

*EK Vogt HA*

---

# BASLER KOMMENTAR

---

## Fusionsgesetz

2. Auflage

Herausgeber

**Rolf Watter**

Rechtsanwalt und Titularprofessor an der Universität Zürich

**Nedim Peter Vogt**

Rechtsanwalt Zürich/London

**Rudolf Tschäni**

Rechtsanwalt in Zürich

**Daniel Daeniker**

Rechtsanwalt in Zürich

Helbing Lichtenhahn Verlag

*EK 2016-7257  
Ho*

V. Rechtsvergleich

- 14 Zusätzlich zu den Informationen, die auch Art. 333a OR verlangt, müssen gemäss europäischem Recht die Arbeitnehmervertretungen der übernehmenden und der übernommenen Gesellschaft auch über den geplanten *Zeitpunkt des Betriebsübergangs* informiert werden (Art. 7 Ziff. 1 EU-Betriebsübergangs-RL). Eine Konsultationspflicht besteht nur gegenüber der Arbeitnehmervertretung der von den Massnahmen betroffenen Gesellschaft. Existiert *keine Arbeitnehmervertretung*, ist nur die Information, nicht jedoch die Konsultation, der betroffenen Mitarbeiter sicherzustellen (Art. 7 Ziff. 6 EU-Betriebsübergangs-RL).
- 15 Die RL bestimmt ferner, dass der Arbeitgeber auch dann für Information und Konsultation verantwortlich ist, wenn der Entscheid über den Betriebs- bzw. Unternehmensübergang bei einer den Arbeitgeber beherrschenden Gesellschaft liegt und diese dem Arbeitgeber die entsprechenden Informationen ebenfalls nicht übermittelt hat (Art. 7 Ziff. 4 EU-Betriebsübergangs-RL).
- 16 Zur Durchsetzung ihrer Rechte steht den Arbeitnehmern gemäss der RL nur der Gerichtsweg offen, vorsorgliche Massnahmen, wie die Einsprache beim Handelsregisteramt nach Art. 28 Abs. 3 FusG, sieht das europäische Recht nicht vor (vgl. Art. 9 EU-Betriebsübergangs-RL). Nach *deutschem Recht* ist jedoch die rechtzeitige Gewährung der Einsichtnahme in den Fusionsvertrag durch die Arbeitnehmervertretung Voraussetzung für die Eintragung der Fusion ins Handelsregister (§ 17 Abs. 1 UmwG).
- 17 Im Gegensatz zum schweizerischen Recht sind allerdings im Recht einzelner Mitgliedstaaten der EU (z.B. Deutschland) die Verletzungen der Informations- und Konsultationspflichten mit Nichtigkeit der Transaktion bedroht (vgl. Vor Art. 27 N 30).
- 18 Die Anwendbarkeit der EU-Betriebsübergangs-RL beschränkt sich auf Tatbestände, bei denen der übergehende Betrieb seinen Sitz in einem der Vertragsstaaten hat (Art. 1 Ziff. 2).

VI. IPR

- 19 Vgl. Vor Art. 27 N 55 ff.

3. Kapitel: Spaltung von Gesellschaften

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 29

Grundsatz

Eine Gesellschaft kann sich spalten, indem sie:

- a. ihr ganzes Vermögen aufteilt und auf andere Gesellschaften überträgt. Ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter erhalten Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaften. Die übertragende Gesellschaft wird aufgelöst und im Handelsregister gelöscht (Aufspaltung); oder
- b. einen oder mehrere Teile ihres Vermögens auf andere Gesellschaften überträgt. Ihre Gesellschafterinnen und Gesellschafter erhalten dafür Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaften (Abspaltung).

Principe

La scission d'une société peut résulter:

- a. soit de la division de l'ensemble de son patrimoine et du transfert des parts de ce dernier à d'autres sociétés; ses associés reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes; la société transférante est dissoute et radiée du registre du commerce (division);
- b. soit du transfert d'une ou de plusieurs parts de son patrimoine à d'autres sociétés; ses associés reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat des sociétés reprenantes (séparation).

Principio

La scissione di una società può avvenire:

- a. dividendo l'insieme del suo patrimonio e trasferendolo ad altre società; i suoi soci ricevono quote sociali o diritti societari delle società assuntrici; la società trasferente è sciolta e cancellata dal registro di commercio (divisione); oppure
- b. trasferendo una o più parti del suo patrimonio ad altre società; i suoi soci ricevono quote sociali o diritti societari delle società assuntrici (separazione).

Inhaltsübersicht

Note

I. Allgemeines .....	1
1. Definition .....	1
2. Charakteristika der Spaltung .....	4
II. Andere Spaltungsmethoden .....	12
III. Die Aufspaltung im Besonderen (lit. a) .....	20
IV. Die Abspaltung im Besonderen (lit. b) .....	21

V. Spezialfragen ..... 23  
 1. Übertragung eines Vermögens mit Passivenüberschuss ..... 23  
 2. Spaltung einer Gesellschaft in Liquidation ..... 24  
 VI. Rechtsvergleich ..... 25

Literatur

A. BINDER, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Sonderdruck aus der Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Aargauischen Anwaltsverbandes, Zürich/Basel/Genf 2005; M. FREY/M. LAMBELET, Spaltung – rechtliche und steuerliche Aspekte, AJP 2004, 790; M. GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 2. Aufl. Zürich 2012; Handelsregisteramt Kanton Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz (Stand: 14.9.2012), abrufbar unter: <http://www.hra.zh.ch/internet/justiz\_innere/hra/de/eintragen/informationen\_eintragungsgeschaeft/fusion.html> (besucht am 11.6.2014) (zit. HRA ZH, FAQ FusG); Ch.J. MEIER-SCHATZ, Einführung in das neue Fusionsgesetz, AJP 2002, 514 (zit. Einführung); M. PFEIFER/A.L. MEIER, Ausschließlichkeit der Regelung des FusG für Struktur- anpassungen, insbesondere für Spaltungen?, AJP 2004, 833; RALPH MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, ZSR 2004 I 39 ff.; R. WATTER/R. BÜCHI, Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis?, GesKR 2007, 164 ff. (zit. Spaltung als Mauerblümchen)

I. Allgemeines

1. Definition

- 1 Art. 29 ff. regeln die **Spaltung in einem Schritt**. Die Spaltung war im schweizerischen Privatrecht bis zum Inkrafttreten des FusG nicht verankert und als technisch-juristischer Begriff unbekannt (Botschaft FusG, 4340), sie wurde aber de facto in einem Verfahren in **zwei Schritten** dennoch durchgeführt, auch in grossen und publizitätswirksamen Transaktionen (Abspaltung der Ciba SC und der Syngenta von Novartis, der Lonza von Algroup, der Givaudan von Roche und der Sulzer Medica von Sulzer). Nach diesem «traditionellen» Verfahren werden in einem ersten Schritt die abzusplattendes Vermögensteile *ausgegliedert* (durch Übertragung auf eine neu gegründete oder bereits bestehende Tochtergesellschaft, vgl. N 3) und in einem zweiten Schritt die Anteile der Tochtergesellschaft *an die Anteilinhaber der Muttergesellschaft übertragen* (vgl. N 12; zur Abspaltung BÜCHI, 76 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz 284; WATTER/BÜCHI, 10 ff., m.Bsp. aus der Spin-off-Praxis).
- 2 **Art. 29 definiert die Spaltung** als *Übertragung von Vermögensteilen* auf eine (oder mehrere) übernehmende Gesellschaft(en) gegen die *Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten* dieser (übernehmenden) Gesellschaft(en) an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Die Spaltung hat damit – wie die Fusion – eine vermögens- und eine mitgliedschaftsrechtliche Seite: Einerseits wird ein Vermögen aufgeteilt, andererseits werden Mitgliedschaftsrechte zugewiesen (BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz 277 f.). Nach der begrifflichen Konzeption des FusG ist eine Spaltung immer entweder eine «**Aufspaltung**» oder eine «**Abspaltung**» (vgl. N 20 und 21 f.): Bei der Aufspaltung (lit. a) wird die übertragende Gesellschaft aufgelöst, bei der Abspaltung (lit. b) bleibt sie bestehen.
- 3 Anders als bspw. im deutschen UmwG (§ 123 Abs. 3 UmwG) ist die **Ausgliederung** – die Übertragung von Vermögensteilen als Sacheinlage (oder gegen bar, bzw. Schulden) auf eine neue oder bestehende Tochtergesellschaft – nicht den spaltungsrechtlichen Vorschriften unterstellt, sondern wird entweder per Singularsukzession oder per Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) durchgeführt; Hauptunterschied zur Spaltung ist, dass bei der Ausglie-

derung die Gesellschafter keine Anteile **erhalten**, sondern ein Geschäft zwischen zwei Rechtsträgern (der ausgliedernden und der **aufnehmenden** Gesellschaft) stattfindet.

2. Charakteristika der Spaltung

**Auf die Charakteristika der Spaltung nach FusG wird in denjenigen Artikeln eingegangen, in denen diese verankert und umschrieben sind. An dieser Stelle soll jedoch ein kurzer Überblick über die Spaltung vorangestellt werden.**

Nach der Konzeption des FusG kann die Spaltung entweder **symmetrisch** (Art. 31 Abs. 2 lit. a) oder **asymmetrisch** (Art. 31 Abs. 2 lit. b) durchgeführt werden. Bei der **symmetrischen** Auf- oder **Abspaltung** werden die Anteile an allen übernehmenden **Gesellschaften** den **Gesellschaftern** der (sich) splattendes Gesellschaft *pro rata ihrer bisherigen Beteiligung* übertragen. Im Gegensatz dazu werden bei der asymmetrischen Auf- oder Abspaltung die Beteiligungsverhältnisse geändert, wobei verschiedene Varianten denkbar sind (vgl. detailliert Art. 31 N 14 ff.).

Sowohl bei der symmetrischen wie der asymmetrischen Spaltung **kann das betroffene Vermögen** entweder **auf bereits bestehende** oder auf im Rahmen der Spaltung **neu gegründete Gesellschaften** («Spaltung mit Neugründung» vgl. Art. 34) übertragen werden. Beim klassischen Fall der **symmetrischen vertikalen Spaltung** sind weder Drittaktionäre involviert, noch erfolgt eine Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse, sodass das Prinzip der Kontinuität (vgl. N 8 und Art. 31 Abs. 1) uneingeschränkt verwirklicht wird.

Die verschiedenen Spaltungsformen nach Art. 29 ff. **stehen lediglich Kapitalgesellschaften und Genossenschaften zur Verfügung** (Art. 30). Wo sich eine Gesellschaft, die in einer anderen Rechtsform organisiert ist, splatten möchte, kann mittels Ausgliederung (N 3, also z.B. mittels Vermögensübertragung als Sacheinlage) und, falls die Rechtsform dies erlaubt, mit anschliessender Ausschüttung der erhaltenen Anteile wirtschaftlich gesehen ein ähnliches Resultat wie bei der direkten Spaltung erreicht werden – anders gesagt sind diese Gesellschaftsformen allenfalls auf die bisherige Vorgehensweise bei Spaltungen (vgl. detailliert N 12 ff.) angewiesen. In Einzelfällen können splattungswillige Gesellschafter solcher nichtqualifizierenden Gesellschaften auch zunächst eine (ggf. «symmetrisch» gehaltene) «Schwestergesellschaft» gründen (kapitalisiert bspw. mit Barausschüttungen aus der zu «splattendes» Gesellschaft), auf die dann mittels Vermögensübertragung der abzusplattendes Vermögensteil gegen ein – allenfalls verbilligtes oder einstweilen gestundetes – Entgelt übertragen wird.

In Art. 31 ist das bei der Spaltung grundsätzlich geltende Prinzip **mitgliedschaftlicher und vermögensmässiger Kontinuität** verankert, das im Vergleich zu anderen für Umstrukturierungen zur Verfügung stehenden Rechtsinstituten (z.B. der Vermögensübertragung, welche keine mitgliedschaftliche Komponente aufweist) einen Hauptunterschied darstellt (Art. 31).

Die Spaltung nach Art. 29 ff. zeichnet sich weiter dadurch aus, dass die der Spaltung unterworfenen Betriebsteile per **(partieller) Universalsukzession** übertragen werden können (Art. 52).

Die Spaltung – insb. die asymmetrische – birgt für Gläubiger und Gesellschafter mit Minderheitsbeteiligungen erhebliche Risiken, denn mittels Spaltung lässt sich bei der Aufteilung des Vermögens sozusagen die Spreu vom Weizen trennen (Botschaft FusG, 4357; BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz 289 und 297; ZK FusG-DOBRY OESCH/PFEIFER, Vor Art. 29-52 N 2). Diesen Risiken begegnet der Gesetzgeber mit wichtigen **Schutzvor-**

**schriften zugunsten der Gläubiger- und (Minderheits-)Gesellschafter** – u.a. mit einer «ewigen» (subsidiären) Solidarhaftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften (Art. 47) und gleichzeitiger Sicherungsmöglichkeit (Art. 46) und dem Zustimmungserfordernis von 90% aller Gesellschafter, die über ein Stimmrecht verfügen, bei der asymmetrischen Spaltung (Art. 43 Abs. 3).

- 11 Generell kann die Spaltung als eine Art **«umgekehrte Fusion»** (englisch bildhaft «Demerger») verstanden werden (wobei die asymmetrische Aufspaltung- oder Abspaltung, bei der ein Teil der bisherigen Aktionäre nur an einer der neuen Gesellschaften beteiligt bleibt, ein anderer Teil nur an der [oder den] anderen, diesem Bild am nächsten kommt). Aus diesem Grundkonzept folgt denn auch, dass sich Vorgehensweise, Charakteristika und Institutionen bei Fusion und Spaltung stark gleichen und das FusG im Bereich Spaltung oft auf das Fusionsrecht rückverweist (so in Art. 31 Abs. 1 betreffend Kontinuität, m.V. auf Art. 7) oder Institute sehr ähnlich regelt (so Art. 35 zur Zwischenbilanz als «Zwilling» von Art. 11 und Art. 41 zum Einsichtsrecht als Pendant zu Art. 16). Das Verständnis als «umgekehrte Fusion» soll allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich bei der Spaltung im Vergleich mit der Fusion zahlreiche Zusatzprobleme stellen (BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz 277).

## II. Andere Spaltungsmethoden

- 12 Die Praxis hat der direkten Spaltung nach FusG wenig Beachtung geschenkt (vgl. WATTER/BÜCHI, GesKR 2007, 164). Seit ihrer Einführung mit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes am 1.7.2004 wurden bis Ende 2013 nach Angaben des EHRA nur rund 600 Spaltungen durchgeführt (im Vergleich dazu rund 10300 Fusionen, 8000 Umwandlungen und 6400 Vermögensübertragungen), die meisten davon im konzerninternen Verhältnis. Bei Publikumsgesellschaften hat es noch keine einzige Spaltung nach FusG gegeben; die wenigen Spaltungen der jüngeren Schweizer Wirtschaftsgeschichte wurden alle **in zwei Schritten** durchgeführt (seit Inkrafttreten des FusG z.B. der Spin-off der Dottikon Exclusive Synthesis Holding AG durch die EMS Chemie Holding oder der Spin-off der Clair Holding AG durch die Mövenpick Holding; zu Bsp. vor Inkrafttreten des FusG s. N 1).
- 12a Bei dieser Spaltung «ausserhalb des FusG» werden im ersten Schritt die von der Spaltung betroffenen Geschäftsbereiche definiert und von den bei der Muttergesellschaft verbleibenden Geschäftsbereichen separiert. Zu diesem Zweck werden die der Spaltung unterworfenen Vermögenswerte per Singularsukzession, per Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) oder (betreffend Schulden) nach Art. 181 OR auf eine neu gegründete oder bereits bestehende Tochtergesellschaft übertragen (*Ausgliederung*, vgl. N 3). Im zweiten Schritt überträgt die (spaltende) Muttergesellschaft ihren Anteilshabern die Anteile der auf diese Weise in die wirtschaftliche Selbständigkeit entlassenen Tochtergesellschaft. Der zweite Schritt – die Übertragung der Anteile der Tochter auf die Anteilshaber der Mutter – wird dabei mittels verschiedener Methoden bewältigt: Per direkter Ausschüttung der Anteile der Tochtergesellschaft als Sachdividende, per indirekter Übertragung der Anteile der Tochtergesellschaft über die Ausschüttung von Bezugs- oder Kaufsrechten, im Zuge einer Kapitalherabsetzung oder einer Liquidation der übertragenden Gesellschaft (s. im Detail m.Bsp. aus der Praxis WATTER/BÜCHI, 10 ff.; MALACRIDA, ZSR 2004 I 42).
- 13 Spaltungswillige Gesellschaften wählen das Vorgehen in zwei Schritten etwa dann, wenn bereits eine «spaltungsfertige» Tochtergesellschaft besteht, d.h., wenn bereits früher Vermögenswerte übertragen wurden oder ein Konzern verschiedene Divisionen in unterschiedlichen rechtlichen Einheiten geführt hatte und damit der erste Schritt

bereits getan ist. Möglich ist auch, dass Vermögensteile – nach den Vorschriften der Vermögensübertragung (Art. 69 ff.) oder im Rahmen von einzelnen Sacheinlagen (mittels Singularsukzession) – zuerst gegen die Einräumung von Anteilen auf eine Tochtergesellschaft übertragen werden, mit oder (noch) ohne Absicht, die Anteile der Tochter den eigenen Aktionären auszuschütten und die Tochter damit vollends in die wirtschaftliche Selbstständigkeit zu entlassen (denkbar z.B., dass zunächst eine Ausgliederung gemacht wird, um die neue Tochter zu verkaufen, und wenn das nicht gelingt, sie abzuspalten). Wird (allenfalls erst später) beschlossen, die Anteile der Tochter auf die Aktionäre zu übertragen und damit aus wirtschaftlicher Sicht die Spaltung zu vollziehen, fragt sich, ob dieser zweite Schritt mittels Sachdividende (oder mittels anderer Methoden wie der Zuteilung von Bezugs- oder Kaufsrechten) ohne Anwendung der Spaltungsvorschriften durchgeführt werden kann, **oder ob auch für die blasse Ausschüttung der Anteile der (voll oder nur teilweise beherrschten) Tochter die Art. 29 ff. direkt oder per Analogie bzw. «Ausstrahlung»** (vgl. PFEIFER/MEIER, AJP 2004, 837) greifen. Anders gesagt ist zu entscheiden, ob wirtschaftlich der Spaltung entsprechende Transaktionen (sei es durch direkte Anwendung oder per Analogie) den Spaltungsvorschriften des FusG unterworfen sind.

Ein allgemeines Verbot von Umstrukturierungen ausserhalb des FusG findet sich weder im FusG, noch lässt es sich aus Art. 181 Abs. 4 OR ableiten. Auch die Suche nach einem gesetzlichen «Spezialverbot» zweistufiger Spaltungen bleibt ergebnislos, denn weder der gesetzlichen Definition der Spaltung (Art. 29) noch der Vermögensübertragung (Art. 69) lässt sich entnehmen, ob eine spaltungswillige Gesellschaft auch dann den Spaltungsprozess nach FusG anzuwenden hat, wenn sie bereits Vermögensteile auf eine Tochter transferiert hat und die dafür erhaltenen Anteilsrechte nun auf ihre Anteilshaber übertragen will. Zwar sieht der zweite Satz von Art. 69 Abs. 1 vor, dass nur eine Spaltung, nicht aber eine Vermögensübertragung zulässig ist, falls die Beteiligten der übertragenden Gesellschaft Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten, «um jede Verwechslung zwischen diesen zwei Rechtsinstituten zu vermeiden» (Botschaft FusG, 4460). Auch diese «Klärung» schliesst jedoch nicht aus, dass eine Spaltung in zwei Schritten durchgeführt werden kann, ohne dass dabei das Spaltungsverfahren nach FusG durchlaufen werden muss: Ausgeschlossen wird nämlich einzig, dass Spaltungen *in einem Schritt* unter dem Titel einer Vermögensübertragung durchgeführt werden können. Mit anderen Worten ist dann nach Spaltungsrecht gemäss FusG vorzugehen, wenn als Teil einer (in sich geschlossenen) **Transaktion in einem Schritt** Anteile der übernehmenden Gesellschaft an die Anteilshaber der Muttergesellschaft ausgeschüttet werden. Werden jedoch im Rahmen einer Transaktion *in zwei Schritten*, die gemessen an ihren wirtschaftlichen Resultaten einer direkten Spaltung entsprechen mag, Anteile einer bereits früher «spaltungsfertig» gemachten Tochtergesellschaft an die Anteilshaber der Muttergesellschaft ausgeschüttet, hilft die scheinbare Präzisierung und Klärung von Art. 69 für die Beantwortung der Frage, ob auch in diesem Fall nach Art. 29 ff. vorgegangen werden muss, nicht weiter.

Die Botschaft FusG erwähnt Spaltungen nach bisherigem Muster nicht ausdrücklich, bei genauerem Studium lassen sich aber Äusserungen finden, aus welchen sich schliessen lässt, dass die **Botschaft implizit von einer weiter bestehenden Zulässigkeit des Vorgehens in zwei (getrennten) Schritten ausgeht**, denn sie meint mit dem Terminus «Spaltung» nicht alle Transaktionen, welche wirtschaftlich dasselbe Resultat zeitigen wie die Spaltung in einem Schritt nach FusG. Dies lässt sich aus der Wendung auf S. 4345 schliessen, wo zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes und der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ausgeführt wird, dass – nach bisherigem Recht – «eine eigentliche gesellschaftsrechtliche Spaltung mangels gesetzlicher Grundlage nicht mög-

lich» sei; *e contrario* erachtet die Botschaft eine «uneigentliche» Spaltung in zwei Schritten als möglich und zulässig. Wer die Botschaft anders versteht, muss konsequenterweise annehmen, dass die Botschaft die Zulässigkeit der Spaltung in zwei Schritten nach bisherigem Recht *absolut* verneint (vgl. Botschaft FusG, 4343, 4432), was mit Blick auf die vor und nach Inkrafttreten des FusG durchgeführten Spaltungen realitätsfremd und nicht sachgerecht wäre. Vor dem Hintergrund dieser Begriffsverwendung («Spaltung» als «Spaltung in einem Schritt») sind sämtliche Ausführungen der Botschaft zur Spaltung zu lesen. Wenn die Botschaft etwa statuiert, dass das FusG die Spaltung als «neues Rechtsinstitut» erst einführt (Botschaft FusG, 4355), so meint sie damit die Spaltung in einem Schritt. Diese – aber nur diese – fällt unter die Art. 29 ff. und muss stets nach den dort statuierten Vorschriften (und nicht etwa nach den Vorschriften der Vermögensübertragung) abgewickelt werden. Dass Spaltungen in zwei Schritten nach bisherigem Muster ebenfalls zwingend nach Art. 29 ff. durchgeführt werden müssen, lässt sich der Botschaft jedenfalls nicht entnehmen und auch die Beratung im Parlament enthält keine entsprechenden Hinweise.

- 16 In Anbetracht der Tatsache, dass sich dem FusG und der Botschaft FusG weder ein Verbot der Verwendung der bisherigen Spaltungssysteme in zwei Schritten noch ein Zwang entnehmen lässt, diese den Spaltungsvorschriften zu unterstellen, und mit Blick auf den erklärten Zweck des FusG – die Erhöhung der Flexibilität für Unternehmen im Bereich Umstrukturierungen (Botschaft FusG, 4338) – **können Spaltungen u.E. weiterhin in zwei (getrennten) Schritten durchgeführt werden.** Damit stellt die Spaltung in einem Schritt eine *Alternative* zu bisherigen Vorgehensweisen (Verfahren in zwei Schritten) dar – *keine Schablone*, in welche all diejenigen Transaktionen gepresst werden müssen, die wirtschaftlich zu gleichen Endresultaten führen wie die Spaltung in einem Schritt. Für eine alternative Zulassung eines Vorgehens in zwei Schritten ausserhalb des spaltungsrechtlichen Normengefüges sprechen auch praktische Überlegungen, denn müsste das Spaltungsverfahren nach FusG *stets* beachtet werden, wäre – Ausgliederung mittels Vermögensübertragung im ersten Schritt vorausgesetzt – überall dort doppelter Aufwand unausweichlich, wo sich die Verfahrensvorschriften der Vermögensübertragung und der Spaltung decken.
- 17 Als Konsequenz der parallelen Zulassung der bisherigen Spaltungsmethoden in zwei (allerdings getrennten) Schritten ohne Unterstellung unter das Spaltungsverfahren nach FusG, d.h. Ausgliederung mittels Vermögensübertragung und spätere Ausschüttung der Anteile der abzusplittenden Gesellschaft als Sachdividende (oder mittels der anderen erwähnten Mittel, vgl. N 12), **werden die Gesellschafter und Gläubiger primär gemäss den Vorschriften über die Vermögensübertragung** (falls eine solche Ausgliederung mittels Vermögensübertragung als erster Schritt notwendig war, was allerdings oft nicht der Fall sein wird), **sekundär durch die bestehenden Ausschüttungsvorschriften im OR** (für das wichtigste Bsp. der AG: Vorhandensein ausschüttbarer Reserven im Umfang des Buchwertes der ausgeschütteten Aktiva, vgl. Art. 674 und 671 OR – oder dann Kapitalherabsetzung nach Art. 732 ff. OR; Gleichbehandlung aller Aktionäre, vgl. Art. 660 Abs. 1, Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR; vgl. WATTER/BÜCHI, 15) **geschützt. Die spaltungsrechtlichen Vorschriften des FusG kommen nicht zur Anwendung.** (ebenso GLANZMANN, Rz 132 und Rz 979 ff.; ZK FusG-VISCHER, Einleitung N 15, und ZK FusG-DOBRÝ OESCH/PFEIFFER, Vor Art. 29–52 N 18 ff.; FREY/LAMBELET, AJP 2004, 791; VON DER CRONE et al., Rz 452; VON SALIS-LÜTOLF, 218; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, N 7; Commentaire LFUS-BAHAR N 2; BINDER, 30 ff.; a.M. BK-BERETTA, 53 ff., die zweistufige Spaltungen seit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes für unzulässig hält; BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 Rz 342d, der die im Fusionsgesetz vorgesehenen Schutzvorkehrungen anwendbar machen will, wenn die in einer Spaltung geplanten rechtlichen Einzel-

schritte «voneinander abhängig» sind; AMSTUTZ/MABILLARD, FusG ST N 399 ff., 418; die für einen «prozeduralen Ansatz» plädieren). Sämtliche Versuche, die Spaltungsvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen anzuwenden, führen zu schwierigen Abgrenzungsfragen, schaffen Rechtsunsicherheit und schränken Unternehmen in ihrer Bewegungsfreiheit unnötig ein. Historisch gesehen sind die Ungereimtheiten und Unklarheiten betreffend die bisherigen Spaltungssysteme negative Folgen des späten und – angesichts der schwierigen Aufgabe – wohl überhasteten Einbaus des Instituts der Vermögensübertragung, unter welches die als Schritt I bisweilen notwendige Ausgliederung fällt. Nach der Konzeption des deutschen UmwG im Bereich Spaltung – und nach den Bestimmungen des Vorentwurfs FusG – hätten für diese Ausgliederung die gleichen Vorschriften gegolten wie für die beiden anderen Spaltungsformen, womit bei der Durchführung der Spaltung in zwei Schritten die gleichen Vorschriften zur Anwendung gekommen wären wie bei der direkten Spaltung. Selbst wenn man der hier (heute zusammen mit der überwiegenden Lehre) vertretenen liberalen Ansicht nicht folgen und z.B. das Spaltungsrecht analog anwenden wollte, muss gelten, dass dieses auf jeden Fall dann nicht gilt, wenn gute Gründe für ein Vorgehen mit Ausgliederung plus Ausschüttung (oder Errichtung einer parallelen Schwestergesellschaft mit anschliessender Vermögensübertragung unter den Gesellschaften) sprechen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn (i) die Absicht zur Spaltung im ersten Schritt noch nicht ganz verfestigt ist (weil z.B. auch ein Verkauf der neuen Tochter eine Alternative bleibt), (ii) der überwiegende Teil der abzusplittenden Einheit schon eine Tochter ist (und nur noch ein gewisse Vermögenswerte auf sie übertragen werden müssen, um sie abspaltungsfähig zu machen), (iii) die u.E. im Spaltungsrecht übertriebenen Gläubigerschutzvorschriften ein Vorgehen nach Spaltungsrecht verunmöglichen und ein etappenweises Vorgehen notwendig machen (z.B. wegen der Gefahr von Sicherstellungsbegehren), aber auch (iv) weil Güter in Ländern liegen, welche die Spaltung nicht anerkennen, wohl aber die Einzelrechtsnachfolge, was zunächst eine Ausgliederung erfordert.

Die Unterschiede zwischen der Spaltung nach herkömmlichem Vorgehen in zwei Schritten und der Spaltung in einem Schritt nach FusG lassen sich – am Bsp. der AG – wie folgt zusammenfassen:

	Spaltung in einem Schritt	Spaltung in zwei (getrennten) Schritten
Anwendbarkeit von Art. 29 ff.	Gegeben	Nicht gegeben
Spaltungsvertrag/ Spaltungsplan	Vorgeschrieben (Art. 36); Inhalt in den Grundzügen vorgegeben (Art. 37), übertragene Aktiven und Passiven müssen in einem Inventar aufgelistet werden (Art. 37 lit. b)	Nicht vorgeschrieben, aber praktisch i.d.R. notwendig, insb. um das Verhältnis der beiden Gesellschaften während einer Übergangsfrist zu regeln. Im ersten Schritt ist meist ein Sacheinlage- und/oder ein Vermögensübertragungsvertrag notwendig
Spaltungsbericht	Vorgeschrieben (Ausnahme: KMU); Inhalt in den Grundzügen vorgegeben (Art. 39)	Nicht vorgeschrieben. Insb. bei Spaltungen von Publikumsgesellschaften erfüllen aber Informationsbroschüren für die Aktionäre regelmässig die inhaltlichen Anforderungen, welche Art. 39 an den Spaltungsbericht stellt

	Spaltung in einem Schritt	Spaltung in zwei (getrennten) Schritten
<b>Prüfung</b>	Vorgeschrieben (Ausnahme: KMU) (Art. 40)	Vorgeschrieben: Entweder im Rahmen einer (allenfalls notwendigen) Kapitalherabsetzung (Art. 732 ff., insb. Art. 732 Abs. 2 OR) oder bei der Sachausschüttung aus freien Reserven nach Art. 729c OR (keine KMU-Ausnahme)
<b>Einsicht in Spaltungsdokumente</b>	Gegeben, während zweier Monate vor Spaltungsbeschluss (Art. 41)	Evtl. gegeben, wenn Vermögenswerte im ersten Schritt per Vermögensübertragung transferiert werden (Art. 74 FusG), für den zweiten Schritt allgemeine Informationsrechte des Aktionärs nach Art. 697 OR
<b>Beschluss der GV</b>	Ja, mit qualifiziertem Mehr; Beschluss ist öffentlich zu beurkunden	Ja, mit einfachem Mehr (es sei denn, die Spaltung sei mit einer Zweckänderung verbunden); Beschluss ist nur bei (allenfalls notwendiger) Kapitalherabsetzung öffentlich zu beurkunden
<b>Gläubigerschutz</b>	Umfassend (Art. 45, 46)	Umfassend nur bei (allenfalls notwendiger) Kapitalherabsetzung (Art. 732 ff. OR), sonst gelten die allgemeinen Kapitalschutzbestimmungen nach Art. 660, 671, 674, 675 Abs. 2, 678 und Art. 729c OR. Vgl. auch unten zur Haftung
<b>Haftung</b>	Subsidiäre Solidarhaftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften, zeitlich unbeschränkt (Art. 47)	Solidarhaftung der übertragenden Gesellschaft, zeitlich beschränkt auf 3 Jahre, falls im ersten Schritt Vermögenswerte per Vermögensübertragung transferiert werden (Art. 75 FusG); in gewissen Fällen kann auch Art. 678 OR als Haftungsgrundlage dienen
<b>Handelsregister-eintrag</b>	Vorgeschrieben (Art. 51); Rechtswirksamkeit der Spaltung mit Handelsregistereintrag	Nur notwendig, wenn im ersten Schritt Vermögenswerte per Vermögensübertragung transferiert werden (Art. 73) oder wenn die Spaltung mit einer Änderung der Statuten (z.B. bei einer Kapitalherabsetzung oder Zweckänderung) verbunden ist (wird damit im ersten Schritt per Singularsukzession übertragen und bleiben die Statuten unverändert, muss das Handelsregisteramt nicht begrüsst werden)

Unseres Erachtens ist dieses Vorgehen in zwei Schritten auch zulässig, wo eine **nicht für die Spaltung qualifizierende Gesellschaft** wirtschaftlich ein ähnliches Resultat erreichen möchte (N 7).

**III. Die Aufspaltung im Besonderen (lit. a)**

Bei der **Aufspaltung** wird das **gesamte Vermögen** der übertragenden Gesellschaft auf existierende (Art. 33 und 36 Abs. 1) oder neue (Art. 34 und 36 Abs. 2) – oder eine Kombination davon – Gesellschaften **übertragen**. Mit Eintragung der Aufspaltung im Handelsregister (Art. 51; Art. 29 lit. a a.E.) wird die übertragende Gesellschaft **aufgelöst** und (u.E. in jedem Fall ohne weitere Liquidationshandlungen, vgl. Art. 51 N 15) **gelöscht**, und die übertragenen Vermögen gehen per (partieller) Universalsukzession (vgl. N 9 und Art. 51 N 15 sowie Art. 52 N 2 ff.) auf die aufnehmenden Gesellschaften über. Die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden mit dieser Auflösung zu Gesellschaftern aller oder einzelner der übernehmenden Gesellschaften (je nachdem, ob die Aufspaltung symmetrisch oder asymmetrisch durchgeführt wird, vgl. N 5), s. Art. 29 lit. a Satz 2 und Art. 31. Bei einem «going private» durch Aufspaltung – der Aufspaltung einer börsenkotierten Gesellschaft auf nicht kotierte Gesellschaften – sind die anwendbaren börsengesetzlichen Regelungen zu beachten.

**IV. Die Abspaltung im Besonderen (lit. b)**

Bei der **Abspaltung** werden **nur Vermögensteile übertragen** – zumindest ein Vermögensteil bleibt bei der übertragenden Gesellschaft zurück (zum Betriebserfordernis Art. 52 N 8). Wie bei der Aufspaltung (vgl. N 20) kann die Übertragung auf existierende oder neue Gesellschaften (oder eine Kombination davon) erfolgen. Anders als bei der Aufspaltung bleibt die übertragende Gesellschaft bestehen, der Handelsregistereintrag führt aber dazu, dass die übertragenen Vermögensteile per (partieller) Universalsukzession (vgl. N 9 und Art. 52 N 2 ff.) auf die aufnehmenden Gesellschaften übergehen und die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu Gesellschaftern aller oder einzelner der übernehmenden Gesellschaften werden (analog zur Situation bei der Aufspaltung, vgl. N 20).

Die Beteiligungsverhältnisse an der übertragenden Gesellschaft können dabei bei der asymmetrischen Spaltung (vgl. Art. 31 N 13 ff.) ebenfalls geändert werden (so ausdrücklich Botschaft FusG, 4431), indem bspw. ein Aktionär der Gesellschaft A als einziger alle Aktien an der im Rahmen einer Abspaltung neu gegründeten Gesellschaft B übernimmt und gleichzeitig auf seine Beteiligung bei der Gesellschaft A verzichtet. Dies setzt allerdings (wenigstens im Grundsatz) eine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft voraus. Möglich ist wohl auch, dass die Gesellschaft A in diesem Beispielfall die Aktien des Aktionärs A übernimmt (und als eigene Aktien hält), aber nur, wenn die Gesellschaft A so viele freie Reserven hat, dass sie (a) die abgespaltenen Werte gegen diese Reserven abbuchen kann und (b) die vom Aktionär übernommenen Aktien zusätzlich im Rahmen von Art. 659 ff. OR erwerben kann, wobei u.E. dafür vom anteilmässigen Buchwert dieser Aktien (und nicht vom Verkehrswert) auszugehen ist.

**V. Spezialfragen**

*1. Übertragung eines Vermögens mit Passivenüberschuss*

Obwohl bei der Spaltung – im Gegensatz zur Regelung bei der Vermögensübertragung (Art. 71 Abs. 2) – nicht verlangt wird, dass der übertragene Vermögensteil einen **Aktivenüberschuss** aufweist, sieht dies die Botschaft FusG explizit vor (4431). In Über-