

00.052

**Botschaft
zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung
und Vermögensübertragung
(Fusionsgesetz; FusG)**

vom 13. Juni 2000

Sehr geehrte Herren Präsidenten,
sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) und beantragen Ihnen, dem beiliegenden Gesetzesentwurf zuzustimmen.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

13. Juni 2000

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

11011

Der Bundespräsident: Adolf Ogi

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

desrat hat gestützt auf diese Bestimmung eine Verordnung mit Übergangscharakter erlassen, die 1968 wieder aufgehoben wurde. Artikel 4 der Schlussbestimmungen von 1936 ist obsolet geworden und kann daher gestrichen werden.

2.2.2 Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB)

Artikel 62 Ausnahmen

Im Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) ist der Tatbestand der Fusion nicht explizit geregelt. Nach der Lehre ist für eine solche Universalsukzession – analog zum in Artikel 62 Buchstabe a BGBB geregelten (bewilligungsfreien) Erbgang – keine Erwerbsbewilligung nach Artikel 61 BGBB notwendig, es sei denn, die Hauptaktiven des übergehenden Vermögens bestünden aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken¹⁸³.

Im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz wird Artikel 62 BGBB mit einem Buchstaben g ergänzt. Die Bewilligungspflicht soll grundsätzlich entfallen, wenn sich Gesellschaften durch Fusion oder Spaltung umstrukturieren. Ausgenommen bleiben, dem Zweck des BGBB entsprechend, diejenigen Fälle, in denen die Aktiven des übertragenden oder des übernehmenden Rechtsträgers zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe oder aus landwirtschaftlichen Grundstücken bestehen. Die Lockerung bezieht sich einzig auf die Bewilligungspflicht beim Erwerb; sie gilt nicht beim Eigentumserwerb durch Vermögensübertragung.

Die privatrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Grundstücken werden davon nicht betroffen. So können namentlich bei Familienaktiengesellschaften die Fusion und die Spaltung unter den Voraussetzungen von Artikel 4 Absatz 2 BGBB das Vorkaufsrecht der Verwandten (Art. 42 f. BGBB) und den Gewinnanspruch der Miterben oder des Veräusserers (Art. 29 ff. und 53 BGBB) auslösen.

2.2.3 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)

Bisher enthält das IPRG lediglich eine Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer Gesellschaft (Art. 161 ff. IPRG). Die nach Praxis und Lehre bereits zulässige Fusion über die Grenze hinweg erfasst das geltende Recht nicht. Das Fusionsgesetz führt im Binnenverhältnis neben der Fusion und der Sitzverlegung neu auch die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung ein. Mit Ausnahme der Umwandlung können diese Vorgänge auch über die Landesgrenzen hinweg stattfinden. Mit der Einführung des Fusionsgesetzes bietet sich Gelegenheit, für alle internationalen Umstrukturierungstatbestände eine kollisionsrechtliche Regelung nach einheitlichen Grundsätzen zu schaffen.

¹⁸³ S. Beat Stadler, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Brugg 1995, Art. 61 BGBB N 18.

Es ist Aufgabe des Kollisionsrechts, Sachverhalte mit Auslandsberührung, die grundsätzlich nach verschiedenen Rechten beurteilt werden können, jener Rechtsordnung zur Regelung zuzuweisen, mit der sie den engsten sachlichen Zusammenhang haben¹⁸⁴. So bestimmt sich auch bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungsstatbeständen das Fusions-, Spaltungs- und Übertragungsstatut. Allerdings lassen die meisten Rechtsordnungen die grenzüberschreitende Umstrukturierung einer ihr zugehörigen Gesellschaft nur dann zu, wenn ihre Voraussetzungen beachtet werden, auch wenn es sich bei dieser Rechtsordnung nicht um das Fusions-, Spaltungs- oder Übertragungsstatut handelt. Die Gründe dafür liegen in mannigfaltigen Interessen, etwa im Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Gläubigerinnen und Gläubiger und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, aber auch in fiskalischen Überlegungen oder anderen öffentlichen Interessen (z.B. Investitionsbeschränkungen). Inwieweit sich eine ausländische Gesellschaft an einer solchen Transaktion beteiligen kann, beantwortet mithin ausschliesslich das internationale Privatrecht des in Frage stehenden Staates. Als Folge davon legt der Revisionsentwurf die nach schweizerischem internationalem Privatrecht zu beachtenden Voraussetzungen und die Rechtsfolgen einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung unter Beteiligung einer schweizerischen Gesellschaft fest und lässt dem ausländischen Recht durch allgemein gehaltene Verweisungen Raum, wo es Geltung beansprucht¹⁸⁵.

Damit sind die umstrukturierungswilligen Gesellschaften mit dem Problem konfrontiert, dass eine nach dem Recht eines Landes zulässige Umstrukturierung an den Schranken des Rechts des anderen Landes scheitern kann. Ausserdem dürfte eine Umstrukturierung, mit der Vermögen zwischen zwei Ländern verschoben wird, auch häufig aus steuerlichen Gründen unterbleiben, namentlich wenn Liquidationsgewinne bei der Auflösung bzw. Abwanderung stiller Reserven besteuert werden¹⁸⁶. Es bleibt also dahingestellt, wie häufig grenzüberschreitende Umstrukturierungen stattfinden werden. Die Bedürfnisse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit legen es indes nahe, eine IPR-Regelung zur Erleichterung der von den Parteien gewünschten Umstrukturierungen über die Grenze hinweg zu schaffen.

¹⁸⁴ Zum allgemeinen Grundsatz des engsten Zusammenhanges s. Art. 117 Abs. 1 IPRG.

¹⁸⁵ Zur Vereinigungstheorie: Balthasar Bessenich, Die grenzüberschreitende Fusion nach den Bestimmungen des IPRG und des OR, Basel und Frankfurt am Main 1991, S. 11 ff.; Daniel Girsberger in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder (Hg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, Ergänzungen zu Art. 164 N 6; Anton K. Schnyder, Internationale Transaktionen unter dem Vorentwurf zu einem Fusionsgesetz, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Sonderband 135^{bis}, Bern 1999, S. 70; Frank Vischer, Das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz, in: Nobel (Hg.), Internationales Gesellschaftsrecht, Bern 1998, S. 39.

¹⁸⁶ Art. 54 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (SR 642.11) und für das Ausland z.B. in Grossbritannien, s. die Entscheidung Daily Mail, EuGHE 1988 5505 ff. Eine Ausnahme von dieser Praxis prüft das Eidg. Finanzdepartement für den Fall, dass die übernehmende ausländische Gesellschaft den schweizerischen Betrieb als Betriebsstätte weiterführt; s. den Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen (August 1997), Ziff. 73, S. 35 Fn. 55 und S. 43.

2.2.3.1 Die grenzüberschreitende Verlegung der Gesellschaft

Artikel 162 Absatz 3 E-IPRG Verlegung der Gesellschaft vom Ausland
in die Schweiz; massgeblicher Zeitpunkt

Artikel 162 Absatz 3 IPRG verlangt von der ausländischen Kapitalgesellschaft, welche in die Schweiz verlegt wird, eine nach schweizerischem Recht genügende Grundkapitaldeckung. Das ist mit einem Bericht einer vom Bundesrat hierzu ermächtigten Revisionsstelle nachzuweisen. Das Aktienrecht sieht demgegenüber vor, dass für bestimmte wichtige Vorgänge der Bericht von einem besonders befähigten Revisor zu erstellen ist. Mit der Änderung soll *Artikel 162 Absatz 3 E-IPRG* in Übereinstimmung mit der aktienrechtlichen Regelung gebracht werden.

Artikel 163 E-IPRG Verlegung der Gesellschaft von der Schweiz
ins Ausland

In materieller Hinsicht wird *Artikel 163 IPRG* nur geringfügig verändert. Eine schweizerische Gesellschaft, welche sich ohne Liquidation und Neugründung einem ausländischen Recht unterstellen will, muss nach wie vor den Nachweis erbringen, dass sie nach ausländischem Recht fortbesteht und die Voraussetzungen des schweizerischen Rechts erfüllt.

Im geltenden *Artikel 163 Absatz 1 Buchstabe c IPRG* ist ein öffentlicher Schuldeneruf vorgesehen, um die Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger zu wahren. Neu sind nach *Artikel 163 Absatz 2 E-IPRG* die Forderungen auch sicherzustellen, wenn es die Gläubigerinnen und Gläubiger innerhalb von zwei Monaten nach dem Schuldeneruf verlangen. Das ergibt sich aus der von *Artikel 163 Absatz 2 E-IPRG* vorgesehenen sinngemässen Anwendung von *Artikel 46 E FusG*. Im grenzüberschreitenden Verhältnis wird auf diese Weise ein kohärenter Gläubigerschutz verwirklicht: Die Bestimmungen zur Emigrationsfusion (Art. 163b Abs. 3 E-IPRG)¹⁸⁷ und zur Emigrationsspaltung (Art. 163d Abs. 1 i.V.m. Art. 163b Abs. 3 E-IPRG)¹⁸⁸ verweisen ebenfalls auf *Artikel 46 E FusG*.

Der bisherige *Artikel 163 Absatz 2 IPRG* erfährt keine Veränderung und wird neu zu *Absatz 3*. Im Übrigen sind die Bestimmungen über die Löschung im Handelsregister, den ordentlichen Gerichtsstand und den Betreibungsort gemäss *Artikel 164* und *164a E-IPRG* ergänzt worden.

2.2.3.2 Die grenzüberschreitende Fusion

Artikel 163a E-IPRG Fusion vom Ausland in die Schweiz

Artikel 163a E-IPRG bestimmt das Fusionsstatut für die Immigrationsfusion, also die materiellen Voraussetzungen, unter denen eine schweizerische Gesellschaft eine ausländische Gesellschaft übernehmen (Immigrationsabsorption) oder sich mit einer ausländischen Gesellschaft zu einer neuen schweizerischen Gesellschaft zusammenschliessen kann (Immigrationskombination). Das Fusionsstatut befasst sich mit gesellschaftsrechtlichen Vorgängen in den beteiligten Unternehmen und ist somit

¹⁸⁷ Ziff. 2.2.3.2.

¹⁸⁸ Ziff. 2.2.3.3.

zwingender Natur; Raum für eine Rechtswahl der Parteien besteht deshalb nicht¹⁸⁹. Das Fusionsstatut ist das Recht des Staates, das auf die übernehmende Gesellschaft anwendbar ist, bei der Immigrationsfusion also das schweizerische Recht (Art. 163a Abs. 2 E-IPRG); diese Rechtsordnung hat den engsten Bezug zur Fusion, nachdem sich dort die charakteristischen Merkmale des Vorgangs verwirklichen.

Den verschiedenen Schutzinteressen des Rechts, das auf die mit der Fusion untergehende Gesellschaft anwendbar ist, muss jedoch Rechnung getragen werden. Das Recht des Staates, den die Gesellschaft verlässt, muss die Fusion zulassen; dabei sind sämtliche Bestimmungen zu berücksichtigen, die auf den Sachverhalt zwingend anwendbar sind, seien sie nun gesellschafts-, steuer-, investitionsrechtlicher oder anderer Art. *Artikel 163a Absatz 1 E-IPRG* lässt die Immigrationsfusion deshalb nur dann zu, wenn neben dem schweizerischen Recht auch das Recht der übertragenden Gesellschaft¹⁹⁰ die Fusion ausdrücklich oder stillschweigend gestattet und wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind¹⁹¹. Im Ergebnis muss das ausländische Recht zulassen, dass das Vermögen der ihm unterstehenden Gesellschaft ohne Liquidation und uno actu in die schweizerische Gesellschaft übergeht.

Nicht speziell geregelt ist der Fall, in dem zwei oder mehrere in verschiedenen ausländischen Staaten inkorporierte Gesellschaften sich zu einer neuen Gesellschaft schweizerischen Rechts auf dem Wege der Kombinationsfusion zusammenschliessen. Die Rechtslage ergibt sich aber ohne weiteres aus *Artikel 163a E-IPRG*: Alle ausländischen Gesellschaftsstatute müssen diese Fusion gestatten, und es müssen deren Voraussetzungen erfüllt sein (Art. 163a Abs. 1 E-IPRG); im Übrigen untersteht der Vorgang dem schweizerischen Recht als dem Recht der Gesellschaft, die aus der Kombinationsfusion entsteht (Art. 163a Abs. 2 E-IPRG). Der Fusionsvertrag muss die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften aller beteiligten Rechtsordnungen beachten (Art. 163c Abs. 1 E-IPRG). Um die Transaktion jedoch nicht durch unnötige Erfordernisse zu erschweren, hat das schweizerische Recht dort zurückzutreten, wo im Zusammenhang mit den übertragenden Gesellschaften keine berechtigten schweizerischen Interessen berührt sind; so sind etwa die schweizerischen Vorschriften zum Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften nicht anzuwenden. Welche schweizerischen Interessen nicht berührt sind, ist im Einzelfall zu entscheiden.

Artikel 163b E-IPRG Fusion von der Schweiz ins Ausland

Die Fusion von der Schweiz ins Ausland (Emigrationsfusion) ist im Revisionsvorschlag detaillierter geregelt als die Immigrationsfusion. Sie stellt aus schweizerischer Sicht den kritischen Fall dar, denn die Gesellschafterinnen und Gesellschafter der schweizerischen Gesellschaft werden zu Gesellschafterinnen und Gesellschaftern einer ausländischen Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigerinnen und Gesellschaftsgläubigern wird in der Schweiz Haftungssubstrat entzogen. Zwar untersteht die Emigrationsfusion grundsätzlich dem Recht der übernehmenden ausländischen

¹⁸⁹ Zur beschränkten Rechtswahlmöglichkeit beim Fusionsvertrag s. Kommentar zu Art. 163c E-IPRG

¹⁹⁰ Zum Umfang der Verweisung s. Art. 13 IPRG.

¹⁹¹ Das entspricht der Vereinigungstheorie. Nachdem sämtliche Vorschriften des ausländischen Gesellschaftsstatuts zur Anwendung kommen, seien sie nun privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur (Art. 13 IPRG), verbleibt insoweit wohl kein selbstständiger Anwendungsbereich von Art. 19 IPRG mehr.

Gesellschaft als Fusionsstatut (Art. 163b Abs. 4 E-IPRG). Zur Wahrung berechtigter schweizerischer Interessen gelten jedoch zusätzlich folgende Vorschriften:

Zunächst müssen die Begriffselemente der Fusion vorliegen: Einerseits müssen die Aktiven und Passiven der schweizerischen Gesellschaft durch Universalsukzession auf die ausländische übergehen (Art 163b Abs. 1 Bst. a E-IPRG) und andererseits müssen die bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der schweizerischen Gesellschafter in der ausländischen Gesellschaft angemessen gewahrt bleiben (Bst. b). Buchstabe b schliesst auch den Anspruch auf eine Ausgleichszahlung zum Erreichen des Umtauschverhältnisses gemäss *Artikel 7 Absatz 2 E FusG* ein.

Sodann bestimmt *Artikel 163b Absatz 2 E-IPRG*, dass die schweizerische Gesellschaft, welche ins Ausland fusioniert, alle Vorschriften des schweizerischen Rechts erfüllen muss, welche für die übertragende Gesellschaft gelten. Damit sind alle Vorschriften, welche die übertragende Gesellschaft im Binnenverhältnis zwingend zu beachten hat, auch bei der Emigrationsfusion zur Anwendung berufen. Das sind namentlich folgende Vorschriften des Fusionsgesetzes: *Artikel 14* (Fusionsbericht der obersten beteiligten Leitungs- oder Verwaltungsorgane), *Artikel 15* (Prüfung von Fusionsvertrag und Fusionsbericht durch einen besonders befähigten Revisor), *Artikel 16 f.* (Einsichtsrecht in den öffentlich aufgelegten Fusionsvertrag, Fusions- und Prüfungsbericht), *Artikel 18 ff.* (Fusionsbeschluss, öffentliche Beurkundung, Eintragung ins Handelsregister) und *Artikel 27 f.* (Arbeitnehmerschutzrecht).

Für die Binnenfusion sieht *Artikel 25 Absatz 1 E FusG* vor, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger der übertragenden Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können. Bei grenzüberschreitenden Verhältnissen bietet diese Vorschrift den Gläubigerinnen und Gläubigern aber nur einen unvollkommenen Schutz, weil die Forderungen erst nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses und der damit einhergehenden Löschung im Handelsregister sichergestellt werden. Mit dieser Regelung kann jedoch der im internationalen Verhältnis vorhandenen Gefahr der Abwanderung von Haftungssubstrat ins Ausland nicht wirksam begegnet werden. *Artikel 163b Absatz 3 E-IPRG* legt deshalb fest, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger der schweizerischen Gesellschaft unter Hinweis auf die bevorstehende Fusion in der Schweiz öffentlich zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern sind, und er verweist für die Sicherstellung auf *Artikel 46 E FusG*, welcher den Gläubigerschutz bei der Spaltung regelt. Damit wird erreicht, dass Schuldeneruf und Sicherstellung der Forderungen vor der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses und der Löschung im Handelsregister erfolgen, also bevor das Haftungssubstrat an die übernehmende Gesellschaft im Ausland übergeht.

Damit wird für alle Emigrationstatbestände ein kohärenter Gläubigerschutz verwirklicht¹⁹². Der Verweis auf *Artikel 46 E FusG* führt bei der grenzüberschreitenden Fusion zu einem Gläubigerschutz, der weiter geht als bei der Binnenfusion. Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union will *Artikel 9 Absatz 2* des Vorschlags für eine 10. Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion vom 8. Januar 1985 (internationale Fusionsrichtlinie)¹⁹³ eine solche Ungleichbehandlung verhindern. Allerdings ist der Richtlinienvorschlag auf Fusionsfälle innerhalb der Europäischen Union aus-

¹⁹² Vgl. Art. 163 Abs. 2 E IPRG (Sitzverlegung); Art. 163d Abs. 1 i.V.m. Art. 163b Abs. 3 E IPRG (Spaltung); ferner zur Rechtsdurchsetzung Art. 164 Abs. 1 E-IPRG (gemeinsame Bestimmungen). Zur unterschiedlichen Regelung bei der Vermögensübernahme s. Ziff. 2.2.3.3.

¹⁹³ ABl.1985 C 23, S. 11 ff.

gerichtet. Das IPRG hingegen regelt internationale Sachverhalte, welche sich nicht in einem harmonisierten Rechtsraum abspielen; es rechtfertigt sich deshalb eine im Vergleich zur EU unterschiedliche Regelung.

Schweizerische Vorschriften, die nicht für die übertragende Gesellschaft in der Schweiz, sondern für die übernehmende ausländische Gesellschaft gelten, sind nach *Artikel 18 IPRG* anwendbar, wenn sie unabhängig vom generell massgebenden Recht auch im internationalen Verhältnis zwingend sind. Darunter fällt etwa das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41), wonach die ausländische Gesellschaft Grundstücke in der Schweiz nur gegen eine behördliche Bewilligung erwerben kann. Bei der Fusion von der Schweiz ins Ausland gilt es schliesslich, die *Artikel 164 und 164a E-IPRG* zu beachten, welche gemeinsam für alle Emigrationstatbestände die Löschung im Handelsregister, den Betreibungsort und den Gerichtsstand regeln¹⁹⁴.

Artikel 163c E-IPRG Fusionsvertrag

Für den Fusionsvertrag legt *Artikel 163c Absatz 1 E-IPRG* fest, dass alle zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften mit Einschluss der Formvorschriften der auf die beteiligten Gesellschaften anwendbaren Rechte zu beachten sind. Die Beachtung der zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften aller beteiligten Rechte bedeutet einen Einbruch in den Grundsatz der freien Rechtswahl¹⁹⁵. Der Fusionsvertrag ist indes kein Rechtsgeschäft gewöhnlichen Inhalts. Zwar besitzt er durchaus schuldrechtlichen Charakter, indem er gegenseitige Rechte und Pflichten der Vertragsparteien begründet. Die Funktion des Fusionsvertrags als Instrument des Gesellschaftsrechts steht aber im Vordergrund: Sein Inhalt ist auf die Änderung gesellschaftsrechtlicher Strukturen gerichtet und hat unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsstellung Dritter, welche nicht Vertragsparteien sind. Dazu gehören insbesondere die Gesellschafterinnen und Gesellschafter, Gläubigerinnen und Gläubiger und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften. Der Schutz der berechtigten Interessen Dritter rechtfertigt die Einschränkung der Parteiautonomie.

Mit der gleichen Begründung rechtfertigt sich die Sonderanknüpfung zur Bestimmung der Form des Vertrags. Im Gegensatz zu *Artikel 124 IPRG*, welcher zur Bestimmung der anzuwendenden Form entweder an das auf den Vertrag anwendbare Recht oder das Recht am Abschlussort anknüpft, verlangt *Artikel 163c Absatz 1 E-IPRG* die kumulative Anwendung der Formvorschriften der involvierten Gesellschaftsstatute. Während nach *Artikel 124 IPRG* nur die weniger strenge Form eingehalten zu werden braucht, führt *Artikel 163c Absatz 1 E-IPRG* im Ergebnis zur Beachtung des strengeren Rechts. Damit fällt ein formloser Fusionsvertrag bei einer grenzüberschreitenden Fusion unter schweizerischer Beteiligung ausser Betracht (Art. 12 Abs. 2 E FusG).

Für im Fusionsvertrag enthaltene Gegenstände typisch vertragsrechtlicher bzw. nicht gesellschaftsrechtlicher Natur können die Parteien das anwendbare Recht frei wählen (Art. 163c Abs. 2 E-IPRG), wobei natürlich die zwingenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften der beteiligten nationalen Rechte beachtet werden müssen (Art. 163c Abs. 1 E-IPRG). Treffen die Parteien keine Rechtswahl, untersteht der

¹⁹⁴ Ziff. 2.2.3.4.

¹⁹⁵ S. dazu Art. 116 IPRG.

Fusionsvertrag dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 163c Abs. 2 Satz 2 E-IPRG). Das Gesetz vermutet den engsten Zusammenhang mit dem Recht jenes Staates, dessen Rechtsordnung die übernehmende Gesellschaft untersteht (Art. 163c Abs. 2 Satz 3 E-IPRG). Diese gesetzliche Vermutung kann widerlegt werden. Diese Regelung entspricht den Grundsätzen des internationalen Vertragsrechts und trägt den schuldrechtlichen Elementen des Fusionsvertrags Rechnung.

2.2.3.3 Die grenzüberschreitende Spaltung und die grenzüberschreitende Vermögensübertragung

Artikel 163d E-IPRG Spaltung und Vermögensübertragung

Spaltung

Artikel 163d E-IPRG verzichtet auf eine Definition des Tatbestandes der grenzüberschreitenden Spaltung und verweist weitgehend auf die Vorschriften des E-IPRG zur grenzüberschreitenden Fusion, welche sinngemäss Anwendung finden. Damit folgt der Revisionsentwurf dem Fusionsgesetz; die zu regelnden Fragen sind sehr ähnlich. Ergänzend sei deshalb auf die Regelung der Spaltung im Entwurf zum Fusionsgesetz¹⁹⁶ und auf die Ausführungen zur grenzüberschreitenden Fusion¹⁹⁷ verwiesen.

Eine grenzüberschreitende Spaltung liegt vor bei einer Übertragung von Vermögensteilen einer schweizerischen Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) auf ausländische Gesellschaften (übernehmende Gesellschaften) oder von einer ausländischen Gesellschaft auf schweizerische Gesellschaften. Im Gegenzug werden ihren Gesellschafterinnen und Gesellschaftern Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft gewährt, und der Rechtsübergang der von der Spaltung erfassten Vermögensteile erfolgt *uno actu*.

Die analoge Anwendung der Vorschriften zur grenzüberschreitenden Fusion (Art. 163d Abs. 1 Satz 1 E-IPRG) führt zur Anwendung der zwingenden Vorschriften der beteiligten Gesellschaftsstatute (Art. 163a und 163b E-IPRG). Für die Emigrationspaltung werden explizit die Gesellschafterschutzbestimmungen des Fusionsrechts übernommen (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 1 E-IPRG). Auch im Übrigen gelten die zwingenden Vorschriften des schweizerischen Sachrechts (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 2 E-IPRG), wie namentlich die Bestimmungen über den Gläubiger- (Art. 45 ff. E FusG) und den Arbeitnehmerschutz (Art. 49 f. E FusG) sowie die Form- und Publizitätsvorschriften (Art. 36, 51 f. E FusG), aber auch das BewG (Art. 18 IPRG). Das Spaltungsstatut ist jedoch nicht wie bei der Fusion das Recht der übernehmenden, sondern jenes der übertragenden Gesellschaft (Art. 163d Abs. 2 E-IPRG), denn dieses Recht hat den engsten Bezug zur Spaltung. Für die von den beteiligten Rechtsordnungen nicht zwingend vorgeschriebenen Teile des Spaltungsvertrags¹⁹⁸ können die Parteien das anwendbare Recht wählen; subsidiär findet das Recht der sich spaltenden Gesellschaft Anwendung

¹⁹⁶ Art. 29–52.

¹⁹⁷ Ziff. 2.2.3.2.

¹⁹⁸ Wenn beispielsweise der sich spaltenden Gesellschaft noch die Nutzung von Immaterialgüter- oder anderen Rechten nach der Spaltung zugesichert wird.

(Art. 163d Abs. 3 E-IPRG). Bei Emigrationsspaltungen gelten die gemeinsamen Bestimmungen von *Artikel 164* und *164a E-IPRG*¹⁹⁹.

Vermögensübertragung

Artikel 163d E-IPRG regelt die grenzüberschreitende Vermögensübertragung gleich wie die Spaltung, also ohne Begriffsdefinition und mit einer Verweisung auf die Bestimmungen über die grenzüberschreitende Fusion. Wie bei der Vermögensübertragung im Binnenverhältnis geht es auch hier um die Übertragung eines Vermögens mit Aktiven und Passiven durch Universalsukzession. Im Unterschied zum Binnenverhältnis unterstehen die übertragende und die übernehmende Gesellschaft jedoch nicht dem gleichen Gesellschaftsstatut; eine Gesellschaft befindet sich praktisch also in der Schweiz und die andere im Ausland.

Wie bei der Spaltung führt die analoge Anwendung der Vorschriften zur grenzüberschreitenden Fusion (Art. 163d Abs. 1 Satz 1 E-IPRG) zur Anwendung aller zwingenden Vorschriften der beteiligten Statute (Art. 163a und 163b). Die zwingenden Vorschriften des schweizerischen Sachrechts bei einer Vermögensübertragung ins Ausland (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 2 E-IPRG) umfassen namentlich die Bestimmungen über den Gläubiger- (Art. 75 E FusG) und den Arbeitnehmerschutz (Art. 76 f. E FusG) sowie die Form- und Publizitätsvorschriften (Art. 71 und 73 E FusG), aber wie bei allen anderen Umstrukturierungstatbeständen auch international zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften wie das BewG (Art. 18 IPRG). Naturgemäss reduzieren sich die fusionsrechtlichen Gesellschafterschutzbestimmungen (Art. 163d Abs. 2 i.V.m. Art. 163b Abs. 1 E-IPRG) bei der Vermögensübertragung auf die Informationspflicht des obersten Exekutivorgans (Art. 74 E FusG). Da die schweizerische Gesellschaft auch die Vorschriften über Kapitalerschutz und Liquidation bei einer Emigration von Vermögen einzuhalten hat (Art. 69 Abs. 2 E FusG i.V.m. Art. 163d Abs. 1 und Art. 163b Abs. 2 E-IPRG), kann auf die Schutzrechte der Gläubigerinnen und Gläubiger nach *Artikel 46 E FusG* verzichtet werden (Art. 163d Abs. 1 2. Satz E-IPRG).

Im Übrigen besteht der engste Zusammenhang der grenzüberschreitenden Vermögensübertragung wie bei der Spaltung zum Recht der übertragenden Gesellschaft; es ist deshalb als Übertragungsstatut massgebend (Art. 163d Abs. 2 E-IPRG). Für die nicht zwingenden Teile des Übertragungsvertrags können die Parteien das anwendbare Recht wählen; subsidiär findet das Recht der übertragenden Gesellschaft Anwendung (Art. 163d Abs. 3 E-IPRG), welche bei der Vermögensübertragung die charakteristische Leistung erbringt²⁰⁰.

2.2.3.4 Gemeinsame Bestimmungen für Verlegung der Gesellschaft, Fusion und Spaltung

Artikel 164 E-IPRG Löschung im Handelsregister

Der geltende *Artikel 164 Absatz 1 IPRG* nennt nur die Voraussetzungen, unter denen eine schweizerische Gesellschaft, welche ins Ausland verlegt wird, im Handelsregister gelöscht werden kann. *Artikel 164 Absatz 1 E-IPRG* umfasst neu auch die

¹⁹⁹ Ziff. 2.2.3.4.

²⁰⁰ Vgl. Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG.

Fusion und die Spaltung ins Ausland und ändert die Voraussetzungen überdies inhaltlich. Der Bericht eines besonders befähigten Revisors muss bestätigen, dass die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger nach *Artikel 46 E FusG* sichergestellt oder erfüllt worden sind oder dass die Gläubigerinnen und Gläubiger mit der Löschung einverstanden sind. *Artikel 164 Absatz 1 E-IPRG* knüpft direkt an die Gläubigerschutzbestimmungen des Revisionsentwurfs an, welche für die Verlegung der Gesellschaft, für die Fusion und für die Spaltung von der Schweiz ins Ausland auf *Artikel 46 E FusG* verweisen²⁰¹. Soll eine schweizerische Gesellschaft im Handelsregister gelöscht werden, nachdem sie sich mit einer ausländischen zu einer neuen schweizerischen Gesellschaft zusammengeschlossen hat, findet *Artikel 164 Absatz 1 E-IPRG* keine Anwendung; dieser Fall richtet sich nach Artikel 15 E FusG (Art. 163a Abs. 2 E-IPRG).

Artikel 164 Absatz 2 E-IPRG widmet sich dem Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer schweizerischen Gesellschaft, welche durch Fusion oder Aufspaltung ins Ausland emigriert: Hier muss neben den Erfordernissen von *Absatz 1* auch nachgewiesen werden, dass die Fusion oder Spaltung gemäss dem auf die ausländische Gesellschaft anwendbaren Recht rechtsgültig geworden ist (Bst. a). Damit soll vermieden werden, dass eine schweizerische Gesellschaft im Handelsregister gelöscht wird, ohne dass die Bestimmungen des ausländischen Rechts berücksichtigt werden, dem die Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland nach schweizerischem internationalem Privatrecht grundsätzlich untersteht.

Zudem muss eine besonders befähigte Revisorin oder ein besonders befähigter Revisor bestätigen, dass die ausländische Gesellschaft den anspruchsberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschaftern der schweizerischen Gesellschaft die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eingeräumt oder eine allfällige Ausgleichszahlung oder Abfindung ausgerichtet oder sichergestellt hat (Art. 164 Abs. 2 Bst. b E-IPRG). Der Revisionsbericht hat die Angemessenheit nach den Artikeln 7 und 8 E FusG zu prüfen und sich mit den in *Artikel 15 Absatz 4 E FusG* genannten Fragen auseinanderzusetzen. Das ergibt sich aus den Verweisungen in *Artikel 163b Absatz 1 Buchstabe b E-IPRG* für die Emigrationsfusion und in *Artikel 163d Absatz 1 E-IPRG* für die Emigrationspaltung.

Artikel 164a E-IPRG Betriebsort und Gerichtsstand

Gerichtsstand der Überprüfungsklage

Bei einer Fusion oder Spaltung im Binnenverhältnis kann gemäss *Artikel 104 E FusG* jede Gesellschafterin oder jeder Gesellschafter innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Gesellschaftsbeschlusses verlangen, dass die Wahrung der Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte gerichtlich überprüft und eine Ausgleichszahlung festgesetzt wird. Diese Klage muss auch bei einer Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland erhoben werden können, nachdem das entsprechende materielle Recht den Gesellschafterinnen und den Gesellschaftern der übertragenden schweizerischen Gesellschaft nach *Artikel 163b Absatz 1 Buchstabe b E-IPRG* zusteht. *Artikel 104 E FusG* ist eine zwingende Vorschrift des schweizerischen Rechts im Sinn von *Artikel 163a Absatz 2 E-IPRG*.

²⁰¹ Art. 163 Abs. 2 E IPRG (Sitzverlegung); Art. 163b Abs. 3 E IPRG (Fusion); Art. 163d Abs. 1 E IPRG i.V.m. Art. 163b Abs. 3 E IPRG (Spaltung).

Im internationalen Verhältnis sind aus schweizerischer Sicht die Emigrationstatbestände kritisch. In diesen Fällen richtet sich die Überprüfungsklage nach *Artikel 104 E FusG* formell nicht gegen die schweizerische übertragende, sondern gegen die ausländische übernehmende Gesellschaft. Müsste in Ermangelung einer besonderen Zuständigkeitsregel am ordentlichen Gerichtsstand der Beklagten prozessiert werden, wäre die Klage bei einer Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland am Sitz der ausländischen Gesellschaft zu erheben. Das wäre indes nicht sachgerecht und es rechtfertigt sich, in *Artikel 164a Absatz 1 E-IPRG* gegen die ausländische Gesellschaft einen Gerichtsstand am schweizerischen Sitz der übertragenden Gesellschaft vorzusehen.

In eurointernationalen Fällen verdrängt das Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.11) die internationale Zuständigkeitsnorm von *Artikel 164a Absatz 1 E-IPRG*. Formell ist die Klage nach *Artikel 104 E FusG* eine Leistungsklage, welche gegen die übernehmende Gesellschaft im Ausland geht; grundsätzlich liegt die Zuständigkeit mithin am Sitz der übernehmenden Gesellschaft. Ob gestützt auf *Artikel 16 Ziffer 2 LugÜ* allenfalls das Gericht am Sitz der übertragenden Gesellschaft ausschliesslich zuständig ist²⁰², muss an dieser Stelle offen bleiben; die verbindliche Entscheidung darüber obliegt den zuständigen Gerichten.

Betreibungsort und ordentlicher Gerichtsstand

Eine Betreuung der Gesellschaft, welche ins Ausland verlegt wird, ist gemäss geltendem *Artikel 164 Absatz 2 IPRG* in der Schweiz möglich, bis die Gesellschafts-gläubigerinnen und -gläubiger befriedigt oder deren Forderungen sichergestellt sind. Diese Bestimmung findet auf in der Schweiz eintragungspflichtige und nicht eintragungspflichtige Gesellschaften gleichermaßen Anwendung; gerade bei den nicht eingetragenen Gesellschaften ist eine Kontrolle der Schuldentilgung nach *Artikel 164 Absatz 1 IPRG* anlässlich der Löschung nicht möglich. *Artikel 164a Absatz 2 E-IPRG* entwickelt diesen Ansatz weiter und bestimmt, dass Betreuungsort und Gerichtsstand in der Schweiz über die Löschung hinaus bestehen, bis die Forderungen der Gläubigerinnen und Gläubiger oder Anteilsinhaberinnen und Anteilsinhaber sichergestellt oder befriedigt sind. Damit werden folgende Neuerungen eingeführt: Neben dem Betreuungsort wird auch der ordentliche Gerichtsstand in der Schweiz perpetuiert.

Schliesslich gilt die Perpetuierung von Betreuungsort und Gerichtsstand nicht wie bisher nur bei der Verlegung einer Gesellschaft, sondern neu auch bei einer Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland. Im Ergebnis eröffnet *Artikel 164a Absatz 2 E-IPRG* einen Betreuungsort und einen Gerichtsstand in der Schweiz gegen die übernehmende ausländische Gesellschaft, denn mit dem Eintrag ins Handelsregister wird die Fusion bzw. Spaltung rechtswirksam und Aktiven und Passiven gehen auf die übernehmende Gesellschaft über²⁰³.

²⁰² Das Klagefundament stellt den Fusions- oder den Spaltungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft in Frage.

²⁰³ Art. 22 (Fusion) und Art. 52 (Spaltung).

Das geltende IPRG enthält keine Bestimmung, welche die Anerkennung der Umstrukturierung von Gesellschaften aus verschiedenen ausländischen Staaten regelt. Von solchen Transaktionen ohne schweizerische Beteiligung kann das schweizerische Recht berührt sein, insbesondere wenn die Berechtigung an in der Schweiz liegenden Vermögenswerten zur Diskussion steht. Weil die zwingenden Vorschriften aller beteiligten Rechte zu berücksichtigen sind, kann der Drittstaat Schweiz Verlegung, Fusion und Spaltung von Gesellschaften aus verschiedenen ausländischen Staaten nur anerkennen, wenn alle beteiligten Rechtsordnungen den Vorgang als gültig anerkennen.

2.2.4 Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen

Artikel 29a Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen
und Vermögensübertragungen

Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) wurde kürzlich vom Parlament verabschiedet. Es regelt die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Zivilsachen und wird daher auch für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz anwendbar sein. Der vorgeschlagene Artikel 29a Gerichtsstandsgesetz sieht für diese Streitigkeiten eine alternative Zuständigkeit jeweils am Sitz eines der beteiligten Rechtsträger vor. Dadurch wird insbesondere vermieden, dass durch Fusion, Aufspaltung oder Vermögensübertragung Gerichtsstände entzogen werden können.

2.2.5 Schweizerisches Strafgesetzbuch

Artikel 326^{ter} Übertretung firmenrechtlicher Bestimmungen

Mit einer Revision der Handelsregisterverordnung (HRegV), die am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, wurden die firmenrechtlichen Vorschriften (Art. 45 ff. HRegV) grundlegend umgestaltet und liberalisiert; namentlich wurde das besondere Bewilligungsverfahren für die Verwendung nationaler, territorialer und regionaler Bezeichnungen aufgehoben. Der Verzicht auf dieses Verfahren macht auch die Aufhebung der entsprechenden Strafbestimmung in Artikel 326^{ter} des Strafgesetzbuches erforderlich.

2.2.6 Bundesgesetz über die Stempelabgaben

Artikel 14 Absatz 1 Buchstaben b und i betreffen die Umsatzabgabe und übernehmen die unter Ziffer 1.3.9.6 erwähnten Vorschläge, wonach Umstrukturierungen nicht zur Erhebung dieser Abgabe Anlass geben sollen.