

Benedict F. Christ\*

# Kostentragung bei der Überprüfungsklage (Art. 105 Abs. 3 FusG)

Besprechung von BGE 135 III 603

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
  1. Vorinstanz
  2. Entscheid des Bundesgerichts
    - 2.1 Anfechtbarer Zwischenentscheid
    - 2.2 Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität und Kostenlosigkeit der Überprüfungsklage
    - 2.3 Fehlende mitgliedschaftliche Kontinuität
- III. Erläuterungen
  1. Teleologische Auslegung
  2. Kostentragungsregel und Prozessanreize
  3. Aktivlegitimation bei der Überprüfungsklage
  4. Streitwert
- IV. Bedeutung für die Praxis

## Kernsätze

1. Zwischenentscheide bezüglich Kostenvorschüssen sind in Bestätigung der zu Art. 87 OG ergangenen Rechtsprechung auch unter Art. 93 BGG selbständig beschwerdefähig, weil ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entsteht, wenn im Säumnisfall auf die Klage bzw. das Rechtsmittel nicht eingetreten wird.

2. Ein Gesellschafter, der seine Gesellschaftsanteile erst zu einem Zeitpunkt erworben hat, in dem ihm bekannt war, dass die Gesellschaft plant, die verbleibenden Minderheitsaktionäre im Rahmen einer Fusion mit Abfindung (Art. 8 FusG) aus der Gesellschaft herauszudrängen (Squeeze-Out), hat bei seiner Überprüfungsklage keinen Anspruch auf Übernahme der Kosten durch die Gesellschaft gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG.

## I. Sachverhalt

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid steht im Zusammenhang mit dem öffentlichen Angebot der Georg Fischer AG («GF») an die Minderheitsaktionäre der Agie Charmilles Holding AG («ACH») vom 31. August 2006 und der anschliessenden Squeeze-Out-Fusion zwischen einer weiteren Tochter der GF, der Rhenum Metall AG

(«RM»), als übernehmender Gesellschaft und der ACH als übertragender Gesellschaft. Im öffentlichen Angebot ebenso wie später bei der Fusion betrug der Preis pro Aktie CHF 150.<sup>1</sup>

Die zwei Minderheitsaktionäre A. und B.<sup>2</sup> hatten ihre ACH Aktien nach Veröffentlichung des öffentlichen Kaufangebots erworben.<sup>3</sup> Nach vollzogener Fusion klagten sie beim Kantonsgericht Schaffhausen gegen GF und RM gestützt auf Art. 105 FusG auf eine angemessene Erhöhung der Abfindung aus der Squeeze-Out-Fusion. Mit Beschwerde beim Bundesgericht fochten A. und B. die vom Obergericht des Kantons Schaffhausen bestätigte Verfügung des Kantonsgerichts an, mit der ihnen ein Kostenvorschuss von je CHF 4000 auferlegt wurde.<sup>4</sup>

## II. Erwägungen und Entscheid

### 1. Vorinstanz

Gemäss Vorinstanz<sup>5</sup> handelt es sich bei A. und B. um «Berufskläger». Deren Geschäftsmodell bestehe darin, nach Ankündigung einer Squeeze-Out-Fusion in die zu übernehmende Gesellschaft zu investieren, um später

<sup>1</sup> BGE 135 III 603, A; vgl. den Prospekt vom 31. August 2006 bezüglich des öffentlichen Kaufangebots der Georg Fischer AG für die Aktien der Agie Charmilles Holding AG.

<sup>2</sup> Vgl. zu anderen Fällen, in denen ein aktiver Minderheitsaktionär aus Deutschland die Angemessenheit der Abfindungen für Minderheitsaktionäre bei Fusionen von Schweizer Gesellschaften in Frage stellt: Fusion der Danis Stätz AG mit der Rothornbahn & Scalottas AG zur Lenzerheide Bergbahnen AG (vgl. [http://spielbar.ch/downloads/11\\_wzno\\_01\\_2009-03-27.pdf](http://spielbar.ch/downloads/11_wzno_01_2009-03-27.pdf), besucht am 9. Januar 2010 und 134 III 255 ff.), Übernahme der Gorngergrat Bahn AG ([http://www.bvzholding.ch/inv\\_rel/2009-09-11\\_Halbjahresbericht%20BVZ%20Holding%20AG%202009.pdf](http://www.bvzholding.ch/inv_rel/2009-09-11_Halbjahresbericht%20BVZ%20Holding%20AG%202009.pdf), 11, besucht am 9. Januar 2010) und Übernahme der Spar + Leihkasse Steffisburg AG durch die Valiant Holding AG (<http://www.bernerzeitung.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Der-Schreck-der-deutschen-Manager-in-der-Schweizer-Provinz/story/28276012>, besucht am 9. Januar 2010).

<sup>3</sup> BGE 135 III 603, E. 2.4.

<sup>4</sup> BGE 135 III 603, B und C.

<sup>5</sup> Ein Auszug aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen findet sich in SJZ 105 (2009) 576 ff.

\* Dr. iur. Benedict F. Christ, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner bei VISCHER AG in Zürich.

im Rahmen eines Abfindungsprozesses ohne jegliches Verlustrisiko ihre Investition aufzubessern. Da der prozessuale Kostenschutz von Art. 105 Abs. 3 FusG nicht für derartige Spekulationen vorgesehen sei, rechtfertige es sich, von besonderen Umständen auszugehen. Damit sei eine Kostenverteilung nach dem Unterliegerprinzip zulässig und es könne entsprechend ein Kostenvorschuss verlangt werden.<sup>6</sup>

## 2. Entscheid des Bundesgerichts

### 2.1 Anfechtbarer Zwischenentscheid

Beim angefochtenen Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen handelt es sich nicht um einen Endentscheid, sondern um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid. Vor- und Zwischenentscheide sind nur in den Ausnahmefällen gemäss Art. 92 und 93 BGG selbständig beim Bundesgericht anfechtbar, unter anderem, «wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können» (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG).<sup>7</sup>

Unter Art. 87 OG hatten Zwischenentscheide bezüglich Kostenvorschüssen als Entscheide gegolten, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können, da im Säumnisfall auf die Klage nicht eingetreten würde. Da Art. 93 BGG die Regelung von Art. 87 OG übernehmen sollte, ist die frühere Rechtsprechung auch unter dem neuen Recht zu berücksichtigen. Deshalb, entschied das Bundesgericht, seien die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt, und es trat auf die Beschwerde von A. und B. gegen den Zwischenentscheid bezüglich Kostenvorschuss ein.<sup>8</sup>

### 2.2 Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität und Kostenlosigkeit der Überprüfungsklage

Das Fusionsgesetz geht gemäss Bundesgericht vom Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität aus. Darum sind nach Art. 7 FusG bei einer Fusion die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter zu wahren. Allerdings erlaubt Art. 8 Abs. 2 FusG die Leistung einer Abfindung anstelle von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten, wenn mindestens 90% der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zugestimmt haben (Art. 18 Abs. 5 FusG).<sup>9</sup>

Eine Fusion, namentlich wenn dabei Minderheitsaktionäre herausgedrängt werden, kann stark in die Rechts-

stellung der betroffenen Gesellschafter eingreifen. Darum hat nach Art. 105 FusG jeder betroffene Gesellschafter das Recht, im Rahmen einer sogenannten Überprüfungsklage die Angemessenheit unter anderem einer Abfindung gerichtlich überprüfen zu lassen. Damit das bei einer Klage übliche Kostenrisiko die betroffenen Gesellschafter nicht von der Überprüfungsklage abhält, sind die Kosten des Verfahrens gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG grundsätzlich von der übernehmenden Gesellschaft zu tragen. Allerdings erlaubt der zweite Satz von Art. 105 Abs. 3 FusG, die Kosten den klagenden Gesellschaftern aufzuerlegen, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen. Ein Kostenvorschuss darf zudem nur verlangt werden, wenn zu diesem Zeitpunkt schon absehbar ist, dass gestützt auf Art. 105 Abs. 3 FusG später auch die Kosten auferlegt werden dürfen.<sup>10</sup>

### 2.3 Fehlende mitgliedschaftliche Kontinuität

Im vorliegenden Fall ist gemäss Bundesgericht der Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte (Art. 7 FusG) entgegen der allgemeinen Regel ohne Bedeutung. A. und B. hatten ihre Aktien erst nach der Veröffentlichung des Kaufangebots erworben. Zu diesem Zeitpunkt war klar, dass früher oder später alle Minderheitsaktionäre in der einen oder anderen Form (sei es im Rahmen einer Kraftloserklärung gemäss Art. 33 BEHG oder einer Fusion mit Abfindung gemäss Art. 8 FusG) aus der Gesellschaft herausgedrängt und abgefunden würden. Wirtschaftlich betrachtet hatten A. und B. also keine Gesellschafterstellung, sondern nur ein Recht auf Abfindung erworben. Damit können sich solche Gesellschafter nicht auf Rechte berufen, die sich aus dem Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaftsrechte herleiten. Mithin sind A. und B. gemäss Bundesgericht vom Schutzzweck von Art. 105 Abs. 3 FusG gar nicht erfasst. Darum kommt Art. 105 Abs. 3 FusG im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung, und es kann offen bleiben, ob überdies – wie vom Obergericht angenommen – besondere Umstände im Sinn von Art. 105 Abs. 3 FusG vorliegen.<sup>11</sup>

Dass die Klage Wirkung für alle Gesellschafter (*erga omnes*) in gleicher Stellung hat (also auch für solche, die schon vor dem öffentlichen Kaufangebot Aktionäre waren), ist unerheblich. Die Klage nach Art. 105 FusG ist als Individualklage ausgestaltet, die denn auch von A. und B. in eigenem Interesse erhoben wurde.<sup>12</sup>

Somit, entschied das Bundesgericht, sei es gerechtfertigt, A. und B. das Kostenrisiko tragen zu lassen und von ihnen einen Kostenvorschuss zu verlangen.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 2.2.

<sup>7</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 1.2.

<sup>8</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 1.3.

<sup>9</sup> BGE 135 III 603, E. 2.1.1.

<sup>10</sup> BGE 135 III 603, E. 2.1.2, 2.1.3.

<sup>11</sup> BGE 135 III 603, E. 2.4.

<sup>12</sup> BGE 135 III 603, E. 2.4.

<sup>13</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 3.

### III. Erläuterungen

#### 1. Teleologische Auslegung

Weder das Obergericht des Kantons Schaffhausen noch das Bundesgericht zeigten Verständnis für die Vorgehensweise und den Aktionärsaktivismus von A. und B.<sup>14</sup> und kamen in ihren Entscheiden zum gleichen Ergebnis, nämlich, dass von den Klägern entgegen der allgemeinen Regel von Art. 105 Abs. 3 FusG ein Kostenvorschuss verlangt werden durfte. Interessant ist aber die unterschiedliche Begründung.

In Anlehnung an die Botschaft wird von der Lehre bislang vertreten, «besondere Umstände» gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG nur zurückhaltend anzunehmen, d.h. namentlich in Fällen, in denen erkennbar offensichtlich unbegründet oder böswillig geklagt wird und die Gesellschaft erpresst oder ihr sonstwie geschadet werden soll. Das Obergericht ging von einem breiteren Anwendungsbereich aus und erkannte auch im Verhalten von A. und B. besondere Umstände, die es gestützt auf Art. 105 Abs. 3 Satz 2 FusG rechtfertigen, von der allgemeinen Regel der Kostenlosigkeit abzuweichen.<sup>15</sup> Denn bei den Klägern A. und B. handle es sich in der Terminologie des Obergerichts um «Berufskläger», welche die Aktien vor allem in der Absicht erworben hätten, mit einem kurzfristigen Engagement einen risikolosen Gewinn einzustreichen. Dagegen liess das Obergericht das Argument nicht gelten, A. und B. würden als Sachverständige in hehrer Absicht mit einer legitimen Klage zugunsten aller Minderheitsaktionäre einem wirksamen Minderheitenschutz zum Durchbruch verhelfen.<sup>16</sup>

Das Bundesgericht dagegen setzte sich mit der Tragweite der besonderen Umstände gar nicht auseinander. Im Rahmen einer ausschliesslich teleologischen Auslegung kam es ohne Umschweife zum Schluss, Art. 105 Abs. 3 FusG sei überhaupt nur auf Kläger anwendbar, die nicht nur formell Gesellschafter seien, sondern auch materiell in ihrer Gesellschafterstellung betroffen seien, weil ihre Mitgliedschaftsrechte beeinträchtigt oder gar aufgehoben werden.<sup>17</sup>

Anzumerken bleibt, dass sich keine der beiden Instanzen zum Verhältnis der besonderen Umstände zum Rechtsmissbrauch (Art. 2 ZGB) und zu dessen Anwendbarkeit im vorliegenden Fall äusserte.

#### 2. Kostentragungsregel und Prozessanreize

Die Kostentragungsregel von Art. 105 Abs. 3 FusG soll verhindern, dass ein Gesellschafter auf eine Überprüfungs-klage nur darum verzichtet, weil er die Kostenfolgen bei Unterliegen im Prozess scheut. Umgekehrt setzt diese Regel aber den Anreiz, unabhängig von den Erfolgchancen eine Überprüfungs-klage anzustrengen, da immer eine Chance auf Erfolg, aber kein Kostenrisiko besteht. Auch A. und B. scheinen gemäss den Ausführungen im Entscheid von der Kostenlosigkeit des Verfahrens und der Aussicht auf einen risikolosen Profit motiviert gewesen zu sein.<sup>18</sup>

Neben der Kostenlosigkeit für den Kläger kann auch die Pflicht zur Kostentragung durch die Gesellschaft einen Gesellschafter motivieren, eine Überprüfungs-klage anzuheben. Bei Anwendung der Kostentragungsregel hat die Gesellschaft in jedem Fall sämtliche Kosten (Gerichtskosten sowie Parteikosten beider Parteien) zu tragen. Dies gilt selbst dann, wenn die Klage (vorbehaltlich besonderer Umstände) völlig unberechtigt war und die Gesellschaft in allen Punkten obsiegt. Deshalb wird es für eine Gesellschaft wirtschaftlich – selbst bei geringsten Siegeschancen der klagenden Gesellschafter – attraktiver sein, die Kläger aussergerichtlich abzufinden, solange diese zusätzliche Abfindung die erwarteten Prozesskosten nicht übersteigt.<sup>19</sup> Angesichts der hohen Zahl der von Minderheitsaktionären gehaltenen Aktien<sup>20</sup> und da überdies die Absorptionsfusion noch während der Geltung der börsengesetzlichen Gleichbehandlungspflicht (Art. 24 Abs. 2 BEHG) erfolgte, hat dieser Anreiz im vorliegenden Fall allerdings nicht gespielt. Gemäss der Best Price Rule (Art. 24 Abs. 2 BEHG in Verbindung mit Art. 10 UEV) hat ein Anbieter, der bis sechs Monate nach Ablauf der Nachfrist Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft zu einem über dem Angebotspreis liegenden Preis erwirbt (z.B. weil er in einer Absorptionsfusion eine höhere Abfindung bezahlt), diesen höheren Preis allen Empfängern des Angebotes anzubieten.

Die zwingende Kostentragung durch die Gesellschaft setzt somit sowohl für die Gesellschafter einen dop-

<sup>14</sup> Offen bleibt, ob der vorliegende Entscheid ein generelles Indiz für eine kritische Haltung des Bundesgerichts gegenüber Aktionärsaktivismus und «professionellen» Minderheitsaktionären ist. In BGE 134 III 255 ff., einem anderen Abfindungsfall, hat das Bundesgericht in gleicher Besetzung die Position der Minderheitsaktionäre gestützt.

<sup>15</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 2.2; vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 13. Juni 2000 (BBl 2000, 4337 ff.), 4488; MATTHIAS AMMANN, Die Verletzung der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und deren Ausgleichung nach Art. 105 Fusionsgesetz, Diss. Basel 2007, N 357 ff.; DANIEL EMCH, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz, Diss. Bern 2006, 166.

<sup>16</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 2.2 und 2.3.

<sup>17</sup> Vgl. zur *ratio legis* Botschaft (FN 15), 4487 f.

<sup>18</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 2.2 und 2.3.

<sup>19</sup> Vgl. ausführlich AMMANN (FN 15), N 546 ff. mit weiteren Verweisen; MARC AMSTUTZ/RAMON MABILLARD, Fusionsgesetz (FusG) Kommentar, Basel 2008, Art. 105 N 42 f.

<sup>20</sup> Gemäss Prospekt (FN 1), Ziff. 2.2 wurden zum Zeitpunkt des öffentlichen Kaufangebots von insgesamt 4'886'369 Aktien 892'094 Aktien von Minderheitsaktionären gehalten.

pelten Anreiz zu einer Überprüfungs-klage als auch für die Gesellschaft einen Anreiz, auf eine Verteidigung zu verzichten und die Gesellschafter zusätzlich abzufinden. Das Bundesgericht war bereit, im Rahmen einer teleologischen Auslegung diesen unerwünschten Anreizen zumindest für Späteinsteiger in Konstellationen wie der vorliegenden entgegenzutreten.

### 3. Aktivlegitimation bei der Überprüfungs-klage

Die Erwägungen des Bundesgerichts zu Art. 105 Abs. 3 FusG könnten weitere Auswirkungen haben. Denn mit der gleichen Begründung, mit der die Rechtmässigkeit der Kostenvorschussverfügung bejaht wurde, liesse sich den Späteinsteigern die Aktivlegitimation zur Überprüfungs-klage absprechen und die Anwendung von Art. 105 FusG insgesamt aushebeln.

Schon im Prospekt zum öffentlichen Kaufangebot hatte die Anbieterin GF sich ausdrücklich vorbehalten, nach Abschluss des Kaufangebots entweder ein Kraftloserklärungsverfahren nach Art. 33 BEHG durchzuführen oder die Zielgesellschaft im Rahmen einer Squeeze-Out-Fusion in eine andere Tochtergesellschaft zu fusionieren. Unter Verweis auf die Best Price Rule wurde ausdrücklich festgehalten, die Abfindung werde dabei kaum über dem Angebotspreis liegen.<sup>21</sup> Aufgrund dieser Ausgangslage liesse sich in Anlehnung an die Erwägungen des Bundesgerichts argumentieren, allfällige Käufer von Aktien, die zum Zeitpunkt des Kaufs den Prospekt hätten kennen können, hätten keinen Anspruch auf die gerichtliche Überprüfung ihrer Abfindung. Denn diese Käufer hätten ihre Investition in voller Kenntnis der finanziellen und mitgliedschaftlichen Konsequenzen gekauft und bedürften des Schutzes durch eine Überprüfungs-klage nicht. Wäre nämlich die in Aussicht gestellte Abfindung nicht angemessen, hätten sie die Aktien wohl gar nie erworben. Liesse man für solche Käufer die Überprüfungs-klage zu, hätten diese somit einen Nachbesserungsanspruch, dem keinerlei Verlustrisiko oder Gegenleistung gegenübersteht. Überdies lag der Preis des öffentlichen Angebots im vorliegenden Fall mit CHF 150 am oberen Ende der unabhängigen Bewertung (Fairness Opinion) der unabhängigen Gutachter, die für den angemessenen Preis eine Bandbreite von CHF 136 bis 152 ermittelt hatten. Entsprechend hatten die unabhängigen Gutachter in ihrer Fairness Opinion den Preis auch als fair und angemessen bezeichnet.<sup>22</sup>

### 4. Streitwert

Bezüglich Streitwert enthält der Entscheid nur allgemeine Erwägungen, ohne spezifisch auf mögliche Kon-

sequenzen für den vorliegenden Fall einzugehen. Da die Klage nach Art. 105 FusG gegenüber allen betroffenen (nicht nur den klagenden) Gesellschaftern Wirkung hat (*erga omnes*), bemisst sich deren Streitwert grundsätzlich nach dem Betrag, den die Gesellschaft bei Unterliegen an alle Gesellschafter zu bezahlen hätte.<sup>23</sup> Das Bundesgericht hat im vorliegenden Fall indessen nur (entsprechend der Verfügung des Kantonsgerichts) die Auferlegung eines Kostenvorschusses sanktioniert, der dem persönlichen Interesse von A. und B. entsprach. Offen ist darum, ob auch die Überbindung von Kostenvorschuss und Kosten, die dem gesamten Streitwert entsprechen, zulässig wäre. Weiter fragt sich, ob sich die Gesellschaft ihrerseits auf die Nichtanwendbarkeit von Art. 105 Abs. 3 FusG berufen kann, falls ihr trotz Obsiegens jene Kosten überbunden bzw. nicht ersetzt werden, die der Differenz zwischen dem aufgrund des persönlichen Interesses der Kläger errechneten und dem gesamten Streitwert entsprechen, der unter Berücksichtigung der «*erga omnes*»-Wirkung des Urteils zu bestimmen ist. Falls Späteinsteigern generell die Aktivlegitimation zu einer Überprüfungs-klage nach Art. 105 FusG abgehen sollte, so hätten diese auf jeden Fall die gesamten Kosten zu tragen.

### IV. Bedeutung für die Praxis

Letztlich hat der vorliegende Entscheid wohl eine beschränkte unmittelbare Bedeutung. Zum einen stellt das Bundesgericht einzig fest, die Kostentragungsregel von Art. 105 Abs. 3 FusG sei nicht auf Gesellschafter anwendbar, die ihre Anteile nach Bekanntwerden eines Squeeze-Out-Planes erwerben, macht aber keinerlei Andeutungen, ob den Späteinsteigern überdies die Aktivlegitimation zur Überprüfungs-klage überhaupt fehle. Zum anderen werden Aktionärsaktivisten unter vergleichbaren Umständen angesichts dieses Entscheids in Zukunft so oder anders wohl Altaktionäre für ihre Zwecke einspannen. Es wird sich weisen, wie das Bundesgericht solche Konstellationen beurteilen wird.

<sup>21</sup> Prospekt (FN 1), Ziff. 5.2.

<sup>22</sup> Anhang zum Prospekt (FN 1), Ziff. 5.

<sup>23</sup> Urteil 4A\_100/2009 (nicht amtlich publizierte Fassung von BGE 135 III 603), E. 1.4.