

Kommentar zu: Urteil: [4A_623/2018](#) vom 31. Juli 2019, publiziert als [BGE 145 III 351](#)

Sachgebiet: Gesellschaftsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Körperschaftsrechtliche Grenzen vertraglicher Vorkaufsrechte

Autor / Autorin

Dora Peric, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil BGE 145 III 351 hielt das Bundesgericht fest, dass die dem (Mehrheits-) Aktionär obliegende vertragliche Verpflichtung, der Vorkaufsberechtigten die Aktionärsstellung zu verschaffen, sich nicht auf die Gesellschaft erstreckt.

Sachverhalt

[1] Die C. AG (nachfolgend Muttergesellschaft) ist Hauptaktionärin der A. AG (Beklagte und Beschwerdeführerin, nachfolgend Gesellschaft) und hält 997 der insgesamt 1'400 vinkulierten, nicht börsenkotierten Namenaktien (Sachverhalt Teil A.a.).

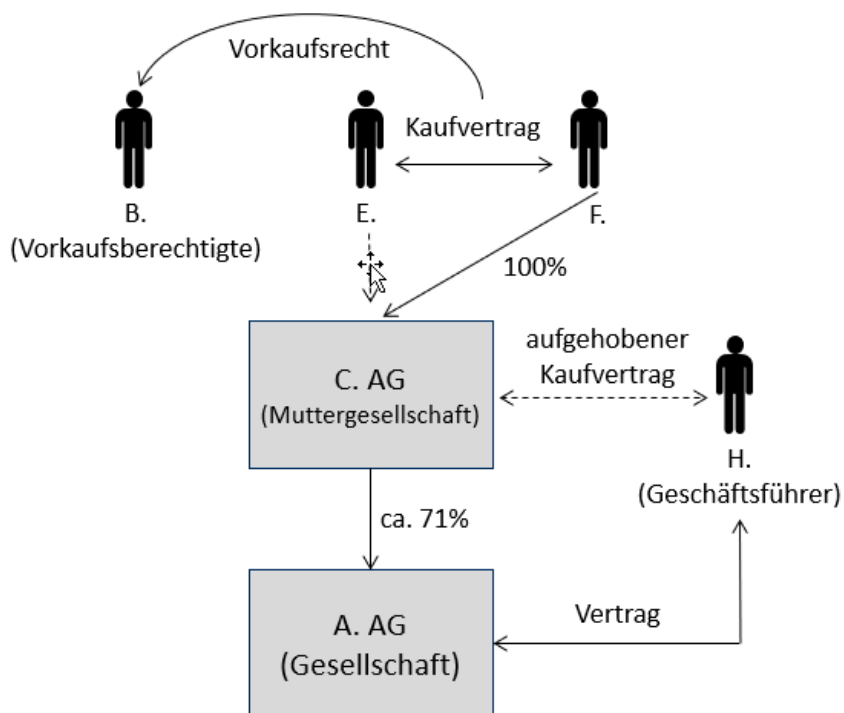
[2] Bis ins Jahr 1999 war E. Alleinaktionär der Muttergesellschaft. Mit Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 veräusserte E. die Aktien an der Muttergesellschaft an G. und an Sohn F., welcher heute, nach dem Ausscheiden von G., Alleinaktionär und einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrats der Muttergesellschaft ist. Im Kaufvertrag wurde B., der Tochter von E. bzw. der Schwester von F (Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Vorkaufsberechtigte) ein Vorkaufsrecht an den Aktien der Gesellschaft im Falle Verkaufs solcher Aktien der Gesellschaft eingeräumt (Sachverhalt Teil A.a.).

[3] Mit Kaufvertrag vom 1. Juli 2013 verkaufte die Muttergesellschaft die Aktien der Gesellschaft an I. und an H., den Geschäftsführer der Gesellschaft (nachfolgend Geschäftsführer). In der Folge erklärte die Vorkaufsberechtigte gegenüber F., dass sie ihr Vorkaufsrecht ausübe. Daraufhin unterzeichneten die Muttergesellschaft, I. und der Geschäftsführer eine Aufhebungsvereinbarung bezüglich des Kaufvertrags vom 1. Juli 2013. Da ihr die, der Muttergesellschaft gehörenden Aktien der Gesellschaft nicht übergeben wurden, klagte die Vorkaufsberechtigte beim Bezirksgericht Plessur gegen die Muttergesellschaft auf Herausgabe und Übertragung der Aktien der Gesellschaft. Das Bezirksgericht und das Kantonsgericht Graubünden hiessen die Klage gut. Die Muttergesellschaft akzeptierte das Urteil des Kantonsgerichts und deponierte die Aktien der Gesellschaft blanko indossiert beim Verwaltungsrat der Gesellschaft und beantragte die Übertragung der Aktien der Gesellschaft an die Vorkaufsberechtigte (Sachverhalt Teile A.b. und A.c.).

[4] Am 2. Mai 2016 verweigerte der Verwaltungsrat der Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Aktien der Gesellschaft an die Vorkaufsberechtigte und deren Eintragung ins Aktienbuch. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft erklärte zudem, dass die Gesellschaft das statutarische Ankaufsrecht ausübe und die Aktien auf Rechnung des Geschäftsführers erwerben werde. Am 16. Juni 2016 nahm die Gesellschaft das Angebot des Geschäftsführers für die Aktien der Gesellschaft an (Sachverhalt A.d.).

[5] Daraufhin klagte die Vorkaufsberechtigte gegen die Gesellschaft auf Zustimmung zur Übertragung der Aktien der Gesellschaft von der Muttergesellschaft und ihre Eintragung als Aktionärin ins Aktienbuch. Sowohl das Regionalgericht Plessur, als auch das Kantonsgericht Graubünden (Urteil ZK2 17 37 vom 11. Oktober 2018) hiessen die Klage gut. Das Bundesgericht hiess dagegen die, von der Gesellschaft erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut und wies die Klage ab (Sachverhalt Teile B. und C. sowie E. 5).

[6] Der Sachverhalt lässt sich vereinfachend grafisch wie folgt darstellen:



Erwägungen

[7] Vor Bundesgericht war u.a. die Frage umstritten, ob die der Muttergesellschaft und Mehrheitsaktionärin vertraglich auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der Aktien der Gesellschaft, auf die Gesellschaft erstreckt werde. Die Vorinstanz habe die Klage der Vorkaufsberechtigten u.a. mit diesem Argument gutgeheissen und entschieden, dass die Gesellschaft der Vorkaufsberechtigten die Aktionärseigenschaft verschaffen müsse (E. 4 Ingress und Urteil des Kantonsgericht Graubünden ZK2 17 37 vom 11. Oktober 2018 E. 9).

[8] Das Bundesgericht erwog, dass mit der Erfüllung des vertraglichen Vorkaufsanspruchs der Vorkaufsberechtigten eine körperschaftliche Bestimmung – die Vinkulierung – ausgehebelt würde. Grundsätzlich gelte ein vertragliches Vorkaufsrecht nur zwischen den Parteien, die es vereinbart hätten. Dem vertraglichen Vorkaufsrecht geht jede Wirkung gegenüber der juristischen Person, der Aktiengesellschaft, ab. Es sei strikt zwischen der körperschaftsrechtlichen und der vertragsrechtlichen Ebene zu unterscheiden, weshalb in der Lehre auch Möglichkeiten diskutiert würden, um die vertraglichen Rechte auf indirektem Weg (z.B. mittels einer Konventionalstrafe) zu sichern und durchzusetzen. Dessen habe sich auch die Vorkaufsberechtigte bewusst sein müssen. Denn das Vorkaufsrecht im Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 wurde u.a. in Bezug auf die Aktien der Gesellschaft eingeräumt, wobei die Statuten der Gesellschaft von 1997 eine Vinkulierungsbestimmung enthielten. Die Vorkaufsberechtigte habe den Vertrag vom 17. Februar 1999 zur Kenntnis genommen, wie sie mit ihrer Unterschrift bestätigt habe. Sie habe somit erkennen müssen bzw. hätte erkennen können, dass die

Vinkulierungsbestimmung ihrem Vorkaufsrecht entgegenstehen könnte (E. 4.3.1).

[9] Der Vorwurf der Vorinstanz wie auch der Vorkaufsberechtigten geht im Kern dahin, dass es die Muttergesellschaft als beherrschende Aktionärin in der Hand hätte, im Verwaltungsrat (allenfalls durch dessen Neubestellung durch eine von ihr bestimmte Generalversammlung) für eine Durchsetzung des Vorkaufsrechts der Vorkaufsberechtigten bzw. einen Verzicht auf den Aktienankauf auf Rechnung des Geschäftsführers zu sorgen und so die mit dem Urteil des Kantonsgericht Graubünden (s. Rz. 3) ausgesprochene Verpflichtung zu erfüllen. Dies würde voraussetzen, dass die Muttergesellschaft als beherrschende Aktionärin gegenüber den solchermaßen gewählten Mitgliedern des Verwaltungsrats ein Weisungsrecht hätte. Im Zusammenhang mit Aktionärbindungsverträgen werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, ob sich die Aktionäre durch einen Vertrag die Verwaltungsratsmitglieder in dem Sinne untertan machen könnten, dass der Verwaltungsrat hinsichtlich seiner essentiell körperschaftlichen Entscheide rechtswirksam auf die Befolgung von solchen Beschlüssen oder Vertragsklauseln verpflichtet werden könnte. Die Organperson, die in Befolgung von Stimmbindungen in einem Aktionärbindungsvertrag die Interessen der Gesellschaft missachte, treffe die persönliche Verantwortlichkeit. Analoge Überlegungen müssten auch gelten, wenn es um Weisungen des Mehrheitsaktionärs zur Durchsetzung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtungen gehe. Grenze der Befolgung solcher Weisungen sei jedenfalls das Gesellschaftsinteresse (E. 4.3.1).

[10] Das Bundesgericht folgert, dass die der Muttergesellschaft auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der Aktien der Gesellschaft nicht auf die Gesellschaft erstreckt werde. Die Begründung der Vorinstanz halte vor Bundesrecht nicht stand (E. 4.3.3).

Kurzkommentar

[11] Der vorliegende Entscheid illustriert die Schwierigkeit der Durchsetzung vertraglicher Vorkaufsrechte an vinkulierten, nicht börsenkotierten Namenaktien. Das Bundesgericht hielt richtigerweise fest, dass Vorkaufsrechte an Aktien lediglich zwischen den Vertragsparteien gelten (gl.M. BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, BGer 4A_623/2018: Stolpersteine bei der Ausübung von Vorkaufsrechten an Aktien – Aktivlegitimation der Erwerblerin, escape clause, Durchgriff, AJP 2019, S. 1077 ff., S. 1080; DOMINIK RIEDER, [Ablehnung eines Aktienerwerbers und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch](#), in: dRSK, publiziert am 26. September 2019, Rz. 25). Der Vollzug des Vorkaufsrechtsvertrags kann aus diesem Grund an der fehlenden Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien scheitern.

[12] Vertragliche Vorkaufsrechte berechtigten eine Partei (sog. Vorkaufsberechtigter), mittels Erklärung von einer anderen Partei (sog. Vorkaufsbelasteter) einen vertraglich bestimmten oder bestimmbaren Gegenstand (z.B. Aktien oder ein Grundstück) zu erwerben (zur Rechtsnatur des Vorkaufsrechtsvertrags: MARKUS VISCHER, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2014, S. 82 ff., S. 83). Das vertragliche Vorkaufsrecht gilt nur zwischen den Vertragsparteien (URS SCHENKER, Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni [Hrsg.], Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 245 ff., S. 265). Bei nicht börsenkotierten, vinkulierten Namenaktien kann die fehlende Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung des Eigentums an den Aktien die Eigentumsübertragung verhindern (Art. 685c Abs. 1 [OR](#)).

[13] Das Risiko, dass der Vollzug eines Vorkaufsrechtsvertrags bzw. eines Kaufvertrags infolge fehlender Zustimmung der Gesellschaft scheitert, kann durch verschiedene Massnahmen minimiert werden: So kann sich der Vorkaufsbelastete verpflichten, die Vinkulierung aufzuheben oder die Parteien vereinbaren, frühzeitig die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien an den Vorkaufsberechtigten einzuholen (s. zur Aufhebung der Vinkulierung im Zusammenhang mit verpfändeten Aktien z.B. ROLAND FISCHER/HANNES KIESER, Die Privatverwertung von Pfandrechten an Aktien, GesKR 2019, S. 355 ff., S. 357 f.; s. zur frühzeitigen Erteilung der Zustimmung der Gesellschaft z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_440/2017](#) vom 3. April 2018 [besprochen von LEA ALTERMATT/MARKUS VISCHER, [Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien als Gestaltungserklärung](#), in: dRSK, publiziert am 28. Juni 2018]). Ferner können gewissen Autoren zufolge die Statuten dahingehend geändert werden, dass anstelle des Verwaltungsrats die Generalversammlung zur Erteilung der Zustimmung zur Aktienübertragung zuständig ist (MARKUS BÖSIGER, Die Organisation der geschlossenen AG, REPRAX 2017, S. 131 ff., S. 141 *in initio*; SHELBY DU PASQUIER/MATTHIAS WOLF/MATTHIAS OERTLE, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 685a OR N 9). Damit hat es der Mehrheitsaktionär selbst in der

Hand, der Eigentumsübertragung der Aktien zuzustimmen. Fraglich ist jedoch, ob eine solche Übertragung der Befugnisse vom Verwaltungsrat zur Generalversammlung im Einklang mit dem Paritätsprinzip ist (zum Paritätsprinzip z.B. HELKE DRENCKHAN, in: Handbuch Schweizer Aktienrecht, Basel 2014, Rz. 58.2).

[14] Die Klage der Vorkaufsberechtigten richtete sich gegen die Gesellschaft. Aus diesem Grund musste das Bundesgericht im referierten Urteil nicht eine allfällige Haftung von F. gegenüber der Vorkaufsberechtigten prüfen. Ob F. gegenüber der Vorkaufsberechtigten haftet, kann u.E. mangels Schilderung der relevanten Fakten im Urteil nicht beurteilt werden (a.M. wohl DENZLER/HOCHSTRASSER, a.a.O., S. 1080, die eine solche Haftung annehmen). Kaufverträge über nicht börsenkotierte, vinkulierte Namenaktien können betreffend die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien (i) explizit oder implizit bedingt (PETER BALDI, Über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers von Aktien, insbesondere beim Verkauf aller Aktien einer Gesellschaft, Diss. Zürich 1975, S. 77) oder (ii) sogar *ex lege* suspensiv bedingt (SANDRO GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, Diss. Zürich 2014 = SSHW Band 327, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 1511; FLORIAN MARXER, Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht, Diss. Zürich 2007 = SSHW Band 263, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 188; HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, Habil. Basel 1997, S. 199; S.188; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden [ZF 05 16](#) vom 7. Juli 2005 E. 6, in: PKG 2006, S. 29 ff., S. 29; wohl auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 Rz. 211) oder (iii) unbedingt sein (BALDI, a.a.O., S. 84 ff.). Erfüllt ein Verkäufer einen solchen Kaufvertrag nicht, kann, sofern er bedingt ist, eine treuwidrige Vereitelung des Eintritts der Bedingung oder, sofern er unbedingt ist, eine nachträgliche (verschuldete oder unverschuldete) Unmöglichkeit vorliegen (betreffend Unmöglichkeit: HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 3 Rz. 83). Je nach Konstellation kann der Verkäufer gegenüber dem Käufer schadenersatzpflichtig werden.

MLaw DORA PERIC, Substitutin, Walder Wyss AG.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Zitiervorschlag: Dora Peric / Dario Galli / Markus Vischer, Körperschaftsrechtliche Grenzen vertraglicher Vorkaufsrechte, in: dRSK, publiziert am 16. Januar 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch