
BAKER & MCKENZIE

(Herausgeber)

Fusionsgesetz

Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung
und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz)

sowie die einschlägigen Bestimmungen
des IPRG und des Steuerrechts

Beiträge von:

Markus Affentranger

Markus Berni

Florian Bommer

Paul Bürgi

Albert Combœuf

Matthias Courvoisier

Monika Dietrich

Martin Epper

Martin Frey

Joachim Frick

Martin Furrer

Richard Gassmann

Marcel Giger

Lukas Glanzmann

Davide Jermini

Hans-Andrée Koch

Franco Koslar

Beat Mathys

Nicolas Passadelis

Kilian Perroulaz

Philippe M. Reich

Peter Reinert

Alois Rimle

Vito Roberto

Franz Schenker

Urs Schenker

Michael Treis

Urs Zenhäusern



Stämpfli Verlag AG Bern · 2003

3. Abschnitt: Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung, Neugründung und Zwischenbilanz

Art. 32

Herabsetzung des Kapitals bei der Abspaltung	Wird im Zusammenhang mit der Abspaltung das Kapital der übertragenden Gesellschaft herabgesetzt, so finden die Artikel 733, 734, 788 Absatz 2 und 874 Absatz 2 des Obligationenrechts keine Anwendung.
Réduction de capital en cas de séparation	Si la société transférante réduit son capital en raison de la séparation, les art. 733, 734, 788, al. 2, et 874, al. 2, CO ne sont pas applicables.
Riduzione del capitale in caso di separazione	Gli articoli 733, 734, 788 capoverso 2 e 874 capoverso 2 del Codice delle obbligazioni non si applicano se la società trasferente riduce il suo capitale a seguito della separazione.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	1
II. Rechtsfolgen	5

I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen

Gemäss Art. 29 lit. a FusG wird bei der *Aufspaltung* die übertragende Gesellschaft aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Entsprechend ist eine Kapitalherabsetzung nicht notwendig. Die *Abspaltung* (Art. 29 lit. b FusG) hingegen führt nicht zu einer Auflösung der Gesellschaft und zur Löschung im Handelsregister; meistens wird jedoch bei der Abspaltung das Kapital der übertragenden Gesellschaft herabzusetzen sein. Eine Kapitalherabsetzung ist immer dann notwendig, wenn die übertragende Gesellschaft nicht über freie Mittel in der Höhe des Wertes (Buchwertes) der übertragenen Vermögenswerte (im Sinne des Saldo der Aktiven und Passiven) verfügt (Botschaft, 4435). Dadurch wird vermieden, dass es aufgrund einer Spaltung zu einem Kapitalverlust oder zu einer Überschuldung der übertragenden Gesellschaft kommt (vgl. Art. 725 OR für die AG und die Kommandit-AG; Art. 817 Abs. 1 OR für die GmbH; Art. 903 OR i.V.m. Art. 725 OR für die Genossenschaft; zu den Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung einer AG siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 50 N 187 ff.).

Bei der Bestimmung der *Höhe der Kapitalherabsetzung* kann zwar der Nominalbetrag der Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft dem Nominalbetrag der Kapitalerhöhung bei den übernehmenden Gesellschaften bzw. der Höhe des Gesellschaftskapitals der durch eine Spaltung neu gegründeten Gesellschaften entsprechen. Weitere Faktoren, wie etwa der Wert des zu übertragenden Teilvermögens und die Höhe der verfügbaren Mittel der übertragenden Gesellschaft, werden jedoch die Höhe der Kapitalherabsetzung ebenfalls beeinflussen (Botschaft, 4435).

- 3 Art. 32 FusG regelt ausschliesslich die *Erleichterungen* hinsichtlich der Erfüllung von Gläubigerschutzbestimmungen bei einer *Kapitalherabsetzung der übertragenden Gesellschaft*. Demgegenüber finden sich in Art. 33 FusG Bestimmungen, welche *Kapitalerhöhungen bei übernehmenden* Gesellschaften erleichtern. Wird eine übernehmende Gesellschaft neu gegründet, so findet nicht Art. 33 FusG, sondern Art. 34 FusG Anwendung.
- 4 In Art. 42 VE-FusG findet sich eine mit Art. 32 FusG fast identische Bestimmung. Der im Vorentwurf noch nicht enthaltene Verweis auf Art. 874 Abs. 2 OR (Genossenschaft) wurde aufgrund eines Antrages des schweizerischen Bauernverbandes im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens aufgenommen (Vernehmlassung, 234).

II. Rechtsfolgen

- 5 Art. 732 ff. OR sehen den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezweckende Massnahmen bei der Herabsetzung des Aktienkapitals vor (vgl. auch Art. 788 Abs. 2 OR für die GmbH bzw. Art. 874 Abs. 2 OR für die Genossenschaft). Eine kumulative Anwendung dieser allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts und der Vorschriften des FusG würde zu Doppelspurigkeiten führen. Mit Art. 45 ff. FusG stellt das FusG indes die Interessen der Gläubiger bei der Spaltung hinreichend sicher (vgl. GASSER/EGGENBERGER, Vorentwurf, 476, mit zahlreichen Hinweisen auf das formelle Kapitalherabsetzungsverfahren im alten Recht; siehe auch EBERHARD, Scission, 215). Die Anwendbarkeit der rechtsformspezifischen Gläubigerschutzvorschriften betreffend Kapitalherabsetzung, neben den allgemeinen Gläubigerschutzvorschriften bei der Spaltung, würde Abspaltungen in nicht sachgerechter Weise erschweren. *Keine Anwendung* finden daher gemäss Art. 32 FusG:
- Art. 733 OR (Aufforderung an die Gläubiger bei der Herabsetzung des Aktienkapitals zur Anmeldung ihrer Forderungen und zur Einreichung des Begehrens um Befriedigung/Sicherstellung; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 53 N 138 ff.);
 - Art. 734 OR (öffentliche Urkunde betreffend Erfüllung der Voraussetzungen gemäss Art. 733 OR, «Feststellungsurkunde»; vgl. Art. 84 Abs. 2 HRegV);
 - Art. 788 Abs. 2 OR (Verweis auf Art. 733 OR für das Recht der GmbH); sowie
 - Art. 874 Abs. 2 OR (Verweis auf Art. 733 OR für das Recht der Genossenschaft).
- 6 Während Art. 32 FusG explizit bestimmt, dass Art. 733 f. OR nicht anwendbar ist, schweigt das Gesetz hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 732 OR. Daraus darf gefolgert werden, dass im Rahmen einer Abspaltung der Generalversammlungsbeschluss bezüglich der Herabsetzung des Gesellschaftskapitals nur gefasst werden darf, wenn ein *besonderer Revisionsbericht* vorliegt (vgl. Art. 732 Abs. 2 OR). Die Beachtung dieser Vorschrift ist erforderlich, da im Spaltungsbericht hinsichtlich der Gläubiger nur die Auswirkungen der Spaltung auf die Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften zu erläutern sind (vgl. Art. 39 FusG), während nach Art. 732 Abs. 2

OR im Revisionsbericht festgestellt werden muss, dass die Forderungen der Gläubiger trotz Herabsetzung des Aktienkapitals *voll gedeckt* sind (vgl. Botschaft, 4412 sowie 4439). Zweck der Prüfung im Rahmen des besonderen Revisionsberichtes ist der Nachweis, dass die Forderungen der Gläubiger auch nach erfolgter Kapitalherabsetzung voll gedeckt sind. Dabei ist auch die Liquidität (Fristenkongruenz) zu beachten (dafür: HWP, Band 4, Ziff. 7.344; dagegen: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 53 N 89f.), wie dies Art. 11 BankG für die Bank-AG vorschreibt. Der Bericht kann dazu dienen, den Nachweis gemäss Art. 46 Abs. 2 FusG, dass die Erfüllung der Forderungen nicht gefährdet ist, zu führen.

Bei der Abspaltung sind die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kapitalherabsetzung (vgl. N 5) zwar nicht zu beachten, jedenfalls aber die den Schutz der Gläubiger bezweckenden *Vorschriften für die Spaltung* (Art. 43 Abs. 1 und Art. 45–48 FusG). 7

Art. 33

Kapitalerhöhung	<p>¹ Die übernehmende Gesellschaft muss das Kapital erhöhen, soweit es zur Wahrung der Rechte der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erforderlich ist.</p> <p>² Die Vorschriften des Obligationenrechts über die Sacheinlagen sowie Artikel 651 Absatz 2 des Obligationenrechts finden bei der Spaltung keine Anwendung.</p>
Augmentation de capital	<p>¹ La société reprenante augmente son capital dans la mesure où le maintien des droits des associés de la société transférante l'exige.</p> <p>² Les dispositions du code des obligations concernant les apports en nature ainsi que l'art. 651, al. 2, CO ne s'appliquent pas aux scissions.</p>
Aumento del capitale	<p>¹ La società assuntrice deve aumentare il capitale nella misura necessaria alla salvaguardia dei diritti dei soci della società trasferente.</p> <p>² Le disposizioni del Codice delle obbligazioni sui conferimenti in natura e l'articolo 651 capoverso 2 del Codice delle obbligazioni non si applicano alla scissione.</p>

Inhaltsübersicht

	Note
I. Allgemeines	1
II. Voraussetzungen (Abs. 1)	5
III. Erleichterungen (Abs. 2)	7

I. Allgemeines

- 1 Art. 33 Abs. 1 FusG statuiert die *Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung* der übernehmenden Gesellschaft im Rahmen einer *Spaltung zur Übernahme*, soweit es die Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität erfordert (Abs. 1). Abs. 2 der Vorschrift sieht Erleichterungen bezüglich einer etwaig erforderlichen Kapitalerhöhung vor (Abs. 2). Die Vorschrift entspricht Art. 9 FusG (Absorptionsfusion).
- 2 Der *Anwendungsbereich* der Vorschrift ist auf Gesellschaften mit Grundkapital, mithin auf Kapitalgesellschaften (Art. 2 lit. c FusG) oder Genossenschaften mit Genossenschaftskapital, beschränkt. Angesichts ihres Normzwecks (vgl. N 3) ist die Vorschrift aber auch auf Kapitalerhöhungen bei der übertragenden Gesellschaft im Rahmen einer asymmetrischen Abspaltung (Art. 31 Abs. 2 lit. b FusG) anzuwenden. Eine solche Kapitalerhöhung ist grundsätzlich notwendig, wenn bei einer asymmetrischen Abspaltung die mitgliedschaftliche Kontinuität ausschliesslich durch Erhöhung der Beteiligungsquote an der übertragenden Gesellschaft gewahrt werden soll. Bei einer Spaltung zur Neugründung ist nicht Art. 33 FusG, sondern Art. 34 FusG anwendbar. Zu beachten ist, dass die Erleichterungen nur für Kapitalerhöhungen gelten, die zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität erforderlich sind (vgl. Art. 9 N 14 m. w. H.).

Das Erfordernis der *Kapitalerhöhung* (Abs. 1) dient der Wahrung der *mitgliedschaftlichen Kontinuität* (Art. 31 FusG). Überdies dient die Kapitalerhöhung dem Gläubigerschutz (Funktion des Gesellschaftskapitals als Haftungssubstrat; vgl. Botschaft, 4435). Die bezüglich Kapitalerhöhung eingeräumten Erleichterungen (Abs. 2) liegen auf der Linie der allgemeinen Zielsetzung des FusG, im Interesse der Unternehmenskontinuität die Durchführung von Umstrukturierungen zu begünstigen. 3

Art. 33 FusG wurde gegenüber dem Text des Vorentwurfs (Art. 43 VE-FusG) und dem Entwurf des Bundesrates (Art. 33) nur redaktionell geändert. 4

II. Voraussetzungen (Abs. 1)

Eine Kapitalerhöhung muss durchgeführt werden, soweit dies zur *Wahrung der Rechte der Gesellschafter* notwendig ist. Damit wird auf Art. 31 FusG Bezug genommen. Der Umfang der Kapitalerhöhung bestimmt sich in erster Linie nach dem entsprechenden Umtauschverhältnis (vgl. dazu Art. 31 FusG i.V.m. Art. 7 FusG). Überdies von Bedeutung ist insbesondere das Ausmass der wechselseitigen Beteiligung der Spaltungspartner und der Umfang des eigenen Anteilsbesitzes (eingehend zu den Fällen, da eine Kapitalerhöhung zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität nicht notwendig ist, Art. 9 N 5 ff.). 5

Nach dem Verbot der *Unterpari-Emission* (Art. 624 OR; Art. 764 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 624 OR sowie Art. 779 Abs. 2 OR) muss der Nominalbetrag der Kapitalerhöhung dem Wert des übertragenen Teilvermögens entsprechen oder tiefer als dieser Wert sein (Botschaft, 4435). Die Übernahme eines Teilvermögens mit Passivenüberschuss sollte aber – entgegen der in der Botschaft vertretenen Auffassung – immer dann zugelassen werden, wenn die übernehmende Gesellschaft die erforderlichen Anteile der Gesellschafter der übertragenen Gesellschaft aus dem freien Eigenkapital zu liberieren vermag (vgl. Art. 29 N 23). Ist die übernehmende Gesellschaft eine GmbH, ist überdies die rechtsformspezifische Schranke des Höchststammkapitals von 2 Mio. (Art. 773 OR geltende Fassung) zu beachten, die freilich nach dem Entwurf zur Revision des GmbH-Rechts entfallen soll (Art. 773 E-OR e contrario). 6

III. Erleichterungen (Abs. 2)

Art. 33 Abs. 2 FusG sieht vor, dass die Sacheinlagevorschriften auf die Kapitalerhöhung im Rahmen einer Spaltung zur Übernahme keine Anwendung finden. Damit kann bei einer Kapitalerhöhung, die im Rahmen einer Spaltung zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität erforderlich ist, auf die Einhaltung der rechtsformspezifischen Sacheinlagevorschriften (Art. 628 Abs. 1 OR; Art. 764 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 628 Abs. 1 OR; Art. 778 OR sowie Art. 833 Ziff. 2 OR) verzichtet werden. 7

Der Verzicht auf die Einhaltung der Vorschriften über die Sacheinlagen wird dadurch begründet, dass insbesondere die Bestimmungen zum Spaltungsbericht und dessen 8

Prüfung (Art. 39 f. FusG) die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen überflüssig machen bzw. zu einer Doppelspurigkeit führen würden (Botschaft, 4435 und 4405). Verglichen mit dem erklärten Zweck greift der Ausschluss allerdings zu weit. Mit Blick auf die Möglichkeit des Verzichts auf Spaltungsbericht und Spaltungsprüfung durch KMU (Art. 39 Abs. 2 FusG und Art. 40 FusG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 FusG) sind die rechtsformspezifischen Sacheinlagevorschriften richtigerweise nur dann unbeachtlich, wenn tatsächlich ein *Spaltungsbericht erstellt* (Art. 39 FusG) und eine Spaltungsprüfung (Art. 40 FusG) durchgeführt wird (vgl. Art. 9 N 12 ff.). Zu beachten ist, dass die Erleichterungen von Art. 33 Abs. 2 FusG nicht anwendbar sind, wenn im Rahmen einer Spaltung eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird, ohne dass eine Kapitalerhöhung zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität erforderlich ist.

- 9 Entgegen der Vorschrift von Art. 651 Abs. 2 OR (vgl. hierzu FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Aktienrecht, § 52 N 221 ff.) kann bei einer Spaltung das genehmigte Kapital die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals übersteigen; die Anwendung von Art. 651 Abs. 2 OR könnte es verunmöglichen, eine Kapitalerhöhung im notwendigen Ausmass durchzuführen (Botschaft, 4435 f.).
- 10 Art. 33 Abs. 2 FusG entspricht Art. 9 Abs. 2 FusG (Nichtanwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts betreffend die Sacheinlagen sowie Höchstbetrag bei der genehmigten Kapitalerhöhung), weshalb für weitere Einzelheiten auf die Kommentierung von Art. 9 FusG verwiesen werden kann (Art. 9 N 12 ff.).

Art. 34

Neugründung	Für die Neugründung einer Gesellschaft im Rahmen einer Spaltung gelten die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Gründung einer Gesellschaft. Keine Anwendung finden die Vorschriften über die Anzahl der Gründerinnen und Gründer bei Kapitalgesellschaften sowie die Vorschriften über die Sacheinlagen.
Fondation d'une nouvelle société	Les dispositions du code des obligations concernant la fondation d'une société s'appliquent à la fondation d'une nouvelle société lors d'une scission. Les dispositions concernant le nombre des fondateurs de sociétés de capitaux et les apports en nature ne sont pas applicables.
Costituzione di una nuova società	Alla costituzione di una nuova società nell'ambito di una scissione si applicano le disposizioni del Codice delle obbligazioni relative alla costituzione di una società. Le disposizioni relative al numero dei promotori di società di capitali e ai conferimenti in natura non si applicano.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	1
II. Erleichterungen bei der Gründung neuer Gesellschaften	3
1. Allgemeines	3
2. Keine Anwendung der Vorschriften über die Anzahl Gründer	5
3. Keine Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen	6

I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen

Während sich Art. 32 FusG mit der Herabsetzung des Kapitals bei der übertragenden Gesellschaft befasst, Art. 33 FusG hingegen mit der Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft (sowohl bei der Aufspaltung als auch bei der Abspaltung, vgl. Botschaft, 4435), bezieht sich Art. 34 FusG nur auf neu zu gründende Gesellschaften, auf welche Vermögenswerte übertragen werden (*Spaltung zur Neugründung*). 1

Nicht Regelungsgegenstand von Art. 34 FusG, sondern von Art. 33 FusG, ist die Kapitalerhöhung einer bereits bestehenden Gesellschaft zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität im Rahmen einer Spaltung (Spaltung zur Übernahme). 2

II. Erleichterungen bei der Gründung neuer Gesellschaften**1. Allgemeines**

Bei einer Neugründung einer Gesellschaft im Rahmen einer Spaltung müssen die für die betreffende Gesellschaftsform massgebenden *Gründungsvorschriften* beachtet werden (vgl. die entsprechende Vorschrift von Art. 10 FusG für die Kombinati- 3

onsfusion). Entsprechend sind beispielsweise für Aktiengesellschaften die in Art. 629 ff. OR vorgeschriebenen Voraussetzungen bzw. Formalien zu erfüllen.

- 4 Von der in N 3 genannten Regel gibt es zwei *Ausnahmen*. Diese betreffen die Anzahl der Gründer bei Kapitalgesellschaften sowie die Vorschriften über die Sacheinlagen. Art. 625 OR (Zahl der Mitglieder bei der Gründung der AG) und Art. 775 Abs. 1 OR (Zahl der Gesellschafter zur Gründung einer GmbH) bzw. Art. 628 OR und Art. 634 OR und Art. 778 f. OR sind demgemäss *nicht* zu beachten (vgl. für das deutsche Recht § 135 Abs. 2 UmwG; vgl. auch EBERHARD, Scission, 202 und 208).

2. Keine Anwendung der Vorschriften über die Anzahl Gründer

- 5 Der VE hielt noch fest, dass die Vorschriften über die Anzahl Gründer *generell* keine Anwendung finden (Art. 44 Satz 2 VE-FusG). In der Vernehmlassung wurde kritisiert, dass sich diese Vorschrift bloss auf Kapitalgesellschaften, nicht aber auf *Genossenschaften und Vereine* beziehen darf (vgl. die Eingaben des Kantons BL, des HRA-BE und des VBN, Vernehmlassung, 235; siehe auch MEIER-SCHATZ, Fusionsgesetz, 33; EBERHARD, Scission, 244). Die Botschaft trägt diesen Einwänden Rechnung und vertritt die Auffassung, dass bei der Genossenschaft die Vorschrift über die Anzahl der Gründer (Art. 831 Abs. 1 OR: mindestens sieben Personen) bei einer Neugründung einer Genossenschaft im Rahmen einer Spaltung beachtet werden muss. Zur Begründung wird angeführt, dass die Eigenart der Genossenschaft (Sicherung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder in „gemeinsamer Selbsthilfe“), wie sie in Art. 828 Abs. 1 OR vorgesehen ist, ansonsten nicht gewahrt wird (Botschaft, 4436, Anm. 118). Die Einschränkung der Ausnahmegvorschrift in Art. 34 Abs. 2 FusG überzeugt grundsätzlich; sie muss jedoch – wie in Art. 10 N 3 für die Kombinationsfusion dargelegt – dahingehend ausgelegt werden, dass nach vollzogener Spaltung eine Mindestanzahl von sieben Genossenschaf tern besteht. Als Gründerin könnte somit auch nur eine aufspaltende Genossenschaft auftreten, soweit sie die erforderliche Mitgliederzahl aufweist.

3. Keine Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen

- 6 Gleich wie bei der Kapitalerhöhung im Rahmen einer Spaltung zur Übernahme finden die Vorschriften des OR über die Sacheinlagen auch bei der Spaltung zur Neugründung keine Anwendung, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen zur Spaltung zur Übernahme verwiesen werden kann (vgl. Art. 33 N 7 ff.). Hinsichtlich des Ausschlusses der Sacheinlagevorschriften sind die gleichen Bedenken anzubringen (vgl. a. a. O. N 8).
- 7 Hinsichtlich der *Höhe des Kapitals* der neu zu gründenden Gesellschaft bestehen zwei Schranken. Erstens muss das Kapital einer neu zu gründenden Kapitalgesellschaft, welche im Rahmen einer Spaltung Vermögenswerte übernimmt, genügend hoch sein, um den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft die ihnen zustehenden An-

teils- und Mitgliedschaftsrechte zu gewähren, was angesichts des geringen Mindestnennwertes von einem Rappen zumindest bei der AG unproblematisch sein wird. Zweitens muss das Kapital durch das übertragene Teilvermögen (welches auch einen Passivenüberschuss aufweisen kann) gedeckt sein (Botschaft, 4436).

Art. 35

Zwischenbilanz

¹ Liegt der Bilanzstichtag beim Abschluss des Spaltungsvertrags oder bei der Erstellung des Spaltungsplans mehr als sechs Monate zurück oder sind seit Abschluss der letzten Bilanz wichtige Änderungen in der Vermögenslage der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften eingetreten, so müssen diese eine Zwischenbilanz erstellen.

² Die Erstellung der Zwischenbilanz erfolgt gemäss den Vorschriften und Grundsätzen für den Jahresabschluss unter Vorbehalt folgender Vorschriften:

- a. Eine körperliche Bestandesaufnahme ist nicht notwendig.
- b. Die in der letzten Bilanz vorgenommenen Bewertungen brauchen nur nach Massgabe der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert zu werden; Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für die Zwischenzeit sowie wesentliche, aus den Büchern nicht ersichtliche Veränderungen der Werte müssen jedoch berücksichtigt werden.

Bilan intermédiaire

¹ Les sociétés participant à la scission établissent un bilan intermédiaire si la date de clôture du bilan est antérieure de plus de six mois à celle de la conclusion du contrat de scission ou de l'établissement du projet de scission, ou si des modifications importantes sont intervenues dans leur patrimoine depuis la clôture du dernier bilan.

² L'établissement du bilan intermédiaire est régi par les dispositions et les principes relatifs aux comptes annuels. Les dispositions suivantes sont réservées:

- a. il n'est pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire réel;
- b. les évaluations figurant au dernier bilan ne sont modifiées qu'en fonction des mouvements d'écriture; les amortissements, les corrections de valeur et les provisions intérimaires ainsi que les changements importants de la valeur n'apparaissent pas dans les écritures sont cependant pris en considération.

Bilancio intermedio

¹ Se la data determinante per il bilancio precede di oltre sei mesi la conclusione del contratto di scissione o l'elaborazione del progetto di scissione oppure se si sono verificate importanti modifiche patrimoniali dopo la chiusura del bilancio, le società partecipanti alla scissione devono stilare un bilancio intermedio.

² Il bilancio intermedio è stilato conformemente alle disposizioni e ai principi relativi ai conti annuali, fatte salve le disposizioni seguenti:

- a. non è necessario procedere a un nuovo inventario fisico;
- b. le valutazioni contenute nell'ultimo bilancio sono modificate soltanto in ragione dei movimenti nelle scritture contabili; vanno tuttavia presi in considerazione gli ammortamenti, le correzioni di valore e gli accantonamenti per il periodo intermedio, nonché le modifiche sostanziali di valori che non appaiono nelle scritture contabili.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Anwendungsbereich	1
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	3

I. Anwendungsbereich

Bei der *Festlegung der Zuweisung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte* an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft gemäss Art. 31 Abs. 2 FusG sind die Finanzen der beteiligten Gesellschaften zentral. Entsprechend müssen die massgebenden Bilanzen möglichst aktuell sein. 1

Art. 35 FusG entspricht der Regelung von Art. 11 FusG (Zwischenbilanz bei Fusionen). Er erfuh gegenüber dem Text des Vorentwurfes (Art. 45 VE-FusG) eine Änderung; im Vorentwurf bestand im Gegensatz zum Gesetz noch keine Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz bei *wichtigen Änderungen in der Vermögenslage* der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften. Demgegenüber wurde die Frist von sechs Monaten nicht geändert, obwohl im Rahmen der Vernehmlassung Anträge auf eine Erhöhung auf neun Monate gestellt wurden (Vernehmlassung, 236). 2

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Falls der Bilanzstichtag beim Abschluss des Spaltungsvertrages oder bei der Erstellung des Spaltungsplanes mehr als *sechs Monate* zurückliegt oder falls seit Abschluss der letzten Bilanz *wichtige Änderungen* in der Vermögenslage der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften eingetreten sind, müssen diese Gesellschaften eine Zwischenbilanz erstellen. Art. 35 FusG entspricht Art. 11 FusG, der die *Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz* im Falle einer Fusion regelt (vgl. dazu auch Art. 9 Abs. 1 lit. c der 6. EG-RL zum Gesellschaftsrecht [82/891/EWG]). Da die Prüfung von Bilanzen regelmässig drei Monate dauert, verkürzt sich die entsprechende Frist praktisch von sechs auf drei Monate (vgl. in diesem Zusammenhang auch Schema A zum Kotierungsreglement der SWX, Ziff. 2.2 sowie die zu Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR vertretene Auffassung bei BÖCKLI et al., Rechtsgutachten, 282 ff.; siehe auch Art. 11 N 2). Während das Erfordernis der Zwischenbilanz sicherstellt, dass die beteiligten Gesellschaften bei Abschluss des Spaltungsvertrages bzw. Erstellung des Spaltungsplans von einer aktuellen bilanziellen Grundlage ausgehen, sollen die Pflichten gemäss Art. 42 FusG gewährleisten, dass die obersten Exekutivorgane des Spaltungspartners auch über die zwischen dem Abschluss des Spaltungsvertrages bzw. der Erstellung des Spaltungsplanes und der Beschlussfassung eintretenden wesentlichen Änderungen in der Vermögenslage informiert werden und ein Spaltungsbeschluss nur gefasst wird, soweit dem Vertrag bzw. Plan dadurch nicht die Grundlage entzogen wird. 3

Art. 35 FusG wurde – wie die entsprechenden Vorschriften von Art. 11 FusG und Art. 58 FusG – vom Ständerat durch einen zweiten Absatz ergänzt. Art. 35 Abs. 2 FusG 4

sieht vor, dass grundsätzlich die Vorschriften und *Grundsätze für den Jahresabschluss* bei der Erstellung der Zwischenbilanz beachtet werden müssen. Es bestehen indessen gewisse Erleichterungen. Eine körperliche Bestandaufnahme ist nicht erforderlich. Überdies müssen die Bewertungen, die in der letzten Bilanz vorgenommen wurden, nur nach Massgabe der Bewegungen in den Geschäftsbüchern verändert werden. Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen für die Zwischenzeit sowie wesentliche Wertveränderungen, die aus den Büchern nicht ersichtlich sind, müssen hingegen aufgeführt werden (AmtlBull SR, 153).

- 5 Da die Erstellung der Zwischenbilanz «*gemäss den Vorschriften und Grundsätzen für den Jahresabschluss*» zu erfolgen hat, ist eine Zwischenbilanz insofern zu prüfen, als die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften nach den rechtsformspezifischen Vorschriften ihren Jahresabschluss prüfen lassen müssen (AG, Kommandit-AG, Genossenschaft). Von den spaltungsfähigen Gesellschaften unterliegt grundsätzlich nur die Zwischenbilanz der GmbH nicht einer entsprechenden Prüfung, jedoch nur soweit Art. 819 Abs. 2 OR nicht greift. Zu beachten ist allerdings, dass die der Spaltung zugrunde liegende Bilanz gemäss Art. 40 FusG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 FusG – die Nichterwähnung der Bilanz in Art. 40 FusG stellt wohl ein Versehen des Gesetzgebers dar (vgl. Art. 40 N 4) – von einem besonders befähigten Revisor zu prüfen ist und es somit ohnehin zu einer Prüfung der Bilanz kommt.