crone Hans Caspar/Gerspach Andreas/Kessler Franz J./Dietrich Martin/Berlinger Katja, Das Fusionsgesetz, 1. Auflage, Zürich 2004 (zit. von der Crone/Gerspach/Kessler/Dietrich/Berlinger, Fusionsgesetz).

Von Salis-Lütolf Ulysses, Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch, Versionsnummer: 08/2004 (zit. von Salis, Fusionsgesetz).

Watter Rolf/Rampini Corrado, Kommentar zu Art. 38–40 FusG, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005 (zit. Watter/Rampini, BS-Komm.).

Zenhäusern Urs, Kommentar zu Art. 38–42 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit. Zenhäusern, Stämpflis Handkommentar).

Zwicker Stefan, Die Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsprüfung nach dem Fusionsgesetz, in: ZSR 2004, 157–182 (zit. Zwicker, Prüfung).

RESUME

La vérification de la fusion, de la scission et de la transformation

Une des principales modifications apportées par la loi sur la fusion, entrée en vigueur il y a un peu plus d'un an, réside dans le fait que la fusion, la scission et la transformation doivent, dans certains cas être vérifiées par un réviseur particulièrement qualifié. L'auteur estime que cette vérification vise à protéger les associés. Il est toutefois indéniable que tout examen d'une restructuration a également pour effet indirect la protection des créanciers.

En cas de fusion et de scission, la vérification n'est en principe obligatoire que si la société reprenante est une société de capitaux ou une coopérative dont le capital est divisé en parts. En cas de transformation, par contre, la vérification est toujours obligatoire. Les petites et moyennes entreprises peuvent renoncer à la vérification de la restructuration avec l'accord de tous les associés. Saluons au passage certains registres du commerce qui admettent la procédure simplifiée des PME aussi dans d'autres cas, dès lors qu'il y a unanimité entre les associés.

La personne procédant à la vérification de la transaction doit être un réviseur particulièrement qualifié et satisfaire par ailleurs aux exigences d'indépendance requises par l'article 727c CO. Cette personne peut, mais ceci n'est pas une obligation, être l'organe de révision ordinaire à condition que son indépendance ne s'en trouve pas affectée.

Dans les trois types de restructuration, le contrat ou projet de restructuration, le rapport de restructuration et le bilan annuel ou le bilan intermédiaire sur lequel repose la restructuration constituent l'objet de la vérification. L'auteur est d'avis que la vérification doit être effectuée conformément aux mêmes normes, quel que soit le type de restructuration. Ceci vaut également pour la transformation bien que, aux termes du texte légal, on pourrait supposer que ce type de restructuration est soumis à une autre norme de vérification.

Le rapport de restructuration doit rendre compte des points suivants:

- Le nombre de nouvelles parts de la société reprenante est-il suffisant pour garantir les droits des associés de la société transférée?
- Le rapport d'échange des parts sociales ou le dédommagement est-il soutenable?
- Selon quelle méthode la valeur de l'entreprise a-t-elle été déterminée? Cette méthode est-elle adéquate? Quelle a été l'importance relative accordée, le cas échéant, aux différentes méthodes appliquées et à quelles particularités, lors de l'évaluation des parts sociales eu égard à la détermination du rapport d'échange, a-t-il fallu veiller?
- Les prescriptions relatives à la libération ont-elles été respectées?
- Le bilan de clôture ou le bilan intermédiaire peut-il être retenu comme base de cette restructuration?

Il n'est pas nécessaire que le réviseur de la transaction vérifie le bilan annuel ou le bilan intermédiaire; si tant est qu'il doive être vérifié, cette tâche incombe à l'organe de révision ordinaire. LG/JA