

Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013

Herausgegeben von

Susanne Kalss, Holger Fleischer
und Hans-Ueli Vogt

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Susanne Kals ist Universitätsprofessorin am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

Holger Fleischer ist Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Hans-Ueli Vogt ist Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.

ISBN 978-3-16-153214-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Inhaltsverzeichnis

Mathias Habersack

Gesellschafts- und Gruppeninteresse im Recht der abhängigen AG 1

Ulrich Torggler

Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht 25

Peter V. Kunz

Konzernhaftungen 49

Diskussion (*Julia Nicolussi / Michael Zwirchmayr*) 85

Andreas Bohrer

Corporate Governance – eine schweizerische Sicht.
Rechtspolitische Überlegungen aus Anlass
des Gutachtens von Prof. Dr. Mathias Habersack
für den 69. Deutschen Juristentag in München, 2012 89

Diskussion (*Marlies Zinner / Michael Zwirchmayr*) 103

Martin Winner

Wertermittlung bei dominierten Transaktionen.
Gibt es Alternativen zur Bewertung? 109

Holger Fleischer

Unternehmensbewertung und Bewertungsabschlüsse beim
Ausscheiden aus einer geschlossenen Kapitalgesellschaft.
Deutschland – Österreich – Schweiz – Frankreich –
Vereinigte Staaten 137

Diskussion (*Lukas Eder*) 163

Inhaltsverzeichnis

<i>Friedrich Rüffler</i>	
Umwandlungsrecht – Alternativmodelle	167
<i>Peter Jung</i>	
Planwidrige Schutzlücken im Schweizer Strukturänderungsrecht	179
Diskussion (<i>Julia Told</i>)	221
<i>Lars Klöhn</i>	
Die private Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots. Europarechtliche Vorgaben und rechtsökonomische Erkenntnisse	229
<i>Johannes Zollner</i>	
Kursmanipulation – Einblick in das österreichische Sanktionssystem	251
Diskussion (<i>Julia Nicolussi / Michael Zwirchmayr</i>)	273
Autorenverzeichnis	277

Planwidrige Schutzlücken im Schweizer Strukturänderungsrecht

PETER JUNG

I. Das Fusionsgesetz als lückenhafte Kodifikation des Strukturänderungsrechts	179
II. Generelle Zulässigkeit von Strukturänderungen ausserhalb des Fusionsgesetzes	183
III. Prinzipielle Analogiefähigkeit des Fusionsgesetzes	187
IV. Die Behandlung einzelner Strukturänderungen	189
1. Vermögensübertragung mittels Singularsukzession	189
a) Gestaltungsmöglichkeiten	189
b) Zulässigkeit	189
c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes	190
2. Übernahme mittels Anwachsung	195
a) Gestaltungsmöglichkeiten	195
b) Zulässigkeit der Übernahme mittels Anwachsung	196
c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsrechts	198
3. Quasifusion	202
a) Gestaltungsmöglichkeiten	202
b) Zulässigkeit der Quasifusion	203
c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes?	204
4. Unehchte Fusion	206
a) Gestaltungsmöglichkeiten	206
b) Zulässigkeit der unehchten Fusion	207
c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes	209
5. Unehchte Spaltung	212
a) Gestaltungsmöglichkeiten	212
b) Zulässigkeit der unehchten Spaltung	213
c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes	216
V. Schlussbemerkung	219

I. Das Fusionsgesetz als lückenhafte Kodifikation des Strukturänderungsrechts

Der Schweizer Gesetzgeber hat sich um die Jahrtausendwende für eine Kodifikation des Umstrukturierungsrechts durch das Mitte 2004 in Kraft

getretene Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 entschieden. Bis dahin waren nur in recht lückenhafter und auf wenige Kombinationsmöglichkeiten beschränkter Form die Fusion¹ und die Umwandlung² geregelt. Demgegenüber ist das Fusionsgesetz ganz ähnlich wie das deutsche Umwandlungsgesetz durch einen breiten rechtsformübergreifenden Anwendungsbereich und eine fast alle Grundfragen systematisch erfassende Regelung gekennzeichnet. Es verfolgt also einen Kodifikationsansatz³. Den Anstoss für das Gesetzgebungsverfahren gab der Anfang der 1990er Jahre geplante und dann gescheiterte EWR-Beitritt der Schweiz, der eine Angleichung des Schweizer Rechts an die Fusions- und Spaltungsrichtlinie erforderlich gemacht hätte. Es kann daher nicht erstaunen, wenn sich das Schweizer Fusionsgesetz unter dem Stichwort der Europakompatibilität⁴ weitgehend an den EU-Standards orientiert⁵. Das gilt auch für die grenzüberschreitenden Strukturänderungen, bei denen sich das Schweizer Recht⁶ an dem seinerzeit vorliegenden Entwurf der EU-Kommission für die Zehnte Gesellschaftsrechtliche Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion⁷ orientierte –

¹ So gestatteten die Art. 748-750, 770 Abs. 3 und 914 OR a.F. nur die Absorptions- und Kombinationsfusion zwischen Aktiengesellschaften, die Absorptionsfusion zwischen Kommanditaktiengesellschaften, die Absorptionsfusion zwischen Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften sowie die Absorptionsfusion zwischen Genossenschaften (siehe dazu etwa *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 57 N. 25).

² Gesetzlich vorgesehen war in Art. 824-826 OR a.F. nur die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nicht jedoch umgekehrt (dazu dann aber BGE 125 III 18).

³ Das Idealbild einer Kodifikation weist nach *Jeremy Bentham* drei Hauptmerkmale auf: Sie ist sachlich, räumlich und zeitlich universal, indem sie einen Lebensbereich umfassend und einheitlich für ein Staatsgebiet normiert und dabei unter Ausschaltung historischer Zufälligkeit ein geistig vorgegebenes Rechtssystem möglichst dauerhaft festlegt. Die Kodifikation ist zweitens durch einen systematischen Aufbau gekennzeichnet und sie verdrängt schliesslich drittens richterliches Ermessen (siehe dazu *Coing*, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III/1, 1982, S. 4 f. und *Münch*, in: Behrends/Sellert (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), 2000, S. 147 ff. jeweils unter Hinweis auf die von *Etienne Dumont* 1828 unter dem Titel „De l'organisation judiciaire et de la codification“ veröffentlichte Schrift *Benthams*).

⁴ Siehe dazu generell *Jung*, ZSR 2010, 513 ff.

⁵ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl. 2000, 4343, 4515 ff.; siehe zu den wichtigsten Unterschieden zwischen dem Schweizer Recht und dem Richtlinienrecht die Botschaft FusG a.a.O., S. 4516 und *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 3 N. 428.

⁶ Art. 163a ff. IPRG.

⁷ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten (ABl. L 310/1 v. 25.11.2005); siehe zum Entwurfstext KOM 2003/0703 endg.

und dies nicht nur für die Fusion, sondern auch für die Spaltung und Vermögensübertragung.

Wer sich mit den Strukturänderungen ausserhalb des Schweizer Fusionsgesetzes befasst, muss die externen und internen Lücken dieses relativ geschlossenen Systems in den Blick nehmen. Die externen Lücken entstehen dadurch, dass das Fusionsgesetz nur bestimmte Formen der Strukturänderung mit bestimmten Charakteristika überhaupt erfasst. Das Gesetz regelt nämlich zunächst nur die Umwandlung, d. h. den identitätswahrenden Rechtsformwechsel (Art. 53 ff. FusG), und im Bereich der vermögensübertragenden Strukturänderungen solche, die wie die Fusion und die Spaltung sowie (mit Einschränkungen) die Vermögensübertragung durch den Mechanismus der Universalsukzession, den Verzicht auf eine Liquidation sich auflösender Rechtsträger sowie die direkte Kombination von Vermögens- und Anteilsübertragung bei Identität der Anteilshaber gekennzeichnet sind. Deshalb gibt es Strukturänderungen, die sich wie jedenfalls die Vermögensübertragung durch Singularsukzession, die Übernahme mittels Anwachsung und die Quasifusion so deutlich von den im Fusionsgesetz geregelten Strukturänderungen unterscheiden, dass sie nach allgemeiner Ansicht schon gar nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes und des von diesem festgelegten *numerus clausus* der Strukturänderungen fallen.⁸ Ihre Zulässigkeit richtet sich daher grundsätzlich allein nach den allgemeinen Regeln bzw. anderen Spezialtatbeständen (Art. 181, 579 OR). Denkbar ist bei wirtschaftlich vergleichbaren Strukturänderungen lediglich noch die sogleich eingehend zu erörternde analoge Anwendung einzelner Schutznormen des Fusionsgesetzes. Zu dieser Frage fehlt es in der Schweiz leider noch durchgehend an Rechtsprechung⁹ und zumeist auch an näher begründeten Stellungnahmen in der Literatur¹⁰.

⁸ Hinsichtlich der zweistufigen sog. unechten Fusionen und Spaltungen ist dies freilich besonders umstritten (dazu näher unter D. IV. und D. V.).

⁹ Vgl. hingegen zur Frage einer analogen Anwendung des dtUmwG u. a.: LG Hamburg AG 1997, 238 (ablehnend); LG Karlsruhe DB 1998, 120 (befürwortend); Bay. ObLG ZIP 1998, 2002 (ablehnend); LG München ZIP 2006, 2036 (ablehnend).

¹⁰ Ausnahmen bilden etwa *Amstutz/Mabillard*, Fusionsgesetz (FusG) – Kommentar, 2008, Systematischer Teil (ST) N. 396 ff.; *Beretta*, Struktur Anpassungen, Fusion – Spaltung – Umwandlung – Vermögensübertragung, SPR VIII/8, 2006, S. 47 ff. (für die Vermögensübertragung mittels Singularsukzession sowie die unechte Fusion und Spaltung); *Pfeifer/Meier*, AJP 2004, 833 ff. und *Sanwald*, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, 2009, S. 439 ff., 447 f., 464 f. und 474 ff. (für die unechte Fusion, Quasifusion und unechte Spaltung); siehe aus der deutschen Literatur demgegenüber nur *Leinekugel*, Die Ausstrahlungswirkungen des Umwandlungsgesetzes, 2000; *Schmorbus*, Gestaltungs-freiheit im Umwandlungsrecht, 2001; *S. Schwenzler*, Unechte Verschmelzungen und unechte Spaltungen, 2003; für das österreichische Recht *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht – Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge, Vermögensübertragungen, Ausgliederungen, 2002; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung, 1993.

Die internen Lücken entstehen dadurch, dass die prinzipiell vorgesehenen Strukturänderungen nur in bestimmten Kombinationen zugelassen sind. So wird etwa die Liste der zulässigen Fusionen in Art. 4 FusG allgemein als abschliessend betrachtet.¹¹ Diese interne Unzulässigkeit mancher Strukturänderungen ist weitgehend durch die das Fusionsgesetz leitenden Schutzprinzipien bedingt. So werden eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung im Rahmen des Fusionsgesetzes nur dann zugelassen, wenn sich bei dieser die Grundsätze der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Registerpublizität sowie des Minderheiten-, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzes einigermassen verwirklichen lassen. Anderenfalls spricht der Gesetzgeber von einer sog. qualifizierten Inkompatibilität der beteiligten Rechtsträger.¹² So sind Strukturänderungen unzulässig, die zu einem Verlust der Mitgliedschaft führen, wie dies etwa bei der Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Stiftung oder Anstalt der Fall wäre.¹³ Aus Gründen des Gläubigerschutzes sind Umstrukturierungen mit den Kennzeichen des Fusionsgesetzes nicht möglich, bei denen eine Gesellschaft mit festem Grundkapital in einer solchen ohne festes Grundkapital aufgeht bzw. in eine solche umgewandelt wird.¹⁴ Damit die gläubigerschützenden Liquidationsvorschriften nicht umgangen werden können, darf sich eine Gesellschaft mit strengem Liquidationsregime auch nicht in eine solche ohne strenges Liquidationsregime umwandeln.¹⁵ Eine Aktiengesellschaft kann daher beispielsweise nicht in eine einfache Gesellschaft umgewandelt werden. Daneben gibt es auch ausserhalb des Fusionsgesetzes liegende Gründe wie etwa die Sicherung der Zweckbindung des Stiftungsvermögens, welche die grundsätzliche Unzulässigkeit der Umwandlung von Stiftungen in Gesellschaften bedingt.¹⁶ Bei einer innerhalb des grundsätzlichen Anwendungsbereichs des Fusionsgesetzes liegenden, nach dem *numerus clausus*-Prinzip jedoch zwingend unzulässigen Strukturänderung stellt sich noch die sogleich näher zu erörternde Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen diese auf ausserhalb des Gesetzes liegenden Wegen durchgeführt werden kann.

¹¹ Siehe dazu nur *Morscher*, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), *Basler Kommentar Fusionsgesetz (BSK-FusG)*, 2005, Art. 4 N. 3; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Aufl., 2007, § 25 N. 48; zu einer Übersicht über die zulässigen Fusionen a.a.O. N. 106.

¹² Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4393.

¹³ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4358 und 4469.

¹⁴ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4395.

¹⁵ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4395.

¹⁶ *Albrecht*, in: Vischer (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (ZK-FusG)*, 2. Aufl., 2012, Art. 4 N. 11; vgl. auch zur Bedeutung der Zweckwahrung bei Fusionen zwischen Stiftungen Art. 78 Abs. 2 FusG und die Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4469.

II. Generelle Zulässigkeit von Strukturänderungen ausserhalb des Fusionsgesetzes

Im Zusammenhang mit der Behandlung von ausserhalb des Fusionsgesetzes liegenden Strukturänderungen stellt sich zunächst die Frage ihrer Zulässigkeit. Diese wird mit Recht nur vereinzelt angezweifelt.

Das Fusionsgesetz strebt keine abschliessende Regelung aller gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen an. Was die externen Lücken anbetrifft, so lässt es die anderweitig geregelten Vorgänge der Vermögensübertragung durch Singularsukzession, der Sitzverlegung, des Gesellschafterwechsels, der Auflösung und Liquidation, der Übernahme mittels Anwachsung oder der Konzernbildung grundsätzlich unberührt. Dies ergibt sich zwar nur zum Teil ausdrücklich aus dem Gesetz selbst¹⁷, im Übrigen jedoch durch Auslegung aus dem beschränkten Regelungsgegenstand und -ziel des Fusionsgesetzes (vgl. Art. 1 FusG). Hinsichtlich der internen Lücken, die durch den *numerus clausus* der vom Fusionsgesetz geregelten Umstrukturierungen entstehen, hat der Gesetzgeber zudem wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass das Gesetz auch insoweit Sperrwirkungen nur bezüglich der „echten“, d. h. mit den jeweiligen Merkmalen und Privilegierungen des Gesetzes ausgestatteten Strukturänderungen entfalten wollte und dass er das Institut der Vermögensübertragung bewusst auch dazu geschaffen hat, um den von einer im Gesetz geregelten Fusion, Spaltung oder Umwandlung generell oder in bestimmten Kombinationen ausgeschlossenen Rechtsträgern eine im Ergebnis wirtschaftlich gleichwertige Umstrukturierung zu ermöglichen.¹⁸

Vor dem Hintergrund der das Gesellschaftsrecht als Grundsatz prägenden Vertragsfreiheit könnte sich die Unzulässigkeit daher allenfalls nach den Grundsätzen der Gesetzesumgehung ergeben.¹⁹ Es kann an dieser Stelle nicht näher auf die umfängliche Diskussion über die zumeist verneinte eigenständige Bedeutung der Lehre von der Gesetzesumgehung²⁰ oder auf

¹⁷ Siehe lediglich Art. 55 Abs. 3 und 4, 69 Abs. 2 FusG.

¹⁸ Siehe nur Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4462 und 4394.

¹⁹ Dazu etwa *Amstutz/Mabillard* (Fn. 10), ST N. 410 ff.; *Beretta* (Fn. 10), S. 53 ff.; *Pfeifer/Meier* (Fn. 10), S. 837 und *Sanwald* (Fn. 10), S. 464 und 476 f.

²⁰ Nach heute h.M. kommt der Gesetzesumgehung neben der Lückenschliessung durch Analogie keine eigenständige Bedeutung zu, da die Rechtsfolge einer Gesetzesumgehung in der analogen Anwendung der umgangenen Norm liege; grundlegend dazu *A. Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 78 ff. et passim; ferner etwa *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., 2010, S. 208; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Analogie und der Gesetzesumgehung *Benecke*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht – Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht, 2004, S. 164 ff.

ihre Voraussetzungen²¹ und Rechtsfolgen²² eingegangen werden. Festzuhalten ist für das Fusionsgesetz lediglich Folgendes: Da nicht nur Verbots-gesetze, sondern alle jedenfalls zwingenden Normen umgangen werden können²³, sind die fusionsgesetzlichen Bestimmungen immerhin prinzipiell umgehungsfähig. Da das Fusionsgesetz mit zahlreichen belastenden Regelungen klar umrissene Schutzziele verfolgt (Art. 1 Abs. 2 FusG), ist es sogar besonders anfällig für Umgehungen.²⁴

Gegen die generelle Annahme einer unzulässigen Gesetzesumgehung spricht jedoch zunächst, dass der Gesetzgeber zumindest im Zusammenhang mit den internen Lücken und bei Verwendung des Instituts der Vermögensübertragung die Rechtsträger ausdrücklich auf Wege verwiesen hat, die teilweise ausserhalb des Gesetzes liegen.²⁵ Darüber hinaus enthält das Fusionsgesetz nicht nur belastende, sondern auch privilegierende Regelungen, so dass mit der Wahl einer alternativen Umstrukturierungsform auch Nachteile wie insbesondere der häufige Verzicht auf die Universalsukzession verbunden sind. Schliesslich wurden die ausserhalb des Gesetzes liegenden Wege bereits vor dessen Inkrafttreten in grossem Stil beschrieben, so dass sie dem Gesetzgeber bekannt waren und von ihm, der die Umstrukturierung mit den Regelungen des Fusionsgesetzes lediglich erleichtern und rechtssicher ausgestalten wollte,²⁶ ausdrücklich hätten verboten werden müssen, um per se als unzulässige Umgehungen zu gelten.²⁷

Darüber hinaus kann eine unzulässige Umgehung überhaupt nur in Betracht kommen, wenn wirtschaftlich ein der im Fusionsgesetz geregelten Fusion, Spaltung etc. vergleichbares Ergebnis erzielt wird.²⁸ Möglich ist dies nur durch eine Kombination mehrerer Verfahrensschritte bzw. Rechtsinstitute, wie das etwa in den noch näher zu behandelnden Fällen der sog. unechten Fusion und Spaltung der Fall ist.²⁹ Nach der subjektiven Lehre

²¹ Hier geht es um die objektiven und ggf. subjektiven Kriterien der Abgrenzung zur blossen Tatbestandsplanung bzw. Gesetzesvermeidung; dazu eingehend *Benecke* (Fn. 20), S. 91 ff.

²² Siehe dazu eingehend *Benecke* (Fn. 20), S. 97 ff.

²³ Zur Umgehungsfähigkeit jedenfalls von zwingenden und sogar von dispositiven Normen *Benecke* (Fn. 20), S. 94 ff. und 369 f.

²⁴ Zur Bedeutung des Normziels und insbesondere von Schutzzielen für die Gesetzesumgehung *Benecke* (Fn. 20), S. 91 ff. und 216.

²⁵ Siehe etwa Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4362 und 4394.

²⁶ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4354 et passim.

²⁷ So etwa *Glanzmann*, Umstrukturierungen – Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. Aufl., 2008, Kap. 3 § 5, N. 62; BSK-FusG/*Watter/Büchi* (Fn. 11), Art. 29 N. 16; nach ZK-FusG/*Vischer* (Fn. 16), Einl. N. 1 sei der Gesetzgeber allerdings eher stillschweigend von der Unzulässigkeit der zweistufigen Spaltung ausgegangen.

²⁸ So auch *Amstutz/Mabillard* (Fn. 10), ST N. 410.

²⁹ Dazu unten unter D. IV. und D. V.

der Gesetzesumgehung³⁰ müsste diese Kombination dann noch absichtlich zur gezielten Vermeidung negativer Rechtsfolgen wie etwa des Zustimmungserfordernisses nach Art. 12 Abs. 2, 18 FusG oder der subsidiären Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften nach Art. 47 FusG eingesetzt werden³¹ oder zumindest von Anfang an als Einheit geplant worden sein³². Auch wer mit der objektiven Umgehungslehre keine Umgehungsabsicht voraussetzt, wird subjektive Elemente neben anderen Wertungskriterien bei der typologischen Bestimmung der Eingriffsschwelle berücksichtigen.³³ Er muss sich zudem mit der Frage auseinandersetzen, unter welchen konkreten objektiven Voraussetzungen in zeitlicher und/oder sachlicher³⁴ Hinsicht eine Umgehung angenommen werden soll und wann nicht. Schematische Abgrenzungen z. B. mit Hilfe von Wartefristen für die Vornahme des zweiten Schritts³⁵ bieten zwar den Vorteil der vom Gesetzgeber ausdrücklich bezweckten (Art. 1 Abs. 2 FusG) Rechtssicherheit, werden jedoch dem Einzelfall nicht immer gerecht und sind weiterhin umgehungsanfällig.

Auch der Vorschlag, die Informationspflicht des obersten Verwaltungs- oder Leitungsorgans nach Art. 74 FusG, die auch den Zweck und die Folgen der Vermögensübertragung umfasst, für die Abgrenzung fruchtbar zu machen, und eine Umgehung dann anzunehmen sowie nach Art. 106 FusG³⁶ zu sanktionieren, wenn die Information über den geplanten zweiten Schritt nicht gegeben wurde³⁷, ist nicht überzeugend: Wird die Vermögensübertragung wie zumeist mittels Singularsukzession durchgeführt, könnte Art. 74 FusG allenfalls analog herangezogen werden. Ausserdem ist die

³⁰ Strittig ist seit jeher, ob die Gesetzesumgehung nur einen objektiven Verstoß gegen den Zweck der umgangenen Norm oder auch eine Umgehungsabsicht bzw. ein gezieltes Vorgehen voraussetzt; siehe dazu nur mit Nachweisen zum deutschen Recht *Benecke* (Fn. 20), S. 153 ff.

³¹ So etwa die strengen Anforderungen bei *Sanwald* (Fn. 10), S. 464 und 476 f.

³² So etwa *Pfeifer/Meier* (Fn. 10), S. 836 und 837 f.; *Beretta* (Fn. 10), S. 55; *Böckli* (Fn. 5), N. 342e, die aber auch annehmen, dass die subjektive Planmässigkeit des Vorgehens notfalls auch aus objektiven Indizien (Verknüpfung der beiden Schritte durch zeitliche Nähe, wechselseitige Abhängigkeit etc.) abgeleitet werden kann.

³³ Dazu etwa *Benecke* (Fn. 20), S. 215.

³⁴ Nach *Böckli* (Fn. 5), N. 342e müssen die beiden Verfahrensschritte etwa sachlich „voneinander abhängig sein – so, dass der Erste nur mit dem Zweiten Sinn macht“.

³⁵ *Altenburger/Calderan/Lederer*, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, 2004, N. 326 schlagen in Anlehnung an das Steuerrecht eine relativ lange Wartefrist von fünf Jahren vor, wobei der übertragenden Gesellschaft noch die Möglichkeit zum Gegenbeweis verbleiben soll.

³⁶ Anfechtbarkeit des Beschlusses über die Jahresrechnungsgenehmigung bzw. des Beschlusses des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans über die Durchführung der Vermögensübertragung.

³⁷ *Amstutz/Mabillard* (Fn. 10), ST N. 419 ff.

Information nach Art. 74 FusG erst ex post im Anhang zur Jahresrechnung bzw. an der nächsten Gesellschafterversammlung zu geben, wenn der zweite Schritt zumeist bereits vollzogen ist bzw. gerade vollzogen wird, so dass die Information ggf. dem aktuellen Stand angepasst werden könnte. Effektiv wäre eine entsprechende Erklärung daher nur, wenn sie nach Art. der Stampa-Erklärung³⁸ bereits im Zusammenhang mit der Handelsregisteranmeldung und damit vor Wirksamwerden der Vermögensübertragung nach Art. 73 FusG abzugeben wäre. Aber auch dann müsste der übertragenden Gesellschaft wohl noch der Nachweis gestattet werden, dass sich die ursprünglichen Pläne einer blossen Vermögensübertragung – für die Leitungsorgane unerwartet – noch nachträglich geändert hätten³⁹, was wiederum nur schwer nach objektiven und subjektiven Kriterien zu beurteilen wäre.

Schiebt man die generellen Bedenken beiseite und geht man im Einzelfall von einer beabsichtigten bzw. objektiven Umgehung des Fusionsgesetzes aus, muss dies aber noch nicht zur Unzulässigkeit und damit zur Unwirksamkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte nach Art. 20 Abs. 1 OR führen. Die regelmässige Folge einer Gesetzesumgehung ist nämlich nicht deren Unzulässigkeit, sondern die analoge Anwendung der umgangenen Vorschriften.⁴⁰ Für die Tatsache, dass dies auch im konkreten Fall von möglichen Umgehungen des Fusionsgesetzes so ist, spricht Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG, der für den Fall, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft im Zuge einer Vermögensübertragung Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, die ausschliessliche Geltung des Spaltungsrechts anordnet. Auch wenn diese Regelung nach Aussage der Botschaft zum Fusionsgesetz der klaren Abgrenzung zwischen Vermögensübertragung und Spaltung dienen soll⁴¹, geht es doch auch darum, eine Umgehung des Spaltungsrechts zu verhindern⁴².

³⁸ Zur erst nachträglichen Legalisierung und zum Inhalt dieser Erklärung siehe Art. 43 Abs. 1 lit. h und Art. 71 Abs. 1 lit. i HRegV.

³⁹ Zur Zulässigkeit der zweistufigen Spaltung in einem solchen Fall auch *Vischer*, SZW/RSDA 2004, 155, 160.

⁴⁰ Siehe dazu bereits die Nachweise in Fn. 20.

⁴¹ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4460.

⁴² *Amstutz/Mabillard* (Fn. 10), ST N. 411.

III. Prinzipielle Analogiefähigkeit des Fusionsgesetzes

Geht man von der Zulässigkeit der sich ausserhalb des Fusionsgesetzes vollziehenden Strukturänderung aus, stellt sich die Frage einer analogen Anwendung von Vorschriften des Fusionsgesetzes ausserhalb seines eigenen Anwendungsbereichs. Diese setzt zunächst dessen prinzipielle Analogiefähigkeit voraus. Anders als in der Entstehungsgeschichte und den Materialien zum deutschen Umwandlungsrecht⁴³ lassen sich keine Indizien dafür finden, dass sich der Schweizer Fusionsgesetzgeber gegen eine analoge Anwendung einzelner Vorschriften des Gesetzes ausgesprochen hätte. Zwar gilt die *numerus clausus*-Regel von § 1 Abs. 2 UmwG, aus der in der deutschen Literatur verschiedentlich ein Analogieverbot abgeleitet wird⁴⁴, implizit auch im Schweizer Recht, doch wird sie mit Recht nur als Beschränkung der mit den Strukturmerkmalen des Fusionsgesetzes versehenen Umstrukturierungsformen und nicht als ein generelles Verbot betrachtet, die Regelungen des Fusionsgesetzes im Einzelfall auch extern analog anzuwenden⁴⁵. Schliesslich enthält das Fusionsgesetz Regelungen, die auf allgemeinen gesellschaftsrechtlichen und privatrechtlichen Grundsätzen fussen und daher unter den allgemeinen methodenrechtlichen Voraussetzungen einer analogen Anwendung grundsätzlich zugänglich sind. Gerade die für die Analogiediskussionen wichtigen Aspekte des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern werden in der für die Auslegung bedeutsamen Zweckbestimmung von Art. 1 Abs. 2 FusG als Ziele des Gesetzes besonders herausgestellt. Lediglich für die Übernahme mittels Anwachsung nach Art. 579 OR sowie für die weiteren in Art. 55 Abs. 1 und Abs. 2 FusG geregelten Umstrukturierungen enthält das Fusionsgesetz ein spezielles Analogieverbot zumindest hinsichtlich der Vorschriften des Umwandlungsrechts (Art. 55 Abs. 4 FusG).⁴⁶

Auch wenn das Fusionsgesetz damit als grundsätzlich analogiefähig gelten kann, setzt die analoge Anwendung einer bestimmten fusionsgesetzlichen Regelung nach allgemein anerkannten methodischen Grundsätzen

⁴³ Dazu näher *Rüffler* (Fn. 10), S. 217 ff.; so verneint etwa die Begründung zum Regierungsentwurf des Verschmelzungsrichtlinie-Gesetzes (BT-Drucks. 9/1065, S. 24) die Notwendigkeit einer Erstreckung der vorgeschlagenen neuen Schutzregelungen auf die Vermögensübertragung nach § 361 AktG a.F., weil bei ihr das entscheidende Merkmal und der wesentliche Vorteil der Universalsukzession fehle; explizit gegen die Massgeblichkeit der Äusserungen des historischen Gesetzgebers allerdings *Kallmeyer*, in: *Kallmeyer* (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, 4. Aufl., 2010, § 1 Rn. 19.

⁴⁴ *Semler*, in: *Semler/Stengel* (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, 3. Aufl., 2012, § 1 N. 66 ff.; *Bungert*, NZG 1998, 367, 368; dagegen etwa *Lutter/Drygala*, in: *Lutter* (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, 3. Aufl., 2004, § 1 N. 39.

⁴⁵ *Beretta* (Fn. 10), S. 42 und 47 f.

⁴⁶ Siehe dazu auch noch unten D. II. 2 (a.E.).

noch voraus, dass der fragliche Gesichtspunkt planwidrig ungeregelt geblieben ist⁴⁷ und es wegen der in allen für den Normzweck relevanten Punkten bestehenden Gleichartigkeit ein Gebot der Gerechtigkeit darstellt, den ungeregelten Sachverhalt den betreffenden fusionsgesetzlichen Regelungen zu unterstellen⁴⁸. Eine planwidrige Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich der Gesetzgeber die gleichmässig regelungsbedürftigen Sachverhalte nicht umfassend genug vorgestellt hat oder sie für zu selten bzw. praktisch unwichtig gehalten und daher nicht geregelt hat.⁴⁹ Bei der Feststellung der wesentlichen Gleichheit geht es, ohne dass insoweit zwischen Einzel- und Gesamtanalogie zu differenzieren wäre, um eine Kombination aus Induktion und Deduktion⁵⁰, d. h. den Rückgang auf ein der gesetzlichen Regelung zu entnehmendes Prinzip, welcher gerechtfertigt ist, wenn das Prinzip auf den ungeregelten Tatbestand ebenfalls zutrifft und eine Ausnahme von ihm aufgrund der verbleibenden Unterschiede nicht zu begründen ist⁵¹. Die Analogie wird mithin vor allem von rechtssystematischen Aspekten getragen.⁵² Sind die Voraussetzungen der planwidrigen Lücke und der wesentlichen Gleichheit erfüllt⁵³, sieht sich ein Schweizer Gericht nach Art. 35 Abs. 3 BV gezwungen, den Gleichbehandlungsgrundsatz durch Analogie auch im Privatrecht zu verwirklichen.⁵⁴ Sind sie es nicht, können die Vorschriften des Fusionsgesetzes auch nicht unter Berufung auf eine eher unbestimmte sog. Ausstrahlungswirkung⁵⁵ des Gesetzes herangezogen

⁴⁷ Dazu im konkreten Fall der analogen Anwendung von Schutzbestimmungen des Fusionsgesetzes *Pfeifer/Meier* (Fn. 10), S. 837; zur planwidrigen Regelungslücke generell siehe nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., 1983, S. 39 und *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 379.

⁴⁸ *Larenz* (Fn. 47), S. 381; *Kramer* (Fn. 20), S. 195 f.

⁴⁹ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 475.

⁵⁰ *Kramer* (Fn. 20), S. 197 ff.; stärker differenzierend *Bydlinski* (Fn. 49), S. 475 ff.

⁵¹ *Larenz* (Fn. 47), S. 381 f.; krit. zu dieser Methode der Analogie *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 93 ff.

⁵² *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band I, 8. Aufl., 2002, N. 371.

⁵³ *Canaris* (Fn. 47), S. 71 ff. hat allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass die planwidrige Lückenhaftigkeit oft nur im Hinblick auf bestimmte dann ggf. auch analog zur Lückenfüllung heranzuziehende Normen beurteilt werden könne, so dass beide Voraussetzungen in einer Wechselbeziehung stünden, was gerade auch die hier zu untersuchende Problematik verdeutlicht.

⁵⁴ *Kramer* (Fn. 20), S. 197.

⁵⁵ Nach *Lutter* (Fn. 44), Einl. N. 45 handele es sich bei den „Ausstrahlungswirkungen des UmwG“ um eine verbale Kurzformel für die Bestimmung der ungeschriebenen Aktionärsrechte im Lichte des dtUmwG sowie der §§ 293 ff. dtAktG (Unternehmensverträge), §§ 320 ff. dtAktG (Eingliederung) und der §§ 5 ff. LwAnpG (Teilung von landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften). Da sich die ungeschriebene Zuständigkeit für grundlegende Strukturentscheidungen bereits aus einer Gesamtanalogie zu den §§ 179, 179a, 182 ff., 293, 320, 327a dtAktG und § 13 dtUmwG ergebe, betreffe das

werden.⁵⁶ Dem Fusionsgesetz ist dann ein Umkehrschluss und damit eine Regelung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB zu entnehmen, so dass ein Rückgriff auf allgemeine Wertungsgrundsätze⁵⁷ nicht mehr möglich ist.

IV. Die Behandlung einzelner Strukturänderungen

1. Vermögensübertragung mittels Singularsukzession

a) Gestaltungsmöglichkeiten

Die Singularsukzession ist auf der Aktivseite für die genau zu bestimmenden Vermögensbestandteile nach den für diese jeweils geltenden Übertragungsregeln durchzuführen. Eine gewisse Erleichterung ermöglichen lediglich die auch dem Schweizer Recht bekannten Regelungen zur Übertragung von Grundstücken mit deren Zugehör als wirtschaftlicher Einheit.⁵⁸ Auf der Passivseite kann man sich unter Umständen den Mechanismus von Art. 181 Abs. 1 OR zunutze machen und den Übergang aller Passiven eines Vermögens bzw. Geschäfts dadurch herbeiführen, dass man den Gläubigern die Übernahme des Vermögens bzw. Geschäfts mitteilt. Seit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes ist Art. 181 OR nach seinem vierten Absatz aber nur noch anwendbar, wenn der übertragende Rechtsträger (ggf. auch rechtswidrig) nicht im Handelsregister eingetragen ist.

b) Zulässigkeit

Die Strukturänderungen des Fusionsgesetzes sind in besonderer Weise durch das Merkmal der Universalsukzession gekennzeichnet. In diesem Umstand liegt im Wesentlichen deren Privilegierung begründet. Strukturänderungen, die sich des umständlicheren Mittels der Singularsukzession bedienen, liegen daher nach zutreffender Ansicht ausserhalb des generellen

Schlagwort von den Ausstrahlungswirkungen die Frage nach den dabei bestehenden beschlussbegleitenden Minderheitenschutzrechten; ähnlich auch *Reichert*, in: *Semler/Stengel* (Fn. 44), Rn. 18 ff. zu § 47 UmwG.

⁵⁶ Ebenfalls krit. im schweizerischen Recht etwa *Pfeifer/Meier* (Fn. 10), S. 837, im österreichischen Recht *Rüffler* (Fn. 10), S. 20 f. („verdünnte Analogie“) und im deutschen Recht *Schnorbus* (Fn. 10), S. 135 ff.; demgegenüber für die Ausstrahlungsfähigkeit und die Erforderlichkeit einer Ausstrahlung des deutschen Umwandlungsgesetzes ein-tretend *Leinekugel* (Fn. 10), S. 156 ff.

⁵⁷ Zur Lückenfüllung mit Hilfe allgemeiner Rechtsprinzipien ohne genauen Tatbestand und Rechtsfolge siehe nur *Bydlinski* (Fn. 49), S. 481 ff.

⁵⁸ Vgl. zur Anwendung von Art. 644 ZGB auch im Obligationenrecht *Wiegand*, in: Geiser et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar ZGB II*, 4. Aufl., 2012, Art. 645 N. 25.

Anwendungsbereichs des Fusionsgesetzes⁵⁹. Nur vereinzelt wird dem gegenüber vertreten, dass den nach Art. 181 Abs. 4 OR zwingend auf das Fusionsgesetz verwiesenen Rechtsträgern nicht nur der in Art. 181 Abs. 1 OR geregelte Mechanismus der Passivenübertragung, sondern auch die Möglichkeit genommen sei, einen organisch in sich geschlossenen Teil eines Vermögens oder Geschäfts mittels Singularsukzession zu übertragen.⁶⁰

c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes

aa) Schutz der Gesellschafter

(1) Zustimmungserfordernisse

Sofern einem Rechtsträger auf dem Weg der Singularsukzession wesentliche Bestandteile seines Vermögens entzogen werden⁶¹, stellt sich die Frage nach einer Einbeziehung der Gesellschafter in den prinzipiell in die Kompetenz der Exekutivorgane fallenden Umstrukturierungsvorgang. Das Fusionsgesetz kennt jedoch auch für die durch eine (partielle) Universal-sukzession gekennzeichnete Vermögensübertragung kein Zustimmungserfordernis. Der Gesetzgeber hielt wegen der fehlenden mitgliedschaftlichen Komponente eine nachträgliche Information der Gesellschafter für ausreichend⁶². Mangels planwidriger Regelungslücke scheidet damit auch ein Rückgriff auf das durch die mitgliedschaftliche Komponente bedingte Zustimmungserfordernis im Spaltungsrecht (Art. 43 FusG) aus.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll sich die Zustimmungspflichtigkeit daher nur aus allgemeinen Regeln ergeben. Bedeutsam ist diesbezüglich zunächst, dass die für die Vermögensübertragung durch Singularsukzession erforderlichen Rechtsgeschäfte von den zuständigen Vertretungsorganen nach Schweizer Recht nur im Rahmen des Gesellschaftszwecks⁶³ wirksam abgeschlossen werden können⁶⁴. Danach sind etwa die Umwand-

⁵⁹ Siehe nur *Pfeifer/Meier* (Fn. 10), S. 835; *Beretta* (Fn. 10), S. 58 und *Sanwald* (Fn. 10), S. 443 jeweils m.w.N.

⁶⁰ So etwa von *der Crone/Gersbach/Kessler/Dietrich/Berlinger*, Das Fusionsgesetz, 2004, N. 812 f.; *Kläy*, Das Fusionsgesetz – Ein Überblick, 2004, 185, 223; vgl. dazu auch die Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4492.

⁶¹ Vgl. dazu den deutschen Holzmilller-Entscheidung (BGHZ 83, 122) zugrundeliegenden Sachverhalt.

⁶² Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4465.

⁶³ Der Begriff des Gesellschaftszwecks umfasst im Schweizer Gesellschaftsrecht herkömmlich den sog. unmittelbaren Zweck (z. B. Herstellung eines bestimmten Produkts oder Angebot einer bestimmten Dienstleistung) sowie den wirtschaftlichen (Gewinnerzielung, Kosteneinsparung) oder nicht wirtschaftlichen (ideellen oder gemeinnützigen) Endzweck; siehe dazu nur *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 11), § 1 N. 66 f.

⁶⁴ Siehe dazu Art. 564, 603, 718a, 764 Abs. 2, 814 Abs. 4 und Art. 899 Abs. 1 und 2 OR; die Zweckbindung gilt nach Art. 459 Abs. 1 OR auch für Prokuristen.

lung einer Betriebsgesellschaft in eine Holdinggesellschaft⁶⁵ oder die (sonstige) Gesamtvermögensübertragung⁶⁶ nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag bzw. die Statuten eine ggf. erst im Rahmen der Strukturänderung eingefügte sog. Holding-Klausel enthalten⁶⁷ oder der ursprüngliche Zweck durch einen Auflösungsbeschluss⁶⁸ bzw. im Fall der Konkursreife ausnahmsweise faktisch⁶⁹ zu einem Liquidationszweck geworden ist⁷⁰. Auch sonst kann die durch eine Vermögensübertragung bedingte definitive Aufgabe oder (bei der übernehmenden Gesellschaft bzw. im Falle einer Sachegegenleistung) die Aufnahme neuer Geschäftstätigkeiten eine Änderung insbesondere sehr konkret formulierter Gesellschaftszwecke erforderlich machen.⁷¹ Die allfällige Änderung des werbenden Zwecks bzw. die Auflösung ist dann je nach Gesellschaftsform und gesellschaftsvertraglicher bzw. statutarischer Regelung einstimmig⁷² oder mit qualifizierter Mehrheit⁷³ zu beschliessen.

Eine Zustimmung der Gesellschafter ist zudem nach h. M. dann und unabhängig von der zumeist ebenfalls gegebenen Zwecküberschreitung erforderlich, wenn die Vermögensübertragung einer Liquidationshandlung faktisch gleichkommt.⁷⁴ So muss nach Ansicht des Fusionsgesetzgebers ein

⁶⁵ Vgl. dazu Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4461.

⁶⁶ Vgl. dazu BGE 116 II 320, 323 (*in casu* wurde die Vermögensübertragung allerdings ausnahmsweise als zulässig angesehen; dazu noch Fn. 69).

⁶⁷ Die Holding-Klausel kann etwa folgendermassen lauten: „Die Gesellschaft kann sich zur Verfolgung ihres Zwecks an anderen Gesellschaften im In- und Ausland beteiligen.“

⁶⁸ Nach dem Beschluss über die Auflösung verfolgen die Gesellschafter nur noch die Abwicklung der Gesellschaft als gemeinsamen Zweck; dazu nur *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 11), § 16 N. 629.

⁶⁹ Dies ist der dogmatische Hintergrund der in BGE 116 II 320, 323 ausnahmsweise als zulässig angesehenen Gesamtvermögensübertragung; zu den diesbezüglich strengen Voraussetzungen *Böckli* (Fn. 5), § 13 N. 500.

⁷⁰ A.A. und aufgrund einer Übergewichtung des Endzwecks für eine grundsätzliche Zulässigkeit des Verkaufs des ganzen Unternehmens *O'Neill*, Die faktische Liquidation der Aktiengesellschaft, 2007, S. 52 ff.

⁷¹ Generell dazu *Bahar*, in: Peter/Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus – Commentaire de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine ainsi que des dispositions des lois fédérales modifiées par la LFus, 2005, Art. 70 N. 10.

⁷² Siehe dazu Art. 534 Abs. 1, 557 Abs. 2 und 598 Abs. 2 OR.

⁷³ Siehe dazu Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 OR sowie Art. 808b Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 OR; für die Personengesellschaften ist umstritten, ob diese auch für Zweckänderungsbeschlüsse nach Art. 534 Abs. 2, 557 Abs. 1 und 598 Abs. 1 OR das Mehrheitsprinzip vorsehen können (verneinend *Handschin/Vonzun*, in: Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 530-551 OR, 4. Aufl., 2009, Art. 533/534 N. 105 ff. m.w.N.); für die Kommanditaktiengesellschaft gilt neben Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR noch das Erfordernis der Zustimmung der Verwaltung nach Art. 766 OR.

⁷⁴ Eingehend dazu für das Schweizer Recht, aber zugleich krit. *O'Neill* (Fn. 70), S. 116 ff. m.w.N.

Auflösungsbeschluss gefasst werden, wenn der übernehmende Rechtsträger keine entsprechende Gegenleistung erbringt oder mit der Vermögensübertragung wirtschaftlich eine Fusion, Spaltung⁷⁵ oder Umwandlung angestrebt wird⁷⁶. Ohne einen derartigen Beschluss ist die Vermögensübertragung wiederum nach Art. 38 OR schwebend unwirksam.⁷⁷

Schliesslich kann das für die jeweilige Gesellschaftsform geltende Recht noch ein Zustimmungserfordernis aufstellen. So ist nach Art. 535 Abs. 3 OR im Innenverhältnis ein Beschluss aller Gesellschafter erforderlich, wenn es sich um eine Personengesellschaft und bei der Vermögensübertragung um ein aussergewöhnliches Geschäft handelt. Kapitalgesellschaften können sich zum Teil auf die Regelungen zum Kapitalschutz und zur Liquidation berufen (vgl. auch Art. 69 Abs. 2 FusG). Bei der GmbH kann das Erfordernis der Genehmigung einer Vermögensübertragung schliesslich statutarisch verankert sein (Art. 811 Ziff. 1 OR).

Das Schweizer Recht kennt jedoch weder eine generelle Pflicht zur Zustimmung zu strukturelevanten Vermögensübertragungen nach Art. 14 ff., 39 ff. und 74 FusG noch eine dem § 179a dtAktG entsprechende Regel, wonach eine nicht unter das Umwandlungsgesetz fallende Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens auch dann eines satzungsändernden Beschlusses der Hauptversammlung bedarf, wenn damit ausnahmsweise keine Änderung des Unternehmensgegenstands verbunden sein sollte.

(2) Berichtspflichten und Einsichtsrechte

Sofern die Gesellschafter nach allgemeinen Regeln einen Zustimmungsbeschluss zu fassen haben, könnte man noch an eine analoge Anwendung der in den Art. 14 ff., 39 ff. und 74 FusG vorgesehenen Berichtspflichten und Einsichtsrechte denken. Eine Analogie zu diesen Vorschriften scheitert jedoch am methodologischen Erfordernis einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hielt derartige Regelungen nämlich angesichts der fehlenden mitgliedschaftlichen Komponente nicht einmal bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz für erforderlich.⁷⁹ Er sieht auch ausserhalb des Fusionsgesetzes bei den hier in Rede stehenden wichtigen

⁷⁵ Es dürfte insoweit nur die unechte Aufspaltung gemeint sein, weil die unechte Aufspaltung nicht zur Auflösung der übertragenden Gesellschaft führt.

⁷⁶ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4461.

⁷⁷ Zur Unwirksamkeit der faktisch zur Liquidation führenden Vermögensübertragung ohne einen zumindest nachgeholt Liquidationsbeschluss auch *Sanwald* (Fn. 10), S. 441 und 444 f.

⁷⁸ Siehe dazu BGHZ 83, 122 (*Holz Müller*); BGH NZG 2004, 575 (*Gelatine I*); BGHZ 159, 30 (*Gelatine II*) sowie aus der umfangreichen Literatur zur sog. Holz Müllerpflicht nur *Lutter* (Fn. 44), Einl. N. 45 und 48.

⁷⁹ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4465 f.

Beschlüssen über eine Zweckänderung, Auflösung oder aussergewöhnliche Geschäftsführungsmassnahme keine besonderen Berichtspflichten und Einsichtsrechte vor. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass es grundsätzlich Sache der Gesellschafter ist, sich im Vorfeld rechtzeitig traktandierter Beschlüsse aktiv und individuell um die entsprechenden Informationen zu bemühen.⁸⁰ Die Übertragung der aufwändigen fusionsrechtlichen Berichtspflichten wäre auch inhaltlich daher allenfalls bei schwerwiegenden Eingriffen in die Mitgliedschaft zu rechtfertigen, was bei einer Vermögensübertragung eine noch über der Bagatellschwelle von Art. 74 Abs. 3 FusG liegende Eingriffsschwelle voraussetzen würde, die die fraglichen Vorschriften aber nicht enthalten. Inwieweit eine andere Beurteilung gerechtfertigt ist, wenn die Vermögensübertragung durch Singularsukzession Baustein einer unechten Fusion bzw. zweistufigen Spaltung ist, soll erst in diesem Zusammenhang erörtert werden.⁸¹

Mit der in Art. 74 FusG vorgesehenen Information der Gesellschafter über bedeutende⁸² Vermögensübertragungen im Anhang zur Jahresrechnung bzw. an der nächsten Versammlung der Gesellschafter, Mitglieder bzw. Delegierten könnten die Informations- und Kontrollrechte der Gesellschafter bzw. die für allfällige Zustimmungsbeschlüsse bestehenden Traktandierungspflichten nachträglich ergänzt werden. Auch insoweit stellt sich jedoch zunächst die Frage, ob der Gesetzgeber diesen Aspekt der ihm bekannten Vermögensübertragung durch Singularsukzession planwidrig ungerregelt gelassen hat. In der Botschaft zum Fusionsgesetz äussert er sich generell zu dem bei bedeutenden Vermögensübertragungen als legitim erachteten und in der Vernehmlassung unbestritten gebliebenen Informationsbedürfnis der Gesellschafter, das wegen der fehlenden mitgliedschaftlichen Komponente der Vermögensübertragung hinreichend durch eine ex post-Information befriedigt werden könne. Der Gesetzgeber hat sich folglich nur mit der Begründung des im Vergleich zum Fusions-, Spaltungs- und Umwandlungsrecht geringeren Schutzes, nicht jedoch mit der Rechtfertigung der ansonsten bei Vermögensübertragungen im Gesellschaftsrecht unbekanntem ex post-Berichtspflicht beschäftigt. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber den sich zwischen allgemeinem Gesellschaftsrecht und Art. 74 FusG ergebenden Widerspruch nicht gesehen hat. Da mithin von einer bewussten Lücke nicht gesprochen werden kann, ist die analoge Anwendung von Art. 74 FusG bei Überschreiten der 5 %-Schwelle davon abhängig, ob man die Vermögensübertragung durch Singularsukzession im Hinblick auf das vom Gesetzgeber als Ratio der Vorschrift heraus-

⁸⁰ Siehe dazu z. B. Art. 541, 697, 700 OR.

⁸¹ Siehe dazu unten D. IV. 3 und D. V. 3.

⁸² Nach Art. 74 Abs. 3 FusG entfällt die Informationspflicht, wenn die übertragenen Aktiven weniger als 5 % der Bilanzsumme der übertragenden Gesellschaft ausmachen.

gestellte Informationsbedürfnis der Vermögensübertragung durch (partielle) Universalsukzession gleichstellen kann. Dies ist zu bejahen, da das Bedürfnis der betroffenen Gesellschafter nach Transparenz und Kontrolle nicht vom rechtstechnischen Modus der Vermögensübertragung abhängt.

bb) Gläubigerschutz

Die Gläubiger übertragener Passiven werden bereits hinreichend dadurch geschützt, dass sie dem Schuldnerwechsel entweder vertraglich zustimmen müssen (Art. 176 OR) oder dass ihnen der bisherige Schuldner nach Art. 181 Abs. 2 OR noch drei Jahre lang solidarisch mithaftet. Sofern die Gläubiger ihren Schuldner behalten, können sie zwar durch die Übertragung von Aktiven als Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers bzw. durch die Übertragung von Passiven als Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers Haftungssubstrat verlieren, dabei handelt es sich jedoch um ein typisches Gläubigerisiko, das immer bereits dann nicht eintritt, wenn der übertragende Rechtsträger eine angemessene Gegenleistung erhält. In den übrigen Fällen bieten die allgemeinen Regeln über Insihgeschäfte⁸³, den Eigenkapitalschutz⁸⁴, die Haftung von Gesellschaftern und Exekutivorganen⁸⁵ sowie der Gläubigeranfechtung⁸⁶ den vom Gesetzgeber auch sonst als ausreichend angesehenen Gläubigerschutz. Im Bereich des Gläubigerschutzes bestehen mithin keine planwidrigen Regelungslücken.

cc) Arbeitnehmerschutz

Sofern mit einer Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz der Übergang von Arbeitsverhältnissen verbunden ist, gelten nach Art. 76 f. FusG die Schutzregelungen der Art. 333 f. OR, wobei Art. 77 Abs. 1 OR nicht nur den übertragenden, sondern auch den (ausländischen) übernehmenden Rechtsträger zur Konsultation nach Art. 333a OR verpflichtet. Es ist umstritten, ob es sich im Übrigen um einen rein deklaratorischen Rechtsgrundverweis handelt⁸⁷ oder ob die verwiesenen Schutzbestimmungen unabhängig vom Vorliegen eines Betriebsübergangs zur Anwendung gelangen⁸⁸. Sieht man einmal von der Erstreckung der Konsultationspflicht auf

⁸³ Siehe dazu näher *Jung*, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI*, 2011, S. 273 ff.

⁸⁴ Siehe nur für die Aktiengesellschaft Böckli (Fn. 5) § 1 N. 175 ff. und § 12 N. 526 ff.

⁸⁵ Siehe nur *Forstmoser/Sprecher/Töndury*, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht – Risiken und ihre Minimierung*, 2005; *S. Hasenböhrer*, *Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR*, 2003.

⁸⁶ Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

⁸⁷ So etwa *Reinert*, in: Baker & M^cKenzie (Hrsg.), *Fusionsgesetz*, 2003, Art. 76 N. 1 und Art. 77 N. 2.

⁸⁸ So ZK-FusG/*Hubschmid* (Fn. 16), Art. 76 N. 1 und Art. 77 N. 1.

den übernehmenden Rechtsträger ab, würde sich nur im zuletzt genannten Fall überhaupt die Frage nach einer analogen Anwendung von Art. 76 f. FusG auf die Vermögensübertragung durch Singularsukzession stellen, da Art. 76 Abs. 2 FusG nur eine auf die Vermögensübertragung angepasste inhaltliche Wiederholung von Art. 333 Abs. 3 OR darstellt. Aber auch dann spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber die Schutzregelungen von Art. 333 f. OR und Art. 76 f. FusG nur dann zur Anwendung kommen lassen wollte, wenn das Arbeitsverhältnis nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit einer Betriebsübertragung bzw. einer strukturändernden⁸⁹ Vermögensübertragung mit Universalsukzession übertragen wird. Beim isolierten Übergang des Arbeitsverhältnisses wird der Arbeitnehmer nach den Regeln der Vertragsübernahme und ein danach bestehendes Zustimmungserfordernis⁹⁰ hinreichend geschützt.

2. Übernahme mittels Anwachsung

a) Gestaltungsmöglichkeiten

Als Folge des Gesamthandsprinzips kennt auch das Schweizer Personen- gesellschaftsrecht die Anwachsung.⁹¹ Scheiden alle anderen Gesellschafter bis auf einen aus, kann der verbliebene Gesellschafter das Unternehmen als sog. Einzelunternehmen gegen Abfindung fortführen, ohne dass es hierzu einer Vermögensübertragung bedarf. Der verbleibende Gesellschafter kann dabei den oder die ausscheidenden Gesellschafter in bar und/oder mit Gesellschaftsanteilen abfinden. Einvernehmlich kann dies jederzeit zwischen den Gesellschaftern vereinbart werden.⁹² Daneben greift der Mechanismus der Anwachsung des Gesellschaftsvermögens zugunsten des letzten verbleibenden Personengesellschafters nach Art. 577 ff. OR⁹³ auch dann, wenn die ausscheidenden Gesellschafter unter den dort genannten Voraussetzungen gegen ihren Willen ausgeschlossen werden.⁹⁴

⁸⁹ Inwieweit im Rahmen der Art. 69 ff. FusG einzelne Vermögenswerte und Rechtsverhältnisse auch unabhängig von einem Restrukturierungsziel übertragen werden können, ist freilich umstritten (dazu näher ZK-FusG/*Beretta* (Fn. 16), Vor Art. 69-77 N. 24 ff. m.w.N.).

⁹⁰ Zu diesem nur *I. Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2012, N. 92.04.

⁹¹ Siehe dazu generell nur *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 11), § 26 N. 30.

⁹² Siehe nur BGE 75 I 273, 274 f.; BGE 101 Ib 456, 460 f.; *Handschin/Chou*, in: Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 552-619 OR, 4. Aufl., 2009, Art. 579 N. 10 ff.

⁹³ Die im Recht der Kollektivgesellschaft stehenden Vorschriften finden auf die Kommanditgesellschaft durch Verweis (Art. 619 Abs. 1 OR) und auf die einfache Gesellschaft durch Analogie (dazu *Handschin/Vonzun* (Fn. 73), Art. 545-547 N. 222 ff.) Anwendung.

⁹⁴ Siehe dazu nur *Meier-Hayoz/Forstmoser* (Fn. 11), § 13 N. 87.

Die Gestaltungsmöglichkeiten werden lediglich dadurch eingeschränkt, dass die Option der Übernahme mittels Anwachsung nur in einer Personengesellschaft besteht und sich eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft anders als etwa die Kapitalgesellschaften nach deutschem Recht nicht in eine Personengesellschaft umwandeln kann (Art. 54 Abs. 1 und Abs. 4 FusG). Ausserdem kommen nach Schweizer Recht als unbeschränkt haftende Personenhandelsgesellschafter zwingend nur natürliche Personen in Betracht (Art. 552 Abs. 1, 594 Abs. 2 OR). Damit wäre etwa die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine GmbH oder AG auf dem Wege der Übernahme mittels Anwachsung eigentlich nur dann möglich, wenn es sich um eine einfache Gesellschaft handelt oder die übernehmende Kapitalgesellschaft die Stellung einer Kommanditärin (Kommanditistin) innehat. Da nach h. M. allerdings auch eine Personenhandelsgesellschaft bei Beteiligung einer juristischen Person oder einer mitgliedschaftsfähigen Personengesamtheit als unbeschränkt haftender Gesellschafterin nicht als fehlerhafte Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft behandelt, sondern nach Art. 530 Abs. 2 OR als einfache Gesellschaft geduldet wird⁹⁵, sollte auch insoweit die Übernahme mittels Anwachsung eine mögliche Umstrukturierungsvariante bieten.

b) Zulässigkeit der Übernahme mittels Anwachsung

Die Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch Anwachsung beim letzten verbliebenen Personengesellschafter ist stets mit dem vollständigen und alleinigen Erwerb aller Aktiven und Passiven kraft Gesetzes sowie in aller Regel mit einem Wechsel der Rechtsform des Vermögensträgers verbunden. Diese wirtschaftliche Nähe des Vorgangs zu den abschliessend und weitgehend zwingend im Fusionsgesetz geregelten Umstrukturierungsformen der Absorptionsfusion und Umwandlung könnte seiner Zulässigkeit zumindest insoweit entgegenstehen, als das Fusionsgesetz die betreffende Fusions- oder Umwandlungskombination nicht zulässt. So könnte etwa die Übernahme mittels Anwachsung durch die als letzte Gesellschafterin einer einfachen Gesellschaft verbleibende Kollektivgesellschaft nach Art. 4 FusG unzulässig sein, wenn es sich bei der ausscheidenden Gesellschafterin um eine GmbH handelt. Denn die Vermögensübertragung von einer GmbH auf eine Kollektivgesellschaft ist im Rahmen der Fusion unzulässig. Ebenso könnte die Übernahme durch die als letzte Gesellschafterin einer einfachen Gesellschaft verbleibende GmbH als unzulässig angesehen werden, weil die Umwandlung einer einfachen Gesellschaft in eine GmbH nach Art. 54 FusG nicht zum *numerus clausus* der Umwandlungsformen gehört. Nach

⁹⁵ Dazu eingehend und teilweise krit. Jung, in: Wessner/Bohnet (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, 2006, S. 3 ff.

dem Fusionsgesetz ist schliesslich auch die Fusion von Einzelunternehmen nicht möglich (Art. 4 FusG), es kann aber einer von zwei natürlichen Kollektivgesellschaftern das kaufmännische Unternehmen allein fortführen.

Diese Zulässigkeitsbedenken können jedoch ausgeräumt werden, weil die Übernahme mittels Anwachsung aufgrund ihrer eigenartigen Kombination aus Elementen der Gesamthandslehre, der Fusion und der Umwandlung eine völlig eigenständige Umstrukturierungsform ohne strukturelle Verwandtschaft mit Fusion oder Umwandlung darstellt.

Was zunächst die Nähe zur Fusion anbetrifft, so stellt die Anwachsung keine Universalsukzession dar. Zwar erfolgt der Erwerb universell und kraft Gesetzes und damit ohne gesonderte Übertragungsakte. Der übernehmende Gesellschafter war jedoch bereits zuvor an allen Aktiven und Passiven gesamthänderisch beteiligt, so dass es sich nicht um eine Vermögensübertragung, sondern nur um eine Beendigung der gesamthänderischen Bindung, eben eine Anwachsung zugunsten des letzten verbleibenden Gesellschafters, handelt. Zwar kommt es auch bei der Übernahme durch Anwachsung wie bei der Fusion zur Auflösung eines Rechtsträgers ohne Liquidation, doch handelt es sich dabei nicht um einen der ausscheidenden („übertragenden“) Rechtsträger, die ihrerseits auch nach ihrem Ausscheiden zumindest einstweilen fortbestehen. Die Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter erfolgt auch nicht zwingend durch eine mitgliedschaftliche Beteiligung an dem verbleibenden Gesellschafter, selbst wenn es sich bei diesem um eine Gesellschaft handeln sollte.

Auch wenn die Übernahme mittels Anwachsung in aller Regel mit einem Wechsel in der Form der Vermögensträgerschaft verbunden ist, so beruht dies doch allein auf einem Wechsel in der Trägerschaft, weil die Personengesellschaft als bisherige Vermögensträgerin mit dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters zwingend aufzulösen ist und der übernehmende Gesellschafter von nun an nicht mehr nur gesamthänderisch gebundener, sondern allein berechtigter Vermögensträger ist. Die an diesem Vorgang beteiligten Rechtsträger behalten jedoch entweder ihre Rechtsform oder werden aufgelöst. Mit der in den Art. 53 ff. FusG geregelten Umwandlung, die einen Formwechsel des seine Identität währenden Vermögensträgers betrifft, hat dies nichts zu tun.

Deshalb bleibt die Übernahme mittels Anwachsung nach Art. 55 Abs. 3 und 4 FusG auch ausdrücklich von den Vorschriften über die Umwandlung (Art. 56 bis 68 FusG) unberührt. Das hat man nicht nur als Zulassungsgebot, sondern zumindest für die ausschliessbedingte Übernahme i.S.v. Art. 579 OR hinsichtlich der Vorschriften des Umwandlungsrechts auch als Analogieverbot zu interpretieren. Zu prüfen bleibt aber noch die analoge Anwendung des Fusionsrechts insbesondere in den Fällen der hier interessierenden einvernehmlich als Strukturänderungsmassnahme zwischen

den Gesellschaftern vereinbarten bzw. beschlossenen Übernahme durch Anwachsung.

c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsrechts

aa) Zustimmungserfordernisse

Zur Begründung eines qualifizierten Zustimmungserfordernisses könnten sich die Gesellschafter der an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften gegebenenfalls auf eine Analogie zu Art. 12 Abs. 2, 18, 20 FusG berufen, da die zwischen den Gesellschaften getroffene Auflösungs- und Übernahmevereinbarung funktional einem Fusionsvertrag gleichsteht. Es fehlt zur Begründung dieser Analogie jedoch erneut an einer planwidrigen Regelungslücke, da es hinreichende anderweitige und vom Gesetzgeber an die jeweilige Gesellschaftsform angepasste Schutzmechanismen gibt: Wenn die Aufgabe der Personengesellschaftsbeteiligung durch die ausscheidende Gesellschaft und/oder die Übernahme des Unternehmensbetriebs durch die verbleibende Gesellschaft eine Zweckänderung bedingt, erfordert die wirksame Vornahme der Strukturänderung eine von den Gesellschaftern qualifiziert zu beschliessende Änderung der Statuten.⁹⁶ Ferner kann bei den Personengesellschaften ein Zustimmungserfordernis nach Art. 535 Abs. 3 OR und bei den Kapitalgesellschaften aufgrund der Regelungen zum Kapitalerschutz und zur Liquidation sowie bei der GmbH nach Art. 811 Ziff. 1 OR bestehen.⁹⁷ Sofern die übernehmende Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft ist und die ausscheidenden Gesellschafter als Abfindung Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten sollen, bedarf die hierzu regelmässige durchgeführte Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage ebenfalls eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses. In jedem Fall stehen zum Schutz der Kapitalgesellschaftler und Genossenschaftler die im Schweizer Recht vergleichsweise gesellschaftlerfreundlich geregelten Möglichkeiten der jederzeit auch grundlos möglichen Abberufung⁹⁸ und der Haftbarmachung von Exekutivorganmitgliedern durch Individualklage⁹⁹ bereit.

In den übrigen Fällen wurde die Zustimmung vom Gesetzgeber offenbar als entbehrlich angesehen. Ist eine Körperschaft beteiligt, stellt sich auch die Frage, ob die vom Gesetzgeber austarierte und weitgehend zwingend vorgesehene Kompetenzverteilung zwischen den Organen durch ein in Analogie zu Art. 12 Abs. 2, 18 und 20 FusG begründetes Zustimmungserfordernis zugunsten der Gesellschafter verschoben werden kann bzw. werden sollte.

⁹⁶ Dazu bereits oben bei und in Fn. 63 ff.

⁹⁷ Dazu auch bereits oben nach Fn. 77.

⁹⁸ Siehe dazu Art. 705 OR, Art. 815 Abs. 1 (Geltung allerdings nur für die von der Gesellschafterversammlung gewählten Fremdgeschäftsführer) und Art. 890 Abs. 1 OR.

⁹⁹ Siehe dazu Art. 754, 756 ff., 827, 916 OR.

bb) Beschlussbegleitende Schutzregelungen

Die Regelungen des Fusionsgesetzes zum Fusionsbericht sowie zu seiner Prüfung und Offenlegung (Art. 14 ff. FusG) sind nicht auf die anders gelagerte Übernahme mittels Anwachsung und Abfindung zugeschnitten. Man müsste sie daher in jedem Fall inhaltlich der veränderten Situation anpassen, was bereits methodologisch die Zulässigkeit der Analogie in Frage stellt. Aber auch hinsichtlich ihrer Grundgedanken sind die Vorschriften nur bedingt analogiefähig.

Handelt es sich bei den beteiligten Gesellschaften um Personengesellschaften, erscheint eine besondere Publizität nicht erforderlich, da die Personengesellschafter entweder ohnehin an der Geschäftsführung der Gesellschaft beteiligt sind oder über ein unentziehbares Informations- und Kontrollrecht nach Art. 541 OR verfügen, das sie nach den Vorstellungen des Gesetzgebers aktiv ausüben haben. Das Schweizer Personengesellschaftsrecht kennt denn auch ausserhalb der Rechnungslegung keine standardisierten Berichtspflichten.

Nur bei einer Beteiligung von Körperschaften könnte man zum Schutz von deren Mitgliedern an eine analoge Anwendung der Berichtspflichten des Fusionsrechts denken, sofern die Umstrukturierung für die betreffende Gesellschaft eine der Fusion vergleichbare aussergewöhnliche Massnahme darstellt und Berichtspflichten nicht bereits aufgrund anderer Bestimmungen wie etwa bei einer Aktienkapitalerhöhung nach Art. 652e OR bestehen. Die für die Analogie erforderliche Fusionsähnlichkeit besteht dabei nur auf Seiten derjenigen Gesellschaft, die das Vermögen der ohne Liquidation aufgelösten Personengesellschaft gegen eine gegebenenfalls in Gesellschaftsanteilen bestehende Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter übernimmt. Aus Sicht der Gesellschafter einer aus der Personengesellschaft ausscheidenden Gesellschaft fehlt es hingegen an der Fusionsähnlichkeit des Vorgangs, da sich im Vermögen ihrer Gesellschaft nach der Umstrukturierung lediglich anstelle des Gesamthandsanteils die Abfindung bzw. der Anspruch darauf befindet.

cc) Überprüfung der Abfindung

Von besonderem Interesse für die Gesellschafter der an der Übernahme mittels Anwachsung beteiligten Gesellschaften wäre die Möglichkeit, die Angemessenheit der geleisteten Abfindung in analoger Anwendung von Art. 105 FusG gerichtlich überprüfen zu lassen und ggf. eine Ausgleichszahlung zu erhalten. Die Klage steht jedoch in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft¹⁰⁰, die bei der Über-

¹⁰⁰ Siehe dazu nur *Ammann*, Die Verletzung der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und deren Ausgleichung nach Art. 105 Fusionsgesetz, 2006, S. 5 et passim.

nahme mittels Anwachsung ohnehin nicht besteht. Die allenfalls auf ihre Angemessenheit hin zu prüfende Abfindung steht auch nicht den nach Art. 105 FusG aktivlegitimierten Gesellschaftern¹⁰¹, sondern der ausscheidenden Gesellschaft zu. Auch insoweit bleibt es daher bei den allgemeinen Schutzinstrumenten wie insbesondere der Verantwortlichkeitsklage gegen die an der Vereinbarung der Umstrukturierung beteiligten Gesellschafter bzw. Exekutivorganmitglieder.¹⁰²

dd) Gläubigerschutz

(1) Schutz der Gläubiger der sich auflösenden Personengesellschaft

Im Falle der Übernahme mittels Anwachsung besteht für die Gläubiger der sich auflösenden Personengesellschaft ein der Fusion vergleichbares Schutzbedürfnis, da die Personengesellschaft als Schuldnerin ohne Liquidation aufgelöst wird und die übernehmende Gesellschafterin sämtliche Aktiven und Passiven des bisherigen als Haftungssubstrat zur Verfügung stehenden Gesellschaftsvermögens gegen Abfindung übernimmt. Dennoch kommt eine analoge Anwendung der Art. 25 und 26 FusG¹⁰³ nicht in Betracht, da es insoweit an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Zwar ist Art. 181 OR, der bei einer Vermögensübernahme ausserhalb des Fusionsgesetzes den Gläubigerschutz sicherstellen soll, nicht anwendbar, weil die Anwachsung keine Vermögensübernahme im eigentlichen Sinne darstellt¹⁰⁴ und weil sich die Vermögensübertragung durch wie zumeist im Handelsregister eingetragene Rechtsträger nach dem Fusionsgesetz richten soll.¹⁰⁵ Die nach Art. 181 Abs. 2 OR aus Gründen des Gläubigerschutzes noch während dreier Jahre bestehende solidarische Mithaftung des bisherigen Schuldners würde zudem mit dessen Auflösung leerlaufen. Wie generell im Personengesellschaftsrecht hält der Gesetzgeber die persönliche Haftung der Gesellschafter aber ohnehin für wichtiger als die Haftung des Gesellschaftsvermögens. Daher hat er sich im Fall der Übernahme mittels Anwachsung zum Schutz der Gläubiger der aufgelösten Personengesell-

¹⁰¹ Zur Aktivlegitimation der Gesellschafter nach Art. 105 FusG siehe nur ZK-FusG/*Meier-Dieterle* (Fn. 16), Art. 105 N. 5.

¹⁰² Siehe dazu Art. 97 Abs. 1, 538, 557 Abs. 2, 598 Abs. 2 OR bzw. Art. 754, 827, 916 OR.

¹⁰³ Die genannten Vorschriften schützen die Gläubiger zum einen durch ein Recht auf Sicherstellung ihrer durch die Fusion gefährdeten Forderungen und zum anderen durch den Fortbestand einer bereits vor der Umstrukturierung gegebenen persönlichen Haftung von Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft.

¹⁰⁴ Immerhin liegt ein ähnlicher Fall vor, wie sich auch aus der in Art. 592 Abs. 2 OR getroffenen Regelung ergibt.

¹⁰⁵ Insoweit könnte man freilich auch von einem Rückverweis auf OR 181 ausgehen, da von Art. 55 Abs. 3 FusG die alternative Umstrukturierungsmöglichkeit nach Art. 579 OR ausdrücklich vorbehalten wird.

schaft damit begnügt, die von Art. 591 Abs. 1 OR angeordnete zeitliche Begrenzung der Nachhaftung von Personenhandelsgesellschaftern für den übernehmenden Gesellschafter ausser Kraft zu setzen und für den ausscheidenden Gesellschafter auf die Mithaftungsfrist von Art. 181 Abs. 2 OR a.F.¹⁰⁶ zu verkürzen (Art. 592 Abs. 2 OR). Die im Schweizer Recht anders als im deutschen und österreichischen Recht generell subsidiär ausgestaltete Haftung von Personenhandelsgesellschaftern kommt nach h. M. aber erst dann zum Tragen, wenn der übernehmende Gesellschafter das Geschäft einstellt, erfolglos betrieben wurde bzw. in Konkurs gefallen ist oder wenn der in die Haftung genommene Gesellschafter selbst in Konkurs geraten ist.¹⁰⁷

(2) Schutz der Gläubiger des übernehmenden Gesellschafters

Die Interessen der Gläubiger des übernehmenden Gesellschafters werden demgegenüber durch keine Sonderregelungen geschützt. Da sich der Gesetzgeber zu den Gründen dieser Lücke nicht geäußert hat, kann man sie als plangemässen Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes ansehen, dass Gläubiger vom Gesetz nicht gegen jede Form der Verminderung des Haftungssubstrats geschützt werden. Man kann sie aber auch als Versehen betrachten, da der Fusionsgesetzgeber die Übernahme mittels Anwachsung lediglich von der Umwandlung, nicht jedoch von der Fusion abgegrenzt hat, obwohl aus Sicht der Gläubiger des übernehmenden Gesellschafters allenfalls eine Nähe zur Fusion besteht¹⁰⁸. Inhaltlich wäre es durchaus gerechtfertigt, diesen Gläubigern in Analogie zu Art. 25 FusG einen Anspruch auf Sicherstellung gegen den übernehmenden Gesellschafter zu gewähren, sofern die Erfüllung ihrer Forderungen durch die Umstrukturierung gefährdet sein sollte. Eine solche Gefährdung wäre allerdings von vornherein zu verneinen, wenn die Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters zum wahren Wert der Gesellschaftsbeteiligung erfolgt sein sollte bzw. der Anspruch auf eine solche Abfindung werthaltig ist.

¹⁰⁶ Da der Gesetzgeber offenbar einen Gleichlauf mit der jeweils in Art. 181 Abs. 2 OR vorgesehenen Frist (inzwischen nicht mehr zwei, sondern drei Jahre) herstellen wollte, sollte entgegen dem Wortlaut von Art. 592 Abs. 2 von einer drei- statt zweijährigen Frist ausgegangen werden, da die Anpassung von Art. 592 Abs. 2 OR an die neue Fassung von Art. 181 Abs. 2 OR offenbar nur versehentlich unterblieb (so auch CHK/Stritmatter, Art. 592 OR N. 2).

¹⁰⁷ Nach BGE 101 Ib 456 E.2c, ZK-OR/Handschin/Chou, Art. 579 N. 28 und v. Steiger, Gesellschaftsrecht – Personengesellschaftsrecht, SPR VIII/1, 1976, S. 565 f. stellt die Auflösung der Gesellschaft im Wege von Art. 579 OR keine Auflösung der Gesellschaft i.S.v. Art. 568 Abs. 3 OR dar, da das kaufmännische Unternehmen von dem übernehmenden Gesellschafter fortgeführt wird.

¹⁰⁸ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4449.

(3) Schutz der Gläubiger des ausscheidenden Gesellschafters

Im Gegensatz zur Fusion werden die Passiven des ausscheidenden Gesellschafters bei der Übernahme durch Anwachsung nicht auf den übernehmenden Gesellschafter übertragen. Anders als der an einer Fusion beteiligte übertragende Rechtsträger löst sich der ausscheidende Gesellschafter auch nicht auf. Für die Gläubiger dieses Gesellschafters besteht daher nur die Gefahr, dass ihr Schuldner eine zu geringe Abfindung erhält und sich hierdurch die Haftungsmasse vermindert. Hiergegen können sie sich mit der Gläubigeranfechtung nach Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG in der vom Gesetz vorgesehenen Weise hinreichend zur Wehr setzen. Es fehlt daher für eine Analogie zu Art. 25 FusG sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke wie an der Vergleichbarkeit der Schutzbedürfnisse.

ee) Arbeitnehmerschutz

Die Übernahme mittels Anwachsung führt zu einem Übergang des Betriebes von der Personengesellschaft bzw. Gesamthandsgemeinschaft auf den übernehmenden Gesellschafter i.S.v. Art. 333 f. OR, so dass die Arbeitnehmer bereits nach diesen Vorschriften, auf die auch in den Regelungen zur Fusion verwiesen wird (Art. 27 Abs. 1 FusG), hinreichend geschützt werden. Die persönliche Haftung der ausscheidenden Gesellschafter bleibt den Arbeitnehmern bereits nach Art. 551 bzw. 592 Abs. 2 OR erhalten, so dass es eines analogen Rückgriffs auf das Fusionsgesetz (Art. 27 Abs. 3 und Art. 68 Abs. 2 FusG) nicht bedarf. Für das Recht auf Sicherstellung der Forderungen aus dem Arbeitsvertrag sei auf die Ausführungen zum Gläubigerschutz verwiesen (vgl. auch Art. 27 Abs. 2 FusG).

3. Quasifusion

a) Gestaltungsmöglichkeiten

Bei der sog. Quasifusion erwirbt der übernehmende Rechtsträger alle oder die Mehrheit der Anteile einer Gesellschaft (Quasi-Annexion) oder mehrerer Gesellschaften (Quasi-Kombination) von deren Gesellschaftern durch Kauf (dann auch sog. reine Übernahme)¹⁰⁹ oder durch Aktientausch (dann auch Quasifusion i.e.S.¹¹⁰). Die übernommenen Gesellschaften bleiben auch

¹⁰⁹ Der Begriff der Quasifusion umfasst zumeist auch den Tatbestand der reinen Übernahme durch käuflichen Erwerb der Anteile der Zielgesellschaft; so etwa bei *Böckli* (Fn. 5), § 3 N. 3 und *Studer*, Die Quasifusion, 1974, S. 24.

¹¹⁰ In diesem engeren Sinne wird der Begriff der Quasifusion etwa verwendet von *v. Büren*, Der Konzern – Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, SPR VIII/6, 2. Aufl., 2005, S. 47 und von *Wirz*, Die Quasifusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, 1997, S. 12 ff.

nach dem Anteilserwerb als Tochtergesellschaften der erwerbenden Gesellschaft bestehen, wobei sie zumeist als konzernverbundene Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden. Verfügt die Muttergesellschaft nach Durchführung des Anteilserwerbs über mindestens 90 % der Stimmen, kann sie in Gesellschaften mit Kapitalstimmrecht¹¹¹ nach Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 Abs. 5 FusG im Anschluss an die Quasifusion auch noch eine echte Fusion durchführen und die Minderheitsgesellschafter dabei in bar abfinden (Abfindungsfusion).¹¹²

b) Zulässigkeit der Quasifusion

Die Quasifusion ist die in der Praxis häufigste Zusammenschlussform.¹¹³ Sie weist entgegen ihrem irreführenden Namen auch dann keine rechtliche Nähe zur Fusion auf, wenn der Anteilserwerb durch Aktientausch erfolgt (Quasifusion i.e.S.). Es fehlt an der universellen Übertragung von Aktiven und Passiven. Die beteiligten Gesellschaften bleiben zudem auch nach dem Anteilstausch als Mutter- bzw. Tochtergesellschaft bestehen. Es handelt sich um einen schlichten Anteilserwerb durch Kauf oder Tausch, der zwischen dem übernehmenden Rechtsträger und den Anteilseignern der Zielgesellschaft vereinbart wird und daher die Mitwirkung zumindest der Mehrheit der in ihrer Entscheidung freien Anteilseigner der Zielgesellschaft erfordert.¹¹⁴ Bei der Quasifusion gibt es im Gegensatz zur unechten Fusion auch keinen zweiten Schritt, in dem die Anteile an der Tochtergesellschaft an die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft ausgeschüttet werden würden. Der damit ausserhalb des Fusionsgesetzes stehende Vorgang bleibt von dessen *numerus clausus* unberührt und folgt eigenen Regeln.¹¹⁵

¹¹¹ In Gesellschaften, für die gesetzlich und gesellschaftsvertraglich das Kopfstimmprinzip gilt, ist gemäss dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 FusG für die Berechnung des Quorums auf die Stimmberechtigten abzustellen, so dass das Quorum von einer einzigen Gesellschafterin nur als Alleingesellschafterin erreicht werden könnte, was die Abfindungsfusion überflüssig machen würde (s. dazu nur ZK-FusG/*Gelzer* (Fn. 16), Art. 18 N. 35).

¹¹² Siehe dazu eingehend *Mauerhofer*, Squeeze-Out Merger – Die zwangsweise Abfindungsfusion nach Art. 8 Abs. 2 Fusionsgesetz, 2009.

¹¹³ Dazu und zu den Gründen siehe nur *Altenburger/Calderan/Lederer* (Fn. 35), N. 274 ff.

¹¹⁴ *Böckli* (Fn. 5), § 3 N. 3; zu den Verfahrensschritten der Quasifusion *Altenburger/Calderan/Lederer* (Fn. 35), N. 280 ff.

¹¹⁵ So die allgemeine Ansicht; siehe nur *v. Büren* (Fn. 110), S. 47 f.; BSK-FusG/*Morscher* (Fn. 11), Art. 4 N. 9 f.; *Schenker*, GesKR 2007, 153, 162; *Beretta* (Fn. 10), S. 49; ZK-FusG/*Burckhardt* (Fn. 16), Art. 8 N. 41; *Altenburger/Calderan/Lederer* (Fn. 35), N. 274.

c) *Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes?*

aa) *Gesellschafterchutz*

Erwirbt die übernehmende Gesellschaft die Gesellschaftsanteile der Zielgesellschaft im Wege des Anteilstauschs (Quasifusion i.e.S.), muss sie als Kapitalgesellschaft die im Gegenzug an die Gesellschafter der Zielgesellschaft auszugebenden Gesellschaftsanteile entweder als eigene Anteile innehaben oder wie regelmässig durch eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage unter Ausschluss des Bezugsrechts schaffen. Im ersten Fall liegt das Erwerbsvolumen entweder unter der kritischen Schwelle für eine etwaige Zustimmungspflicht, da die übernehmende Gesellschaft eigene Anteile grundsätzlich nur in begrenztem Umfang erwerben bzw. halten darf¹¹⁶, oder die Gesellschafter haben dann, wenn aufgrund der gesicherten Weiterveräusserung die Erwerbsschwellen überschritten werden dürfen¹¹⁷, im entsprechenden Umfang am Erwerb durch Veräusserung ihrer Anteile an die Gesellschaft mitgewirkt. Die Gesellschaftsanteile dürfen zudem nur zu Drittbedingungen getauscht werden¹¹⁸. Im zweiten Fall müssen die Gesellschafter der übernehmenden Kapitalgesellschaft an der Quasifusion durch einen qualifizierten¹¹⁹ Kapitalerhebungsbeschluss mit Bezugsrechtsausschluss mitwirken, wobei sie vorab gesonderte und geprüfte Informationen über die als Sacheinlage eingebrachten Gesellschaftsanteile der Zielgesellschaft erhalten¹²⁰. Hierdurch werden sie hinreichend geschützt.

Werden die Gesellschaftsanteile der Zielgesellschaft von deren Gesellschaftern in eine Personengesellschaft als Sacheinlage eingebracht, müssen der Aufnahme der neuen Gesellschafter grundsätzlich alle Personengesellschafter zustimmen¹²¹, wodurch auch in diesem Fall ein ausreichender Schutz der Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft gewährleistet ist. Ist eine Genossenschaft betroffen, müssen die Genossenschafter einen Aufnahmebeschluss wegen des Prinzips der nicht geschlossenen Mitgliederzahl zwar nur dann fassen, wenn dies statutarisch vorgesehen ist (Art. 840 Abs. 3 OR), doch lässt auch insoweit die Verantwortlichkeit der

¹¹⁶ Nach Art. 659 und 764 Abs. 2 OR dürfen die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft eigene Aktien im Gesamtnennwert von maximal 10 % (dauerhaft) bzw. 20 % (vorübergehend bei Erwerb im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung) des Aktienkapitals halten; nach Art. 783 Abs. 1 und Abs. 2 OR liegen diese Schwellen für die GmbH bei 10 % bzw. 35 %. Es handelt sich freilich nur um Ordnungsvorschriften, die das Dürfen, nicht jedoch das Können und damit die Wirksamkeit eines allfälligen Mehrerwerbs einschränken.

¹¹⁷ Siehe dazu nur *Böckli* (Fn. 5), § 4 N. 262 f.

¹¹⁸ Siehe dazu nur *Böckli* (Fn. 5), § 4 N. 309.

¹¹⁹ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 5 und 6 OR.

¹²⁰ Art. 652c i.V.m. 628 sowie Art. 652e Abs. 1 und Art. 652f Abs. 1 OR.

¹²¹ Art. 542 Abs. 1, 557 und 598 OR.

Verwaltungsmitglieder (Art. 916 ff. OR) keine planwidrige Schutzlücke entstehen.

Die Gesellschafter der Zielgesellschaft müssen das Angebot zum Anteilskauf bzw. Anteilstausch annehmen, womit auch sie nicht des besonderen Schutzes des Fusionsgesetzes bedürfen. Bei Zielgesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren geniessen sie sogar noch den besonderen Konzerneingangsschutz nach dem Übernahmerecht der Art. 22 ff. BEHG.

bb) Gläubigerschutz

Was allfällige Gläubigerschutzbedürfnisse anbetrifft, so ist zwischen den Gläubigern der beteiligten Gesellschaften sowie den Gläubigern von Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft und den Gläubigern der am Anteilstausch beteiligten Gesellschafter der Zielgesellschaft zu unterscheiden. Für die Gläubiger der Zielgesellschaft entsteht mit der Transaktion das übliche Risiko von Gläubigern einer konzernverbundenen Tochtergesellschaft, wenn die übernehmende Gesellschaft die Zielgesellschaft ihrer einheitlichen Leitung unterstellt. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft sind dem gewöhnlichen und darüber hinaus im konkreten Fall unwahrscheinlichen Risiko ausgesetzt, dass ihnen im Rahmen der Transaktion durch ein für die übernehmende Gesellschaft ungünstiges Äquivalenzverhältnis Haftungsmasse entzogen wird. Die Gläubiger von Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft sind allenfalls mittelbar von dieser Gefahr betroffen. Die Gläubiger der Gesellschafter der Zielgesellschaft sind schliesslich von einem möglichen Verlust an Haftungssubstrat durch ein für die Gesellschafter der Zielgesellschaft ungünstiges Äquivalenzverhältnis bedroht.

Alle diese Gefahren bewegen sich im üblichen Rahmen des Gläubigerisikos. Sie sind insbesondere in Missbrauchsfällen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers mit den allgemeinen Mitteln des Haftungsrechts und des Gläubigeranfechtungsrechts einzudämmen. Eine Analogie zu den die beteiligten Gesellschaften besonders belastenden Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes ist nicht gerechtfertigt.

cc) Arbeitnehmerschutz

Die Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften sind keinen spezifischen Risiken ausgesetzt. Es kommt für sie insbesondere nicht zu einem Betriebsübergang. Die sich aus einer allfälligen Konzernierung der Zielgesellschaft für sie ergebenden Probleme sind gesellschaftsrechtlich vom Konzernrecht und nicht durch eine Analogie zum Umstrukturierungsrecht zu lösen.

4. Unechte Fusion

a) Gestaltungsmöglichkeiten

Der Begriff der unechten Fusion wird zumeist¹²² für ein zweistufiges Vorgehen gebraucht, bei dem zunächst sämtliche Aktiven und Passiven des übertragenden Rechtsträgers (auch sog. Zielgesellschaft) als Sacheinlage in die übernehmende Gesellschaft eingebracht werden. Der im Gegenzug Anteilsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhaltende übertragende Rechtsträger wird anschliessend aufgelöst und nach den einschlägigen Liquidationsvorschriften abgewickelt, wobei anstelle der Versilberung des Anteilsvermögens in aller Regel dessen Realteilung vereinbart wird.¹²³ Die unechte Fusion kann auch in einem Dreiecksverhältnis praktiziert werden (sog. unechte Dreiecksfusion). Dann erhält der übertragende Rechtsträger im Gegenzug für die Einbringung seiner Vermögenswerte in eine Tochtergesellschaft nicht deren Anteile, sondern Anteile der Muttergesellschaft.¹²⁴

Bisweilen wird auch noch die Übertragung aller Aktiven und Passiven einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft gegen Barleistung mit anschliessender Liquidation der übertragenden Gesellschaft als unechte (Abfindungs-)Fusion bezeichnet.¹²⁵ Bei dieser Variante stellt sich in besonderer Weise das Problem der unzulässigen Umgehung des für die übertragende Gesellschaft geltenden Zustimmungsquorums von mindestens 90 % der Stimmberechtigten¹²⁶ bzw. Stimmen¹²⁷ (Art. 18 Abs. 5 FusG), das in den einschlägigen Fällen¹²⁸ durch eine analoge Anwendung des qualifizierten Zustimmungserfordernisses und der Art. 14 ff. FusG zu lösen ist.

¹²² Siehe noch *Böckli* (Fn. 5), § 3 N. 3, der die mit einer anschliessenden Absorption der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft verbundene Quasifusion als „unechte Fusion“ bezeichnet.

¹²³ *Beretta* (Fn. 10), S. 49 f.; v. *Büren* (Fn. 110), S. 48; ZK-FusG/*Burckhardt* (Fn. 16), Art. 8 N. 40; *Gantenbein*, Die Fusion von juristischen Personen und Rechtsgemeinschaften im schweizerischen Recht, 1995, S. 48 f.; generell zur Ausschüttung des Liquidationsüberschusses in Sachwerten *Forstmoser*, in: FS Keller, 1989, S. 706 ff.

¹²⁴ Siehe dazu *Bertschinger/Spori*, Dreiecksfusionen – einige zivil- und steuerrechtliche Fragen, in: FS Peter Böckli, 2006, S. 311, 315 f.

¹²⁵ So etwa bei *Sanwald* (Fn. 10), S. 439 ff. und S. 464 ff.

¹²⁶ Nur bei Gesellschaften, für die gesetzlich und gesellschaftsvertraglich das Kopfstimmprinzip gilt, ist gemäss dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 FusG für die Berechnung des Quorums auf die Stimmberechtigten abzustellen (s. dazu nur ZK-FusG/*Gelzer* (Fn. 16), Art. 18 N. 35).

¹²⁷ Bei Gesellschaften, für die gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich das Kapitalstimmprinzip gilt, ist für die Berechnung des Quorums entgegen dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 FusG auf die Anzahl der Stimmen abzustellen (s. dazu nur ZK-FusG/*Gelzer* (Fn. 16), Art. 18 N. 35).

¹²⁸ *Sanwald* (Fn. 10), S. 464 nennt als Beispiel einer unzulässigen Umgehung den Fall, in dem nach Verfehlung des Quorums in zeitlicher Nähe eine unechte Abfindungsfusion durchgeführt wird.

Da bei der unechten Abfindungsfusion die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft jedoch keine Anteile der übernehmenden Gesellschaft erhalten und dieser Umstrukturierungsvariante mithin die für eine Fusion typische mitgliedschaftliche Komponente fehlt, soll sie im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

Sofern die Einbringung der Aktiven und Passiven in die übernehmende Gesellschaft nicht mittels der in den Art. 69 ff. des Fusionsgesetzes geregelt, aber wegen der dort vorgesehenen Schutzmechanismen und der bestehenden Rechtsunsicherheiten in der Praxis weniger genutzten Vermögensübernahme¹²⁹ erfolgt, muss sie grundsätzlich im Wege der Singularsukzession herbeigeführt werden¹³⁰. Sofern der übertragende Rechtsträger ausnahmsweise (ggf. auch verbotswidrig) nicht im Handelsregister eingetragen sein sollte, kann die globale Übernahme aller Passiven auch nach Art. 181 Abs. 1 OR durch schlichte Mitteilung an die Gläubiger oder durch öffentliche Bekanntgabe vollzogen werden.

b) Zulässigkeit der unechten Fusion

Wegen der nicht nur wirtschaftlichen Nähe zu der im Fusionsgesetz geregelten echten Fusion und des Fehlens vergleichbarer Schutzinstrumente, wird die sog. unechte Fusion seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes teilweise als unzulässig betrachtet.¹³¹ Die Gesellschafter könnten den Verstoß mit der Anfechtung des Beschlusses über die Auflösung der übertragenden Gesellschaft geltend machen.¹³² Daneben könnten sich die Gesellschafter auch auf eine Verletzung ihrer Anteils- und Mitgliedschaftsrechte berufen (Art. 105 FusG) oder einen Schadenersatzanspruch gegen die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans richten (Art. 108 FusG).¹³³

Nach anderer Ansicht wollte der Gesetzgeber des Fusionsgesetzes die möglichen Umstrukturierungsformen nicht begrenzen, sondern erweitern.¹³⁴ Er habe im Gesetz in nicht abschliessender Form nur die eigentliche einstufige Fusion geregelt.¹³⁵ Wenn der Gesetzgeber die seit längerem praktizierte unechte Fusion hätte verbieten wollen, hätte er dies klar zum Ausdruck bringen müssen.¹³⁶ Die unechte Fusion unterscheidet sich rechtlich so

¹²⁹ Siehe zu den diversen Nachteilen der Vermögensübernahme die Übersicht bei *Sanwald* (Fn. 10), S. 441 ff.

¹³⁰ Siehe dazu oben unter D. I.

¹³¹ *Beretta* (Fn. 10), S. 50 f.; *Luginbühl*, Die Fusion, in: Kellerhals/Luginbühl (Hrsg.), Fusionsgesetz – Auswirkungen auf die Praxis, 2004, S. 1, 14.

¹³² *Beretta* (Fn. 10), S. 50 f.

¹³³ *Beretta* (Fn. 10), S. 51.

¹³⁴ *Glanzmann* (Fn. 27), N. 62; *ZK-FusG/Burckhardt* (Fn. 16), Art. 8 N. 41.

¹³⁵ *Sanwald* (Fn. 10), S. 441; *Glanzmann* (Fn. 27), Kap. 3 § 5, N. 62.

¹³⁶ *Glanzmann* (Fn. 27), Kap. 3 § 5, N. 62.

sehr von der echten Fusion, dass sie ausserhalb des Anwendungsbereichs des Fusionsgesetzes liege und daher von dessen *numerus clausus* nicht erfasst werde.¹³⁷

Da die unechte Fusion vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich verboten und zumindest die Vermögensübertragung als ihre erste Stufe vom Fusionsgesetzgeber auch ausdrücklich als Gestaltungsmöglichkeit zur Erzielung fusionsähnlicher Wirkungen empfohlen wurde¹³⁸, könnte sie allenfalls als von Anfang an geplante bzw. rechtsmissbräuchliche Umgehung der Fusionsregelungen unzulässig sein¹³⁹. Eine Gesetzesumgehung kommt danach überhaupt nur bei einer objektiv engen Verknüpfung beider Umstrukturierungsschritte in Betracht. Nach der subjektiven Missbrauchslehre wäre zudem ein planmässiges Vorgehen bzw. eine Umgehungsabsicht der verantwortlichen Leitungsorganmitglieder erforderlich. Da sich auch die sog. unechte Fusion nicht unwesentlich von der sog. echten Fusion unterscheidet und durch eigene auch belastende Verfahrensregelungen gekennzeichnet ist,¹⁴⁰ stellt sie eine eigenständige Umstrukturierungsalternative dar, deren Wahl vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit nicht per se als missbräuchlich angesehen werden kann. Selbst bei nachgewiesener Umgehungsabsicht sollte die Sanktion nicht in einer Anfechtbarkeit bzw. direkten Unwirksamkeit der im Rahmen des Umstruk-

¹³⁷ BSK-FusG/*Morscher* (Fn. 11), Art. 4 N. 9; dafür spricht auch, dass die unechte Fusion schon vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes nicht als Fusion i.S.d. Art. 748 ff. OR betrachtet und daher nicht dem damals engeren *numerus clausus* der Fusionsformen unterworfen wurde; dazu etwa *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 1), § 57 N. 25.

¹³⁸ Die Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4394, spricht davon, dass es die Vermögensübertragung erlaube, mittels eines Rechtsübergangs von Gesetzes wegen wirtschaftlich ein ähnliches Resultat zu erreichen wie mit einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung, wobei jedoch die mitgliedschaftliche Komponente ausgeklammert bleibe. Auf S. 4461 wird zudem ausgeführt, dass von den Gesellschaftern ein vorgängiger Auflösungsbeschluss zu fassen sei, wenn die Vermögensübertragung funktional als Ersatz für eine Fusion etc. diene und dies ungeachtet der Tatsache gelte, ob die Fusion etc. im Fusionsgesetz vorgesehen sei oder nicht. Daraus kann man immerhin ableiten, dass der Gesetzgeber die fusionsrechtlichen Regelungen nicht als abschliessend betrachtet hat und die Herbeiführung fusionsähnlicher Wirkungen auf anderen Wegen zumindest dann akzeptieren wollte, wenn sie nicht mit einer mitgliedschaftlichen Komponente verbunden sind. Damit bleibt freilich immer noch offen, ob der Gesetzgeber auch die unechte Fusion generell zulassen wollte, da diese aufgrund ihrer zweiten Stufe (Auskehrung der Anteilsrechte der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft) auch durch eine „mitgliedschaftliche Komponente“ gekennzeichnet ist; a.A. *Sanwald* (Fn. 10), S. 441 unter Hinweis auf S. 4394 der Botschaft FusG.

¹³⁹ Siehe zur Gesetzesumgehung allgemein oben unter B.

¹⁴⁰ Die Vermögensübertragung erfolgt grundsätzlich im Wege der Singularsukzession. Der übertragende Rechtsträger wird auch nicht im Zuge der Vermögensübertragung, sondern erst später und dies auch nur im Rahmen einer ordentlichen, wenn auch – da das Vermögen nur noch aus den Anteilsrechten besteht – vereinfachten Liquidation aufgelöst.

turierungsvorgangs gefassten Beschlüsse bzw. abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, sondern zunächst in einer analogen Anwendung der fusionsrechtlichen Regelungen bestehen.¹⁴¹

c) Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes

aa) Gesellschafterschutz

Im Hinblick auf ein allfälliges Zustimmungserfordernis werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zunächst dadurch geschützt, dass die Vertreter der Gesellschaft deren gesamtes Vermögen nur dann wirksam gegen eine Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft übertragen können, wenn dies die gesellschaftsvertragliche bzw. statutarische Zweckbestimmung nach einer ggf. erst im Rahmen der Umstrukturierung herbeigeführten Änderung deckt.¹⁴² Anderenfalls ist die Wirksamkeit der zweckwidrigen Übertragungsgeschäfte auch bei einer Vermögensübertragung durch Universalsukzession, d. h. im Anwendungsbereich von Art. 70 Abs. 1 FusG¹⁴³, nach Art. 38 OR von einer nachträglichen Genehmigung der Gesellschafter abhängig. Sofern hierdurch insbesondere ex ante eine effektive Mitwirkung der zudem noch durch die Verantwortlichkeits- und ggf. die Kapitalerhaltungsvorschriften gegen eine Verschleuderung von Gesellschaftsvermögen geschützten Gesellschafter am konkreten Umstrukturierungsvorgang sichergestellt wird, bedarf es keines öffentlich beurkundeten Beschlusses über die unechte Fusion in Analogie zu Art. 12 Abs. 2, 18 und 20 FusG.

Nur sofern die Übertragung aller Aktiven und Passiven gegen die Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft ausnahmsweise in die Kompetenz der Leitungs- und Verwaltungsorgane fällt¹⁴⁴, besteht eine Schutzlücke, sofern nicht besondere Zustimmungserfordernisse¹⁴⁵ eingreifen. Dann ist der Auflösungsbeschluss von den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft nämlich erst auf der zweiten Stufe zu fassen und kommt zu spät, da zu diesem Zeitpunkt bereits alle Aktiven und Passi-

¹⁴¹ Generell dazu bereits oben bei Fn. 40; a.A. für die unechte Fusion *Amstutz/Mabilard* (Fn. 10), ST N. 414; *Beretta* (Fn. 10), S. 50 f.

¹⁴² Dies ist nur der Fall, wenn die Zweckbestimmung eine sog. Holding-Klausel enthält oder der ursprüngliche Zweck durch einen Auflösungsbeschluss oder im Fall der Konkursreife ausnahmsweise faktisch zu einem Liquidationszweck geworden ist (dazu bereits oben bei und in Fn. 63 ff.).

¹⁴³ Nach der Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4462 soll Art. 70 Abs. 1 FusG die gesetzlichen oder statutarischen Kompetenzvorschriften und damit auch die Zweckbindung der Vertretungsorgane (dazu Fn. 64) ausdrücklich unberührt lassen.

¹⁴⁴ Siehe dazu oben bei und in Fn. 66, 67 und 69.

¹⁴⁵ Zustimmungserfordernisse bestehen im Personengesellschaftsrecht nach Art. 535 Abs. 3 OR und bei entsprechender statutarischer Regelung (vgl. Art. 811 Abs. 1 Ziff. 1 OR) im GmbH-Recht.

ven übertragen sind.¹⁴⁶ Aber auch für diesen Fall stellt sich noch die Frage, ob die Schutzlücke durch einen „unechten“ Fusionsbeschluss in analoger Anwendung der Art. 12 Abs. 2, 18 und 20 FusG oder durch einen vorgezogenen Auflösungsbeschluss¹⁴⁷ zu schliessen ist. Der Gesetzgeber scheint mit seinem Vorbehalt zugunsten der Liquidationsvorschriften (Art. 69 Abs. 2 FusG) genau die zweite Variante im Auge gehabt zu haben, wenn er sich auch nicht explizit zur unechten Fusion, sondern nur generell zur Vermögensübertragung als Instrument der faktischen Liquidation und als funktionalem Fusionsersatz äusserte.¹⁴⁸ Der wirtschaftlichen Einheit des zweistufigen Vorgangs und seiner Ähnlichkeit mit der echten Fusion würde zwar die Analogie zu den Art. 12 Abs. 2, 18 und 20 FusG besser gerecht, doch ist die auch im Vorbehalt von Art. 69 Abs. 2 FusG zum Ausdruck gekommene Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen. Unterbleibt der vorgängige Auflösungsbeschluss, ist bereits die Vermögensübertragung wegen Verstosses gegen die durch Art. 69 Abs. 2 FusG ausdrücklich vorbehaltenen Liquidationsvorschriften unwirksam.¹⁴⁹

Auch wenn im Rahmen der unechten Fusion von den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft kein Fusionsbeschluss, sondern ein Auflösungsbeschluss zu fassen ist, stellt sich noch die Frage der analogen Anwendung der Art. 14 ff. FusG. Zumindest rechtspolitisch ist eine entsprechend informierte Fassung des vorgängigen Auflösungsbeschlusses als funktionalem Fusionsbeschluss auch bei der unechten Fusion sinnvoll. Es ist auch gut vorstellbar, dass der Gesetzgeber bei seinen generellen Äusserungen zum vorgängigen Auflösungsbeschluss nicht an die vergleichbare Notwendigkeit von beschlussbegleitenden Berichtspflichten und Einsichtsrechten gedacht hat. Bei einem Verstoss gegen die Art. 14 ff. FusG wäre der vorgängige Auflösungsbeschluss dann auch nach Art. 106 f. FusG analog anfechtbar. Als spezifisch fusionsrechtlich erscheint hingegen das Individualklagerecht auf gerichtliche Festsetzung einer Abfindung bei nicht angemessener Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG. Das nach Art. 69 Abs. 2 FusG vorbehaltene Liquidations-

¹⁴⁶ So auch generell *Beretta* (Fn. 10), S. 50.

¹⁴⁷ Nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 4, 574 Abs. 1 S. 2, 619 Abs. 1 OR bzw. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6, 704 Abs. 1 Ziff. 8, 736 Ziff. 2, 764 Abs. 2, 770 Abs. 2, 804 Abs. 2 Ziff. 16, 808b Abs. 1 Ziff. 11, 821 Abs. 1 Ziff. 2 OR haben die Gesellschafter die Gesellschaft einvernehmlich bzw. durch qualifizierten Beschluss aufzulösen.

¹⁴⁸ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4461: „Die vorgängige Auflösung einer Gesellschaft kann weiter insbesondere auch dann erforderlich sein, wenn die Vermögensübertragung funktionell als Ersatz für eine Fusion, Spaltung oder Umwandlung dient (dies unbeachtet der Tatsache, ob eine entsprechende Fusion, Spaltung oder Umwandlung vom Fusionsgesetz vorgesehen wird oder nicht)“.

¹⁴⁹ Nach *Sanwald* (Fn. 10), S. 445 soll dem Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer die Vertretungsmacht fehlen, was jedoch nur der Fall ist, wenn die Vermögensübertragung nicht mehr vom Gesellschaftszweck gedeckt ist.

recht kennt insoweit nur die Verantwortlichkeit der Liquidatoren für eine ordnungsgemässe Abwicklung der Gesellschaft.

Für die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft gilt weder der Vorbehalt nach Art. 69 Abs. 2 FusG zugunsten des Liquidationsrechts noch bedürfen sie des besonderen Schutzes der Art. 12 Abs. 2, 18, 20 und 14 ff. FusG. Sie behalten die Mitgliedschaft in der übernehmenden und fortbestehenden Gesellschaft. Ihre Interessen werden durch die teilweise notwendige Zustimmung zur Aufnahme neuer Gesellschafter sowie bei den Kapitalgesellschaften durch die Bestimmungen betreffend Sacheinlagen¹⁵⁰, den Erwerb bzw. die Wiederveräusserung eigener Anteile und die regelmässig erforderlich werdende Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss ausreichend gewahrt¹⁵¹.

bb) Gläubigerschutz

Die Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers werden bei der Einbringung der Passiven in die übernehmende Gesellschaft entweder durch Art. 75 FusG (im Falle der Vermögensübertragung mittels Universalsukzession), durch Art. 181 Abs. 2 OR (im Falle der Übertragung der Passiven eines nicht im Handelsregister eingetragenen Rechtsträgers durch Mitteilung an die Gläubiger) oder durch Art. 176 OR (im Falle der Übernahme von Schulden durch Singularsukzession) hinreichend geschützt. Nur in dem seltenen Fall, in dem die solidarische Haftung nach Art. 181 Abs. 2 OR mit Beendigung der sich auflösenden Gesellschaft wegfällt, könnte den Gläubigern in analoger Anwendung von Art. 75 Abs. 3 lit. a FusG noch ein Anspruch auf Sicherstellung gegeben werden.

Für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft besteht das typische Risiko eines Entzugs von Haftungsmasse, das jedoch im Falle der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG durch Art. 71 Abs. 2 FusG (Erfordernis eines Aktivenüberschusses) und Art. 74 (Transparenz insbesondere auch hinsichtlich des Äquivalenzverhältnisses) sowie generell im Kapitalgesellschaftsrecht durch die Sacheinlagevorschriften bei Gründung und Kapitalerhöhung minimiert wird und im Übrigen vor dem Hintergrund allgemeiner Schutzinstrumente (Verantwortlichkeit der Leitungsorgane, Gesellschafterhaftung, Gläubigeranfechtung) hinzunehmen ist.¹⁵²

¹⁵⁰ Diese Vorschriften sind bei einer Fusion nach Art. 9 Abs. 2 FusG bezeichnenderweise unanwendbar, weil ihre Funktion zumindest hinsichtlich der Berichts- und Prüfpflichten von fusionsrechtlichen Regelungen übernommen wird.

¹⁵¹ Siehe dazu bereits die Ausführungen zum Gesellschafterschutz bei der Quasifusion unter D. III. 3. a).

¹⁵² Vgl. dazu auch bereits die Ausführungen zum Gläubigerschutz bei der Quasifusion unter D. III. 3. b).

cc) Arbeitnehmerschutz

Sofern im Rahmen einer unechten Fusion auf der ersten Stufe Arbeitsverhältnisse mit Hilfe der Vermögensübertragung i.S.d. Art. 69 ff. FusG übertragen werden, gelten nach Art. 76 f. FusG die Schutzregelungen der Art. 333 f. OR unabhängig vom Erfordernis eines Betriebsübergangs. Im Übrigen kommen die Regelungen nur dann zur Anwendung, wenn wie ohnehin zumeist ein Betriebsübergang gegeben ist.¹⁵³

5. Unechte Spaltung

a) Gestaltungsmöglichkeiten

Bei der mit der unechten Fusion verwandten unechten Spaltung (auch sog. zweistufige oder indirekte Spaltung) bringt die übertragende Gesellschaft entweder nur einen Teil ihrer Aktiven und Passiven in eine bestehende oder neu gegründete übernehmende Gesellschaft ein (unechte Abspaltung) oder verteilt (seltener) die Gesamtheit ihrer Aktiven und Passiven auf mehrere übernehmende Gesellschaften (unechte Aufspaltung). Im Gegenzug für diese in der Praxis überwiegend mittels Singularsukzession durchgeführte, aber auch nach Art. 69 ff. FusG durchführbare Vermögensübertragung ist die übertragende Gesellschaft berechtigt, Anteile an der/den übernehmenden Gesellschaft(en) zu beziehen.

In einem zweiten Schritt werden die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft dann auf die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft transferiert. Besteht die übertragende Gesellschaft wie insbesondere bei der unechten Abspaltung fort, kann dies in einer Kapitalgesellschaft zunächst dadurch geschehen, dass die übernehmende Gesellschaft ihr Kapital erhöht, die übertragende Gesellschaft auf ihr Recht zum Bezug der neuen Anteile zum Nominalwert verzichtet und die nicht ausgeübten Bezugsrechte von der übernehmenden Gesellschaft den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft über ein Bankenkonsortium zugewiesen werden.¹⁵⁴ Bei einer neu gegründeten Gesellschaft kann die übertragende Gesellschaft ihren Gesellschaftern im Rahmen einer Gewinnausschüttung Rechte zum Kauf der Gründeranteile zum unter dem Verkehrswert liegenden Nominalwert einräumen.¹⁵⁵ Schliesslich kann die übertragende Gesellschaft die von

¹⁵³ Siehe dazu auch bereits oben unter D. I. 3. c) und D. II. 3. e).

¹⁵⁴ So wurde etwa bei der Abspaltung der Ciba Spezialitätenchemie AG von der CIBA-Geigy AG im Jahr 1996 vorgegangen; siehe dazu *Watter/Büchi*, in: Tschäni (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions V*, 2003, S. 11 f.

¹⁵⁵ So wurde etwa bei der Abspaltung der Syngenta AG von der Novartis AG im Jahr 2000 und der Lonza Group AG von der Alusuisse Lonza Group AG vorgegangen; siehe dazu *Watter/Büchi* (Fn. 154), S. 13 bzw. *Büchi*, *Spin-off – Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften*, 2001, S. 109 f.

der übernehmenden Gesellschaft bezogenen Anteile selbst als Sachdividende ausschütten.¹⁵⁶ Sind für die Ausschüttung keine freien Reserven vorhanden, hat die übertragende Gesellschaft zuvor eine von den Gesellschaftern zu beschliessende Kapitalherabsetzung durchzuführen (Art. 732 ff. OR), die ggf. auch aus steuerlichen Gründen geboten sein kann.¹⁵⁷ Mit Ausnahme des zuerst genannten Falls haben die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft an der Umstrukturierung zumindest durch einen Beschluss über die Ausschüttung mitzuwirken.¹⁵⁸ In Personengesellschaften gelten die Regeln zur Entnahme von Gesellschaftsvermögen.

Sofern die übertragende Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf verschiedene Tochtergesellschaften aufteilt und danach unter realer Verteilung der Tochtergesellschaftsanteile liquidiert wird (unechte Aufspaltung), ähnelt das Verfahren der unechten Fusion.¹⁵⁹ Die Zuweisung der Anteilsrechte an die Gesellschafter kann dabei hinsichtlich aller Anteile im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft (symmetrische unechte Spaltung) oder in Abänderung der Beteiligungsverhältnisse (asymmetrische unechte Spaltung) erfolgen (vgl. Art. 31 FusG).

b) Zulässigkeit der unechten Spaltung

Die unechte zweistufige Spaltung wurde bereits vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes als Ersatz für die damals dem Schweizer Recht noch unbekannt Spaltung praktiziert.¹⁶⁰ Angesichts der komplizierten und belastenden Regelung der echten Spaltung im Fusionsgesetz bevorzugt die Praxis bis heute das zweistufige Vorgehen.¹⁶¹ Es wird auch nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes ganz überwiegend als grundsätzlich zulässig angesehen.¹⁶²

¹⁵⁶ So wurde etwa bei der Abspaltung der Givaudan AG von der F. Hoffmann-La Roche AG im Jahr 2000 vorgegangen; siehe dazu *Büchi* (Fn. 155), S. 107 f.; *Watter/Büchi* (Fn. 154), S. 14 f.; zur Ausschüttung von Aktien als Sachdividende *Büchi* (Fn. 155), S. 106 ff. und *Forstmoser* (Fn. 123), S. 702 ff.; zur ausnahmsweisen Ausschüttung einer Zwischendividende auf der Grundlage einer Zwischenbilanz siehe *Böckli* (Fn. 5), § 12 N. 532.

¹⁵⁷ So geschehen im Fall der Abspaltung der Sulzer Medica AG von der Sulzer AG im Jahre 2001; dazu *Watter/Büchi* (Fn. 154), S. 14.

¹⁵⁸ Sind die Kaufrechte bzw. Gesellschaftsanteile nicht leicht verwertbar, ist ggf. sogar ein qualifizierter Beschluss i.S.v. Art. 704 und Art. 808b OR erforderlich; dazu *Böckli* (Fn. 5), § 12 N. 536.

¹⁵⁹ Siehe zu dieser oben unter D. IV.

¹⁶⁰ Siehe näher zur Praxis und Rechtslage vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes *Büchi* (Fn. 155), S. 76 ff.

¹⁶¹ *Watter/Büchi*, GesKR 2007, 164 ff. ZK-FusG/*Vischer* (Fn. 16), Einl. N. 10.

¹⁶² Siehe nur von *der Crone et al.* (Fn. 60), N. 449 ff.; *Frey/Lambelet*, AJP 2004, 790, 791; BSK-FusG/*Watter/Büchi* (Fn. 11), Art. 29 N. 12 ff.; unter ausdrücklicher Aufgabe der früher vertretenen Ansicht jetzt auch ZK-FusG/*Vischer* (Fn. 16), Einl. N. 15 und ZK-FusG/*Pfeifer/Dobry Oesch* (Fn. 16), Vor Art. 29-52 N. 18; wie hier zwischen bejahter

Dies wird zum einen mit den Strukturunterschieden gegenüber der für Gesellschafter und Gläubiger gefährlicheren direkten Spaltung¹⁶³ und zum anderen damit begründet, dass der Gesetzgeber die Strukturänderungen mit dem Fusionsgesetz habe erleichtern, nicht aber bewährte Verfahrensweisen habe verbieten wollen.¹⁶⁴ Es fehle zudem an einem ausdrücklichen Verbot.¹⁶⁵ Auch wenn nach wie vor anzunehmen sei, dass der Gesetzgeber die Spaltung nur nach den Regeln des Fusionsgesetzes habe vorsehen wollen, könne nicht unbeachtet bleiben, dass in der Praxis fast ausschliesslich das zweistufige Verfahren gewählt werde.¹⁶⁶ Es wird jedoch auch vertreten, dass die zweistufige Vorgehensweise als Umgehung der Spaltungsvorschriften (Art. 29 ff. FusG) dann generell unzulässig sei, wenn sich die Kombination von Sacheinlage und Anteilsausschüttung als ein von vornherein geplanter einheitlicher Vorgang darstelle.¹⁶⁷ Nicht zulässig sei insbesondere die rechtsmissbräuchliche Umgehung des Mehrheitserfordernisses von Art. 43 Abs. 3 FusG.¹⁶⁸

Sofern die Einbringung mit Hilfe des Instituts der Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG und damit unter Nutzung des Privilegs der partiellen Universalsukzession erbracht wird, streitet für die bereits prinzipiell ablehnende Haltung, dass Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG das Spaltungsrecht dann für anwendbar erklärt, wenn die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Dies ist bei der unechten Spaltung zwar erst in einem gesonderten zweiten Schritt der Fall, doch steht dieser Umstand der Anwendung des Spaltungsrechts nach zutreffender Ansicht jedenfalls dann nicht entgegen, wenn beide Schritte eng miteinander verbunden sind und die Kombination

Zulässigkeit und analoger Anwendung des Spaltungsrechts differenzierend *Böckli* (Fn. 5), § 3 N. 342a ff.

¹⁶³ *Watter/Büchi* (Fn. 154), S. 29 f.

¹⁶⁴ *Malacrida*, ZSR 123 (2004), 39, 42; BSK-FusG/*Watter/Büchi* (Fn. 11), Art. 29 N. 16.

¹⁶⁵ ZK-FusG/*Pfeifer/Dobry Oesch* (Fn. 16), Vor Art. 29-52 N. 18; *Watter/Büchi* (Fn. 154), S. 29.

¹⁶⁶ ZK-FusG/*Vischer* (Fn. 16), Einl. N. 1; dieses von einem der „Väter“ des Fusionsgesetzes vorgebrachte Argument spricht allerdings eher gegen die rechtliche Zulässigkeit des zweistufigen Verfahrens, da sie zugleich authentisch Zeugnis über die vermeintlichen Vorstellungen des Gesetzgebers ablegt.

¹⁶⁷ Dazu und zu den mit dieser Ansicht verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten bereits oben unter B.; speziell für die zweistufige Spaltung *Beretta* (Fn. 10), S. 53 ff., welche die bloss analoge Anwendung einzelner Vorschriften von Art. 29 ff. FusG wegen der besonderen Risiken von Spaltungen ausdrücklich für unzureichend hält (Fn. 88); *Altenburger/Calderan/Lederer* (Fn. 35), N. 322 ff.; *Pfeifer/Meier* (Fn. 10), S. 836 und 837 f.; *Vischer* (Fn. 39), S. 160 sowie v. *Salis*, Fusionsgesetz, 2004, S. 396; generell *Amstutz/Mabillard* (Fn. 10), ST N. 411 und 417 ff.

¹⁶⁸ *Sanwald* (Fn. 10), S. 476 f.

von Anfang an beabsichtigt war.¹⁶⁹ Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG setzt weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Normzweck voraus, dass der Anteilserwerb der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft in einem Zug mit der Vermögensübertragung erfolgt.¹⁷⁰

Man kann die Anwendung des Spaltungsrechts darüber hinaus auch für die häufigeren Fälle einer Einbringung im Wege der Singularsukzession befürworten, wenn man annimmt, dass der Gesetzgeber mit Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG einen allgemeinen Schutzgedanken habe zum Ausdruck bringen wollen.¹⁷¹ Schliesslich ist der Sukzessionsmodus unter Schutzaspekten im Ergebnis irrelevant. Dagegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber die Spaltung nach altem Recht für unzulässig hielt¹⁷² und dabei offenbar davon ausging, dass die allgemein bereits vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes praktizierte sog. zweistufige Spaltung gar nicht als Spaltung im Sinne des neuen Gesetzes anzusehen sei. Es darf auch rechtssystematisch und bei einer Interessenabwägung nicht unberücksichtigt bleiben, dass der übertragende Rechtsträger bei der Vermögensübertragung mittels Singularsukzession einerseits auf das für das Fusionsgesetz typische Privileg der Universalsukzession verzichtet und dass sich damit die aufwändigere Umstrukturierungsvariante für die Gesellschafter in quantitativer Hinsicht als weniger gefährlich darstellt. Im Vergleich zu einem generellen Verbot des zweistufigen Verfahrens bildet die Befriedigung konkreter Schutzbedürfnisse durch die jeweils rechtfertigungsbedürftige analoge Anwendung einzelner Schutzbestimmungen des Spaltungsrechts zudem das mildere, wenn auch mit grösserer Rechtsunsicherheit verbundene Mittel.¹⁷³ Die Ansicht des Gesetzgebers, dass eine kumulative Anwendung des Rechts der Vermögensübertragung und der Spaltung nicht möglich sei¹⁷⁴, steht dem nicht entgegen, da sie nur für die Vermögensübertragung mittels (partieller) Universalsukzession geäussert wurde.

¹⁶⁹ Pfeifer/Meier (Fn. 10), S. 836 und 837 f.; Beretta (Fn. 10), S. 53 ff.; Böckli (Fn. 5), § 3 N. 342d und e.

¹⁷⁰ So auch bereits für Art. 29 lit. b FusG Böckli (Fn. 5), § 3 N. 342d und 342e.

¹⁷¹ Amstutz/Mabillard (Fn. 10), ST N. 410 ff.; Beretta (Fn. 10), S. 54.

¹⁷² Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4432.

¹⁷³ Die Zulässigkeit bejahend und eine weitreichende, zumindest den Schutz der Gesellschafter sicherstellende Analogie zum Spaltungsrecht befürwortend Böckli (Fn. 5), § 3 N. 342a ff. und Malacrida (Fn. 164), S. 41 ff.; krit. jedoch Beretta (Fn. 10), S. 55 Fn. 88 (Analogie zu einzelnen Spaltungsvorschriften unzureichend) und Amstutz/Mabillard (Fn. 10), ST N. 401 und 403 (angesichts von Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG keine Regelungslücke); mit der h.L. die Zulässigkeit bejahend und eine Analogie zum Spaltungsrecht ablehnend ZK-FusG/Pfeifer/Dobry Oesch (Fn. 16), Vor Art. 29-52 N. 19.

¹⁷⁴ Botschaft FusG (Fn. 5), S. 4460.

c) *Analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes*

aa) *Gesellschafterschutz*

Während für die unechte Aufspaltung die Ausführungen zum Schutz der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bei der unechten Fusion¹⁷⁵ entsprechend gelten, besteht bei der sehr viel häufigeren unechten Abspaltung ein stärkeres Bedürfnis nach Lückenfüllung. Die Begrenzung der Vertretungsmacht der Leitungsorgane der übertragenden Gesellschaft durch den Gesellschaftszweck,¹⁷⁶ die bei der unechten Fusion zumeist bereits auf der ersten Stufe eine effektive Mitwirkung der Gesellschafter erforderlich macht, spielt bei der unechten Abspaltung nämlich eine geringere Rolle. Vielfach wird der Gesellschaftszweck die für die unechte Abspaltung notwendige Vermögensübertragung noch decken. Auch von einer faktischen Liquidation, die vor dem Hintergrund von Art. 69 Abs. 2 FusG einen vorgängigen Auflösungsbeschluss erfordern würde¹⁷⁷, wird bei der blossen Übertragung von Teilvermögen nur selten die Rede sein können. Im unechten Abspaltungsverfahren werden die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft daher zumeist erst im Verlauf des zweiten Schritts mitwirken können, indem sie je nach der Art des gewählten Verfahrens einen Ausschüttungs-, Kapitalherabsetzungs- oder (bei der Abspaltung selten) Auflösungsbeschluss zu fassen haben.¹⁷⁸ Wird eine Gewinnausschüttung auf der zweiten Stufe vermieden, kann die Mitwirkung der Gesellschafter sogar ganz entbehrlich werden.¹⁷⁹ In jedem Fall kommt eine erst auf der zweiten Stufe erfolgende Mitwirkung der Gesellschafter zu spät, da sie die Vermögensübertragung dann nicht mehr rückgängig machen und mithin vor vollendete Tatsachen gestellt werden können.¹⁸⁰

Sofern mithin bei der Vermögensübertragung als dem ersten der beiden miteinander planmässig oder zeitlich und sachlich verbundenen Schritte keine Mitwirkung der Gesellschafter nach allgemeinen Vorschriften Platz greift, ist zugunsten der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft eine analoge Anwendung der Art. 36 Abs. 3 und 43 f. FusG (Erfordernis eines öffentlich beurkundeten Beschlusses über die Zustimmung zum Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan) sowie der Art. 39 ff. FusG (Gewährleistung einer informierten Beschlussfassung) geboten.¹⁸¹ Der Zustimmungsbe-

¹⁷⁵ Siehe dazu oben unter D. IV. 3. a).

¹⁷⁶ Siehe dazu oben bei und in Fn. 63 ff.

¹⁷⁷ Siehe dazu oben bei und in Fn. 146 ff.

¹⁷⁸ ZK-FusG/Pfeifer/Dobry Oesch (Fn. 16), Vor Art. 29-52 N. 18.

¹⁷⁹ So etwa im Falle der Abspaltung der Ciba Spezialitätenchemie AG von der CIBA-GEIGY AG; dazu *Watter/Büchi* (Fn. 154), S. 12 und krit. *Beretta* (Fn. 10), S. 52 f.

¹⁸⁰ Siehe dazu auch die Kritik von *Beretta* (Fn. 10), S. 53.

¹⁸¹ So auch für den Fall zweier voneinander abhängiger und als Gesamtvorgang geplanter Umstrukturierungsschritte *Böckli* (Fn. 5), § 3 N. 342e.

schluss bedarf der qualifizierten Mehrheiten nach Art. 43 Abs. 2 i.V.m. Art. 18 Abs. 1, 3, 4 und 6 FusG analog bzw. bei der asymmetrischen Spaltung nach Art. 43 Abs. 3 FusG analog sogar einer Mehrheit von mindestens 90 % der Stimmberechtigten¹⁸² bzw. Stimmen¹⁸³. Bei Verstössen gelten die Art. 106 f. FusG analog. Anders als bei der unechten Aufspaltung und im Recht der unechten Fusion, für die nach dem Willen des Gesetzgebers das Liquidationsrecht gelten soll, kann hier schliesslich noch als spaltungsrechtliches Institut das Individualklagerecht auf gerichtliche Festsetzung einer Abfindung bei nicht angemessener Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG analog zum Tragen kommen.

Alle diese Analogien werden nicht nur durch die Spaltungsähnlichkeit des als Einheit geplanten zweistufigen Vorgangs, sondern auch dadurch gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber alle Vermögensübertragungen, bei denen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, dem Spaltungsrecht unterstellen wollte (Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG).¹⁸⁴ Diese Vorschrift ist im Falle der Singularsukzession zwar nicht direkt einschlägig, kann aber ausserhalb von Liquidationssachverhalten, für die vorrangig der direkt anwendbare Vorbehalt von Art. 69 Abs. 2 FusG gilt, als Ausdruck eines analogiefähigen Prinzips betrachtet werden, da es für den Gesellschafterschutz letztlich nicht darauf ankommt, ob die Vermögensübertragungen mittels Universal- oder Singularsukzession durchgeführt werden und ob die Anteils- bzw. Mitgliedschaftsrechte in ein und demselben Vorgang oder gesondert in einem von Anfang an geplanten zweiten Schritt erworben werden.

Was schliesslich die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft(en) anbetrifft, so werden sie durch die für die jeweiligen Gesellschaftsformen geltenden Regelungen zur Aufnahme neuer Gesellschafter, zur Sacheinlage, zum Erwerb bzw. zur Wiederveräusserung eigener Anteile und zur regelmässig erforderlich werdenden Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss bereits hinreichend geschützt.¹⁸⁵

¹⁸² Nur bei Gesellschaften, für die gesetzlich und gesellschaftsvertraglich das Kopfstimmprinzip gilt, ist gemäss dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 3 FusG für die Berechnung des Quorums auf die Stimmberechtigten abzustellen; siehe dazu nur ZK-FusG/*Burckardt-Bertossa/Eichner* (Fn. 16), Art. 43 N. 15.

¹⁸³ Bei Gesellschaften, für die gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich das Kapitalstimmprinzip gilt, ist für die Berechnung des Quorums entgegen dem Wortlaut von Art. 43 Abs. 3 FusG auf die Anzahl der Stimmen abzustellen; siehe dazu nur ZK-FusG/*Burckardt-Bertossa/Eichner* (Fn. 16), Art. 43 N. 15.

¹⁸⁴ So auch *Böckli* (Fn. 5), § 3 N. 342e.

¹⁸⁵ Siehe dazu auch bereits oben unter D. III. 3. a).

bb) Gläubigerschutz

Bei einer unechten Aufspaltung gilt für den Schutz der Gläubiger der beteiligten Gesellschaften das zur unechten Fusion Ausgeführte entsprechend, da auch hier alle Passiven der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmenden Gesellschaften übergehen.

Bei der unechten Abspaltung ist hingegen folgendermassen zu differenzieren: Für die Gläubiger übertragener Passiven und die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft(en) gilt hinsichtlich der ebenfalls fehlenden Regelungslücke dasselbe wie für die entsprechenden Gläubigergruppen bei einer unechten Fusion. Die von der Vermögensübertragung als solcher nicht berührten Gläubiger der übertragenden Gesellschaft sind aufgrund der direkten oder mittelbaren Ausschüttung der Anteile der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf der zweiten Stufe von einem Verlust an Haftungssubstrat bedroht, da die Ausschüttung der Anteile gratis oder zum in aller Regel deutlich unter dem Verkehrswert der Anteile liegenden Nennwert erfolgt. Man kann sich auch insoweit auf den Standpunkt stellen, dass der Gesetzgeber die Gläubiger gegen diese Gefahr gesellschaftsrechtlich nur mit den Regelungen zum Kapitalschutz hat absichern wollen. So ist der Gläubigerschutz jedenfalls dann hinreichend gewahrt, wenn die übertragende Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung durchführen muss (Art. 732 ff. OR), weil sie die Ausschüttung nicht aus freien Reserven bewerkstelligen kann, oder weil sie eine solche aus steuerlichen Gründen für geboten hält. Nur in den übrigen Fällen könnte eine Analogie zu den gläubigerschützenden Regelungen des Spaltungsrechts (Art. 45 ff. FusG) erwogen werden.¹⁸⁶ Insofern stellt sich aber noch das Problem, dass diese Vorschriften einen allgemein als sehr weitreichend bzw. *de lege ferenda* korrekturbedürftig empfundenen Gläubigerschutz gewährleisten,¹⁸⁷ so dass man mit der Analogie nicht nur eine Schutzlücke schliesse, sondern eine Gleichbehandlung auf überschüssendem Niveau herstellte. Dies wäre nicht zu rechtfertigen, zumal auch in der Methodenlehre gilt, dass systemwidrige Normen nicht analogiefähig sind.¹⁸⁸ Eine Analogie zu Art. 75 FusG scheidet wie schon dessen direkte Anwendung im Falle einer Vermögensübertragung mittels Universalsukzession ebenfalls aus, da die Vorschrift anstelle von Art. 176 und 181 Abs. 2 OR nur die Gläubiger übertragener Passiven schützt.

¹⁸⁶ Generell eine Anwendung des Spaltungsrechts über Art. 69 Abs. 1 S. 2 FusG befürwortend Böckli, ST 2004, 899, 908.

¹⁸⁷ Siehe zur Kritik an den Art. 45 ff. FusG etwa Watter/Büchi (Fn. 161), 166 ff. („Die Konsequenz: Die Gläubiger profitieren von einer Spaltung“); Binder, GesKR 2007, 123, 124 f. und 126 ff.; ZK-FusG/Vischer (Fn. 16), Einl. N. 13 f.

¹⁸⁸ Siehe nur D.1.3.14 (Paulus) und Kramer (Fn. 20), S. 207 m.w.N.

cc) *Arbeitnehmerschutz*

Für den Schutz der Arbeitnehmer gilt bei der unechten Spaltung das zur unechten Fusion Gesagte entsprechend.¹⁸⁹

V. Schlussbemerkung

Mit dem Fusionsgesetz hat der Schweizer Gesetzgeber den Versuch einer rechtsformübergreifenden Teilregelung im Gesellschaftsrecht unternommen. Da das Gesetz nur für bestimmte Strukturänderungen geschaffen wurde, stellt sich die Frage, ob wirtschaftlich und rechtlich ähnliche Umstrukturierungen überhaupt wirksam durchgeführt werden können und welchen Regeln sie im Einzelnen zu unterwerfen sind. Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass die Antworten auf diese Fragen so vielgestaltig sind wie die Möglichkeiten der Umstrukturierung. Es kann daher weder einfach auf den generell beschränkten Anwendungsbereich des Fusionsgesetzes noch pauschal auf eine analoge Anwendung des Fusionsgesetzes oder seine Ausstrahlungswirkung auf ähnliche Sachverhalte verwiesen werden. Es kann weder gelehrt werden, dass das Fusionsgesetz einige prinzipiell der Verallgemeinerung fähige Grundsätze des Gesellschaftsrechts enthält, noch ist zu bestreiten, dass sich die Rechtsanwendung im Bereich der externen Lücken des Fusionsgesetzes zunächst an den anderen für die betroffenen Gesellschaften geltenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu orientieren hat und das Schweizer Recht hier etwa im Gegensatz zum deutschen Recht keine allgemeine „Holzmüllerpflicht“ für strukturelevante Vermögensübertragungen kennt¹⁹⁰.

Damit sind im Einzelfall der Normanwendung die Voraussetzungen einer Gesetzesumgehung bzw. Analogie genau zu prüfen. Die von der Methodenlehre *de lege lata* für einen Analogieschluss verlangte planwidrige Regelungslücke ist im komplexen Geflecht der allgemeinen und besonderen gesellschaftsrechtlichen Regelungen sowie der vom Fusionsgesetzgeber selbst vorgebrachten Wertungen und Differenzierungen zu ermitteln. Es ist zu berücksichtigen, dass das Fusionsgesetz seinerseits Schutzmechanismen ausser Kraft setzt, die ausserhalb seines Anwendungsbereichs bestehen bleiben und nicht einfach durch die besonderen Behelfe des Fusionsgesetzes ersetzt bzw. ergänzt und überlagert werden können. Letztlich geht es wertungsmässig um die Frage, ob und inwieweit das im Fusionsgesetz regelmässig höhere Niveau des Gesellschafter-, Gläubiger- und Arbeitnehmerschutzes auch für vom Gesetz nicht geregelte und auch nicht

¹⁸⁹ Siehe dazu unter D. IV. 3. c).

¹⁹⁰ Siehe dazu oben bei und in Fn. 63 ff.

privilegierte Sachverhalte aufgrund ihrer Vergleichbarkeit gelten soll.¹⁹¹ Wer sich dabei vom methodisch *de lege lata* Begründbaren und nicht vom lediglich rechtspolitisch *de lege ferenda* Wünschbaren leiten lässt,¹⁹² wird eine analoge Anwendung von Vorschriften des Fusionsgesetzes letztlich nur in wenigen Fällen befürworten können¹⁹³.

Differenzierte Lösungen schaffen typischerweise eine gewisse Rechtsunsicherheit, die gerade im Umstrukturierungsrecht besonders unerwünscht ist. Solange sich weder der Gesetzgeber¹⁹⁴ noch die Rechtsprechung einzelner Fragen angenommen haben, lässt sie sich bei Strukturänderungen, die in Mitgliedschaftsrechte eingreifen, nur durch einen Rückgriff auf die im Fusionsgesetz geregelten Umstrukturierungsformen oder eine freiwillige kumulative Befolgung einzelner Schutzregelungen ausräumen. Hierdurch verringert sich naturgemäss die Attraktivität der alternativen Strukturänderungen.

¹⁹¹ Vgl. dazu deutlich im deutschen Recht *Dauner-Lieb*, in: KölnKomm UmwG, Köln 2009, § 1 N. 48: Die Analogie sei als „übertriebene Aufwertung des Minderheitenschutzes zu Lasten der Praktikabilität von Unternehmensumstrukturierungen“ inhaltlich abzulehnen; zur Massgeblichkeit von Schutzdefiziten für die Beurteilung der Zulässigkeit und die analoge Anwendung von Schutzvorschriften des Fusionsgesetzes auch *von der Crone et al.* (Fn. 60), N. 449 ff.; krit. gegenüber unbestimmten Interessenabwägungen *Amstutz/Mabillard* (Fn. 10), ST N. 401.

¹⁹² Zum Unterschied zwischen *de lege lata* behebbarer Lückenhaftigkeit und nur *de lege ferenda* zu korrigierender Fehlerhaftigkeit bzw. Verbesserungsbedürftigkeit des Gesetzes siehe nur *Bydlinski* (Fn. 49), S. 473; *Larenz* (Fn. 47), S. 374; zum Verfassungsprinzip der richterlichen Bindung an einen klaren Gesetzeszweck siehe nur *Kramer* (Fn. 20), S. 224.

¹⁹³ Siehe zu den wenigen in diesem Beitrag bejahten Analogien unter D. II. 3. b), D. II. 3. d) bb), D. IV. 3 a) und D. V. 3. a).

¹⁹⁴ ZK-FusG/*Vischer* (Fn. 16), Einl. N. 16 plädiert für eine gesetzliche Regelung der Ausschliesslichkeit zumindest im Bereich der Spaltung im Rahmen der von privater Seite angedachten „Minirevision“ (s. dazu *Binder* (Fn. 187), S. 126 f.) des Fusionsgesetzes.