

einheitlicher Lehre und zutreffender bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung innert zehn Jahren ab Beendigung des Auftrages.

Zuzustimmen ist dem Bundesgericht darin, dass die Verletzung der Rechenschafts- und Herausgabepflicht in Bezug auf Retrozessionen kein Dauerdelikt darstellt. Das Bundesgericht übersieht aber, dass vorliegend nur die Sekundäransprüche der Auftraggeberin wegen Verletzung der unaufgeforderten Benachrichtigungspflicht und Verletzung der Herausgabepflicht verjährt sind, nicht hingegen der Sekundäranspruch wegen Verletzung der Auskunftspflicht.

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.2. Gesellschaftsrecht – allgemein/Droit des sociétés – en général

3.2.7. Fusion/Fusion

Erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen?

Besprechung von BGer, 4A_110/2022, 16.8.2022 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_110/2022 vom 16. August 2022 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen Handelsregisteramt des Kantons Zug, erleichterte Fusion, indirekte Beteiligungsverhältnisse (Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG).



XAVIER GRIVEL*

Gemäss dem Bundesgericht sind die Bestimmungen über die erleichterte Fusion (Art. 23 f. FusG) bei indirekten Beteiligungsverhältnissen nicht anwendbar. Für solche Fälle, bei denen die Anteile nur indirekt über eine oder mehrere jeweils vollständig kontrollierte Zwischengesellschaft(en) gehalten werden, ist ein ordentliches Fusionsverfahren durchzuführen. Grund dafür sei der klare Wille des Gesetzgebers.

I. Sachverhalt

Im Mai 2021 meldete der Rechtsanwalt B. beim Handelsregisteramt Zug die Fusion der A. AG mit der C. GmbH an. B. war der einzige Aktionär der A. AG und hielt auch (direkt und indirekt) sämtliche Stammanteile der C. GmbH. Die Gesellschafter der C. GmbH waren nämlich B. (mit 60% des Stammkapitals) und die D. GmbH (mit 40% des Stammkapitals). Die Stammanteile der D. GmbH wiederum wurden zu 91% von B. gehalten. Die restlichen 9% hielt die D. GmbH selbst als eigene Stammanteile (vgl. Abbildung 1). Gemäss Handelsregisteranmeldung wurde die Fusion im erleichterten Verfahren i.S.v. Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG durchgeführt.

Ende Juni 2021 verweigerte das Handelsregisteramt die Eintragung der Fusion. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen von Art. 23 FusG für eine erleichterte Fusion nicht erfüllt seien. Die Beschwerde der A. AG

* XAVIER GRIVEL, Rechtsanwalt, Associate bei Lenz & Staehelin, Zürich.

gegen die Verfügung des Handelsregisteramts wies das Zürger Verwaltungsgericht mit Urteil vom 13. Januar 2022 ab. Dieses Urteil zog die A. AG mit Beschwerde an das Bundesgericht weiter.

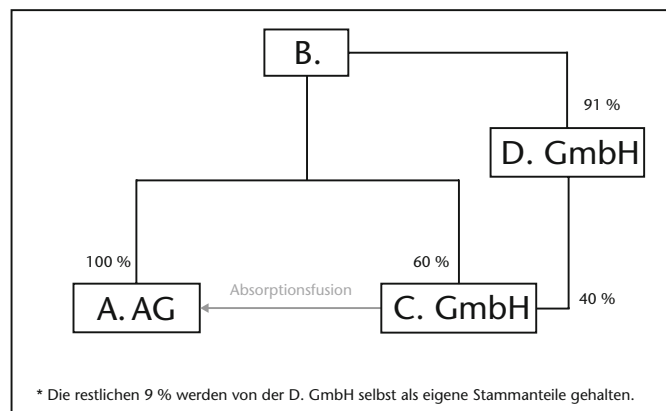


Abbildung 1: Sachverhalt von BGer, 4A_110/2022, 16.8.2022

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte vorliegend die Frage zu beantworten, ob das erleichterte Verfahren i.S.v. Art. 23 f. FusG anwendbar ist, «wenn die Anteile nicht unmittelbar, sondern indirekt über eine oder mehrere (jeweils vollständig kontrollierte) Zwischengesellschaft(en) gehalten werden» (E. 3). Das FusG sieht in Art. 23 Abs. 1 nämlich vor, dass Kapitalgesellschaften unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren können, wenn (i) die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (sog. «Mutter-Tochter-Fusion»), oder (ii) ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe, alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (sog. «Schwesternfusion»).

Materiell wies das Bundesgericht zunächst darauf hin, dass eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen sowohl für gewisse Autoren als auch gemäss der Praxis des EHRA ausgeschlossen sei. Als Grund dafür werde insbesondere der Schutz der Gläubiger der zwischengeschalteten Gesellschaften erwähnt (E. 5.1).

Gemäss Bundesgericht möchte demgegenüber ein grosser Teil der Lehre die erleichterte Fusion auch für Fälle (wie vorliegend) zulassen, in welchen «der übergeordnete Rechtsträger, die übergeordnete natürliche Person oder die übergeordnete Personengruppe die (Stimmrechts-)Anteile an einer der beiden oder an beiden Schwestergesellschaften über eine oder mehrere jeweils vollständig gehaltene Zwischengesellschaft(en) besitzt». Aus wirtschaftlicher Sicht sei die Anwendung der Bestimmungen über den

Schutz der Gesellschafter nicht nur bei direkten, sondern auch bei indirekten Beteiligungsverhältnissen überflüssig. Für diese Lehrmeinungen sind gemäss Bundesgericht auch im zweiten Fall «keine Minderheitsgesellschafter involviert und [es] bestehe kein Bedürfnis zum Schutz der Gesellschafter». Diese Meinung werde dadurch begründet, dass die Regeln über den Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz im Falle einer erleichterten Fusion weiterhin gälten, weshalb auch die Gläubiger und Arbeitnehmer allfälliger Zwischengesellschaften nicht schlechtergestellt wären als im ordentlichen Fusionsverfahren. Weiter werde argumentiert, dass sich im Konzern direkte Beteiligungsverhältnisse ohne Weiteres vor der Fusion herstellen liessen, was zur Anwendbarkeit des erleichterten Verfahrens führe. Dasselbe gilt gemäss Bundesgericht bei einem Vorgehen «in zwei Schritten» (im vorliegenden Fall etwa zunächst Übernahme der C. GmbH durch die D. GmbH und anschliessend Fusion der D. GmbH mit der A. AG – zwei erleichterte Fusionen im Sinne von Art. 23 Abs. 1 FusG). Die Lehre kritisiere deshalb, dass sich die restriktive Praxis des EHRA nicht rechtfertigen lasse (E. 5.2).

Gemäss den Erwägungen des Bundesgerichts scheine es plausible Gründe zu geben, «dass der Gesetzgeber in diesem Sinne (Zulassung indirekter hundertprozentiger Beteiligungsverhältnisse zur erleichterten Fusion) hätte legisfrieren können» (E. 5.2.3). Der Gesetzgeber habe allerdings anders legisfrieren. Das FusG sehe nämlich einen Numerus clausus zulässiger Umstrukturierungen vor, welchen das Parlament mit Hinweis auf die Rechtssicherheit explizit vorgesehen habe. Dieser Numerus clausus gelte auch für die in Art. 23 Abs. 1 FusG aufgezählten Tatbestände, bei welchen eine erleichterte Fusion möglich sei. Insbesondere knüpfe Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG «*einzig und unmittelbar an den Besitz der Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften an*». Den Vorschlag verschiedener Vernehmlassungsteilnehmer, die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Fälle von indirekten Beteiligungsverhältnissen auszuweiten, habe das Parlament ausdrücklich abgelehnt.

Für das Bundesgericht sei ein solcher Formalismus nicht Selbstzweck, sondern stehe «im Dienste von Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Transparenz». Vor diesem Hintergrund liege keine vom Gericht zu füllende gesetzliche Lücke vor, sondern ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, welcher gerade keinen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt gewählt habe. Es sei nicht die Rolle der Gerichte, die bewusst so gewollte Regelung zu korrigieren, auch wenn diese bisweilen als unbefriedigend empfunden würde. Demnach seien die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG nur dann gegeben, «wenn der Rechtsträger, die natürliche Person oder die gesetzlich oder vertraglich verbundene Personen-

gruppe die (Stimmrechts-)Anteile der an der Fusion beteiligten Gesellschaften direkt» besitze (E. 6). Ob die Erleichterungen für kleinere und mittlere Unternehmen (Art. 14 Abs. 2, Art. 15 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 2 jeweils in Verbindung mit Art. 2 lit. e FusG) anwendbar gewesen wären, könne offengelassen werden, weil die Beschwerdeführerin diese Erleichterungen nicht geltend gemacht habe (E. 7). Entsprechend sei die Beschwerde abzuweisen (E. 9).

III. Anmerkungen

Bereits wenige Monate nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes hatte das EHRA seine Position im Zusammenhang mit Art. 23 f. FusG veröffentlicht und klargemacht, dass eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen aus Sicht des EHRA ausgeschlossen sei.¹ Es verzichtete dabei, auf die materiellen Gründe eines solchen Ausschlusses einzugehen, und begnügte sich damit, auf die Gesetzgebungsgeschichte zu verweisen. Vor dem Ständerat hatte der Berichterstatter der Kommission für Rechtsfragen nämlich «präzisierend [festgehalten], dass gemäss dieser Bestimmung nur Mutter und Tochter einerseits und Schwestern andererseits miteinander fusionieren» könnten und die Bestimmungen über die erleichterte Fusion auf Fälle von indirektem Besitz somit nicht anwendbar seien.²

Obwohl die herrschende Lehre diese Praxis seit Inkrafttreten des FusG kritisiert,³ entschied sich das Bundesgericht im hier besprochenen Entscheid, der Ansicht und der

Argumentation des EHRA zu folgen.⁴ Das Bundesgericht verzichtete wiederum auf eine materielle Auseinandersetzung mit den aus seiner Sicht «plausiblen»⁵ Argumenten der Lehre, die eine Ausdehnung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG auf indirekte Beteiligungsverhältnisse befürwortet. Die Auslegung dieser Bestimmung – und mithin seinen Entscheid – begründete das Bundesgericht vielmehr mithilfe von Ausführungen zum Vernehmlassungsverfahren und zu den Debatten im Parlament.⁶ Diese Vorgehensweise überzeugt nicht.

Für die Auslegung eines Gesetzes verwendet das Bundesgericht bekanntlich vier Elemente: «das grammatische (grammatikalische), das systematische, das teleologische und das historische Element».⁷ Dabei befolgt das Bundesgericht «einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen».⁸ Weshalb im vorliegenden Fall die grammatikalische und die historische Methode eine übergeordnete Rolle zu spielen scheinen und die anderen Methoden kaum erwähnt werden, erklärt das Bundesgericht bedauerlicherweise nicht. Aus Sicht des Autors gibt es bei einer Gesamtbetrachtung überzeugende Gründe für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG.

Wichtig sind nämlich insbesondere auch Sinn und Zweck (das teleologische Element) der Bestimmung.⁹ Dabei ist entscheidend, dass die Erleichterungen von Art. 24 FusG ausschliesslich Vorschriften über den Schutz der Gesellschafter betreffen. Die Bestimmungen, die dem Schutz der Gläubigerinnen und Arbeitnehmenden dienen, sind auch im erleichterten Verfahren anwendbar, sodass deren Interessen

¹ EHRA, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz, REPRAX 2–3/2004, 1 ff., 10.

² Votum Schweiger, AB 2001 S 152.

³ Insbesondere PETER R. ALTENBURGER/MASSIMO CALDERA/WERNER LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, N 223 f.; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, N 192b; BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜEL, Art. 3 N 20, in: Rolf Watter et al. (Hrsg.), Fusionsgesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-Verfasser); BSK FusG-WOLF, Art. 23 N 4 und N 10; SEBASTIAN BURCKHARDT, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2012 (zit. ZK-BURCKHARDT), Art. 23 FusG N 9; URS P. GNOS, Die Praxis zur erleichterten Fusion von Konzerngesellschaften, GesKR 2006, 189 ff., 191; ROLAND M. MÜLLER, KMU und erleichterte Fusionen, in: Marc Amstutz/Roland M. Müller/Inge Hochreutener (Hrsg.), Das Fusionsgesetz: Bewährungsprobe nach dem 8. Jahr, Zürich 2015, 35 ff., 41; RITA TRIGO TRINDADE, in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Commentaire LFus, Zürich 2005, Art. 23 N 13; RITA TRIGO TRINDADE/ANNIE GRIESSEN COTTI, FusG – Echo aus der Praxis, GesKR 2007, 144 ff., 149 f.; CHK-TRIEBOLD, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Wirtschaftliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 23 N 11; ALEXANDER VOGEL et al., FusG Kommentar, 3. A., Zürich 2017, Art. 23 N 7; HANS CASPAR VON DER CRONE et al., Das Fusionsgesetz, 2. A., Zürich 2017, N 245.

⁴ Die gleiche Meinung wie das EHRA (und nun das Bundesgericht) vertreten u.a. PIERA BERETTA, Strukturanpassungen, SPR VIII/8, Basel 2006, 344 ff.; FLORIAN BOMMER, Art. 23 N 8, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, SHK – Stämpfli Handkommentar, 2. A., Bern 2015; CHRISTIAN CHAMPEAUX, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis, REPRAX 2/2011, 51 ff., 63 f.; STEPHAN ERBE/THOMAS JAUSSI/RALPH THEILER, Das Fusionsgesetz – ein Überblick aus rechtlicher und steuerlicher Sicht, StR 2003, 822 ff., 828; MICHAEL GWELESSIANI, Handelsregisterliche Aspekte zum neuen Fusionsgesetz, in: Andreas Kellerhals/Jürg Luginbühl (Hrsg.), Fusionsgesetz, Auswirkungen auf die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2004, 235 ff., 242; PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz, Bern 2016, N 373 ff.

⁵ BGer, 4A_110/2022, 16.8.2022, E. 5.2.3.

⁶ BGer, 4A_110/2022, 16.8.2022, E. 6; vgl. auch HARALD BÄRTSCHI, Keine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen, iusNet GR vom 29.9.2022.

⁷ BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 131.

⁸ Vgl. BGE 121 III 219 E. 1d/aa.

⁹ Gl.M. ZK-BURCKHARDT (FN 3), Art. 23 FusG N 9.

nicht tangiert werden.¹⁰ Wie GNOS zu Recht betont, droht bei indirekten Beteiligungsverhältnissen verglichen mit einer konzerninternen Fusion mit direktem Beteiligungsverhältnis weder den Gläubigerinnen noch den Arbeitnehmenden der Zwischengesellschaft(en) eine (zusätzliche) Gefahr.¹¹ Das Risiko eines ungünstigen Umtauschverhältnisses oder einer zu geringen Abfindung würde ebenfalls im ordentlichen Fusionsverfahren bestehen.¹² Das ordentliche Verfahren sieht nämlich auch nicht vor, dass die Gläubiger der Muttergesellschaft die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können. Vor diesem Hintergrund leuchtet nicht ein, weshalb die erleichterte Fusion nur bei direkten Beteiligungsverhältnissen anwendbar sein sollte: Der (hundertprozentige) indirekte Besitz ändert nichts daran, dass keine Minderheitsgesellschafter beteiligt sind, deren Interessen durch die Erleichterungen von Art. 23 f. FusG gefährdet werden könnten.

Dies zeigt das vom Bundesgericht erwähnte – aber wiederum nicht materiell behandelte – Vorgehen «in zwei Schritten», welches von der Lehre als Begründung für eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 23 f. FusG vorgebracht wird. Wenn beispielsweise die indirekt gehaltene Zielgesellschaft zunächst von ihrer Muttergesellschaft und diese daraufhin ihrerseits von ihrer Schwestergesellschaft übernommen wird, ist das erleichterte Verfahren für beide Schritte anwendbar. Gemäss heutiger Praxis des EHRA und dem vorliegenden Urteil des Bundesgerichts ist dies allerdings nicht der Fall, wenn die Zielgesellschaft direkt (von der Schwestergesellschaft ihrer Muttergesellschaft) übernommen wird.¹³ Diese Differenzierung ist aus Sicht des Autors unsachlich und dürfte nicht bloss durch Verweis auf die Gesetzgebungsgeschichte gerechtfertigt werden. Vielmehr hat das Bundesgericht eine Gelegenheit verpasst, den Bedürfnissen der Wirtschaft entgegenzukommen; und dies, obwohl der Schutz der involvierten Parteien (sei es der Gläubigerinnen oder Arbeitnehmenden – s. auch Art. 1 Abs. 2 FusG) durch andere gesetzliche Vorschriften gewährleistet ist.

*Auch der Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG schliesst Fälle von indirekten Beteiligungsverhältnissen nicht per se aus.*¹⁴ Es wird verlangt, dass ein Rechtsträger,

eine natürliche Person oder eine Personengruppe alle Anteile der beteiligten Gesellschaften besitzt. Weder diese Bestimmung noch die Definition des «Anteilhabers» i.S.v. Art. 2 lit. g FusG schliessen einen indirekten Besitz aus. Der Begriff «besitzen» ist gemäss der Lehre nicht als Besitz im Rechtssinne zu verstehen, sondern als «Eigentum an den Anteilen der übertragenden Tochtergesellschaft».¹⁵ Die Auslegung des Bundesgerichts mag zwar vertretbar sein; der Gesetzeswortlaut würde allerdings ein anderes, stärker an der wirtschaftlichen Realität orientiertes Verständnis zulassen.¹⁶

Die obigen Ausführungen zeigen, dass eine andere Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG möglich wäre. Diese würde auch den (Flexibilitäts-)Bedürfnissen von Konzernen und der Wirtschaft besser entsprechen. Es ist zu bedauern, dass das Bundesgericht auf eine materielle Auseinandersetzung mit den Argumenten der Lehre praktisch gänzlich verzichtete und sich mit einer rein grammatikalischen und historischen Auslegung dieser Bestimmung begnügte. Dies gilt umso mehr, als Rechtsmittel in solchen Angelegenheiten selten erhoben werden – nicht zuletzt, weil ein ordentliches Fusionsverfahren i.d.R. schneller und kosteneffizienter ist als der Rechtsweg bis vor Bundesgericht. Wie BÄRTSCHI zu Recht zusammenfasst, ist der Entscheid «zwar vertretbar, aber [...] etwas mutlos und formalistisch».¹⁷ Da dieses Urteil im Zusammenhang mit einem «Musterbeispiel» von indirekten Beteiligungsverhältnissen gefällt wurde, ist eine Praxisänderung des Bundesgerichts kaum zu erwarten. Damit wäre es nun wohl Sache des Gesetzgebers, die von der herrschenden Lehre verlangte Flexibilität zu schaffen und die Gesetzesbestimmung anzupassen.

¹⁰ Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl 2000 4337 ff., 4422; GNOS (FN 3), GesKR 2006, 191; TRIGO TRINDADE/GRIESSEN COTTI (FN 3), GesKR 2007, 150 f.

¹¹ GNOS (FN 3), GesKR 2006, 191.

¹² BSK FusG-WOLF (FN 3), Art. 23 N 4.

¹³ BGer, 4A_110/2022, 16.8.2022, E. 5.2.2; vgl. auch BSK FusG-TSCHÄNI/GABERTHÜEL (FN 3), Art. 3 N 20.

¹⁴ Vgl. auch ALTENBURGER/CALDERA/LEDERER (FN 3), N 224; BSK FusG-WOLF (FN 3), Art. 23 N 4.

¹⁵ BSK FusG-WOLF (FN 3), Art. 23 N 4.

¹⁶ Gl.M. BÄRTSCHI (FN 6).

¹⁷ BÄRTSCHI (FN 6).