

# ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2021 53 vom 13. Januar 2022

ZG Verwaltungsgericht, 2022-01-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_verwaltungsgericht\\_V\\_2021\\_53](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_V_2021_53)

FR: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2021 53 du 13 janvier 2022

IT: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2021 53 del 13 gennaio 2022

## Regeste

Verwaltungsrechtl. Kammer — Handelsregister (Verweigerung Eintragung erleichterte Fusion)

## Erwägungen

### E. 2

Urteil V 2021 53 A. Mit Schreiben vom 31. Mai 2021 meldete RA B. \_\_\_\_\_ beim Handelsregisteramt Zug die Fusion der A. \_\_\_\_\_ AG mit der C. \_\_\_\_\_ GmbH an. Gemäss der Anmeldung handelte es sich dabei um eine erleichterte Fusion (Absorption). Das Handelsregisteramt Zug verlangte daraufhin mit Schreiben vom 9. Juni 2021 die Anmeldung zur Löschung der C. \_\_\_\_\_ GmbH und die beurkundeten Beschlüsse der General- und Gesellschafterversammlung über die Zustimmung zur Fusion und den Verzicht auf Fusionsbericht und Fusionsprüfung im Original oder als beglaubigte Kopie. Zusätzlich machte das Handelsregisteramt Zug darauf aufmerksam, dass, sofern die Fusion im erleichterten Verfahren gemäss Art. 23 FusG erfolgt sei, der entsprechende Nachweis fehlen würde. Am 15. Juni 2021 reichte RA B. \_\_\_\_\_ die Anmeldung zur Löschung der C. \_\_\_\_\_ GmbH sowie das aktuelle Aktienbuch der A. \_\_\_\_\_ AG und die beglaubigten Handelsregisterauszüge über die D. \_\_\_\_\_ GmbH und über die C. \_\_\_\_\_ GmbH ein. Per Telefon wurde RA B. \_\_\_\_\_ vom Handelsregisteramt Zug mitgeteilt, dass indirekte Beteiligungsverhältnisse gemäss Eidgenössischem Amt für das Handelsregister (EHRA) nicht zur Inanspruchnahme der Erleichterungen gemäss Art. 23 FusG berechtigen würden, woraufhin RA B. \_\_\_\_\_ eine anfechtbare Verfügung verlangte. Mit Verfügung vom 24. Juni 2021 verweigerte das Handelsregisteramt des Kantons Zug die Eintragung der erleichterten Fusion der A. \_\_\_\_\_ AG mit der C. \_\_\_\_\_ GmbH gemäss Anmeldung vom 31. Mai 2021. B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. Juli 2021 liess die A. \_\_\_\_\_ AG (fortan: Beschwerdeführerin) beantragen, es sei die Verfügung vom 24. Juni 2021 vollumfänglich aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die mit Schreiben der Beschwerdeführerin vom 31. Mai und 15. Juni 2021 beim Handelsregisteramt des Kantons Zug beantragte Eintragung der Fusion der Beschwerdeführerin mit der C. \_\_\_\_\_ GmbH mit Datierung zwischen 20. Juni und 1. Juli 2021, vorzunehmen; alles unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen. C. Nachdem die Beschwerdeführerin den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– fristgerecht bezahlt hatte, beantragte das Handelsregisteramt im Rahmen seiner Vernehmlassung vom 10. August 2021 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. Im Wesentlichen wurde an der Begründung festgehalten, dass die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 FusG nicht erfüllt seien, da lediglich indirekte

Beteiligungsverhältnisse vorliegen würden.

### **E. 2.1**

Das Handelsregister ist gemäss Art. 927 Abs. 1 OR ein Verbund staatlich geführter Datenbanken. Es bezweckt namentlich die Erfassung und die Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen über Rechtseinheiten und dient der Rechtssicherheit sowie dem Schutz Dritter. Damit die Allgemeinheit Vertrauen in das Handelsregister hat und die Verkehrssicherheit im kaufmännischen Verkehr gewährleistet werden kann, sind die Eintragungen vom zuständigen Handelsregisteramt in gewissem Umfang auf ihre Rechtmässigkeit zu überprüfen (Alexander Vogel, Kommentar Handelsregisterverordnung, 2020, Art. 1 N 7 ff.).

### **E. 2.2**

Nach Art. 937 OR haben die Handelsregisterbehörden zu prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Eintragung ins Handelsregister erfüllt sind, insbesondere ob die Anmeldung und die Belege keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den rechtlich vorgeschriebenen Inhalt aufweisen. Der Registerführer hat für die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen eine umfassende Kognition, während die Prüfungsbefugnis in Belangen des materiellen Rechts beschränkt ist (BGE 132 III 668 E. 3.1). Der Registerführer hat bloss auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen zu achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden sind, während die Betroffenen zur Durchsetzung von Vorschriften, die dem dispositiven Recht angehören oder nur private Interessen berühren, den Zivilrichter anzurufen haben. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann, ist die Eintragung nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspricht, nicht dagegen, falls sie auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruht, deren Beurteilung dem Richter überlassen bleiben muss. Das Bundesgericht bejahte mithin die freie Prüfungsbefugnis des Registerführers, wenn es darum geht, die Rechtmässigkeit einer verlangten Eintragung von gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsformen oder gesetzlich nicht vorgesehe-

### **E. 2.3**

In Art. 23 FusG sind die Voraussetzungen einer erleichterten Fusion von Kapitalgesellschaften geregelt. Entweder besitzt gemäss Abs. 1 die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft, die ein Stimmrecht gewähren (lit. a betreffend Mutter-Tochter-Fusionen), oder ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe besitzt alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften, die ein Stimmrecht gewähren (lit. b betreffend Schwesterfusionen). Gemäss Art. 23 Abs. 2 FusG kann die Fusion ebenfalls unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen, wenn die übernehmende Kapitalgesellschaft mindestens 90 % der Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft, die ein Stimmrecht gewähren, besitzt und wenn den Inhaberinnen und Inhabern von Minderheitsanteilen neben Anteilsrechten an der übernehmenden Kapitalgesellschaft eine Abfindung nach Artikel 8 angeboten wird, die dem wirklichen Wert der Anteile entspricht (lit. a), und aus der Fusion weder eine Nachschusspflicht, eine andere persönliche Leistungspflicht noch eine persönliche Haftung erwächst (lit. b). Bei erleichterten Fusionen von Kapitalgesellschaften (Art. 23 FusG) müssen die beteiligten Gesellschaften die Auszüge aus den Protokollen der obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane über die Genehmigung des Fusionsvertrages einreichen, sofern der Fusionsvertrag nicht von allen Mitgliedern dieser Organe unter-

zeichnet ist. Soweit dies nicht aus den anderen Belegen hervorgeht, müssen sie zudem nachweisen, dass die Gesellschaften die Voraussetzungen von Art. 23 FusG erfüllen (Art. 131 Abs. 3 der Handelsregisterverordnung [HRegV; SR 221.411]).

#### **E. 2.4**

Vorliegend geht es grundsätzlich um die Frage, ob die erleichterte Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG als sogenannte "Schwesterfusion" auch dann möglich ist, wenn die natürliche Person (RA B. \_\_\_\_\_) einen Teil der Anteile der übertragenden (untergehenden) Gesellschaft (C. \_\_\_\_\_ GmbH) nicht direkt, sondern indirekt über eine von ihr gehaltene Zwischengesellschaft (D. \_\_\_\_\_ GmbH) hält, also ein indirektes Beteiligungsverhältnis zur übertragenden Gesellschaft vorliegt. Einen solchen Vorgang lässt das Fusionsgesetz ungeklärt, und die entsprechende Frage wird von der Lehre unterschiedlich beantwortet (vgl. Vogel, a.a.O., Art. 131 N 31 mit Hinweisen). Je nach Ausgestaltung der erleichterten Fusion, insbesondere bei gegebenenfalls indirekten Beteiligungsverhältnissen beziehungsweise je nach deren Beurteilung (vgl. E. 3.4.6), ist Art. 23 FusG eine Bestimmung, die dem Schutz Dritter respektive der Rechts- und Verkehrssicherheit dient. Massgebend für die Kognition ist ausserdem, dass ein angemeldeter Vorgang nicht dem

#### **E. 3**

Urteil V 2021 53 D. In der Folge gingen beim Gericht keine weiteren Stellungnahmen ein. Das ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladene EHRA verzichtete auf eine Stellungnahme. Auf die jeweiligen Ausführungen in den Rechtsschriften ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen. Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. 1.1 Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) ist gegen Verwaltungsentscheide unterer kantonaler Verwaltungsbehörden die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, soweit sich ihre Entscheide auf Bundesrecht stützen und die Gesetzgebung keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vorsieht. Gemäss Art. 942 Abs. 1 OR können Verfügungen der Handelsregisterämter innert 30 Tagen nach deren Eröffnung angefochten werden. Jeder Kanton bezeichnet ein oberes Gericht als einzige Beschwerdeinstanz (Art. 942 Abs. 2 OR). Als Rechtsmittel steht die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) zur Verfügung, wobei dies ein Zivil- oder Verwaltungsgericht sein kann (Meisterhans/Gwelessiani, Praxiskommentar zur HRegV, 4. Aufl. 2021, Art. 165 N 715). Das Verwaltungsgericht Zug ist das oberste kantonale Gericht in Verwaltungsangelegenheiten, so dass die Entscheide des Handelsregisteramtes gestützt auf Art. 942 Abs. 2 OR i.V.m. § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden können. Die vorliegende Beschwerde ist innert der 30-tägigen Beschwerdefrist eingereicht worden. Die Beschwerdeführerin ist als abgewiesene Antragstellerin auf Eintragung der von ihr angemeldeten Fusion der A. \_\_\_\_\_ AG mit der C. \_\_\_\_\_ GmbH in das Handelsregister gestützt auf § 62 Abs. 1 VRG ohne weiteres beschwerdeberechtigt. Die Beschwerde ist somit zu prüfen. 1.2 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jede Rechtsverletzung sowie jede für den Entscheid erhebliche unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 63 Abs. 1 und Abs. 2 VRG). In besonderen Fällen, namentlich bei Beschwerden im Sinne von § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG, kann vor Verwaltungsgericht auch die unrichtige Handhabung des Ermessens gerügt werden (§ 63 Abs. 3 VRG). Im vorliegenden Fall ficht die Beschwerdeführerin eine sich auf Bundesrecht stützende, direkt vor Ver-

### **E. 3.1**

Diesbezüglich ist vorliegend unbestritten, dass gemäss beglaubigten Handelsregister-Auszügen und dem Aktienbuch der A. \_\_\_\_\_ AG RA B. \_\_\_\_\_ alleiniger Aktionär der übernehmenden Gesellschaft A. \_\_\_\_\_ AG ist. Die übertragende Gesellschaft C. \_\_\_\_\_ GmbH wird zu 60 % (120 Stammanteile zu Fr. 100.–) ebenfalls von RA B. \_\_\_\_\_ gehalten und zu 40 % (80 Stammanteile zu Fr. 100.–) durch die D. \_\_\_\_\_ GmbH. Letztere wiederum wird gemäss Handelsregister zu 91 % (910 Stammanteile zu Fr. 100.–) durch RA B. \_\_\_\_\_ und zu 9 % (90 Stammanteile zu Fr. 100.–) durch die D. \_\_\_\_\_ GmbH selbst gehalten.

### **E. 3.2**

Daraus leitet die Beschwerdeführerin ab, dass RA B. \_\_\_\_\_ sämtliche Anteile aller an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften zu Eigentum hält und, was vorliegend mit Blick auf Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG rechtlich relevant sei, direkt oder indirekt als natürliche Person im Sinne von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG jederzeit und allein über sämtliche Stimmrechte sowohl der Beschwerdeführerin, der C. \_\_\_\_\_ GmbH sowie der D. \_\_\_\_\_ GmbH verfüge sowie als deren jeweils einziges, einzelzeichnungsberechtigtes Organ fungiere/handle.

### **E. 3.3**

Das Handelsregisteramt führt hingegen aus, dass der Gesetzgeber das erleichterte Fusionsverfahren bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausschliesse. Als indirekte

#### **E. 3.4.1**

Zu der Frage, ob erleichterte Fusionen ebenfalls bei indirekten Beteiligungsverhältnissen zulässig sind, hat sich bis anhin – soweit ersichtlich – noch kein Gericht geäussert. Zudem herrscht in der Lehre Uneinigkeit darüber, wie diese Frage zu beantworten ist (statt vieler: Vogel, a.a.O., Art. 131 N 31 mit Hinweisen). Demzufolge ist mittels Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG zu klären, ob eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen an den beteiligten Kapitalgesellschaften zulässig ist.

#### **E. 3.4.2**

Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 133 V 9 E. 3.1). Ist der Text nicht ganz klar, so ist nach seiner wahren Tragweite zu suchen unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, nämlich dann, wenn anzunehmen ist, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm (historische Methode), aus ihrem Grund und Zweck (teleologische Methode) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematische Methode) ergeben (vgl. BGE 135 II 195 E. 6.2; 142 I 135 E. 1.1.1).

#### **E. 3.4.3**

Artikel 23 Abs. 1 FusG sieht vor, dass Kapitalgesellschaften unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren können, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Dabei handelt es sich um eine Kann-Bestimmung: die Kapitalgesellschaften sind nicht verpflichtet unter den aufgeführten Voraussetzungen – dass die übernehmende Kapitalge-

sellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (lit. a), oder ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe, alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt, die ein Stimmrecht gewähren (lit. b), – erleichtert zu fusionieren.

#### **E. 3.4.4**

Das Fusionsgesetz trat am 1. Juli 2004 in Kraft. Die Botschaft zum FusG führt betreffend Art. 23 FusG als Begründung einer erleichterten Fusion aus, dass sich in bestimmten Fällen von Fusionen die Anwendung der Vorschriften über den Schutz der Gesellschafterinnen und Gesellschafter als überflüssig erweise, da kein entsprechendes Risiko für deren Rechte bestehe. Dies sei vor allem da der Fall, wo eine Gesellschaft eine Tochtergesellschaft übernehme resp. absorbiere, deren Anteile sie bereits zu 100 Prozent halte, oder wo zwei "Schwestergesellschaften" miteinander fusionieren würden. Die Erleichterungen, die in Artikel 24 vorgesehen würden, seien denn auch beträchtlich. Die Artikel 23 und 24 kodifizierten sodann bis zu einem gewissen Grad die bis dahin herrschende Praxis. Nachweislich sah der Gesetzgeber die erleichterte Fusion nicht für die Übernahme einer Mutter- durch eine Tochtergesellschaft vor und lehnte auch eine erleichterte Fusion von "Grossmutter" und "Enkelin" sowie von "Cousinen" ab (Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl 2000 4422 f.; Amtliches Bulletin Ständerat 2001, S. 152). In einer Beratung des Ständerats präziserte der Gesetzgeber zudem, dass in dieser Bestimmung auf den direkten und nicht auf den indirekten Besitz von Beteiligungen abzustellen sei (Amtliches Bulletin Ständerat 2001, S. 152). Dieser historischen Auslegung von Art. 23 FusG folgte denn auch das EHRA, indem es eine erleichterte Fusion bei indirekten Beteiligungsverhältnissen sachlich ausschloss (EHRA, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz 11. Oktober 2004, REPRAX 2-3/2004, S. 10).

#### **E. 3.4.5**

Systematisch ist Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG Teil des zweiten Kapitels des Fusionsgesetzes "Fusion von Gesellschaften" und erster Artikel des sechsten Abschnitts "Erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften". Artikel 23 Abs. 1 lit. b FusG stellt eine von drei Varianten für eine erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften zur Verfügung, wobei die anderen beiden Varianten (Art. 23 Abs. 1 lit. a und Abs. 2) ebenfalls das Verhältnis der erleichterten Fusion zu indirekten Beteiligungsverhältnissen der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften nicht präzisieren. Im darauffolgenden Art. 24 FusG werden sodann die Erleichterungen einer Fusion, sofern die Voraussetzungen von Art. 23 FusG erfüllt

#### **E. 3.4.6.1**

Ausgehend vom bisher Gesagten tritt eine teleologische Auslegung von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG in den Vordergrund. Der Sinn und Zweck von Vorschriften für Fusionsverfahren ist der Schutz von (Minderheits-)Gesellschaftern. Neben dem Schutz von (Minderheits-)Gesellschaftern verfolgt das Fusionsgesetz weitere Ziele wie die Schaffung von Transparenz, den Schutz von Arbeitnehmern und Gläubigern, insbesondere aber die Schaffung von Rechtssicherheit (Art. 1 Abs. 2 FusG). Die Ziele des Fusionsgesetzes sind im Rahmen der teleologischen Auslegung des Gesetzes zu berücksichtigen, und bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten soll gelten, was den hier genannten Zielen am besten entspricht (Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, BBl 2000 4387; Oliver Triebold, in: Handkommentar

zum Schweizerischen Privatrecht, Wirtschaftliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Aufl. 2012, Art. 1 FusG N 5 ff.). Jede Verfahrenserleichterung bedeutet eine Einschränkung des Schutzes von (Minderheits-)Gesellschaftern (Triebold, a.a.O., Art. 23 FusG N 1). Demgemäss wird argumentiert, dass bei indirekten Beteiligungsverhältnissen im Speziellen eine Zwischengesellschaft Gefahr laufen würde, ihre Beteiligungsrechte ohne Gegenleistung zu verlieren und damit einen aus der Sicht der Gläubiger unerwünschten Substanzverlust erleiden würde (vgl. Champeaux, a.a.O., Art. 131 N 80). Aufgrund dessen hat ein Teil der Lehre die bereits in den Materialien verankerte Auslegung von Art. 23 FusG übernommen und spricht sich für eine streng rechtliche Sicht der Anwendungsfälle des erleichterten Fusionsverfahrens aus. Dieser Lehrmeinung folgend würden indirekte Beteiligungsverhältnisse per se vom Anwendungsbereich von Art. 23 FusG ausgeschlossen.

#### **E. 3.4.6.2**

Diese Interpretation wird von einem anderen Teil der Lehre hingegen abgelehnt. Gemäss Letzterem sollten im Hinblick auf eine rein gesellschafterorientierte Argumentation indirekte Beteiligungsverhältnisse ebenfalls gelten (vgl. Matthias Wolf, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 23 N 10 m.w.H.). Beispielsweise ändere sich im Falle, dass noch eine Minderheit involviert sei, die weniger als 10 % der Stimmen kontrolliere, an den klaren Mehrheitsverhältnissen bei einer zusätzlichen Zwischenstufe nichts (Hans Caspar von der Crone et al., Das Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2017, Rz. 247). Auch seien Tochter-Mutter-Fusionen bei indirekten Beteiligungsverhältnissen möglich, denn das Ergebnis sei für die Anteilsinhaber der beteiligten Gesellschaften wirtschaftlich dasselbe.

#### **E. 3.4.6.3**

Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist vorliegend auf den in Art. 1 Abs. 2 FusG statuierten Zweck des Schutzes von Gläubigerinnen und Gläubiger einzugehen. Der Gläubigerschutz setzt bei der Fusion erst nach Vollzug der Fusion an. Der nachträgliche Gläubigerschutz lässt sich bei der Fusion rechtfertigen, weil fusionsweise Zusammenschlüsse für die Gläubiger in den meisten Fällen keine besonderen Risiken bergen. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger werden im Fusionsverfahren durch eine Informationspflicht der fusionierten Gesellschaft und durch einen Anspruch auf Sicherstellung der Forderungen geschützt. Gemäss Art. 25 Abs. 2 FusG ist die fusionierte Gesellschaft verpflichtet, unmittelbar nach Eintragung der Fusion im Handelsregister, im Schweizerischen Handelsamtsblatt dreimal einen Schuldenruf zu veröffentlichen. In diesem Schuldenruf müssen die Gläubiger sämtlicher an der Fusion beteiligter Gesellschaften darauf hingewiesen werden, dass sie innerhalb von drei Monaten nach der Rechtswirksamkeit der Fusion die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen können (Art. 25 Abs. 1 FusG). Aus dem Schuldenruf müssen alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften hervorgehen (vgl. von der Crone, a.a.O., Rz. 375 ff.). Im Zusammenhang mit indirekten Beteiligungsverhältnissen bei erleichterten Fusionen (Art. 23 f. FusG) wird argumentiert, dass zwar ein Schutzbedürfnis der Gläubigerinteressen gegenüber der direkt beteiligten Konzerngesellschaft infrage kommen würde. Über Handlungen wie ein ungünstiges Umtauschverhältnis oder eine zu geringe Abfindung würde den Gläubigern aber durch das ordentliche Fusionsverfahren keine Kontrolle ermöglicht, sodass ihnen damit nicht gedient wäre (vgl. Wolf, a.a.O., Art. 23 N 4). Dieser Argumentation ist entgegenzusetzen, dass im ordentlichen Fusionsverfahren den Gläubigern der an der Fusion beteiligten Gesellschaften Schutz durch den oben beschriebenen nachträglichen Schuldenruf gemäss Art. 25 f. FusG zukommt. Die

Gläubiger einer Zwischengesellschaft bei indirekten Beteiligungsverhältnissen hingegen könnten nicht von diesem Schutz profitieren. Die Zwischengesellschaft gilt nicht als eine an der Fusion beteiligte Gesellschaft und ihren Gläubigern würde weder deren Substanzverlust durch beispielsweise eine zu geringe Abfindung bzw. ein nicht korrekt ermitteltes Umtauschverhältnis zur Kenntnis gebracht noch würde ihnen Schutz durch einen Schuldenruf geboten.

#### **E. 3.4.7**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Betrachtungsweisen von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG in eine rechtliche und eine wirtschaftliche aufteilen lassen.

#### **E. 3.5**

In Anbetracht des oben Ausgeführten ist auf die vorliegende Ausgangslage einzugehen. An der Beschwerdeführerin und hier als übernehmende Gesellschaft agierenden A. \_\_\_\_\_ AG besitzt RA B. \_\_\_\_\_ direkt 100 % der Stimmrechtsanteile. Unbestritten besteht ein indirektes Beteiligungsverhältnis an der übertragenden Gesellschaft (C. \_\_\_\_\_ GmbH) dadurch, dass RA B. \_\_\_\_\_ an dieser direkt bloss 60 % Stimmrechtsanteile hält und die restlichen 40% von ihm indirekt gehalten werden, über die D. \_\_\_\_\_ GmbH, welche er direkt zu 100% hält (inklusive der von der D. \_\_\_\_\_ GmbH selber gehaltenen 9% an "eigenen" Anteilen; das Stimmrecht dieser eigenen Anteile und die damit verbundenen Rechte ruhen gemäss Art. 659a OR (vgl. Champeaux, a.a.O., Art. 131 N 75; Lenz/von Planta, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, 5. Aufl. 2016, Art. 659a N 1). Insofern besitzt RA B. \_\_\_\_\_ als natürliche Person, wie in Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG vorausgesetzt, wirtschaftlich alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften, die ein Stimmrecht gewähren. Auf seiner Stufe besteht kein besonderes Schutzbefürfnis und kein Risiko, durch das erleichterte Fusionsverfahren gefährdet zu werden, wie Beteiligungsrechte ohne Gegenleistung zu verlieren oder in ihren Rechten eingeschränkt zu werden. Daraus folgt aber nicht per se, dass eine erleichterte Fusion möglich ist. Vielmehr wären in dieser Konstellation die wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen der D. \_\_\_\_\_ GmbH sowie der Schutz deren Gläubigerinnen und Gläubiger durch die erleichterte Fusion nicht sichergestellt. Von der D. \_\_\_\_\_ GmbH würde nämlich, nach Eintragung der Fusion der A. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ GmbH, kein Schuldenruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht werden und ihren Gläubigern, im Unterschied zu den Gläubigern der an der Fusion beteiligten Gesellschaften, somit keine Kenntnisnahme eines möglichen Substanzverlusts ermöglicht. Weil bei der erleichterten

#### **E. 4**

Urteil V 2021 53 waltungsgericht anfechtbare Verfügung des Handelsregisteramtes an (vgl. E. 1.1 vorstehend). Dementsprechend steht dem Verwaltungsgericht eine umfassende Kognition im Sinne einer Rechts-, Sachverhalts- und Ermessensüberprüfung zu. 2. Zunächst wirft die Beschwerdeführerin dem Handelsregisteramt vor, gegen § 63 Abs. 1 und Abs. 2 VRG verstossen zu haben, indem es davon ausgegangen sei, es komme ihm die Befugnis zur Prüfung der Fusion unter dem Blickwinkel von Art. 23 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301) zu.

#### **E. 5**

Urteil V 2021 53 nen Umwandlungen zu beurteilen (BGer 4A.4/2006 vom 20. April 2006 E. 2.1 ff. mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Das Handelsregisteramt lässt diesbezüglich festhalten, dass die Beschwerdeführerin nie eine Aussage gemacht habe, dass die entsprechenden Erleichterungen gemäss Art. 14 Abs. 2 FusG, Art. 15 Abs. 2 FusG sowie Art. 16 Abs. 2 FusG nicht in Anspruch genommen werden könnten. Tatsächlich wird in den Anmeldungen der Fusion an das Handelsregisteramt vom 31. Mai 2021 und 15. Juni 2021 nicht ersichtlich, dass die Erleichterungen für KMU von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommen werden wollten.

### **E. 5.2**

Die anmeldende Person hat in der Anmeldung beim Handelsregisteramt entweder die einzutragenden Tatsachen anzugeben oder auf die entsprechenden Belege einzeln zu verweisen. Ein pauschaler Hinweis, es sei die Eintragung gemäss den Belegen vorzunehmen, genügt nicht. Es obliegt nicht dem Handelsregisteramt, alle möglichen in Frage kommenden Eintragungstatbestände zusammenzusuchen, sondern die anmeldende Person hat die einzutragenden Tatsachen zu spezifizieren und entsprechend zu belegen (vgl. Florian Zihler, in: Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung [HRegV], 2013, Art. 16 N 2). Zudem hat gemäss dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Art. 8 ZGB, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.

### **E. 5.3**

In dem vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin bei der Anmeldung beim Handelsregisteramt Erleichterungen, die KMU im Sinne von Art. 2 lit. e FusG zugänglich sind, angegeben oder entsprechende Belege eingereicht hat. Erst in ihrer Beschwerdeschrift vom 28. Juli 2021 hat die Beschwerdeführerin diese Tatsache behauptet. Das Handelsregisteramt hatte dabei zu Recht nicht von sich aus bei der Anmeldung die Möglichkeit geprüft, ob es sich bei den involvierten drei Kapitalgesellschaften um KMU handelt. Da die Frage, ob die Erleichterungen für KMU von der Beschwerdeführerin in Anspruch genommen werden könnten, nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung war, ist auf diesen Aspekt der Beschwerde nicht einzutreten. 6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Kognition des Handelsregisteramtes die Prüfung der erleichterten Fusion nach Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG umfasste und die Verfügung vom 24. Juni 2021 zu bestätigen ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist demzufolge abzuweisen. 7. Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG trägt im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei die Kosten. Vorliegend wird die Beschwerde abgewiesen, weshalb die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ist. Die Spruchgebühr beträgt Fr. 2'000.– und ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu verrechnen. Ein Anspruch auf Parteientschädigung entfällt bei diesem Ausgang des Verfahrens.

### **E. 6**

Urteil V 2021 53 Numerus clausus der zulässigen Fusionen widersprechen darf, zu dem die erleichterte Fusion nach Art. 23 FusG zählt (vgl. Christian Champeaux, in: Stämpflis Handkommentar, Handelsregisterverordnung [HRegV], 2013, Art. 131 N 8). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin beinhaltet die volle Prüfungsbefugnis des Registerführers auch die Frage, ob die Voraussetzungen zur erleichterten Fusion erfüllt sind, weshalb hier

dessen Kognitionsbefugnis und nunmehr auch diejenige des Gerichts zu bejahen ist (vgl. BGer 4A.4/2006 vom 20. April 2006 E. 2.3; Rino Siffert, in: Berner Kommentar, Das Handelsregister Art. 927–943 OR, 2021, Art. 937 N 27). 3. Im Hauptpunkt wird von der Beschwerdeführerin gerügt, dass das Handelsregisteramt zu Unrecht das erleichterte Fusionsverfahren bei indirekten Beteiligungsverhältnissen ausgeschlossen habe. Das Handelsregisteramt habe es unterlassen auszuführen, welche konkreten Rechtsgüter und damit verbundenen konkreten öffentlichen Interessen von ihm vorliegend, trotz der hier gegebenen, Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG klar entsprechenden Umständen, mit der Verweigerung der Eintragung im Handelsregister geschützt werden sollten. Solche seien denn auch weder ersichtlich noch überhaupt vorhanden.

#### **E. 7**

Urteil V 2021 53 Beteiligungsverhältnisse würden auch Konstellationen von "unechten" Schwesternfusionen gelten, in denen eine Gesellschafterin zwar direkt an der einen, aber nur indirekt (über eine von ihr gehaltene Zwischengesellschaft) an der anderen fusionierenden Gesellschaft beteiligt sei, was vorliegend zuträfe. Es gelte eine rein rechtliche und nicht wirtschaftliche Betrachtungsweise. Die Fusion der A. \_\_\_\_\_ AG mit der C. \_\_\_\_\_ GmbH sei somit im ordentlichen Fusionsverfahren durchzuführen, weshalb die Anmeldung vom 31. Mai 2021 abzuweisen sei.

#### **E. 8**

Urteil V 2021 53 Dem Wortlaut lässt sich darüber hinaus nicht entnehmen, ob von Art. 23 Abs. 1 FusG nur direkte oder auch indirekte Beteiligungsverhältnisse erfasst sind. Auch aus dem Wortlaut der italienischen und französischen Fassung geht dies nicht hervor. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente.

#### **E. 9**

Urteil V 2021 53 sind, genannt. Die systematische Auslegung ist demzufolge mit Blick auf die vorliegende Fragestellung wenig ergiebig.

#### **E. 10**

Urteil V 2021 53 Durch die zusätzliche Zwischenstufe würden sich die wirtschaftlichen Interessen der Anteilhaber nicht ändern und Dritten drohe keine (zusätzliche) Gefahr (von der Crone et al., a.a.O., Rz. 245 f.).

#### **E. 11**

Urteil V 2021 53 Während die Praxis des EHRA ersterer folgt, stellt zweitens eine rein gesellschafterorientierte Argumentation in den Vordergrund. Wenn bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen ist, die den in Art. 1 Abs. 2 FusG genannten Zielen am besten entspricht, dann ist nicht bloss darauf abzustellen, ob der Schutz der Gesellschafter mangels Minderheitsgesellschafter eine Erleichterung des Fusionsverfahrens ermöglicht, sondern auch, ob Transparenz sowie der Schutz von Arbeitnehmern und Gläubigern und die Schaffung von Rechtssicherheit gewährleistet wird. Weil bei indirekten Beteiligungsverhältnissen der Schutz der Gläubiger einer Zwischengesellschaft nicht sichergestellt werden könnte (E. 3.4.6.3), ist der Praxis des EHRA und somit einer rechtlichen Betrachtungsweise von Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG zu folgen.

#### **E. 12**

Urteil V 2021 53 Fusion nach Art. 23 Abs. 1 FusG unter anderem weder der Fusionsvertrag geprüft noch ein Fusionsbericht erstellt werden muss (Art. 24 Abs. 1 FusG), somit bewertungstechnische Fragen aussen vor bleiben, könnte auch nicht auf einen dadurch gewährleisteten indirekten Gläubigerschutz verwiesen werden (vgl. Lukas Glanzmann, Die Prüfung der Fusion, Spaltung und Umwandlung, in: Der Schweizer Treuhänder, 2005, S. 563). Aus diesen Gründen wurde der A. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ GmbH die erleichterte Fusion gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG zu Recht aufgrund von indirekten Beteiligungsverhältnissen verwehrt. Demnach haben die A. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ GmbH eine ordentliche Fusion zu vollziehen. Diese Schlussfolgerung entspricht den Zielen des Fusionsgesetzes, nämlich dem Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern (Triebold, a.a.O., Art. 1 FusG N 6). 4. Nach dem Gesagten erweist sich die bisherige Praxis des EHRA als richtig, dass bei indirekten Beteiligungsverhältnissen eine erleichterte Fusion gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG ausgeschlossen ist. Das gilt selbst dann, wenn sich auf Stufe von RA B. \_\_\_\_\_ infolge direkter und indirekter Beteiligungen jederzeit sämtliche Stimmrechte an den zu fusionierenden Gesellschaften vereinigen, es daher auf dieser Stufe keine (Minderheits-) Gesellschafter mit einem besonderen Schutzbedürfnis zu berücksichtigen gibt. Nur wenn die erleichterte Fusion auf direkte Beteiligungsverhältnisse beschränkt ist kann dem Zweck des Fusionsgesetzes, der neben dem Schutz von Gesellschaftern auch denjenigen der Gläubigerinnen und Gläubiger umfasst, entsprochen werden. 5. Die Beschwerdeführerin weist schliesslich darauf hin, dass das Handelsregisteramt nicht berücksichtigt und damit den rechtserheblichen Sachverhalt nicht festgestellt habe, dass es sich bei allen in die massgebende Fusion involvierten drei Kapitalgesellschaften um KMU im Sinne von Art. 2 lit. e FusG handle, welchen bei Fusionen nach Art. 3 Abs. 1 lit. a FusG i.V.m. zahlreichen weiteren Bestimmungen des FusG zahlreiche und vielfältige Erleichterungen eingeräumt würden.

### **E. 13**

Urteil V 2021 53

### **E. 14**

Urteil V 2021 53 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

---

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.