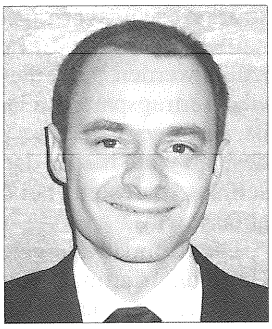
In:
Aktuelle Juristische Praxis 7/2004.

AJP/PJA 7/2004

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan im neuen Fusionsgesetz



Dr. iur. LL.M.
LUKAS GLANZMANN,
Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

A. Allgemeines
B. Abschluss des Vertrages bzw. Erstellung des Planes
I. Zuständigkeit
1. Abschluss- bzw. Erstellungskompetenz
2. Zustimmungserfordernisse
II. Formvorschriften
1. Grundsatz: Qualifizierte Schriftlichkeit
2. Ausnahme: Öffentliche Beurkundung
III. Vertretung
C. Abänderung und Aufhebung des Vertrages bzw. Planes
D. Inhalt des Vertrages bzw. Planes
I. Allgemeines
II. Bezeichnung der Parteien
III. Gegenstand der Umstrukturierung
1. Keine Bestimmung des Gegenstandes bei der Fusion und Umwandlung
2. Bestimmung des Gegenstandes bei der Spaltung und Vermögensübertragung
a. Zu übertragende Aktiven und Passiven
b. Zu übertragende Arbeitsverhältnisse
c. Übertragung von Verträgen?
IV. Bestimmungen zur Gegenleistung
1. Allgemeines
2. Bestimmungen im Zusammenhang mit der Abgeltung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung
a. Festlegung des Umtauschverhältnisses und der Höhe allfälliger Ausgleichszahlungen bzw. Angaben über die Mitgliedschaft
b. Festlegung der Abgeltung für Sonderrechte, Anteile ohne Stimmrecht und Genussscheine
c. Modalitäten für den Umtausch der Anteile
d. Zeitpunkt der Beteiligung am Bilanzgewinn
e. Modalitäten der Abfindung
f. Bezeichnung der Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung
3. Bestimmung des Wertes und der Gegenleistung bei der Vermögensübertragung
V. Besondere Vorteile
VI. Zeitpunkt der Wirkung der Umstrukturierung
VII. Zusätzliche Angaben bei der Umwandlung: die neuen Statuten
VIII. Weitere, nicht objektiv wesentliche Bestimmungen
1. Präambel und Zweckartikel
2. Bedingungen für den Vollzug
3. Garantien und Gewährleistungen
4. Bestimmungen über die weitere Tätigkeit
5. Bestimmungen zur Absicherung der Transaktion
6. Nebenpflichten und allgemeine Bestimmungen
E. Auslegung des Vertrages bzw. Planes
F. Mängel des Vertrages bzw. Planes
I. Allgemeines
II. Formmängel
III. Inhaltsmängel
IV. Willensmängel

A. Allgemeines

Das grundlegende Dokument jeder Umstrukturierung ist ein *Vertrag* über die beabsichtigte Umstrukturierung zwischen den beteiligten Rechtsträgern. Allerdings ist der Abschluss eines Vertrages nur dann möglich, wenn an der Umstrukturierung mehrere bereits bestehende Rechtsträger beteiligt sind. Ein Umstrukturierungsvertrag ist mithin bei der Fusion (Fusionsvertrag)[1], der Spaltung zur Übernahme (Spaltungsvertrag)[2] und der Vermögensübertragung (Übertragungsvertrag)[3] erforderlich. Ist hingegen lediglich *ein* bereits bestehender Rechtsträger in die Umstrukturierung involviert, dann kann dieser selbstredend keinen Vertrag abschliessen. In diesem Fall hat der Rechtsträger einen *Plan* über die beabsichtigte Umstrukturierung zu erstellen. Ein Umstrukturierungsplan ist somit bei der Spaltung zur Neugründung (Spaltungsplan)[4] und bei der Umwandlung (Umwandlungsplan)[5] notwendig.

Vertragsparteien des Umstrukturierungsvertrages sind nur die übertragenden bzw. übernehmenden Rechtsträger, nicht jedoch deren Gesellschafter oder Mitglieder. Auch bei der Erstellung des Umstrukturierungsplanes sind die Gesellschafter und Mitglieder nicht direkt beteiligt. Immerhin ist aber zu beachten, dass bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan in den meisten Fällen der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften bedarf.[6]

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt (Zürich und New York). Der Autor ist bei Baker & McKenzie Zürich als Rechtsanwalt tätig. Der Autor dankt lic. iur. DOMINIK MATTER für die Mitarbeit. Allfällige Bemerkungen werden dankend entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

1 Art. 12 FusG.
2 Art. 36 Abs. 1 FusG.
3 Art. 70 FusG.
4 Art. 36 Abs. 2 FusG.
5 Art. 59 FusG.
6 Vgl. dazu unten B.I.2.

Der Abschluss des Umstrukturierungsvertrages bzw. die Erstellung des Umstrukturierungsplanes löst die Umstrukturierung selbst noch nicht aus, sondern stellt lediglich das Verpflichtungsgeschäft dar. Die Umstrukturierung wird erst mit dem Eintrag im Handelsregister vollzogen.[7]

B. Abschluss des Vertrages bzw. Erstellung des Planes

I. Zuständigkeit

1. Abschluss- bzw. Erstellungskompetenz

Der Abschluss eines Umstrukturierungsvertrages bzw. die Erstellung eines Umstrukturierungsplanes ist oft mit einer grundlegenden Änderung der Struktur und Organisation eines Rechtsträgers verbunden. In diesem Fall sind solche Geschäfte dem Bereich der Oberleitung der Gesellschaft zuzuordnen. Sie gehören damit zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans.[8] Obwohl namentlich bei Vermögensübertragungen auch Bagatelltransaktionen vorkommen können,[9] weist das Fusionsgesetz die Kompetenz zum Abschluss des Umstrukturierungsvertrages bzw. zur Erstellung des Umstrukturierungsplanes bei sämtlichen Umstrukturierungsformen dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan des jeweiligen Rechtsträgers zu.[10] Damit übernimmt dieses Organ auch die Verantwortung für den Inhalt des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes.[11]

Bei den einzelnen Rechtsträgern handelt es sich beim obersten Leitungs-oder Verwaltungsorgan um folgende Organe:

- Aktiengesellschaft: Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR);
- Kommanditaktiengesellschaft: Verwaltung, bestehend aus den unbeschränkt haftenden Mitgliedern (Art. 765 ff. OR);
- GmbH: Geschäftsführer (Art. 811 ff. OR);
- Genossenschaft: Verwaltung (Art. 894 ff. OR);
- Kollektiv- und Kommanditgesellschaft: geschäftsführungsberechtigte Gesellschafter (Art. 535, 557 und 599 OR);
- Verein: Vorstand (Art. 69 ZGB);
- Einzelfirma: Inhaber.

Die gesetzliche Kompetenzregelung bedeutet nicht, dass das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan den Vertrag selbst verhandeln bzw. den Plan selbst ausarbeiten muss. Immerhin ist aber zu verlangen, dass dieses Organ selbst einen Beschluss fasst, in dem es dem Vertrag bzw. dem Plan zustimmt.[12] Dieser Beschluss kann entweder vor oder nach Unterzeichnung des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes gefasst werden. Fasst das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan seinen Beschluss vor Unterzeichnung des Vertrages bzw. Planes, dann muss ihm das finale Dokument vorliegen. Es genügt nicht, wenn der Beschluss eine allgemeine Genehmigung eines in den Einzelheiten noch auszuarbeitenden Vertrages bzw. Planes beinhaltet.[13] Wird der Beschluss hingegen erst nach Unterzeichnung des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes gefasst, dann muss der Beschluss im Vertrag bzw. Plan als Bedingung vorbehalten werden.[14] Bei diesem Vorgehen ist zu beachten, dass eine Vertragspartei so lange nicht an den Vertrag gebunden ist, als dieser Beschluss nicht gefasst ist. In der Praxis dürfte deshalb wohl häufig darauf gedrängt werden, dass der Beschluss spätestens bei der Unterzeichnung des Vertrages gefasst wird.

Die Kompetenzregelung bezüglich des Abschlusses des Umstrukturierungsvertrages bzw. der Erstellung des Umstrukturierungsplanes bezieht sich nicht auf Vereinbarungen über Vorbereitungshandlungen. Diese können auch von untergeordneten Organen abgeschlossen werden. Somit sind z.B. Geheimhaltungsvereinbarungen oder Vereinbarungen über die Tragung von vorvertraglich anfallenden

---

7 Art. 22 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 52 FusG für die Spaltung, Art. 67 FusG für die Umwandlung und Art. 73 Abs. 2 FusG für die Vermögensübertragung. Vgl. die Ausnahme für nicht im Handelsregister eingetragene Vereine: Art. 22 Abs. 2 FusG.

8 BOTSCHAFT, 4406 f.; vgl. Art. 716a Abs. 1 OR für die Aktiengesellschaft.

9 PETER LOSER-KROGH, Die Vermögensübertragung, Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, in: AJP/PJA 2000, 1095–1111, 1100.

10 Art. 12 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 36 Abs. 1 und 2 FusG für die Spaltung, Art. 59 Abs. 1 FusG für die Umwandlung und Art. 70 Abs. 1 FusG für die Vermögensübertragung. NICHOLAS TURIN, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Diss., Basel 2003, 129 f.; RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung, in: ZSR 2004, 83–108, 90. A.M. URS BERTSCHINGER, Spaltungsvertrag und Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz – neue Nominatkontrakte, in: H. HONSELL/W. PORTMANN/R. ZÄCH/D. ZOBEL (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 359–374, 370 f., der davon ausgeht, dass bei der Spaltung und der Vermögensübertragung diese Zuständigkeit nicht zwingend ist. Dieser Auffassung kann namentlich bezüglich der Spaltung nicht gefolgt werden, weil die Generalversammlung über jede auch noch so unbedeutende Spaltung beschliessen muss und deshalb wohl auch gefordert werden darf, dass vorgängig der Verwaltungsrat darüber beschliessen muss.

11 URS SCHENKER, Komm. zu Art. 12, 13, 36, 37 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 12 N 11.

12 BOTSCHAFT, 4406 f.; U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 11, FusG 36 N 6 f.; MARCEL GIGER, Komm. zu Art. 59–63 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 59 N 1; JOACHIM FRICK, Komm. zu Art. 69–72 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 70 N 6.

13 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 12.

14 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 14.

Kosten auch dann gültig, wenn sie nicht vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan abgeschlossen worden sind.[15]

Das Fusionsgesetz regelt nicht, in welcher Form das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan über den Umstrukturierungsvertrag oder -plan beschliessen muss.[16] Demzufolge kommen diesbezüglich die auf das konkrete Organ anwendbaren Bestimmungen des Gesetzes sowie der Statuten, Verträge oder Reglemente zur Anwendung.[17] So genügt z.B. für den erforderlichen Verwaltungsratsbeschluss bei einer Aktiengesellschaft die einfache Mehrheit der von den Verwaltungsratsmitgliedern abgegebenen Stimmen, sofern das Organisationsreglement[18] keine anderen Vorschriften enthält.[19]

2. Zustimmungserfordernisse

Bei der *Fusion, Spaltung und Umwandlung* steht der vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan abgeschlossene Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Generalversammlung bzw. – bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft – der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften.[20] Die Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter erfolgt im Fusions-, Spaltungs- bzw. Umwandlungsbeschluss.[21] Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan ist somit von Gesetzes wegen aufschiebend bedingt durch das Erfordernis eines zustimmenden Umstrukturierungsbeschlusses.[22] Eine solche Zustimmung ist lediglich dann nicht erforderlich, wenn bei einer Fusion von Kapitalgesellschaften die Voraussetzungen der erleichterten Fusion gemäss Art. 23 FusG erfüllt sind.[23] Ohne den zustimmenden Beschluss der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter hat der Umstrukturierungsvertrag nur eine beschränkte Bindungswirkung. Das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan ist auch bereits vor der Zustimmung durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter verpflichtet, sämtliche Handlungen vorzunehmen, die für den Vollzug der Transaktion erforderlich sind.[24]

Anders als bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung stellt das Fusionsgesetz den Übertragungsvertrag bei der *Vermögensübertragung* nicht unter den Vorbehalt der Zustimmung der Generalversammlung oder der Gesellschafter.[25] Ein solcher Zustimmungsvorbehalt kann sich hier jedoch aus anderen Gründen ergeben. Das Fusionsgesetz bezweckt nämlich bei der Vermögensübertragung keine Änderung der Regelung der Vertretungsmacht des obersten Verwaltungs- oder Leitungsorgans.[26] Dies wird dadurch verdeutlicht, dass Art. 69 Abs. 2 FusG ausdrücklich einen Vorbehalt der gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen über den Kapitalschutz und die Liquidation enthält. Deshalb kann das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan nur dann gültig einen Übertragungsvertrag abschliessen, wenn es auf Grund der anwendbaren gesetzlichen, statutarischen oder vertraglichen Bestimmungen die entsprechende Vertretungsmacht hat. Bei einer Aktiengesellschaft bedeutet dies z.B., dass die Vermögensübertragung nicht gegen das Verbot der Einlagerückgewähr[27] verstossen darf oder dass die Transaktion von der Generalversammlung genehmigt werden muss, wenn durch die Vermögensübertragung faktisch eine Liquidation[28] oder Zweckänderung[29] bewirkt wird.[30] Schliesslich ist die Generalversammlung auch zuständig, wenn der Abschluss des Übertragungsvertrages in die Zeit zwischen der Publikation eines öffentlichen Übernahmeangebotes und dessen Ergebnis fällt, sofern der Aktiv- oder Passivbestand der Gesellschaft in bedeutender Weise verändert würde.[31]

II. Formvorschriften

1. Grundsatz: Qualifizierte Schriftlichkeit

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan bedarf einerseits der schriftlichen Form[32] und andererseits eines bestimmten Mindestinhalts[33]. Das Erfordernis der schriftlichen Form

15 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 13.
16 Vgl. im Gegensatz dazu die detaillierten Vorschriften bezüglich der Beschlussfassung durch die Generalversammlung: Art. 18 und 20 FusG für die Fusion, Art. 43 f. FusG für die Spaltung und Art. 64 f. FusG für die Umwandlung.
17 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 12.
18 Es ist umstritten, ob auch die Statuten Quorumsbestimmungen für die Beschlussfassung des Verwaltungsrates enthalten dürfen; vgl. dazu Martin Wernli, Kommentar zu Art. 707–715a OR, in: H. Honsell/N. P. Vogt/R. Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. A., Basel/Genf/München 2002 OR 713 N 6a m.w.Hw.
19 Art. 713 Abs. 1 OR.
20 Art. 12 Abs. 2 FusG für die Fusion, Art. 36 Abs. 3 FusG für die Spaltung und Art. 59 Abs. 2 FusG für die Umwandlung.
21 Art. 18 FusG für die Fusion, Art. 43 FusG für die Spaltung und Art. 64 FusG für die Umwandlung.
22 Botschaft, 4407.
23 Art. 24 FusG.
24 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 4 f.
25 Immerhin wird gegenüber der Generalversammlung und den Gesellschaftern eine Informationspflicht statuiert; vgl. Art. 74 Abs. 1 FusG.
26 Botschaft, 4462.
27 Art. 680 Abs. 2 OR; vgl. auch Lukas Glanzmann, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Die Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. A. Zürich 2003, 19–100, 45–48.
28 BGE 116 II 320 E. 3a.
29 BGE 100 II 384 E. 2b.
30 P. Loser-Krogh (FN 9), 1098 f.; vgl. auch L. Glanzmann (FN 27), 37 f.; R. Tschäni (FN 10), 91 f.
31 Art. 29 Abs. 2 BEHG; U. Bertschinger (FN 10), 372.
32 Art. 12 Abs. 2 FusG für die Fusion, Art. 36 Abs. 3 FusG für die Spaltung, Art. 59 Abs. 2 FusG für die Umwandlung und Art. 70 Abs. 2 FusG für die Vermögensübertragung.
33 Vgl. Art. 13 FusG für die Fusion, Art. 37 FusG für die Spaltung, Art. 60 FusG für die Umwandlung und Art. 71 FusG für die Vermögensübertragung.

bedeutet einmal, dass der Vertrag bzw. Plan von Personen, die für den jeweiligen Rechtsträger unterschriftsberechtigt sind bzw. eine entsprechende Vollmacht besitzen, handschriftlich zu unterzeichnen ist.[34] Weiter ist aber auch notwendig, dass sämtliche objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte der jeweiligen Umstrukturierung im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan schriftlich festgehalten werden.[35] Dabei ist zu beachten, dass das Fusionsgesetz selbst für jeden Umstrukturierungstatbestand einen relativ detaillierten Katalog objektiv wesentlicher Punkte enthält.[36]

Selbständige Nebenabreden können grundsätzlich formfrei getroffen werden, auch wenn diese vom Hauptgeschäft abhängig sind.[37] Solche selbständigen Nebenabreden werden auch nicht von den Zuständigkeitsvorschriften erfasst. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundstückkaufvertrag fallen subjektiv wesentliche Nebenabreden nur dann unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach ein Element des formbedürftigen Vertrages sind, indem sie das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung dieses Vertrages berühren. Entscheidend ist dabei die Einheit des Vertrages, welche nicht dadurch begründet wird, dass das eine Geschäft für den Abschluss des anderen kausal gewesen ist oder beide gleichzeitig vereinbart worden sind.[38] Aus diesem Grund fallen z.B. Dienstleistungsverträge, welche die an einer Spaltung oder Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften zu marktüblichen Bedingungen vereinbaren, selbst dann nicht unter den Formzwang, wenn sie gerade dazu dienen, die Transaktion sauber abzuwickeln. Hingegen kann z.B. ein Reuegeld oder eine Konventionalstrafe nicht einfach in einem *Side Letter* vereinbart und dadurch den Formvorschriften entzogen werden.[39]

Bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung ist der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan selbst dann nicht öffentlich zu beurkunden, wenn von der Umstrukturierung Grundstücke betroffen sind. Die Botschaft begründet dies damit, dass noch ein Generalversammlungs- bzw. Gesellschafterbeschluss notwendig sei, der öffentlich zu beurkunden ist.[40] Diese Argumentation stimmt zwar uneingeschränkt bei der Spaltung und Umwandlung, jedoch nur teilweise bei der Fusion. Der Fusionsbeschluss ist nämlich bei der Fusion zwischen Vereinen nicht öffentlich zu beurkunden[41] und bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften gar nicht notwendig[42]. Während der Gesetzgeber diese Lösung bei der Fusion von Vereinen bewusst gewählt hat,[43] war ihm das Problem bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften offenbar nicht präsent. Trotzdem ist davon auszugehen, dass bei diesen Fusionsformen Grundstücke übertragen werden können, ohne dass je eine öffentliche Urkunde darüber errichtet worden wäre.

2. Ausnahme: Öffentliche Beurkundung

Anders als bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung ist bei der Vermögensübertragung eine öffentliche Beurkundung notwendig, sofern Grundstücke übertragen werden. Allerdings müssen gemäss Art. 70 Abs. 2 FusG nur diejenigen Teile des Übertragungsvertrages öffentlich beurkundet werden, welche die Übertragung von Grundstücken betreffen.[44] Sind verschiedene Aktiven Gegenstand des Übertragungsvertrages, dann ist fraglich, inwieweit sich die öffentliche Urkunde auf jene Teile beschränken lässt, welche die Übertragung von Grundstücken betreffen. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, dass sämtliche objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte des Grundstückübertragungsvertrages öffentlich zu beurkunden sind. Dazu gehören vorab die vom Gesetz vorgeschriebenen objektiv wesentlichen Punkte.[45] In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Grundstückkaufvertrag sind daneben aber auch sämtliche subjektiv wesentlichen Punkte, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung der Grundstückübertragung berühren, formbedürftig.[46]

In der Praxis dürfte es schwierig sein, nur einen Teil des Übertragungsvertrages öffentlich zu beurkunden. Immerhin kann wohl von der öffentlichen Beurkundung von Vertragsanhängen, die mit der Grundstücksübertragung in keinem direkten Zusammenhang stehen, abgesehen werden. Zulässig wäre auch, dass für die Grundstücke ein gleichlautender, separater Übertragungsvertrag ausgefertigt wird und nur dieser öffentlich beurkundet wird.[47] Sofern jedoch nicht der ganze Übertragungsvertrag öffentlich beurkundet wird, ist zu beachten, dass die Gegenleistung für die Übertragung der Grundstücke separat ausgewiesen werden muss. Dies kann allerdings selbst dann erforderlich sein, wenn der ganze Übertragungsvertrag öffentlich beurkundet wird, um

34 Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 OR.
35 Vgl. z.B. BGE 113 II 402 E. 2a.
36 Vgl. dazu unten D.I.
37 INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 2000, § 31 N 24; BRUNO SCHMIDLIN, Kommentar zu Art. 11–17 OR, in: A. MEIER-HAYOZ (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, OR 11 N 99.
38 BGE 113 II 402 E. 2a, 119 II 135 E. 2a.
39 B. SCHMIDLIN (FN 37), BE-Komm., OR 11 N 100.
40 BOTSCHAFT, 4407.
41 Art. 20 Abs. 2 FusG.
42 Art. 24 FusG.
43 Vgl. dazu BOTSCHAFT, 4407.
44 Diese Bestimmung wurde vom Ständerat eingeführt (Amtl Bull SR 2001 158). Die Botschaft hat bloss die Schriftform vorgesehen, wobei für die Anmeldung beim Grundbuchamt zusätzlich noch eine öffentliche Feststellungsurkunde über den Eigentumsübergang erforderlich gewesen wäre (BOTSCHAFT, 4462).
45 Art. 71 Abs. 1 FusG.
46 Vgl. zur Rechtsprechung zum Grundstückkaufsvertrag BGE 119 II 135 E. 2a, 113 II 402 E. 2a.
47 Nach BGE 119 II 135 E. 2a muss ein Geschäft selbst dann nicht öffentlich beurkundet werden, wenn es für den Abschluss eines formbedürftigen Geschäfts kausal gewesen ist oder beide Geschäfte gleichzeitig vereinbart worden sind.

z.B. die Berechnungsgrundlage für allfällige Steuern oder Gebühren auszuweisen.[48]

Eine wesentliche Änderung gegenüber dem alten Recht stellt die Vorschrift dar, dass nur eine einzige öffentliche Urkunde auszufertigen ist, selbst wenn mehrere Grundstücke übertragen werden und diese in verschiedenen Kantonen liegen.[49] Damit wird die konstante Praxis des Bundesgerichtes, wonach die Kantone für die Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke eine öffentliche Urkunde durch einen Notar am Ort der gelegenen Sache verlangen können,[50] für Vermögensübertragungen aufgehoben. Auf Grund des Wortlautes dieser Bestimmung könnte davon ausgegangen werden, dass diese Erleichterung nur im interkantonalen Verhältnis gilt. Um dem Zweck des Fusionsgesetzes gerecht zu werden muss das Gleiche aber auch gelten, wenn mehrere Grundstücke betroffen sind und diese in verschiedenen Notariatskreisen desselben Kantons liegen.

Schliesslich ist zu beachten, dass die öffentliche Urkunde in allen Fällen durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers errichtet werden muss.[51] Leider hat es das Parlament verpasst, wie z.B. bei Art. 104 FusG[52] auf diese anachronistisch anmutende örtliche Zuständigkeitsvorschrift zu verzichten. Dies ist umso weniger verständlich, als diese Zuständigkeit selbst dann gilt, wenn am Sitz des übertragenden Rechtsträgers keines der von der Vermögensübertragung betroffenen Grundstücke liegt.

III. Vertretung

Die Personen, die den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan unterzeichnen, müssen den Rechtsträger auf Grund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung oder einer Vollmacht vertreten können. Diese Personen müssen nicht notwendigerweise Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans sein. Sofern allerdings nicht alle Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans den Vertrag bzw. den Plan selbst unterzeichnen, muss der Zustimmungsbeschluss dieses Organs separat dokumentiert werden.[53] In diesem Fall empfiehlt es sich auch, dass der Beschluss eine Vollmacht zur Unterzeichnung des Vertrages bzw. Planes enthält, sofern der Vertrag bzw. Plan im Zeitpunkt der Beschlussfassung noch nicht unterzeichnet ist.

Die Vollmacht zur Unterzeichnung des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes ist an keine besondere Form gebunden, obwohl der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan der schriftlichen Form bedarf. Dies gilt selbst für den Fall, dass eine Vermögensübertragung öffentlich zu beurkunden ist, weil Grundstücke davon betroffen sind.[54] In der Praxis wird man jedoch aus Beweisgründen regelmässig zumindest eine schriftliche Vollmacht verlangen.

C. Abänderung und Aufhebung des Vertrages bzw. Planes

Mit der Eintragung im Handelsregister wird eine Umstrukturierung vollzogen, weshalb der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan nach diesem Zeitpunkt nicht mehr aufgehoben oder abgeändert werden kann.[55] Vor der Eintragung im Handelsregister können die beteiligten Parteien durch eine entsprechende Einigung den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan jederzeit aufheben oder abändern.[56] Dabei gelten die Formvorschriften für den Abschluss des Vertrages bzw. die Erstellung des Planes grundsätzlich auch für deren Abänderung[57] und Aufhebung[58]. Ebenfalls anwendbar sind die diesbezüglichen Kompetenzregelungen, weshalb ein Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan nur mit Zustimmung der obersten Verwaltungs- oder Leitungsorgane der beteiligten Rechtsträger abgeändert oder aufgehoben werden kann.[59] Eine Bestimmung, wonach ein anderes Organ oder ein Dritter den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan abändern oder aufheben kann, wäre deshalb unzulässig.[60]

Die weiteren Voraussetzungen, unter denen eine Aufhebung oder Abänderung des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes vorgenommen werden kann, hängen davon ab, ob der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter bedarf und ob diese schon erteilt worden ist. Falls eine Zustimmung nicht erforderlich oder in der betreffenden Gesellschaft noch nicht erfolgt ist, dann kann der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan durch das oberste Verwaltungs- oder Leitungsorgan der betreffenden Gesellschaft abgeändert oder aufgehoben werden. *Nach* der Genehmigung durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter kann ein Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan nur noch

48 Vgl. dazu Art. 103 FusG.
49 Art. 70 Abs. 2 FusG.
50 BGE 113 II 501 E. 3.
51 Art. 70 Abs. 2 FusG. Gemäss dem Votum des Kommissionssprechers im Ständerat soll im Fall, dass ein Kanton mehrere Notariatskreise aufweist, ein Notar in demjenigen Notariatskreis für die öffentliche Beurkundung zuständig sein, in welchem der Sitz des übertragenden Rechtsträgers liegt (Amtl Bull SR 2001 154).
52 Vgl. dazu BOTSCHAFT, 4487.
53 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 14.
54 Vgl. BGE 99 II 159 E. 2b.
55 MARCUS LUTTER, Kommentar zu §§ 1–13 UmwG, in: M. LUTTER (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Bd. I, 2. A., Köln 2000, UmwG 4 N 19.
56 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 21.
57 Art. 12 OR.
58 B. SCHMIDLIN (FN 37), BE-Komm., OR 12 N 11 f.; I. SCHWENZER (FN 37), § 31 N 25. A.M. RAINER GONZENBACH, Kommentar zu 112–118 OR, in: H. HONSELL/N. P. VOGT/W. WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. A., Basel/Frankfurt am Main 2003, OR 115 N 9 m.w.Hw.
59 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 22.
60 BOTSCHAFT, 4407; U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 21.

mit Zustimmung beider Organe, nämlich des obersten Verwaltungs- oder Leitungsorgans und der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaft abgeändert oder aufgehoben werden.[61]

Auf Grund der Tatsache, dass bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung die Abänderung des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften bedarf, ist es empfehlenswert, die entsprechenden Dokumente vor der Beschlussfassung dem zuständigen Handelsregisteramt zur Vorprüfung vorzulegen. Nur so kann vermieden werden, dass das Handelsregisteramt die Eintragung einer angemeldeten Transaktion ablehnt und diese Beschlüsse wiederholt werden müssen.[62]

D. Inhalt des Vertrages bzw. Planes

I. Allgemeines

Das Fusionsgesetz schreibt für sämtliche Umstrukturierungsformen einen mehr oder weniger umfassenden Mindestinhalt vor. Dabei ist davon auszugehen, dass die im Fusionsgesetz aufgeführten Punkte objektiv wesentlich für den jeweiligen Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan sind.[63] Regelt ein Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan die vom Fusionsgesetz vorgegebenen objektiv wesentlichen Punkte nicht, dann ist er grundsätzlich nicht gültig zustande gekommen.[64]

Der vom Fusionsgesetz vorgeschriebene Mindestinhalt ist je nach Transaktionsform verschieden. Grundsätzlich kann er aber unterteilt werden in Bezeichnung der Parteien, Gegenstand des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes, Gegenleistung für die Übertragung sowie weitere Bestimmungen. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen wird ersichtlich, dass der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan auch Angaben enthalten muss, die in den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt werden. Weiter dürften die Umstrukturierungsverträge bzw. -pläne in der Praxis regelmässig zusätzliche, nicht objektiv wesentliche Bestimmungen enthalten.[65]

II. Bezeichnung der Parteien

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan muss vorab die korrekte Bezeichnung der Parteien enthalten. Das Fusionsgesetz verlangt namentlich, dass im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan die Firma (bzw. bei Vereinen der Name), der Sitz und die Rechtsform jeder beteiligten Gesellschaft angegeben werden.[66] Bei der Kombinationsfusion gilt gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a FusG die neu zu gründende übernehmende Gesellschaft ebenfalls als beteiligte Gesellschaft, weshalb die entsprechenden Angaben auch bezüglich dieser Gesellschaft gemacht werden müssen. Obwohl die Vorschriften über die Spaltung keine entsprechende Bestimmung enthalten, muss das Gleiche auch bei der Spaltung zur Neugründung gelten.[67] Bei der Umwandlung müssen die entsprechenden Angaben für die Gesellschaft vor und nach der Umwandlung gemacht werden, wobei von Gesetzes wegen Anpassungen bei der Firma notwendig sein können.[68]

Parteien einer *Fusion, Spaltung oder Umwandlung* können nur Gesellschaften im Sinne des Fusionsgesetzes sein, d.h. Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, Vereine und Genossenschaften.[69] Ob zwischen den konkreten Parteien die beabsichtigte Umstrukturierung zulässig ist, ergibt sich ebenfalls aus dem Fusionsgesetz.[70] Bei der *Vermögensübertragung* können nebst im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften auch im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen Partei des Übertragungsvertrages sein.[71] Als übernehmende Partei kommen selbst Rechtssubjekte in Frage, die nicht im Handelsregister eingetragen werden können, wie z.B. natürliche Personen.[72]

III. Gegenstand der Umstrukturierung

1. Keine Bestimmung des Gegenstandes bei der Fusion und Umwandlung

Bei der Fusion und Umwandlung ist es nicht notwendig, den Gegenstand der Umstrukturierung im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan näher zu bestimmen, weil dieser

61 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 22.

62 In der parlamentarischen Beratung wurde dieses Problem erkannt. Eine andere Regelung wurde ausdrücklich aus der Erkenntnis heraus abgelehnt, dass die Handelsregisterbehörden bereit seien, Vorprüfungen vorzunehmen und dies auch künftig so sein werde (Amtl Bull SR 2001 150).

63 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 2. A.M. Ulysses von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz, Zürich 02/2004, www.fusionsgesetz.ch, Versionsnummer: 02/2004, 81 f., der davon ausgeht, dass gewisse Punkte nicht objektiv wesentlich, sondern nur bedingt notwendig oder lediglich aus Gründen der Transparenz wichtig sind.

64 Botschaft, 4408; U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 2. A.M. U. von Salis (FN 63), 81 f.; U. Bertschinger (FN 10), 370. Vgl. dazu unten F.II.

65 Vgl. dazu unten D.VIII.

66 Art. 13 Abs. 1 lit. a FusG für die Fusion, Art. 37 lit. a FusG für die Spaltung, Art. 60 lit. a FusG für die Umwandlung und Art. 71 Abs. 1 lit. a FusG für die Vermögensübertragung.

67 Botschaft, 4437.

68 Vgl. dazu Art. 947–950 OR.

69 Vgl. Art. 3 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 29 FusG für die Spaltung und Art. 53 FusG für die Umwandlung, jeweils i.V.m. Art. 2 lit. b und c FusG. Für Stiftungen, Vorsorgeeinrichtungen und Institute des öffentlichen Rechts bestehen besondere Vorschriften, auf die im vorliegenden Aufsatz nicht eingegangen wird.

70 Vgl. Art. 4 FusG für die Fusion, Art. 30 FusG für die Spaltung und Art. 54 FusG für die Umwandlung.

71 Art. 69 Abs. 1 FusG.

72 R. Tschäni (FN 10), 87; N. Turin (FN 10), 93.

mit den an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften identisch ist. Die Fusion ist definitionsgemäss die Vereinigung von mindestens zwei Gesellschaften durch Vermögensübernahme ohne Liquidation, wobei sämtliche Aktiven und Passiven sowie alle Vertragsverhältnisse davon erfasst werden. Bei der Umwandlung ändert eine Gesellschaft lediglich ihre Rechtsform unter Fortbestand aller vermögensrechtlichen Beziehungen.

2. Bestimmung des Gegenstandes bei der Spaltung und Vermögensübertragung

a. Zu übertragende Aktiven und Passiven

Bei der Spaltung und Vermögensübertragung wird nur ein Teil des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übertragen. Dabei kann es sich um einen willkürlich zusammengesetzten Vermögensteil handeln.[73] Entscheidend ist einzig, dass aus dem Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan eindeutig hervorgeht, welcher Teil des Vermögens welchem Rechtsträger zugeordnet wird. Aus diesem Grund verlangt das Fusionsgesetz, dass der Spaltungsvertrag oder -plan bzw. der Übertragungsvertrag ein Inventar enthält, das eine eindeutige Zuordnung zulässt.[74]

Für die Spaltung bestimmt Art. 37 lit. b FusG, dass das Inventar die eindeutige Bezeichnung, Aufteilung und Zuordnung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens sowie der Zuordnung der Betriebsteile enthält. Auf Grund des Wortlautes dieser Bestimmung könnte davon ausgegangen werden, dass das Inventar in jedem Fall das gesamte Vermögen der übertragenden Gesellschaft umfassen muss. Dies ist hingegen nur bei der Aufspaltung zutreffend, weil in diesem Fall das ganze Vermögen der übertragenden Gesellschaft von der Umstrukturierung erfasst wird.[75] Bei der Abspaltung hingegen wird nur ein Teil des Vermögens auf eine andere Gesellschaft übertragen,[76] weshalb auch nur dieser Teil im Inventar aufzuführen ist. Dies ergibt sich einerseits aus den Materialien,[77] andererseits aber auch aus dem Fusionsgesetz selbst, denn dieses bestimmt in Art. 38 Abs. 1 lit. b, dass ein Gegenstand des Aktivvermögens, der sich auf Grund des Spaltungsvertrags oder -plans nicht zuordnen lässt, bei der Abspaltung bei der übertragenden Gesellschaft verbleibt. Folglich sind bei der Abspaltung – wie bei der Vermögensübertragung – nur die zu übertragenden Gegenstände im Inventar aufzuführen.

Das Inventar muss hinreichend konkret sein, damit die zu übertragenden Aktiven und Passiven eindeutig identifiziert werden können. Es genügt nicht, die zu übertragenden Vermögensteile lediglich summarisch aufzulisten.[78] Weil aber aufgrund des klaren Wortlautes des Gesetzes lediglich Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufzuführen sind,[79] können ausserhalb dieses Bereichs Sammelbegriffe verwendet werden, sofern die Bestimmbarkeit gewährleistet ist.[80] Bei der Übertragung eines operativen Betriebes oder Betriebsteils ist es geradezu notwendig, dass Sammelbegriffe verwendet werden, weil sich das Netto-Umlaufvermögen ständig ändert.[81] Es kann aber nicht die Meinung des Gesetzes sein, dass deshalb das Inventar dauernd angepasst werden muss.[82] In diesem Sinne muss es genügen, wenn z.B. bei der Übertragung eines örtlich isolierten Betriebes der Vertrag bzw. Plan folgende Umschreibung enthält: "Sämtliches Anlagevermögen einschliesslich Werkzeuge, Roh- und Hilfsstoffe sowie Lager, die sich im Betrieb am Standort X befinden."[83] In solchen Situationen sollte der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan zusätzlich eine Ausgleichsklausel enthalten, wonach Veränderungen des Netto-Umlaufvermögens zwischen dem Erfassungszeitpunkt und dem Vollzug der Transaktion durch Zahlungen ausgeglichen werden.[84] Damit kann verhindert werden, dass sich die Berechnungsgrundlage für die Bestimmung der Gegenleistung verändert.

Wie bereits erwähnt, verlangt das Gesetz, dass Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte einzeln aufgeführt werden. Bezüglich Grundstücken und Wertpapieren stellt diese Anforderung selten ein Problem dar, sind diese doch in der Regel relativ einfach einzeln zu erfassen. Bei Grundstücken ist keine vollständige Beschreibung gemäss Grundbuchauszug erforderlich, sondern es genügt eine eindeutige Identifikation z.B. mit Nennung der Gemeinde und Grundstücknummer.[85] Problematischer ist die entsprechende Bestimmung bezüglich gewisser immaterieller Werte. Namentlich die Erfassung von Urheberrechten ist in der Praxis nicht ganz einfach, weil solche an fast sämtlichen Dokumenten eines Unternehmens bestehen.[86] Um eine unvollständige Übertragung solcher Rechte zu vermeiden, empfiehlt es sich, solche Rechte auch noch durch Singularsukzession zu übertragen.[87]

---

73 Botschaft, 4431 und 4460.
74 Art. 37 lit. b FusG für die Spaltung und Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG für die Vermögensübertragung.
75 Art. 29 lit. a FusG.
76 Art. 29 lit. b FusG.
77 BOTSCHAFT, 4437.
78 BOTSCHAFT, 4438, insbesondere FN 123.
79 Art. 37 lit. b 2. Teilsatz FusG für die Spaltung und Art. 71 Abs. 1 lit. b 2. Teilsatz FusG für die Vermögensübertragung.
80 BOTSCHAFT, 4438, FN 123.
81 Namentlich bei der Spaltung ist zu beachten, dass zwischen der Erstellung des Vertrages bzw. Planes und dem Vollzug in der Regel mehr als zwei Monate liegen, weil den Gesellschaftern vor der Generalversammlung bzw. Gesellschafterversammlung während zweier Monate Einsicht zu gewähren ist, wobei diese bei KMUs darauf verzichten können (Art. 41 Abs. 1 und 2 FusG).
82 RALPH MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, in: ZSR 2004, 39–81, 49.
83 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 5.
84 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 6.
85 THOMAS AEBERSOLD, Umstrukturierung von Unternehmen durch Vermögensübertragung, in: Der Bernische Notar 2004, 147–165, 154 f.
86 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 7.
87 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 7.

Die an einer Spaltung oder Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften haben ein eigenes Interesse, die von der Transaktion erfassten Aktiven und Passiven möglichst präzise zu umschreiben. Eine mangelhafte Umschreibung des Aktivvermögens hat nachteilige Folgen für die übernehmende Gesellschaft, weil die betreffenden Aktiven bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben[88] bzw. bei der Aufspaltung allen übernehmenden Gesellschaften zu Miteigentum gehören. Der Miteigentumsanteil entspricht dabei dem Verhältnis, in dem das Reinvermögen nach Spaltungsvertrag bzw. -plan auf die einzelnen übernehmenden Gesellschaften übergeht.[89] Aus diesem Grund empfiehlt es sich, eine Bestimmung in den Spaltungsvertrag bzw. -plan aufzunehmen, wonach Aktiven, welche nicht von der Universalsukzession erfasst werden, aber aufgrund des klaren Parteiwillens dennoch auf die übernehmende Gesellschaft übergehen sollen, durch Singularsukzession zu übertragen sind.[90] Weil im Falle der Aufspaltung die übertragende Gesellschaft aufgelöst wird, muss eine entsprechende Verpflichtung die andere übernehmende Gesellschaft treffen.

Bezüglich der Passiven wirkt sich eine ungenügende Bezeichnung nachteilig für die übertragende Gesellschaft aus, denn diese haftet weiterhin vollumfänglich für all jene Schulden, welche im Rahmen einer Abspaltung oder Vermögensübertragung nicht in klarer Weise auf die übernehmende Gesellschaft übertragen worden sind.[91] Der Auffassung, wonach diejenigen Passiven, die sachlich eng mit zu übertragenden Aktiven zusammenhängen, mit diesen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen,[92] ist nicht zu folgen.[93] Bei einer Aufspaltung haften die beteiligten Gesellschaften solidarisch für Verbindlichkeiten, die sich nicht zuordnen lassen.[94] Weil eine mangelhafte Übertragung von Passiven im Aussenverhältnis nur mit Zustimmung des Gläubigers geheilt werden kann,[95] sollte der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan eine Schadloshaltungsklausel enthalten, wonach die übertragende Gesellschaft für Verbindlichkeiten, die klarerweise auf die übernehmende Gesellschaft hätten übertragen werden sollen, schadlos gehalten wird.

b. Zu übertragende Arbeitsverhältnisse

Bei der Spaltung und Vermögensübertragung verlangt das Gesetz, dass der Vertrag bzw. Plan eine Liste der Arbeitsverhältnisse, die auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, enthält.[96] Diese Liste hat für die Übertragung der Arbeitsverhältnisse nur eine beschränkte Wirkung, weil für den Übergang der Arbeitsverhältnisse gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung Art. 333 OR Anwendung findet.[97] Dies bedeutet, dass bei der Übertragung eines Betriebes oder eines Betriebsteils sämtliche damit verbundenen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf die übernehmende Gesellschaft übergehen, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Daraus folgt, dass die Parteien nicht vereinbaren können, dass gewisse zum Betrieb gehörende Arbeitsverhältnisse nicht übertragen werden oder dass andere Arbeitsverhältnisse gegen den Willen des Arbeitnehmers übertragen werden.[98] Diese Liste hat deshalb zwischen den an einer Spaltung oder Vermögensübertragung beteiligten Parteien nur insoweit Wirkung, als sie zur Abgrenzung der finanziellen Folgen der Übernahme von Arbeitsverhältnissen dient. Diese Abgrenzung erfolgt dabei auf den Wirkungszeitpunkt der Spaltung bzw. der Vermögensübertragung.[99]

c. Übertragung von Verträgen?

Bei der Spaltung und Vermögensübertragung ist fraglich, ob nebst den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen[100] Vertragsverhältnisse von der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden können. Für die Vermögensübertragung wurde diese Frage im Parlament eingehend diskutiert. Ein Antrag, wonach der Übertragungsvertrag auch eine Liste der zu übertragenden Verträge enthalten soll, wurde im Nationalrat abgelehnt. Es wurde die Meinung vertreten, dass ohne Zustimmung aller beteiligten Vertragsparteien grundsätzlich keine Vertragsverhältnisse übertragen werden können.[101] Die gleiche Auffassung vertritt die Botschaft bezüglich der Spaltung.[102]

Sowohl bezüglich der Spaltung als auch bezüglich der Vermögensübertragung wird in der Literatur mit guten Gründen die Meinung vertreten, dass die Übertragung von Vertragsverhältnissen ebenfalls zulässig sein müsse.[103] Zu beachten ist einerseits, dass die Auffassung, wonach Ver-

88 Art. 38 Abs. 1 lit. b FusG für die Abspaltung und Art. 72 FusG für die Vermögensübertragung.
89 Art. 38 Abs. 1 lit. a FusG.
90 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 8.
91 Botschaft, 4439, für die Abspaltung.
92 So Th. Aebersold (FN 85), 155.
93 Hans Caspar von der Crone, Vermögensübertragung: Gläubiger, in: Hans Caspar von der Crone/Andreas Gersbach/Franz J. Kessler/Martin Dietrich/Claudia Fritsche/Katja Berlinger, www.fusg.ch – die Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <http://www.fusg.ch/fusion/recht/verfdok/index.php?datum=2003-08-22>, Stand: 22.08.2003, besucht am 13.04.2004, 2 (insbesondere FN 22); R. Tschäni (FN 10), 88 f. A.M. J. Frick, Stämpflis Handkommentar (FN 12), FusG 72 N 1, wonach in diesen Fällen die Solidarhaftung gemäss Art. 75 FusG greift; diese Haftung gilt nur für die übertragenen Passiven: Botschaft, 4466.
94 Art. 38 Abs. 3 FusG.
95 Art. 176 OR.
96 Art. 37 lit. i FusG für die Spaltung und Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG für die Vermögensübertragung.
97 Art. 49 Abs. 1 FusG für die Spaltung und Art. 76 Abs. 1 FusG für die Vermögensübertragung.
98 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 16.
99 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 16; U. Bertschinger (FN 10), 378.
100 Vgl. z.B. Art. 333 OR für den Arbeitsvertrag und Art. 261 und 263 OR für den Mietvertrag.
101 AmtlBull NR 2003 244.
102 Botschaft, 4445.
103 Vgl. Piera Beretta, Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes, in: SJZ 2002, 249–256,

tragsverhältnisse nicht übertragbar sind, bei der Spaltung zu einer Inkohärenz zwischen Abspaltung und Aufspaltung führt. Weil bei der Aufspaltung die übertragende Gesellschaft untergeht, müssen die Vertragsverhältnisse zwangsläufig auf die eine oder andere übernehmende Gesellschaft übertragen werden. In diesem Fall muss der Spaltungsvertrag oder -plan auch festlegen, welche Vertragsverhältnisse auf welche Gesellschaft übergehen.[104] Ist aber die Übertragung von Vertragsverhältnissen bei der Aufspaltung zulässig, dann gibt es an sich keinen Grund, weshalb dies bei der Abspaltung nicht auch der Fall sein sollte. Schliesslich müsste eine bei der Abspaltung zulässige Vertragsübertragung auch bei der Vermögensübertragung möglich sein. Andererseits ist anzumerken, dass sich der Gesetzgeber klar gegen die Zulässigkeit einer Übertragung von Vertragsverhältnissen aussprach. Bei dieser Ausgangslage darf wohl der Wille des historischen Gesetzgebers nicht einfach ignoriert werden, selbst wenn das Parlament nicht ausdrücklich ein diesbezügliches Verbot ins Gesetz aufgenommen hat.[105] Auf Grund der rechtlichen Unsicherheiten, die mit dieser Ausgangslage verbunden sind, ist es wohl in der Praxis ratsam, die zu übertragenden Vertragsverhältnisse sowohl in das Inventar aufzunehmen als auch diesbezüglich die Zustimmung der Gegenpartei des jeweiligen Vertragsverhältnisses einzuholen.[106]

IV. Bestimmungen zur Gegenleistung

1. Allgemeines

Bei der *Fusion, Spaltung und Umwandlung* sind zwar die Gesellschaften Parteien des entsprechenden Vertrages bzw. Planes, doch erhalten diese keine Gegenleistung für die jeweiligen Übertragungen. Vielmehr erfolgt die Abgeltung auf Stufe der jeweiligen Gesellschafter durch Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten bzw. einer Abfindung. Im Gegensatz dazu erhält bei der *Vermögensübertragung* die übertragende Gesellschaft selbst eine allfällige Gegenleistung. Aufgrund dieser grundsätzlich unterschiedlichen Struktur bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung einerseits sowie der Vermögensübertragung anderseits wird in den folgenden Ausführungen zuerst auf die Bestimmungen betreffend die Abgeltung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung eingegangen. In einem weiteren Abschnitt werden die Bestimmungen über die Gegenleistung bei der Vermögensübertragung erläutert.

2. Bestimmungen im Zusammenhang mit der Abgeltung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung

a. Festlegung des Umtauschverhältnisses und der Höhe allfälliger Ausgleichszahlungen bzw. Angaben über die Mitgliedschaft

Das Fusionsgesetz legt der Fusion, Spaltung und Umwandlung den Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft zu Grunde, d.h. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte an der übertragenden Gesellschaft sind grundsätzlich mit Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übernehmenden Gesellschaft abzugelten.[107]

Ist die übertragende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft, dann muss der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan bestimmen, in welchem Verhältnis die Anteile an der übertragenden Gesellschaft mit Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft abgegolten werden.[108] Nicht notwendig ist, dass die Grundlagen der Bestimmung des Umtauschverhältnisses, d.h. z.B. die Bewertungsmethode ebenfalls im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan dargelegt werden. Es genügt, dass diese Angaben im Umstrukturierungsbericht[109] gemacht werden müssen.[110]

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan muss weiter Angaben über die Höhe allfälliger Ausgleichszahlungen enthalten.[111] Die Botschaft geht fälschlicherweise davon aus, dass Ausgleichszahlungen bei Umwandlungen nicht notwendig sind,[112] weshalb die Vorschriften über die Umwandlung keine Angaben über die Höhe von Ausgleichszahlungen verlangen.[113] Sofern bei einer Umwandlung Ausgleichszahlungen geleistet werden, ist deren Höhe aber ebenfalls im Umwandlungsplan auszuweisen.

---

passim; U. BERTSCHINGER (FN 10), 365 f.; P. LOSER-KROGH (FN 9), 1107; HANS CASPAR VON DER CRONE, Vermögensübertragung: Materielles, in: HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/FRANZ J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/CLAUDIA FRITSCHE/KATJA BERLINGER, www.fusg.ch – die Internetplattform zu Fragen des Transaktionsrechts, <http://www.fusg.ch/vmuebr/recht/verfdok/index.php?datum=2003-12-16>, Stand: 16.12.2003, besucht am 13.4.2004, 7–16; R. MALACRIDA (FN 82), 60 f.; MARTIN EPPER, Komm. zu Art. 29, 30 und 96–98 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 29 N 15; J. FRICK (FN 12), FusG 69 N 20.

104 M. EPPER (FN 103), Stämpflis Handkommentar, FusG 29 N 15.

105 Vgl. H. C. VON DER CRONE (FN 103), 7, der davon ausgeht, dass deshalb die Beantwortung der Frage der Praxis überlassen worden sei.

106 Gl.M. M. EPPER (FN 103), Stämpflis Handkommentar, FusG 29 N 15; J. FRICK (FN 12), Stämpflis Handkommentar, FusG 69 N 20; R. TSCHÄNI (FN 10), 98.

107 Art. 7 FusG für die Fusion, Art. 31 FusG für die Spaltung und Art. 56 FusG für die Umwandlung. Vgl. auch LUKAS GLANZMANN, Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz, in: AJP/PJA 2004, 139–155, *passim*.

108 Art. 13 Abs. 1 lit. b FusG für die Fusion, Art. 37 lit. c FusG für die Spaltung und Art. 60 lit. c FusG für die Umwandlung.

109 Art. 14 Abs. 3 FusG für die Fusion, Art. 39 Abs. 3 FusG für die Spaltung und Art. 61 Abs. 3 FusG für die Umwandlung.

110 A.M. U. VON SALIS (FN 63), 76.

111 Art. 13 Abs. 1 lit. b FusG für die Fusion und Art. 37 lit. c FusG für die Spaltung.

112 BOTSCHAFT, 4451; vgl. zur gegenteiligen Meinung L. GLANZMANN (FN 107), 145.

113 Vgl. Art. 60 lit. c FusG.

Verfügt die übernehmende Gesellschaft über kein Anteilskapital (wie die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, die Genossenschaft ohne Anteilskapital und der Verein), dann muss der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan Angaben über die Mitgliedschaft, welche die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft in der übernehmenden Gesellschaft erwerben, enthalten.[114]

Bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 23 Abs. 1 FusG muss der Fusionsvertrag die entsprechenden Angaben nicht enthalten.[115]

b. Festlegung der Abgeltung für Sonderrechte, Anteile ohne Stimmrecht und Genussscheine

Ein weiterer wesentlicher Punkt jedes Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes ist die Festlegung der Rechte, welche die übernehmende Gesellschaft den Inhabern von Sonderrechten, von Anteilen ohne Stimmrecht oder von Genussscheinen gewährt.[116] Diese Bestimmung bezweckt, den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft klar aufzuzeigen, welche konkreten Rechte sie im Rahmen der Umstrukturierung erwerben werden.[117] Ihre materiellrechtliche Grundlage findet die Bestimmung in Art. 7 Abs. 4–6 FusG, die auf Grund von Art. 31 Abs. 1 FusG auch für die Spaltung gelten. Obwohl auf Grund von Art. 56 Abs. 3–5 FusG dieselben Grundsätze auch für die Umwandlung gelten, werden bei der Umwandlung diese Angaben nicht explizit als Inhalt des Umwandlungsplanes verlangt. Weil die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auch bei der Umwandlung genau wissen müssen, welche Rechte sie erwerben werden, müssen die entsprechenden Angaben aber ebenfalls wesentlicher Inhalt des Umwandlungsplanes sein, auch wenn Art. 60 FusG dies nicht ausdrücklich erwähnt.

Bei der Fusion zwischen Vereinen und bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 23 Abs. 1 oder 2 FusG müssen die entsprechenden Angaben nicht im Fusionsvertrag enthalten sein.[118]

c. Modalitäten für den Umtausch der Anteile

Eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam.[119] Dies bedeutet, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft in diesem Zeitpunkt automatisch Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft werden.[120] Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft haben aber einen Anspruch darauf, allfällig vorhandene Anteile an der übertragenden Gesellschaft in Anteile an der übernehmenden Gesellschaft umzutauschen. Die Modalitäten dieses Umtausches sind im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan festzulegen.[121] Obwohl das Fusionsgesetz keine entsprechende Bestimmung für die Umwandlung enthält, muss dies auch bei dieser Transaktionsform gelten, weil es keinen Grund gibt, die Gesellschafter bei einer Umwandlung anders zu behandeln als bei der Fusion oder Spaltung.

Zu den im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan zu regelnden Modalitäten gehören der Zeitpunkt, ab dem Anteilscheine beziehungsweise Wertpapiere umgetauscht werden können, die Frage der Kostentragung und deren Höhe sowie der Ort des Umtausches.[122] Die Modalitäten für den Umtausch werden stark vereinfacht, wenn keine physischen Titel ausgegeben werden, weil dann der physische Umtausch durch eine Umbuchung ersetzt werden kann. In Anlehnung an die deutsche Praxis ist auch anzugeben, ob die an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft herauszugebenden Anteile eigene Anteile der übernehmenden Gesellschaft sind oder durch Kapitalerhöhung geschaffen werden müssen.[123]

Bei der Fusion zwischen Vereinen und der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 23 Abs. 1 oder 2 FusG müssen diese Angaben nicht im Fusionsvertrag enthalten sein.[124]

d. Zeitpunkt der Beteiligung am Bilanzgewinn

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan muss den Zeitpunkt festlegen, ab dem die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte Anspruch auf einen Anteil am Bilanzgewinn gewähren, sowie alle Besonderheiten dieses Anspruchs beschreiben.[125] Sofern die Beteiligung am Bilanzgewinn nicht ab dem dem Umtauschverhältnis zu Grunde liegenden Bewertungsstichtag gewährt wird, kann diese einen Einfluss auf die Bewertung haben.[126] In der Praxis ist es üblich, den Zeitpunkt entweder auf den Beginn des laufenden Geschäftsjahres oder auf den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Umstrukturierung festzulegen. In diesem Fall haben die ehemaligen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft

114 Art. 13 Abs. 1 lit. b FusG für die Fusion, Art. 37 lit. c FusG für die Spaltung und Art. 60 lit. c FusG für die Umwandlung.
115 Art. 24 Abs. 1 FusG.
116 Art. 13 Abs. 1 lit. c FusG für die Fusion und Art. 37 lit. d FusG für die Spaltung.
117 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 5.
118 Art. 13 Abs. 2 FusG und Art. 24 Abs. 1 und 2 FusG.
119 Art. 22 Abs. 1 FusG für die Fusion, Art. 52 FusG für die Spaltung und Art. 67 FusG für die Umwandlung. Eine Ausnahme bildet die Fusion zwischen Vereinen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind. In diesem Fall wird die Fusion mit dem Vorliegen des Fusionsbeschlusses aller beteiligten Vereine rechtswirksam (Art. 22 Abs. 2 FusG).
120 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 6.
121 Art. 13 Abs. 1 lit. d FusG für die Fusion und Art. 37 lit. e FusG für die Spaltung.
122 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 6; U. VON SALIS (FN 63), 77.
123 Vgl. MARCUS LUTTER, Kommentar zu §§ 1–13 UmwG, in: M. LUTTER (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Bd. I, 2. A., Köln 2000, UmwG § 5 N 26.
124 Art. 13 Abs. 2 FusG und Art. 24 Abs. 1 und 2 FusG.
125 Art. 13 Abs. 1 lit. e FusG für die Fusion und Art. 37 lit. f FusG für die Spaltung.
126 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 7; U. VON SALIS (FN 63), 77.

nur einen pro rata-Anspruch an der Ausschüttung des betreffenden Jahres.[127]

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan muss auch gegebenenfalls Besonderheiten des Anspruchs auf einen Anteil am Bilanzgewinn festhalten. Besonderheiten im Sinne dieser Bestimmung sind z.B. Dividendenvorzugsrechte gewisser Aktienkategorien.

Bei der Umwandlung ist die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem eine Beteiligung am Bilanzgewinn gewährt wird, in der Regel nicht notwendig, weil sich der Kreis der Gesellschafter nicht ändert. Aus diesem Grund muss der Umwandlungsplan keine entsprechenden Angaben enthalten. Sollten jedoch in der übertragenden Gesellschaft verschiedene Kategorien von Gesellschaftern mit unterschiedlichen Ansprüchen am Bilanzgewinn bestehen und diese Unterschiede durch die Umwandlung aufgehoben werden, dann muss der Umstrukturierungsplan die entsprechenden Angaben enthalten.

Bei der Fusion zwischen Vereinen sowie bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 23 Abs. 1 oder 2 FusG muss der Fusionsvertrag die entsprechenden Angaben nicht enthalten.[128]

e. Modalitäten der Abfindung

Art. 8 FusG bestimmt, dass der Fusionsvertrag für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft eine wahlweise oder zwangsweise Abfindung vorsehen kann. Wird eine solche Abfindung vereinbart, dann hat der Fusionsvertrag nicht nur die Höhe der Abfindung festzulegen,[129] sondern muss auch alle übrigen Modalitäten der Abfindung enthalten. Dazu gehören bei der wahlweisen Abfindung der Kreis der Wahlberechtigten sowie die Modalitäten zur Ausübung des Wahlrechts (Frist, Form der Mitteilung). Bei der zwangsweisen Abfindung sind die von der Abfindung betroffenen Gesellschafter zu definieren.[130]

Bei der Umwandlung und der Spaltung zur Neugründung ist eine Abfindung nicht zulässig, weshalb die entsprechenden Angaben auch nicht im entsprechenden Umstrukturierungsplan enthalten sein müssen. Hingegen ist bei der Spaltung zur Übernahme nach der hier vertretenen Meinung eine Abfindung zulässig,[131] wobei in diesem Fall der Spaltungsvertrag die diesbezüglichen Angaben enthalten muss.

Bei der Fusion zwischen Vereinen müssen die entsprechenden Angaben nicht im Fusionsvertrag enthalten sein.[132]

f. Bezeichnung der Gesellschafter mit unbeschränkter Haftung

Verfügt bei der Fusion die übernehmende Gesellschaft über unbeschränkt haftende Gesellschafter, dann müssen diese im Fusionsvertrag genannt werden.[133] Zweck dieser Bestimmung ist, klare Verhältnisse bei dieser für alle Beteiligten wesentlichen Frage zu schaffen.[134] Eine unbeschränkte Haftung besteht für die Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft,[135] für die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft[136] sowie für die geschäftsführenden Gesellschafter einer Kommandit-Aktiengesellschaft.[137] Zudem können die Statuten bei der Genossenschaft sowie bei Vereinen eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter vorsehen.[138]

Das Fusionsgesetz verlangt die hier beschriebenen Angaben nur bei der Fusion, obwohl auch bei der Spaltung und der Umwandlung die übernehmende Gesellschaft unbeschränkt haftende Gesellschafter haben kann. Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, weshalb bei der Spaltung und Umwandlung das Interesse weniger gross sein sollte, zu wissen, welche Gesellschafter nach Durchführung der Transaktion unbeschränkt haften. Deshalb sind die entsprechenden Angaben auch bei der Spaltung und Umwandlung zu machen, sofern die übernehmende Gesellschaft unbeschränkt haftende Gesellschafter hat.

3. Bestimmung des Wertes und der Gegenleistung bei der Vermögensübertragung

Während bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung die Bewertung im Rahmen der Bestimmung des Umtauschverhältnisses erfolgt, muss bei der Vermögensübertragung der Übertragungsvertrag selbst den gesamten Wert der zu übertragenden Aktiven und Passiven sowie eine allfällige Gegenleistung enthalten.[139] Zu beachten ist, dass die Vermögensübertragung nur zulässig ist, wenn das Inventar einen Aktiven-Überschuss aufweist.[140] Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung muss es genügen, dass kein Passiven-Überschuss besteht. Demzufolge muss es zulässig sein, wertmässig gleich viele Aktiven wie Passiven zu übertragen.[141]

Die Bewertung der Aktiven hat nach allgemein anerkannten Methoden zu erfolgen. Grundsätzlich ist es nicht erforderlich, dass der Wert für die einzelnen Inventarpositionen einzeln aufgezeigt wird.[142] Das Gesetz verlangt vielmehr nur die Angabe des gesamten Wertes der zu übertragenden Aktiven und Passiven. Allerdings kann es bei der

127 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 7.
128 Vgl. Art. 13 Abs. 2 FusG und Art. 24 Abs. 1 und 2 FusG.
129 Art. 13 Abs. 1 lit. f FusG.
130 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 8; U. VON SALIS (FN 63), 78.
131 Vgl. L. GLANZMANN (FN 107), 148 f.
132 Art. 13 Abs. 2 FusG.
133 Art. 13 Abs. 1 lit. i FusG.
134 BOTSCHAFT 4409; U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 14.
135 Art. 552 und 568 OR.
136 Art. 594 und 604 OR.
137 Art. 764 Abs. 1 OR.
138 Art. 869 OR und Art. 71 ZGB.
139 Art. 71 Abs. 1 lit. c und d FusG.
140 Art. 71 Abs. 2 FusG.
141 Aufgrund des Gesetzeswortlautes würde ein Überschuss von lediglich einem Rappen auch genügen, was sich jedoch materiell nicht von einem ausgeglichenen Saldo unterscheidet.
142 J. FRICK (FN 12), Stämpflis Handkommentar, FusG 71 N 4.

Übertragung von Grundstücken notwendig sein, den Wert des jeweiligen Grundstückes einzeln auszuweisen.[143]

Der Übertragungsvertrag muss auch die allfällige Gegenleistung enthalten. Wird eine Gegenleistung vereinbart, dann muss diese in Analogie zum Kaufvertragsrecht bestimmt oder bestimmbar sein.[144] Bezüglich der Art der Gegenleistung enthält das Gesetz keine Vorschriften. Zulässig ist auch eine Entschädigung in der Form von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übernehmenden Gesellschaft, sofern diese der übertragenden Gesellschaft zukommen. Kommen solche Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte direkt den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zu, dann liegt eine Spaltung vor.[145]

Wird keine Gegenleistung vereinbart, dann liegt materiell eine Schenkung vor. Bei Gesellschaften ist aufgrund der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen wohl meistens eine Gegenleistung zu vereinbaren. Diese muss grundsätzlich auch angemessen sein, selbst bei Vermögensverschiebungen zwischen einzelnen Konzerngesellschaften. Durch eine Vermögensübertragung dürfen insbesondere das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung und das Verbot der Einlagerückgewähr nicht verletzt werden. Ebenso sind die Vorschriften über die Paulianischen Anfechtungsklagen sowie die dazugehörigen strafrechtlichen Vorschriften zu beachten.[146] Fraglich ist, ob auch eine treuhänderische Übertragung zulässig ist, z.B. im Rahmen einer Sicherungsübereignung. Zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes müsste dies zulässig sein, was die besitzlose Bestellung einer Sicherheit an Fahrnis ermöglichen würde.

V. Besondere Vorteile

Bei der Fusion und Spaltung muss der Umwandlungsvertrag bzw. -plan jeden besonderen Vorteil aufzeigen, der Mitgliedern eines Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder geschäftsführenden Gesellschaftern gewährt wird.[147] Den im Gesetz genannten Personen gleichgestellt müssen diesen nahe stehende Personen sein.[148] Die Bestimmung bezweckt, den beschlussfassenden Organen aufzuzeigen, ob die in den Abschluss des Umstrukturierungsvertrages bzw. die Erstellung des Umstrukturierungsplanes involvierten Personen eine besondere Motivation haben, die Transaktion durchzuführen und deshalb in einem Interessenkonflikt stehen könnten. Aus diesem Grund müssen lediglich Vorteile aufgeführt werden, die ausdrücklich im Hinblick auf die durchzuführende Transaktion gewährt werden. Solche Vorteile können etwa die Gewährung von Optionen oder von ausserordentlichen Bonuszahlungen, aber auch die Inaussichtstellung eines bestimmten Amtes sein. Keiner besonderen Erwähnung bedürfen hingegen die üblichen Honorare und Saläre der betreffenden Personen.[149] Unerheblich ist, ob der Anspruch auf die fraglichen Vorteile erst im Rahmen der Verhandlungen über den Umstrukturierungsvertrag oder bereits früher begründet worden ist, weil in beiden Fällen ein Interessenkonflikt entsteht.

Fehlen die Angaben über eingeräumte Vorteile, dann ist nicht nur die Vereinbarung über diese Vorteile ungültig, sondern der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan an sich.[150] Dies ergibt sich daraus, dass dem betreffenden Organ die Ungültigkeit seiner Vereinbarung über die Gewährung von Vorteilen in der Regel nicht bekannt sein wird, weshalb es dennoch in einem Interessenkonflikt steht, auch wenn es die besonderen Vorteile nie wird beziehen können. Es besteht auch in diesem Fall die Gefahr, dass die Generalversammlung bzw. Gesellschafter letztlich auf Grund von mangelhaften Informationen den Umstrukturierungsbeschluss fasst.

Das Fusionsgesetz sieht für die Umwandlung keine entsprechende Offenlegungspflicht vor, weil solche Vorteile in diesem Fall selten ausgerichtet werden dürften. Sollten jedoch Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder geschäftsführenden Gesellschaftern im Rahmen einer Umwandlung besondere Vorteile gewährt werden, dann müssen meines Erachtens dieselben Offenlegungspflichten gelten wie bei der Fusion und der Spaltung. In diesem Sinne muss auch bei der Vermögensübertragung eine entsprechende Offenlegungspflicht bestehen, selbst wenn die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter diesbezüglich keinen Beschluss fassen müssen.[151] Dies gilt namentlich dann, wenn die besonderen Vorteile nicht sämtlichen Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zukommen.

VI. Zeitpunkt der Wirkung der Umstrukturierung

Bei der Fusion und Spaltung muss der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan den Zeitpunkt bestimmen, ab dem die Handlungen der übertragenden Gesellschaft als auf Rechnung der übernehmenden Gesellschaft vorgenommen gelten.[152] Bei der Umwandlung entfällt eine entsprechende Bestimmung, weil eine Gesellschaft in diesem Fall lediglich ihre Rechtsform ändert, wobei ihre Rechtsverhältnisse dabei nicht verändert werden.[153] Bei der Vermögensübertragung sieht das Gesetz zwar keine entsprechende Bestimmung vor, doch kann die Regelung des Wirkungszeitpunktes auch bei dieser Transaktionsform sinnvoll sein.[154]

---

143 Vgl. oben B.II.2.
144 Vgl. Art. 184 Abs. 3 OR.
145 Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG.
146 Vgl. J. FRICK (FN 12), Stämpflis Handkommentar, FusG 71 N 5.
147 Art. 13 Abs. 1 lit. h FusG für die Fusion und Art. 37 lit. h FusG für die Spaltung.
148 U. BERTSCHINGER (FN 10), 369.
149 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 13.
150 A.M. U. VON SALIS (FN 63), 79 f. Vgl. für das deutsche Recht: HENNING SCHRÖER, Kommentar zu § 4–7 UmwG, in: J. SEMLER/A. STENGEL, Umwandlungsgesetz, München 2003, UmwG § 5 N 56.
151 U. BERTSCHINGER (FN 10), 370.
152 Art. 13 Abs.1 lit. g FusG für die Fusion und Art. 37 lit. g FusG für die Spaltung.
153 Vgl. Art. 53 FusG.
154 U. BERTSCHINGER (FN 10), 372.

Legt der Umstrukturierungsvertrag oder -plan den Wirkungszeitpunkt auf einen anderen Zeitpunkt als denjenigen der Rechtswirksamkeit der Umstrukturierung, dann wirkt eine entsprechende Bestimmung nur im Innenverhältnis zwischen den beteiligten Gesellschaften. Gegenüber Dritten wird die Umstrukturierung immer mit der Eintragung im Handelsregister wirksam.[155] Im Innenverhältnis ist es jedoch üblich, den Wirkungszeitpunkt auf den Beginn des Geschäftsjahres oder auf den Beginn eines Quartals festzulegen. Der Effekt eines solchen vom Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit abweichenden Wirkungszeitpunkts beschränkt sich darauf, dass ab diesem Zeitpunkt die Geschäftsvorfälle der übertragenden Gesellschaft in die Buchhaltung der übernehmenden Gesellschaft aufgenommen werden.[156] Aus steuerlicher Sicht wird in der Regel nur eine Rückwirkung bis zu sechs Monaten akzeptiert.[157]

Bei der Fusion sind die zivilrechtlichen Auswirkungen einer Rückwirkung für die übernehmende Gesellschaft beschränkt, da sämtliche Vermögenswerte und Verpflichtungen der übertragenden Gesellschaft mit Rechtswirksamkeit der Fusion auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Die übernehmende Gesellschaft haftet für sämtliche Verpflichtungen, welche die übertragende Gesellschaft vor der Rechtswirksamkeit der Fusion eingegangen ist, unabhängig davon, ob diese vor oder nach dem Wirkungszeitpunkt begründet wurden.[158] Bei der Spaltung und Vermögensübertragung kann die Situation anders sein, weil Gewinne und Verluste bis zum Wirkungszeitpunkt bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben. Wird im Spaltungsvertrag oder -plan eine Rückwirkung festgelegt, dann entstehen Gewinne oder Verluste bei der übernehmenden Gesellschaft, sofern sie nach dem Wirkungszeitpunkt anfallen. Dies kann zu einer tatsächlichen Vermögensverschiebung zwischen den beteiligten Gesellschaften führen.[159]

VII. Zusätzliche Angaben bei der Umwandlung: die neuen Statuten

Anders als bei der Fusion und Spaltung verlangt das Gesetz bei der Umwandlung, dass der Umwandlungsplan die neuen Statuten enthält.[160] Der Grund dafür liegt darin, dass sich die Gesellschafter über die rechtliche Ausgestaltung der Gesellschaft nach der Umwandlung informieren können.[161] Mit dem gleichen Argument liesse sich auch rechtfertigen, dass zumindest bei der Kombinationsfusion und der Spaltung zur Neugründung die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft das gleiche Bedürfnis haben. Dennoch sieht das Fusionsgesetz bei diesen beiden Transaktionsformen vor, dass die neuen Statuten lediglich im Fusions- bzw. Spaltungsbericht enthalten sein müssen.[162] Diese unterschiedliche Behandlung der Fusion und Spaltung einerseits und der Umwandlung andererseits ist sachlich nicht gerechtfertigt. Dies gilt namentlich auch deshalb, weil bei der erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften gemäss Art. 23 Abs. 1 und 2 FusG kein Fusionsbericht erstellt werden muss.[163] Dasselbe gilt bei der Fusion oder Spaltung von kleinen und mittleren Unternehmen, sofern alle Gesellschafter auf die Erstellung eines Fusions- bzw. Spaltungsberichts verzichten.[164] Weil aber in diesen Fällen nicht nur notwendigerweise Statuten für die neu zu gründende Gesellschaft erstellt werden müssen, sondern diese auch eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Transaktion sein werden, muss davon ausgegangen werden, dass diese Statuten immer dann Bestandteil des Fusionsvertrages bzw. des Spaltungsvertrages oder -planes sein müssen, wenn kein Fusions- bzw. Spaltungsbericht erstellt werden muss.

Der Wortlaut von Art. 60 lit. b FusG könnte dahingehend verstanden werden, dass die Statuten im Umwandlungsplan selbst enthalten sein müssen. Dies kann jedoch nicht die Meinung des Gesetzes sein. Es genügt, wenn der Entwurf der Statuten dem Umwandlungsplan als Anhang beigefügt wird.[165] Diese Lösung entspricht auch jener bei der Fusion und Spaltung bezüglich der Integration der neuen Statuten in den Fusions- bzw. Spaltungsbericht.[166]

VIII. Weitere, nicht objektiv wesentliche Bestimmungen

1. Präambel und Zweckartikel

In der Praxis werden Umstrukturierungsverträge bzw. -pläne häufig Präambeln oder Zweckartikel enthalten, welche die wirtschaftlichen Ziele der Umstrukturierung und die zukünftige Tätigkeit der beteiligten Gesellschaften umschreiben. Solche Klauseln sind rechtlich meistens nicht bindend, sondern haben nur programmatischen Charakter und allenfalls bei der Vertragsauslegung eine gewisse Bedeutung.[167] Hinzu kommt, dass sie z.B. bei der Fusion, soweit sie sich auf die Zeit nach Vollzug der Transaktion beziehen, schon deswegen nicht bindend sein können, weil diese Verpflichtungen mit dem Vollzug der Fusion durch

155 BOTSCHAFT, 4409; vgl. die Ausnahme bei der Fusion von Vereinen gemäss Art. 22 Abs. 2 FusG.
156 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 11.
157 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 12.
158 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 11.
159 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 14.
160 Art. 60 lit. b FusG.
161 BOTSCHAFT, 4453.
162 Art. 14 Abs. 4 FusG für die Fusion und Art. 39 Abs. 4 FusG für die Spaltung.
163 Art. 24 Abs. 1 und 2 FusG.
164 Art. 14 Abs. 2 FusG für die Fusion und Art. 39 Abs. 2 FusG für die Spaltung.
165 PATRICK WAMISTER, Umwandlung von Gesellschaften, in: ZSR 2004, 63–82, 73.
166 Art. 14 Abs. 4 FusG für die Fusion und Art. 39 Abs. 4 FusG für die Spaltung.
167 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 17; RUDOLF TSCHÄNI, M&A – Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, 136.

Konfusion untergingen. Ein ähnliches Problem stellt sich bei der Aufspaltung, weil dort die übertragende Gesellschaft mit dem Vollzug der Transaktion ebenfalls untergeht. Schliesslich ist bei der Umwandlung lediglich *eine* Gesellschaft beteiligt, welche auch keine Verpflichtungen gegenüber sich selbst eingehen kann. Eine effektive Bedeutung können solche Klauseln deshalb einzig bei der Abspaltung und Vermögensübertragung sowie bei der Aufspaltung zwischen den übernehmenden Gesellschaften haben.

2. Bedingungen für den Vollzug

Bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung stehen der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan von Gesetzes wegen unter der Bedingung, dass die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften dem Vertrag bzw. Plan zustimmen.[168] Nebst dieser im Fusionsgesetz selbst enthaltenen Bedingung gibt es weitere aufschiebende Bedingungen, die von Gesetzes wegen beachtet werden müssen. So kann es bei einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung notwendig sein, dass die Wettbewerbskommission oder eine ausländische Wettbewerbsbehörde der Transaktion zustimmt.[169] Weiter kann es in Fällen, in denen Grundstücke von der Transaktion betroffen sind, erforderlich sein, dass die zuständige kantonale Behörde die Transaktion bewilligt, sofern es sich bei der übernehmenden Gesellschaft um eine Person im Ausland handelt.[170]

Nebst den gesetzlichen Bedingungen können die Parteien weitere Bedingungen vereinbaren, von deren Eintritt der Vollzug abhängig sein soll. Solche Bedingungen können etwa die Wahl bestimmter Personen in den Verwaltungsrat einer Gesellschaft, die Aufhebung von Vinkulierungsbestimmungen oder von Stimmrechtsbeschränkungen oder die Bestimmung einer neuen Firma, eines neuen Sitzes oder eines neuen Zwecks sein.[171] Namentlich bei der Spaltung und Vermögensübertragung kann es aufgrund der momentan bestehenden Rechtsunsicherheit bezüglich der Zulässigkeit der Übertragung von Vertragsverhältnissen angezeigt sein, den Vollzug der Transaktion von der Zustimmung der Gegenparteien gewisser für das Unternehmen wichtiger Verträge abhängig zu machen.[172] Bei der Fusion kann es zudem im Interesse der Parteien liegen, dass die Gegenparteien bestimmter Verträge mit so genannten *Change of Control*-Klauseln[173] auf ihr Kündigungsrecht verzichten.[174]

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan sollte immer einen bestimmten Endtermin festlegen, bei dessen Erreichen die Parteien den Vertrag auflösen können (oder dieser dahinfällt), sofern nicht sämtliche Bedingungen bis zu diesem Zeitpunkt erfüllt sind. Wird kein solcher Endtermin festgelegt, besteht die Gefahr, dass die beteiligten Gesellschaften für eine unbestimmt lange Zeit an den Vertrag gebunden und damit in ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Freiheit eingeschränkt sind.[175]

3. Garantien und Gewährleistungen

Ausser bei der Umwandlung findet bei sämtlichen Transaktionen eine Verschiebung von Vermögenswerten von der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft statt. Während der Wert dieser Vermögenswerte bei der Fusion und Spaltung in die Berechnung des Umtauschverhältnisses für Anteils- und Mitgliedschaftsrechte einfliesst, bildet er bei der Vermögensübertragung die Grundlage für die Bestimmung der Gegenleistung. Sowohl die übernehmende Gesellschaft als auch deren Anteilsinhaber oder Mitglieder haben also ein Interesse daran, dass die übertragenen Vermögenswerte tatsächlich den ihnen zugeschriebenen Wert haben. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, welche Gewährleistungsansprüche bei diesen Transaktionen bestehen.

Das Fusionsgesetz enthält keine Bestimmungen über Gewährleistungen. Die Gesellschafter der an einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung beteiligten Gesellschaften haben zwar die Möglichkeit, mittels Klage eine angemessene Ausgleichszahlung zu verlangen, sofern ihre Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist,[176] was beim Vorliegen von Gewährleistungsansprüchen in der Regel der Fall sein dürfte. Doch diese Klage ist kein ausreichender Ersatz für allfällige Gewährleistungsansprüche. Einerseits muss die Klage auf Ausgleichszahlungen innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Umstrukturierungsbeschlusses anhängig gemacht werden,[177] während in der Praxis Gewährleistungsansprüche wohl häufig erst nach dieser Zeit erkennbar werden und deshalb entsprechende Fristen in der Regel deutlich länger laufen. Andererseits ist zu beachten, dass bei der Klage auf Ausgleichszahlung die Gesellschafter aktivlegitimiert sind, d.h. der Ausgleich nicht auf Stufe der Gesellschaften stattfindet. Hinzu kommt, dass die Gesellschafter über das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen meist gar keine Kenntnis haben werden, sofern sie nicht in die Geschäftsleitung der an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften involviert sind. Aus diesen Gründen haben die an einer Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften grundsätzlich ein Inte-

168 Vgl. oben B.I.2.
169 Vgl. den ausdrücklichen Vorbehalt in Art. 1 Abs. 4 FusG und PHILIPPE M. REICH, Komm. zu Art. 1, 2, 19 und 55 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 1 N 17–23.
170 Art. 2 BewG.
171 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 18.
172 Vgl. oben D.III.2.c).
173 Als *Change of Control*-Klauseln werden Klauseln bezeichnet, die einer Vertragspartei das Recht einräumen, den Vertrag zu kündigen, wenn der wirtschaftlich Berechtigte der Gegenpartei ändert, d.h. z.B. die Aktienmehrheit verkauft wird. Solche Klauseln finden sich namentlich in Finanzierungsverträgen.
174 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 18 und FusG 37 N 18.
175 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 18.
176 Art. 105 FusG; vgl. L. GLANZMANN (FN 107), 153–155.
177 Art. 105 Abs. 1 FusG.

resse, dass sie allfällige Gewährleistungsansprüche geltend machen können. Es empfiehlt sich, dass solche Gewährleistungsansprüche im Umstrukturierungsvertrag vereinbart werden, weil es nicht klar ist, ob z.B. die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche analog anwendbar sind.[178]

Die Vereinbarung von Gewährleistungsansprüchen ist nur bei der Spaltung und Vermögensübertragung sinnvoll. Bei der Fusion ist die Vereinbarung von Gewährleistungen zwischen den fusionierenden Gesellschaften nicht notwendig, weil mit dem Vollzug der Fusion die beteiligten Gesellschaften in *einer* Gesellschaft aufgehen. Damit kann bei der Fusion ein Wertausgleich nur auf Stufe der Gesellschafter vorgenommen werden.[179] Ebenfalls keine Bedeutung hat die Frage von Gewährleistungsansprüchen bei der Umwandlung, weil hier keine Vermögenswerte übertragen werden.

4. Bestimmungen über die weitere Tätigkeit

Bei der Spaltung und Vermögensübertragung kann es erforderlich sein, dass das gegenseitige Verhältnis zwischen der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft für die Zeit nach Vollzug der Transaktion ebenfalls geregelt wird. So können z.B. die beiden Gesellschaften ein Interesse daran haben, ihren künftigen Tätigkeitsbereich durch gegenseitige Konkurrenzverbote abzusichern. Weiter kann es notwendig sein, dass die übertragende Gesellschaft der übernehmenden Gesellschaft zumindest für eine gewisse Übergangszeit noch Dienstleistungen erbringt oder Immaterialgüterrechte zur Nutzung überlässt. Aus diesem Grund kann es notwendig sein, dass die Parteien parallel zum Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan noch entsprechende Dienstleistungs- oder Lizenzverträge abschliessen.[180] Wie bereits erwähnt, unterliegen diese Verträge nicht den Formerfordernissen des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes.[181] Soweit diese Vertragsverhältnisse nicht im selben Dokument wie die Umstrukturierung geregelt sind, können die entsprechenden Verträge also grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden und bedürfen weder der Genehmigung durch das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan noch der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter.

5. Bestimmungen zur Absicherung der Transaktion

Bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung besteht das Problem, dass der Vertrag von Gesetzes wegen erst mit Genehmigung durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter bindend wird. Die Parteien können deshalb ein erhebliches Interesse daran haben, die jeweils andere Partei möglichst bindend zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass der Vertrag durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter genehmigt wird. Dazu ist zu bemerken, dass der Abschluss des Umstrukturierungsvertrages die Leitungsorgane der beteiligten Gesellschaften ohnehin verpflichtet, sämtliche Handlungen vorzunehmen, die für den Vollzug der Transaktion notwendig sind.[182] Es stellt sich aber die Frage, wie sich der Verwaltungsrat verhalten muss, wenn zwischen Abschluss des Umstrukturierungsvertrages und der Genehmigung durch die Generalversammlung Entwicklungen stattfinden, welche den Vollzug der Umstrukturierung nicht mehr als im besten Interesse der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter erscheinen lassen. In dieser Situation hat der Verwaltungsrat unter Umständen die Pflicht, seinen Antrag an die Generalversammlung auf Genehmigung des Vertrages zurückzuziehen, sofern eine sich neu ergebende Alternative für die Gesellschafter und/oder die Gesellschaft tatsächlich vorteilhafter ist.[183] Unter diesem Aspekt sind Klauseln problematisch, die der jeweils anderen Gesellschaft einen Anspruch auf eine Konventionalstrafe oder ein Optionsrecht einräumen, wenn der Umstrukturierungsvertrag nicht genehmigt wird.[184]

6. Nebenpflichten und allgemeine Bestimmungen

In Umstrukturierungsverträgen finden sich schliesslich häufig Bestimmungen über Geheimhaltungsverpflichtungen der Parteien, die gemeinsame Orientierung der Öffentlichkeit und von Geschäftspartnern, die gegenseitige Zustellung von Mitteilungen, die Regelung der Übernahme bestimmter Kosten, die Auslegung des Vertrages und die Regelung des anwendbaren Rechts sowie die Vereinbarung eines Gerichtsstandes bzw. eines Schiedsgerichts.[185] Weil diese Bestimmungen Nebenverpflichtungen darstellen, deren Durchsetzbarkeit nicht vom Vollzug der Transaktion abhängt, sind sie in der Regel unproblematisch und für die Parteien auch dann bindend, wenn die Transaktion von der Generalversammlung oder den Gesellschaftern nicht genehmigt wird oder wenn weitere Bedingungen für den Vollzug der Transaktion nicht eintreten.[186] Um Unklarheiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, im Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan selbst festzulegen, welche Bestimmungen unabhängig von der Zustimmung der Generalversammlung bzw.

178 Für eine Anwendung dieser Regelungen MARKUS VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 105–112, 109.

179 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 25.

180 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 37 N 21.

181 Vgl. oben B.II.1.

182 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 5.

183 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 23; vgl. auch Art. 17 und 42 FusG, die bei der Fusion und Spaltung eine solche Pflicht für den Fall stipulieren, dass sich wesentliche Änderungen im Vermögen einer der beteiligten Gesellschaften ergeben.

184 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 24, geht davon aus, dass solche Bestimmungen unzulässig sind.

185 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 26.

186 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 13 N 26.

vom Vollzug der Transaktion Bestand haben sollen und für die beteiligten Gesellschaften bindend sind.[187]

E. Auslegung des Vertrages bzw. Planes

Die Beantwortung der Frage, wie ein Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan auszulegen ist, hängt davon ab, ob der Vertrag bzw. Plan der Zustimmung der Generalversammlung bzw. der Gesellschafter bedarf und ob diese bereits erteilt worden ist. Falls eine Zustimmung nicht erforderlich oder in der betreffenden Gesellschaft noch nicht erteilt worden ist, dann ist der Umstrukturierungsvertrag nach den für Verträge allgemein massgebenden Grundsätzen auszulegen.[188] Analoges gilt für den Umstrukturierungsplan, der nach den Grundsätzen einseitiger Willenserklärungen auszulegen ist.[189] *Nach* der Genehmigung durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter ist der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan wie Gesellschaftsstatuten auszulegen. Konkret heisst dies, dass auf eine objektivierte Auslegung abzustellen ist, die sich an die Gesetzesauslegung anlehnt.[190]

Als ergänzendes Auslegungselement kommt bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung der Umstrukturierungsbericht hinzu. In diesem Bericht haben die beteiligten Gesellschaften die Umstrukturierung in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu erläutern und zu begründen.[191] Dieser Bericht ist namentlich dann von Bedeutung, wenn er von den an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften gemeinsam erstellt wird.[192] Bei der Vermögensübertragung muss zwar kein Bericht erstellt werden, doch ist die übertragende Gesellschaft verpflichtet, die Vermögensübertragung ebenfalls in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu erläutern und zu begründen.[193] Auch dieser Bericht kann für die Vertragsauslegung hilfreich sein, doch ist zu beachten, dass er lediglich von einer Partei, nämlich der übertragenden Gesellschaft erstellt wird.[194]

F. Mängel des Vertrages bzw. Planes

I. Allgemeines

Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan kann verschiedene Mängel aufweisen, die sich grundsätzlich in Formmängel, Inhaltsmängel und Willensmängel unterteilen lassen. Es stellt sich die Frage, welche Auswirkungen solche Mängel auf den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan haben. Weil das Fusionsgesetz keine Bestimmungen über die Rechtsfolgen von Mängeln des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes enthält, kommen diesbezüglich die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes zur Anwendung.[195]

Eine andere Frage ist, welche Rechtsbehelfe den einzelnen Gesellschaftern beim Vorliegen von Mängeln zustehen. Diesbezüglich enthalten Art. 105–108 FusG relativ detaillierte Bestimmungen.

II. Formmängel

Das Fusionsgesetz verlangt für sämtliche Umstrukturierungstatbestände die Form der qualifizierten Schriftlichkeit, indem der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan einerseits der schriftlichen Form und andererseits eines bestimmten Mindestinhalts bedarf. Werden bei einer Vermögensübertragung Grundstücke übertragen, dann muss der Übertragungsvertrag zudem öffentlich beurkundet werden.[196] Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn diese Formvorschriften nicht beachtet werden. Diese Frage ist grundsätzlich nach Art. 11 Abs. 2 OR zu beantworten.[197] Danach hängt von der Beachtung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form die Gültigkeit des Vertrages bzw. Planes ab, sofern das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass ein Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan, der die vom Fusionsgesetz vorgegebenen objektiv wesentlichen Punkte nicht regelt, grundsätzlich nicht gültig zustande gekommen ist.[198]

In der Literatur wird mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit bei Nichterfüllung gewisser Mindestinhaltsvorschriften unverhältnismässig ist.[199] Diese Auffassung ist allerdings nicht mit Art. 11 Abs. 2 OR zu vereinbaren, denn danach soll die Rechtsfolge der Nichtigkeit nur dann nicht eintreten, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Das Fusionsgesetz

187 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 8.
188 Vgl. dazu Ernst A. Kramer, Kommentar zu Art. 18 OR, in: A. Meier-Hayoz (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 OR 18 N 16–49.
189 Vgl. dazu E. A. Kramer (FN 188), BE-Komm., OR 18 N 50.
190 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 16; U. von Salis (FN 63), 84. Vgl. dazu auch E. A. Kramer (FN 188), BE-Komm., OR 18 N 62.
191 Art. 14 Abs. 3 FusG für die Fusion, Art. 39 Abs. 3 FusG für die Spaltung und Art. 61 Abs. 3 FusG für die Umwandlung.
192 U. Bertschinger (FN 10), 364.
193 Art. 74 Abs. 2 FusG. Diese Informationspflicht entfällt, falls die übertragenen Aktiven weniger als 5% der Bilanzsumme der übertragenden Gesellschaft ausmachen: Art. 74 Abs. 3 FusG.
194 Im Gegensatz zur Spaltung zur Neugründung und Umwandlung, bei denen auch nur ein Bericht erstellt werden muss, sind bei der Vermögensübertragung zwei Parteien an der Transaktion beteiligt.
195 U. Schenker (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 17.
196 Vgl. oben B.II.
197 Diese Bestimmung ist auf Grund von Art. 7 ZGB auch bei einer Verletzung von Formvorschriften des Fusionsgesetzes massgebend.
198 Vgl. oben D.I.
199 U. von Salis (FN 63), 81; U. Bertschinger (FN 10), 370.

enthält aber keine derartigen Bestimmungen.[200] In der Praxis sollte deshalb nicht darauf vertraut werden, dass eine Verletzung der Formvorschriften nicht zur Nichtigkeit des Umstrukturierungsvertrages bzw. -planes führt.

Weiter stellt sich die Frage, ob der bei sämtlichen Umstrukturierungen notwendige und konstitutiv wirkende Handelsregistereintrag die Rechtsfolge der Nichtigkeit relativiert. Zu beachten ist, dass auf Grund von Art. 643 Abs. 2 OR eine Aktiengesellschaft das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung im Handelsregister auch dann erwirbt, wenn die Voraussetzungen der Eintragung tatsächlich nicht vorhanden waren. Das Bundesgericht leitet daraus ab, dass der Handelsregistereintrag eine heilende Wirkung hat und die Gesellschaft mit Wirkung *ex nunc* aufgelöst werden muss.[201] Weil diese Praxis nach der h.L. auch bei der Kapitalerhöhung anwendbar ist,[202] muss sie auch für die Fusion, Spaltung und Umwandlung gelten, denn diese Umstrukturierungsformen haben eine ähnliche Auswirkung auf die Struktur der beteiligten Gesellschaften wie eine Kapitalerhöhung. Fraglich ist jedoch, ob diese Praxis auch bei der Vermögensübertragung gelten soll. Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen und zwar aus folgenden Überlegungen: Zwar wird auch bei der Vermögensübertragung der Umstrukturierungsvertrag mit der Eintragung im Handelsregister vollzogen, doch hat der Handelsregistereintrag keine weitere Auswirkung auf die Struktur des Rechtsträgers. Zudem hat das Handelsregister bezüglich der übertragenen Vermögensgegenstände auch nicht die gleiche rechtliche Bedeutung wie z.B. das Grundbuch, denn der übernehmende Rechtsträger kann die durch einen Übertragungsvertrag erworbenen Aktiven jederzeit durch Singularsukzession weiterveräussern, ohne dass dies aus dem Handelsregister ersichtlich würde. Auf Grund dieser Überlegungen darf der Handelsregistereintrag bei der Vermögensübertragung keinen Einfluss auf die Behandlung der Nichtigkeit haben, d.h. diese wirkt *ex tunc*.[203]

III. Inhaltsmängel

Verstösst ein Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan gegen zwingende privat- oder öffentlichrechtliche Normen des schweizerischen Rechts, dann ist er widerrechtlich und damit nichtig.[204] Nichtig ist auch ein Vertrag oder Plan, der gegen die guten Sitten verstösst oder einen unmöglichen Inhalt hat, wobei im zweiten Fall anfängliche, objektive und dauernde Unmöglichkeit vorliegen muss.[205] Betrifft der Mangel nur einzelne Teile des Vertrages bzw. Planes, so sind nur diese nichtig, sofern der Vertrag bzw. Plan auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen bzw. erstellt worden wäre.[206] Die Nichtigkeit wirkt grundsätzlich *ex tunc*, d.h. der Vertrag oder Plan entfaltet keine Rechtswirkungen.[207] Eine modifizierte Nichtigkeitswirkung tritt bei der Fusion, Spaltung und Umwandlung nach der Handelsregistereintragung ein.[208]

IV. Willensmängel

Das Fusionsgesetz enthält keine Bestimmungen über Willensmängel, weshalb die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung kommen.[209] Bezüglich der Geltendmachung von Willensmängeln ist zu unterscheiden, ob die Genehmigung des Umstrukturierungsvertrages durch die Generalversammlung bzw. die Gesellschafter notwendig ist oder nicht. Falls eine Genehmigung notwendig ist, ist weiter relevant, ob diese schon erfolgt ist und ob die Transaktion im Handelsregister schon eingetragen worden ist.

Muss der Umstrukturierungsvertrag durch die Generalversammlung nicht genehmigt werden oder ist diese noch ausstehend und ist die Transaktion im Handelsregister noch nicht eingetragen, dann gelten die gewöhnlichen obligationenrechtlichen Regeln über Übervorteilung, Irrtum und Täuschung.[210] In der Praxis werden beim Vorliegen eines Willensmangels die betreffenden Organe vermutlich alles daran setzen, dass der Umstrukturierungsvertrag von der Generalversammlung nicht genehmigt wird bzw. beim Handelsregister nicht angemeldet wird.

Ist der Umstrukturierungsvertrag zwar von der Generalversammlung bzw. den Gesellschaftern genehmigt worden, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen, dann ist umstritten, ob immer noch Willensmängel geltend gemacht werden können. Grundsätzlich spricht nichts dagegen, dass auch in diesem Fall ein Willensmangel geltend gemacht werden kann, sofern die Generalversammlung keine Kenntnis vom Willensmangel hatte.[211]

Schliesslich stellt sich die Frage, ob Willensmängel auch noch nach der Eintragung der Transaktion im Handelsregister geltend gemacht werden können. Diese Fragestellung entspricht jener bei der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen nach der Handelsregistereintragung.[212] Auf Grund

---

200 Vgl. im Gegensatz dazu z.B. den durch das KKG aufgehobenen Art. 226a Abs. 2 OR, der eine ähnlich ausführliche Liste wesentlicher Vertragspunkte enthielt, wobei aber in Abs. 3 im Einzelnen aufgeführt wurde, wann das Fehlen eines Vertragspunktes zur Ungültigkeit des Vertrages führt.

201 BGE 112 II 1 E. 4b. Dies gilt gemäss Bundesgericht entgegen Art. 52 Abs. 3 ZGB auch bei einem widerrechtlichen oder unsittlichen Zweck.

202 PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 17 N 14 ff., 35; E. A. KRAMER (FN 188), OR 1 N 243.

203 Im Ergebnis gleich N. TURIN (FN 10), 162 f.; a.M. P. LOSER-KROGH (FN 9), 1102 f.

204 Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR.

205 I. SCHWENZER (FN 37), § 64 N 2.

206 Art. 20 Abs. 2 OR.

207 BGE 97 II 108 E. 4.

208 Vgl. dazu vorstehend F.II.

209 Art. 7 ZGB.

210 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 17.

211 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 17; a.M. P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 202), § 57 N 84.

212 Vgl. oben F.II.

der Erwägungen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Formmängeln, muss davon ausgegangen werden, dass bei der *Fusion*, *Spaltung* und *Unwandlung* ein Willensmangel nach der Handelsregistereintragung nicht mehr geltend gemacht werden kann.[213] In diesem Fall stehen nur noch die Überprüfungsklage[214], Anfechtungsklage[215] oder die einschlägigen Klagen der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zur Verfügung, soweit die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.[216] Bei der *Vermögensübertragung* ist die Geltendmachung von Willensmängeln jedoch auch noch nach der Handelsregistereintragung möglich, weil diese keine direkten Auswirkungen auf die Struktur der Gesellschaft hat, sondern nur ein Surrogat für die Vollzugshandlungen ist.[217]

213 WOLFHART F. BÜRGI/U. NORDMANN-ZIMMERMANN, Kommentar zu Art. 739–771 OR, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1979, OR 748 N 50; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 201), § 17 N 34 ff.
214 Art. 105 FusG.
215 Art. 106 f. FusG.
216 U. SCHENKER (FN 11), Stämpflis Handkommentar, FusG 12 N 18 m.w.Hw.
217 Vgl. auch oben F.II.

Le document de base de toute restructuration est un contrat resp. un projet. Un contrat est nécessaire en cas de fusion, de scission en vue d'un transfert du patrimoine à des sociétés existantes, ainsi que de transfert de patrimoine. Un projet est requis en cas de scission en vue d'un transfert de patrimoine à des sociétés qui vont être constituées, ainsi qu'en cas de transformation. L'organe supérieur d'administration ou de direction de la société concernée est responsable de conclure ce contrat ou d'établir ce projet. Dans le cas d'une fusion, scission ou transformation, le contrat resp. le projet est en règle générale soumis au consentement de l'assemblée générale ou des sociétaires des sociétés intéressées. Pour le transfert de patrimoine, la loi sur la fusion n'exige pas un tel consentement, mais celui-ci peut être nécessaire pour d'autres raisons, en particulier chez les sociétés anonymes.

La loi sur la fusion prescrit un certain contenu minimal pour tout contrat resp. tout projet de restructuration. Les différents points de ce contenu minimal doivent être considéré comme étant essentiels au contrat: leur absence amène la nullité. En général, le contrat resp. le projet de restructuration doit encore contenir d'autres points que ceux prévus par la loi sur la fusion.

Un contrat resp. un projet de restructuration peut normalement être conclu par écrit. Un acte authentique n'est nécessaire que lorsque des immeubles sont transmis au moyen d'un transfert de patrimoine.