



Fragen und Antworten zum Fusionsgesetz

Ausgabe 2023

Allgemein

KMU-Erklärung: Muss sie vor der GV oder kann sie auch anlässlich der GV abgegeben werden?

Gemäss Art. 131 Abs. 2, Art. 134 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 2 HRegV hat die KMU-Erklärung zu bestätigen, dass sämtliche Gesellschafterinnen und Gesellschafter auf die Erstellung des Berichtes oder auf die Prüfung verzichten. Dieser Teil der KMU-Erklärung kann durch eine entsprechende Feststellung der Universalversammlung anlässlich der Beschlussfassung über die Fusion, Spaltung und Umwandlung ersetzt werden, welcher in der öffentlichen Urkunde festgehalten wird.

Rückwirkung: Kann eine Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung rückwirkend erfolgen?

Nein. Zivilrechtlich ist eine Rückwirkung nicht möglich. Die fusionsgesetzlichen Tatbestände werden mit der Eintragung in das Handelsregister rechtlich wirksam (Art. 22, 52, 67, 73 Abs. 2 FusG). Die Steuerbehörden akzeptieren indessen unter gewissen Voraussetzungen eine steuerliche «Rückwirkung». Diesbezüglich gibt das Kreisschreiben Nr. 5a der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 1. Februar 2022 Auskunft.

Fusion

Bilanz: Welche muss eingereicht werden?

Nur die der übertragenden Gesellschaft (Art. 131 Abs. 1 lit. b HRegV).

Bilanz: Wie alt darf die Bilanz sein?

Die Bilanz darf - unabhängig von der Rechtsform oder der in Frage stehenden Fusionsart - nicht älter als 6 Monate sein, ansonsten ist ein Zwischenabschluss zu erstellen (Art. 11 FusG).

Bilanz: Muss sie geprüft sein?

Allgemein: Sie ist nach den für die entsprechende Rechtsform geltenden Rechnungslegungsregeln zu erstellen und zu prüfen. Eine entsprechende «Bestätigung» kann aus der Bilanz selber oder aus anderen Dokumenten hervorgehen; dies ist insbesondere bei erleichterten Fusionen zu beachten (Art. 23 FusG).

Im Rahmen der Fusionsprüfung ist die Bilanz überdies vom zugelassenen Revisionsexperten zu prüfen (Art. 15 Abs. 1 FusG).



KMU: Diese können auf die Fusionsprüfung gemäss Art. 15 FusG verzichten, haben dann aber im Falle der Kapitalerhöhung i.S. der Lückenfüllung den Kapitalerhöhungsbericht und dessen Prüfung (Art. 652e und 652f OR) vorzunehmen (vgl. Kurzkommentar EHRA zu Art. 105a alt-HRegV).

Erleichterte Fusion: Sind die Voraussetzungen für eine erleichterte Fusion im Sinne von Art. 23 FusG erfüllt, wenn der einzige Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft mit dem (nicht identischen) Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft im Hinblick auf die Fusion eine vertragliche Vereinbarung betreffend gemeinsames Vorgehen (z.B. bezüglich über ein einheitliches Stimmverhalten) abschliesst?

Nein. Hier liegt keine vertraglich verbundene Personengruppe im Sinne von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG vor.

Blosse vertragliche Abmachungen vor der Fusion über ein einheitliches Verhalten, ohne dass auch das Eigentum der Aktien an die einfache Gesellschaft übergegangen wäre, genügen nicht. Das vertragliche bzw. gesetzliche Verhältnis muss vor dem Fusionsbeschluss gegeben sein (z.B. durch einen bestehenden Aktionärsbindungsvertrag, einfache Gesellschaft etc.), was entsprechend zu belegen ist.

Fusionsvertrag bei Schwestern-Fusion: Welche Angaben sind im Vertrag bei einer Schwestern-Fusion mit freiwilliger Kapitalerhöhung mindestens erforderlich?

Bei einer Schwestern-Fusion gelten grundsätzlich die Erleichterungen gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b i.V.m. 24 Abs. 1 FusG. Das bedeutet einerseits, dass der Fusionsvertrag nur die Angaben gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a und f-i FusG enthalten müsste. Andererseits ist eine Kapitalerhöhung vorgesehen. Dieser Tatbestand ist mit einer Fusion vergleichbar, bei welcher neue Anteilsrechte geschaffen werden müssen, um die Gesellschafter der übernommenen Gesellschaft abfinden zu können. Die Art und Weise der Gegenleistung der übernehmenden Gesellschaft für die Übernahme von Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft gehört zu den Essentialia des Vertrages. Die die Kapitalerhöhung betreffenden Angaben gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b - e FusG sind deshalb ebenfalls in den Fusionsvertrag aufzunehmen (Umtauschverhältnis, Sonderrechte, Modalitäten des Umtausches, Zeitpunkt der Anteilsberechtigung am Bilanzgewinn, etc.).

Zwischenabschluss: Gilt eine nach dem Bilanzstichtag erfolgte bedingte Kapitalerhöhung als wichtige Änderung im Sinne von Art. 11 FusG?

Da es sich hier um einen Mittelzufluss handelt, muss ein geprüfter und genehmigter Zwischenabschluss nicht eingereicht werden, wenn der Erhöhungsbetrag der zuvor eingetragenen bedingten Kapitalerhöhung im Verhältnis zum ursprünglichen Eigenkapital der Gesellschaft keine allzu relevante Änderung in der Vermögenslage darstellt, welche zwingend die Erstellung eines Zwischenabschlusses rechtfertigt.

Erleichterte Fusion gemäss Art. 23 FusG

Gemäss BGE 148 III 362 sind die in Art. 23 FusG aufgezählten Sachverhalte abschliessend. Auf indirekte Beteiligungsverhältnisse ist Art. 23 FusG nicht anwendbar.

**Statuten: Müssen die Statuten der übernehmenden Gesellschaft eine Bestimmung über die Fusion enthalten?**

Nein. Gemäss Art. 9 Abs. 2 FusG finden die Vorschriften des Obligationenrechts über die Sacheinlagen keine Anwendung.

Gläubigerschutz: Muss die Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten gemäss Art. 25 Abs. 2 FusG dem Handelsregisteramt eingereicht werden?

Nein, die Gläubigerschutzbestimmungen kommen erst nach der Handelsregistereintragung zum Zuge; die Handelsregisterverordnung sieht entsprechend auch nicht vor, dass eine solche Bestätigung nachträglich noch als Beleg eingereicht werden muss.

Mutter-Tochter-Fusion mit Kapitalerhöhung: Ist eine Mutter-Tochter-Fusion mit Kapitalerhöhung, wobei die neuen Aktien bei der Kapitalerhöhung durch einen Teil des Aktivenüberschusses der übertragenden Gesellschaft liberiert werden sollen, zulässig?

Sofern das Liberierungsprinzip beachtet wird, ist eine derartige Fusion möglich. Das Liberierungsgebot verlangt, dass sämtliche neuen Aktien liberiert sein müssen. Zur Liberierung verwendet werden kann demnach höchstens der Betrag des Fusionsgewinns. Dieser berechnet sich wie folgt: Vom Aktivenüberschuss der übertragenden Gesellschaft ist der Wert der Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft, wie er in der Bilanz der übernehmenden Muttergesellschaft ausgewiesen ist, abzuziehen. Sofern die übertragende Gesellschaft darüber hinaus eigene Aktien hat, ist auch dieser Betrag vom Aktivenüberschuss in Abzug zu bringen. Nur im Umfang dieses Differenzbetrages sind der Muttergesellschaft tatsächlich Mittel zugeflossen. Der Fusionsgewinn ist somit regelmässig kleiner als der Aktivenüberschuss der übertragenden Tochtergesellschaft.

Bei dieser Konstellation ist dem Handelsregisteramt ausnahmsweise zusätzlich zur Bilanz der übertragenden Tochtergesellschaft auch diejenige der Muttergesellschaft einzureichen. Neben diesen Voraussetzungen ist zu beachten, dass aus Gründen des Kapitalschutzes sämtliche Kapitalerhöhungsbelege einzureichen (Art. 652e und 652f OR für die AG) sind. Art. 652e OR verlangt, dass ein Kapitalerhöhungsbericht vom Verwaltungsrat zu erstellen ist. Dieser Bericht soll namentlich kurze Angaben zu den einzelnen Bilanzpositionen, der Angemessenheit der Bewertung und der Einhaltung des Generalversammlungsbeschlusses enthalten. Der Kapitalerhöhungsbericht ist durch einen zugelassenen Revisor zu prüfen (vgl. aber Art. 727b OR).

Kapitalerhöhung: Muss der Kapitalerhöhungsbericht in jedem Fall eingereicht werden?

Ja, der Kapitalerhöhungsbericht (Art. 652e OR) muss in jedem Fall erstellt werden. Liegt ein Fusionsbericht vor, muss der Kapitalerhöhungsbericht nur noch Ausführungen zu Art. 652e Ziffer 4 OR enthalten. Ohne Fusionsbericht muss er den vollständigen Inhalt gemäss Art. 652e Ziff. 1-5 OR aufweisen.

Fusion mit ausschliesslicher Abfindung: Was gilt für das Quorum gemäss Art. 18 Abs. 5 FusG?

Art. 18 Abs. 5 FusG verlangt die Zustimmung von 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Nach dem Wortlaut gilt hier das



Kopfstimmprinzip. Die Lehre vertritt hingegen die Auffassung, dass bei einer Aktiengesellschaft auf 90 Prozent der Aktienstimmen und nicht der Köpfe abzustellen ist. Da die gesetzliche Regelung unklar ist, wird das Handelsregisteramt des Kantons Zürich mangels Kognition auch Beschlüsse, die letzterem Quorum genügen, eintragen. Erforderlich ist dabei jeweils die Zustimmung von 90 Prozent aller (nicht nur der an der Versammlung vertretenen) Gesellschafter oder 90 Prozent aller (nicht nur der an der Versammlung vertretenen) Stimmen.

Sanierungsfusion: In welchem Umfang muss die «gesunde Gesellschaft» über frei verwendbares Eigenkapital verfügen bzw. müssen Rangrücktritte der Gläubiger vorliegen?

Eine Gesellschaft muss gemäss Art. 6 Abs. 1 FusG im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung über frei verwendbares Eigenkapital verfügen. Alternativ können Gläubiger gemäss Art. 6 Abs. 1bis FusG im Ausmass der Unterdeckung und einer allfälligen Überschuldung im Rang hinter allen anderen Gläubigern zurücktreten und ihre Forderungen stunden, sofern der geschuldete Betrag und die Zinsforderungen während der Dauer der Überschuldung vom Rangrücktritt erfasst sind.

Eine Unterdeckung ist gegeben, wenn die Aktiven abzüglich des Fremdkapitals die Hälfte der Summe «Aktien-/Stammkapital + nicht rückzahlbare gesetzliche Kapital- und gesetzliche Gewinnreserven» nicht mehr decken.

Eine Überschuldung ist gegeben, wenn die Aktiven das Fremdkapital nicht mehr decken.

Sanierungsfusion: Die übertragende Gesellschaft ist überschuldet. Ist trotz Vorliegens von Rangrücktrittserklärungen in der vom Gesetz geforderten Höhe eine Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten gemäss Art. 6 Abs. 2 FusG einzureichen?

Ja. Eine Bestätigung des Revisionsexperten ist in allen von Art. 6 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1bis FusG erfassten Fällen einzureichen.

Kombinationsfusion von KMU-Gesellschaften: Kann bei einer Kombinationsfusion von Gesellschaften mit identischen Beteiligungsverhältnissen («Schwestern») Art. 23 FusG in analoger Weise angewandt werden?

Nein, Art. 23 Abs. 1 FusG setzt die Existenz aller beteiligten Gesellschaften voraus, was bei der Kombinationsfusion gerade nicht der Fall ist, da die übernehmende Gesellschaft im Rahmen der Kombinationsfusion ja erst gegründet wird (Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Art. 10 FusG). In dem Sinne wäre die übernehmende Gesellschaft bei der Kombinationsfusion somit nicht als an der Fusion «beteiligte[n]» Gesellschaft nach Art. 23 Abs. 1 Bst. b FusG zu qualifizieren. Hingegen sind die Erleichterungen für KMU-Gesellschaften anwendbar, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.



Spaltung

Gläubigerschutzvorschriften: Muss die Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften gemäss Art. 45 ff. FusG dem Handelsregisteramt nachgewiesen werden?

Ja, wegen der Drittschutzwirkung dieser Bestimmungen müssen die Registerbehörden prüfen, ob die Aufforderungen an die Gläubiger in rechtsgenügender Weise erfolgt sind. Der Nachweis kann beispielsweise durch Hinweise auf die SHAB-Publikation oder durch einen expliziten Hinweis in der öffentlichen Urkunde zum Spaltungsbeschluss erbracht werden.

Spaltung unter Schwestergesellschaften: Kann auf eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft verzichtet werden, wenn die Gesellschafter der beiden an der Spaltung beteiligten Gesellschaften identisch sind?

Ja, wenn die Beteiligungsverhältnisse vor und nach der Spaltung identisch sind.

Abgespalteter Vermögensteil: Darf bei einer Spaltung der abgespaltete Vermögensteil unter bestimmten Voraussetzungen einen Passivenüberschuss aufweisen?

Nein, die Übertragung eines Vermögensteils ist bei einem Passivenüberschuss nicht möglich. Wenn jedoch eine Spaltung zur Übernahme durch eine bestehende Gesellschaft ohne Kapitalerhöhung vorliegt, genügt es, wenn der Aktivenüberschuss CHF 0.00 beträgt.

Vereinfachtes Verfahren: Ist bei der Spaltung ein vereinfachtes Verfahren analog zu Art. 23 f. FusG möglich?

Nein. Das Fusionsgesetz sieht diese Erleichterungen nur für die Fusion vor.

Inventar: Was wird als Inventar gemäss Art. 37 lit. b FusG akzeptiert?

Das Handelsregisteramt des Kantons Zürich akzeptiert eine Aufteilungsbilanz als Inventar im Sinne des Gesetzes, sofern die Bestimmbarkeit der übertragenen Vermögenswerte gewährleistet ist. Diese Bilanz weist drei oder mehr Spalten auf:

1. Die erste Spalte führt die gesamten Aktiven und die gesamten Passiven (Fremdkapital) der übertragenden Gesellschaft auf;
2. die zweite Spalte betrifft die bei der übertragenden Gesellschaft verbleibenden Aktiven und Passiven;
3. die dritte Spalte weist die abgespalteten Aktiven und Passiven auf.

Es ist allerdings zu beachten, dass eine Bilanz, welche nur die obligationenrechtlichen Mindestgliederungsvorschriften einhält, den Anforderungen an den Detaillierungsgrad des Inventars (Grundstücke, Wertpapiere und immaterielle Werte sind einzeln aufzuführen) nicht zwingend genügt. Solche Vermögenswerte sind im Plan bzw. Vertrag oder in einem separaten Dokument in bestimmbarer Weise zu beschreiben.

Werden nur einzelne Vermögenswerte abgespalten, genügt die Bilanz der übertragenden Gesellschaft sowie eine separate Liste der abzuspaltenden Vermögenswerte.



Inventar: Kann das abzusplattende Geschäft im Spaltungsinventar negativ definiert werden, d.h. können im Inventar nur jene Werte aufgelistet werden, die bei der Abspaltung zurückbleiben?

Nein. Gemäss Art. 37 lit. b FusG ist bei einer Spaltung ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung, der Aufteilung und der Zuordnung der Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens sowie der Zuordnung der Betriebsteile zu erstellen. Eine Negativliste genügt diesen Anforderungen nicht. Insbesondere sei auch auf Art. 38 Abs. 1 lit. b FusG hingewiesen, wonach ein Gegenstand, der sich auf Grund des Spaltungsvertrags oder des Spaltungsplans nicht zuordnen lässt, bei der Abspaltung bei der übertragenden Gesellschaft verbleibt.

Vertragsübergang: Gehen Verträge bei einer Spaltung automatisch über oder bedürfen sie der Zustimmung der jeweiligen Vertragspartei?

Das Handelsregisteramt prüft im Rahmen seiner Kognition nicht, ob die Verträge übergeben oder Zustimmungen eingeholt worden sind. Geprüft wird einzig, ob die Kapitalaufbringung erfolgt ist, und ob die zu übertragenden Gegenstände nicht offensichtlich unübertragbar sind (Art. 148 HRegV).

Vertragsübergang: Wie genau müssen bei einer Spaltung übergehende Verträge umschrieben werden?

Wird im Rahmen einer Spaltung ein Betriebsteil samt den dazu gehörigen Verträgen übertragen, müssen die Verträge aufgrund des Inventars auch für Dritte zumindest bestimmbar sein.

Abspaltung mit Forderungs begründung: Bei einer Abspaltung (Art. 29 lit. b FusG) werden bestimmte Aktiven und Passiven einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft übertragen (s. Art. 37 lit. b FusG); neben der Zuteilung von Anteilsrechten an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft (s. Art. 31 FusG) wird gleichzeitig eine Forderung zugunsten der übertragenden und zulasten der übernehmenden Gesellschaft begründet. Ist dies zulässig?

Das zu übertragende Teilvermögen bei einer Spaltung kann aus einem beliebigen Aktivum oder Passivum des Vermögens der übertragenden Gesellschaft gebildet werden, sofern diese ihrer Natur nach übertragbar sind (Botschaft, S. 4431). In casu bildet aber die zur Diskussion stehende Forderung nicht bereits Teil des Vermögens der übertragenden Gesellschaft, sondern entsteht erst im Zuge der Übernahme. Zudem gilt im Gesellschaftsrecht und auch im Fusionsgesetz der Typenzwang (numerus clausus). Eine Vermischung der Spaltung, bei welcher eine Zuteilung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft erfolgt, und eine Vermögensübertragung, bei welcher die Gegenleistung an die übertragende Gesellschaft selbst erfolgt, ist im Gesetz nicht vorgesehen und daher nicht zulässig (s. Botschaft, S. 4460). Möglich ist es jedoch, gewisse Aktiven und Passiven einer Gesellschaft via Abspaltung auf eine andere Gesellschaft zu übertragen und gleichzeitig andere Aktiven und Passiven derselben Gesellschaft via Vermögensübertragung auf eine andere Gesellschaft zu übertragen.

**Eigene Aktien: Wie sind bei einer Spaltung die von der übertragenden Gesellschaft selbst gehaltenen eigenen Aktien zu berücksichtigen?**

Die eigenen Aktien bleiben unbeachtet bei der Frage, ob eine symmetrische oder eine asymmetrische Spaltung vorliegt. Das heisst, wenn z.B. bei einer Spaltung alle Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, welche 80% des Aktienkapitals der übertragenden Gesellschaft halten (daneben hält die übertragende Gesellschaft selbst 20% eigene Aktien), alle Aktien der übernehmenden Gesellschaft erhalten (Abspaltung zur Neugründung), liegt eine symmetrische Spaltung vor. Es gelten in diesem Fall die Quoren von Art. 43 Abs. 2 FusG i.V.m. Art. 18 FusG, und bei der Beschlussfassung bleiben die eigenen Aktien gemäss Art. 659a Abs. 1 OR unberücksichtigt.

Falls aber vorgesehen wird, dass die übertragende Gesellschaft selbst, die 20% eigene Aktien hält, an der übernehmenden Gesellschaft Aktien erhalten soll, liegt eine Ausgliederung vor, welche nicht mittels Spaltung, sondern nur mittels Vermögensübertragung erreicht werden kann (zum Begriff der Ausgliederung vgl. Botschaft zum Fusionsgesetz, Ziff. 1.3.2.4.2.).

Statuten: Müssen die Statuten der infolge der Spaltung kapitalerhöhen den Gesellschaft eine Bestimmung über die Spaltung enthalten?

Nein. Gemäss Art. 33 Abs. 2 FusG finden die Vorschriften des Obligationenrechts über die Sacheinlagen keine Anwendung.

Umwandlung

Bilanz: Ist dem Handelsregisteramt bei allen Arten von Umwandlungen eine Umwandelungsbilanz einzureichen?

Ja. Eine Umwandelungsbilanz ist bei allen Umwandlungsarten einzureichen, unabhängig von der Rechtsform und von der Buchführungspflicht (ausgenommen Umwandlung einer Kollektivgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft und umgekehrt).

Bilanz: Auf welchen Zeitpunkt ist abzustellen, wenn eine KMU auf das Erstellen eines Umwandlungsberichtes verzichtet (Art. 61 Abs. 2 i.V. mit Art. 58 Abs. 1 FusG)?

Da das vom Gesetzgeber vorgesehene Abstellen auf den Zeitpunkt des Umwandlungsberichtes im Falle des entsprechenden KMU-Verzichtes nicht möglich ist, muss eine Lückenfüllung vorgenommen werden. Entsprechend ist für die Berechnung des Maximalalters der Bilanz auf das Datum des Umwandlungsplanes abzustellen, der vom gleichen Organ wie der Umwandlungsbericht erstellt wird.

Bilanz: Muss die der Umwandlung zu Grunde liegende Bilanz geprüft sein?

Sofern die Gesellschaft ihre Jahresrechnung aufgrund einer gesetzlichen oder statutari-schen Revisionspflicht prüfen lassen muss, muss die der Umwandlung zu Grunde liegende Bilanz (ordentliche Bilanz oder Zwischenabschluss) nach den für die entsprechende Rechtsform geltenden Rechnungslegungsregeln geprüft sein. Eine entsprechende «Bestätigung» kann aus der Bilanz selber oder aus anderen Dokumenten hervorgehen. Zusätzlich ist durch einen zugelassenen Revisionsexperten eine Prüfung im Sinne von Art. 62 FusG



vorzunehmen (KMU nur, falls sie nicht auf die Prüfung i. S. v. Art. 62 Abs. 2 FusG verzichten).

Zwischenabschluss: Bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG muss das Kapital der AG mindestens CHF 100'000.00 betragen. Kann dabei diese Kapitalerhöhung in einem Schritt erfolgen, oder muss ein von der Revisionsstelle zu prüfender Zwischenabschluss erstellt werden, der der Kapitalerhöhung Rechnung trägt?

Nein. Die Kapitalerhöhung kann gleichzeitig mit der Umwandlung erfolgen. Die Umwandlungsbilanz darf aber nicht älter als 6 Monate sein (Art. 58 FusG).

Gründungsbericht in Analogie zu Art. 635 OR mit Prüfungsbestätigung gemäss Art. 635a OR: Wann sind diese Belege bei der Umwandlung erforderlich?

Bei der Umwandlung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) in eine GmbH oder AG finden die Bestimmungen des OR über die Gründung der entsprechenden Gesellschaft Anwendung, jedoch nicht die Vorschriften über die Sacheinlage (Art. 57 FusG). Verzichten die KMU auf den Umwandlungsbericht und auf die Prüfung der Umwandlung (Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 FusG), sind die Sacheinlagevorschriften aus Gründen des Kapitalschutzes in Lückenfüllung anwendbar. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss in diesem Fall einen "Gründungsbericht" erstellen (analog Art. 635 OR). Dieser «Gründungsbericht» hat sinngemäss Angaben über Art, Zustand und Angemessenheit der Bewertung des Vermögens der sich umwandelnden Gesellschaft zu enthalten. Bei Bilanzen bedeutet dies praxisgemäss, dass die einzelnen Bilanzposten hinsichtlich Art und Zustand aufgeschlüsselt werden müssen. Der Bericht ist von einem zugelassenen Revisor zu prüfen und seine Vollständigkeit und Richtigkeit schriftlich zu bestätigen (analog Art. 635a OR).

Statuten: Müssen die Statuten der Gesellschaft eine Bestimmung über die Umwandlung enthalten?

Nein. Gemäss Art. 57 FusG finden die Vorschriften des Obligationenrechts über die Sacheinlagen keine Anwendung.

Eine AG, die überschuldet ist, soll in eine GmbH umgewandelt werden. Muss trotz Vorliegen von Rangrücktritten die Bilanz vor der Umwandlung «saniert» werden?

Ja, gemäss Art. 57 FusG finden die Gründungsvorschriften Anwendung. Die Kapitaldeckung verlangt, dass keine Unterdeckung mehr vorhanden ist.

Kann ein Einzelunternehmen in eine GmbH (oder AG) umgewandelt werden?

Nein, Art. 54 FusG umschreibt den Kreis der Umwandlungsmöglichkeiten abschliessend. Das Einzelunternehmen ist darin nicht erwähnt.

Sofern das Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen ist, kann das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf dem Weg der Vermögensübertragung (Sacheinlage) in die GmbH (oder AG) eingebracht werden. Als Gegenleistung erhält der Inhaber (und/oder Dritte) Stammanteile bzw. Aktien. Die Sacheinlagebestimmungen gemäss Art. 634 OR kommen zur Anwendung.

Ist das Einzelunternehmen nicht eingetragen, so verbleibt das Einbringen des Geschäftes auf dem Wege von Art. 181 OR.

Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft: Können im Zuge der Umwandlung weitere Gesellschafter beitreten?

Nein, da sonst die mitgliedschaftliche Kontinuität nicht gegeben ist. Zusätzliche Gesellschafter können nur vor oder nach der Eintragung der Umwandlung eintreten.

Umwandlung eines Vereins in eine Genossenschaft: Welche Belege sind einzureichen?

Einzureichen sind:

1. Anmeldung;
2. Umwandlungsplan (Art. 59 FusG);
3. Umwandelungsbilanz;
4. Genossenschaftsstatuten;
5. Umwandlungsbeschluss (Art. 64 f FusG) mit Wahl der Verwaltung sowie der Revisionsstelle (inkl. Wahlannahmeerklärung) bzw. des Verzichts auf die eingeschränkte Revision und Hinweis auf Mindestzahl der Gründer (Art. 831 OR);
6. Protokoll des zuständigen Genossenschaftsorgans über die Konstituierung der Verwaltung sowie die Bestimmung der zeichnungsberechtigten Personen;
7. evtl.: Verzeichnis der Genossenschafter (Art. 887 OR i.V.m. Art. 88 HRegV);
8. KMU-Erklärung oder Prüfungsbericht;
9. dient der Aktivenüberschuss zur Liberierung des Anteilscheinkapitals, so ist im Sinne der Lückenfüllung beim Vorliegen der KMU-Erklärung der Bericht gemäss Art. 834 Abs. 2 OR einzureichen.

Nicht erforderlich sind:

1. Lex-Koller-Erklärung;
2. bei gleichbleibendem Domizil die Domizilhaltererklärung;
3. Unterschriftenbeglaubigungen, sofern bereits beim Handelsregisteramt belegt und beglaubigt.

Vermögensübertragung

Anwendung von Art. 181 OR

Die im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften können ihre Aktiven und Passiven nicht mehr auf dem Wege von Art. 181 OR, sondern nur noch mittels Vermögensübertragung nach Art. 69 ff FusG auf einen andern Rechtsträger übertragen.

Die Übertragung von Aktiven und Passiven auf dem Weg der Singularsukzession ist aber weiterhin möglich. Da die Vermögensübertragung aber schriftlich erfolgen muss, geht das Handelsregisteramt Kanton Zürich davon aus, dass beim Fehlen bzw. Nichteinreichen eines schriftlichen Vertrages vollständige Singularsukzession vorliegt.



Eine Kollektivgesellschaft möchte ihr Geschäft mit Aktiven und Passiven mittels Vermögensübertragung (Sacheinlage) in eine zu gründende Aktiengesellschaft einbringen, wobei die Kollektivgesellschaftler die Aktien erhalten sollen

Eine Spaltung ist vorliegend ausgeschlossen (Art. 30 FusG), möglich ist hingegen eine Vermögensübertragung nach Art. 69 FusG. Die Kollektivgesellschaft muss zunächst aufgelöst werden (auch mit gleichzeitiger Löschung), dann kann das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf dem Wege der Vermögensübertragung auf die zu gründende Aktiengesellschaft übertragen werden (Sacheinlage). Die Kollektivgesellschaftler erhalten als Liquidationserlös Aktien.

Übertragung des Geschäftes mittels Singularsukzession (gewöhnlicher Sacheinlagevertrag)

Wie beim Einzelunternehmen ist es aber auch hier möglich, Aktiven und Passiven mittels Singularsukzession auf die neue Kapitalgesellschaft (GmbH / AG) zu übertragen.

Eintragungstechnik: Bei der übertragenden Gesellschaft erfolgt kein Eintrag betreffend Übertragung, bei der aufnehmenden Gesellschaft erfolgt wie bisher der Eintrag betreffend der Sacheinlage.

Gegenleistung: Wie bestimmt muss die Gegenleistung im Vermögensübertragungsvertrag umschrieben sein?

Die Gegenleistung muss auf Grund der Umschreibung im Vertrag zumindest bestimmbar sein, z.B. mittels einer Berechnungsformel.

Übertragung eines Geschäfts oder Geschäftsbereichs: Wie detailliert muss das Inventar ausgestaltet sein?

Wenn ein Geschäft oder Geschäftsbereich mit Aktiven und Passiven übergeht, so genügt die Bilanz als Inventar, gegebenenfalls ergänzt durch die vom Fusionsgesetz ausdrücklich geforderten Einzelpositionen.

Vertragsübergang: Gehen Verträge bei einer Vermögensübertragung automatisch über oder bedürfen sie der Zustimmung der jeweiligen Vertragspartei?

Das Handelsregisteramt prüft im Rahmen seiner Kognition nicht, ob die Verträge übergehen oder Zustimmungen eingeholt worden sind. Geprüft wird einzig, ob die Kapitalaufbringung erfolgt ist, und ob die zu übertragenden Gegenstände nicht offensichtlich unübertragbar sind (Art. 148 HRegV).

Vertragsübergang: Kann der Vertragsübergang auf ein in der Zukunft liegenden Zeitpunkt terminiert werden und trotzdem schon die Eintragung im Handelsregister (vorzeitig) erfolgen?

Ja, zu unterscheiden ist zwischen interner und externer Vertragswirkung. Für die interne Wirkung des Vertrages zwischen den Vertragsparteien kann auch ein in der Zukunft liegender Zeitpunkt gewählt werden. Für die externe Wirkung, d.h. Dritten gegenüber, ist indes der Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister massgebend (Art. 73 Abs. 2 FusG).



Vertragsübergang: Wie sollten bei einer Vermögensübertragung übergehende Verträge umschrieben sein?

Bei der Übertragung einzelner Verträge empfehlen wir die folgenden Punkte, damit diese bestimmbar sind:

1. Identifizierung der Vertragsparteien (Name bzw. Firma, Wohnsitz bzw. Sitz, ggf. Rechtsform);
2. Vertragsgegenstand (allenfalls aus Vertragsbezeichnung ersichtlich);
3. Datum des Vertragsschlusses.

Wird im Rahmen einer Vermögensübertragung ein Betriebsteil samt den dazu gehörigen Verträgen übertragen, müssen die Verträge aufgrund des Inventars für Dritte bestimmbar sein, aber gemäss Praxis wird auch der Hinweis auf den Übergang sämtlicher mit dem Betriebsteil verbundenen Verträgen akzeptiert.

Aufgrund der fehlenden Kognition des Handelsregisteramtes werden auch anonymisierte Verträge akzeptiert. Die Vertragsparteien haften für den effektiven Übergang der Verträge.

Inventar: wie detailliert muss das Inventar verfasst sein?

In der Regel überprüft das Handelsregisteramt den Detaillierungsgrad des Inventars nicht. Eine Rückweisung/Beanstandung erfolgt jedoch, wenn die gesetzlich verlangten Aktiven nicht individuell genannt werden oder wenn die erfassten Vermögensgegenstände in offensichtlicher Weise für Dritte nicht hinreichend klar umschrieben sind.

Vertragsübergang: Können - wenn mittels Vermögensübertragung Verträge übertragen werden sollen - die Vertragsparteien der zu übertragenden Verträge aus Geheimhaltungsgründen im Inventar nur mit Abkürzungen oder nur mit Nummern aufgeführt werden?

Wollen die Parteien des Vermögensübertragungsvertrages die Parteien der Verträge, welche übergehen sollen, nicht preisgeben, so können sie so anonymisiert werden, dass sie für die Vertragsparteien bestimmbar sind (fehlende Kognition des Handelsregisters).

Zweigniederlassung: Kann eine Zweigniederlassung bei einer Vermögensübertragung Übertragende oder Übernehmerin sein?

Nein. Übertragendes wie auch empfangendes Subjekt einer Vermögensübertragung i.S.v. Art. 69 ff. FusG können nicht Zweigniederlassungen, sondern nur die betreffenden Rechtsträger als Ganzes sein. Als übertragende Partei kommt somit nur eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschaft, Verein) oder ein im Handelsregister eingetragenes Einzelunternehmen, sowie eine Stiftung, Vorsorgeeinrichtung oder ein Institut des öffentlichen Rechts in Frage (Art. 69 Abs. 1 und 86, 98 und 99 Abs. 2 FusG).

Institute des öffentlichen Rechts

Wegen der Legaldefinition von Art. 2 lit. d FusG muss nach Auffassung des Eidg. Amtes für das Handelsregister (EHRA) auch das Institut des öffentlichen Rechts, welches Empfänger eines mittels Vermögensübertragung zu übertragenden Vermögens mit Aktiven und Passiven ist, im Handelsregister eingetragen sein. Das gilt auch dann, wenn beim



übernehmenden Rechtsträger gar kein Handelsregistereintrag notwendig ist. Art. 86 ff. und 99 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. d FusG gelten als lex specialis zu Art. 69 FusG.

Vermögensübertragung in das Ausland: Unter welchen Voraussetzungen ist eine solche möglich?

Eine Vermögensübertragung in das Ausland ist dann möglich, wenn die schweizerische Gesellschaft nachweist, dass die betreffenden Aktiven und Passiven der schweizerischen Gesellschaft durch Universalsukzession auf die ausländische Gesellschaft übergehen (vgl. Art. 163d Abs. 1 i.V. m. 163b IPRG). Registerrechtlich wird es genügen, wenn der geforderte Nachweis durch eine gutachterliche Stellungnahme einer behördlichen oder privaten Stelle erbracht wird, welche sich über hinreichende Kenntnisse über das ausländische Recht ausweisen kann.

Enthält das Recht des ausländischen Staates keine Bestimmungen über die Vermögensübertragung, ist eine Vermögensübertragung im Sinne des Fusionsgesetzes nicht möglich.