

# REPRAX

Herausgeber / Editeurs:

Michael Gwelessiani, Clemens Meisterhans, Nicholas Turin

## Inhaltsübersicht

Florian Zihler

Handelsregisterpraxis zu Spartenaktien in Form  
von Vorzugsaktien

1

Rino Siffert

Die Verwendung der Unternehmens-  
Identifikationsnummer (UID) im Handelsregister

11

Manuel Meyer

Umwandlung ohne Umwandlungsprüfung –  
eine Schutzlücke?

21

Manuel Meyer / Christian Riout

Handelsregisterbelege bei Sacheinlagen  
und Sachübernahmen im Aktienrecht

34

# Umwandlung ohne Umwandlungsprüfung – eine Schutzlücke?

## Inhaltsübersicht

- |   |  |
|---|--|
| I. Einleitung   | V. Schutzmassnahmen bei der erleichterten Umwandlung |
| II. Umwandlungsformen   |  |
| III. Kann eine Umwandlung eine Sacheinlage sein?  | VI. Fazit und Lösungsvorschlag                       |
| IV. Ist die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen bei Umwandlungen gerechtfertigt? |  |

*Der Gesetzeswortlaut ist selten so klar wie hinsichtlich der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Sacheinlagen im Zusammenhang mit Umwandlungen nach dem Fusionsgesetz (FusG): «Keine Anwendung finden [...] die Vorschriften über die Sacheinlagen.»<sup>1</sup> Dennoch verpflichten die Handelsregisterbehörden gestützt auf eine Praxismitteilung des Eidgenössischen Handelsregisteramts (EHRA) zur Einhaltung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Sacheinlagen bei der Umwandlung in eine Aktiengesellschaft (AG) oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ohne Umwandlungsbericht und Umwandlungsprüfung. Zu Recht?*

## I. Einleitung

Mit der Einführung des FusG hat der Gesetzgeber das gesellschaftsrechtliche Institut der Umwandlung eingeführt. Dieses ermöglicht es einer Gesellschaft ihre Ausgangsrechtsform (*Rechtskleid*) in eine Zielrechtsform zu ändern, ohne Auflösung der bestehenden Rechtsverhältnisse und ohne das auf den Gläubigerschutz ausgerichtete strenge Verfahren der Liquidation mit anschliessender Neugründung einhalten zu müssen.<sup>2</sup> Zum Schutz der involvierten schutzbedürftigen Interessen wie diejenigen der Gesellschafter und der Gläubiger hat der Gesetzgeber umwandlungsspezifische Schutzvorschriften erlassen. Die Umwandlung ist insbesondere in einem Umwandlungsplan und in einem Umwandlungsbericht zu

\* Dr. iur. Manuel Meyer, Rechtsanwalt, Partner bei Baker & McKenzie Zurich.

<sup>1</sup> Art. 57 FusG.

<sup>2</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 N 343; LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014, N 154; ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 25 N 86 ff. und 96.

durchleuchten.<sup>3</sup> Der Umwandlungsplan und der Umwandlungsbericht bilden so-  
dann zusammen mit der Umwandlungsbilanz Gegenstand der Prüfung eines  
unabhängigen Revisionsexperten, der seine Prüfungsergebnisse in einem schrift-  
lichen Prüfungsbericht festhält.<sup>4</sup> Infolge dieser umwandlungsspezifischen  
Schutzvorschriften ging die BOTSCHAFT davon aus, dass weitergehende Schutz-  
vorschriften nicht erforderlich sind. Zur Vermeidung eines zweifachen Schutzes  
bzw. – wie die BOTSCHAFT im Zusammenhang mit der Fusion und der Spaltung  
ausdrücklich erwähnt – von «Doppelspurigkeiten» wurde deshalb die Anwend-  
barkeit der Vorschriften über die Sacheinlage ausdrücklich ausgenommen.<sup>5</sup>

Für kleinere und mittlere Unternehmen (KMUs) hat der Gesetzgeber Ver-  
fahrenserleichterungen eingeführt, die einen Verzicht auf den Umwandlungsbe-  
richt und dessen Prüfung durch den unabhängigen Revisionsexperten ermögli-  
chen.<sup>6</sup> Bei einem solchen Verzicht fällt somit die umwandlungsspezifische Prü-  
fung des unabhängigen Revisionsexperten als Teil der Schutzmassnahmen weg.  
Darin erblickt das EHRA eine Gesetzeslücke. In diesen Fällen kann nämlich von  
einer «Doppelspurigkeit» nicht mehr die Rede sein. Infolgedessen wendet das  
EHRA in diesen Fällen den gesetzlichen Dispens in Lückenfüllung nicht an und  
fordert die Einhaltung der Vorschriften über die Sacheinlage.<sup>7</sup> Nach dem EHRA  
gilt damit der gesetzliche Dispens nur, wenn die umwandlungsspezifischen  
Schutzmassnahmen Anwendung finden. In allen übrigen Fällen gilt der gesetzli-  
che Dispens offenbar nicht. Diese in der Literatur<sup>8</sup> abgestützte Praxis setzt aller-  
dings zwei Annahmen voraus, nämlich dass erstens bei der Umwandlung in eine  
AG bzw. GmbH die Vorschriften über die Sacheinlage ohne den gesetzlichen  
Dispens anwendbar wären und zweitens der mit den Vorschriften über die Sach-  
einlage erzielbare Schutz tatsächlich demjenigen entspricht, der beim vereinfach-  
ten Umwandlungsverfahren wegfällt.<sup>9</sup>

## II. Umwandlungsformen

### A) Zulässige Ausgangsrechtsformen

Die Umwandlung steht nur Kapitalgesellschaften (d.h. der Aktiengesellschaft,  
der Kommanditaktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haf-  
tung), Genossenschaften, im Handelsregister eingetragenen Vereinen, den Kol-

<sup>3</sup> Art. 59 f. und Art. 61 FusG.

<sup>4</sup> Art. 62 FusG.

<sup>5</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertra-  
gung (Fusionsgesetz, FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff., 4435; vgl. Art. 57 FusG.

<sup>6</sup> Art. 61 Abs. 2 und Art. 62 Abs. 2 FusG.

<sup>7</sup> Praxismitteilung EHRA 2/12 vom 16. März 2012, REPRAX 1/2012, S. 66–69, S. 68; EHRA,  
Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz,  
REPRAX 2–3/2004, S. 1–39, S. 15.

<sup>8</sup> Vgl. m.H. MANUEL MEYER, Die Sacheinlage im Aktienrecht, Diss. Fribourg i. Ue., Zürich/  
St. Gallen 2015, N 783.

<sup>9</sup> MEYER (Fn. 8), N 785.

lektivgesellschaften und den Kommanditgesellschaften zur Verfügung.<sup>10</sup> Alle anderen Gesellschaften sowie den Vereinen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, steht das Institut der Umwandlung gemäss FusG nicht zur Verfügung. Diese Gesellschaften können damit ihre Rechtsform nicht nach Massgabe der Art. 53 ff. FusG umwandeln.<sup>11</sup>

De Kapitalgesellschaften, die Genossenschaften und die im Handelsregister eingetragenen Vereine haben als juristische Personen eine *Rechtspersönlichkeit*. Die Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften sind hingegen Personengesellschaften, denen keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Die umwandlungsberechtigte Gesellschaft kann damit entweder eine Rechtspersönlichkeit haben oder nicht.

## B) Massgebende Zielrechtsformen

Als Zielrechtsformen kommen dieselben Gesellschaftsformen in Frage wie diejenigen, die als Ausgangsrechtsformen zugelassen sind, d.h. die Rechtsform von Kapitalgesellschaften, die Genossenschaft, im Handelsregister eingetragene Vereine sowie Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften. Allerdings ist die Wahl der Zielrechtsform je nach Ausgangsrechtsform verschieden:

- Kapitalgesellschaften können sich in andere Kapitalgesellschaften und in Genossenschaften umwandeln;<sup>12</sup>
- Genossenschaften können sich in Kapitalgesellschaften und in Vereinen, die in das Handelsregister eingetragen werden, umwandeln;<sup>13</sup>
- Im Handelsregister eingetragene Vereine können sich in Kapitalgesellschaften und Genossenschaften umwandeln;<sup>14</sup>
- Kollektivgesellschaften können sich in Kapitalgesellschaften, in Genossenschaften und in Kommanditgesellschaften umwandeln;<sup>15</sup> und
- Kommanditgesellschaften können sich in Kapitalgesellschaften, in Genossenschaften und in Kollektivgesellschaften umwandeln.<sup>16</sup>

Da die Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften und insbesondere der Sacheinlagevorschriften im Aktienrecht bzw. infolge des Gesetzesverweises<sup>17</sup> im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, wird nachfolgend davon ausgegangen, dass die Zielrechtsform stets die Form der AG bzw. GmbH hat. Für die Zwecke dieser Untersuchung hat die Zielrechtsform daher stets eine Rechtspersönlichkeit. Es bietet sich folg-

<sup>10</sup> Art. 54 FusG.

<sup>11</sup> Vgl. aber Art. 97 und 99 FusG bzgl. der Umwandlung von Vorsorgeeinrichtungen und Instituten des öffentlichen Rechts.

<sup>12</sup> Art. 54 Abs. 1 FusG.

<sup>13</sup> Art. 54 Abs. 4 FusG;

<sup>14</sup> Art. 54 Abs. 5 FusG.

<sup>15</sup> Art. 54 Abs. 2 FusG.

<sup>16</sup> Art. 54 Abs. 3 FusG.

<sup>17</sup> Art. 777c Abs. 2 Ziff. 1 OR.

lich an, nachfolgend zwischen der *rechtsformändernden Umwandlung* und der *übertragenden Umwandlung* zu unterscheiden.

## A) Rechtsformändernde Umwandlung

Bei der rechtsformändernden Umwandlung ändert eine Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit ihre Ausgangsrechtsform in eine Zielrechtsform mit Rechtspersönlichkeit.<sup>18</sup> Bei dieser Umwandlungsform verändert die Umwandlung nichts am Eigentum über die Vermögenswerte bzw. an den Verbindlichkeiten der sich umwandelnden Gesellschaft: Die sich umwandelnde Gesellschaft ändert bloss ihr Rechtskleid (bspw. AG zu GmbH). Das im Eigentum der sich umwandelnden Gesellschaft stehende Fabrikgebäude gehört auch nach der Umwandlung noch der umgewandelten Gesellschaft.<sup>19</sup>

## B) Übertragende Umwandlung

Anders als bei der rechtsformändernden Umwandlung ändert bei der übertragenden Umwandlung die Gesellschaft nicht nur ihr Rechtskleid, sondern sie erwirbt mit der Umwandlung eine eigene Rechtspersönlichkeit und gleichzeitig damit sämtliche ihr vor der Umwandlung bloss wirtschaftlich *gewidmeten* Vermögenswerte und Verpflichtungen.<sup>20</sup> Mangels Rechtspersönlichkeit konnte die ursprüngliche Gesellschaft rechtlich gar kein Vermögen besitzen bzw. Schuldnerin von Verpflichtungen sein. Kollektivgesellschaften und Kommanditgesellschaften werden zwar teilweise so behandelt als hätten sie eine juristische Persönlichkeit, weshalb sie sogar zu Prozessen als Partei zugelassen werden.<sup>21</sup> Dennoch sind sie mangels Rechtspersönlichkeit nicht rechts- und vermögensfähig. Die Vermögenswerte und Verpflichtungen von Personengesellschaften gehören nur wirtschaftlich denselben, stehen aber rechtlich im Eigentum deren Gesellschafter und letztere haften auch für die Gesellschaftsschulden.<sup>22</sup> Mit der Umwandlung in eine Zielrechtsform mit Rechtspersönlichkeit wird dies nun geändert: die umgewandelte Gesellschaft ist nun rechts- und vermögensfähig. Mit der Umwandlung wird daher das im Eigentum der Gesellschafter stehende Vermögen, das der umgewandelten Gesellschaft zwar vor der Umwandlung wirtschaftlich gewidmet war, neu rechtlich in ihr Eigentum *übertragen*.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> MEYER (Fn. 8), N 793; RÉMY MESSER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2015, FusG 57 N. 1.

<sup>19</sup> MARC AMSTUTZ / RAMON MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG); Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2013, Basel 2008, Art. 61 N 3; TREUHANDKAMMER, Schweizer Handbuch für Wirtschaftsprüfung, Bd. 3, S. 186 (zit. HWP).

<sup>20</sup> MEYER (Fn. 8), N 793; MESSER (Fn. 18), FusG 57 N. 1.

<sup>21</sup> Art. 562 und Art. 602 OR.

<sup>22</sup> Art. 568 und 604 OR; CARL BAUDENBACHER, in: Heinrich Honsell / Nedin Peter Vogt / Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012, OR 552 N 3 und 594 N 2 ff.

<sup>23</sup> DIETER ZOBL, Die Umwandlung von Gesellschaften nach neuem FusG, SZW 76 (2004), S. 169-177, S. 172.



### III. Kann eine Umwandlung eine Sacheinlage sein?

#### A) Ausgangslage

Soweit das FusG keine Bestimmungen enthält, sind die gewöhnlichen Bestimmungen des OR anwendbar.<sup>24</sup> Von diesem Grundsatz scheint jedenfalls auch Art. 57 FusG auszugehen, der ausdrücklich auf die Gründungsvorschriften der Zielrechtsform verweist. Von diesem Verweis ausdrücklich ausgenommen sind die Vorschriften über die Sacheinlagen. Die Frage ist nun, ob die aktienrechtlichen Vorschriften über die Sacheinlagen anwendbar wären, wenn diese Gesetzesvorschrift den Dispens nicht machen würde, sondern unterscheidungslos auf die Gründungsvorschriften verweisen würde. Die Frage ist zu bejahen, wenn die Umwandlung den aktienrechtlichen Tatbestand der Sacheinlage erfüllt.

#### B) Tatbestand der Sacheinlage

Ist der Tatbestand der Sacheinlage erfüllt, so kommen als Rechtsfolge bestimmte, auf die Natur der Sacheinlage zugeschnittene Schutzmassnahmen zur Anwendung.<sup>25</sup> Die besonderen aktienrechtlichen Schutzmassnahmen, um deren Anwendbarkeit es vorliegend geht, kommen also nur dann zur Anwendung, wenn der aktienrechtliche Tatbestand über die Sacheinlage erfüllt ist.

Der aktienrechtliche Tatbestand der Sacheinlage ist in Art. 628 Abs. 1 OR rudimentär enthalten: «*Leistet ein Aktionär eine Sacheinlage*».<sup>26</sup> Erst mithilfe einer systematischen, historischen und funktionalen Auslegung wird ersichtlich, dass es sich hierbei um einen *Liberierungstatbestand* handelt, mithin um eine (*qualifizierte*) *Liberierungsform*.<sup>27</sup> Dabei erfüllt der Aktionär bzw. Gesellschafter seine Liberierungsschuld zum Bezug von Aktien bzw. Stammanteilen nicht durch Leistung von Geld, sondern durch Übertragung eines Sachwertes, d.h. durch einen von Geld abweichenden Vermögenswert. Im Gegenzug für die Übertragung der Sacheinlage erhält der Aktionär bzw. Gesellschafter neu ausgegebene Aktien bzw. Stammanteile. Es müssen somit folgende drei Tatbestandselemente erfüllt sein, damit die (aktienrechtlichen) sacheinlagespezifischen Schutzmassnahmen zur Anwendung kommen:<sup>28</sup>

- Bestehen einer Liberierungsschuld<sup>29</sup>
- Übertragung eines Vermögenswerts (Sacheinlage)<sup>30</sup>
- Ausgabe von Aktien / Stammanteilen bzw. Schaffung von Aktien- / Stammkapital<sup>31</sup>

<sup>24</sup> BBI 2000 4337 ff., 4451; GLANZMANN (Fn. 3), N 298.

<sup>25</sup> MEYER (Fn. 8), N 749 und 1021.

<sup>26</sup> MEYER (Fn. 8), N 162.

<sup>27</sup> MEYER (Fn. 8), N 165 ff.

<sup>28</sup> MEYER (Fn. 8), N 173 f.

<sup>29</sup> MEYER (Fn. 8), N 183 ff.

<sup>30</sup> MEYER (Fn. 8), N 215 ff.

<sup>31</sup> MEYER (Fn. 8), N 267 f.

## C) Subsumption

Bei der Umwandlung in eine AG oder eine GmbH wird zweifelsohne neu das gesellschaftstypische Gesellschaftskapital, d.h. Aktien- bzw. Stammkapital, geschaffen. In der Lehre ist nicht entschieden, ob bei der rechtsformändernden Umwandlung eine Liberierungsschuld entsteht.<sup>32</sup> Sicher ist aber, dass bei der rechtsformändernden Umwandlung keine Sachwerte übertragen werden.<sup>33</sup> Die *rechtsformändernde Umwandlung* erfüllt den Tatbestand der Sacheinlage in diesem Punkt nicht. Folglich kommen bei der rechtsformändernden Umwandlung die Vorschriften über die Sacheinlage auch ohne gesetzlichen Dispens nicht zur Anwendung.<sup>34</sup>

Anders verhält es sich freilich bei der *übertragenden Umwandlung*: Bei dieser werden sehr wohl Sachwerte in die umgewandelte Gesellschaft übertragen, mit denen neu ausgegebene Aktien- bzw. Stammanteile liberiert werden. Die übertragende Umwandlung erfüllt daher den Tatbestand der Sacheinlage.<sup>35</sup>

## IV. Ist die Anwendung der Vorschriften über die Sacheinlagen bei Umwandlungen gerechtfertigt?

### A) Ausgangslage

Da die rechtsformändernde Umwandlung den Tatbestand der Sacheinlage nicht erfüllt, sind die Schutzmassnahmen der Sacheinlage selbst dann nicht anwendbar, wenn der gesetzliche Dispens infolge Verzichts auf den Umwandlungsbericht und die Umwandlungsprüfung (in Lückenfüllung) nicht angewandt wird. Eine Anwendbarkeit der Schutzmassnahmen der Sacheinlage liesse sich aber mithilfe der *Analogie* begründen,<sup>36</sup> sofern die Interessenlage vergleichbar ist.<sup>37</sup> Umgekehrt ist die Anwendung der Schutzmassnahmen der Sacheinlage bei der übertragenden Umwandlung nicht angezeigt bzw. es ist am gesetzlichen Dispens festzuhalten, wenn die Schutzmassnahmen der Sacheinlage andere Interessen schützen als der Umwandlungsbericht und die Umwandlungsprüfung. Konkret stellt sich in beiden Fällen die Frage nach dem *Schutzbedürfnis*: Entsteht mit dem Verzicht auf den Umwandlungsbericht und die Umwandlungsprüfung eine schutzbedürftige *Schutzlücke*, die anhand der Schutzmassnahmen der Sacheinlage in derselben Weise wie die umwandlungsspezifischen Schutzmassnahmen geschlossen wird?

<sup>32</sup> Vgl. MEYER (Fn. 8), N 794.

<sup>33</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 3 N 359.

<sup>34</sup> MEYER (Fn. 8), N 794 f.; CHRISTIAN CHAMPEAUX, in: Rino Siffert / Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013, HRegV 136 N 18.

<sup>35</sup> MEYER (Fn. 8), N 794.

<sup>36</sup> MEYER (Fn. 8), N 816.

<sup>37</sup> Vgl. dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Hermann Becker (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bd. 1, Bern 1962, ZGB 1 N 346 f.; SUSAN EMMENEGGER / AXEL TSCHENT-SCHER, in: Heinz Hausheer / Peter Hans Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bd. 1/1, Bern 2012, ZGB 1 N 389.

## B) Schutzzweck der Schutzmassnahmen der Sacheinlage

Die aktienrechtlichen Schutzmassnahmen der Sacheinlage sind Kapitalschutzmassnahmen. Sie werden vom Gebot der realen Kapitalerfüllung geprägt, das wiederum dem aktienrechtlichen *Deckungsprinzip* dient. Konkret sollen diese Schutzmassnahmen sicherstellen, dass das versprochene Gesellschaftskapital wirklich und nicht bloss zum Schein geleistet wird, damit das geschaffene Gesellschaftskapital im Zeitpunkt dessen Schaffung wirklich durch Aktiven, d.h. Vermögenswerte, gedeckt ist.<sup>38</sup> Mit anderen Worten können die Schutzmassnahmen der Sacheinlage nur Schutzlücken hinsichtlich der Deckung des Gesellschaftskapitals füllen, weshalb im Zusammenhang mit der Umwandlung nur solche Schutzlücken relevant ist.

## C) Schutzzweck der Schutzmassnahmen der Umwandlung

Bei der Umwandlung kommen die folgenden vier Schutzmassnahmen zur Anwendung:

1. Die Umwandlung muss gestützt auf eine Umwandlungsbilanz vorgenommen werden, deren Stichtag nicht mehr als sechs Monate zurück liegen darf.<sup>39</sup> Mithilfe dieser Bilanz wird geprüft, ob das Grundkapital der Zielrechtsform von Aktiven tatsächlich gedeckt ist.<sup>40</sup> Die Umwandlungsbilanz dient folglich wie die aktienrechtlichen Schutzmassnahmen der Sacheinlage dem Kapitalschutz.
2. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss die Umwandlung in einem schriftlichen Umwandlungsplan zuhanden der General- bzw. Gesellschafterversammlung beschreiben.<sup>41</sup> Der Umwandlungsplan ist für die Gesellschafter bestimmt und soll diese über das Umwandlungsvorhaben ausgiebig informieren. Auf den Umwandlungsplan können die Gesellschafter nicht verzichten.<sup>42</sup> Der Umwandlungsplan ist ferner dem Handelsregisteramt als Beleg einzureichen.<sup>43</sup> In dieser Hinsicht kann daher keine Schutzlücke entstehen.
3. Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss die Umwandlung und insbesondere die rechtlich und wirtschaftlichen Konsequenzen derselben für die Gesellschaft und die Gesellschafter in einem schriftlichen Umwandlungsbericht erläutern.<sup>44</sup> Im Umwandlungsbericht wird insbesondere die *Mitgliedschaft* bzw. die sich aufgrund der neuen Zielrechtsform ergebenden Änderungen der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter sowie das Umtauschverhältnis der Mitgliedschaftsrechte an der sich umwandelnden Gesellschaft zu denjenigen an der umgewandelten Gesellschaft näher erläu-

<sup>38</sup> MEYER (Fn. 8), N 36 f. und 159 ff.

<sup>39</sup> Art. 58 FusG.

<sup>40</sup> AMSTUTZ/MABILLARD (Fn. 19), FusG 58 N 2; CHRISTIAN CHAMPEAUX, Fusionsgesetz – Aspekte der Handelsregisterpraxis (2), REPRAX 3/2011, S. 1–19, S. 5.

<sup>41</sup> Art. 59 f. FusG.

<sup>42</sup> CLAUDE LAMBERT / DANIEL HASLER, in: Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rolf Tschäni / Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, FusG 59 N 6 (zit. BSK-LAMBERT/HASLER).

<sup>43</sup> Art. 136 Abs. 1 lit. a HRegV.

<sup>44</sup> Art. 61 FusG.



tert. Der Umwandlungsbericht wird somit primär zum Schutz der Gesellschafter und nicht des Kapitals erstellt. Weil in diesem Bericht auch zur Erfüllung der Gründungsvorschriften Bezug genommen wird, anerkennt die Lehre dem Umwandlungsbericht eine sekundäre Schutzwirkung für die Gläubiger zu.<sup>45</sup> Dies obschon der Umwandlungsbericht kein Handelsregisterbeleg ist und damit nie öffentlich bekannt wird.<sup>46</sup> Die Gesellschafter von KMUs können auf den Umwandlungsbericht verzichten.<sup>47</sup> Bei einem Verzicht entsteht an dieser Stelle somit eine Schutzlücke. Diese betrifft jedoch primär die Gesellschafter und nicht das Kapital.

4. Die Umwandlungsbilanz, der Umwandlungsplan und der Umwandlungsbericht unterliegen einer unabhängigen Prüfung durch einen zugelassenen Revisionsexperten.<sup>48</sup> Die Prüfungsergebnisse werden in einem schriftlichen Prüfungsbericht festgehalten, der wiederum ein Handelsregisterbeleg ist.<sup>49</sup> Der Revisionsexperte prüft die Vollständigkeit und Vertretbarkeit des Umwandlungsplans sowie des Umwandlungsberichts und die Einhaltung der Voraussetzungen für die Umwandlung, insbesondere die Wahrung der Rechtstellung der Gesellschafter. Es geht also auch hier vorwiegend um den Schutz der Gesellschafter und nicht um Kapitalschutz. Nur insofern als die Umwandlungsbilanz Gegenstand der Prüfung bildet, dient dieselbe auch dem Kapitalschutz.<sup>50</sup> Auf die Prüfung und damit den Prüfungsbericht können die Gesellschafter von KMUs verzichten.<sup>51</sup>
5. Schliesslich steht den Gesellschaftern ein 30 tages Einsichtsrecht zu, wobei nebst des Prüfungsberichts, des Umwandlungsberichts, des Umwandlungsplans und der Umwandlungsbilanz auch noch die Jahresrechnung und –berichte der letzten drei Geschäftsjahre den Gesellschaftern zur Verfügung gestellt werden müssen.<sup>52</sup> Auf dieses Einsichtsrecht können die Gesellschafter von KMUs verzichten.<sup>53</sup> Nach der vorliegenden Ansicht können auch Gesellschafter von allen übrigen Gesellschaften auf das Einsichtsrecht ganz verzichten, jedenfalls sofern die Generalversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung in Form einer Universalversammlung abgehalten wird.<sup>54</sup> Dieses

<sup>45</sup> AMSTUTZ/MABILLARD (Fn. 19), FusG 14 N 3; BÖCKLI (Fn. 33), § 3 N 111.

<sup>46</sup> Art. 136 Abs. 1 HRegV.

<sup>47</sup> Art. 61 Abs. 2 FusG.

<sup>48</sup> Art. 62 FusG.

<sup>49</sup> Art. 136 Abs. 1 lit. d HRegV.

<sup>50</sup> MEYER (Fn. 8), N 805 f.

<sup>51</sup> Art. 62 Abs. 2 FusG.

<sup>52</sup> Art. 63 FusG.

<sup>53</sup> Art. 63 Abs. 2 FusG.

<sup>54</sup> Ein beachtlicher Teil der Lehre lässt ein einstimmiger Verzicht ausserhalb einer Universalversammlung in analoger Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGR vom 27. Juni 2000, 4C.88/2000 zum Verzicht des Aktionärs auf die Einhaltung der ordentlichen Einberufungsfrist, zu, so GLANZMANN (Fn. 3), N 537; BSK-LAMBERT/HASLER (Fn. 42), FusG 63 N 5; m.w.H. MATTHIAS TRAUTMANN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie die einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts, 2. Aufl., Bern 2015, FusG 16 N 23.

umwandlungsspezifische Einsichtsrecht stellt nämlich eine besondere *Einberufungsform (lex specialis)* dar, die der gewöhnlichen Einberufungsformen der AG bzw. GmbH vorgeht. Das umwandlungsspezifische Einsichtsrecht ersetzt jedoch nicht die Vorschriften über die *Universalversammlung*, bei denen die Einhaltung der Einberufungsvorschriften nicht erforderlich ist.<sup>55</sup> Dessen ungeachtet soll das Einsichtsrecht die Gesellschafter schützen und nicht das Kapital oder die Gesellschaftsgläubiger.<sup>56</sup>

## D) Bilanz als Deckungsnachweis

Vom Schutzzweck her dienen nur die Umwandlungsbilanz und deren Prüfung durch den zugelassenen Revisionsexperten dem Kapitalschutz. Nur diese Schutzmassnahmen sind geeignet, die Deckung des geschaffenen Gesellschaftskapitals sicherzustellen. Denn zeigt die Umwandlungsbilanz, dass das neu geschaffene Aktien- bzw. Stammkapital nicht durch Aktiven gedeckt ist, wird das Handelsregisteramt die Umwandlung nicht in das Handelsregister eintragen.

Eine Bilanz als Deckungsnachweis zu verwenden ist im schweizerischen Gesellschaftsrecht die Regel: So wird der Deckungsnachweis bei der Eigenkapitalliberierung wie auch bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung anhand einer Bilanz erbracht.<sup>57</sup> Auch bei der Fusion stützen sich die Handelsregisterbehörden für den Deckungsnachweis auf die Fusionsbilanz ab.<sup>58</sup>

Genau genommen gleicht denn auch die Umwandlung einer Eigenkapitalliberierung bzw. einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung: In allen Fällen wird Aktien- bzw. Stammkapital durch Umwidmung von bereits vorhandenen Eigenkapitals der Gesellschaft geschaffen, d.h. ohne dass der Gesellschaft ein Vermögenswert übertragen wird. Der Tatbestand der rechtsformändernden Umwandlung gleicht somit vielmehr demjenigen der Eigenkapitalliberierung oder der grenzüberschreitenden Sitzverlegung.<sup>59</sup>

Bei der rechtsformändernden Umwandlung ist der Tatbestand der Sacheinlage nicht erfüllt. Die Vorschriften über die Sacheinlagen kommen somit auch unter Ausserachtlassung des gesetzlichen Dispenses nicht zur Anwendung. Deren Anwendung müsste also gestützt auf die Analogie begründet werden. Mithilfe der Analogie können gesetzliche Regeln angewendet werden, die nicht auf den zu regelnden Tatbestand anwendbar sind, aber auf einen diesem ähnlichen Tatbestand mit gleicher Interessenlage.<sup>60</sup> Weil die Umwandlung nun aber weniger der Sacheinlage als vielmehr der Eigenkapitalliberierung gleicht, lässt sich mit der Analogie vielmehr die Anwendung der Vorschriften über die Eigenkapitalliberierung als die Vorschriften über die Sacheinlage begründen. Mit anderen Worten entbehrt die Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Sacheinlage

<sup>55</sup> Vgl. Art. 701 OR; Art. 805 Abs. 4 Ziff. 5 i.V.m. Art. 701 OR.

<sup>56</sup> GLANZMANN (Fn. 3), N 537; BSK-LAMBERT/HASLER (Fn. 42), FusG 63 N 1; vgl. zum Einsichtsrecht im allgemeinen TRAUTMANN (Fn. 54), FusG 16 N 1 ff.

<sup>57</sup> MEYER (Fn. 8), N 817.

<sup>58</sup> MEYER (Fn. 8), N 801 f.

<sup>59</sup> MEYER (Fn. 8), N 817 f.

<sup>60</sup> MEYER (Fn. 8), N 758.

bei erleichterten rechtsformändernden Umwandlungen der gesetzlichen Grundlage. Richtigerweise sind die Bestimmungen über die Eigenkapitaliberierung analog anzuwenden.<sup>61</sup>

Zugegebenermassen erfüllt die übertragende Umwandlung den Tatbestand der Sacheinlage. Die gesetzlich gewollte Gleichbehandlung der übertragenden Umwandlung mit der rechtsformändernden Umwandlung einerseits und die wirtschaftliche Ähnlichkeit der übertragenden Umwandlung zur Eigenkapitaliberierung andererseits zwingen jedoch meines Erachtens zur Gleichbehandlung der übertragenden und rechtsformändernden Umwandlung.<sup>62</sup> Jedenfalls führen auch hier die Schutzmassnahmen der Eigenkapitaliberierung zum angestrebten Schutz.<sup>63</sup>

## V. Schutzmassnahmen bei der erleichterten Umwandlung

Bei der Eigenkapitaliberierung kommen drei Schutzmassnahmen zum Zug: Erstens muss eine Bilanz die Deckung des zur Liberierung verwendeten Eigenkapitals belegen, zweitens muss diese Bilanz von einem zugelassenen Revisionsexperten geprüft worden sein und drittens muss bei der AG der Verwaltungsrat bzw. bei der GmbH die Geschäftsführung im Kapitalerhöhungsbericht schriftlich die freie Verwendbarkeit des umgewandelten Eigenkapitals bestätigen.<sup>64</sup>

Bei einem Verzicht auf den Umwandlungsbericht und die Umwandlungsprüfung entfällt die Umwandlungsbilanz als Handelsregisterbeleg nicht. Das EHRA verlangt aber unter Berufung auf die Sacheinlagebestimmungen einen von einem zugelassenen Revisionsexperten geprüften Gründungsbericht. Im Gründungsbericht muss bei der AG der Verwaltungsrat bzw. bei der GmbH die Geschäftsführung Rechenschaft sowohl über die Art, den Zustand und die Angemessenheit der Bewertung des Vermögens der sich umwandelnden Gesellschaft abgeben als auch über die freie Verwendbarkeit des Eigenkapitals, das in Aktien- bzw. Stammkapital umgewidmet werden soll sowie über die Deckung des Kapitals der Gesellschaft nach der Umwandlung.<sup>65</sup> Die gemäss Praxis anwendbaren Schutzmassnahmen weichen somit in folgenden zwei Punkten von den Schutzmassnahmen der Eigenkapitaliberierung ab:<sup>66</sup>

Erstens müssen im Gründungsbericht zusätzlich zu den Angaben zur Eigenkapitaliberierung gemäss Art. 652e Ziff. 3 OR (freie Verwendbarkeit von umge-

<sup>61</sup> MEYER (Fn. 8), N 818; gegen die Anwendung der Schutzmassnahmen der Sacheinlage bei der rechtsformändernden Umwandlung MESSER (Fn. 18), FusG 57 N 15; unterscheidungslos dagegen DIETER GERICKE, in: Rolf Watter / Nedim Peter Vogt / Rolf Tschäni / Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015, FusG 57 N 10 (zit. BSK-GERICKE).

<sup>62</sup> Gl.M. bezüglich der Gleichbehandlung der beiden Umwandlungsformen AMSTUTZ/MABIL-LARD (Fn. 19), FusG 53 N 2.

<sup>63</sup> MEYER (Fn. 8), N 819.

<sup>64</sup> Art. 652d, Art. 652e Ziff. 3 und Art. 652 f. OR.

<sup>65</sup> Praxismitteilung EHRA 2/12 (Fn. 7), S. 69.

<sup>66</sup> Vgl. MEYER (Fn. 8), N 818.

wandelten Eigenkapital) auch die sacheinlagespezifischen Angaben i.S.v. Art. 652e Ziff. 1 OR über die Art, den Zustand und die Angemessenheit der Bewertung des Vermögens der umgewandelten Gesellschaft gemacht werden. Diese Angaben müssen im Umwandlungsbericht nicht gemacht werden.<sup>67</sup>

Zweitens ist die Umwandlungsbilanz nur dann und zwar nur in dem Umfang zu revidieren wie der Jahresabschluss der umzuwandelnden Gesellschaft zu revidieren ist.<sup>68</sup> Die vom zugelassenen Revisionsexperten vorgenommene Prüfung der Umwandlungsbilanz entfällt im Falle eines Verzichts auf die Umwandlungsprüfung. Freilich ist diese Prüfung nur eine Plausibilitätsprüfung.<sup>69</sup> Diese kann eine Revision nicht ersetzen. Eine Revisionspflicht der Umwandlungsbilanz besteht freilich auch bei der Umwandlung ohne Erleichterung nicht. Ungeachtet dessen können aber die vom EHRA geforderten zusätzlichen Angaben im Gründungsbericht<sup>70</sup> die Revision der Umwandlungsbilanz auch nicht ersetzen.

Mit der Einführung von KMU-Erleichterungen wollte der Gesetzgeber zweifellos KMU-Umwandlungen weniger streng behandeln als die übrigen Umwandlungen. Daher ist es allem Kapitalschutz zum Trotz nicht vertretbar, KMU-Umwandlungen strengeren Schutzmassnahmen zu unterstellen als alle übrigen. Infolgedessen muss eine Plausibilitätsprüfung der Umwandlungsbilanz durch einen zugelassenen Revisionsexperten ausreichend sein, damit von einer Schutzlücke abgesehen werden kann. Andernfalls muss in analoger Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Eigenkapitalliberierung eine Revision der Umwandlungsbilanz verlangt werden und nicht die Einhaltung der Vorschriften über die Sacheinlage. Bei Vorlage einer revidierten Umwandlungsbilanz kann jedenfalls von einer Schutzlücke nicht mehr die Rede sein.

## VI. Fazit

Die Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Sacheinlage bei erleichterten Umwandlungen ist nicht gerechtfertigt. Zum einen sind die Vorschriften über die Sacheinlage auch ohne gesetzlichen Dispens nicht auf die rechtsformändernde Umwandlung anwendbar. Zum anderen gleicht die Umwandlung vielmehr einer Eigenkapitalliberierung als einer Sacheinlage, weshalb eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Eigenkapitalliberierung sachgerecht ist. Schliesslich ist zu bemerken, dass die aktienrechtlichen Schutzmassnahmen der Sacheinlage wesentlich strenger sind als diejenigen der Umwandlung ohne Erleichterung: Im Kapitalerhöhungsbericht muss nämlich der Zustand der Sacheinlage beschrieben werden. Bei einem Unternehmen müssen nach den ak-

<sup>67</sup> Vgl. Art. 61 FusG.

<sup>68</sup> Vgl. Wortlaut von Art. 58 Abs. 2 FusG («gemäss den Vorschriften und Grundsätzen für den Jahresabschluss»); a.M. jedenfalls für die Zwischenbilanz PETER FATZER / ANDREAS STEINER, Prüfung der Zwischenbilanz erstellt nach Art. 11 Abs. 2 FusG – der neue Schweizer Prüfungshinweis 30 schafft Klarheit, REPRAX 3/15, S. 1–10, S. 3.

<sup>69</sup> BSK-GERICKE (Fn. 61), FusG 58 N 14 f.; GLANZMANN (Fn. 3), N 511 und 518; HWP (Fn. 19), S. 196.

<sup>70</sup> Vgl. Praxismitteilung EHRA 2/12 (Fn. 7), S. 69.

tienrechtlichen Vorschriften über die Sacheinlage auch die einzelnen Bilanzpositionen im Rechenschaftsbericht erläutert werden. Dieses mühsame formelle Erfordernis entfällt im Rahmen einer gewöhnlichen Umwandlung, da im Umwandlungsbericht hierüber keine Angaben gemacht werden müssen.

Werden somit die Vorschriften über die Sacheinlage bei erleichterten Umwandlungen angewandt, kommen ausgerechnet für die vom Gesetzgeber als besonders unproblematisch angesehenen «KMU-Umwandlungen» strengere Schutzmassnahmen zum Zug als für die schutzbedürftigen gewöhnlichen Umwandlungen. Dieses Ergebnis widerspricht sowohl dem Gedanken des Gesetzgebers als auch der Logik. Nach der vorliegenden Ansicht nach müssen entweder eine Umwandlungsbilanz und eine Plausibilitätsprüfung derselben oder eine revidierte Umwandlungsbilanz für den angestrebten Schutz ausreichend sein.

## Résumé

Le libellé de la loi est rarement aussi claire que celui concernant l'applicabilité des règles sur les apports en nature dans le cadre de transformations selon Loi sur la fusion (LFus): «Les dispositions concernant [...] les apports en nature ne sont pas applicables.»<sup>71</sup> Néanmoins, les offices cantonaux du registre du commerce, se référents à une Communication de l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC), imposent le respect d'édites règles lorsque une société se transforme en une société anonyme (SA) ou en une société à responsabilité limitée (S.à r.l.) sans qu'il n'y est de rapport de transformation et de vérification par un expert-réviseur agréé.

L'auteur conclut que cette pratique n'est pas justifiée. D'une part, la trans-

formation ne constitue pas un apport en nature au sens propre du terme puisque aucun bien n'est transféré dans le cadre d'une transformation selon la Loi sur la fusion. D'autre part, c'est le bilan de transformation qui démontre la couverture du capital de la société transformée et non pas une estimation. De plus, l'application des dispositions concernant les apports en nature comme le dicte la pratique des offices du registre du commerce soumet les transformations de PME à des règles plus strictes que les transformations de grandes entreprises. L'auteur en déduit en appliquant par analogie les règles concernant l'augmentation de capital au moyen de fonds propres qu'un contrôle de plausibilité du bilan de transformation est bien suffisant pour garantir la protection visée par l'OFRC.

<sup>71</sup> Art. 57 LFus.

(trad. par Dr. iur. Manuel Meyer)

## Stellungnahme der Herausgeber

Die Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen bei Umwandlungen (Art. 61 ff. FusG) sind nur schwer mit den Grundsätzen des Kapitalschutzes vereinbar. Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (EHRA) wendet daher aus Gründen des Kapitalschutzes die rechtsformspezifischen Sacheinlagevorschriften bei Umwandlungen von KMU in Lückenfüllung analog an. Es soll verhindert werden, dass der Rechtsformwechsel weniger strengen Anforderungen als die Gründung der Zielrechtsform untersteht. Diese Vorgehensweise wurde bereits im Kurzkomentar des EHRA vom 11. Oktober 2004 zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz erwähnt (s. REPRAX 2/3/2004 S. 18 f.) und in der EHRA-Praxismitteilung vom 16. März 2012 festgelegt. Sie wird von den kantonalen Handelsregisterämtern umgesetzt und von einem grossen Teil der Lehre unterstützt (GIGER, SHK-FusG, Art. 62 N 11; BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 N 368, VON DER CRONE ET AL., Fusionsgesetz, § 4 N 747 f., PETER, Comm. LFus, FusG 62 N 8 Fn. 16). Das EHRA beabsichtigt an dieser bewährten Praxis festzuhalten.

Les allégements prévus en matière de transformation de petites et moyennes entreprises (art. 61 ss LFus) ne sont que difficilement conciliables avec les principes régissant la protection du capital. Pour ce motif, l'Office fédéral du registre du commerce (OFRC) applique, par analogie et en comblement de la lacune, les dispositions relatives aux apports en nature lors de la transformation d'une PME. De la sorte, la modification de la forme juridique n'est pas soumise à des exigences moins contraignantes que celles qui régissent la fondation de la nouvelle forme de droit. Cette manière de procéder a été fixée dans la communication de l'OFRC du 16 mars 2012, qui elle-même se fonde sur le commentaire abrégé des dispositions de l'ordonnance sur le registre du commerce relative à la loi sur la fusion du 11 octobre 2004 (cf. REPRAX 2/3/2004, p. 57) ; elle est suivie par les autorités cantonales du registre du commerce et soutenue par une grande partie de la doctrine (GIGER, SHK-FusG, Art. 62 N 11; BÖCKLI, Aktienrecht, § 3 N 368, VON DER CRONE ET AL., Fusionsgesetz, § 4 N 747 s., PETER, Comm. LFus, FusG 62 N 8, nbp. 16). L'OFRC n'entend pas modifier cette pratique, qui a fait ses preuves.