
Stämpflis Handkommentar SHK

BAKER & MCKENZIE, Zürich
(Herausgeber)

Fusionsgesetz

Bundesgesetz über Fusion, Spaltung,
Umwandlung und Vermögensübertragung sowie
die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und
des Steuerrechts



Stämpfli Verlag

- 18 Die asymmetrische Abspaltung erlaubt, einen Teil der Gesellschafter aus der übertragenden bzw. übernehmenden Gesellschaft auszuschliessen, weshalb sie der Abfindung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 FusG nahekommmt. Im *Gegensatz zur Abfindung* müssen den von der übertragenden Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschaftern allerdings Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft zugewiesen werden (GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 268; OLG IATI, Handkomm., FusG 31 N 12; WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 31 N 14 f.). Auch die asymmetrische Abspaltung könnte vom Richter aufgrund einer Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR angeordnet werden, sofern dies nach den Umständen des konkreten Einzelfalls als andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung im Sinn dieser Bestimmung erscheint (Botschaft, 4434).
- 19 Die asymmetrische Spaltung bringt ein *erhöhtes Risiko für Gesellschafter mit einer Minderheitsbeteiligung* mit sich, weil bei einem solchen Umstrukturierungsvorgang versucht werden könnte, die guten und die schlechten Risiken zum Nachteil dieser Gesellschafter aufzuteilen (vgl. Botschaft, 4432). So könnte z.B. den Minderheitsgesellschaftern der weniger rentable Gesellschaftsteil zugewiesen werden. Um einen gewissen Minderheitenschutz bei einer asymmetrischen Spaltung zu gewährleisten, bestimmt Art. 43 Abs. 2 FusG, dass mindestens 90% der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft, die über ein Stimmrecht verfügen, dem Spaltungsbeschluss zuzustimmen haben. Dies entspricht dem Quorum, das bei der Fusion notwendig ist, wenn der Fusionsvertrag nur eine Abfindung vorsieht (vgl. Art. 18 Abs. 5 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 FusG), was aufgrund des mit einer asymmetrischen Spaltung einhergehenden teilweisen oder gänzlichen Verlustes von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der übertragenden Gesellschaft sachgerecht ist (GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 269; OLG IATI, Handkomm., FusG 31 N 13). Abgesehen von den unterschiedlichen Mehrheitserfordernissen werden die symmetrische und asymmetrische Spaltung aber gleich behandelt (Botschaft, 4434).

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 OR 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.

Reduction of capital in a spin-off

If the transferring company reduces its capital in connection with the spin-off, Articles 733, 734, 788, paragraph 2, and 874, paragraph 2, of the Code of Obligations shall not apply.

Inhaltsübersicht

Seite

I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	273
II. Rechtsfolgen	274

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 verfügt (des Buchwertes; ebenso WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 32 N 2; WEBER, Handkomm., FusG 32 N 1; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 5). 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. 820 Abs. 1 OR für die GmbH; Art. 903 i.V.m. Art. 725 OR für die Genossenschaft; zu den Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung einer AG siehe FORSTMOSER ET AL., Aktienrecht, § 50 N 187 ff.).

- 2 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; so auch VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 6).
- 3 Art. 32 FusG regelt ausschliesslich die *Erleichterungen* hinsichtlich der Erfüllung von Gläubigerschutzbestimmungen bei einer *Kapitalherabsetzung der übertragenden Gesellschaft* (BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 32 N 3). 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 fand 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. 782 Abs. 4 OR – das Gesetz verweist noch auf 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 (vgl. N 7) würde zu Doppelspurigkeiten führen (insbesondere hinsichtlich des in Art. 45 FusG ebenfalls geforderten Schuldenerufs; vgl. auch VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 10 f.; BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 32 N 3 f.). 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 und WEBER, Handkomm., FusG 32 N 4). 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 Be-

- gehrens um Befriedigung/Sicherstellung; vgl. FORSTMOSER ET AL., Aktienrecht, § 53 N 138 ff.);
- Art. 734 OR (öffentliche Urkunde betreffend Erfüllung der Voraussetzungen gemäss Art. 733 OR, «Feststellungsurkunde»); wie hier VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 11; BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZK-Komm., FusG 32 N 4);
- Art. 782 Abs. 4 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).

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; wie hier WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 32 N 6; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 13; WEBER, Handkomm., FusG 32 N 5; BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 32 N 5, 8). 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; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 12; a.M. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 303, der das spaltungsspezifische Sicherstellungsverfahren als hinreichendes Gläubigerschutzvorkehrungen qualifiziert). 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 (dagegen: FORSTMOSER ET AL., Aktienrecht, § 53 N 89 f.). Der Bericht kann dazu dienen, den Nachweis gemäss Art. 46 Abs. 2 FusG, dass die Erfüllung der Forderungen nicht gefährdet ist, zu führen (VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 13; WEBER, Handkomm., FusG 32 N 5). Art. 732 OR findet nicht nur auf die AG, sondern auch auf die GmbH und die Genossenschaft Anwendung (im Ergebnis gleich WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 32 N 7; BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZK-Komm., FusG 32 N 9; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 32 N 13; WEBER, Handkomm., FusG 32 N 5).

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).

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 OR über die Sacheinlagen sowie Artikel 651 Absatz 2 des OR 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>
Capital Increase	<p>¹ The surviving company must increase its capital to the extent necessary to safeguard the rights of the partners of the transferring company.</p> <p>² The provisions of the Code of Obligations concerning contributions in kind, as well as Article 651, paragraph 2 of the Code of Obligations shall not apply in a demerger.</p>

Inhaltsübersicht	Seite
I. Allgemeines.....	276
II. Voraussetzungen (Abs. 1).....	277
III. Erleichterungen (Abs. 2).....	278

I. Allgemeines

- ¹ Art. 33 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 (VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 2; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 280). 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 (vgl. auch BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 33 N 2). 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 (so auch WEBER, Handkomm., FusG 33 N 1). Zu beachten ist, dass die Erleichterungen schon nach dem Gesetzeswortlaut nur für Kapitalerhöhungen gelten, die zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Kontinuität erforderlich sind (vgl. Art. 9 N 14 m.w.H.; a.M., zum Teil ohne Begründungen, VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 11; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 294; WATTER/BÜCHL, BS-Komm., FusG 33 N 9; BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 33 N 7).

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 (gesamthaft zum Normzweck vgl. auch VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 1).

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

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 i.V.m. Art. 7 FusG; ebenso VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 6; BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZK-Komm., FusG 33 N 3; WEBER, Handkomm., FusG 33 N 2). 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.; WEBER, Handkomm., FusG 33 N 4; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 7).

Nach dem Verbot der *Unter-pari-Emission* (Art. 624, Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 624 sowie Art. 777 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 Passi-

venüberschuss sollte aber – entgegen der in der Botschaft und von den Handelsregisterbehörden 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 17 ff.; BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 33 N 4; WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 33 N 5; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 8; WEBER, Handkomm., FusG 33 N 7).

III. Erleichterungen (Abs. 2)

- 7 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, Art. 764 Abs. 2 i.V.m. Art. 628 Abs. 1, Art. 777c und Art. 833 Ziff. 2 OR sowie die Vorschriften der HRegV; WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 33 N 9; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 295) verzichtet werden.
- 8 Der Verzicht auf die Einhaltung der Vorschriften über die Sacheinlagen wird dadurch begründet, dass insbesondere die Bestimmungen zum Spaltungsbericht und dessen 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 und Art. 40 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.; CHAMPEAUX, HRegV-Komm., HRegV 134 N 57; a.M. WATTER/BÜCHI, BS-Komm. FusG 33 N 10; eine Übersicht zu den Literaturmeinungen bei VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 12). Zu beachten ist (wie oben N 2 m.w.H. bereits erwähnt), 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 Um eine Kapitalerhöhung im notwendigen Ausmass zu ermöglichen, kann bei einer Spaltung entgegen der Vorschrift von Art. 651 Abs. 2 OR (vgl. hierzu FORSTMOSER ET AL., Aktienrecht, § 52 N 221 ff.) das genehmigte Kapital die Hälfte des bisherigen Aktienkapitals übersteigen (Botschaft, 4435 f.; vgl. auch BURCKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZK-Komm., FusG 33 N 9 und VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 33 N 13 ff.).

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 OR 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 CO 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.
Establishment of a new company	For the establishment of a new company in a demerger, the provisions of the Code of Obligations concerning the establishment of a company shall apply. With regard to companies with stated capital, the provisions on the number of founders, as well as the provisions on contributions in kind, shall not apply.

Inhaltsübersicht	Seite
I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen	280
II. Erleichterungen bei der Gründung neuer Gesellschaften.....	281
1. Allgemeines	281
2. Anzahl Gründer bei der Genossenschaft.....	281
3. Keine Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen.....	282

I. Anwendungsbereich und Voraussetzungen

¹ 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*; WEBER, Handkomm., FusG 34 N 1; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 34 N 1).

² *Nicht Regelungsgegenstand* von Art. 34 FusG, sondern von Art. 33 FusG ist die Kapitalerhöhung einer bereits bestehenden Gesellschaft zur Wahrung der mitgliederschaftlichen Kontinuität im Rahmen einer Spaltung (Spaltung zur Über-

nahme; ausführlich zu den Grundsätzen VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 34 N 5–8).

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 Kombinationsfusion). Demnach sind beispielsweise für Aktiengesellschaften die in Art. 629 ff. OR vorgeschriebenen Voraussetzungen bzw. Formalien zu erfüllen. 3

Von dem in N 3 genannten Grundsatz gibt es zwei *Ausnahmen*. Diese betreffen die Anzahl der Gründer bei Kapitalgesellschaften (nachfolgend N 5) sowie die Vorschriften über die Sacheinlagen (N 6 f.). Mit der GmbH-Revision und der Aktienrechtsreform kann seit 1. Januar 2008 eine GmbH oder eine AG auch nur von einer Person gegründet werden (Art. 625 OR; Art. 775 OR), so dass die Dispens von den Vorschriften über die Anzahl Gründer nach Art. 34 FusG für diese beiden Gesellschaftsformen obsolet geworden ist (vgl. auch VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 34 N 3, 10; BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 34 N 4; WEBER, Handkomm., FusG 34 N 7). Vgl. für das deutsche Recht § 135 Abs. 2 UmwG; vgl. auch EBERHARD, scission, 202 und 208. 4

2. Anzahl Gründer bei der Genossenschaft

Der VE hielt noch fest, dass die Vorschriften über die Anzahl Gründer im Rahmen von Spaltungen zur Neugründung *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 in 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; zur Mindestzahl von Mitgliedern als einem begriffsbestimmenden Element der Genossenschaft vgl. auch BGE 138 III 407, 410 E. 2.5.2). Die Einschränkung der Ausnahmegvorschrift in Art. 34 Satz 2 5

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 Genossenschaftlern besteht und ist entsprechend nicht derart zu verstehen, dass sieben sich spaltende Gesellschaften an der Spaltung beteiligt sein müssen (so auch GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 299; VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 34 N 11 und WEBER, Handkomm., FusG 34 N 7). Als Gründerin könnte somit auch nur eine aufspaltende Genossenschaft auftreten, soweit sie die erforderliche Mitgliederzahl aufweist (vgl. VOGEL ET AL., FusG-Komm., FusG 34 N 11).

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 Anteils- 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, vgl. Art. 33 N 6) gedeckt sein (Botschaft, 4436; vgl. auch WEBER, Handkomm., FusG 34 N 4 f. und BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 34 N 7).

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'apparaissant 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.

Interim balance sheet

¹The companies involved in the demerger shall establish an interim balance sheet if the balance sheet date is more than six months prior to the date of the conclusion of the demerger contract or the establishment of the demerger plan, or if important changes as to the assets and liabilities of the companies involved in the demerger have occurred since the balance sheet was established.

²The establishment of the interim balance sheet is governed by the provisions and principles regarding the annual financial statement, subject to the following reservations:

- a. the taking of a physical inventory is not necessary.
- b. the valuation contained in the last balance sheet need only to be changed in accordance with movements in the company books. Depreciation, revaluations and provisions for the interim period, as well as substantial changes of values, not apparent from the books, must be taken into account.

Inhaltsübersicht

Seite

I. Anwendungsbereich	284
II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	284

I. Anwendungsbereich

¹ 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. Zur Pflicht zur Erstellung einer Spaltungsbilanz vgl. VOGEL ET AL. FusG-Komm., FusG 35 N 5–13.

² 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; dazu auch GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 310).

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen

³ 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 Gesell-

schaften 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]; zum Ganzen auch BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 35 N 3). Da die Prüfung von Bilanzen regelmässig drei Monate dauert, verkürzt sich die entsprechende Frist praktisch von sechs auf drei Monate (vgl. die zu Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR vertretene Auffassung bei BÖCKLI ET AL., Rechtsgutachten, 282 ff.; siehe auch Art. 11 N 4 sowie VOGEL ET AL. FusG-Komm., FusG 35 N 14 und WEBER, Handkomm., FusG 35 N 6). 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 (VOGEL ET AL. FusG-Komm., FusG 35 N 2 f.; BURKHARDT BERTOSSA/EICHNER, ZH-Komm., FusG 35 N 4; WEBER, Handkomm., FusG 35 N 10).

Art. 35 FusG wurde – wie die entsprechenden Vorschriften von Art. 11 und Art. 58 FusG – vom Ständerat durch einen zweiten Absatz ergänzt. Art. 35 Abs. 2 FusG 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 Bestandesaufnahme 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; vgl. auch VOGEL ET AL. FusG-Komm., FusG 35 N 20; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 316).

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 (gl.M. WEBER, Handkomm., FusG 35 N 14; GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 317; VON DER CRONE ET AL., Fusionsgesetz, N 226; a.M. VOGEL ET AL. FusG-Komm., FusG 35 N 26). Zu beachten ist allerdings, dass die der Spaltung zugrunde liegende Bilanz gemäss Art. 40 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; so auch WEBER, Handkomm., FusG 35 N 14) – von einem besonders befähigten Revisor zu prüfen ist und es somit ohnehin zu einer Prüfung der Bi-

lanz kommt. Immerhin sind diejenigen Teile der Bilanz, die bei der übertragenen Gesellschaft «zurückbleiben», nicht zu prüfen (WATTER/BÜCHI, BS-Komm., FusG 35 N 17). In der Praxis dürfte regelmässig eine spezifische Spaltungsbilanz erstellt werden (Übersicht über die Lehrmeinungen bei WEBER, Handkomm., FusG 35 N 5).

4. Abschnitt: Spaltungsvertrag, Spaltungsplan, Spaltungsbericht und Prüfung

Art. 36

Spaltungs- vertrag und Spaltungsplan

¹ Überträgt eine Gesellschaft durch Spaltung Vermögensteile auf bestehende Gesellschaften, so schliessen die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften einen Spaltungsvertrag ab.

² Will eine Gesellschaft durch Spaltung Vermögensteile auf neu zu gründende Gesellschaften übertragen, so erstellt ihr oberstes Leitungs- oder Verwaltungsorgan einen Spaltungsplan.

³ Der Spaltungsvertrag und der Spaltungsplan bedürfen der schriftlichen Form und der Zustimmung der Generalversammlung (Art. 43).

Contrat et projet de scission

¹ Si une société transfère par voie de scission des parts de son patrimoine à des sociétés existantes, les organes supérieurs de direction ou d'administration des sociétés participant à la scission concluent un contrat de scission.

² Si une société entend transférer par voie de scission des parts de son patrimoine à des sociétés qui vont être constituées, l'organe supérieur de direction ou d'administration établit un projet de scission.

³ Le contrat ou le projet de scission revêt la forme écrite et est soumis à l'approbation de l'assemblée générale (art. 43).

Contrattodi scissione e progetto di scissione

¹ Se una società trasferisce per scissione parti del suo patrimonio a società preesistenti, gli organi superiori di direzione o di amministrazione delle società partecipanti alla scissione devono concludere un contratto di scissione.

² Se una società intende trasferire parti del suo patrimonio mediante scissione a società costituende, il suo organo superiore di direzione o di amministrazione elabora un progetto di scissione.

³ Il contratto di scissione e il progetto di scissione richiedono la forma scritta e l'approvazione dell'assemblea generale (art. 43).

Demerger contract and demerger plan

¹ If, by demerger, a company transfers parts of its assets and liabilities to existing companies, the supreme managing or administrative bodies of the companies involved shall conclude a demerger contract.

² If, by demerger, a company intends to transfer parts of its assets and liabilities to companies that will be newly established, its supreme managing or administrative body shall prepare a demerger plan.

³ The demerger contract and the demerger plan must be in writing and must be approved by the general meeting (Art. 43).