

Prozesskostentragung bei der Überprüfungsklage nach Art. 105 FusG

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 135 III 603 (BGer 4A_100/2009 vom 15. September 2009) i.S. A. und B. (Beschwerdeführer) gegen Z AG und X AG (Beschwerdegegnerinnen)

Mit Bemerkungen von lic. iur. oec. Matthias Maurer und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Erwägungen des Obergerichts Schaffhausen
 - 2. Erwägungen des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
 - 1. Grundsatz der Kostenbefreiung des Klägers
 - 1.1 Besondere Prozesskostenverteilung nach Art. 105 Abs. 3 FusG
 - 1.2 Auswirkungen der neuen ZPO
 - 2. Anwendungsbereich des Art. 105 Abs. 3 FusG
 - 2.1 Zweck des Art. 105 Abs. 3 FusG
 - 2.2 Zeitpunkt des Aktienerwerbs
 - 2.3 Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Argumentation
 - 3. Der «Berufskläger» als besonderer Umstand
 - 3.1 Besondere Umstände i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG
 - 3.2 «Berufsklägertum»
 - 3.3 Bemerkungen zur obergerichtlichen Argumentation
 - 3.3.1 Besonderer Umstand des «Berufsklägertums»
 - 3.3.2 Teilweise Auferlegung der Kosten
 - 4. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die X AG strebte als Mehrheitsaktionärin der Y AG deren vollständige Übernahme an und unterbreitete daher den Minderheitsaktionären der Y AG am 31. August 2006 ein öffentliches Kaufangebot zu CHF 150.–. Nach Vollzug des Angebots hielt die X AG insgesamt 92,8% der Aktien der Y AG. Am 15. Dezember 2006 schlossen die Z AG, eine 100%ige Tochtergesellschaft der X AG, und die Y AG einen Fusionsvertrag. Darin wurde vereinbart, dass die Z AG im Rahmen einer Absorptionsfusion die Y AG übernimmt und deren Minderheitsaktionäre für jede Namenaktie eine Abfindung von CHF 150.– erhalten. Nachdem die Generalversammlungen der Vertragsparteien der Fusion zugestimmt hatten, wurde diese am 1. Februar 2007 im SHAB veröffentlicht.

Am 27. März 2007 leitete eine Gruppe von ehemaligen Minderheitsaktionären der Y AG gegen die X AG und die Z AG eine Klage auf angemessene Erhöhung der Abfindung gemäss Art. 105 FusG beim

Kantonsgericht Schaffhausen ein. Als minimale Erhöhung der Abfindung verlangten die Beschwerdeführer und zwei weitere Kläger von den Beschwerdegegnerinnen pro entzogene Aktie CHF 50.–. Das Kantonsgericht verlangte von den zwei Beschwerdeführern, die 892 bzw. 863 Aktien der Y AG erst nach Veröffentlichung des öffentlichen Kaufangebotes erworben hatten, einen Gerichtskostenvorschuss von jeweils CHF 4000.–. Einen gegen die Verfügung betreffend Prozesskostenvorschuss erhobenen Rekurs wies das Obergericht des Kantons Schaffhausen ab. Die Beschwerdeführer erhoben daraufhin Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, welche ebenfalls abgewiesen wurde.

II. Erwägungen der Gerichte

Das Obergericht Schaffhausen und das Bundesgericht hatten zu entscheiden, ob von den Beschwerdeführern zu Recht ein Prozesskostenvorschuss erhoben worden war. Beide Instanzen schützten den Entscheid des Kantonsgerichts im Ergebnis, beschränkten aber unterschiedliche Argumentationswege.

1. Erwägungen des Obergerichts Schaffhausen

Das Obergericht Schaffhausen hielt in seinem Entscheid Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009 zunächst fest, ein Vorschuss an die Prozesskosten könne von einer Partei nur verlangt werden, wenn ihr nach Abschluss des Verfahrens Prozesskosten auferlegt werden können.¹ Folgerichtig prüfte es anschliessend, ob es mit Art. 105 Abs. 3 FusG vereinbar sei, den Beschwerdeführern Prozesskosten aufzuerlegen.

Art. 105 Abs. 3 FusG hält fest, dass der übernehmende Rechtsträger die Kosten des Verfahrens trägt, wobei das Gericht diese ganz oder teilweise den Klägern auferlegen kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. Unter Verweis auf die Botschaft zum Fusionsgesetz stellte das Obergericht Schaffhausen fest, besondere Umstände lägen «namentlich»² vor, wenn die Klage offensichtlich unbegründet sei und der Kläger sich dessen hätte bewusst sein müssen.

¹ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.a.

² Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4488.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

Das Obergericht führte aus, es könne im derzeitigen Verfahrensstadium nicht gesagt werden, die Klage sei offensichtlich unbegründet.³ Die offensichtliche Unbegründetheit der Klage sei aber nur *ein* Beispiel eines besonderen Umstandes. Vom Grundsatz des Art. 105 Abs. 3 FusG, dass der übernehmende Rechtsträger die Prozesskosten trage, könne auch unter anderen besonderen Umständen abgewichen werden.⁴ Laut Obergericht stelle das systematische, von Anfang an auf die potenzielle Aufbesserung der Investition ausgerichtete Vorgehen der Beschwerdeführer gerade einen solch anderen besonderen Umstand dar. Deshalb sei die Auferlegung der Prozesskostenkaution durch das Kantonsgericht gerechtfertigt.⁵

2. Erwägungen des Bundesgerichts

Im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid des Obergerichts Schaffhausen bestätigte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz im Ergebnis. Zweck des Art. 105 Abs. 3 FusG sei die Überprüfung der Abfindungszahlung durch die Aktionäre ohne Prozesskostenrisiko. Die Verfolgung dieses Schutzzweckes sei aber nicht angebracht, wenn die Kläger Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung im Rahmen eines Übernahmeverfahrens gekauft hätten. In einer derartigen Konstellation hätten die Beschwerdeführer *«wirtschaftlich betrachtet nur das Recht auf die Abfindung und nicht eine Gesellschaftserstellung»*⁶ erworben. Im Ergebnis schloss das Bundesgericht, dass Art. 105 Abs. 3 FusG gemäss seinem Zweck im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Es befand, dass den Beschwerdeführern zuzumuten sei, ein Kostenrisiko bezüglich der Überprüfungsklagen zu tragen. An diesem Ergebnis – so das Gericht – vermöge selbst der Umstand nichts zu ändern, dass die Klage Wirkung für alle abgefundenen Aktionäre habe. Denn die Beschwerdeführer hätten die Klagen im eigenen Interesse erhoben. Offen liess es die Frage, ob zudem besondere Umstände eine eingeschränkte Anwendung von Art. 105 Abs. 3 FusG gerechtfertigt hätten.

³ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.c.

⁴ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.b.

⁵ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.d.

⁶ BGE 135 III 603, E. 2.4.

III. Bemerkungen

1. Grundsatz der Kostenbefreiung des Klägers

1.1 Besondere Prozesskostenverteilung nach Art. 105 Abs. 3 FusG

Im schweizerischen Zivilprozessrecht trägt in der Regel die unterliegende Prozesspartei die Kosten des Verfahrens.⁷ Gemäss Art. 105 Abs. 3 FusG werden die Verfahrenskosten bei Überprüfungsklagen aber anders verteilt. Art 105 Abs. 3 FusG lautet: *«Die Kosten des Verfahrens trägt der übernehmende Rechtsträger. Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann das Gericht die Kosten ganz oder teilweise den Klägerinnen und Klägern auferlegen.»* Die Bestimmung sieht eine grundsätzliche Kostenbefreiung des klagenden Aktionärs vor. Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens trägt der übernehmende Rechtsträger die Prozesskosten. Dem klagenden Aktionär können die Prozesskosten selbst bei seinem Unterliegen nicht auferlegt werden. Das Prozesskostenrisiko des klagenden Aktionärs wird dadurch minimiert.

Im Aktienrecht ist eine ähnlich klägerfreundliche Kostenregelung allein bei der Klage auf Sonderprüfung (Art. 697 ff. OR) zu finden.⁸ Art. 697g Abs. 1 OR sieht ebenfalls eine grundsätzliche Kostenbefreiung des klagenden Aktionärs vor. Allerdings bezieht sich die Kostenbefreiung nur auf die Sonderprüfung und das damit zusammenhängende weitere richterliche Verfahren. Die Kosten des Einleitungsverfahrens werden nach der allgemeinen zivilprozessualen Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Im Ergebnis trägt der klagende Aktionär bei der Klage auf Sonderprüfung darum ein gewisses Prozesskostenrisiko.

⁷ Dies gilt bisher nach kantonalem Recht (siehe z.B. Art. 64 Abs. 2 und Art. 68 ZPO-ZH) und zukünftig nach eidgenössischer Zivilprozessordnung (Art. 106 ZPO) (*Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund*, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 16 N 35; *Daniel Emch*, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz, Diss. Bern 2006, 151, 165).

⁸ BGE 135 III 603, E. 2.1.1; *Paul Bürgi/Lukas Glanzmann*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 105 FusG N 23; *Lukas Glanzmann*, Umstrukturierungen, Bern 2008, N 719; *Rachid Bahar*, in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (Eds.), Commentaire LFus, Genf 2005, Art. 105 LFus N 38; *Felix Meier-Dieterle*, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, Art. 105 FusG N 34; *Karin Eugster*, Die Überprüfung der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte nach Art. 105 FusG, Diss. Zürich 2006, N 423.

Bei der aktien- und der fusionsrechtlichen⁹ Anfechtungsklage (Art. 706a Abs. 3 OR und Art. 106 FusG) sowie der Verantwortlichkeitsklage des Aktionärs ausser Konkurs (Art. 756 Abs. 2 OR) gelten zwar ebenfalls spezifische Kostentragungsregelungen. Obwohl die Prozesskostenrisiken bei diesen Klagen ebenfalls erheblich sind und eine Gutheissung für bzw. gegen alle Aktionäre wirkt, sieht diese Regelung im Unterschied zu Art. 105 Abs. 3 FusG aber keine grundsätzliche Kostenbefreiung des klagenden Aktionärs vor. Vielmehr kann der Richter die Kosten bei Abweisung der Klage nach Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger verteilen.¹⁰ Bei der aktien- wie der fusionsrechtlichen Anfechtungsklage und der Verantwortlichkeitsklage trägt der klagende Aktionär somit ein weitaus höheres Kostenrisiko als bei der fusionsrechtlichen Überprüfungsklage.

Die Kostenregelung bei der Überprüfungsklage ist aus zwei weiteren Gründen besonders klägerfreundlich. Erstens erfasst sie nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch die Parteientschädigungen.¹¹ Im Falle seines Unterliegens ist der klagende Aktionär deshalb auch der Pflicht enthoben, der Gesellschaft eine Parteientschädigung zu bezahlen. Zweitens gilt die grundsätzliche Kostenbefreiung gemäss herrschender Lehre für alle Instanzen eines Verfahrens.¹²

⁹ Franz Schenker, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 106 FusG N 33; Glanzmann (Fn. 8), N 733; Marc Amstutz/Ramon Mabillard, Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2008, Art. 107 FusG N 8; Dieter Dubs, in: Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 107 FusG N 57.

¹⁰ Vgl. BGer 4A_331/2008 vom 15. September 2008. Zu den Kriterien vgl. Dieter Dubs/Roland Truffer, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 3. A., Basel 2008, Art. 706a OR N 9.

¹¹ Bürgi/Glanzmann (Fn. 8), Art. 105 FusG N 23; Glanzmann (Fn. 8), N 718; Piera Beretta, Strukturanpassungen, Basel 2006, 171; Amstutz/Mabillard (Fn. 9), Art. 105 FusG N 42; Dubs (Fn. 9), Art. 105 FusG N 47; Eugster (Fn. 8), N 421; Emch (Fn. 7), 166.

¹² Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2008, § 3 N 264; Beretta (Fn. 11), 171; Emch (Fn. 7), 167; Matthias Ammann, Die Verletzung der Kontinuität der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte und deren Ausgleich nach dem Fusionsgesetz, Diss. Basel 2007, N 361. Das Bundesgericht hat die Frage im Entscheid 4A_440/1007 vom 6. Februar 2008, E. 3, ausdrücklich offengelassen. Die Anwendbarkeit von Art. 105 Abs. 3 FusG in höheren Instanzen steht im Gegensatz zu anderen klägerfreundlichen Kostentragungsregeln des Aktienrechts. So kommt Art. 706a Abs. 3 OR gemäss Praxis des Bundesge-

1.2 Auswirkungen der neuen ZPO

Voraussichtlich am 1. Januar 2011 wird die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft treten. Art. 106 ZPO legt die Verteilungsgrundsätze der Prozesskosten fest. Abweichend von diesen Grundsätzen steht es dem Richter in den Fällen von Art. 107 ZPO offen, die Prozesskosten nach seinem Ermessen zu verteilen. Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO ermächtigt das Gericht zu einer Billigkeitsentscheid, sofern sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah. Obwohl der Wortlaut der Bestimmung es kaum verrät, ist sie auf Aktionärsklagen zugeschnitten. Denn in der Botschaft heisst es, lit. b könne namentlich bei scheiternden Verantwortlichkeitsklagen von (Klein-)Aktionären zur Anwendung kommen. «Für die Entlastung des Kleinaktionärs spricht zudem das ungleiche wirtschaftliche Kräfteverhältnis der Parteien, ausserdem das öffentliche Interesse, dass der Aktionärsschutz (wie z.B. auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie die Sonderprüfung) tatsächlich durchgesetzt wird (vgl. Bst. f).»¹³ Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO, auf den die zitierten Zeilen der Botschaft verweisen, sieht vor, dass die Verteilung nach Ermessen auch in Fällen zulässig ist, in denen andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Als Beispiel eines anderen besonderen Umstandes wird in der Botschaft «ein sehr ungleiches wirtschaftliches Kräfteverhältnis der Parteien angeführt»¹⁴. Weil Art. 107 Abs. 1 lit. b und lit. f ZPO zukünftig bei Aktionärsklagen angewendet werden können, werden mit Inkrafttreten der ZPO Art. 706a Abs. 3 OR und Art. 756 Abs. 2 OR gestrichen (Anhang II Ziff. 5 ZPO). In der Botschaft heisst es, Art. 107 ZPO erlaube, «im materiellen Bundesrecht verstreute Einzelregelungen aufzuheben, so betreffend die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft (Art. 706a Abs. 3 OR) oder die aktienrechtliche Verantwortlichkeit

richts in höheren Instanzen nicht zur Anwendung. Das Bundesgericht begründet diese Haltung mit dem Argument, der Kläger könne in höherer Instanz die Prozessaussichten besser überblicken und bedürfe keines Schutzes in gleichem Umfang (BGE 125 III 138, E. 2.c).

¹³ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7297.

¹⁴ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7297 f.

(Art. 756 Abs. 2 OR; vgl. Anhang Ziff. 5).¹⁵ Art. 107 ZPO ersetzt somit Art. 706a Abs. 3 OR und Art. 756 Abs. 2 OR.

In der Botschaft zur ZPO wird aber ausdrücklich festgehalten, dass gewisse Kostenverteilungsregeln wie namentlich Art. 105 Abs. 3 FusG um «*der Klarheit willen*»¹⁶ fortbestehen sollen. Dieser Fall sei zu singulär, um ohne Weiteres aus einer allgemeinen Billigkeitsnorm abgeleitet werden zu können.¹⁷ Der Gesetzgeber entschied somit, dass Art. 105 Abs. 3 FusG in seiner bisherigen Form fortbestehen solle.¹⁸ Hiermit untermauert er die Sonderrolle der Kostenregelung bei der Überprüfungsklage.

2. Anwendungsbereich des Art. 105 Abs. 3 FusG

2.1 Zweck des Art. 105 Abs. 3 FusG

In BGE 135 III 603 formulierte das Bundesgericht den Zweck des Art. 105 Abs. 3 FusG folgendermassen: «*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.*»¹⁹ Diese Zweckdefinition macht deutlich, dass die Kostenregelung bei der Überprüfungsklage dem Minderheitenschutz dient. Sie soll die Überprüfungsklage zu einem effektiven Instrument des Minderheitenschutzes machen. Schliesslich sind die Interessen der Minderheitsgesellschafter bei *Squeeze-out*-Fusionen häufig gefährdet, weil diese oft mit verwandten Unternehmen bzw. mit Unternehmen, die vom gleichen Mehrheitsaktionär beherrscht werden, vorgenommen werden.²⁰

Einer spezifischen Kostentragungsregel bei der Überprüfungsklage bedurfte es aufgrund folgender Problematik: Prozesskosten berechnen sich bis anhin und auch in Zukunft (Art. 96 ZPO) gemäss kantonalem Recht nach der Höhe des Streitwerts.²¹ Bei einer Überprüfungsklage i.S. von Art. 105 FusG wird der Streitwert regelmässig aus Sicht der beklagten Gesellschaft bestimmt.²² Dies führt dazu, dass sich ein klagender Aktionär ohne die spezifische Kostentragungsregel des Art. 105 Abs. 3 FusG einem hohen Prozesskostenrisiko ausgesetzt sähe. Während sich das Prozesskostenrisiko aus der Summe sämtlicher Abfindungsforderungen aller abgefundenen Aktionäre berechnet hätte, hätte der einzelne abgefundene Aktionär einzig Aussicht auf Erhöhung seiner Abfindung gehabt. Dem Grenznutzen des einzelnen Aktionärs auf Erhöhung seiner Abfindung hätten bedeutende Grenzkosten in Form des Prozesskostenrisikos gegenübergestanden.²³ Ohne die spezifische Kostentragungsregel des Art. 105 Abs. 3 FusG wäre es darum für Aktionäre irrational gewesen, die Überprüfungsklage zu ergreifen (*rationale Apathie*).

Mittels Art. 105 Abs. 3 FusG können die Grenzkosten des klagenden Aktionärs bedeutend gesenkt werden. Seinem Grenznutzen aus einer Erhöhung der Abfindung stehen nur noch Zeit und Aufwand sowie die Gefahr der Prozesskostentragung im Sonderfall eines besonderen Umstandes gegenüber. Im diesem Sinne führte der Bundesrat in der Botschaft zum Fusionsgesetz aus: «*Diese Regelung soll es den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern erlauben, eine Klage einzureichen, wenn sie legitime Gründe dazu haben, ohne dass sich die voraussichtlichen Prozesskosten prohibitiv auswirken.*»²⁴

Rechtsträgern (Fusionsgesetz), Bern 1999, 318.

²¹ *Stahelin/Stahelin/Grolimund* (Fn. 7), § 16 N 5.

²² *Bürgi/Glanzmann* (Fn. 8), Art. 105 FusG N 25; *Glanzmann* (Fn. 8), N 720; *Bahar* (Fn. 8), Art. 105 LFus N 38; *Hans Caspar von der Crone*, Fusionsgesetz, Zürich 2004, N 1062; *Emch* (Fn. 7), 151; *Christoph Kurth*, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Art. 105 FusG N 20; *Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch*, Fusionsgesetz, Zürich 2005, Art. 105 FusG N 20; *Urs Bertschinger*, Die Klagen gemäss Fusionsgesetz – ein Überblick, AJP 7/2004, 841; *Eugster* (Fn. 11), N 422; *Ammann* (Fn. 12), N 363.

²³ *Bertschinger* (Fn. 22), 841; *Eugster* (Fn. 8), N 422; *Lucy Gordon-Vrba*, Vielparteienprozesse, Diss. Zürich 2008, 191.

²⁴ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4488.

¹⁵ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7298. Anders noch Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003, 56, unter <www.ejpd.admin.ch>, besucht am 16. Dezember 2009 nach dem die Bestimmungen fortbestehen sollten.

¹⁶ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7298.

¹⁷ Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7298.

¹⁸ Neben Art. 105 Abs. 3 FusG wird auch an der besonderen Kostenregelung bei der Sonderprüfung (Art. 697g OR) festgehalten.

¹⁹ BGE 135 III 603, E. 2.4.

²⁰ Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung und Umwandlung von

2.2 Zeitpunkt des Aktienerwerbs

Gemäss den Feststellungen des Obergerichts haben die beiden Beschwerdeführer ihre Aktien nach Veröffentlichung des öffentlichen Übernahmeangebots erworben.²⁵ In diesem Zeitpunkt – so führt das Obergericht aus – sei den Beschwerdeführern bekannt gewesen, «dass gegebenenfalls eine Barabfindungsfusion stattfinden werde».²⁶ Im Urteil des Bundesgerichts heisst es: «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, (...)»²⁷ Die bundes- und die obergerichtliche Darstellung des Sachverhalts weisen in diesem Punkt eine Diskrepanz auf. Während das Obergericht feststellt, die Beschwerdeführer hätten die Abfindungsfusion für möglich gehalten, unterstellt das Bundesgericht den Beschwerdeführern Gewissheit in dieser Frage.²⁸ Da das Bundesgericht selbst auf die vorinstanzlichen Feststellungen abstellt, darf davon ausgegangen werden, dass der obergerichtlichen Darstellung gefolgt werden kann.

War die Durchführung einer Abfindungsfusion möglich, aber nicht gewiss, so müssen die Beschwerdeführer ihre Aktien vor dem Fusionsbeschluss durch die Generalversammlung der Y AG erworben haben. Denn vor dem Fusionsbeschluss war ungewiss,

- ob die X AG genügend Aktien erlangen würde, um eine *Squeeze-out*-Fusion durchzuführen (90%);
- ob die X AG genügend Aktien erlangen würde, um eine Kraftloserklärung i.S. von Art. 33 BEHG durchzusetzen (98%);
- ob die X AG, die sich die Durchführung einer *Squeeze-out*-Fusion im Angebotsprospekt lediglich vorbehalten hatte, bei Erreichen eines oder beider Schwellenwerte solch eine Umstrukturierung auch umsetzen würde.

²⁵ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.d.

²⁶ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.d.

²⁷ BGE 135 III 603, E. 2.4.

²⁸ Die Höhe der Abfindungszahlung steht erst mit Fusionsbeschluss fest.

2.3 Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Argumentation

Im vorliegenden Entscheid hält das Bundesgericht zum ersten Mal fest, dass der Kreis der zur Überprüfungs-klage Berechtigten nicht dem Kreis der zur grundsätzlich kostenbefreiten Überprüfungs-klage Berechtigten entspricht. Das Bundesgericht stellt nicht in Frage, dass die Beschwerdeführer, die ihre Aktien nach dem Übernahmeangebot und vor dem Fusionsbeschluss erworben, zur Überprüfungs-klage aktivlegitimiert waren. Einzig den Kreis der von der grundsätzlichen Kostenbefreiung (Art. 105 Abs. 3 FusG) profitierenden Kläger zieht das Bundesgericht enger. Es zeigt dabei folgendes Prüfungsschema auf: In einem ersten Schritt ist zu beurteilen, ob der zur Überprüfungs-klage Aktivlegitimierte auch berechtigt sei, den Prozess grundsätzlich kostenfrei zu führen. Wird das Vorgehen des Klägers vom Schutzzweck des Art. 105 Abs. 3 FusG nicht erfasst, so muss der zur Überprüfungs-klage Aktivlegitimierte die Klage mit Prozesskostenrisiko führen. Im umgekehrten Fall muss in einem zweiten Schritt eruiert werden, ob allenfalls besondere Umstände eine Ausnahme von der Kostenbefreiung rechtfertigen.

Die Umstände im vorliegenden Fall qualifiziert das Bundesgericht folgendermassen: Da die Beschwerdeführer ihre Aktien in Kenntnis der vorgesehenen Abfindung gekauft haben, hätten sie «wirtschaftlich betrachtet» nur noch das Recht auf Abfindung, nicht aber eine Gesellschafterstellung erworben.²⁹ Der Zweck von Art. 105 Abs. 3 FusG, Gesellschafter zu schützen, welche ihre Gesellschafterstellung infolge Verletzung des Prinzips der Kontinuität der Mitgliedschaft verloren haben, käme mangels Gesellschafterstellung der Beschwerdeführer nicht zum Tragen. Das Bundesgericht spricht damit den Beschwerdeführern, die ihre Aktien erst nach dem öffentlichen Übernahmeangebot erworben, einzig ein Recht auf Abfindung zu.³⁰ Diese Beschneidung der Aktionärsrechte durch das Bundesgericht ist u.E. nicht haltbar:

Erstens bewirkt die Entscheidung des Bundesgerichts eine unzulässige Beschränkung der Rechte der Altaktionäre. Ihr Recht, die Aktien mitsamt den damit verbundenen Rechten und Pflichten zu veräus-

²⁹ BGE 135 III 603, E. 2.4.

³⁰ Dessen Verletzung legitimiert offensichtlich zur Erhebung der Überprüfungs-klage.

sern, wird stark beschränkt. Denn sie können Dritten nur noch ein Recht auf Abfindung übertragen. Der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaft im Aktienrecht³¹ und damit u.E. auch die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)³² der Altaktionäre werden dadurch verletzt.

Zweitens verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre, den ein Übernahmeangebot lancierenden Bieter und jeden anderen Erwerber einer Aktie gleich zu behandeln. Unbestritten ist, dass der ein Übernahmeangebot lancierende Bieter durch Erwerb der Aktien eine vollwertige Aktionärsstellung in der Zielgesellschaft erlangt. Wird ihm der Erwerb der Aktionärsstellung zugestanden, so kann das gleiche Recht aber anderen nach dem Kaufangebot Erwerbenden nicht abgesprochen werden.

Drittens sprechen auch die Konzepte der Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG sowie der *Squeeze-out*-Fusion gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Erlangt ein Bieter dank einem öffentlichen Kaufangebot 98% der Aktien einer Gesellschaft, so steht es ihm offen, die im Publikum verbleibenden Aktien kraftlos erklären zu lassen (Art. 33 BEHG). Unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Publikation des öffentlichen Kaufangebots ihre Anteilsscheine erworben haben, verlieren die Aktionäre, die ihre Aktien nicht angedient haben, erst durch die richterliche Kraftloserklärung ihre Aktionärsstellung. Mit der Kraftloserklärung verliert der Aktionär seine Stellung als Beteiligter der Gesellschaft und erwirbt einen Anspruch auf Auszahlung des Angebotspreises.³³ Ebenso besteht auch die Besonderheit der *Squeeze-out*-Fusion gerade darin, dass sie erlaubt, das Prinzip der Kontinuität der Mitgliedschaft zu durchbrechen. Sie wird durchgeführt, um einem Teil der Aktionäre ihre Aktionärsstellung gegen Abfindung zu entziehen. Bedarf es aber der besonderen

Verfahren des börsenrechtlichen *squeeze-out* und der *Squeeze-out*-Fusion, so kann nicht angenommen werden, ein spät eintretender Aktionär erwerbe gar keine Gesellschafterstellung mehr.

Aus diesen Gründen muss ein Käufer mit dem Erwerb einer Aktie so lange eine volle Aktionärsstellung erwerben, als eine Abfindungsfusion ungewiss ist. Wie vorne in Ziff. 2.2 festgestellt, kauften die Beschwerdeführer ihre Aktien vor dem Fusionsbeschluss, mithin in einem Zeitpunkt, zu dem die Abfindungsfusion noch ungewiss war. Damit erwarben sie eine Gesellschafterstellung in der X AG und sollten sich zweckkonform auf Art. 105 Abs. 3 FusG berufen können.

3. Der «Berufskläger» als besonderer Umstand

3.1 Besondere Umstände i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG

Das Obergericht Schaffhausen rechtfertigte im vorliegenden Fall eine Ausnahme von der grundsätzlichen Kostenbefreiung mit besonderen Umständen. Ob solche gegeben sind, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Besondere Umstände sind namentlich zu bejahen, wenn die Klage offensichtlich unbegründet ist und der Kläger sich dessen hätte bewusst sein müssen. Wie das Obergericht richtigerweise festhielt, ist die Aufzählung in der Botschaft nicht abschliessend.³⁴ Umstände können aber nur in Ausnahmefällen als besondere i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG eingestuft werden.³⁵ Denn die Überprüfungsklage soll es den Aktionären erlauben, eine Klage einzureichen, wenn sie legitime Gründe dazu haben, ohne dass sich

³¹ *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 83; *Böckli* (Fn. 12), § 6 N 3.

³² In diesem Sinne wohl auch *Peter Nobel*, Aktien- und Börsenrecht: Vielfalt und Einheit, SZW 2/2008, 175–192, 183; *Peter Nobel/Robert Waldburger*, Der Unternehmensstandort Schweiz aus steuer- und aktienrechtlicher Sicht, in: Festschrift Peter Böckli, Zürich 2006, 27 ff., 29; a.M. *Caroline Möhrle*, Delisting – Kapitalmarktrechtliche, gesellschaftsrechtliche und umstrukturierungsrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 2006, 125.

³³ *Corrado Rampini/Matthew Reiter*, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007, Art. 33 BEHG N 20.

³⁴ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.b. In der Lehre werden als weitere besondere Umstände die börs- und mutwillige Beschwerdeführung, ein fehlerhaftes, gegen zivilrechtliche oder ethische Regeln verstossendes Verhalten (*Peter Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer*, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich 2004, 332 f. mit Beispielen aus dem Schuldbetreibungs- und Haftpflichtrecht) oder die missbräuchliche Klageführung (z.B. zu quasi-erpresserischen Zielen) (*Böckli* [Fn. 12], § 3 N 263; *Gordon-Vrba* [Fn. 23], 191) aufgezählt.

³⁵ *Bertschinger* (Fn. 22), 841; *Emch* (Fn. 7), 166; *Caroline Hirsiger*, Der Schutz der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer bei der Fusion von Kapitalgesellschaften nach schweizerischem und europäischem Fusionsrecht, Diss. Basel 2006, 337.

die voraussichtlichen Prozesskosten prohibitiv auswirken.³⁶

Diese Rechtslage räumt dem Richter einen grossen Ermessensspielraum ein. Der Richter entscheidet einerseits, ob die Umstände des Einzelfalls als besonders i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG zu qualifizieren sind. Andererseits liegt es im Ermessen des Richters, ob bei Vorliegen besonderer Umstände dem klagenden Aktionär die Prozesskosten ganz oder teilweise auferlegt werden.

3.2 «Berufsklägertum»

Das Obergericht Schaffhausen kam zum Ergebnis, dass im beurteilten Fall nicht gesagt werden könne, die Klage sei offensichtlich unbegründet.³⁷ Es schloss aber auf das Vorliegen eines anderen besonderen Grundes, da es als erwiesen ansah, dass die Beschwerdeführer

- ihre Aktien nach Veröffentlichung des Kaufangebotes, «d.h. in einem Zeitpunkt, in welchem bereits bekannt war, dass gegebenenfalls eine Barabfindungsfusion stattfinden werde», erwarben und darum keine «Altaktionäre» seien;
- «mit der Durchführung bzw. Beteiligung an verschiedenen Klagen» ein «Geschäftsmodell» verfolgten;
- «persönlichen Profit» aus einem kurzfristigen, praktisch risikolosen Engagement ziehen wollten.³⁸

Laut dem Obergericht ist aus diesen Gründen die Qualifikation der Beschwerdeführer als «Berufskläger» nachvollziehbar.

3.3 Bemerkungen zur obergerichtlichen Argumentation

3.3.1 Besonderer Umstand des «Berufsklägertums»

Unter Verweis auf die drei vorne in Ziff. 3.2 genannten Gründe schloss das Obergericht auf das Vorliegen besonderer Umstände im konkreten Fall. Für ein solch systematisches, von Anfang an auf die potenzielle Aufbesserung der Investition ausgerichtetes

Vorgehen sei der prozessuale Kostenschutz nicht angezeigt.³⁹ Die Argumentation des Obergerichts ist u.E. nachvollziehbar.

Zunächst stellt das Obergericht auf den späten Erwerb der Aktien durch die Beschwerdeführer ab. Wie vorne in Ziff. 2.2 dargelegt, erwarben die Beschwerdeführer ihre Aktien in einem Zeitpunkt, zu dem die Durchführung der Abfindungsfusion ungewiss war. Personen, die in einem solchen Zeitpunkt Aktien erwerben, kann zwar eine volle Aktionärsstellung nicht abgesprochen werden.⁴⁰ Dies schliesst aber nicht aus, dass im späten Erwerb ein Argument für die Annahme eines besonderen Umstandes gesehen werden kann. Sofern Personen in einem Zeitpunkt in die Gesellschaft eintreten, in dem die Durchführung einer *Squeeze-out*-Fusion wahrscheinlich ist, müssen sie mit deren Umsetzung rechnen. Im Gegensatz zu Altaktionären nehmen sie mit dem Erwerb der Aktien das Risiko, gegen Abfindung aus der Gesellschaft ausgeschlossen zu werden, in Kauf. Aufgrund der *best-price-rule* (Art. 24 Abs. 2 BEHG i.V.m. Art. 10 Abs. 6 UEV-UEK) ist zudem sehr wahrscheinlich, dass die Höhe der Abfindung dem an der Börse offerierten Preis entspricht.⁴¹ U.E. kann darum dem Obergericht gefolgt werden, wenn es den späten Erwerb der Aktien durch die Beschwerdeführer als einen Grund für die Annahme eines besonderen Umstandes i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG betrachtet.

Als weiteren Grund nennt das Obergericht das systematische Vorgehen der Beschwerdeführer. Die Beschwerdeführer können zweifelsohne als besondere Kläger betrachtet werden. Im vorliegenden Verfahren bestritten sie nicht, systematisch Aktien von Gesellschaften, die Übernahmeziele sind, zu erwerben. In der Schweiz haben sie seit 2005 wiederholt kurz vor *Squeeze-out*-Fusionen Aktien erworben und anschliessend Überprüfungsklagen angestrengt. Sie sind in diverse laufende Verfahren betreffend Art. 105 Abs. 3 FusG involviert. Bevor die Beschwerdeführer in der Schweiz erste Überprüfungsklagen erhoben, hatten sie durch Anfechtung einer

³⁶ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4488.

³⁷ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.c.

³⁸ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.d.

³⁹ Entscheid des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Nr. 40/2007/43 vom 23. Januar 2009, E. 2.d.

⁴⁰ Vgl. vorne Ziff. 2.3.

⁴¹ Vgl. Annemarie Nussbaumer, Abfindungsfusion oder Kraftloserklärung nach öffentlichem Übernahmeangebot?, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, 374.

Vielzahl von Generalversammlungsbeschlüssen deutscher Aktiengesellschaften bereits Aufsehen erregt. Seit Mitte der 90er-Jahre fochten sie und eine Handvoll weiterer Personen systematisch Generalversammlungsbeschlüsse deutscher Aktiengesellschaften an.⁴² Die ersten Studien zum «*Berufsklägertum*» in Deutschland, einem Ende der 90er-Jahre erkannten Phänomen, erwähnen sie sogar namentlich.⁴³ Vor diesem Hintergrund überzeugt die Argumentation des Obergerichts, die Beschwerdeführer spekulierten systematisch auf die Erhöhung von Abfindungszahlungen. Da die Überprüfungsklage – wie vorne in Ziff. 2.1 dargelegt – ein wichtiges Instrument des Minderheitenschutzes ist, sollte sie einem Minderheitsaktionär zwar nicht leichtfertig verweigert werden. Sofern Personen wie die Beschwerdeführer *Squeeze-out*-Fusionen aber systematisch suchen, um auf Aufbesserungen zu spekulieren, kann ihnen auch ein gewisses Prozesskostenrisiko zugemutet werden.⁴⁴

Das Obergericht begründete die Annahme eines besonderen Umstandes zudem mit dem praktisch risikolosen Streben der Beschwerdeführer nach persönlichem Profit. Die Frage, ob die Beschwerdeführer überwiegend aus ego- oder altruistischen Motiven handeln, kann kaum beantwortet werden. Es liegt in der Natur der Überprüfungsklage, dass der klagende Aktionär bei Gutheissung der Klage einen persönlichen Gewinn in Form einer Erhöhung der Abfindung erhält. Stellt das Gericht fest, dass der übernehmende Rechtsträger eine zu geringe Abfindung bezahlt hat, so setzt der klagende Aktionär sein Recht auf eine angemessene Abfindung durch. Gleichzeitig profitieren in diesem Fall alle anderen abgefundenen Aktionäre von der Initiative des klagenden Aktionärs.⁴⁵

Im Ergebnis erscheint uns die Annahme eines besonderen Umstandes im vorliegenden Fall als vertretbar. Die Beschwerdeführer investieren systematisch und praktisch risikolos in Gesellschaften, deren Minderheitsaktionäre mit gewisser Wahrscheinlichkeit im Rahmen einer *Squeeze-out*-Fusion ausgeschlossen werden. Sie entscheiden sich damit vorsätzlich für das Risiko des Ausschlusses gegen Abfindung und spekulieren auf deren Erhöhung.

3.3.2 Teilweise Auferlegung der Kosten

Bei Vorliegen eines besonderen Umstandes i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG kann der Richter dem klagenden Aktionär die Prozesskosten teilweise oder ganz auferlegen. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, zwischen Umständen, die eine teilweise Kostenauflegung rechtfertigen, und Umständen, die eine vollständige Kostenauflegung begründen, zu differenzieren. Da das wirtschaftliche Interesse des klagenden Aktionärs nur einen Bruchteil des Streitwertes beträgt, ist der Unterschied aber von grosser Bedeutung. Das Obergericht bestätigte den Entscheid des Kantonsrichters, den Beschwerdeführern einen nach ihrem individuellen Streitwert bemessenen Kostenvorschuss aufzuerlegen. Die teilweise Prozesskostenauflegung ist u.E. fachgerecht.

Dank dieser Lösung wird den Beschwerdeführern ein gewisses Risiko auferlegt. Denn im Falle der Kostenbefreiung i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG kann der abgefundene Aktionär die Überprüfungsklage bar jeden Risikos erheben. Im Laufe des Verfahrens muss er keine finanziellen Mittel investieren. Verliert er den Prozess, so trägt er zudem nicht die Kosten des Verfahrens.

Gleichzeitig verunmöglicht die teilweise Kostenauflegung nicht die Erhebung der Überprüfungsklage. Wie vorne in Ziff. 2.1 erwähnt, würden die Grenzkosten eines klagenden Aktionärs seinen Grenznutzen weit übertreffen, sofern dieser das gesamte Prozesskostenrisiko tragen muss. Werden ihm die gesamten Prozesskosten überbunden, so sind

Zielgesellschaft) von 351 819 (7,2% aller Aktien der Zielgesellschaft) nach dem öffentlichen Übernahmeangebot im Publikum verbliebenen Aktien. Gemeinsam gehören ihnen damit weniger als 0,5% der Aktien, deren Abfindungswert bei erfolgreicher Durchsetzung der Klage erhöht würde. Bei Erfolg der Überprüfungsklage kämen darum mehr als 99,5% des Prozessgewinns anderen Aktionären zu.

⁴² Klaus J. Hopt, Deutscher Juristentag 2008 in Erfurt: Abteilung Wirtschaftsrecht, SZW 1/2009, 95 ff.

⁴³ Theodor Baums/Hans-Gert Vogel/Maja Tacheva, Rechts-tatsachen zur Beschlusskontrolle im Aktienrecht, Institut für Bankrecht, Arbeitspapier Nr. 86, IV.2; Theodor Baums/Astrid Keinath/Daniel Gajek, Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No. 65, 07/2007, 15–17, 20.

⁴⁴ Nicht ersichtlich ist, weshalb ein dritter Kläger, der in Deutschland ebenfalls als «*Berufskläger*» bekannt ist, von der Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses ausgenommen wurde.

⁴⁵ So auch im vorliegenden Fall: Die Beschwerdeführer verfügten gemeinsam über 1755 (ca. 0,036% aller Aktien der

diese für ihn «*prohibitiv*»⁴⁶ hoch.⁴⁷ Trotz des systematischen und vorsätzlichen Vorgehens der Beschwerdeführer wäre eine solche Lösung unverhältnismässig. Sie würde einen schweren Eingriff in den durch die Überprüfungsklage bezweckten Minderheitenschutz darstellen. Ein solcher Eingriff wäre nicht gerechtfertigt, da den Beschwerdeführern ein Beitrag zum Schutz aller abgefundenen Minderheitsaktionäre *a priori* nicht abgesprochen werden kann.

Die durch das Obergericht gewählte Lösung setzt die Anreize u.E. richtig.⁴⁸ Die Beschwerdeführer können die Gesellschaft nicht mehr risikolos verklagen. Sofern die Klage der Beschwerdeführer gutgeheissen wird, wird ihnen der Prozesskostenvorschuss zurückerstattet. Sollten sie aber im Prozess unterliegen, müssen sie die Prozesskosten teilweise tragen. Dem allfälligen Streben der Beschwerdeführer nach persönlicher Bereicherung kann mittels der Auferlegung des nach ihrem individuellen Streitwert bemessenen Prozesskostenrisikos ausreichend entgegenge wirkt werden.

4. Schlussbemerkungen

Art. 105 Abs. 3 FusG sieht eine besondere Prozesskostenverteilung vor: die grundsätzliche Kostenbefreiung des klagenden Aktionärs. Im Rahmen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts wurde die Sonderstellung des Art. 105 Abs. 3 FusG beibehalten. Während viele besondere Kostentragungsregeln des Aktienrechts mit Inkrafttreten der neuen ZPO in Art. 107 ZPO eine einheitliche Regelung erfahren, wird Art. 105 Abs. 3 FusG fortbestehen.

Die Beschwerdeführer erwerben systematisch Aktien von Gesellschaften, bei denen die Durchfüh-

rung einer *Squeeze-out*-Fusion in naher Zukunft wahrscheinlich ist, um anschliessend mangels Einigung mit der Gesellschaft eine Überprüfungsklage zu erheben. Da sie ihre Aktien in einem Zeitpunkt erwerben, in dem die Fusion noch ungewiss ist, kann ihnen eine vollkommene Aktionärsstellung in der Zielgesellschaft nicht abgesprochen werden. Die Argumentation des Bundesgerichts, so spät kommende Käufer würden wirtschaftlich betrachtet nur noch ein Recht auf Abfindung erwerben, ist u.E. vor allem mit der Eigentumsgarantie der Altaktionäre sowie den Prinzipien der Gleichbehandlung der Aktionäre und der freien Übertragbarkeit der Mitgliedschaft im Aktienrecht nur schwer vereinbar. Auch bei den nach einem öffentlichen Kaufangebot eintretenden Aktionären sollte darum der Schutzzweck des Art. 105 Abs. 3 FusG zum Tragen kommen.

Hingegen überzeugt die Argumentation des Obergerichts, im vorliegenden Fall sei ein besonderer Umstand i.S. von Art. 105 Abs. 3 FusG zu bejahen. Die Beschwerdeführer investieren systematisch und praktisch risikolos in Gesellschaften, deren Minderheitsaktionäre mit gewisser Wahrscheinlichkeit im Rahmen einer *squeeze-out*-Fusion ausgeschlossen werden. Sie entscheiden sich vorsätzlich für das Risiko des Ausschlusses gegen Abfindung und spekulieren auf ihre Erhöhung. Es erscheint uns angemessen, solchen Klägern ein Prozesskostenrisiko, das sich nach ihrem individuellen Streitwert bemisst, zuzumuten. Sie tragen so den proportionalen Anteil an den Kosten ihres systematischen und spekulativen Vorgehens. Sie agieren nicht mehr risikolos. Gleichzeitig wird ihnen die Anhebung von Überprüfungs klagen aber nicht durch ein prohibitiv hohes Prozesskostenrisiko faktisch verunmöglicht.

⁴⁶ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4488.

⁴⁷ Vgl. vorne Ziff. 2.1.

⁴⁸ Vgl. auch *Gordon-Vrba* (Fn. 23), 191; *Bürgi/Glanzmann* (Fn. 8), Art. 105 FusG N 24; *Vogel/Heiz/Behnisch* (Fn. 22), Art. 105 FusG N 20; *Amstutz/Mabillard* (Fn. 9), Art. 105 FusG N 43.