In:
ZSR, 3/2007.

Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Stellung der kreditgebenden Bank

Lukas Glanzmann*

Schlagworte: Umstrukturierung, Fusion, Spaltung, Umwandlung, Vermögensübertragung, Quasifusion, Spin-off, Kredit, Darlehen, Finanzierung, Sicherstellung, persönliche Haftung, solidarische Haftung, *change-of-control*-Klausel, Sicherheiten, Pfand, Sicherungsübereignung, Zession, dingliche Surrogation

A. Einleitung

Umstrukturierungen lösen immer wieder juristische Diskussionen aus, und zwar nicht nur, wenn die betroffenen Gesellschaften in finanzieller Schieflage sind. Dies gilt selbst für konzerninterne Umstrukturierungen. Eine Transaktion, die ein Aktionär der obersten Konzerngesellschaft als Vorgang wie vom einen Hosensack in den anderen betrachtet, kann für die Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaften markante Auswirkungen haben.

Es werden verschiedene Arten von Umstrukturierungen unterschieden. Vorab fallen unter diesen Begriff all jene Transaktionsformen, die im Fusionsgesetz geregelt sind. Es sind dies die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung. Neben diesen gesetzlich geregelten Formen gibt es aber auch noch weitere Transaktionsformen wie die Quasifusion, die unechte Fusion und den *Spin-off*. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung der im Fusionsgesetz geregelten Umstrukturierungsformen. Aus den folgenden Überlegungen kann eine separate Darstellung der drei nicht im Fusionsgesetz geregelten Umstrukturierungsformen unterbleiben:

---

* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zurich, Privatdozent an der Universität St. Gallen. Der Aufsatz basiert auf der am 24. April 2007 an der Universität St. Gallen gehaltenen Antrittsvorlesung. Dank gebührt Dr. oec. HSG et lic. iur. HSG Alexander Fischer für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie B.A. iur. oec. Matthias Maurer für seine Mitarbeit.

- Bei der Quasifusion erwirbt eine Gesellschaft sämtliche oder zumindest eine grosse Mehrheit der Anteile einer anderen Gesellschaft, d.h. die übernommene Gesellschaft wird zur Tochtergesellschaft der übernehmenden Gesellschaft.[1] Für die Gläubiger der übernommenen Tochtergesellschaft hat das die gleichen Folgen, wie wenn die direkte Obergesellschaft eine Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung durchführt, selbst wenn die Übertragung der Anteile mittels eines gewöhnlichen Kaufvertrags erfolgt.
- Bei der unechten Fusion übernimmt die übernehmende Gesellschaft sämtliche Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft.[2] Sofern die Aktiven und Passiven nicht mittels Singularsukzession übertragen werden, ist eine solche Transaktion als Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz durchzuführen.[3] Wird die Übertragung mittels Singularsukzession durchgeführt, dann stellt diese aus Sicht einer kreditgebenden Bank aber kein besonderes Problem dar, weil die Gesellschaft ihre Schulden gegenüber der Bank nicht ohne deren Zustimmung übertragen kann.[4]
- Beim Spin-off werden die abzuspaltenden Vermögensteile in einem ersten Schritt in eine Tochtergesellschaft ausgegliedert, deren Anteile dann in einem zweiten Schritt an die Anteilsinhaber der Muttergesellschaft übertragen werden.[5] Die Ausgliederung in die Tochtergesellschaft muss wiederum mittels Vermögensübertragung oder mittels Singularsukzession erfolgen. Damit stellen sich die gleichen Fragen wie bei der unechten Fusion.

In diesem Aufsatz werden die Auswirkungen von Umstrukturierungen auf die Rechte der kreditgebenden Bank untersucht. Eine Umstrukturierung liegt gerade im Bereich der strukturierten Finanzierungen häufig nicht im Interesse der kreditgebenden Bank. Diese Finanzierungsform zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass gewisse Aktiven in einem so genannten *Special Purpose Vehicle* (SPV) verselbstständigt werden und dann dieses SPV finanziert wird. Dadurch lassen sich nicht nur die Risiken des SPV von den allgemeinen Unternehmensrisiken isolieren, sondern es können auch die Cash-flows des finanzierten Bereichs isoliert werden.[6] Bei einer solchen Finanzierung kann sowohl eine Umstrukturierung zwischen Gruppengesellschaften als auch eine

---

1 Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz und Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 57 N 19.

2 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 57 N 18.

3 Art. 181 Abs. 4 OR. Eine Übertragung mittels Singularsukzession ist nach wie vor zulässig; vgl. Lukas Glanzmann, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerisches Fusionsgesetzes, Bern 2006, N 170 m.w.Hw.

4 Art. 176 OR.

5 Rolf Watter und Raffael Büchi, Kommentar zu Art. 29–35, in: Rolf Watter, Nedim Peter Vogt, Rudolf Tschäni und Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, FusG 29 N 1.

6 Birgit Wolf, Mark Hill und Michael Pfaue, Strukturierte Finanzierungen, Stuttgart 2003, 17 f.

Umstrukturierung mit gruppenfremden Gesellschaften den Interessen der kreditgebenden Bank zuwiderlaufen. Die Stellung der Bank unterscheidet sich dabei von der Stellung anderer Gläubiger dadurch, dass einerseits das Kreditverhältnis ein langfristiges Schuldverhältnis ist und andererseits die Bank die reale Möglichkeit hat, sich vertraglich gegen gewisse Risiken abzusichern. Diese Unterscheidungen sind nicht nur von theoretischer Bedeutung, sondern haben gerade bei Umstrukturierungen auch rechtliche Relevanz.

Nachfolgend wird in einem ersten Teil dargelegt, welche Auswirkungen Umstrukturierungen des Kreditnehmers selbst haben (B.). In einem weiteren Teil werden die Auswirkungen von Umstrukturierungen bei Obergesellschaften bzw. bei Tochtergesellschaften des Kreditnehmers betrachtet (C.). Schliesslich werden die Folgen von Umstrukturierungen eines Sicherheitengebers (D.) bzw. einer als Sicherheit hingegebenen Gesellschaft (E.) untersucht. Bei all diesen Untersuchungen wird davon ausgegangen, dass es sich beim Kreditnehmer und den anderen involvierten Gesellschaften jeweils um Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung handelt. Zudem liegt der Fokus bei den Auswirkungen, die sich aufgrund des Fusionsgesetzes ergeben. Nicht näher erläutert werden insbesondere die konkurs- und verantwortlichkeitsrechtlichen Konsequenzen, wenn Umstrukturierungsvorgänge nicht zu Drittbedingungen abgeschlossen werden.

B. Umstrukturierungen des Kreditnehmers

I. Fusion des Kreditnehmers

1. Auswirkungen der Fusion auf die Stellung der kreditgebenden Bank

Durch eine Fusion werden zwei oder mehrere Gesellschaften vereinigt. Es werden zwei verschiedene Arten von Fusionen unterschieden, nämlich die Absorptionsfusion[7] und die Kombinationsfusion[8]. Während bei der Absorptionsfusion eine bestehende Gesellschaft (sog. übernehmende Gesellschaft) eine oder mehrere Gesellschaft(en) (sog. übertragende Gesellschaft(en)) übernimmt, schliessen sich bei der Kombinationsfusion mehrere übertragende Gesellschaften zu einer neuen übernehmenden Gesellschaft zusammen. Aus wirtschaftlicher Sicht haben die Absorptionsfusion und die Kombinationsfusion die gleichen Wirkungen. Weil in der Praxis die Kombinationsfusion wenig verbreitet ist, wird im Folgenden nur noch die Absorptionsfusion betrachtet.

Bei jeder Fusion werden alle Aktiven und Passiven sowie sämtliche Rechte und Pflichten der übertragenden Gesellschaft(en) auf dem Weg der Universal-

7 Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG.
8 Art. 3 Abs. 1 lit. b FusG.

sukzession auf die übernehmende Gesellschaft übertragen.[9] Jede übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.[10] Alle diese Rechtswirkungen treten im Zeitpunkt des Eintrags der Fusion im Handelsregister ein.[11]

Für die Beurteilung der Auswirkungen einer Fusion auf die Stellung der kreditgebenden Banken ist zu unterscheiden zwischen Auswirkungen in formeller Hinsicht und Auswirkungen in materieller bzw. wirtschaftlicher Hinsicht:

- In formeller Hinsicht ändert sich für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft nichts. Dies bedeutet für eine Bank, welche die übernehmende Gesellschaft finanziert hat, dass die übernehmende Gesellschaft Partei des Kreditvertrags und Schuldnerin der Kreditforderung bleibt. Für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft findet hingegen formell ein Schuldnerwechsel statt. Dies heisst für die Bank, die eine übertragende Gesellschaft finanziert hat, dass mit der Rechtswirksamkeit der Fusion neu die übernehmende Gesellschaft Partei des Kreditvertrags und Schuldnerin der ausstehenden Kredite wird.
- In materieller bzw. wirtschaftlicher Hinsicht hat eine Fusion für die Gläubiger der daran beteiligten Gesellschaften keine grundsätzlich negativen Folgen, da ihnen kein Haftungssubstrat entzogen wird. Aus diesem Grund gibt es bei einer gewöhnlichen Fusion auch keinen präventiven Gläubigerschutz.[12] Dennoch kann sich die materielle Stellung eines Gläubigers durch die Fusion verändern: Sofern die fusionierenden Gesellschaften nicht alle die gleiche Bonität[13] aufweisen, wird sich für die Gläubiger der einen Gesellschaft die Situation verbessern, während sich für die Gläubi-

9 Rita Trigo Trindade, Commentaire des art. 3–26, 102, 108–111 LFus, in: Henry Peter und Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Genf 2005, Art. 22 N 11, Art. 12 N 4; Glanzmann (Fn. 3), N 40; Patrick Schleiffer, Kommentar zu Art. 18–21, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, FusG 21 N 37; Andreas Albrecht, Vorbemerkung zu Art. 3–28 FusG & Kommentar zu Art. 25–26 FusG, in: Frank Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Vorbem. zu FusG 3–28 N 11 f.

10 Art. 3 Abs. 2 FusG.

11 Art. 22 Abs. 1 FusG.

12 Einen besonderen Schutzmechanismus sieht Art. 6 FusG für den speziellen Fall einer Fusion mit einer Gesellschaft, die einen Kapitalverlust oder eine Überschuldung aufweist, vor. In diesem Fall muss ein besonders befähigter Revisor (bzw. ein zugelassener Revisionsexperte) bestätigen, dass die Voraussetzungen einer Sanierungsfusion erfüllt sind. Die Gläubiger selbst haben aber keine anderen Schutzrechte als bei einer gewöhnlichen Fusion.

13 Als Bonität bezeichnet man die Qualität des Schuldners, die sich aus seiner Kreditfähigkeit und Kreditwürdigkeit ergibt. Kreditfähig sind Unternehmen, die aufgrund ihres Eigenkapitals und ihrer Rentabilität als Kreditnehmer in Frage kommen; kreditwürdig sind Unternehmen, die aufgrund der charakterlichen und beruflichen Fähigkeiten und Eigenschaften ihrer Organe als Kreditnehmer Vertrauen verdienen (Geld-, Bank- und Finanzmarktlexikon der Schweiz, Zürich 2002).

ger der anderen Gesellschaft die Bonität der Schuldnergesellschaft verschlechtert.

2. *Schutz der kreditgebenden Bank*

a. *Gesetzliche Schutzmittel*

aa. Sicherstellung der Forderung

Die Gläubiger der an einer Fusion beteiligten Gesellschaften haben einen Anspruch darauf, dass die übernehmende Gesellschaft ihre Forderungen sicherstellt, wenn sie es innerhalb von drei Monaten nach der Rechtswirksamkeit der Fusion von der Gesellschaft verlangen.[14] Dieses Recht steht sowohl den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft als auch jenen der übernehmenden Gesellschaft zu. Weil die Sicherstellung erst nach vollzogener Fusion vorzunehmen ist, kann eine rechtliche Auseinandersetzung über die Sicherstellungspflicht den Vollzug der Fusion weder verzögern noch verhindern.[15] Aufgrund der Struktur dieser Sicherstellungspflicht ergibt sich aber auch ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Interessenlage der Kurrantgläubiger und jener der Finanzgläubiger: Bei einer gesunden Gesellschaft werden die Kurrantgläubiger, deren Forderungen bereits im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion bestanden und zudem nicht bestritten sind, bei Ablauf der Dreimonatsfrist regelmässig befriedigt sein und schon deshalb keinen Sicherstellungsanspruch haben. Die Finanzgläubiger hingegen werden ihre Gläubigerstellung in der Regel längerfristig behalten und können deshalb ein Interesse an einer Sicherstellung haben.

Die Schuldnergesellschaft kann wählen, wie sie die Forderungen sicherstellen will. Die Sicherstellung der Forderung kann entweder in Form einer Personalsicherheit (z.B. Garantie oder Bürgschaft) oder Realsicherheit (z.B. Pfand oder Sicherungsübereignung) vorgenommen werden.[16]

Sicherstellungsberechtigt sind nach der herrschenden Lehre alle Forderungen, die im Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Fusion begründet waren, auch wenn sie in diesem Zeitpunkt noch nicht bestanden.[17] Dabei erstreckt

---

14 Art. 25 Abs. 1 FusG. In diesem Zeitpunkt gibt es nur noch die übernehmende Gesellschaft, weil die übertragende Gesellschaft mit der Rechtswirksamkeit der Fusion aufgelöst wird (Art. 3 Abs. 2 FusG).

15 Dies gilt selbst bei einer Sanierungsfusion; vgl. oben Fn. 12.

16 Trigo Trindade (Fn. 9), Art. 25 N 46; Markus Affentranger, Kommentar zur Art. 25–26 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 25 N 11; Glanzmann (Fn. 3), N 575; Roland Truffer, Kommentar zu Art. 25–26, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, FusG 25 N 23.

17 Trigo Trindade (Fn. 9), Art. 25 N 35; Affentranger (Fn. 16), FusG 25 N 6; Glanzmann (Fn. 3), N 561; Piera Beretta, Strukturanpassungen, Fusion – Spaltung – Umwandlung – Vermögensübertragung, Basel 2006, 270; Albrecht (Fn. 9), FusG 25 N 6. A.M. Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 18 f.

sich der Sicherstellungsanspruch auf den gesamten Forderungsbetrag inklusive sämtlicher entstandenen oder noch entstehenden Nebenansprüche. Bei Dauerschuldverhältnissen soll der Sicherstellungsanspruch in Analogie zu den Vorschriften über die Sicherstellung von Forderungen aus Arbeitsvertrag[18] auf diejenigen Forderungen begrenzt werden, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das betreffende Dauerschuldverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte.[19] Bei Dauerschuldverhältnissen ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit sind sämtliche Forderungen für die gesamte Vertragsdauer sicherstellungsberechtigt.[20] Weil der Kreditvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist,[21] bedeutet dies für den Sicherstellungsanspruch einer kreditgebenden Bank Folgendes: Bei einem Kreditvertrag mit einer festen Laufzeit sind neben der Darlehensforderung auch sämtliche Forderungen bezüglich aufgelaufener und zukünftiger Zinsen und Kosten sicherstellungsberechtigt. Bei einem Kreditvertrag ohne feste Laufzeit können meines Erachtens die Regelungen für den Arbeitsvertrag nicht ohne weiteres übernommen werden, sondern es ist zu unterscheiden zwischen dem Sicherstellungsanspruch für die Kapitalrückzahlung und jenem für Zinsen. Die Kapitalrückzahlungsforderung ist zwar im Zeitpunkt der Fusion noch nicht fällig, besteht aber bereits. Aus diesem Grund ist eine analoge Anwendung der Regeln für die Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht sachgerecht und die Rückzahlungsforderung voll sicherstellungsberechtigt. Die zukünftigen Zinszahlungen sind im Zeitpunkt der Fusion erst begründet und fallen deshalb unter die Regelungen für den Arbeitsvertrag. Damit sind Zinszahlungen nur bis zu dem Zeitpunkt sicherstellungsberechtigt, auf den der Kreditvertrag vom Kreditnehmer ordentlich gekündigt werden kann. Sieht der Kreditvertrag keine ordentlichen Kündigungsfristen vor, dann beträgt diese Frist sechs Wochen.[22] Ein ordentliches Kündigungsrecht, das nur dem Kreditnehmer zusteht, ist nicht zu beachten, weil dieser nicht schutzbedürftig ist.[23] Ebenfalls unbeachtlich sind etwaige Kündigungsrechte aus wichtigem Grund.[24]

Die fusionierte Gesellschaft muss eine Forderung nicht sicherstellen, wenn sie nachweist, dass deren Erfüllung durch die Fusion nicht gefährdet

---

18 Art. 27 Abs. 2 FusG.

19 Affentranger (Fn. 16), FusG 25 N 8; Glanzmann (Fn. 3), N 561; Beretta (Fn. 17), 275; Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 18.

20 Affentranger (Fn. 16), FusG 25 N 8.

21 Peter Higi, Kommentar zu Art. 305–318 OR, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilbd. V.2.b: Die Leihe, Zürich 2003, Vorbem. zu OR 312–318 N 3.

22 Art. 318 OR. Die Frist beginnt zu laufen ab Kenntnis der Fusion, d.h. mit der Publikation des Handelsregistereintrags der Fusion im SHAB; vgl. Glanzmann (Fn. 3), N 584.

23 Im Gegensatz zum Arbeitsvertragsrecht müssen die Kündigungsfristen für den Kreditnehmer und den Kreditgeber nicht gleich sein.

24 Vgl. dazu unten B.I.2.b.dd.

wird.[25] Eine Gefährdung der Erfüllung liegt nicht schon dann vor, wenn die Bonität der Schuldnergesellschaft nach der Fusion schlechter ist als vor der Fusion. Sofern nicht sämtliche an der Fusion beteiligten Gesellschaften die gleiche Bonität aufweisen, tritt dieser Fall nämlich bei jeder Fusion für die Gläubiger einer der beteiligten Gesellschaften ein.[26] Eine Gefährdung der Erfüllung ist hingegen anzunehmen, wenn ein Gläubiger die Forderung in seinen Büchern wegen der Fusion im Wert berichtigen muss.[27] Ob im konkreten Fall eine Pflicht zur Sicherstellung besteht, ist deshalb für jede Forderung einzeln abzuklären.[28] Eine solche Pflicht besteht insbesondere dann nicht, wenn die Erfüllung der Forderung bereits vor der Fusion gefährdet war, sofern sich die Wahrscheinlichkeit ihrer Erfüllung durch die Fusion nicht nochmals verschlechtert hat.[29] Auch Forderungen, die mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR, Art. 6 Abs. 1 Satz 2 FusG oder Art. 825 a Abs. 3 E-OR versehen sind, müssen nicht sichergestellt werden.[30] Schliesslich entfällt die Pflicht zur Sicherstellung auch in dem Umfang, als die Forderung bereits besichert ist[31] oder erfüllt wird.[32] Eine Erfüllung der Forderung ist allerdings nur insoweit zulässig, als die anderen Gläubiger dadurch nicht geschädigt werden.[33] Zudem darf aus dieser Bestimmung nicht abgeleitet werden, dass jede Forderung vorzeitig erfüllt werden darf. Die Erfüllbarkeit einer Forderung richtet sich grundsätzlich nach dem konkreten Vertragsinhalt. Dies bedeutet, dass bei einer vorzeitigen Rückzahlung eines Bankkredits im Zusammenhang mit einer Fusion ebenfalls etwaige *break costs* zu bezahlen sind.

Will ein Gläubiger von seinem Recht auf Sicherstellung Gebrauch machen, dann muss er innerhalb der Frist von drei Monaten ein entsprechendes Begehren stellen.[34] Dabei ist zu beachten, dass die Schuldnergesellschaften

---

25 Art. 25 Abs. 3 FusG. Den Nachweis, dass die Erfüllung der Forderung nicht gefährdet wird, kann die Schuldnergesellschaft z.B. mittels eines Gutachtens erbringen.

26 Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 36.

27 Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 37.

28 Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 34.

29 Affentranger (Fn. 16), FusG 25 N 19; Trigo Trindade (Fn. 9), Art. 25 N 44.

30 Dies ergibt sich aus der Natur des Rangrücktritts, weil eine Forderung nicht gleichzeitig mit einem Rangrücktritt belegt sein und als besicherte Forderung prioritär befriedigt werden kann; vgl. dazu Lukas Glanzmann, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, in: GesKR 2007, 16 f.

31 Affentranger (Fn. 16), FusG 25 N 9; Hans Caspar von der Crone, Andreas Gersbach, Franz J. Kessler, Martin Dietrich und Katja Berlinger, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 405; Truffer, (Fn. 16), FusG 25 N 21.

32 Art. 25 Abs. 4 FusG.

33 Affentranger (Fn. 16), FusG 46 N 4.

34 Die Frist beginnt mit der Publikation der Fusion im SHAB zu laufen. Das Sicherstellungsbegehren muss der Schuldnergesellschaft am letzten Tag der Frist zugehen. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ist das Sicherstellungsbegehren formlos gültig (Felix Ehrat und Markus Widmer, Kommentar zu Art. 45–46, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, FusG 46 N 9). In der Praxis dürfte

keine gesetzliche Pflicht haben, die ihnen bekannten Gläubiger individuell über die Fusion oder ihren Anspruch auf Sicherstellung zu notifizieren. Soweit die Gläubiger nicht aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Informationspflicht von der Fusion und ihrem Sicherstellungsrecht erfahren, müssen sie sich selbst durch das SHAB darüber informieren. Im besten Fall publizieren die an der Fusion beteiligten Gesellschaften dreimal einen Schuldenruf, der die Gläubiger auf ihr Sicherstellungsrecht hinweist.[35] Auf diese Publikation kann jedoch verzichtet werden, wenn ein besonders befähigter Revisor (bzw. ein zugelassener Revisionsexperte) bestätigt, dass keine Forderungen bekannt oder zu erwarten sind, zu deren Befriedigung das freie Vermögen der beteiligten Gesellschaften nicht ausreicht.[36] Zwar haben die Gläubiger grundsätzlich auch in diesem Fall einen Anspruch auf Sicherstellung ihrer Forderungen, doch erfahren sie nur durch die Publikation der Handelsregistereinträge der Fusion selbst von ihrem Anspruch.[37]

Sofern eine kreditgebende Bank rechtzeitig von einer Fusion erfährt, um noch innert Frist eine Sicherstellung verlangen zu können, stellt sich für sie die Frage, ob sie überhaupt eine Sicherstellung verlangen soll. Aus rein theoretischer Sicht ist diese Frage immer mit «ja» zu beantworten, und zwar aus folgenden Gründen: Sofern ein anderer Gläubiger von seinem Recht auf Sicherstellung Gebrauch macht, werden in der Schuldnergesellschaft Mittel gebunden, die dann nicht mehr für die Befriedigung der eigenen Forderung zur Verfügung stehen. Schon aus diesem Grund sollte die Bank zumindest ein bedingtes Sicherstellungsbegehren stellen. Die Bedingung kann so ausgestaltet sein, dass sie dann eintritt, wenn einer der anderen Gläubiger Sicherstellung verlangt bzw. sichergestellt wird. In diesem Fall schadet das Sicherstellungsbegehren der Gesellschaft grundsätzlich nicht, schützt aber die Bank vor einem möglichen Mittelabfluss.[38] Zudem gewährleistet es die Gleichbehandlung mit anderen Gläubigern, die eine Sicherstellung verlangen. Weiter ist zu beachten, dass eine Bank für die Beurteilung, ob sie ihren Sicherstellungsanspruch geltend machen soll, unter Umständen gar keine genügenden Grundlagen hat. Insbesondere helfen die beim Handelsregister eingereichten Belege nicht weiter, weil dazu weder die Bilanz der übernehmenden Gesellschaft und schon gar nicht eine Pro-forma-Bilanz der fusionierten Gesellschaft gehören. Sofern sich die Bank nicht aufgrund der ihr gemäss Kreditvertrag zur Verfügung ge-

---

es jedoch empfehlenswert sein, das Begehren schriftlich zu stellen. Wird die Frist von einem Gläubiger nicht eingehalten, dann verwirkt er sein Recht auf Sicherstellung seiner Forderung.

35 Art. 25 Abs. 2 Satz 1 FusG.

36 Art. 25 Abs. 2 Satz 2 FusG.

37 Die Eintragung der Fusion im Handelsregister, welche die Rechtswirksamkeit der Fusion begründet (Art. 22 Abs. 1 Satz 1 FusG), ist ebenfalls im SHAB zu publizieren (Art. 931 Abs. 1 OR).

38 Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 33.

stellten Informationen ein Bild über die fusionierte Gesellschaft machen kann, kann es auch aus diesem Grund angezeigt sein, vorerst einmal ein Sicherstellungsbegehren zu stellen, bis sie sich durch eine adäquate Dokumentation der Schuldnergesellschaft davon überzeugen kann, dass dies nicht notwendig ist.

Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Schuldnergesellschaft. Sie sollte möglichst darauf achten, dass sie nach der Fusion nicht von Sicherstellungsansprüchen überrascht wird. Aus diesem Grund ist es für die Schuldnergesellschaft empfehlenswert, bei den Finanzgläubigern schon vor der Fusion eine Verzichtserklärung hinsichtlich ihres Rechts auf Sicherstellung einzuholen. Falls die Finanzgläubiger zu einer solchen Erklärung bereit sind, kann diese selbstverständlich wiederum unter der Bedingung abgegeben werden, dass keine anderen Gläubiger Sicherstellung verlangen bzw. sichergestellt werden.

bb. Persönliche Haftung der Gesellschafter

Mit der Auflösung der Gesellschaft entfällt grundsätzlich auch eine etwaige persönliche Haftung der Gesellschafter. Bei einer Fusion kann dies für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nachteilig sein. Aus diesem Grund bestimmt das Fusionsgesetz, dass Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die vor der Fusion für Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft hafteten, für diese haftbar bleiben.[39] Diese Bestimmung ist im vorliegenden Zusammenhang nur bei der GmbH relevant,[40] denn deren Gesellschafter haften im noch geltenden GmbH-Recht bis zur Höhe des nicht liberierten Stammkapitals von Gesetzes wegen persönlich.[41] Im revidierten GmbH-Recht wird diese Haftung abgeschafft.[42] Keine persönliche Haftung im Sinne dieser Bestimmung ist nach herrschender Auffassung die Nachschusspflicht, die bei der GmbH auch unter dem revidierten Recht eingeführt werden kann.[43] Ebenfalls nicht unter diese Bestimmung fällt eine etwaige vertraglich begründete Haftung eines Gesellschafters;[44] deren Weitergeltung ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

Die persönliche Haftung greift für sämtliche Forderungen gegen die übertragende Gesellschaft, die vor der Publikation der Fusion im SHAB begrün-

---

39 Art. 26 Abs. 1 FusG.

40 Daneben besteht eine persönliche Haftung auch bei der Kollektivgesellschaft (Art. 568 OR), der Kommanditgesellschaft (Art. 604 und Art. 608–610 OR), der Kommandit-AG (Art. 764 Abs. 1 OR) sowie – sofern die Statuten dies vorsehen – bei der Genossenschaft (Art. 869 f. OR) und beim Verein (Art. 75a ZGB). Auf diese Rechtsformen wird im vorliegenden Zusammenhang nicht eingegangen.

41 Art. 802 OR.

42 Art. 794 E-OR.

43 Art. 795–795d E-OR für die GmbH und Art. 871 für die Genossenschaft. Vgl. dazu Beretta (Fn. 17), 278 m.w.Hw.

44 Vgl. dazu unten D.II.

det wurden oder deren Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt.[45] Nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes muss die Forderung im Zeitpunkt der Fusion nicht bereits entstanden sein, sondern es genügt, wenn der Entstehungsgrund vor diesem Zeitpunkt liegt. Damit werden von der persönlichen Haftung auch Forderungen aus Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzung erfasst, selbst wenn der Vertrag erst nach der Fusion verletzt wird.[46] Bei einer Kreditfinanzierung werden damit von der persönlichen Haftung nicht nur die Kapitalrückzahlung und die gewöhnlichen Zinsen erfasst, sondern zum Beispiel auch Verzugszinsen oder *break costs*.

Die Ansprüche aus persönlicher Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft verjähren spätestens drei Jahre nach Eintritt der Rechtswirksamkeit der Fusion.[47] Soweit eine Forderung erst nach der Veröffentlichung der Fusion fällig wird, beginnt die Verjährungsfrist mit der Fälligkeit.[48] Für zukünftige Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen wird im Allgemeinen postuliert, dass die Haftung auf diejenigen Forderungen begrenzt wird, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Dauerschuldverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte.[49] Hinsichtlich der persönlichen Haftung gegenüber einer kreditgebenden Bank ist wiederum zu unterscheiden, ob für die Rückzahlung der Kreditsumme oder für Zinsen gehaftet wird.[50] Die Haftung für die Rückzahlung der Kreditsumme untersteht meines Erachtens der gewöhnlichen dreijährigen Verjährungsfrist, weil die entsprechende Forderung im Zeitpunkt der Fusion bereits bestand und deshalb eine analoge Anwendung der Regeln für die Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht sachgerecht ist. Die dreijährige Frist beginnt im Zeitpunkt der tatsächlichen Fälligkeit der Forderung. Bei Zinsforderungen finden die arbeitsvertraglichen Regeln jedoch Anwendung. Damit besteht eine persönliche Haftung nur für Zinsen, die bis zum Zeitpunkt, auf den der Kreditvertrag vom Kreditgeber ordentlicherweise beendet werden könnte, fällig werden. Sieht der Kreditvertrag keine ordentlichen Kündigungsfristen vor, dann beträgt diese Frist sechs Wochen. Ein ordentliches Kündigungsrecht, das nur dem Kreditnehmer zusteht, ist nicht zu beachten, weil dieser nicht schutzbedürftig ist. Ebenfalls unbeachtlich sind etwaige Kündigungsrechte aus wichtigem Grund.[51]

---

45 Art. 26 Abs. 1 FusG.

46 Truffer (Fn. 16), FusG 26 N 9; Glanzmann (Fn. 3), N 599. A.M. Albrecht (Fn. 9), FusG 26 N 7.

47 Art. 26 Abs. 2 Satz 1 FusG.

48 Art. 26 Abs. 2 Satz 2 FusG.

49 Dies in Analogie zu den Vorschriften über die persönliche Haftung für Forderungen aus Arbeitsvertrag gemäss Art. 27 Abs. 3 FusG.; vgl. Affentranger (Fn. 16), FusG 26 N 2; Truffer (Fn. 16), FusG 26 N 9.

50 Vgl. zur gleichen Problematik bei der Sicherstellung oben bei Fn. 19.

51 Vgl. zum Ganzen unten B.I.2.b.dd.

b. Vertragliche Schutzmittel

aa. Allgemeines

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass sich die Stellung der Gläubiger der an einer Fusion beteiligten Gesellschaften durch die Fusion nicht grundsätzlich verschlechtern muss.[52] Deswegen gewährt das Gesetz den von einer Fusion betroffenen Gläubigern zwar gewisse Schutzrechte, doch sind diese relativ schwach und greifen erst nach vollzogener Fusion.[53] Ein Gläubiger kann insbesondere eine Fusion nicht verhindern. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, wie eine Bank durch entsprechende vertragliche Regelungen ihre Interessen wahren kann. Im Vordergrund stehen dabei (i) ein vertragliches Fusionsverbot für den Kreditnehmer, (ii) ein Verbot, den Darlehensvertrag bzw. die Darlehensschuld zu übertragen, sowie (iii) ein vertragliches Kündigungsrecht aufgrund einer Fusion. Im Folgenden werden diese Instrumente näher erläutert.

bb. Fusionsverbot

Die Vereinbarung eines Fusionsverbots für den Kreditnehmer ist in zahlreichen Kreditverträgen zu finden.[54] Damit stellt sich die Frage, ob eine solche Klausel überhaupt zulässig ist und was ihre Wirkungen sind.

Es ist davon auszugehen, dass ein Fusionsverbot gültig vereinbart werden kann. Die Gesellschaft verpflichtet sich damit, keinen Fusionsvertrag abzuschliessen. Weil die Kompetenz zum Abschluss eines Fusionsvertrags immer beim Verwaltungsrat liegt,[55] kann dieser die Gesellschaft auch verpflichten, keinen Fusionsvertrag abzuschliessen. Zwar braucht es bei einer Fusion auch noch die Zustimmung der Generalversammlung,[56] sofern nicht eine konzerninterne Fusion im erleichterten Verfahren durchgeführt wird.[57] Die Generalversammlung kann jedoch weder von sich aus noch ohne Mitwirkung des Verwaltungsrats eine Fusion durchführen. Sie hat vielmehr eine blosse Genehmigungskompetenz. Aus diesem Grund kann auch nicht gesagt werden, dass die Vereinbarung eines Fusionsverbots in die freie Willensbildung der Generalversammlung eingreift und deshalb unzulässig wäre.

Die andere und entscheidende Frage ist, welche Wirkungen ein vertragliches Fusionsverbot hat. Diesbezüglich muss festgestellt werden, dass ein solches Fusionsverbot nur zwischen den am entsprechenden Vertrag beteiligten Parteien wirkt, d.h. zwischen der Bank und dem Kreditnehmer. Schliesst der

---

52 Vgl. oben B.I.1.
53 Eine Ausnahme davon gibt es bei der Sanierungsfusion; vgl. Fn. 12.
54 Eine entsprechende Unterlassungspflicht ist auch im Mustervertrag der *Loan Market Association* enthalten.
55 Art. 12 Abs. 1 FusG.
56 Art. 12 Abs. 2 FusG.
57 Vgl. Art. 24 Abs. 1 FusG.

Kreditnehmer trotz eines Fusionsverbots mit einer anderen Gesellschaft einen Fusionsvertrag ab, dann kommt dieser gültig zustande und ist durchsetzbar. Im Verhältnis zur Bank resultiert eine blosse Vertragsverletzung und damit verbunden unter Umständen eine Schadenersatzpflicht.[58] Dies hilft jedoch häufig nicht weiter.

cc. Abtretungs- und Übertragungsverbot

Nachdem offenbar eine Fusion als solche nicht wirksam verboten werden kann, ist zu untersuchen, ob dieser Effekt allenfalls mit einem Abtretungs- oder Übertragungsverbot herbeigeführt werden kann. Eine solche Bestimmung würde aber zum Vornherein nur Wirkung zeigen, wenn die Kreditnehmerin die übertragende Gesellschaft ist; bei der übernehmenden Gesellschaft findet nämlich kein Parteiwechsel statt.

Eine Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam.[59] In diesem Zeitpunkt gehen sämtliche Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über.[60] Dieser Übergang der Aktiven und Passiven erfolgt mittels Universalsukzession. Dies bedeutet einerseits, dass von der Übertragung sämtliche Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft erfasst werden. Andererseits heisst dies aber auch, dass der Übergang der Aktiven und Passiven ohne weiteres erfolgt, d.h. dass die für die Übertragung der Aktiven und Passiven an sich notwendigen Formvorschriften nicht eingehalten werden müssen.[61] Somit ist insbesondere für die Übertragung von Forderungen keine schriftliche Abtretung und für die Übertragung von Schulden keine Zustimmung der Gläubiger notwendig. Bei der Übertragung von Forderungen kommt hinzu, dass nach herrschender Auffassung Übertragungsbeschränkungen keine Wirkung haben.[62] Aus diesem Grund geht eine Forderung auch dann über, wenn ein Abtretungsverbot besteht. Daraus folgt, dass eine kreditgebende Bank weder mit einem vertragli-

---

58 Andreas Von Tuhr und Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1984, 48; Kramer Ernst, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allg. Bestimmungen, 1. Teilbd.; 1. Lieferung: Allg. Einführung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 und 2 OR, Bern 1980, Allg. Einleitung N 44, 96; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, N 4.06 f.; BGE 114 II 91 E. 4.a.

59 Art. 22 Abs. 1 Satz 1 FusG.

60 Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG.

61 Trigo Trindade (Fn. 9), Art. 22 N 12; Glanzmann (Fn. 3), N 656; Morscher Lukas, Kommentar zu Art. 1–2, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, FusG 1 N 46; Albrecht (Fn. 9), Vorbem. zu FusG 3–28 N 12.

62 Glanzmann (Fn. 3), N 657; Martin Frey, Kommentar zu Art. 3–6 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 3 N 2; Morscher (Fn. 61), FusG 1 N 46; Rudolf Tschäni, Vermögensübertragung, in: ZSR 122 (2004), 94.

chen Abtretungsverbot noch mit der Verweigerung der Zustimmung zu einem Schuldnerwechsel eine Fusion verhindern kann.

Bei einer Fusion gehen nicht nur die Aktiven und Passiven auf die übernehmende Gesellschaft über, sondern auch sämtliche Vertragsverhältnisse. Auch der Übergang eines Vertrags kann nicht dadurch verhindert werden, dass im betreffenden Vertrag dessen Übertragung ausdrücklich verboten oder von der Zustimmung der anderen Vertragspartei abhängig gemacht wird. Wird ein solcher Vertrag dennoch von einer Umstrukturierung erfasst, so geht er auf die übernehmende Gesellschaft über, wobei im Verhältnis zur anderen Vertragspartei lediglich eine Vertragsverletzung vorliegt.[63]

dd. Vertragliches Kündigungsrecht

Nachdem eine Fusion weder mittels Fusionsverbot noch mittels Abtretungs- bzw. Übertragungsverbot verhindert werden kann, ist schliesslich zu prüfen, ob als Folge einer Fusion der Kreditvertrag gekündigt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass eine Kündigung erst nach der Fusion greift, d.h. dass auch damit die Fusion nicht verhindert werden kann.

Ein Kündigungsrecht in Folge einer Fusion ist regelmässig dann gegeben, wenn der Vertrag ein Fusionsverbot beinhaltet. In diesem Fall begründet nämlich die Fusion eine Vertragsverletzung, was in der Regel zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt.[64]

Ein Kündigungsrecht kann sich aber auch aufgrund einer so genannten *Change-of-control*-Klausel ergeben. Ein Kontrollwechsel kann immer dann eintreten, wenn die Fusion nicht zwischen Gruppengesellschaften stattfindet. Solche Kündigungsrechte sind grundsätzlich zulässig, ausser sie würden als gesetzwidrige Abwehrmassnahme im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BEHG qualifiziert.[65]

Führt eine Fusion bei einem Kreditvertrag zu keinem vertraglichen Kündigungsrecht, dann stellt sich immer noch die Frage, ob die Fusion selbst

---

63 Rudolf Tschäni, Marcel Meinhardt und Roberta Papa, Kommentar zu Art. 22, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, FusG 22 N 9.

64 Eine Vertragsverletzung begründet in der Regel einen *Event of Default*, der zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt.

65 Vgl. die Empfehlung der UeK i.S. Saurer vom 13.10.2006: Die UeK qualifizierte den Abschluss eines Kreditvertrages nach der Voranmeldung des Angebotes als gesetzeswidrig i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 35 UeV-UeK, da der Vertrag einerseits im Volumen 10% der Bilanzsumme übertraf und andererseits nach Voranmeldung des Angebots eingefügte, nicht marktübliche, die Mitglieder des Verwaltungsrates schützende *Change-of-control*-Klauseln enthielt. Die Einführung derartiger Klauseln nach Voranmeldung des Angebots wurde als eine unzulässige Abwehrmassnahme betrachtet. Unwahrscheinlich ist hingegen, dass die UEK *Change-of-control*-Klauseln, die vor der Voranmeldung eines Angebots in Verträge aufgenommen wurden, gesetzeswidrig erklärt, da solche Klauseln i.S.v. Art. 36 UEV-UEK offensichtlich das Gesellschaftsrecht verletzen müssten (vgl. Empfehlung der UEK i.S. Saia-Burgess vom 23.08.2005).

einen wichtigen Grund darstellt, der die Bank zu einer ausserordentlichen Kündigung des Kreditvertrags berechtigt. Nach herrschender Lehre sind Dauerschuldverhältnisse und damit auch Kreditverträge kündbar, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der es für die andere Partei als unzumutbar erscheinen lässt, den Vertrag fortzuführen.[66] Meines Erachtens ist die Tatsache, dass eine Fusion stattfindet, für sich alleine noch kein wichtiger Grund, der zur ausserordentlichen Kündigung berechtigen würde.[67] Vielmehr müssen noch weitere Umstände hinzutreten, die es für die Bank unzumutbar machen, den Vertrag weiter zu erfüllen. Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages dürfte z.B. dann gegeben sein, wenn ein Sicherstellungsanspruch gemäss Art. 25 FusG besteht, die Schuldnergesellschaft diesen aber nicht erfüllen kann.

II. Spaltung des Kreditnehmers

1. Auswirkungen der Spaltung auf die Stellung der kreditgebenden Bank

Quasi als Gegenstück zur Fusion kennt das Fusionsgesetz das Rechtsinstitut der Spaltung. Bei der Spaltung wird eine übertragende Gesellschaft gespalten, wobei zwischen zwei verschiedenen Spaltungsarten zu unterscheiden ist: Bei der *Aufspaltung* überträgt die übertragende Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf zwei oder mehrere übernehmende Gesellschaften, und die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht.[68] Bei der *Abspaltung* überträgt die übertragende Gesellschaft nur einen Teil ihres Vermögens auf eine oder mehrere übernehmende Gesellschaften, und die übertragende Gesellschaft bleibt weiter bestehen.[69] Sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der Abspaltung kann die übernehmende Gesellschaft eine bereits bestehende Gesellschaft sein (Spaltung zur Übernahme) oder im Rahmen der Spaltung neu gegründet werden (Spaltung zur Neugründung).

Bei einer Spaltung übernimmt jede übernehmende Gesellschaft nur einen Teil der Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft. Während bei der Abspaltung der andere Teil der Aktiven und Passiven bei der übertragenden Gesellschaft verbleibt, werden bei der Aufspaltung die verschiedenen Teilvermögen auf unterschiedliche übernehmende Gesellschaften übertragen. Die Übertragung erfolgt dabei auf dem Weg der partiellen Universalsukzession. Partiell ist diese Universalsukzession nur bezüglich ihres Anwendungsbereichs, indem nur bestimmte Aktiven und Passiven von der Universalsukzession erfasst werden. Für diese Aktiven und Passiven hat die

66 Tschäni/Meinhardt/Papa (Fn. 63), FusG 22 N 10; Higi (Fn. 21), OR 318 N 48.
67 Glanzmann (Fn. 3), N 660; Tschäni/Meinhardt/Papa (Fn. 63), FusG 22 N 10.
68 Art. 29 lit. a FusG.
69 Art. 29 lit. b FusG.

partielle Universalsukzession jedoch die gleichen materiellrechtlichen Wirkungen wie eine Universalsukzession.[70]

Für die Beurteilung der Auswirkungen einer Spaltung auf die Stellung der kreditgebenden Bank ist zu unterscheiden zwischen Auswirkungen in formeller Hinsicht und Auswirkungen in materieller bzw. wirtschaftlicher Hinsicht:

- In formeller Hinsicht ändert sich bei der Abspaltung für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nur dann etwas, wenn die entsprechenden Passiven von der Spaltung erfasst werden. Dies bedeutet für eine Bank, welche die übertragende Gesellschaft finanziert hat und deren Kreditverhältnis nicht abgespalten wird, dass die übertragende Gesellschaft Partei des Kreditvertrags und Schuldnerin der Kreditforderung bleibt. Ist jedoch das Kreditverhältnis Teil der von der Spaltung erfassten Passiven, dann findet formell ein Schuldnerwechsel statt. Dies bedeutet, dass mit der Rechtswirksamkeit der Spaltung neu die übernehmende Gesellschaft Partei des Kreditvertrags[71] und Schuldnerin der ausstehenden Kredite wird. Bei einer Aufspaltung ist dies immer für sämtliche Gläubiger der übertragenden Gesellschaft der Fall. Für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft – im Falle einer Spaltung zur Übernahme – ändert sich in formeller Hinsicht nichts. Dies bedeutet für eine Bank, welche die übernehmende Gesellschaft finanziert hat, dass die übernehmende Gesellschaft Partei des Kreditvertrags und Schuldnerin der Kreditforderungen bleibt.
- In materieller bzw. wirtschaftlicher Hinsicht ist bei einer Spaltung das Risiko für die betroffenen Gläubiger grundsätzlich grösser als bei einer Fusion. Weil in der Praxis der Handelsregisterämter jedes abgespaltene Teilvermögen einen Aktivenüberschuss aufweisen muss,[72] wird in der Regel das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft vermindert und den bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Gläubigern Haftungssubstrat entzogen. Aber auch für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, deren Forderungen übertragen werden, kann sich die Bonität der Schuldnergesellschaft ändern, und zwar sowohl bei einer Spaltung zur Neugründung als auch bei einer Spaltung zur Übernahme. Schliesslich kann sich die Bonität der Schuldnergesellschaft je nach Qualität des übernommenen Teilvermögens auch für die bisherigen Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft ändern.

70 BGer 4C.385/2005 vom 31.01.2006, E. 1.2.2.

71 Vgl. dazu unten bei Fn. 96.

72 Vgl. zur Diskussion über die Zulässigkeit der Übertragung eines Passivenüberschusses Glanzmann (Fn. 3), N 126 f.

2. *Schutz der kreditgebenden Banken*

a. *Gesetzliche Schutzmittel*

aa. Sicherstellung der Forderung

Die Gläubiger der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften haben einen Anspruch darauf, dass ihre Forderungen sichergestellt werden, wenn sie dies innert Frist verlangen.[73] Anders als bei der Fusion erfolgt die Sicherstellung der Gläubiger bei der Spaltung nicht erst nach deren Rechtswirksamkeit, sondern die Erfüllung der Sicherstellungspflicht ist eine Voraussetzung für den Vollzug der Spaltung.[74] Deshalb muss bei der Spaltung der Schuldenruf mindestens zwei Monate vor der Beschlussfassung durch die Generalversammlung publiziert werden.[75] Im Gegensatz zur Fusion kann auf eine Publikation des Schuldenrufs nicht verzichtet werden. Doch auch bei der Spaltung werden die Gläubiger nicht persönlich notifiziert. Bezüglich des Umfangs, der Pflicht, der Arten und des Verfahrens der Sicherstellung kann auf das bei der Fusion Erwähnte verwiesen werden.

Aus den gleichen Überlegungen wie bei der Fusion sollte ein Finanzgläubiger auch bei der Spaltung zumindest ein bedingtes Sicherstellungsbegehren stellen, sofern er nicht eine Verschlechterung seiner Position in Kauf nehmen will.[76] Zu beachten ist, dass der vom Gesetz gewährleistete Informationsstand der Gläubiger bei der Spaltung noch viel schlechter ist als bei der Fusion. Die Gläubiger können sich nämlich nicht einmal durch Einsichtnahme in die beim Handelsregister eingereichten Belege über die Spaltung informieren, weil der Schuldenruf und das Sicherstellungsverfahren vor dem Vollzug der Spaltung durchzuführen sind.[77]

bb. Persönliche Haftung der Gesellschafter

Die für die Fusion geltenden Bestimmungen über die persönliche Haftung von Gesellschaftern sind sinngemäss auch auf die Spaltung anwendbar.[78]

cc. Solidarische Haftung der Gesellschaften

Weil bei der Spaltung die Gefahr besteht, dass der übertragenden Gesellschaft Haftungssubstrat entzogen wird bzw. Verbindlichkeiten auf eine Gesellschaft übergehen, deren Bonität schlechter ist als jene der übertragenden Gesellschaft, sieht das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen eine solidarische Haftung der beteiligten Gesellschaften vor. Die Solidarhaftung der beteilig-

---

73 Art. 46 FusG.
74 Art. 43 Abs. 1 FusG und Art. 106 Abs. 1 Bst. g HRegV.
75 Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 FusG.
76 Vgl. oben B.1.2.a.aa.
77 Glanzmann (Fn. 3), N 583.
78 Art. 48 FusG. Vgl. oben B.I.1.2.a.bb.

ten Gesellschaften ist subsidiär. Dies bedeutet, dass primär diejenige Gesellschaft für eine Verbindlichkeit haftet, der diese durch den Spaltungsvertrag oder -plan zugeordnet worden ist (primär haftende Gesellschaft). Erst wenn eine Forderung von der primär haftenden Gesellschaft nicht befriedigt wird, haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (subsidiär haftende Gesellschaften) solidarisch.[79] Die subsidiär haftenden Gesellschaften können nur dann belangt werden, wenn eine Forderung nicht sichergestellt ist und zudem bei der primär haftenden Gesellschaft ein spezieller Haftungsgrund eingetreten ist.[80]

Die Solidarhaftung gilt bezüglich sämtlicher Verbindlichkeiten, die im Rahmen der Spaltung auf die übernehmende Gesellschaft übertragen wurden. Zusätzlich besteht eine Solidarhaftung aber auch bezüglich jener Verbindlichkeiten, die bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben, soweit sie schon vor der Rechtswirksamkeit der Spaltung begründet worden sind.[81] Umstritten ist, ob die Altgläubiger der übernehmenden Gesellschaft gegenüber der übertragenden Gesellschaft auch einen Anspruch auf solidarische Haftung haben.[82] In der Praxis kann diese Haftung dadurch vermieden werden, dass zuerst eine Spaltung zur Neugründung durchgeführt wird und anschliessend die neu gegründete Gesellschaft mit der übernehmenden Gesellschaft fusioniert. In diesem Fall haftet die übertragende Gesellschaft nur für die mittels Spaltung auf die neu gegründete Gesellschaft übertragenen Verbindlichkeiten, weil diese Gesellschaft im Zeitpunkt der Spaltung gar keine anderen Verbindlichkeiten hatte.[83]

Die Solidarhaftung besteht für sämtliche Forderungen, deren Entstehungsgrund vor der Rechtswirksamkeit der Spaltung liegt. Damit werden auch For-

---

79 Art. 47 Abs. 1 FusG.

80 Art. 47 Abs. 2 FusG; ein spezieller Haftungsgrund liegt vor, wenn die primär haftende Gesellschaft in Konkurs geraten ist, Nachlassstundung oder Konkursaufschub erhalten hat, bis zur Ausstellung eines definitiven Verlustscheins betrieben worden ist, den Sitz ins Ausland verlegt hat und in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann oder den Sitz im Ausland verlegt hat und dadurch eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung eingetreten ist.

81 Rashid Bahar, Commentaire des art. 29–48, 51, 52, 69–75, 105–107 LFus, in: Peter/Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Genf 2005, Art. 47 N 4; von der Crone et al. (Fn. 31), N 658; Felix Ehrat und Marco Colombini, Kommentar zu Art. 47–48, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, FusG 47 N 6; Glanzmann (Fn. 3), N 589.

82 Für eine solche Haftung: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 3 N 295; Roland Ruedin, La protection des créanciers dans le projet de loi sur la fusion, 687–704, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 694 f.; Ralph Malacrida, Spaltung von Gesellschaften, in: ZSR 122 (2004), 53; Botschaft zum FusG, 4441. Gegen eine solche Haftung: Bahar (Fn. 81), Art. 47 N 4; Ehrat/Colombini (Fn. 81), FusG 47 N 7; Ulysses von Salis-Lütolf, Fusionsgesetz (08/2004), gefunden am 17.04.2007 unter: www.fusionsgesetz. ch, 355; Alexander Vogel, Christoph Heiz und Urs Behnisch, Fusionsgesetz, Zürich 2005, FusG 47 N 10.

83 Glanzmann (Fn. 3), N 590.

derungen aus Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzung erfasst, selbst wenn der Vertrag erst nach der Spaltung verletzt wird.[84] Bei einer Kreditfinanzierung werden somit von der Solidarhaftung nicht nur die Kapitalrückzahlung und die gewöhnlichen Zinsen erfasst, sondern zum Beispiel auch Verzugszinsen oder *break costs*.

Das Gesetz schreibt keine Verjährungsfrist für die Solidarhaftung fest, weshalb die Verjährung der jeweiligen Forderung massgebend ist.[85] Allerdings sollte bei Dauerschuldverhältnissen die Haftung in Analogie zu den Vorschriften bezüglich der Haftung für Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag bei der Vermögensübertragung eingeschränkt werden:[86] Danach besteht die Solidarhaftung nur für jene Forderungen, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Dauerschuldverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte.[87] Aus den gleichen Gründen wie bei der Sicherstellung[88] und der persönlichen Haftung der Gesellschafter[89] ist auch bei der Solidarhaftung für Forderungen aus dem Kreditvertrag zu differenzieren: Die Haftung für die Rückzahlung der Kreditsumme untersteht meines Erachtens der gewöhnlichen Verjährungsfrist, weil die entsprechende Forderung im Zeitpunkt der Fusion bereits bestand und deshalb eine analoge Anwendung der Regeln für die Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht sachgerecht ist. Die Frist entspricht deshalb der Verjährungsfrist der Kreditforderung selbst. Bei Zinsforderungen finden die arbeitsvertraglichen Regeln jedoch Anwendung. Damit besteht eine Solidarhaftung nur für Zinsen, die bis zum Zeitpunkt, auf den der Kreditvertrag vom Kreditgeber ordentlicherweise beendet werden könnte, fällig werden. Sieht der Kreditvertrag keine ordentlichen Kündigungsfristen vor, dann beträgt diese Frist sechs Wochen. Ein ordentliches Kündigungsrecht, das nur dem Kreditnehmer zusteht, ist nicht zu beachten, weil dieser nicht schutzbedürftig ist. Ebenfalls unbeachtlich sind etwaige Kündigungsrechte aus wichtigem Grund.[90]

Die subsidiäre Solidarhaftung im Rahmen einer Spaltung ist ein problematisches Institut. Einerseits wirkt sie für die an der Spaltung beteiligten Gesell-

---

84 Truffer (Fn. 16), FusG 26 N 9; Glanzmann (Fn. 3), N 599. A.M. Albrecht (Fn. 9), FusG 26 N 7.

85 Eine dreijährige Verjährungsfrist postulieren Böckli (Fn. 82), 295; Ehrat/Colombini (Fn. 81), FusG 47 N 12; Andreas Binder, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltungen und Vermögensübertragungen, in: Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes, Zürich/Basel/Genf 2005, 37; Peter Altenburger, Massimo Calderan und Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, N 657; Vogel/Heiz/Behnisch (Fn. 82), FusG 47 N 13. A.M. von der Crone et al. (Fn. 31), N 661; Malacrida (Fn. 82), 53.

86 Glanzmann (Fn. 3), N 592.

87 Art. 76 Abs. 2 FusG.

88 Vgl. oben bei Fn. 19.

89 Vgl. oben bei Fn. 50.

90 Vgl. zum Ganzen unten B.II.2.b. und oben B.I.2.a.aa.

schaften wie ein Damoklesschwert, d.h. es ist nur schwer absehbar, ob und wann sie sich verwirklichen wird.[91] Andererseits hat die Solidarhaftung für die an der Spaltung beteiligten Banken nur einen beschränkten Nutzen, insbesondere wenn der Kreditvertrag keine feste Laufzeit und keine ordentlichen Kündigungsfristen hat. Zudem wird die Bank die Ausübung ihrer gesetzlichen und vertraglichen Gläubigerrechte an der primär haftenden Gesellschaft ausrichten. Auch ist fraglich, ob die subsidiär haftende Gesellschaft im Zeitpunkt der möglichen Inanspruchnahme der Haftung solvent ist oder überhaupt noch besteht. Deshalb sollte die Bank bei ihrer Risikoeinschätzung den Wert der subsidiären Solidarhaftung nicht zu hoch einschätzen.

b. Vertragliche Schutzmittel

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass sich die Stellung der Gläubiger der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaft durch die Spaltung verschlechtern kann. Aus diesem Grund greift insbesondere das gesetzliche Sicherstellungsrecht bei einer Spaltung nicht erst nach der Transaktion, sondern dessen Befriedigung ist eine Voraussetzung, damit die Spaltung überhaupt vollzogen werden kann.[92] Ein Gläubiger hat damit eine ungleich stärkere Stellung, um eine Spaltung zu verhindern, als bei der Fusion. Es ist sogar davon auszugehen, dass dieses Sicherstellungsrecht zusammen mit der Solidarhaftung die Gründe sind, weshalb die Spaltung in der Praxis wenig vorkommt. Zu beachten ist aber, dass die Gläubiger auch bei der Spaltung nicht persönlich notifiziert werden müssen, sondern dass sie ihre Schutzrechte aufgrund des im SHAB publizierten Schuldenrufs ausüben müssen. Will eine kreditgebende Bank nicht nur aufgrund des generellen Schuldenrufs im SHAB über die beabsichtigte Spaltung erfahren, dann muss sie eine entsprechende Notifikationspflicht in den Kreditvertrag aufnehmen. Übersieht sie den Schuldenruf im SHAB und wird gleichzeitig eine vertragliche Notifikationspflicht verletzt, dann liegt immerhin eine Vertragsverletzung vor, die der Bank in der Regel das Recht gibt, den Vertrag zu kündigen.

Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen zur Sicherstellung der Forderung eines Gläubigers nicht erfüllt sind – oder der Gläubiger sichergestellt wird –, hat ein Gläubiger auch bei der Spaltung keine Möglichkeit, die Transaktion zu verhindern. Aus den gleichen Überlegungen wie bei der Fusion gilt dies selbst dann, wenn der Kreditvertrag ein Spaltungsverbot enthält.[93] Zudem können auch bei der Spaltung Aktiven und Passiven ohne Beachtung der an sich notwendigen Formvorschriften übertragen werden. Damit hat auch ein

---

91 Vgl. zu den negativen Effekten: Glanzmann (Fn. 3), N 144; Binder (Fn. 85), *passim*.
92 Vgl. Art. 106a Abs. 1 lit. g HRegV.
93 Vgl. oben B.I.2.b.bb.

vertragliches Abtretungs- oder Übertragungsverbot keine Wirkung.[94] Wird eine Spaltung so ausgestaltet, dass z.B. nur eine einzige Forderung bzw. Verbindlichkeit übertragen wird oder nur eine einzige Verbindlichkeit bei der übertragenden Gesellschaft verbleibt, dann könnte diesem Vorgehen allenfalls das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB entgegenstehen.[95]

Es ist immer noch umstritten, ob mittels einer Spaltung auch Vertragsverhältnisse übertragen werden können. Obwohl sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen die Zulässigkeit einer Übertragung von Vertragsverhältnissen ausgesprochen hat, ist die Mehrheit der Lehre der Auffassung, dass die Übertragung von Vertragsverhältnissen zulässig sein muss.[96] Meines Erachtens muss die Übertragung eines Vertragsverhältnisses insbesondere dann zulässig sein, wenn Passiven übertragen werden und diese Passiven die Hauptleistung unter dem zu übertragenden Vertrag darstellen. Dies ist gerade bei einem Kreditvertrag der Fall, denn die Rückzahlung des Kreditbetrags ist die Hauptpflicht der Schuldnergesellschaft.[97] Andernfalls ergäbe sich ein Auseinanderfallen von Kreditschuldner und derjenigen Partei, die gemäss Kreditvertrag z.B. Informationspflichten hat. Damit ist es meines Erachtens nicht nur zulässig, sondern sogar zwingend notwendig, dass mit der Kreditforderung auch der entsprechende Kreditvertrag mittels einer Spaltung übertragen werden kann.

Selbstverständlich sind auch bei der Spaltung so genannte *Change-of-control*-Klauseln grundsätzlich zulässig. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Fusion verwiesen werden.[98]

Schliesslich stellt sich auch bei der Spaltung die Frage, ob die Spaltung selbst einen wichtigen Grund darstellt, der die Bank zu einer ausserordentlichen Kündigung des Kreditvertrags berechtigt, selbst wenn der Kreditvertrag kein entsprechendes Kündigungsrecht enthält.[99] Meines Erachtens ist die Tatsache, dass eine Spaltung stattfindet, für sich alleine in der Regel noch kein wichtiger Grund, der zur ausserordentlichen Kündigung berechtigen würde. Dies gilt insbesondere bei einer konzerninternen Spaltung, wenn kein Kontrollwechsel stattfindet und zudem der Gläubiger kein Recht auf Sicherstellung seiner Forderung hat, weil die Spaltung die Erfüllung der Forderung nicht gefährdet. Anders als bei der Fusion hat der Fall, dass zwar ein Sicherstellungsanspruch besteht, die Schuldnergesellschaft diesen aber nicht erfüllen kann, keine negativen Folgen für die betreffenden Gläubiger, denn dann

94 Vgl. oben B.I.2.b.cc.
95 Gegen ein bestimmtes Vorgehen kann bei gegebenen Voraussetzungen zudem auch mittels paulianischer Anfechtungsklage (SchKG 285–292) vorgegangen werden.
96 Vgl. zur Diskussion GLANZMANN (Fn. 3), N 320 f.
97 Art. 312 OR.
98 Vgl. oben B.I.2.b.dd.
99 Vgl. oben B.I.2.b.dd.

kann die Spaltung schlicht nicht durchgeführt werden. Es ist aber ohnehin fraglich, ob bei einer Spaltung, bei der die Gläubiger keinen Sicherstellungsanspruch haben, je ein wichtiger Grund für eine ausserordentliche Kündigung vorliegen kann. Allenfalls könnte dieser Fall eintreten, wenn sich die Bonität der Gesellschaft zwischen dem Schuldenruf und dem Vollzug der Spaltung wesentlich verschlechtert.

Eine besondere Konstellation ergibt sich, wenn der Kreditvertrag nach der Publikation des Schuldenrufs abgeschlossen wird. In dieser Situation besteht die Gefahr, dass die Frist zur Geltendmachung des Sicherstellungsanspruchs unbemerkt abläuft oder im Zeitpunkt der Ausrichtung des Kredits schon abgelaufen ist. Aus diesem Grund empfiehlt es sich für die Bank, als Auszahlungsvoraussetzung einen Nachweis oder eine Bestätigung zu verlangen, dass keine Spaltung beabsichtigt ist.

III. Umwandlung des Kreditnehmers

An einer Umwandlung ist immer nur ein Rechtsträger beteiligt, der bestehen bleibt und lediglich seine Rechtsform ändert. Dabei bleiben sämtliche vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen bestehen.[100] Eine Umwandlung hat auf die Gläubiger der betreffenden Gesellschaft kaum Auswirkungen, weil sich weder das Haftungssubstrat der Gesellschaft ändert noch ein Schuldnerwechsel stattfindet. Aus diesem Grund gibt es bei der Umwandlung auch kein eigentliches Gläubigerschutzverfahren. Allerdings kann sich auch bei der Umwandlung eine Änderung bezüglich der persönlichen Haftung von Gesellschaftern ergeben. Diesbezüglich gelten die gleichen Vorschriften wie bei der Fusion und Spaltung.[101]

Eine Umwandlung kann gleich wie die Fusion und die Spaltung vertraglich nicht verhindert werden.[102] Immerhin kann auch die Durchführung einer Umwandlung bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung einen ausserordentlichen Kündigungsgrund darstellen.[103] Keine Wirkung hat eine *Change-of-control*-Klausel, weil bei der Umwandlung nie ein Kontrollwechsel stattfindet.

100 Art. 53 FusG.
101 Art. 68 FusG. Vgl. oben B.I.2.a.bb.
102 Vgl. oben B.I.2.b.bb.
103 Vgl. oben B.I.2.b.dd.

IV. Vermögensübertragung des Kreditnehmers

1. Auswirkungen der Vermögensübertragung auf die Stellung der kreditgebenden Bank

Die Vermögensübertragung unterscheidet sich grundsätzlich von der Fusion und Spaltung, weil sie keine Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Struktur der übertragenden Gesellschaft zur Folge hat. Bei der Vermögensübertragung wird die Gegenleistung nicht auf Stufe der Gesellschafter, sondern auf Stufe der Gesellschaft selbst erbracht. Damit ist die Vermögensübertragung in ihrer Struktur gleich wie jedes Kaufgeschäft. Im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Kaufvertrag können mit der Vermögensübertragung aber nicht nur Aktiven, sondern auch Passiven auf eine andere Gesellschaft übertragen werden. Die Vermögensübertragung wird durch die Eintragung im Handelsregister rechtswirksam.[104] Weil die Übertragung ebenfalls mittels partieller Universalsukzession erfolgt, müssen die für die Übertragung der einzelnen Vermögensbestandteile geltenden Formvorschriften nicht beachtet werden.[105]

Für die Beurteilung der Auswirkungen einer Vermögensübertragung auf die Stellung der kreditgebenden Bank ist zu unterscheiden zwischen Auswirkungen in formeller Hinsicht und Auswirkungen in materieller bzw. wirtschaftlicher Hinsicht:

- In formeller Hinsicht ändert sich bei einer Vermögensübertragung für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft nur dann etwas, wenn die entsprechenden Passiven von der Vermögensübertragung erfasst werden. Dies bedeutet für eine Bank, welche die übertragende Gesellschaft finanziert hat und deren Kreditverhältnis Teil der von der Vermögensübertragung erfassten Passiven ist, dass formell ein Schuldnerwechsel stattfindet. Damit wird mit der Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung neu die übernehmende Gesellschaft Partei des Kreditvertrags und Schuldnerin der ausstehenden Kredite. Für alle anderen Gläubiger der an einer Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften ändert sich in formeller Hinsicht nichts.
- In materieller bzw. wirtschaftlicher Hinsicht ist bei einer Vermögensübertragung das Risiko für die Gläubiger, deren entsprechende Passiven nicht übertragen werden, nicht grösser als bei jedem Kaufgeschäft. Grundsätzlich ist es zwar möglich, dass ihr Haftungssubstrat durch die Vermögensübertragung vermindert wird. Allerdings besteht diese Gefahr auch bei jedem Kaufvertrag, sofern Leistung und Gegenleistung in einem Missver-

104 Art. 73 Abs. 2 FusG.
105 Vgl. dazu oben B.II.1.

hältnis stehen.[106] Hingegen kann sich für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, deren entsprechende Passiven auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, die Bonität der Schuldnergesellschaft ändern. Diese Gläubiger erfahren nämlich einen Schuldnerwechsel.

2. *Schutz der kreditgebenden Banken*

a. *Gesetzliche Schutzmittel*

aa. Solidarische Haftung

Bei der Vermögensübertragung gibt es eine solidarische Haftung der an der Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften. Die übertragende Gesellschaft haftet für die auf die übernehmende Gesellschaft übertragenen Verbindlichkeiten solidarisch mit der übernehmenden Gesellschaft.[107] Die Ansprüche gegen die übertragende Gesellschaft verjähren spätestens drei Jahre nach der Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung.[108] Wird die Forderung erst nach der Rechtswirksamkeit fällig, so beginnt die Verjährungsfrist mit der Fälligkeit der Forderung.[109] Soweit Dauerschuldverhältnisse mittels Vermögensübertragung übertragen werden, ist die Solidarhaftung in Analogie zu den Vorschriften bezüglich der Haftung für Verbindlichkeiten aus Arbeitsvertrag einzuschränken:[110] Danach besteht die Solidarhaftung nur für jene Forderungen, die bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Dauerschuldverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte.[111] Aus den gleichen Gründen wie bei der Solidarhaftung im Zusammenhang mit einer Spaltung[112] ist bezüglich der Solidarhaftung für Forderungen aus einem Kreditvertrag zu differenzieren: Die Haftung für die Rückzahlung der Kreditsumme untersteht meines Erachtens der gewöhnlichen dreijährigen Verjährungsfrist, weil die entsprechende Forderung im Zeitpunkt der Fusion bereits bestand und deshalb eine analoge Anwendung der Regeln für die Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen nicht sachgerecht ist. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt meines Erachtens mit der tatsächlichen Fälligkeit des Rückforderungsanspruchs.[113] Bei Zinsforderungen finden die Regeln über

---

106 Falsch wäre, aus Art. 71 Abs. 1 Bst. d FusG abzuleiten, dass bei der Vermögensübertragung keine Gegenleistung geschuldet ist. Die Frage, ob eine Gegenleistung zu erbringen ist, ist nicht aufgrund des Fusionsgesetzes, sondern aufgrund der jeweils anwendbaren Vorschriften des Gesellschaftsrechts zu beantworten. Dies bedeutet, dass bei der AG und GmbH regelmässig eine Gegenleistung zu vereinbaren ist.

107 Art. 75 Abs. 1 FusG; Glanzmann (Fn. 3), N 593.

108 Art. 75 Abs. 2 Satz 1 FusG.

109 Art. 75 Abs. 2 Satz 2 FusG.

110 Glanzmann (Fn. 3), N 595.

111 Art. 76 Abs. 2 FusG.

112 Vgl. oben bei Fn. 87.

113 Vgl. oben bei Fn. 50.

das Dauerschuldverhältnis jedoch Anwendung. Damit besteht eine Solidarhaftung nur für Zinsen, die bis zum Zeitpunkt, auf den der Kreditvertrag vom Kreditgeber ordentlicherweise beendet werden könnte, fällig werden. Sieht der Kreditvertrag keine ordentlichen Kündigungsfristen vor, dann beträgt diese Frist sechs Wochen.[114] Weil bei der Vermögensübertragung weder ein Schuldenruf publiziert werden muss noch aus der Publikation des Handelsregistereintrags ersichtlich ist, welche Vermögensteile übertragen worden sind, sollten diese Kündigungsfristen nicht ab Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung berechnet werden, sondern erst ab Notifikation der entsprechenden Gläubiger; wenn für die Beschränkung der Haftung für Dauerschuldverhältnisse schon die arbeitsvertraglichen Regelungen bemüht werden, dann ist nämlich auch zu berücksichtigen, dass gegenüber den Arbeitnehmern eine Informationspflicht über die Vermögensübertragung besteht.[115] Weil insbesondere die gesetzlichen Kündigungsfristen sehr kurz sind, wäre es meines Erachtens nicht sachgerecht, wenn die Verpflichtungen gegenüber einer Bank ohne deren Wissen und eventuell gegen deren vermeintlichen Willen auf eine andere Gesellschaft übertragen werden können und dann die solidarische Haftung für Zinsen unter Umständen schon wegfällt, bevor die Bank von der Vermögensübertragung erfährt und ihr Kündigungsrecht ausüben kann.

Die Solidarhaftung erstreckt sich nicht nur auf Forderungen, die im Zeitpunkt der Vermögensübertragung bereits entstanden waren, sondern auch auf solche Forderungen, die im Zeitpunkt der Vermögensübertragung erst begründet waren.[116] Damit werden auch Forderungen aus Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzung erfasst, selbst wenn der Vertrag erst nach der Vermögensübertragung verletzt wird.[117] Bei einer Kreditfinanzierung werden somit von der Solidarhaftung nicht nur die Kapitalrückzahlung und die gewöhnlichen Zinsen erfasst, sondern zum Beispiel auch Verzugszinsen oder *break costs*.

Entgegen der Regelung bei der Spaltung sind für die Geltendmachung der solidarischen Haftung keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen. Es handelt sich deshalb um eine echte gesetzliche Solidarität nach Art. 143 Abs. 2 OR. Danach haften sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft für die Erfüllung der ganzen Schuld, wobei der Gläubiger frei wählen kann, von welchem Solidarschuldner er welchen Teil der Forderung fordert.

Zu beachten ist, dass bei der Vermögensübertragung weder ein Schuldenruf noch eine persönliche Notifikation der Gläubiger stattfindet; diese erfah-

---

114 Ein ordentliches Kündigungsrecht, das nur dem Kreditnehmer zusteht, ist nicht zu beachten, weil dieser nicht schutzbedürftig ist. Ebenfalls unbeachtlich sind etwaige Kündigungsrechte aus wichtigem Grund. Vgl. zum Ganzen oben B.I.2.b.dd. und B.II.2.b.

115 Art. 77 FusG.

116 Ehrat/Widmer (Fn. 34), FusG 75 N 6.

117 Truffer (Fn. 16), FusG 26 N 9; Glanzmann (Fn. 3), N 599. A.M. Albrecht (Fn. 9), FusG 26 N 7.

ren einzig aufgrund der Publikation der Handelsregistereintragung, dass eine Vermögensübertragung stattgefunden hat.[118] Allerdings wird das Inventar weder publiziert noch ist dessen Inhalt aus dem Handelsregisterauszug ersichtlich. Deshalb ist die Kenntnisnahme von der Übertragung bestimmter Aktiven und Passiven eigentlich erst nach Einsicht in das dem Handelsregister als Beleg eingereichte Inventar möglich.

bb. Sicherstellung der Forderung

Auch bei der Vermögensübertragung haben die Gläubiger einen gesetzlichen Sicherstellungsanspruch. Aufgrund der Solidarhaftung ist dieser Anspruch aber weniger zentral als z.B. bei der Spaltung. Der Anspruch auf Sicherstellung setzt wie bei der Fusion und Spaltung voraus, dass sich die Situation des Gläubigers gerade wegen der Transaktion verschlechtert hat. Die Geltendmachung des Anspruchs ist zudem an die Voraussetzung geknüpft, dass die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt[119] oder der Gläubiger glaubhaft macht, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.[120] Aus diesem Grund bezieht sich der Sicherstellungsanspruch nur auf jene Forderungen, für die solidarisch gehaftet wird. Weil die an einer Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften aber nur für jene Verbindlichkeiten solidarisch haften, die durch die Vermögensübertragung auf die übernehmende Gesellschaft übertragen wurden, kann auch nur für diese Forderungen eine Sicherstellung verlangt werden.[121] Andererseits führt die solidarische Haftung aber dazu, dass grundsätzlich sowohl die übertragende Gesellschaft als auch die übernehmende Gesellschaft zur Sicherstellung verpflichtet sind.[122]

Auch bei der Vermögensübertragung muss ein Gläubiger die Sicherstellung innert Frist verlangen. Das Gesetz sieht keine bestimmte Frist vor, weshalb das Sicherstellungsbegehren bis zum Ablauf der Dreijahresfrist nach Art. 75 Abs. 2 FusG gestellt werden kann.[123] Weil bei der Vermögensübertragung sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft zur Sicherstellung verpflichtet sind, kann das entsprechende Begehren an die eine oder an die andere Gesellschaft gerichtet werden. Gleich wie bei der Fusion

---

118 Die Eintragung der Vermögensübertragung im Handelsregister, welche die Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung begründet (Art. 73 Abs. 2 FusG), ist im SHAB zu publizieren (Art. 931 Abs. 1 OR).

119 Die solidarische Haftung entfällt namentlich dann, wenn eine an der Vermögensübertragung beteiligte Gesellschaft in Konkurs fällt.

120 Art. 75 Abs. 3 FusG.

121 Ehrat/Widmer (Fn. 34), FusG 75 N 4; Tschäni (Fn. 62), 103; von der Crone et al. (Fn. 31), N 925; Nicholas Turin, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Basel 2003, 209.

122 Art. 75 Abs. 3 FusG; vgl. Bahar (Fn. 81), Art. 75 N 4.

123 Ehrat/Widmer (Fn. 34), FusG 75 N 15.

und Spaltung entfällt die Sicherstellungspflicht, wenn die Gesellschaft die Forderung erfüllt oder wenn die Forderung schon besichert ist.[124]

b. Vertragliche Schutzmittel

Aus den oben stehenden Ausführungen geht hervor, dass sich die Stellung der Gläubiger der an einer Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften grundsätzlich nicht ändert, sofern die entsprechenden Passiven nicht Gegenstand der Vermögensübertragung sind. Wenn die Verbindlichkeiten gegenüber einem bestimmten Gläubiger mittels Vermögensübertragung übertragen werden, dann haften die an der Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften solidarisch gegenüber diesem Gläubiger. Zudem besteht noch ein subsidiärer Sicherstellungsanspruch. Weitergehende Gläubigerschutzrechte kennt das Fusionsgesetz nicht. Insbesondere gibt es auch bei der Vermögensübertragung keinen präventiven Gläubigerschutz, d.h. die Gläubiger haben aufgrund des Fusionsgesetzes keine Möglichkeit, eine Vermögensübertragung zu verhindern.

Auch bei der Vermögensübertragung kann eine kreditgebende Bank unter Umständen ein Interesse haben, dass die sie betreffende Verbindlichkeit nicht auf eine andere Gesellschaft übertragen wird oder dass gewisse Beteiligungen oder andere Aktiven beim Kreditnehmer verbleiben. Es stellt sich nun die Frage, ob dies mittels geeigneter Vertragsklauseln erreicht werden kann. Für die Beantwortung dieser Frage kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zur Spaltung verwiesen werden. Nach der herrschenden Lehre findet nämlich auch bei der Vermögensübertragung eine partielle Universalsukzession statt,[125] womit Aktiven und Passiven ohne Beachtung der an sich notwendigen Formvorschriften übertragen werden können. Damit hat ein Abtretungs- oder Übertragungsverbot in einem Kreditvertrag ebenfalls keine Wirkung, und dessen Verletzung stellt gegenüber der kreditgebenden Bank lediglich eine Vertragsverletzung dar. Allenfalls kann auch bei einer Vermögensübertragung das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB geltend gemacht werden, wenn z.B. deren einziger Zweck die Umgehung eines etwaigen Übertragungsverbots ist.[126]

Bezüglich der Zulässigkeit der Übertragung des eigentlichen Vertragsverhältnisses kann auf die Ausführungen zur Spaltung verwiesen werden.[127]

Schliesslich stellt sich auch bei der Vermögensübertragung die Frage, ob die Vermögensübertragung selbst einen wichtigen Grund darstellt, der die Bank zu einer ausserordentlichen Kündigung des Kreditvertrags berechtigt,

---

124 Art. 75 Abs. 4 FusG. Vgl. dazu oben B.I.2.a.aa.

125 Glanzmann (Fn. 3), N 658 m.w.Hw.

126 Zu beachten ist, dass immer auch Aktiven übertragen werden müssen, weil das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweisen muss; vgl. Art. 71 Abs. 2 FusG.

127 Vgl. oben B.II.2.b.

selbst wenn der Vertrag kein entsprechendes Kündigungsrecht enthält.[128] Meines Erachtens stellt die Tatsache, dass eine Vermögensübertragung stattfindet, für sich alleine in der Regel noch keinen wichtigen Grund dar, der die Bank zur ausserordentlichen Kündigung berechtigen würde. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Verbindlichkeit gegenüber der Bank nicht übertragen wird, als auch für jenen, in dem die Verbindlichkeit gegenüber der Bank übertragen wird. Im ersten Fall muss nämlich der übertragenden bzw. der übernehmenden Gesellschaft ein adäquater Gegenwert zufliessen, im zweiten Fall haften die beiden an der Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften gegenüber der Bank solidarisch. In beiden Fällen sind die Interessen der Bank nicht derart schwerwiegend tangiert, dass diese den Kreditvertrag aus wichtigem Grund kündigen könnte.

C. Umstrukturierungen von Ober- oder Untergesellschaften

I. Umstrukturierungen von Obergesellschaften

Von der Umstrukturierung einer Obergesellschaft des Kreditnehmers ist die kreditgebende Bank als Gläubigerin des Kreditnehmers nicht direkt betroffen. Deshalb stehen ihr bei einer solchen Umstrukturierung auch keine gesetzlichen Gläubigerschutzrechte zu. Dennoch können die Interessen der Bank auch in diesem Fall tangiert sein. Im Vordergrund stehen dabei der Kontrollwechsel beim Kreditnehmer sowie die Tatsache, dass sich durch die Umstrukturierung die Substanz der Obergesellschaft verändern kann. Dies wiederum kann die wirtschaftliche Position der Untergesellschaft negativ beeinflussen. Diese Auswirkungen sind jedoch rein faktischer Natur, denn die Obergesellschaft des Kreditnehmers ist insbesondere nicht verpflichtet, diesen mit genügend Mitteln auszustatten.

Sowohl ein Kontrollwechsel als auch eine Veränderung der Substanz der Obergesellschaft können bei allen Umstrukturierungen einer Obergesellschaft ausser bei deren Umwandlung eintreten.[129] Es ist bei jeder konkreten Umstrukturierung zu prüfen, ob ein Kontrollwechsel stattfindet und/oder ob diese negative Auswirkungen auf die Substanz der Obergesellschaft hat. So bewirkt z.B. die Fusion der Obergesellschaft mit einer anderen Konzerngesellschaft keinen Kontrollwechsel, kann sich jedoch gleichwohl negativ auf die Substanz der Obergesellschaft auswirken. Dieses Problem akzentuiert sich noch bei der Spaltung und der Vermögensübertragung. Demgegenüber

128 Vgl. oben B.I.2.b.dd.

129 Weil an der Umwandlung nur eine Gesellschaft beteiligt ist, bewirkt diese weder einen Kontrollwechsel beim Kreditnehmer noch verändert sich durch eine Umwandlung die Substanz der Obergesellschaft.

kann eine Fusion der Obergesellschaft mit einer sehr solventen konzernfremden Gesellschaft zwar einen Kontrollwechsel herbeiführen, hat aber möglicherweise keinen negativen Einfluss auf die Bonität der Obergesellschaft.

Wie bereits erwähnt, hat die Bank als Gläubigerin des Kreditnehmers keine gesetzlichen Schutzrechte bei der Umstrukturierung einer Obergesellschaft. Die entsprechenden Schutzmechanismen müssen deshalb vertraglich stipuliert werden, was bei Kreditverträgen auch regelmässig der Fall ist. Diesbezüglich kann auf die bei der Fusion gemachten Ausführungen verwiesen werden.[130] Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass das Kündigungsrecht bei einem Kontrollwechsel nicht als Abwehrmassnahme in einer Übernahmesituation eingeführt werden darf.[131]

II. Umstrukturierungen von Untergesellschaften

Auch von der Umstrukturierung einer Untergesellschaft des Kreditnehmers ist die kreditgebende Bank als Gläubigerin des Kreditnehmers nicht direkt betroffen. Deshalb stehen ihr bei einer solchen Umstrukturierung ebenfalls keine gesetzlichen Gläubigerschutzrechte zu. Dennoch können die Interessen einer kreditgebenden Bank auch in diesem Fall tangiert werden, und zwar in zweierlei Hinsicht: Einerseits kann sich die Substanz der Untergesellschaft verändern. Wird z.B. eine Gesellschaft, die sehr werthaltig ist, mit einer Gesellschaft, die weniger werthaltig oder sogar überschuldet ist, fusioniert, dann ergibt sich auf Stufe des Kreditnehmers eine Verwässerung. Insbesondere bei einer Sanierungsfusion kann die fusionierte Gesellschaft weniger werthaltig sein als die Summe der nicht fusionierten Gesellschaften. Andererseits kann sich auch bezüglich der Cash-flow-Situation eine Änderung ergeben. Fusioniert z.B. eine Gesellschaft mit einem sehr grossen Cash-flow mit einer Gesellschaft, die ein Cash-drain aufweist, dann kann sich auch diesbezüglich eine Verwässerung auf Stufe des Kreditnehmers ergeben. Die gleichen Effekte treten auch ein, wenn bei einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung einer Untergesellschaft die jeweils andere an der Umstrukturierung beteiligte Gesellschaft nicht direkt oder indirekt vom Kreditnehmer gehalten wird.

Diese für die Bank des Kreditnehmers negativen Folgen können bei allen Umstrukturierungsformen ausser bei der Umwandlung eintreten. Es ist im konkreten Fall zu prüfen, ob die Umstrukturierung der Untergesellschaft nachteilige Auswirkungen auf die Interessen der Bank des Kreditnehmers hat oder nicht. Eine kreditgebende Bank kann ein berechtigtes Interesse haben, sich gegen solche Umstrukturierungen abzusichern. Weil die Bank des Kreditnehmers keine gesetzlichen Gläubigerschutzrechte bei der Umstrukturie-

130 Vgl. oben B.I.2.b.
131 Vgl. oben B.I.2.b.dd.

rung einer Untergesellschaft des Kreditnehmers hat, müssen die entsprechenden Schutzmechanismen vertraglich stipuliert werden. Diesbezüglich kann auf das bei der Fusion Ausgeführte verwiesen werden.[132] Ein anderer Fall ist, wenn eine Umstrukturierung der Untergesellschaft geradezu zu einer Schädigung der Gläubiger des Kreditnehmers führen würde; in diesem Fall könnten die konkursrechtlichen Gläubigerschutzrechte verletzt sein.[133] Es würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen, näher darauf einzugehen.

D. Umstrukturierungen bei den Sicherheitengebern

I. Allgemeines

Im Bereich der strukturierten Finanzierungen werden die Forderungen der Bank häufig von Dritt-Gesellschaften besichert. In der Regel handelt es sich bei diesen Sicherheitengebern um Ober-, Unter- oder Schwestergesellschaften des Kreditnehmers. Im vorliegenden Abschnitt wird untersucht, welche Auswirkungen die Umstrukturierung eines Sicherheitengebers auf die Stellung der kreditgebenden Bank hat. Dabei ist einerseits zu unterscheiden, um welche Art von Sicherheit es sich handelt, und andererseits ob der Sicherheitengeber eine Obergesellschaft oder eine Unter- oder Schwestergesellschaft ist. Hinsichtlich der Art der Sicherheiten ist zu unterscheiden zwischen Personalsicherheiten (z.B. Garantie oder Bürgschaft) und Realsicherheiten (z.B. Pfand oder Sicherungsübereignung).

II. Obergesellschaft als Sicherheitengeber

Als Erstes ist der Fall zu betrachten, indem eine Obergesellschaft des Kreditnehmers als Sicherheitengeber auftritt. Haftet der Sicherheitengeber gegenüber der Bank des Kreditnehmers mit einer Personalsicherheit, dann erwirbt die kreditgebende Bank einen zwar bedingten, aber persönlichen Anspruch gegen den Sicherheitengeber. Weil bedingte Forderungen im Rahmen von Umstrukturierungen grundsätzlich gleich behandelt werden wie unbedingte Forderungen,[134] ist die finanzierende Bank bei der Umstrukturierung eines Sicherheitengebers gleich zu behandeln wie ein Gläubiger, der einen unbedingten Anspruch gegenüber dem betreffenden Sicherheitengeber hat. Be-

132 Vgl. oben B.I.2.b.dd.

133 Vgl. dazu Lukas Glanzmann, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. A., Zürich 2003, 86–95.

134 Affentranger (Fn. 16), FusG 25 N 9; von der Crone et al. (Fn. 31), N 405; Glanzmann (Fn. 3), N 561; Trigo Trindade (Fn. 9), Art. 25 N 37. A.M. Truffer (Fn. 16), FusG 25 N 19.

züglich der Interessenlage und der Rechte der kreditgebenden Bank bei einer Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung des Sicherheitengebers kann deshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen im Zusammenhang mit der Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung des Kreditnehmers verwiesen werden.[135]

Handelt es sich bei der Sicherheit um eine Realsicherheit, dann richtet sich der Anspruch der kreditgebenden Bank nicht gegen den Sicherheitengeber selbst, sondern nur auf Verwertung einer Sache. Es liegt eine blosse Realhaftung vor.[136] Aus diesem Grund hat die kreditgebende Bank keine bedingte Forderung gegenüber dem Sicherheitengeber und deshalb bei einer Umstrukturierung auch keine Gläubigerstellung im Sinne des Fusionsgesetzes.[137] Die Bank muss somit sämtliche Schutzrechte vertraglich vereinbaren. Grundsätzlich tangiert eine Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung den Bestand der Realsicherheit nicht.[138] Deshalb bleibt die als Sicherheit dienende Sache auch nach der Umstrukturierung der kreditgebenden Bank als Sicherheit erhalten. Problematisch kann allerdings bei der Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung die Behandlung einer Sicherungszession zukünftiger Forderungen sein:

Hat bei einer Fusion die übertragende Gesellschaft eine Sicherungszession abgeschlossen, dann geht diese mit der Rechtswirksamkeit der Fusion auf die übernehmende Gesellschaft über. Im Falle einer Globalzession sind nach der Fusion sämtliche Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb der übernehmenden Gesellschaft an den Zessionar abgetreten.[139] Das Gleiche gilt, wenn die übernehmende Gesellschaft eine Globalzession abgeschlossen hat; allerdings wird dann der Zessionsvertrag selbst nicht übertragen. Haben sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft eine Globalzession abgeschlossen, dann sind die bis zur Rechtswirksamkeit der Fusion entstandenen Forderungen unter der Globalzession der jeweiligen Gesellschaft abgetreten; nach der Rechtswirksamkeit der Fusion gilt unter den beiden Globalzessionen die Alterspriorität, d.h. die ab der Rechtswirksamkeit entstehenden Forderungen sind unter der älteren der beiden Globalzessionen abge-

---

135 Vgl. oben B.

136 Dieter Zobl, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 884–887 ZGB, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilbd.: Das Fahnispfand, 1. Unterteilbd., Bern 1982, ZGB 884 N 955.

137 Zobl (Fn. 136), ZGB 884 N 923, 955; Karl Oftinger und Rolf Bär, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, Zürich 1981, ZGB 884 N 389.

138 Zobl (Fn. 136), ZGB 884 N 312.

139 Ein anderes Ergebnis, d.h. dass nur ein Teil der Forderungen der fusionierten Gesellschaft zediert sind, kann sich allenfalls aufgrund der Auslegung des konkreten Abtretungsvertrags ergeben.

treten.[140] Bei der Spaltung und der Vermögensübertragung ist weiter zu unterscheiden: Hat die übertragende Gesellschaft eine Abtretungsvereinbarung abgeschlossen und wird diese selbst nicht übertragen, dann bindet sie weiterhin die übertragende Gesellschaft. Damit sind die Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb der übertragenden Gesellschaft, die nach der Rechtswirksamkeit der Spaltung oder Vermögensübertragung entstehen, weiterhin an den Zessionar abgetreten. Hinsichtlich der Forderungen, die unter Rechtsverhältnissen entstehen, die mittels der Spaltung oder Vermögensübertragung übertragen worden sind, ist zu beachten, dass die übertragende Gesellschaft keine Verfügungsmacht mehr über diese Forderungen hat, soweit die Forderungen nach der Rechtswirksamkeit der Spaltung oder Vermögensübertragung entstehen. Aufgrund der nach herrschender Lehre geltenden Durchgangstheorie[141] sind diese Forderungen sodann auch nicht abgetreten, sondern stehen der übernehmenden Gesellschaft zu.[142] Wird hingegen die Sicherungsvereinbarung selbst mittels Spaltung oder Vermögensübertragung übertragen, dann sind nach der Rechtswirksamkeit der Transaktion die Forderungen der übernehmenden Gesellschaft zediert, nicht mehr jedoch jene der übertragenden Gesellschaft. Hat die übernehmende Gesellschaft bereits eine Sicherungszession abgeschlossen, dann gilt im Verhältnis zwischen den beiden Zessionen wiederum die Alterspriorität.

III. Unter- oder Schwestergesellschaft als Sicherheitengeber

Tritt eine Unter- oder Schwestergesellschaft des Kreditnehmers als Sicherheitengeber auf, dann gilt hinsichtlich der Auswirkungen einer Umstrukturierung des Sicherheitengebers auf die kreditgebende Bank grundsätzlich das Gleiche, wie wenn die Sicherheit von der Obergesellschaft bestellt worden wäre. Hinzu kommt allerdings noch ein weiterer Aspekt, nämlich jener des frei verfügbaren Eigenkapitals. Das frei verfügbare Eigenkapital stellt nach der wohl herrschenden Lehre sowohl bei Personal- als auch bei Realsicherheiten

140 Zobl (Fn. 136), Syst. Teil N 1622.

141 Für einen Überblick über den Stand der Meinungen vgl. Hans Peter Walter, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in: Wiegand (Hrsg.), Berner Bankrechtstag: Mobiliarsicherheiten, Bern 1998, Fn. 61.

142 Peter Gauch, Walter Schluep, Jörg Schmid und Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 8. A., Zürich 2003, N 3757; Eugen Spirig, Kommentar zu Art. 164–183, in: Gauch (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teil 1, Teilbd. 10: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, 3. A., Zürich 1994, OR 164 N 41, für den Fall, dass das die Sicherungsforderungen begründende Rechtsverhältnis mittels Singularsukzession übertragen wird. Eine Übertragung mittels partieller Universalsukzession hat aber auf die Frage der Wirkung der Sicherungszession keinen Einfluss.

eine Limite bei der Inanspruchnahme von Sicherheiten dar.[143] Bei einer Personalsicherheit muss der Sicherheitengeber nur im Betrag des frei verfügbaren Eigenkapitals leisten, und bei der Realsicherheit ist die Beanspruchung des Verwertungserlöses auf das frei verfügbare Eigenkapital des Sicherheitengebers beschränkt. Ausser infolge einer Umwandlung kann sich die Eigenkapitalposition und damit der Betrag des frei verfügbaren Eigenkapitals des Sicherheitengebers bei jeder Umstrukturierung verändern. Dabei ist zu beachten, dass die Spaltung in der Regel einen ungleich negativeren Einfluss auf das frei verfügbare Eigenkapital hat als die Fusion, weil nicht zwei Gesellschaften zusammengeführt, sondern eine Gesellschaft geteilt wird. Auch mit der Vermögensübertragung können Personal- oder Realsicherheiten auf Gesellschaften übertragen werden, deren frei verwendbares Eigenkapital kleiner ist als jenes der übertragenden Gesellschaft. Damit können bei all diesen Umstrukturierungen die Interessen der kreditgebenden Bank zusätzlich direkt tangiert werden.

Bei einer Personalsicherheit hat die kreditgebende Bank eine gewöhnliche Gläubigerstellung im Umstrukturierungsverfahren. Damit stellt sich die Frage, ob die kreditgebende Bank die Sicherstellung ihrer Eventualforderung verlangen kann, wenn deren Geltendmachung aufgrund einer Verminderung des freien Eigenkapitals des Sicherheitengebers gefährdet wird. Dabei ist zu beachten, dass sich die Gefährdung der Geltendmachung der Sicherheit nicht aufgrund der Bonität des Sicherheitengebers, sondern aufgrund seiner veränderten Eigenkapitalverhältnisse ergibt.[144] Zudem ist die Geltendmachung der Sicherheiten nur deswegen auf das freie Eigenkapital beschränkt, weil es sich beim Sicherheitengeber um eine Unter- oder Schwestergesellschaft des Kreditnehmers handelt und dadurch die direkten Gläubiger der Untergesellschaft geschützt werden sollen. Aus diesem Grund sollte eine Gefährdung der Erfüllung der Personalsicherheit wegen einer Verminderung des freien Eigenkapitals nicht zur Sicherstellung der Eventualverbindlichkeit der kreditgebenden Bank der Obergesellschaft berechtigen. Hinzu kommt, dass es in dieser Konstellation auch wenig Sinn macht, die Eventualforderungen der kreditgebenden Bank sicherzustellen, weil auch diese Sicherheit wiederum den gleichen Beschränkungen unterliegen würde. Auch sie dürften nur im Umfang, als sie das freie Eigenkapital des Sicherheitengebers übersteigen, verwertet werden.

Auch bei einer Realsicherheit können die Interessen der kreditgebenden Bank bei einer Verminderung des freien Eigenkapitals infolge einer Umstruk-

143 Vgl. Glanzmann (Fn. 133), 45; Markus R. Neuhaus und Rolf Watter, Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: Kramer (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli. Zum 70. Geburtstag, Zürich 2006, 193.

144 Der Betrag des frei verfügbaren Eigenkapitals ist nicht nur von der Substanz abhängig, sondern primär auch vom Betrag des Nennkapitals. Dieses wiederum kann sich insbesondere bei Fusionen sehr stark verändern, ohne dass sich die Substanz der Gesellschaft entsprechend verändert.

turierung des Sicherheitengebers tangiert werden. Anders als bei Personalsicherheiten kann die kreditgebende Bank bezüglich der Realsicherheit aber keine gesetzlichen Gläubigerschutzrechte geltend machen.

E. Umstrukturierung einer Gesellschaft, deren Anteile als Sicherheit dienen

I. Allgemeines

Wie bereits erwähnt, werden im Rahmen von strukturierten Finanzierungen häufig Sicherheiten gewährt. Werden die Anteile einer Gesellschaft verpfändet oder sicherungsübereignet, dann stellt sich mitunter die Frage, welche Auswirkungen eine Umstrukturierung der verpfändeten oder sicherungsübereigneten Gesellschaft auf die Stellung der kreditgebenden Bank hat. Im Gegensatz zum vorherigen Abschnitt geht es hier nicht um die Umstrukturierung des Sicherheitengebers, sondern um jene der Sicherheit selbst.

Bei der Fusion, Spaltung oder Umwandlung einer Gesellschaft, deren Anteile als Sicherheit dienen, stehen zwei mögliche Auswirkungen im Vordergrund: Einerseits können durch die Umstrukturierung die verpfändeten oder sicherungsübereigneten Anteile der einen Gesellschaft durch neue Anteile einer anderen Gesellschaft ersetzt werden. Insbesondere wenn die beiden Gesellschaften nicht die gleiche Rechtsform haben, stellt sich die Frage, welche Formvorschriften zu beachten sind, um an diesen neuen Anteilen wieder eine gültige Sicherheit zu bestellen. Andererseits kann gar der Fall eintreten, dass die verpfändeten oder sicherungsübereigneten Anteile im Rahmen der Umstrukturierung untergehen und nicht durch neue Anteile ersetzt werden. In diesem Fall würde die Bank ihre Sicherheit verlieren, weshalb sich die Frage stellt, ob sie sich dagegen schützen kann. Schliesslich kann die Bank durch eine Fusion oder Spaltung der als Sicherheit dienenden Gesellschaft eine Verwässerung bezüglich der von ihr als Sicherheit gehaltenen Anteile erfahren. Auch hier stellt sich die Frage, wie sich die Bank dagegen schützen kann. Bei der Vermögensübertragung stellen sich all diese Fragen nicht, weil bei dieser Transaktionsform die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter nicht berührt werden.

II. Bestellen einer Sicherheit an neuen Anteilen

Eines der wesentlichen Elemente jeder Fusion, Spaltung und Umwandlung ist die Kontinuität der Mitgliedschaft. Dies bedeutet, dass Anteilsrechte der übertragenden Gesellschaft grundsätzlich mit neuen Anteilsrechten der übernehmenden Gesellschaft abzugelten sind.[145] Die Gesellschafter der übertra-

145 Art. 7 Abs. 1 FusG.

genden Gesellschaft erwerben diese neuen Anteilsrechte nach Massgabe des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft ohne weiteres.[146] Falls die Anteile der übertragenden Gesellschaft sicherungsübereignet sind, dann sind die neuen Anteile ebenfalls sicherungsübereignet, weil diese dem Sicherungseigentümer direkt zustehen.[147] Wurden die Anteile der übertragenden Gesellschaft jedoch einer Bank verpfändet, so stellt sich die Frage, ob die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft, die für die untergehenden Anteile ausgegeben werden, auch ohne weiteres der Bank verpfändet sind. Diese Frage ist zu bejahen, wenn eine dingliche Surrogation vorliegt.

Das Prinzip der dinglichen Surrogation ist im Schweizer Recht nicht generell anerkannt, sondern gilt nur dann, wenn es aufgrund des Gesetzes, von Gewohnheitsrecht oder richterlicher Rechtsbildung Anwendung findet oder von den Parteien eine Surrogationsklausel in den Vertrag aufgenommen wurde.[148] Im Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes gilt das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft von Gesetzes wegen, womit gerade eine dingliche Surrogation statuiert wird.[149] Damit ist die Rechtslage der Anteile an der übertragenden Gesellschaft ohne weiteres auch für die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft, die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft ausgegeben werden, massgebend.[150] Somit sind diese Anteile auch ohne weiteres der kreditgebenden Bank verpfändet, soweit sie Anteile der übertragenden Gesellschaft ersetzen, die ebenfalls der Bank verpfändet waren.[151] Etwaige Barzahlungen im Zusammenhang mit einer Ausgleichszahlung[152] oder einer Abfindung[153] sind ebenfalls der kreditgebenden Bank verpfändet, und zwar im Sinne eines irregulären Pfandrechts.[154]

---

146 Glanzmann (Fn. 3), N 663.

147 Zobl (Fn. 136), Syst. Teil N 1359; zur Sicherungszession: Peter Reetz, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich 2006, N 119, 230.

148 Zobl (Fn. 136), Syst. Teil N 315 m.w.Hw.

149 Vgl. Wolfhart Bürgi und Ursula Nordmann-Zimmermann, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1979, Vorbem. zu OR 748–750 N 18, die sogar davon ausgehen, dass es sich bei den Anteilen der übernehmenden Gesellschaft, die den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft zustehen, nicht um eine Gegenleistung, sondern lediglich um eine Neuverurkundung bereits bestehender Mitgliedschafts- und Vermögensrechte handelt.

150 Zobl (Fn. 136), Syst. Teil N 315.

151 Zobl Dieter, Kommentar zu Art. 888–906 ZGB, in: Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilbd.: Das Fahrnispfand, 2. Unterteilbd., Bern 1996, ZGB 904 N 51b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 57 N 166; von der Crone et al. (Fn. 31), N 339; von Salis-Lütolf (Fn. 82), 156, mit Verweis auf das Prinzip der dinglichen Surrogation (BGE 110 II E. 3c/ee, BGE 116 II 259 E. 4a) und das deutsche Recht.

152 Art. 7 Abs. 2 FusG.

153 Art. 8 FusG.

154 Zobl (Fn. 151), ZGB 904 N 51a f.

Im Rahmen einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung kann sich die Form der Anteilsrechte ändern. So können z.B. an die Stelle von verurkundeten Inhaberaktien nicht verurkundete Aktien oder Stammanteile treten. In diesem Fall unterliegt die Verpfändung anderen Formvorschriften. Während verurkundete Aktien zur gültigen Verpfändung auf den Pfandgläubiger übertragen werden müssen,[155] ist die Verpfändung von nicht verurkundeten Aktien oder Stammanteilen einer GmbH grundsätzlich schriftlich vorzunehmen.[156] Bei GmbH-Stammanteilen ist allenfalls noch die Zustimmung der Gesellschafterversammlung notwendig.[157] Damit stellt sich die Frage, ob diese Formvorschriften eingehalten werden müssen, damit die Sicherheit an den neuen Anteilen gültig zustande kommt. Meines Erachtens muss diese Frage gleich beantwortet werden wie bei einer dinglichen Surrogation gemäss Art. 57 VVG, dem wichtigsten Fall der gesetzlichen dinglichen Surrogation im Fahrnispfandrecht. Nach dieser Vorschrift erstreckt sich das Pfandrecht des Gläubigers auch auf den Versicherungsanspruch des Verpfänders.[158] Dies bedeutet, dass bei einer dinglichen Surrogation das Pfandrecht auch ohne Einhaltung der Formvorschriften gültig zustande kommt,[159] selbst wenn die Verpfändung des Ersatzanspruches grundsätzlich schriftlich erfolgen müsste. Auf die Verpfändung von Anteilen übertragen heisst dies Folgendes:

Die Anteile der übernehmenden oder umgewandelten Gesellschaft sind selbst dann verpfändet, wenn sie nicht verurkundet werden und die Verpfändung dieser neuen Anteile an sich schriftlich bzw. mittels öffentlicher Urkunde erfolgen müsste.

Handelt es sich bei den neuen Anteilen um Aktien und werden diese verurkundet, ist weiter zu differenzieren: Werden die Aktienzertifikate dem Pfandgläubiger (also der Bank) übertragen, so bleibt das Pfandrecht ohne weiteres gültig bestehen. Werden die Zertifikate hingegen einem Dritten übertragen, bleibt das Pfandrecht nur dann bestehen, wenn der Pfandgläubiger gegenüber dem Dritten einen Herausgabeanspruch hat.[160] Ein Herausgabeanspruch besteht insbesondere dann nicht, wenn der Dritte die Aktien gutgläubig erwirbt.[161] In diesem Fall geht das Pfandrecht unter. Werden die Aktien dem Verpfänder übertragen, so bleibt das Pfandrecht bestehen, wenn die Übertragung ohne den Willen des Pfandgläubigers vorgenommen wur-

155 Art. 901 ZGB.

156 Art. 900 Abs. 1 ZGB. Nach dem noch bis Ende 2007 geltenden GmbH-Recht muss der Pfandvertrag sogar öffentlich beurkundet werden; Art. 791 Abs. 4 OR.

157 Art. 789b E-OR. Unter dem noch geltenden Recht ist diese Zustimmung nach h.L. immer notwendig.

158 Ein Teil der Lehre nimmt gar bei jedem Schadenersatzanspruch eine dingliche Surrogation an; vgl. die Zusammenstellung bei Oftinger/Bär (Fn. 137), ZGB 892 N 22.

159 Zobl (Fn. 151), ZGB 892 N 21.

160 Art. 888 Abs. 1 ZGB; Zobl (Fn. 151), ZGB 904 N 51b.

161 Art. 935 ZGB.

de.[162] Der Pfandgläubiger hat dann gegenüber dem Verpfänder einen Herausgabeanspruch.[163] Befinden sich die Aktienzertifikate jedoch mit dem Willen des Pfandgläubigers vorübergehend beim Verpfänder, dann verliert das Pfandrecht während der entsprechenden Zeit seine Wirkung.[164] Die Bank sollte in diesem Fall nachdrücklich die Herausgabe der Urkunden verlangen, andernfalls sie das Risiko trägt, dass das Pfandrecht ganz untergeht.[165]

III. Untergang der als Sicherheit dienenden Anteile

Trotz des Grundsatzes der Kontinuität der Mitgliedschaft ist eine Abgeltung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten im Rahmen einer Fusion oder Spaltung nicht in jedem Fall notwendig. So kann namentlich bei einer Fusion vorgesehen werden, dass anstelle von Anteilsrechten an der übernehmenden Gesellschaft eine Abfindung gewährt wird. Es wurde bereits oben gezeigt, dass die Bank in diesem Fall eine Sicherheit an der Geldleistung hat.[166]

Eine Abgeltung von Anteilen kann auch dann unterbleiben, wenn der Gesellschafterkreis der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaft identisch ist, d.h. eine so genannte Schwesternfusion vorliegt. Bei dieser Konstellation wird der Verlust der Anteilsrechte an der übertragenden Gesellschaft durch eine entsprechende Wertzunahme der Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft kompensiert.[167] In diesem Fall kann eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft unterbleiben, weil sie zur Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich ist. Sind die Anteile der übertragenden Gesellschaft der kreditgebenden Bank verpfändet oder sicherungsübereignet, dann besteht das Risiko, dass diese Anteile ersatzlos untergehen, wenn die übertragende Gesellschaft von einer Schwestergesellschaft absorbiert wird. Die Stellung der Bank wird durch diese Transaktion insbesondere dann negativ beeinträchtigt, wenn die Anteile an der übernehmenden Schwestergesellschaft nicht oder zumindest nicht der betreffenden Bank verpfändet oder sicherungsübereignet sind.

---

162 Art. 888 Abs. 2 ZGB. A.M. Zobl (Fn. 151), ZGB 904 N 51b.
163 Zobl (Fn. 151), ZGB 904 N 51b.
164 Art. 888 Abs. 2 ZGB; Zobl (Fn. 151), ZGB 888 N 25.
165 Zobl (Fn. 151), ZGB 888 N 25.
166 Vgl. oben E.II.
167 Trigo Trindade (Fn. 9), Art. 9 N 22; Florian Bommer, Kommentar zu Art. 9–11 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003, FusG 9 N 10; Glanzmann (Fn. 3), N 228.

Zwar bedürfen Verfügungen über das verpfändete Recht, die in dessen Substanz eingreifen oder die Rechtsstellung des Pfandgläubigers anderweitig präjudizieren[168], zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Pfandgläubigers.[169] Diese Pflicht besteht aber nur zwischen den Parteien des Pfandvertrags, also der kreditgebenden Bank als Pfandgläubigerin und der Muttergesellschaft als Verpfänderin. Aus diesem Grund wäre es unzulässig, wenn die Muttergesellschaft ihre zu 100% gehaltene Tochtergesellschaft, deren Anteile der Bank verpfändet sind, ohne Zustimmung der Bank absorbieren würde, denn in diesem Fall gehen die verpfändeten Anteile ersatzlos unter.[170] Bei einer Schwesternfusion, bei der die Anteile ebenfalls ersatzlos untergehen, ist aber als zusätzlicher Aspekt zu beachten, dass diese ohne Mitwirkung der Generalversammlung (d.h. der Muttergesellschaft als Verpfänderin) durchgeführt werden kann.[171] Deshalb darf nur dann verlangt werden, dass die Zustimmung der Bank als Pfandgläubigerin zu einer solchen Fusion erforderlich ist, wenn die Handlungen der Tochtergesellschaften der Verpfänderin zugerechnet werden können.

Die Bank muss sich durch geeignete vertragliche Regelungen vor den soeben beschriebenen Folgen einer Fusion schützen. Hinsichtlich der nicht erforderlichen Mitwirkung der Muttergesellschaft bei einer Schwesternfusion kann einmal festgehalten werden, dass die entsprechende Erleichterung des Fusionsgesetzes dispositiv ist. Es ist deshalb empfehlenswert, die Befreiung von der Beschlussfassung durch die Generalversammlung in den Statuten der verpfändeten bzw. sicherungsübereigneten Gesellschaft wegzubedingen.[172] In diesem Fall ist die Schwesternfusion immer gleich zu behandeln wie die Absorption einer zu 100% gehaltenen Tochtergesellschaft durch ihre Muttergesellschaft. Dies bedeutet, dass die Fusion nicht ohne die Zustimmung der Bank erfolgen darf, sofern die Fusion negative Auswirkungen auf die Sicherheit der Bank hat. Wird eine solche Fusion aber ohne die Zustimmung der Bank durchgeführt, dann ist zu beachten, dass diese mit Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam wird. Aufgrund der konstitutiven Wirkung der Handelsregistereintragung und der damit verbundenen Publizität muss davon

168 So z.B. der teilweise Erlass einer Forderung, die Stundung, Novation, Verrechnung, Herabsetzung des Zinsfusses, Entlassung eines Mitschuldners oder Bürgen, der Verzicht auf ein die verpfändete Forderung sicherndes Pfandrecht (Oftinger/Bär (Fn. 137), Art. 906 N 15; von Tuhr/Escher (Fn. 58), 379).

169 Zobl (Fn. 151), ZGB 906 N 47; Oftinger/Bär (Fn. 137), Art. 906 N 15; von Tuhr/Escher (Fn. 58), 379.

170 Glanzmann (Fn. 3), N 228.

171 Art. 24 Abs. 1 FusG. Nach einem Teil der Lehre ist diese Erleichterung nicht gegeben, wenn die Anteile der betreffenden Gesellschaft verpfändet bzw. sicherungsübereignet sind; Glanzmann (Fn. 3), N 94.

172 Glanzmann (Fn. 3), N 106.

ausgegangen werden, dass die fehlende Vertretungsmacht des Sicherheitengebers geheilt wird.[173]

Die Bank kann ihre Position auch insofern absichern, als sie statt einer Verpfändung immer eine Sicherungsübereignung vornimmt. Anders als bei der Verpfändung gehen bei der Sicherungsübereignung die Stimmrechte auf die Bank über, und der Sicherungsübereigner kann diese nicht mehr selbst ausüben.[174] Allerdings wird die Bank in der Regel kein Interesse haben, die Stimmrechte anstelle des Sicherungsübereigners auszuüben, weil die damit verbundenen Risiken zu gross sind. Zudem müsste sich die Bank an die Instruktionen des Sicherungsübereigners halten.[175]

Weitergehende vertragliche Regelungen wie z.B. ein Verbot, die Gesellschaften, deren Anteile als Sicherheit hingegeben wurden, zu fusionieren, sind aus den bereits erwähnten Gründen nicht durchsetzbar.[176] Zur Absicherung ihrer Stellung sollte aber die Bank ein vertragliches Kündigungsrecht in den Kreditvertrag aufnehmen, aufgrund dessen eine Kündigung des Kredits immer dann möglich ist, wenn sich der Wert oder die Verwertbarkeit einer Sicherheit negativ verändert.

IV. Verwässerung der als Sicherheit hingegebenen Anteile

Fusioniert eine als Sicherheit hingegebene Gesellschaft mit einer anderen Gesellschaft, dann kann dies dazu führen, dass die kreditgebende Bank als Pfandgläubiger oder Sicherungseigentümer nicht mehr 100% Prozent der Anteile der fusionierten Gesellschaft als Sicherheit hält. Das gleiche Resultat kann auch bei einer Spaltung eintreten. Durch diese Verwässerung kann der Wert der Sicherheit vermindert werden, insbesondere weil rein faktisch eine 100%-Beteiligung mehr Wert hat als eine nicht 100%-Beteiligung oder gar ein Minderheitsanteil. Dies ergibt sich mitunter daraus, dass z.B. bei einer 100%-Beteiligung jederzeit eine Universalversammlung durchgeführt wer-

---

173 Gl.M. Manfred Küng, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VIII, 1. Abt.: Handelsregister und Geschäftsfirmen, 1. Teilbd.: Das Handelsregister, Art. 927–943 OR, Bern 2001, OR 933 N 35; Reto Schumacher, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Diss. Zürich 2005, 128; Glanzmann (Fn 3), N 370; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 17 N 14. Allenfalls hat die Bank ein Recht, die Fusion gemäss Art. 643 Abs. 3 OR bzw. Art. 779 Abs. 3 E-OR anzufechten; allerdings müsste die fehlende Zustimmung als schwerwiegender Mangel eingestuft werden, was nach einem strengen Massstab und unter Abwägung der schutzwürdigen Interessen an der Auflösung bzw. der Fortdauer der Gesellschaft zu prüfen ist (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 1), § 17 N 20). Zudem ist fraglich, ob die Bank als Pfandgläubiger aktivlegitimiert ist, weil sie weder Gesellschafter noch Gläubiger der Gesellschaft ist, sondern Gesellschafter-Gläubiger. Im Falle der Sicherheitsübereignung ist die Bank als Sicherungseigentümer Gesellschafter der Tochtergesellschaft und damit aktivlegitimiert.

174 Zobl (Fn. 151 und Fn. 136), ZGB 905 N 12, Syst. Teil N 1435.

175 Zobl (Fn. 136), Syst. Teil N 1435; Oftinger/Bär (Fn. 137), Art. 905 N 13.

176 Vgl. dazu oben B.I.2.b.bb.

den kann, um die Organe auszuwechseln. Damit stellt sich auch hier die Frage, ob die Bank als Pfandgläubiger oder Sicherungseigentümer eine Fusion oder Spaltung, die eine Verwässerung der Anteile zur Folge hat, verhindern kann. Grundsätzlich darf für die Beantwortung dieser Frage auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden.[177] Weil Verfügungen über das verpfändete Recht, die in dessen Substanz eingreifen oder die Rechtsstellung des Pfandgläubigers anderweitig präjudizieren, zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Pfandgläubigers bedürfen,[178] braucht auch eine Fusion oder Spaltung, mit der eine 100%-Beteiligung aufgegeben wird, die Zustimmung der Bank.

F. Fazit

Mit der Einführung des Fusionsgesetzes wurde bezweckt, Umstrukturierungen zu erleichtern. Ob dieser Zweck erreicht wurde, muss im vorliegenden Zusammenhang nicht beantwortet werden. Hingegen ist aufgrund der oben stehenden Ausführungen ersichtlich, dass Umstrukturierungen gemäss Fusionsgesetz teils erhebliche Auswirkungen auf die Stellung einer kreditgebenden Bank haben können. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Kreditnehmer selbst, eine Unter- bzw. Obergesellschaft, ein Sicherheitengeber oder eine Gesellschaft, deren Anteile der Bank als Sicherheit dienen, umstrukturiert wird. Eine Umstrukturierung kann sogar dazu führen, dass die Sicherheitenstruktur einer Finanzierung gefährdet, verschlechtert oder gar nutzlos wird.

Obwohl die Stellung der kreditgebenden Bank durch eine Umstrukturierung wesentlich beeinträchtigt werden kann, hat sie in den betreffenden Umstrukturierungsverfahren oft keine oder nur beschränkte Gläubigerschutzrechte. Aus diesem Grund muss eine Bank ihre Interessen durch geeignete vertragliche Regelungen schützen. Die entsprechenden Vertragsklauseln sollten nicht nur die zulässigen Umstrukturierungen beschränken, sondern auch angemessene Informationspflichten und wirksame Kündigungsmöglichkeiten enthalten. Ein besonderes Augenmerk ist zudem auf die Auszahlungsvoraussetzungen zu richten. Diese müssen verhindern, dass eine Bank ihre Gläubigerstellung erst kurz vor einer Umstrukturierung erlangt.

177 Vgl. dazu oben E.III.
178 Zobl (Fn. 151), ZGB 906 N 47.

Zusammenfassung

Umstrukturierungen eines Kreditnehmers können die Stellung eines Kreditgebers beeinträchtigen. Obgleich das Fusionsgesetz dem Kreditgeber gewisse Schutzmittel verleiht, sollte dieser seinen Schutz durch vertragliche Vereinbarungen verstärken. Bei der Umstrukturierung von Ober- oder Untergesellschaften des Kreditnehmers wird der vertragliche Schutz umso bedeutender, als der Kreditgeber über keine gesetzlichen Schutzrechte verfügt, seine Stellung aber ebenfalls beeinträchtigt werden kann. Ähnliches gilt, wenn Ober-, Unter- oder Schwestergesellschaften des Kreditnehmers als Sicherheitengeber auftreten. In einer solchen Konstellation stehen dem Kreditgeber die fusionsgesetzlichen Schutzrechte gegenüber der besichernden Gesellschaft nur zu, sofern eine Personalsicherheit bestellt ist. Wird hingegen eine Realsicherheit bestellt, sind die Schutzmittel vertraglich zu vereinbaren. Werden schliesslich dem Kreditgeber Anteile einer Gesellschaft verpfändet oder sicherungsübereignet, so können im Zuge einer Umstrukturierung dieser Gesellschaft die verpfändeten oder sicherungsübereigneten Anteile durch neue Anteile einer anderen Gesellschaft ersetzt werden, eine Verwässerung erfahren oder gar untergehen. Neue Anteile, die sicherungsübereignete oder verpfändete Anteile ersetzen, sind grundsätzlich ohne weiteres ebenfalls sicherungsübereignet oder verpfändet. Im Fall des Untergangs oder einer qualifizierten Verwässerung der sicherungsübereigneten oder verpfändeten Anteile kann die Umstrukturierung nur nach Zustimmung des Kreditgebers durchgeführt werden. Da dieses Vetorecht aber keinen umfassenden Schutz bietet, muss sich der Kreditgeber auch hier vertraglich absichern.

Résumé

Des restructurations d'un emprunteur sont susceptibles de porter préjudice à la position d'un prêteur. Quand bien même la loi sur la fusion accorde certains moyens de protection au prêteur, celui-ci devrait renforcer sa protection par des accords contractuels. Lors de la restructuration de sociétés dominantes ou de sociétés contrôlées de l'emprunteur, la protection contractuelle est d'autant plus importante que le prêteur ne dispose pas de droits de protection légaux, mais que sa situation peut également être compromise. Il en va de même lorsque des sociétés dominantes, des sociétés contrôlées ou des sociétés sœurs de l'emprunteur se présentent comme garantes. Dans une telle constellation, le prêteur ne dispose des droits de protection de la législation sur la fusion à l'encontre de la société fournissant la garantie que si une sûreté personnelle est fournie. Si, par contre, c'est une sûreté réelle qui est fournie, les moyens de protection doivent être convenus contractuellement. Enfin, si des parts d'une société sont données en gage au prêteur ou lui sont cédées à titre de sûreté, il se peut que dans le cadre d'une restructuration de cette société les parts données en gage ou cédées à titre de sûreté soient remplacées par de nouvelles parts d'une autre société, ou subissent une dilution ou même qu'elles soient perdues. De nouvelles parts qui remplacent des parts cédées à titre de sûreté ou données en gage sont en principe sans autre également cédées à titre de sûreté ou mises en gage. En cas de perte ou de dilution qualifiée des parts cédées à titre de sûreté ou mises en gage, la restructuration ne peut être réalisée qu'après avoir été approuvée par le prêteur. Etant donné toutefois que ce droit de veto n'offre pas une protection étendue, le prêteur doit ici aussi se prémunir contractuellement.