

# **BGE 135 III 603**

Bundesgericht (BGE), 2009-09-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_135 III 603](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_135_III_603)

FR: ATF 135 III 603

IT: DTF 135 III 603

## **Regeste**

Regeste Art. 105 Abs. 3 FusG; Fusion; Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte; Kostenverteilung. Grundsätze der Klage auf Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte gemäss Art. 105 Abs. 1 FusG und der Kostenregelung in Art. 105 Abs. 3 FusG (E. 2.1). Der Grundsatz der Kostentragung durch die übernehmende Gesellschaft gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG kommt gemäss seinem Schutzzweck nicht zur Anwendung, wenn ein Kläger seine Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung gekauft hat (E. 2.4).

## **Erwägungen**

### **E. 2.1.1**

Das Fusionsgesetz geht vom Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität aus. Demnach haben bei Fusionen die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anspruch auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Gesellschaft, die ihren bisherigen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten entsprechen ( Art. 7 Abs. 1 FusG ). Der Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität wird allerdings eingeschränkt. So können die an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Fusionsvertrag den Gesellschaftern ein Wahlrecht zwischen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten und einer Abfindung zugestehen oder bestimmen, dass nur eine Abfindung ausgerichtet wird ( Art. 8 FusG ). Im letztgenannten Fall bedarf der Fusionsbeschluss der Zustimmung von mindestens 90 Prozent der stimmberechtigten Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ( Art. 18 Abs. 5 FusG ).

### **E. 2.1.2**

Geht bei einer Fusion ein ausgeschlossener Gesellschafter davon aus, die Abfindung sei nicht angemessen, kann er innerhalb von zwei Monaten nach der Veröffentlichung des Fusionsbeschlusses verlangen, dass das Gericht die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte überprüft und eine angemessene Ausgleichszahlung festsetzt ( Art. 105 Abs. 1 FusG ). Diese so genannte Überprüfungsklage dient der wirtschaftlichen Korrektur einer Verletzung des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft (FELIX C. MEIER-DIETERLE, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2004, N. 1 zu Art. 105 FusG ; BÜRGI/GLANZMANN, in: Fusionsgesetz, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2003, N. 1 zu Art. 105 FusG ). Aktivlegitimiert sind Personen, die durch einen den Grundsatz der mitgliedschaftlichen Kontinuität missachtenden Transaktionsbeschluss in ihrer Stellung als BGE 135 III 603 S. 606 Gesellschafter beeinträchtigt wurden (AMSTUTZ/MABILLARD, Fusionsgesetz [FusG], Kommentar, 2008, N. 18 zu Art. 105 FusG ; BÜRGI/GLANZMANN, a.a.O., N. 14 zu Art. 105 FusG ; DIETER DUBS, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2005, N. 41 zu Art. 105 FusG ). Gemäss Art. 105 Abs. 2 FusG wirkt das Urteil für alle Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung wie die klagende Partei. Damit wollte der Gesetzgeber verhindern,

dass alle Gesellschafter einzeln eine Klage einreichen müssen (MEIER-DIETERLE, a.a.O., N. 3 zu Art. 105 FusG ). Art. 105 Abs. 3 FusG sieht vor, dass der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens trägt, wobei das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägern auferlegen kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. Gemäss dieser Regelung werden - entsprechend Art. 697g Abs. 1 OR - die Kosten grundsätzlich der beklagten Partei auferlegt, was den Gesellschaftern erlauben soll, eine Überprüfungsklage zu erheben, wenn sie legitime Gründe dazu haben, ohne dass sich die voraussichtlichen Prozesskosten prohibitiv auswirken (Botschaft zum Fusionsgesetz vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff., 4488 Ziff. 2.1.9.3; MATTHIAS AMMANN, Die Verletzung der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und deren Ausgleichung nach Art. 105 Fusionsgesetz, 2007, S. 190 Rz. 353). Besondere Gründe im Sinne von Art. 105 Abs. 3 FusG sind namentlich zu bejahen, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und sich der Kläger dessen hätte bewusst sein müssen, oder wenn er die Klage böswillig erhoben hat, um eine Gesellschaft zu erpressen oder ihr zu schaden (Botschaft, a.a.O., 4488 Ziff. 2.1.9.3; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 428 Rz. 263; AMMANN, a.a.O., S. 192 Rz. 358 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2.1.3**

In der Lehre wird die Meinung vertreten, Art. 105 Abs. 3 FusG verbiete, Kostenvorschüsse oder Kauttionen zu verlangen, wenn nicht bereits bei Klageeinreichung ersichtlich sei, dass besondere Umstände erlaubten, der klagenden Partei im Fall ihres Unterliegens Kosten aufzuerlegen (MEIER-DIETERLE, a.a.O., N. 35 zu Art. 105 FusG ; vgl. auch PIERA BERETTA, Strukturanpassungen, SPR Bd. VIII/8, 2006, S. 171; RASHID BAHAR, in: Commentaire LFus, Henry Peter/Rita Trigo Trindade [Hrsg.], 2005, N. 38 zu Art. 105 FusG ; JEAN-LUC CHENAUX, La protection des actionnaires et associés dans les fusions d'entreprises, in: Coopération et fusion d'entreprises, Mathieu Blanc/Laure Dallèves [Hrsg.], 2005, S. 101 ff., 148). (...) BGE 135 III 603 S. 607

### **E. 2.4**

Art. 105 Abs. 3 FusG will Gesellschaftern, welche ihre Gesellschafterstellung in Verletzung des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft verloren haben, zum wirtschaftlichen Ausgleich erlauben, die Angemessenheit der Abfindungszahlung grundsätzlich ohne Kostenrisiko gerichtlich überprüfen zu lassen. Der Schutzzweck dieser Regelung kommt damit nicht zum Tragen, wenn ein Kläger seine Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung kauft, weil er dann wirtschaftlich betrachtet nur das Recht auf die Abfindung und nicht eine Gesellschafterstellung erwirbt, welche ihm durch die Fusion entzogen werden könnte. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Beschwerdeführer haben gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen ihre Aktien im Rahmen des Übernahmeverfahrens in Kenntnis der vom Mehrheitsaktionär festgelegten Abfindungszahlung gekauft, weshalb die Kostenregelung in Art. 105 Abs. 3 FusG gemäss ihrem Zweck nicht zur Anwendung kommt. Damit kann offenbleiben, ob besondere Umstände eine eingeschränkte Anwendung von Art. 105 Abs. 3 FusG hätten rechtfertigen können. Nach dem Gesagten ist den Beschwerdeführern durchaus zuzumuten, bezüglich ihrer Überprüfungsklagen ein Kostenrisiko zu tragen. Daran vermag nichts zu ändern, dass diese Klagen Wirkung für alle Gesellschafter in der gleichen Rechtsstellung wie die Beschwerdeführer haben, erhoben sie doch die als Individualrecht ausgestalteten Klagen im eigenen Interesse. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, wenn sie von den Beschwerdeführern für den Fall ihres Unterliegens einen ihrem persönlichen

Interesse entsprechenden Kostenvorschuss verlangte.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.