

---

# Inhaltsübersicht

|   |              |
|---|--------------|
| <b>Inhaltsverzeichnis .....</b>   | <b>XI</b>    |
| <b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>  | <b>XXIII</b> |
| <b>Literaturverzeichnis .....</b>   | <b>XXXI</b>  |
| <b>Materialienverzeichnis .....</b>   | <b>LVII</b>  |
| <b>Erster Teil: Grundlagen der Sanierungsfusion.....</b>  | <b>7</b>     |
| I. Begriff der Sanierungsfusion .....   | 7            |
| II. Entstehungsgeschichte und Normzweck von Art. 6 FusG .....   | 26           |
| III. Arten der Sanierungsfusion .....   | 32           |
| IV. Motive der Sanierungsfusion .....   | 53           |
| <b>Zweiter Teil: Schutz der Gläubiger durch Art. 6 FusG.....</b>  | <b>65</b>    |
| I. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Sanierungsfusion.....   | 65           |
| II. Der Schutzmechanismus von Art. 6 FusG.....  | 114          |
| III. Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 6 FusG .....  | 185          |
| IV. Würdigung: Art. 6 FusG als verfehltes Instrument des<br>Gläubigerschutzes .....   | 228          |
| <b>Dritter Teil: Schutz der Anteilshaber .....</b>  | <b>241</b>   |
| I. Schutzbedürfnis der Gesellschafter .....   | 241          |
| II. Anspruch auf angemessenes Umtauschverhältnis .....  | 248          |
| III. Verfahrensrechtliche Schutzinstrumente .....   | 292          |
| <b>Vierter Teil: Rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen der<br/>Unternehmenssanierung und deren Bedeutung für die<br/>Sanierungsfusion .....</b> | <b>331</b>   |
| I. Allgemeine Grundlagen .....  | 331          |
| II. Eintritt eines Kapitalverlustes .....   | 349          |
| III. Eintritt einer Überschuldung.....  | 383          |
| IV. Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Hinweise).....  | 409          |
| <b>Fünfter Teil: Steuerrechtliche Folgen der Sanierungsfusion.....</b>  | <b>413</b>   |
| I. Grundlagen.....  | 413          |
| II. Besonderheiten der Sanierungsfusion.....  | 426          |

# Inhaltsverzeichnis

|   |              |
|---|--------------|
| <b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....  | <b>XXIII</b> |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....   | <b>XXXI</b>  |
| <b>Materialienverzeichnis</b> .....   | <b>LVII</b>  |
| <b>Einführung</b> .....   | <b>1</b>     |
| 1. Wirtschaftlicher Hintergrund .....   | 1            |
| 2. Gegenstand und Aufbau der Untersuchung .....   | 2            |
| 3. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....  | 3            |
| 4. Terminologische Vorbemerkungen .....   | 5            |
| <b>Erster Teil: Grundlagen der Sanierungsfusion</b> .....   | <b>7</b>     |
| I. Begriff der Sanierungsfusion .....   | 7            |
| 1. Wortlaut von Art. 6 FusG .....   | 7            |
| 2. Fusion .....   | 8            |
| 2.1. Definition .....   | 8            |
| 2.2. Fusionsmerkmale .....  | 9            |
| a) Universalsukzession .....  | 9            |
| b) Auflösung ohne Liquidation .....   | 11           |
| c) Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte? .....   | 11           |
| 3. Kapitalverlust oder Überschuldung einer Fusionspartei .....  | 13           |
| 3.1. Vorbemerkung .....   | 13           |
| 3.2. Begriff und Berechnung des Kapitalverlusts .....   | 13           |
| 3.3. Begriff und Berechnung der Überschuldung .....   | 17           |
| 3.4. Massgeblicher Zeitpunkt .....  | 19           |
| 3.5. Berücksichtigung von Verbindlichkeiten zwischen den<br>fusionierenden Gesellschaften .....           | 24           |
| II. Entstehungsgeschichte und Normzweck von Art. 6 FusG .....   | 26           |
| 1. Umstrittene Rechtslage vor Inkrafttreten des FusG .....  | 26           |
| 1.1. Diskussion in der Lehre .....  | 26           |
| 1.2. Praxis der Handelsregisterbehörden .....   | 27           |
| 2. Förderung volkswirtschaftlich werterhaltender Fusionen und Schutz<br>der Gläubiger als Normzweck ..... | 28           |
| 3. Kein unmittelbarer Nachvollzug einer EU-Normierung .....   | 30           |
| 4. Fazit .....  | 31           |

|  |           |
|--|-----------|
| III. Arten der Sanierungsfusion .....  | 32        |
| 1. Absorptions- und Kombinationsfusion .....   | 32        |
| 1.1. Absorptionsfusion .....   | 32        |
| 1.2. Kombinationsfusion .....  | 34        |
| 2. Beteiligte Rechtsträger .....   | 36        |
| 3. Die Beteiligung einer Gesellschaft in Liquidation im Besonderen .....                   | 38        |
| 3.1. Grundlagen nach Art. 5 FusG .....   | 38        |
| 3.2. Einschränkung 1: Beteiligung nur als übertragende Gesellschaft .....                  | 39        |
| 3.3. Einschränkung 2: Keine Vermögensverteilung an Aktionäre .....                         | 41        |
| 3.4. Bestätigung an das Handelsregisteramt .....   | 44        |
| 3.5. Verhältnis zu Art. 6 FusG .....   | 45        |
| 4. Abgrenzungen .....  | 47        |
| 4.1. Quasifusion und Beteiligungserwerb .....  | 47        |
| 4.2. Unechte Fusion und Asset Purchase .....   | 49        |
| IV. Motive der Sanierungsfusion .....  | 53        |
| 1. Konzerninterne Restrukturierung .....   | 53        |
| 2. Konzernexterne Sanierungsfusion .....   | 55        |
| 2.1. Motive der sanierungsbedürftigen Gesellschaft .....                                   | 55        |
| a) Sanierung .....   | 55        |
| b) Stille Liquidation .....  | 56        |
| 2.2. Motive der gesunden Gesellschaft .....  | 57        |
| a) Günstiger Erwerbspreis .....  | 57        |
| b) Synergieeffekte .....   | 58        |
| c) Gewinn von Marktmacht .....   | 61        |
| d) Realisation des Vermögens .....   | 62        |
| e) Finanzielle und steuerliche Motive .....  | 63        |
| f) Persönliche Interessen des Managements .....  | 64        |
| <b>Zweiter Teil: Schutz der Gläubiger durch Art. 6 FusG .....</b>                          | <b>65</b> |
| I. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Sanierungsfusion .....                                 | 65        |
| 1. Frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der Unterdeckung oder<br>Überschuldung ..... | 65        |
| 1.1. Definition des frei verwendbaren Eigenkapitals .....                                  | 65        |
| 1.2. Höhe des benötigten frei verwendbaren Eigenkapitals .....                             | 67        |
| a) Deckung der Unterbilanz, des Kapitalverlustes oder der<br>Überschuldung? .....          | 67        |
| b) Berücksichtigung allfälliger Kapitalrückzahlungen? .....                                | 69        |
| c) Besonderheiten bei einer Mehrfachfusion .....   | 72        |
| 1.3. Massgebliche Bilanzen .....   | 74        |
| a) Fortführungs- oder Liquidationswert .....   | 74        |
| b) Stichtag .....  | 74        |
| 1.4. Bedeutung der Eröffnungsbilanz der fusionierten Gesellschaft ..                       | 75        |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| a)   | Schutz des Eigenkapitals der fusionierten Gesellschaft als Normzweck ..... | 75  |
| b)   | Widerspruch zwischen Normtext und Normzweck von Art. 6 FusG .....          | 77  |
| c)   | Mögliche Interpretationsansätze .....                                      | 79  |
| d)   | Würdigung und Lösungsvorschlag .....                                       | 81  |
| e)   | Sonderfall der Kombinationsfusion .....                                    | 84  |
| f)   | Faktischer Zwang zu funktional ausreichendem Eigenkapital.....             | 84  |
| 2.   | Rangrücktrittsvereinbarungen als Alternative.....                          | 87  |
| 2.1. | Grundlagen.....  | 87  |
| 2.2. | Wesen des Rangrücktrittes.....   | 88  |
| a)   | Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung .....                                | 88  |
| b)   | Rechtsnatur.....   | 89  |
| c)   | Wirkungen.....   | 90  |
| 2.3. | Modalitäten eines rechtsgenüglihen Rangrücktritts.....                     | 91  |
| a)   | Kreis der Rangrücktrittsgläubiger .....                                    | 91  |
| b)   | Form des Rangrücktrittes .....   | 93  |
| c)   | Höhe des Rangrücktrittes .....   | 93  |
| d)   | Dauer des Rangrücktrittes .....  | 95  |
| e)   | Fusion ausschliesslich sanierungsbedürftiger Gesellschaften?.....          | 97  |
| 2.4. | Alternativen zum Rangrücktritt .....                                       | 98  |
| a)   | Bilanzbereinigende Massnahmen.....   | 98  |
| b)   | Konzerninterne Patronatserklärung und abstrakte Schuldanererkennung? ..... | 99  |
| c)   | Externe Garantie.....  | 100 |
| 3.   | Bestätigung eines Revisionsexperten.....                                   | 101 |
| 3.1. | Grundlagen.....  | 101 |
| a)   | Normzweck .....  | 101 |
| b)   | Anwendungsbereich .....  | 102 |
| 3.2. | Bestellung des Revisionsexperten.....                                      | 103 |
| a)   | Verantwortung der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane.....           | 103 |
| b)   | Zeitpunkt der Bestellung .....   | 105 |
| c)   | Anforderungen an den Revisionsexperten .....                               | 106 |
| 3.3. | Ausstellen der Bestätigung durch den Revisionsexperten.....                | 110 |
| a)   | Prüfungsgegenstand .....   | 110 |
| b)   | Benötigte Unterlagen.....  | 111 |
| c)   | Inhalt der Bestätigung .....   | 113 |
| II.  | Der Schutzmechanismus von Art. 6 FusG.....                                 | 114 |
| 1.   | Grundlagen der buchhalterischen Erfassung einer Sanierungsfusion... ..     | 114 |
| 1.1. | Fusionsbilanz .....  | 114 |
| a)   | Zweck der Fusionsbilanz.....   | 114 |
| b)   | Zwischenbilanz nach Art. 11 FusG.....                                      | 116 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 1.2. | Fortsetzungsgrundsatz.....  | 118 |
|      | a) Übernahme zu Buchwerten .....  | 118 |
|      | b) Ausnahmsweise Realisierung stiller Reserven .....                      | 119 |
| 1.3. | Fusionsagio und Fusionsdisagio .....                                      | 119 |
|      | a) Fusionsagio.....   | 119 |
|      | b) Fusionsdisagio und derivativer Goodwill .....                          | 120 |
|      | c) Fusionsgewinn und Fusionsverlust .....                                 | 122 |
| 1.4. | Behandlung der Fusion nach IFRS 3 .....                                   | 123 |
| 2.   | Die Erhöhung des Nominalkapitals .....                                    | 126 |
| 2.1. | Grundlagen.....   | 126 |
|      | a) Beschränkung auf Absorptionsfusion .....                               | 126 |
|      | b) Berechnung des Kapitalerhöhungsbetrages .....                          | 126 |
|      | c) Entbehrlichkeit der Kapitalerhöhung .....                              | 128 |
|      | d) Gläubigerschutzfunktion der Kapitalerhöhung? .....                     | 130 |
| 2.2. | Das Verbot der unter-pari Emission .....                                  | 132 |
|      | a) Grundlagen .....   | 132 |
|      | b) Sicherstellung des Deckungsprinzips bei der Fusion.....                | 134 |
|      | c) Gefahr der unter-pari Emission bei Sanierungsfusion .....              | 137 |
|      | d) Lösungsansätze bei der Sanierungsfusion.....                           | 138 |
| 3.   | Analyse der buchhalterischen Erfassung der Sanierungsfusion .....         | 143 |
| 3.1. | Vorbemerkungen.....   | 143 |
| 3.2. | Gesunde Gesellschaft absorbiert kapitalverlustige Gesellschaft .          | 144 |
|      | a) Fusion von Schwestergesellschaften.....                                | 144 |
|      | b) Schaffung neuer Anteilsrechte mittels Kapitalerhöhung .....            | 146 |
|      | c) Abfindung in bar .....   | 147 |
|      | d) Abfindung mit eigenen Anteilen.....                                    | 149 |
|      | e) Zusammenfassung der Erkenntnisse .....                                 | 150 |
| 3.3. | Gesunde Gesellschaft absorbiert überschuldete Gesellschaft.....           | 151 |
|      | a) Überschuldete Gesellschaft mit positivem<br>Unternehmenswert .....     | 151 |
|      | b) Überschuldete Gesellschaft mit negativem<br>Unternehmenswert .....     | 153 |
| 3.4. | Kapitalverlustige Gesellschaft absorbiert gesunde Gesellschaft .          | 156 |
|      | a) Fusion von Schwestergesellschaften.....                                | 156 |
|      | b) Schaffung neuer Anteilsrechte mittels Kapitalerhöhung .....            | 157 |
|      | c) Abfindung mit eigenen Anteilen .....                                   | 160 |
|      | d) Splitting-Fusion.....  | 162 |
| 3.5. | Überschuldete Gesellschaft absorbiert gesunde Gesellschaft.....           | 163 |
|      | a) Kompensation durch frei verwendbares Eigenkapital .....                | 163 |
|      | b) Kompensation durch Rangrücktritte .....                                | 166 |
| 3.6. | Besonderheiten bei Mutter-Tochter- bzw. Tochter-Mutter-<br>Fusionen ..... | 169 |
|      | a) Gesunde Mutter absorbiert kapitalverlustige Tochter.....               | 169 |
|      | b) Gesunde Mutter absorbiert überschuldete Tochter .....                  | 171 |
|      | c) Kapitalverlustige Mutter absorbiert gesunde Tochter.....               | 173 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| d)   | Überschuldete Mutter absorbiert gesunde Tochter .....                                   | 174 |
| e)   | Gesunde Tochter absorbiert kapitalverlustige Mutter.....                                | 176 |
| f)   | Gesunde Tochter absorbiert überschuldete Mutter .....                                   | 180 |
| 3.7. | Kombinationsfusion .....  | 182 |
| a)   | Kombination einer gesunden Gesellschaft mit einer kapitalverlustigen Gesellschaft ..... | 182 |
| b)   | Kombination einer gesunden Gesellschaft mit einer überschuldeten Gesellschaft.....      | 183 |
| III. | Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 6 FusG .....                                     | 185 |
| 1.   | Verweigerung der Eintragung von Amtes wegen.....  | 185 |
| 1.1. | Grundlagen der Eintragung.....  | 185 |
| a)   | Die Anmeldung der Fusion beim HReg.....   | 185 |
| b)   | Kognition des HReg-Führers .....  | 187 |
| 1.2. | Verweigerung der Eintragung einer rechtswidrigen Sanierungsfusion.....                  | 188 |
| 1.3. | Eintragung trotz Verletzung von Art. 6 FusG als Folge der beschränkten Kognition .....  | 189 |
| a)   | Fehlende Bestätigung nach Art. 6 Abs. 2 FusG.....                                       | 189 |
| b)   | Unrichtige Bestätigung nach Art. 6 Abs. 2 FusG .....                                    | 191 |
| 1.4. | Registersperre auf Antrag eines Gläubigers .....  | 191 |
| a)   | Grundlagen.....   | 191 |
| b)   | Materielle Voraussetzungen.....   | 192 |
| c)   | Folgen der Registersperre.....  | 193 |
| 2.   | Nachträgliche Sicherstellung der Forderung.....   | 193 |
| 2.1. | Zweck und Anwendungsbereich von Art. 25 FusG.....                                       | 194 |
| 2.2. | Sicherzustellende Forderung.....  | 195 |
| a)   | Natur der Forderung.....  | 195 |
| b)   | Gefährdung der Forderung.....   | 196 |
| c)   | Kausalzusammenhang zwischen Fusion und Gefährdung....                                   | 197 |
| 2.3. | Verfahren .....   | 198 |
| a)   | Publikation des Schuldenrufes .....   | 198 |
| b)   | Befreiung von der Publikation .....   | 199 |
| c)   | Anmeldung der Forderung .....   | 200 |
| d)   | Sicherstellung und vorzeitige Erfüllung.....  | 201 |
| 2.4. | Bedeutung des Sicherstellungsanspruches im Rahmen einer Sanierungsfusion.....           | 202 |
| 3.   | Nichtigkeit der Sanierungsfusion.....   | 203 |
| 3.1. | Nichtigkeitsgrund.....  | 204 |
| a)   | Fusionsbeschluss als Anfechtungs- und Nichtigkeitsobjekt.                               | 204 |
| b)   | Anwendbarkeit der rechtsträgereigenen Nichtigkeitsregeln.                               | 205 |
| c)   | Nichtigkeit bei Verletzung von Kapitalschutznormen.....                                 | 207 |
| 3.2. | Nichtigkeitsfolgen.....   | 209 |
| a)   | Heilende Wirkung des HReg-Eintrages? .....  | 209 |
| b)   | Nachträgliche Behebung des Mangels.....   | 211 |
| 3.3. | Modalitäten der Geltendmachung.....   | 213 |

|      |  |            |
|------|--|------------|
| 4.   | Verantwortlichkeitsklage gegen die mit der Sanierungsfusion befassten Personen .....   | 214        |
| 4.1. | Grundlagen .....   | 214        |
| 4.2. | Aktivlegitimation .....  | 216        |
|      | a) Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden .....                     | 216        |
|      | b) Mittelbarkeit des Schadens bei Verletzung von Art. 6 FusG .....                     | 218        |
| 4.3. | Passivlegitimation .....   | 220        |
| 4.4. | Haftungsvoraussetzungen .....  | 221        |
|      | a) Pflichtverletzung .....   | 221        |
|      | b) Schaden .....   | 222        |
|      | c) Kausalität .....  | 223        |
|      | d) Verschulden .....   | 224        |
| 4.5. | Bemerkungen zur Verantwortlichkeit ausserhalb des Konkurses .....                      | 224        |
|      | a) Aktiv- und Passivlegitimation .....   | 224        |
|      | b) Unmittelbarer Schädigung der Gläubiger? .....                                       | 225        |
| 4.6. | Vorbehalt der Gründungshaftung .....   | 226        |
| IV.  | Würdigung: Art. 6 FusG als verfehltes Instrument des Gläubigerschutzes .....           | 228        |
| 1.   | Ein Art. 6 FusG rechtfertigendes Gläubigerschutzbedürfnis liegt nicht vor .....        | 228        |
| 1.1. | Keine wesentliche Gefährdung der Gläubigerinteressen .....                             | 228        |
| 1.2. | Kein Anspruch der Gläubiger auf Erhalt des gesetzlich gesperrten Eigenkapitals .....   | 230        |
| 2.   | Mängel von Art. 6 FusG .....   | 232        |
| 2.1. | Zu weiter Anwendungsbereich von Art. 6 FusG .....                                      | 232        |
|      | a) Kapitalverlustige Gesellschaften .....  | 232        |
|      | b) Kombinationsfusion .....  | 234        |
| 2.2. | Unzweckmässige Anknüpfung an den Bilanzstatus vor der Fusion .....                     | 234        |
|      | a) Diskrepanz zwischen Buchwert i.S. Art. 6 FusG und Fair Value .....                  | 235        |
|      | b) Unterschiedliche Fusionsarten und -konstellationen .....                            | 235        |
| 3.   | Lösungsvorschläge .....  | 236        |
| 3.1. | First Best: Keine spezifische Normierung der Sanierungsfusion .....                    | 236        |
| 3.2. | Second Best: Normierung der Sanierungsfusion in Analogie zur Kapitalherabsetzung ..... | 237        |
|      | <b>Dritter Teil: Schutz der Anteilinhaber .....</b>                                    | <b>241</b> |
| I.   | Schutzbedürfnis der Gesellschafter .....   | 241        |
| 1.   | Betroffene Interessen der Gesellschafter .....   | 241        |
| 2.   | Gefährdung der Gesellschafterinteressen .....  | 242        |
| 2.1. | Prinzipal-Agent-Konflikt .....   | 242        |
| 2.2. | Minderheitsgesellschafter .....  | 243        |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 3.   | Besonderheiten bei der Sanierungsfusion .....  | 245 |
| II.  | Anspruch auf angemessenes Umtauschverhältnis .....   | 248 |
| 1.   | Einleitende Bemerkungen .....  | 248 |
| 2.   | Bewertung sanierungsbedürftiger Gesellschaften.....  | 250 |
| 2.1. | Vorbemerkungen.....  | 250 |
| a)   | Unterschied zwischen Entscheidungswert, Schiedswert und Preis .....  | 250 |
| b)   | Methodenpluralismus .....  | 251 |
| c)   | Transparenzdefizite im Rechnungswesen der sanierungsbedürftigen Gesellschaft .....                         | 253 |
| 2.2. | Gesamtbewertungsverfahren.....   | 254 |
| a)   | Methodische Grundlagen .....   | 254 |
| b)   | Gesamtbewertung sanierungsbedürftiger Gesellschaften .....   | 256 |
| 2.3. | Einzelbewertungsverfahren (Substanzwertverfahren).....   | 259 |
| a)   | Substanzwertmethode zu Reproduktionswerten .....   | 259 |
| b)   | Liquidationswertmethode.....   | 260 |
| 2.4. | Weitere Bewertungsverfahren .....  | 262 |
| a)   | Börsenkurs.....  | 262 |
| b)   | Multiplikatorverfahren .....   | 262 |
| c)   | Mischverfahren.....  | 263 |
| 3.   | Festlegung des Umtauschverhältnisses .....   | 263 |
| 3.1. | Fusionsgesetzliche Vorgaben.....   | 263 |
| a)   | Kriterien nach Art. 7 FusG.....  | 263 |
| b)   | Vertretbarkeit und Angemessenheit des Umtauschverhältnisses .....  | 267 |
| 3.2. | Vertragsverhandlungen .....  | 269 |
| a)   | Gestaltungsspielraum .....   | 269 |
| b)   | Subjektive Grenzumtauschverhältnisse und Verhandlungsgeschick .....  | 271 |
| 4.   | Abfindungsfusion nach FusG 8.....  | 275 |
| 4.1. | Grundlagen.....  | 275 |
| 4.2. | Wahlrecht nach Art. 8 Abs. 1 FusG.....   | 276 |
| a)   | Zweck .....  | 276 |
| b)   | Höhe und Art der Abfindung .....   | 277 |
| c)   | Selektives und partielles Wahlrecht .....  | 278 |
| 4.3. | Ausschluss nach Art. 8 Abs. 2 FusG .....   | 280 |
| a)   | Zweck .....  | 280 |
| b)   | Höhe und Art der Abfindung .....   | 281 |
| c)   | Selektive und partielle zwangsweise Abfindung .....  | 282 |
| 5.   | Beachtung des Grundsatzes der mitgliederschaftlichen Kontinuität im Falle materieller Überschuldung? ..... | 283 |
| 5.1. | Problematik .....  | 283 |
| 5.2. | Kein Anspruch auf Anteilsrechte für die Gesellschafter der materiell überschuldeten Fusionspartei.....     | 284 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 5.3. | Unentziehbarkeit der Mitgliedschaft und des Virilstimmrechts?                | 286 |
| a)   | Analogie zur bundesgerichtlichen Praxis zur Harmonikasanierung .....         | 286 |
| b)   | Kritische Würdigung .....  | 287 |
| 5.4. | Gewährung des Bezugsrechts? .....  | 289 |
| a)   | Zwingendes Bezugsrecht bei einem Kapitalschnitt .....                        | 289 |
| b)   | Grundsatz: Zwingendes Mindestbezugsrecht auch bei Fusion .....               | 290 |
| c)   | Ausnahme: Kein Bezugsrecht bei einer Abfindungsfusion i.S. FusG 8 II .....   | 290 |
| d)   | Fazit .....  | 291 |
| III. | Verfahrensrechtliche Schutzinstrumente .....                                 | 292 |
| 1.   | Einleitende Bemerkungen .....  | 292 |
| 2.   | Informationsrechte vor Beschlussfassung .....                                | 293 |
| 2.1. | Fusionsbericht .....   | 293 |
| a)   | Zweck und Anwendungsbereich .....  | 293 |
| b)   | Inhalt .....   | 294 |
| c)   | Modalitäten der Erstellung .....   | 300 |
| d)   | Einsichtsrecht der Gesellschafter .....                                      | 300 |
| 2.2. | Fusionsprüfung .....   | 301 |
| a)   | Zweck und Anwendungsbereich .....  | 301 |
| b)   | Inhalt .....   | 303 |
| c)   | Modalitäten der Erstellung .....   | 305 |
| d)   | Einsichtsrecht .....   | 307 |
| 2.3. | Informationspflicht bei Veränderungen im Vermögen nach Vertragsschluss ..... | 307 |
| a)   | Regelungsinhalt, Zweck und Anwendungsbereich von Art. 17 FusG .....          | 307 |
| b)   | Informationspflicht gegenüber den anderen Gesellschaften. ....               | 309 |
| c)   | Prüfungs- und Änderungspflicht .....   | 310 |
| 3.   | Genehmigung des Fusionsvertrages .....                                       | 311 |
| 3.1. | Zuständigkeit .....  | 311 |
| a)   | Ordentliche Fusion .....   | 311 |
| b)   | Genehmigung durch die Generalversammlung bei zeitlicher Dringlichkeit? ..... | 312 |
| 3.2. | Quorum .....   | 313 |
| a)   | Aktiengesellschaft .....   | 313 |
| b)   | Gesellschaft mit beschränkter Haftung .....                                  | 316 |
| 3.3. | Gegenstand und Inhalt des Beschlusses .....                                  | 317 |
| a)   | Genehmigung des Fusionsvertrages .....                                       | 317 |
| b)   | Weitere Beschlüsse im Zusammenhang mit einer Sanierungsfusion .....          | 317 |
| 4.   | Klagerechte nach Beschlussfassung .....                                      | 318 |
| 4.1. | Überprüfungsklage .....  | 319 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
|      | a) Gesetzliche Grundlagen .....                  | 319 |
|      | b) Besonderheiten bei der Sanierungsfusion ..... | 319 |
| 4.2. | Anfechtungsklage.....                            | 324 |
|      | a) Gesetzliche Grundlagen .....                  | 324 |
|      | b) Besonderheiten bei der Sanierungsfusion ..... | 325 |
| 4.3. | Verantwortlichkeitsklage .....                   | 326 |
|      | a) Gesetzliche Grundlagen .....                  | 326 |
|      | b) Besonderheiten bei der Sanierungsfusion ..... | 327 |

**Vierter Teil: Rechtliche und wirtschaftliche Grundlagen der Unternehmenssanierung und deren Bedeutung für die Sanierungsfusion ..... 331**

|      |   |     |
|------|---|-----|
| I.   | Allgemeine Grundlagen .....   | 331 |
| 1.   | Terminologische Abgrenzungen .....  | 331 |
| 1.1. | Wirtschaftliche und rechtliche Sanierungsbegriffe.....                        | 331 |
|      | a) Wirtschaftlicher Sanierungsbegriff .....                                   | 332 |
|      | b) Handelsrechtlicher Sanierungsbegriff.....                                  | 333 |
|      | c) Weitere rechtliche Sanierungsbegriffe .....                                | 335 |
|      | d) Würdigung.....   | 335 |
| 1.2. | Verwandte Begriffe.....   | 336 |
|      | a) Turnaround.....  | 336 |
|      | b) Restrukturierung und Umstrukturierung .....                                | 337 |
| 1.3. | Sanierungsbedürftigkeit, -fähigkeit und -würdigkeit.....                      | 338 |
|      | a) Sanierungsbedürftigkeit .....  | 338 |
|      | b) Sanierungsfähigkeit.....   | 338 |
|      | c) Sanierungswürdigkeit.....  | 339 |
| 2.   | Die Krise als Ursache der Sanierungsbedürftigkeit .....                       | 340 |
| 2.1. | Begriff und Subjekt der Krise .....   | 341 |
| 2.2. | Krisenursachen .....  | 342 |
| 2.3. | Krisenerkennung .....   | 343 |
| 2.4. | Stadien des Krisenprozesses .....   | 344 |
|      | a) Strategiekrise .....   | 344 |
|      | b) Erfolgskrise .....   | 345 |
|      | c) Liquiditätskrise .....   | 345 |
|      | d) Bilanzkrise.....   | 347 |
| II.  | Eintritt eines Kapitalverlustes.....  | 349 |
| 1.   | Pflichten des Verwaltungsrates bei Eintritt eines Kapitalverlustes .....      | 349 |
| 1.1. | Normzweck von Art. 725 Abs. 1 OR.....   | 349 |
| 1.2. | Feststellung des Kapitalverlustes .....                                       | 349 |
|      | a) Massgebliche Bilanz .....  | 349 |
|      | b) Möglichkeiten des Verwaltungsrates zur Korrektur des Kapitalverlustes..... | 350 |
| 1.3. | Einberufung der Sanierungsversammlung.....                                    | 353 |
|      | a) Unübertragbare Pflicht des Verwaltungsrates.....                           | 353 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
|      | b) Frist.....   | 354 |
|      | c) Modalitäten der Einberufung .....  | 355 |
| 1.4. | Durchführung der Sanierungsversammlung .....  | 357 |
|      | a) Information der Gesellschafter durch den Verwaltungsrat ...                      | 357 |
|      | b) Kompetenzen der Generalversammlung .....   | 358 |
|      | c) Erfordernis der gehörigen Traktandierung der<br>Sanierungsmassnahmen .....       | 359 |
| 1.5. | Kritik: Späte und einseitige gesetzliche Erfassung der Krise .....                  | 360 |
| 2.   | Die Sanierung der Gesellschaft.....   | 362 |
| 2.1. | Grundlagen der privaten Sanierung .....   | 362 |
|      | a) Entscheid für die private Sanierung .....  | 362 |
|      | b) Sanierungsplan .....   | 364 |
| 2.2. | Sanierungsmassnahmen .....  | 366 |
|      | a) Vorbemerkungen .....   | 366 |
|      | b) Auflösung von Reserven .....   | 367 |
|      | c) Deklarative Kapitalherabsetzung .....  | 367 |
|      | d) Kapitalerhöhung .....  | 369 |
|      | e) Kapitalschnitt .....   | 371 |
|      | f) A-fonds-perdu-Beiträge und Forderungsverzichte .....                             | 373 |
|      | g) Stillhalteabkommen, Stundung und Rangrücktritt durch<br>Gläubiger .....          | 374 |
|      | h) Betriebliche Massnahmen .....  | 376 |
| 2.3. | Die Sanierungsfusion als private Sanierungsmassnahme .....                          | 378 |
|      | a) Grundlagen .....   | 378 |
|      | b) Bereinigung der Bilanz mittels Sanierungsfusion.....                             | 379 |
|      | c) Weitere Sanierungsmassnahmen im Zusammenhang mit<br>einer Sanierungsfusion ..... | 381 |
| III. | Eintritt einer Überschuldung.....   | 383 |
| 1.   | Pflichten des Verwaltungsrates bei Eintritt der Überschuldung.....                  | 383 |
| 1.1. | Normzweck von Art. 725 Abs. 2 OR.....   | 383 |
| 1.2. | Feststellung der Überschuldung.....   | 384 |
|      | a) Feststellung durch den Verwaltungsrat.....                                       | 384 |
|      | b) Feststellung durch die Revisionsstelle .....                                     | 386 |
| 1.3. | Benachrichtigung des Richters .....   | 388 |
| 2.   | Verfahren der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft .....                     | 390 |
| 2.1. | Stille Sanierung trotz Überschuldung .....  | 390 |
|      | a) Zulässigkeit der stillen Sanierung in der Praxis des<br>Bundesgerichts .....     | 390 |
|      | b) Kritische Würdigung der stillen Sanierung und Lösung de<br>lege ferenda .....    | 392 |
| 2.2. | Sanierung im Konkursaufschub.....   | 395 |
|      | a) Zweck und Wirkungen .....  | 395 |
|      | b) Voraussetzungen .....  | 398 |
|      | c) Die Sanierungsfusion im Verfahren des<br>Konkursaufschubes .....                 | 399 |

|  |   |            |
|--|---|------------|
| 2.3.   | Sanierung im Nachlassverfahren .....  | 401        |
| a)   | Grundlagen .....  | 401        |
| b)   | Nachlassstundung.....   | 402        |
| c)   | Nachlassvertrag .....   | 404        |
| d)   | Die Sanierungsfusion im Nachlassverfahren .....                                       | 406        |
| IV.  | Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Hinweise).....                                      | 409        |
| 1.   | Benachrichtigung des Konkursrichters im Falle der Illiquidität.....                   | 409        |
| 2.   | Pflichten des Verwaltungsrates de lege ferenda (VE-OR 2005) .....                     | 411        |
| 3.   | Die Fusion einer illiquiden Gesellschaft.....   | 411        |
| <b>Fünfter Teil: Steuerrechtliche Folgen der Sanierungsfusion.....</b> |   | <b>413</b> |
| I.   | Grundlagen.....   | 413        |
| 1.   | Steuerrechtliche Aspekte der Fusion.....  | 413        |
| 1.1.   | Ebene Gesellschaft.....   | 413        |
| a)   | Gewinnsteuer: Grundsatz der Steuerneutralität .....                                   | 413        |
| b)   | Emmissionsabgabe .....  | 415        |
| c)   | Verrechnungssteuer.....   | 416        |
| 1.2.   | Ebene Gesellschafter.....   | 416        |
| a)   | Grundsatz der Steuerneutralität.....  | 416        |
| b)   | Nennwertzuwachs .....   | 416        |
| c)   | Ausgleichs- und Abfindungszahlungen .....   | 417        |
| d)   | Abgabe eigener Anteilsrechte .....  | 418        |
| 2.   | Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung .....  | 419        |
| 2.1.   | Allgemeines .....   | 419        |
| 2.2.   | Beiträge Dritter .....  | 420        |
| a)   | Steuerfolgen auf Ebene sanierungsbedürftige Gesellschaft..                            | 420        |
| b)   | Steuerfolgen auf Ebene Drittperson/Gläubiger.....                                     | 421        |
| 2.3.   | Beiträge der Gesellschafter .....   | 422        |
| a)   | Steuerfolgen auf Ebene sanierungsbedürftige Gesellschaft..                            | 422        |
| b)   | Steuerfolge auf Stufe Gesellschafter .....  | 424        |
| II.  | Besonderheiten der Sanierungsfusion.....  | 426        |
| 1.   | Sanierungsfusion unter unabhängigen Gesellschaften.....                               | 426        |
| 1.1.   | Steuerfolgen auf Ebene Gesellschaft .....   | 426        |
| a)   | Grundsatz der Steuerneutralität.....  | 426        |
| b)   | Verlustvortrag und Verlustverrechnung.....  | 426        |
| 1.2.   | Steuerfolgen auf Ebene Gesellschafter .....   | 428        |
| 2.   | Besonderheiten der Mutter-Tochter-Sanierungsfusion.....                               | 428        |
| 2.1.   | Besteuerung von Fusionsgewinnen.....  | 428        |
| 2.2.   | Verlustanrechnung trotz aufwandwirksamer Sanierung durch die Muttergesellschaft ..... | 430        |
| 3.   | Sanierungsfusion unter Schwestergesellschaften .....                                  | 434        |
| 3.1.   | Faktische Schwestergesellschaft.....  | 434        |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| a)   | Rechtsprechung des Bundesgerichts .....                 | 434 |
| b)   | Würdigung.....  | 435 |
| 3.2. | Rechtliche Schwestergesellschaft .....                  | 436 |
| a)   | Rechtsprechung des Bundesgerichts und Praxis der ESTV.. | 436 |
| b)   | Würdigung.....  | 437 |