Ein weiterer Beitrag zur Kambrischen Explosion: Aus der Notariatspraxis zum Fusionsgesetz

Errol M. Küffer*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 177
II. Praxiserfahrungen zum FusG 179
1. Zum Umstrukturierungsbeschluss der GV mittels Urabstimmung 179
2. Die mitgliedschaftliche Kontinuität anhand der Umwandlung einer GmbH in eine AG 185
3. KMU-Erleichterungen – wider Willen der eidgenössischen Räte 187
4. Zur notariellen Zuständigkeit bei Vermögensübertragungen 192
5. Spaltungen und Vermögensübertragungen unter Artenschutz? 195
III. Schlussbetrachtungen 197

I. Einleitung

«Juristen ohne Bücher sind wie Handwerker ohne Werkzeuge». Dieses Zitat des ehemaligen US-Präsidenten Thomas Jefferson suggeriert – ob beabsichtigt oder nicht – deutlich die Doppelbedeutung des juristischen Schaffens. Einerseits ist ein Jurist gerne bemüht, sein Wissen sowie seine neuesten Erkenntnisse oder Geistesblitze zu Papier zu bringen, sei es um zu belehren, zu provozieren oder schlichtweg um im Dienste der Wissenschaft Diskussionen anzuregen. Andererseits findet sich die Jurisprudenz nicht selten in der Ausgangslage wieder, in der sie vor lauter Kreativität den Blick aufs Wesentliche verliert. Dies ist eine teils berechtigte Kritik zur regelrechten Literaturflut, welche das am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) ausgelöst hat.

Das Tempo und das Ausmass, welche die Schöpfung an Quellen zum Umstrukturierungsrecht teils schon vor dem Inkrafttreten des FusG erreicht hat, suchen in der

* Für die wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung und für die Schlusskontrolle des vorliegenden Aufsatzes möchte ich Herrn Dominique Schurtenberger, MLaw und Notariatskandidat, herzlich danken.

Schweizer Rechtswissenschaft wahrlich ihresgleichen. Das Zitat von Thomas Jefferson wird in dieser Hinsicht mehr als nur im Kerngehalt getroffen.

Und so ist es nicht erstaunlich, wenn der Jubilar, zusammen mit seinem, ebenfalls in Freiburg i.Ü. lehrenden Kollegen Ramon Mabillard, die Literatur zum FusG im Vorwort zum Kommentar mit der «Kambrischen Explosion» vergleicht.[1] Da wird die Parallele gezogen zu jenem Ereignis der Evolutionsbiologie, welches sich zu Beginn des Kambriums vor hunderten von Millionen Jahren ereignete und in dem in einem geologisch kurzen Zeitraum eine Fülle neuer Lebewesen entstand. Wer diesen Vergleich scheue, so das Duo Amstutz/Mabillard, der solle sich einmal die «Ernte der bisherigen fusionsgesetzlichen Forschungsaktivitäten» vor Augen führen.[2]

Dabei kritisieren Amstutz/Mabillard bereits in ihrem Vorwort, dass die Literaturflut unzählige (möglicherweise nur vermeintlich wichtige) Detailfragen behandelt, demgegenüber das «Grosse», d.h. die grossen Leitlinien und Neuerungen des FusG zu wenig oder gar nicht würdige. Doch die Anwendung des FusG in der Praxis fördert Einzelfragen zu Tage, für die dogmatisch korrekte und praktikable Antworten gefunden werden müssen. Die Praxis erweist sich demnach als schier unendliche Quelle für neue Literatur. Unzählige Fragen sind gesetzlich nicht geklärt und eine höchstgerichtliche Rechtsprechung wird sich (wenn überhaupt) lediglich langsam entwickeln. Die Erfahrungen im praktischen Alltag mit dem Fusionsrecht zeigen auf, dass trotz (oder eben gerade wegen) der Fülle an Literatur bei Einzelfragen guter Rat zum Teil nach wie vor teuer ist.

Der Autor – als in einer mittelgrossen Kanzlei tätiger Notar – durfte sich in den letzten Jahren bei verschiedenen Umstrukturierungen intensiv mit dem FusG befassen. In diesem Sinne möchte er einen kurzen, punktuellen Einblick in den praktischen Alltag werfen, der sich jenem wagemutigen Juristen bietet, welcher den Herausforderungen des schweizerischen Fusionsrechts mit «Hilfe» der (stets weitersprudelnden) Quelle der Umstrukturierungsliteratur entgegentritt. Dass damit ironischerweise ebenfalls ein kleiner Beitrag zu der schöpferischen Kraft der Kambrischen Explosion der Schweizer Fusionsgesetzlehre geleistet wird, ist dem

---

[1] Amstutz Marc/Mabillard Ramon, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar, Basel 2008, Vorwort.

[2] Vgl. statt vieler Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 3 N 1, der von einer ungewöhnlichen «Sturmflut von literarischen Bemühungen» spricht, die sich über das Fusionsgesetz ergoss. Gemäss Kunz Peter, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Bern 2006, S. 185 ff., handelt es sich gar um einen «juristischen Overkill».

Autor bewusst. Jedoch dient dieses Exemplar der juristischen Evolution nicht primär, um zu belehren oder zu provozieren, sondern um dem Jubilar für seine überaus pointierte Metapher Tribut zu zollen.

II. Praxiserfahrungen zum FusG

1. Zum Umstrukturierungsbeschluss der GV mittels Urabstimmung

Zum Schutz der Gesellschafter sieht das FusG für die Genehmigung des Fusionsvertrags (Art. 18), des Spaltungsvertrags oder Spaltungsplans (Art. 43) sowie des Umwandlungsplans (Art. 64) durch die Generalversammlung (GV) besonders qualifizierte Mehrheiten vor.[3] Leider zeigt sich in der Praxis, dass bei solchen Versammlungen des Öfteren eine nicht besonders gute Beteiligung besteht, insbesondere wenn die Gesellschafter räumlich weit verstreut sind. Somit sind die Quoren, die sich nicht auf die vertretenen Gesellschafter bzw. abgegebenen Stimmen, sondern auf das gesamte Gesellschaftskapital bzw. auf die Gesamtheit der Gesellschafter beziehen, in der Praxis nicht einfach zu erreichen.[4] Ausserdem strebt das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan bei jeder Umstrukturierung eine möglichst grosse Legitimation mittels klarer Mehrheiten («majorité éclatante» oder gar «écrasante») an. Aus diesem Grund wird in der Praxis teilweise versucht, statt einer Versammlung der Gesellschafter eine schriftliche Abstimmung, eine sog. *Urabstimmung*, durchzuführen.

Nach der heute *absolut herrschenden Lehrmeinung* ist ein solcher Umstrukturierungsbeschluss in Form einer Urabstimmung zulässig, sofern diese Abstimmungsart gesetzlich erlaubt[5] und in den Statuten vorgesehen ist.[6] Demgegenüber vertreten ein

---

[3] Demgegenüber benötigt die Vermögensübertragung grundsätzlich keine GV-Genehmigung; vorbehalten bleiben Fälle, bei denen die Übertragung eine Statutenrevision erforderlich macht (so z.B. bei einer erforderlichen Kapitalanpassung, einer faktischen Zweckänderung oder Liquidation sowie bei börsenkotierten Gesellschaften während der Kaufzeit eines öffentlichen Übernahmeangebots).

[4] Brückner Christian, Öffentliche Beurkundung von Urabstimmungen und Zirkulationsbeschlüssen, in: SJZ 1998, S. 33 ff.

[5] So bei der GmbH Art. 805 Abs. 4 OR, bei der Genossenschaft Art. 880 OR und beim Verein Art. 66 Abs. 2 ZGB.

[6] Glanzmann Lukas, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Bern 2008, N 544; Olgiati Lorenzo, Kommentar zu Art. 18–22 FusG, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 20 N 5; Schleiffer Patrick, Kommen-

paar wenige Autoren sowie gewisse Handelsregisterführer die Ansichten, dass entweder gemäss wörtlicher Auslegung von Art. 2 lit. h und Art. 18, 43 sowie 64 FusG die Kompetenz für den Fusionsbeschluss ausschliesslich bei der Versammlung der Gesellschafter liegt[7] oder dass ein Fusionsbeschluss mittels Urabstimmung lediglich in denjenigen Ausnahmefällen zulässig sein soll, bei denen die Statuten die Versammlung gänzlich durch die Urabstimmung ersetzt haben[8]. Schliesslich wird z.T. die Meinung vertreten, dass eine Beurkundung von Urabstimmungen grundsätzlich nicht zulässig sei.[9]

Meines Erachtens ist der herrschenden Lehre zuzustimmen: Einerseits ist die Zulässigkeit der öffentlichen Beurkundung einer Urabstimmung in der Notariatslehre seit längerem kaum mehr bestritten.[10] Andererseits bilden Art. 18, 43 und 64 FusG reine Kompetenzzuweisungsregeln zugunsten des Organs «Generalversammlung». Zwar definiert Art. 2 lit. h FusG diesen Begriff, doch wird dabei auch auf die jeweilige Gesellschaft und deren gesetzliche Regelung verwiesen. So zeigt z.B. im Recht der Genossenschaften die Gesetzessystematik der Art. 879 ff. OR exemplarisch auf, dass die Urabstimmung eine Durchführungsform der GV bildet. Das Genossenschaftsrecht unterscheidet demnach nicht zwischen GV und Urabstimmung, sondern innerhalb der GV zwischen zwei möglichen Arten der Durchführung.[11] Der

---

tar zu Art. 18–20 FusG, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2004, Art. 18 N 6 und Art. 20 N 10; Gelzer Thomas, Kommentar zu Art. 18–22 FusG, in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 18 N 25 und Art. 20 N 6; Hans Caspar von der Crone et al., Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 389, 391 und 394; Amstutz/Mabillard (FN 1), Art. 18 N 4 und 19.

7 Beretta Piera, Strukturanpassungen, SPR VIII/8, Basel 2006, S. 183. So auch ausdrücklich das deutsche Recht, welches für jeden Fusionsbeschluss unabhängig von der Gesellschaftsform einen Versammlungszwang vorschreibt (Schleiffer [FN 6], Art. 18 N 6).

8 Dies wäre somit nur bei grösseren Genossenschaften möglich, da bei der GmbH und beim Verein jeder einzelne Gesellschafter/jedes einzelne Mitglied die Abhaltung einer Versammlung einfordern kann.

9 So etwa Berthel Reto, Das neue GmbH-Recht, St. Gallen 2008, N 632 *in fine*, wobei der Autor als Handelsregisterführer des Kantons Luzern mit der Genehmigung eines Fusionsbeschlusses mittels Urabstimmung (vgl. FN 12) bewiesen hat, dass die Handelsregisterämter keine dogmatischen Scheuklappen haben.

10 Eingehend Küng Markus, Urabstimmung und öffentliche Beurkundung, in: BN 1997, S. 1 ff.; Brückner (FN 4), S. 33 ff.; bei der GmbH vgl. Handschin Lukas/Truniger Christof, Die neue GmbH, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, S. 143.

11 Dasselbe gilt im GmbH-Recht, welches die Urabstimmung unter dem Titel der Gesellschafterversammlung und bei Art. 805 OR unter der Marginale «Einberufung und Durchführung» behandelt. Dabei muss die Durchführung einer Urabstimmung – anders als bei der Genossenschaft, jedoch gleich wie beim Verein (Art. 66 Abs. 2 ZGB) – von sämtlichen Gesellschaftern akzeptiert werden.

Voraussetzung einer (von der herrschenden Lehre geforderten) ausdrücklichen Erwähnung der Urabstimmung in den Statuten kann aus Gründen der Rechtssicherheit zugestimmt werden, wobei meines Erachtens bei der GmbH und beim Verein auch ohne einer solchen die gesetzliche Grundlage genügend wäre.

Es ist erfreulich, dass nach anfänglichem Zögern die *Handelsregisterpraxis* der herrschenden Lehre gefolgt ist und bestätigt hat, dass ein Fusionsbeschluss mittels Urabstimmung erfolgen kann.[12]

Sowohl der Fusions- als auch der Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss bedürfen der öffentlichen Beurkundung (Art. 20, 44 und 65 FusG). Soll nun einer dieser Umstrukturierungsbeschlüsse mittels schriftlicher Abstimmung gefasst werden, stellt sich die Frage nach der konkreten Vorgehensweise sowie nach der Funktion des Notars und dem Inhalt der öffentlichen Urkunde:

Der *Ablauf einer Urabstimmung* geschieht in vier Schritten:[13] Zunächst werden der Antrag und das Abstimmungsmaterial an die Gesellschafter gesendet. Danach stimmen diese ab und senden den ausgefüllten Stimmzettel (in einem verschlossenen Briefumschlag) der Gesellschaft, der Urkundsperson oder einem unabhängigen Dritten zurück.[14] In einem dritten Schritt werden die Stimmen ausgezählt, bevor im letzten Schritt die sogenannte Erwahrung erfolgt, d.h. die Feststellung, «ob der Antrag gutgeheissen und damit der Beschluss zustande gekommen ist»[15]. In der Praxis erfolgen die zwei letzten Schritte meist während einer Auszählungssitzung, wobei die Gesellschafter nachträglich mittels Informationsschreiben über das Resultat orientiert werden.

Die *Zuständigkeit* für den Beschluss, anstelle einer GV eine Urabstimmung durchzuführen, liegt allein beim obersten Leitungs- und Verwaltungsorgan der Gesellschaft, da dieses Organ den Umstrukturierungsvertrag den Gesellschaftern zu un-

---

[12] So bei der Fusion zwischen der Valiant Holding AG (Fusionsbeschluss mittels GV) und der Genossenschaft «Obersimmentalische Volksbank» (Fusionsbeschluss mittels Urabstimmung): Vgl. Vischer Markus/Gnos Urs, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz 2007–2010, in: AJP 2011, S. 402 ff., 405.

[13] Vgl. Küng (FN 10), S. 11.

[14] Dabei fordert ein Teil der Lehre, dass der Versand sowie der Posteingang durch die Urkundsperson zu erfolgen hat (vgl. Handschin/Truniger [FN 10], S. 143; Brückner [FN 4], S. 35, mit weiteren Hinweisen). Dies ist meines Erachtens nicht zwingend, da auch die an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften oder eine unabhängige Drittperson die anonyme Stimmabgabe sicherstellen können. Für den Erwahrungsbeschluss ist demgegenüber wichtig, dass die Öffnung der Antwortcouverts mit den Stimmzetteln in Anwesenheit des Notars erfolgt.

[15] So Küng (FN 10), S. 11.

terbreiten hat (Art. 18 Abs. 1, 43 Abs. 1 und 64 Abs. 1 FusG). Falls weder die Statuten noch gesellschaftsinterne Anleitungen spezifische Vorschriften enthalten, entscheidet auch dieses Organ über die konkrete Vorgehensweise. Zudem trägt es in jedem Fall die Verantwortung für eine ordentliche und korrekte Durchführung.[16]

Aus Gründen der Rechtssicherheit muss der *Antrag* zur Genehmigung des Fusionsvertrags eindeutig sowie die *Dauer* einer Urabstimmung vorgängig festgelegt werden. Bezüglich des Antrags gibt das FusG den Inhalt vor: Die GV hat den Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan zu genehmigen (Art. 18, 43 und 64 FusG). «Der gestellte Antrag muss mit Ja oder Nein beantwortet werden können und ist den Gesellschaftern unter Ansetzung einer Frist zur Stimmabgabe schriftlich zu unterbreiten».[17] Betreffend die Befristung ist somit entweder im Antrag (bzw. im Stimmmaterial) oder in den Statuten den Zeitraum zur schriftlichen Stimmabgabe zu begrenzen. Eine allfällige statutarische Frist sollte meines Erachtens zwingend in den Abstimmungsunterlagen wiederholt und der Endtermin der Abgabefrist klar hervorgehoben werden. Falls eine statutarische Regelung fehlt, hat das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan eine solche Frist festzusetzen. Dabei ist es an die 30-tägige Einsichtsfrist gemäss Art. 16 und 63 bzw. an die zweimonatige Einsichtsfrist gemäss Art. 41 FusG gebunden. Es ist somit sinnvoll, eine genügend lange Abstimmungsfrist vorzusehen, während der auch das Einsichtsrecht gewährt wird.

Mit dem Versand der *Abstimmungsunterlagen* (Stimmzettel mit Antrag, evtl. Stimmausweis, vorfrankiertes Antwortcouvert und Stimmanleitung bezüglich Stimmabgabe und fristgebundener Rücksendung) an die Gesellschafter wird das oberste Leitungs- und Verwaltungsorgan auf die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Umstrukturierungsunterlagen und über die vorangegangene Information bzw. Konsultation der Arbeitnehmer orientieren. Die Arbeitnehmerkonsultation muss zwingend bereits im Zeitpunkt des Versands durchgeführt worden sein, da die Gesellschafter vor Abgabe ihrer Stimme über den Abschluss des Konsultationsverfahrens orientiert werden müssen (Art. 28 Abs. 2 und Art. 50 FusG).

---

[16] Für die GmbH vgl. etwa Art. 810 Abs. 2 Ziffer 6; für die Genossenschaft Art. 902 Abs. 2 Ziffer 1 OR.

[17] So statt vieler Handschin/Truniger (FN 10), S. 142. Siehe auch Moll Andreas, Kommentar zu Art. 879–893 OR, in: Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 530–1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 880 N 5 ff.; Brückner (FN 4), S. 34, betont zu Recht, dass der Inhalt des Antrags und der Abstimmungsinstruktionen, die Klarheit der Abstimmungsantworten und die Einhaltung der Frist im Prüfungsbereich des Notars liegen.

Anders als bei einer Versammlung kann die *Urkundsperson* bei einer Urabstimmung nicht Erklärungen von anwesenden Gesellschaftern festhalten und beurkunden, da deren Willensäusserungen schriftlich und zeitlich unterschiedlich erfolgen. Der Notar kann nicht durch eigene Wahrnehmung feststellen, ob der Ablauf zur Stimmabgabe zeitgerecht und korrekt erfolgt ist. Diese Problematik besteht jedoch auch bei den GV grosser Publikumsgesellschaften. Wie in solchen Fällen, ist die Urkundsperson auch bei einer Urabstimmung auf Wahrnehmungsgehilfen (Versammlungsleiter, Stimmenzähler) angewiesen. Dabei erfolgen die Erklärungen durch den Vorsitzenden der Auszählungs- und Erwahrungssitzung, wobei sich der Notar grundsätzlich auf die Feststellungen des Vorsitzenden verlassen darf.[18] Um jedoch Ungereimtheiten zu verhindern und der notariellen Wahrheitspflicht gerecht zu werden, hat der Notar persönlich bei der Stimmenauszählung anwesend zu sein und den Auszählungsvorgang zu überwachen.[19]

Um eine korrekte Abwicklung der Urabstimmung sicherzustellen, hat der Notar nicht nur die Angaben über Ort und Zeit der *Auszählungs- und Erfahrungssitzung*, die für die Durchführung der Urabstimmung verantwortliche Person und den Sitzungsvorsitzenden, den Auszählungsvorgang sowie das Abstimmungsergebnis zu protokollieren, sondern wird auch die Feststellungen des Vorsitzenden über das gewählte Abstimmungsverfahren in seiner öffentlichen Urkunde festhalten.[20]

Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen und in Anlehnung an die Muster des Verbandes bernischer Notare (VbN) zum Fusionsbeschluss[21] sollte der Vorsitzende an der Auszählungs- und Erwahrungssitzung zunächst die Einhaltung des Verfahrens (Umstrukturierungsvertrag, -bericht, Prüfungsbericht, Durchführung einer Urabstimmung, Einsichtsrecht der Gesellschafter und Information der Arbeitnehmer) feststellen. Dabei hält er insbesondere den Beschluss des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans über die Durchführung einer Urabstimmung sowie den danach erfolgten Versand der Abstimmungsunterlagen (inklusive Erläuterungen zur Fusion, insbesondere zu den Gründen und die vorgesehene Durchführung der Um-

---

[18] Vgl. Küng (FN 10), S. 12 ff.; Ruf Peter, Notariatsrecht, Langenthal 1995, N 853. Der Notar beurkundet dabei mündliche Erklärungen «anwesender, auf ihre Wahrheitspflicht hingewiesenen Personen» und nicht etwa die schriftlichen Mitteilungen abwesender Gesellschafter, vgl. Brückner (FN 4), S. 33 ff., insbesondere S. 35.

[19] Vgl. Gelzer (FN 6), Art. 20 N 6 und 10; Brückner (FN 4), S. 34 f.; Olgiati (FN 6), Art. 20 N 5; Brändli Beat, Übertragung von Grundstücken nach Fusionsgesetz, in: Jusletter vom 22. März 2010, N 30.

[20] Gelzer (FN 6), Art. 20 N 10. Für einen allgemeinen, nicht auf einen Umstrukturierungsbeschluss spezifischen Formulierungsvorschlag siehe Brückner (FN 4), S. 34.

[21] MUSA VbN Nrn. 746.3 und 746.4.

strukturierung) fest. Meines Erachten ist es wichtig, dass der Vorsitzende ausdrücklich den Antrag an die Gesellschafter und den konkreten Ablauf der Urabstimmung, speziell die Abstimmungsfrist, die gesendeten Abstimmungsunterlagen sowie die Adressaten des Versands (z.B.: «im Zeitpunkt des Versands im Genossenschaftsregister der Gesellschaft eingetragenen und somit für die Urabstimmung stimmberechtigten Genossenschafter») feststellt.[22] Danach erfolgen unter der Überwachung des Notars die Auszählung der Stimmen und die Erwahrung des Fusionsbeschlusses, d.h. die Feststellung des Vorsitzenden, dass (im positiven Fall) die GV auf dem Weg der Urabstimmung den Antrag des obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans auf Genehmigung des Fusionsvertrags angenommen hat.[23]

Schliesslich ist auch bei einer Urabstimmung das Zusammenspiel zwischen *Fusionsbilanz* und *Fusionsbeschluss* zu beachten: Mit dem Fusionsbeschluss werden Fusionsvertrag und die Fusionsbilanzen genehmigt. Die Bilanzen (nach der Handelsregisterpraxis ebenso allfällige Zwischenbilanzen) müssen zwingend vorgängig durch die Revisionsstelle geprüft und durch die Versammlung genehmigt worden sein.[24] Der Fusionsbeschluss darf ohne Vorliegen einer geprüften und genehmigten Bilanz nicht gefällt werden, d.h., ein bezüglich der Fusionsbilanz bedingter Fusionsbeschluss ist unzulässig.[25] Soll demnach ein Fusionsbeschluss mittels Urabstimmung erfolgen, ist zu gewährleisten, dass dieser entweder – falls die Fusionsbilanz den Jahresabschluss per 31.12. bildet – vorgängig (z.B. an der ordentlichen GV) oder gleichzeitig mit der Fusion mittels schriftlicher Abstimmung genehmigt wird. Im letzteren Fall ist der Revisionsbericht den Abstimmungsunterlagen beizulegen. Unzulässig ist somit das Anliegen, die Urabstimmung und die Verwahrung des Fusionsbeschlusses vor der ordentlichen GV inklusive Genehmigung der Bilanz durchzuführen, damit an der ordentlichen GV noch ein «würdiger Abschied» der übertragenden Gesellschaft oder der bisherigen obersten Leitung gefeiert werden kann. Die notarielle Urkunde sollte demnach festhalten, dass es sich bei der Fusi-

---

[22] So auch Brückner (FN 4), S. 34, der darauf hinweist, dass die Urkundsperson auch die Erklärungen über die «organisatorischen Vorkehren zur Ermittlung des wirklichen Mehrheitswillens der Stimmberechtigten» in seiner Urkunde zu protokollieren hat.

[23] Gelzer (FN 6), Art. 20 N 10.

[24] Champeaux Christian, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis, in: REPRAX 2/2011, S. 51 ff., 54 f.; Vischer/Gnos (FN 12), S. 404. Eine Prüfung kann unterbleiben, wenn die Gesellschaft rechtsgültig ein opting-out erklärt hat: vgl. Zenger Urs, Praxis der Oltner Arbeitstagung 2008–2009, in: REPRAX 2/2010, S. 52 ff.; Glanzmann (FN 6), N 279a f.

[25] Anders als z.B. die gesetzlich ausdrücklich vorbehaltene wettbewerbsrechtliche oder bankenrechtliche Bedingung (Art. 22 Abs. 1 dritter Satz FusG in Verbindung mit Art. 34 KG; Art. 3 Abs. 3 BankG).

onsbilanz der jeweiligen Gesellschaft um die geprüfte und genehmigte Bilanz handelt.

2. Die mitgliedschaftliche Kontinuität anhand der Umwandlung einer GmbH in eine AG

Das FusG wird u.a. vom *Prinzip der mitgliedschaftlichen Kontinuität* geprägt. Dieses besagt, dass den Gesellschaftern des Anfangsrechtsträgers (z.B. der übertragenden oder umzuwandelnden Gesellschaft) durch die Umstrukturierung grundsätzlich keine zusätzlichen finanziellen oder sonstigen Pflichten aufgebürdet werden können. M.a.W.: Im Rahmen einer Umstrukturierung nach FusG dürfen den Gesellschaftern grundsätzlich keine weiteren Leistungsverpflichtungen auferlegt werden.[26] So dürfen z.B. «[…] unter Vorbehalt der ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Aktionäre im Rahmen des Austauschs der Anteile […] keine teilliberierten Aktien der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden, wenn die Aktien der übertragenden Gesellschaft voll liberiert waren».[27]

Die Frage der mitgliedschaftlichen Kontinuität stellt sich auch bei der Umwandlung einer GmbH mit einem Stammkapital von unter CHF 100'000.– in eine Aktiengesellschaft, falls das neue Nennkapital durch keinen entsprechenden Aktivenüberschuss gedeckt sein sollte.[28] Im Rahmen jeder Umwandlung muss sowohl das Mindestkapital als auch die *Mindestliberierungsquote der Zielrechtsform* eingehalten werden. Damit eine solche Umwandlung zulässig ist, muss die Ursprungsrechtsform, welche kein entsprechendes Nettovermögen hat, unter Berücksichtigung ihrer einschlägigen Gesetzesbestimmungen eine Kapitalerhöhung auf CHF 100'000.– vornehmen.[29] In der Praxis stellt sich dabei oft die Frage, ob ein Stammkapital der GmbH von lediglich CHF 50'000.–, welches der Mindestliberierungsvorschrift der AG (Art. 632 Abs. 2 OR) entsprechen würde, genügt.

---

[26] Für die Umwandlung vgl. etwa Amstutz/Mabillard (FN 1), Art. 57 N 7. Böckli (FN 2), § 3 N 182, spricht von einem «Mehrbelastungsverbot». Ähnlich Handschin/Truniger (FN 10), S. 337.

[27] Champeaux (FN 24), S. 51 f.

[28] Ausführlich dazu etwa Amstutz/Mabillard (FN 1), Art. 57 N 4 f.; Böckli (FN 2), § 3 N 363a, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und die strengere bisherige Praxis des Bundesgerichts (BGE 125 III 18 ff.) und der Ämter (EHRA, Kurzkommentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz vom 11. Oktober 2004, in: REPRAX 2–3/2004, S. 1 ff., 42).

[29] Statt aller Pestalozzi Christoph, Kommentar zu Art. 56–58 FusG, in: Frank Vischer et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 57 N 8; Böckli (FN 2), § 3 N 364a.

Das Eidgenössische Handelsregisteramt (EHRA) hatte sich für die Zulassung einer solchen Umwandlung ausgesprochen[30] und hielt unter anderem fest, dass selbst «[…] eine GmbH mit einem voll liberierten Stammkapital von CHF 20'000.– […] sich demnach direkt in eine Aktiengesellschaft mit einem zu 50 % liberierten Aktienkapital von CHF 100'000.– umwandeln [darf], sofern der in der Umwandlungsbilanz ausgewiesene Aktivenüberschuss das Mindestkapital der Zielrechtsform zu decken vermag (m.a.W. muss der Aktivenüberschuss mindestens CHF 50'000.– betragen)». Falls demnach der Aktivenüberschuss der GmbH mindestens der gesetzlichen Mindesteinlage der AG (mithin CHF 50'000.–) entspricht, brauchte es gemäss EHRA keine der Umwandlung vorangehende, formelle Kapitalerhöhung bei der GmbH.

Viele kantonale Handelsregisterämter erachten eine solche Umwandlung einer GmbH mit einem nur teilliberierten Stammkapital in eine AG als unzulässig, da das neue GmbH-Recht keine *Nachliberierungspflicht* bzw. kein teilliberiertes Kapital mehr kennt (Art. 777c in Verbindung mit Art. 781 Abs. 3 OR).[31] Angesichts des Grundsatzes der mitgliedschaftlichen Kontinuität erscheint die Umwandlung einer GmbH in eine AG mit einem teilliberierten Kapital von CHF 50'000.– in der Tat etwas fragwürdig, da die Gesellschafter im Rahmen der Umwandlung eine Nachliberierungspflicht erhalten würden, welche sie in der Ursprungsrechtsform bisher nicht hatten und gesetzlich gar nicht haben durften.

Meines Erachtens sind zwei Fälle zu unterscheiden: Benötigt die GmbH eine Kapitalerhöhung, um das Mindestkapital und die Mindestliberierungsquote der AG einhalten zu können, hat sie eine vollliberierte Erhöhung auf CHF 100'000.– durchzuführen. Eine vor der Umwandlung durchgeführte *teilliberierte Kapitalerhöhung* ist gemäss dem neuen GmbH-Recht unzulässig, auch wenn der gesetzwidrige Zustand lediglich eine juristische Sekunde dauern würde. Beim Erhöhungsbeschluss

---

[30] Stellungnahme des EHRA im Fall der «Zweydingers Classic Sport Design Switzerland GmbH» mit Sitz in Arosa. Die Eintragung dieser Umwandlung erfolgte knapp drei Monate nach Inkrafttreten des neuen GmbH-Rechts: «Im Rahmen der Umwandlung wird das Kapital […] um CHF 24'000.– auf CHF 100'000.– erhöht, wobei die Liberierung auf CHF 76'000.– belassen wird. Die Gesellschafter erhalten für ihre bisherigen Stammanteile 100 teilliberierte Aktien zu CHF 1'000.–» (vgl. Handelsregisterauszug der ehemaligen «Schuetz Sports AG in Liquidation»).

[31] Vgl. etwa Gwelessiani Michael, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich/Basel/Genf 2008, N 493: «Muss eine Rechtseinheit (z.B. eine GmbH) im Zuge der Umwandlung ihr Kapital auf das Mindestkapital einer AG (CHF 100'000.–) erhöhen, so sind bei der Kapitalerhöhung die Formvorschriften der Ursprungsgesellschaft zu beachten, wobei Erhöhung und Umwandlung in einem Schritt (in korrekter Reihenfolge der Erhöhung und anschliessenden Umwandlung) erfolgen können».

muss festgestellt werden, dass die Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen und die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlage erfüllt sind (Art. 777 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 781 OR), was bei einer Teilliberierung offensichtlich nicht der Wahrheit entspräche.

Demgegenüber sollte die Umwandlung einer GmbH mit einem (vollliberierten) Stammkapital von CHF 50'000.– zulässig sein, wenn in analoger Anwendung von Art. 64 Abs. 1 lit. a in fine FusG sämtliche Gesellschafter die Umwandlung und mit ihr die zusätzliche Nachliberierungspflicht genehmigen.[32] Der Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität wird nicht verletzt, wenn sämtliche betroffenen Gesellschafter den durch die Umwandlung entstehenden Zusatzpflichten zustimmen und dies aus den Handelsregisterbelegen klar ersichtlich ist. Die Zustimmung sollte denn auch ausdrücklich in die notarielle Urkunde bezüglich des Umwandlungsbeschlusses (Art. 65 FusG) aufgenommen werden.

Stimmen somit nicht sämtliche Gesellschafter der Nachliberierungspflicht zu und reicht der Aktivenüberschuss zur vollständigen Liberierung des Mindestkapitals der Zielrechtsform nicht aus, kann die Umwandlung einer GmbH mit einem Stammkapital von CHF 50'000.– in eine AG (nach der hier vertretenen Meinung) wegen der mangelnden mitgliedschaftlichen Kontinuität nicht durchgeführt werden. Als Ausweg bietet sich demnach lediglich eine der Umwandlung vorverlagerte Kapitalerhöhung nach den Vorschriften des neuen GmbH-Rechts. Diese Kapitalerhöhung führt jedoch dazu, dass die Umstrukturierung zu einer recht komplexen Angelegenheit wird.

3. KMU-Erleichterungen – wider Willen der eidgenössischen Räte

Wie Amstutz/Mabillard richtig festhalten,[33] handelt es sich bei der Umwandlung aus rechtsdogmatischer Sicht um einen Widerspruch in sich selbst, da mittels der Umwandlung eine Strukturanpassung an das geänderte Umfeld vorgenommen wird, die aber keinerlei Änderungen bringen soll. Wir haben es hier mit einem – vom Jubilaren stets genüsslich vorgetragenen – *Paradox* zu tun, wie es in der Rechtswissenschaft und im Rechtsleben im Allgemeinen sowie beim FusG im Besonderen einige gibt: So führen Spaltungen und Vermögensübertragungen zwar zu einer

[32] So auch das EHRA im Fall der «Zweydingers Classic Sport Design Switzerland GmbH».
[33] Amstutz/Mabillard (FN 1), Systematischer Teil N 291 ff. und 308.

«partiellen Universalsukzession»[34], doch haben sowohl der Bundesrat als auch der Nationalrat die Übertragung von Vertragsverhältnissen *uno actu*, also ohne die Zustimmung des Vertragspartners, ausdrücklich abgelehnt.[35]

Ein anderes Paradox führte die Handelsregisterpraxis mit tatkräftiger Unterstützung der herrschenden Lehre bei den sog. *KMU-Erleichterungen* ein: Zwar sieht das FusG ausdrücklich verfahrensrechtliche Erleichterungen für KMU-Umstrukturierungen vor (die jeweiligen zweiten Absätze der Art. 14, 15, 16, 39, 41, 61, 62 und 63 FusG), doch werden diese Erleichterungen im Namen eines scheinbaren Minderheiten- und Gläubigerschutzes durch die Anwendung der (recht strengen) Sacheinlagevorschriften des OR durch die Hintertür teils stark in Frage gestellt.

Dies soll anhand des Beispiels einer Umwandlung einer KMU-GmbH mit drei Gesellschaftern in eine AG verdeutlicht werden, wobei die Ausgangsgesellschaft ein Stammkapital von CHF 20'000.– hat und die Gesellschafter gegenüber der GmbH grössere Darlehensforderungen besitzen. Da sich die Gesellschafter über die Umstrukturierung einig sind und aus ökonomisch verständlicher Sicht einen möglichst geringen Kostenaufwand wünschen, verzichten alle schriftlich auf die Erstellung eines Umwandlungsberichts und eine fusionsrechtliche Prüfung sowie auf ihr Einsichtsrecht. Dabei haben die Gesellschafter aber «die Rechnung ohne den Wirt» gemacht.

Zwar befreit *Art. 57 zweiter Satz FusG* von der Anwendung der Vorschriften der Zielrechtsform über die Sacheinlagen, doch gilt dieser Ausschluss gemäss der ständigen Handelsregisterpraxis und der herrschenden Lehre nicht für die Fälle, bei denen sämtliche Gesellschafter eines KMU-Betriebs von den (vom Gesetzgeber

---

[34] Ein Teil der Lehre verweist auf die Widersprüchlichkeit dieses Begriffs und spricht von einem «privatrechtlichen Oxymoron»: Amstutz/Mabillard (FN 1), Systematischer Teil N 236 ff.; Brändli (FN 19), N 25 ff.

[35] Botschaft zum FusG, BBl 2000, S. 4445; AB N 2003, S. 243 f. Ausführlich dazu Amstutz/Mabillard (FN 1), Systematischer Teil N 269 ff. Demgegenüber geht die herrschende Lehre von einer automatischen Vertragsübertragung aus, da das Adjektiv «partiell» sich nicht auf die Rechtswirkungen, sondern auf den Umfang der Universalnachfolge bezieht (siehe Oligati Lorenzo, Kommentar Art. 29–31 FusG in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 29 N 9 ff.; Weber Martin, Kommentar zu Art. 67–69 FusG, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 69 N 11 ff., je mit Hinweisen auf die verschiedenen Meinungen). Bis zur Klärung dieser Streitfrage durch einen ausdrücklichen Bundesgerichtsentscheid (vgl. immerhin das Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 1.2.2.) oder durch eine Gesetzesrevision sollte gemäss dem notariellen Grundsatz des «möglichst sicheren Wegs» die vorgängige Zustimmung der Vertragspartner eingeholt werden (vgl. auch Vischer/Gnos [FN 12], S. 419).

ausdrücklich vorgesehenen) Erleichterungen Gebrauch machen und auf einen Umwandlungsbericht, eine fusionsrechtliche Prüfung sowie ihre Einsichtsrechte verzichten. Begründet wird dies mit dem sonstigen völligen Wegfall von notwendigen Schutzvorschriften für (Minderheits-)Gesellschafter sowie für Gläubiger.[36] Gemäss dieser Ansicht sind demnach in unserem Fallbeispiel (entgegen dem Wortlaut von Art. 57 FusG) immer ein Gründungsbericht gemäss Art. 635 OR sowie eine Prüfungsbestätigung gemäss Art. 635a OR zu erstellen.[37] Die Übersicht der dadurch für diese Umstrukturierung erforderlichen Dokumente zeigt exemplarisch auf, dass es sich in solchen Fällen aufgrund der Kapitalerhöhung und der Handelsregisterpraxis zu den KMU-Erleichterungen um einen für die meisten in der Wirtschaft tätigen Personen schwer verständlichen, rechtlich komplexen und kostspieligen Prozess handelt.

Um die oben erwähnte KMU-GmbH in eine AG umwandeln zu können, muss zunächst das Stammkapital von CHF 20'000.– auf mindestens CHF 100'000.– erhöht werden (vgl. vorangehende Ziffer). Diese Kapitalerhöhung geschieht nach den spezifischen Regeln der betreffenden Gesellschaft, für die GmbH somit mit einem notariell zu beurkundenden Erhöhungsbeschluss der Gesellschafterversammlung und einem (ebenfalls öffentlich zu beurkundenden) Feststellungsbeschluss der Geschäftsführung. Da die Gesellschafter in casu neben ihren bisherigen Stammanteilen auch noch Darlehensforderungen gegenüber der GmbH haben, möchten sie die Kapitalerhöhung mittels Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital durchführen. Mit anderen Worten: Die Erhöhung soll mittels Verrechnung der bestehenden Schulden der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern erfolgen, was eine qualifizierte Kapitalerhöhung (durch Verrechnung) gemäss Art. 781 in Verbindung mit Art. 650 ff. OR darstellt und die Einreichung zusätzlicher Belege erfordert.

---

[36] Dabei gehen die Praxis der Ämter und die herrschende Lehre von einer Gesetzeslücke bzw. von einer «funktional zwingenden» teleologischen Reduktion des zweiten Satzes von Art. 57 FusG aus (statt vieler Böckli [FN 2], § 3 N 363c mit Verweis auf N 242 f. sowie N 368; Giger Marcel, Kommentar zu Art. 59–63 FusG, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2004, Art. 62 N 11; Rebsamen Karl, Die neue GmbH im Handelsregister, Zürich/St. Gallen 2008, N 437 ff.). Doch selbst im ordentlichen Verfahren fordern die Handelsregisterämter und ein Teil der Lehre zusätzlich einzuliefernde Unterlagen: vgl. etwa Vischer/Gnos (FN 12), S. 403; Champeaux (FN 24), S. 60, insbesondere FN 39, je mit weiteren Hinweisen.

[37] Siehe auch Art. 136 Abs. 1 lit. e HRegV: «soweit nach den Umständen erforderlich: dieselben Belege wie bei der Neugründung der neuen Rechtsform (Art. 57 FusG)».

Somit sind neben der Handelsregisteranmeldung folgende *Dokumente/Belege* für den ersten Schritt der Umstrukturierung, bzw. der Kapitalanpassung an das Mindestkapital der Zielrechtsform, nötig (nicht chronologisch aufgeführt):

1. eine öffentliche Urkunde über den Erhöhungsbeschluss der Gesellschafterversammlung;
2. eine öffentliche Urkunde des Protokolls über die Sitzung der Geschäftsführung (Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss), die sich auf vorgängig zu unterzeichnende, jedoch dem Handelsregisteramt nicht einzureichende Zeichnungsscheine stützt;
3. ein beglaubigtes Exemplar der neuen Statuten der GmbH nach Kapitalerhöhung (wobei meines Erachtens auf ein solches Exemplar verzichtet werden kann);
4. ein Kapitalerhöhungsbericht der Geschäftsführung mit Verrechungserklärung (Nachweis der Werthaltigkeit der Darlehen);
5. eine Prüfungsbestätigung durch einen zugelassenen Revisor sowie
6. die Stampa- und Lex-Friedrich-Erklärungen, wonach die Gesellschaft nicht ausländisch beherrscht ist und keine weiteren (versteckten) Einlagen gemacht werden.

Der zweite Schritt betrifft die eigentliche Umwandlung, dessen Beschluss durch die GV aber erst nach dem Feststellungs- und Statutenänderungsbeschluss der Geschäftsführung erfolgen kann.[38] Dieser Schritt benötigt folgende weitere Belege:

7. eine öffentliche Urkunde bezüglich des Umwandlungsbeschlusses;
8. einen einfach-schriftlichen Umwandlungsplan der Geschäftsführung;
9. eine Umwandlungsbilanz mit dem erhöhten, der Zielrechtsform konformen Stammkapital;
10. falls die GmbH kein opting-out getätigt hat: einen Revisionsbericht;[39]
11. ein beglaubigtes Exemplar der Statuten der AG;

---

[38] Somit ist die in der älteren Literatur (vor dem neuen GmbH-Recht) geäusserte Auffassung, dass die Erhöhungs- und Umwandlungsbeschlüsse an der gleichen GV erfolgen können, dahingehend zu präzisieren, dass die betreffende GV wegen der notwendigen Sitzung der Geschäftsführung zumindest unterbrochen werden muss. Die verschiedenen Beschlüsse bzw. Sitzungen (Erhöhungs-GV, Geschäftsführersitzung und Umwandlungs-GV) können aber am selben Tag durchgeführt werden, falls sämtliche Belege vorliegen.

[39] Vischer/Gnos (FN 12), S. 414.

12. gemäss der durch die herrschende Lehre und durch das EHRA bestätigten Praxis der Handelsregisterämter: einen Gründungsbericht und
13. eine Prüfungsbestätigung eines (wiederum) zugelassenen Revisors;
14. die Stampa- und Lex-Friedrich-Erklärungen der Zielrechtsform betreffend die Umwandlung sowie
15. die sog. KMU-Erklärung gemäss Art. 136 Abs. 2 HRegV, dass alle Gesellschafter auf einen zusätzlichen Umwandlungsbericht, eine fusionsrechtliche Prüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten sowie das 30-tägige Einsichtsrecht verzichten. Das Einreichen der (möglicherweise sogar beglaubigten) Verzichtserklärungen erübrigt sich, insbesondere da auch im Umwandlungsbeschluss auf diese verwiesen wird.

Das mit diesen Belegen verbundene Verfahren hat für die Gesellschaft bzw. deren Gesellschafter einen *erheblichen administrativen Aufwand* sowie *hohe Kosten* zur Folge. In der Praxis führt dies dazu, dass KMU vom oben beschriebenen Weg Abstand nehmen, da sich die angestrebten KMU-Erleichterungen weitgehend wirkungslos zeigen und die dadurch angestrebten gesetzgeberischen Ziele einer Senkung der Kosten und einer Erhöhung der Diskretion nicht erreicht werden.[40] Die nach der Vernehmlassung durch den Bundesrat eingeführten und durch die eidgenössischen Räte ausdrücklich begrüssten KMU-Erleichterungen[41] werden somit faktisch im Keime erstickt bzw. *«ad absurdum»* geführt.

Da die bisherige Praxis der Handelsregister meines Erachtens sowohl dem klaren Wortlaut von Art. 57 FusG als auch dem (ebenso klaren) Willen des Gesetzgebers, KMU bei Umstrukturierungstatbeständen privilegieren zu wollen, widerspricht,[42] sollte diese überdacht werden. Zum einen bestreitet heute kaum jemand, dass die erhebliche Regelungsdichte des FusG und die entsprechende Praxis insbesondere Umstrukturierungen von KMU-Gesellschaften behindern[43] und somit berechtigte

---

[40] Vgl. Schenker Urs, Fusion – Erleichterung oder Erschwerung durch das Fusionsgesetz, in: GesKR 2007, S. 153 ff., 154 ff.; Brändli (FN 19), N 14 mit weiteren Hinweisen.

[41] Vgl. Botschaft zum FusG, BBl 2000, S. 4346 ff.; AB N 2003, S. 233 (etwa Votum NR Gutzwiller); AB S 2001, S. 147 f. (insbesondere das Votum von SR Studer, S. 148).

[42] Gleicher Meinung Bösch René, Kommentar zu Art. 61–63 FusG, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2004, Art. 61 N 13 sowie Art. 62 N 17; Gericke Dieter, Kommentar zu Art. 56–58 FusG, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2004, Art. 57 N 10.

[43] Schenker (FN 40), S. 154. So auch Böckli (FN 2), § 3 N 239, der sich sonst kritisch zum «KMU-Rabatt» äussert und die gesetzgeberische Regelung als unausgewogen betrachtet (N 239 ff.).

sowie schutzbedürftige Anliegen von mittelständischen Gewerbebetrieben vergessen gehen.[44] Zum andern scheinen mir die Interessen aller Beteiligten auch bei KMU-Gesellschaften hinreichlich gesichert, namentlich durch die Zustimmung aller Gesellschafter zu den Erleichterungen sowie durch die nachträgliche Publikation und Möglichkeit der Sicherstellung der Forderungen der Gläubiger (Art. 68 FusG). Schliesslich bleibt festzuhalten, dass die KMU-Erleichterungen nicht die Gläubiger- oder Arbeitnehmerinteressen gefährden, sondern «höchstens – wenn überhaupt – den Gesellschafterschutz»[45], da die Erstellung des Umwandlungsberichts und die fusionsrechtliche Prüfung hauptsächlich dem Gesellschafterschutz dienen[46] und diesem mit dem einstimmigen Zustimmungserfordernis genüge getan wird.[47]

4. Zur notariellen Zuständigkeit bei Vermögensübertragungen

Gemäss *Art. 70 Abs. 2 FusG* bedarf der Vermögensübertragungsvertrag (wie auch der Fusionsvertrag, der Spaltungsplan oder der Umwandlungsplan) der schriftlichen Form. Sollen jedoch mittels der Vermögensübertragung auch Grundstücke übertragen werden, fordert der zweite Satz von Art. 70 Abs. 2 FusG für die entsprechenden Vertragsteile eine öffentliche Beurkundung. Des Weiteren sagt dieser Gesetzesabsatz, dass eine einzige öffentliche Urkunde genügt, selbst wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen. Art. 70 Abs. 2 FusG endet mit dem Satz, dass die Urkunde «durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers errichtet werden» muss.

Mit seinen vier Sätzen widerspricht Art. 70 Abs. 2 FusG nicht nur der Devise von Eugen Huber, wonach ein Absatz lediglich einen Satz enthalten soll, sondern lässt einige Fragen bezüglich der notariellen Zuständigkeit offen. Erschwerend kommt hinzu, dass für dessen Auslegung die Materialien (insbesondere der Vorentwurf der

---

[44] In letzter Zeit scheinen diese Interessen im Gesetzgebungsprozess etwas vergessen zu gehen: vgl. Gauch Peter, Gesetzliche Diskriminierung mittelständischer Betriebe, in: Neue Zürcher Zeitung vom 30. August 2011, S. 21.

[45] Kunz (FN 2), S. 210; a.M. Böckli (FN 2), § 3 N 242. So oder so bildet die Umwandlung für den Gläubigerschutz eine «unproblematische Transaktion» (statt vieler Amstutz/Mabillard [FN 1], Art. 68 N 1).

[46] Vgl. etwa Glanzmann (FN 6), N 265a und 377; Bösch (FN 42), Art. 62 N 2 f.

[47] Dabei spielen die Gesellschafter nicht «Blinde Kuh» (so jedoch Böckli [FN 2], § 3 N 241), da sie in der Praxis ihre Verzichtserklärungen stets von einer Vororientierung abhängig machen und ihre Erklärungen nicht auf «Vorrat», sondern für eine konkrete Umwandlung zeitnah zum Umwandlungsbeschluss abgeben (Bösch [FN 42], Art. 61 N 12). Überdies sind in den meisten KMU-Betrieben die Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt und bereits dadurch genügend über die geplante Umstrukturierung informiert.

Experten sowie die bundesrätliche Botschaft) nicht aussagekräftig sind, da das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung erst durch das Parlament eingefügt wurde.[48]

Eindeutig und klar geregelt, ist die *Beurkundungszuständigkeit* für die Fälle, bei denen (mehrere) Grundstücke in mehreren Kantonen von der Vermögensübertragung betroffen sind. In diesem Fall soll die Beurkundung des Vermögensübertragungsvertrags – um konkurrierende Zuständigkeiten zu verhindern – ausschliesslich durch eine Urkundsperson am Sitz der übertragenden Gesellschaft erfolgen. Dies gilt namentlich auch dann, wenn sich im Sitzkanton gar keine Grundstücke befinden.

In der Praxis stellte sich nun mehrmals die Frage, ob Art. 70 Abs. 2 FusG selbst dann noch eine ausschliessliche Beurkundungszuständigkeit am Sitz der übertragenden Gesellschaft begründen kann, wenn die Übertragung eines oder mehrerer *Grundstücke im selben Kanton, der aber nicht der Sitzkanton* ist, zur Diskussion steht. Der Gesetzestext von Art. 70 Abs. 2 FusG ist hinsichtlich dieser Frage nicht eindeutig und lässt verschiedene Auslegungen zu.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Lehre zu dieser Frage kaum Stellung nimmt und sich mehrheitlich lediglich mit dem Wiederholen des Gesetzestextes zufrieden gibt.[49] Eine explizite Stellungnahme findet sich nur bei wenigen Autoren: Gemäss Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung von Gwelessiani ist Art. 70 Abs. 2 FusG eine reine Kompetenzzuweisungsnorm bei Zuständigkeitsstreitigkeiten im Fall von interkantonalen Sachverhalten (die zu übertragenden Grundstücke liegen in verschiedenen Kantonen). Bei der Übertragung eines einzigen Grundstücks soll hingegen gemäss Umkehrschluss die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache zuständig sein.[50] Nach dieser Auffassung ist somit der letzte Satz von Art. 70 Abs. 2 FusG stets in Verbindung mit dem vorhergehenden Satz zu verstehen.

---

[48] Vgl. AB N 2003, S. 243, sowie statt vieler Triebold Oliver, Kommentar zu Art. 70 FusG, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 70 N 7.

[49] So etwa Beretta (FN 7), S. 266; Malacrida Ralph, Kommentar zu Art. 69–74 FusG, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2004, Art. 70 N 5. Auch eine interne Weisung des EHRA zuhanden der kantonalen Handelsregisterämter äussert sich nicht explizit zu dieser Frage, sondern stellt klar, dass durch Art. 70 Abs. 2 FusG keine alternative Zuständigkeit im innerkantonalen Verhältnis begründet wird, was sich jedoch dadurch relativiert, dass in den meisten Kantonen die Beurkundung sowieso für das gesamte Kantonsgebiet erfolgen kann.

[50] Gwelessiani (FN 31), N 501; in eine ähnliche Richtung tendierend: Weber Phillipe, Die Vermögensübertragung, in: Andreas Kellerhals/Jürg Luginbühl (Hrsg.), Fusionsgesetz, Aus-

Demgegenüber vertreten Glanzmann und Turin die Ansicht, dass die Sitzzuständigkeit in jedem Fall zwingend ist, selbst wenn in diesem Kanton kein von der Übertragung betroffenes Grundstück liegt.[51] Nach dieser Lehrmeinung ist der letzte Satz von Art. 70 Abs. 2 FusG eine selbständige Regelung (und keine reine Ergänzung zu Satz 3).

Beide Lehrmeinungen können jedoch in der Praxis zu stossenden Ergebnissen führen: Möchte z.B. ein Unternehmen mit Sitz im Kanton Bern eine grössere Anzahl Aktiven, darunter auch eine einzige Liegenschaft in Lausanne, auf ein anderes Unternehmen mit Sitz im Kanton Bern übertragen, wäre nach der Lehrmeinung Gwelessiani eine Beurkundung dieses Teils des Vermögensübertragungsvertrags im Waadtland notwendig. Wird (wie in der Praxis oft gewünscht) ein einheitlicher Vertrag für die gesamte Vermögensübertragung angestrebt, müsste dieser wegen der einen Liegenschaft im Kanton Waadt (wohl auf Französisch) abgeschlossen und beurkundet, jedoch gemäss Art. 73 FusG beim Handelsregisteramt des Kantons Bern (allenfalls nach Art. 20 Abs. 3 HRegV mit deutscher Übersetzung) angemeldet werden. Aber auch die Gegenmeinung kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen: Sollen z.B. in einem Konzern von der Muttergesellschaft mit Sitz in Genf mehrere Grundstücke im Kanton Bern auf eine bernische Tochtergesellschaft übertragen werden, müsste die Urkunde im Kanton Genf erstellt werden, obwohl in diesem Zusammenhang von einem reinen «Berner Geschäft» gesprochen werden kann und das Prinzip der gelegenen Sache somit naheliegender wäre.

Die vorgenannten Beispiele zeigen auf, dass die zwei Lehrmeinungen nicht in jedem Fall befriedigen können. Da der Gesetzeswortlaut von Art. 70 Abs. 2 FusG beiden Meinungen (zumindest) nicht eindeutig entgegensteht[52], stellt sich die Frage, ob die Wahrheit nicht in der Mitte liegt: Meines Erachtens sollte (als praxisnahe vermittelnde Lösung) für die in der Praxis des Öfteren anzutreffenden Fälle, bei denen die zu übertragende Liegenschaft bzw. die zu übertragenden Liegenschaften ausschliesslich innerhalb eines einzigen Kantons, der nicht auch Sitzkanton ist, eine alternative interkantonale Beurkundungszuständigkeit sowohl am Ort der Grundstücke als auch am Sitz der übertragenden Gesellschaft bestehen. Dies hat nichts

---

wirkungen auf die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 123 ff., FN 6; Amstutz/Mabillard (FN 1), Art. 70 N 13 («als dann»).

[51] Glanzmann (FN 6), N 295; Turin Nicolas, Le transfert de patrimoine selon le projet de loi sur la fusion, Basel 2004, S. 140.

[52] Falls der Gesetzgeber mit der Formulierung von Art. 70 Abs. 2 *in fine* tatsächlich eine so oder anders geartete exklusive Zuständigkeit gewünscht hätte, wäre eine Formulierung wie z.B. «Die Urkunde muss diesfalls...» (Meinung Gwelessiani) bzw. «Die Urkunde muss in jedem Fall...» (Meinung Glanzmann) angebracht gewesen.

mit einer «anything goes»-Theorie[53] zu tun, sondern stützt sich auf die teleologische Auslegung der Bestimmung, deren hauptsächlicher Zweck die Verhinderung einer Vielzahl von Urkunden für ein und dieselbe Übertragung ist. Die Praxis vieler Handelsregisterämter entspricht dieser vermittelnden Meinung, wobei eine entsprechende Weisung des EHRA der Rechtssicherheit dienlich wäre.

5. Spaltungen und Vermögensübertragungen unter Artenschutz?

Die Spaltung spielt im Rechtsleben ausserhalb der Konzernumstrukturierungen keine, die Vermögensübertragung lediglich eine kleine Rolle.[54] Grund dafür bildet die strikte und unflexible gesetzgeberische *Überregulierung im FusG* und deren handelsregisterrechtliche Anwendungspraxis. Hinreichlich bekannt sind die Mängel wie z.B. der von gewissen Ämtern auf die Spitze getriebene Detaillierungsgrad beim Inventar der Aktiven und Passiven (sog. «Gummibauminventare»),[55] die allgemeine Inventarspflicht für Verträge,[56] das Fehlen eines vereinfachten Verfahrens innerhalb der Konzerne[57] sowie der vom Gesetzgeber bei der Spaltung geforderte vorausgehende Gläubigerschutz mittels vorgezogener Sicherstellung der Forderungen und entsprechender Publizität der Umstrukturierung,[58] der Solidarhaftung der beteiligten Gesellschaften (Art. 47 und 75 FusG) sowie die bis heute weiterhin ungeklärte Frage bezüglich der Übertragung *«ipso iure et uno actu»* von Vertragsverhältnissen.

---

[53] Böckli (FN 2), § 3 N 226, insbesondere FN 563.

[54] Vgl. zu den Statistiken Vischer/Gnos (FN 12), S. 402.

[55] Vgl. dazu etwa Böckli (FN 2), § 3 N 23, der von einer «übertriebenen Transparenz» spricht. Zur Frage der Zulässigkeit von Sammelbezeichnungen oder Paulschalumschreibungen siehe z.B. Watter Rolf/Reutter Thomas, Kommentar zu Art. 29–42 FusG, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2004, Art. 37 N 12. Demgegenüber vertritt das EHRA bzgl. Detaillierungsgrad und individuelle Auflistung eine etwas härtere Haltung; doch hält es auch fest, dass die Ämter vorbehaltlich den Einzelpositionen in Art. 71 Abs. 1 lit. b FusG grundsätzlich keine Prüfungsbefugnis haben (EHRA, Kurzkommentar [FN 28], S. 21 f.).

[56] Vgl. dazu Büchi Raffael, Allgemeine Inventarpflicht für Verträge bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz?, in: REPRAX 1/2006, S. 36 ff., 40 f.; Oligati (FN 35), Art. 29 N 13; Neuhaus Nicole, Kommentar zu Art. 71 FusG, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 71 N 4.

[57] Vgl. Vischer/Gnos (FN 12), S. 410; Amstutz/Mabillard (FN 1), Art. 39 N 5.

[58] Damit wird die Öffentlichkeit noch vor den Spaltungsbeschlüssen über die geplante Umstrukturierung informiert (Art. 43 in Verbindung mit Art. 45 f. FusG). Gemäss Vischer/Gnos (FN 12), S. 416, handelt es sich bei der Offenlegung von Informationen um ein «in der Praxis nicht zu unterschätzendes Problem».

Gerade die letztgenannte *Unsicherheit* bildet sowohl bei der Spaltung auch als bei der Vermögensübertragung ein Damoklesschwert,[59] unter welches sich die allerwenigsten Unternehmer stellen wollen, was dazu führt, dass diese Umstrukturierungsinstitute ausserhalb des Konzerns unbeliebt und «seltene Vögel»[60] geblieben sind. Publizität und Rechtsunsicherheit führen dazu, dass insbesondere Experten grosser Wirtschaftskanzleien von diesen beiden Umstrukturierungsarten abraten.[61] So weit braucht man meines Erachtens nicht zu gehen; doch sollte bei der Gesetzesanwendung eine praxisorientierte Flexibilität und bei der Gesetzgebung eine möglichst rasche Revisionsinitative (insbesondere für eine eindeutige gesetzliche Verankerung der partiellen Universalsukzession) lanciert werden,[62] damit die Spaltung und Vermögensübertragung keine unter Artenschutz zu stellenden «seltenen Vögel» bleiben, sondern ihre vom Gesetzgeber zugedachten Rollen erfüllen können.

Die Forderung nach einer *Gesetzesrevision* bereits nur wenige Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes ist angesichts der heutigen Schnelllebigkeit keine Besonderheit.[63] Jedoch erscheint aus der Sicht eines praktizierenden Notars der Revisionsdruck insbesondere wegen der Tatsache hoch, dass seit Inkrafttreten des FusG in der Praxis ein mehr oder minder erfolgreiches, aber durch den Gesetzgeber nie gewolltes Ausweichen auf die Regelung gemäss Art. 181 OR[64] sowie auf die Singularsukzession[65] stattfindet. Die Übertragung von Aktiven und Passiven auf dem Weg der

---

[59] Böckli (FN 2), § 3 N 23 sowie 372 f., spricht von einer «unerträglichen Rechtsunsicherheit», der «Crux» oder auch vom «schwarzen Haar in der Suppe».

[60] So für die Spaltung Böckli (FN 2), § 3 N 23a, sowie für die Vermögensübertragung N 372b.

[61] So bezeichnete es Lukas Glanzmann an einem Vortrag des Bernischen Juristenvereins am 17. November 2008 in Bern geradezu als «Kunstfehler», wenn ein Anwalt seinen Klienten als Lösung einer notwendigen Strukturanpassung das Institut der Spaltung vorschlägt. Vgl. auch Böckli (FN 2), § 3 N 23 sowie 402a.

[62] So etwa auch Vischer/Gnos (FN 12), S. 420; Binder Andreas, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen, Situation *de lege lata* und Vorschläge *de lege ferenda*, in: GesKR 2007, 126 ff.

[63] Siehe etwa das Aneinanderreihen von Revisionen im Scheidungsrecht.

[64] Da der (gemäss heute herrschender Lehre) zwingende Art. 181 Abs. 4 OR die Möglichkeit einer Vermögens- oder Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR ausschliesst, falls die Durchführung einer Transaktion mit den Mitteln des FusG zulässig ist, ist dieser Ausweichversuch zum Scheitern verurteilt (vgl. statt vieler Amstutz/Mabillard [FN 1], Systematischer Teil N 426 f.; Weber [FN 36], Art. 69 N 25; a.M. einige Autoren der «ersten Stunde», die von der Wahlmöglichkeit ausgingen: Tschäni Rudolf, Vermögensübertragung, in: ZSR 2004, S. 83 ff., 104; Loser-Krogh Peter, Die Vermögensübertragung: Kompromiss zwischen Strukturanpassungsfreiheit und Vertragsschutz im Entwurf des Fusionsgesetzes, in: AJP 2000, S. 1095 ff., 1100).

[65] Vgl. etwa Vischer Markus/Gnos Urs, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, in: AJP 2006, S. 783 ff., FN 183; Glanzmann (FN 6), N 316 f. Selbst bei Unternehmenszusammenschlüs-

reinen Singularsukzession, d.h. ohne Privilegierung der Passiven gemäss Art. 181 OR und unter Einhaltung der jeweiligen Übertragungsmodalitäten, dafür aber meist ohne Offenlegungspflicht, ist gemäss absolut herrschender Lehre zu Recht weiterhin zulässig.[66] Dies gilt auch dann, wenn ganze Betriebe oder Betriebsteile übertragen werden.[67] «Zudem können Vermögensübertragung und Singularsukzession wirtschaftlich beliebig kombiniert werden, insbesondere, wenn einzelne Aktiven aus Gründen der Geheimhaltung nicht mittels Vermögensübertragung übertragen werden sollen».[68]

Diese Renaissance widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck des FusG, insbesondere den legitimen Rechtssicherheits-, Transparenz- und Drittschutzinteressen sowie dem Gedanken des Unternehmensrechts, welcher die verschiedenen Bezugsgruppen des Unternehmens (Gesellschafter, Geschäftsführung, Arbeitnehmer, Gläubiger) in die gesellschaftsrechtliche Entscheidungsfindung zu integrieren und dadurch die Interessen aller an einem Unternehmen Beteiligten umfassend zu berücksichtigen und zu schützen versucht.[69]

III. Schlussbetrachtungen

Das FusG erweist sich in der Praxis nur zum Teil als praktikabel, da es Mängel aufweist, welche «die Brauchbarkeit gewisser Rechtsinstitute von Beginn an schwer beeinträchtigten»[70] oder gar in Frage stellen. Abhilfe kann meines Erachtens lediglich eine Teilrevision des FusG bringen, indem die starren verfahrensrechtlichen Vorschriften etwas gelöst und heutige Rechtsunsicherheiten (insbesondere bezüglich der partiellen Universalsukzession) durch eindeutige Gesetzesregelungen beseitigt werden. Solange jedoch eine grosse Rechtunsicherheit in vielen, praxisrelevanten Fragen des FusG weiterbesteht, wird die Flut der Schriften und Abhandlun-

---

sen wird wegen der Regelungsdichte des FusG oft auf andere Wege ausgewichen (Schenker [FN 40], S. 154 ff. und 163).

66 Statt vieler Amstutz/Mabillard (FN 1), Systematischer Teil N 428; Glanzmann (FN 6), N 170; Vischer/Gnos (FN 12), S. 416.

67 Schumacher Reto, Die Vermögensübertragung nach dem Fusionsgesetz, Zürich 2005, S. 21.

68 So von Salis Ulysses, Das Fusionsgesetz, Veröffentlichung im Internet: 6. September 2004 unter <http://www.fusionsgesetz.ch>, S. 392.

69 Schenker (FN 40), S. 154. Ausführlich zu dieser zentralen Bedeutung des FusG Amstutz/Mabillard (FN 1), Systematischer Teil N 1 ff.

70 Vgl. Böckli (FN 2), § 3 N 23.

gen aus Wissenschaft und Praxis weiterhin das Schweizer Umstrukturierungsrecht prägen.

Inwiefern sich das prähistorische Phänomen der Kambrischen Explosion mit der entstandenen Vielfalt der Fusionsgesetzlehre in der Schweiz vergleichen lässt, wird sich nicht zuletzt an der Nachhaltigkeit der Letzteren zeigen. Eine Theorie, in derer die Evolutionswissenschaftler den Entstehungsgrund der Kambrischen Explosion sehen, gründet auf das «biologische Wettrüsten» der frühen Vielzeller. Diese waren aufgrund geringer Überlebenschancen in der rauen Umwelt der Urzeit gezwungen, zusätzliche adaptive Fähigkeiten zu entwickeln, um gegenüber anderen Lebewesen im Besitz eines wesentlichen selektiven Vorteils zu sein. Auch die FusG-Literatur scheint bisweilen Schauplatz eines wissenschaftlichen Wettrüstens (gewesen) zu sein.

Zu verhindern ist jedoch in jedem Fall ein gegenseitiges Ausspielen von «wissenschaftlichen» und «praxisnahen» Beiträgen.[71] Wissenschaft ohne Praxisbezug ist ein reiner Selbstläufer im Elfenbeinturm und eine Rechtsdogmatik ohne praktische Konsequenzen bildet «ein Nullsummenspiel».[72] Demgegenüber ist auch eine Praxis ohne dogmatischen Hintergrund wie ein Baum ohne Wurzeln. Es braucht deshalb eine fruchtbare Zusammenarbeit zwischen Praxis und Wissenschaft, wie dies auch im Kommentar von Amstutz/Mabillard geschieht, da die Autoren nicht nur Professoren, sondern auch erfahrene Praktiker als Rechtsanwalt bzw. als Advokat und Notar sind.

[71] So jedoch der etwas polemische Aufsatz von Kunz Peter, Zur Erteilung von Zeichnungsberechtigungen durch die Geschäftsleitung – Eine wissenschaftliche Replik, in: Jusletter vom 27. Juni 2011, N 9, 24 und 32.

[72] Amstutz/Mabillard (FN 1), Systematischer Teil N 305.