

Rolf Watter / Raffael Büchi¹

Die Spaltung nach Fusionsgesetz als Mauerblümchen der Praxis?



Inhaltsübersicht

- I. Übersicht
- II. Die Abspaltung der Clair durch die Mövenpick als Beispiel einer altrechtlichen Abspaltung
- III. Abspaltung statt Verkauf eines Betriebsteils
- IV. Warum sie nur ein Mauerblümchen ist: Die Charakteristika der Spaltung nach FusG
 1. Die Sicherstellung
 2. Ewige Solidarhaftung
 3. Die Konsequenz: Die Gläubiger *profitieren* von einer Spaltung
 4. Günstigere Risikolage bei klassischer Spaltung
 5. Unklarheiten rund um die «Zwischenbilanz»
 6. Das Inventar als unpraktisches Zuordnungsinstrument
 7. Ausgleichsklage
 8. Keine Vorteile der Spaltung nach FusG
- V. Fazit

I. Übersicht

Dieser Aufsatz befasst sich mit dem – scheinbaren? – Paradoxon, dass die *direkte Spaltung in einem Schritt* seit dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes zur Verfügung steht² und der steuerrechtliche Rahmen für die Spaltung ausserordentlich günstig ist³, trotzdem aber (abgesehen von konzerninternen Spaltungen) kaum Spaltungen nach Fusionsgesetz durchgeführt werden⁴.

Bei Publikumsgesellschaften hat es noch *keine einzige* fusionsgesetzliche Spaltung gegeben; die wenigen in den letzten Jahren durchgeführten Spaltungen wurden alle nach traditionellem Vorgehen durchgeführt⁵, das spaltungswilligen Gesellschaften weiterhin zur Verfügung steht⁶. Eine dieser altrechtlichen Spaltungen – die Abspaltung der Immobilien der Mövenpick – werden wir nachfolgend (II.) zur Veranschaulichung skizzieren. Sodann (III.) werden wir zeigen, weshalb die Spaltung eine an sich attraktive Umstrukturierungsmethode ist – gerade (wie bei Mövenpick) als *Alternative zum Verkauf eines Betriebsteils*. Im Hauptteil (IV.) werden wir darzulegen versuchen, warum die Spaltung nach Fusionsgesetz bisher ein Dasein als Mauerblümchen fristete und im Fazit (V.) Schlussfolgerungen ziehen.

II. Die Abspaltung der Clair durch die Mövenpick als Beispiel einer altrechtlichen Abspaltung

Im Frühjahr 2004 entschloss sich die Mövenpick-Holding («Mövenpick») dazu, sich von Immobilien und bestimmten anderen, nicht betriebsnotwendigen Vermögenswerten zu trennen. Gleichzeitig bekundete die Carlton-Holding AG («Carlton»), Hauptaktionärin der Mövenpick, Interesse daran, diese Immobilien und Vermögenswerte zu übernehmen. Ein Verkauf an Carlton hätte für Mövenpick allerdings unerwünschte Liquidität gebracht und erst noch negative Steuerfolgen gehabt, da stille Reserven realisiert worden wären. Mövenpick entschied sich darum für ein anderes Vorgehen:

¹ Prof. Dr. iur. Rolf Watter, Rechtsanwalt bei Bär & Karrer, Zürich; Dr. iur. Raffael Büchi, Fürsprecher, Corporate Counsel M&A, Novartis International AG, Basel.

² Vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes mussten Gesellschaften in zwei Schritten vorgehen, um zum aus wirtschaftlicher Sicht gleichen Ergebnis wie bei der direkten Spaltung zu gelangen, vgl. BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 29 N 1 und 12 f.

³ Insbesondere weil mit Inkrafttreten der das Fusionsgesetz flankierenden steuerrechtlichen Regelungen keine *Sperrfrist* mehr eingehalten werden muss, vgl. zur Sperrfrist BSK FusG-RIEDWEG/GRÜNBLATT, vor Art. 29 N 71 ff. und zur steuerlichen Behandlung der Spaltung allgemein N 1 ff. Diese günstige Behandlung gilt aber – als Ausfluss der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Steuerrecht – sowohl bei Spaltungen nach Fusionsgesetz als auch bei Spaltungen in zwei Schritten.

⁴ Vgl. die letzten publizierten Angaben von MARKUS VISCHER/URS GNOS, Erfahrungen mit dem Fusionsgesetz, AJP 2006, 783 ff.; LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, Bern 2006, 38 ff. Nach telefonischer Auskunft des Eidgenössischen Handelsregisteramts wurden seit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes am 1. Juli 2004 2464 Fusionen, 2004 Umwandlungen, 1239 Vermögens

übertragungen, aber nur 229 Spaltungen durchgeführt (Stand Ende Februar 2007).

⁵ Der Spin-off der Dottikon ES Holding AG (siehe <<http://www.dottikon.com/9-About-us.html>>) durch die EMS Chemie Holding AG war nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes nach Wissen der Autoren die einzige Abspaltung bei einer Publikumsgesellschaft. Sie wurde allerdings nicht als fusionsgesetzliche Spaltung vollzogen, sondern als «altrechtliche» Spaltung.

⁶ Vgl. BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 29 N 12 ff. und GLANZMANN (FN 4), 42 N 122, mit Verweisen. Die auf die direkte Spaltung in einem Schritt zugeschnittenen Regelungen des Fusionsgesetzes kommen dabei nicht zur Anwendung.

- In einem ersten Schritt wurden die Immobilien und andere, nicht betriebsnotwendige Vermögenswerte auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft – die Clair Holding AG («Clair») – übertragen.
- In einem zweiten Schritt wurde die Clair im Juni 2004 *abgespalten*. Die Abspaltung – ein klassischer Spin-off – erfolgte durch die Ausschüttung der Clair Aktien als Sachdividende, wobei die Mövenpick Aktionäre pro rata ihrer bisherigen Beteiligung Aktien der Clair erhielten.
- In einem dritten Schritt – unmittelbar nach der Abspaltung – unterbreitete die Carlton den übrigen Aktionären ein öffentliches Bar-Kaufangebot für alle Aktien der Clair⁷.

Mövenpick wählte demzufolge für die Abspaltung nicht die Spaltung nach Fusionsgesetz, sondern das traditionelle Vorgehen *in zwei Schritten*:

1. Schritt: Definition und Separation der von der Spaltung betroffenen Vermögenswerte (mittels Ausgliederung, d.h. der Übertragung auf eine bereits bestehende oder neu gegründete Tochtergesellschaft)⁸;

2. Schritt: Übertragung der Aktien der Tochtergesellschaft auf die Aktionäre der Muttergesellschaft (statt die Aktien als Sachdividende aus den freien Reserven⁹ *direkt* an die Aktionäre auszuschütten, kann die Muttergesellschaft die Anteile auch *indirekt* übertragen – etwa über die Ausschüttung von Bezugs- oder Kaufrechten¹⁰).

III. Abspaltung statt Verkauf eines Betriebsteils

Das Beispiel der Abspaltung der Clair durch die Mövenpick zeigt, dass Abspaltungen auch dort eingesetzt werden können, wo ein Konzern sich eigentlich von einem Betriebsteil trennen möchte¹¹, eine steuergüns-

tige Struktur sucht und gleichzeitig über ausreichende Eigenmittel und Liquidität verfügt, also keinen Verkaufspreis zu erhalten wünscht:

Will nämlich ein aus den drei Divisionen A, B und C bestehender Konzern ABC sich von der Division C trennen, kann er diese dem Käufer K verkaufen, die Steuern auf dem Buchgewinn zahlen, den er (hoffentlich) erzielt und dann den erhaltenen Kaufpreis reinvestieren oder an seine Aktionäre ausschütten (mittels Dividenden oder – etwas steuergünstiger – über einen Aktienrückkauf). Alternativ kann der Konzern aber auch wie die Mövenpick vorgehen und die Division C abspalten, und K kann den Aktionären des Konzerns für ihre im Zuge der Abspaltung erhaltenen C Aktien ein Angebot unterbreiten.

Stellt man die beiden Varianten einander gegenüber, ergeben sich folgende Unterschiede:

	Verkauf von C	Abspaltung von C mit anschließendem Angebot an die Aktionäre
Liquidität	Zufluss beim Konzern, Reinvestition oder Ausschüttung	Zufluss beim verkauften Aktionär
Eigenkapital	Steigt im Ausmass des Buchgewinnes	Sinkt infolge der Spaltung ¹²
Steuern auf Stufe Konzern	Ertragssteuern auf Buchgewinn	Steuerneutral
Steuern auf Stufe Aktionär	Bei Dividendenzahlung Einkommens- bzw., Ertragssteuern, evtl. Beteiligungsabzug	Je nach Steuerstatus des verkaufenden Aktionärs, bei Aktien im Privatvermögen steuerfreier Kapitalgewinn
Künftige Haftung Konzern für bestehende Schulden und Verbindlichkeiten	Aus Kaufvertrag («Gewährleistungen»)	Je nach Spaltungstechnik ¹³
Position Käufer	Hat Rechte aus Kaufvertrag gegen Konzern, erwirbt mit Sicherheit die volle Kontrolle über den Betriebsteil C	Hat in der Regel keine Ansprüche mehr gegen verkaufende Aktionäre, riskiert, nicht 100% der C Aktien (und damit nicht die volle Kontrolle über den Betriebsteil C) erwerben zu können.

An sich ist also die Spaltung heute attraktiver denn je und dem Verkauf eines Unternehmensteils im direkten Vergleich durchaus ein «ebenbürtiger Gegner».

⁷ Vgl. RAFFAEL BÜCHI, Erstmalige Anwendung von Art. 33 BEHG auf eine nichtkotierte Gesellschaft – Abspaltung, Übernahme und Kraftloserklärung als Alternative zum Verkauf eines Unternehmensteils; Bemerkungen zum Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 6.1.2005 i.S. Carlton-Holding AG gegen Clair Holding AG, AJP 2005, 496 ff.

⁸ Siehe BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 29 N 12 ff.

⁹ Ist der Buchwert des abzuspaltenden Vermögens grösser als die freien Reserven der abzuspaltenden Muttergesellschaft, kann die Ausschüttung der Aktien der abzuspaltenden Tochtergesellschaft mit einer Kapitalherabsetzung der Mutter verbunden werden («Sulzer Medica-System», vgl. ROLF WATTER/RAFFAEL BÜCHI, Demergers [Abspaltung] bei der [Publikums-]Gesellschaft, in: Rudolf Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions V, Zürich 2003, 14).

¹⁰ S. im Detail mit Beispielen aus der Praxis WATTER/BÜCHI (FN 9), 10 ff.

¹¹ Etwa weil es betriebswirtschaftlich keinen Sinn mehr macht, den entsprechenden Unternehmensteil weiter unter dem Konzerndach zu behalten.

¹² Sofern der Konzern seinen Aktionären die C Aktien als Sachdividende ausschüttet; zu anderen möglichen Übertragungsvarianten siehe oben (II) und ausführlich WATTER/BÜCHI (FN 9), 11 ff.

¹³ Zur Haftungsregelung bei der Spaltung nach FusG siehe unten IV.2.

IV. Warum sie nur ein Mauerblümchen ist: Die Charakteristika der Spaltung nach FusG

1. Die Sicherstellung

Gemäss Art. 45 FusG müssen die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften ihre Gläubiger im SHAB dreimal darauf hinweisen, dass sie unter Anmeldung ihrer Forderungen *Sicherstellung* verlangen können. Tun sie dies innerhalb von zwei Monaten nach dieser Publikation im SHAB, muss die betroffene Gesellschaft die angemeldeten Forderungen sicherstellen, wenn sie nicht nachweist, dass die Spaltung die Erfüllung der Forderungen nicht gefährdet (Art. 46 Abs. 2 FusG). Der Gesellschaft steht neben der Sicherstellung auch die Erfüllung der Forderungen offen – unter der Bedingung, dass die anderen Gläubiger nicht geschädigt werden. Die Anwendung von Art. 25 Abs. 2 Satz 2 FusG ist den an der Spaltung beteiligten Gesellschaften hingegen verweigert: Auch wenn ein besonders befähigter Revisor bestätigt, dass keine Forderungen bekannt oder zu erwarten sind, zu deren Befriedigung das freie Vermögen der (Schuldner-)Gesellschaft¹⁴ nicht ausreicht, müssen der dreifache Aufruf an die Gläubiger im Handelsamtsblatt und das Sicherstellungsverfahren durchgeführt werden. Dies ist nicht sachgerecht, da bei vielen Spaltungen eine Gläubigergefährdung praktisch ausgeschlossen werden kann.

Nach Art. 43 Abs. 1 FusG dürfen die obersten Leitungsorgane der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften den Spaltungsvertrag bzw. -plan erst dann der Generalversammlung zur Beschlussfassung unterbreiten, wenn die von den Gläubigern angemeldeten Forderungen sichergestellt sind.

Die Konzeption der Sicherstellung wurde gegenüber dem Vorentwurf wesentlich verändert. Einerseits wurde die Frist, innert der die Gläubiger Sicherstellung verlangen können, von drei auf zwei Monate verkürzt, andererseits wurde diese Zeitspanne aber *ganz vor die Beschlussfassung* und den Vollzug der Spaltung verschoben – der Spaltungsvertrag bzw. -plan darf der Generalversammlung *erst dann* zur Beschlussfassung vorgelegt werden, wenn die Sicherstellung nach Art. 46 FusG erfolgt ist. Der Vorentwurf hatte noch verlangt, dass der Schuldenruf gleichzeitig mit der Auflage des Spaltungsvertrags oder -plans *einen* Monat vor der Beschlussfassung zu erfolgen habe¹⁵. Damit begann die Frist für die Gläubiger einen Monat vor Spaltungsbeschluss zu laufen und dauerte nach diesem für weitere zwei Monate

fort. Hingegen fehlte im Vorentwurf die Verknüpfung der Sicherstellung und des Spaltungsbeschlusses: Der Spaltungsbeschluss wurde nach Vorentwurf *während* der Sicherstellungsfrist gefällt.

Auch nach deutschem Umwandlungsgesetz ist die Sicherstellung («Sicherheitsleistung») nicht mit der Beschlussfassung über die Spaltung verknüpft. Dafür dauert die Frist, innert der die Gläubiger Anspruch auf Sicherheitsleistung für bereits entstandene Forderungen haben, sechs Monate.

Die Sicherstellung ist damit in ihrer jetzigen Konzeption insbesondere in zweierlei Hinsicht problematisch¹⁶:

- a) *Sicherstellung als Voraussetzung des Spaltungsbeschlusses*: Art. 43 Abs. 1 FusG, welcher die Beschlussfassung über die Spaltung mit der Sicherstellung verknüpft, stellt eine Verbotsnorm an die Adresse der obersten Leitungsorgane der beteiligten Gesellschaften dar. Die Botschaft und ein Teil der Lehre gehen offenbar davon aus, dass ein Spaltungsbeschluss ohne Beachtung der Gläubigerschutzbestimmungen von Art. 46 FusG *nichtig* ist¹⁷, andere beurteilen die Nichtigkeit als Rechtsfolge als «zu harsch»¹⁸. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es unklar und umstritten sein kann, ob Art. 46 FusG richtig angewendet wird – insbesondere, wenn Zweifel am rechtsgenügenden Nachweis eines Wegfalls der Pflicht zur Sicherstellung bestehen – wird durch die Verknüpfung von Spaltungsbeschluss und Sicherstellung die Rechtssicherheit untergraben. Hinzu kommt, dass das Handelsregisteramt die Einhaltung der Vorschriften zur Sicherstellung nur in beschränktem Masse überprüfen kann¹⁹, so dass die Eintragung der Spaltung im Handelsregister noch nicht bedeutet, dass Fragen im Zusammenhang mit der Sicherstellung abschliessend gelöst sind²⁰.
- b) *Verzögerung der Spaltung*: Das die Beschlussfassung und den Vollzug der Spaltung aufschiebende Sicherstellungsverfahren zögert die Spaltung nach Fusionsgesetz stark hinaus – insbesondere, weil das Sicherstellungsverfahren neben dem ebenfalls 2-monatigen Einsichtsverfahren nach Art. 41 FusG läuft. BÖCKLI rechnet darum «mit einer Durchführungsfrist von vier bis sechs Monaten – vom Tage der Festlegung des Spaltungsplanes bis zum Tage der Eintragung im

¹⁴ BSK FusG-EHRAT/WIDMER, Art. 46 N 15.

¹⁵ Art. 56, 52 und 17 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz), November 1997.

¹⁶ Einmal abgesehen davon, dass den Gläubigern anders als bei der Fusion *in jedem Fall* ein Recht auf Sicherstellung eingeräumt werden muss.

¹⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4440; Handkommentar FusG-JERMINI, Art. 43 N 4; ZK FusG-BURCKHARDT BERTOSSA, Art. 43 N 4.

¹⁸ BSK FusG-REUTTER, Art. 43 N 12, mit Verweisen.

¹⁹ BSK FusG-REUTTER, Art. 43 N 11.

²⁰ Immerhin dürfte klar sein, dass ein Handelsregistereintrag allfällige Mängel heilt.

Handelsregister»²¹. Auch wenn die dreimalige Aufforderung an die Gläubiger nach Art. 45 FusG mit dem Hinweis auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme nach Art. 41 FusG kombiniert wird, werden im «sportlichsten» Fall vom Abschluss des Spaltungsvertrags bzw. -plans bis zur Beschlussfassung über die Spaltung *deutlich mehr als zwei Monate* verstreichen²². Da während dieser Zeit die Geschäftswelt nicht still steht, ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass aufgrund neuer Gegebenheiten vor dem Absegnen des Spaltungsvertrags, bzw. -plans durch die Generalversammlung an diesem noch Änderungen vorgenommen werden müssen. Es ist unklar, ob und ab welcher «Gewichtigkeit» solche Änderungen wiederum den Gesellschaftern zur Einsicht aufgelegt werden müssten – wohl erneut unter Wahrung einer Zweimonatsfrist.

Dass die Spaltung nach Fusionsgesetz gegenüber der Spaltung in zwei Schritten wenig attraktiv erscheint, mag schon angesichts dieser Verzögerungen und Rechtsunsicherheiten nicht erstaunen. Die Langatmigkeit der Spaltung nach FusG kontrastiert scharf zur «altrechtlichen» Spaltung in zwei Schritten, bei der im Wesentlichen lediglich die Einladungsfrist für die Generalversammlung zu beachten ist²³.

2. Ewige Solidarhaftung

Die spaltungsrechtlichen Schutzvorschriften erlauben es den Gläubigern nicht nur, im Vorfeld der Spaltung die Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen, sondern die Gläubiger kommen überdies in den Genuss einer ewigen (!)²⁴, subsidiären Solidarhaftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften: Wird eine im Zeitpunkt der Spaltung bereits bestehende Forderung eines Gläubigers von der nach Spaltungsvertrag bzw. -plan *primär* haftenden Gesellschaft nicht erfüllt, so haftet

nach Art. 47 Abs. 1 FusG die andere an der Spaltung beteiligte Gesellschaft unter den in Art. 47 Abs. 2 lit. a–e FusG genannten Voraussetzungen auf immer und ewig *subsidiär*.

3. Die Konsequenz: Die Gläubiger profitieren von einer Spaltung

Unter «normalen» Bedingungen, d.h. ohne Spaltung, haben die Gläubiger keine Möglichkeit, Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen – sogar, wenn sie zusehen müssen, wie das Eigenkapital ihres Schuldners und damit das Haftungssubstrat für ihre Forderungen dahinschmilzt²⁵. Die Gläubiger können ihren Forderungen nur im Betreibungs- und Konkursverfahren Geltung verschaffen. Mit der Einführung der Sicherstellung hat der Gesetzgeber den für die Gläubiger mit jeder Spaltung verbundenen Verlust von Haftungssubstrat *kompensiert*. Sie können sich über die Sicherstellung in eine gegenüber den anderen Gläubigern privilegierte Position manövrieren. Wird der Sicherstellung auch noch die Solidarhaftung zur Seite gestellt, *verbessert* eine Spaltung die Lage der Gläubiger gegenüber dem Status quo (ohne Spaltung): Sie können Sicherstellung verlangen *und* auf die Solidarhaftung vertrauen. Damit hat der Gesetzgeber weit über das erklärte Ziel hinausgeschossen, die aus Gläubigersicht mit einer Spaltung verbundenen Risiken einzudämmen. Die Lage der Gläubiger bleibt nicht gleich – sie wird infolge der Spaltung *besser!*²⁶

Mit dem Bau des doppelten (Gläubiger-)Schutzwalles aus den Elementen Sicherstellung und ewige Solidarhaftung hat der Gesetzgeber *zweierlei* nicht beachtet:

a) Erstens ist es für Unternehmen kaum tragbar, Verbindlichkeiten einer anderen Gesellschaft²⁷ *ewig* mitzutragen – insbesondere dann nicht, wenn eine an der Spaltung beteiligte Gesellschaft hohe Verbindlichkeiten hat, die erst nach langer Zeit fällig werden oder Risiken bestehen, deren Entstehungsgrund vor Rechtskraft²⁸ der Spaltung liegt, die aber erst in einigen Jahren zu Tage treten könnten – etwa Risiken im

²¹ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 3 Rz 318.

²² Gerade wenn noch etwas Zeit einberechnet werden soll, um mit den Sicherstellung verlangenden Gläubigern eine befriedigende Lösung zu finden.

²³ Es sei denn, die Spaltung sei mit einer Kapitalherabsetzung der abspaltenden Gesellschaft verbunden, vgl. RAFFAEL BÜCHI, Spin-off – Rechtliche Aspekte von Abspaltungen bei Publikumsgesellschaften, Diss. Bern, 110 ff.

²⁴ Art. 47 FusG sieht keine Befristung der Haftung vor. Die Materialien begründen nicht, warum auf eine von vielen Vernehmlassungsteilnehmern (vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern, Bern 1999, 257 ff.) geforderte zeitliche Begrenzung der Solidarhaftung verzichtet wird. Vernünftige Argumente für eine «ewige» Solidarhaftung lassen sich keine finden. Dass diese ungewöhnlich ist, zeigt auch ein Blick über die Landesgrenzen. So beschränkt das deutsche Umwandlungsgesetz die Solidarhaftung der an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger auf fünf Jahre (UmwG § 133 Abs. 3). Die Mehrheit der Autoren wollen die Solidarhaftung von Art. 47 FusG darum in teleologischer Auslegung – wie bei der Vermögensübertragung – auf drei Jahre befristen (vgl. BSK FusG-EHRAT/COLOMBINI, Art. 47 N 12, mit Verweisen).

²⁵ Etwa infolge Missmanagements oder – um den Unterschied zur Spaltung anschaulich zu machen – weil der Schuldner Unternehmenseile unter ihrem tatsächlichen Wert verkauft.

²⁶ Nicht einmal der Gläubiger einer *noch nicht bekannten* Forderung erleidet infolge einer Spaltung Nachteile gegenüber dem Status quo ohne Spaltung: Er könnte sich schliesslich auch nicht darüber beklagen, dass die Gesellschaft in der Vergangenheit Mittel an ihre Aktionäre ausgeschüttet hat, die nun zur Befriedigung seiner Forderung nicht mehr zur Verfügung stehen: Da die Forderung nicht bekannt war, konnten ja auch keine Rückstellungen zulasten der ausschüttbaren Reserven gemacht werden.

²⁷ Zur Auslegung von Art. 47 Abs. 1 FusG vgl. BSK FusG-EHRAT/COLOMBINI, Art. 47 N 5 ff.

²⁸ Vgl. BSK FusG-EHRAT/COLOMBINI, Art. 47 N 8.

Bereich des Umweltschutzrechts oder teilweise auch des Produkthaftungspflichten²⁹.

- b) Zweitens ist es unter Schweizer Recht für Unternehmen sehr schwer, Sicherheiten zu leisten, dies insbesondere deshalb, weil Pfandrechte an beweglichem Vermögen nur mit Übertragung des Besitzes begründet werden können, womit betriebsnotwendige Güter (Maschinen, Warenlager, Halb- und Fertigprodukte) als Sicherungsgegenstand von vornherein nicht in Frage kommen. Ein probates Sicherungsmittel bei einer Spaltung wäre an sich eine Solidarbürgschaft (beispielsweise) des abspaltenden Unternehmens zu Gunsten der Gläubiger des abgespaltenen Betriebs – dieser Weg wird jedoch durch die gesetzlich befohlene Solidarhaftung versperrt.

4. Günstigere Risikolage bei klassischer Spaltung

Ganz anders präsentieren sich die Haftungsrisiken der an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften, wenn diese auf «klassischem» Weg in zwei Schritten durchgeführt wird. Wird der abzuspaltende Betriebsteil im ersten Schritt per Vermögensübertragung³⁰ auf eine Tochtergesellschaft übertragen, haften die bisherigen Schuldner zwar ebenfalls solidarisch mit dem neuen Schuldner³¹. Diese Solidarhaftung ist aber *auf drei Jahre beschränkt*. Im zweiten Schritt – der Übertragung der Aktien der abzuspaltenden Tochtergesellschaft auf die Aktionäre der Mutter – greifen *keine weiteren Schutzmassnahmen zugunsten der Gläubiger*, es sei denn, die Ausschüttung erfolge gegen Kapitalherabsetzung³².

5. Unklarheiten rund um die «Zwischenbilanz»

Nach Art. 35 FusG müssen die an einer Spaltung beteiligten Gesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen³³ eine «Zwischenbilanz» erstellen. Erstaunlicherweise lässt sich weder dem Gesetz noch den Materialien entnehmen, ob damit eine *Spaltungsbilanz* gemeint ist, oder ob der Gesetzgeber eine Spaltungsbilanz als gänzlich unnötig erachtete. Die Ausführungen der Botschaft³⁴ legen Letzteres nahe: Bewertungs- und

Zuordnungsfragen sollen allein auf Grund *des Inventars* beantwortet werden³⁵. U.E. wäre es sachgerechter – und praxisnaher – gewesen, statt eines Inventars in jedem Fall die Erstellung einer Spaltungsbilanz vorzuschreiben. In den meisten Fällen – bei der Abspaltung von Betrieben – können mit Hilfe der Spaltungsbilanz nämlich alle Fragen der Zuordnung von Vermögenswerten³⁶ beantwortet werden³⁷. Zusätzlich kann mit Hilfe der Spaltungsbilanz bestimmt werden, ob auf Seiten der abspaltenden Gesellschaft eine Kapitalherabsetzung erforderlich ist³⁸.

6. Das Inventar als unpraktisches Zuordnungsinstrument

Art. 37 lit. b FusG verlangt als Teil des Spaltungsvertrags «ein Inventar mit der eindeutigen Bezeichnung, der Aufteilung und der Zuordnung der Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens», wobei – um die Praxisferne auf die Spitze zu treiben – «Wertpapiere und immaterielle Werte (...) einzeln aufzuführen» sind. Es liegt auf der Hand, dass es damit beispielsweise für einen Effektenhändler von vornherein ausser Betracht fällt, eine Abspaltung nach Fusionsgesetz durchzuführen. Diese kleinkrämerische Norm, die eigentlich Klarheit über die Zuteilung der Aktiven und Verbindlichkeiten nach der Spaltung schaffen sollte, ist Ausdruck des fehlenden Realitätssinns des Gesetzgebers im Spaltungsbereich. Ihm ist offensichtlich entgangen, dass jedes Inventar eines «lebendigen» Unternehmens *als Momentaufnahme* zum Zeitpunkt der Redaktion des Spaltungsvertrags oder -plans ganz anders aussehen wird als – Monate später – beim Vollzug der Spaltung.

Anstelle des Inventars hätte der Gesetzgeber besser die *Spaltungsbilanz* in Zentrum gerückt, zeigt doch die Praxis der grossen Spaltungen der neueren Schweizer Wirtschaftsgeschichte³⁹, dass eine generische Zuordnung unter gleichzeitiger Verwendung einer (konsolidierten) Spaltungsbilanz genügend Klarheit betreffend der Zuweisung der gespaltenen Vermögenswerte schafft. Hinzu kommt, dass sämtliche durch die Maschen vertraglicher Zuordnung gefallenen Vermögenswerte vom Sicherheitsnetz des Art. 38 FusG aufgefangen werden.

Die Handelsregisterpraxis zum Inventar ist uneinheitlich. Einerseits wurden schon Spaltungen eingetragen, in denen das übertragene Vermögen lediglich generisch beschrieben war, andererseits haben sich Handelsregis-

²⁹ In diesen Bereichen müssen oft nicht nur Verjährungsfristen des Schweizer Rechts beachtet werden, sondern auch Verjährungsfristen anderer Rechtsordnungen.

³⁰ Nach Art. 69 ff. FusG.

³¹ Art. 75 Abs. 1 FusG, vgl. zur Konzeption des Gläubigerschutzes im Recht der Vermögensübertragung nach FusG BSK FusG-MALACRIDA, Art. 75 N 4 ff.

³² In diesem Fall kommen die spezifischen Gläubigerschutzvorschriften der Kapitalherabsetzung zur Anwendung (vgl. Art. 732 ff. OR). Zu den verschiedenen Vorgehensmöglichkeiten bei der Ausschüttung vgl. WATTER/BÜCHI (FN 9), 10 ff.

³³ Zu den Voraussetzungen siehe im Detail BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 35 N 9 ff.

³⁴ Botschaft (FN 17), 4438.

³⁵ S. sogleich IV.6.

³⁶ Inkl. Reserven und Rückstellungen.

³⁷ BÜCHI (FN 23), 157 ff.

³⁸ Zur Bedeutung der Spaltungsbilanz siehe BSK FusG-WATTER/BÜCHI, Art. 35 N 7 ff.

³⁹ Ciba Specialty Chemicals, Givaudan, Lonza, Sulzer Medica, Syngenta. Diese Transaktionen fanden alle noch vor Inkrafttreten des FusG statt. Siehe dazu WATTER/BÜCHI (FN 9), 10 ff.

terämter betreffend Anforderungen an das Inventar – und Beschreibung der zu übertragenden Vermögenswerte allgemein – auch wenig «benutzerfreundlich» gezeigt⁴⁰.

De lege corrigenda sollte die Spaltungsbilanz, verbunden mit einer generischen Beschreibung des abzuspaltenden Vermögens als Alternative zum Inventar zur Verfügung gestellt werden⁴¹.

7. Ausgleichsklage

Bei nach FusG durchgeführten asymmetrischen Abspaltungen oder Abspaltungen auf eine bereits bestehende Gesellschaft droht den beteiligten Gesellschaften die Ausgleichsklage nach Art. 105 FusG⁴². Wird hingegen nach altem Recht abgespalten, bestehen keine entsprechenden Klagerisiken.

8. Keine Vorteile der Spaltung nach FusG

Den geschilderten Nachteilen der Spaltung nach FusG stehen im Vergleich mit der altrechtlichen Spaltung kaum Vorteile gegenüber.

Die Wirkung der *partiellen Universalsukzession* etwa – die nach ihrer Konzeption das gesamte Spaltungsvermögen inklusive Vertragsverhältnisse *uno actu* auf die abgespaltene Gesellschaft übertragen sollte – wurde durch relativierende Aussagen in der Botschaft und im Parlament entscheidend geschwächt⁴³.

Auch *Verfahrenserleichterungen* stehen bei der Spaltung im Gegensatz zur Fusion⁴⁴ nicht zur Verfügung. Ob sich der Gesetzgeber wohl auch bei dieser Entscheidung von seiner allgegenwärtigen – fast schon paranoiden – Sorge um die Gläubiger leiten liess?

V. Fazit

Die drohende⁴⁵ ewige Solidarhaftung stellt für die Spaltung nach Fusionsgesetz gegenüber der traditionellen Spaltung in zwei Schritten einen entscheidenden Nachteil dar. Es ist nicht einzusehen, warum die Gläubiger im Spaltungsfall durch eine ewige Solidarhaftung *und* die Möglichkeit, Sicherstellung ihrer Forderungen zu verlangen letztlich *besser* dastehen sollen, als wenn auf eine Spaltung verzichtet würde. U.E. wird den Interessen der Gläubiger durch das Institut der Sicherstellung Genüge getan. Mit der zusätzlichen Verankerung einer ewigen Solidarhaftung hat der Gesetzgeber den Gläubigerschutz übertrieben und die Spaltung nach Fusionsgesetz für die beteiligten Gesellschaften mit unabsehbaren und damit im Grunde genommen untragbaren Risiken verknüpft. Würde die solidarische Haftung ersatzlos gestrichen, würde sie – in der Form einer Solidarbürgschaft oder einer Garantie – als ideales Mittel zur Verfügung stehen, Sicherstellung zu leisten, wo das wirklich notwendig ist.

Neben der Haftung sprechen das langwierige Verfahren, das zwingend vorgeschriebene, unpraktische Inventar und – je nach Spaltungsart – die drohende Ausgleichsklage gegen die Spaltung nach Fusionsgesetz. Es ist darum nicht verwunderlich, dass die Praxis die Spaltung nach Fusionsgesetz stiefmütterlich behandelt und Spaltungen stattdessen weiterhin vorwiegend im klassischen Stil in zwei Schritten durchführt⁴⁶. Um die fusionsgesetzliche Spaltung aus ihrem Mauerblümchen-Dasein zu erlösen und zu einer für alle Beteiligten und Stakeholders mit vertretbaren Risiken behafteten Umstrukturierungsform zu machen, sind punktuelle Eingriffe in die Architektur des Spaltungsrechts im FusG damit u.E. unabdingbar. Insbesondere müssen die allzu wuchtig ausgebauten Gläubigerschutzbestimmungen auf ein vernünftiges Mass reduziert werden.

⁴⁰ Exemplarisch dazu ist die Haltung, welche das Handelsregisteramt Zürich bezüglich der Beschreibung der zu übertragenden Vertragsverhältnisse einnimmt, vgl. RAFFAEL BÜCHI, Allgemeine Inventarpflicht für Verträge bei der Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz?, REPRAX 1/2006, 36 ff.; vgl. auch «Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz» des Handelsregisteramtes des Kanton Zürich (Fassung vom 20. Februar 2007), Fragen zur Spaltung, speziell zum Inventar und zu Vertragsübergängen. Vgl. andererseits BGE vom 31. Januar 2006, 4C.385/2005/ruo, wo aus Erw. 1.3 folgt, dass das dort zuständige Registeramt offenbar eine Art Negativumschreibung akzeptierte, ebenfalls ein Abstützen auf einen Zwischenabschluss.

⁴¹ BÜCHI (FN 23), 157 ff.

⁴² Vgl. hierzu ANDREAS BINDER, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierung, in dieser Ausgabe, IV.6.

⁴³ Siehe BSK FUSG-WATTER/BÜCHI Art. 29 N 2 ff. und ROLF WATTER/URS KÄGI, Der Übergang von Verträgen bei Fusionen, Spaltungen und Vermögensübertragungen, SZW 2004, 231 ff. Zum Spezialfall der Arbeitsverhältnisse und eines Sozialplanes BGE 132 III 32 ff.

⁴⁴ Bei der Fusion können die Parteien unter bestimmten Voraussetzungen das erleichterte Verfahren nach Art. 23 f. FusG beschreiben.

⁴⁵ In Anbetracht der fehlenden zeitlichen Beschränkung der Solidarhaftung im Gesetz und des diesbezüglichen Schweigens der Materialien muss trotz der Bemühungen der Lehre, eine Befristung der Haftung «herbeizuschreiben» (vgl. FN 24) befürchtet werden, dass die Gerichte im Streitfall eine ewige Solidarhaftung bejahen würden.

⁴⁶ Siehe auch GLANZMANN (FN 4), 49 N 144.