

Die Kontinuität der Mitgliedschaft im neuen Fusionsgesetz

139



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

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft
 - I. Definition der Begriffe Anteils- und Mitgliedschaftsrechte
 - II. Sachlicher Geltungsbereich
 - III. Persönlicher Geltungsbereich
 - IV. Sicherstellung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses
- C. Festlegung des Umtauschverhältnisses
 - I. Berücksichtigung aller relevanten Umstände
 - II. Bestimmung des Umtauschverhältnisses
 - 1. Berechnung des Umtauschverhältnisses und Kapitalerhöhung
 - 2. Anpassung der Kapitalstruktur
 - 3. Kein Recht auf Beibehaltung der Stimmkraft
 - 4. Umtauschverhältnis bei der Sanierungsfusion
 - a. Sanierung der übertragenden Gesellschaft
 - b. Sanierung der übernehmenden Gesellschaft
 - c. Beispiel
 - III. Ausgleichszahlungen
 - IV. Besondere Fälle
 - 1. Gesellschafter ohne Anteilscheine
 - 2. Anteile ohne Stimmrecht
 - 3. Sonderrechte
 - 4. Mutter-Tochter- und Schwester-Fusionen
- D. Ausnahmen vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft
 - I. Genussscheine
 - II. Die Abfindung
 - 1. Zulässigkeit der Abfindung
 - 2. Höhe und Art der Abfindung
 - 3. Wahlweise Abfindung
 - 4. Zwangsweise Abfindung (squeeze-out)
 - III. Asymmetrische Spaltung
 - IV. Austrittsrecht von Mitgliedern eines Vereins
- E. Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte
 - I. Allgemeines
 - II. Festsetzung der Ausgleichszahlung
 - III. Klagelegitimation
 - 1. Aktivlegitimation
 - 2. Passivlegitimation
 - IV. Kosten

A. Einleitung

Das Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 regelt im Wesentlichen vier Umstrukturierungstatbestände, nämlich die Fusion, die Spaltung, die Vermögensübertragung und die Umwandlung. Ausser bei der Vermögensübertragung stellt sich bei allen Umstrukturierungstatbeständen die Frage nach der Entschädigung für Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte.¹ Das Fusionsgesetz hat diesbezüglich den Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft verankert, d.h. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte sind grundsätzlich mit neuen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten abzugelten,² soweit das Gesetz nicht eine Ausnahme vorsieht. Die Botschaft zum Fusionsgesetz bezeichnet diesen Grundsatz gar als Begriffselement jeder Fusion und Spaltung.³ Deshalb wird es auch unter dem zukünftigen Recht nicht ohne weiteres möglich sein, im Rahmen einer Umstrukturierung einzelne Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschliessen oder austreten zu lassen.

Obwohl der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft in der Schweiz eine lange Tradition hat, wäre es nicht zwingend gewesen, ihn in dieser Strenge bei sämtlichen Umstrukturierungstatbeständen gesetzlich zu verankern. Zu beachten ist nämlich, dass dieser Grundsatz stark aktienrechtlich geprägt ist. Nach der h.L. und Praxis zum Aktienrecht ist nicht nur die übernehmende Gesellschaft verpflichtet, die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft mit Aktien abzufinden, sondern diese haben auch keinen Anspruch auf eine andere Abfindung als Aktien. Barzahlungen sind nur im Rahmen des so genannten Spitzenausgleichs zulässig.⁴ Begründet wurde diese Auffassung einmal durch Auslegung von Art. 748 Ziff. 8 aOR, der bloss von den "zur Abfindung bestimmten Aktien" spricht. Weiter wurde als Begründung

Der Autor ist bei Baker & McKenzie Zürich als Rechtsanwalt tätig. Der Autor dankt seinem Kollegen ALBERT COMBOEUR für die wertvollen Hinweise. Etwaige Bemerkungen werden dankend entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

¹ Vgl. unten B.II.

² Nach WOLFHART F. BÜRG, ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd. Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/3: Art. 739–771, Zürich 1979, Vorbemerkungen zu OR 748–750 N 18, handelt es sich nicht um eine Gegenleistung, sondern nur um eine Neuverurkundung bereits bestehender Mitgliedschafts- und Vermögensrechte.

³ Botschaft, 4400 und 4433.

⁴ Vgl. BGE 108 Ib 450 E. 6; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 100; ROBERT MEIER, Barabgeltung bei Fusionen, in: SCHLUBP/ISLER (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, 131–146, 132 f.; ablehnend ROLF WATTER, Unternehmenübernahmen, Zürich 1990, N 652 f.

auch der aktienrechtliche Grundsatz angeführt, dass das Mitgliedschaftsrecht der Aktiengesellschaft nicht geändert werden kann, ausser in einem Kaduzierungs-, Liquidations- oder Kapitalherabsetzungsverfahren.⁵ Schliesslich wird auch geltend gemacht, dass eine Fusion mit ausschliesslicher Barabfindung eine private Enteignung bewirke und deren Verbot demnach ein Element des Minderheitenschutzes sei.⁶

Ausserhalb des Aktienrechts sind Ausschluss und Austritt von Gesellschaftern weder unzulässig noch verpönt, sondern durchaus gängige Institute des jeweils anwendbaren Gesellschaftsrechts. Die Möglichkeit eines Ausschlusses von Gesellschaftern kennen – bei jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen – der Verein, die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft.⁷ Ebenfalls haben bei all diesen Gesellschaftsformen die Gesellschafter ein Recht auf Austritt, wobei dieses wiederum von unterschiedlichen Bedingungen abhängig ist.⁸ Zumindest in diesen Fällen lässt sich der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft nicht mit dem Argument des festen Mitgliedschaftsrechts begründen. Schon aus diesem Grund hätte das Fusionsgesetz eine Abweichung vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft von weniger strengen Voraussetzungen abhängig machen können. Zu beachten ist, dass die gesellschaftsspezifischen Ausschluss- und Austrittsrechte durch das Fusionsgesetz nicht eingeschränkt werden.⁹

B. Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft

I. Definition der Begriffe Anteils- und Mitgliedschaftsrechte

Das Fusionsgesetz umschreibt den Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft, indem es den Gesellschaftern der übertragenden bzw. der sich umwandelnden Gesellschaft einen Anspruch auf Wahrung ihrer Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte verleiht. Das Gesetz selbst enthält keine Definition der Begriffe Anteils- und Mitgliedschaftsrechte. Aus der Systematik ergibt sich aber, dass Anteilsrechte jene Rechte sind, die den Anteilseignern zustehen. Als Anteilseigner werden die Inhaber von Aktien, Partizipations- oder Genussscheinen, die Gesellschafter einer GmbH sowie die Genossenschafter mit Anteilscheinen bezeichnet.¹⁰ Demgegenüber fallen unter den Begriff der Mitgliedschaftsrechte die Rechte sämtlicher anderer Gesellschafter, wozu die Gesellschafter der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, die Genossenschafter ohne Anteilscheine sowie die Mitglieder im Verein gehören.¹¹ Beide Begriffe umfassen nicht nur die aus der Gesellschafterstellung fließenden Rechte, sondern auch die damit verbundenen Pflichten. Zu beachten ist, dass der Begriff der Mitgliedschaftsrechte nicht mit jenem der Mitwirkungsrechte identisch ist, denn Letztere stellen lediglich einen Teilaspekt der Mitgliedschaftsrechte dar.

Nicht unter den Begriff der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte fallen Optionsrechte, weil die Optionsberechtigten nicht Gesellschafter sind.¹² Die Optionsberechtigten sind grundsätzlich als gewöhnliche Gläubiger der übertragenden Gesellschaft zu qualifizieren, welchen der Schutz der jeweiligen Gläubigerschutzvorschriften zukommt. Allenfalls sind die Optionsberechtigten auch noch aufgrund anderer Vorschriften geschützt, wie etwa wenn sich die Optionsrechte auf ein bedingtes Kapital beziehen.¹³ Ein Spezialfall liegt vor, wenn die Optionsrechte an Anteilsrechten an der übertragenden Gesellschaft gebunden sind, d.h. wenn beispielsweise bei einer Kapitalerhöhung in einer wirtschaftlich schwierigen Lage jedem Zeichner von Aktien noch eine Option für den Erwerb von Aktien zu einem Vorzugspreis zugeteilt wird. In diesem Fall können Optionsrechte abgeltungspflichtige Sonderrechte sein.¹⁴

II. Sachlicher Geltungsbereich

Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft ist bei allen Umstrukturierungstatbeständen anwendbar, bei denen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte abzugelten sind. Dieser Grundsatz gilt demnach bei der Fusion, der Spaltung und der Umwandlung. Nicht anwendbar ist der Grundsatz bei der Vermögensübertragung, weil dabei die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter nicht berührt werden.¹⁵

5 MEIER (FN 4) 141. Neu käme noch die Möglichkeit der Kraftloserklärung gemäss Art. 33 BEHG hinzu.

6 MICHAEL HOPF, Desiderata und Randnotizen zum vorgeschlagenen Fusionsgesetz, Geglückte Überarbeitung des Vernehmlassungsentwurfes, in: ST 2001, 49–56, 50 f.

7 Vgl. Art. 72 ZGB für den Verein, Art. 577 f. OR für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 822 Abs. 3 OR für die GmbH, Art. 846 OR für die Genossenschaft.

8 Vgl. Art. 70 Abs. 2 ZGB für den Verein, Art. 576 OR für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 771 OR für die Kommandit-AG, Art. 822 Abs. 1 und 2 OR für die GmbH und Art. 842–844 OR für die Genossenschaft.

9 Zum freien Austrittsrecht der Genossenschafter gemäss Art. 914 Ziff. 11 aOR vgl. DAVIDE JERMINI, Komm. zu Art. 18, 43 und 64 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG Art. 18 N 6, Art. 43 N 6 und Art. 64 N 12 sowie A. COMBOEUF, Komm. zu Art. 109 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG Art. 109 N 9. Für das deutsche Recht vgl. BARBARA GRUNEWALD, Kommentar zu §§ 20–23, 25–38 UmwG, in: MARCUS LUTTER (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Bd. I, 2. A., Köln 2000, UmwG § 29 N 32.

10 Art. 2 lit. f FusG.

11 Botschaft, 4400.

12 Vgl. Art. 2 lit. f FusG.

13 Vgl. dazu Art. 653d Abs. 2 OR.

14 Vgl. Art. 7 Abs. 5 FusG und Art. 56 Abs. 4 FusG.

15 Art. 69 Abs. 1 Satz 2 FusG; Botschaft, 4488.

An einer Fusion sind definitionsgemäss mindestens zwei Gesellschaften beteiligt. Gesellschaften können fusionieren, indem entweder eine übernehmende Gesellschaft eine übertragende Gesellschaft übernimmt (Absorptionsfusion) oder indem sich zwei oder mehrere übertragende Gesellschaften zu einer neuen übernehmenden Gesellschaft zusammenschliessen (Kombinationsfusion).¹⁶ Mit der Fusion wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst und deren Gesellschaftsrechte erhalten grundsätzlich Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft. Nach Durchführung der Fusion sind an der übernehmenden Gesellschaft, nebst den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft, auch noch die bereits bestehenden Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft beteiligt.

Bei der Spaltung ist zwischen Aufspaltung und Abspaltung zu unterscheiden. Bei der Aufspaltung wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst,¹⁷ weshalb die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaften erhalten. Bei der Abspaltung bleibt die übertragende Gesellschaft bestehen und die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bleiben an der übertragenden Gesellschaft mit ihren bisherigen Beteiligungsverhältnissen beteiligt. Daneben erhalten die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aber auch noch Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft.¹⁸ Bei der übernehmenden Gesellschaft kann es sich jeweils um eine bestehende Gesellschaft oder um eine neu gegründete Gesellschaft handeln. Handelt es sich bei der übernehmenden Gesellschaft um eine neu gegründete Gesellschaft, dann liegt eine Spaltung zur Neugründung vor.¹⁹ In diesem Fall sind nebst den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft keine anderen Gesellschafter an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt. Handelt es sich bei der übernehmenden Gesellschaft um eine bestehende Gesellschaft, dann liegt eine Spaltung zur Übernahme vor.²⁰ In diesem Fall sind an der übernehmenden Gesellschaft nach Durchführung der Spaltung nebst den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft auch noch die bereits bestehenden Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft beteiligt.

Bei der Umwandlung ändert die Gesellschaft lediglich ihre Rechtsform.²¹ An der Umwandlung ist deshalb definitionsgemäss nur eine Gesellschaft beteiligt. Bei der Umwandlung erfährt die Zusammensetzung der Gesellschafter grundsätzlich keine Änderung.

III. Persönlicher Geltungsbereich

Das Fusionsgesetz stipuliert den Grundsatz, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft einen Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft haben.²² Damit regelt das Gesetz, wie die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für den Verlust ihrer Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte zu entschädigen sind. Keine Regelung enthält hingegen das Gesetz bezüglich der Rechte der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft. Offenbar betrachtet der Gesetzgeber diese Gesellschafter als nicht gleich schutzbedürftig, obwohl

namentlich bei der Absorptionsfusion und der Spaltung zur Übernahme deren Rechtsstellung direkt von der Behandlung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft abhängt. Immerhin haben auch die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft die Möglichkeit, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses gerichtlich überprüfen zu lassen.²³ Zu beachten ist, dass sich die Problematik der Behandlung der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft weder bei der Kombinationsfusion noch bei der Spaltung zur Neugründung stellt, denn in beiden Fällen sind ausschliesslich Gesellschafter von übertragenden Gesellschaften in die Umstrukturierung involviert. Das Gleiche gilt auch für die Umwandlung, denn dabei sind bloss die Gesellschafter der sich umwandelnden Gesellschaft beteiligt.

IV. Sicherstellung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses

Während die Festlegung des Umtauschverhältnisses von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten bei der Fusion und der Spaltung zur Übernahme in der Regel das Resultat von Verhandlungen zwischen den beteiligten Gesellschaften darstellt,²⁴ wird das Umtauschverhältnis bei der Spaltung zur Neugründung und der Umwandlung vom obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan festgelegt.²⁵ Das Fusionsgesetz will die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses nicht nur durch eine besondere Klage²⁶ sicherstellen, sondern auch durch hohe Transparenz. Verschiedene Bestimmungen dienen diesem Zweck. So ist etwa die Festlegung des Umtauschverhältnisses notwendiger Inhalt des Fusionsvertrages, des Spaltungsvertrages bzw. -plans und des Umwandlungsplans.²⁷ Zudem ist dieses im Fusionsbericht, im Spaltungsbericht bzw. im Umwandlungsbericht in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu erläutern und zu begründen.²⁸ Weiter hat bei der Fusion und der Spaltung ein besonders befähigter Revisor das Umtauschverhältnis zu prüfen und insbesondere zu erläutern, ob dieses bzw. die

16 Art. 3 Abs. 1 FusG.

17 Art. 29 lit. a FusG.

18 Art. 29 lit. b FusG; für die asymmetrische Spaltung vgl. hinten D.III.

19 Vgl. Art. 34 FusG.

20 Vgl. Art. 33 FusG.

21 Art. 53 FusG.

22 Vgl. Art. 7 Abs. 1 FusG.

23 Art. 105 f. FusG; vgl. hinten E.III.1.

24 Vgl. Art. 12 Abs. 1 und 36 Abs. 1 FusG.

25 Vgl. Art. 36 Abs. 2 und Art. 59 Abs. 1 FusG.

26 Art. 105 FusG; vgl. hinten E.

27 Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b und c FusG für den Fusionsvertrag, Art. 37 lit. c und d FusG für den Spaltungsvertrag bzw. -plan und Art. 60 lit. c FusG für den Umwandlungsplan.

28 Vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. c–e FusG für den Fusionsbericht, Art. 39 Abs. 3 lit. c und d FusG für den Spaltungsbericht und Art. 61 Abs. 3 lit. d FusG für den Umwandlungsbericht.

Abfindung vertretbar ist, ob die angewendete Methode für dessen Bestimmung angemessen ist, welche Bedeutung gegebenenfalls verschiedenen Methoden, die bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses zur Anwendung gekommen sind, beigemessen wurde und welche Besonderheiten gegebenenfalls bei der Bewertung der Anteile zu beachten waren.²⁹ Bei der Umwandlung hat ein besonders befähigter Revisor zu prüfen, ob die Rechtsstellung der Gesellschafter nach der Umwandlung gewahrt bleibt.³⁰ Schliesslich muss jede der beteiligten Gesellschaften an ihrem Sitz den Gesellschaftern während der 30 Tage vor der Beschlussfassung Einsicht in den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan, den Umstrukturierungsbericht, den Prüfungsbericht sowie die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz aller an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften gewähren.³¹

Bei kleinen und mittleren Unternehmen³² können die Gesellschafter auf die Erstellung eines Fusions-, Spaltungs- bzw. Umwandlungsberichts sowie auf die Prüfung und ihr Einsichtsrecht verzichten, sofern alle Gesellschafter zustimmen.³³ Gewisse Erleichterungen ergeben sich zudem bei der Fusion im erleichterten Verfahren.³⁴

C. Festlegung des Umtauschverhältnisses

I. Berücksichtigung aller relevanten Umstände

Gemäss Art. 7 Abs. 1 FusG müssen die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte, die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft an der übernehmenden Gesellschaft eingeräumt werden, ihren bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen. Dabei ist das Umtauschverhältnis unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände, insbesondere der Vermögen der beteiligten Gesellschaften und der Verteilung der Stimmrechte, festzulegen. Diese Bestimmung gilt nicht nur für die Fusion, sondern auf Grund von Art. 31 Abs. 1 FusG auch für die Spaltung. Obwohl Art. 56 FusG keinen entsprechenden Verweis enthält, müssen die allgemeinen Grundsätze von Art. 7 FusG auch für die Umwandlung gelten, d.h. das Umtauschverhältnis ist unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände festzulegen. Zu beachten ist immerhin, dass bei einer Umwandlung definitionsgemäss bloss eine Gesellschaft beteiligt ist.

Die Botschaft bezeichnet den Wert des Vermögens der beteiligten Gesellschaften als vorrangiges Kriterium für die Bestimmung des Austauschverhältnisses.³⁵ Auch das Fusionsgesetz selbst spricht ausdrücklich vom Vermögen der beteiligten Gesellschaften als relevante Bemessungsgrösse.³⁶ Dennoch ist es nicht sachgerecht, dem Austauschverhältnis lediglich die Vermögen, d.h. die Substanzwerte der beteiligten Gesellschaften zugrunde zu legen.³⁷ Vielmehr ist das Austauschverhältnis aufgrund der Unternehmenswerte der beteiligten Gesellschaften zu bestimmen.³⁸ Die Unternehmenswerte sind aufgrund einer umfassenden

Unternehmensbewertung nach betriebswirtschaftlich anerkannten Grundsätzen zu ermitteln.³⁹ Grundsätzlich ist bei allen beteiligten Gesellschaften dieselbe Bewertungsmethode anzuwenden.⁴⁰

Die Bewertung der relevanten Unternehmenswerte muss zu Fortführungswerten vorgenommen werden.⁴¹ Der Unternehmenswert muss dabei auf einer *stand alone* Basis bestimmt werden. Bezüglich der Fusion bedeutet dies, dass die erst mit der Fusion zu realisierenden Synergien bei der Ermittlung des Umtauschverhältnisses nicht zu berücksichtigen sind.⁴² Das Gleiche gilt für die Spaltung zur Übernahme. Bei der Spaltung ist zudem zu beachten, dass die übertragende Gesellschaft nur einen Teil ihres Unternehmens auf die übernehmende Gesellschaft überträgt. Deshalb ist auch bloss dieser Unternehmensteil für die Bewertung massgebend.

Die Ermittlung der Unternehmenswerte ist für sämtliche beteiligten Unternehmen auf den gleichen Bewertungsstichtag hin vorzunehmen. Bei der Fusion geht das Gesetz davon aus, dass der massgebende Bewertungsstichtag der Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrages ist.⁴³ Dies ergibt sich einerseits aus Art. 7 Abs. 6 FusG, wonach Genussscheine zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Abschlusses des Fusionsvertrages zurückzukaufen sind. Andererseits folgt dies auch aus Art. 17 Abs. 1 FusG, wonach eine Informationspflicht ausgelöst wird, wenn bei

einer an der Fusion beteiligten Gesellschaft nach dem Abschluss des Fusionsvertrages wesentliche Änderungen im Vermögen eintreten. Bei der Spaltung sind die massgebenden Stichtage der Zeitpunkt des Abschlusses des Spaltungsvertrages bzw. der Erstellung des Spaltungsplanes⁴⁴ und bei der Umwandlung die Erstellung des Umwandlungsplanes.⁴⁵

II. Bestimmung des Umtauschverhältnisses

1. Berechnung des Umtauschverhältnisses und Kapitalerhöhung

Bei der Fusion und der Spaltung zur Übernahme müssen für die Festlegung des Umtauschverhältnisses die Werte der einzelnen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der beteiligten Gesellschaften ins Verhältnis gesetzt werden. Diese Werte werden auf Grund der ermittelten Unternehmenswerte errechnet, indem der Unternehmenswert z.B. durch die Anzahl der ausgegebenen Aktien geteilt wird. Aus dem Wertverhältnis der einzelnen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte kann sodann das Umtauschverhältnis ermittelt werden.⁴⁶ Dabei kann mit der folgenden Formel bestimmt werden, wie viele Aktien an der übernehmenden Gesellschaft (A-Aktien) ein Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für eine Aktie an der übertragenden Gesellschaft (B-Aktien) erhält:

$$\text{Umtauschverhältnis} = \frac{\text{Wert B-Aktien}}{\text{Wert A-Aktien}}$$

Diese Formel kann an einem Beispiel verdeutlicht werden: Es wird angenommen, dass die übernehmende Gesellschaft (A-AG) ein Aktienkapital von CHF 1000000.–, eingeteilt in 100000 A-Aktien mit einem Nennwert von je CHF 10.– hat. Der Unternehmenswert der A-AG beträgt CHF 10 Mio., womit jede A-Aktie einen Wert von CHF 100.– hat. Die übertragende Gesellschaft (B-AG) hat ein Aktienkapital von CHF 1200000.–, eingeteilt in 80000 B-Aktien mit einem Nennwert von je CHF 15.–. Der Unternehmenswert der B-AG beträgt CHF 2 Mio., was zu einem Wert von CHF 25.– pro B-Aktie führt. Aufgrund der oben stehenden Formel ergibt sich ein Umtauschverhältnis von 0.25, d.h. ein Gesellschafter der B-AG hat Anspruch darauf, dass er für jede B-Aktie mit 0.25 A-Aktien entschädigt wird. Insgesamt sind damit die Inhaber der 80000 B-Aktien mit 20000 neuen A-Aktien zu entschädigen, was sich aus folgender Formel ergibt:

$$\text{neue A-Aktien} = \text{Umtauschverhältnis} \times \text{Anzahl B-Aktien}$$

Die Anteilsrechte der übernehmenden Gesellschaft, die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft als Entschädigung zustehen, sind bei der Absorptionsfusion und der Spaltung zur Übernahme in der Regel mittels einer Kapitalerhöhung zu schaffen. Im oben stehenden Beispiel wäre bei

der A-AG eine Kapitalerhöhung von CHF 200000.– notwendig, was sich mit folgender Formel errechnen lässt:

$$\text{Kapitalerhöhung A-AG} = \frac{\text{neue A-Aktien}}{\text{A-Aktien}} \times \frac{\text{Nennwert A-Aktien}}{\text{A-Aktien}}$$

Im Gegensatz zum deutschen Recht ist in der Schweiz die Kapitalerhöhung kein Wesensmerkmal der Absorptionsfusion oder der Spaltung zur Übernahme.⁴⁷ Vielmehr muss die übernehmende Gesellschaft das Kapital nur erhöhen, soweit dies für die Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft notwendig ist.⁴⁸ Eine Kapitalerhöhung ist deshalb nicht erforderlich, soweit die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile besitzt, mit welchen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft abgefunden werden können.⁴⁹ Das Gleiche gilt, wenn die übertragende Gesellschaft Anteilsrechte der übernehmenden Gesellschaft besitzt, weil diese Anteilsrechte auf dem Wege der Universalsukzession in den Besitz der übernehmenden Gesellschaft fallen und als Entschädigung für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verwendet werden können.⁵⁰ Aus diesem Grund entfällt die Kapitalerhöhung vollständig, wenn die übertragende Gesellschaft 100% der Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft besitzt, d.h. eine sog. Tochter-Mutter-Fusion oder ein *reverse merger* vorliegt.⁵¹ Schliesslich entfällt eine Kapitalerhöhung auch in dem Umfang, als keine Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für den Verlust ihrer Anteilsrechte entschädigt werden müssen.⁵²

2. Anpassung der Kapitalstruktur

Im oben stehenden Beispiel ergibt sich ein Umtauschverhältnis von 0.25, d.h. ein Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft hätte einen Anspruch auf 0.25 Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Es ist klar, dass die übernehmende Gesellschaft nicht Bruchteile von Aktien als Entschädigung anbieten kann, sondern dass in diesem Fall vier Anteile an der übertragenden Gesellschaft zum Bezug eines

44 Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 6 FusG und Art. 42 FusG.

45 Art. 56 Abs. 5 FusG.

46 M. LUTTER (FN 37), UmwG § 5 N 25.

47 Vgl. zum bisherigen Recht MANFRED KÜNG, Zum Fusionsbegriff im schweizerischen Recht, in: SZW 1991, 245–256, 249 und zum deutschen Recht HENNING SCHRÖER, Komm. zu § 5 UmwG, in: JOHANNES SEMLER/ARNDT STENGEL (Hrsg.), Kommentar zum Umwandlungsgesetz, München 2003, UmwG § 5 N 116.

48 Art. 9 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FusG.

49 FLORIAN BOMMER, Komm. zu Art. 9–11 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli's Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG Art. 9 N 6.

50 F. BOMMER, Stämpfli's Handkommentar (FN 49), FusG Art. 9 N 9; W. F. BÜRG, ZH-Komm. (FN 2), OR 748 N 74.

51 M. LUTTER (FN 47), 250.

52 Vgl. hinten C.IV.4.

29 Art. 15 Abs. 4 lit. b–e FusG für die Fusion und Art. 40 i.V.m. Art. 15 Abs. 4 lit. b–e FusG für die Spaltung.

30 Art. 62 Abs. 4 FusG.

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

32 Vgl. dazu Art. 2 lit. e FusG.

33 Vgl. Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 FusG für die Fusion, Art. 39 Abs. 2, Art. 40 und Art. 41 Abs. 2 FusG für die Spaltung sowie Art. 61 Abs. 2, Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 2 FusG für die Umwandlung.

34 Art. 24 FusG.

35 Botschaft, 4400.

36 Vgl. Art. 7 Abs. 1 FusG.

37 PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 294m; MARCUS LUTTER, Komm. zu §§ 1–13 UmwG, in: MARCUS LUTTER (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Bd. I, 2. A., Köln 2000, UmwG § 5 N 23.

38 W. F. BÜRG, ZH-Komm. (FN 2), OR 748 N 56. Gleiches gilt für das deutsche Recht, vgl. M. LUTTER (FN 37), UmwG § 5 N 19.

39 Vgl. dazu ROGER GRONER, Barabfindungsfusion (Cash Out-Merger), in: SJZ 99 (2003) 393–402, 394 ff.

40 W. F. BÜRG, ZH-Komm. (FN 2), OR 748 N 52; CHRISTIAN STRATZ, Komm. zu § 5 UmwG, in: JOACHIM SCHMITT u.a. (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 3. A., München 2001, UmwG § 5 N 26.

41 P. BÖCKLI (FN 37), N 294.

42 M. LUTTER (FN 37), UmwG § 5 N 24a; CHR. STRATZ (FN 40), UmwG § 5 N 15.

43 Botschaft, 4401.

Anteils an der übernehmenden Gesellschaft berechnen würden. Damit stellt sich die Frage, wie ein Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, der weniger als vier Anteile besitzt, zu behandeln ist. Dazu kann einmal festgehalten werden, dass ein solcher Gesellschafter keinen Anspruch auf eine Barzahlung hat, sofern nicht ohnehin die Voraussetzungen der Abfindung erfüllt sind.⁵³ Weiter ist davon auszugehen, dass die übernehmende Gesellschaft ihre Kapitalstruktur so anzupassen hat, dass sie die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft entsprechend ihren Ansprüchen honorieren kann. Im konkreten Fall würde dies bedeuten, dass die übernehmende Gesellschaft einen Aktiensplit im Verhältnis 1:4 durchführen müsste, d.h. es würden neu 400 000 A-Aktien mit einem Nennwert von je CHF 2.50 bestehen, die folglich einen Wert von je CHF 25.– hätten. Damit ergäbe sich ein Umtauschverhältnis von 1, d.h. jede B-Aktie würde mit einer A-Aktie entschädigt. Zu beachten ist, dass ein Aktiensplit grundsätzlich mit einfachem Mehr der Generalversammlung beschlossen werden kann,⁵⁴ während der umgekehrte Fall – also die Zusammenlegung von Aktien – die Zustimmung jedes Aktionärs benötigt,⁵⁵ und deshalb kaum je zum Ziel führt.

Kann die übernehmende Gesellschaft aufgrund der Vorschriften über den Mindestnennwert⁵⁶ ihre Anteile nicht in solche von kleinerem Nennwert zerlegen, dann muss sich der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, der nicht über genügend Anteile zum Bezug eines neuen Anteils an der übernehmenden Gesellschaft besitzt, damit abfinden, dass er seine Anteile zum Zwecke des Umtausches für seine Rechnung zur Zusammenlegung zur Verfügung stellen muss.⁵⁷ Eine analoge Anwendung von Art. 7 Abs. 3 FusG ist nicht angezeigt, weil sich diese Bestimmung ausdrücklich auf Gesellschaften ohne Anteilscheine bezieht.⁵⁸ Allerdings sollte das Problem bei der AG aufgrund des tiefen Mindestnennwertes einer Aktie kaum je entstehen. Bezüglich der GmbH sollte im Rahmen der Revision vorgesehen werden, dass der Nennwert in solchen Fällen unter den Mindestnennwert herabgesetzt werden darf.

3. Kein Recht auf Beibehaltung der Stimmkraft

Das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft gibt den an einer Fusion oder Spaltung zur Übernahme beteiligten Gesellschaftern kein Recht, ihre Stimmkraft beizubehalten. Die Gesellschafter haben vielmehr bloss einen Anspruch darauf, dass sie die von ihnen vertretenen Werte und ihre Stimmkraft nach Massgabe des von ihnen eingebrachten Wertes beibehalten können. Bezüglich des oben stehenden Beispiels⁵⁹ – bei dem die fusionierte Gesellschaft einen Wert von CHF 12 Mio. haben wird, wobei 120 000 A-Aktien mit einem Wert von je CHF 100.– ausstehend sein werden – heisst dies, dass z.B. ein Gesellschafter mit 8000 B-Aktien zwar 10 % der Stimmrechte in der B-AG hatte, doch dass er mit seinen 2000 A-Aktien nur noch über 1.6 % der Stimmrechte in der fusionierten Gesellschaft verfügen wird. Hingegen verkörpern sowohl die 8000 B-Aktien als auch die 2000 A-Aktien einen Wert von CHF 200 000.–, womit der Gesellschafter die von ihm vertretenen Werte erhalten könnte.

4. Umtauschverhältnis bei der Sanierungsfusion

a. Sanierung der übertragenden Gesellschaft

Ein besonderes Problem stellt sich bei der Bestimmung des Umtauschverhältnisses bei einer Sanierungsfusion,⁶⁰ sofern es sich nicht um eine Fusion zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft oder zwischen Schwestergesellschaften handelt. Grundsätzlich ist auch bei der Sanierungsfusion das Umtauschverhältnis aufgrund einer Bewertung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an den Gesellschaften, die an der Fusion beteiligt sind, zu ermitteln. Haben die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übertragenden Gesellschaft keinen Wert mehr, weil z.B. die Gesellschaft überschuldet ist, dann haben deren Gesellschafter auch nicht einen Anspruch darauf, dafür entschädigt zu werden. Obwohl die Botschaft davon ausgeht, dass die Kontinuität der Mitgliedschaft auch bei der Sanierungsfusion zu wahren ist,⁶¹ ist es nicht gerechtfertigt, die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für wertlose Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte mit entsprechenden Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft zu entschädigen.⁶² Es ist nicht ersichtlich, weshalb den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft gewährt werden sollten, wenn deren Alternative der Konkurs der übertragenden Gesellschaft wäre und sie auch dann ihrer Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte verlustig gingen. Darin unterscheidet sich dieser Fall auch vom Fall des Gesellschafters ohne Anteilschein, der bei der Übernahme seiner Gesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft Anspruch auf mindestens einen Anteil an der übernehmenden Gesellschaft hat.⁶³

b. Sanierung der übernehmenden Gesellschaft

Etwas komplexer ist die Lage, wenn die übernehmende Gesellschaft einen Kapitalverlust oder eine Überschuldung aufweist. Hier stellt sich das Problem bereits ein, wenn der Wert der Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft tiefer ist als ihr Nennwert. In diesem Fall kann zwar immer noch ein Umtauschverhältnis ermittelt werden, das den Interessen aller an der Fusion beteiligten Gesellschaftern ge-

recht wird. Hingegen ist zu beachten, dass aufgrund dieses korrekt berechneten Umtauschverhältnisses den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteilsrechte ausgegeben würden, deren Nennwert den Wert der Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft übersteigen. Dies wiederum würde bei der übernehmenden Gesellschaft zu einer Unter-pari-Emission führen, was von Gesetzes wegen nicht zulässig ist.⁶⁴ Dieses Problem kann jedoch gelöst werden, wenn die übernehmende Gesellschaft vor der Fusion eine Nennwertreduktion durchführt, was immer dann relativ einfach möglich ist, wenn die Voraussetzungen einer deklarativen Kapitalherabsetzung⁶⁵ gegeben sind.

Sind die Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft wertlos, dann gelten grundsätzlich die gleichen Überlegungen, wie wenn die Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft wertlos sind. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft keinen Anspruch darauf haben, an der fusionierten Gesellschaft beteiligt zu sein. Die übernehmende Gesellschaft hat demnach zuerst die ausstehenden Anteile zu vernichten und danach neue Anteile ausschliesslich an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auszugeben. Dies kann allenfalls mit einem Kapitalschnitt erreicht werden, sofern die übertragende Gesellschaft mindestens so viel Wert hat wie das bisherige Aktienkapital der übernehmenden Gesellschaft.⁶⁶ Falls die übertragende Gesellschaft weniger wert ist als das Aktienkapital der übernehmenden Gesellschaft, dann muss dieses zuerst mittels einer deklarativen Kapitalherabsetzung⁶⁷ herabgesetzt werden. In Abweichung zur bisherigen bundesgerichtlichen Praxis zum Kapitalschnitt ist den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft nicht mindestens eine Aktie zu gewähren, andernfalls diese gegenüber den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft bevorzugt behandelt würden.⁶⁸

c. Beispiel

Die Ausführungen zur Sanierungsfusion können anhand des oben stehenden Beispiels⁶⁹ verdeutlicht werden. Beträgt der Wert der B-AG nicht CHF 2 Mio. sondern bloss CHF 1 Mio., dann liegt der Wert einer B-Aktie mit CHF 12.50 unter ihrem Nennwert von CHF 15.–. Das Umtauschverhältnis beträgt nicht mehr 0.25 sondern nur noch 0.125, weshalb bloss 10 000 neue A-Aktien auszugeben sind und die Kapitalerhöhung in der A-AG CHF 100 000.– beträgt. Unter dem Aspekt der Festlegung des Umtauschverhältnisses ist dieser Fall nicht problematisch. Anders verhält es sich aber, wenn der Wert der A-Aktie unter ihrem Nennwert liegen würde, weil z.B. der Nennwert der A-Aktie nicht CHF 10.– sondern CHF 200.– ist. In diesem Fall ergäbe sich zwar auch ein Umtauschverhältnis von 0.25 und es wären 20 000 neue A-Aktien auszugeben. Die Kapitalerhöhung bei der A-AG wäre aber nicht CHF 200 000.– sondern CHF 4 Mio., was über dem Wert der B-AG von CHF 2 Mio. liegt. Damit würden die A-Aktien unter ihrem Nennwert ausgegeben, was nicht zulässig ist. Wie bereits erwähnt, könnte dieses Problem dadurch gelöst werden, dass der Nennwert der A-Aktien von CHF 200.– auf CHF 100.– reduziert würde, denn in diesem Fall würde die Kapitaler-

höhung CHF 2 Mio. betragen, was gerade dem Wert der B-AG entspricht.

III. Ausgleichszahlungen

Artikel 7 Abs. 2 FusG bestimmt für die Fusion, dass bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses für Anteile eine Ausgleichszahlung vorgesehen werden kann. Diese Bestimmung ist auf Grund von Art. 31 Abs. 1 FusG auch bei der Spaltung anwendbar. Im Gegensatz dazu ist gemäss Botschaft die Ausrichtung einer Ausgleichszahlung bei der Umwandlung nicht zulässig.⁷⁰ Die Botschaft geht davon aus, dass solche Zahlungen bei Umwandlungen nicht notwendig seien. Diese Auffassung ist nicht in jedem Fall zutreffend. So kann es beispielsweise bei der Umwandlung einer AG in eine GmbH aufgrund des hohen Mindestnennwertes der GmbH-Stammanteile möglich sein, dass Aktien verschiedener Aktienkategorien mit unterschiedlichem Nennwert nicht ohne weiteres in Stammeinlagen mit einem Nennwert von CHF 1000 oder eines Vielfachen davon umgewandelt werden können. Aus diesem Grund muss eine Ausgleichszahlung auch bei der Umwandlung zulässig sein, sofern dies im konkreten Fall notwendig ist.

Die Ausgleichszahlung ist für den so genannten Spitzenausgleich konzipiert und ist damit eine Zuzahlung.⁷¹ Eine Ausgleichszahlung kann damit vorgesehen werden, wenn der Inhaber eines Anteils an der übertragenden Gesellschaft einen Anspruch auf z.B. 1.0347 Anteile an der übernehmenden Gesellschaft hat. In diesem Fall kann der Betrag, der dem Wert von 0.0347 Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft entspricht, in Geld abgegolten werden. Kein Fall einer Ausgleichszahlung liegt im umgekehrten Falle vor, d.h. wenn ein Anteil an der übertragenden Gesellschaft einen Anspruch auf z.B. 0.347 Anteile an der übernehmenden Gesellschaft verkörpert.⁷²

Aufgrund des Wortlautes von Art. 7 Abs. 2 FusG könnte davon ausgegangen werden, dass die Gewährung einer Ausgleichszahlung nur bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses für Anteilsrechte zulässig ist. Diese Auslegung ist

64 Art. 624 OR.

65 Art. 735 OR.

66 Vgl. Art. 732 Abs. 1 OR.

67 Art. 735 OR.

68 Nach BGE 121 III 420 E. 4a kann einem Aktionär das Recht auf mindestens eine Stimme auch bei einer sanierungsbedingten vollständigen Abschreibung des Aktienkapitals nicht entzogen werden. Vgl. dazu 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, 59 f.

69 Vgl. vorne C.II.1.

70 Botschaft, 4451.

71 Vgl. für das deutsche Recht M. LUTTER (FN 37), UmwG § 5 N 25.

72 Vgl. vorne C.II.2.

53 Vgl. dazu hinten C.III und D.II.1.

54 Art. 623 Abs. 1 OR.

55 Art. 623 Abs. 2 OR.

56 Vgl. Art. 622 Abs. 4 OR für die AG und Art. 774 Abs. 1 OR für die GmbH.

57 Vgl. zum deutschen Recht M. LUTTER (FN 37), UmwG § 5 N 25; Frage offen gelassen bei P. BÖCKLI (FN 37), N 294x–295b.

58 Vgl. hinten C.IV.1.

59 Siehe vorne C.II.1.

60 Vgl. dazu Art. 6 FusG.

61 Botschaft, 4399.

62 G.L.M. R. WATTER, in: Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Fusionsgesetz, Bern 1999, 109.

63 Vgl. hinten C.IV.1.

jedoch zu eng und kann auch nicht mit einem vernünftigen Zweck begründet werden. Deshalb muss es zulässig sein, eine Ausgleichszahlung auch bei Gesellschaften auszurichten, die keine Anteilsrechte ausgeben können bzw. ausgegeben haben.⁷³ Zu beachten ist in diesem Fall, dass den Gesellschaftern solcher übertragenden Gesellschaften mindestens ein Anteil an der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren ist.⁷⁴

Die Ausgleichszahlung darf den zehnten Teil des wirklichen Werts der gewährten Anteile nicht übersteigen. Durch die Begrenzung der Ausgleichszahlung auf den zehnten Teil des wirklichen Wertes soll vermieden werden, dass das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft umgangen wird, indem anstatt Anteilsrechte Ausgleichszahlungen gewährt werden. Gleichzeitig kann damit die Ausgleichszahlung von der ausschliesslichen Abfindung⁷⁵ abgegrenzt werden.⁷⁶ Während nämlich die Vereinbarung einer ausschliesslichen Abfindung ein besonderes Quorum erfordert,⁷⁷ muss die Höhe der Ausgleichszahlung bloss im Fusions- oder Spaltungsvertrag bzw. im Spaltungs- oder Umwandlungsplan enthalten sein und in den entsprechenden Berichten erläutert und begründet werden.⁷⁸

Der Gesamtbetrag der Ausgleichszahlungen muss durch frei verwendbares Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft (nach der Fusion bzw. Spaltung) gedeckt sein.⁷⁹

Richtigerweise ist die Referenzgrösse für Ausgleichszahlungen der wirkliche Wert der gewährten Anteile und nicht etwa der Nennwert, wie dies das europäische Recht⁸⁰ vorsieht. Massgebender Zeitpunkt für die Festlegung des Wertes ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Fusions- oder Spaltungsvertrages bzw. der Erstellung des Spaltungs- oder Umwandlungsplanes.⁸¹

IV. Besondere Fälle

1. Gesellschafter ohne Anteilscheine

Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft ist auch zu beachten, wenn eine Gesellschaft, die keine Anteilscheine ausgeben kann oder ausgegeben hat, durch eine Kapitalgesellschaft übernommen oder in eine solche umgewandelt wird. Gesellschafter ohne Anteilscheine haben bei der Übernahme ihrer Gesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft Anspruch auf mindestens einen Anteil an der übernehmenden Gesellschaft.⁸² Diese Vorschriften gelten nur für Gesellschafter ohne Anteilscheine, d.h. für Gesellschafter von Vereinen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie Genossenschaften ohne Genossenschaftskapital. Die Bestimmungen sind nur aktuell, soweit der Wert der Mitgliedschaft eines Gesellschafters der übertragenden bzw. sich umwandelnden Gesellschaft im massgeblichen Zeitpunkt tiefer liegt als der Wert eines Anteils an der übernehmenden Gesellschaft. Die Vorschriften räumen also diesen Gesellschaftern unabhängig des von ihnen vertretenen Wertes einen Anspruch auf wenigstens einen Anteil ein und verbieten, diese Gesellschafter stattdessen mit einer Barzahlung zu entschädigen, sofern nicht die Voraussetzungen der Abfindung erfüllt sind.⁸³

Die übernehmende Gesellschaft muss zur Abgeltung der Gesellschafter der übertragenden bzw. sich umwandelnden Gesellschaft z.B. Anteile von entsprechendem Nennwert schaffen oder die erforderlichen Anteile zumindest teilweise aus frei verfügbarem Eigenkapital liberieren. Gesellschafter ohne Anteilscheine dürfen nicht bloss mit Bezugsrechten abgegolten werden.⁸⁴ Ebenfalls unzulässig wäre die Auferlegung der Verpflichtung, die ihnen gewährten Anteile selbst zu liberieren.⁸⁵ Reicht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft nicht aus, um die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft gewährten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft zu liberieren, ist eine teilweise Liberierung mittels frei verfügbarem Eigenkapital in Betracht zu ziehen. Waren die betreffenden Gesellschafter in der übertragenden Gesellschaft stimmberechtigt, steht ihnen mindestens ein Anteil mit Stimmrecht zu.

Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz sah noch vor, dass der Mindestnennwert von Anteilen nicht eingehalten werden muss.⁸⁶ Die Bestimmung des Vorentwurfs ist nicht Gesetz geworden. Bezüglich der Aktiengesellschaft wurde diese Bestimmung durch die zwischenzeitliche Herabsetzung des Mindestnennwerts auf 1 Rappen wohl in den meisten Fällen obsolet. Für die GmbH muss weiterhin davon ausgegangen werden, dass der Nennwert eines Stammanteils nicht unter CHF 1000 liegen darf,⁸⁷ zumal dem Gesetzgeber das Problem bewusst war.⁸⁸

2. Anteile ohne Stimmrecht

Eine spezielle Regelung enthält das Fusionsgesetz für die Abgeltung von Anteilen ohne Stimmrecht. Danach müssen für Anteile ohne Stimmrecht an der übertragenden bzw. sich umwandelnden Gesellschaft gleichwertige Anteile

oder Anteile mit Stimmrecht gewährt werden.⁸⁹ Anteile ohne Stimmrecht sind nur solche Anteile, die strukturbedingt kein Stimmrecht haben, nicht jedoch solche, deren Stimmrecht bloss ruht. Deshalb gelten als Anteile ohne Stimmrecht insbesondere Partizipationsscheine,⁹⁰ nicht jedoch Aktien, deren Stimmrecht aufgrund einer statutarischen Höchststimmklausel⁹¹ oder aus anderen Gründen (z.B. nicht im Aktienbuch eingetragene vinkulierte Namensaktien) ruht. Bezüglich Genussscheinen gehen Art. 7 Abs. 6 bzw. Art. 56 Abs. 5 FusG als *lex specialis* vor.⁹²

Da die Inhaber von Anteilen ohne Stimmrecht auch mit gleichwertigen Anteilen der übernehmenden Gesellschaft entschädigt werden dürfen, genügt eine Abgeltung mit wiederum stimmrechtslosen Anteilen. Dies setzt aber voraus, dass die übernehmende Gesellschaft solche Anteile ausgeben darf und die entsprechenden Erfordernisse eingehalten werden. Soweit die rechtlichen Voraussetzungen für die Schaffung solcher Titeln gegeben sind,⁹³ dürfen daher Partizipanten der übertragenden Gesellschaft mit Partizipationsscheinen an der übernehmenden Gesellschaft abgegolten werden. Daneben bestimmt das Fusionsgesetz aber ausdrücklich, dass für Anteile ohne Stimmrecht auch solche mit Stimmrecht gewährt werden dürfen. In diesem Fall ist zu berücksichtigen, dass dem Stimmrecht selbst auch ein Wert zukommt.⁹⁴

Das Gesetz sieht unter Umständen für Anteile ohne Stimmrecht einen besonderen Schutz vor. So dürfen z.B. die Vorrechte und die statutarischen Mitwirkungsrechte von Partizipanten nur mit Zustimmung einer Sonderversammlung der betroffenen Partizipanten beschränkt oder aufgehoben werden.⁹⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Partizipanten auch bei der Beschlussfassung über eine Umstrukturierung ein Mitspracherecht haben müssen. Gemäss dem Fusionsgesetz sind beispielsweise für die Beschlussfassung über den Fusionsvertrag einzig die Aktionäre zuständig.⁹⁶ Es ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen des Fusionsgesetzes der allgemeinen Bestimmung von Art. 656f OR als *lex specialis* vorgehen und die Partizipanten kein Mitspracherecht haben. Diese Auffassung ist namentlich auch deshalb vertretbar, weil die Partizipanten einerseits einen Anspruch auf gleichwertige Anteile oder auf Anteile mit Stimmrecht haben und andererseits dieser Anspruch gerichtlich durchsetzbar ist.⁹⁷

3. Sonderrechte

Schliesslich erfährt auch die Entschädigung für Sonderrechte eine besondere Erwähnung im Fusionsgesetz. Für Sonderrechte an der übertragenden oder sich umwandelnden Gesellschaft, die mit Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten verbunden sind, sind gleichwertige Rechte oder eine angemessene Abgeltung zu gewähren.⁹⁸ Als Sonderrechte im Sinne dieser Bestimmung gelten z.B. die mit Stimmrechts- und Vorzugsaktien verbundenen Rechte⁹⁹ oder Individualrechte (z.B. Vetorechte) einzelner Gesellschafter.¹⁰⁰

Grundsätzlich dürfen Sonderrechte immer durch eine angemessene Barzahlung oder Sachleistung abgegolten werden. Zu beachten ist allerdings, dass die Abgeltung nur

das Sonderrecht als solches, nicht aber auch das zugrunde liegende Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht betreffen darf. Soll das Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht selbst abgegolten werden, müssen die Voraussetzungen der Abfindung erfüllt sein.¹⁰¹ Sollen Sonderrechte mit gleichwertigen Rechten abgegolten werden, ist erforderlich, dass die übernehmende Gesellschaft solche Sonderrechte ausgeben darf und die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dies ist insbesondere fraglich, wenn bei der übertragenden oder sich umwandelnden Gesellschaft Individualrechte (z.B. Vetorechte einzelner Gesellschafter) bestehen und die übernehmende Gesellschaft beispielsweise eine Aktiengesellschaft ist.

Auch Sonderrechte dürfen teilweise von Gesetzes wegen nur mit Zustimmung einer Sonderversammlung der berechtigten Gesellschafter abgeändert oder aufgehoben werden.¹⁰² Deshalb stellt sich auch hier, wie schon bei den Anteilen ohne Stimmrecht,¹⁰³ die Frage nach der Mitsprache z.B. bei der Beschlussfassung über den Fusionsvertrag. Meines Erachtens ist die Frage gleich zu beantworten wie bei den Partizipanten, d.h. die entsprechenden Bestimmungen des Fusionsgesetzes gehen den Bestimmungen des OR als *lex specialis* vor. Deshalb können die entsprechenden Beschlüsse mit dem gewöhnlichen Quorum gefasst werden. Diese Lösung ist namentlich deshalb vertretbar, weil auch für Sonderrechte gleichwertige Rechte oder eine angemessene Abgeltung zu gewähren ist, was zudem gerichtlich überprüfbar ist.¹⁰⁴

4. Mutter-Tochter- und Schwester-Fusionen

Ein Umtausch von Anteilsrechten ist insoweit nicht notwendig, als Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft oder von der übertragenden Gesellschaft selbst gehalten werden. In diesem Fall

89 Vgl. Art. 7 Abs. 4 FusG für die Fusion, Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 FusG für die Spaltung und Art. 56 Abs. 3 FusG für die Umwandlung.

90 Botschaft, 4402.

91 Art. 692 Abs. 2 OR.

92 Vgl. dazu hinten D.I.

93 Vgl. insbesondere Art. 656b Abs. 1 OR.

94 Vgl. LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance-Aspekten, in: ZSR II 2000, 137–193, 156 f.

95 Art. 656f Abs. 4 OR.

96 Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG.

97 Art. 105 f. FusG; vgl. hinten E.

98 Vgl. Art. 7 Abs. 5 FusG für die Fusion, Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 5 FusG für die Spaltung und Art. 56 Abs. 4 FusG für die Umwandlung.

99 Botschaft, 4402.

100 Betr. Optionsrechte vgl. vorne B.I.

101 Art. 8 FusG; vgl. hinten D.I.I.

102 Vgl. z.B. Art. 654 Abs. 2 und 3 OR für Vorzugsaktien.

103 Vgl. vorne C.IV.2.

104 Art. 105 f. FusG; vgl. hinten E.

73 Verein, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft und Genossenschaft ohne Genossenschaftskapital.

74 Vgl. dazu im einzelnen hinten C.IV.1.

75 Art. 8 Abs. 2 FusG.

76 Botschaft, 4401; ROLAND VON BÜREN, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), aus der Sicht des Gesellschaftsrechts, in: ZSR I 1998, 299–316, 302.

77 Vgl. dazu hinten D.II.4.

78 Vgl. dazu vorne B.IV.

79 BÖCKLI (FN 37), N 295c; W. F. BÜRGI, ZH-Komm. (FN 2), OR 748 N 57.

80 Art. 3 Abs. 1 der 3. EG-RL zum Gesellschaftsrecht (78/855/EWG).

81 Botschaft, 4401; vgl. vorne C.I.

82 Vgl. Art. 7 Abs. 3 FusG für die Fusion, Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 FusG für die Spaltung und Art. 56 Abs. 2 FusG für die Umwandlung.

83 Vgl. dazu hinten D.II.1.

84 Botschaft, 4402.

85 Botschaft, 4402.

86 Art. 7 Abs. 3 VE FusG.

87 Art. 774 Abs. 1 OR; gemäss Botschaft zur GmbH-Revision soll dieser Betrag aber auf CHF 100 herabgesetzt werden.

88 Botschaft, 4494.

müssen bezüglich dieser Anteilsrechte keine Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für den Verlust ihrer Anteilsrechte abgegolten werden.¹⁰⁵ Entsprechend kann auch der Umfang der Kapitalerhöhung reduziert werden.¹⁰⁶ Bei der sog. Mutter-Tochter-Fusion, d.h. wenn die übernehmende Gesellschaft 100 % der Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft hält, entfällt die Kapitalerhöhung gänzlich.¹⁰⁷

Eine Abgeltung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft kann auch dann unterbleiben, wenn der Gesellschaftskreis der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaft identisch ist, d.h. eine sog. Schwester-Fusion vorliegt. Bei dieser Konstellation wird der Verlust der Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft durch eine entsprechende Wertzunahme der Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft kompensiert.¹⁰⁸ Auch in diesem Fall kann eine Kapitalerhöhung unterbleiben, weil sie zur Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich ist.¹⁰⁹

D. Ausnahmen vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft

I. Genussscheine

Eine generelle Ausnahme vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft statuiert das Fusionsgesetz für Genussscheine im Sinne von Art. 657 OR.¹¹⁰ Obwohl die Inhaber von Genussscheinen Anteilseigner und damit Gesellschafter sind,¹¹¹ müssen für Genussscheine nicht zwingend gleichwertige Rechte gewährt werden. Vielmehr können Genussscheine zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Abschlusses des Fusions- oder Spaltungsvertrages bzw. der Erstellung des Spaltungs- bzw. Umwandlungsplanes zurückgekauft werden.¹¹² Die effektive Behandlung der Genussscheineinhaber muss dabei im Fusions- oder Spaltungsvertrag bzw. im Spaltungs- oder Umwandlungsplan geregelt werden.¹¹³ Als weniger weit gehende Massnahme muss es auch zulässig sein, den Genussscheineinhabern analog zu Art. 8 Abs. 1 FusG ein Wahlrecht zwischen gleichwertigen Rechten und dem Rückkauf durch die Gesellschaft zu gewähren.

Bei der Beschlussfassung über den Fusions- oder Spaltungsvertrag bzw. den Spaltungs- oder Umwandlungsplan stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 657 Abs. 4 OR. Danach können nur die Inhaber der Mehrheit aller im Umlauf befindlichen Genussscheintitel verbindlich den Verzicht auf einzelne oder alle Rechte aus den Genussscheinen beschliessen. Meines Erachtens gehen die Bestimmungen des Fusionsgesetzes jener von Art. 657 Abs. 4 OR vor, d.h. die zwangsweise Abfindung der Inhaber von Genussscheinen kann mit dem gewöhnlichen Quorum beschlossen werden.¹¹⁴ Diese Lösung ist namentlich deshalb vertretbar, weil die Genussscheineinhaber mit dem wirklichen Wert ihrer Titel abgegolten werden müssen und die Angemessenheit dieser Abfindung zudem gerichtlich überprüfbar ist.¹¹⁵

II. Die Abfindung

1. Zulässigkeit der Abfindung

Ebenfalls eine Ausnahme vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft statuieren die Vorschriften über die Abfindung.¹¹⁶ Danach kann bei gewissen Umstrukturierungsmaßnahmen vereinbart werden, dass den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft an Stelle von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übernehmenden Gesellschaft eine Abfindung gewährt werden darf. Dabei wird systematisch zwischen zwei Fällen der Abfindung unterschieden, nämlich demjenigen der wahlweisen Abfindung¹¹⁷ und jenem der zwangsweisen Abfindung¹¹⁸. Die zwangsweise Abfindung wird auch als *squeeze-out* bezeichnet. Für Genussscheine gelten besondere Bestimmungen.¹¹⁹

Das Fusionsgesetz sieht die Abfindung nur für die Fusion vor. Die Botschaft geht davon aus, dass bei der Spaltung und Umwandlung eine Abfindung nicht zulässig ist.¹²⁰ Bezüglich der Umwandlung ist dies sachgerecht, weil ansonsten allzu leicht Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden könnten. Das Gleiche gilt für die Spaltung zur Neugründung, denn bei dieser wird materiell entweder gar keine Umstrukturierung vorgenommen (wenn die übernehmende Gesellschaft die gleiche Rechtsform hat wie die übertragende Gesellschaft) oder sie entspricht materiell einer Umwandlung (wenn der übernehmende Rechtsträger eine andere Rechtsform hat als der übertragende Rechtsträger). Bei einer Spaltung zur Übernahme ist hingegen nicht ersichtlich, weshalb eine wahlweise oder ausschliessliche

Abfindung nicht zulässig sein soll. Materiell entspricht die Spaltung zur Übernahme bezüglich des zu übertragenden Unternehmensteils einer Fusion. Der einzige Unterschied zur Fusion liegt darin, dass die übernehmende Gesellschaft nicht die ganze übertragende Gesellschaft, sondern bloss einen Teil derselben übernimmt. Aus diesem Grund muss bei einer Spaltung zur Übernahme die Vereinbarung einer Abfindung im Sinne von Art. 8 FusG ebenfalls zulässig sein.

Gemäss Botschaft ist die Abfindung als Kapitalrückzahlung an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aufzufassen, weshalb bei der Ausrichtung einer Abfindung die allgemeinen Voraussetzungen für die Rückleistung von Einlagen zu beachten seien. Diese Auffassung geht davon aus, dass bei der Abfindung die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft für eine logische Sekunde zu Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft werden. Folgerichtig wird die Abfindung als Kapitalrückzahlung der übernehmenden Gesellschaft verstanden und sind entsprechend die einschlägigen Vorschriften betreffend Rückleistung von Einlagen zu beachten. Die in der Botschaft vertretene Auffassung, dass die Abfindung eine Kapitalrückzahlung darstellt, ist m.E. nicht zwingend. Vorab ist zu beachten, dass die Vereinbarung einer Abfindung auch als Verkürzung eines vorgängigen Aktienerwerbs mit anschliessender Mutter-Tochter-Fusion verstanden werden kann. In diesem Fall würde die übernehmende Gesellschaft eine logische Sekunde vor der eigentlichen Fusion Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte von Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft käuflich erwerben. Weil dabei keine Kapitalrückzahlung vorläge, müssten auch nicht etwaige Kapitalschutznormen beachtet werden.

Wird mit der Botschaft davon ausgegangen, dass bei einer Abfindung die Kapitalschutzvorschriften beachtet werden müssen, dann darf eine Abfindung nur dann erfolgen, wenn die Gesellschaft über genügend freies Eigenkapital verfügt¹²¹ und zudem – bei der Aktiengesellschaft – die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien¹²² eingehalten werden. Sofern sich bereits vor der Fassung des Fusionsbeschlusses abzeichnet, dass diese Schranken mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht eingehalten werden können, hat die Fusion zu unterbleiben; ein gleichwohl gefasster Beschluss wäre rechtswidrig, weil er einen Verstoß gegen zwingendes Recht vorbereitet.¹²³ Zu beachten ist, dass die prozentuale Begrenzung gemäss Art. 659 OR von der wohl h.L. als blosse Ordnungsvorschrift verstanden wird,¹²⁴ weshalb deren Verletzung auch nicht zur Nichtigkeit des Fusionsbeschlusses führt.

Namentlich bei der wahlweisen Abfindung stellt sich unter Umständen erst nach der Beschlussfassung heraus, dass die Schranken der Kapitalerhaltungsvorschriften nicht eingehalten werden können. In diesem Fall behält der ursprünglich rechtmässige Fusionsbeschluss seine Rechtsgültigkeit.¹²⁵ Die übernehmende Gesellschaft ist demnach verpflichtet, den austrittswilligen Gesellschaftern eine Abfindung auszurichten, selbst wenn dies allenfalls gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften verstösst. Werden bei der übernehmenden Gesellschaft die erforderlichen Anteile

mittels ordentlicher Kapitalerhöhung geschaffen,¹²⁶ dann muss die übernehmende Gesellschaft auch die ihr angebotenen Anteile erwerben, selbst wenn dieser Erwerb gegen die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien verstösst.¹²⁷

2. Höhe und Art der Abfindung

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung bezüglich der Höhe der Abfindung. Aufgrund der Gesetzessystematik ist aber davon auszugehen, dass die Abfindung dem wirklichen Wert der bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte entsprechen muss.¹²⁸ Dies ergibt sich aus dem in Art. 7 Abs. 1 FusG verankerten Grundsatz, dass die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft den bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen müssen. Dieser Grundsatz wurde unter anderem dahingehend konkretisiert, dass für Sonderrechte gleichwertige Rechte oder eine angemessene Abgeltung gewährt werden muss¹²⁹ oder dass Genussscheine zum wirklichen Wert zurückzukaufen sind¹³⁰. Aus den gleichen Überlegungen ist auch zu fordern, dass die Abfindung dem wirklichen Wert der bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen muss. Relevanter Zeitpunkt ist dabei der Zeitpunkt des Abschlusses des Fusions- oder Spaltungsvertrages.¹³¹ Aus diesen Gründen ist die in der Botschaft vertretene Auffassung, dass die Abfindung gemäss Art. 8 FusG nicht dem wirklichen Wert der Anteile entsprechen müsse,¹³² abzulehnen.

Auch über die Art der Abfindung enthält das Gesetz keine Angaben. Grundsätzlich muss eine Abfindung nicht in Bargeld erfolgen, sondern kann auch in anderen Vermögenszuwendungen, wie z.B. Wertpapieren, bestehen. Definitionsgemäss können Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft keine Abfindung darstellen. Bei der zwangsweisen Abfindung darf meines Erachtens die Abfindung nicht in beliebigen Vermögenswerten erfolgen, namentlich wenn diese nicht marktfähig sind. Eine Abfindung in anderen Vermögenswerten als Bargeld muss

121 Vgl. Art. 671–673 und Art. 680 Abs. 2 OR für die AG.
122 Art. 659 OR.

123 B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 29 N 24.

124 Vgl. ANDREAS VON PLANTA/CHRISTIAN LENZ, Komm. zu Art. 659–659b OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II Art. 530–1186 OR, 2. A., 2002, OR 659 N 11 m.w.H.

125 B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 29 N 25.

126 Vgl. dazu F. BOMMER, Stämpflis Handkommentar (FN 49), FusG Art. 9 N 3.

127 B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 29 N 26.

128 Vgl. zum deutschen Recht B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 30 N 2; CHR. STRATZ (FN 40), UmwG § 5 N 15.

129 Vgl. vorne C.IV.3.

130 Vgl. vorne D.I.

131 Vgl. vorne C.I.

132 Botschaft, 4423.

105 F. BOMMER, Stämpflis Handkommentar (FN 49), FusG Art. 9 N 7 f.

106 Vgl. vorne C.II.1.

107 M. KÜNG (FN 47), 250.

108 F. BOMMER, Stämpflis Handkommentar (FN 49), FusG Art. 9 N 10; M. KÜNG (FN 47), 250.

109 Art. 9 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 FusG; vgl. vorne C.II.1. Anders das deutsche Recht, das zum Schutz der Gläubiger durch Kapitalerhaltung auch in diesem Fall eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft verlangt; vgl. die Kritik dazu bei H. SCHRÖDER (FN 47), UmwG § 5 N 116.

110 Vgl. Art. 7 Abs. 6 FusG für die Fusion, Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 6 FusG für die Spaltung und Art. 56 Abs. 5 FusG für die Umwandlung.

111 Vgl. vorne B.I.

112 Art. 7 Abs. 6 bzw. Art. 56 Abs. 5 FusG.

113 Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. c FusG für die Fusion, Art. 37 lit. d FusG für die Spaltung und Art. 61 Abs. 3 lit. d FusG für die Umwandlung.

114 Vgl. auch vorne C.IV.2 und C.IV.3 jeweils an Ende.

115 Vgl. Art. 105 f. FusG und hinten E.

116 Art. 8 FusG.

117 Art. 8 Abs. 1 FusG; vgl. hinten D.II.3.

118 Art. 8 Abs. 2 FusG; vgl. hinten D.II.4.

119 Vgl. dazu vorne D.I.

120 Botschaft, 4430 und 4451.

aber immer dann zulässig sein, wenn diese anderen Vermögenswerte einen Bezug zu den fusionierten Gesellschaften haben. In diesem Sinne muss namentlich die so genannte "Dreiecksfusion" (*triangular merger*) zulässig sein: Dabei wird die übertragende Gesellschaft von einer Konzern-Tochtergesellschaft übernommen, wobei den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteilsrechte an der Muttergesellschaft zugewiesen werden.¹³³ Auch weiterhin unzulässig bleibt die Durchführung eines *reverse triangular merger*, bei dem die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft bloss eine Abfindung, jene der übertragenden Gesellschaft jedoch Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft erhalten.¹³⁴

3. Wahlweise Abfindung

Die an der Fusion beteiligten Gesellschaften können im Fusionsvertrag vorsehen, dass die Gesellschafter zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung wählen können.¹³⁵ In diesem Fall haben die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft die Möglichkeit, im Rahmen der Fusion aus der Gesellschaft auszutreten. Obwohl dies im Gesetzestext nicht ausdrücklich gesagt wird, handelt es sich dabei ausschliesslich um ein Wahl- bzw. Austrittsrecht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.¹³⁶

Erste Voraussetzung einer wahlweisen Abfindung ist die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Fusionsvertrag.¹³⁷ Diese Bestimmung hat nicht nur die Höhe der Abfindung festzulegen,¹³⁸ sondern auch den Kreis der Gesellschafter, die von einem Wahlrecht Gebrauch machen dürfen. Unter Umständen hat die übernehmende Gesellschaft ein Interesse daran, diesen Kreis einzuschränken, damit der maximale Betrag an Abfindungsleistungen nicht zu hoch ist. Weil die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft grundsätzlich nur einen Anspruch auf Wahrung ihrer Anteils- und Mitgliedschaftsrechte haben und ihnen kein Anspruch auf eine Abfindung zusteht, muss es unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes zulässig sein, eine Abfindung nur gewissen Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft anzubieten. Auch ist es denkbar, dass eine Abfindung bloss für jene Fälle vorgesehen wird, in denen auf Grund des Austauschverhältnisses Anteile an der übertragenden Gesellschaft nicht in mindestens einen Anteil an der übernehmenden Gesellschaft umgetauscht werden können.¹³⁹

Weitere Voraussetzung eines Austritts ist die Ausübung des Wahlrechts durch den austrittswilligen Gesellschafter. Die Ausübung des Wahlrechts erfolgt durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung. Das Gesetz äussert sich weder zu den Formerfordernissen noch zur einzuhaltenden Frist für die Abgabe der Ausübungserklärung. Bezüglich der Formerfordernisse ist in der Praxis eine schriftliche Erklärung zu verlangen. Dies ergibt sich daraus, dass die entsprechenden Erklärungen einen massgeblichen Einfluss auf die Mitgliedschaftsverhältnisse bei der übernehmenden Gesellschaft haben und dass diesbezüglich klare Verhältnisse bestehen müssen. Hinsichtlich der einzuhaltenden Frist zur Abgabe der Ausübungserklärung ist in analoger Anwen-

dung von Art. 19 Abs. 1 FusG grundsätzlich davon auszugehen, dass den Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft eine Frist von zwei Monaten zu gewähren ist.¹⁴⁰ Im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 1 FusG sollte diese Frist aber nicht schon mit dem Fusionsbeschluss zu laufen beginnen, sondern erst mit dessen Veröffentlichung. Dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung von Art. 105 Abs. 1 FusG; in diesem Zeitpunkt besteht die Vermutung, dass sämtliche betroffenen Gesellschafter vom Fusionsbeschluss Kenntnis haben.¹⁴¹ Die Regelung von Art. 19 Abs. 1 FusG – also das Abstellen auf den Fusionsbeschluss und nicht auf die Veröffentlichung – ist für Vereine gerechtfertigt, weil wohl die wenigsten Vereine im Handelsregister eingetragen sind und deshalb der Fusionsbeschluss in der Regel auch nicht veröffentlicht werden muss.¹⁴²

Ebenfalls keine Angaben macht das Gesetz über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Austritts. Es ist davon auszugehen, dass der Austritt rückwirkend auf den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion wirksam wird. Dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung von Art. 19 Abs. 2 FusG, der vorsieht, dass bei Vereinen der Austritt rückwirkend auf das Datum des Fusionsbeschlusses wirksam wird. Weil bei Vereinen davon auszugehen ist, dass in der Regel mangels Handelsregistereintragung die Fusion mit dem Vorliegen des Fusionsbeschlusses aller beteiligten Vereine rechtswirksam wird,¹⁴³ ist als generelle Regel für das Wirksamwerden des Austritts der Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion anzunehmen. Die Rückwirkung hat keinen Einfluss auf bereits vollzogene Rechtsgeschäfte oder Willenserklärungen; insbesondere ist davon auszugehen, dass während der entsprechenden Frist gefasste Generalversammlungsbeschlüsse gültig bleiben.

Anders als im deutschen Recht und im Falle von Art. 19 Abs. 1 FusG ist das Austrittsrecht gemäss Art. 8 Abs. 1 FusG nicht ein Schutzrecht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Aus diesem Grund steht das Austrittsrecht nicht nur jenen Gesellschaftern der übertragenden

133 Botschaft, 4403.

134 Vgl. dazu R. WATTER, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, Nr. 654. Vgl. dazu aber die Ausführungen zur Sanierungsfusion im Fall der Sanierung der übernehmenden Gesellschaft, oben C.II.4.b).

135 Art. 8 Abs. 1 FusG.

136 Botschaft, 4403.

137 Im Gegensatz zum Fall der zwangsweisen Abfindung ist kein qualifiziertes Quorum erforderlich, um einen entsprechenden Fusionsbeschluss zu fassen.

138 Art. 13 Abs. 1 lit. f FusG.

139 Vgl. zu diesem Problem vorne C.II.2 und C.III.

140 Vgl. für das deutsche Recht B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 31 N.2.

141 Art. 933 Abs. 1 OR; vgl. für das deutsche Recht B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 31 N.2.

142 Art. 22 Abs. 2 FusG.

143 Art. 22 Abs. 2 FusG.

Gesellschaft zu, die dem Fusionsbeschluss nicht zugestimmt haben, sondern auch jenen, welche diesem vielleicht gerade wegen eines attraktiven Austrittsrechts zugestimmt haben.¹⁴⁴

4. Zwangsweise Abfindung (*squeeze-out*)

Die an der Fusion beteiligten Gesellschaften können im Fusionsvertrag auch vorsehen, dass ausschliesslich eine Abfindung ausgerichtet wird.¹⁴⁵ Dies bedeutet für gewisse Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, dass sie zwangsweise aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Grundsätzlich ist dabei der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter¹⁴⁶ zu beachten. Allerdings sind nicht sämtliche Gesellschafter gleich zu behandeln, ist doch die zwangsweise Abfindung geradezu dafür konzipiert, Minderheiten aus der Gesellschaft auszuschliessen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung reduziert sich deshalb auf die Gleichbehandlung von Minderheitsgesellschaften. Mit anderen Worten dürfen verschiedene Minderheitsgesellschaften nicht willkürlich unterschiedlich behandelt werden, d.h. nicht ohne sachlichen Grund. Hingegen kann aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht abgeleitet werden, dass die Minderheitsgesellschaften gleich wie der Mehrheitsgesellschaft zu behandeln sind.

Während bei der Vereinbarung einer wahlweisen Abfindung die gewöhnlichen Zustimmungserfordernisse erfüllt werden müssen, sind bei einem *squeeze-out* besondere Quorumsvorschriften zu beachten: Gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG müssen einem entsprechenden Fusionsbeschluss mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zustimmen. Der Vorentwurf sah für den *squeeze-out* noch ein Einstimmigkeitserfordernis vor. Dieser Vorschlag war in der Vernehmlassung verschiedentlich kritisiert worden, weil dies einzelnen Gesellschaftern ein Vetorecht gäbe und damit ein *squeeze-out* gerade nicht möglich wäre.¹⁴⁷ Weil aber der Gesetzgeber den *squeeze-out* ermöglichen wollte, beschloss er die heutige Gesetzesbestimmung. Aufgrund des Wortlautes dieser Bestimmung könnte davon ausgegangen werden, dass selbst bei einer Kapitalgesellschaft das Kopfstimmprinzip massgebend ist, wobei das Quorum nicht aufgrund der an der Generalversammlung vertretenen Gesellschafter berechnet wird, sondern aufgrund sämtlicher Gesellschafter. Dies kann jedoch aus folgenden Überlegungen nicht die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein:

Bei einem Zustimmungserfordernis von 90% sämtlicher Gesellschafter könnte ein *squeeze-out* in Gesellschaften mit weniger als zehn Gesellschaftern – ausser bei Einstimmigkeit – nie beschlossen werden, denn selbst wenn acht von neun Gesellschaftern einem entsprechenden Beschluss zustimmen würden, wären dies nur 88.88%.¹⁴⁸ Damit würde ein *squeeze-out* gerade in kleinen Verhältnissen mit wenigen Minderheitsaktionären systematisch verunmöglicht. Weiter könnte ein *squeeze-out* auch bei Publikumsgesellschaften kaum je beschlossen werden, denn in der Praxis ist es geradezu ausgeschlossen, dass nur schon 90% sämtlicher Gesellschafter einer Publikumsgesellschaft an einer Generalversammlung teilnehmen. Damit könnte ein entsprechender Be-

schluss aber selbst bei Einstimmigkeit nicht gefasst werden. Schliesslich ist zu beachten, dass z.B. bei Aktiengesellschaften, die Inhaberaktien ausgegeben haben, unter Umständen gar nicht bekannt ist, wie viele Gesellschafter bestehen. Damit könnte auch nicht ermittelt werden, ob das verlangte Quorum erreicht worden ist. Aus diesen Gründen ist die Bestimmung von Art. 18 Abs. 5 FusG so auszulegen, dass anstatt der in Art. 18 Abs. 1–4 FusG festgelegten Quoren das Quorum von 90% gilt. Das heisst, dass z.B. bei Aktiengesellschaften statt mindestens zweier Drittel der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen und der absoluten Mehrheit des von ihnen vertretenen Aktiennennwertes¹⁴⁹ eben 90% der an der Generalversammlung vertretenen Aktienstimmen und 90% des von ihnen vertretenen Aktiennennwertes dem Beschluss zustimmen müssen.¹⁵⁰ Verlangt das Gesetz für bestimmte Beschlüsse Einstimmigkeit,¹⁵¹ dann gilt dieses strengere Zustimmungserfordernis. Ist mehr als eine übertragende Gesellschaft an der Fusion beteiligt, muss bloss die Gesellschaft, deren Gesellschafter von einer zwangsweisen Abfindung betroffen sind, mit dem 90%-Quorum dem Fusionsbeschluss zustimmen.

III. Asymmetrische Spaltung

Das Prinzip der Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte wird auch bei der asymmetrischen Spaltung durchbrochen. Bei dieser Spaltungsform werden den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an einzelnen oder allen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften unter Abänderung der Beteiligungsverhältnisse zugewiesen.¹⁵² Die asymmetrische Spaltung eröffnet dadurch verschiedene Möglichkeiten, die Beteiligungsstruktur der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften zu verändern. Zu beachten ist, dass auch bei der asymmetrischen Spaltung die bei der Fusion geltenden Kriterien zur Festlegung eines angemessenen Umtauschverhältnisses zu berücksichtigen sind.¹⁵³ Im Einzelnen können etwa folgende asymmetrischen Spaltungen vorgenommen werden:

144 Vgl. für die andere Lösung im deutschen Recht B. GRUNEWALD (FN 9), UmwG § 29 N.10.

145 Art. 8 Abs. 2 FusG.

146 Vgl. z.B. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR und P. FORSTMOSER/H. MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 4), § 39 N.63; CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 37.

147 Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen (FN 62), 169 f.

148 D. JERMINI, Stämpfli Handkommentar (FN 9), FusG Art. 18 N.12.

149 Art. 18 Abs. 1 lit. a FusG.

150 G.M. R. GRONER (FN 39), 400.

151 Vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. b und Art. 18 Abs. 2 FusG.

152 Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG.

153 Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 FusG.

Bei der asymmetrischen Aufspaltung kann vorgesehen werden, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zwar eine Beteiligung an allen übernehmenden Gesellschaften erhalten, diese aber nicht proportional zu ihren bisherigen Beteiligungen an der übertragenden Gesellschaft sind. Dieser Fall liegt z.B. vor, wenn eine übertragende GmbH zwei Gesellschafter hat, die bisher je über 50 % des Stammkapitals verfügten, und die neu je spiegelgleich 70 % der ausgegebenen Aktien an der einen und 30 % an der anderen übernehmenden Aktiengesellschaft erhalten.¹⁵⁴ Durch eine asymmetrische Aufspaltung kann weiter erreicht werden, dass ein Teil der Gesellschafter lediglich Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der einen der übernehmenden Gesellschaften erhält, während die anderen Gesellschafter diejenigen an der anderen übernehmenden Gesellschaft erhalten.

Bei der asymmetrischen Abspaltung kann vorgesehen werden, dass alle Gesellschafter an der übertragenden Gesellschaft zwar sowohl an der übertragenden Gesellschaft als auch an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt sind, diese Beteiligungen aber nicht proportional zu den bisherigen Beteiligungen an der übertragenden Gesellschaft sind. Dieser Fall liegt z.B. vor, wenn eine übertragende AG zwei Gesellschafter hat, die bisher je über 50 % der Aktien verfügten und die neu je spiegelgleich 70 % der ausgegebenen Aktien an der übernehmenden Gesellschaft und 30 % an der übertragenden Gesellschaft erhalten. Durch eine asymmetrische Abspaltung kann weiter erreicht werden, dass gewisse Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft lediglich Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft erhalten und damit aus der übertragenden Gesellschaft ausscheiden, während die übrigen Gesellschafter dagegen ihre Beteiligungsquote an der übertragenden Gesellschaft entsprechend erhöhen.¹⁵⁵ In diesem Fall kommt die asymmetrische Abspaltung der zweiseitigen Abfindung¹⁵⁶ nahe. Im Gegensatz zur Abfindung müssen den von der übertragenden Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschaftern allerdings Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden.

Die asymmetrische Spaltung bringt ein erhöhtes Risiko für Gesellschafter mit einer Minderheitsbeteiligung mit sich, weil bei einem solchen Umstrukturierungsvorgang versucht werden könnte, die guten und die schlechten Risiken zum Nachteil dieser Gesellschafter aufzuteilen.¹⁵⁷ Um einen gewissen Minderheitenschutz bei einer asymmetrischen Spaltung zu gewährleisten, müssen mindestens 90 % der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die über ein Stimmrecht verfügen, dem Spaltungsbeschluss zustimmen.¹⁵⁸ Dies entspricht dem Quorum, das bei der Fusion notwendig ist, wenn der Fusionsvertrag nur eine Abfindung vorsieht.¹⁵⁹ Dies ist aufgrund des mit einer asymmetrischen Spaltung einhergehenden teilweisen oder gänzlichen Verlusts von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übertragenden Gesellschaft sachgerecht.

Eine asymmetrische Spaltung kann nicht nur im Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan vorgesehen werden, sondern könnte auch vom Richter aufgrund einer Auflösungsklage

gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR angeordnet werden, sofern dies nach den Umständen des konkreten Einzelfalls als andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung im Sinne dieser Bestimmung erscheint.¹⁶⁰

IV. Austrittsrecht von Mitgliedern eines Vereins

Art. 19 Abs. 1 FusG bestimmt, dass Vereinsmitglieder innerhalb von zwei Monaten nach dem Fusionsbeschluss frei aus dem Verein austreten können. Dieses Austrittsrecht ist eine Konkretisierung des vereinsrechtlichen Grundsatzes, wonach ein Vereinsmitglied nicht gezwungen werden kann, die Mitgliedschaft in der fusionierten Gesellschaft weiter zu führen.¹⁶¹ Systematisch wäre dieses Austrittsrecht grundsätzlich in Art. 7 FusG zu regeln gewesen. Aufgrund seiner Regelung als Art. 19 FusG ist zu schliessen, dass dieses Austrittsrecht bei einer Umwandlung nicht aufgrund des Fusionsgesetzes, sondern lediglich aufgrund des allgemeinen Vereinsrechtes anwendbar ist.¹⁶² Für die Spaltung ist die Bestimmung irrelevant, weil sich Vereine nicht spalten können.¹⁶³

Das Austrittsrecht von Art. 19 FusG tritt zu den allgemeinen vereinsrechtlichen Austrittsmöglichkeiten hinzu. Voraussetzung eines Austritts ist weder, dass ein wichtiger Grund vorliegt, noch dass das betreffende Vereinsmitglied der Fusion nicht zugestimmt hat.¹⁶⁴ Einzige Voraussetzung für den wirksamen Austritt ist, dass der Austritt innert der Frist von zwei Monaten nach dem Fusionsbeschluss erklärt wird. Obwohl die Austrittserklärung an keine Form gebunden ist, dürfte es in der Praxis empfehlenswert sein, eine schriftliche Austrittserklärung zu verlangen.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 FusG gilt der Austritt rückwirkend auf das Datum des Fusionsbeschlusses. Diese Rückwirkung hat keinen Einfluss auf bereits vollzogene Rechtsgeschäfte oder Willenserklärungen; insbesondere ist davon auszugehen, dass während der entsprechenden Frist gefasste Generalversammlungsbeschlüsse gültig bleiben.

154 Botschaft, 4434.

155 Botschaft, 4431 und 4434.

156 Art. 8 Abs. 2 FusG; vgl. vorne D.II.4.

157 Botschaft, 4432.

158 Art. 43 Abs. 3 FusG.

159 Vgl. Art. 18 Abs. 5 FusG. Auch in diesem Fall gilt nicht das Kopfstimmprinzip, vgl. dazu vorne D.II.4.

160 Botschaft, 4434.

161 Vgl. PHILIPPE M. REICH, Komm. zu Art. 19 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 19 N 2 m.w.H.

162 Vgl. vorne bei FN 9.

163 Art. 30 i.V.m. Art. 2 lit. c FusG.

164 So aber noch Art. 19 Abs. 1 E-FusG.

E. Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte¹⁶⁵

I. Allgemeines

Gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG kann jeder Gesellschafter innerhalb von zwei Monaten¹⁶⁶ nach der Veröffentlichung des Fusions-, des Spaltungs- oder des Umwandlungsbeschlusses verlangen, dass das Gericht¹⁶⁷ eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt, sofern die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist. Das Fusionsgesetz stellt mit dieser Klage ein spezielles Instrument zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses bzw. der Abfindung und damit verbunden zur Festlegung einer Ausgleichszahlung zur Verfügung. Gemäss Art. 105 Abs. 4 FusG führt diese Klage nicht zu einer Hinderung der Rechtswirksamkeit des Fusions-, des Spaltungs- oder des Umwandlungsbeschlusses. Damit ist es möglich, eine Verletzung des Grundsatzes der Kontinuität der Mitgliedschaft geltend zu machen, ohne die aus der Umstrukturierung resultierenden Beteiligungsverhältnisse in Frage zu stellen. Sollen die jeweiligen Beteiligungsverhältnisse selbst angefochten werden, ist nach Art. 106 FusG vorzugehen.¹⁶⁸

Nach ihrem Wortlaut zielt die Klage gemäss Art. 105 FusG nicht auf die Verpflichtung der Gesellschaft zur Leistung einer konkreten Geldzahlung an den Kläger, sondern vielmehr auf die abstrakte Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung. Damit wird das Gericht ermächtigt, gestaltend in den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan einzugreifen und ihn mit einer Ausgleichszahlung zu ergänzen. Aufgrund ihrer Funktion ist die Klage als Gestaltungsklage zu qualifizieren. Folgerichtig entfaltet das Urteil gemäss Art. 105 Abs. 2 FusG Wirkung für alle Gesellschafter des beteiligten Rechtsträgers, sofern sie sich in der gleichen Rechtsstellung wie der Kläger befinden. Beispielsweise befindet sich ein Inhaberaktionär der übertragenden Gesellschaft in der gleichen Rechtsstellung wie sämtliche anderen Inhaberaktionäre der übertragenden Gesellschaft. Umgekehrt trifft dies nicht zu für Aktionäre anderer Aktienkategorien der übertragenden Gesellschaft, ebenso wenig für deren Partizipanten oder für Inhaberaktionäre der übernehmenden Gesellschaft, die schon vor der Fusion Gesellschafter dieser Gesellschaft waren.

Art. 105 FusG äussert sich nicht zur Frage, wie die Gesellschaft im Falle einer Gutheissung der Klage das Urteil rechtlich und technisch umzusetzen hat. Problematisch kann die Durchsetzung der Ausgleichszahlung sein, wenn die Ausrichtung einer solchen Zahlung gegen Kapitalschutzvorschriften der entsprechenden Gesellschaft verstösst.¹⁶⁹ In Anlehnung an das deutsche Recht ist davon auszugehen, dass die Ausgleichszahlung der Höhe nach auf das freie Vermögen der übernehmenden Gesellschaft beschränkt ist.¹⁷⁰

II. Festsetzung der Ausgleichszahlung

Die Ausgleichszahlung gemäss Art. 105 FusG ist vom Gericht unter Beachtung der jeweiligen Vorschriften für die

Festsetzung des Umtauschverhältnisses bei einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung festzulegen. Zu beachten ist, dass gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG für die Festsetzung der Ausgleichszahlung die Bestimmung von Art. 7 Abs. 2 FusG nicht gilt, wonach die Ausgleichszahlung 10 % des wirklichen Wertes der gewährten Anteile nicht übersteigen darf.¹⁷¹

Nach der Konzeption der Klage wird das Beteiligungsverhältnis der verschiedenen Gesellschafter nicht mehr verändert. Vielmehr legt das Gericht eine Ausgleichszahlung fest, die von der beklagten Gesellschaft und nicht etwa von den begünstigten Gesellschaftern zu leisten ist.¹⁷² Dies hat zur Folge, dass sich der Wert der ganzen Gesellschaft und damit auch der Wert der Beteiligungen der einzelnen Gesellschafter im Umfang der Ausgleichszahlung reduziert, was anhand des oben aufgeführten Beispiels¹⁷³ erläutert werden kann: Wird die B-AG im Rahmen der Fusion mit lediglich CHF 1,5 Mio. anstatt mit CHF 2 Mio. bewertet, dann beträgt der Wert jeder B-Aktie CHF 18,75. Folgerichtig erhalten die Gesellschafter der B-AG 15 000 A-Aktien als Entschädigung für ihre 80 000 B-Aktien. Die fusionierte Gesellschaft hat demnach ein Aktienkapital von CHF 11 500 000.–, eingeteilt in 115 000 A-Aktien mit einem Nennwert von je CHF 10.–. Die ehemaligen A-Aktionäre sind daran mit 100 000 A-Aktien (d.h. 86,95 %) und die ehemaligen B-Aktionäre mit 15 000 A-Aktien (d.h. 13,05 %) beteiligt. Weil aber die fusionierte Gesellschaft einen tatsächlichen Wert von CHF 12 Mio. hat, vertreten die ehemaligen A-Aktionäre einen Wert von CHF 10,434 Mio. (anstatt CHF 10 Mio.) während die ehemaligen B-Aktionäre lediglich einen Wert von CHF 1,566 Mio. (anstatt CHF 2 Mio.) vertreten. Die Klage gemäss Art. 105 FusG erlaubt nun eine Ausgleichszahlung in der Höhe der zu tiefen Bewertung der B-AG, d.h. von CHF 500 000.–, an die ehemaligen B-Aktionäre. Nach erfolgter Zahlung hat die fusionierte

165 Vgl. zum Nachfolgenden PAUL BÜRGI/LUKAS GLANZMANN, Komm. zu Art. 105 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 105 *passim*.

166 Diese Frist ist identisch mit jener nach Art. 106 FusG; vgl. dazu FRANZ SCHENKER, Komm. zu Art. 106–108 FusG, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG Art. 106 N 24–27.

167 Der Gerichtsstand richtet sich im Binnenverhältnis nach Art. 29a GestG. Danach ist für Klagen, die sich auf das FusG stützen, das Gericht am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger zuständig; vgl. dazu F. SCHENKER, Stämpfli Handkommentar (FN 166), FusG Art. 106 N 30 f.

168 F. SCHENKER, Stämpfli Handkommentar (FN 166), FusG Art. 106 N 9.

169 Vgl. auch oben C.III und D.II.1.

170 REINHARD BORK, Kommentar zu §§ 14–19 UmwG, in: Marcus Lutter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Bd. I, 2. A., Köln 2000, UmwG 15 N 5.

171 Vgl. dazu vorne C.III.

172 Vgl. hinten E.III.2.

173 Vgl. dazu vorne C.II.1.

Gesellschaft einen tatsächlichen Wert von CHF 11,5 Mio., und die ehemaligen A-Aktionäre vertreten mit ihrer 86,95 %igen Beteiligung einen Wert von CHF 10 Mio., während die 13,05 %ige Beteiligung der ehemaligen B-Aktionäre einen Wert von CHF 1,5 Mio. verkörpert. Unter Berücksichtigung der Ausgleichszahlung von CHF 500 000 an die ehemaligen B-Aktionäre haben diese wieder Aktiven von total CHF 2 Mio. Wäre der Fusion allerdings der wirkliche Unternehmenswert der B-AG von CHF 2 Mio. und damit ein Wert von CHF 25.– je B-Aktie zugrunde gelegt worden, hätten die B-Aktionäre als Entschädigung 20 000 A-Aktien erhalten. Die fusionierte Gesellschaft hätte in diesem Fall ein Aktienkapital von CHF 1 200 000 gehabt, an dem die ehemaligen A-Aktionäre mit 100 000 A-Aktien (d.h. 83,3 %) und die ehemaligen B-Aktionäre mit 200 000 A-Aktien (d.h. 16,6 %) beteiligt gewesen wären. Die Herstellung dieses korrekten Beteiligungsverhältnisses ist aufgrund der Klage nach Art. 105 FusG nicht mehr möglich, sondern müsste allenfalls über eine Klage nach Art. 106 FusG erreicht werden.¹⁷⁴

III. Klagelegitimation

1. Aktivlegitimation

Aktivlegitimiert zu einer Klage nach FusG 105 sind alle an einer Fusion beteiligten Gesellschafter, d.h. sowohl die Gesellschafter des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers. Die Klage ist als Individualrecht konzipiert, d.h., sie kann von jedem einzelnen Gesellschafter angehoben werden.¹⁷⁵ Im Gegensatz zu Art. 106 Abs. 1 FusG verlangt Art. 105 FusG nicht ausdrücklich, dass nur Gesellschafter, die dem Beschluss über die Fusion, die Spaltung oder die Umwandlung nicht zugestimmt haben, eine Klage anheben können. Es ist daher fraglich, ob die Zustimmung zum vorgelegten Beschluss über den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan zu einem Ausschluss des Klagerechts führt. Für eine analoge Anwendung von Art. 106 Abs. 1 FusG spricht u.a. die Praxis zur Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen gemäss Art. 706 OR; danach geht das Anfechtungsrecht unter, wenn der Aktionär dem betreffenden Generalversammlungsbeschluss zugestimmt hat.¹⁷⁶ Zu beachten ist, dass auch derart ausgeschlossene Gesellschafter in den Genuss einer Ausgleichszahlung kommen, wenn ein Gesellschafter, der den Beschluss verworfen oder bei der Beschlussfassung nicht mitgewirkt hat, einen erfolgreichen Prozess führt. Dieselbe Folge ergibt sich aber auch bei der gerichtlichen Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Zustimmung zum Fusions-, Spaltungs- oder Umwandlungsbeschluss grundsätzlich zur Verwirkung des Klagerechts führt. Nur damit kann vermieden werden, dass die Klage nach Art. 105 FusG als generelle, nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses gebraucht wird.¹⁷⁷

Schliesslich stellt sich die Frage, welche Folgen die Veräusserung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte bezüglich der Aktivlegitimation zeitigt. Analog zur Aktivlegitimation

bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist zur Klage legitimiert, wer in seiner Stellung als Gesellschafter geschädigt wurde.¹⁷⁸ Daraus folgt, dass die Klagelegitimation mit der Aufgabe der Gesellschafterstellung nicht endet, d.h. der Kläger muss im Zeitpunkt der Klageanhebung nicht mehr Gesellschafter sein, sofern er nur in dieser Stellung geschädigt worden ist.¹⁷⁹ Dies bedeutet aber auch, dass die Gesellschafterstellung allein noch nicht zur Klage legitimiert.¹⁸⁰

2. Passivlegitimation

Passivlegitimiert ist die Gesellschaft. Dies folgt u.a. aus Art. 105 Abs. 3 FusG, wonach die Kosten des Verfahrens der übernehmende Rechtsträger trägt.¹⁸¹ Obwohl aufgrund des Gesetzeswortlautes eine Klage gegen die übrigen Gesellschafter nicht ausgeschlossen ist, geht die Botschaft nicht von deren Zulässigkeit aus.¹⁸² Theoretisch liesse sich ein Ausgleich allerdings am besten erreichen, wenn die übrigen Gesellschafter zu einer Ausgleichsleistung verpflichtet würden. Vermutlich wurde auf diese Lösung verzichtet, weil sie insbesondere bei Publikumsgesellschaften unpraktisch wäre.

Wie bereits vorne erwähnt greift der Richter gestützt auf Art. 105 FusG gestaltend in den Umstrukturierungsvertrag oder -plan ein. Gehen die Parteien der Umstrukturierung mit deren Vollzug nicht unter, sind diese grundsätzlich als Beklagte in das Verfahren nach Art. 105 FusG einzubeziehen, da in deren Rechtsstellung eingegriffen werden kann.

Im Fall der Fusion ist nur der übernehmende Rechtsträger passivlegitimiert, denn die Klage kann erst nach der Publikation der Fusion im SHAB angehoben werden.¹⁸³ Weil bei der Fusion die übertragende Gesellschaft mit der Eintragung der Fusion im Handelsregister gelöscht wird, besteht im Zeitpunkt der Publikation im SHAB die übertragende Gesellschaft nicht mehr. Die übertragende Gesellschaft ist nicht länger parteifähig.

Bei der Umwandlung wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. Deswegen wird grundsätzlich immer noch das gleiche Rechtssubjekt eingeklagt. Immerhin ist zu beachten, dass die Umwandlung mit der Eintragung ins Handelsregister

rechtswirksam wird. Die Vorschriften, welche die korrekte Bezeichnung der beklagten Partei bestimmen, richten sich daher nach der neuen Rechtsform.

Bei der Spaltung ist die Situation anders, weil in jedem Fall mehr als eine Gesellschaft weiter besteht. Wohl wird im Falle der Aufspaltung die übertragende Gesellschaft aufgelöst, doch wird ihr Vermögen auf andere Gesellschaften verteilt.¹⁸⁴ Es gelten hier zwar die gleichen Überlegungen wie bei der Fusion, allerdings verbleiben nach dem Vollzug des Spaltungsvertrages mehrere übernehmende Rechtsträger. Als Parteien der Umstrukturierung sind sie als Beklagte (notwendige Streitgenossenschaft) ins Recht zu fassen. Bei einer Abspaltung wird die übertragende Gesellschaft nicht aufgelöst.¹⁸⁵ Sie ist daher neben der übernehmenden Gesellschaft ebenfalls einzuklagen.

IV. Kosten

Art. 105 Abs. 3 FusG bestimmt, dass die Kosten des Verfahrens vom übernehmenden Rechtsträger zu tragen sind. Insbesondere bei der Abspaltung kann auch der übertragende Rechtsträger passivlegitimiert sein.¹⁸⁶ Der dritte Absatz von Art. 105 FusG ist daher so zu lesen, dass der beklagte Rechtsträger die Kosten des Verfahrens zu tragen hat. Analog zu Art. 756 Abs. 2 OR ist sodann davon auszugehen, dass die Bestimmung nicht nur die Gerichtsgebühren samt Kosten und Auslagen für die gerichtlich aufgegebenen Gutachten etc. erfasst, sondern auch die nach der massgebenden Prozessordnung festzulegenden Prozessentschädigungen.¹⁸⁷

Art. 105 Abs. 3 FusG sieht vor, dass das Gericht die Kosten ganz oder teilweise dem Kläger auferlegen kann, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen. Diese Regelung übernimmt die Formulierung von Art. 697g Abs. 1 OR (betreffend Sonderprüfung) und geht weiter als die Vorschriften von Art. 706a Abs. 3 OR und Art. 756 Abs. 2 OR. Nach den letztgenannten Bestimmungen verteilt der Richter die Kosten bei Abweisung der Klage nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft. Gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG müssen indessen besondere Umstände vorliegen, damit das Gericht die Kosten dem Kläger auferlegen kann. Besondere Umstände sind namentlich dann anzunehmen, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und wenn sich der Kläger dessen bewusst war oder hätte bewusst sein müssen.¹⁸⁸ Doch selbst in diesem Fall hat das Gericht immer noch die Möglichkeit, die Kosten bloss teilweise dem Kläger aufzuerlegen. Eine teilweise Auferlegung der Kosten rechtfertigt sich insbesondere unter dem Aspekt, dass sich die Kosten nach dem Streitwert bemessen, das wirtschaftliche Interesse des Klägers jedoch in der Regel nur einen Bruchteil des Streitwerts beträgt.¹⁸⁹

Der Streitwert bemisst sich aus der Sicht der Gesellschaft, weil das Urteil gemäss Art. 105 Abs. 2 FusG Wirkung für alle Gesellschafter des beteiligten Rechtsträgers von der gleichen Rechtsstellung wie der Kläger hat. Der Streitwert richtet sich nach dem Gesamtbetrag, den das Gericht als Ausgleichszahlung festsetzen soll.

184 Vgl. Art. 29 lit. a FusG.

185 Vgl. Art. 29 lit. b FusG.

186 Vgl. vorne E.III.2 am Ende.

187 Vgl. zu Art. 756 Abs. 2 OR P. FORSTMOSER/H. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL (FN 4), § 36 N 125.

188 Botschaft, 4488.

189 Vgl. auch L. GLANZMANN (FN 94), 176 f.

Régulièrement, la fusion, l'acquisition et la transformation font surgir la question du dédommagement des associés de la société transférante pour leurs parts et droits de sociétariat. A ce sujet, la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Lois sur la fusion, LFus) du 3 octobre 2003 fixe le principe de la continuité de la qualité d'associé. Selon ce principe, les parts sociales et droits de sociétariat de la société transférante doivent en principe être indemnisés par des parts sociales ou droits de sociétariat de la société reprenante. La LFus assure l'adéquation du rapport d'échange par une grande transparence et une action en justice spéciale (art. 105 LFus). Si les parts sociales ou les droits de sociétariat ne sont pas maintenus de manière adéquate ou si le dédommagement n'est pas adéquat, l'action en révision des parts sociales et des droits de sociétariat permet à un associé de requérir du juge la fixation d'une soulte adéquate. Le paiement de la soulte doit être effectué par la société.

L'art. 8 LFus contient une exception au principe de la continuité de la qualité d'associé pour les fusions. Selon cette exception, les sociétés qui fusionnent décident par un contrat de fusion si les associés peuvent choisir entre les parts sociales ou les droits de sociétariat et un dédommagement ou si seul un dédommagement sera versé. La décision de verser seulement un dédommagement doit cependant recueillir l'approbation de 90 % des associés. La même exigence d'approbation est applicable en cas de scission asymétrique lors de laquelle des parts sociales ou droits de sociétariat de certaines ou de toutes les sociétés participant à la scission sont alloués aux associés de la société transférante avec une modification des rapports de participation.

174 Vgl. dazu F. SCHENKER, Stämpflis Handkommentar (FN 166), FusG Art. 106 N 9.

175 Botschaft, 4488.

176 Vgl. BGE 99 II 57, 74 II 43.

177 Anders das deutsche Recht; vgl. R. BORK (FN 170), UmwG § 15 N 4.

178 Vgl. BGE 106 II 232 E. 2 b; bestätigt für das neue Recht durch das Bundesgericht für den Fall einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Revisionsstelle, vgl. AJP/PJA 1998, 1235, 1236 f. E. 3.

179 BGE 106 II 232 E. 2 b.

180 Vgl. L. GLANZMANN (FN 94), 186.

181 Vgl. hinten E.IV.

182 Botschaft, 4488.

183 Art. 105 Abs. 1 FusG.