

Daniel Hasler

Dr. iur., Rechtsanwalt

**Die Umwandlung von
Personengesellschaften in
Kapitalgesellschaften
nach dem Fusionsgesetz**



Stämpfli Verlag AG Bern · 2007

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	LI
Einleitung	1
I. Ausgangslage	1
II. Zielsetzung	2
III. Gang der Untersuchung	2
1. Kapitel: Grundlagen der Umwandlung	3
§ 1 Begriff und Wesen der Umwandlung	3
I. Umwandlung als Änderung der Rechtsform	3
II. Umwandlungsformen	4
1. Allgemeines	4
2. Übertragende Umwandlung	5
3. Formwechselnde Umwandlung nach FusG 53	5
III. Abgrenzung zu den anderen Umstrukturierungen	6
1. Fusion	6
2. Spaltung	7
3. Vermögensübertragung	8
4. Zusammenfassung	9
IV. Identität des Rechtsträgers bei der Umwandlung einer Rechtsgemeinschaft in eine juristische Person	9
1. Ausgangslage	9
2. Identitätsgrundsatz als Basis des Formwechsels	10
a. Allgemeines	10
b. Identitätsgrundsatz oder Rechtsträgerwechsel bei Umwandlung von Personen- in Kapitalgesellschaften?	11
3. Rechtstechnik der Umwandlung	11
a. Rechtsnatur der Personengesellschaften	12
aa) Traditionelle Lehre in der Schweiz	12
bb) Modernere Lehren	14
b. Übertragende vs. formwechselnde Umwandlung	15
4. Exkurs: Lösung des UmwG	17
5. Eigener Standpunkt	19

	a. Auslegung des FusG.....	19
	b. Wirtschaftliche Kontinuität als dogmatischer Anknüpfungspunkt.....	21
	c. Fiktion der Rechtskontinuität.....	22
	6. Zusammenfassung.....	23
§ 2	Motive für die Umwandlung.....	24
I.	Vorbemerkungen.....	24
II.	Hauptmotive.....	25
	1. Haftung.....	25
	2. Leitung.....	26
	3. Finanzierung.....	27
	4. Kooperationsfähigkeit.....	28
	5. Sicherung des Unternehmensbestandes.....	29
	6. Besteuerung.....	30
	7. Geschäftsfirma.....	31
	III. Zusammenfassung.....	32
§ 3	Innovation des Fusionsgesetzes.....	33
I.	Umwandlungen im bisherigen Recht.....	33
	1. Punktuelle Regelung in OR und IPRG.....	33
	2. Liberale Praxis der Handelsregisterbehörden.....	34
	a. Fusionsrechtliche Vorhut.....	34
	b. Pionierrolle der Handelsregisterbehörden.....	36
	c. Ausdehnung der liberalen Praxis auf die Umwandlungen.....	37
	d. Umstrukturierungsfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	38
	3. Zusammenfassung.....	40
II.	Weg zum Fusionsgesetz.....	40
	1. Vorentwurf und Groupe de réflexion.....	40
	2. Entwurf des Bundesrates.....	41
	3. Parlamentarische Beratungen und Inkrafttreten.....	42
III.	Grundprinzipien des Fusionsgesetzes.....	42
	1. Vorbemerkung.....	42
	2. Grundprinzipien des FusG im Einzelnen.....	42
	a. Im Gesetz explizit aufgeführte Prinzipien.....	42
	b. Weitere, im Gesetz nicht explizit genannte Prinzipien des Fusionsgesetzes.....	43
	3. Zusammenfassung.....	44
IV.	Gegenstand des Fusionsgesetzes.....	45
V.	Umwandlungs-Praxis seit Inkrafttreten des FusG.....	45
§ 4	Umwandlungsfähige Personengesellschaften.....	45
I.	Vorbemerkungen.....	45
II.	Zulässige Ausgangsrechtsformen.....	46

1.	Kollektiv- und Kommanditgesellschaften	46
2.	Keine Umwandlung für einfache Gesellschaften?.....	48
a.	Entscheid des Gesetzgebers	48
aa)	Numerus clausus vs. Generalklausel	50
bb)	Folgerungen	51
b.	Umwandlung einfacher Gesellschaften de lege ferenda.....	51
aa)	Umwandlungshindernisse.....	52
bb)	Folgerungen	59
3.	Exkurs: Umwandlung des Einzelunternehmens	60
a.	Entscheid des Gesetzgebers	60
b.	Gründe für den Nichteinbezug	61
aa)	Strukturelle Unterschiede	61
bb)	Vermögensübertragung als Alternative	62
III.	Zulässige Zielrechtsformen	71
IV.	Fazit.....	71
V.	Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes.....	72
2. Kapitel: Verfahren der Umwandlung.....		73
§ 5 Vorbereitung		73
I. Umwandlungsplan.....		73
1. Einhaltung der Gründungsvorschriften.....		74
a. Bedeutung		74
b. Begriff		75
c. Zentraler Verweis auf Kapitalausstattungsnormen .		76
aa) Kapitalausstattung		76
bb) Schicksal des „überschiessenden“ Vermögens.....		82
cc) Bewertung des Vermögens		83
dd) Liberierung		86
d. Ausnahmen von den Gründungsvorschriften		89
aa) Anzahl Gründer		90
bb) Dispens von den Sacheinlagevorschriften		91
2. Statuten der neuen Gesellschaft.....		96
a. Inhalt		97
aa) Firma und Sitz		97
bb) Zweck		99
cc) Kapitalausstattung		101
dd) Gesellschaftsorgane		101
ee) Bekanntmachungen		105
ff) Einberufung der GV und Stimmrecht.....		105
b. Formvorschriften.....		106
3. Beteiligung am neuen Rechtsträger		106

II.	Aktuelle Bilanz.....	107
1.	Zweck	107
2.	Kreis der Buchführungspflichtigen.....	108
3.	Frist.....	109
4.	Wichtige Änderungen.....	110
5.	Publizität.....	111
	a. Meinungsstand	111
	b. Teleologische und verfassungskonforme Auslegung	112
	aa) Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm ...	112
	bb) Verfassungskonforme Auslegung.....	113
	c. Ergebnis.....	114
III.	Umwandlungsbericht	114
1.	Inhalt.....	115
	a. Zweck und Folgen der Umwandlung (lit. a)	115
	b. Gründungsvorschriften (lit. b).....	116
	c. Statuten (lit. c).....	116
	d. Umtauschverhältnis (lit. d).....	116
	e. Nachschusspflichten und Ähnliches (lit. e).....	117
	f. Potentielle Pflichten (lit. f).....	118
2.	Beschreibungsdichte	118
	a. Problemstellung.....	118
	b. Vorgeschlagener Massstab	119
	c. Stellungnahme.....	119
3.	Ausnahme von der Berichtspflicht	120
	a. Problemstellung.....	120
	b. Sinn und Zweck von FusG 61	121
	c. Rechtsvergleichender Hinweis	122
	d. Ergebnis.....	122
	aa) Auslegungsergebnis.....	122
	bb) Konsequenzen auf Umwandlung der Kollektivgesellschaft	123
	cc) Konsequenzen auf Umwandlung der Kommanditgesellschaft	123
IV.	Prüfung der Umwandlungsdokumente	123
1.	Zweck der Umwandlungsprüfung	124
2.	Qualifikation und Ernennung des Umwandlungsprüfers.....	125
3.	Prüfungsinhalt.....	126
	a. Problemstellung.....	126
	b. Meinungsstand	126
	c. Stellungnahme.....	128
	aa) Auslegung.....	128

	bb) Fazit	129
§ 6	Beschlussfassung und Vollzug	129
I.	Einsichtsrecht	129
II.	Umwandlungsbeschluss	130
	1. Erforderliche Mehrheiten	130
	a. Zwingendes Kopfstimmprinzip bei Mehrheitsentscheid?	130
	b. Anforderungen an die Mehrheitsklausel	131
	aa) Meinungsstand	132
	bb) Eigener Standpunkt	133
	2. Zustimmungspflicht aufgrund der Treuepflicht	134
	3. Formalien	135
III.	Registereintrag	136
	1. Eintrag im Handelsregister	136
	a. Anmeldung	136
	b. Kognition des Handelsregisterführers	137
	c. Wirkungen der Eintragung	138
	aa) Heilende Wirkung im Schweizerischen Gesellschaftsrecht	139
	bb) Exkurs: Bestandesschutz im Umwandlungsgesetz	140
	cc) Heilende Wirkung der Handelsregistereintragung nach dem FusG	141
	2. Eintragung im Grundbuch	143
§ 7	Sonderregelung für KMU und Umwandlung unter besonderen Umständen	144
I.	KMU-Erleichterungen	144
	1. Erleichterungen im Einzelnen	145
	2. Formalitäten	145
	a. Meinungsstand	145
	b. Eigener Standpunkt	147
	aa) Auslegung	147
	bb) Gesetzeslücke	148
	cc) Qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers ...	148
	c. Ergebnis	149
	3. Folgen des Verzichts	150
	4. Ausdehnung der KMU-Erleichterungen auf Nicht- KMU	150
II.	Umwandlung unter besonderen Umständen	151
	1. Umwandlung in Konzernverhältnissen	151
	2. Grenzüberschreitende Umwandlungen	152
	a. Regelung in FusG und IPRG	152

aa)	Voraussetzungen der Sitzverlegung nach schweizerischem Recht.....	153
bb)	Fortbestand der Gesellschaft nach ausländischem Recht und Gläubigerschutzverfahren.....	157
b.	Alternativen zur Umwandlung	157
c.	Exkurs: Regelung in der EU.....	158
3. Kapitel: Schutz der Gesellschafter		159
§ 8	Wahrung der formellen Gesellschafterstellung und deren Durchbrechung.....	160
I.	Austritt und <i>Squeeze-out</i> bei der Umwandlung.....	160
II.	Streitstand.....	161
1.	Ansichten in der Literatur.....	161
2.	Rechtsprechung und Praxis des Handelsregisters zum alten Recht	163
3.	Eigener Standpunkt.....	164
a.	Grammatikalische Auslegung	164
b.	Systematische Auslegung.....	164
c.	Historische Auslegung	166
d.	Teleologische Auslegung	166
e.	Folgerungen.....	167
aa)	Austritt kraft Vereinbarung oder Kündigung..	167
bb)	Keine „squeeze-out-Umwandlung“	168
cc)	Ausschluss nach dem anwendbaren Gesellschaftsrecht	170
III.	Fazit.....	171
§ 9	Wahrung der Gesellschafterstellung in materieller Hinsicht	172
I.	Wahrung der Gesellschafterstellung in der Zielgesellschaft: (K)ein Anspruch auf identische Rechtsstellung	172
1.	Problemstellung	173
2.	Auslegung.....	173
a.	Grammatikalische Auslegung	173
b.	Historische Auslegung	174
c.	Teleologische und systematische Auslegung	174
3.	Ergebnis	175
II.	Wahrung der Kapitalbeteiligung	176
1.	Kapitalmässige Beteiligung	177
a.	Für das Bezugsverhältnis relevante Parameter.....	177
b.	Massgeblichkeit der Liquidationsordnung	177
2.	Fortführung des Gewinnanspruchs	178
a.	Beteiligung am Gewinn in den Personengesellschaften.....	178

	b. Gewinnbeteiligung bei der GmbH	179
	c. Gewinnbeteiligung bei der AG.....	180
3.	Nicht verhältnismäßige Umwandlung.....	181
	a. Problemstellung.....	181
	aa) Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft.....	181
	bb) Kompensation von Sonderrechten	182
	b. Auslegung	182
	aa) Grammatikalische Auslegung.....	182
	bb) Historische Auslegung.....	183
	cc) Teleologische Auslegung.....	183
	c. Ergebnis.....	183
4.	Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen.....	184
III.	Wahrung der Mitwirkungsrechte (Auswahl).....	186
	1. Einzelne Rechte	186
	a. Personengesellschaftliches Kopfstimmprinzip und kapitalgesellschaftliches Nennwertprinzip.....	186
	aa) Kopfstimmprinzip der Personengesell- schaften.....	187
	bb) Kapitalstimmrecht bei der GmbH.....	187
	cc) Kapitalstimmrecht in der AG.....	187
	dd) Fortführung des Kopfstimmprinzips als Verstoß gegen die Natur der Kapitalgesellschaft.....	188
	ee) Milderung von stossenden Ergebnissen durch Stimmrechtsanteile und Stimmrechtsaktien....	188
	b. Kontrollrechte	190
	aa) In den Personengesellschaften.....	190
	bb) Umwandlung in eine GmbH.....	191
	cc) Umwandlung in eine AG	192
	c. Personengesellschaftliche Selbstorganschaft vs. Drittorganschaft bei der Kapitalgesellschaft	193
	aa) Geschäftsführung bei den Personengesellschaften.....	193
	bb) Umwandlung in eine GmbH	193
	cc) Umwandlung in eine AG	194
	d. Austritts- und Ausschlussrechte	195
	aa) In der Personengesellschaft	195
	bb) Umwandlung in eine GmbH.....	195
	cc) Umwandlung in eine AG	196
	2. Behandlung von Sonderrechten	197
	a. Begriff	197

b.	Fortführung gleichwertiger Sonderrechte in der Zielgesellschaft	198
aa)	Überproportionale quotale Gewinnbeteiligung	198
bb)	Vetorechte	198
c.	Sonstiger Ausgleich	200
aa)	Abgeltung in bar oder mit zusätzlichen Anteilsrechten	200
bb)	Bemessung der Abgeltung	200
3.	Exkurs: Einzelne Pflichten	201
a.	Grundsatz	201
aa)	Pflichten in der Personengesellschaft	201
bb)	Personengesellschaftliche Pflichten in der GmbH	202
cc)	Personengesellschaftliche Pflichten in der AG	202
b.	Schicksal einzelner Pflichten bei der Umwandlung	203
aa)	Gesetzliche Haftung für Gesellschaftsschulden	203
bb)	Nachschüsse	204
cc)	Nebenleistungen	205
dd)	Treuepflicht und Konkurrenzverbot	206
IV.	Fazit	208
§ 10	Rechtsschutz	209
I.	Rechtsschutz im System des Gesellschafterschutzes	209
II.	Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	210
1.	Legitimation	211
a.	Aktivlegitimation	211
aa)	Problemstellung	211
bb)	Auslegung	211
cc)	Ergebnis	212
b.	Passivlegitimation	213
2.	Klagegrund: Keine angemessene Wahrung der Mitgliedschaftsrechte	213
a.	Ausgleichsanspruch wegen zu niedrig bemessener Anteile	214
b.	Ausgleichsanspruch wegen fehlender Äquivalenz der Mitgliedschaft	214
aa)	Bemessung der Ausgleichszahlung	215
bb)	Ergebnis: Ausgleichszahlung nur bei individueller Benachteiligung	216
3.	Rechtsfolgen	217

a.	Ausgleich durch Zuteilung von zusätzlichen Anteilsrechten	217
b.	Stellungnahme	218
III.	Anfechtungsklage	218
1.	Frist	218
2.	Einschränkung der Klagebefugnis	219
a.	Meinungsstand	219
b.	Stellungnahme	220
aa)	Auslegung	220
bb)	Ergebnis	222
3.	Klagegrund: Verletzung von FusG-Normen	222
4.	Rechtsfolge: Heilungsverfahren oder Aufhebung des Umwandlungsbeschlusses	223
IV.	Verantwortlichkeitsklage	225
1.	Aktienrechtliche Verantwortlichkeit für Mitglieder der Personengesellschaft	225
a.	Weitere Annäherung zwischen Körperschaften und Rechtsgemeinschaften	226
b.	Verstärkter Gesellschafterschutz dank objektiviertem Verschuldensmassstab	226
c.	Import aktienrechtlicher Unsicherheiten	227
2.	Aktiv- und Passivlegitimation	228
a.	Auslegung	229
aa)	Sinn und Zweck der Norm	229
bb)	Systematischer Gesichtspunkt	229
b.	Ergebnis: Beschränkung des Kreises der Passivlegitimierten	230
3.	Vorbehalt der Gründerhaftung	231
4.	Verhältnis zu den übrigen Klagen des FusG	232
a.	Verhältnis zur Anfechtungsklage	232
b.	Verhältnis zur Ausgleichsklage	232
V.	Zusammenfassung und Kritik	233
4. Kapitel:	Gläubigerschutz	235
§ 11	Einleitung	235
§ 12	System des Gläubigerschutzes	236
I.	Nachhaftung: Gläubigerschutz im engeren Sinn	236
1.	Grundlagen	236
2.	Nachhaftungsvoraussetzungen im Einzelnen	237
a.	Adressaten der Haftung	238
b.	Gegenstand der Haftung	238
aa)	Haftung für Verbindlichkeiten aller Art	238

bb)	Verhinderung „ewiger“ Haftung bei Dauerschuldverhältnissen	239
c.	Umfang der persönlichen Haftung	240
aa)	Gesetzliche Voraussetzungen der persönlichen Haftung	241
bb)	Weitergeltung der personengesellschaftlichen Haftungsordnung nach der Umwandlung	242
cc)	Weitergeltung verschärfter Haftungsbedingungen?	242
d.	Verjährungseinrede	243
3.	Nachhaftung ausscheidender Gesellschafter	244
a.	Problem	244
b.	Systematische Auslegung	244
c.	Teleologische Betrachtung	245
d.	Ergebnis	246
II.	Arbeitnehmerschutz	246
1.	Anwendbare Schutzbestimmung	247
2.	Problem des Verweises	247
a.	Blosser Teilverweis	247
b.	Gegenstand der Nachhaftung	247
c.	Umfang der Nachhaftung	248
aa)	Meinungsstand	248
bb)	Eigener Standpunkt	249
d.	Verjährung der Ansprüche und übrige Modalitäten der Haftung	250
III.	Gläubigerschutz im weiteren Sinn	250
1.	Einhaltung der Gründungsvorschriften	251
2.	Verantwortlichkeitsklage	251
3.	Numerus clausus der Umwandlungen	251
IV.	Ergebnisse	251
5. Kapitel: Steuerrechtliche Aspekte		253
§ 13	Einleitung	253
I.	Ausgangslage und Blick zurück	253
1.	Fiskus: (K)eine Achillesferse der Umwandlung	253
2.	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf	254
II.	Überblick über die steuerrechtlichen Probleme	254
§ 14	Einkommens- und Gewinnsteuern	256
I.	Direkte Steuern und Realisation der stillen Reserven	256
1.	Realisation stiller Reserven	256
a.	Echte Realisierung stiller Reserven	257
b.	Buchmässige Reservenrealisierung	257
c.	Steuersystematische Aufdeckung stiller Reserven ..	258

II.	Steuerliche Behandlung stiller Reserven bei der	
	Umwandlung	258
1.	Umwandlung als Entnahmetatbestand	258
2.	Voraussetzungen der Steuerneutralität	259
a.	Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz	259
b.	Übernahme der bisher für die Einkommenssteuer massgeblichen Werte	260
c.	Übertragung eines Betriebs oder eines Teilbetriebs	260
aa)	Voraussetzungen für Vorliegen eines Betriebes	261
bb)	Umwandlung von Immobiliengesellschaften	262
cc)	Privatentnahme anlässlich der Umwandlung	264
d.	Verzicht auf weitere Voraussetzungen	265
3.	Nachträgliche Besteuerung	266
a.	Gegenstand	266
b.	Objektivierte Sperrfrist	266
aa)	Kritik	267
bb)	Hauptproblem bei Nachfolgeregelung	267
cc)	Forderung de lege ferenda	267
c.	Entgeltliche Veräusserung von Beteiligungsrechten	268
d.	Steuerfolgen	269
aa)	Beim Anteilsinhaber	269
bb)	Bei der Gesellschaft	271
e.	Verdoppelungseffekt der Nachbesteuerung	271
aa)	Problem	271
bb)	Lösungsvorschläge	272
cc)	Eigener Standpunkt	274
f.	Beteiligungstausch	276
aa)	Problemstellung	276
bb)	Auslegung	276
cc)	Ergebnis	278
g.	Fristberechnung	278
h.	Verfahren	278
III.	Verlustvortrag	279
1.	Fragestellung	279
2.	Verlustvortrag unter dem Regime des FusG	279
§ 15	Grundsteuern	280
I.	Grundstückgewinnsteuer	280
1.	Gegenstand	280
2.	Steueraufschub	281
3.	Eintritt in Besitzesdauer	281
II.	Handänderungssteuer	282

1.	Gegenstand	282
2.	Fusionsgesetzlicher Ausschluss von Handänderungsabgaben	283
§ 16	Übrige Steuern	284
I.	Verrechnungssteuer	284
II.	Stempelabgaben	285
1.	Emissionsabgabe	285
a.	Allgemeines	285
b.	Abgabepflicht bei Umwandlung	285
2.	Umsatzabgabe	286
III.	Mehrwertsteuer	286
§ 17	Wirtschaftliche Doppelbelastung	287
I.	Problemstellung de lege lata	287
1.	Begriff der wirtschaftlichen Doppelbelastung	288
2.	Belastungsvergleich	288
a.	Steueraufschubseffekt	288
b.	Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne	289
c.	Weitere Einflussfaktoren	289
d.	Steuerbelastung als Ausfluss der konkreten Situation	289
2.	Fazit	290
II.	Milderungen de lege ferenda	291
1.	Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung	291
2.	Unternehmenssteuerreform II	292
a.	Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Privatvermögen	292
b.	Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung im Geschäftsvermögen	293
III.	Auswirkungen auf die Umwandlung von Personen- in Kapitalgesellschaften	293
§ 18	Fazit	294
6. Kapitel: Schlussbetrachtung		297
I.	Ergebnisse	297
II.	Würdigung	300
III.	Ausblick	301
Anhang: Umwandlungsplan und Umwandlungsbeschluss		303