



Prof. Dr. Rolf Sethe

Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht (FS 2024) Fallbearbeitung im Gesellschaftsrecht

Musterlösung zu Fall Nr. 6 – Aktienrecht mit FusG/FinfraG

Frage 1: <i>Wie ist die Rechtslage?</i>	Punkte (42)
<p>Verantwortlichkeitsklage (OR 754 I)</p> <p>Obersatz</p>	2
<p>1. Aktivlegitimation des Aktionärs nach OR 754 I i.V.m. OR 756 I</p> <p>Aktivlegitimiert sind gemäss OR 754 I sowohl die Gesellschaft als auch die einzelnen Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger.</p> <p>Es ist zwischen direkter und indirekter Schädigung des Aktionärsvermögens zu unterscheiden.</p> <p>Im Falle einer Schädigung des Gesellschaftsvermögens wird der Aktionär lediglich indirekt geschädigt und kann daher, sofern die Klage ausserhalb eines Konkurses angehoben wird, gemäss OR 756 I nur auf Leistung des Ersatzes an die Gesellschaft klagen.</p> <p>Vorliegend handelt es sich um eine direkte Schädigung des Gesellschaftsvermögens mit einem Reflexschaden der Aktionäre, weshalb X gemäss OR 754 I i.V.m. OR 756 I ausserhalb des Konkurses legitimiert ist, den Schaden geltend zu machen und die Rückzahlung an die AG zu fordern.</p>	1 2 4 4
<p>2. Passivlegitimation</p> <p>Gemäss OR 754 I sind Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen der persönlichen Haftung unterworfen.</p> <p>Z ist Verwaltungsratsmitglied und somit passiv legitimiert.</p>	1 1
<p>3. Schaden</p> <p>Ein Schaden liegt vor, wenn es zu einer finanziellen Einbusse gekommen ist. Dies wird mittels der Differenztheorie festgestellt, wonach ein Schaden in der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand ohne dem Schädigenden Ereignis und dem jetzigen (tatsächlichen) Vermögensstand.</p> <p>Durch die Zahlung der Forderung hat sich das Aktivvermögen der C AG um 5'000 CHF verkleinert, weshalb ein Schaden in der Höhe dieser 5'000 CHF besteht.</p>	2 1



<p>4. Pflichtverletzung</p> <p>Z müsste eine Pflichtverletzung begangen haben. Vorliegend kommt eine Verletzung der Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss OR 717 I in Betracht.</p> <p>Eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht liegt vor, wenn das Verwaltungsratsmitglied nicht im Interesse der Gesellschaft gehandelt hat. Dabei wird ein objektiver Massstab angewendet. Dies ist insbesondere bei einer geschäftlich nicht begründeten Zahlung der Fall.</p> <p>Eine geschäftlich nicht begründete Zahlung liegt jedenfalls dann vor, wenn eine nichtexistente oder eine verjährte Forderung beglichen wird, weshalb zu prüfen ist, ob die Forderung noch weiter besteht.</p> <p>Gemäss OR 127 verjähren alle Forderungen mit Ablauf von 10 Jahren, sofern das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt. Für Forderungen aus Lieferung von Lebensmitteln sieht OR 128 Ziff. 2 eine Verjährungsfrist von 5 Jahren vor. Diese ist jedoch nur für Lieferungen an Endverbraucher anwendbar. Die Verjährung beginnt gemäss OR 130 I mit der Fälligkeit der Forderung. Die Verjährung kann i.S.v. OR 134 gehindert werden oder stillstehen oder i.S.v. OR 135 unterbrochen werden.</p> <p>Vorliegend war die Forderung am 30. September 2012 fällig. Zwar handelt es sich vorliegend um eine Lieferung von Lebensmitteln i.S.v. OR 128 Ziff. 2. Da jedoch nicht an einen Endverbraucher geliefert wurde, ist die Verjährungsfrist von 10 Jahren i.S.v. OR 127 I anwendbar. Seit Fälligkeit sind 11 Jahre vergangen und es ist kein Hinderungs-, Stillstands- oder Unterbrechungsgrund ersichtlich. Somit ist die Forderung verjährt.</p> <p>Mit Eintritt der Verjährung erlischt die Forderung nicht. Stattdessen wandelt sie sich in eine Naturalobligation und dem Schuldner steht ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Naturalobligation kann aber immer noch erfüllt werden. Dies hängt nun jedoch vom Ermessen des Schuldners ab. Z hat folglich nicht eine nicht bestehende Forderung bezahlt, sondern sich dazu entschieden, das Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend zu machen.</p> <p>Zur Vermeidung von Rückschaufehlern ist bei Geschäftsentscheiden mit Ermessensspielraum die sogenannte <i>Business Judgment Rule</i> anzuwenden. Dabei wird einzig überprüft, ob der Entscheid im korrekten Verfahren getroffen wurde, vom Ergebnis her nachvollziehbar und sachlich vertretbar war und ordnungsgemäss umgesetzt wurde. Ist dies der Fall, gesteht der Richter dem Organmitglied einen weiten Ermessensspielraum zu.</p> <p>Die Ausübung oder Nichtausübung eines Leistungsverweigerungsrechts stellt einen Ermessensentscheid der Geschäftsführung dar. Folglich ist zu überprüfen, ob Z den Entscheid im korrekten Verfahren, das heisst nach sorgfältiger Ermittlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen, nach Abwägung von Chancen und Risiken und frei von Interessenskonflikten, getroffen hat, ob dieser vertretbar war und ob er korrekt umgesetzt wurde.</p> <p>Vorliegend wurde sorgfältig geprüft, ob diese Forderung bereits beglichen worden ist. Ausserdem hat sie die Risiken des Verlusts der Geschäftsbeziehungen und des Verlusts des Vertrauens mit dem Einbehalten der 5'000</p>	<p>2</p> <p>2</p> <p>4</p> <p>3</p> <p>3</p> <p>5</p> <p>4</p>
---	--



<p>CHF abgewogen. Ein Interessenkonflikt ist nicht ersichtlich.</p> <p>Die L GmbH ist ein langjähriger Partner der C AG und liefert immer wieder sehr kurzfristig zuverlässig die benötigten frischen Lebensmittel. Aufgrund der Länge der Zusammenarbeit erhält die C AG günstigere Konditionen beim notfallmässigen Einkauf der Lebensmittel. Dadurch hat die C AG einen sehr guten Ruf. Da sie die Waren tatsächlich erhalten hat, ist es durchaus vertretbar zum Erhalt der guten Beziehungen die Lieferung trotz des Leistungsverweigerungsrechts zu bezahlen.</p> <p>Ein Fehler in der Ausführung ist nicht ersichtlich.</p> <p>Somit liegt keine Verletzung der Treuepflicht i.S.v. OR 717 I vor. Es ist auch keine andere Pflichtverletzung ersichtlich, weshalb eine Verantwortlichkeitsklage hier scheitern würde.</p> <p><i>A.A ebenfalls vertretbar. Dann sind Verschulden, Kausalität und eventuelle Einreden zu prüfen.</i></p>	<p>1/Argument</p> <p>1</p>
<p>5. Ergebnis</p> <p>Da die Bezahlung der Rechnung ein sorgfältig abgewogener Ermessensentscheid mit vertretbarem Ergebnis ist, hat Z ihre Pflichten nicht verletzt und eine Verantwortlichkeitsklage nach OR 754 I wäre unbegründet.</p>	<p>1</p>
<p>Frage 2a: <i>Klären sie ab, ob die gewünschten Statutenbestimmungen rechtlich zulässig sind.</i></p>	<p>44</p>
<p>1. Voraussetzungen der Beschränkung der Übertragbarkeit von nicht börsenkotierten Namenaktien</p> <p>Gemäss OR 685a I kann eine Gesellschaft in ihren Statuten vorsehen, dass Namenaktien nur mit ihrer Zustimmung übertragen werden dürfen. OR 685b I regelt für Gesellschaften, deren Aktien nicht kotiert sind, welche statutarischen Beschränkungen zulässig sind.</p> <p>Eine Ablehnung ist demnach möglich, wenn ein in den Statuten vorgesehener wichtiger Grund vorliegt. Wichtige Gründe sind gemäss OR 685b II insbesondere die Bewahrung des Gesellschaftszweck oder der Schutz der wirtschaftlichen Selbstständigkeit.</p>	<p>2</p> <p>3</p>
<p>2. Klauseln:</p> <p>a. Sippenklausel</p> <p>Die Zulässigkeit einer Sippenklausel ist in der Lehre umstritten. Für die Zulässigkeit der Klausel wird ins Feld geführt, dass sie durch die klare Abgrenzung der möglichen Erwerber die Gesellschaft transparent vor einem Verlust der Selbstständigkeit schützt. Es werde ausgeschlossen, dass ein Konzern oder fremde Dritte die Kontrolle über die Gesellschaft erhalten. Der Gesetzgeber habe den Gesellschaftern einen weiten Gestaltungsraum zur Beschränkung des Aktionärskreises zugestanden.</p>	<p>3</p>

<p>Die Sippenklausel wird vor allem mit der Argumentation abgelehnt, dass die Klausel nicht im langfristigen Interesse der Gesellschaft liege und die Beschränkung der Übertragbarkeit auf einige wenige Personen mit der Grundstruktur einer AG nicht vereinbar sei.</p> <p>Zwar verhindert eine Sippenklausel eine fremde Übernahme, jedoch tut sie dies kaum in einer sachlichen Art und Weise. Sippenklauseln sind deshalb abzulehnen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Auflage, § 16 N 500; a.A. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, § 5 N 229 ff.).</p> <p><i>A. A. bei entsprechender Argumentation vertretbar.</i></p>	<p>2</p> <p>1/Argument</p>
<p style="text-align: center;">b. Prozentlimite zur Erhaltung der Selbständigkeit</p> <p>Gemäss OR 685d I besteht bei börsenkotierten Namenaktien die Möglichkeit, in den Statuten eine prozentmässige Begrenzung vorzusehen und bei deren Überschreitung einen Erwerber abzulehnen. Zur Wahrung ihrer Selbstständigkeit muss dies deshalb nach h. L. erst recht auch bei nicht kotierten Namenaktien möglich sein.</p> <p>Umstritten ist jedoch die Frage, wie tief die Limite angesetzt werden darf. Nach h. L. sind Grenzen bis zu 10% zulässig (vgl. BSK OR II-DU PASQUIER/WOLF, Art. 685b N 6). Das Bundesgericht hat sogar eine Grenze von 9.5% noch für zulässig erachtet (BGer vom 18.4.2007 4C.35/2007, E. 3.4).</p> <p>Sachlich angemessen erscheint es, die Beschränkung unter 10% zuzulassen, da ein Erwerber mit einer Beteiligung ab 10% selbständig besondere Rechte geltend machen kann.</p> <p><i>Andere Limiten bei entsprechender Argumentation zulässig.</i></p>	<p>2</p> <p>2</p> <p>1/Argument</p>
<p>Um zu verhindern, dass die Prozentlimite durch die Verteilung der Aktien in einem Konzern oder auf mehrere, untereinander verbundene Personen umgangen wird, werden in der Praxis regelmässig Konzern- und Gruppenklauseln in die Statuten aufgenommen.</p> <p>Kontrolliert eine Person oder Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere andere Gesellschaften, so stehen diese unter einheitlicher Leitung. Da in solchen Konstrukten die Entscheidungsbezugnis über die Ausübung der Stimmrechte faktisch der kontrollierenden Person zukommt, ist es gerechtfertigt und sachlich, diese als Einheit, also als einen Erwerber, zu betrachten.</p> <p>Auch als zulässig werden Umgehungsklauseln erachtet. Dabei wird verlangt, dass sich Aktionäre zum Zwecke der Umgehung der Vinkulierung zusammenschliessen. Dies ist dann der Fall, wenn eine Handlung vorgenommen wird, die dem Überlassen der Aktien gleichkommt. Damit sind jene Fälle gemeint, in denen die Stimmrechtsausübung durch ein verpflichtendes Rechtsgeschäft massgeblich gebunden ist, beispielsweise weil ein Abweichen von den Vorgaben unmöglich ist oder eine Konventionalstrafe droht.</p> <p>Eine Strategiebesprechung unter Aktionären auch im Rahmen eines ABVs</p>	<p>2</p> <p>2</p> <p>2</p>



<p>verweigern, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.</p> <p>Art. 2 Wichtiger Grund</p> <p>(1) Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Erwerber mit dem Erwerb die Schwelle von 9.5% des Kapitals oder der Stimmrechte überschreitet. Personen und Personengesellschaften, die untereinander durch einheitliche Leitung oder auf andere Weise verbunden sind, sowie natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften, welche sich zum Zwecke der Umgehung der Eintragungsbegrenzung zusammenschliessen, gelten als ein Erwerber.</p> <p>(2) Im Hinblick auf die Selbständigkeit des Unternehmens kann einem Erwerber, der nicht einer der Nachkommen von X, Y und Z ist, die Zustimmung zur Übertragung verweigert werden.</p> <p>(3) Die Verweigerung des Beitritts zum ABV mit Inhalt: ...</p> <p><i>[je nachdem, welche Ansicht vertreten wird, ist (2) im Wege des Hilfsgutachtens zu erörtern]</i></p> <p>[...]</p> <p>III. Organe der Gesellschaft</p> <p>[...]</p> <p>A) Die Generalversammlung</p> <p>[...]</p> <p>Art. 9 Befugnisse</p> <p>Der Generalversammlung stehen folgende Befugnisse zu:</p> <p>[...]</p> <p>Ziff. 7</p> <p>der Beschluss über ein Gesuch um Zustimmung zur Übertragung von Namenaktien.</p> <p>[...]»</p>	<p>3</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>1</p>
<p>Frage 3: Welche Meldepflichten entstehen?</p>	<p>31</p>
<p>1. Anwendbarkeit der Meldepflichten nach FinfraG auf den ursprünglichen Erwerb im Jahr 2020</p> <p style="padding-left: 40px;">a. Anwendbarkeit der Bestimmungen</p> <p>Gemäss FinfraG 120 I muss derjenige, welcher direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien oder Erwerbs- oder Veräusserungsrechte bezüglich Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz kotiert sind, oder einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert sind, erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 ⅓, 50 oder 66 ⅔ Prozent der Stimmrechte, ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder über-</p>	

<p>schreitet, dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden.</p> <p>Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Meldepflicht ist an die Kotierung in der Schweiz gekoppelt. Die E AG hat ihren Sitz in Basel und ihre Aktien sind an der SIX Swiss Exchange AG kotiert, weshalb die Bestimmungen von FinfraG 120 ff. vorliegend einschlägig sind.</p>	<p>1</p> <p>3</p>
<p style="text-align: center;">b. Meldepflichtige Personen</p> <p>FinfraG 120 gilt für natürliche und juristische Personen, die an einer meldepflichtigen Aktiengesellschaft beteiligt sind.</p> <p>Y erwirbt 9% an der E AG und ist somit an ihr beteiligt, weshalb FinfraG 120 I zur Anwendung kommt.</p>	<p>1</p>
<p style="text-align: center;">c. Überschreiten des Schwellenwertes</p> <p>Durch den Erwerb der Aktien im Jahr 2020 erreicht Y 9% der Stimmrechte und hat den Schwellenwert von 5% überschritten. Der Vorgang ist somit nach FinfraG 120 meldepflichtig.</p>	<p>1</p>
<p style="text-align: center;">d. Inhalt der Meldung</p> <p>Y muss die Angaben gemäss Art. 22 I FinfraV-FINMA übermitteln.</p>	<p>1</p>
<p style="text-align: center;">e. Zeitpunkt der Meldepflicht</p> <p>Gemäss FinfraV-FINMA 13 I entsteht die Meldepflicht im Zeitpunkt der Begründung eines Anspruchs auf Erwerb oder Veräusserung (d.h. mit dem Verpflichtungsgeschäft). Mit Abschluss des Kaufvertrags ist somit eine Meldepflicht entstanden. Die Meldung muss innerhalb von 4 Börsentagen gegenüber der E AG und der Offenlegungsstelle der Börse erfolgen (FinfraV-FINMA 24 I),</p>	<p>3</p>
<p style="text-align: center;">2. Anwendbarkeit der Meldepflichten nach FinfraG auf den neuen Erwerb durch die C AG</p> <p style="text-align: center;">a. Anwendbarkeit der Bestimmungen</p> <p>Zur Anwendbarkeit von FinfraG 120 siehe oben.</p>	
<p style="text-align: center;">b. Meldepflichtige Personen</p> <p>Meldepflichtig sind gemäss FinfraG 120 natürliche und juristische Personen, die an einer meldepflichtigen AG beteiligt sind.</p> <p>Gemäss FinfraV-FINMA 10 I sind immer die wirtschaftlich berechtigten Meldepflichtig. Als wirtschaftlich Berechtigte gilt, wer die aus einer Beteiligung fließenden Stimmrechte kontrolliert, und das wirtschaftliche Risiko trägt. Es wird also auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abgestellt.</p> <p>Gemäss h.L. und Rechtsprechung ist deshalb auf die effektive Kontrollmöglichkeit über die Stimmrechte abzustellen. Danach ist eine Kontrollmöglichkeit dann gegeben, wenn über eine direkt oder indirekt beherrschte Gesellschaft Anteile an einer juristischen Person gehalten werden (Art. 11 lit. a</p>	<p>1</p> <p>2</p>



<p>FinfraV-FINMA). Ob eine Beherrschung vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Sie ist in der Regel jedoch gegeben, wenn eine Person die Mehrheit der Stimmrechte an einer juristischen Person hält. Nicht erforderlich ist es, dass diese Kontrolle tatsächlich ausgeübt wird.</p> <p>Vorliegend hat Y 70% der Stimmen der C AG inne, diese wird folglich von ihr beherrscht. Damit hat sie die Kontrollmöglichkeit über die von der C AG gehaltenen Stimmrechte, weshalb sie als wirtschaftlich Berechtigte gilt. Vorliegend übt Y als Verwaltungsrätin im Übrigen auch direkt die Kontrolle über die Aktien aus. Somit ist Y als wirtschaftlich berechtigte an der E AG beteiligt, weshalb auf sie FinfraG 120 I zur Anwendung kommt.</p>	<p>5</p> <p>3</p>
<p>c. Überschreiten des Schwellenwertes</p> <p>Mit dem Erwerb von 2% der Stimmenanteile an der E AG durch die C AG ist Y wirtschaftlich Berechtigte an 11% der Stimmanteile, womit sie den Schwellenwert von 10% überschritten hat, weshalb eine Meldepflicht entstand.</p>	<p>1</p>
<p>d. Inhalt der Meldung</p> <p>Y muss die Angaben gemäss FinfraV-FINMA 22 I übermitteln. Da es sich um einen indirekten Erwerb handelt (s.o.), sind zusätzlich die Angaben nach FinfraV-FINMA 23 III zu übermitteln, also die vollständigen Angaben sowohl über die direkt erwerbende oder veräussernde Person als auch über die wirtschaftlich berechtigte Person.</p>	<p>2</p>
<p>e. Zeitpunkt der Meldepflicht</p> <p>Gemäss FinfraV-FINMA 13 I entsteht die Meldepflicht im Zeitpunkt der Begründung eines Anspruchs auf Erwerb oder Veräusserung (d.h. mit dem Verpflichtungsgeschäft). Mit Abschluss des Kaufvertrags ist somit eine Meldepflicht entstanden. Die Meldung muss innerhalb von 4 Börsentagen gegenüber der E AG und der Offenlegungsstelle der Börse erfolgen (FinfraV-FINMA 24 I).</p>	<p>Bereits oben bepunktet</p>
<p>3. Ergebnis</p> <p>Sowohl durch den ersten Erwerbsvorgang im Jahr 2020 als auch durch den zweiten im Jahr 2023 wurde Y meldepflichtig.</p>	
<p>4. Meldepflicht nach OR 697j</p> <p>Gemäss OR 697j I wird meldepflichtig, wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer nicht kotierten Gesellschaft erwirbt und dabei den Grenzwert von 25% des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet.</p> <p>Vorliegend ist Y bereits vor dem Erwerb der anderen Aktien an der C AG Eigentümerin von mehr als 25% der Aktien. Für sie entsteht deshalb keine zusätzliche Meldepflicht.</p>	<p>1</p> <p>2</p>
<p>5. Ad-Hoc-Publizität</p>	<p>4</p>

<p>werden. Da die L GmbH nur 90% an der C AG hält, kommt nur die Erleichterung nach FusG 23 II in Frage.</p> <p>Gemäss FusG 24 II muss bei solchen Fusionen der Fusionsvertrag nicht der GV zur Beschlussfassung unterbreitet werden. Da der Fusionsvertrag vorliegend nicht durch die GV angenommen werden muss, entscheidet einzig die Geschäftsleitung oder das oberste Verwaltungsorgan über den Beschluss. Gesellschafterinnen und Gesellschafter sind gemäss FusG 106 II auch zur Anfechtung solcher Beschlüsse legitimiert. Dabei ist zu beachten, dass jeweils nur die Beschlüsse der Gesellschaft, bei der auch die Gesellschafterstellung vorliegt, anfechtbar sind.</p> <p>Das Anfechtungsobjekt ist deshalb der Beschluss des Verwaltungsrates der C AG.</p> <p>Alternativlösung: Es liegt kein Beschluss des Verwaltungsrats der C AG vor. Nur ein solcher könnte X anfechten. Den Beschluss der L GmbH kann X nicht anfechten, da X keine Beteiligung an der L GmbH innehat. Es fehlt somit an einem für ihn anfechtbaren Anfechtungsobjekt.</p>	<p>1</p> <p>4</p> <p>1</p>
<p>6. Anfechtungsgrund</p> <p>Gemäss FusG 106 I kann mit der Anfechtungsklage jede Verletzung von Vorschriften des FusG geltend gemacht werden, soweit die Regelung den Schutz des Anfechtungsberechtigten bezwecken.</p> <p>Gemäss FusG 8 II können die an der Fusion beteiligten Gesellschaften vorsehen, dass den Gesellschafterinnen und Gesellschafter nur eine Abfindung ausgerichtet wird. Eine solche Bestimmung hat zur Folge, dass der Fusionsbeschluss gemäss FusG 18 V der Zustimmung von mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafterinnen und Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft bedarf. Vorliegend hält die L GmbH 90% der Stimmrechte an der C AG, welche übertragen werden soll. Sie könnte also einen Beschluss i.S.v. FusG 18 V fassen.</p> <p>Allerdings soll eine erleichterte Fusion von Kapitalgesellschaften gemäss FusG 23 II durchgeführt werden. Diese bildet eine Ausnahmebestimmung zu FusG 8 II, denn gemäss FusG 23 II kann eine Kapitalgesellschaft, die 90% der Stimmrechte an der zu übertragenden Kapitalgesellschaft hält, eine erleichterte Fusion nur durchführen, wenn den Inhabern eine Ausstiegsoption i.S.v. lit. a geboten wird und ihnen gemäss lit. b durch die Fusion keine Nachschusspflichten auferlegt werden, und keine anderen persönlichen Leistungspflichten oder persönliche Haftung entsteht. Eine Ausstiegsoption i.S.v. lit. a ist gegeben, wenn der Anteilinhaber sowohl die Möglichkeit der Anteilsrechte als auch die der Abfindung angeboten bekommt.</p> <p>Vorliegend handelt es sich bei der L GmbH und der C AG um Kapitalgesellschaften gemäss FusG 2 lit. c.</p>	<p>1</p> <p>3</p> <p>4</p> <p>1</p>

<p>Es bestehen zwei alternative Einordnungsmöglichkeiten:</p> <p>Alternative 1: Die L GmbH hält 90% der Stimmrechte an der C AG und durch die Fusion würden X wohl keine Pflichten i.S.v. FusG 23 II lit. b entstehen. Allerdings wurde die Ausstiegsoption nicht gewährt, da der Vertrag kein Wahlrecht zwischen Anteilsrechten und Abfindung, sondern nur eine Abfindung vorsieht. Weil dadurch gegen den Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft verstossen wurde, sind die Beschlussvoraussetzungen nicht eingehalten. Es handelt sich dabei um einen Verfahrensmangel, welcher mit der Anfechtungsklage nach FusG 106 geltend gemacht werden kann.</p> <p>Alternative 2: Die L GmbH hält 90% der Stimmrechte an der C AG und durch die Fusion würden X wohl keine Pflichten i.S.v. FusG 23 II lit. b entstehen. Sie wäre jedoch nur zulässig, wenn ein Wahlrecht gegeben würde. Bei der erleichterten Fusion nach FusG 23 II muss kein Fusionsbericht erstellt werden. Auch muss sich der Fusionsvertrag nicht über die Modalitäten des Umtausches äussern. Somit liegen dem entscheidenden Gremium nicht alle wesentlichen Informationen vor, weshalb der Entscheid mit einem Inhaltmangel behaftet ist.</p> <p>Dieser kann mit der Anfechtungsklage nach FusG 106 geltend gemacht werden.</p>	<p>4</p> <p>4</p> <p>1</p>
<p>7. Rechtsfolge</p> <p>Gemäss FusG 107 I räumt das Gericht den betroffenen Rechtsträgern eine Frist zur Behebung des Mangels ein, sofern dies möglich ist. Wird diese Frist nicht genutzt oder kann der Mangel nicht behoben werden, hebt das Gericht den Beschluss auf.</p> <p>Handelt es sich um einen Mangel in Bezug auf den Inhalt des Beschlusses und hatte dieser Einfluss auf die Beschlussfassung, gilt er als wesentlich und kann nicht behoben werden.</p> <p>Vorliegend ist davon auszugehen, dass die L GmbH den X nicht weiter als Gesellschafter haben wollte. Die Gesellschaft möchte ihm daher keine Anteilsrechte gewähren. Es handelt sich um einen Verstoß gegen den Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft und folglich um einen nicht behebbaren Inhaltmangel, weshalb der Beschluss aufgehoben wird.</p> <p>Für dieses Ergebnis spricht im Übrigen auch folgende Erwägung: Der Wechsel von einer erleichterten Fusion zu einer normalen Fusion würde voraussetzen, dass durch die GV alle Anforderungen an eine „normale“ Fusion erfüllt werden müssten, also ein umfassender Fusionsvertrag, ein Fusionsbericht, eine Prüfung und ein GV-Beschluss über den Fusionsvertrag notwendig würde. Ein Teil des Schrifttums vertritt daher die Ansicht, dass der Beschluss des VR deshalb aufgehoben werden muss (BSK FusG-Dubs/Frehner, Art. 107 N 2: "nicht behebbare sind grundsätzlich – vorbehalten bleibt die Spezialregelung des Art. 105 – auch materielle Beschlussmängel, deren Behebung einen Willensentscheid eines nach dem Gesetz</p>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1</p> <p>3</p>



<p>für den Umstrukturierungsbeschluss nicht zuständigen Organs bedarf").</p> <p>Die Gegenansicht hält dagegen den Mangel für behebbbar, wenn man das ordentliche Fusionsverfahren durchführt (Nussbaumer, Die Anfechtung von Umstrukturierungsbeschlüssen nach Art. 106 und 107 Fusionsgesetz am Beispiel der Aktiengesellschaft, 2012, RZ 388 ff., 404 ff. m.w.N.). Dieses würde dann auch den Squeeze-out nach FusG 8 II, 18 V erlauben.</p> <p>Beide Ansichten sind vertretbar.</p>	2
<p>8. Ergebnis</p> <p>Da X die Ausstiegsoption gemäss FusG 23 II lit. a nicht gewährt wurde, versties der Beschluss gegen die Normen des FusG und kann deshalb gemäss FusG 106 I und II angefochten werden.</p> <p>[Da es sich um einen wesentlichen Inhaltmangel handelt, kann dieser nicht i.S.v. FusG 107 I behoben werden und der Beschluss muss gemäss FusG 107 II aufgehoben werden.]</p> <p>[Da es sich um einen behebbaren Mangel handelt, kann dieser i.S.v. FusG 107 I behoben werden. Das Gericht muss der L GmbH eine genügend lange Frist setzen, damit diese das ordentliche Fusionsverfahren durchführen kann und dabei einen Squeeze-out nach FusG 8 II, 18 V beschliessen kann.]</p>	1 2 2
