

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
Erster Teil: Die Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gemäss FusG	3
§ 1 Zum Begriff Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	3
§ 2 Die Verletzung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten	5
§ 3 Der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft	6
I. Bei der Fusion	6
II. Bei der Spaltung	48
III. Bei der Umwandlung	67
Zweiter Teil: Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (Art. 105 FusG)	78
§ 4 Allgemeines	78
§ 5 Die Ausgleichungsklage nach Art. 105 FusG	81
I. Konzept der Ausgleichungsklage	81
II. Festsetzung der Ausgleichszahlung	83
III. Legitimation	111
IV. Zuständigkeit	138
V. Frist zur Einreichung der Klage	147
VI. Klageanerkennung / Klagerückzug	154
VII. Rechtsbegehren	156
VIII. Zur <i>erga omnes</i> -Wirkung des Urteils	161
IX. Weitere Wirkungen des Urteils	174
X. Prozesskosten	190

XI. Vergleich	199
XII. Vorsorgliche Verfügungen	201
XIII. Schiedsgerichtsbarkeit	207
XIV. Rechtsmittel	212
§ 6 Zusammenfassung	221
Dritter Teil: Verhältnis der Ausgleichungsklage zu anderen Rechtsbehelfen	
§ 7 Verhältnis zu den weiteren Klagen des FusG .	225
I. Zur Anfechtungsklage gemäss Art. 106 f. FusG	225
II. Zur Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG	231
§ 8 Verhältnis zu den rechtsträgerspezifischen Rechtsbehelfen	235
I. Kein äquivalenter Rechtsbehelf ausserhalb des FusG	235
II. Rechtsformspezifische Anfechtungsklage	236
III. Rechtsformspezifische Verantwortlichkeitsklage	237
§ 9 Verhältnis zu Ansprüchen aus Art. 41 Abs. 1 OR	240
§ 10 Zusammenfassung	242
Vierter Teil: Die Ausgleichungsklage aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts	
§ 11 Die ökonomische Analyse des Rechts	245
§ 12 Das verwendete Modell	249
§ 13 Zum Zivilprozess im Allgemeinen	251
I. Einleitung	251
II. Der Entschluss zum Prozess	252
III. Ursache von Prozessen	261
IV. Einfluss der Prozesskosten	264

§ 14 Zur Ausgleichungsklage	270
I. Untersuchung der <i>erga omnes</i> -Wirkung	270
II. Untersuchung der Regelung zur Kostentragung	277

Fünfter Teil: Die Ausgleichungsklage *de lege ferenda* 286

§ 15 Aus allgemeiner Sicht	286
I. Information der nicht klagenden Gesellschafter	286
II. Berücksichtigung wirtschaftlicher Anreize . . .	289
§ 16 Forderungen <i>de lege ferenda</i>	291
I. Zur <i>erga omnes</i> -Wirkung	291
II. Zur Kostentragung nach Art. 105 Abs. 3 FusG	294

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	ix
Abkürzungsverzeichnis	xxi
Literaturverzeichnis	xxix
Materialien	xlv
Einleitung	1
Erster Teil: Die Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gemäss FusG	3
§ 1 Zum Begriff Anteils- und Mitgliedschafts- rechte	3
§ 2 Die Verletzung von Anteils- oder Mitglied- schaftsrechten	5
§ 3 Der Grundsatz der Kontinuität der Mitglied- schaft	6
I. Bei der Fusion	6
1. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	8
2. Wahrung der Anteils- und Mitglied- schaftsrechte	8
a) Fusionsbilanz	9
b) Bewertung der Gesellschaft	11
aa) Allgemeines	11
bb) Bewertungsstichtag	14
cc) Methode	15
dd) Ermessensspanne auch bei korrek- ter Bewertung	17
3. Berechnung des Umtauschverhältnisses	18
4. Kapitalerhöhung	22
5. Ausnahmen vom Grundsatz der Konti- nuität der Anteils- und Mitgliedschafts- rechte bei der Fusion	26
a) Abfindung gemäss Art. 8 FusG	26

Inhaltsverzeichnis

aa) Allgemeines	26
bb) Abfindung mit Wahlrecht	29
cc) Zwangsweise Abfindung (<i>squeeze-out</i>)	31
aaa) Berechnung des Quorums	32
(1) Kopfstimmenprinzip	33
(2) Kapitalprinzip	33
(3) Rechtsformspezifische Auslegung	34
bbb) Zu berücksichtigende Stimmen	37
ccc) Berücksichtigung des Kapitals	39
ddd) Eigene Meinung	40
b) Spitzenausgleich beim Umtausch von Anteilen	41
c) Genussscheine	43
d) Austrittsrecht	44
aa) Frist/Austrittsgrund	45
bb) Form	46
cc) Fristenlauf	46
dd) Wirksamkeit	47
II. Bei der Spaltung	48
1. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	50
2. Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	50
a) Symmetrische Spaltung	50
b) Asymmetrische Spaltung	51
3. Berechnung des Umtauschverhältnisses	53
a) Allgemeines	53
b) Besonderheiten	54
aa) Spaltung zur Neugründung	54
bb) Spaltung zur Übernahme	55
4. Kapitalveränderungen	56
a) Kapitalherabsetzung	56
b) Kapitalerhöhung	59
c) Neugründung	61
5. Ausnahmen vom Grundsatz der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei der Spaltung	63
a) Asymmetrische Spaltungen	63
b) Abfindung	64
aa) Wahlweise Abfindung	64

bb) Squeeze-Out	64
c) Spitzenausgleich	66
d) Genussscheine	67
e) Austrittsrecht	67
III. Bei der Umwandlung	67
1. Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	68
2. Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	68
3. Berechnung des Umtauschverhältnisses	70
4. Kapitalerhöhung	71
a) Mindest-Liberierung	71
b) Mögliche Verwässerung der Anteile	73
5. Ausnahmen vom Grundsatz der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte bei der Umwandlung	74
a) Abfindung	74
b) Spitzenausgleich	74
c) Genussscheine	75
d) Austrittsrecht	76

Zweiter Teil: Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte (Art. 105 FusG) 78

§ 4 Allgemeines 78

§ 5 Die Ausgleichungsklage nach Art. 105 FusG 81

I. Konzept der Ausgleichungsklage	81
II. Festsetzung der Ausgleichszahlung	83
1. Unangemessene Wahrung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte	83
a) Prüfung der Angemessenheit	84
b) Zeitpunkt der Angemessenheitsprüfung	89
c) Unerlässlichkeit eines Gutachtens	90
2. Erläuterungen und Begründungen des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans	90
3. Prüfungsbericht des besonders befähigten Revisors	91
a) Angemessenheit	92

b) Vertretbarkeit	93
c) Urteil des Revisors	93
4. Ausgleichsleistung und Kapitalschutzvorschriften	95
a) Konflikt zwischen der Durchsetzung der Ausgleichsleistung und den Kapitalschutzvorschriften	95
b) Lösungsansätze in der Lehre	96
aa) Beschränkung der Ausgleichsleistung	96
bb) Vorliegen einer Gesetzeslücke	97
cc) Analoge Anwendung von Art. 107 Abs. 2 FusG	98
dd) Irrelevanz der Zahlungsfähigkeit	98
c) Stellungnahme	99
aa) Keine Berücksichtigung der Kapitalstruktur im Prozess	99
bb) Keine Beschränkung bei der Durchsetzung der Ausgleichsleistung	100
aaa) Kein Vorgehen des Gläubigerschutzes	100
bbb) Kein Näheverhältnis zum beklagten Rechtsträger	102
(1) AG	102
(2) GmbH	103
(3) Genossenschaft	104
(4) Fazit	105
cc) Keine Gesetzeslücke	106
5. Besonderheiten bei einzelnen Umstrukturierungen	107
a) Fusion	107
b) Spaltung	108
c) Umwandlung	108
6. Berechnung der Ausgleichszahlung	108
a) Berücksichtigung der Wertverminderung	108
b) Formel zur Berechnung	110
III. Legitimation	111
1. Aktivlegitimation	111
a) Allgemeines	111

b) Streitgenossenschaft	112
aa) Allgemeines	112
bb) ZPO BS	114
cc) E-ZPO	115
c) Veräusserung und Erwerb von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten	116
aa) Grundlegendes	116
bb) Grundsätzlich kein Übergang der Aktivlegitimation	117
cc) Übergang der Aktivlegitimation vor Vollzug der Umstrukturierung	120
d) Folgen der Zustimmung zum Um- strukturierungsbeschluss	121
aa) Beinahe einheitliche Meinung in der Lehre	121
bb) Stellungnahme	124
aaa) Grundsätzliches	124
bbb) Abgrenzung der Umstrukturi- erung von den finanziellen Folgen für den Gesellschafter	125
ccc) Wirtschaftliche Anreize <i>de le- ge ferenda</i> zu berücksichtigen	127
ddd) Verweis auf Praxis zu Art. 706 OR	127
eee) Fazit	128
e) Besondere Fälle	129
aa) <i>Securities Lending and Borrowing</i>	129
bb) Treuhänder, Strohpersonen und <i>Nominees</i>	131
2. Passivlegitimation	133
a) Allgemeines	133
b) Bei Fusionen	136
c) Bei Spaltungen	137
d) Bei Umwandlungen	138
IV. Zuständigkeit	138
1. Örtliche Zuständigkeit	138
a) Allgemeines	138
b) Gleichzeitige Klagen an verschiedenen Orten	139
c) Eurointernationale Verhältnisse	141
d) Internationale Verhältnisse	142

e) Nicht zwingender Gerichtsstand	143
2. Sachliche Zuständigkeit	145
a) GOG BS	145
b) E-ZPO	146
V. Frist zur Einreichung der Klage	147
1. Rechtsnatur der Frist	147
2. Dauer und Beginn	147
3. Wahrung der Frist	150
a) Fristablauf	150
b) Fristwahrende Handlung	152
aa) ZPO BS	152
bb) E-ZPO	153
4. Anwendbarkeit von Art. 34 Abs. 2 GestG	154
VI. Klageanerkennung / Klagerückzug	154
VII. Rechtsbegehren	156
1. Allgemeines	156
2. Bezifferung der Ausgleichsleistung	158
3. Teilklage	160
VIII. Zur <i>erga omnes</i> -Wirkung des Urteils	161
1. Allgemeines	161
2. Wirkung nur für Gesellschafter in gleicher Rechtsposition	162
3. Umsetzung	163
a) Überwiegende Meinung	163
b) Mindermeinung	164
c) Stellungnahme	165
aa) Allgemein zur <i>erga omnes</i> -Wirkung	165
bb) Zur Durchsetzung des Urteils	166
aaa) Klagender Gesellschafter	166
bbb) Nicht klagende Gesellschafterin	167
(1) Zwangsvollstreckung aufgrund des Ausgleichsurteils	168
(a) Definitive Rechtsöffnung	168
(b) Provisorische Rechtsöffnung	171
(2) Erfordernis einer Leistungsklage	172
IX. Weitere Wirkungen des Urteils	174

1.	Allgemeines	174
2.	Materielle Rechtskraft	175
	a) Materielle Rechtskraft gegenüber den nicht klagenden Gesellschaftern	175
	aa) Nur bei Gutheissung der Klage	175
	bb) Auch bei Abweisung der Klage	175
	cc) Stellungnahme	176
	b) Geringe praktische Relevanz	177
	c) <i>Exceptio rei iudicatae</i> oder Berücksichtigung von Amtes wegen	178
3.	Haftungsrisiko der Klägerin aus mangelhafter Prozessführung	179
	a) Die Haftung befürwortende Meinung	179
	b) Stellungnahme	180
	aa) Haftung aus Vertrag	180
	bb) Haftung aus vertragsähnlichem Schuldverhältnis	180
	cc) Ausservertragliche Haftung	182
	aaa) Art. 41 Abs. 1 OR	182
	bbb) Art. 41 Abs. 2 OR	184
	ccc) Andere ausservertragliche Haftungsgrundlagen	185
	dd) Prozessstandschaft	186
	ee) Fazit	187
4.	Haftung bei Gutheissung der Ausgleichungsklage	189
X.	Prozesskosten	190
	1. Prozesskostenverteilung nach Art. 105 Abs. 3 FusG	190
	2. Ausnahmen vom Grundsatz der Kostenverteilung	191
	a) Besondere Umstände	191
	b) Geltungsbereich der Kostenverteilungsregel	192
	3. Umfang und Berechnung	193
	a) ZPO BS	194
	b) E-ZPO	195
	4. Kostenvorschuss und Kautions	195
	a) ZPO BS	196
	b) E-ZPO	198
XI.	Vergleich	199

1.	Aussergerichtlicher Vergleich	199
2.	Gerichtlicher Vergleich	200
XII.	Vorsorgliche Verfügungen	201
1.	Allgemeines	201
2.	Vorsorgliche Verfügung zur Sicherung einer allfälligen Ausgleichsleistung	202
a)	Sicherung aufgrund des SchKG	202
b)	Sicherung aufgrund des Prozessrechts	203
aa)	ZPO BS	204
bb)	E-ZPO	205
3.	Einspruch beim Handelsregister nach Art. 32 HRegV	206
XIII.	Schiedsgerichtsbarkeit	207
1.	Schiedsabrede	207
2.	Schiedsvertrag	208
3.	Statutarische Schiedsklausel	209
4.	ZPO BS	210
5.	E-ZPO	211
XIV.	Rechtsmittel	212
1.	ZPO BS	212
a)	Appellation (§§ 220 ff. ZPO BS)	212
b)	Beschwerde (§§ 242 ff. ZPO BS)	214
2.	E-ZPO	215
a)	Berufung (Art. 304 ff. E-ZPO)	215
b)	Beschwerde (Art. 316 ff. E-ZPO)	216
3.	Bundesrechtspflegegesetz (OG)	217
4.	Bundesgerichtsgesetz (BG)	219
§ 6	Zusammenfassung	221

Dritter Teil: Verhältnis der Ausgleichsklage zu anderen Rechtsbehelfen 225

§ 7	Verhältnis zu den weiteren Klagen des FusG	225
I.	Zur Anfechtungsklage gemäss Art. 106 f. FusG	225
1.	Unterschiedlicher Zweck	225
2.	Abgrenzung	226
a)	Verletzung unmittelbarer Vermögensinteressen	226

b) Zuteilung von nicht gleichwertigen Anteilen	226
c) Überhöhter Spitzenausgleich	227
d) Ausschliesslichkeit bei Vorliegen eines unangemessenen Umtauschverhältnisses	228
3. Gemeinsamer Anwendungsbereich	230
II. Zur Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 108 FusG	231
1. Unterschiedlicher Zweck	231
2. Abgrenzung	232
3. Gemeinsamer Anwendungsbereich	233
§ 8 Verhältnis zu den rechtsträgerspezifischen Rechtsbehelfen	235
I. Kein äquivalenter Rechtsbehelf ausserhalb des FusG	235
II. Rechtsformspezifische Anfechtungsklage	236
III. Rechtsformspezifische Verantwortlichkeitsklage	237
§ 9 Verhältnis zu Ansprüchen aus Art. 41 Abs. 1 OR	240
§ 10 Zusammenfassung	242
Vierter Teil: Die Ausgleichungsklage aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts	245
§ 11 Die ökonomische Analyse des Rechts	245
§ 12 Das verwendete Modell	249
§ 13 Zum Zivilprozess im Allgemeinen	251
I. Einleitung	251
II. Der Entschluss zum Prozess	252
1. Sicht des Klägers	254
2. Sicht der Beklagten	257
III. Ursache von Prozessen	261
1. Unterschiedliche Erwartungswerte	261

2.	Wahrscheinlichkeitsbewertung	262
a)	Durch einen Dritten	262
b)	Durch die Parteien	263
IV.	Einfluss der Prozesskosten	264
1.	Sicht des Klägers	265
2.	Sicht der Beklagten	267
3.	Fazit	268
§ 14	Zur Ausgleichungsklage	270
I.	Untersuchung der <i>erga omnes</i> -Wirkung . . .	270
1.	Sicht der beklagten Gesellschaft	272
2.	Fazit	275
II.	Untersuchung der Regelung zur Kosten- tragung	277
1.	Sicht der Klägerin	277
a)	Grundsätzlich erhöhte Wirtschaftlich- keit	278
b)	Attraktivitätssteigerung bei gerings- ten Erfolgsaussichten	279
c)	Fazit	280
2.	Sicht der beklagten Gesellschaft	281
3.	Fazit	283
 Fünfter Teil: Die Ausgleichungsklage <i>de lege ferenda</i>		 286
§ 15	Aus allgemeiner Sicht	286
I.	Information der nicht klagenden Gesell- schafter	286
1.	Ungenügende Information der nicht kla- genden Gesellschafterinnen	286
2.	Bekanntmachung der Anhängigmachung der Ausgleichungsklage	287
3.	Zusätzliche Beitrittsfrist	288
4.	Kein gemeinsamer Vertreter nötig	288
II.	Berücksichtigung wirtschaftlicher Anreize . .	289
§ 16	Forderungen <i>de lege ferenda</i>	291
I.	Zur <i>erga omnes</i> -Wirkung	291
1.	Mängel der geltenden Regelung	291

	a) Kein aussergerichtlicher Vergleich möglich	291
	b) Aussergerichtlicher Vergleich zugelassen	292
	2. Forderung <i>de lege ferenda</i>	292
II.	Zur Kostentragung nach Art. 105 Abs. 3 FusG	294
	1. Mängel der geltenden Regelung	294
	a) Steigerung der Attraktivität von Prozessen mit geringen Erfolgsaussichten	294
	b) Verteuerung von Vergleichen	294
	2. Forderung <i>de lege ferenda</i>	295
	a) Grundsätzliches	295
	b) Orientierung an Art. 706a Abs. 3 OR	296
	c) Streitwertbegünstigung	298