

Fusionen

Die Anfechtung des Fusionsvertrags aus Willensmangel*

LUKAS HANDSCHIN

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	304
II.	Schwierige Rückabwicklung ist irrelevant	305
III.	Irrtum über die Bewertung der fusionierten Unternehmen	306
IV.	Im Einzelnen	308
	A. Anfechtung vor der Löschung des absorbierten Unternehmens	308
	B. Anfechtung nach der Löschung des absorbierten Unternehmens	308
	1. Grundlagen	308
	2. «Weiterbestand» der gelöschten Gesellschaft?	309
	3. Die gelöschte Gesellschaft als anfechtende Partei oder als Empfängerin der Anfechtungserklärung?	311
	4. Vereinigung der anfechtenden Partei und des Anfechtungsgegners in einer Person	312
	C. Zwischenergebnis	313
	D. Schutz der (aufgetauchten) Gläubiger?	313
	E. Schutz der ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft	314
	F. Schutz der übernehmenden Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger	315
V.	Umsetzung der Anfechtung des Fusionsvertrags	316
	A. Grundlagen, Zuständigkeiten	316
	B. Die ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bestreiten die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Fusionsvertrags	316
	C. Der (aufgetauchte) Gläubiger anerkennt die Anfechtung nicht	317
	D. Der (aufgetauchte) Gläubiger anerkennt die Anfechtung oder der Richter lehnt die Passivlegitimation der übernehmenden Gesellschaft ab	318
	E. Durchführung der Rückabwicklung	318
	1. Grundlagen	318
	2. Wiedereintragung der übertragenden Gesellschaft im Handelsregister	318
	3. Rückabwicklung im engeren Sinn	319
VI.	Ergebnis	319

* Ich danke Herrn Stefan Wirz, MLaw, für dessen Mitwirkung bei der Verfassung dieses Aufsatzes.

I. Einleitung

Der Fusionsvertrag ist trotz seiner gesellschaftsrechtlichen Eigenheiten und trotz des Umstandes, dass er nur nach dem Vorliegen qualifizierter formaler Voraussetzungen wirksam wird, gleichwohl ein Vertrag, der durch übereinstimmende Willensäusserungen beider Parteien zustande kommt. Er ist ein Verpflichtungsgeschäft und unterliegt in seiner Gestalt zu einem grossen Teil der Privatautonomie.¹ Das Besondere des Fusionsvertrags ist seine Einbindung in das Gesellschaftsrecht.² Der Abschluss unterliegt zwar wie bei anderen Verträgen der Kompetenz der Leitungs- und Verwaltungsorgane (Art. 12 Abs. 1 FusG), der Vertrag muss aber durch die Generalversammlung genehmigt werden (Art. 12 Abs. 2 FusG). Auf ihn sind neben den Bestimmungen des Fusionsgesetzes die allgemeinen Regeln für das Zustandekommen und die Anfechtbarkeit von Verträgen (Art. 1 ff. OR und insbesondere Art. 19 f. und Art. 23 ff. OR) anwendbar. Das gilt grundsätzlich auch in Bezug auf Willensmängel, dort vor allem für die Anfechtung aus Irrtum (Art. 23 ff. OR). Denkbar ist sowohl ein Erklärungsirrtum, beispielsweise dass Umtauschverhältnisse falsch angegeben worden sind (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR), oder ein Grundlagenirrtum, dass wesentliche Aktiven oder Passiven der fusionierten Parteien im Zeitpunkt der Willensbildung falsch beurteilt wurden, und dieser Umstand für eine Partei in einer für die Gegenseite erkennbaren Art und Weise wesentlich war (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Da der Fusionsvertrag auch in kleinen Verhältnissen ein Vertrag ist, der in einem formalistischen strukturierten Prozess abgeschlossen wird und zustande kommt (vgl. für den Vertragsabschluss durch die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane Art. 12 Abs. 1 FusG; für die Schriftlichkeit und den Generalversammlungsbeschluss Art. 12 Abs. 2 FusG; zum Fusionsbericht und seiner Prüfung Art. 14 f. FusG) sollten spätestens bei der Genehmigung des Vertrages durch die Gesellschafter oder Generalversammlung allfällige Erklärungsirrtümer erkannt und korrigiert werden (vgl. aber zu kleinen und mittleren Unternehmen: Art. 14 Abs. 2 FusG, Verzicht auf Fusionsbericht, Art. 15 Abs. 2 FusG, Verzicht auf Prüfung, und Art. 16 Abs. 2 FusG, Verzicht auf Einsichtsverfahren).

Praktisch relevanter – auch wenn Literatur dazu nur spärlich vorliegt und eine Rechtsprechung gänzlich fehlt – ist die Möglichkeit eines Grundlagenirrtums. Grundlagenirrtümer liegen im Verborgenen mit der Folge, dass sie möglicherweise erst Jahre nach Abschluss des Fusionsvertrags und der gesellschaftsrechtlichen Umsetzung dieses Vertrages erkannt werden. Eine der beiden Vertragsparteien ist in jenem Zeit-

¹ MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, Basel 2008, N 118 zum systematischen Teil, N 7 ff. zu Art. 12; vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Basel 2009, § 3 N 53; MATTHIAS WOLF, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, N 4 zu Art. 12. Sie gehen von einer überwiegend gesellschaftsrechtlichen Natur aus.

² AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 1 zu Art. 12.

punkt (bei einer Absorptionsfusion) in der anderen Vertragspartei aufgegangen, im Handelsregister gelöscht und aufgelöst (Art. 21 Abs. 3 FusG) und eine Rückabwicklung wirkt auf den ersten Blick aufgrund der vollzogenen Verschmelzung der beiden Unternehmen praktisch undenkbar.

Aus sachlichen Gründen erscheint die Anfechtung eines Fusionsvertrags aus Willensmangel nicht ungerechtfertigt; es handelt sich bei Fusionen in der Regel um Vertragsschlüsse von grosser wirtschaftlicher Bedeutung und die Interessen, die zum Bedürfnis führen, beim Vorliegen eines Willensmangels den Vertrag anzufechten, können gewichtig sein. Auch aus «Gleichbehandlungsüberlegungen» spricht nichts gegen die Anfechtung eines Fusionsvertrags aus Willensmangel; andere komplexe Vertragsverhältnisse, deren Rückabwicklung kompliziert sind und in denen es um potentiell sehr hohe Beträge geht (zum Beispiel Gesellschaftsverträge³ oder Werkverträge, die teilweise vollzogen sind⁴) können grundsätzlich aus Willensmangel angefochten werden.

Schliesslich ist bei der Frage der Anfechtung eines Fusionsvertrags nicht primär an den Vertrag zwischen börsenkotierten Gesellschaften zu denken, sondern an die grosse Mehrheit der Fusionen, die meistens zwischen Gesellschaften stattfinden, die den gleichen Aktionär haben und im Rahmen einer konzerninternen Reorganisation erfolgen. In diesen Fällen ist auch die Rückabwicklung einfacher (insbesondere wirkt sich diese in diesen Fällen nicht auf die Zusammensetzung des Aktionariats aus, vgl. dazu IV.E.).

Es ist richtigerweise nicht einzusehen, wieso für den Fusionsvertrag beim Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anfechtung aus Grundlagenirrtum dies nicht möglich sein soll. Die Begründung dieser Auffassung ist Gegenstand dieses Aufsatzes.

II. Schwierige Rückabwicklung ist irrelevant

Nur als Vorbemerkung und ohne auf spezifische fusionsrechtliche Fragen Bezug zu nehmen, ist vorab festzuhalten, dass die beiden Fragen der Anfechtbarkeit eines Vertragsschlusses aus Willensmangel und allfällige Schwierigkeiten der Rückabwicklung unabhängig voneinander zu beurteilen sind. Insbesondere ist es nicht zulässig, aus den Schwierigkeiten der Rückabwicklung auf eine Unzulässigkeit der Irrtumsanfechtung zu schliessen oder diese mit einem Hinweis auf diese Rückabwicklungs-

³ LUKAS HANDSCHIN/RETO VONZUN, Die einfache Gesellschaft, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band V/4a, Zürich 2009, N 269 ff. zu Art. 530.

⁴ PETER GAUCH, Der Werkvertrag, Zürich 1996, N 390.

probleme abzulehnen.⁵ Die Angst vor komplizierten Verhältnissen und die Frage, ob ein Vertrag aus Willensmangel anfechtbar ist, haben miteinander nichts zu tun.⁶ Dazu kommt, dass die Angst unbegründet ist; die Lehre lässt die Auflösung auch anderer Dauerschuldverhältnisse zu und hat dafür Verfahren entwickelt, die den komplexesten Sachverhaltsverhältnissen gerecht werden.⁷ So kann eine einfache Gesellschaft aufgrund eines Willensmangels angefochten und aufgelöst werden.⁸ Die Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses erfolgt zwar auch rückwirkend, hingegen wird für ein ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnis dessen Geltung bis zur Anfechtung fingiert mit der Folge, dass die Irrtumsanfechtung als Kündigung erscheint.⁹ Auch die Rückabwicklung eines Fusionsvertrags ist weniger kompliziert, als dies auf den ersten Blick erscheint. Im Grunde genommen genügt es, wenn die reaktivierte Gesellschaft den Saldo ihrer Fusionsbilanz erhält (vgl. dazu V.E.3).

III. Irrtum über die Bewertung der fusionierten Unternehmen

Die wichtigste Frage bei einer Fusion ist neben der Tatsache, dass eine Fusion stattfindet, die Bewertung der beiden Unternehmen. Die Frage ist in doppelter Hinsicht relevant: Einerseits ist sie relevant im Hinblick auf die Frage, wie hoch das Eigenkapital der beteiligten Gesellschaften ist, denn dessen Höhe ist Voraussetzung für die Festlegung des Umtauschverhältnisses. Art. 7 Abs. 1 FusG spricht zwar vom «Vermögen» der Gesellschaft als Basis der Berechnung des Umtauschverhältnisses für die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, meint aber den Wert der Gesellschaft. Für die notwendige Zustimmung der Generalversammlung oder der Gesellschafter zum Fusionsvertrag ist die Höhe dieses Umtauschverhältnisses von grosser Bedeutung. Ihr Anteil am übernehmenden Unternehmen und damit ihr Einfluss und ihre Beteiligung am Gewinn hängen davon ab.

⁵ Vgl. Pra. 81, Nr. 12, E. 4.b; vgl. auch BGE 97 II 185, E. I.2: Die Interessen der Gläubiger werden durch eine Wiedereintragung unter dem alten Fusionsrecht nicht beeinträchtigt; BGE 97 I 481 E. 3.b; vgl. auch KARL BONKE, Mängel der Verschmelzung von Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz vom 6. Sept. 1965, Hamburg 1970, Diss., 117 und 138; RUDOLF TSCHÄNI, Der Fusionsvertrag, SZW 2004, 197 ff., 201 f.; a.M. YVES SCHNELLER, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, St. Gallen 2006, Diss., 135 f.; WOLFHART F. BÜRGI/URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V5b/3, Zürich 1979, N 84 zu Art. 748.

⁶ Vgl. Pra. 81, Nr. 12, E. 4.b; BGE 97 II 185, E. I.2.

⁷ Vgl. BGE 97 II 185, E. I.2.

⁸ HANDSCHIN/VONZUN (FN 3), N 269 ff. zu Art. 530; BGE 129 III 320, E. 7.1.2; in Bezug auf ein Arbeitsverhältnis vgl. Art. 320 Abs. 3 OR.

⁹ BGE 129 III 320, E. 7.1.2 f.

Noch essentieller und in seiner Bedeutung schwerwiegender ist der mögliche Grundlagennirrtum dann, wenn sich nicht nur herausstellt, dass das Umtauschverhältnis falsch festgestellt wurde, sondern auch, wenn eine der beiden Gesellschaften, insbesondere die übertragende Gesellschaft, im Zeitpunkt der (Absorptions-) Fusion überschuldet war. In beiden Fällen (Falschbewertung der Fusionsparteien respektive Überschuldung einer Fusionspartei) steht ohne Weiteres fest, dass dieser Umstand (Unternehmenswert respektive Überschuldung) für beide vertragsschliessenden Parteien wesentlich und dass der anderen Vertragspartei bewusst war, dass diese Frage wesentlich ist.

Der Willensmangel wird praktisch fast immer darin liegen, dass eine der beiden Fusionsparteien überbewertet war, dass also nach Abschluss der Fusion Passiven auftauchen, die den Parteien nicht bewusst waren. Tauchen die zusätzlichen Passiven beim übertragenden Unternehmen auf, kann dies dazu führen, dass das übernehmende Unternehmen die Fusion nicht durchgeführt hätte oder dass die Fusion gar widerrechtlich war: Eine Fusion mit einer überschuldeten Gesellschaft ist nur möglich, wenn die andere Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Überschuldung bzw. Unterdeckung verfügt (Art. 6 Abs. 1 FusG). Ein Willensmangel als Folge von unerwarteten Aktiven ist jedenfalls theoretisch denkbar, dürfte aber praktisch ohne Bedeutung sein: Nachträglich aufgetauchte Passiven kommen einfach häufiger vor, als nachträglich aufgetauchte Aktiven.

Weiter ist zu beachten, dass für den wirtschaftlich oft vergleichbaren Unternehmenskauf Lehre¹⁰ und Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹ die Anfechtung aus Willensmangel zulassen, wenn das Unternehmen, dessen Aktien Gegenstand des Vertrags sind, nicht dergestalt ist, wie vom Käufer angenommen. Irrt der Käufer über Aktiven oder Passiven, zum Beispiel über die Verwendbarkeit von Patenten¹² oder den effektiven Wert eines Warenlagers¹³, kann er den Unternehmenskaufvertrag anfechten. Die Anfechtung eines Fusionsvertrags aufgrund eines Irrtums über den Wert des übertragenden Unternehmens entspricht wirtschaftlich dem Irrtum über ein erworbenes Unternehmen oder seine Aktien.

¹⁰ Statt vieler: RUDOLF TSCHÄNI, M & A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003, Kap. 4 N 92 ff.; DERSELBE (FN 5), 202; URS SCHENKER, Risikoallokation und Gewährleistung beim Unternehmenskauf, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VII, Zürich 2005, 264 ff.; DERSELBE, Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung und Leistungsstörungen im Unternehmenskaufvertrag, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions VI, Zürich 2004, 154 f.; vgl. auch SCHNELLER (FN 5), 137.

¹¹ BGE 107 II 419; BGE 108 II 102; BGE 97 II 43.

¹² TSCHÄNI (FN 10), Kap. 4 N 92.

¹³ BGE 107 II 419 ff.

IV. Im Einzelnen

A. Anfechtung vor der Löschung des absorbierten Unternehmens

Die Lehre unterscheidet die Anfechtung vor und die Anfechtung nach dem konstitutiven Handelsregistereintrag und lässt die Anfechtung vor dem konstitutiven Handelsregistereintrag beim Vorliegen der Voraussetzungen für eine Anfechtung aus Willensmangel zu.¹⁴ Diese Konzession ist aber von beschränkter praktischer Bedeutung, denn die vorliegend relevanten Willensmängel, vor allem der Grundlageneintrag, werden in der Regel nicht in unmittelbarem Anschluss an den Abschluss des Fusionsvertrags oder den Beschluss der Generalversammlung festgestellt, sondern später, oft Jahre nach dem konstitutiven Handelsregistereintrag. Die praktische Bedeutung dieser Anfechtungsmöglichkeit vor oder kurz nach dem konstitutiven Handelsregistereintrag trifft eher Aktionäre, die einem Fusionsvertrag nicht zustimmen und diesen durch eine Anfechtung der Fusion (Art. 106 f. FusG) oder des entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses einer richterlichen Überprüfung zuführen wollen (Art. 706 OR). Diese Konstellation ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes. Gegenstand dieses Aufsatzes ist die Anfechtung des Fusionsvertrags durch die Gesellschaften selbst.

B. Anfechtung nach der Löschung des absorbierten Unternehmens

1. Grundlagen

Für die Frage der Anfechtung aus Willensmangel ist vielmehr die Frage relevant, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Anfechtung auch *nach* dem konstitutiven Handelsregistereintrag und damit der Löschung der übertragenden Gesellschaft möglich sein soll. Die herrschende Lehre¹⁵ lehnt dies ab, im Wesentlichen mit der Be-

¹⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE/ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER, www.fusg.ch – die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <http://www.fusg.ch/site/fusion/rechtliches/vertrag/index.php?datum=2008-08-15>; AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 19 ff. zu Art. 12; URS SCHENKER, Die Fusion, AJP/PJA 2004, 772 ff., 781; LUKAS GLANZMANN, Der Umstrukturierungsvertrag bzw. -plan im neuen Fusionsgesetz, AJP/PJA 2004, 815 ff., 831; vgl. auch TSCHÄNI (FN 5), 200 ff.; SCHNELLER (FN 5), 134 ff.

¹⁵ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER (FN 14); AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 19 ff. zu Art. 12; WOLF (FN 1), N 25 zu Art. 12; SCHENKER (FN 14), 781; GLANZMANN (FN 14), 831; SCHNELLER (FN 5), 134 ff.; vgl. auch TSCHÄNI (FN 5), 200 ff.

gründung, dass die absorbierte Gesellschaft in der aufnehmenden Gesellschaft untergeht und dass danach nur noch ein Rechtssubjekt vorhanden sei. Es würden aus diesem Grund die Vertragsparteien fehlen, die den Vertrag anfechten respektive denen gegenüber die Anfechtung geltend gemacht werden kann. Weiter wird auf die grossen praktischen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung des Fusionsvertrags – der «Entschmelzung» der fusionierten Gesellschaften – hingewiesen.¹⁶ Auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur heilenden Wirkung des Handelsregistereintrages bei einer mangelhaften Gründung (Art. 643 Abs. 2 OR)¹⁷ und zur Minderung des Kaufpreises im Sinne einer Teilnichtigkeit bei Unternehmenskäufen¹⁸ ergebe sich, dass die Anfechtung des Fusionsvertrags auszuschliessen oder zumindest stark einzuschränken sei, auch aus Gründen der Rechtssicherheit.¹⁹

Diese Begründungen werfen einige sehr grundlegende Fragen auf, nämlich erstens, ob die Gesellschaft nach deren Auflösung infolge Fusion wirklich definitiv untergeht (vgl. dazu hinten IV.B.2), zweitens, ob das Anfechtungsrecht untergeht, wenn die anfechtende und die angefochtene Partei zu einer Person werden. Gelten in Bezug auf das Anfechtungsrecht die Grundsätze der Konfusion oder führt die Verschmelzung der beiden Vertragsparteien allenfalls dazu, dass die übrig bleibende Vertragspartei alleine über die Wirksamkeit des Vertrages entscheiden darf (vgl. dazu hinten IV.B.4). Summa summarum stellt sich die Frage, ob die Rückabwicklung wirklich so kompliziert ist und dabei schützenswerte Interessen verletzt werden (vgl. dazu V.)?

2. «Weiterbestand» der gelöschten Gesellschaft?

Die Lehre unterscheidet in Bezug auf den Prozess der Auflösung einer Gesellschaft einmütig drei Phasen: Die Phase der aktiven,werbenden Gesellschaft, die durch einen Auflösungsbeschluss oder -beschluss zur Gesellschaft in Liquidation wird (für die AG Art. 736 ff. OR und Art. 63 HRegV), die dann nach Durchführung der Liquidation beendet wird (für die AG Art. 746 OR und Art. 65 HRegV).²⁰ Die beiden Phasen «werbende Gesellschaft» und «Gesellschaft in Liquidation» sind durch die Lehre gut erfasst und um die beiden Vorgänge zu verstehen, müssen wir auch nicht unser Vorstellungsvermögen strapazieren.

¹⁶ TSCHÄNI (FN 5), 201 f.; SCHNELLER (FN 5), 136.

¹⁷ AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 22 zu Art. 12; SCHNELLER (FN 5), 136.

¹⁸ TSCHÄNI (FN 5), 202.

¹⁹ AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 20 zu Art. 12.

²⁰ Art. 736 ff. OR; BÖCKLI (FN 1), § 17; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, N 629 zu § 16 bezgl. einer Aktiengesellschaft, N 84 zu § 13 bezgl. einer Kollektivgesellschaft und Kommanditgesellschaft; CHRISTOPH STÄUBLI, in: Heinrich Honnig/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Band II, Art. 530-1186 OR, 3. Aufl., Basel 2008, N 1 zu Art. 746.

Viel schwieriger zu beantworten ist die Frage, was mit der Gesellschaft nach der Löschung im Handelsregister passiert. Auf den ersten Blick scheint es, als ob die Gesellschaft mit der Löschung aus dem Handelsregister auch als Person gelöscht und inexistent wird, wie wenn sie nie bestanden hätte.²¹ Dies greift zu kurz; nach der Löschung im Handelsregister wird die Gesellschaft nicht zu einem «Nichts», sondern sie besteht unter dem Vorbehalt des Wiedereintrags unter ganz bestimmten Voraussetzungen fort.²² Eine Wiedereintragung ist gemäss Art. 164 Abs. 1 HRegV insbesondere möglich, wenn neue Aktiven auftauchen (lit. a) oder wenn die Wiedereintragung für die Beendigung des Konkursverfahrens erforderlich ist (lit. d).²³ In diesen Fällen wird die Gesellschaft mit alter Identifikationsnummer wieder eingetragen und in jeder Hinsicht so behandelt, wie wenn sie die ganze Zeit bestanden hätte. Auch der Wortlaut der Norm, die von einem «Wiedereintrag» (Art. 164 HRegV) spricht und die Regel, dass die Identifikationsnummer für das gelöschte Unternehmen im Hinblick auf eine mögliche Wiedereintragung reserviert bleibt (Verbot zur Verwendung einer einmal vergebenen Identifikationsnummer, Art. 936a OR i.V.m. Art. 116 Abs. 3 HRegV), zeigen, dass die Gesellschaft nach ihrer Löschung im Handelsregister in irgendeiner Form weiter besteht, dass es etwas geben muss, das *wieder* eingetragen werden kann. Wäre die Gesellschaft mit der Löschung im Handelsregister vollumfänglich beendet worden, gäbe es beispielsweise beim Auftauchen neuer Vermögenswerte keine Wiedereintragung, sondern herren- bzw. eigentümerloses Vermögen, das nach den Vorschriften über herrenloses Vermögen (für Grundstücke Art. 658 ZGB; für Fahrnis Art. 718 ZGB) verteilt werden müsste.

Die Tatsache, dass der Gesetzgeber hier nicht herrenloses Vermögen annimmt, belegt, dass dieses später aufgetauchte Gesellschaftsvermögen einer rechtsfähigen Person zugeordnet werden kann, auch dann, wenn diese Person formal im Handelsregister gelöscht war. Die Vorschrift belegt, dass die Gesellschaft nicht vollständig aufgelöst ist (sonst wäre sie nicht vermögensfähig), sondern mit einer alleine auf die Funktion der möglichen Wiedereintragung im Handelsregister reduzierten «Persönlichkeit» ausgestattet ist. Sie ist eine Art schlafende Hülle, die bis zum Wiedereintrag nur durch die ihr verbleibende Identifikationsnummer definiert ist und unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Leben erweckt werden kann. Man kann von einer bedingten Persönlichkeit sprechen, die beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen reaktiviert werden kann. Erst wenn eine Wiedereintragung ausgeschlossen ist, weil etwa Forderungen verjährt sind, ist die Gesellschaft definitiv beendet.

²¹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 20), N 629 zu § 16; a.M. STÄUBLI (FN 20), N 1 zu Art. 746.

²² Vgl. MICHAEL GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, Zürich 2008, N 576 zu Art. 164; a.M. EVA BILEK/HANS CASPAR VON DER CRONE, Voraussetzungen und Kognition hinsichtlich der Wiedereintragung einer Gesellschaft, SZW/RSDA 1/2007, 453 ff., 456.

²³ GWELESSIANI (FN 22), N 576 zu Art. 164.

Die Aussage, es gäbe nach der Löschung der absorbierten Gesellschaft keine Vertragspartei mehr, die anfechten könnte oder der gegenüber angefochten werden kann,²⁴ macht sich die Sache also zu einfach. Es gibt auch nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister diese andere Vertragspartei als bedingte Gesellschaft. Eine Gesellschaft, die nach ihrer Löschung im Handelsregister in der Lage ist, über später aufgetauchtes Vermögen zu verfügen und dieses allenfalls an Aktionäre zu verteilen, ist auch während der Schwebezeit nicht inexistent und es ist nicht zu begründen, warum eine solche bedingte oder schwebende Gesellschaft rechtlich nicht in der Lage sein soll, Adressat einer Anfechtungserklärung gemäss Art. 31 Abs. 1 OR zu sein.

3. Die gelöschte Gesellschaft als anfechtende Partei oder als Empfängerin der Anfechtungserklärung?

Die Gesellschaft kann nach ihrer Löschung im Handelsregister praktisch nur auf Veranlassung eines Dritten handeln. Ihr Wiedereintrag hängt davon ab, dass ein Dritter (der Aktionär, wenn Vermögenswerte aufgetaucht sind; der Gläubiger, der bis jetzt nicht veranlasst war, seine Forderung anzumelden und Aktiven vorhanden sind, die eine volle oder teilweise Befriedigung der Forderung erwarten lassen) tätig wird. Aus eigener Veranlassung kann die gelöschte Gesellschaft nicht tätig werden. Sie unterscheidet sich von der bestehenden Gesellschaft (werbend oder in Liquidation) dadurch, dass sie nicht fähig ist, einen Willen zu bilden und dass die Gründe, die zu ihrer Wiedereintragung führen können, ausnahmslos von aussen auftreten, ohne die Notwendigkeit einer gesellschaftsinternen Willensbildung. Folgerichtig sind es immer Dritte, Gesellschafter oder Gläubiger, die beim Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere neues Vermögen) die Wiedereintragung der Gesellschaft verlangen.²⁵

Das bedeutet, dass ein Willensmangel der absorbierten Gesellschaft nicht mehr gerügt werden kann, weil die absorbierte Gesellschaft nicht mehr zu einer Willensbildung fähig ist, die nötig ist, um die Anfechtungswirkungen zu bewirken. Die Anfechtung des Fusionsvertrags durch die absorbierte Gesellschaft nach deren Löschung aus dem Handelsregister entspricht auch keinem praktischen Bedürfnis. Im praktisch denkbaren Anwendungsfall – dem Auftauchen neuer Schulden – haben Gläubiger und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft kein Interesse daran, die Fusion anzufechten.

Ganz anders sieht es aus, wenn die übernehmende Gesellschaft anfecht. Die übernehmende Gesellschaft «überlebt» die Fusion unverändert, hat die Fähigkeit nicht

²⁴ VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER (FN 14); AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 19 ff. zu Art. 12; WOLF (FN 1), N 25 zu Art. 12; SCHENKER (FN 14), 781; GLANZMANN (FN 14), 831; SCHNELLER (FN 5), 134 ff.; vgl. auch TSCHÄNI (FN 5), 200 ff.

²⁵ Vgl. auch BILEK/VON DER CRONE (FN 22), 457.

verloren, den Willensmangel in Bezug auf den Fusionsvertrag zu erkennen, darüber intern einen Willen zu bilden und zu befinden und die entsprechende Willenserklärung abzugeben. Die übernehmende Gesellschaft hat auch ein Interesse daran, die Fusion anzufechten, denn durch das Auftauchen neuer Schulden bei der übertragenden Gesellschaft (für welche durch die Universalsukzession die übernehmende Gesellschaft haftbar ist) reduziert sich der Wert der übertragenden Gesellschaft. Im Ergebnis führt dies dazu, dass Aktionäre und Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft wirtschaftlich für Schulden aufkommen müssen, die bei der Festlegung des Umtauschverhältnisses nicht berücksichtigt worden sind.

Dass die Adressatin der (Anfechtungs-) Willenserklärung über keine Organe verfügt und somit nicht in der Lage ist, darauf einzugehen, ist für die Frage der Zulässigkeit der Anfechtung eines Fusionsvertrags ohne Belang. Die einzigen, die ein Interesse daran haben können, dass die Fusion nicht angefochten wird, sind die ehemaligen Aktionäre (vgl. dazu IV.E) und die (aufgetauchten) Gläubiger der übertragenden Gesellschaft (vgl. dazu IV.D), denen – bei Erfolg der Anfechtung – die Möglichkeit entgeht, auf das Haftungssubstrat der übernehmenden Gesellschaft zu greifen. Sind die Aktionäre der übertragenden und übernehmenden Gesellschaft die gleichen, erfolgt die richterliche Überprüfung des Willensmangels und seine Auswirkung auf die Gültigkeit der Fusion somit nicht zwischen der übernehmenden und der übertragenden Gesellschaft, sondern durch den Richter, der im Rahmen des gegen die übernehmende Gesellschaft gerichteten Verfahrens prüft, ob die Beklagte (übernehmende Gesellschaft) passivlegitimiert ist (vgl. dazu IV.D). Der Wiedereintrag des übertragenden Unternehmens ist nur dann erforderlich, wenn die (ehemaligen) Aktionäre des übertragenden Unternehmens die Zulässigkeit der Anfechtung bestreiten (vgl. dazu IV.E) und für die Durchführung der Rückabwicklung, wenn die Zulässigkeit der Anfechtung aus Willensmangel feststeht (vgl. dazu V.).

4. Vereinigung der anfechtenden Partei und des Anfechtungsgegners in einer Person

Mit der Fusion durch Absorption erfolgt eine Universalsukzession der absorbierten Gesellschaft in das Vermögen der absorbierenden Gesellschaft. Das bedeutet, dass alle Aktiven und Passiven, aber auch damit verbundene Nebenrechte auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Die gegenseitigen Forderungen der Fusionspartner erlöschen durch Vereinigung (Art. 118 Abs. 1 OR).²⁶ Mit dem Untergang der Hauptforderung erlöschen auch die mit der Forderung verbundenen Nebenrechte²⁷ (Art. 114 Abs. 1 OR). Für den Fusionsvertrag und die Möglichkeit zu seiner Anfech-

²⁶ WOLF (FN 2), N 23 zu Art. 12.

²⁷ Vgl. zur Definition des Nebenrechts VIKTOR AEPLI, Das Erlöschen der Obligation, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Band V/h1, Zürich 1991, N 13 ff. zu Art. 114.

tung aus Willensmangel bedeutet dies, dass die anfechtende Partei und die Anfechtungsgegnerin die gleiche Person sind. Das führt aber richtigerweise nicht dazu, dass das Recht, den Vertrag gestützt auf einen Willensmangel anzufechten, untergeht. Das Anfechtungsrecht aus Willensmangel ist nicht ein Nebenrecht einer Forderung (die untergeht), sondern ist mit dem der untergehenden Forderung zugrundeliegenden Schuldverhältnis verknüpft, welches trotz Vereinigung weiter besteht.²⁸ Ein Kaufvertrag beispielsweise kann auch dann noch aus Willensmangel angefochten werden, wenn alle mit ihm verbundenen Forderungen und Nebenrechte (durch Erfüllung) untergegangen sind. Gleichermassen bleibt auch die Möglichkeit der Anfechtung der Fusion nach deren Vollzug durch die übernehmende Gesellschaft bestehen.

C. Zwischenergebnis

Richtigerweise kann die übernehmende Gesellschaft den mit der übertragenden Gesellschaft geschlossenen Fusionsvertrag aus Willensmangel anfechten. Solange diese Anfechtungsmöglichkeit besteht, existiert die übertragende Gesellschaft bedingt weiter und kann grundsätzlich wieder im Handelsregister eingetragen werden.

D. Schutz der (aufgetauchten) Gläubiger?

Die Anfechtung eines Fusionsvertrags führt dazu, dass die (aufgetauchten) Gläubiger (der übertragenden Gesellschaft), die gegen die übernehmende Gesellschaft vorgehen wollen, sich anstatt an die übernehmende an die übertragende (untergegangene) Gesellschaft halten müssen. Dieses Ergebnis wirkt auf den ersten Blick – aber nur auf den ersten Blick – stossend. Bei genauerer Betrachtung ist aber das Gegenteil problematisch, nämlich dass die (aufgetauchten) Gläubiger des übertragenden Unternehmens sich beim übernehmenden Unternehmen schadlos halten sollen. Die (aufgetauchten) Gläubiger, die sich nach Anfechtung des Fusionsvertrags nicht an die übernehmende Gesellschaft halten können, hatten als Gläubiger der übertragenden Gesellschaft keinen Anspruch auf die Vermögenswerte der übernehmenden Gesellschaft; sie sind nur als Folge des Willensmangels in diese Situation gelangt und zu Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft geworden. Führt die Berücksichtigung der (aufgetauchten) Forderungen sogar dazu, dass die übertragende Gesellschaft überschuldet gewesen wäre, würde sich der Willensmangel als Glücksfall dieser Gläubiger herausstellen, denn ohne die Fusion wären ihre Forderungen ungedeckt geblieben. Erst recht stossend wird das Ergebnis, wenn die Grösse der (aufgetauch-

²⁸ Vgl. ANDREAS VON THUR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl. + Supplement, Zürich 1984, 165.

ten) Forderung dazu führt, dass die übernehmende Gesellschaft überschuldet wird. Im Ergebnis bedeutet dies, dass zulasten der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft eine überschuldete Gesellschaft übernommen worden wäre – ein Sachverhalt, der vom Gesetzgeber nicht zugelassen wird (Art. 6 Abs. 1 FusG).

Eine Abwägung der Interessen beider Gläubigergruppen: Die (aufgetauchten) Gläubiger auf der einen und die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft auf der anderen Seite führt klarerweise dazu, dass eine Lösung zu suchen ist, welche in diesem Zielkonflikt die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft schützt. Diese würden ohne die Möglichkeit der Anfechtung der Fusion aus Willensmangel in ihren rechtlich geschützten Interessen verletzt, während den (aufgetauchten) Gläubigern bei Zulassung der Anfechtung nur etwas entgeht, auf das sie ohnehin nie einen Anspruch hatten, und auch kein Vertrauen.²⁹ Der Gläubiger, auf dessen Klage hin die Beklagte (übernehmende Gesellschaft) erklärt, nicht legitimiert zu sein, weil die Fusion angefochten und damit nichtig ist, hat durch diesen Vorgang denjenigen Schuldner, den er von Anfang an hatte. Irgendwelche vertrauensbezogenen Überlegungen zum Schutz des Gläubigers rechtfertigen sich hier nicht.

Der (aufgetauchte) Gläubiger ist zudem nicht der Willkür des Schuldners ausgesetzt; der Standpunkt der übernehmenden Gesellschaft, die (aufgetauchte) Forderung sei nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen (vgl. zur Rückabwicklung im Einzelnen V.) wird durch den Richter überprüft, der über den Einwand des Beklagten, er sei nicht passivlegitimiert entscheidet (vgl. dazu V.C).

E. Schutz der ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft

In vielen Fällen werden Gesellschaften fusioniert, welche die gleichen Aktionäre haben. In diesen Fällen führt die Fusion bei der übernehmenden Gesellschaft zu keiner Veränderung des Aktienkapitals³⁰ und des Aktionariats. Die Rückabwicklung der Fusion erfolgt in diesen Fällen ausschliesslich innerhalb der Bilanzen der beiden Unternehmen und wirkt sich nur auf den (neu aufgetauchten) Gläubiger (vgl. vorne IV.D) aus.

²⁹ Vgl. auch BONKE (FN 5), 154 f.

³⁰ AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 6 zu Art. 9; HANS-JAKOB DIEM, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, N 9 ff. zu Art. 9; FLORIAN BOMMER, in: Stämpfli Handkommentar, FusG, Bern 2003, N 5 ff. zu Art. 9; VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER (FN 14), www.fusg.ch – die Internetplattform zum Transaktionsrecht, <http://www.fusg.ch/site/fusion/rechtliches/beteiligung/index.php?datum=2008-08-20>, und <http://www.fusg.ch/site/fusion/rechtliches/gruendung/index.php?datum=2008-08-21>.

Denkbar ist aber auch, dass die Aktionäre der übernehmenden und übertragenden Gesellschaft unterschiedlich waren, mit der Folge, dass die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft durch Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft deren Aktionäre geworden sind (Art. 7 Abs. 1 FusG).³¹ In diesen Fällen führt die Rückabwicklung der Fusion auch zu einer Änderung im Aktionariat. Die Situation ist vergleichbar mit einer nichtigen Kapitalerhöhung.³² Auch dort wird die beschlossene Kapitalerhöhung rückgängig gemacht: die Nichtigkeit führt zur Wiederherstellung der Situation vor dem Kapitalerhebungsbeschluss mit der Folge, dass die Aktientitel an die Gesellschaft und die Liberierung an die Zeichner zurück zu geben sind. Zudem muss die nichtige Kapitalerhöhung im Handelsregister berichtigt werden.³³

Nach den gleichen Grundsätzen ist bei der Rückabwicklung einer fusionsbedingten Kapitalerhöhung vorzugehen. Die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft (resp. deren Rechtsnachfolger) verlieren in einem ersten Schritt ihre Anteile an der übernehmenden Gesellschaft – wie nach allgemeinen Regeln bei einer nichtigen Kapitalerhöhung. Als Gegenleistung erhalten sie die Rechte, die den Aktionären der (untergegangenen) übertragenden Gesellschaft zustehen (sog. leere Aktien).³⁴ Gestützt darauf können sie beim Vorliegen der Voraussetzungen die Wiedereintragung der Gesellschaft verlangen und deren Organe bestimmen.

F. Schutz der übernehmenden Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger

Auf die Möglichkeit, dass die aufgetauchte Forderung zur Überschuldung und damit zu einer Benachteiligung der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft führt, ist bereits hingewiesen worden (vgl. vorne III). Auch unterhalb der Überschuldungsschwelle sind rechtlich geschützte Interessen verletzt. Durch die (aufgetauchte) Forderung verändert sich das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft mit der Folge, dass die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft benachteiligt wären, wenn eine Anfechtung des Fusionsvertrags unterbleiben würde. Das Umtauschverhältnis stellt

³¹ AMSTUTZ/MABILLARD (FN 1), N 7 ff. zu Art. 7; RUDOLF TSCHÄNI/ROBERTA PAPA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, N 1 zu Art. 7; LUKAS GLANZMANN, in: Stämpflis Handkommentar, FusG, Bern 2003, N 4 ff. zu Art. 7.

³² Bspw. Nichtigkeit eines Beschlusses, der auf eine Unterpriemission abzielt, vgl. BÖCKLI (FN 1), § 16 N 171; Bei Unvereinbarkeit mit der Grundstruktur; Bei Verletzung von Normen zum Schutze Dritter, BEAT HESS, Die mangelhafte Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, in: Peter Forstmoser (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 24, Diss. Zürich 1977, 92.

³³ HESS (FN 33), 192.

³⁴ Vgl. dazu BONKE (FN 5), 144 ff.; zur Übertragbarkeit nichtiger Aktien, BGE 86 II 89 E. 2.

sich im Nachhinein als falsch heraus und der Anteil der Altaktionäre an der übernehmenden Gesellschaft als zu gering und der Anteil der ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft als zu gross. Eine Korrektur dieser Situation ist nur möglich, wenn die übernehmende Gesellschaft für die aufgetauchte Forderung nicht haftet, diese also die Möglichkeit hat, den Fusionsvertrag aus Willensmangel anzufechten mit der Folge, dass eine Rückabwicklung der Fusion (vgl. dazu V.E.3) stattzufinden hat und das Eigenkapital der übernehmenden Gesellschaft nicht geschwächt wird.

V. Umsetzung der Anfechtung des Fusionsvertrags

A. Grundlagen, Zuständigkeiten

Ausgangslage der nachfolgenden Überlegung ist die zulässige Anfechtung des Fusionsvertrags durch die übernehmende Gesellschaft. Zuständig für die gesellschaftsinterne Willensbildung zur Anfechtung abgeschlossener Verträge sind in der Regel der Verwaltungsrat oder Personen, denen diese Funktion delegiert worden ist. Für die Anfechtung von Verträgen gilt die gleiche Zuständigkeitsordnung, wie für den Abschluss der Verträge. Das führt beim Fusionsvertrag zur Frage, ob auch die gesellschaftsinterne Willensbildung in Bezug auf die Anfechtung des Fusionsvertrags der Generalversammlung zusteht.³⁵ Richtigerweise erfolgt nicht nur der Beschluss zur Fusion durch die Generalversammlung, sondern auch der Beschluss, die Fusion aus Willensmangel anzufechten. Die Zuständigkeit der Generalversammlung bewirkt insbesondere, dass die ehemaligen Aktionäre (oder deren Rechtsnachfolger) der übertragenden Gesellschaft den Beschluss gerichtlich anfechten und die Zulässigkeit der Anfechtung richterlich überprüfen lassen können. Das ist im Hinblick auf die Auswirkung dieses Beschlusses auf die Rechte dieser Aktionärsgruppe sachlich richtig.

B. Die ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft bestreiten die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Fusionsvertrags

Die Frage stellt sich nur, wenn die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft nicht die gleichen sind, wie die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft. Für die ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft führt die Anfechtung der Fusion zu

³⁵ Vgl. VON DER CRONE/GERSBACH/KESSLER (FN 14).

einer Einschränkung ihrer Rechte, denn die Anfechtung bewirkt eine anteilmässige oder vollständige Rückgängigmachung der Kapitalerhöhung, die Grundlage ihrer Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft ist. Wie bei den (aufgetauchten) Gläubigern ist auch bei den ehemaligen Aktionären der übertragenden Gesellschaft zu beachten, dass diese durch die Anfechtung der Fusion nicht schlechter gestellt werden: Wenn die Schuld früher (vor der Fusion) aufgetaucht wäre, hätte diese den Wert ihrer Beteiligung gleichermaßen beeinflusst. Ihnen wird im Ergebnis nicht etwas weggenommen, sondern etwas nicht gegeben. Durch das Erfordernis eines Beschlusses der GV als Voraussetzung für die interne Willensbildung in Bezug auf die Anfechtung des Fusionsvertrags steht den betroffenen Aktionären die Möglichkeit offen, diesen GV-Beschluss anzufechten. Dies ermöglicht eine richterliche Kontrolle der Willensbildung der Generalversammlung im Hinblick auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Anfechtung des Fusionsvertrags vorliegen.

C. Der (aufgetauchte) Gläubiger anerkennt die Anfechtung nicht

Bestreitet der (aufgetauchte) Gläubiger die Anfechtung und somit den Wegfall der Fusion, wird diese Frage im Forderungsprozess gegen die beklagte (übernehmende) Gesellschaft beurteilt. Der Richter überprüft in diesem Verfahren mit voller Kognition die Zulässigkeit der Anfechtung eines Fusionsvertrags überhaupt und weiter, ob diese Voraussetzungen effektiv vorliegen.

Die Möglichkeit, dass der Richter im Zusammenhang mit der Frage der Passivlegitimation der ins Recht gefassten übernehmenden Gesellschaft die Zulässigkeit der Anfechtung des Fusionsvertrags mit umfassender Kognition prüft, sichert die Rechte des (aufgetauchten) Gläubigers. Im Anschluss an den Forderungsprozess gegen die übernehmende Gesellschaft steht fest, wer Gläubiger ist.

Wurde die Frage der Zulässigkeit der Anfechtung des Fusionsvertrags aus Willensmangel gestützt auf eine Anfechtung des entsprechenden Beschlusses der Generalversammlung bereits richterlich (als zulässig) beurteilt, ist der Richter im Verfahren zwischen dem (aufgetauchten) Gläubiger und der von diesem eingeklagten übernehmenden Gesellschaft daran nicht gebunden. Die Frage der Passivlegitimation einer Partei, welche die Wirksamkeit einer Schuldübernahme bestreitet, erfolgt mit Wirksamkeit für den klagenden (aufgetauchten) Gläubiger ausschliesslich im Verfahren, an welchem er teilnimmt.

D. Der (aufgetauchte) Gläubiger anerkennt die Anfechtung oder der Richter lehnt die Passivlegitimation der übernehmenden Gesellschaft ab

Anerkennt der Gläubiger die Anfechtung der Fusion oder weist der Richter die Klage gegen die übernehmende Gesellschaft mangels Passivlegitimation ab, hat sich der Gläubiger an die übertragende (untergegangene) Gesellschaft zu halten. Dabei geht er gleich vor, wie wenn bei einer im Handelsregister gelöschten Gesellschaft neue Aktiven auftauchen (vgl. dazu V.E.2).

E. Durchführung der Rückabwicklung

1. Grundlagen

Der erste Schritt der Rückabwicklung ist die Wiedereintragung der übertragenden Gesellschaft (vgl. dazu V.E.2) ins Handelsregister und die Wiederbesetzung der Organe, so dass die übertragende Gesellschaft im Hinblick auf die Rückabwicklung der Fusion handlungsfähig ist.

2. Wiedereintragung der übertragenden Gesellschaft im Handelsregister

Mit der Anfechtung und dem Wegfall des Fusionsvertrags entsteht bei der übertragenden Gesellschaft der Anspruch auf Rückabwicklung. Dieser Anspruch ist ein Aktivum der übertragenden Gesellschaft. Der (aufgetauchte) Gläubiger hat ein schutzwürdiges Interesse (Art. 164 Abs. 2 HRegV) am Wiedereintrag der Gesellschaft, da die Durchsetzung des Rückabwicklungsanspruchs Voraussetzung dafür ist, dass der Gläubiger (nachdem feststeht, dass die übernehmende Gesellschaft ihm nicht haftet) wenigstens teilweise befriedigt werden kann. Der Richter entscheidet über die Wiedereintragung und weist bei Gutheissen das Handelsregisteramt an, die gelöschte Gesellschaft wieder einzutragen (Art. 164 Abs. 4 HRegV). Die Verwaltung der wieder eingetragenen Gesellschaft wird durch die Aktionäre (resp. deren Rechtsnachfolger) der übertragenden Gesellschaft bestimmt oder durch das Gericht (Art. 164 Abs. 3 HRegV). Wenn die Aktionäre der beiden fusionierten Gesellschaften die gleichen sind, besteht bei einer Besetzung der Organe der wieder eingetragenen Gesellschaft durch die Aktionäre allerdings die Gefahr, dass bei der Rückabwicklung die Interessen der übernehmenden Gesellschaft auf Kosten der (aufgetauchten) Gläubiger beachtet werden. In jedem Fall haben die (aufgetauchten) Gläubiger die Möglichkeit, die Umsetzung der Rückabwicklung paulianisch anzufechten, wenn der Grundsatz

der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung verletzt worden sein sollte (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).³⁶

3. Rückabwicklung im engeren Sinn

Auf den ersten Blick scheint eine Rückabwicklung der Fusion praktisch unmöglich, erst recht nach längerer Zeit, wenn die beiden Unternehmen zu einer Einheit verschmolzen sind. Bei der Frage der Rückabwicklung ist aber zu beachten, welchen Interessenlagen diese Rückabwicklung gerecht werden muss. Es geht nicht darum, irgendwelche Sachwerte an ihren richtigen Ort zu verschieben, sondern einzig darum, den (aufgetauchten) Gläubigern, die Anlass für die Anfechtung der Fusion waren, ihren Anteil am Kapitalanteil der übertragenden Gesellschaft zukommen zu lassen. Daher dürfte es in den meisten Fällen richtig sein, bei der Festlegung der Höhe dieser (Rückabwicklungs-) Forderung auf die damalige Übernahme-Bilanz abzustellen mit der Folge, dass der Anspruch der wieder eingetragenen Gesellschaft gegenüber der übernehmenden Gesellschaft in der Regel dem Nettounternehmenswert entspricht.³⁷ Weiter ist bei der Festlegung der Rückabwicklungsforderung zu beachten, dass die beiden Gesellschaften miteinander verschmolzen waren, so dass der Gewinn bzw. Verlust dieser Gesellschaft verteilt werden muss. Da dieser Gewinn bzw. Verlust mit gemeinsamen Mitteln erwirtschaftet wurde, ist dieser Betrag auf beide Gesellschaften aufzuteilen. Die Aufteilung erfolgt im Verhältnis der Werte der beiden Gesellschaften.³⁸

VI. Ergebnis

Die Anfechtung einer Fusion aus Grundlagenirrtum und als Folge davon deren Rückabwicklung ist grundsätzlich möglich. Das kann namentlich der Fall sein, wenn nach Durchführung der Fusion bisher unbekannte Schulden der übertragenden Gesellschaft auftauchen, für die als Folge der Universalsukzession die übernehmende Gesellschaft haften würde. Ohne die Möglichkeit der Anfechtung würden Aktionäre und Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft benachteiligt, da sich als Folge der neuen Forderung das Eigenkapital der übertragenden Gesellschaft, das der Fusion

³⁶ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2008, N 11 zu § 52; DANIEL HUNKELER, Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009, N 1 ff. zu Art. 286; ADRIAN STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band III, Art. 221–352, Basel 1998, N 15 f. zu Art. 286.

³⁷ Vgl. auch BONKE (FN 5), 136 ff.

³⁸ Vgl. auch BONKE (FN 5), 159.

zugrunde lag, als zu hoch herausstellt. Erst recht problematisch ist diese Situation, wenn die aufgetauchte Forderung gegenüber der damals übertragenden Gesellschaft dazu führt, dass die übernehmende Gesellschaft überschuldet wird und neben den Aktionären auch ihre Gläubiger Schaden erleiden.

Demgegenüber entsteht den (aufgetauchten) Gläubigern der damals übertragenden Gesellschaft kein Nachteil, den sie nicht auch hätten, wenn es nicht zur Fusion gekommen wäre. Ihr Haftungssubstrat verändert sich als Folge der Anfechtung gegenüber der Situation vor der Fusion nicht. Die Anfechtung der Fusion und die sich daraus ergebende Rückabwicklung führt allerdings dazu, dass ihnen ein Vorteil entgeht, auf den sie allerdings keinen Anspruch und auf den sie auch nicht vertraut haben.

Geschützt werden die ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft durch die Möglichkeit, den Beschluss der Generalversammlung der übernehmenden Gesellschaft über die Anfechtung der Fusion anzufechten und einer richterlichen Kontrolle zuzuführen. Die (aufgetauchten) Gläubiger werden durch den Umstand geschützt, dass der Richter im Verfahren gegen die vermeintlich haftbare übernehmende Gesellschaft deren Passivlegitimation und damit auch die Zulässigkeit der Anfechtung der Fusion aus Willensmangel geprüft wird.

Erfolgt die Anfechtung zu Recht, wird die gelöschte übertragende Gesellschaft wieder im Handelsregister eingetragen und es wird (in der Regel) der Saldo der Fusionsbilanz auf die wieder eingetragene übertragende Gesellschaft zur Verteilung an die (aufgetauchten) Gläubiger überführt.