

Art. 105 Abs. 3 FusG; Art. 119 Abs. 1 und Art. 121 Satz 1 ZPO. Kostenvorschuss bei der fusionsrechtlichen Klage auf Festsetzung einer Ausgleichszahlung (OGE 40/2007/43 vom 23. Januar 2009)¹

Bei der fusionsrechtlichen Klage auf Festsetzung einer Ausgleichszahlung kann vom Kläger nur dann ein Gerichtskostenvorschuss verlangt werden, wenn ihm wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls bei Unterliegen ausnahmsweise Kosten auferlegt werden könnten (E. 2a).

Besondere Umstände, die eine Kostenaufgabe jedenfalls im Rahmen des persönlichen wirtschaftlichen Interesses des Klägers rechtfertigen, liegen unter anderem vor, wenn ein Kläger erst nach Bekanntgabe eines öffentlichen Kaufangebots und einer allfälligen Barabfindungsfusion die – aus seiner Sicht unterbewerteten – Aktien erworben hat und die Klage gleichsam professionell betreibt, mit einem von Anfang an auf die potentielle Aufbesserung seiner Investition ausgerichteten Vorgehen (E. 2d).

Die B. AG war Mehrheitsaktionärin der A. AG und strebte deren vollständige Übernahme an. Sie unterbreitete den Minderheitsaktionären der A. AG ein öffentliches Kaufangebot (Fr. 150.– für jede Namenaktie); nach dessen Vollzug hielt sie 92,8 % des Aktienkapitals und der Stimmrechte der A. AG. Hierauf schloss die C. AG, eine hundertprozentige Tochterfirma der B. AG, einen Fusionsvertrag mit der A. AG. Darin wurde vereinbart, dass die C. AG die A. AG im Rahmen einer Absorptionsfusion übernehme und die Aktionäre der A. AG eine Abfindung von Fr. 150.– für jede Namenaktie erhielten, die von der B. AG als Konzernobergesellschaft der übernehmenden Gesellschaft geschuldet werde. Die Generalversammlungen der Vertragsparteien stimmten dem Fusionsvertrag zu. Mehrere Aktionäre der A. AG erhoben in der Folge Klage gegen die C. AG und die B. AG; sie beantragten, es sei zugunsten der früheren Minderheitsaktionäre der A. AG über die Abfindung hinaus eine angemessene Ausgleichszahlung festzusetzen. Das Kantonsgericht verlangte von den Klägern einen Gerichtskostenvorschuss. Einen Rekurs zweier Kläger gegen die Vorschussauflage wies das Obergericht ab.

¹ Eine Beschwerde in Zivilsachen gegen diesen Entscheid wies das Bundesgericht am 15. September 2009 ab (Urteil 4A_100/2009, auszugsweise veröffentlicht in BGE 135 III 603 ff.).

Aus den Erwägungen:

2.– Für Gerichtskosten kann das Gericht vom Kläger und Widerkläger sowie von demjenigen, welcher ein Rechtsmittel ergreift, je nach Verfahrensstand, die Leistung eines angemessenen Vorschusses verlangen (Art. 119 Abs. 1 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 [ZPO, SHR 273.100]). Die Grösse der Sicherheit bestimmt sich nach der Höhe der *mutmasslichen Prozesskosten* (Art. 121 Satz 1 ZPO).

a) Der Kostenvorschuss soll die allenfalls geschuldeten Gerichtskosten decken. In einem *kostenlosen* Verfahren, d.h. in einem Verfahren, in welchem *keine Gerichtskosten* anfallen, kann daher grundsätzlich kein Kostenvorschuss verlangt werden (*Martin Sterchi*, Gerichts- und Parteikosten im Zivilprozess, in: Christian Schöbi [Hrsg.], Gerichts- und Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 20).

Im vorliegenden Fall geht es um das Verfahren zur Festsetzung einer angemessenen Ausgleichszahlung für den Fall, dass bei der zugrundeliegenden Fusion, Spaltung oder Umwandlung die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte nicht angemessen gewahrt sind oder die Abfindung nicht angemessen ist (Art. 105 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 [Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301]). Dieses Verfahren ist *nicht kostenlos*. Die Kosten werden jedoch nicht nach allgemeinem Grundsatz generell der unterliegenden Partei – und damit gegebenenfalls dem Kläger – auferlegt (Art. 254 ZPO). Vielmehr trägt prinzipiell der *übernehmende Rechtsträger* die Verfahrenskosten. Nur wenn *besondere Umstände* es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägerinnen und Klägern auferlegen (Art. 105 Abs. 3 FusG).

Der Kläger hat demnach in einem solchen Überprüfungsverfahren *in der Regel keine Gerichtskosten* zu bezahlen. Das ist – analog zur Handhabung in kostenlosen Verfahren – bei der Frage der Vorschusspflicht zu berücksichtigen. Ein Vorschuss ist nur zu verlangen, wenn davon auszugehen ist, dass dem Kläger angesichts der Verhältnisse des Einzelfalls *ausnahmsweise* doch Kosten auferlegt werden könnten. Es muss somit schon vorab hinreichend klar sein, dass besondere Umstände vorliegen, die Anlass dafür geben könnten, die Kosten später gegebenenfalls der klagenden Partei aufzuerlegen (*Felix C. Meier-Dieterle*, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 105 N. 35, S. 814 [mit Hinweis darauf, dass kantonale Regelungen, wonach *generell*, unabhängig vom Anknüpfungstatbestand ein Kostenvorschuss verlangt werden kann, in diesem Zusammenhang bundesrechtswidrig seien]).

b) Die Frage, ob besondere Umstände vorliegen, ist im *Einzelfall* zu prüfen. Gemäss Botschaft zum Fusionsgesetz dürfte das namentlich der Fall sein, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und der Kläger sich dessen hätte bewusst sein müssen (BB1 2000, S. 4488). Das ist jedoch nur ein *Beispiel*. Vom Grundsatz, dass der übernehmende Rechtsträger sämtliche Kosten zu übernehmen hat, kann je nach den konkreten Verhältnissen auch unter anders gelagerten, als besonders zu betrachtenden Umständen abgewichen werden.

Die Regelung von Art. 105 Abs. 3 FusG soll es den Gesellschaftern – im Sinn eines Korrektivs (BGE 4A_440/2007 vom 6. Februar 2008, E. 1.1.2 mit Hinweis [in BGE 134 III 255 ff. nicht veröffentlicht]) – erlauben, eine Klage einzureichen, wenn sie legitime Gründe dazu haben, ohne dass sich die voraussichtlichen Prozesskosten prohibitiv auswirken (BB1 2000, S. 4488). Diese bemessen sich grundsätzlich nach dem *Streitwert*, d.h. nach dem *Gesamtbetrag*, den das Gericht als Ausgleichszahlung festsetzen soll. Das wirtschaftliche Interesse des Klägers beträgt jedoch in der Regel – entsprechend seiner Beteiligung – nur einen Bruchteil des Streitwerts; es beschränkt sich auf den Wertausgleich, den er gegebenenfalls persönlich erhält (*Bürgi/Glanzmann* in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 105 N. 24 f., S. 521; *Dieter Dubs*, Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel/Genf/München 2005, Art. 105 N. 47, S. 1212).

Vor diesem Hintergrund sind besondere Umstände denkbar, unter denen der Schutz eines Klägers nicht erforderlich ist, jedenfalls soweit er – wie generell in Zivilprozessen – nur im Rahmen seines effektiven wirtschaftlichen Interesses ein Kostenrisiko zu tragen hat.

c) Die Rekurrenten beschränken sich im Wesentlichen auf die Argumentation, ihre Klage sei nicht offensichtlich unbegründet. Vielmehr hätten die Rekursgegnerinnen die Klage mutwillig provoziert, indem sie ihrer Berichtspflicht nicht ordnungsgemäss nachgekommen seien; die der Abfindung zugrundeliegende Unternehmensbewertung habe so nicht nachvollzogen werden können.

Die Frage, ob die Abfindung von Fr. 150.– je Aktie angemessen sei bzw. welcher andere Betrag gegebenenfalls angemessen sei, ist der zentrale Gegenstand des Hauptverfahrens. Dementsprechend ist erst im Hauptverfahren zu prüfen, ob die vorhandenen Unterlagen für die Beantwortung dieser Frage ausreichen oder ob in einem spezifischen Beweisverfahren noch weitere Abklärungen erforderlich seien. Soweit sich die Parteien im vorliegenden Rekursverfahren – bevor überhaupt der Schriftenwechsel im Hauptverfahren eingesetzt hat – hiezu äussern, ist daher nicht darauf einzugehen; es kann bei der hier allein strittigen Frage des Gerichtskostenvorschusses grundsätzlich nicht berücksichtigt werden. Die Rekursgegnerinnen weisen im Übrigen zu-

treffend darauf hin, dass die allfällige Nichtoffenlegung hinreichender Informationen als solche nicht als Klageprovokation mit spezifischer Auswirkung auf die Kostenfolgen betrachtet werden kann. Sie waren insbesondere auch nicht gehalten, schon im Sühneverfahren den im gerichtlichen Hauptverfahren allenfalls erforderlichen Beweis zu erbringen, um so die Rekurrenten von der Weiterverfolgung ihrer Klage abzubringen.

Immerhin kann im derzeitigen Verfahrensstadium – ohne zumindest vorläufige Beurteilung der strittigen Hauptfrage – auch nicht gesagt werden, die Klage sei offensichtlich unbegründet. Der Kostenvorschuss lässt sich daher nicht mit dem entsprechenden Hinweis und der darauf beruhenden möglichen Kostenfolge rechtfertigen.

d) Die Rekursgegnerinnen machen geltend, es gehe hier um die Klage von Berufsklägern, welche die Barabfindungsfusion bewusst provoziert hätten und denen im Zeitpunkt ihrer Investition klar gewesen sei, dass sie eine Abfindung von maximal Fr. 150.– je Aktie erhalten würden. Gleichwohl hätten sie Klage eingereicht, weil sie glaubten, dass sie im gerichtlichen Verfahren einen Zuschlag zu den Fr. 150.– erreichen könnten. Das Berufsklägertum der Rekurrenten und der Umstand, dass sie fast alle Personen verträten, die vom Verfahren der Vorinstanz profitieren könnten, seien besondere Umstände gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG; wer das Klagen berufsmässig zum eigenen Profit bzw. als spekulatives Geschäft betreibe, solle dies auf eigene Kosten tun.

Die Rekurrenten bestreiten nicht – jedenfalls nicht substantiiert – und anerkennen damit im Grundsatz (Art. 176 ZPO), dass sie mit der Durchführung von bzw. der Beteiligung an verschiedenen Klagen ein Geschäftsmodell verfolgen, wie es die Rekursgegnerinnen ausführlich beschreiben und mit zahlreichen Unterlagen belegen. Sie bestreiten insbesondere auch nicht, dass sie ihre Aktien jedenfalls erst nach Veröffentlichung des Kaufangebots der Rekursgegnerin 2 erworben haben, d.h. in einem Zeitpunkt, in welchem bereits bekannt war, dass gegebenenfalls eine Barabfindungsfusion stattfinden werde (vgl. damals Art. 23 Abs. 1 lit. a der Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 [Übernahmeverordnung-UEK, UEV-UEK; AS 1997, S. 2068]). Nach ihren Angaben beabsichtigen sie, aus ihrer Sicht unterbewertete Aktien zu kaufen und – notfalls auf dem Rechtsweg – dafür zu sorgen, dass die Abfindung aufgebessert werden müsse.

Es geht demnach – soweit es die Rekurrenten betrifft – nicht um die Frage der wirtschaftlichen Schlechterstellung von Altaktionären, die schon früher in die A. AG als Unternehmen investiert hatten. Vielmehr sind die Rekurrenten – die sich als sachkundig verstehen – erst während des Übernahmeverfahrens Gesellschafter geworden, und es ist ihr erklärtes Anliegen, speziell im

Zusammenhang mit der Übernahme bzw. der abschliessenden Abfindungsfusion einen zusätzlichen Wertausgleich zu erhalten. Auch wenn dieser Ausgleich gegebenenfalls allen Aktionären zugute kommt, geht es doch wesentlich um den möglichen *persönlichen Profit* für das kurzfristige, *praktisch risikolose*, im Bereich des garantierten Angebotspreises liegende Engagement der Rekurrenten. Es ist nachvollziehbar, wenn die Rekursgegnerinnen dies – mit Blick auf weitere entsprechende Beteiligungen der Rekurrenten – als Berufsklägertum bezeichnen. Für ein derartiges systematisches, von Anfang an auf die potentielle Aufbesserung der Investition ausgerichtetes Vorgehen ist aber der in Frage stehende prozessuale Kostenschutz letztlich nicht angezeigt. Es besteht kein Anlass, für die gleichsam professionelle Investition der Rekurrenten mit der damit angestrebten zusätzlichen Ausgleichszahlung die Kostenhaftung zum vornherein vollständig auszuschliessen.

Es ist daher von besonderen Umständen auszugehen, die – jedenfalls im Rahmen des persönlichen Interesses der Rekurrenten und in diesem Sinn auf einen Teil des Gesamtstreitwerts beschränkt – im Grundsatz eine allfällige Kostenverlegung nach dem Unterliegerprinzip rechtfertigen. Können aber die Kosten bei Verfahrensabschluss gegebenenfalls teilweise den Rekurrenten auferlegt werden, so kann von ihnen auch ein entsprechender Kostenvorschuss verlangt werden.