

REPRAX

Herausgeber / Editeurs:

Michael Gwelessiani, Clemens Meisterhans, Nicholas Turin

Inhaltsübersicht

Judith Hubatka/Andrea Werder-Stern

Der Gläubigerschutz bei Emigrationstatbeständen
unter FusG i.V.m. IPRG (Sitzverlegung, Fusion, Spaltung) 1

Reto Sanwald

Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen
und Prüfgesellschaften 32

Markus Bösiger/Philipp Engel

Legal Controlling 41

EHRA

Praxismitteilung 4/13 56

OFRC

Communication 4/13 58

UFRC

Comunicazione 4/13 60

Eidgenössisches Amt für das Handelsregister/Office fédéral du registre du commerce
Handelsregisteramt des Kantons Zürich/Registre du commerce du canton de Zurich
Handelsregisteramt des Kantons St. Gallen/Registre du commerce du canton de Saint-Gall

REPRAX

**Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis
im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht**

**Droit des sociétés et droit du registre du commerce :
revue de la législation et de la pratique**

16. Jahrgang / 16^e année – 1/2014

www.reprax.ch

Herausgeber / Editeurs

lic. iur. Michael Gwelessiani

Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Schöntalstrasse 5, 8004 Zürich

Dr. iur. Clemens Meisterhans

Amt für Handelsregister und Notariate Kanton St. Gallen, Davidstrasse 27, 9001 St. Gallen

Dr. iur. Nicholas Turin

Edg. Amt für das Handelsregister/Bundesamt für Justiz, Bundesrain 20, 3003 Bern

Schriftleiterin / Rédactrice

MLaw Corinne Studer

Handelsregisteramt des Kantons Zürich, Schöntalstrasse 5, 8004 Zürich

E-Mail: corinne.studer@ji.zh.ch

Erscheinungsweise / Parution

3–4 mal jährlich / 3–4 fois par année – ISSN 1424-3628

Abonnementspreise / Prix de l'abonnement

CHF 152.–

Studierende / Etudiants CHF 122.–

Einzelnummer / Prix du numéro CHF 57.–

Verlag und Abonnementsverwaltung / Edition et administration

SCHULTHESS JURISTISCHE MEDIEN AG

Zwingliplatz 2 Postfach CH-8022 Zürich

Telefon 044 200 29 19 Telefax 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com Homepage: www.schulthess.com

**Nachdruck und andere Formen der Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit
Zustimmung der Herausgeber und des Verlags.**

**Cet ouvrage ne peut être reproduit, même partiellement, sous quelque forme
que ce soit, sans l'autorisation des éditeurs et de la maison d'édition.**

Inserate / Annonces

Publicitas Publimag AG, Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich

Telefon 044 250 31 31, Telefax 044 250 31 32

Judith Hubatka/Andrea Werder-Stern*

Der Gläubigerschutz bei Emigrations- tatbeständen unter FusG i.V.m. IPRG (Sitzverlegung, Fusion, Spaltung)

Inhaltsübersicht

- | | |
|----------------------------------|---|
| 1. Einleitung | 5. Bestätigung der Nichtgefährdung
im Rahmen von Art. 164 IPRG |
| 2. Zeitpunkt des Schuldenrufs | |
| 3. Inhalt des Schuldenrufs | 6. Zusammenfassung |
| 4. Sicherzustellende Forderungen | |

1. Einleitung^{1,2}

- 1.1 Das am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Fusionsgesetz (FusG) führte zu zahlreichen einschneidenden, vorab nationale und internationale Umstrukturierungen erleichternden Änderungen im Schweizer Privatrecht. Im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz beim grenzüberschreitenden Transfer von Gesellschaften bzw. Vermögen von Gesellschaften durch Sitzverlegung, Fusion oder Spaltung von der Schweiz ins Ausland (nachfolgend «Wegzug» oder «Emigration») besitzen diese Änderungen – jedenfalls für schweizerische (Rechts-)Verhältnisse – geradezu revolutionären Charakter.
- 1.2 Sowohl im Zusammenhang mit der Emigrationsfusion wie auch der -spaltung und der Sitzverlegung ins Ausland verweist das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) auf das Gläubigerschutzverfahren, welches gemäss FusG bei der *nationalen* Spaltung Anwendung findet (Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3, Art. 163d Abs. 1 i.V.m. Art. 163b Abs. 3, Art. 164 IPRG).³ Dank dem genannten Verweis auf *dieses* Gläubigerschutzverfahren ist es – unter engen Voraussetzungen – möglich, eine Gesellschaft von der Schweiz ins Ausland zu verlegen, ohne (vor diesem Wegzug) die Forderun-

* Lic. iur., LL.M. Judith Hubatka und lic. iur., LL.M. Andrea Werder-Stern sind beide bei Reichlin Hess Rechtsanwälte Steuerberater Notare als Rechtsanwältinnen sowie im Bereich Notariat tätig.

¹ Danken möchten wir Rechtsanwalt Dr. Paul Thalmann, Reichlin Hess Rechtsanwälte Steuerberater Notare für seine wertvollen Hinweise.

² Dieser Artikel berücksichtigt SHAB-Publikationen, bei den kantonalen Handelsregisterämtern hinterlegte Belege sowie Entscheide des Bundesgerichts bis zum 31. Oktober 2013. Bei den nachfolgenden Ausführungen werden jeweils die Formulierungen der Aktiengesellschaft verwendet (namentlich Verwaltungsrat, Generalversammlung, Aktionär, etc.). Diese Ausführungen gelten für die anderen Gesellschaftstypen analog.

³ Entsprechend wurden beim Verfassen dieses Artikels auch die Lehrmeinungen zur nationalen Spaltung sowie, soweit durch Verweis anwendbar, der nationalen Fusion beigezogen (siehe entsprechende Verweise).

gen der Gläubiger gemäss Gesetz sichergestellt zu haben. Dies erleichtert einen Wegzug erheblich.

- 1.3 Die mit Inkrafttreten des FusG neu gewonnene Flexibilität beim Wegzug unterstellt, dass die Gesellschaft bzw. die zu transferierende Geschäftstätigkeit am neuen Ort fortbesteht bzw. fortgeführt wird, an dem Gläubigerinteressen einem angemessenen, kohärenten und dem diesbezüglich in der Schweiz geltenden analogen Rechtssystem unterliegen, und an dem ausländische Forderungen gleich den inländischen durchgesetzt werden können. Das ist neu. Zwar anerkennt das Schweizer Recht den Grundsatz der Kontinuität der Rechtspersönlichkeit bei Sitzverlegung schon seit langem. Aber (zunächst) nur im innerschweizerischen Verhältnis. Bislang galt im Schweizer Recht die Annahme, dass In- und Ausland Welten mit (grundlegend) verschiedenen Rechtssystemen seien, dass das Schweizer (Rechts-) System grundsätzlich höhere Gläubigersicherheit böte, und dass eine Gesellschaft, die ihren Sitz ins Ausland verlegt, somit (zumindest quasi) liquidiert und im Ausland neu errichtet werden müsse. Entsprechend hatte beim Wegzug eine umfassende Bereinigung mit den bestehenden Gläubigern zu erfolgen: Das Gesetz verlangte, dass vor Verlegung eines Gesellschaftssitzes ins Ausland alle bekannten Forderungen der Gläubiger befriedigt oder sichergestellt werden, soweit nicht die Gläubiger der betreffenden Sitzverlegung zustimmen. Dieses ehemalige gesetzliche Erfordernis verhinderte faktisch einen Wegzug. In Fällen, in denen die Gläubiger nicht (zu fairen Bedingungen) kooperierten, blieb eigentlich bloss die ausländische Neugründung mit aufwändiger Einbringung der einzelnen Aktiven, soweit möglich der einzelnen Passiven unter Fortführung der alten Gesellschaft zum «Aussitzen» allenfalls bloss behaupteter Ansprüche u.U. renitenter Gläubiger. Die in Art. 46 Abs. 2 FusG per Analogie (auch) für die Emigration vorgesehene Möglichkeit, wonach anstelle des Einverständnisses der Gläubiger oder der Sicherstellung deren Forderungen der Nachweis erbracht werden kann, dass die Forderungen trotz Wegzug nicht gefährdet sind, ist also Öl im Räderwerk grenzüberschreitender Transaktionen.
- 1.4 Folgerichtig gelangen auf Emigrationstatbestände also nicht die Gläubigerschutzbestimmungen des Kapitalherabsetzungsverfahrens zur Anwendung. Diese sind strenger. Sie verlangen, dass sämtliche angemeldeten Forderungen befriedigt oder sichergestellt werden. Diese Strenge ist in der Vermutung begründet, dass im Rahmen einer Kapitalherabsetzung effektiv Haftungssubstrat verloren geht, und dass dies die bestehenden Forderungen (zusätzlich) gefährdet.
- 1.5 Nachstehend befassen wir uns mit den Fragen betreffend den Zeitpunkt und den Inhalt des Schuldenerufs, die sicherzustellenden Forderungen und die Bestätigung des Revisionsexperten nach Art. 164 Abs. 1 IPRG. Insbesondere versuchen wir zu klären, wie sich der Nachweis der Nichtgefährdung erbringen lässt.

2. Zeitpunkt des Schuldenrufs

- 2.1 Gemäss dem auch auf die Emigrationstatbestände (Sitzverlegung, Fusion, Spaltung) anwendbaren Art. 45 FusG sind die Gläubiger der emigrierenden Gesellschaft durch dreimalige Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt aufzufordern, unter Anmeldung ihrer Forderungen innerhalb von zwei Monaten Sicherstellung zu verlangen.⁴
- 2.2 Weder die einschlägigen Bestimmungen des IPRG noch Art. 46 FusG geben Auskunft darüber, zu welchem Zeitpunkt im Rahmen des Emigrationsverfahrens diese Publikationen zu erfolgen haben. Aus Art. 164 IPRG ergibt sich lediglich, dass der Schuldenruf *vor* der Löschung der Gesellschaft erfolgen muss. Weitere Angaben zum Zeitpunkt enthält auch das IPRG nicht.
- 2.3 Nach einhelliger Meinung kann der Schuldenruf *nach* der Generalversammlung, welche die Emigration beschliesst, erfolgen. Sinnvoll kann es aber auch sein, wenn der Schuldenruf bereits *vor* dieser Generalversammlung durchgeführt wird.⁵ So kann der Verwaltungsrat der Generalversammlung hinsichtlich des Wegzugs einen – auch unter Bezugnahme auf allfällige mit diesem Wegzug verbundene Schwierigkeiten mit Gläubigern – fundierten Antrag stellen.
- 2.4 Da im Rahmen einer Emigration die Gesellschaft analog der Liquidation in der Schweiz gelöscht wird, liegt es nahe, zur Beantwortung der hier gestellten Frage nach dem idealen Zeitpunkt des Schuldenrufs einen Blick auf das Liquidationsverfahren zu werfen: Im Liquidationsverfahren wird der Schuldenruf erst *nach* dem Gesellschafterentscheid über die Auflösung publiziert.⁶ Dies ist (rechts-)systematisch sicher nicht falsch. Die Rückmeldungen auf den Schuldenruf dürften den Entscheid über die Liquidation in aller Regel kaum beeinflussen. Diese mag infolge gemeldeter Forderun-

⁴ Der Verweis auf den Art. 46 FusG in den Artikeln Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3 und Art. 163d Abs. 1 i.V.m. Art. 163b Abs. 3 IPRG schliesst nach einhelliger Lehre auch die Anwendung von Art. 45 FusG ein (vgl. z.B. EIDGENÖSSISCHES AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz 11. Oktober 2004, in: REPRAX 2/3/2004, S. 27; GASSMANN, Stämpfli's Handkommentar, Fusionsgesetz, Art. 163 IPRG RN 18, Art. 163b IPRG RN 38 und (implizit) COURVOISIER, Stämpfli's Handkommentar, Fusionsgesetz, Art. 163d IPRG RN 29; MÜLLER, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, 2012, Anhang zu Art. 3–28 FusG (grenzüberschreitende Fusion) RN 117 und vgl. Anhang zu Art. 29–52 FusG (grenzüberschreitende Spaltung) RN 86.

⁵ Sofern denn der entsprechende Beschluss der Genehmigung der Generalversammlung bedarf. Dies ist namentlich bei gewissen konzerninternen Umstrukturierungen nicht der Fall (vgl. Art. 23 f. FusG).

⁶ Vgl. z.B. STÄUBLI, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, 2012, Art. 742 OR RN 6, wonach die Registerbehörden die Löschung erst dann vornehmen dürfen, wenn der Schuldenruf nach dem Eintrag der Auflösung (und damit nach der entsprechenden Beschlussfassung durch die Generalversammlung) erfolgt ist.

gen schlimmstenfalls verzögert werden. Das ist aber auch schon alles. Ganz anders bei der Emigration: Soll eine Gesellschaft zwar einem andern Rechtssystem unterstellt werden, soll (und will) diese ihre laufende Geschäftstätigkeit aber fortführen, können die Reaktionen auf den Schuldenruf die Verlegung als solche, und damit die damit verbundenen Entscheide von Verwaltungsrat und Generalversammlung, mitunter massgeblich beeinflussen: Erst wenn Anzahl und Ausmass allfälliger Sicherstellungsbegehren bekannt sind, ist der Verwaltungsrat in der Lage, mit einer gewissen Sicherheit Komplexität und Aufwand abzuschätzen, die mit einer allfälligen Erfüllung dieser Begehren verbunden sind. Die diesbezüglich zu erlangende Trittsicherheit ist wiederum Voraussetzung, dass der Verwaltungsrat der Generalversammlung einen hinreichend erwogenen Antrag auf Sitzverlegung unterbreiten kann. Hinzu kommt, dass Gläubiger einer Gesellschaft, die ihre Emigration bereits (definitiv) beschlossen hat und damit auch unter einem gewissen Druck steht, entsprechende Dispositionen zu treffen, versucht sind, ihre Position in erpresserischer Weise zu missbrauchen. Wohl könnte die Generalversammlung den Verlegungsentscheid und mithin die Statutenänderung (auch in Bezug auf das Ergebnis des Schuldenrufs) bedingt, oder je nach Ergebnis des Schuldenrufs auch wieder einen Aufhebungsentscheid treffen. Viel einfacher ist aber ein vorgezogener Schuldenruf, d.h. ein Schuldenruf, der vor dem Generalversammlungsbeschluss betreffend die Emigration erfolgt.

- 2.5 Dass die Durchführung des Schuldenrufs vor dem Generalversammlungsbeschluss über die Emigration zulässig ist, ergibt sich bereits aus den Materialien. Bei der Revision des IPRG im Zusammenhang mit der Einführung des FusG wollte der Gesetzgeber für alle Emigrationstatbestände einen kohärenten Gläubigerschutz verwirklichen und das Gläubigerschutzverfahren der nationalen Spaltung auch im Rahmen der Emigrationspaltung und -fusion sowie Sitzverlegung ins Ausland zur Anwendung bringen.⁷ Gemäss dem Vorgehen bei der nationalen Spaltung muss der Schuldenruf abgeschlossen sein, wenn die Generalversammlung die Spaltung beschliesst, und zwar zwingend (vgl. Art. 43 i.V.m. Art. 45 und 46 FusG). Dieser Ablauf sollte also auch im Rahmen der vorgenannten Emigrationstatbestände zugelassen werden.⁸
- 2.6 Auch in der Lehre ist unbestritten, dass gestützt auf den Verweis auf Art. 46 FusG in den entsprechenden IPRG-Bestimmungen das bei der Binnenspal-

⁷ Botschaft FusG, S. 4498 und 4500.

⁸ Botschaft FusG, S. 4500, legt zur Emigrationsfusion jedoch lediglich fest, dass Schuldenruf und Sicherstellung erfolgen, bevor das Haftungssubstrat ins Ausland abwandert. Gemäss GIRSBERGER/RODRIGUEZ ist die Durchführung von Schuldenruf und Sicherstellung erst nach entsprechender Beschlussfassung nicht nur möglich, sondern gegebenenfalls gar sinnvoller (vgl. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, 2007, Art. 163b IPRG RN 42).

tung vorgezogene Sicherstellungsverfahren (und damit der Schuldenruf) auch bei der Emigration Anwendung findet.⁹ Da dadurch in der Regel Haftungssubstrat in der Schweiz entzogen wird, macht dieser vorgezogene Gläubigerschutz beim Wegzug sicherlich Sinn.¹⁰ In der Lehre zur nationalen Spaltung wird teilweise gar die Publikation des Schuldenrufs vor Abschluss des Spaltungsvertrags (damit notabene vor Beschlussfassung durch die Generalversammlung) als zulässig erachtet.¹¹ Auch in der Praxis zur nationalen Spaltung finden sich vereinzelt Fälle, in denen der Schuldenruf vor Erstellung des Spaltungsplans publiziert wurde.¹² Selbstverständlich können im konkreten Fall Überlegungen auch gegen einen vorgezogenen Schuldenruf sprechen.¹³ Im Ergebnis ist entscheidend, dass die Gesellschaft die Flexibilität hat, den Schuldenruf vorzuziehen.¹⁴

- 2.7 Zwar ist ein Vorziehen des Schuldenrufs aus Sicht des Gläubigerschutzes in zweifacher Hinsicht relevant: Einerseits, weil das Recht auf Sicherstellung nur für Forderungen geltend gemacht werden kann, die bereits vor der Publikation des Schuldenrufs entstanden sind bzw. begründet wurden (wobei

⁹ Zur Emigrationsspaltung vgl. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, a.a.O., Art. 163d IPRG RN 19: die Emigrationsspaltung untersteht gemäss Art. 163d Abs. 2 IPRG dem schweizerischen Recht, mithin auch Art. 43 FusG; zur Emigrationsfusion vgl. z.B. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, a.a.O., Art. 163b IPRG RN 42.

¹⁰ Botschaft FusG, S. 4499 f; so auch die überwiegende Lehrmeinung: vgl. z.B. GIRSBERGER/RODRIGUEZ, a.a.O., Art. 163b IPRG RN 36; VISCHER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, 2004, Art. 163b IPRG RN 2 und 11.

¹¹ GLANZMANN, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. Auflage, 2008, RN 571 und 572.

¹² Siehe z.B. Publikationen der Schuldenrufe folgender Gesellschaften im SHAB: Birchmeier AG, Bremgarten; Club «Indochine» AG, Zürich; Convena AG, Zug; Sturo Holding AG, Weinfelden.

¹³ VON SALIS ist in Bezug auf die nationale Spaltung, der weder weiter begründeten noch belegten Ansicht, dass die Publikation eines Schuldenrufs vor der eigentlichen Beschlussfassung über die Durchführung der Spaltung nicht gerade vertrauenserweckend sei (VON SALIS, Fusionsgesetz, Version 08/2004, S. 348). Andere Autoren argumentieren (allerdings auch nicht sonderlich überzeugend), dass ein vorgezogener Schuldenruf aus Sicht der Gesellschaft angesichts der damit einhergehenden Auswirkungen auf Bonität und Reputation nicht sinnvoll sei oder gar zur Verwirrung führen kann, wenn infolge der gestellten Sicherheitsbegehren von der geplanten Transaktion abgesehen werden muss (BINDER, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, 2005, S. 16). Unter Hinweis auf die Problematik des präventiven Gläubigerschutzes: vgl. auch GIRSBERGER/RODRIGUEZ, a.a.O., Art. 163b IPRG RN 42.

¹⁴ Erstaunlicherweise finden sich in der Praxis zur Sitzverlegung in den vergangenen drei Jahren keine Fälle von durchgeführten Sitzverlegungen von der Schweiz ins Ausland, in denen der Generalversammlungsbeschluss erst nach der Publikation des Schuldenrufs erfolgt ist. Bei den drei publizierten durchgeführten Emigrationsfusionen der letzten drei Jahre erfolgten die Schuldenrufe zweimal vor Abschluss des Fusionsvertrags (und damit entsprechend auch vor dem Generalversammlungsbeschluss). Bei der dritten Emigrationsfusion wurde der Schuldenruf wenige Tage nach Abschluss des Fusionsvertrags publiziert und die Generalversammlung erfolgte auch hier nach dem Schuldenruf. Eine Emigrationsspaltung ist in den vergangenen drei Jahren nicht durchgeführt worden.

überwiegend auf den Zeitpunkt der dritten Publikation abgestellt wird).¹⁵ Andererseits, weil sich die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft zwischen Ablauf der Frist zur Anmeldung von Sicherstellungsbegehren und Anmeldung der Emigration verschlechtern können, und der Gläubiger in einem solchen Fall wohl (doch) Sicherstellung verlangt hätte, wenn die Frist für die Anmeldung nicht bereits abgelaufen wäre. Diesen Bedenken lässt sich indes Rechnung tragen, indem die Anmeldung der Emigration der Gesellschaft innerhalb angemessener Frist seit dem Schuldenruf erfolgt. Diese Frist soll nicht kürzer – aber auch nicht viel länger – sein, als dass Zeit benötigt wird für die Prüfung der Sicherstellungspflicht inkl. Verhandlung mit Gläubigern, die Durchführung der Generalversammlung und schliesslich das Einholen des Berichts des Revisionsexperten nach Art. 164 Abs. 1 IPRG. Erfahrungsgemäss sollte (zumindest bei einer KMU) eine Frist von fünf Monaten angemessen sein.^{16,17} Auch für die Beschaffung weiterer Nachweise, die anlässlich der Löschung vorliegen müssen (wie eine Zustimmung der Steuerbehörde (Art. 127 Abs. 2 HRegV) sowie eine allfällige Genehmigung [vgl. Ziffer 2.9]) ist ein Zeitbedarf von eins bis vier Monaten vorzusehen. Damit erfolgt die Löschung in der Regel innert sechs bis neun Monaten nach dem ersten Schuldenruf. Da anlässlich der Löschung die Zustimmung der Steuerbehörden vorliegen muss, tut die Gesellschaft im Hinblick auf eine zeitgerechte Löschung gut, das entsprechende Verfahren (nach Rücksprache mit dem Handelsregisteramt) selbst frühzeitig in die Wege zu leiten.¹⁸ Die Einsicht in die Handelsregisterbelege bestätigt diese Annahme: Im Durchschnitt dauerte es rund neun Monate vom ersten Schuldenruf bis zur Löschung der Gesellschaft. Die kürzeste Emigration erfolgte innert dreieinhalb Monaten, die längste dauerte über zwei Jahre.¹⁹

2.8 Überschreitet die Zeitspanne zwischen Schuldenruf und Anmeldung der Löschung eine gewisse Dauer – jedenfalls zwölf Monate – empfiehlt es sich aus Überlegungen des Gläubigerschutzes einen zweiten Schuldenruf mit entsprechendem Sicherstellungsverfahren vorzunehmen.²⁰

¹⁵ Vgl. Ziffer 4.2.

¹⁶ Wobei bei der Emigrationsspaltung die Frist für die Einsichtnahme durch die Aktionäre hier parallel laufen kann. A.M. BÖCKLI, er argumentiert, dass die Eingabefrist für Sicherstellungsbegehren nicht gleichzeitig mit der Frist für Einsichtnahme enden kann, da ein Gläubiger, der sich erst gegen Ende der Einsichtsfrist informiert, keine Zeit mehr hätte, sein Sicherstellungsbegehren zu stellen (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, 2009, § 3 RN 318).

¹⁷ Je nach Grösse der Gesellschaft, Komplexität der Transaktion und Anzahl der gestellten Sicherstellungsbegehren ist allerdings davon auszugehen, dass diese Frist durchaus um einiges länger sein kann (z.B. BÖCKLI, der bei der Binnenspaltung von einer Frist von vier bis sechs Monaten ausgeht (BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 318)).

¹⁸ Andernfalls holt das Handelsregisteramt die entsprechende Zustimmung erst nach Anmeldung der Emigration ein.

¹⁹ Die Fristen wurden gestützt auf die in den vergangenen drei Jahren im SHAB publizierten Schuldenrufe berechnet.

²⁰ Aus den Publikationen der vergangenen drei Jahre geht allerdings kein Fall hervor, in welchem ein Schuldenruf wiederholt wurde.

2.9 Spezielles hinsichtlich des Zeitpunkts des Schuldenrufs ist letztlich bei Gesellschaften zu beachten, die einer obrigkeitlichen Aufsicht unterstehen (namentlich Banken, Versicherungen). Will eine Gesellschaft emigrieren, die hierzu einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung bedarf, muss sie diese Genehmigung vor dem (definitiven) Generalversammlungsentscheid einholen. Unter Umständen kann es in derlei Fällen angezeigt sein, dass die Generalversammlung den entsprechenden Beschluss (aufschiebend) bedingt fasst. Beschliesst die Generalversammlung (aufschiebend) bedingt, muss sichergestellt werden, dass hinsichtlich Bedingungs-eintritt bzw. -nichteintritt keine Unklarheiten entstehen können. Die Bedingung ist also mit grosser Sorgfalt zu formulieren. In aller Regel ist es am einfachsten, das Erfüllen der Bedingung an das Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses des Verwaltungsrats zu knüpfen. Einfacher dürfte es allerdings auch hier sein, die Generalversammlung erst bei Vorliegen der entsprechenden Genehmigung – die dann ihrerseits (aufschiebend) bedingt erfolgt – über die Emigration beschliessen zu lassen.²¹ Da die obrigkeitlichen Genehmigungsverfahren in aller Regel sehr aufwändig sind²², macht es – jedenfalls betriebswirtschaftlich – kaum Sinn, diese vor dem Schuldenruf durchzuführen, wenn die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, dass je nach Ergebnis des Schuldenrufs auf den Wegzug verzichtet wird (und das beabsichtigte Transaktionsziel auf anderem Wege erreicht oder ganz auf die geplante Transaktion verzichtet werden soll). In derlei Fällen drängt es sich geradezu auf, den Schuldenruf vorgängig, das heisst vor Durchführung des Genehmigungsverfahrens und damit (jedenfalls regelmässig) auch vor Fassung des Verlegungsbeschlusses durch die Generalversammlung – z.B. gestützt auf einen Beschluss des Verwaltungsrats – durchzuführen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es in diesem Fall aber sinnvoll darauf hinzuweisen, dass die aufsichtsrechtliche Genehmigung noch aussteht.²³ Basierend auf dem Ergebnis des Schuldenrufs ist dann darüber zu entscheiden, ob mit der Emigration weiterzufahren ist und um eine aufsichtsrechtliche Genehmigung nachgesucht werden soll. Natürlich empfiehlt es sich in Anbetracht der Komplexität des aufsichtsrechtlichen Genehmigungsverfahrens und des damit einhergehenden Zeitaufwands, dieses mit der Behörde bereits vor Durchführung des Schuldenrufs soweit vorbereitend in die Wege

²¹ Die Genehmigung wäre damit an die Bedingung geknüpft, dass das Aktionariat den Wegzug beschliesst.

²² Vgl. z.B. das Verfahren bei einer Emigration eines Rückversicherungsunternehmens: Aufgrund der besonderen Aufsichtsregelung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG ist das Rückversicherungsunternehmen, welches seinen Sitz ins Ausland verlegt in der Schweiz nicht mehr aufsichtspflichtig. Der Sitzverlegung muss ein Entlassungsgesuch vorausgehen, wobei das Unternehmen der Aufsichtsbehörde einen Abwicklungsplan zur Genehmigung vorzulegen und die Pflichten aus dem Aufsichtsrecht (namentlich die Abwicklung des Versicherungsgeschäfts) zu erfüllen hat (Art. 35 Abs. 2 i.V.m. Art. 60 Abs. 5 VAG).

²³ Z.B. mittels Ergänzung der Publikation durch folgenden Text in der Rubrik «Bemerkungen»: die Sitzverlegung bedarf noch der Zustimmung der FINMA.

zu leiten, dass nicht später infolge Zeitablauf ein weiterer Schuldenruf publiziert werden muss.²⁴

- 2.10 Es versteht sich von selbst, dass das Recht auf Sicherstellung entfällt, wenn die Emigration nach dem Schuldenruf nicht vollzogen wird. Es steht der Gesellschaft frei, ihre Gläubiger (jedenfalls solche, die sich auf den Schuldenruf gemeldet haben), darüber zu informieren, dass sie von der Emigration absieht.

3. Inhalt des Schuldenrufs

- 3.1 Zum Inhalt des zu publizierenden Schuldenrufs äussert sich das Gesetz, jedenfalls betreffend die Sitzverlegung und die Emigrationsfusion, nicht.²⁵ Die Handelsregisterämter haben sich dennoch davon zu überzeugen, dass der Schuldenruf in rechtsgenügender Weise erfolgt ist.²⁶ Da der Schutz der Gläubiger gemäss Art. 163d Abs. 2 IPRG bei einer Emigrationsspaltung den schweizerischen Regeln der Binnenspaltung untersteht, ist die Ausgestaltung des Schuldenrufs im internationalen Verhältnis dann hinreichend, wenn sie analog dem zur nationalen Spaltung geltenden erfolgt.²⁷ Die einschlägigen, online abrufbaren SHAB-Formulare scheinen auf diesen Überlegungen zu gründen, führen aber darüber hinausgehende Angaben auf:²⁸

Bei der Sitzverlegung:²⁹

1. Firma (Name) der Gesellschaft:
2. Rechtsform der Gesellschaft:
3. (Bisheriger) Sitz der Gesellschaft:
4. Neuer Sitz der Gesellschaft:
5. Sitzverlegungsbeschluss durch:
6. Datum des Beschlusses:

²⁴ Vgl. hierzu Ziffer 2.8.

²⁵ Art. 163 Abs. 2 bzw. Art. 163b Abs. 2 IPRG sagt lediglich, dass die Aufforderung unter Hinweis auf «die bevorstehende Änderung des Gesellschaftsstatuts» bzw. «bevorstehende Fusion» zu erfolgen hat.

²⁶ EIDGENÖSSISCHES AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER, a.a.O., S. 13; KÄCH, Die Praxis des Handelsregisteramtes Kanton Zürich zum Fusionsgesetz, in: GesKR 2/2007, S. 139.

²⁷ GL.M. VON DER CRONE ET AL., Das Fusionsgesetz, 2004, RN 1162; COURVOISIER, a.a.O., Art. 163d IPRG RN 4. GASSMANN spricht sich auch für eine analoge Anwendung von Art. 45 FusG aus (vgl. GASSMANN, a.a.O., Art. 163 IPRG RN 18 und Art. 163b IPRG RN 38; vgl. auch VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, FusG, Kommentar, 2. Auflage, 2012, Art. 163 IPRG RN 13).

²⁸ Vgl. auch der entsprechende Verweis in den jeweiligen SHAB-Titeln (z.B. bei der Sitzverlegung: *Schuldenrufe, Aufforderung an die Gläubiger infolge Verlegung der Gesellschaft von der Schweiz ins Ausland (Art. 163 IPRG i.V.m. Art. 45 f. FusG)*).

²⁹ Siehe die online abrufbaren SHAB-Formulare SR 20 und SR 26. Es ist unklar, warum zwei (mit teilweise unterschiedlichen Vorgaben versehene) Formulare vorgesehen sind. Diese Problematik wurde mit dem SHAB bzw. EHRA aufgenommen und führt möglicherweise zu einer Anpassung der SHAB-Formulare.

7. Anmeldefrist für Forderungen :
8. Anmeldestelle für Forderungen :
9. Hinweis : Die Gläubiger der Gesellschaft werden aufgefordert, ihre Ansprüche anzumelden.³⁰
10. [Bemerkung : die Sitzverlegung bedarf noch der Zustimmung der Generalversammlung.]³¹

Bei Fusion und Spaltung :³²

1. Firma (Name) der übertragenden schweizerischen Gesellschaft :
2. Sitz der übertragenden schweizerischen Gesellschaft :
3. Firma (Name) der übernehmenden ausländischen Gesellschaft :
4. Sitz der übernehmenden ausländischen Gesellschaft :
5. [optional : Fusionsvertrag/Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan vom [...]]³³
6. Anmeldefrist für Forderungen :
7. Anmeldestelle für Forderungen :

³⁰ Diese Formulierung ist beim SHAB-Formular vorgegeben und kann nicht geändert werden.

³¹ Eine Bemerkung kann z.B. dann angebracht sein, wenn die Generalversammlung noch nicht über die Sitzverlegung beschlossen hat oder wenn infolge öffentlich-rechtlicher Regulierung der Gesellschaft die Bewilligung von einer Behörde noch ausstehend ist. In einzelnen Fällen wurde auch auf den Zeitpunkt zu dem Sicherstellung verlangt werden kann sowie wann die Sicherstellung erfolgen werde, hingewiesen (z.B. Trinity Mining Holding AG, Publikationen im November 2011 : Publikationstext : «Die Gläubiger können innerhalb von zwei Monaten seit der letzten Aufforderung die Sicherstellung ihrer Forderungen verlangen. Verlangen Gläubiger die Sicherstellung, so erfolgt dies erst nach Ablauf der vorerwähnten Zweimonatsfrist, sofern bis dahin nicht ohnehin die Forderung durch Erfüllung getilgt wird») oder es erfolgte nochmals explizit ein Hinweis auf die Unterstellung unter das neue Recht (z.B. Tog Mor Marine SA, Publikationen im Juni 2011 : Publikationstext : «les créanciers sont informés que par suite de transfert de siège, la société sera soumise au droit belge»). Nach ALBRECHT empfiehlt es sich sogar auf das anvisierte Verfahren der Sicherstellung insbesondere dann hinzuweisen, wenn die Gesellschaft die Forderungen erst nach Ablauf der Anmeldefrist sicherstellen will (ALBRECHT, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, 2012, Art. 25 FusG RN 11). Dies kann vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebots der Gläubiger durchaus Sinn machen, andererseits empfiehlt es sich angesichts des Zeitaufwands bereits frühzeitig (und damit wohl vor Ende der Anmeldefrist) mit den entsprechenden Gläubigern über die Sicherstellung zu verhandeln.

³² Dies entspricht dem SHAB-Formular SR 25 bei den Emigrationsfusionen (online abrufbar). Gemäss mündlicher Auskunft des SHAB sind die Emigrationsspaltungen unter «Andere gesetzliche Publikationen» zu publizieren.

³³ Ein Verweis auf das Datum des Fusionsvertrags ist nicht zwingend nötig. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Gläubiger zur Wahrung seiner Rechte zwingend darüber informiert sein müsste, zumal sich nebst den Tatsachen, dass der Vertrag geschlossen wurde und dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, daraus nichts ableiten lässt. Insbesondere bedeutet dies auch nicht, dass die Fusion in der Folge effektiv durchgeführt werden wird. Entsprechend ist die Nennung des Datums gemäss SHAB-Formularvorlage keine zwingende Angabe.

8. Hinweis: Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können ihre Forderungen gemäss Art. 45f. FusG anmelden und Sicherstellung verlangen.³⁴
9. [Bemerkung:]³⁵
- 3.2 Wenig nachvollziehbar ist, warum betreffend die Sitzverlegung die Angabe des Beschlussorgans und des Beschlussdatums verlangt wird, betreffend die Fusion jedoch nicht. Ein Schuldenruf dürfte aber auch dann ohne diese Angaben rechtsgenügend erfolgt sein, wenn er im Hinblick auf eine Sitzverlegung erfolgt.³⁶
- 3.3 Hält man sich (dennoch) an den genannten online-Raster, ergeben sich folgende zwei Umsetzungsvarianten: Entweder wird in der Publikation auf den vom Verwaltungsrat gefassten Beschluss betreffend die Publikation des Schuldenrufs bzw. die Prüfung des Wegzugs oder auf den von der Generalversammlung bedingt gefassten Entscheid über den Wegzug verwiesen. Das Gros der Handelsregisterämter akzeptiert sowohl den Verweis auf einen Verwaltungsratsbeschluss als auch den Verweis auf einen aufschiebend bedingten Generalversammlungsbeschluss.
- 3.4 Spezielles gilt hinsichtlich des Inhalts des Schuldenrufs bei Gesellschaften, die einer obrigkeitlichen Aufsicht unterstehen (namentlich Banken, Versicherungen). Handelt es sich um eine Gesellschaft, die einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung für den Wegzug bedarf, so empfiehlt es sich im Schuldenruf darauf hinzuweisen, sofern die Genehmigung zum Zeitpunkt des Schuldenrufs noch nicht vorliegt.

4. Sicherzustellende Forderungen

- 4.1 Die Forderungen der Gläubiger sind sicherzustellen, sofern diese innert Frist angemeldet werden (vgl. Art. 46 Abs. 1 FusG). Die Gläubiger verlieren ihren Anspruch auf Sicherstellung, wenn sie diesen nicht innerhalb der drei-

³⁴ Dieser Text entspricht der Vorlage beim SHAB-Formular. Korrekterweise müsste jedoch auch auf den entsprechenden Artikel im IPRG verwiesen werden, d.h. bei der Fusion: «Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können ihre Forderungen gemäss Art. 163b IPRG i.V.m. Art. 45 f. FusG anmelden und Sicherstellung verlangen» und bei der Spaltung: «Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können ihre Forderungen gemäss Art. 163d IPRG i.V.m. Art. 45 f. FusG anmelden und Sicherstellung verlangen». Oder aber die Gesetzesbestimmungen werden analog der internationalen Sitzverlegung ganz weggelassen.

³⁵ Vgl. FN 31 (Bemerkungen bei Sitzverlegung).

³⁶ Diese Problematik wurde mit dem SHAB bzw. EHRA aufgenommen und führt möglicherweise zu einer Anpassung der SHAB Formulare.

malig publizierten zweimonatigen Anmeldefrist geltend machen.³⁷ In derlei Fällen ist ihr Anspruch auf Sicherstellung verwirkt.³⁸

- 4.2 In zeitlicher Hinsicht ist die Sicherstellungspflicht auf Forderungen beschränkt, die vor der dritten Publikation des Schuldenrufs entstanden sind bzw. begründet wurden (vgl. hierzu Ziffer 4.4).³⁹ Eine Person, die nach Publikation des Schuldenrufs und damit in Kenntnis über die Tragweite der bevorstehenden Transaktion und der damit gegebenenfalls einhergehenden Verschlechterung ihrer Gläubigerstellung Gläubiger wird, soll nicht (mehr) vom Sicherstellungsanspruch profitieren. Diese Ansicht vertritt auch ein namhafter Teil der Lehre (in Anlehnung an die Praxis zum Schuldenruf bei der Kapitalherabsetzung).⁴⁰

³⁷ Botschaft FusG, S. 4442; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, a.a.O., Art. 163b IPRG RN 44, Art. 163d IPRG RN 19 und Art. 164 IPRG RN 12; vgl. auch COURVOISIER, a.a.O., Art. 164 IPRG RN 4; EHRAT/WIDMER, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2005, Art. 46 FusG RN 9. So verstanden entspricht das hiesige Gläubigerschutzkonzept auch jenem im strengen Kapitalherabsetzungsverfahren gemäss Art. 733 OR. Dort verwirkt sein Recht auf Sicherstellung ebenfalls (endgültig), wer dieses nicht innerhalb der publizierten zweimonatigen Frist geltend macht (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 53 RN 155).

³⁸ A.M. VON SALIS, der dafür plädiert, dass gerade bei grossen zeitlichen Verzögerungen zwischen Schuldenruf und Vollzug (z.B. infolge wettbewerbsrechtlicher Bewilligungsverfahren) für Forderungen, die nach Publikation des Schuldenrufes entstehen bzw. begründet werden, Sicherstellungsgesuche auch nach Ablauf der ordentlichen zweimonatigen Gesuchsfrist zulässig sein müssen. In der Regel dürfte dabei eine Nachfrist von einem Monat nach Entstehung der Forderung angemessen sein (VON SALIS, a.a.O., S. 348). Dies hat jedoch für die Gesellschaft die unangenehme Konsequenz, dass sie bis zum Ablauf dieser Nachfristen nicht mit Sicherheit weiss, ob die Emigration nun durchgeführt werden kann oder eben infolge der Sicherstellungsgesuche (in zu hohen Ausmass) blockiert ist. VON SALIS versucht diese Problematik dadurch zu beheben, dass er Art. 43 Abs. 1 FusG (Sicherstellung vor Beschlussfassung) nur auf die innerhalb der ordentlichen Frist gestellten Sicherstellungsbegehren für anwendbar erklärt.

³⁹ EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8. Aus Gläubigerschutzgründen ist die dritte Publikation (und nicht bereits die erste) als massgeblicher Stichtag zu betrachten; dies scheint auch der Gedanke bei der Kapitalherabsetzung zu sein (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 53 RN 162 und FN 50; HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, S. 157; auf die erste Publikation abstellend dagegen: MÜLLER, Das Begehren des Gläubigers um Befriedigung oder Sicherstellung bei der Kapitalreduktion, in: AJP 4/2011, S. 532; BÜRGI, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht: Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft: Art. 739–777 OR, 1969, Art. 733 OR RN 14).

⁴⁰ GLANZMANN, a.a.O., RN 563; EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 9; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8; a.M. VON SALIS (vgl. FN 38). Wenn Sicherstellungsgesuche auch für Forderungen, die erst nach der dritten Publikation des Schuldenrufes, während oder gar nach der Zweimonatsfrist entstehen, geltend gemacht werden könnten, würde das Sicherstellungsverfahren quasi ins Unendliche perpetuiert, was eine Emigration verunmöglichen würde (ähnlich EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7 sowie vgl. auch VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 665 FN 340).

- 4.3 Sicherzustellen sind sämtliche Forderungen, die vor der Publikation des Schuldenrufs entstanden sind oder begründet wurden. Dazu zählen fällige, bestrittene, auflösend bedingte und konkursrechtliche privilegierte Forderungen sowie Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen. Nicht sicherzustellen sind demgegenüber aufschiebend bedingte sowie (grundsätzlich) bereits besicherte oder nachrangig gewährte Forderungen (ausführlich hierzu Ziffern 4.4 ff.).
- 4.4 Gemäss wohl herrschender Lehre beschlägt das Recht auf Sicherstellung nur Forderungen, die vor der Publikation des Schuldenrufs entstanden sind. Auch die Botschaft spricht von Forderungen, die vor der Publikation des Schuldenrufs begründet wurden.⁴¹ Eine Forderung ist dann «begründet», wenn ihr Rechtsgrund gesetzt ist: Bei vertraglichen Forderungen ist dies grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, bei Forderungen aus unerlaubter Handlung der Zeitpunkt der schädigenden Handlung und bei Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung der Zeitpunkt der Bereicherung.⁴² Ob auch nur schon begründete Forderungen, die notabene aber noch nicht entstanden sind, sicherzustellen sind, ist in der Lehre allerdings umstritten.⁴³ Diese Beurteilung bedarf einer differenzierten Betrachtung:
- 4.5 *Aufschiebend bedingte Forderungen* (die im gegebenen Zeitpunkt noch nicht begründet sind und, solange die Bedingung schwebt, Anwartschaften darstellen) unterliegen nicht der Sicherstellungspflicht.⁴⁴ Der Begriff «Forderungen der Gläubiger» ist streng auszulegen.⁴⁵ Versicherungsgesellschaft-

⁴¹ Botschaft FusG, S. 4442 und 4426.

⁴² Vgl. VON SALIS, a.a.O., S. 351 und 182; HIRSIGER, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften, nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, 2006, S. 217.

⁴³ *Pro*: GLANZMANN, a.a.O., RN 561; AFFENTRANGER, Stämpfli's Handkommentar, Fusionsgesetz, 2003, Art. 25 FusG RN 6; PETER/TRIGO TRINIDADE, Commentaire LFus, 2005, Art. 25 FusG RN 35. *Contra*: EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7; ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6; vgl. auch die kritischen Bemerkungen von VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 12 i.V.m. Art. 46 FusG RN 8; vgl. auch TRUFFER, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2005, Art. 25 FusG RN 18.

⁴⁴ Diese Ansicht wird auch von einem namhaften Teil der Lehre vertreten: TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 18 und 19, der dies mittels einer Gegenüberstellung von Art. 25 und Art. 26 FusG begründet; EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7; ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6; AMSTUTZ/MABILLARD, Fusionsgesetz, Kommentar, 2008, Art. 25 FusG RN 6; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8 und Art. 25 FusG RN 12; vgl. auch HIRSIGER, die durch Gegenüberstellung von Schutzbedürfnis der Gläubiger und Interesse der Gesellschaft zum gleichen Resultat gelangt (HIRSIGER, a.a.O., S. 219); a.M. AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 und Art. 25 FusG RN 9; VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 656; VON SALIS, a.a.O., S. 352; GLANZMANN, der sich zur Begründung der Sicherstellungspflicht auf den bei den aufschiebend bedingten Forderungen anwendbaren Art. 152 Abs. 2 OR bezieht (GLANZMANN, a.a.O., RN 561).

⁴⁵ SCHNELLER, Die Organe der Aktiengesellschaft bei einer ordentlichen Fusion, 2006, S. 237; vgl. TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 19; ähnlich AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6.

ten wären anderenfalls verpflichtet, für jeden möglichen zukünftigen Schaden, der zu einer Versicherungsleistung berechtigten würde, Sicherstellung zu leisten.⁴⁶ Dies trotz des gestützt auf die Sondergesetzgebung bestehenden Schutzes von Anwartschaften:⁴⁷ In der Praxis erfolgt die Sicherstellung von Anwartschaften z.B. bei der Entlassung aus der Aufsicht eines Rückversicherungsunternehmens im Rahmen des Abwicklungsplanes durch Errichtung eines in der Schweiz verwalteten Fonds. Eine zusätzliche Sicherstellung nach Art. 46 FusG ist daher nicht nötig. Eine solche zusätzliche Sicherstellung würde zu einer unnötigen Blockierung erheblicher Mittel und damit einhergehenden Schwächung der Gesellschaft führen und kann daher nicht gerechtfertigt sein.

- 4.6 Auch bei *Dauerschuldverhältnissen* ist eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt: Eine Sicherstellung sämtlicher (begründeter) Forderungen bei Dauerschuldverhältnissen kann insbesondere bei langfristigen Verträgen für die Gesellschaft gravierende Folgen haben.⁴⁸ In Analogie zu den Forderungen der Arbeitnehmer gemäss Art. 49 Abs. 2 FusG ist der Anspruch auf Sicherstellung auf diejenigen Forderungen zu beschränken, die bis zum Zeitpunkt entstehen, auf den das betreffende Schuldverhältnis erstmals ordentlich beendet werden kann;⁴⁹ sofern ein Dauerschuldverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen wurde bzw. keine ordentliche Kündigungsmöglichkeit besteht, sind entsprechend sämtliche Forderungen für die gesamte Vertragsdauer sicherzustellen.⁵⁰

⁴⁶ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 19. TRUFFER weist zudem darauf hin, dass Art. 96 Abs. 3 FusG explizit vorsieht, dass bei einer Fusion von Pensionskassen die Versicherten keinen Anspruch auf Sicherstellung haben (TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 19).

⁴⁷ Sie sind insbesondere Gegenstand des Abwicklungsplans bei der Entlassung einer Rückversicherung aus der Aufsicht (Art. 60 VAG).

⁴⁸ AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 8; SCHNELLER, a.a.O., S. 236 f.

⁴⁹ EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8; AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 und Art. 25 FusG RN 8; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8; bei der Binnenfusion (mit Verweis auf die analoge Anwendung von Art. 27 Abs. 2 FusG): HIRSIGER, a.a.O., S. 218 f; GLANZMANN, a.a.O., RN 561: als zukünftige Forderung gilt z.B. die Zinsforderung aus Darlehen (nicht jedoch die Rückforderung der Darlehensvaluta). Demgegenüber lehnen AMSTUTZ/MABILLARD eine Gleichsetzung mit den Forderungen der Arbeitnehmer ab, aus ihrer Sicht ist eine solche Privilegierung nicht gerechtfertigt, vielmehr seien gemäss der Grundregel nur Forderungen, die vor der Publikation des Schuldenrufs begründet wurden, sicherstellungsberechtigt (AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6). Die Autoren meinten wohl «entstanden», ansonsten die kritisierte Gleichstellung mit den Arbeitnehmern in Wirklichkeit eine Privilegierung gegenüber den Arbeitnehmern bedeuten würde.

⁵⁰ AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 und Art. 25 FusG RN 8; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8 und Art. 25 FusG RN 13; bei der Binnenfusion (mit Verweis auf die analoge Anwendung von Art. 27 Abs. 2 FusG): HIRSIGER, a.a.O., S. 218 f.

- 4.7 *Fällige Forderungen* sind nicht sicherzustellen, sondern zu begleichen.⁵¹ Gemeint kann damit nur sein, dass die Gesellschaft bei einem Sicherstellungsbegehren die Forderung erfüllen muss und eine blossе Sicherstellung nicht ausreicht.⁵² Allerdings kann es aus Sicht der Gesellschaft unter gegebenen Umständen vorteilhaft sein, eine fällige Forderung lediglich sicherzustellen, sofern ein Gläubiger dies und nicht die (sofortige) Erfüllung verlangt.⁵³ Das Einverständnis des Gläubigers zu dieser Stundung sollte auf jeden Fall schriftlich vorliegen, ansonsten er in einem späteren Zeitpunkt (vor der Emigration) doch noch Erfüllung verlangen könnte. Nicht möglich ist es aber, den Gläubiger einer fälligen Forderung mittels Nichtgefährdungs-Attest (vgl. Ziffer 5.2) um die Sicherstellung zu bringen.⁵⁴
- 4.8 In Anlehnung an das Recht der Kapitalherabsetzung sind auch *bestrittene Forderungen* sicherzustellen.⁵⁵ Die Gesellschaft soll durch ein blosses Bestreiten der Forderung nicht leichthin ihre Sicherstellungspflicht umgehen können.⁵⁶ Es ist allerdings ein Mindestmass an Glaubhaftmachung der Forderung zu verlangen, ansonsten sich ein querulatorischer Gläubiger der Emigration allzu leichthin in den Weg stellen kann.⁵⁷

⁵¹ Dies ist die überwiegende Lehrmeinung, statt vieler EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7.

⁵² Gleicher Ansicht ist wohl auch HIRSIGER, die argumentiert, dass es keinen Grund gäbe, warum ein Gläubiger, der statt Erfüllung Sicherstellung verlangt, abzuweisen ist (HIRSIGER, a.a.O., S. 218); vgl. auch die Ansicht von VON SALIS: «das Sicherstellungsrecht bezweckt somit namentlich die Sicherstellung für Forderungen, die erst nach Rechtswirksamkeit der Spaltung fällig werden» (VON SALIS, a.a.O., S. 351), wobei hier unklar ist, ob er tatsächlich die Möglichkeit, dass der Gläubiger anstatt Erfüllung Sicherstellung verlangen kann, ausgeschlossen haben will (vgl. HIRSIGERS Bemerkungen zu den Ausführungen von VON SALIS, HIRSIGER, a.a.O., S. 218); vgl. auch AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6.

⁵³ Mindestens sofern sich daraus für die Gesellschaft keine anderweitigen Nachteile (wie z.B. anhaltender Zinsenlauf) ergeben.

⁵⁴ Vgl. VON SALIS, a.a.O., S. 182.

⁵⁵ EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7; AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 9; VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 656; VON SALIS, a.a.O., S. 352 (zur Spaltung); VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8; die hinsichtlich der Binnenfusion abweichenden Lehrmeinungen kommen infolge des bei der Emigration vorgezogenen Gläubigerschutzes vorliegend nicht zum Tragen (vgl. z.B. TRUFFER, der als Grund anfügt, dass die Sicherstellung keine Voraussetzung für den Vollzug der Fusion ist (TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 22)). Dies ist bei der Emigration nun eben nicht der Fall, oder vgl. AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 7.

⁵⁶ Vgl. zur Fusion: ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 FusG RN 10 und WEBER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse, KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Auflage, 2012, Art 25 FusG RN 7.

⁵⁷ Vgl. EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7; VON SALIS, a.a.O., S. 352; vgl. auch BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 319a.

- 4.9 Bereits *besicherte Forderungen* bedürfen keiner Sicherstellung (vorausgesetzt die bestehende Sicherheit ist nach Art und Höhe angemessen).⁵⁸
- 4.10 Bei einer *unter Rangrücktritt* gewährten Forderung erklärt der Gläubiger, erst nach sämtlichen anderen Gläubigern befriedigt werden zu wollen. Ein Sicherstellungsbegehren steht dieser Erklärung diametral entgegen. Entsprechend ist es nicht zuzulassen.⁵⁹
- 4.11 Auch eine *konkursrechtlich privilegierte Forderung* kann Gegenstand der Sicherstellungspflicht sein.⁶⁰ Allerdings ist davon auszugehen, dass in einem solchen Fall der Nachweis der Nichtgefährdung gemäss Art. 46 Abs. 2 FusG leichter zu erbringen ist.⁶¹
- 4.12 Jede Forderung, die einen Vermögenswert darstellt, ist sicherzustellen; lautet sie nicht auf Geld, so unterliegt der Betrag, der bei Nichterfüllung zu leisten wäre, der Sicherstellung.⁶²
- 4.13 Was den *Umfang* der Sicherstellung betrifft, so ist davon auszugehen, dass grundsätzlich der gesamte Nominalbetrag samt Nebenansprüchen sicherzustellen ist.⁶³ Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass der Umfang der Forderung (lediglich) bei einem zweiseitigen Vertrag, den auch der Gläubiger noch nicht erfüllt hat, auf die Differenz zwischen dem Marktwert der

⁵⁸ EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7; AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6; ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 FusG RN 5; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7 und Art. 25 FusG RN 15; SCHNELLER, a.a.O., S. 238 f.; differenzierter bzgl. der Person, die Sicherheit gewährt: VON SALIS, a.a.O., S. 352 sowie HIRSIGER, die die Ansicht von VON SALIS jedoch nicht teilt (HIRSIGER, a.a.O., S. 219 f.); im Resultat wohl auch AFFENTRANGER, der argumentiert, ein Sicherstellungsbegehren müsse grundsätzlich zugelassen werden, da der Schuldner jedenfalls für den Verwertungsausfall haftbar bleibe (AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 und Art. 25 FusG RN 9).

⁵⁹ VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER sind der Ansicht, dass nachrangige Gläubiger implizit auf eine Sicherstellung verzichtet haben (VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8 und Art. 25 FusG RN 14); TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 21: dies gelte auch für die Ausgleichszahlung und Abfindung gemäss Art. 7 f. FusG (so auch VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 656 und VON SALIS, der gar argumentiert, Ansprüche auf Ausgleichszahlung und Abfindung fallen nicht unter Art. 46 FusG, da die Gläubigerstellung fehle (VON SALIS, a.a.O., S. 351)).

⁶⁰ Vgl. Art. 49 Abs. 2 FusG hinsichtlich Forderungen aus Arbeitsvertrag.

⁶¹ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 21; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 7 und Art. 25 FusG RN 14; AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 6.

⁶² TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 17; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 11.

⁶³ EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 10; VON SALIS, a.a.O., S. 351; GASSMANN, a.a.O., Art. 163 IPRG RN 18 mit Verweis auf AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 ff.; VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 657; WEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8; AMSTUTZ/MABILLARD führen aus, dass diese Regel verhältnismässig sei, steht doch der Gesellschaft die Möglichkeit offen, mittels Nachweis der fehlenden Gefährdung die Sicherstellungspflicht zu umgehen (AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 8).

Forderung und der Gegenleistung des Gläubigers zu reduzieren ist.⁶⁴ Differenzierter betrachtet einzig BÖCKLI die Problematik des Umfangs der Sicherstellung: er argumentiert, dass die Sicherstellung (bloss) eine Verhinderung der Schlechterstellung bewirken soll, jedoch in keinem Fall eine Besserstellung. Entsprechend könne Sicherstellung nur in dem Umfang begehrt werden, der die durch die geplante Transaktion bewirkte Schlechterstellung wieder ausgleicht.⁶⁵ Zwar leuchtet diese Argumentation ein. Doch erscheint dieser Ansatz als kaum umsetzbar vor dem Hintergrund, dass kaum je mit vernünftigem Aufwand wird festgestellt werden können, inwiefern bzw. in welchem Ausmass eine geplante Emigration die Rechtsstellung des Gläubigers beeinträchtigt.⁶⁶

4.14 Die Form und Art der Sicherstellung kann gemäss allgemein geltenden obligationenrechtlichen Grundsätzen nach Wahl der Gesellschaft erfolgen.⁶⁷ Die Sicherstellung muss dem Gläubiger Gewissheit verschaffen, dass seine Forderung damit nicht mehr als gefährdet i.S.v. Art. 46 Abs. 2 FusG gilt.⁶⁸ Vorab stehen der Gesellschaft Personalsicherheiten (Bürgschaft, Vertrag zu Lasten eines Dritten, kumulative Schuldübernahme) und Realsicherheiten (Pfandrecht) an Vermögenswerten der Gesellschaft zur Verfügung.⁶⁹ Auch Aktiven der Gesellschaft können als Sicherheit dienen.⁷⁰ Die Aufzählung ist nicht abschliessend: Gemäss TRUFFER kommen u.U. gar unkonventionelle Arten der Sicherstellung in Frage.⁷¹ Der Gläubiger hat keinen Anspruch auf gleichartige Sicherheiten, wohl aber, dass diese werthaltig sind.⁷² Entsprechend wird in der Lehre auch die relativ strenge Meinung vertreten, dass nur die Bankgarantie, die Bankhinterlage sowie eventuell das Grundpfand als relativ einfach bewertbare Sicherheiten in Frage kommen können.⁷³ Eine

⁶⁴ Gemäss VON SALIS z.B. soll bei einem Kauf über einen Gegenstand mit Marktwert die Differenz zwischen Marktwert und Kaufpreis und bei einem langjährigen Mietvertrag nur die Differenz zwischen dem Mietzins und dem aktuellen Marktzins sichergestellt werden müssen (VON SALIS, a.a.O., S. 182); vgl. VON DER CRONE ET AL., und VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, die zudem Art. 83 Abs. 1 OR analog angewendet haben wollen (VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 404; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 8a mit Verweis auf VON SALIS).

⁶⁵ BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 319a und 167.

⁶⁶ So auch TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 24; AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 mit Verweis auf Art. 25 FusG RN 9; SCHNELLER, a.a.O., S. 242.

⁶⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 53 RN 167: vorausgesetzt die Sicherheit ist ausreichend und verwertbar; vonder CRONE ET AL., a.a.O., RN 651; VON SALIS, a.a.O., S. 353; EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 10.

⁶⁸ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 23 f.; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 18.

⁶⁹ Botschaft FusG, S. 4426.

⁷⁰ HIRSIGER, a.a.O., S. 220; bei der Kapitalherabsetzung: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 53 RN 168.

⁷¹ Sofern sie dem Gläubiger die nötige Gewissheit verschaffen (vgl. TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 23); vgl. auch SCHNELLER, a.a.O., S. 242.

⁷² VON SALIS, a.a.O., S. 353.

⁷³ ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 FusG RN 8.

andere Lehrmeinung erachtet es als nicht zwingend, dass eine Personalsicherheit von einer Bank gestellt werden muss, eine Interzession einer Gesellschaft die mindestens so solide ist wie die Schuldnergesellschaft reiche aus.⁷⁴ Es stellt sich angesichts des Erreichens des nötigen Grads an Gewissheit die Frage, ob nicht argumentiert werden könnte, eine Personalsicherheit einer Bank sei in der Regel höher einzustufen als die eines anderen Dritten, womit beim Umfang der Sicherstellungspflicht entsprechend Abschläge gemacht werden dürfen. Von der Lehre ebenso wenig beantwortet wird die Frage, was hinsichtlich Sicherheiten mit möglicherweise (stark) schwankendem Wert gilt.⁷⁵ Solche Sicherheiten werden wohl nur dann als ausreichend gelten, wenn die Deckung der Forderung im relevanten Umfang zu jedem Zeitpunkt gewährleistet ist. Andererseits darf dies nicht in einer Gläubigerbegünstigung resultieren.⁷⁶ Entsprechend ist eine Sicherheit, die starken Wertschwankungen unterliegt, abzulehnen.

- 4.15 Die Handelsregisterbehörden prüfen grundsätzlich nicht, ob die Sicherheiten korrekt geleistet wurden. Genügt der Bericht des Revisionsexperten nach Art. 164 Abs. 1 IPRG den inhaltlichen Anforderungen des Handelsregisters nicht, kann es aber sein, dass doch noch zum Sicherstellungsrecht Stellung genommen wird. Es ist somit angebracht, mit dem zuständigen Handelsregisteramt Rücksprache zu nehmen, sollte der Revisionsbericht nicht dem vorgesehenen Standard entsprechen (siehe entsprechende Vorlagen der Schweizerischen-Treuhandkammer).
- 4.16 Die herrschende Lehre plädiert im Allgemeinen für Zurückhaltung bei der Anwendung des Sicherstellungsrechts, u.a. aufgrund des massiven Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen.⁷⁷

⁷⁴ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 24.

⁷⁵ TRUFFER weist lediglich darauf hin, dass der Wert einer Realsicherheit vom (veränderlichen) Wert und der Veräusserbarkeit des Gegenstandes, derjenige einer Personalsicherheit von der Bonität des Interzedenten abhängt (TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 23); vgl. auch die kritischen Bemerkungen zur Problematik der Sicherheiten von ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER (ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, 2004, RN 642 ff. (zur Spaltung).

⁷⁶ WEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 9.

⁷⁷ VON SALIS, a.a.O., S. 181; vgl. auch BINDER unter Hinweis darauf, dass die Gläubigerschutzbestimmungen des FusG weit über den Standard des übrigen Aktienrechts hinausgehen (BINDER, a.a.O., S. 23). Hinsichtlich der Emigrationsspaltung ist zudem zu beachten, dass infolge Anwendbarkeit des Schweizer Rechts (Art. 163d Abs. 2 IPRG) auch die subsidiäre Haftung der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften gemäss Art. 47 FusG greift (vgl. auch MALACRIDA, Spaltung von Gesellschaften, in: ZSR 1/2004, S. 54 f.).

5. Bestätigung der Nichtgefährdung im Rahmen von Art. 164 IPRG

- 5.1 Die Voraussetzungen zur Löschung einer emigrierenden Gesellschaft im Handelsregister sind in Art. 164 IPRG geregelt. Art. 164 IPRG verlangt (unter anderem) die Vorlage des Berichts eines zugelassenen Revisionsexperten. Dieser Bericht ist dem Handelsregisteramt einzureichen, sobald um Löschung der emigrierenden Gesellschaft ersucht wird.⁷⁸
- 5.2 Gemäss Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 IPRG ist im Bericht des Revisionsexperten alternativ zu bestätigen, dass:
- die Forderungen der Gläubiger im Sinne von Art. 46 FusG *erfüllt* worden sind; oder
 - die Forderungen der Gläubiger im Sinne von Art. 46 FusG *sichergestellt* worden sind; oder
 - die Gläubiger, welche Erfüllung oder Sicherstellung ihrer Forderungen geltend gemacht haben, ihr Einverständnis zur Löschung erklärt haben.⁷⁹

Nun hält die Botschaft ausdrücklich fest, dass Art. 164 IPRG direkt an die Gläubigerschutzbestimmungen der Emigration ins Ausland anknüpft.⁸⁰ Der den Bestimmungen in Art. 164 IPRG zugrunde liegende Gläubigerschutz entspricht also jenem, welchen Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3 und Art. 163d Abs. 1 IPRG in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 FusG postuliert. Folglich erfasst der Verweis in Art. 164 Abs. 1 IPRG auch Abs. 2 von Art. 46 FusG.⁸¹ Im Ergebnis kann der Bericht des Revisionsexperten (als vierte Alternative) auch bestätigen, dass:

- die angemeldeten Forderungen trotz Wegzug nicht gefährdet sind.

Anders als im Gläubigerschutzverfahren bei der Kapitalherabsetzung (Art. 733 OR) ist es im Rahmen der Emigration ins Ausland also möglich, der Sicherstellungspflicht durch den Nachweis der Nichtgefährdung zu entgehen.

- 5.3 Gehen innert der Anmeldefrist keine Sicherstellungsbegehren ein, so verlieren die Gläubiger nach herrschender Lehre zur Emigration (Art. 164 Abs. 1,

⁷⁸ Art. 127 Abs. 1 lit. b HRegV (Sitzverlegung), Art. 146 Abs. 2 lit. c HRegV (Fusion) und Art. 147 i.V.m. Art. 146 Abs. 2 lit. c HRegV (Spaltung).

⁷⁹ Dass nur das Einverständnis, der ihre Forderung geltend machenden Gläubiger erforderlich ist, ergibt sich daraus, dass davon auszugehen ist, dass diejenigen Gläubiger, die kein Sicherstellungsbegehren stellen, implizit mit der Emigration einverstanden sind (vgl. weitere Ausführungen in Ziffer 5.3).

⁸⁰ Botschaft FusG, S. 4504.

⁸¹ COURVOISIER, a.a.O., Art. 164 IPRG RN 7; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, a.a.O., Art. 163b IPRG RN 43 ff. und Art. 164 IPRG RN 11; VON DER CRONE ET AL., a.a.O., RN 1176; ähnlich VISCHER, a.a.O., Art. 163b RN 13 und Art. 164 RN 3; HIRSIGER, a.a.O., S. 253.

Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3 und Art. 163d Abs. 1 IPRG) bzw. zur nationalen Spaltung (Art. 46 Abs. 1 FusG) ihren Anspruch auf Sicherstellung und die Sicherstellungspflicht entfällt gänzlich.⁸² In diesem Fall hat der Revisionsexperte (als fünfte Alternative) in seinem Bericht lediglich zu bestätigen, dass:

- die Schuldenrufe durchgeführt worden und keine Anmeldungen eingegangen sind.

Dies bedeutet, dass die Löschung vorgenommen werden kann, ohne dass zuvor noch Nachweise über entsprechende Einwilligungen der Gläubiger erbracht werden müssen. Die Bestimmungen in Art. 164 Abs. 1, Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3, Art. 163d Abs. 1 IPRG und Art. 46 Abs. 1 FusG können nur so verstanden werden, dass ein Gläubiger der es unterlässt, innert der ordentlich publizierten Anmeldefrist seine Forderung auf Sicherstellung anzumelden, (konkludent und unwiderruflich) als mit der Löschung der Gesellschaft einverstanden gilt.⁸³ Es wäre unhaltbar, wenn ein Gläubiger, dessen Anspruch auf Sicherstellung nach Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3, Art. 163d Abs. 1 IPRG in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 FusG verwirkt ist, in Anwendung von Art. 164 IPRG (doch noch) die Löschung verzögern oder gar verweigern könnte.

- 5.4 Gehen innert der Anmeldefrist Sicherstellungsbegehren ein, hat der Revisionsexperte dazu Stellung zu nehmen: Er hat zu bestätigen, dass die Forderungen befriedigt oder sichergestellt wurden, die um Sicherstellung ersuchenden Gläubiger der Emigration zugestimmt haben oder dass der Wegzug nicht zu einer Gefährdung der angemeldeten Forderungen führt.
- 5.5 Bei dieser Bestätigung wird der Revisionsexperte sich vornehmlich auf die von der Gesellschaft erbrachten Nachweise stützen (müssen). Während die Prüfung der Befriedigung der angemeldeten Forderung(en) wohl in der Regel unproblematisch ist, bestehen bezüglich der Prüfung der Sicherstellung, insbesondere hinsichtlich der Erfordernisse an Art und Umfang, bereits Unklarheiten (vgl. hierzu vorne Ziffer 4.13 f.). Zudem äussert sich das Gesetz auch nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen der Revisionsexperte eine Gefährdung der Forderung(en) ausschliessen kann, insbesondere welche Nachweise er von der Gesellschaft hierzu verlangen und welche Be-

⁸² Vgl. FN 31.

⁸³ COURVOISIER, a.a.O., Art 164 IPRG RN 4; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, Art. 164 IPRG RN 11; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art 164 IPRG RN 4.

weiskraft diesen Nachweisen zukommen soll.⁸⁴ In den nachfolgenden Ausführungen wird versucht, hier etwas Klarheit zu schaffen.

- 5.6 Da das IPRG – wie bereits erwähnt – auf die sinngemässe Anwendung von Artikel 46 des FusG verweist, der die Möglichkeit des Nachweises der Nichtgefährdung bei der nationalen Spaltung vorsieht (vgl. Art. 163 Abs. 2, Art. 163b Abs. 3 sowie Art. 163d Abs. 1), sind auch Botschaft, Rechtsprechung und Lehre, die sich zu den Voraussetzungen des Nachweises der Nichtgefährdung nach FusG äussern, zu berücksichtigen (Spaltung: Art. 46 Abs. 2 FusG, Fusion: Art. 25 Abs. 3 FusG). Diese können im Wesentlichen wie folgt zusammengefasst und hinsichtlich der in diesem Artikel zu beantwortenden Fragen ergänzt werden:
- 5.7 Es genügt, wenn die Gesellschaft gegenüber demjenigen Gläubiger, der Sicherstellung verlangt, darlegt, dass die angedachte Umstrukturierung (Emigration) *seine individuelle* Forderung nicht gefährdet.⁸⁵ Mithin kann nur die konkrete, fristgerecht angemeldete Forderung Gegenstand der Prüfung sein. Unbestritten ist auch, dass durch den Wegzug nicht nur der Bestand der Forderung per se, sondern ebenfalls deren Höhe nicht gefährdet sein darf.
- 5.8 Die Gefährdung muss einen direkten Zusammenhang zur Umstrukturierung (Emigration) aufweisen. Es sind also nur Verschlechterungen der Gläubigerposition relevant, die ihren Grund (ihre Causa) in der Transaktion (Emigration) haben.⁸⁶ Ist die Erfüllung einer Forderung also bereits vor der Transaktion gefährdet, und verschlimmert sich diese Gefährdung infolge

⁸⁴ AMSTUTZ/MABILLARD sprechen von überwiegender Wahrscheinlichkeit (AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 20). VON SALIS führt (zur nationalen Spaltung) aus, dass zwar ein blosses Glaubhaftmachen nicht ausreicht, die materiellen Voraussetzungen an den Beweis aber nicht allzu streng sein dürfen, zumal die Gesellschaften ja noch subsidiär haften (Art. 47 FusG; VON SALIS, a.a.O., S. 353 f.). Da diese Bestimmung bei der Sitzverlegung und Emigrationsfusion jedoch nicht (analog) anwendbar ist, wird man vermutlich doch einen etwas strengeren Beweis verlangen müssen. Zu Recht argumentiert TRUFFER, dass über einen zukünftigen Sachverhalt ein Beweis im strengen Sinn gar nicht möglich ist (TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 34: beim Nachweis der Nichtgefährdung handelt es sich um eine Voraussage); vgl. auch HIRSIGER, a.a.O., S. 225; BINDER, a.a.O., S. 41; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 163d IPRG RN 32 mit Verweis auf Kommentierung in Art. 46 FusG RN 15 bzw. Art. 25 FusG RN 31 ff. Vgl. auch hinten Ziffer 5.11.

⁸⁵ PFEIFER/MÜLLER, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Auflage, 2012, Art. 46 FusG RN 2 mit Verweis auf die Kommentierung von ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 FusG RN 14 ff.; EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 15 mit Verweis auf die Kommentierung von TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 34 ff.; vgl. auch analog TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 29; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., § 53 RN 94; BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 170; BINDER, a.a.O., S. 41; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 13 ff.; AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 3 mit Verweis auf Kommentierung zu Art. 25 FusG RN 16; implizit auch in der Botschaft FusG, S. 4442.

⁸⁶ PFEIFER/MÜLLER, a.a.O., Art. 46 FusG RN 2 mit Verweis auf die Kommentierung von ALBRECHT, a.a.O., Art. 25 RN 14 ff.; GLANZMANN, a.a.O., RN 566; BINDER, a.a.O., S. 41.

der Transaktion nicht, so mangelt es an der notwendigen Kausalität.⁸⁷ Kurz: Vorbestehende Gefährdungen sind für sich nicht relevant.

- 5.9 Eine relevante Verschlechterung der Position des Gläubigers ist nicht bereits dann anzunehmen, wenn sich die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Forderung infolge des Wegzugs bloss *geringfügig* vermindert; z.B. reicht der Umstand, dass die Schuldnerin vor der Fusion eine höhere Bonität aufweist als ihre Fusionspartnerin und damit durch die Fusion an Bonität verliert, per se nicht aus.⁸⁸ Es braucht eine *ernst zu nehmende* Verschlechterung der Gläubigerlage.⁸⁹ Kurz: Geringfügige Verschlechterungen der Gläubigerlage sind nicht relevant.
- 5.10 Hinsichtlich der Umstände, die eine Gefährdung auslösen können, führt die Botschaft zum FusG beispielhaft an, dass eine relevante Gefährdung darin bestehen kann, dass die neue Schuldnerin nach der Fusion weniger strengen Kapitalschutzvorschriften unterliegt: dies ist gemäss Botschaft z.B. bei der Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine Genossenschaft der Fall.⁹⁰ Für sich allein ist das aber noch kein ausreichender Grund, eine Gefährdung der Gläubigerlage anzunehmen.⁹¹
- 5.11 Gemäss Wortlaut des Gesetzes hat die Gesellschaft die Nichtgefährdung *nachzuweisen*.⁹² Unbestritten dürfte sein, dass über einen zukünftigen Sachverhalt ein Beweis im strengen Sinn nicht möglich ist.⁹³ Hinzu kommt, dass der negative Beweis als solcher in der Regel nur schwer zu erbringen ist. Demnach muss ein Glaubhaftmachen im Sinne eines Plausibilisierens genügen.⁹⁴ Es dürfte ebenso unbestritten sein, dass eine Gefährdung nicht bereits dann zu bejahen ist, wenn in der Regel nicht damit gerechnet werden kann, dass sich die Gefahr realisieren wird. Eine relevante Gefährdung wird hingegen dann vorliegen und der entsprechende «Nachweis» der Nichtgefährdung misslingen, wenn aufgrund konkreter Indizien vernünftigerweise davon ausgegangen werden muss, dass das gefährdende zukünftige Ereignis eintritt.

⁸⁷ AFFENTRANGER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 19 FN 18; BINDER, a.a.O., S. 41.

⁸⁸ BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 170; TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 36; GLANZMANN, a.a.O., RN 567.

⁸⁹ BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 170; GLANZMANN, a.a.O., RN 567.

⁹⁰ Botschaft FusG, S. 4426.

⁹¹ Gemäss TRUFFER liegt z.B. bei gesunden Vermögensverhältnissen kein ausreichender Grund vor (TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 36).

⁹² Art. 46 Abs. 2 FusG: «die Pflicht zur Sicherstellung entfällt, wenn die Gesellschaft nachweist, dass ...».

⁹³ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 34; vgl. auch HIRSIGER, a.a.O., S. 225; BINDER, a.a.O., S. 41; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 163d IPRG RN 32 mit Verweis auf Kommentierung in Art. 46 FusG RN 15 bzw. Art. 25 FusG RN 31 ff.

⁹⁴ Ersteres: BINDER, a.a.O., S. 41 mit weiterem Verweis; letzteres: AMSTUTZ/MABILLARD, a.a.O., Art. 25 FusG RN 20.

- 5.12 Zur Art und Weise wie der Nachweis der Nichtgefährdung zu erbringen ist, besteht schon hinsichtlich der *nationalen* Umstrukturierungen keine einheitliche Meinung. Dennoch: Es scheint sich doch ein breit anerkanntes (und auch praktikables) Kriterium zu etablieren: Die Notwendigkeit der Wertberichtigung. Danach gilt eine angemeldete Forderung (erst) dann als gefährdet, wenn sie aus Sicht des Gläubigers nach den allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen wertberichtigt werden muss (bzw. müsste).⁹⁵ Zur Beantwortung der Frage, wann wertberichtigt werden muss (bzw. müsste), sind die einschlägigen Rechnungslegungsnormen des OR (und nicht etwa anderer, vom Gläubiger zu verwendende oder von diesem verwendete Rechnungslegungsnormen) beizuziehen. Folglich liegt hinsichtlich einer Forderung eine (im Sinne von Art. 46 Abs. 2 FusG) relevante Gefährdung vor, wenn und sobald diese Forderung (nach den einschlägigen Rechnungslegungsnormen des OR) nicht mehr zum vollen Betrag bilanziert werden darf (bzw. dürfte).⁹⁶ Es gilt die Einzelbetrachtung. Die Möglichkeit der pauschalen Berichtigung ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Das heisst, pauschale Wertberichtigungen auf Debitorenbeständen (gestützt auf die abstrakte Annahme, dass einige der Forderungen nicht einbringbar sind, während andere erfüllt werden) sind für die Beurteilung der Gefährdung einer Forderung gemäss Art. 46 Abs. 2 FusG keine relevanten Wertberichtigungen, also unerheblich.⁹⁷ Ist die Notwendigkeit einer Einzelwertberichtigung ausschlaggebendes Kriterium für die Beurteilung der Gefährdung einer Forderung, beantwortet dies auch die Frage, ob Anwartschaften – namentlich solche gegenüber (Rück-)Versicherungsgesellschaften – im Sinne von Art. 46 FusG sicherzustellen sind. Nach den einschlägigen Rechnungslegungsnormen des OR erscheinen Anwartschaften nicht in der Bilanz des Gläubigers. Sie sind im Verfahren nach Art. 46 FusG, d.h. auch im Rahmen der Emigration, folglich irrelevant.⁹⁸
- 5.13 Bei der Beurteilung der Gefährdung werden auch bestimmte Positionen der Gesellschaft wie z.B. Eigenkapitalausstattung, Liquidität, Banklimiten, dingliche Belastung oder Veräusserbarkeit der Aktiven berücksichtigt.⁹⁹ Letztlich wird vereinzelt auch auf die Art der Forderung selbst abgestellt.¹⁰⁰

⁹⁵ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 37; BÖCKLI, a.a.O., § 3 RN 164; BINDER, a.a.O., S. 41.

⁹⁶ BINDER, a.a.O., S. 41.

⁹⁷ TRUFFER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 37; vgl. zu Delkrederer auch SCHWEIZERISCHE-TREUHANDKAMMER, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band 1, Buchführung und Rechnungslegung, 2. Auflage, 2009, S. 231.

⁹⁸ Diese Auffassung deckt sich auch mit dem Postulat eines namhaften Teils der Lehre, wonach Anwartschaften nicht gleich entstandener Forderungen sicherstellungspflichtig sein sollen (vgl. Ziffer 4.4). Wo es das öffentliche Interesse verlangt, werden Anwartschaften mittels Sondergesetzgebung geschützt (vgl. Ziffer 4.4).

⁹⁹ VON SALIS, a.a.O., S. 354; teilweise auch BINDER, a.a.O., S. 41.

¹⁰⁰ Nach GLANZMANN spielt der Zeitpunkt der Fälligkeit und die Kollokationsklasse eine Rolle (GLANZMANN, a.a.O., RN 567); hinsichtlich Fälligkeit vgl. auch VON SALIS (VON SALIS, a.a.O., S. 354).

- 5.14 Im Weiteren sind die Besonderheiten der einzelnen im FusG geregelten Tatbestände zu berücksichtigen. Klar dürfte z.B. sein, dass bei der Spaltung im Gegensatz zur Fusion infolge der Aufteilung des Haftungssubstrats als solches eine Verschlechterung der Gläubigerposition eher angenommen wird, und dies den Nachweis der Nichtgefährdung grundsätzlich erschwert.¹⁰¹ Gleichzeitig ist bei der Spaltung allerdings auch die subsidiäre Solidarhaftung nach Art. 47 FusG in die Beurteilung miteinzubeziehen, was den Nachweis der Nichtgefährdung wiederum erleichtern sollte.¹⁰²
- 5.15 Diese vorstehend aufgeführte, in Bezug auf die *nationalen* Umstrukturierungstatbestände entwickelte Praxis zum FusG gilt grundsätzlich auch für die Emigrationstatbestände. Im vorliegenden Artikel wird auf diese Praxis nur dann und insoweit eingegangen, als sie im internationalen Verhältnis nicht oder nur anders gelten kann. Nachstehende Ausführungen befassen sich mit der Frage, welche Voraussetzungen neben denjenigen nach FusG erfüllt sein müssen, damit dem Gläubigerschutz bei der Emigration gebührend bzw. angemessen Rechnung getragen wird.
- 5.16 Bei der blossen Sitzverlegung ins Ausland bleibt die Person des Schuldners dieselbe und auch das Haftungssubstrat ist dasselbe. In Bezug auf die Nichtgefährdung bei einer Sitzverlegung ins Ausland beschränkt sich die Prüfung (lediglich) auf die Frage, ob die *Unterstellung der Schuldnerin unter eine neue Rechtsordnung* eine Gefährdung der Erfüllung der Forderung bewirkt. Dies bedeutet, dass die Praxis zu den nationalen Umstrukturierungen höchstens analog, und auch so nur beschränkt, anwendbar ist.
- 5.17 Eine Sitzverlegung gefährdet eine Forderung im Sinne von Art. 164 IPRG i.V.m. Art. 46 Abs. 2 FusG dann, wenn sie sich auf die Forderung derart auswirkt, dass diese zufolge der mit der Sitzverlegung verbundenen Nachteile bezüglich Bestand, Einbringbarkeit oder Durchsetzbarkeit der Forderung unter Anwendung des Grundsatzes der Bilanzwahrheit (Art. 957 OR) wertberichtigt werden muss (vgl. Ziffer 5.12).¹⁰³ Die Beurteilung der Gefährdung im Sinne von Art. 164 IPRG i.V.m. Art. 46 Abs. 2 FusG erfolgt

¹⁰¹ Gemäss einzelner Lehrmeinungen zur Binnenspaltung dürfte der Nachweis der Nichtgefährdung bei der Binnenspaltung bereits dann gelingen, wenn (auch) nach der Spaltung zur Befriedigung der Forderung(en) noch genügend freies Vermögen vorhanden ist (DAENIKER/FANKHAUSER, Die Spaltung von Gesellschaften in der Praxis, in: Fusionsgesetz Auswirkungen auf die Praxis, 2004, S. 65 und 66). Zu der Frage, was gilt, wenn bereits vor der Transaktion nicht ausreichend freies Vermögen vorhanden ist, nehmen die Autoren keine Stellung. Gestützt auf den Kausalitätsgrundsatz lässt sich daraus jedenfalls nicht per se das Vorliegen einer Gefährdung ableiten.

¹⁰² Infolge des Verweises in Art. 163d Abs. 2 IPRG auf das Schweizerische Recht allgemein ist die subsidiäre Solidarhaftung der Binnenspaltung auch auf die Emigrationsspaltung anwendbar (vgl. insbesondere Art. 47 Abs. 2 lit. d und e FusG).

¹⁰³ Die teilweise detaillierteren und strengeren Regeln von IFRS und Swiss Gaap FER sind nicht zwingend anwendbar. Daher bleiben sie entsprechend unberücksichtigt.

hier also in erster Linie unter Anwendung der Regeln des Rechnungslegungsrechts. Vor dem Hintergrund von Art. 164 IPRG i.V.m. Art. 46 Abs. 2 FusG, der die Überprüfung dieser Frage zunächst einem zugelassenen Revisionsexperten überlässt, erscheint dies sachgerecht. Zwar bindet das Prüfungsurteil des Revisionsexperten den Richter nicht; er wird es *aber* angemessen in seine freie Beweiswürdigung einbeziehen.¹⁰⁴ Namhafte Schweizer Wirtschaftsprüfungsunternehmen bestätigen, dass in der Praxis die Nichtgefährdung nach den genannten Kriterien geprüft würde. Allerdings seien bei dieser Prüfung nicht nur Verschlechterungen der Gläubigerposition relevant, die ihren Grund (ihre Causa) in der Emigration haben, sondern auch vorbestehende Gefährdungen (z.B. prekäre finanzielle Situation der Schuldnerin) (vgl. Ziffer 5.8). Solange also kein höchstrichterliches Urteil vorliegt, welches die vorbestehende Gefährdung als nicht relevant im Sinne von Art. 164 IPRG i.V.m. Art. 46 Abs. 2 FusG beurteilt, wird in der Praxis wohl kein engerer Prüfungsmaßstab angewendet werden. Im Rahmen der Beurteilung der Nichtgefährdung bzw. des Wertberichtigungsbedarfs werden die drei nachfolgenden Prüfungsschritte vorgenommen:¹⁰⁵

1. Hat die Gesellschaft nach der Emigration noch ausreichend Eigenkapital (Nettoaktiven) und liquide Mittel, um die Forderung zu begleichen?
2. Darf die Gesellschaft die Forderung im Zuzugsland überhaupt noch bezahlen?
3. Ist die Forderung im Zuzugsland notfalls zwangsweise durchsetzbar und vollstreckbar?

5.18 In einem ersten Schritt prüft der Revisionsexperte im Wesentlichen die Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft, d.h. Liquiditäts-, Finanz- und Ertragslage, unter Berücksichtigung sämtlicher mit dem Wegzug anfallender Kosten (u.a. Wegzugsbesteuerung, Beratungskosten, operative Umstrukturierungskosten) sowie die Eigenkapitalsituation (Nettoaktiven) unter Berücksichtigung der Kapitalschutzvorschriften im Zugzugsland (*objektives Prüfungselement*). Hier werden wie angesprochen auch Verschlechterungen der Gläubigerposition berücksichtigt, die ihre Causa nicht in der Emigration haben (vgl. Ziffer 5.17). Ist die Fortführung nicht gewährleistet, wird der Revisionsexperte eine Nichtgefährdung nicht ohne Weiteres attestieren wollen, auch wenn die Causa der Gefährdung nicht die Sitzverlegung selber

¹⁰⁴ Vgl. VOGEL/HEIZ/BEHNISCH/SIEBER, a.a.O., Art. 25 FusG RN 31. Dies im Gegensatz zum Handelsregisteramt, welches die Löschung gestützt auf den Bericht vornehmen muss, sofern keine Handelsregistersperre angeordnet wurde.

¹⁰⁵ Dies entspricht der Praxis angesehener Schweizer Wirtschaftsprüfungsunternehmen. An dieser Stelle danken wir Herrn Philipp Aichele, Director Legal Services, PricewaterhouseCoopers AG, Basel, Frau Sandra Terzic, Director Department of Professional Practice, KPMG AG sowie Herrn Frank Scharnagl, zugelassener Revisionsexperte, LacMont AG, für ihre wertvollen Ausführungen.

ist (d.h. bei einer vorbestehenden Gefährdung).¹⁰⁶ Fazit: In der Praxis dürfen wohl nur gesunde Gesellschaften ein uneingeschränktes Nichtgefährdungs-Attest vom Revisionsexperten erhalten.¹⁰⁷

Zu den Prüfungshandlungen unter Schritt 1 zählt folglich auch die Abklärung, ob die Kapitalschutzvorschriften und gegebenenfalls allfällige Konkursprivilegien im Zuzugsland bezüglich der angemeldeten Forderungen gleichwertig sind, bzw. ob ein kohärenter, mit der Schweiz vergleichbarer Gläubigerschutz besteht, wobei notabene nicht Identität verlangt wird. Die Abklärungen der Kapitalschutzvorschriften und allfälliger Konkursprivilegien sind immer nur als Indiz und für sich alleine nicht als ausschlaggebendes Kriterium zu bewerten. Je nach vorhandener Liquidität und Eigenkapitalsituation (Nettoaktiven) der Gesellschaft sind auch weniger strenge Kapitalschutzvorschriften oder mangelnde Konkursprivilegien kein Grund, um die angemeldete Forderung als gefährdet anzusehen.

Weiter prüft der Revisionsexperte die Zahlungswilligkeit (Integrität) von Verwaltungsrat/Management/beherrschendem Aktionär der Schuldnergesellschaft (*subjektives Prüfungselement*). In der Praxis verlangt der Revisionsexperte hierzu eine sogenannte Vollständigkeitserklärung, worin u.a. festgehalten wird, dass die Verbindlichkeiten im Zeitpunkt der Fälligkeit vollumfänglich beglichen werden (sofern sich diese als berechtigt erweisen). Zu beachten ist, dass die verantwortlichen Personen im Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung unter Umständen nicht mehr dieselben sind; daher kann diese Erklärung nur als Indiz für die Nichtgefährdung gewertet werden.

- 5.19 In einem zweiten Schritt prüft der Revisionsexperte, ob sich allenfalls eine Wertberichtigung aufdrängt, weil ein eklatanter Mangel an politischer Stabilität im Zuzugsland die Einbringbarkeit der Forderung verunmöglicht (namentlich z.B. bei Krieg), d.h. ob die Forderung selbst bei Zahlungswilligkeit nicht mehr erfüllt werden dürfte.¹⁰⁸ Weitere massgebliche Faktoren, die per se die Begleichung einer Forderung verunmöglichen und entsprechend

¹⁰⁶ Daher wird es wohl in dieser Situation – wenn überhaupt – nur mit einem rechtskräftigen Gerichtsentscheid möglich sein, ohne Zustimmung des Gläubigers bzw. ohne Sicherstellung von dessen Forderung den Wegzug durchzuführen bzw. die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister zu erhalten.

¹⁰⁷ Ist die angemeldete Forderung durch die Sitzverlegung per se zwar nicht gefährdet (namentlich weil sie konkursrechtlich privilegiert ist wie z.B. Forderungen von Arbeitnehmern), die Gesellschaft aber (bereits vor Sitzverlegung) überschuldet, wird der Revisionsexperte das entsprechende Prüfungsurteil – wenn überhaupt – nur auf den entsprechenden Sachverhalt zugeschnitten ausstellen und höchstens bestätigen, dass die Erfüllung der angemeldeten Forderungen durch die Sitzverlegung nicht zusätzlich gefährdet ist. Zudem wird er in einem solchen Fall darauf hinweisen, dass die Gesellschaft überschuldet und die Vorschriften von Art. 725 Abs. 2 OR zu beachten sind.

¹⁰⁸ Entsprechende Informationen zur politischen Lage kann man z.B. beim Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten in Erfahrung bringen.

zwingend eine Wertberichtigung nach sich ziehen, sind Devisenrestriktionen (Restriktionen für Kapitalexport).

- 5.20 In einem dritten Schritt prüft der Revisionsexperte *immer* auch, ob eine Forderung – wie die angemeldete – sofern sie begründet ist, im Zuzugsland (weiter-)besteht und zwangsweise durchgesetzt und vollstreckt werden kann. Diese Prüfung erfolgt unter dem Gesichtspunkt des anwendbaren materiellen Rechts sowie des lokalen Zivilprozessrechts bzw. Zwangsvollstreckungsrechts. Gegebenenfalls ist eine Forderung im Ausland nicht durchsetzbar, weil der Anspruch infolge des neu anwendbaren Rechts verjährt ist, oder aber gar, weil das lokale Recht die Durchsetzung nicht zulässt (z.B. mangels Konformität mit der SHARIA). Kommt der Revisionsexperte zum Schluss, dass die Forderung im Zuzugsland nicht durchsetzbar und damit per se gefährdet ist, stellt sich die Frage, ob die Gefährdung *durch den Wegzug bzw. die Unterstellung unter das neue Rechtssystem* begründet ist (Kausalität). Ist die Forderung auch in der Schweiz nicht durchsetzbar, so handelt es sich um eine *vorbestehende* Gefährdung, welche nicht relevant ist (vgl. Ziffer 5.8). Die Forderung gilt damit als nicht gefährdet im Sinne von Art. 46 Abs. 2 FusG.

Allein aufgrund des Umstands, dass die Durchsetzung einer Forderung im Ausland für einen Schweizer Gläubiger (in aller Regel) mit zusätzlichem Aufwand und höheren Kosten verbunden ist und deshalb eine Wertberichtigung zugelassen wird, kann noch keine Gefährdung der Forderung im Sinn von Art. 46 Abs. 2 FusG angenommen werden.¹⁰⁹ Zwar wäre in derlei Fällen eine Wertberichtigung zulässig, sie ist aber *nicht notwendig*. Der Gesetzgeber scheint zusätzlichen Durchsetzungsaufwand und höhere Durchsetzungskosten grundsätzlich in Kauf zu nehmen. Ansonsten bliebe Art. 46 Abs. 2 FusG toter Buchstabe.

- 5.21 Hinsichtlich Emigrationsfusion und -spaltung werden dieselben drei Prüfungsschritte analog vorgenommen unter Berücksichtigung der zu den nationalen Umstrukturierungstatbeständen entwickelten Praxis.
- 5.22 Die Prüfung des Revisionsexperten beschränkt sich in der Regel auf den *Zeitraum* von maximal zwölf Monaten ab Wegzugsdatum, wobei er auch die Monate zwischen Datum des letzten ordentlichen Revisionsberichts und des Wegzugs für seine Meinungsbildung mitberücksichtigen wird.¹¹⁰ In be-

¹⁰⁹ Ähnlich COURVOISIER, der argumentiert, dass die Tatsache, dass sich die Rechtsverfolgung im Ausland erschweren kann, nicht zwingendermassen mit einer Gefährdung i.S.v. Art. 46 Abs. 2 FusG gleichgesetzt werden kann. Mithin plädiert auch er dafür, dass nicht jede mögliche Gefährdung i.S.v. Art. 46 Abs. 2 FusG massgeblich ist (COURVOISIER, a.a.O., Art. 164 IPRG RN 7).

¹¹⁰ Vgl. z.B. Schweizer Prüfungsstandards, 2013, PS 570, S. 551, Ziffer 13 und PS 570, S. 558 Ziffer A13–A14.

sonderen Fällen muss auch eine grössere Zeitspanne in die Beurteilung mitbezogen werden. Bei Gesellschaften, welche auf eine eingeschränkte Revision verzichtet haben, kann sich der Revisionsexperte nicht auf geprüfte Zahlen stützen, weshalb er sich bezüglich des abgeschlossenen Geschäftsjahres selber ins Bild setzen wird. Allerdings wird er in der Regel darauf verzichten, selber eine eingeschränkte Revision des Abschlusses vorzunehmen und die Zahlen nur stichprobenweise prüfen bzw. eine Prüfung der Entwicklung und Finanzlage der Gesellschaft (inkl. Planung) im Rahmen einer Plausibilisierung vornehmen.

- 5.23 Der Revisionsexperte wird sich – sofern sich die zur Beurteilung der Nichtgefährdung der Forderung erforderlichen Informationen seiner Kenntnis entziehen – zur Beurteilung dieser Frage auf *Gutachten von Drittpersonen* im Zuzugsland (wie namentlich rechtliche Memoranden/Rechtsgutachten von Rechtsexperten oder Stellungnahmen von Revisionsexperten) stützen wollen. Gutachten von Drittpersonen werden in der Regel für die Frage der Kapitalschutzvorschriften und des Konkursystems (Ziffer 5.18) sowie der Durchsetzbarkeit (vgl. Ziffer 5.20) nötig sein.
- 5.24 Hinsichtlich des *Wortlauts des Prüfungsberichts* bei Sitzverlegung einer Schweizer Gesellschaft ins Ausland (Art. 164 IPRG; Art. 127 Abs. 1 lit. b HRegV), kann auf die Berichtsvorlage der Schweizerischen-Treuhandkammer verwiesen werden.¹¹¹ Der Revisionsexperte hat sich bei seinem Bericht nach Art. 164 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 46 FusG mit bis zu fünf verschiedenen Fällen zu befassen, namentlich: die angemeldeten Forderungen wurden erfüllt (Fall 1), sichergestellt (Fall 2), das Einverständnis des Gläubigers zum Wegzug liegt vor (Fall 3), die während der zweimonatigen Publikationsfrist angemeldeten Forderungen sind infolge des Wegzugs nicht gefährdet (Fall 4) oder es sind während der Publikationsfrist keine Anmeldungen eingegangen (Fall 5) (vgl. Ziffern 5.2 f.). Die Berichtsvorlage der

¹¹¹ Vgl. Schweizer Prüfungshinweis 10: Berichterstattung zur Prüfung von besonderen Vorgängen, verabschiedet am 21. Oktober 2013 vom Ausschuss des Vorstands der Schweizerische-Treuhandkammer und publiziert am 13. Dezember 2013, Ziffer 2.14 («PH 10»). Hinsichtlich des Prüfungsberichts bei Fusion von der Schweiz ins Ausland (Art. 164 IPRG; Art. 146 Abs. 2 lit. c. HRegV) und bei Spaltung von der Schweiz ins Ausland (Art. 164 IPRG; Art. 147 i.V.m. Art. 127 Abs. 1 lit. b HRegV) wurden bis Dato von der Schweizerische-Treuhandkammer keine Prüfungsvorlagen erstellt.

Schweizerischen-Treuhandkammer deckt die Fälle 1 bis 3 ab, auf eine Vorlage zu Fall 4 und 5 wurde verzichtet.¹¹²

6. Zusammenfassung

- 6.1 Eine Rechtsordnung im globalen Umfeld mobil agierender Gesellschaften muss nicht nur den Zuzug unter vernünftigen Regeln ermöglichen, sondern ebenso den Wegzug, ansonsten sich eine Gesellschaft im entsprechenden Rechtssystem gefangen sieht, was sich bei langfristiger Betrachtung als Standortnachteil für die Schweiz erweist. Es war immer schon die Stärke der Schweiz, angemessene rechtliche Rahmenbedingungen für die Teilnahme am Wirtschaftsleben zu schaffen. Dazu zählt nicht nur das immer wieder angesprochene steuerrechtliche Umfeld sondern auch das gesellschaftsrechtliche. Auf diesem Hintergrund hat die Schweiz bei der Revision des IPRG infolge der Einführung des FusG Erleichterungen hinsichtlich des Zuzugs insbesondere aber auch der Emigration zugelassen. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund der tendenziell globalen Angleichung der Rechtssysteme bzw. Gläubigerschutzbestimmungen und mit dem Grundgedanken, dass auch auf ausländische (Gläubiger-)Schutzbestimmungen angemessen abgestellt werden darf. Die Schweiz hat die Chance wahrgenommen, gesetzliche Rahmenbedingen zur Verfügung zu stellen, um eine gewisse Flexibilität beim Wegzug von Unternehmen aus der Schweiz zu gewährleisten. Es ist darauf Acht zu geben, dass die gesetzlich gewonnene Flexibilität im Rahmen der Umsetzung nutzbar gemacht werden kann.
- 6.2 Entsprechend soll die Emigration im Rahmen nachfolgender Voraussetzungen möglich sein :
- 6.2.1 *Nur die innerhalb von zwei Monaten nach dem dritten Schuldenruf angemeldeten Forderungen sind sicherzustellen* ; wer sich nicht innert Frist meldet, verwirkt sein Recht auf Sicherstellung (nicht aber das Recht auf Erfüllung im Zeitpunkt der Fälligkeit).
- 6.2.2 Ein dreimaliger *Schuldenruf*, der *vor dem Generalversammlungsbeschluss* über den Wegzug publiziert wird, ist ebenso *rechtsgenügend* wie einer, der nach demselben publiziert wird ; macht es doch für ein

¹¹² Das Prüfungsurteil für die Fälle 1 bis 3 (PH 10, Ziffer 2.14) lautet wie folgt: «*Nach unserer Beurteilung sind die Forderungen der Gläubiger der [Name der Gesellschaft] im Sinne von Art. 46 FusG sichergestellt oder erfüllt worden oder die Gläubiger mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister einverstanden.*»

Analog zur Berichtsvorlage zu den Fällen 1 bis 3, könnte das Prüfungsurteil bezüglich Fall 4 (Nichtgefährdungs-Attest) z.B. wie folgt lauten: «*Nach unserer Beurteilung besteht keine Pflicht zur Sicherstellung der angemeldeten Forderungen der Gläubiger der [Name der Gesellschaft], da die Erfüllung dieser Forderungen im Sinne von Art. 46 FusG durch den Wegzug nicht gefährdet ist.*»

Unternehmen durchaus Sinn, die Reaktionen auf den Schuldenruf abzuwarten, bevor über den definitiven Wegzug entschieden wird. Im Sinne des Gläubigerschutzes sollte aber mit dem Wegzug grundsätzlich nicht länger als zwölf Monate seit drittem Schuldenruf gewartet werden, ansonsten der Schuldenruf wiederholt werden muss und das Recht auf Sicherstellung erneut zu gewähren ist.

- 6.2.3 *Sicherzustellen sind sämtliche Forderungen, die vor der Publikation des Schuldenrufs entstanden sind*, umfassend somit auch bestrittene und auflösend bedingte Forderungen *nicht aber Anwartschaften*. Fällige Forderungen sind zu begleichen.
- 6.2.4 In der Regel ist der *gesamte Nominalbetrag samt Nebenansprüchen* sicherzustellen.
- 6.2.5 Die *Pflicht zur Sicherstellung entfällt*, wenn die konkret angemeldete Forderung infolge des Wegzugs nicht gefährdet ist. Grundsätzlich muss die Verschlechterung der Gläubigerposition zwar durch den Wegzug selber begründet und soll eine vorbestehende Gefährdung nicht relevant sein. Die Revisionsexperten werden aber kaum davon abzubringen sein, in ihre Prüfung auch noch die generelle finanzielle Situation der Gesellschaft einzubeziehen (vorbestehende Gefährdung).
- 6.2.6 Die für die Löschung erforderliche Bestätigung durch den Revisionsexperten nach Art. 164 IPRG kann durch Beibringung eines Nichtgefährdungs-Attests im Sinne von Ziffer 6.2.5 erbracht werden. Bei der Sitzverlegung gibt es grundsätzlich nur ein massgebendes Kriterium: Der Revisionsexperte prüft (inhaltlich), ob die angemeldete Forderung unter Anwendung der Rechnungslegungsnormen des OR und unter zuzugabe der Emigration qualifizierter Prüfung zwingend eine Wertberichtigung verlangt (vgl. Ziffer 6.2.5). Die Prüfung des Revisionsexperten bei einer internationalen Fusion und Spaltung richtet sich zudem nach der Praxis zur nationalen Fusion und Spaltung (analoge Anwendung). Im Streitfall aber bindet das Prüfungsurteil des Revisionsexperten den Richter nicht.

Résumé

- 6.1 Un ordre juridique, dans l'environnement global (*mondial*) de sociétés dont l'exploitation est mobile, doit non seulement permettre leur arrivée, en vertu de préceptes raisonnables, mais également leur départ, sauf à susciter pour les sociétés concernées un sentiment d'emprisonnement dans un système juridique, ce qui, considéré à long terme, s'avérerait être un désavantage pour la Suisse en tant que lieu d'implantation. La force de la Suisse a toujours résidé dans sa capacité d'offrir un cadre réglementaire convenant à une participation à la vie économique. Cet aspect comprend non seulement l'environnement fiscal régulièrement mentionné, mais aussi le droit des sociétés. A la lumière de ces éléments, la Suisse, lors de la révision de la LDIP consécutive à l'introduction de la LFus, a accordé des allègements pour l'arrivée de sociétés et également pour les situations d'émigration. Ceci, notamment au vu de la tendance à harmoniser globalement les systèmes juridiques, respectivement les dispositions de protection des créanciers et avec l'idée essentielle que l'on peut adéquatement s'adapter aux dispositions étrangères de protection (des créanciers). La Suisse a saisi la chance de proposer des conditions légales permettant de garantir une certaine souplesse lors du départ d'entreprises vers l'étranger. Il convient de veiller à que la souplesse obtenue sur le plan légal puisse être exploitée au niveau de la mise en œuvre.
- 6.2 L'émigration doit en conséquence être possible dans le cadre des conditions suivantes :
- 6.2.1 *Seules les créances produites* dans le délai de deux mois suivant le troisième appel aux créanciers *bénéficient de sûretés* ; le créancier qui ne s'annonce pas pendant ce délai est déchu de son droit à des sûretés (mais conserve le droit à l'exécution au moment de l'exigibilité).
- 6.2.2 Un triple *appel aux créanciers*, publié *avant la décision de l'Assemblée générale* concernant le départ, s'inscrit à satisfaction de droit, à *satisfaction de droit*, l'instar de celui publié postérieurement ; il est parfaitement logique pour une entreprise d'attendre les réactions suscitées par l'appel aux créanciers avant que le départ définitif soit arrêté. Dans l'esprit de la protection des créanciers, il ne devrait en principe pas s'écouler plus de douze mois depuis le troisième appel à ces derniers ; au delà, il conviendra de le réitérer et de garantir à nouveau le droit à des sûretés.
- 6.2.3 *Toutes les créances qui sont nées avant la publication de l'appel aux créanciers doivent être garanties*, les créances contestées et subordonnées à des conditions résolutoires étant incluses, à l'exception des *expectatives*. Les créances échues doivent être satisfaites.

- 6.2.4 En règle générale, le *montant nominal total comprenant les créances accessoires* doit bénéficier de sûretés.
- 6.2.5 *L'obligation de fournir des sûretés s'éteint* si l'exécution de la créance produite n'est pas compromise à la suite de l'émigration. Par principe, la détérioration de la position des créanciers doit en effet être fondée sur le départ lui-même ; une mise en danger préexistante des prétentions des créanciers ne devrait pas être pertinente. Les experts-réviseurs n'en seront pas pour autant dissuadés d'inclure également la situation financière générale de la société dans leur contrôle (mise en danger ou risque préexistant).
- 6.2.6 L'attestation d'un expert-réviseur exigée pour la radiation du registre du commerce, selon l'art. 164 LDIP, peut être fournie par un document prouvant que l'exécution de la créance n'est pas compromise (« Nicht Gefährdungs-Attest ») au sens du chiffre 6.2.5. Lors d'un transfert de siège, un seul critère est en principe déterminant : l'expert-réviseur examine (sous l'angle du contenu) si la créance produite requiert impérativement une provision, en application des normes comptables du CO et à la lumière d'un contrôle qualifié consécutif à l'émigration (cf. ch. 6.2.5). Le contrôle de l'expert-réviseur, lors d'une fusion et d'une scission à caractère international, dépend aussi de la pratique en matière de fusion ou de scission sur le plan national (application par analogie). Cependant, en cas de litige, le juge n'est pas lié par le rapport de contrôle (*attestation*) de l'expert-réviseur.

(trad. par lic. iur. Nicolette Rusca, OFRC)

Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|-------------------------------------|
| I. Einleitung | III. Vereinheitlichung der Aufsicht |
| II. Zweigeteilte Aufsicht über die Revisionsbranche | IV. Schluss |

I. Einleitung

Der Bundesrat hat am 28. August 2013 die Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften verabschiedet¹. Die parlamentarischen Beratungen sind mittlerweile rund zur Hälfte abgeschlossen. Der Beitrag zeigt zum einen auf, wie die Revisionsaufsicht in der Schweiz aktuell organisiert ist und welche Probleme sich daraus ergeben². Zum anderen wird erläutert, wie diese Schwachpunkte beseitigt werden sollen³.

II. Zweigeteilte Aufsicht über die Revisionsbranche

A) Grundsatz

Anders als in den meisten Ländern dieser Welt wird die Aufsicht über die Revisionsbranche in der Schweiz aktuell noch von zwei verschiedenen Aufsichtsbehörden ausgeübt:

- Die Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) ist am 1. Januar 2009 aus der Eidg. Bankenkommission (EBK), dem Bundesamt für Privatversicherungen und der Kontrollstelle zur Bekämpfung der Geldwäscherei hervorgegangen⁴. Bereits 2002 hatte die EBK die Aufsicht über die Prüfgesellschaften als eines

* Der Autor ist Dr.iur., Rechtsanwalt und MLP-HSG. Er ist als Leiter Recht und Internationales sowie stellvertretender Direktor der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) in Bern tätig. Er vertritt im vorliegenden Aufsatz seinen persönlichen Standpunkt.

¹ BBl 2013 6857 ff.

² Hinten Ziff. II.

³ Hinten Ziff. III. Die Vorlage enthält auch eine Nachführung der internen Corporate Governance der RAB (Botschaft 2013 [Fn. 1], 6866 f. und weitere Anpassungen (a.a.O., 6867). Auf diese Punkte wird vorliegend nicht eingegangen.

⁴ Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829 ff.

von mehreren Instrumenten zur Aufsicht über die Finanzinstitute entwickelt⁵. Dieses Instrument wurde von der FINMA übernommen.

- Die Gründung der Eidg. Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) im Jahr 2006 entsprang dagegen der Notwendigkeit, nach einer Reihe von Unternehmens- und Revisionskandalen das Vertrauen in die Tätigkeit von Revisionsstellen insbesondere von börsenkotierten Unternehmen wiederherzustellen und der internationalen Entwicklung zu folgen⁶.

Dieses zweipolige Aufsichtssystem basiert somit nicht auf einem bewussten Entschcheid des Gesetzgebers, sondern ist historisch durch unterschiedliche Entwicklungslinien und verschiedene Zielsetzungen⁷ zu erklären.

B) Zulassung

Die Aufgabenteilung im Bereich der Zulassung sieht aktuell wie folgt aus:

- Die Zulassungen sind in einem sog. Modulsystem organisiert: Die RAB erlässt für Unternehmen und natürliche Personen, die gesetzlich vorgeschriebene Revisionsdienstleistungen erbringen wollen, eine Grundzulassung als Revisor/in, Revisionsexperte/in⁸ oder staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen.
- Die FINMA baut ihre spezialgesetzlichen Zulassungen für die Prüfung in bestimmten Finanzbranchen (Banken, Effekthändler, Pfandbriefzentralen, Versicherungen, kollektiven Kapitalanlagen und direkt der FINMA unterstellte Finanzintermediäre) auf die Grundzulassung der RAB auf⁹, wobei sie zusätzliche branchenspezifische Anforderungen verlangt. Die RAB veröffentlicht die Zulassungen der FINMA in ihrem öffentlichen Register. Der Entzug der Grundzulassung der RAB führt automatisch zum Verlust der spezialgesetzlichen Zulassung der FINMA, und der Entzug der spezialgesetzlichen Zulassung je nach den Umständen auch zum Entzug der Grundzulassung der RAB.

Trotz aller Bemühungen bestehen gewisse Doppelspurigkeiten¹⁰: Es muss je ein Gesuch bei zwei Behörden eingereicht werden, die Gesuche werden unterschiedlich behandelt, und es werden zwei Zulassungsgebühren erhoben. Zudem müssen FINMA und RAB einander jede Änderung in einer Zulassung separat mitteilen.

⁵ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6872.

⁶ Botschaft (Fn. 1), 6872. Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 2004 zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionsrecht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, BBl 2004 3969 ff., 4003 ff.

⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. II.C.1.

⁸ Die Zulassung als Revisor/in und als Revisionsexperte/in kann sowohl natürlichen Personen als auch Revisionsunternehmen erteilt werden.

⁹ Zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6862 f., und FINMA-Rundschreiben 2013/4 «Prüfungsgesellschaften und leitende Prüfer» vom 6. Dezember 2012.

¹⁰ Zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6864.

Schwierigkeiten gibt es auch im Bereich der Sanktionierung, weil der Zulassungszug jeweils koordiniert werden muss.

C) Aufsicht

1. Rechnungsprüfung versus Aufsichtsprüfung

Sowohl die RAB als auch die FINMA üben Aufsichtsfunktionen über die Prüfungsgesellschaften (Terminologie FINMA) bzw. die staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen (Terminologie RAB) aus. Es handelt sich dabei um dieselben Unternehmen, die ihre Prüfungen aber in jeweils unterschiedlichen Branchen und Rollen durchführen.

a) Rechnungsprüfung

Als Rechnungsprüfung (Financial Audit) gilt die Prüfung durch die Revisionsstelle¹¹ nach OR¹² oder ZGB¹³, ob die geprüfte juristische Person die anwendbaren Vorgaben zur Buchführung und Rechnungslegung einhält. Zu den Prüfgegenständen gehört vorab die Jahres- und ggf. die Konzernrechnung, aber je nach Rechtsform auch der Antrag des Verwaltungsrates über die Verwendung des Bilanzgewinnes oder die Existenz des internen Kontrollsystems (IKS)¹⁴. Als Rechnungsprüfung gelten im Weiteren auch alle verwandten sog. punktuellen Revisionsdienstleistungen wie z.B.¹⁵ die Kapitalerhöhungsprüfung nach OR, die Fusionsprüfung nach Fusionsgesetz¹⁶ oder die Prüfung der Deckung des Grundkapitals bei der Sitzverlegung in die Schweiz nach IPRG¹⁷.

Die Rechnungsprüfung ist seit 1881¹⁸ der Grundauftrag der Revisionsstelle. Im Verlauf der Zeit hat der Gesetzgeber¹⁹ der Revisionsstelle aber auch weitere Prüfaufgaben zugewiesen. So war die Revisionsstelle von Genossenschaften von 1936 bis 2007 verpflichtet, auch die Geschäftsführung der Genossenschaft zu

¹¹ Die Rechnungsprüfung muss nicht zwingend durch die Revisionsstelle des Unternehmens durchgeführt werden. Punktueller Revisionsdienstleistungen dürfen auch durch Drittprüfer durchgeführt werden, sofern diese unabhängig sind und über die notwendige Zulassung verfügen: SANWALD/D'AMELIO FAVEZ, in: von Büren et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/10, Die Revision, Basel 2014, § 14 N 45 ff.

¹² Obligationenrecht (OR; SR 220).

¹³ Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210).

¹⁴ Auf die Unterschiede zwischen ordentlicher Revision (Art. 728a OR) und eingeschränkter Revision (und Art. 729a OR) wird vorliegend nicht eingegangen.

¹⁵ Vgl. dazu die Liste in der Botschaft 2004 (Fn. 6), 4059 ff.

¹⁶ Fusionsgesetz (FusG; SR 221.301).

¹⁷ Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

¹⁸ Vgl. zur Entwicklung der Vorgaben an die Revisionsstelle RETO SANWALD (Fn. 11), § 3 N 1 ff.

¹⁹ Daneben ist es in einem gewissen Rahmen auch zulässig, dass die geprüfte Gesellschaft selbst die Aufgabe der Revisionsstelle erweitert oder präzisiert (Art. 731a Abs. 1 und 2 OR): vgl. SANWALD/D'AMELIO FAVEZ (Fn. 11), § 19 N 1 ff.

prüfen (Art. 906 Abs. 1 OR 1936)^{20, 21}. Die Geschäftsführungsprüfung wurde allerdings abgeschafft, weil sie in der Praxis weitgehend «toter Buchstabe» geblieben war²²: Einer objektiven Prüfung sind grundsätzlich nur die Ordnungsmässigkeit und die Legalität der Geschäftsführung zugänglich, nicht jedoch die Zweckmässigkeit von Entscheiden der Geschäftsführung. Weiter kann aus Sicht der Ordnungsmässigkeit und Legalität zwar die Vereinbarkeit der Genossenschaftstätigkeit mit den Statuten, der Aufbau der Geschäftsführung mit Blick auf ihre Aufgaben und die Gesetzes- bzw. Statutenkonformität der Geschäftsführung geprüft werden, aber es besteht ein so grosser Ermessensspielraum, dass die Geschäftsführungsprüfung wenig bis keine Erkenntnisse bringt. Das OR hält daher heute sogar ausdrücklich fest, dass die Geschäftsführung nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle bildet (Art. 728a Abs. 3 und 729a Abs. 3 OR).

Trotz dieser berechtigten Einwände umfasst der gesetzliche Prüfauftrag der Revisionsstelle im Bereich der beruflichen Vorsorge²³ weiterhin die Geschäftsführung und geht sogar noch weiter: Geprüft wird auch, ob die Alterskonten den gesetzlichen Vorschriften entsprechen, ob die Vermögensanlage den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen entspricht, ob die Vorkehren zur Sicherstellung der Loyalität in der Vermögensverwaltung getroffen wurden und die Einhaltung der Loyalitätspflichten durch das oberste Organ hinreichend kontrolliert wird, ob die freien Mittel oder die Überschussbeteiligungen aus Versicherungsverträgen in Übereinstimmung mit den gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen verwendet wurden, ob im Falle einer Unterdeckung die Vorsorgeeinrichtung die erforderlichen Massnahmen zur Wiederherstellung der vollen Deckung eingeleitet hat, ob die vom Gesetz verlangten Angaben und Meldungen an die Aufsichtsbehörde gemacht wurden und ob die Vorgaben zu Rechtsgeschäften mit Nahestehenden eingehalten wurden (Art. 52c Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BVV²⁴).

²⁰ Vgl. dazu im Allgemeinen die schon recht veraltete Literatur bei HANS BERWEGER, Die Prüfung der Geschäftsführung durch die Kontrollstelle im Schweizerischen Aktienrecht, Diss. Basel 1979; BRANDNER ET AL. (Hrsg.), Geschäftsführungsprüfung, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 61, Zürich 1984; JÖRG SCHMID, Gegenstand und Methoden der Geschäftsführungsprüfung, Diss. St. Gallen 1978; ANDRÉ ZÜND, Geschäftsführungsprüfung, ST 1983, 2 ff. Zur Geschäftsführungsprüfung bei Vorsorgeeinrichtungen PIUS BACHMANN, Geschäftsführungsprüfung durch die Kontrollstelle bei Vorsorgeeinrichtungen (Art. 53 Abs. 1 BVG), in: Festschrift für André Zünd, Zürich 1988, 15 ff.

²¹ Die Prüfung des Verzeichnisses der Genossenschafter bei Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschusspflichten blieb dagegen als zusätzlicher gesetzlicher Prüfauftrag erhalten (Art. 907 OR).

²² Zum Folgenden Botschaft 2004 (Fn. 6), 4043 f., m.N.; Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (HWP), Zürich 2009, Band IV, 225 f. Die Geschäftsführungsprüfung kann aber nach wie vor freiwillig an Sachverständige übergeben werden (Art. 731a Abs. 3 OR); vgl. SANWALD/D'AMELIO FAVEZ (Fn. 11), § 19 N 15 ff.

²³ Eine solche Prüfung nimmt auch die Revisionsstelle jeder Krankenkasse vor: Art. 87 Abs. 1 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

²⁴ Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) und Verordnung des Bundesrates über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV2; SR 831.441.1).

b) Aufsichtsprüfung

Die FINMA beaufsichtigt jene Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen, sowie die kollektiven Kapitalanlagen (Art. 3 FINMAG²⁵). Sie übt diese Aufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze entweder selbst, durch beigezogene Dritte oder durch von den Beaufsichtigten beauftragte Prüfgesellschaften aus (Art. 24 Abs. 1 FINMAG). Soweit eine Delegation an Prüfgesellschaften erfolgt, agieren diese als sog. «verlängerter Arm» der FINMA²⁶.

Als Aufsichtsprüfung (Regulatory Audit) gilt die Prüfung durch eine Prüfgesellschaft, ob ein von der FINMA beaufsichtigtes Finanzinstitut die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen einhält bzw. auch in absehbarer Zeit einhalten kann (Rz 3 FINMA-RS 2013/3²⁷). Zu den Prüfgegenständen gehören insbesondere die Eigenmittel (Solvenz), das Risikomanagement, die Liquidität, die interne Organisation (inkl. Corporate Governance) und interne Kontrolle, die Informatik, die interne Revision, das Outsourcing, das Business Continuity Management, die Bekämpfung der Geldwäscherei und die Einhaltung der Reportingpflichten gegenüber der FINMA.

Rechnungs- und Aufsichtsprüfung sind konzeptionell voneinander getrennt durchzuführen (Rz 45 FINMA-RS 2013/3). Nur im Ausnahmefall werden Rechnungs- und Aufsichtsprüfung durch unterschiedliche leitende Prüfer bzw. Prüfungsteams durchgeführt (Rz 46 FINMA-RS 2013/3). In aller Regel ist die obligationenrechtliche Revisionsstelle des Finanzinstituts zugleich auch die aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft.

2. Aufgabenteilung

Die Aufgabenteilung im Bereich der Aufsicht sieht aktuell wie folgt aus:

- Die RAB beaufsichtigt alle Revisionsunternehmen, die Revisionsdienstleistungen für Publikumsgesellschaften²⁸ erbringen. Die freiwillige Unterstellung unter die Aufsicht der RAB ist auch möglich (Art. 7 RAG). Die Aufsicht der RAB beschränkt sich dabei auf die Rechnungsprüfung²⁹ und umfasst keine Aufsichtsprüfung³⁰.
- Die FINMA ist wie erwähnt verantwortlich für die Aufsicht über die Prüftätigkeit der Prüfgesellschaften bei den beaufsichtigten Finanzinstituten nach Massgabe der verschiedenen Finanzmarktgesetze.

Die beiden Behörden koordinieren ihre Aufsichtstätigkeiten, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden (Art. 22 Abs. 1 RAG und Art. 28 Abs. 2 FINMAG).

²⁵ Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG; SR 956.1).

²⁶ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6872.

²⁷ FINMA-Rundschreiben Nr. 2013/3 «Prüfwesen» vom 6. Dezember 2012.

²⁸ Vgl. zum Begriff der Publikumsgesellschaft Art. 2 Bst. c Revisionsaufsichtsgesetz (RAG; SR 221.302) i.V.m. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

²⁹ Vorne Ziff. II.C.1.a.

³⁰ Vorne Ziff. II.C.1.b.

Im Bereich der Rechnungsprüfung sind RAB und FINMA parallel zuständig für die Aufsicht über Revisionsstellen bzw. Prüfgesellschaften von Finanzinstituten, die zugleich Publikumsgesellschaften sind. FINMA und RAB haben sich so abgesprochen³¹, dass die RAB zuständig ist für die Prüfung der Organisation und der internen Prozesse der Prüfgesellschaften (sog. Firm Review). Bei der Prüfung der Arbeitspapiere zu den einzelnen Revisionsmandaten (sog. File Review) ist die RAB verantwortlich für die Publikumsgesellschaften und die FINMA für alle nicht kotierten Finanzinstitute.

Bei der Aufsichtsprüfung gibt es keine Überschneidung, und die erwähnte Absprache zur Rechnungsprüfung hat sich grundsätzlich bewährt³². Dennoch ist festzustellen, dass letztlich doch zwei Behörden mit unterschiedlichem Ressourceneinsatz, mit unterschiedlich fokussiertem Fachwissen und auf im Detail recht unterschiedliche Art und Weise Revisions- bzw. Prüfmandate überwachen. Dies ist mit Blick auf die Rechnungsprüfung sachlich nicht zu rechtfertigen und wirft Fragen nach der Gleichbehandlung und der Konsistenz der Aufsichtsqualität auf. Diese Unterschiede ergeben sich auf den unterschiedlich formulierten Rechtsgrundlagen, aber auch aus der Tatsache, dass FINMA und RAB bei der Beaufsichtigung unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen. Die Beaufsichtigung der Prüfgesellschaften bildet anders als bei der RAB nicht die Kernaufgabe der FINMA, sondern stellt nur eines von mehreren Instrumenten dar, die der Aufsicht über die Finanzinstitute dienen («Mittel zum Zweck»).

Im Rahmen der Aufsichtsprüfung ergibt sich eine weitere Problematik daraus³³, dass die Prüfgesellschaften gleichzeitig sowohl als Aufsichtsinstrument und als «verlängerter Arm» der FINMA tätig sind³⁴ als auch der Aufsicht und Sanktionierung durch die FINMA unterstehen. Diese Doppelstellung kann bei den Prüfgesellschaften Interessenkonflikte zur Folge haben, was den Nutzen ihres Einsatzes empfindlich reduziert: Es besteht die Gefahr, dass Prüfgesellschaften der FINMA wichtige Informationen über Finanzinstitute vorenthalten oder Meldungen an die FINMA unterlassen, um zu vermeiden, dass ihnen die Missstände bei einem Finanzinstitut als Versäumnis ihrer eigenen Prüfung angelastet werden. Diese Doppelstellung der Prüfgesellschaften bildet die Hauptschwäche des heutigen Systems³⁵.

D) Internationale Amtshilfe

Die Aufgabenteilung im Bereich der internationalen Amtshilfe sieht aktuell wie folgt aus:

- Die RAB ist zuständig für die internationale Amtshilfe im Bereich der Revisionsaufsicht. Sie darf bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ausländischen Revisionsaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Aus-

³¹ Hierzu und zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6864.

³² Hierzu und zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6864 f.

³³ Hierzu und zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6864 f.

³⁴ Vorne Ziff. II.C.1.b.

³⁵ Vgl. dazu Botschaft 2013 (Fn. 1), 6865, m.w.N.

künfte und Unterlagen übermitteln und Aufsichtshandlungen in der Schweiz gestatten bzw. diese dabei begleiten (Art. 26 f. RAG).

- Die FINMA leistet gegenüber ausländischen Aufsichtsbehörden in vergleichbarer Weise Amtshilfe zu Zwecken der direkten Beaufsichtigung von ausländischen Finanzinstituten (Art. 42 f. FINMAG).

Auch hier kommt es zu überschneidenden Zuständigkeiten, was für ausländische Revisionsaufsichtsbehörden nur schlecht verständlich ist³⁶. Im Verhältnis zu Staaten, die Vor-Ort-Kontrollen im Ausland durchführen (USA), kompliziert dies die Führung von Verhandlungen, den Abschluss von Vereinbarungen zur Zusammenarbeit und die operative Durchführung von gemeinsamen Inspektionen. Mit Blick auf Länder, die grundsätzlich auf die Arbeit der heimatstaatlichen Aufsichtsbehörde abstellen und daher nur am Informationsaustausch mit der Schweiz interessiert sind, bestehen ebenfalls erhebliche Abgrenzungs- und Koordinationsprobleme.

III. Vereinheitlichung der Aufsicht

A) Entstehung der Vorlage

Bereits beim Erlass des RAG im Jahr 2005 war klar, dass es zu Überschneidungen in den Zuständigkeiten von RAB und FINMA kommen würde³⁷. Zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten wurden daher beide Behörden verpflichtet, ihre Aufsichtstätigkeiten zu koordinieren³⁸. Allerdings zeigen die praktischen Erfahrungen der letzten rund fünf Jahre, dass eine Bereinigung der Kompetenzen wesentliche Effizienzsteigerungen mit sich bringen kann³⁹. FINMA und RAB haben daher 2012 entschieden, dem Bundesrat die Bündelung der Zuständigkeiten zu beantragen. Der Bundesrat hat am 15. Juni 2013 das Eidg. Justizdepartement mit der Erarbeitung einer entsprechenden Vorlage beauftragt. Vom 21. Dezember 2012 bis 6. Februar 2013 hat die Anhörung der betroffenen Kreise stattgefunden⁴⁰, und am 28. August 2013 hat der Bundesrat die Vorlage zu Händen der Eidg. Räte verabschiedet.

Ein Teil der FINMA-Kompetenzen ist faktisch bereits im geltenden Rechtsrahmen an die RAB übertragen worden: Am 1. September 2012 hat die RAB die Aufsicht über die Rechnungsprüfung von börsenkotierten Finanzinstituten übernommen⁴¹. Dies ist möglich, weil sich in diesem Bereich die Zuständigkeiten von

³⁶ Hierzu und zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6865.

³⁷ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6862.

³⁸ Vorne Ziff. II.C.2.

³⁹ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6862.

⁴⁰ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6869 ff. Sämtliche Anhörungsteilnehmer begrüßten die Vorlage. Allgemein wird erwartet, dass mit der Bündelung der Aufsichtskompetenzen Effizienzgewinne und Entlastungen für die betroffenen Revisionsunternehmen erzielt werden und dass eine weitere Professionalisierung der Aufsicht erfolgt.

⁴¹ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6866.

FINMA und RAB überschneiden und die gesetzliche Grundlage für die Übertragung bereits besteht.

B) Grundsatz der Neuordnung

Mit der Vorlage des Bundesrates werden die bisherigen Aufsichtskompetenzen der FINMA über Prüfgesellschaft auf die RAB übertragen. Die Vorteile einer Zusammenführung könnten zwar auch durch die Integration der RAB in die FINMA erreicht werden; dies wäre allerdings mit einer Reihe von Nachteilen verbunden, die im umgekehrten Fall nicht entstehen⁴².

Die betroffenen Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften profitieren hiervon insofern, als die Aufsicht künftig «aus einer Hand» erfolgt und nicht mehr von zwei Aufsichtsbehörden wahrgenommen wird⁴³. Mit der Konzentration der Aufsichtszuständigkeiten werden aber auch die personellen Ressourcen und das Fachwissen gebündelt, was zu einer weiteren Professionalisierung der Aufsicht über die Revisionsbranche führen wird⁴⁴. Die FINMA wird im Umgang mit Prüfgesellschaften an Unabhängigkeit gewinnen, was den Austausch zwischen den Prüfgesellschaften und der FINMA über Probleme bei Finanzinstituten verbessert. Und schliesslich lassen sich auch Doppelspurigkeiten eliminieren und damit Effizienzgewinne für die Prüfgesellschaften erzielen⁴⁵. Die Bündelung der Aufsichtskompetenzen bei der RAB bedeutet im Einzelnen Folgendes:

C) Zulassung

Die RAB übernimmt die alleinige Verantwortung für die Zulassung und entscheidet daher neu auch über die Zulassung von Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfern, die im Finanzmarktbereich eine spezialgesetzliche Zulassung benötigen⁴⁶.

D) Aufsicht

Die RAB zeichnet künftig allein verantwortlich für die Aufsicht über die Prüfgesellschaften in den Bereichen der Rechnungs- *und* der Aufsichtsprüfung⁴⁷. Da

⁴² Vgl. dazu Botschaft 2013 (Fn. 1), 6867 f. Zu denken ist insbesondere an (i) die Ausweitung des FINMA-Mandates auf Teile der Revisionsbranche, die nichts mit dem Finanzmarkt zu tun haben, an (ii) die problematische Ausweitung des FINMA-Auftrages auf den Schutz der Interessen von Aktionärinnen und Aktionären, an (iii) die weiterhin problematische Doppelstellung von Prüfgesellschaften, an (iv) die Möglichkeit von «blinden Flecken», die bei einem einzigen Regulator wahrscheinlicher ist als bei zwei Regulatoren, an (v) die hohe Akzeptanz der RAB im Ausland, die sich die FINMA wieder «verdienen» müsste und (vi) die höheren Integrationskosten.

⁴³ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6904.

⁴⁴ Hierzu und zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6866, 6904 f.

⁴⁵ Auch wenn sich keine konkreten Einsparungen errechnen lassen, so dürfte es doch für die betroffenen Unternehmen zu Entlastungseffekten und zur Abschaffung von Doppelspurigkeiten kommen: Botschaft 2013 (Fn. 1), 6904.

⁴⁶ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6865.

⁴⁷ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6866.

Aufsicht und Sanktionierung nicht getrennt werden können, wird zusammen mit der Aufsichtszuständigkeit auch die Zuständigkeit für die Sanktionierung von Prüfungsgesellschaften sowie von leitenden Prüferinnen und Prüfern an die RAB übertragen⁴⁸. Die Prüfinhalte und -standards für die Aufsichtsprüfung werden allerdings weiterhin von der FINMA festgelegt⁴⁹, während die RAB für die Anerkennung der Standards für die Rechnungsprüfung zuständig bleibt⁵⁰.

E) Internationale Amtshilfe

Die RAB ist künftig ausschliesslich für die internationale Amtshilfe im Bereich der Revisionsaufsicht zuständig⁵¹. Amtshilfeersuchen an die RAB dürfen allerdings nicht dazu verwendet werden, um an Informationen und Unterlagen von Finanzinstituten zu gelangen, die von der FINMA nicht erhältlich gemacht werden können. Das Gleiche gilt auch für grenzüberschreitende Inspektionen.

IV. Schluss

Die Bündelungsvorlage des Bundesrates ist im Grundsatz unbestritten und dürfte relativ schnell durch die Eidg. Räte verabschiedet werden. Wann genau die Gesetzesanpassung in Kraft tritt, ist wie immer schwer vorherzusagen. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens dürfte jedoch zwischen dem 1. Januar 2015 und dem 1. Januar 2016 liegen.

⁴⁸ Botschaft 2013 (Fn. 1), 6866.

⁴⁹ Vgl. dazu das FINMA Rundschreiben Nr. 2013/3 «Prüfwesen» vom 6. Dezember 2012.

⁵⁰ Vgl. dazu Art. 16a E-RAG.

⁵¹ Hierzu und zum Folgenden Botschaft 2013 (Fn. 1), 6866.

Résumé

Le projet du Conseil fédéral relatif à la concentration de la surveillance n'est en principe pas contesté et devrait être adopté rapidement par les Chambres fédérales. Il est, comme à l'accoutumée, difficile d'indiquer précisément quand la modification législative entrera en

vigueur. La date d'entrée en vigueur devrait cependant se situer entre le 1er janvier 2015 et le 1er janvier 2016.

*(trad. par
lic. iur. Nicolette Rusca, OFRC)*

Legal Controlling

Inhaltsübersicht

1. Gegenstand und Ziel des vorliegenden Diskussionsbeitrages
2. Der Begriff des Legal Controlling
3. Strukturmodell der vier Controlling Bereiche
4. Prozessmodelle des Legal Controlling
5. Erfassung des Risikoprofils und Steuerung des Risikoverlaufs in den Controlling Bereichen
6. Schlussbemerkung

1. Gegenstand und Ziel des vorliegenden Diskussionsbeitrages

«Legal Controlling» ist kein geläufiger Begriff und als solcher erklärungsbedürftig. In der Literatur finden sich nur wenige Hinweise dazu¹. Welches ist das Konzept, das sich hinter dem Begriffspaar von «Legal» und «Controlling» verbirgt?

Die Antwort darauf liefern zwei lapidare Feststellungen: Zum einen ist die Bedeutung des Rechts für die Unternehmung evident. Zum anderen sind Controllingprozesse nicht aus dem Unternehmensalltag wegzudenken. Es ist somit naheliegend, das zwischen rechtlich relevanten Unternehmensbelangen und erfolgskritischen Controllingprozessen ein symbiotischer Zusammenhang besteht.

Der vorliegende Diskussionsbeitrag vermittelt einen Vorschlag zur begrifflichen Erfassung von «Legal Controlling» (2). Ferner werden einfache Struktur- und Prozessmodelle vorgestellt, anhand welcher Legal Controlling wirksam betrieben werden kann (3 und 4). Die theoretischen Ausführungen werden sodann anhand einiger Beispiele konkretisiert (5).

2. Der Begriff des Legal Controlling

2.1 Unternehmung und Recht

Das Recht im objektiven Sinn ist für die Unternehmung in doppelter Hinsicht relevant. Einerseits enthält es eine Vielzahl von Normen, welche die Unternehmung in ihrer betrieblichen Tätigkeit auf ein bestimmtes Verhalten verpflichten. Das Recht manifestiert in diesem Sinne eine *limitierende Funktion*. Werden die

* Dr. Markus Bösiger, Rechtsanwalt, Dr. Philipp Engel, LL.M., Rechtsanwalt, beide Partner bei BEELEGAL, Bösiger. Engel. Egloff.

¹ Eine eingehendere Darstellung findet sich immerhin bei STAUB LEO, Legal Management, Management von Recht als Führungsaufgabe, 2. Auflage, Zürich 2006, S. 61 ff.; vgl. zudem MÜLLER THOMAS, Compliance-Management, Bern 2007, S. 63 f.; KUHN, MICHAEL, Rechtliches Risikomanagement für Beschäftigungsverhältnisse – Wie Risiken aus Beschäftigungsverhältnissen erkannt, minimiert, transferiert und kontrolliert werden können, WAZ Band/Nr. 1, Winterthur 2009, S. 51 f.

Normen nicht eingehalten, reagiert der Hoheitsträger mit den ihm zur Verfügung stehenden Machtmitteln: Er verweigert oder entzieht Bewilligungen, verhängt Sanktionen oder interveniert mit anderen Zwangsmassnahmen. Die resultierende Notwendigkeit zu normgemäsem Verhalten wird gemeinhin mit dem Begriff «LegalCompliance» umschrieben².

Auf der anderen Seite stellt das Recht aber auch Rechtsbehelfe zur Verfügung, welche die Unternehmung bei Verteidigung ihrer Individualinteressen unterstützen. Die exklusive Nutzung einer Erfindung kann etwa mit der Hinterlegung eines Patents sichergestellt, die Zahlung einer Forderung durch eine Bankgarantie abgesichert werden. Das Recht offenbart in diesem Zusammenhang seine *unterstützende Funktion*³.

2.2 Recht und Controlling

Controllingprozesse sind kybernetische Regelkreise. Im Zeitablauf werden Ist-Werte mit definierten Soll-Werten verglichen und bei Abweichungen korrigierend auf den Ist-Zustand eingewirkt⁴. Situieren man die genannten Funktionen des Rechts im Regelkreis eines Controllingprozesses, ergibt sich folgendes Resultat:

In seiner limitierenden Funktion entspricht das Recht dem mit dem Controllingprozess zu erreichenden *Sollzustand*. Der marktbeherrschenden Unternehmung geht es etwa darum, die Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften dauerhaft und in sämtlichen Unternehmensbereichen sicherzustellen.

Demgegenüber übernimmt die unterstützende Funktion des Rechts im Controllingprozess die Rolle des *Steuerungselements*. So können Forderungsausfälle einer Unternehmung z.B. mittels der Pflicht zur Leistung von Personal- oder Realsicherheiten reduziert werden.

2.3 Legal Controlling als rechtliches Risikomanagement

2.3.1 Der Risikobegriff

Risikomanagement setzt eine klare Vorstellung des Begriffsinhaltes der korrelativen Phänomene von Chance und Risiko voraus. Die Doktrin zeigt einen beacht-

² Zum Begriff der Compliance vgl. ROTH MONIKA, Compliance in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2011, S. 1 ff.

³ Der hier getroffenen Unterscheidung zwischen limitierender und unterstützender Funktion des Rechts liegt ein praxisorientierter Denkansatz zugrunde. In der Rechtstheorie wird die Funktion des Rechts als Ordnung zur Konfliktbereinigung und Friedenssicherung beschrieben; vgl. etwa FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Auflage, Bern 2012, Rz 128 ff.

⁴ Zum Begriff des Controlling vgl. etwa Springer Gabler Verlag (Herausgeber), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Controlling, online im Internet abrufbar unter <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/399/controlling-v7.html> (17.04.2014); zur jüngeren Entwicklung des Controllingbegriffs vgl. LINGNAU VOLKER, Controlling – Ein kognitionsorientierter Ansatz, in: Lingnau Volker, Beiträge zur Controlling-Forschung, 2. Auflage, Kaiserslautern 2006 (abrufbar als Beitrag Nr. 4 unter <http://www.Controlling-Forschung.de>). Währendem sich in der jüngeren Controlling-Auffassung eine verhaltensorientierte Komponente offenbart (Sicherstellen der Rationalität der Führung) basiert der vorliegende Beitrag auf einem älteren, kybernetischen Begriffsverständnis der Controllingfunktion.

lichen Variantenreichtum an Begriffsdefinitionen⁵. Die Autoren schlagen für die vorliegenden Zwecke ein auf den Unternehmenswert fokussiertes Begriffsverständnis vor. Demnach sind Risiken Zustände oder mögliche Ereignisse, die sich negativ auf den Unternehmenswert auswirken. Letzterer wird dabei als Kombination der unternehmerischen Substanz und Ertragskraft verstanden⁶. Einfach ausgedrückt sind Risiken also schädliche Zustände und Ereignisse. Demgegenüber sind Chancen im Hinblick auf den Unternehmenswert nützliche Zustände und Ereignisse.

Bei differenzierter Betrachtung sind Chancen und Risiken im engeren und weiteren Sinn zu unterscheiden. Erstere sind Zustände und Ereignisse, welche direkt auf den Unternehmenswert einwirken. Zustände und Ereignisse, die den Unternehmenswert je nach Kausalverlauf nur potenziell verändern können, sind demgegenüber Chancen und Risiken im weiteren Sinn. Das Treffen einer kartellrechtswidrigen Abrede wäre demnach ein Risiko im weiteren Sinn, sozusagen ein risikobehafteter Zustand, weil sie den Unternehmenswert selber (noch) nicht verändert. Erst das Erkennen des Sachverhalts und die Sanktionierung des Verhaltens durch die Wettbewerbsbehörde ist das Risiko im engeren Sinn. Für eine gezielte Identifikation und Bewertung von Chancen und Risiken als Grundvoraussetzung effektiven Risikomanagements ist diese Unterscheidung unabdinglich⁷.

2.3.2 Risikomanagement im Allgemeinen

Risikomanagement versteht sich als Geschäftsprozess zur Identifikation und Bewertung unternehmerischer Chancen und Risiken sowie zur dauerhaften Steuerung des Risikoverlaufs⁸. Als solches erfüllt es eine Controllingfunktion, indem das unternehmerische Risikoprofil permanent beobachtet und bei Planabweichungen korrigierend auf den Risikoverlauf eingewirkt wird.

Das Risikomanagement kann grundsätzlich in zwei Teilaspekte aufgeteilt werden. Einerseits geht es um den Entscheid, welche Chancen verfolgt und welche Risiken eingegangen werden (strategisches Risikomanagement), andererseits

⁵ Eine umfassende Übersicht über die Entwicklung des Risikobegriffs in der deutschsprachigen betriebswirtschaftlichen Literatur findet sich bei JONEN ANDREAS, Semantische Analyse des Risikobegriffs, in: Lingnau Volker, Beiträge zur Controlling-Forschung, Kaiserslautern 2006 (abrufbar als Beitrag Nr. 11 unter <http://www.Controlling-Forschung.de>).

⁶ Die Substanz entspricht dem unternehmerischen Eigenkapital unter Berücksichtigung der stillen Reserven, einschliesslich der Steuerlast auf stillen Reserven, die Ertragskraft der Summe der auf den Bewertungszeitpunkt diskontierten zukünftigen Ertragserwartungen. Das KMU-Portal des Bundes enthält Praktikerhinweise zur Ermittlung des Unternehmenswerts; vgl. <http://www.kmu.admin.ch> → Praktisches Wissen → Nachfolge/Betriebseinstellung → Übertragung des Unternehmens → Unternehmensbewertung (17.04.2014).

⁷ Vgl. dazu BÖSIGER ENGEL, in: Controlling als Inhouse-Consulting, Wiesbaden 2012, S. 155 f.

⁸ Vgl. etwa SCHNECK OTTMAR, Risikomanagement: Grundlagen, Instrumente, Fallbeispiele, Weinheim 2010; DIEDERICHS MARC, Risikomanagement und Risikocontrolling, 3. Auflage, München 2012; WILDEMANN HORST, Risikomanagement, Leitfaden zur Umsetzung eines Risikomanagement-Systems für die wertorientierte Steuerung von Unternehmen, 11. Auflage, München 2012.

gilt es die verfolgten Chancen möglichst gut zu sichern und die in Kauf genommenen Risiken zu kontrollieren (operatives Risikomanagement)⁹.

Sowohl das strategische als auch das operative Risikomanagement erfordern die Identifikation und Bewertung der Chancen und Risiken. Erkannte und bewertete Chancen und Risiken bilden beim strategischen Risikomanagement die Grundlage für den Risikoentscheid, beim operativen Risikomanagement die Basis für die Auswahl der Mittel und Massnahmen zur Beeinflussung des Risikoverlaufs.

2.3.3 Legal Controlling als rechtliches Risikomanagement

Legal Controlling im hier verstandenen Sinn bewegt sich ausschliesslich auf der Ebene des operativen Risikomanagements. Es geht mithin nicht um die Frage, welche Chancen verfolgt und welche Risiken eingegangen werden sollen, sondern vielmehr darum, wie die Unternehmung die Chancen auf dem eingeschlagenen Weg optimal sichert und Risiken wirkungsvoll kontrolliert.

Entsprechend der oben unter 2.1 dargestellten Doppelfunktion des Rechts umfasst rechtliches Risikomanagement zwei verschiedene Aktionsebenen:

Betrachtet man die limitierende Funktion des Rechts, geht es beim rechtlichen Risikomanagement um die Sicherung der Compliance. Non-Compliance bedeutet Risiko im weiteren Sinn, welche eine hoheitliche Intervention als Risiko im engeren Sinn provozieren kann¹⁰.

Fokussiert man die unterstützende Funktion des Rechts, besteht das rechtliche Risikomanagement in der Steuerung des Risikoverlaufs anhand rechtlicher Behelfsmittel. In der Unternehmenspraxis ist Risikosteuerung allerdings nicht nur eine Frage rechtlicher Massnahmen. Organisatorische Vorkehrungen spielen eine ebenso wichtige Rolle, was eine entsprechende Erweiterung des Begriffs des Legal Controlling nahelegt.

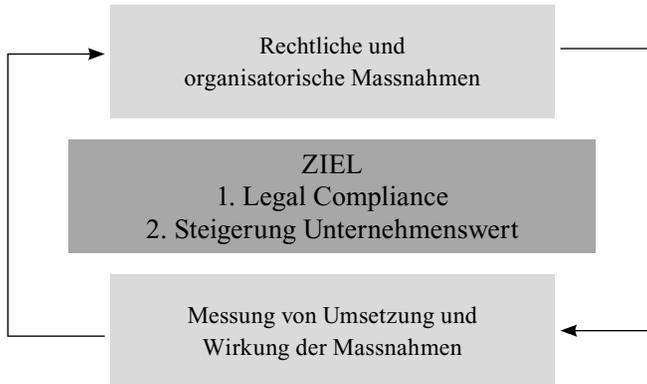
Nach dem Gesagten kann Legal Controlling als die Summe der im Rahmen von Regelkreisen eingesetzten rechtlichen und organisatorischen Massnahmen zur Sicherstellung der Legal Compliance sowie zur Gewährleistung eines für die

⁹ Die Unterscheidung stammt von den Autoren. In der Literatur findet sich keine einheitliche Systematisierung von Risiken. Oft werden Risiken nach wirtschaftlichen, rechtlichen, finanziellen oder politischen Aspekten unterschieden; vgl. z.B. WYSS LUKAS, Juristisches Risk Management und Hedging als Mittel zur Risikokontrolle, Bern 2005, S. 48 ff.

¹⁰ Zur Unterscheidung von Chancen und Risiken im engeren und weiteren Sinn vgl. vorn, bei Fussnote 7.

Unternehmung günstigen ökonomischen Risikoverlaufs im Hinblick auf die Steigerung des Unternehmenswerts beschrieben werden¹¹.

Legal Controlling schematisch dargestellt



3. Strukturmodell der vier Controlling Bereiche

Die rechtsrelevanten Belange einer Unternehmung weisen im Einzelfall individuelle Züge auf und weichen je nach Industriesektor und Branche stark voneinander ab. Es stellt sich daher die Frage, wie ein allgemeingültiges Modell zur systematischen Erfassung des Risikoprofils einer Unternehmung aussehen könnte. Das im Folgenden vorgestellte Modell unterscheidet vier Controllingbereiche¹², welche sich auf jede Unternehmung anwenden lassen.

¹¹ Aus der hier vorgeschlagenen Definition ergibt sich eine Verwandtschaft des Legal Controlling mit dem Internen Kontrollsystem (IKS). Wie beim Legal Controlling ist auch beim IKS Legal Compliance ein zentrales Anliegen. Zudem ist beiden Disziplinen die Zielsetzung der Steigerung des Unternehmenswertes anhand der Kontrolle von Risiken gemeinsam. Steht beim Legal Controlling rechtliches Risikomanagement im Vordergrund, ist es beim IKS die Sicherstellung von Effizienz und Effektivität der Geschäftstätigkeit sowie die Verlässlichkeit der Rechnungslegung. Zum Begriff des IKS nach schweizerischen Recht vgl. PEAFF DIETER/RUUD FLEMMING, Schweizer Leitfaden zum Internen Kontrollsystem, S. 19 ff.; weitere Darstellungen zum Thema IKS: BUNGARTZ OLIVIER, Handbuch Interne Kontrollsysteme (IKS), Steuerung und Überwachung von Unternehmen, 3. Auflage, Berlin 2012; RAUTENSTRAUCH THOMAS/HUNZIKER STEFAN, Internes Kontrollsystem: Perspektiven der internen Kontrolle, Zürich 2011.

¹² Das vorgeschlagene Strukturmodell orientiert sich einerseits an der Doppelfunktion des Rechts und andererseits an einer Innen- (Organisationsverfassung) und Aussensicht (Rechtsbeziehungen, Marktposition). Rechtliches Risikomanagement kann auch anhand anderer Kriterien strukturiert werden, so etwa aufgrund einer Kombination von Rechtsgebieten und Unternehmensbereichen (vgl. dazu STAUB, a.a.O., S. 112 ff.).

3.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

In diesem Controllingbereich ist die Gesamtheit aller Rechtsnormen von Interesse, welche als rechtliche Rahmenbedingungen von aussen auf die Unternehmung einwirken und sie zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Solche Normenkomplexe sind etwa das Steuerrecht, das Umweltrecht, das Wettbewerbsrecht oder das Kapitalmarktrecht¹³.

Jede Unternehmung hat je nach Branche und Marktleistung ihr eigenes, gerade für sie relevantes rechtliches Umfeld. Der Verstoss gegen Bestimmungen der relevanten Normenkomplexe ist für die Unternehmung ein Risiko, da er Sanktionen und Prozesse auslösen kann, welche unternehmerische Ressourcen binden, ohne gleichzeitig eine Wertschöpfung zu generieren.

Der im Controllingbereich der rechtlichen Rahmenbedingungen anzustrebende Sollzustand besteht in der Sicherstellung der Kongruenz der aus den limitierenden Normen abgeleiteten Verhaltensvorgaben und dem tatsächlichen Verhalten der Unternehmung.

3.2 Rechtsbeziehungen

Ein zweiter systematisch abgrenzbarer Bereich bildet die Summe der bestehenden und potenziellen Rechtsbeziehungen der Unternehmung.

Bestehende Rechtsbeziehungen sind die von der Unternehmung abgeschlossenen bzw. typischerweise wiederkehrenden Verträge. Jeder Geschäftsbeziehung liegt notwendigerweise eine Vertragsbeziehung zugrunde. Der in diesem Teilbereich anzustrebende Sollzustand besteht in der optimalen Gestaltung der Geschäfts- und Vertragsbeziehungen. Konkret geht es um die Sicherstellung einer *positiven Leistungsbilanz*¹⁴, d.h. eines letztlich Gewinn bringenden Vollzugs jeder Vertragsbeziehung.

Potenzielle Rechtsbeziehungen der Unternehmung können sich im Bereich der Haftungsrisiken ergeben. Zu denken ist etwa an mögliche Forderungen Dritter aufgrund der Produkthaftpflicht. Als Sollzustand gilt es unternehmerische Zustände zu schaffen, welche die Gefahr der Erfüllung eines Haftungstatbestandes reduzieren oder die Haftungsfolgen für den Fall des Eintritts eines Haftungstatbestandes beschränken.

¹³ Im Controllingbereich der rechtlichen Rahmenbedingungen sind in erster Linie Bestimmungen des öffentlichen Rechts von Bedeutung. Hingegen können auch privatrechtliche Normenkomplexe relevant sein, z.B. das Sportverbandsrecht: Verletzt ein Fussballclub etwa Transferbestimmungen, kann dies eine Intervention der zuständigen Verbandsinstanzen auslösen, welche sich direkt auf den Unternehmenswert des Sportclubs auswirkt und damit ein Risiko im hier verstandenen Sinn darstellt.

¹⁴ Der von den Autoren verwendete Begriff der *positiven Leistungsbilanz* basiert auf einem funktionalen Vertragsverständnis. Die positive Leistungsbilanz ergibt sich bei einer plangemässen und effizienten Geschäftsabwicklung, indem beide Parteien den von ihnen angestrebten ökonomischen Zielzustand erreichen (Prinzip der beidseitigen Bedürfnisbefriedigung). Vgl. zum Vertragszweck auch FISCHER WILLI/BRÄGGER FRANZISKA, Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement: Einführung in die Kautelarjurisprudenz, allgemeiner Teil, Zürich 2010, S. 17 ff.

3.3 Marktposition

Jede Unternehmung erlangt ihre Marktposition aufgrund spezifischer Leistungs- oder Wertetreiber¹⁵. Diese Wertetreiber sind die Erfolgsfaktoren, welche die Unternehmung von ihren Mitbewerbern abheben und dafür sorgen, dass sie im Konkurrenzkampf besteht. Zu nennen sind etwa exklusive Bezugs- oder Vertriebskanäle, Standortvorteile, Know-how, Immaterialgüterrechte etc.

Der im Bereich der Marktposition zu verfolgende Sollzustand besteht in der Erlangung und Aufrechterhaltung jener Zustände, welche die Wertetreiber in ihrem Bestand sichern und in ihrer Wirkung für die Unternehmung optimieren.

3.4 Organisationsverfassung

Während die drei vorstehenden Controllingbereiche gewissermassen die «Aussenwelt» der Unternehmung betreffen, geht es hier um deren «Innenleben». Von einer guten Organisationsverfassung kann dann gesprochen werden, wenn die Unternehmung in der Lage ist, rasch qualitativ gute Entscheidungen zu treffen und diese Entscheidungen rasch und gut umzusetzen¹⁶.

Die genannten unternehmerischen Kernfähigkeiten können sowohl durch organisatorische Unzulänglichkeiten wie auch durch Spannungen innerhalb von oder zwischen den verschiedenen Organisationsebenen beeinträchtigt werden.

Der Sollzustand im Controllingbereich der Organisationsverfassung besteht in der Sicherstellung und Wirkungsoptimierung jener Zustände, welche rasches und gutes Entscheiden bzw. Umsetzen von Entscheidungen ermöglichen.

¹⁵ Wertetreiber, im englischen Sprachgebrauch «value drivers», sind Faktoren hoher Relevanz für das finanzielle Ergebnis einer Unternehmung; vgl. zum Begriff etwa Springer Gabler Verlag (Herausgeber), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Werttreiber, abrufbar im Internet: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/16156/werttreiber-v5.html>.

¹⁶ Dieser Controllingbereich weist gewisse Berührungspunkte zur Corporate Governance auf. Verfügt eine Unternehmung über eine gute Organisationsverfassung, dient dies auch den Anliegen der Corporate Governance; vgl. Bösiger/Engel, a.a.O., S.154. Weiterführende Literatur zur Corporate Governance: KRAUS PATRICK, Die Auswirkung von Corporate Governance und Nachhaltigkeit auf den Unternehmenserfolg: eine Betrachtung im Kontext der wertorientierten Unternehmensführung, Lohmar 2011; METTEN MICHAEL, Corporate Governance: eine aktienrechtliche und institutionenökonomische Analyse der Leitungsmaxime von Aktiengesellschaften, Wiesbaden 2010; vgl. auch Swiss code of Best Practice for Corporate Governance (abrufbar unter <http://www.economiesuisse.ch>).

Schematische Darstellung der vier Controllingbereiche:



4. Prozessmodelle des Legal Controlling

4.1 Erfassung des Risikoprofils (Legal Audit)

Bei der Erfassung des Risikoprofils geht es im Wesentlichen um eine stichtagsbezogene Identifikation und Bewertung wesentlicher Chancen und Risiken in den unter Titel 3 erwähnten vier Controllingbereichen¹⁷. Das Ziel des Prozessschritts besteht darin, Schwachstellen im Risikoprofil zu erkennen und entsprechenden Handlungsbedarf aufzuzeigen. Dieser Handlungsbedarf ist in Form einer Aufgabenumschreibung zu formulieren und bildet gleichsam den Ausgangspunkt des zweiten Prozessschritts, der Steuerung des Risikoverlaufs. Ein Handlungsbedarf besteht generell dort, wo wesentliche Chancen ungenügend gesichert oder entscheidende Risiken nicht hinreichend kontrolliert sind.

Die Identifikation von Chancen und insbesondere von Risiken darf nicht unterschätzt werden. Es ist eine bekannte Tatsache, dass man sich gemeinhin schwer tut, quasi «über den Tellerrand hinaus zu schauen» und damit mögliche Risikoszenarien, aber auch sich eröffnende Chancen frühzeitig zu erkennen. Es

¹⁷ Die stichtagsbezogene Aufnahme des Risikoprofils zeigt Ähnlichkeiten zur Due Diligence. Weiterführende Literatur zur Due Diligence: BERENS WOLFGANG/BRAUNER HANS/STRAUCH JOACHIM/KNAUER THOMAS, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 7. Auflage, Stuttgart 2013; HOFMANN ERIK/NOTHARDT FRANZ, Logistics due diligence: Analyse-Bewertung-Anlässe-Checklisten, Berlin 2009; HÖHN JAKOB, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003.

empfiehlt sich daher die Anwendung entsprechender Denktechniken zur Erkennung auch weniger naheliegender Ereignisse und Kausalketten¹⁸.

Die Bewertung identifizierter Chancen und Risiken hat nach Beständigkeit und Wirkung von Zuständen bzw. Eintrittswahrscheinlichkeit und -wirkung von Ereignissen zu erfolgen. Die bereits bestehenden organisatorischen und rechtlichen Massnahmen sind in den Bewertungsvorgang miteinzubeziehen.

4.2 Steuerung des Risikoverlaufs (operatives Risikomanagement)

Ausgangspunkt der Steuerung des Risikoverlaufs ist der im Rahmen des Legal Audits definierte Handlungsbedarf, bzw. die in diesem Zusammenhang formulierten Aufgabenumschreibungen. Die Risikosteuerung kann in zwei Teilelemente aufgeteilt werden, nämlich das Controllingkonzept und den Controllingprozess.

Das Controllingkonzept äussert sich über mögliche Massnahmen zur Risikosteuerung und die Verantwortungsregelung für deren Umsetzung¹⁹. Der Controllingprozess besteht in einer im Zeitablauf stattfindenden Abfolge von Kontroll- und Steuerungshandlungen.

Die Einrichtung eines Controllingprozesses ist angezeigt, wenn der angestrebte Sollzustand einer Summe von Ereignissen entspricht (z.B. Senkung des Garantiefaufwandes). Im Weiteren ist er dann erforderlich, wenn die Umsetzung und/oder die Wirkung einer oder mehrerer Massnahmen nicht einfach erkennbar sind und daher speziell beobachtet werden müssen. Ein Controllingprozess ist etwa notwendig, wenn es darum geht, die Wirkung von arbeitsrechtlichen Leistungsanreizen auf die Motivationshaltung der betroffenen Belegschaft zu erfassen.

Nicht immer ist die Wirklichkeit ohne weiteres erkennbar. Der Controllingprozess besteht daher wesentlich in der Definition von Indikatoren, welche Rückschlüsse auf relevante Zustände und damit die Beobachtung des Risikoverlaufs erlauben. Es empfiehlt sich eine Aufgliederung nach folgendem Raster: Messobjekt (Gegenstand der Messung, z.B. Materialaufwand für Garantiefaufwendungen), Messeinheit (z.B. Anzahl, Währungseinheit, Prozentsatz); Messrhythmus (Zeitperiode der Messintervalle).

¹⁸ Z.B. Brain Storming, morphologische Methode, 3-Phasen-Modell; vgl. dazu BÖSIGER/ENGEL, a.a.O., S. 160 f.

¹⁹ Die Verantwortung für die Steigerung der Motivationshaltung von Mitarbeitern wäre beispielsweise dem Chef der Personalabteilung, Massnahmen zur Sicherstellung der Legal Compliance dem Chef Rechtsdienst zuzuordnen.

Beispiel eines Controllingprozesses zur Sicherung unternehmerischen Know-hows

Massnahmen	Kontrolle der Umsetzung und Wirkung von Massnahmen anhand von Indikatoren		
	Messobjekt	Messeinheit	Messperiode
Summe der Massnahmen zur vollständigen Dokumentation, Sicherung sowie Gewährleistung der Verfügbarkeit des Know-how	Erfassung und Nachführen der Dokumentation	Erfüllungsgrad in %	Quartalsweise
	Zutrittskontrollen auf Firmengelände	Umsetzungsgrad in %	Stichproben
	Wissen der Mitarbeiter	Erfüllungsgrad Testergebnisse in %	Jährlich
	Fertigkeiten-Mitarbeiter	Erfüllungsgrad Qualitätstests	Sporadisch
	Garantiefälle	% Geschäftsumsatz	Jährlich

5. Erfassung des Risikoprofils und Steuerung des Risikoverlaufs in den Controlling Bereichen

Im Folgenden wird mit einigen Ergänzungen und Beispielen auf die Umsetzung des Legal Controlling in den vier Controllingbereichen des Strukturmmodells eingegangen. Der Rahmen des vorliegenden Diskussionsbeitrages gestattet nur einen summarischen Überblick, um die bisherigen Ausführungen zu verdeutlichen.

5.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

Eine Risikolage besteht vorliegend nicht nur bei einer tatsächlichen Inkongruenz zwischen vorgeschriebenem und tatsächlichem Zustand bzw. Verhalten. Sie ist vielmehr auch dann zu bejahen, wenn die Inkongruenz nicht vollständig ausgeschlossen werden kann, sei es, dass der Kreis und Inhalt der relevanten Normen oder die tatsächlichen unternehmerischen Zustände und Verhaltensweisen nicht mit hinreichender Sicherheit bekannt sind oder die Frage der Anwendbarkeit einer Norm im konkreten Fall fraglich ist²⁰. Schliesslich gibt es unternehmerische Sachverhalte, wo aufgrund der getroffenen Massnahmen nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass die relevanten Verhaltensvorschriften

²⁰ So kann beispielsweise Unsicherheit hinsichtlich der Frage bestehen, ob eine Preisempfehlung eine kartellrechtlich unzulässige und sanktionsbewehrte Preisbindung der zweiten Hand darstellt (vgl. zur Problematik BSK KG-KRAUSKOPF PATRICK/OLIVIER SCHALLER, Art. 5; N 390 ff.).

dauerhaft eingehalten werden²¹. Nebst tatsächlicher Inkongruenz kann man diese anderen Fälle als eventuelle Inkongruenz (Unsicherheit hinsichtlich Norminhalt, Tatbestand und Anwendbarkeit) sowie potentielle Inkongruenz (Unsicherheit hinsichtlich Dauerhaftigkeit der Compliance) bezeichnen.

Dies vorausgeschickt, kann ein Handlungsbedarf aufgrund des vorzunehmenden Bewertungsvorgangs angezeigt sein, wenn

- eine effektive Inkongruenz festgestellt wird oder eine eventuelle bzw. potentielle Inkongruenz nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden können,
- die Eintrittswahrscheinlichkeit einer Intervention der zuständigen Instanz relativ hoch ist und zudem
- im Interventionsfall mit scharfen Sanktionen und/oder erheblicher unternehmerischer Ressourcenbindung zu rechnen ist.

Die Massnahmen zur Risikosteuerung liegen im Bereich der rechtlichen Rahmenbedingungen folgerichtig in der lückenlosen Erfassung und Analyse aller relevanten Normen sowie der Instruktion und Durchsetzung der geforderten Zustands- und Verhaltensvorschriften im Unternehmen. Bei Unsicherheiten hinsichtlich Inhalt und Anwendbarkeit der Normen kann ein pro-aktives Verhalten mit den zuständigen Behörden hilfreich sein (z.B. Einholung eines Steuerrulings; einer Beratung durch die Weko, etc.²²).

Die Beobachtung des Risikoverlaufs im Rahmen von Controllingprozessen fokussiert vor allem die Kontrolle der Massnahmenumsetzung (z.B. Ausbildung) wie auch der Massnahmenwirkung (Ausbildungserfolg im Sinne von instruktionsgemässen Verhalten).²³

5.2 Rechtsbeziehungen

Die Erfassung von Chancen und Risiken in diesem Bereich bedingt eine Inventarisierung und Priorisierung sämtlicher Geschäfts- bzw. Vertragsbeziehungen der Unternehmung. Ein systematisches Vorgehen unter den Gesichtspunkten der Beschaffung, Produktion und Absatz erleichtert das Erzielen eines vollständigen

²¹ Ein Finanzinstitut stellt beispielsweise fest, dass die getroffenen organisatorischen und rechtlichen Massnahmen zur Sicherstellung der Compliance im Bereiche der Geldwäschereigesetzgebung unzureichend sind.

²² Gemäss Art. 23 Abs. 2 KG Kartellgesetz (KG) berät das Sekretariat der Wettbewerbskommission Unternehmungen bei Fragen zum Gesetz. Nach Art. 49a Abs. 3 KG haben die Unternehmungen sodann die Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen vor deren Umsetzung zu melden, womit unter bestimmten Voraussetzungen eine Sanktionierung entfällt, wenn sich im folgenden Verfahrensverlauf eine Kartellrechtswidrigkeit ergibt.

²³ Man denke etwa an die Umsetzung der GWG Massnahmen in einem Finanzinstitut.

Arbeitsergebnisses²⁴. Im Zusammenhang mit den Haftpflichtrisiken stellt sich die Frage, welche die für die Unternehmung relevanten Haftungsnormen sind.

Bei der Bewertung der mit den Vertragsbeziehungen verbundenen Chancen und Risiken lautet die Frage, wie gross die Gefahr des Nichterreichens einer positiven Leistungsbilanz ist. So wäre etwa Handlungsbedarf angezeigt, wenn die Forderungsausfälle im Zusammenhang mit wiederkehrenden Kaufvertragsbeziehungen überdurchschnittlich hoch sind.

Grundvoraussetzung für die erfolgreiche Steuerung des Risikoverlaufs im Bereich der Vertragsbeziehungen ist das Führen eines aktiven Vertragsmanagements²⁵. Im Übrigen hat man sich zu vergegenwärtigen, dass eine positive Leistungsbilanz nur dann erreicht werden kann, wenn die Unternehmung selber sowie allenfalls beigezogene Subunternehmer ihre Leistung fehlerfrei erbringen. Rechtliche Massnahmen zur Risikokontrolle im Bereich der eigenen Leistungserbringung wären etwa schriftliche Dokumentation von Vertragsabschluss und Vertragsvollzug, vertragliche Absicherung der Leistung von Subunternehmern, arbeitsvertragliche Pflichtenhefte und Leistungsanreize der eingesetzten Belegschaft, Gewährleistungsausschluss oder Gewährleistungsbeschränkungen, Haftungsausschluss oder Haftungsbeschränkungen, Versicherung von Restrisiken, etc. Die rechtlichen Massnahmen im Bereiche der Absicherung der gegnerischen Leistungen sind bei Geldleistungen die Vereinbarung von Vorauszahlungen sowie Real- oder Personalsicherheiten, bei Sach- und Dienstleistungen Erfüllungsgarantien, Konventionalstrafen, etc. Weitere wichtige Behelfe zur Absicherung der positiven Leistungsbilanz sind etwa Geheimhaltungspflichten oder Konkurrenzverbote.

Die Beobachtung des Risikoverlaufs bereitet bei einfachen Verträgen auf Leistungsaustausch kaum Schwierigkeiten. Anders verhält es sich indessen bei Vertragsbeziehungen, welche zwar einen einmaligen, insgesamt aber komplexen Leistungsaustausch zum Gegenstand haben²⁶. Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Beobachtung des Risikoverlaufs ebenfalls angezeigt (z.B. Leistungssteuerung

²⁴ Im Beschaffungsbereich finden sich etwa Verträge wie Alleinbezugs-, Distributions- oder Agenturverträge für Handelswaren, Kauf und/oder Werkverträge für Rohstoffe, Komponenten oder Betriebsmittel, Auftragsverhältnisse mit Dienstleistungserbringern, Miet- und Pachtverträge, Darlehens- oder Kreditverträge etc. Im Produktionsbereich fallen Patent- und Softwarelizenzverträge, Arbeitsverträge, Auftragsverhältnisse, Service Level Agreements etc. in Betracht. Der Absatzbereich umfasst schliesslich Kauf-, Werk- oder Dienstleistungsverträge mit Abnehmern, Makler-, Agentur oder Kommissionsverträge mit Vertriebspartnern oder Speditions- und Frachtverträge mit Subunternehmern etc.

²⁵ Die Unternehmung bedarf eines klaren Überblicks über die Summe aller Verträge, den Vertragsgegenstand, die Vertragsparteien sowie den Vertragsstatus (z.B. Nachführung von Änderungen und Ergänzungen, Vollständigkeit von Vertragsbeilagen). Die saubere Erfassung der Vertragsgegenparteien mag auf erstes Hinsehen als unnötig erscheinen. Indessen kann es in Konzernverhältnissen zuweilen unklar sein, welche Gruppengesellschaft Vertragspartei ist, was zu Unsicherheiten hinsichtlich des Gerichtstandes und des anwendbaren Rechts führt.

²⁶ EDV-Projekte laufen oft zunächst unerkannt aus dem Ruder und erweisen sich schliesslich als «Fass ohne Boden».

im Rahmen von Arbeitsverträgen). Die Beobachtung des Risikoverlaufs hat hier anhand festgesetzter Indikatoren zu erfolgen²⁷.

5.3 Marktposition

Die Erfassung des Risikoprofils im Bereiche der Marktposition erfordert die Auflistung der für die Unternehmung relevanten Wertetreiber. Auch hier empfiehlt sich ein systematisches Vorgehen, indem der Beschaffungs-, Produktions- und Absatzbereich getrennt untersucht werden. Wertetreiber im Beschaffungsbereich wären etwa gute Beschaffungskanäle für Handelsprodukte, Rohstoffe oder Komponenten, Wertetreiber im Produktionsbereich z.B. Know-How oder qualifizierte Mitarbeiter, solche im Absatzbereich eine schlagkräftige Vertriebsorganisation oder gute externe Distributionskanäle²⁸.

Bei der Bewertung von Chancen und Risiken sind die Wertetreiber unter dem Gesichtspunkt ihrer Bedeutung für die Unternehmung zur priorisieren. Ein Handlungsbedarf ist dann zu bejahen, wenn die Stabilität und der Wirkungsgrad der als wichtig beurteilten Wertetreiber ungenügend sind.

Als typische rechtliche Sicherungsbehelfe im Beschaffungsbereich kommen in Betracht: Rahmenverträge mit Lieferanten, mittels Konventionalstrafen abgesicherte Leistungsgarantien, langfristige Preisvereinbarungen, Lizenzrechte hinsichtlich Immaterialgüterrechten, Sicherung exklusiver Bezugsrechte oder Absicherung von Währungsrisiken. Im Produktionsbereich können Massnahmen wie attraktive Arbeitsbedingungen, sinnvolle Leistungsanreize, transparente Kommunikationspolitik, Geheimhaltungsverpflichtungen, Konkurrenzverbote, immaterialgüterrechtliche Schutzdispositionen oder Massnahmen zur Sicherung von betrieblichem Know-How genannt werden. Schliesslich sind im Absatzbereich beispielsweise die langfristige Sicherung von Vertriebsstandorten, Exklusivvertriebsrechte, Leistungsanreize in den Arbeits- und Agenturverträgen, die sorgfältige Auswahl der Vertriebspartner oder langfristige Rahmenverträge mit Abnehmern zu erwähnen.

Hinsichtlich der Beobachtung des Risikoverlaufs verhält es sich im vorliegenden Zusammenhang ähnlich wie bei vertragsrechtlichen Dauerschuldverhältnissen. Der Grad der Mitarbeitermotivation als unternehmerischer Wertetreiber könnte etwa anhand Indikatoren wie Arbeitsproduktivität, Rückmeldung bei Mitarbeiterumfragen, Fluktuationsrate, Anzahl Krankheitsfälle oder der Häufigkeit disziplinarischer Fälle gemessen werden.

5.4 Organisationsverfassung

Die Fähigkeit, zeitgerecht qualitativ gute Entscheidungen zu fällen, ist gemeinhin unter der Voraussetzung der rechtzeitigen Verfügbarkeit verlässlicher Entscheidungsgrundlagen, Vorhandensein kompetenter Entscheidungsträger sowie effizienter Entscheidungsprozesse gegeben. Auch die rasche und gute Umsetzung von

²⁷ Viele Krankheitsausfälle sowie eine hohe Fluktuationsrate können z.B. auf eine schlechte Motivationshaltung der Belegschaft hinweisen.

²⁸ Weitere Beispiele vgl. BÖSINGER/ENGEL, a.a.O., S. 176.

Entscheidungen erfordert drei Elemente, nämlich die rechtzeitige Information und Instruktion der umsetzenden Organe, die klare Verantwortlichkeits- und Kompetenzregelung sowie eine Unternehmenskultur der Offenheit gegenüber Veränderungen und Loyalität aller Beteiligten.

Bei der Identifikation von Chancen und Risiken im Bereich der Organisationsverfassung haben die Gesellschaftsorgane selbstkritisch darüber Rechenschaft abzulegen, ob die organisatorischen und personellen Verhältnisse den genannten Anforderungen genügen. Ein Handlungsbedarf ist dann angezeigt, wenn die organisatorischen Voraussetzungen unzulänglich sind oder persönliche Spannungen und Konflikte als Risikoquelle nicht ausgeschlossen werden können.

Die zur Gewährleistung der Entscheidungsfähigkeit in Frage kommenden Massnahmen sind beispielsweise klare Definition des Informationsbedarfs und der Informationsquellen, sinnvolle personelle Besetzung der Entscheidungsorgane sowie die Sicherstellung des Grundkonsenses in strategischen Fragen zwecks Garantie effizienter Entscheidungsprozesse. Neben der klaren Regelung der Verantwortlichkeiten sind die entsprechenden Handlungsvollmachten zu erteilen und Handlungsrichtlinien zu definieren, um eine reibungslose Umsetzung von Entscheidungen zu gewährleisten. Dem Abbau von möglichen Spannungen und Konflikten als häufigen Risikoquellen dient insbesondere ein angemessener gesellschaftsrechtlicher Ausgleich zwischen Individual- und Gemeininteressen, Mehrheits- und Minderheitsinteressen sowie vor allem die Schaffung von Austritts- und Ausschlussmöglichkeiten²⁹.

Die strukturierte Beobachtung des Risikoverlaufs anhand von Controllingprozessen ist im vorliegenden Controllingbereich wohl eher die Ausnahme. In dessen ist ein Controllingsprozess allenfalls im Zusammenhang mit der Umsetzung komplexer Entscheidungen wie der Umstellung und Reorganisation wichtiger Unternehmensteile zu empfehlen. Das Controlling steht in diesem Fall in der Nähe des Projektcontrollings.

6. Schlussbemerkung

Die Unternehmung, welche mittels eines wirksamen Legal Controlling die verfolgten unternehmerischen Chancen besser als andere sichert und die eingegangenen Risiken besser kontrolliert, stellt einen optimalen Ressourceneinsatz sicher und verschafft sich damit einen entscheidenden Wettbewerbsvorteil.

Wie beim Risikomanagement überhaupt, müssen auch beim Legal Controlling drei Hauptschwierigkeiten überwunden werden: die Antizipation nicht nahe liegender Risikoentwicklungen, die authentische Wahrnehmung der rele-

²⁹ Bei der GmbH ist dies im Rahmen der Statuten möglich, währendem bei der AG das Mittel des Aktionärbindungsvertrages heranzuziehen ist. Vgl. dazu Bösiger Markus, Bedeutung und Grenzen des Aktionärbindungsvertrages bei personenbezogenen Aktiengesellschaften, in: REPRAX 1/03 1 ff.; Engel Daniel, in: Handbuch Schweizer Aktienrecht, Aktionärsvereinbarungen, S182 ff., insbesondere Rz. 14.16.

vanten Unternehmenswirklichkeit und die Einrichtung von einfachen und praxistauglichen Controllingkonzepten und Controllingprozessen.

Die hier dargestellten Struktur- und Prozessmodelle erleichtern die erfolgreiche Aufgabenbewältigung. Legal Controlling im dargestellten Sinn kann auch von der nicht juristisch geschulten Führungskraft betrieben werden, wobei je nach Sachlage die Unterstützung durch Fachspezialisten erforderlich ist.

Résumé

L'entreprise, qui, par le biais d'un contrôle juridique (Legal Controlling) efficace, garantit mieux que d'autres les opportunités entrepreneuriales poursuivies et contrôle davantage les risques encourus, assure une utilisation optimale des ressources et se procure ainsi un avantage concurrentiel décisif.

A l'instar de la gestion des risques, le contrôle juridique (Legal Controlling) suppose également de surmonter trois difficultés principales: l'anticipation de l'évolution non évidente des risques, la perception authentique de

la réalité de l'entreprise et la création de concepts de contrôle simples et réalisables, assortis de processus de contrôle.

Les modèles de structure et de processus présentés ici facilitent un accomplissement réussi des tâches. Le contrôle juridique (Legal Controlling) au sens mentionné peut être utilisé également par des cadres non-juristes, moyennant, selon les circonstances, l'appui de spécialistes.

*(trad. par
lic. iur. Nicolette Rusca, OFRC)*

Praxismitteilung EHRA 4/13

17. Dezember 2013

Hinweise zur Praxis des Eidg. Amtes für das Handelsregister

Nachlassstundung, Art. 160 HRegV¹

1. Allgemeines

Am 1. Januar 2014 tritt das neue Sanierungsrecht in Kraft.² Die Änderungen im SchKG³ zur Nachlassstundung betreffen auch die Eintragungen im Handelsregister.

2. Provisorische oder definitive Nachlassstundung

Das positive Recht sieht neu ausdrücklich vor, dass das Gericht entweder eine *provisorische*⁴ oder eine *definitive*⁵ Nachlassstundung bewilligen kann. Im Eintragungstext ist auf diesen Unterschied hinzuweisen:

Publikationstext:

... Mit Entscheidung vom (...) hat das Gericht die provisorische/definitive Nachlassstundung bis zum (...) bewilligt.

3. Art. 160 Abs. 4 HRegV

Mit dem Inkrafttreten des neuen Sanierungsrechts ist es nicht mehr erforderlich, die Tatsachen, dass der Nachlassvertrag abgelehnt oder die Nachlassstundung widerrufen wurde, in das Handelsregister einzutragen. Auch sind die Verweise in Art. 160 Abs. 4 HRegV auf die Artikel des SchKG nicht mehr aktuell, daher wird dieser Absatz bei einer künftigen Revision der Handelsregisterverordnung geändert bzw. aufgehoben.

¹ Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411).

² AS 2013 4111.

³ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; SR 281.1).

⁴ Art. 293a SchKG.

⁵ Art. 294 Abs. 1 SchKG.

Die Ablehnung des Nachlassvertrages⁶ und die Tatsache, dass keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht,⁷ führen zur Konkurseröffnung *von Amtes wegen* durch das Gericht. Die Eintragung der Konkurseröffnung im Handelsregister richtet sich auch in diesen Fällen nach Art. 159 HRegV.

EIDG. AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER
Nicholas Turin

⁶ Art. 309 SchKG.

⁷ Art. 294 Abs. 3 SchKG.

Communication OFRC 3/14

17 décembre 2013

Information concernant la pratique de l'Office fédéral
du registre du commerce

Sursis concordataire selon l'art. 160 ORC¹

1. Généralités

Le nouveau droit de l'assainissement² entre en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Les modifications de la LP³ portant sur le sursis concordataire concernent également les inscriptions au registre du commerce.

2. Sursis provisoire ou définitif

Le droit positif prévoit désormais expressément que le tribunal peut autoriser un sursis concordataire *provisoire*⁴ ou *définitif*.⁵ Le texte de l'inscription doit souligner cette différence :

Texte de publication :

... Par décision du (...) le tribunal a autorisé le sursis concordataire provisoire/ définitif jusqu'au (...).

3. Art. 160, al. 4, ORC

Dès l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'assainissement, les faits tels que le refus d'octroyer le concordat ou la révocation du sursis ne doivent plus être inscrits au registre du commerce. En outre, les renvois aux dispositions de la LP contenus à l'art. 160, al. 4, ORC ne sont plus actuels ; cette disposition devra être modifiée, voire supprimée, lors d'une révision ultérieure de l'ordonnance sur le registre du commerce.

¹ Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC; RS 221.411).

² RO 2013 4111.

³ Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1).

⁴ Art. 293a LP.

⁵ Art. 294, al.1, LP.

Le refus d'octroyer le concordat⁶ et le fait qu'aucune perspective d'assainissement ou d'octroi d'un concordat n'existe⁷ conduisent à l'ouverture *d'office* de la faillite par le tribunal. L'inscription au registre du commerce de l'ouverture de la faillite s'effectue, dans ces cas également, selon l'art. 159 ORC.

OFFICE FÉDÉRAL DU REGISTRE DU COMMERCE
Nicholas Turin

⁶ Art. 309 LP.

⁷ Art. 294, al. 3, LP.

Comunicazione UFRC 4/13

17 dicembre 2014

Informazione concernente la prassi dell'Ufficio federale del registro di commercio

Moratoria art. 160 ORC¹

1. In generale

La nuova procedura di risanamento² entra in vigore il 1° gennaio 2014. Le modifiche della LEF³ in materia di moratoria concordataria riguardano anche le iscrizioni nel registro di commercio.

2. Moratoria concordataria provvisoria o definitiva

Il diritto positivo prevede ormai espressamente che il tribunale può concedere una moratoria concordataria provvisoria⁴ o definitiva.⁵ Occorre evidenziare questa differenza nel testo dell'iscrizione:

Testo di pubblicazione:

... Con decisione (...) il tribunale ha concesso la moratoria provvisoria/definitiva fino al (...).

3. Art. 160 cpv. 4 ORC

Con l'entrata in vigore della nuova procedura di risanamento, i fatti corrispondenti al rigetto del concordato o alla revoca della moratoria non devono più essere iscritti nel registro di commercio. Inoltre, i riferimenti alle disposizioni della LEF nell'art. 160 cpv. 4 ORC perdono la loro rilevanza; questo paragrafo sarà quindi modificato o cancellato in una futura revisione dell'ordinanza sul registro di commercio.

¹ Ordinanza del 17 ottobre 2007 sul registro di commercio (ORC; RS 221.411).

² RU 2013 4111.

³ Legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento (LEF; RS 281.1).

⁴ Art. 293a LEF.

⁵ Art. 294 cpv. 1 LEF.

Il rigetto del concordato⁶ e il fatto che nessuna prospettiva di risanamento o d'omologazione del concordato esiste,⁷ portano alla dichiarazione di fallimento *d'ufficio* dal tribunale. L'iscrizione nel registro di commercio è diretta anche in questi casi dall'art. 159 ORC.

UFFICIO FEDERALE DEL REGISTRO DI COMMERCIO
Nicholas Turin

⁶ Art. 309 LEF.

⁷ Art. 294 cpv. 3 LEF.



November 2012
978-3-7255-6664-8
558 Seiten, gebunden
CHF 138.00

Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung

2. Auflage

Michael Gwelessiani

Die Handelsregisterverordnung ist in der täglichen Anwendung des Wirtschaftsrechts von grosser Bedeutung. Checklistenartig werden darin die Voraussetzungen und Verfahren für Eintragungen ins Handelsregister aufgeführt. Die aktualisierte und erweiterte Kommentierung berücksichtigt die neuesten Änderungen der Verordnung und die sich stets weiter entwickelnde Praxis. Der Rechtsanwender findet darin Antworten auf Fragen der Praxis und erhält mit den Musterdokumenten ein wertvolles Arbeitsinstrument.

Autor:

lic. iur. Michael Gwelessiani, Handelsregisteramt Kanton Zürich

Schulthess Juristische Medien AG

Zwingliplatz 2, Postfach

CH-8022 Zürich / Switzerland

Telefon +41 (0)44 200 29 29

Fax +41 (0)44 200 29 28

buch@schulthess.com

www.schulthess.com



Janvier 2014
978-3-7255-6882-6
496 pages, relié
CHF 138.00

Commentaire pratique de l'Ordonnance sur le registre du commerce

Michael Gwelessiani/Niels Schindler

L'Ordonnance sur le registre du commerce est d'une importance capitale dans le cadre de la pratique du droit des affaires. Elle règle de nombreux aspects importants du droit suisse des sociétés, des associations et des fondations notamment. Le présent ouvrage commente l'Ordonnance d'une manière résolument pratique. Fruit de la collaboration entre le Préposé du plus grand Registre du Commerce cantonal de Suisse et d'un avocat, il guidera les divers praticiens du domaine (Notaires, Avocats, Juristes d'entreprise, Corporate secretaries) dans le cadre de leurs démarches auprès des registres du commerce et permettra de mieux appréhender un texte législatif peu commenté, mais souvent utilisé.

Auteurs:

lic. iur. Michael Gwelessiani, Préposé du registre du commerce du Canton de Zurich

Niels Schindler, Avocat, Associé, DGE Avocats Genève

Schulthess Médias Juridiques SA
Zwingliplatz 2, Case postale
CH-8022 Zurich
Téléphone +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
livres@schulthess.com
www.schulthess.com

Frust am Bücherregal?

Wir feiern die
50.
Auflage



ZGB/OR ist seit 100 Jahren gut aufgelegt.

Die klassische Textausgabe von Gauch/Stöckli mit Anhängen, Querverweisen, Sachregister und Anmerkungen.

Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die blosser Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände. **Erscheint Ende August 2014.**

ZGB OR	50. Auflage
	ca. 2'200 Seiten, gebunden
	CHF 158.00
	978-3-7255-6976-2

ZGB	50. Auflage
	ca. 1'100 Seiten, gebunden
	CHF 79.00
	978-3-7255-6978-6

OR	50. Auflage
	ca. 1'300 Seiten, gebunden
	CHF 79.00
	978-3-7255-6977-9

