

## **Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung (Fusionsgesetz)**

Ein erster Überblick über die Bestimmungen betreffend das Handelsregister

lic.iur.HSG **Christof Bläsi**, Rechtsanwalt in St.Gallen

Im folgenden werden diejenigen Punkte des Vorentwurfes zur Diskussion gestellt, welche (nur) das Handelsregister betreffen, aber dennoch zu wesentlichen Grundsatzentscheidungen führen und für die Ausgestaltung des Fusionsgesetzes entscheidend sind. Es stellt sich insbesondere die berechtigte Frage, ob die im Vorentwurf zum Fusionsgesetz (VE FusG) vorgeschlagenen neuen Pflichten (Prüfungspflichten, Auflagepflichten) nicht zu einer Überlastung (und Überforderung) der Handelsregisterbehörden führen.

### **I. Auflage von Dokumenten beim Handelsregisteramt**

#### **a) Regelung im Vorentwurf**

Die Artikel 17 (Fusion), 52 (Spaltung) und 78 VE FusG (Umwandlung) sehen vor, dass mindestens 30 Tage vor Beschlussfassung durch die Generalversammlung der Fusionsvertrag, der Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan bzw. der Umwandlungsplan beim Handelsregister am Sitz des betroffenen Rechtsträgers allen Interessierten zur Einsicht aufgelegt werden muss, ohne dass dafür ein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss.

#### **b) Würdigung**

Der Vorentwurf enthält weitgehende Publizitätspflichten. Namentlich der Fusions- und Spaltungsvertrag werden ohne weiteres für jeder-

mann beim Handelsregisteramt einsehbar sein. Dem (legitimen) Diskretionsbedürfnis wird damit ungenügend Rechnung getragen<sup>1</sup>.

Eine Auflegung beim Handelsregisteramt entspricht nicht den schweizerischen Gepflogenheiten<sup>2</sup>. Sie ist in ihrer Durchführung für die betroffenen Gesellschaften, für das jeweilige Handelsregisteramt und auch für die Interessierten umständlich, schwerfällig und teuer<sup>3</sup>.

In der heutigen telekommunikativen Zeit nimmt kaum jemand den Weg unter die Füsse, um in der Amtsstube des örtlichen Handelsregisteramts Einblick in Vertragsunterlagen zu nehmen. Wenn ein entsprechendes Informationsinteresse besteht, wird man die Zustellung von Kopien verlangen, wie dies auch Art. 17 Abs. 3, 52 und 78 Abs. 3 VE FusG vorsehen<sup>4</sup>. Schliesslich ist anzunehmen, dass solche Unterlagen über kurz oder lang auch via Internet verfügbar gemacht werden.

Da der Rechtsträger zudem nach Art. 17 Abs. 2, 52 und 78 Abs. 2 VE FusG gehalten ist, Vertrags- und weitere Unterlagen (Bericht und Prüfungsbericht, Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie gegebenenfalls die Zwischenbilanz) an seinem Sitz zur Einsicht aufzulegen, stellt sich auch die Frage, welchen Sinn eine zusätzliche Auflegung der Vertragsunterlagen beim Handelsregisteramt noch haben soll<sup>5</sup>.

Schliesslich ist daran zu denken, dass viele Handelsregisterämter (namentlich in Grosstädten) schon heute an Kapazitätsgrenzen stossen und die Abwicklung der Geschäfte – etwa um das Jahresende – bereits jetzt viel Zeit in Anspruch nimmt. Da in kommenden Jahren

---

1 Vgl. Christian Meier-Schatz, Rechtsprobleme in Familienaktiengesellschaften; Seminar WBS HSG vom 26. Mai 1998, Das Fusionsgesetz aus der Sicht der Familienaktiengesellschaften, Skript, S. 25.

2 Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands zum Vorentwurf Fusionsgesetz, S. 9, mit dem Hinweis, dass sich ein Nachvollzug des EU-Rechts in diesem Punkt fehl am Platz sei.

3 Auf die Möglichkeit der Auflage und Einsichtnahme muss von den an der Fusion beteiligten Rechtsträgern in einer Mitteilung im Schweizerischen Handelsamtsblatt hingewiesen werden (Art. 17 Abs. 5 VE FusG).

Die grössere Regelungsdichte in diesem Rechtsbereich wird dazu führen, dass in Zukunft mit höheren Transaktionskosten gerechnet werden muss.

4 Dagegen wäre zu überlegen, ob dieses Recht auch auf Gläubiger des Rechtsträgers ausgedehnt werden könnte bzw. sollte.

5 Auch hier wäre eher zu überlegen, ob das Einsichtsrecht auf die Gläubiger des Rechtsträgers ausgedehnt werden könnte bzw. sollte.

kaum staatliche Mittel zum Ausbau von einzelnen Dienstleistungen oder Betrieben zur Verfügung stehen, stellt sich die Frage, ob man den Handelsregisterämtern noch solche zusätzlichen Aufgaben überbinden soll. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Handelsregisterämter in erster Linie für eine einwandfreie Verarbeitung der registerrechtlich relevanten Daten sorgen sollen und kein Forum für sämtliche Anteilhaber, Mitarbeiter, Presseleute und an spektakulären wirtschaftlichen Restrukturierungsvorgängen Interessierte darstellen.

## 2. Kognition der Handelsregisterbehörden

### a) Regelung im Vorentwurf

Da der Vorentwurf eine wichtige Neuordnung des Gesellschaftsrechts vorsieht, in dem er die Möglichkeiten rechtlicher Restrukturierungen erheblich erweitert, dränge es sich auf, die Prüfungsbefugnis der Handelsregisterbehörden nicht nur im Bereich der formellen, sondern auch der materiellen Rechtmässigkeit gesetzlich klar festzulegen<sup>6</sup>. Gemäss Art. 88 VE FusG prüft das Handelsregisteramt nun, ob:

- die angemeldete Transaktion die gesetzlichen Voraussetzungen für die Fusion, die Spaltung oder die Umwandlung erfüllt und die Restrukturierung im Rahmen der gesetzlichen Regelung erfolgt ist (lit. a);
- die nach Gesetz und Verordnung erforderlichen Belege vorliegen (lit. b);
- Fusionsvertrag, Spaltungsplan oder –vertrag, Umwandlungsplan, Fusionsbericht, Spaltungsbericht, Umwandlungsbericht, Prüfungsbericht vorhanden und nach ihrem Inhalt vollständig sind (lit. c);
- die Beschlüsse der zuständigen Organe vollständig sind und die erforderlichen Mehrheiten vorliegen (lit. d);
- die Fusion, Spaltung oder Umwandlung den zwingenden Bestimmungen des Bundeszivilrechts entsprechen (lit. e);
- die allenfalls weiter notwendigen behördlichen Genehmigungen der Fusion, Spaltung oder Umwandlung rechtskräftig sind (lit. f).

---

6 Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), S. 65.

## b) Würdigung

Die Regelung nach Art. 88 VE FusG verschafft den Handelsregisterbehörden eine Kognitionsbefugnis, die weit über jene hinausreicht, über die sie in den übrigen Geschäften verfügen. Die Kognitionsbefugnis wird mit Blick auf die materielle Rechtmässigkeitskontrolle wesentlich ausgeweitet<sup>7</sup>. Unter geltendem Recht ist die Kognitionsbefugnis des Handelsregisterführers in Bezug auf die formellen und registerlichen Voraussetzungen unbeschränkt; im Bereich des materiellen (Zivil-)Rechts ist sie jedoch beschränkt. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>8</sup> hat der Handelsregisterführer die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu prüfen, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellt sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die nachgiebigen Rechts sind oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nach dieser Rechtsprechung nur abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht. Indem durch Art. 88 Abs. 1 VE FusG die Prüfungsbefugnis und -pflicht des Registerführers auch auf die Einhaltung zwingenden Rechts und auf die Überprüfung der Rechtskraft allfälliger behördlicher Genehmigungen erstreckt wird, kommt dem Handelsregisterführer eine viel stärkere Rolle zu als unter bisherigem Recht<sup>9</sup>.

Gegen eine solche Ausdehnung der Kognitionsbefugnis erheben sich schwerwiegende Bedenken:

- Zunächst ist die Kognitionsbefugnis von Behörden eine Frage, die in grundsätzlicher Hinsicht zu entscheiden ist. Unabhängig davon, ob man den Behörden einen eher weiten oder einen eher engen Beurteilungsspielraum zuteilen will, empfiehlt es sich, dies für alle Geschäfte in gleicher Weise und nicht unterschiedlich festzulegen. Es leuchtet ein, dass die Kognitionsbefugnis gestützt auf rechtspolitische Überlegungen (über die Interessen von allfälligen Verfahrensbeteiligten, die Effizienz und Qualität des Verfahrens, eine sinnvolle Arbeitsteilung zwischen Exekutiv- und Legislativbehör-

---

7 Gasser Urs/Eggenberger Christian, Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz – Grundzüge und ausgewählte Einzelfragen, AJP/PJA 4/98, S. 480.

8 BGE 117 II 188; BGE 120 II 379, BGE 120 IV 204.

9 Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbandes zum Vorentwurf Fusionsgesetz, S. 18.

den usw.) bestimmt werden muss und diese Überlegungen eine einheitliche Festlegung verlangen. Zudem ist absehbar, dass eine Erweiterung der Kognitionsbefugnis in einem Bereich dazu führen würde, dass sich die Behörden auch in anderen Bereichen mehr und mehr einen weiteren Beurteilungsspielraum herausnehmen.

- In teleologischer Hinsicht fällt namentlich in Betracht, dass der Zweck des Handelsregisters – wie schon kurz erwähnt – die rasche, korrekte und verlässliche Verarbeitung der Daten ist, die im Interesse eines reibungslosen Handelsverkehrs einer weiteren Öffentlichkeit zugänglich sein sollen. Daneben muss das Ziel, mittelbar durch Verwaltungszwang rechtmässige Verhältnisse zu schaffen, zwangsläufig in den Hintergrund treten. Der Sinn des Handelsregisters wird aber in sein Gegenteil verkehrt, wenn schliesslich formelle Streitpunkte mit den Handelsregisterbehörden wirtschaftliche Vorgänge behindern und die Beteiligten gezwungen sind, sich den Vorstellungen der Registerbehörde zu beugen, wenn sie innert nützlicher Frist die betreffenden Vorgänge handelsregisterrechtlich perfektioniert haben möchten.

Betrachtet man nur die hier geregelten Geschäfte (Fusion, Spaltung und Umwandlung) sind verschieden gelagerte Interessen auszumachen:

- Zunächst die – nicht zwingend parallelen – Interessen der Anteilhaber der betroffenen Rechtsträger, dass ihre Rechte so gut wie möglich gewahrt werden;
- ferner das Interesse der Gläubiger, dass ihre rechtliche und wirtschaftliche Position durch die Umstrukturierung nicht nachteilig beeinflusst wird;
- schliesslich das Interesse der betroffenen Unternehmen, die beschlossene Umstrukturierung möglichst rasch, einfach und kostengünstig durchführen zu können.

Versucht man diese Interessen zu bündeln, ergibt sich daraus jedenfalls die Forderung nach einem raschen, wenig umständlichen und effizienten Verfahren. Sinnvollerweise muss der „Normalfall“ so ablaufen, dass die beschlossenen Umstrukturierungen möglichst reibungslos verwirklicht und nicht durch (böswillige und unbegründete rechtliche) Massnahmen verhindert, verzögert (und damit auf jeden Fall verteuert) werden können. Andererseits müssen Sicherungsmassnahmen vorgesehen werden, damit nicht Minderheitsbeteiligte, Arbeitnehmer oder andere Beteiligte durch solche weittragenden Vor-

gänge auf eine nicht wiedergutzumachende Weise in ihren Rechten verletzt werden können. Deshalb muss für einen griffigen Rechtsschutz gesorgt werden, der von geeigneten Gerichtsbehörden zu gewähren ist. Diese grundsätzlichen Überlegungen legen eine Zuständigkeitsteilung zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden in der Art nahe, dass sich die Verwaltungsbehörden auf eine Prüfung der formellen Rechtmässigkeit beschränken und Streitigkeiten über materielle Punkte ausschliesslich vor Gerichtsbehörden (je nachdem im summarischen oder im ordentlichen Verfahren) ausgetragen werden. Vor diesem Hintergrund stehen aber umfassende Prüfungen, wie sie die Handelsregisterbehörden nach dem Vorentwurf zum Fusionsgesetz vornehmen sollen, quer in der Landschaft.

Schliesslich ist daran zu denken, dass Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen mit zunehmender Grösse der betroffenen Rechtsträger immer komplexer werden. Verwaltungsbehörden und namentlich solche, die sich in erster Linie mit einer ständig zunehmenden Datenverwaltung zu befassen haben, sind ersichtlich überfordert, wenn sie nicht mehr nur die gewohnten gesellschaftsrechtlichen, sondern mehr und mehr wirtschaftspolitische Verhältnisse prüfen müssen, um zur Rechtmässigkeit der vorgelegten Vorgänge verbindlich Stellung nehmen zu können. Solche Prüfungen sollten deshalb einerseits besonderen Fachgremien übertragen werden (Wettbewerbskommission), andererseits von (Handels-)Gerichten angestellt werden, sofern und soweit eine konkrete Rechtsverletzung geltend gemacht wird.

### **3. Bestimmung einer gemeinsamen Revisionsstelle durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister**

#### **a) Regelung im Vorentwurf**

Art. 15 Abs. 5 VE FusG bezeichnet das Eidgenössische Amt für das Handelsregister auf Antrag der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane der an der Fusion beteiligten Rechtsträger für alle eine gemeinsame Revisorin oder einen gemeinsamen Revisor.

## b) Würdigung

Es kann nicht die Aufgabe einer zentralen Bundesverwaltungsbehörde sein, in private Verhältnisse einzugreifen. Mafiaähnliche Zustände sind da nicht ausgeschlossen. Es ist den beteiligten Rechtsträgern zu überlassen, eine gemeinsame Revisionsstelle selber bestimmen können.

## 4. Beschränkung der zulässigen Strukturänderungen

Der Vorentwurf zum Fusionsgesetz legt präzise fest, welche Strukturänderungen zwischen welchen Rechtsträgern zulässig sind (vgl. Art. 4, 40 und 69, 70 VE FusG). Im Begleitbericht zum Vorentwurf wird dies mit rechtspolitischen und gesetzestechnischen Überlegungen begründet, wonach nur jene Umstrukturierungsmöglichkeiten zugelassen sein sollen, die von praktischer Relevanz sind.

Diese Überlegungen erscheinen nicht zwingend und letztlich sogar kontraproduktiv:

- Die Grundauffassung des schweizerischen Gesellschaftsrechts, wonach mit Blick auf die Interessen Drittbeteiligter das Gesellschaftsleben in fest abgegrenzten und inhaltlich teilweise gebundenen Gesellschaftsformen ablaufen soll, fällt hier jedenfalls nicht in Betracht. Dies, weil am Ende jeder Umstrukturierung jedenfalls wieder Rechtsträger in Formen stehen, die den Typen des schweizerischen Gesellschaftsrechts entsprechen.
- Dass bestimmte Umstrukturierungen verfahrensmässige Schwierigkeiten aufwerfen würden und deshalb nicht zulässig sein sollten, wurde bisher nicht behauptet. Es ist denn auch nicht anzunehmen, dass solche Probleme entstehen könnten.
- Dagegen ist daran zu erinnern, dass (auch) das schweizerische Gesellschaftsrecht, wie das Privatrecht überhaupt, vom Grundsatz der Parteiautonomie beherrscht ist. Dieser ordoliberalen Ansatz will das Gesellschaftsleben dort, wo nicht staatliche Vorgaben angemessen sind, der freien Gestaltung der beteiligten Parteien überlassen und deren Handlungsspielraum so wenig wie möglich einschränken. Aus diesem Blickwinkel erscheint es aber nicht sachgerecht, nur gerade mit dem Hinweis auf fehlende praktische Relevanz gewisse Umstrukturierungsmöglichkeiten auszuschliessen. Systemgerechter wäre es, Fusion, Spaltungen und Umwandlungen von Rechtsträgern aller Arten zuzulassen und es der Praxis anheimzustellen, von welchen dieser Möglichkeiten tatsächlich Gebrauch

gemacht werden soll. Dass der Ansatz des Entwurfes zu eng ist, zeigt auch die bisherige gesetzliche Regelung zur Umwandlungsmöglichkeit von der AG in die GmbH bzw. eben nicht in die umgekehrte Richtung. Künftige Entwicklungen und Rechtsbedürfnisse können heute nicht zuverlässig abgesehen werden, und es ist schade und unverständlich, wenn ohne Not die Flexibilität von Rahmenbedingungen vermindert wird.

Es bleibt die berechtigte Frage im Raum stehen, ob der Numerus Clausus der Transaktionsformen ein sinnvoller Schutz darstellt oder ein zweckwidriges Hindernis ist.

---

Der Autor ist Rechtsanwalt und Urkundsperson sowie Systemischer Coach und Trainer in St. Gallen.

Erschienen in: Jahrbuch des Handelsregisters 1998

Zitiervorschlag: Bläsi, Christof: Der Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung (Fusionsgesetz), Ein erster Überblick über die Bestimmungen betreffend das Handelsregister, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1998, Zürich 1999, S. 99-106 ff.

Christof Bläsi

Rechtsanwalt und Urkundsperson

Systemischer Coach und Trainer

Am Bohl 2

CH- 9004 St. Gallen

Tel. 0041 (0)71 230 34 65

Fax 0041 (0)71 230 34 66

[www.chblaw.ch](http://www.chblaw.ch)

E-Mail [christof.blaesi@chblaw.ch](mailto:christof.blaesi@chblaw.ch)

02.01.2006/9215