

Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung

**Ein Beitrag zu einer sachgerechten
Auslegung des Fusionsgesetzes**

Andreas Binder

Dr. iur. lic. oec., Rechtsanwalt
Professor an der Universität St. Gallen

**Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen
Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes**

Schulthess § 2005

Bibliografische Information (Der Deutschen Bibliothek)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2005
ISBN 3 7255 5011 5

www.schulthess.com

Vorwort

Zentrales Ziel des Gesetzgebers des Fusionsgesetzes war es, Umstrukturierungen von Unternehmen in Form von Fusionen, Spaltungen oder Betriebsübertragungen zu erleichtern. Nachdem das Fusionsgesetz seit einem Jahr in Kraft ist, zeigt sich, dass insbesondere vom Institut der Spaltung, aber auch – namentlich bei Rechtsgeschäften zwischen unabhängigen Dritten – vom Institut der Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften nur wenig Gebrauch gemacht wird.

Die vorliegende Schrift stellt dazu drei Thesen auf. Erstens: Der Grund für die grosse Zurückhaltung der Praxis gegenüber der Spaltung und der Vermögensübertragung liegt in den weit gehenden Gläubigerschutzbestimmungen. Zweitens: Bei der Ausgestaltung der Gläubigerschutzbestimmungen ist dem Gesetzgeber ein Wertungsfehler unterlaufen, indem er einen im Vergleich zum Benchmark im Aktienrecht viel strengeren Massstab anwandte, ohne sich dessen bewusst zu sein. Und drittens: Eine restriktive Interpretation der Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes ist nicht nur wünschbar, sondern angesichts des Wertungsfehlers des Gesetzgebers begründet.

Dieser Kompass wird in einem zweiten Teil auf einige strittige Fragen angewendet, die sich im praktischen Umgang mit dem Fusionsgesetz als zentral herausgeschält haben.

Da einige Regelungen zum Gläubigerschutz trotz restriktiver Auslegung unbefriedigend bleiben, endet der Beitrag mit einem Aufruf zur raschen Teilrevision des Fusionsgesetzes, damit das in weiten Teilen gelungene Gesetz seine wohlverdiente Anwendung in der Praxis finden kann. Als Grenzgänger zwischen den Welten der Praxis, der Wissenschaft und der Politik würde es mich freuen, wenn dieser Aufruf ein Echo fände.

Baden, im Juni 2005

Andreas Binder

Inhaltsverzeichnis

I.	Gegenstand der Untersuchung	7
II.	Zentrales Ziel des Fusionsgesetzes: Ermöglichung von Umstrukturierungen	7
III.	Die Realität: Zwei von vier Umstrukturierungsformen kommen in der Praxis kaum vor	8
IV.	These 1: Der Grund liegt in den weit gehenden Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes	10
A.	Solidarische Haftung	10
	1. Solidarische Haftung bei der Spaltung	10
	2. Solidarische Haftung bei der Vermögensübertragung	12
B.	Sicherstellungspflicht	15
	1. Sicherstellungspflicht bei der Spaltung	15
	2. Sicherstellungspflicht bei der Vermögensübertragung	16
V.	These 2: Dem Gesetzgeber ist ein unbewusster Wertungsfehler unterlaufen	18
A.	Der Benchmark: Gläubigerschutz bei der Aktiengesellschaft ausserhalb des Fusionsgesetzes	18
B.	Gläubigerschutz bei der Aktiengesellschaft gemäss Fusionsgesetz	21
VI.	These 3: Die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes sind restriktiv auszulegen	23
VII.	Beantwortung einiger zentraler Fragen	25
A.	Zulässigkeit der Vermögensübertragung durch Singularsukzession	25
B.	Zulässigkeit der Spaltung in zwei Schritten	30
C.	Verjährung der solidarischen Haftung bei der Spaltung	33
D.	Verjährung der solidarischen Haftung bei der Vermögensübertragung	38
E.	Zurückhaltung bei der Sicherstellungspflicht	39
	1. Sicherstellungspflicht bei der Spaltung	39
	2. Sicherstellungspflicht bei der Vermögensübertragung	42
VIII.	Ein paar Schlussbemerkungen und ein Aufruf zur Teilrevision des Fusionsgesetzes	43

I. Gegenstand der Untersuchung¹

Die Untersuchung setzt sich mit den Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes² auseinander. Der Beitrag konzentriert sich auf die Darstellung und die sachgerechte Auslegung der Bestimmungen über den Schutz der Gläubiger im Rahmen der Spaltung und der Vermögensübertragung bei Aktiengesellschaften. Auf eine Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung bei der Spaltung und der Vermögensübertragung von anderen Gesellschaftsformen, sowohl von Kapital- wie von Personengesellschaften, wird ebenso verzichtet wie auf eine Analyse der Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes bei Fusionen und Umwandlungen. Dies aus der Erkenntnis, dass viele offene Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz gerade daher rühren, dass das Fusionsgesetz als rechtsformübergreifendes Umstrukturierungsgesetz dazu verleitet, die sich stellenden Fragen zu generell und zu wenig fokussiert auf die spezifischen Gesellschaftsformen zu beantworten.

II. Zentrales Ziel des Fusionsgesetzes: Ermöglichung von Umstrukturierungen

Das Fusionsgesetz ist ein rechtsformübergreifendes Umstrukturierungsgesetz. Es ist die gesetzgeberische Antwort auf die zunehmenden Bedürfnisse der Wirtschaft, in Gesellschaften verkörperte Unternehmen aus Gründen der Konkurrenzfähigkeit oder der geordneten Unternehmensnachfolge neu zu strukturieren, sei es durch Zusammenschlüsse von Unternehmen oder durch Auf- oder Abspaltungen von Unternehmen oder Unternehmensteilen. Zentrales Ziel des Gesetzgebers des Fusionsgesetzes, ja die eigentliche raison d'être des neu geschaffenen Fusionsgesetzes, war es, mit diesem neuen Gesetz Umstrukturierungen von Unternehmen zu erleichtern. Das Fusionsgesetz sollte mit der Bereitstellung neuer privatrechtlicher Optionen eine grössere Beweglichkeit in der rechtlichen Organisation von Unternehmen ermöglichen. Durch die Einführung des neuen Rechtsinstituts der Spaltung sollte die Neustrukturierung von Unternehmen erleichtert werden; das ebenfalls neue Instrument der Vermögensübertragung bezweckt die Erleichterung

¹ Herrn RA DOMINIK ROTHACHER danke ich herzlich für seine Mitarbeit bei der Verfassung dieser Arbeit.

² Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301).

der Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils von einem Rechtsträger auf einen andern³.

Nachdem in den Neunzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts einige dieser damals gesetzlich nicht geregelten Umstrukturierungsformen in der Praxis entwickelt und nicht zuletzt durch eine liberale Haltung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, aber auch des Bundesgerichts ermöglicht wurden⁴, sollte mit der Legiferierung dieser Fragestellungen im Fusionsgesetz nicht zuletzt Rechtssicherheit geschaffen werden. Die Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz sowie die Berücksichtigung der Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und der Personen mit Minderheitsbeteiligungen waren dem Gesetzgeber – zu Recht – zentrale Anliegen⁵.

III. Die Realität: Zwei von vier Umstrukturierungsformen kommen in der Praxis kaum vor

Nachdem das Fusionsgesetz mittlerweile seit einem Jahr in Kraft ist, zeigt sich, dass insbesondere vom Institut der Spaltung, in vermindertem Mass auch vom Institut der Vermögensübertragung nur wenig Gebrauch gemacht wird. Spaltungen von Aktiengesellschaften kommen selten vor, Vermögensübertragungen zwischen Aktiengesellschaften gibt es zwar häufiger, allerdings vornehmlich im Rahmen interner Umstrukturierungen, nur selten dagegen bei Rechtsgeschäften zwischen unabhängigen Dritten; bei letzteren werden zudem oft nur Aktiven übertragen⁶. Der Autor hat die Problematik seit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes mit vielen im Bereich der Umstrukturierung tätigen Anwälten besprochen, überall

³ BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4338 und 4354; Voten von Bundesrätin Ruth Metzler in den Eintretensdebatten im Ständerat und im Nationalrat, AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzung des Ständerates vom 21.3.2001 resp. Sitzung des Nationalrates vom 12.3.2003; FRANK VISCHER, Einführung, in: CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, ZBJV 1999, Sonderband 135^{bis}, 10; HANSPETER KLÄY, Das Fusionsgesetz – ein Überblick, BN 2004, 188; PETER ISLER/ULYSSES VON SALIS-LÜTOLE, Fusionen nach dem neuen Fusionsgesetz, ZSR 2004 I, 10; vgl. auch die intensive Debatte im National- und Ständerat zu Art. 102a FusG, AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzungen des National- resp. Ständerates vom 12.3.2003, 5.6.2003, 16.6.2003 und 15.9.2003.

⁴ Vgl. BOTSCHAFT (FN 3), 4341 f.

⁵ BOTSCHAFT (FN 3), 4338.

⁶ Herrn RA FEDERICO DOMENGHINI, Wissenschaftlichem Mitarbeiter beim Eidgenössischen Amt für das Handelsregister, danke ich für die Zurverfügungstellung entsprechender Grundlagendaten zur Spaltung und zur Vermögensübertragung; die Auswertung erfolgte durch den Autor.

zeigt sich das gleiche Bild: Man weicht der Spaltung und teilweise auch der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz aus und strukturiert weiter nach alter Technik um, indem man – am Fusionsgesetz vorbei – statt in einem in zwei Schritten spaltet⁷ und Vermögensübertragungen mittels Singularsukzessionen vornimmt⁸.

Und angesichts der gravierenden Nachteile, welche die Gläubigerschutzbestimmungen insbesondere bei der Spaltung, aber – in minderm Mass – auch bei der Vermögensübertragung mit sich bringen⁹, muss sich die Praktikerin und der Praktiker ernsthaft fragen, ob einem Unternehmen die Umstrukturierung via fusionsgesetzlicher Regelung empfohlen werden darf oder ob nicht vielmehr davon abgeraten werden muss. In manchen Fällen dürfte es geradezu ein Kunstfehler sein, einem Unternehmer zur Spaltung seines Unternehmens nach Fusionsgesetz zu raten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass mit zunehmender Diskussion dieser Problematik in Fachkreisen¹⁰ die Anzahl der Spaltungen und Vermögensübertragungen nicht zunehmen, sondern stagnieren oder gar noch abnehmen wird, solange keine Lösung der in diesem Beitrag behandelten Fragen in Sicht ist.

Als Zwischenfazit müssen wir feststellen, dass das Fusionsgesetz bis heute bei weitem nicht hält, was es versprochen hat. Zwei von vier durch den Gesetzgeber offerierten Umstrukturierungsformen weicht die Praxis aus, weil die damit verbundenen Nachteile durch die Vorteile bei weitem nicht aufgewogen werden. Das Resultat ist ernüchternd und stellt dem Gesetzgeber, aber auch der Juristenzunft kein gutes Zeugnis aus. Im Folgenden werden drei Thesen aufgestellt: These 1 liefert die Begründung für diese an sich absurde Situation. These 2 zeigt auf, dass dem Gesetzgeber bei den Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes ein unbewusster Wertungsfehler unterlaufen ist. Und These 3 liefert die programmatische Antwort auf diese unbefriedigende Situation: Eine restriktive Interpretation der Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes ist nicht nur wünschbar, sondern angesichts des Wertungsfehlers des Gesetzgebers begründet.

⁷ Vgl. dazu nachfolgend Kap. VII.B.

⁸ Vgl. dazu nachfolgend Kap. VII.A.

⁹ Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen unter Kap. IV.

¹⁰ Der Diskurs verlief anfänglich in anderer Richtung, indem namentlich die Steuerberater die grossen steuerrechtlichen Vorteile hervorstrichen, die das Fusionsgesetz mit sich bringt.

IV. These 1: Der Grund liegt in den weit gehenden Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes

Der Umstand, dass die Praxis von den beiden Umstrukturierungsformen der Spaltung und der Vermögensübertragung wenig Gebrauch macht, mag verschiedene Gründe haben. Das übliche Argument der Neuheit und Unvertrautheit bei den Praktikern, das bei jedem neuen Gesetz mehr oder weniger Gültigkeit hat, greift jedoch im vorliegenden Fall mit Bestimmtheit zu kurz. Hauptgrund für die zu Recht an den Tag gelegte Zurückhaltung der Praxis gegenüber der Spaltung und der Vermögensübertragung bilden vielmehr die weit gehenden Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes. Die nachfolgende Analyse dieser Gläubigerschutzbestimmungen zeigt, dass die Regelung des Fusionsgesetzes mit den Eckpfeilern der solidarischen Haftung und der Sicherstellungspflicht derart asymmetrisch zu Gunsten (von Teilen) der Gläubiger ausgefallen ist, dass eine Wahl dieser beiden Umstrukturierungsformen nur selten opportun sein dürfte.

A. Solidarische Haftung

1. Solidarische Haftung bei der Spaltung

Art. 47 Abs. 1 FusG bestimmt:

Werden die Forderungen einer Gläubigerin oder eines Gläubigers von der Gesellschaft, der die Verbindlichkeiten durch den Spaltungsvertrag oder den Spaltungsplan zugeordnet wurden (primär haftende Gesellschaft), nicht befriedigt, so haften die übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (subsidiär haftende Gesellschaften) solidarisch.

Art. 47 Abs. 1 FusG statuiert damit die primäre Haftung der die Verbindlichkeit übernehmenden Gesellschaft und sieht für sämtliche übrigen an der Spaltung beteiligten Gesellschaften subsidiär eine unbeschränkte solidarische Haftung vor.

Diese subsidiäre solidarische Haftung ist gemäss Wortlaut des Gesetzes zeitlich nicht limitiert¹¹. Einzige zeitliche Schranke bilden damit die allgemeinen Verjährungsvorschriften, insbesondere die Art. 127 ff. OR für vertragliche resp. Art. 60 OR für ausservertragliche Ansprüche. Was dagegen fehlt, ist eine zeitliche Limitierung der Haftung, die am Tatbestand bzw. Zeitpunkt der Umstrukturierung anknüpft. Diese Regelung hat zur Folge, dass alle an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften für die vor der Spaltung bestandenen, mit der Spaltung übertra-

¹¹ Zur Begründetheit der teleologischen Reduktion dieser Bestimmung vgl. die Ausführungen in Kap.VII.C.

genen¹² Schulden auch Jahre nach der Spaltung weiterhaften, und dies, obwohl die Spaltung eine Trennung der unternehmerischen Verantwortung der verschiedenen Gesellschaften bewirkt und zu einer Verminderung der Aktiven und damit des Haftungssubstrats jeder einzelnen Gesellschaft führt. Bezüglich Verbindlichkeiten werden die aus der Spaltung hervorgegangenen Gesellschaften während Jahren so behandelt, wie wenn sie nicht gespalten worden wären, wogegen auf der Aktivseite der Bilanz durch die Spaltung eine Schrumpfung des Vermögens jeder Gesellschaft stattfindet. Ist ein Investor an einer Gesellschaft interessiert, die an einer Spaltung beteiligt war, hat dies zur Folge, dass er mit dem Erwerb dieser Gesellschaft nicht nur deren Aktiven und Passiven erwirbt, sondern zusätzlich die Passiven bzw. Risiken der übrigen an der Spaltung beteiligten Geschäftsbereiche bzw. Gesellschaften. Damit er weiss, auf welche Risiken er sich einlässt, muss er daher eine Due Diligence nicht nur des Kaufobjekts vornehmen, sondern auch aller andern Gesellschaften, an denen er gar kein Interesse hat; unterlässt er dies, setzt er sich später unter Umständen dem Vorwurf aus, er hätte beim Erwerb der Gesellschaft unsorgfältig gehandelt. Wer hier einwendet, die Sache sei nicht so schlimm, in aller Regel könne man die Risiken, die mit einem Unternehmen verbunden sind, anhand der Passivseite der Bilanz gut abschätzen, verkennt die Realität: Mit jeder unternehmerischen Tätigkeit sind Risiken verbunden, die für das Unternehmen resp. die Gesellschaft als Rechtsträgerin des Unternehmens existentiell sein können und die doch in der Bilanz keine Abbildung erfahren; zu denken ist etwa an Umweltrisiken oder Risiken aus Produkthaftung. Solche Risiken können sehr wohl in der Vergangenheit, also vor der Spaltung, gesetzt worden sein, sich aber erst in unter Umständen ferner Zukunft – aber noch vor Eintritt der Verjährung – in Form von Haftpflichtansprüchen materialisieren.

Es ist offenkundig, dass die zeit- und kostenintensive Durchführung einer Due Diligence über jene Gesellschaften, an denen der Käufer gar nicht interessiert ist, eine für die Praxis untaugliche Anforderung darstellt. Jeder, der mit Kauf und Verkauf von Unternehmen vertraut ist, wird bei einer solchen Forderung ungläubig den Kopf schütteln. Und wenn ihm der Jurist erläutert, dass sich diese Konsequenz aus dem Fusionsgesetz ergibt, wird er ihn postwendend auffordern, ihm einen andern Vorgehensweg zu unterbreiten, mit dem diese Konsequenz vermieden werden kann. Und am einfachsten erreicht man dies, indem man sich gar nicht erst auf eine Spaltung nach Fusionsgesetz einlässt. Das in zeitlicher Hinsicht nur durch die ordentliche Verjährung limitierte Risiko der Haftung für unbekann-

¹² Und nach einem Teil der Lehre zusätzlich auch für die bei der übertragenden Gesellschaft zurückbleibenden Schulden; vgl. dazu die Ausführungen weiter unten in diesem Abschnitt und in Fn 15.

te Schulden einer Gesellschaft, mit der man nichts zu tun hat, ist der Hauptgrund dafür, dass die Praxis vom Instrument der Spaltung kaum Gebrauch macht¹³.

Die solidarische Haftung des Fusionsgesetzes ist aber nicht nur risikobehaftet für die Schuldner, sondern auch stossend für gewisse Gläubiger. Denn obwohl mit der subsidiären solidarischen Haftung ein umfassender Gläubigerschutz bezweckt wurde, führt die Regelung von Art. 47 Abs. 1 FusG diesbezüglich zu etwelchen Widersprüchlichkeiten. So findet insbesondere eine Ungleichbehandlung verschiedener Gläubigerkategorien statt: Bei der Abspaltung benachteiligt werden die Gläubiger von Verbindlichkeiten, die im Rahmen der Abspaltung bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben; und bei der Spaltung zur Übernahme werden die Altgläubiger der übernehmenden Gesellschaft benachteiligt.

Für Gläubiger von Verbindlichkeiten, die im Rahmen der Abspaltung bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben, besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes¹⁴ keine subsidiäre Haftung der übrigen an der Abspaltung beteiligten Gesellschaften. Die bei der absplattendenden Gesellschaft verbleibenden Gläubiger werden gegenüber den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft damit schlechter gestellt, verlieren sie doch einen Teil des bisherigen Haftungssubstrats¹⁵.

Nicht besonders geschützt werden auch die Altgläubiger der übernehmenden Gesellschaften. Mit der Spaltung treten neue Gläubiger zu ihnen in Konkurrenz, ohne dass ihnen Gewähr geboten ist, dass die vor der Spaltung bestehende Haftungsmasse in für sie gleichem Ausmass Bestand hat¹⁶.

2. Solidarische Haftung bei der Vermögensübertragung

Art. 75 Abs. 1 und 2 FusG bestimmen:

¹ Die bisherigen Schuldner haften für die vor der Vermögensübertragung begründeten Schulden während dreier Jahre solidarisch mit dem neuen Schuldner.

¹³ Vgl. dazu schon MARTIN FREY/MÉLANIE LAMBELET, Spaltung – rechtliche und steuerliche Aspekte, AJP 2004, 797 und 801.

¹⁴ Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 lit. b und Art. 52 FusG; Botschaft, 4437.

¹⁵ Ein Teil der Lehre will diese Bestimmung allerdings in teleologischer Auslegung dahin verstehen, dass die Solidarhaftung auf die von der Abspaltung nicht erfassten, bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Verbindlichkeiten auszudehnen ist (FELIX R. EHRAT/MARCO COLOMBINI, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005 [BSK FusG 2005], Art. 47 N 6; HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER/MARTIN DIETRICH/KATJA BERLINGER, Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, Rz. 658; ULYSSES VON SALIS, Fusionsgesetz, Zürich 08/2004, www.fusionsgesetz.ch, 355); eine solche noch weiter gehende Ausdehnung des Gläubigerschutzes widerspricht der in dieser Arbeit begründeten These von der grundsätzlich restriktiven Auslegung der Gläubigerschutzbestimmungen und ist daher abzulehnen.

¹⁶ Das übertragene Teilvermögen kann insbesondere einen Passivenüberschuss aufweisen; EHRAT/COLOMBINI (FN 15), Art. 47 N 7.

² Die Ansprüche gegen den übertragenden Rechtsträger verjähren spätestens drei Jahre nach der Veröffentlichung der Vermögensübertragung. Wird die Forderung erst nach der Veröffentlichung fällig, so beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit.

Art. 75 Abs. 1 FusG enthält eine unbeschränkte solidarische Haftung des oder der bisherigen mit dem neuen Schuldner, die – im Gegensatz zur Regelung bei der Spaltung – zudem primär und nicht subsidiär ist. Diese Solidarhaftung unterliegt jedoch, anders als bei der Spaltung, einer besonderen Verjährungsvorschrift. Die Haftung verjährt¹⁷ innert einer Frist von spätestens¹⁸ drei Jahren, wobei diese Frist bei fälligen Forderungen mit der Veröffentlichung der Vermögensübertragung zu laufen beginnt, bei im Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht fälligen Forderungen dagegen erst ab späterer Fälligkeit. Für Forderungen, die im Zeitpunkt der Umstrukturierung fällig sind, enthält das Gesetz damit eine adäquate Regelung, indem es den aus der Vermögensübertragung sich ergebenden Risiken für die Gläubiger mit einer limitierten, zeitlich am Tatbestand der Umstrukturierung anknüpfenden solidarischen Haftung begegnet. Aus Sicht der Rechtssicherheit des übertragenden Rechtsträgers kritisch ist dagegen der Fristbeginn bei im Zeitpunkt der Umstrukturierung nicht fälligen Forderungen: Indem die Dreijahresfrist am Zeitpunkt der späteren Fälligkeit dieser Forderungen anknüpft, ergibt sich in diesen Fällen eine unter Umständen ebenfalls weit in die Zukunft wirkende solidarische Haftung des übertragenden Rechtsträgers; zu denken ist auch hier an Haftungen aus Umwelt- oder Produktrisiken, aber auch an Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit in möglicherweise ferner Zukunft zur Rückzahlung fällig werdenden Obligationenanleihen. Diese lange in die Zukunft dauernde solidarische Haftung stellt eine schwere Hypothek für die übertragende Gesellschaft dar¹⁹.

Die gesetzliche Regelung ist im Übrigen inkonsistent, indem sie – im Widerspruch zur eigentlichen Intention jedes Gläubigerschutzes – zur Bildung von drei Gläubigerkategorien führt, die unterschiedlich behandelt und geschützt werden: Erstens die Neugläubiger der Gesellschaft, die das Vermögen übernimmt; zweitens die zurückbleibenden Gläubiger der Gesellschaft, die das Vermögen überträgt; und drittens die Altgläubiger der Gesellschaft, die das Vermögen übernimmt. Denn auf die Gläubigerschutzbestimmung von Art. 75 Abs. 1 FusG mit solidarischer Haftung der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft können sich

¹⁷ FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, BSK FusG 2005, Art. 75 N 9.

¹⁸ Falls die Verjährung nach den allgemeinen Verjährungsregeln nicht schon früher eintritt; vgl. MARKUS AFFENTRANGER, Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz (Hrsg. Baker & McKenzie), Bern 2003 [Handkommentar FusG 2003], Art. 26 N 4; EHRAT/WIDMER (FN 17), Art. 75 N 9.

¹⁹ GL.M. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004, § 3 Rz. 395; VON SALIS (FN 15), 446. Zur Frage einer teleologischen Reduktion dieser Bestimmung vgl. die Ausführungen in Kap. VII.D.

nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur Gläubiger von übertragenen Verbindlichkeiten berufen²⁰. Die Gläubiger, die bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben, werden dagegen nicht speziell geschützt, für sie besteht keine solidarische Haftung der übernehmenden Gesellschaft. Und den Altgläubigern der Gesellschaft, welche das Vermögen übernimmt, steht ebenfalls kein besonderer Schutz zu, ihnen haftet nur das Vermögen der übernehmenden Gesellschaft.

Gemäss Art. 71 Abs. 2 FusG ist eine Vermögensübertragung nur zulässig, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist. Mit dieser Bestimmung sollen die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft geschützt werden. Da jedoch die Höhe der Gegenleistung für die Vermögensübertragung in das Belieben der Parteien gestellt ist²¹, zielt der angestrebte Schutz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft ins Leere und besteht auch für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft kein Schutz: Wird für das übertragene Vermögen ein zu tiefer Preis bezahlt, werden die zurückbleibenden Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers benachteiligt, bei Zahlung eines zu hohen Preises dagegen die Altgläubiger des Übernehmers; dass bei der Vermögensübertragung ein Aktivenüberschuss bestehen muss, ändert an dieser Sachlage nichts²².

Aus der Gegenüberstellung der Haftungssituation verschiedener Gläubigerkategorien bei der Vermögensübertragung lässt sich ein weiteres Zwischenfazit ziehen, welches ganz allgemein gilt: Bei allen speziellen Vorschriften zum Schutz der Gläubiger, mögen sie noch so gut gemeint sein, gilt es stets zu vergegenwärtigen, dass jede Besserstellung der einen Gläubigerkategorie automatisch zur Schlechterstellung einer andern Gläubigerkategorie führt. Dies gilt immer dann, wenn – was bei Umstrukturierungen systemimmanent ist – nicht alle Aktiven aller beteiligten Rechtsträger allen Gläubigern zur Befriedigung zur Verfügung stehen. Die Lehre, die es aus dieser Erkenntnis zu ziehen gilt: Das Instrument der bevorzugten Behandlung einzelner Gläubigerkategorien bei Umstrukturierungen ist nur bedingt als Gläubigerschutzmassnahme geeignet, mit ihm ist behutsam umzugehen.

²⁰ BOTSCHAFT (FN 3), S. 4466; VON SALIS (FN 15), 445.

²¹ Art. 71 Abs. 1 lit. d FusG sieht bloss eine «allfällige» Gegenleistung vor; das FusG knüpft die Vermögensübertragung daher insbesondere nicht an die Voraussetzung einer adäquaten Gegenleistung.

²² RALPH MALACRIDA, BSK FusG 2005, Art 71 N 15.

B. Sicherstellungspflicht

1. Sicherstellungspflicht bei der Spaltung

Art. 46 FusG bestimmt:

¹ Die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften müssen die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger sicherstellen, wenn diese es innerhalb von zwei Monaten nach der Aufforderung an die Gläubigerinnen und Gläubiger verlangen.

² Die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die Erfüllung der Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet wird.

³ Anstatt eine Sicherheit zu leisten, kann die Gesellschaft die Forderung erfüllen, sofern die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht geschädigt werden.

Art. 43 Abs. 1 FusG implementiert das System des präventiven Gläubigerschutzes. Danach dürfen die Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften über die Spaltung erst beschliessen, wenn die Sicherstellung nach Art. 46 Abs. 1 FusG erfolgt ist²³. Der Sicherstellungspflicht unterliegen alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, jedoch richtet sich der Anspruch entgegen dem unklaren Wortlaut jeweils nur gegen die schuldnerische Gesellschaft²⁴. Zur Sicherstellung berechtigt sind die Gläubiger aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften²⁵, d.h. auch die Altgläubiger der übertragenden Gesellschaft bei der Abspaltung sowie die Altgläubiger der übernehmenden Gesellschaft bei der Spaltung zur Übernahme. Die Sicherstellungspflicht umfasst in zeitlicher Hinsicht alle Forderungen, die vor der Publikation des Hinweises auf den Sicherstellungsanspruch entstanden sind, auch die noch nicht fälligen und die bestrittenen Forderungen²⁶.

Auch diese Bestimmung führt zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger. Jene Gläubiger, die keine Sicherstellung verlangen, werden gegenüber den Gläubigern, denen Sicherstellung gewährt wird, massiv benachteiligt; ihnen wird im gleichen Mass Haftungssubstrat entzogen, in dem den die Sicherstellung begehrenden Gläubigern Sicherheit geleistet wird. Erschwerend kommt hinzu, dass unter den Gläubigern in aller Regel ein ungleicher Informationsstand vorliegt, welchem für den Entscheid, Sicherstellung zu verlangen, Bedeutung zukommen kann. So sind in der Praxis insbesondere kreditgewährende Banken wesentlich besser über die wirtschaftliche Lage der an der Spaltung beteiligten Gesellschaf-

²³ Dies im Gegensatz zur Sicherstellung bei der Fusion (Art. 25 FusG) und bei der Vermögensübertragung (Art. 75 Abs. 3 und 4 FusG), wo das System der nachträglichen Sicherstellung zum Tragen kommt.

²⁴ BOTSCHAFT (FN 3), 4442; VON SALIS (FN 15), 349. A.M. JACQUELINE BURCKHARDT BERTOSSA, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004 [ZK FusG 2004], Art. 45 N 6.

²⁵ Vgl. den klaren Wortlaut in Art. 45 FusG.

²⁶ AFFENTRANGER (FN 18), Art 46 N 2; VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz 405; EHRAT/WIDMER (FN 17), Art 46 N 7. A.M. ROLAND TRUFFER, BSK FusG 2005, Art. 25 N 22.

ten informiert als andere Gläubiger. Da die Zweimonatsfrist zur Beantragung von Sicherheiten eine Verwirkungsfrist ist²⁷, zwingt die gesetzliche Konstruktion den vorsichtigen Gläubiger geradezu, ein Sicherstellungsbegehren einzureichen: Im besten Fall kann er seine Position durch eine Sicherstellung seiner Forderung wesentlich verbessern, im schlechtesten Fall wird er jedenfalls nicht schlechter gestellt als alle andern Gläubiger²⁸.

Der präventive Gläubigerschutz geht in seiner Wirkung sehr weit und kann für die beteiligten Gesellschaften einschneidende Konsequenzen haben. Verfügen die beteiligten Gesellschaften nicht über genügend freies Vermögen zur Sicherstellung, bleibt ihnen nichts anderes übrig, als entweder auf die Durchführung der Spaltung gänzlich zu verzichten oder eventuell die Umstrukturierung auf einem andern Weg vorzunehmen. Dass ein solcher öffentlich transparenter²⁹ Rückzieher zu einer schweren Beeinträchtigung von Bonität und Reputation der beteiligten Gesellschaften führen kann, liegt auf der Hand. Unter Umständen kann diese Situation gar zur Illiquidität der Gesellschaften führen, wenn beispielsweise Lieferanten ihr Lieferverhalten umstellen und nicht mehr bereit sind, Waren auf Kredit zu liefern.

Angesichts all dieser Nachteile, welche die präventive Pflicht zur Sicherstellung beinhaltet, kommt der Auslegung des Abs. 2 von Art. 46 zentrale Bedeutung zu: Die Beantwortung der Frage, welche Anforderungen man an den Nachweis der Gesellschaft stellt, dass die Erfüllung der Forderungen durch die Spaltung nicht gefährdet wird³⁰, entscheidet³¹ wesentlich, ob das Rechtsinstitut der Spaltung nach Fusionsgesetz praxistauglich ist oder toter Buchstabe bleibt.

2. Sicherstellungspflicht bei der Vermögensübertragung

Art. 75 Abs. 3 und 4 FusG bestimmen:

³ Die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger müssen die Forderungen sicherstellen, wenn:

- a. die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt; oder
- b. die Gläubigerinnen und Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet.

⁴ Anstatt eine Sicherheit zu leisten, können an der Vermögensübertragung beteiligte Rechtsträger die Forderung erfüllen, sofern die anderen Gläubigerinnen und Gläubiger nicht geschädigt werden.

²⁷ EHRAT/WIDMER (FN 17), Art. 46 N 9.

²⁸ Vgl. zum Ganzen auch PETER BÖCKLI, Rechtsfragen zum Spaltungsverfahren des Fusionsgesetzes, ST 2004, 908; VON SALIS (FN 15), 354.

²⁹ Nach der dreimaligen Publikation der Spaltungsabsicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt (Art. 45 FusG).

³⁰ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. VII.E.1.

³¹ Zusammen mit der Frage nach der zeitlichen Befristung der solidarischen Haftung; vgl. dazu die Ausführungen in Kap. VII.C.

Im Gegensatz zur Spaltung³² statuiert das Gesetz bei der Vermögensübertragung keinen präventiven, sondern einen nachträglichen Gläubigerschutz. Eine allfällige Sicherstellungspflicht besteht erst nach der Rechtswirksamkeit der Vermögensübertragung³³. Zur Sicherstellung verpflichtet sind die an der Vermögensübertragung beteiligten Rechtsträger, d.h. sowohl die übertragende als auch die übernehmende Gesellschaft³⁴. Der Sicherstellungspflicht unterliegen die übertragenen Forderungen³⁵, darunter wie bei der Spaltung auch noch nicht fällige und – nach herrschender Lehre – bestrittene Forderungen; in Bezug auf die Sicherstellungspflicht für Anwartschaften ist die Lehre geteilt³⁶.

Die Sicherstellungspflicht kann auch bei der Vermögensübertragung zur Ungleichbehandlung von Gläubigern führen. Denjenigen Gläubigern, die keine Sicherstellung verlangen, wird in dem Umfang, in dem andern Gläubigern Sicherheit geleistet wird, Haftungssubstrat entzogen. Wie bei der Sicherstellung bei Spaltungen besteht zudem die Problematik des ungleichen Informationsstandes der Gläubiger.

In materieller Hinsicht setzt das Fusionsgesetz für die Sicherstellung voraus, dass entweder die solidarische Haftung vor Ablauf von drei Jahren wegen Konkurs oder Liquidation eines beteiligten Rechtsträgers entfällt oder dass die Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet. Die letztere Alternative ist im Gesetz sehr schwammig formuliert, und die Frage der konkreten Auslegung dieser Bestimmung ist deshalb für die Praxis von grosser Relevanz³⁷.

Verfügen die beteiligten Gesellschaften nicht über genügend Mittel zur Sicherstellung der Forderungen, führt dies aufgrund der erst nachträglichen Sicherstellungspflicht im Gegensatz zur Spaltung zwar nicht dazu, dass die Vermögensübertragung verhindert bzw. unwirksam wird. Die an der Vermögensübertragung beteiligten Gesellschaften riskieren aber die zivilprozessuale³⁸ oder betriebsrechtliche³⁹ Durchsetzung des Anspruchs auf Sicherstellung.

³² Aber im Einklang mit der Fusion (Art. 25 FusG).

³³ BOTSCHAFT (FN 3), 4467.

³⁴ Vgl. EHRAT/WIDMER (FN 17) Art. 75 N 11; PIERA BERETTA, ZK FusG 2004, Art. 75 N 19. Die Regelung geht also weiter als bei der Spaltung, wo die Sicherstellungspflicht nur die jeweilige Schuldnergesellschaft trifft.

³⁵ Anders als bei der Spaltung also nicht auch die Forderungen der Altgläubiger der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft; vgl. dazu oben Kap. IV.B.1. VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz. 934; VON SALIS (FN 15), 446

³⁶ EHRAT/WIDMER (FN 17), Art. 75 N 12.

³⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. VII.E.2.

³⁸ Mit der Möglichkeit der Beantragung vorsorglicher Massnahmen nach kantonalem Prozessrecht; EHRAT/WIDMER (FN 17), Art. 75 N 18.

³⁹ Art. 38 Abs. 1 SchKG. Dieses Vorgehen erscheint nur für den Gläubiger sinnvoll, der über einen Rechtsöffnungstitel verfügt; VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz 928.

V. These 2: Dem Gesetzgeber ist ein unbewusster Wertungsfehler unterlaufen

A. Der Benchmark: Gläubigerschutz bei der Aktiengesellschaft ausserhalb des Fusionsgesetzes

Aktienrecht ist zu einem wesentlichen Teil Gläubigerschutzrecht⁴⁰. Das Gesellschaftsrecht enthält ein ganzes Arsenal von Bestimmungen, die sicherstellen sollen, dass den Forderungen der Gläubiger Haftungssubstrat der Gesellschaft gegenübersteht. Konzeptionell leiten sich diese Bestimmungen aus dem Umstand ab, dass die Gesellschafter bei der Aktiengesellschaft für die Gesellschaftsschulden nicht mithaften. Die Gläubigerschutzbestimmungen des Aktienrechts sind damit das notwendige und natürliche Korrelat zur auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung.

Ausserhalb des Fusionsgesetzes basiert der Gläubigerschutz bei Aktiengesellschaften im Wesentlichen auf der Gewährleistung der Kapitalaufbringung bei der Gründung resp. Kapitalerhöhung und der Kapitalerhaltung während der Existenz der Gesellschaft⁴¹. Gläubigerschutz wird im Aktienrecht verwirklicht durch Kapitalschutz⁴².

Der Sicherung der Kapitalaufbringung dienen das gesetzlich verankerte Mindestkapital von CHF 100'000 sowie die Mindestliberierung von CHF 50'000, insbesondere aber die Vorschriften über die qualifizierte Gründung resp. Kapitalerhöhung. Letztere bieten mit Gründungs- resp. Kapitalerhöhungsbericht, Prüfungsbestätigung durch einen Revisor und Handelsregisterpublizität eine hohe Gewähr, dass das gezeichnete Kapital tatsächlich aufgebracht wird und der Gesellschaft bedingungslos und vollumfänglich zur Verfügung steht.

Die Regeln betreffend Kapitalerhaltung finden sich vor allem in Art. 671 ff. OR. Sie sollen sicherstellen, dass das bei der Gründung resp. Kapitalerhöhung vorhandene Kapital möglichst integral erhalten bleibt resp. durch die Bildung von Reserven noch gesteigert wird. Der Sicherung der Kapitalerhaltung dient zunächst das in Art. 680 Abs. 2 OR verankerte Verbot der Einlagerückgewähr. Der Kapitalerhaltung dient auch die Vorschrift des Art. 675 Abs. 1 OR, wonach Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgeschüttet werden dürfen. Die Vorschriften zur Bildung gesetzlicher Reserven stärken die Kapitalbasis, indem sie die Gesellschaft verpflichten, bestimmte Anteile des Jahresgewinns und gewisse weitere Leistungen einzubehalten. Dieser Zwang zur Bildung gesetzlicher Reserven findet in der Regel seine Grenze, wenn diese die

⁴⁰ BÖCKLI (FN 19), § 1 Rz. 97.

⁴¹ BÖCKLI (FN 19), § 1 Rz. 101b.

⁴² RALPH MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 I, 53.

Hälfte des Aktienkapitals erreichen; im Normalfall⁴³ erhöhen die gesetzlichen Reservevorschriften damit das gesperrte Eigenkapital gegenüber dem Aktienkapital um maximal 50% auf 150% des Aktienkapitals⁴⁴.

Eigenkapital ist eine blosser Saldoposition, die sich ergibt aus der Differenz der bewerteten Aktiven zu den bewerteten Passiven. Den Buchführungs- und Bewertungsvorschriften gemäss Art. 662a bis Art. 670 OR kommt damit im System der Gläubigerschutzbestimmungen eine zentrale Rolle zu: Sie bestimmen die Höhe des Eigenkapitals und damit auch des ausschüttbaren Bilanzgewinns. Von zentraler Bedeutung ist daher im Aktienrecht das bilanzrechtliche Vorsichtsprinzip⁴⁵, welches sicherstellen soll, dass jedenfalls kein zu hohes Eigenkapital ausgewiesen wird. Die gesetzlich vorgeschriebene Kontrolle der Jahresrechnung durch eine unabhängige Revisionsstelle spielt im System des Gläubigerschutzes des Aktienrechts damit ebenfalls eine bedeutsame Rolle. Von besonderer Wichtigkeit ist ferner Art. 725 OR, dessen Abs. 1 bestimmt, dass der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen muss, sobald die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven, mithin in der Regel die Hälfte des gesperrten Kapitals nicht mehr vorhanden ist. Schliesslich dienen die Bestimmungen über die Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien⁴⁶, die besonderen Gläubigerschutzmassnahmen bei der Kapitalherabsetzung⁴⁷ sowie die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit⁴⁸, welchen nicht zuletzt auch eine präventive Wirkung zukommt, der Sicherung der Kapitalerhaltung.

Die geltenden aktienrechtlichen Bestimmungen enthalten dagegen kein Gebot zur ordentlichen Kapitalausstattung. Insbesondere besteht de lege lata keine Verpflichtung, für eine der spezifischen Geschäfts- und Risikolage entsprechende Eigenkapitalbasis zum Schutz der Gläubiger zu sorgen⁴⁹. Das ganze freie Ei-

⁴³ Sofern keine Reserve für eigene Aktien gemäss Art. 671a OR und keine Aufwertungsreserve gemäss Art. 671b OR besteht. Umstritten ist, ob eine allfällige Agioreserve zum Sperrkapital zählt oder nicht; vgl. zum Meinungsstreit MARKUS NEUHAUS/BRUNO SCHÖNBÄCHLER, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 2. A., Basel 2002 [BSK OR II 2002], Art. 671 N 28 ff.

⁴⁴ BÖCKLI (FN 19), § 12 Rz. 525; NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER (FN 43) Art. 671 N 14 und 22.

⁴⁵ Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR.

⁴⁶ Art. 659 ff. OR.

⁴⁷ Art. 732 ff. OR.

⁴⁸ Art. 752 ff. OR.

⁴⁹ WOLFGANG ZÜRCHER, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechtskonzern, Bern 1993, 62 ff. Nur in ganz krassen Fällen einer Unterkapitalisierung greift unter Umständen eine Korrektur via die Rechtsfigur des Durchgriffs; die Voraussetzungen einer missbräuchlichen Unterkapitalisierung sind hoch (vgl. dazu ROGER GRONER, Wann haftet ein Aktionär – und warum?, SJZ 2005, 7 f., mit Nachweisen zur aktuellen Bundesgerichtspraxis). Für die Spaltung nach Fusionsgesetz postuliert dagegen BÖCKLI (FN 28, 906 f.) neuerdings qua Lückenfüllung das Erfordernis einer gesunden Finanzstruktur für die sich aus der Spaltung ergebenden Gesellschaften, und zwar sowohl hinsichtlich Kapitalstruktur (hinreichendes Eigenkapital) als auch

genkapital ist im Grundsatz ausschüttbar und kann den Gläubigern damit entzogen werden. In Bezug auf die Ausschüttung von Gewinnen massgeblicher Angelpunkt ist die Bilanz, welche den Bilanzgewinn bestimmt; allgemeine Gläubigerinteressen an einer mit möglichst viel Eigenkapital ausgestatteten Gesellschaft sind dagegen irrelevant, ja sogar die Liquiditätslage der Gesellschaft spielt für die Höhe des ausschüttbaren Vermögens keine Rolle.

Der Dividendenbeschluss wird gemäss Art 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR zwingend durch die Generalversammlung und nicht etwa durch den Verwaltungsrat gefasst. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass die Aktionäre und damit die Generalversammlung bei der Fassung des Dividendenbeschlusses gemäss der ebenfalls zwingenden Bestimmung des Art 680 Abs. 1 OR im Gegensatz zum Verwaltungsrat keiner Sorgfalts- oder Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft unterliegen. Sie können damit das freie Eigenkapital schrankenlos aus der Gesellschaft abführen, sie müssen weder auf die Liquiditätslage noch auf andere virulente Interessen der Gesellschaft oder von Gläubigern Rücksicht nehmen. Der Beschluss der Generalversammlung auf Ausschüttung des ganzen freien Eigenkapitals führt denn auch zu keinerlei Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern, weder seitens der beschliessenden Generalversammlung der Aktionäre noch seitens des in dieser Frage nicht zuständigen Verwaltungsrats. Nur wenn der Dividendenbeschluss gegen die materiellen Ausschüttungsbeschränkungen von Art. 675 ff. OR verstösst oder formelle Voraussetzungen verletzt, ist er unzulässig. Mit dem Beschluss der Generalversammlung zur Gewinnverwendung wandelt sich der Dividendenanspruch des einzelnen Aktionärs zu einem unentziehbaren, ohne anders lautenden Beschluss der Generalversammlung sofort fällig werdenden Gläubigerrecht⁵⁰, womit der Aktionär bezüglich seines Dividendenanspruchs auf die gleiche Stufe wie jeder andere Drittklassgläubiger gehievt wird. Erst in diesem Stadium kommt der Aspekt der Liquidität ins Spiel: Für den Verwaltungsrat stellt sich die Frage, ob er die beschlossene und geschuldete Dividende an die Aktionäre auszahlen darf oder ob darin eine betreibungs- und allenfalls auch strafrechtlich relevante Gläubigerbegünstigung liegen könnte⁵¹. Die beschlossene Dividende unterliegt im Übrigen auch dann nicht mehr der Entnahmesperre des Art. 675 Abs. 2 OR, wenn sie erst später ausbezahlt wird⁵².

hinsichtlich Fristigkeit. Folgt man dieser Auffassung, so ergäbe sich für die Spaltung nach FusG ein gegenüber dem übrigen Aktienrecht erhöhter Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, was die übrigen Gläubigerschutzbestimmungen bei der Spaltung umso weniger rechtfertigen würde; vgl. zum Ganzen die Ausführungen in Kap. V.B. und VI.

⁵⁰ PETER KURER, BSK OR II 2002, Art. 675 N 26.

⁵¹ Vgl. Art. 286 ff. SchKG (Schenkungs-, Überschuldungs- und Absichtsanfechtung) und Art. 164 und 167 StGB (Vermögensverminderung und Gläubigerbevorzugung).

⁵² KURER (FN 50), Art. 675 N 26.

Als Fazit ergibt sich, dass das Aktienrecht ausserhalb des Fusionsgesetzes sehr viel Wert auf Gläubigerschutz legt und diesen durch ein Netz von Vorschriften zur Sicherstellung der Aufbringung und Erhaltung des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven verwirklicht. Dies ist der gültige Massstab, an dem die Gläubigerschutzvorschriften des Fusionsgesetzes zu messen sind.

B. Gläubigerschutz bei der Aktiengesellschaft gemäss Fusionsgesetz

Die Europäische Union hat in der Spaltungsrichtlinie⁵³ Rahmenbestimmungen für die Regelung der Spaltung von Aktiengesellschaften erlassen, welche die nationalen Gesetzgeber in internes Recht umsetzen mussten. Gemäss Botschaft zum Fusionsgesetz⁵⁴ empfahl es sich auf Grund der internationalen Vernetzung der schweizerischen Wirtschaft, das Gesellschaftsrecht, unabhängig von einem Beitritt zur Europäischen Union, mit dem Recht der Nachbarstaaten zu harmonisieren. Die Vorgaben der Europäischen Union wurden auch als materiell gerechtfertigt erachtet und deshalb so weit wie möglich in den bundesrätlichen Entwurf des Fusionsgesetzes übernommen. Anstoss zum Erlass der Bestimmungen über die Spaltung gab die Spaltungsrichtlinie der Europäischen Union, welche im Falle einer Annahme des EWR durch den Schweizer Souverän in nationales Recht hätte überführt werden müssen⁵⁵. Die subsidiäre und solidarische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften wurde vom Bundesrat damit begründet, dass auch die 6. EU-Richtlinie auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts eine solche verlange⁵⁶. Und in Bezug auf die Sicherstellungspflicht bei der Spaltung wurde in der Botschaft ausgeführt, die 6. EU-Richtlinie verlange, dass die Mitgliedstaaten im Gesetz angemessene Garantien für die Gläubigerinnen und Gläubiger vorsähen⁵⁷. Welche konkrete Umsetzung die Spaltungsrichtlinie den nationalen Gesetzgebern gebietet und welche Freiheiten sie ihm lässt, wurde im Verlauf der Gesetzgebungsdebatte ebenso wenig diskutiert wie der Umstand, dass die Schweiz als Nichtmitglied der EU nicht gezwungen ist, den Standard der Spaltungsrichtlinie unbesehen zu übernehmen. Die Frage der Übereinstimmung des bundesrätlichen Entwurfs mit den Vorgaben der Spaltungsrichtlinie wurde weder im National- noch im Ständerat behandelt; insbesondere wurde nicht disku-

⁵³ 6. Richtlinie 82/891/EWG vom 17.12.1982.

⁵⁴ BOTSCHAFT (FN 3), 4515 f.; vgl. auch VISCHER (FN 3), 13.

⁵⁵ BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz. 15 f.

⁵⁶ BOTSCHAFT (FN 3), 4442 Fn 131.

⁵⁷ BOTSCHAFT (FN 3), 4442.

tiert, ob die Spaltungsrichtlinie einen derart weit gehenden Gläubigerschutz verlangt⁵⁸.

Der Gesetzgeber hat es aber nicht nur unterlassen, den Spielraum auszuloten, den die Spaltungsrichtlinie bietet, sondern er hat sich insbesondere keine Rechenschaft darüber gegeben, dass das mit dem Fusionsgesetz eingeführte Schutzniveau für die Gläubiger weit über dem im übrigen (Aktien-)Recht den Gläubigern gewährten Schutzstandard liegt⁵⁹. Ausserhalb des Fusionsgesetzes hat der Gläubiger nur, aber immerhin Anspruch auf Erhaltung des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven, in der Regel maximal 150% des Aktienkapitals; dagegen muss er sich den Entzug des ganzen darüber hinausgehenden Haftungssubstrats, welches bei vielen Gesellschaften ein Vielfaches des Sperrkapitals ausmacht, schutzlos gefallen lassen. Soweit ersichtlich wurde dieses Thema während der ganzen Entstehungsgeschichte des Gesetzes nie diskutiert⁶⁰.

Der Diskurs wurde nicht von solchen Überlegungen geleitet, sondern durch pauschale Aussagen beherrscht, die Spaltung und auch die Vermögensübertragung beinhalteten ein erhebliches Risiko für die Gläubiger, es werde ihnen Haftungssubstrat entzogen, die Gläubiger könnten im Rahmen von Spaltungen bei der Verteilung der Aktiven und Passiven nicht mitwirken und hätten keinen Einfluss auf eine allfällige Einteilung der Gesellschaften in gute und schlechte Risiken⁶¹.

Der Gesetzgeber ist sich bei der Verabschiedung des Fusionsgesetzes offensichtlich nicht bewusst gewesen, dass er mit ihm einen Gläubigerschutzstandard ein-

⁵⁸ Vgl. AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzungen des National- resp. Ständerates vom 21.3.2001, 12.3.2003, 5.6.2003, 16.6.2003 und 15.9.2003. Bezeichnend für den Entstehungsprozess des Gesetzes ist der Umstand, dass der Begleitbericht zum Vorentwurf für das Fusionsgesetz aus dem Jahr 1997 zur subsidiären Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften den expliziten Hinweis enthielt, die vorgesehene Schutzmassnahme für die Gläubiger sei einschneidender als die Minimalanforderungen der EU-Richtlinie (vgl. S. 53), dass dieser Satz aber im Kommentar der BOTSCHAFT unterdrückt wurde (vgl. BOTSCHAFT [FN 3], 4443).

⁵⁹ Vgl. auch MALACRIDA (FN 42), 54.

⁶⁰ Ja der Gesetzgeber hat sich nicht einmal darüber Rechenschaft gegeben, dass er selbst innerhalb des Fusionsgesetzes an anderer Stelle einen ganz anderen Massstab des Gläubigerschutzes anwendet: Bei der Sanierungsfusion gemäss Art. 6 FusG kann eine Gesellschaft, deren Aktienkapital und gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet ist, mit einer andern Gesellschaft fusionieren, wenn letztere über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügt. Der Gesetzgeber lässt für die Fusion damit eine Deckung von 50% des gesperrten Kapitals genügen!

⁶¹ BOTSCHAFT (FN 3), 4432 und 4441 zur Spaltung und 4463 und 4466 zur Vermögensübertragung; FRANK VISCHER, ZK FusG 2004, Einleitung N 17 und 19. Bezeichnend HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH, La Fusion et la Scission: Procédure et Réalisation (dans une perspective pratique), SZW 2004, 194, wo ausgeführt wird, die Spaltung beraube die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft eines Teils des ihre Forderung garantierenden Haftungssubstrats, wobei das entscheidende Wort «garantissant», gewiss im Wissen um den untechnischen, durch das Gesetz nicht abgestützten Gebrauch des Wortes, in Anführungszeichen gesetzt wird.

führt, der weit über dem Standard nach Aktienrecht liegt. Und er hat offensichtlich nicht realisiert, dass dieser weit höhere Standard die Institute der Spaltung und der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz weitgehend zu Totgeburten werden lässt⁶². Hätte sich der Gesetzgeber mit diesen Fragen auseinandergesetzt, so hätte er den Gläubigerschutz weniger extensiv geregelt, zumal wenn er sich gleichzeitig darüber Rechenschaft gegeben hätte, dass selbst im EU-Mitgliedstaat Deutschland die EU-Spaltungsrichtlinie weniger gläubigerfreundlich und umstrukturierungsfeindlich umgesetzt wurde als im Nicht-EU-Land Schweiz. Daraus leitet sich die These 3 ab: Die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes sind restriktiv auszulegen.

VI. These 3: Die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes sind restriktiv auszulegen

Die klassischen Auslegungselemente sind das sprachlich-grammatikalische, das systematische, das historische und das teleologische Element⁶³. Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden; auszurichten ist die Auslegung auf die *ratio legis*⁶⁴.

Die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes sind im Rahmen einer *systematischen Auslegung* nicht isoliert, sondern zusammen mit dem Gläubigerschutz gemäss dem übrigen (Aktien-)Recht zu verstehen⁶⁵. Wie dargelegt, geht der Schutzstandard im Fusionsgesetz weit über den Standard des übrigen Aktienrechts hinaus, welches seinerseits dem Gläubigerschutz mit seinen vielen Kapitalschutzbestimmungen ein hohes Gewicht beimisst. Der Gläubigerschutz im Fusionsgesetz ist im Vergleich als singulär und systemfremd zu bezeichnen. Eine systematische Auslegung der Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes spricht damit klar für deren restriktive Auslegung⁶⁶.

Derselbe Schluss ergibt sich auch aus dem Umstand, dass die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes zur Bildung verschiedener Gläubigerkategorien mit unterschiedlichem Schutzbereich führen. Die Tatsache, dass jede Besserstellung

⁶² Dass das vom Gesetzgeber geschaffene System des umfassenden Gläubigerschutzes bei der Spaltung wie bei der Umwandlung zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger führt, rundet dieses triste Bild ab.

⁶³ ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2. A., Bern/München/Wien 2005, 50.

⁶⁴ BGE 128 I 40; BGE 121 III 224.

⁶⁵ Vgl. dazu BGE 123 III 297, wo das Bundesgericht eine prinzipiell-systematische Rechtsfindung mit Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem postuliert.

⁶⁶ Vgl. dazu KRAMER (FN 63), 89; BGE 84 II 159.

der einen Gläubigerkategorie zur Schlechterstellung einer anderen Gläubigerkategorie führt, fordert einen behutsamen Umgang mit den Bestimmungen über die Bevorzugung einzelner Gläubigerkategorien und damit der Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes insgesamt. Das Ziel der rechtsgleichen Wahrung der Interessen aller Gläubiger im Rahmen einer Umstrukturierung spricht ebenfalls für eine restriktive Auslegung der Gläubigerschutzbestimmungen.

Das *teleologische Auslegungselement* fragt nach dem Sinn und Zweck einer Norm, der *ratio legis*. Zentrales Ziel des Gesetzgebers des Fusionsgesetzes war es, Umstrukturierungen zu erleichtern⁶⁷. Die *ratio legis* der Bestimmungen über den Gläubigerschutz darf nun nicht losgelöst von dieser Hauptzielsetzung eruiert werden, sondern ist im Gesamtzusammenhang des Fusionsgesetzes zu bestimmen. Der Gesamtzweck des Gesetzes ist auch für die Auslegung der Bestimmungen über den Gläubigerschutz zu berücksichtigen und bestimmt unter anderem, ob die Bestimmungen im Rahmen des noch möglichen Wortsinns restriktiv oder extensiv zu interpretieren⁶⁸ bzw. nötigenfalls ein eindeutiger Wortsinn aufgrund der Teleologie des Gesamtgesetzes einzuschränken, d.h. teleologisch zu reduzieren ist⁶⁹. Die Gläubigerschutzbestimmungen des Fusionsgesetzes sind im Gesamtzusammenhang nach Möglichkeit so auszulegen, dass sie nicht dazu führen, dass sich zwei Umstrukturierungsformen des Fusionsgesetzes, die Spaltung und die Vermögensübertragung, weitgehend als toter Buchstabe erweisen. Auch im Lichte der teleologischen Kriterien sind die Gläubigerschutzbestimmungen deshalb restriktiv auszulegen.

Der Gesetzgeber hat sich insgesamt nicht klar und unmissverständlich für einen umfassenden Gläubigerschutz festgelegt. Eine solche unverkennbare Wertentscheidung liegt nicht vor. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr mit dieser Fragestellung gar nicht bewusst auseinandergesetzt, ja er hat nicht einmal das entsprechende Problembewusstsein gehabt. Das *historische Auslegungselement* legt damit keine Bindung des Gesetzgebers bezüglich des Schutzstandards für die Gläubiger nahe und spricht jedenfalls nicht für eine extensive Auslegung der Gläubigerschutzbestimmungen.

Insgesamt ergeben sich aus den vorstehenden Erwägungen die folgenden Schlüsse hinsichtlich der *grammatikalischen Auslegung* konkreter Normen des Fusionsgesetzes. Erstens: Wo der Gesetzeswortlaut einen Spielraum für einen massvollen Gläubigerschutz zulässt, ist dieser zu nutzen. Und zweitens: Wo dies aufgrund eines eindeutigen Wortsinns nicht möglich ist, ist zu prüfen, ob dieser Wortsinn

⁶⁷ Vgl. die Nachweise in FN 3.

⁶⁸ Vgl. dazu KRAMER (FN 63), 133 ff.

⁶⁹ HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1 - 10 ZGB, Bern 2003, Art. 1 N 263. Grundsätzlich zum Konzept der teleologischen Reduktion, welches sich in der schweizerischen Doktrin und Praxis mehr und mehr durchsetzt, vgl. KRAMER (FN 63), 192 ff. und 198, mit vielen Nachweisen insbesondere in Fn 611 bis 615.

gestützt auf die ratio legis des Fusionsgesetzes und die Regelungen des übrigen Aktienrechts einzuschränken, d.h. teleologisch zu reduzieren ist. Damit ist uns ein Kompass in die Hand gegeben, der bei der Beantwortung strittiger Fragen die Richtung weist.

VII. Beantwortung einiger zentraler Fragen

A. Zulässigkeit der Vermögensübertragung durch Singularsukzession

Abgesehen von der Fusion konnte vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes ein Vermögen von Aktiven und Passiven im Rahmen von Umstrukturierungen nicht auf dem Weg der Universalsukzession übertragen werden. Für die Übertragung von Aktiven galt dies absolut und uneingeschränkt, sämtliche Aktiven mussten einzeln nach dem Prinzip der Singularsukzession unter Beachtung der jeweils massgeblichen Übertragungsvorschriften übertragen werden. Für die Übertragung von Passiven bot das alte Recht zwei Möglichkeiten: Sie konnten entweder ebenfalls auf dem Weg der Singularsukzession übertragen werden; da eine solche Übertragung zu einem Schuldnerwechsel führte, war dafür gemäss Art. 175 OR die Einwilligung des Gläubigers erforderlich⁷⁰. Da dieser Weg umständlich und aufwändig war, bot das Gesetz in Art. 181 OR eine Alternative an: Bei der Übertragung eines Vermögens oder Geschäfts mit Aktiven und Passiven trat der Schuldnerwechsel mit der öffentlichen Auskündigung auch ohne Zustimmung des Gläubigers automatisch ein; die fehlende Zustimmung des Gläubigers wurde kompensiert durch eine solidarische Haftung des bisherigen Schuldners während zwei Jahren ab Auskündigung resp. späterer Fälligkeit der Forderung.

Obwohl Art. 181 OR von der Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts mit Aktiven und Passiven sprach, war nach bisherigem Recht die Gesamtrechtsnachfolge der Aktiven unstrittigerweise nicht möglich. Dieses Manko wurde als schweres Hindernis angesehen und sollte mit dem Fusionsgesetz beseitigt werden. Das Institut der Vermögensübertragung nach den Artikeln 69 ff. FusG stellt eine Weiterentwicklung der in Art. 181 OR geregelten Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts mit Übergang der Aktiven und Passiven dar, indem es neu auch den Übergang der Aktiven auf dem Weg der Gesamtrechtsnachfolge zulässt⁷¹.

Art. 181 OR wurde mit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes nicht aufgehoben, weil das Fusionsgesetz nicht für alle Konstellationen von Geschäfts- oder

⁷⁰ Externe Schuldübernahme.

⁷¹ BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz. 371.

Vermögensübernahmen anwendbar ist. Neu wurde deshalb in Art. 181 Abs. 4 OR geregelt, dass sich die Übernahme des Vermögens oder Geschäfts von im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften und Einzelfirmen nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes richtet. Art. 181 ist dagegen zum Beispiel weiterhin massgebend für die Vermögensübertragung von einfachen Gesellschaften⁷².

Art. 181 Abs. 4 OR lautet wie folgt:

⁴ Die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelfirmen, die im Handelsregister eingetragen sind, richtet sich nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003.

In der Lehre ist ein Meinungsstreit darüber entstanden, wie Art. 181 Abs. 4 OR zu verstehen ist. Konkret stellt sich die Frage, ob sämtliche Vermögensübertragungen von im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften zwingend nach den Bestimmungen des Fusionsgesetzes abzuwickeln sind und die bisher ebenfalls praktizierte Übertragung sowohl der Aktiven als auch der Passiven durch Singularsukzession neu nicht mehr zulässig ist. Es werden dazu drei verschiedene Auffassungen vertreten: Die Übertragung eines Geschäfts oder Vermögens durch Singularsukzession soll nach dem einen Teil der Lehre weiterhin uneingeschränkt zulässig sein⁷³. Ein anderer Teil der Lehre erachtet die Anwendung der Vorschriften über die Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz für die Übertragung eines organisch in sich geschlossenen Teils eines Vermögens oder Geschäftes als zwingend⁷⁴, ein dritter Teil der Lehre gar für sämtliche Vermögensübertragungen⁷⁵.

Aus dem Wortlaut von Art. 181 Abs. 4 OR ergibt sich kein Hinweis dafür, dass sich die Übernahme des Vermögens von im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften und Einzelfirmen zwingend und ausschliesslich nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes zu richten hat. Auch der korrespondierende Art. 69 FusG enthält keine explizite Aussage, wonach er für diesen Sachverhalt ausschliessliche Geltung haben soll; Art. 69 FusG enthält vielmehr eine Kann- und nicht eine Muss-Formulierung⁷⁶.

⁷² RUDOLF TSCHÄNI/ROBERTA PAPA, BSK FusG 2005, Art. 181 OR N 6.

⁷³ ROLF WATTER/RAFFAEL BÜCHI, Demergers (Abspaltungen) bei der (Publikums-)Gesellschaft, in: RUDOLF TSCHÄNI, Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 31; MARTIN EPPER, Handkommentar FusG 2003, Art. 29 N 1; JOACHIM FRICK, Handkommentar FusG 2003, Art. 69–72 Vorbem. N 5; BERETTA (FN 34), Vor Art. 69–77 N 35; MICHAEL PFEIFER/ANDREAS MEIER, Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG für Strukturanpassungen, insbesondere für Spaltungen?, AJP 2004, 835; VON SALIS (FN 15), 392; MALACRIDA (FN 22), Art. 69 N 13; etwas differenzierend MALACRIDA (FN 42), 41 ff.

⁷⁴ VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz 813; ähnlich PETER LOSER-KROGH, Die Vermögensübertragung, AJP 2000, 1110.

⁷⁵ KLÄY (FN 3), 223.

⁷⁶ Vgl. auch MALACRIDA (FN 42), 42 Fn 23.

Aus den Materialien ergibt sich ebenfalls kein zwingender diesbezüglicher Schluss. Zwar wird in der Botschaft zum Fusionsgesetz ausgeführt, die Übernahme des Vermögens oder des Geschäfts von im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgern des Privatrechts richte sich zwingend nach den Vorschriften des Fusionsgesetzes; aus dem Botschaftstext ergibt sich aber ebenso, dass damit eine Abgrenzung zur Vermögensübertragung nach Art. 181 OR geschaffen werden sollte, der inskünftig für diese Rechtsträger nicht mehr anwendbar sein soll, und nicht eine Abgrenzung zur im OR nicht besonders geregelten Vermögensübertragung durch Singularsukzession auf der Aktiv- und auf der Passivseite⁷⁷. Die Zulässigkeit von Vermögensübertragungen ausschliesslich durch Singularsukzession ist damit auch gemäss Text der Botschaft nicht explizit ausgeschlossen⁷⁸.

Die Vermögensübertragung durch Singularsukzession auf der Aktiv- und auf der Passivseite hat sich in der Praxis seit einigen Jahren trotz ihrer Umständlichkeit mehr und mehr durchgesetzt, bei M&A-Transaktionen zeigte sich ein enormes Bedürfnis nach dieser Übertragungsart⁷⁹. Seitens des Käufers sollte dadurch die ungewollte Übernahme von Passiven ausgeschlossen bzw. Transparenz über die eingekauften Passiven geschaffen werden. Im Geltungsbereich von Art. 181 OR werden im Zweifelsfall sämtliche Passiven vom Käufer übernommen. Verabredungen der Parteien, dass lediglich Teile der Passiven übernommen werden, sind zwar zulässig. Sie müssen sich aber aus der Mitteilung an die Gläubiger klar und eindeutig ergeben, andernfalls sie diesen nicht entgegengehalten werden können; die Auskündigung gemäss Art. 181 Abs. 1 OR ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen⁸⁰. Für den Käufer bestand deshalb bei einem Vorgehen nach Art. 181 OR stets das Risiko, für effektiv nicht übernommene Schulden solidarisch zu haften. Der Verkäufer seinerseits wollte die in Art. 181 OR vorgesehene Solidarhaftung vermeiden.

Ein Vorgehen nach Art. 69 ff. FusG bietet grundsätzlich die gleichen Schwierigkeiten für den Käufer und den Verkäufer, wobei neu umstritten ist, ob nicht eindeutig zugeordnete Passiven analog Art. 181 OR zu behandeln sind⁸¹, d.h. tendenziell eher übergehen, beim Übertragenden bleiben⁸² oder, unabhängig von der

⁷⁷ BOTSCHAFT (FN 3), 4492.

⁷⁸ In der parlamentarischen Beratung wurde die Frage nicht thematisiert; vgl. AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzungen des National- resp. Ständerates vom 21.3.2001, 12.3.2003, 5.6.2003, 16.6.2003 und 15.9.2003.

⁷⁹ RUDOLF TSCHÄNI, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2003, 91.

⁸⁰ RUDOLF TSCHÄNI, Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 3. A., Basel/Genf/München 2003 [BSK OR I 2003], Art. 181 N 11.

⁸¹ So RUDOLF TSCHÄNI, Vermögensübertragung, ZSR 2004 I, 89.

⁸² So MALACRIDA (FN 22), Art. 72 N 3; NICHOLAS TURIN, Le transfer de patrimoine selon le projet de la loi sur la fusion, Diss. Neuenburg, Basel/Genf/München 2003, 152; VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz. 931.

Behandlung im Innenverhältnis, eine Solidarhaftung aufgrund Art. 75 FusG begründen⁸³. Das Bedürfnis nach einer Übertragung der Aktiven und Passiven mittels Singularsukzession ist damit nach wie vor ausgewiesen, und die Praxis macht denn auch nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes weiterhin regen Gebrauch davon, ja diese Methode der Vermögensübertragung ist angesichts der in diesem Beitrag dargestellten Schwächen der Spaltung und der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz wohl die am häufigsten gewählte.

Durch die Neuregelung der Vermögensübertragung wollte der Gesetzgeber als wesentliches Ziel die Übertragung von Vermögen und Vermögensteilen erleichtern⁸⁴. Dass alternative Methoden der Vermögensübertragung, welche sich bewährt haben, für die ein enormes Bedürfnis besteht und die nach bisherigem Recht unstrittigerweise zulässig waren, neu unzulässig sein sollen, entspricht ganz eindeutig nicht der ratio legis des Fusionsgesetzes.

Der vom Gesetzgeber mit der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz verbundene Gläubigerschutz⁸⁵ spricht nicht dagegen, daneben die Vermögensübertragung durch Singularsukzession weiterhin zuzulassen. Die Gläubigerschutzbestimmungen des Art. 75 FusG sind das Korrelat zur Regelung, dass bei der Vermögensübertragung die Passiven ohne Zustimmung der Gläubiger auf den Erwerber übergehen⁸⁶. Wird ein Vermögen oder Geschäft durch Singularsukzession übertragen, werden die Schulden dagegen nach den allgemeinen Grundsätzen der Art. 175 ff. OR übertragen, was extern die Zustimmung der Gläubiger voraussetzt. Bei einem solchen Vorgehen muss sich damit kein Gläubiger gegen seinen Willen einen andern Schuldner gefallen lassen. Stimmt der Gläubiger der Schuldübernahme durch den übernehmenden Rechtsträger nicht zu, bleibt ihm der ursprüngliche Schuldner erhalten. Dadurch ist er genügend geschützt. Zwar kann eine gewisse Schlechterstellung der Position des beim übertragenden Rechtsträger verbleibenden Gläubigers entstehen, falls das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers durch eine nicht angemessene Gegenleistung des Übernehmers geschmälert wird. Eine solche Schmälerung des Vermögens muss sich der Gläubiger jedoch bis zur Höhe des Sperrkapitals auch in andern Fällen gefallen lassen; der Gläubiger wird also nicht weniger geschützt als bei andern Vermögensvermindierungen seines Schuldners. Im Übrigen wird die Gläubigerkategorie der beim übertragenden Rechtsträger verbleibenden Gläubiger auch durch Art. 75 FusG nicht geschützt.

Rechtsvergleichend erwähnenswert ist, dass das deutsche Recht die Ausgliederung von Aktiven und Passiven durch Singularsukzession als Alternative zur

⁸³ So FRICK (FN 73), Art. 72 N 1; BERETTA (FN 34), Art. 73 N 4.

⁸⁴ BOTSCHAFT (FN 3), 4362.

⁸⁵ BOTSCHAFT (FN 3), 4466.

⁸⁶ TSCHÄNI (FN 79), 95.

Ausgliederung⁸⁷ nach dem Umwandlungsgesetz⁸⁸ zulässt⁸⁹. Das deutsche Umwandlungsgesetz stellt keine abschliessende Kodifikation des Umwandlungsrechts dar. Die durch das Umwandlungsgesetz eröffneten Möglichkeiten treten neben die nach allgemeinem Zivil- und Handelsrecht möglichen Methoden⁹⁰.

Diskutiert wird in Deutschland immerhin die Frage der Ausstrahlungswirkung des Umwandlungsgesetzes, indem man sich fragt, ob nicht einzelne Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes, nämlich jene zum Schutz der Aktionäre, auch auf Transaktionen ausserhalb des Umwandlungsgesetzes analog Anwendung finden sollten⁹¹. Nachdem auch für den schweizerischen Gesetzgeber Aspekte des Aktionärsschutzes bei der Kodifizierung der Vermögensübertragung im Vordergrund standen, kann sich diese Frage auch für das Schweizer Recht stellen⁹². Sie kann aber jedenfalls nicht die Gläubigerschutzvorschriften betreffen, da die Rechtsstellung der Gläubiger mit dem Erfordernis ihrer Zustimmung zum Schuldnerwechsel gewahrt ist⁹³.

Der Vollständigkeit halber darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch eine Kombination dieser Übertragungsformen zulässig ist, indem die Aktiven nach Art. 69 ff. FusG übertragen werden, die Passiven dagegen mittels Singularsukzession⁹⁴. Dies folgt zwanglos aus dem Umstand, dass es sich bei der Vermögensübertragung um eine gewillkürte Form der Universalsukzession handelt und es im freien Ermessen

⁸⁷ Und zur Spaltung.

⁸⁸ Die Ausgliederung nach deutschem Recht ist anders als die Vermögensübertragung konzipiert, ähnlich der im Vorentwurf zum FusG noch enthaltenen Ausgliederung als Unterart der Spaltung. Die ebenfalls im UmwG enthaltene Vermögensübertragung ist mit der schweizerischen Regelung nicht vergleichbar. Vgl. MALACRIDA (FN 22), Art. 69 N 19.

⁸⁹ MARCUS LUTTER, in: MARCUS LUTTER/MARTIN WEBER (HRSG.), Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 3. A., Köln 2004 [Lutter/Weber UmwG 2004], Einleitung N 43 f.; MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, in LUTTER/WEBER UmwG 2004, § 1 N 33 f.; MICHAEL SCHLITT, in: JOHANNES SEMLER/ARNDT STENGEL (HRSG.), Becksche Kurzkommentare, Bd. 56, Umwandlungsgesetz, München 2003 [Semler/Stengel UmwG 2003], Anh. § 173 N 2.

⁹⁰ LUTTER/DRYGALA (FN 89), § 1 N 34; JOHANNES SEMLER, in: SEMLER/STENGEL UmwG 2003, § 1 N 70 ff.

⁹¹ Bejahend bei Vorliegen vergleichbarer Sachverhalte LUTTER (FN 89), Einleitung N 45 ff. und LUTTER/DRYGALA (FN 89), § 1 N 39; verneinend SEMLER (FN 90), § 1 N 80.

⁹² Bejahend MALACRIDA (FN 42), 43. Ablehnend EPPER (FN 73), Art. 29 N 1; PFEIFER/MEIER (FN 73), 837.

⁹³ Für das deutsche Recht vgl. JOCHEM REICHERT, Ausstrahlungswirkungen der Ausgliederungsvoraussetzungen nach UmwG auf andere Strukturänderungen, in: MARTIN HABERSACK/ULRICH KOCH/MARTIN WINTER, Die Spaltung im neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen, Heidelberg 1999, 63 f.

⁹⁴ G.L.M. VON SALIS (FN 15), 392; ALBERT COMBOEUF, Handkommentar FusG 2003, Art. 109 N 5; FRICK (FN 73), Art. 69 N 5; PETER V. KUNZ, Umwandlung und Vermögensübertragung im neuen schweizerischen Fusionsrecht – Blicke zurück und nach vorne, AJP 2004, 811. A.M. FRANK VISCHER, Des principes de la loi sur la fusion et de quelques questions controversées, SZW 2004, 161; MARKUS VISCHER, Rechts- und Sachgewährleistung bei Sacheinlage- und Übertragungsverträgen über Unternehmen, SJZ 2004, 106 Fn 11.

des Übertragenden liegt, das zu übertragende Vermögen zu definieren; man spricht bekanntlich bei diesem Institut nicht von ungefähr auch von der Vermögensübertragung nach Inventar⁹⁵. In vielen Konstellationen dürfte diese kombinierte Übertragungsform die adäquate Lösung sein, indem sie die Vorteile des Fusionsgesetzes (Universalsukzession der Aktiven, gesellschaftsinterne Transparenz) mit den Vorteilen der Einzelübertragung (klare Zuordnung der Passiven, Rechtssicherheit für Gläubiger und Schuldner, Vermeidung eines Haftungsverbands) verknüpft; Verträge gehen allerdings bei dieser Übertragungsform nur mit Zustimmung der Gegenpartei über.

Abschliessend ergibt sich, dass alles dafür und nichts dagegen spricht, dass die nach altem Recht bewährte Vermögensübertragung durch Singularsukzession der Aktiven und der Passiven auch nach Einführung des Fusionsgesetzes weiterhin zulässig ist und dass die Gläubigerschutzbestimmungen des Art. 75 FusG mit solidarischer Haftung und Sicherstellungspflicht bei dieser Übertragungsart keine Anwendung finden.

B. Zulässigkeit der Spaltung in zwei Schritten

Vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes musste die Spaltung zwingend in zwei Schritten durchgeführt werden. In einem ersten Schritt wurden die Aktiven durch Singularsukzession, die Passiven ebenfalls durch Singularsukzession oder durch Gesamtrechtsnachfolge nach Art. 181 OR in die übernehmende Gesellschaft übertragen; übernehmende Gesellschaft war in der Regel eine extra zu diesem Zweck gegründete, unter Umständen aber auch eine bereits bestehende Tochtergesellschaft. In einem zweiten Schritt wurden den Gesellschaftern der spaltenden Gesellschaft die Anteile der übernehmenden Gesellschaft zugeteilt, entweder durch Ausschüttung der Tochtergesellschaftsaktien als Sachdividende oder im Rahmen einer Kapitalherabsetzung oder Liquidation der spaltenden Gesellschaft.

Es stellt sich die Frage, ob diese Form der Spaltung noch zulässig ist und welche Auswirkungen das Fusionsgesetz allenfalls auf diese Spaltungsform hat. In der Lehre werden diesbezüglich verschiedene Auffassungen vertreten. Ein Teil der Lehre erachtet die Spaltung in zwei Schritten als weiterhin zulässig⁹⁶. Ein anderer Teil der Lehre erklärt solche Spaltungen dagegen entweder pauschal als un-

⁹⁵ BOTSCHAFT (FN 3), 4460; TSCHÄNI (FN 81), 93 f.; HANSPETER KLÄY/NICHOLAS TURIN, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, Reprax 2001, 32 f.; FRICK (FN 73), Art. 69 N 4; KLÄY (FN 3), 224 f.; A.M. FRANK VISCHER (FN 94), 161.

⁹⁶ ROLF WATTER/RAFFAEL BÜCHI, BSK FusG 2005, Art. 29 N 12 ff.; EPPER (FN 73), Art. 29 N 1. Mit Einschränkungen VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz 452 und 813 (Einschränkung bezüglich Singularsukzession beim ersten Schritt) sowie MALACRIDA (FN 42), 41 ff. (Einschränkung betreffend Ausstrahlungswirkung von Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter).

zulässig⁹⁷ oder schliesst die Zulässigkeit für den Fall aus, dass die beteiligten Gesellschaften von Anfang an planen, den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft zuzuteilen⁹⁸. Eine weitere Lehrmeinung schliesslich lässt die Spaltung in zwei Schritten wohl zu, erklärt aber alle Gläubigerschutzvorschriften des Fusionsgesetzes für analog anwendbar⁹⁹.

Das Fusionsgesetz enthält keine explizite Bestimmung, wonach sich sämtliche Umstrukturierungen nach dessen Bestimmungen richten müssen. Auch dem Wortlaut des Art. 29 FusG kann nicht entnommen werden, dass sämtliche Vorgänge, welche im Resultat eine Spaltung zur Folge haben, zwingend nach den Spaltungsvorschriften vorzunehmen sind.

Die Formulierung in Art. 69 Abs. 1 FusG, wonach Kapitel 3 – welches die Spaltung regelt – gelte, wenn die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, kann weder nach Wortlaut noch nach Sinn und Zweck dahin verstanden werden, dass die Spaltung in zwei Schritten nicht mehr zulässig sein soll. Nach der Botschaft soll mit dieser Bestimmung eine Verwechslung der beiden Rechtsinstitute der Spaltung gemäss 3. Kapitel und der Vermögensübertragung gemäss 5. Kapitel des Fusionsgesetzes vermieden werden; die Bestimmungen über die Spaltung und die Vermögensübertragung fänden immer ausschliesslich und nie kumulativ Anwendung¹⁰⁰. Mit dem Begriff der Spaltung meint die Botschaft an dieser Stelle nur und ausschliesslich eine Transaktion gemäss 3. Kapitel des Fusionsgesetzes – eine Spaltung in einem Schritt – und nicht eine Spaltung in zwei Schritten.

Die Botschaft enthält keinerlei explizite Ausführungen zur bisher praktizierten Form der Spaltung in zwei Schritten. Verschiedentlich wird darin indessen ausgeführt, die Spaltung sei dem schweizerischen Privatrecht völlig unbekannt¹⁰¹ bzw. nicht vorgesehen oder unzulässig¹⁰². Diese Ausführungen bedürfen der Klärung. In der Lehre wurde daraus vereinzelt der unzutreffende Schluss gezogen, die Botschaft gehe von der Unzulässigkeit der Spaltung in zwei Teilschritten aus¹⁰³. Dagegen wird zu Recht angeführt, der von der Botschaft verwendete Begriff der

⁹⁷ PETER ALTENBURGER/MASSIMO CALDERAN/WERNER LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz 318, etwas differenzierter in Rz 321 ff.; RAFFAEL BÜCHI, Spin-off, Diss. Bern, Bern 2001, 121 f.

⁹⁸ FRANK VISCHER (FN 94), 160; MICHAEL PFEIFER/ANDREAS MEIER, ZK FusG 2004, Vor Art. 29–52 N 15 ff.; PFEIFER/MEIER (FN 73), 835 ff.; VON SALIS (FN 15), 396.

⁹⁹ BÖCKLI (FN 28), 913 Fn 58.

¹⁰⁰ BOTSCHAFT (FN 3), 4460.

¹⁰¹ BOTSCHAFT (FN 3), 4340.

¹⁰² BOTSCHAFT (FN 3), 4343 und 4432.

¹⁰³ PFEIFER/MEIER (FN 98), Vor Art. 29–52 N 3.

Spaltung umfasse die Spaltung in einem Schritt und nicht die uneigentliche Spaltung nach bisherigem Recht, eine andere Annahme sei mit Blick auf die bisher durchgeführten Spaltungen realitätsfremd und nicht sachgerecht¹⁰⁴. Dass die Botschaft, soweit sie die Spaltung als unzulässig bezeichnet, nur die Spaltung in einem Schritt meint, ergibt sich direkt auch aus den auf Seite 4343, Fussnote 11 verwendeten Belegstellen für die Aussage der Unzulässigkeit der Spaltung nach bisherigem Recht: drei der vier dort zitierten Autoren gehen nämlich von der Zulässigkeit der Spaltung in zwei Schritten nach bisherigem Recht aus, explizit wird nur die direkte Spaltung im technischen Sinn als nach bisherigem Recht unzulässig bezeichnet¹⁰⁵. Der Gesetzgeber hat damit zur Spaltung in zwei Schritten offensichtlich nicht Stellung genommen, weder im Gesetzestext des Art. 69 Abs. 1 FusG noch in der Botschaft noch in der parlamentarischen Beratung. Aus seinem Schweigen zu dieser Spaltungsart ist daher zu schliessen, dass er an der bisherigen Möglichkeit der Spaltung in zwei Schritten nichts ändern wollte, so dass diese weiterhin zulässig ist.

Die Spaltung in zwei Schritten hat sich in der Praxis bewährt. Für sie besteht weiterhin ein enormes praktisches Bedürfnis. Zu nennen sind die Fälle, in denen bereits eine «spaltungsfertige» Tochtergesellschaft besteht, weil entweder bereits früher Vermögenswerte übertragen wurden oder ein Konzern verschiedene Divisionen in unterschiedlichen rechtlichen Einheiten führt und damit der erste der beiden Schritte bereits getan ist¹⁰⁶. Zu denken ist aber angesichts der Problematik der solidarischen Haftung und der Sicherstellungspflicht beim Vorgehen nach Fusionsgesetz generell an alle Fälle, in denen zur Vermeidung dieser gravierenden Probleme eine Spaltung ausserhalb des Fusionsgesetzes beabsichtigt ist. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Spaltung das Ziel verfolgt, Umstrukturierungen von Unternehmen zu erleichtern, nicht zu verhindern. Die ratio legis spricht ebenfalls für die Zulässigkeit der Spaltung in zwei Schritten.

Die Aspekte des Gläubigerschutzes sprechen nicht gegen die Zulässigkeit der Spaltung in zwei Schritten. Wird die Ausgliederung der Aktiven und Passiven, also der erste Schritt, mittels Vermögensübertragung durchgeführt, so gelten diesbezüglich die entsprechenden Gläubigerschutzbestimmungen, die über dem Schutzniveau des allgemeinen Aktienrechts liegen. Erfolgt dagegen der erste Schritt mittels Singularsukzession der Aktiven und der Passiven, sind die Gläubiger geschützt, indem jeder einzelne Gläubiger dem Schuldnerwechsel zustimmen oder ihn ab-

¹⁰⁴ WATTER/BÜCHI (FN 96), Art. 29 N 15; vgl. auch MALACRIDA (FN 42), 42.

¹⁰⁵ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. A., Bern 1998, § 24 N 67; PIERRE-ALAIN RECORDON, La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés, Genève 1974, 49; BALTHASAR BESSENICH, Gedanken zur Einführung der Spaltung im schweizerischen Aktienrecht, SZW 1992, 160; (beim in der BOTSCHAFT angegebenen Verweis auf S. 175 handelt es sich offensichtlich um ein Versehen).

¹⁰⁶ WATTER/BÜCHI (FN 96), Art. 29 N 13.

lehnen kann. Und die im zweiten Schritt erfolgende Ausschüttung der Aktien der Tochtergesellschaft an die Aktionäre der Muttergesellschaft muss alle einschlägigen Kapital- und Gläubigerschutzvorschriften des allgemeinen Aktienrechts einhalten, seien es die Vorschriften über die Gewinnausschüttung resp. das gesperrte Kapital, die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung oder die Vorschriften über die Liquidation der Gesellschaft. Die Gläubiger sind durch diese Bestimmungen geschützt, eine Ausstrahlungswirkung der Bestimmungen des Fusionsgesetzes zur Spaltung auf die Spaltung in zwei Schritten ist jedenfalls bezüglich der Gläubigerschutzvorschriften nicht begründet¹⁰⁷.

Ein Rechtsvergleich zeigt, dass auch nach dem deutschen Umwandlungsgesetz, welches im Bereich der Spaltung wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung des Fusionsgesetzes hatte, Spaltungen in zwei Schritten nach wie vor zulässig sind. Das Umwandlungsgesetz enthält keine ausschliessliche Regelung oder einen *numerus clausus* von Umwandlungsmöglichkeiten¹⁰⁸.

Als Fazit ergibt sich, dass alles dafür und nichts dagegen spricht, dass die nach altem Recht bewährte Spaltung in zwei Schritten auch nach Einführung des Fusionsgesetzes weiterhin zulässig ist und dass die Gläubigerschutzbestimmungen der Art. 45 bis 47 FusG mit solidarischer Haftung und Sicherstellungspflicht bei dieser Spaltungsart keine Anwendung finden.

C. Verjährung der solidarischen Haftung bei der Spaltung

Der Wortlaut von Art. 47 Abs. 2 FusG enthält keine besondere Verjährungsvorschrift für die solidarische Haftung bei der Spaltung¹⁰⁹. Angesichts dieses eindeutigen Wortsinns stellt sich die Frage, ob dieser aufgrund der Teleologie des Gesamtgesetzes einzuschränken, d.h. teleologisch zu reduzieren ist¹¹⁰.

Die bereits im Vorentwurf zum Fusionsgesetz vorgesehene Solidarhaftung wurde in der Vernehmlassung teilweise als überflüssig kritisiert, andere Stimmen forderten eine zeitliche Limitierung der Solidarhaftung¹¹¹. In der Botschaft zum Fusionsgesetz wird zu dieser Kritik nicht Stellung genommen, ja sie wird darin

¹⁰⁷ Gl.M. WATTER/BÜCHI (FN 96), Art. 29 N 17; PFEIFER/MEIER (FN 73), 837; FREY/LAMBELET (FN 13), 791. Ebenfalls gegen eine Ausstrahlungswirkung der Gläubigerschutzvorschriften (aber für eine Ausstrahlungswirkung der Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter): MALACRIDA (FN 42), 42 f.; COMBOEUF (FN 94), Art. 109 N 5. A.M. BÖCKLI (FN 28), 913 Fn 58.

¹⁰⁸ LUTTER (FN 89), Einleitung N 43 f.; LUTTER/DRYGALA (FN 89), § 1 N 34; SEMLER (FN 90), § 1 N 70 ff.; BÜCHI (FN 97), 55 ff.

¹⁰⁹ Vgl. die Ausführungen in Kap. IV.A.1.

¹¹⁰ Grundsätzlich zur teleologischen Reduktion BGE 121 III 219.

¹¹¹ Vgl. CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Das neue Fusionsgesetz, Zürich 2000, 26; ZUSAMMENSTELLUNG DER VERNEHMLASSUNGEN ZUM FUSIONSGESETZ, Bern 1999, 256 ff.

mit keinem einzigen Wort erwähnt, sondern mit Stillschweigen übergangen¹¹². Weder in der Debatte im Nationalrat noch im Ständerat wurde das Thema diskutiert¹¹³. Es mangelt damit an einer klaren Aussage zum diesbezüglichen Willen des Gesetzgebers.

Der Verzicht auf eine zeitliche Beschränkung der solidarischen Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften ist unverständlich¹¹⁴. Er setzt sich zunächst in Widerspruch zur zeitlichen Begrenzung der Haftung bei der Vermögensübertragung gemäss Art. 75 Abs. 2 FusG und bei der Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts gemäss Art. 181 Abs. 2 OR. Es besteht keine innere Rechtfertigung, Gläubiger hinsichtlich Verjährung im Rahmen einer Spaltung anders zu behandeln als im Rahmen einer Vermögensübertragung. Regelungszweck des Art. 75 FusG, der auf der seit Jahrzehnten existierenden Regelung nach Art. 181 OR aufbaut, ist es, im Fall der Übertragung einer Vermögensgesamtheit die Passiven auch ohne Zustimmung des Gläubigers übergehen zu lassen, diesen Schuldnerwechsel aber durch eine zeitlich limitierte Mithaftung des ursprünglichen Gläubigers zu kompensieren. Die zeitliche Limitierung soll dafür sorgen, dass der Gläubiger die Möglichkeit hat, sich während einer beschränkten Zeit statt an den neuen an den ursprünglichen Schuldner zu halten und gleichzeitig binnen vernünftiger Zeit eine definitive Trennung der Schuldner zu bewirken. Der Tatbestand der Spaltung differiert diesbezüglich von jenem der Vermögensübertragung in keiner Weise. Die unterschiedliche Behandlung der Dauer der solidarischen Haftung bei der Spaltung gegenüber der Vermögensübertragung ist unbegründet und systemwidrig.

Das Gesetz enthält in Art. 591 OR eine weitere Regelung für einen vergleichbaren Fall bei einer Handelsgesellschaft. Danach verjähren Forderungen von Gesellschaftsgläubigern gegen einen ausscheidenden Kollektivgesellschaftler – der gemäss Art. 568 OR für die Schulden der Gesellschaft subsidiär solidarisch haftet – für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach Veröffentlichung seines Ausscheidens. bei späterer Fälligkeit der Forderung innert fünf Jahren seit deren Fälligkeit¹¹⁵. Die zeitliche Befristung der solidarischen Haftbarkeit bei einem Sachverhalt, der zur Verringerung des Haftungssubstrates für die Gläubiger führt, ist somit auch dem übrigen Gesellschaftsrecht bekannt.

¹¹² Vgl. BOTSCHAFT (FN 3), 4436 ff., 4353 f. und 4442 f.

¹¹³ Vgl. AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzungen des National- resp. Ständerates vom 21.3.2001, 12.3.2003, 5.6.2003, 16.6.2003 und 15.9.2003.

¹¹⁴ Gl.M. BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz. 320 ff., der in diesem Zusammenhang von einem gesetzgeberischen Wertungsfehler spricht; BÜCHI (FN 97), 136; EHRAT/COLOMBINI (FN 15), Art. 47 N 12.

¹¹⁵ Und diese Bestimmung gilt gemäss Art. 802 Abs. 1 OR auch für die ausnahmsweise Haftung der Gesellschafter der GmbH für Gesellschaftsschulden.

Es spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber unreflektiert dem Wortlaut der Spaltungsrichtlinie der Europäischen Union gefolgt ist, der für die in deren Artikel 12 Abs. 3 vorgesehene solidarische Haftung keine explizite Verjährung vorsieht. Die Einführung der solidarischen Haftung wurde denn auch einzig und pauschal mit dem Hinweis auf Art. 12 Abs. 3 der Spaltungsrichtlinie begründet¹¹⁶. Diese Richtlinie steht jedoch, wie deren Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber zeigt¹¹⁷, der Regelung einer besonderen Verjährung der solidarischen Haftung nicht entgegen. Dies wurde vom Gesetzgeber entweder verkannt oder gänzlich nicht beachtet; die Botschaft schweigt sich zu dieser Frage aus, in der parlamentarischen Debatte wurde sie nicht erörtert¹¹⁸.

Die EU-Spaltungsrichtlinie fordert in Art. 12 Abs. 1 SpaltRL ein angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Aktiengesellschaften. Gemäss Art. 12 Abs. 3 SpaltRL kann die solidarische Haftung gegenständlich auf das im Rahmen der Spaltung zugeteilte Nettoaktivvermögen beschränkt werden. Aus dieser zulässigen Beschränkungsmöglichkeit wird in der Lehre der Schluss gezogen, dass auch eine zeitliche Befristung der Haftung richtlinienkonform sei, solange insgesamt ein angemessener Gläubigerschutz gewährleistet ist¹¹⁹. Die im Fusionsgesetz statuierte Solidarhaftung ist zeitlich unbeschränkt und geht damit über den Mindeststandard nach Spaltungsrichtlinie hinaus. Weiter erwähnenswert ist, dass die Spaltungsrichtlinie nach ihrem klaren Wortlaut nur für Aktiengesellschaften gilt, mithin grundsätzlich für grosse Unternehmen und nicht für KMUs¹²⁰; auch in diesem Punkt geht das Fusionsgesetz damit über den nach der Spaltungsrichtlinie verlangten Schutzstandard hinaus. Eine Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit diesen Fragen hat nicht stattgefunden¹²¹, und dies obwohl die Schweiz als Nicht-EU-Land keineswegs verpflichtet war, die Richtlinie überhaupt umzusetzen. Dieser unreflektierte – vermeintliche – Nachvollzug der Spaltungsrichtlinie zeigt, dass der Gesetz-

¹¹⁶ BOTSCHAFT (FN 3), 4442 Fn 131.

¹¹⁷ Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen in diesem Abschnitt.

¹¹⁸ Vgl. BOTSCHAFT (FN 3), 4442 f.; AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzungen des National- resp. Ständerates vom 21.3.2001, 12.3.2003, 5.6.2003, 16.6.2003 und 15.9.2003.

¹¹⁹ GEORG MAIER-REIMER, in: SEMLER/STENGEL UmwG 2003, § 133 N 8 f.; PETER HOMMELHOFF/MARTIN SCHWAB, in LUTTER/WEBER UmwG 2004, § 133 N 8. Die Angemessenheit des Gläubigerschutzes nach UmwG wird mit der Kombination der Solidarhaftung mit dem Recht auf Sicherheitsleistung begründet; vgl. EBENDA.

¹²⁰ Vgl. den Titel der SpaltRL; MAIER-REIMER (FN 119), § 133 N 6. Anders als in der Schweiz wird für KMUs im Ausland in der Regel nicht die Rechtsform der AG, sondern jene der GmbH verwendet; umso mehr hätte sich für den schweizerischen Gesetzgeber die Prüfung der Frage aufdrängen müssen, inwiefern der Schutzstandard der SpaltRL für das schweizerische Recht adäquat ist.

¹²¹ Vgl. BOTSCHAFT (FN 3), 4442 f.; AMTLICHES BULLETIN DER BUNDESVERSAMMLUNG, Sitzungen des National- resp. Ständerates vom 21.3.2001, 12.3.2003, 5.6.2003, 16.6.2003 und 15.9.2003.

geber in Bezug auf die Frage der Verjährung der solidarischen Haftung bei der Spaltung keinerlei Problembewusstsein hatte.

Im deutschen Umwandlungsgesetz (§ 133 Abs. 3 UmwG) ist die Haftung im Rahmen von Spaltungen zeitlich limitiert auf fünf Jahre. Die Verjährungsfrist beginnt zudem in jedem Fall mit der Spaltung zu laufen, auch für erst nach der Spaltung fällig werdende Forderungen. Für Ansprüche, die erst nach Ablauf von fünf Jahren seit der Spaltung fällig werden, tritt damit ohne weitere Voraussetzung die Enthftung der mithaftenden Gesellschaften ein¹²². Die im deutschen Umwandlungsgesetz getroffene Regelung der Verjährung der solidarischen Haftung bei der Spaltung ist nach herrschender Lehre richtlinienkonform¹²³. Auch rechtsvergleichend bestehen demnach gute Gründe zur teleologischen Reduktion.

Hauptzweck der Einführung des neuen Rechtsinstituts der Spaltung war die Erleichterung von Neustrukturierungen von Unternehmen¹²⁴. Der Wortlaut von Art. 47 FusG mit der fehlenden zeitlichen Limitierung der solidarischen Haftung widerspricht dieser ratio legis. Dies belastet die Spaltung nach Fusionsgesetz dermassen, dass die Praxis von der Spaltung nach Fusionsgesetz kaum Gebrauch macht. Es liegt auf der Hand, dass dies nicht der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Eine Auseinandersetzung mit diesem Thema hat weder im Begleitbericht zum Vorentwurf noch in der Botschaft oder in der parlamentarischen Debatte stattgefunden. Schliesslich ist der Verzicht auf eine explizite Befristung der Verjährung auch unter systematischen Gesichtspunkten nicht begründet. Unter diesen Umständen ist die Norm einer teleologischen Reduktion zugänglich¹²⁵.

Es stellt sich damit die Frage, auf welches Mass die Reduktion vorzunehmen ist. Korrekterweise erfolgt die Beantwortung dieser Frage durch Analogieschluss¹²⁶: Wie hat der Gesetzgeber ähnlich gelagerte Fälle geregelt? Wie dargelegt¹²⁷, kennt das Gesellschaftsrecht bei der solidarischen Haftung des ausscheidenden Kollektivgesellschafters eine Befristung auf fünf Jahre seit dessen Ausscheiden resp. seit späterer Fälligkeit der Forderung (Art. 591 OR). Inhaltlich ist diese Solidarhaftung jedoch mit der Solidarhaftung im Rahmen von Spaltungen nicht vollkommen vergleichbar. Systematisch näher und inhaltlich vergleichbar sind dagegen die Solidarhaftungen bei der Vermögensübertragung nach Art. 75 FusG und der Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts nach Art. 181 OR. Dies und die

¹²² MAIER-REIMER (FN 119), § 133 N 79; HOMMELHOFF/SCHWAB (FN 119), § 133 N 108.

¹²³ MAIER-REIMER (FN 119), § 133 N 8 f.; HOMMELHOFF/SCHWAB (FN 119), § 133 N 8; GÜNTHER CHRISTIAN SCHWARZ, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden 2000, Rz 700.

¹²⁴ Vgl. die Nachweise in FN 3.

¹²⁵ Gl.M. EHRAT/COLOMBINI (FN 15), Art. 47 N 12; BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz. 322 f. Zur teleologischen Reduktion vgl. den Leading Case BGE 121 III 219 sowie KRAMER (FN 63), 192 ff. und 198.

¹²⁶ Teleologische Reduktion gekoppelt mit Analogie; vgl. KRAMER (FN 63), 194 ff.

¹²⁷ Vgl. die Ausführungen weiter oben in diesem Abschnitt.

Tatsache, dass die beiden genannten Bestimmungen zeitgleich mit den Bestimmungen über die Spaltung erlassen (Art. 75 FusG) bzw. abgeändert (Art. 181 OR) wurden und in beiden Fällen eine Dreijahresfrist angesetzt wurde, spricht dafür, dass der Gesetzgeber, wäre er sich der Problematik bewusst gewesen, die Befristung der solidarischen Haftung auch für die Spaltung auf drei und nicht auf fünf Jahre seit Spaltung bzw. seit späterer Fälligkeit der Forderung festgesetzt hätte. So hat der Gesetzgeber insbesondere auch die Frist des Art. 181 Abs. 2 OR bewusst von früher zwei auf neu drei Jahre erhöht, um die Regelung von Art. 181 OR mit den Regelungen des Fusionsgesetzes (Art. 26 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 1 FusG) zu harmonisieren¹²⁸. Art. 26 FusG kommt in seinem Inhalt im Übrigen der Regelung des Art. 591 OR sehr nahe, geht es doch in beiden Fällen um den Wegfall einer vorher bestehenden persönlichen Haftung von Gesellschaftern für Schulden der Gesellschaft; wenn der Gesetzgeber diesen Tatbestand im Fusionsgesetz nun mit einer dreijährigen und nicht mit einer fünfjährigen solidarischen Haftung regelt, ist dies ein deutliches Zeichen für seinen Willen, die solidarische Haftung bei Umstrukturierungen einheitlich auf eine Dauer von drei Jahren ab Umstrukturierung resp. späterer Fälligkeit der Forderung festzusetzen.

Als Fazit der Auslegung ergibt sich Folgendes. Erstens: Die solidarische Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften für Schulden, die im Rahmen der Spaltung einer andern Gesellschaft zugewiesen wurden, unterliegt entgegen dem zu dieser Frage sich ausschweigenden Gesetzestext einer besonderen Verjährungsfrist. Und zweitens: Die Ansprüche gegen die subsidiär solidarisch mithaftenden Gesellschaften verjähren spätestens drei Jahre¹²⁹ nach der Rechtswirksamkeit der Spaltung, welche mit ihrer Eintragung im Handelsregister eintritt¹³⁰; wird die Forderung erst nach der Veröffentlichung fällig, so beginnt die Verjährungsfrist mit der Fälligkeit zu laufen¹³¹.

¹²⁸ BOTSCHAFT (FN 3), 4493.

¹²⁹ GL.M. WATTER/BÜCHI (FN 73), 27; BÖCKLI (FN 19), § 3 RZ. 295; BÖCKLI (FN 28), 909; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (FN 97), 166; VON SALIS (FN 15), 356; .A.M. MALACRIDA (FN 42), 55.

¹³⁰ Art. 52 FusG.

¹³¹ Dieser spätere Beginn der Verjährungsfrist bei im Zeitpunkt der Spaltung noch nicht fälligen Forderungen erscheint unangemessen und hinderlich, ist angesichts der diesbezüglich klaren Entscheidung des Gesetzgebers in Art. 75 Abs. 2 FusG aber de lege lata hinzunehmen; vgl. dazu die Ausführungen in Kap. IV.A.2. und VII.D.

D. Verjährung der solidarischen Haftung bei der Vermögensübertragung

In Kap. IV.A.2. wurde dargelegt, dass die Verjährungsbestimmung von Art. 75 Abs. 2 FusG insofern problematisch ist, als die Verjährungsfrist nicht generell mit dem Zeitpunkt der Vermögensübertragung zu laufen beginnt. Indem die Verjährungsfrist bei in diesem Zeitpunkt noch nicht fälligen Forderungen erst mit deren späterer Fälligkeit beginnt, ergibt sich in diesen Fällen eine unter Umständen weit in die Zukunft wirkende solidarische Haftung des übertragenden Rechtsträgers. Dieser Umstand macht das Institut der Vermögensübertragung für jene Konstellationen unattraktiv, in denen nicht eine konzerninterne Umstrukturierung zur Debatte steht, sondern eine Vermögensübertragung zwischen unabhängigen Dritten. Es ist zu prüfen, ob der klare Wortlaut dieser Bestimmung einer teleologischen Reduktion zugänglich ist.

Anders als bei der Verjährung der solidarischen Haftung bei der Spaltung ergibt sich aus der Botschaft, dass sich der Gesetzgeber mit der Frage der Verjährung bei Vermögensübertragungen bewusst auseinandergesetzt hat. Er hat im Grundsatz die seit langem bestehende Regelung von Art. 181 Absatz 2 OR übernommen, dabei die Frist auf drei statt auf zwei Jahre angesetzt und gleichzeitig auch die Frist des Art. 181 Abs. 2 OR von zwei auf drei Jahre verlängert. Die doppelte Anknüpfung des Beginns der Verjährungsfrist entspricht einem einheitlichen Konzept des Gesetzgebers, das er schon früher in Art. 591 und Art. 181 OR angewandt hat und neu nicht nur bei der Vermögensübertragung übernimmt, sondern auch bei der persönlichen Haftung von Gesellschaftern für Gesellschaftsschulden nach Art. 26 FusG. Der Gesetzgeber hat damit eine klare Regelungsabsicht gehabt, die fragliche Verjährungsbestimmung ausdrücklich im Sinne des Gläubigerschutzes erlassen und damit eine Interessensbewertung vorgenommen¹³².

Eine vollständige Interessensbewertung durch den Gesetzgeber steht im Grundsatz einer teleologischen Reduktion entgegen¹³³, jedenfalls bei einer relativ jungen Gesetzgebung¹³⁴. Man kann sich fragen, ob die Interessensbewertung durch den Gesetzgeber vollständig war. Insbesondere ergibt sich aus den Materialien nicht, dass der Gesetzgeber im Kontext der solidarischen Haftung und deren Verjährung die Interessen der Gläubiger bewusst gegen den Gesamtzweck der Erleichterung von Vermögensübertragungen abgewogen hat. Der Gesetzgeber hat sich kaum Rechenschaft gegeben, dass der spätere Verjährungsbeginn für noch nicht fällige Forderungen bei M&A-Transaktionen äusserst hinderlich ist.

¹³² BOTSCHAFT (FN 3), 4466.

¹³³ MANUEL JAUN, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Bern 2001, 233, mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

¹³⁴ KRAMER (FN 63), 119 ff., 122 Fn 327.

Nachdem diese Regelung der Verjährung aber schon im bisherigen Art. 181 Abs. 2 OR gegeben war und dazu soweit ersichtlich vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes keine kritischen Stimmen erhoben wurden, erscheint eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung nicht begründbar, zumal auch Art. 591 Abs. 2 OR dieses Prinzip kennt und es damit nicht als systemwidrig bezeichnet werden kann. Die Bestimmung von Art. 75 Abs. 2 FusG ist wohl unbefriedigend, ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut würde aber eine unzulässige Gesetzeskorrektur darstellen. Der Mangel ist de lege ferenda zu korrigieren.

E. Zurückhaltung bei der Sicherstellungspflicht

1. Sicherstellungspflicht bei der Spaltung

In Kap. IV.B.1. wurde dargelegt, dass der Gläubigerschutz im Rahmen der Sicherstellung bei der Spaltung sowohl verfahrensmässig (System der präventiven Sicherstellungspflicht) als auch inhaltlich (Befreiung von der Sicherstellungspflicht nur bei Nachweis der Nichtgefährdung der Forderungserfüllung durch die Spaltung) sehr einschneidend ist und für die beteiligten Gesellschaften, aber auch für die keine Sicherstellung verlangenden Gläubiger gravierende Konsequenzen haben kann. Zentrale Bedeutung kommt damit der Frage zu, welche Anforderungen an den Nachweis der Gesellschaft zu stellen sind, dass die Erfüllung der Forderungen nicht gefährdet ist. Es ist zu prüfen, ob Art. 46 FusG einer restriktiven Auslegung zugänglich ist.

Gemäss Aufbau von Art. 46 FusG erscheint die Sicherstellungspflicht als Regel (Abs. 1) und die Befreiung von der Sicherstellung als Ausnahme (Abs. 2). In der Botschaft wird ausgeführt, die Umkehr der Beweislast sei notwendig, weil nur die Gesellschaft ihre finanzielle Situation darlegen könne¹³⁵. Damit hat sich der Gesetzgeber aber weder über das Mass des entsprechenden Nachweises noch über den massgeblichen Grad der Gefährdung der Forderungen durch die Spaltung geäussert. Den Materialien lassen sich diesbezüglich keine konkreten Aussagen entnehmen. Sie stehen damit einer restriktiven Auslegung von Art. 46 FusG nicht entgegen.

Ein grosszügiger Umgang mit den Sicherstellungsbegehren der Gläubiger setzt sich in Widerspruch zum Gesamtzweck der Bestimmungen über die Spaltung, der darin liegt, Spaltungen zu ermöglichen¹³⁶. Zusätzlich kann die gemäss Gesetzeswortlaut bestehende extensive Sicherstellungspflicht genau das Gegenteil dessen bewirken, was sie bezweckt: Sind Forderungen in der Regel sicherzustellen, führt

¹³⁵ BOTSCHAFT (FN 3), 4442.

¹³⁶ Vgl. die Ausführungen in Kap. II. und IV.B.1.

dies zu einer übermässigen Bindung von aktueller oder potentieller Liquidität, welche die Gesellschaft in Solvenzprobleme bringen und im schlimmsten Fall die Insolvenz bewirken kann. Die Ungleichbehandlung und Gefährdung jener Gläubiger, welche keine Sicherstellung verlangt oder die erst nach Durchführung der Spaltung Gläubigerstellung erlangt haben, ist evident. Gerade ein angemessener Gläubigerschutz erfordert eine zurückhaltende Anwendung dieser Bestimmung¹³⁷. Die ratio legis spricht eindeutig für eine restriktive Auslegung der Sicherstellungspflicht. In der Praxis darf die Sicherstellung nicht die Regel bilden, sondern muss die Ausnahme sein.

Auch ein Rechtsvergleich mahnt zu einer zurückhaltenden Anwendung der Sicherstellungspflicht. Die Spaltungsrichtlinie der Europäischen Union sieht in Art. 12 Abs. 2 eine Sicherstellung zwar vor, diese ist jedoch nicht im Sinne einer grundsätzlichen Regel formuliert¹³⁸. Sie fordert zudem weder einen präventiven Gläubigerschutz, d.h. eine Pflicht zur vorgängigen Sicherstellung, noch äussert sie sich zur Frage der Beweislast. Der schweizerische Gesetzgeber ist mit der Regelung der Sicherstellung über den von der Spaltungsrichtlinie geforderten Schutzstandard hinausgegangen. Nach deutschem Umwandlungsgesetz besteht im Rahmen von Spaltungen eine Pflicht zur Sicherheitsleistung, wenn die Erfüllung der Forderung durch die Spaltung gefährdet wird. Die Beweislast obliegt dabei dem Gläubiger, von dem allerdings kein strikter Beweis verlangt wird, sondern bloss Glaubhaftmachung. Sicherheit ist anders als in der Schweiz nicht vorgängig der Spaltung zu leisten. Wie in der Schweiz sind nicht alle an der Spaltung beteiligten Gesellschaften zur Sicherheitsleistung verpflichtet, sondern nur die Hauptschuldnerin gemäss Spaltungsvertrag¹³⁹. Auch gemäss deutscher Doktrin ist in der Anwendung der Vorschriften über die Sicherheitsleistung Zurückhaltung geboten, damit dieses Institut nicht genau das verursacht, wovor es schützen soll, nämlich die Insolvenz¹⁴⁰.

¹³⁷ Diese Ungereimtheit des Konzepts der Sicherstellung zeigt sich sehr deutlich in Art. 46 Abs. 3 FusG, welcher die Befriedigung der die Sicherstellung begehrenden Gläubiger nur dann zulässt, wenn dadurch nicht Gläubiger geschädigt werden. Im Zusammenhang mit der Tilgung von Forderungen hat der Gesetzgeber das Problem offenbar erkannt, im Zusammenhang mit der grundsätzlich gleich wirkenden Sicherstellung dagegen nicht. Vgl. dazu die maliziöse Bemerkung von TRUFFER (FN 26, Art. 25 N 45), im Hinblick auf Art. 167 StGB stelle sich die Frage, ob eine Gläubigerbegünstigung, die das Gesetz in der einen Form (Sicherstellung) verlange, in einer andern Form (Erfüllung) strafbar sein könne. Vgl. auch BÜCHI (FN 97), 136 Fn 872; VON SALIS (FN 15), 349.

¹³⁸ Die Gläubiger haben gemäss Art. 12 Abs. 2 SpaltRL Anspruch auf angemessene Garantien, wenn die finanzielle Lage der gespaltenen Gesellschaft sowie der Gesellschaft, auf die die Verpflichtung nach dem Spaltungsplan übertragen wird, einen solchen Schutz erforderlich machen und die Gläubiger nicht schon derartige Garantien haben.

¹³⁹ § 133 Abs. 1 i.V.m. § 125 und § 22 UmwG; BOTSCHAFT (FN 3), 4442.

¹⁴⁰ MAIER-REIMER (FN 119), § 133 N 119 ff. und § 22 N 5.

In Bezug auf die restriktive Auslegung von Art. 46 FusG ist zwischen Mass des Nachweises der Nichtgefährdung von Gläubigerforderungen einerseits und massgeblichem Grad der Gefährdung von Gläubigerforderungen zu unterscheiden.

Was das Mass des Nachweises betrifft, hat die Gesellschaft gemäss klarem Wortlaut von Art. 46 FusG den Beweis der Nichtgefährdung zu erbringen, ein blosses Glaubhaftmachen genügt nicht¹⁴¹. Bedeutsam ist nun aber die Einsicht, dass ein strikter Nachweis der Nichtgefährdung der Forderungen gar nicht möglich ist, da nicht eine gegenwärtige Tatsache zur Debatte steht, sondern eine Voraussage über einen zukünftigen Sachverhalt¹⁴². Eine Beweisführung im eigentlichen Sinn des Wortes ist unmöglich und kann auch nicht gemeint sein. Auch wenn das Gesetz von einem Nachweis spricht, handelt es sich deshalb in Tat und Wahrheit eher um ein Glaubhaftmachen im Sinne eines Plausibilisierens¹⁴³.

Im Hinblick auf den massgeblichen Grad der Gefährdung der Gläubigerforderungen ist ein strenger Massstab anzulegen; eine Sicherstellung ist nur geschuldet, wenn die Gefährdung reell ist¹⁴⁴. Die blossе Wahrscheinlichkeit, dass sich die Erfüllung der Forderung aus Sicht des Gläubigers durch die Spaltung verringert, reicht nicht¹⁴⁵. Korrekt erscheint ein Abstellen auf die Frage, ob ein Gläubiger seine Forderung nach den einschlägigen Rechnungslegungsnormen des OR noch zu ihrem vollen Betrag bilanzieren darf oder ob eine Wertberichtigung notwendig ist, wobei die statische Bilanzbetrachtung durch eine Beurteilung der Liquiditätsslage zu ergänzen ist¹⁴⁶. Festzuhalten ist, dass die Pflicht zur Sicherstellung auch dann entfällt, wenn eine bereits vor der Spaltung gefährdete Forderung durch die Spaltung keine zusätzliche Gefährdung erfährt¹⁴⁷. Am besten fährt die Gesellschaft wohl, wenn sie nicht nur selbst bestätigt, sondern zusätzlich freiwillig von einem besonders befähigten Revisor die Bestätigung einholt, dass keine Forderungen bekannt oder zu erwarten sind, zu deren Befriedigung das freie Vermögen – auch unter Liquiditätsgesichtspunkten – nicht ausreicht¹⁴⁸. Aus Sicht des Gläubigerschutzes ist in diesem Zusammenhang bedeutsam, dass mit solchen Bestätigungen sowohl die geschäftsführenden Organe als auch der Revisor als mit der Spaltung befasste Personen dem Verantwortlichkeitsrecht des Art. 108 FusG unterstehen.

¹⁴¹ AFFENTRANGER (FN 18), Art. 25 N 16.

¹⁴² TRUFFER (FN 26), Art. 25 N 34.

¹⁴³ In diesem Sinne auch MEIER-SCHATZ (FN 3), 54.

¹⁴⁴ BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz. 170 f., spricht von einer Verschlechterung der Gläubigerstellung bis in die Gefahrenzone.

¹⁴⁵ TRUFFER (FN 26), Art. 25 N 36.

¹⁴⁶ TRUFFER (FN 26), Art. 25 N 37 und N 30; BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz 162.

¹⁴⁷ AFFENTRANGER (FN 18), Art. 25 N 19.

¹⁴⁸ VON SALIS (FN 15), 354; vgl. auch MICHAEL PFEIFER, ZK FusG 2004, Art. 46 N 6; VON DER CRONE ET AL. (FN 15), Rz 652.

2. Sicherstellungspflicht bei der Vermögensübertragung

Auch bei der Vermögensübertragung besteht eine Sicherstellungspflicht, die allerdings anders konzipiert ist als die Sicherstellungspflicht bei der Spaltung, indem sie erst nach der Umstrukturierung zum Tragen kommt, und zwar dann, wenn entweder die solidarische Haftung vor Ablauf der Frist von drei Jahren entfällt oder die Gläubiger glaubhaft machen, dass die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet¹⁴⁹. Aus den gleichen Gründen wie bei der Sicherstellung im Spaltungsverfahren gebietet sich auch hier eine restriktive Auslegung; in diesem Sinn bedarf insbesondere die Formulierung, wonach eine Sicherstellungspflicht besteht, wenn die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz bietet, der Klärung.

Den Materialien kann zum Tatbestand von Art. 75 Abs. 3 lit. b FusG nichts Näheres entnommen werden¹⁵⁰. Insbesondere trifft die in der Lehre vertretene Aussage¹⁵¹ nicht zu, wonach gemäss Botschaft der Tatbestand schon erfüllt sei, wenn der übernehmende Rechtsträger weniger solvent sei als der übertragende Rechtsträger; in der Botschaft steht, dass bei geringerer Solvenz des übernehmenden Rechtsträgers zwar eine Benachteiligung der übergehenden Gläubiger entstehen könne, es ist aber nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Auffassung vertreten hat, dieser Benachteiligung werde durch die solidarische Haftung nicht genügend begegnet¹⁵². Die Materialien stehen einer restriktiven Auslegung nicht entgegen.

Betreffend ratio legis, Gefahr der Ungleichbehandlung der Gläubiger durch eine extensive Zulassung der Sicherstellung und Rechtsvergleich kann vollumfänglich auf die Ausführungen zur Sicherstellung bei der Spaltung verwiesen werden; diese Kriterien sprechen alle dafür, die Sicherstellung nur ausnahmsweise zuzulassen¹⁵³.

Dies gilt zum einen für das Erfordernis des Glaubhaftmachens. Zunächst ist festzuhalten, dass die Beweislast gemäss eindeutigen Gesetzeswortlaut bei den Gläubigern liegt und nicht die Gesellschaft nachzuweisen hat, dass die Gläubigerforderung durch die solidarische Haftung ausreichend geschützt ist¹⁵⁴. Die Einschränkung, dass der Gläubiger den Tatbestand glaubhaft zu machen und nicht nachzuweisen hat, ändert nichts an der Beweislast, sondern bloss an der Beweisintensität. Ein blosses Behaupten von Gläubigern, es liege trotz solidarischer Haftbarkeit eine Gefährdung ihrer Forderung vor, reicht hierfür nicht. Aber auch

¹⁴⁹ Vgl. die Ausführungen in Kap. IV.B.2.

¹⁵⁰ BOTSCHAFT (FN 3), 4466 f.

¹⁵¹ EHRAT/WIDMER (FN 17), Art. 75 N 14.

¹⁵² Vgl. die Stellung der zitierten Aussage in der BOTSCHAFT (FN 3), 4466.

¹⁵³ Vgl. die Ausführungen in Kap. VII.E.1.

¹⁵⁴ AFFENTRANGER (FN 18), Art. 75 N 7. A.M. BERETTA (FN 34), Art. 75 N 18.

das Aufzeigen einer realen Möglichkeit durch den Gläubiger erscheint nicht genügend¹⁵⁵. In restriktiver Auslegung des Wortlauts ist zu fordern, dass der Gläubiger objektive Anhaltspunkte vorbringt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für einen mangelnden Schutz seiner Forderung trotz solidarischer Haftbarkeit sprechen¹⁵⁶.

In Bezug auf die Frage, wann die solidarische Haftung keinen ausreichenden Schutz gewährt, ist die Bestimmung ebenfalls restriktiv auszulegen. Inhaltlich ist keine Differenz zwischen nicht ausreichendem Schutz (so die Formulierung in Art. 75 FusG) und Gefährdung der Erfüllung (so die Formulierung in Art. 46 FusG) auszumachen. Es ist deshalb der gleiche Massstab wie bei Art. 46 FusG heranzuziehen¹⁵⁷: Eine Sicherstellung ist nur geschuldet, wenn die Gefährdung reell ist; die blossе Wahrscheinlichkeit, dass sich die Erfüllung der Forderung aus Sicht des Gläubigers durch die Spaltung verringert, reicht nicht. Korrekt erscheint auch hier ein Abstellen auf die Frage, ob ein Gläubiger seine Forderung nach den einschlägigen Rechnungslegungsnormen des OR noch zu ihrem vollen Betrag bilanzieren darf oder ob eine Wertberichtigung notwendig ist, wobei die statische Bilanzbetrachtung durch eine Beurteilung der Liquiditätslage zu ergänzen ist¹⁵⁸.

VIII. Ein paar Schlussbemerkungen und ein Aufruf zur Teilrevision des Fusionsgesetzes

Die bisherige Geschichte des Fusionsgesetzes mutet beinahe surrealistisch an. Anfang der Neunzigerjahre zeigt sich ein zunehmendes Bedürfnis der Wirtschaft, Umstrukturierungen vornehmen zu können. Das diesbezügliche gesetzliche Instrumentarium ist bruchstückhaft. Aber die Praxis findet Mittel und Wege, die erforderlichen Umstrukturierungen mit diesem Instrumentarium vornehmen zu können, einerseits dank der Aufgeschlossenheit der Handelsregisterbehörden und Gerichte, andererseits wegen der doch vorhandenen Souplesse des Gesetzes. So wird neben der Fusion auch die Spaltung praktiziert, und auch die Übernahme von Geschäften ist möglich. Das Ganze ist teilweise kompliziert und schwerfällig, aber es funktioniert.

Dann wird der Ruf laut nach detaillierter gesetzlicher Regelung der Materie. Einerseits sollen dadurch Umstrukturierungen erleichtert, andererseits soll Rechts-

¹⁵⁵ So aber AFFENTRANGER (FN 18), Art. 75 N 7, unter Anlehnung an entsprechende Lehrmeinungen zum deutschen Recht.

¹⁵⁶ So zum deutschen Recht MAIER-REIMER (FN 119), § 22 N 35.

¹⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. VII.E.1., mit Nachweisen.

¹⁵⁸ TRUFFER (FN 26), Art. 25 N 37 und N 30; BÖCKLI (FN 19), § 3 Rz 162; EHRAT/WIDMER (FN 17), Art. 75 N 14.

sicherheit geschaffen werden. Es werden Expertenberichte und ein Vorentwurf verfasst, ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt und eine bundesrätliche Botschaft verabschiedet. Allenthalben wird dem Revisionsentwurf applaudiert, die Juristenzunft ist unkritisch und das Parlament unaufgeklärt. Es überrascht nicht, dass in dieser Stimmung der Gesetzesentwurf praktisch unverändert die parlamentarische Beratung übersteht. Die Treuhänder wittern nach dem Platzen der M&A-Blase einen neuen Markt und schwärmen von den Möglichkeiten, die das Fusionsgesetz bietet. Bevor das Gesetz in Kraft tritt, werden zahlreiche Juristen aktiv und verfassen Aufsätze, Monographien und Kommentare. In dieser intensiven Schreibphase dämmert es langsam einigen Leuten, und sie reiben sich die Augen über einzelne Bestimmungen, die das Fusionsgesetz enthält. Dann schreiben sie mit Macht gegen diese Bestimmungen an, manchmal ist der Wunsch der Vater des Gedankens. Und weil zu vitalen Fragen keine Rechtssicherheit besteht, solange nicht das Bundesgericht höchstrichterlich dazu Stellung genommen hat, diese aber gerade bei Umstrukturierungen zentral ist, weicht die Praxis auf die alten Wege aus, die sie vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes gegangen ist: Vermögensübertragung mittels Singularsukzession der Aktiven und der Passiven, Spaltung in zwei Schritten.

Wenn der vorliegende Beitrag mithilft, die letzten Zweifel über die Zulässigkeit dieser alternativen Wege ausserhalb des Fusionsgesetzes zu beseitigen, hat er seinen Hauptzweck erreicht. Und wenn er darüber hinaus zu einer sachgerechten Auslegung einiger zentraler Fragen der Spaltung und der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz beiträgt, ist dies erfreulich. Doch eines bleibt klar: Die so dringend ersehnte Rechtssicherheit ist in diesen Fragen nur über Richtersprüche zu erreichen; und ob diese in vernünftiger Zeit fallen, ist zweifelhaft. Es ist nicht recht vorstellbar, wie alle diese Fragen je bis ans Bundesgericht gelangen können, und so könnte sich das Warten auf die Klärung durch das Bundesgericht als das Warten auf Godot entpuppen.

Wie wäre es, wenn sich die praktisch tätigen Juristen einen Ruck gäben und ihre Energien für einmal in die Gesetzgebung statt in deren Auslegung und Anwendung fliessen liessen? Ist es nicht ein erstrebenswertes Ziel, die zentralen Unklarheiten und Schwachpunkte des Fusionsgesetzes per 1. Januar 2007 durch eine kleine Teilrevision rasch zu klären, damit das in weiten Teilen gelungene Gesetz seine wohlverdiente Anwendung in der Praxis finden kann? So schnell ist der gerichtliche Weg mit Bestimmtheit nicht.