

Marco Toller* / Ralph Malacrida**

Rechtsfolgen der Verletzung eines Vorkaufsrechts an vinkulierten Aktien

Besprechung des Urteils des Regionalgerichts Plessur vom 24. Oktober 2024, 115-2022-37

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Urteil
- III. Bemerkungen
 1. Verhältnis zwischen vertraglichem Vorkaufsrecht und aktienrechtlichem Vinkulierungsregime – ein Wink mit dem Zaunpfahl ans Bundesgericht
 2. Sanktionierung des Vorkaufsverpflichteten auf vertraglicher Ebene
 3. Anspruch auf Schadenersatz des Vorkaufsberechtigten aus Art. 41 Abs. 2 OR wegen Sittenwidrigkeit

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte¹

Der Sachverhalt, welcher dem Urteil des Regionalgerichts Plessur zugrunde lag, präsentiert sich wie in Abbildung 1².

Mit Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 verkaufte E seinem Sohn F die Aktienmehrheit an der C. AG. Die C. AG hielt rund 70 % der vinkulierten Namenaktien an der A. AG, welche ein Hotel betreibt. Im Aktienkaufvertrag wurde der Tochter B von E ein Vorkaufsrecht mit einem Abschlag von 10 % für den Fall eingeräumt, dass das Hotel oder die A. AG verkauft werde. Der Aktienkaufvertrag wurde durch B als Vorkaufsberechtigte zwecks Kenntnisnahme mitunterzeichnet. Die Statuten der A. AG sahen eine Vinkulierungsbestimmung bezüglich sämtlicher Aktien mit Ankaufsrecht vor.

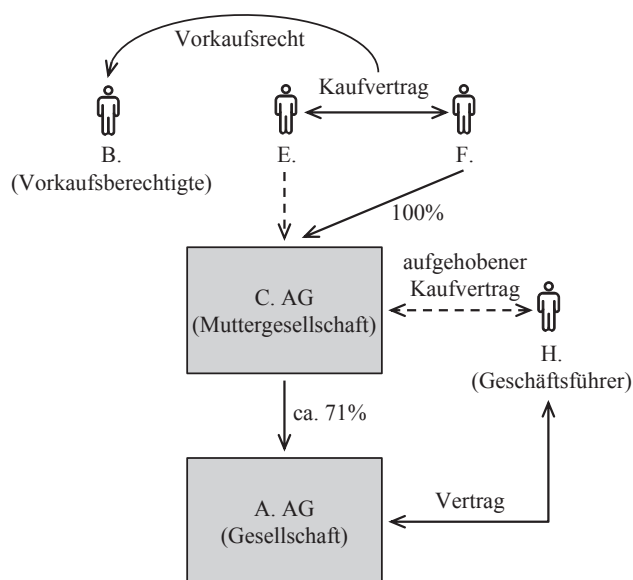


Abbildung 1: Sachverhalt.

Am 1. Juli 2013 verkaufte die C. AG ihre Aktien der A. AG an den Geschäftsführer des Hotels (H) und an einen weiteren Käufer (I) zum Preis von Fr. 1'926'000.–. Daraufhin übte B das ihr zustehende Vorkaufsrecht aus und liess der C. AG ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Bank über den Betrag von Fr. 1'733'400.– zukommen (Fr. 1'926'000.– ./ Abschlag von 10%). F teilte seiner Schwester B umgehend mit, er bzw. die C. AG verkaufe ihr die Aktien nicht. Eine Übergabe der Aktien der A. AG durch die C. AG unterblieb in der Folge. Mit Vereinbarung vom 2. September 2013 wurde der Aktienkaufvertrag vom 1. Juli 2013 zwischen der C. AG und den Käufern H und I aufgehoben.

Am 22. Oktober 2013 reichte B beim damaligen Bezirksgericht Plessur gegen die C. AG eine Klage ein und verlangte die Herausgabe sowie Übertragung der Aktien der A. AG an sie. Das Bezirksgericht Plessur hiess die Klage gut und verpflichtete die C. AG, die von ihr gehaltenen Namenaktien der A. AG blanko indossiert B zu übertragen, Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises von Fr. 1'733'400.–. Die gegen diesen Entscheid beim Kantonsgericht von Graubünden erhobene Berufung

* Dr. iur. MARCO TOLLER ist in Chur als selbständiger Rechtsanwalt und Notar tätig und als Rechtskonsulent bei Kunz Schmid Rechtsanwälte und Notare AG, Chur. Er hat die obsiegende Klägerin im Verfahren vor dem Regionalgericht Plessur anwaltlich vertreten. Er hat die Kapitel «I. Sachverhalt und Prozessgeschichte» und «II. Urteil» verfasst.

** Dr. iur. RALPH MALACRIDA ist Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich. Er hat das Kapitel «III. Bemerkungen» verfasst.

¹ Zusammenfassungen des dem hier besprochenen Urteil zugrundeliegenden Sachverhaltes finden sich insbesondere in den Urteilsbesprechungen des Bundesgerichts 4A_623/2018, publ. in BGE 145 III 351 ff., von BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, AJP 2019, S. 1077 ff., MERENS DERUNGS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats, SZW 2019, S. 697 ff., von DOMINIQUE MÜLLER/FLAVIO DELLI COLLI, Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien, GesKR 2020, S. 140 ff.

² Grafik aus dem Artikel von DORA PERIC/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Körperschaftliche Grenzen vertraglicher Vorkaufsrechte, dRSK, publ. am 16.1.2020.

der C. AG wurde mit unangefochten gebliebenem und in Rechtskraft erwachsenem Urteil vom 29. Januar 2016 abgewiesen.

Eine Übertragung der Aktien an B erfolgte nicht. Die C. AG deponierte die Aktien vielmehr blanko indossiert beim Verwaltungsrat der A. AG und beantragte deren Übertragung an B. Der aus drei Mitgliedern bestehende Verwaltungsrat der A. AG, welchem auch F. angehörte, beschloss mit Entscheid vom 15. April 2016 in Ausstand von F, B nicht in das Aktienbuch der A. AG einzutragen. Gleichzeitig übte er das statutarische Ankaufsrecht der A. AG auf Rechnung Dritter aus (sog. Escape Clause). Dieses stand unter der Bedingung, dass der Geschäftsführer H, welcher für den Fall des Verkaufs der fraglichen Aktien an eine Drittperson damit gedroht hatte, seine Stelle als Hoteldirektor zu kündigen, ein Kaufangebot in annehmbarer Höhe unterbreiten würde. Am 26. Mai 2016 unterbreitete H der A. AG ein Kaufangebot in der Höhe von Fr. 2'080'272.–, welches vom Verwaltungsrat der A. AG angenommen wurde. Am 31. Mai 2016 übte die A. AG ihr Ankaufsrecht gegenüber der C. AG aus und bot dieser an, die Aktien zum Preis von Fr. 2'080'272.– käuflich zu erwerben. Die C. AG nahm dieses Kaufangebot an.

Am 17. Juni 2016 reichte B eine Klage gegen die A. AG beim Regionalgericht Plessur ein und verlangte von dieser die Zustimmung zur Übertragung der Aktien an sie und ihre Eintragung in das Aktienbuch. Das Regionalgericht Plessur hiess die Klage gut. Das durch die A. AG angerufene Kantonsgericht von Graubünden wies die dagegen erhobene Berufung ab. Die A. AG focht dieses Urteil beim Bundesgericht an, welches mit Urteil vom 31. Juli 2019 den Entscheid der Vorinstanz aufhob und die Klage von B abwies (BGer 4A_623/2018, publ. in BGE 145 III 351 ff.). Im Wesentlichen wurde dieser Entscheid damit begründet, der Verwaltungsrat der A. AG habe weder das Gleichbehandlungsgebot verletzt noch rechtsmissbräuchlich gehandelt, wenn er bei seinem Entscheid auf die Gefahr der angedrohten Kündigung von H als Hoteldirektor abgestellt habe. Weiter hielt das Bundesgericht fest, die der C. AG durch das Kantonsgericht von Graubünden auferlegte Pflicht zur Herausgabe und Übertragung der fraglichen Aktien an B könne nicht mittels eines Durchgriffs auf die A. AG erstreckt werden.³

Nachdem die A. AG gemäss dem bundesgerichtlichen Urteil vom 31. Juli 2019 nicht zur Zustimmung zur

Übertragung der Aktien an B verpflichtet wurde und die C. AG nicht mehr in der Lage war, für die Eintragung von B als Aktionärin der A. AG in das Aktienbuch zu sorgen, entschloss sich B, finanzielle Ansprüche gegenüber der C. AG und F wegen Nichterfüllung des Vorkaufsrechtsvertrages und der Eigentumsverschaffungspflicht gemäss dem rechtskräftigen Urteil des Kantonsgerichtes von Graubünden vom 29. Januar 2016 geltend zu machen. Nach Unterbrechung der Verjährung am 9. Juli 2020 erhob B eine Klage gegen die C. AG und F, welche sie am 19. August 2022 beim Regionalgericht Plessur prosequierte. Sie verlangte von der C. AG und von F die Bezahlung von Fr. 346'272.–, zuzüglich Zins zu 5 % seit 9. Juli 2020, unter solidarischer Haftung. Dieser Klagebetrag entsprach der Differenz zwischen dem durch H und I bezahlten Kaufpreis von Fr. 2'080'272.– und dem Kaufpreis von Fr. 1'733'400.–, welchen B in Erfüllung des infolge Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrages zwischen ihr und der C. AG hätte bezahlen müssen. Sie machte dabei folgende Ansprüche geltend: Herausgabe des stellvertretenden Commodums, Schadenersatz wegen verschuldeter subjektiver Unmöglichkeit der Vertragserfüllung sowie Schadenersatz wegen Sittenwidrigkeit.

Dagegen setzten sich die C. AG und F mit dem Einwand zur Wehr, B hätte von allem Anfang an Kenntnis von der Vinkulierung der fraglichen Aktien mit Ankaufsrecht der A. AG und damit von der Beschränkung ihrer Übertragbarkeit gehabt. Ihr sei daher bekannt gewesen, dass ihre Eintragung als Aktionärin in das Aktienbuch der Zustimmung durch den Verwaltungsrat der A. AG bedurfte. Das Vorkaufsrecht sei an die Bedingung der Zustimmung des Verwaltungsrates der A. AG geknüpft gewesen. Der Verwaltungsrat der A. AG sei berechtigt gewesen, B als Aktionärin abzulehnen und das statutarische Ankaufsrecht auszuüben. Die Ablehnung von B als Aktionärin der A. AG sei in deren Gesellschaftsinteresse gestanden. Dem Verwaltungsrat der A. AG sei es verwehrt gewesen, das vertragliche Vorkaufsrecht durchzusetzen, weil dadurch die statutarische Vinkulierung und damit eine körperschaftliche Bestimmung ausgehebelt worden wäre. Der Vorkaufsrechtsvertrag habe die A. AG in keiner Weise gebunden, sondern nur dessen Vertragsparteien. Die C. AG sei angesichts der Ausübung des Ankaufsrechts durch die A. AG nicht in der Lage gewesen, das Vorkaufsrecht durchzusetzen. Der Erfüllung des Vorkaufsrechtsvertrages sei die Vinkulierung entgegengestanden. Auch die C. AG sei daher nicht vertraglich verpflichtet gewesen, das Vorkaufsrecht mit allen möglichen Mitteln durchzusetzen. Zum geltend gemachten Anspruch auf das stellvertretende Commodum wendeten die Beklagten ein, die unbeschränkte Abschöpfung des Gewinns aus dem Aktienverkauf sei bereicherungsrechtlich ausgeschlossen. Zudem seien die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Commodumsanspruchs vorliegend nicht erfüllt. Ein solcher sei bei unverschuldeter Un-

³ Vgl. zu diesem Urteil die Besprechungen von DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 1), a.a.O., S. 1078 ff.; DERUNGS/VON DER CRONE (FN 1), a.a.O., S. 699 ff.; DOMINIK RIEDER, Ablehnung eines Aktienerwerbers und Verweigerung der Eintragung im Aktienbuch, dRSK, publ. am 26.9.2019; KARIN MÜLLER, Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019, ZBJV 157/2021, S. 59 ff.; RALPH MALACRIDA, Aktienkauf: Vorkaufsrecht vs. Escape Clause, GesKR 2020, S. 262 ff.; PERIC/GALLI/VISCHER (FN 2), a.a.O.

möglichkeit der Erfüllung des aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts durch B zwischen ihr und der C. AG zustande gekommenen Kaufvertrages nicht gegeben. Die C. AG habe keine Ersatzleistung von der A. AG für die Aktien erhalten, welche sie B herausgeben müsste, zumal zwischen dem nicht erlangten Surrogat und der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung kein wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe. In quantitativer Hinsicht machten die Beklagten geltend, ein allfälliger Commodumsanspruch wäre umfangmässig auf den objektiven Wert der Ersatzleistung beschränkt, welchen B nicht nachweise. Ferner argumentierte F, er sei nicht vorkaufsrechtsbelastet gewesen, sondern nur die C. AG als Eigentümerin der Aktien. Weiter machten die C. AG und F geltend, alle geltend gemachten vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüche seien schon längstens verjährt.

II. Urteil

Das Regionalgericht Plessur hat mit Entscheid vom 24. Oktober 2024, mitgeteilt am 18. März 2025, die Klage von B gutgeheissen und die C. AG und F unter solidarischer Haftung verpflichtet, B Fr. 346'272.–, zuzüglich Zins zu 5 % seit 3. August 2020, zu bezahlen. Das Regionalgericht Plessur wies die Einrede der Verjährung zurück und kam zum Schluss, die C. AG sei zur Herausgabe des Commodums in vorgenanntem Umfang verpflichtet. Zudem seien im Falle der C. AG auch die Voraussetzungen für eine Schadenersatzleistung aus Art. 97 OR erfüllt. Im Falle von F verneinte das Gericht eine Haftung für das Commodum und einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung der Vorkaufsrechtsabrede. Hingegen hielt das Gericht die Voraussetzungen für eine Haftung von F gestützt auf Art. 41 Abs. 2 OR für sittenwidriges Verhalten als erfüllt.

Das Regionalgericht Plessur prüfte zunächst die Frage, ob ein Anspruch von B auf das stellvertretende Commodum gegenüber der C. AG gegeben sei. Es hielt dabei unter Hinweis auf die herrschende Ansicht zunächst fest, die Ansprüche auf das Commodum und auf Schadenersatz wegen Vertragsverletzung stünden dem Gläubiger alternativ zur Verfügung. Für die Ausübung des Wahlrechts als Gestaltungsrecht gelte keine Frist. B habe primär den Commodumsanspruch und subsidiär Schadenersatz geltend gemacht. Weil beide Ansprüche nicht kumulativ gefordert werden können, prüfte das Gericht zunächst die Voraussetzungen des Commodumsanspruchs. Der herrschenden Lehre und Praxis folgend hielt es fest, der Anspruch auf das Commodum setze die nachträgliche, objektive oder subjektive Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung (Verschaffung des Eigentums an den Aktien) voraus, eine Ersatzleistung eines Dritten (Surrogat) und einen Zusammenhang zwischen dem Unmöglichkeitseintritt und der vom Schuldner erlangten

Ersatzleistung. Ein lediglich wirtschaftlicher Konnex genüge. Ein solcher liege vor, wenn das Surrogat und die vertraglich geschuldete Leistung funktionell vergleichbar seien. Verlangt werde nicht ein rechtlicher oder adäquater Zusammenhang. Der Gläubiger müsse weder einen Schaden noch ein Verschulden nachweisen.

Nach diesen Ausführungen zu den Voraussetzungen des Commodumsanspruchs prüfte das Gericht die Frage, wer zur Verschaffung des Eigentums von B an den Aktien verpflichtet war. Es hielt dabei fest, aus der Vorkaufsrechtsabrede ergebe sich nicht, wer sich bezüglich des Vorkaufsrechts verpflichten sollte. F habe den Aktienkaufvertrag, in welchem das Vorkaufsrecht stipuliert wurde, in seiner Eigenschaft als Aktienkäufer unterzeichnet und sich dabei nicht durch die Vorkaufsrechtsvereinbarung gegenüber B persönlich verpflichten wollen. Gegen eine persönliche Verpflichtung von F als künftigen Aktionär der C. AG spreche, dass eine Vorkaufsverpflichtung der C. AG unabhängig von Änderungen im Aktionariat dieser Gesellschaft bestehen bleibe und durchgesetzt werden könne. Obwohl die C. AG beim Abschluss des Aktienkaufvertrages vom 1. Juli 2013 nicht mitwirkte und auch nicht durch E und B vertreten wurde, gelang das Gericht zum Schluss, nur die C. AG sei vorkaufsbelastet und damit zur Verschaffung des Eigentums an den Aktien verpflichtet gewesen. Dafür spreche auch das Verhalten der Parteien nach Abschluss der Vorkaufsrechtsabrede. B habe das Vorkaufsrecht gegenüber der C. AG ausgeübt und gegen diese auf Herausgabe der Aktien geklagt. Zur Feststellung des Bundesgerichtes in BGE 145 III 360 E. 4 im Vorprozess, das Kantonsgericht von Graubünden habe in seinem rechtskräftigen Urteil ZK2 14 32 vom 29. Januar 2016 die persönliche Verpflichtung von F aus der Vorkaufsrechtsabrede auf die durch ihn beherrschte C. AG mittels Durchgriff erstreckt, hielt das Regionalgericht Plessur nur fest, es handle sich dabei um ein obiter dictum ohne Bindungswirkung im vorliegenden Verfahren. Die Frage, ob die zu Lasten der C. AG bejahte Eigentumsverschaffungspflicht via Durchgriff auf F hätte erstreckt werden können, erörterte das Regionalgericht Plessur nicht.

Nach Ausführungen zu den Wirkungen der rechtsgültigen Ausübung des Vorkaufsrechts durch B und zum Inhalt des zwischen ihr und der C. AG zustande gekommenen Kaufvertrages prüfte das Gericht den Einwand der Beklagten, dieser Kaufvertrag sei nicht rechtswirksam geworden, weil er unter der Suspensivbedingung der Zustimmung des Verwaltungsrates der A. AG gestanden sei, welche verweigert wurde. Das Gericht hielt fest, die Parteien der Vorkaufsrechtsabrede hätten keine ausdrückliche Suspensivbedingung dieses Inhaltes vereinbart. Es kam weiter zum Schluss, in den Vorkaufsrechtsvertrag könne auch nicht eine implizite Bedingung hineininterpretiert werden, dass bei der Übertragung der vinkulierten Namenaktien die gesetzlichen Ablehnungs- oder

Angebotsrechte der A. AG vorbehalten worden wären. Als relevant wurde der Umstand gewertet, dass die Parteien des Kaufvertrages vom 1. Juli 2013 das Vorliegen der Zustimmung des Verwaltungsrates der A. AG bei dessen Unterzeichnung vereinbart hatten. Zum Kaufvertrag zwischen der C. AG und M und I vom 1. Juli 2013 hielt das Gericht fest, dieser sei rechtsgültig zustande gekommen und dessen nachträgliche Aufhebung habe auf den zwischen der C. AG und B aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Aktienkaufvertrag keinen Einfluss gehabt. Dieser Kaufvertrag sei mit dem gleichen Inhalt wie der rechtsgültige Kaufvertrag C. AG/M und I zustande gekommen. Die C. AG sei damit verpflichtet gewesen, das Eigentum an den Aktien B zu verschaffen. Die Eigentumsverschaffungspflicht ergebe sich sowohl aus dem Kaufvertrag zwischen der C. AG und B als auch aus der Vorkaufsrechtsabrede.

Aufgrund dieser Erwägungen setzte sich das Regionalgericht Plessur detailliert mit der Frage der Eigentumsverschaffungspflicht auseinander. Es ging zunächst davon aus, die C. AG habe das Eigentum an den fraglichen Aktien rechtsgültig Dritten übertragen. Infolgedessen habe B nicht mehr das Eigentum an den Aktien verschafft werden können. Es liege eine nachträglich eingetretene subjektive Leistungsunmöglichkeit vor, weil es die C. AG unterlassen habe, die Zustimmung des Verwaltungsrates der A. AG zu besorgen und damit die Eigentumsverschaffungspflicht gemäss dem rechtskräftigen Urteil des Kantonsgerichtes von Graubünden ZK2 14 32 vom 29. Januar 2016 zu erfüllen. Weiter stellte das Regionalgericht Plessur fest, der C. AG sei nach Ausübung des Ankaufsrechts der Kaufpreis von Fr. 2'080'272.– zugeflossen, weil die C. AG das Ankaufsangebot der A. AG angenommen und vorher nicht dafür gesorgt habe, dass der Kaufvertrag mit B nach Ausübung des Vorkaufsrechts vollzogen wurde. Damit sei der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung des Kaufvertrages mit B und dem durch die C. AG erlangten Surrogat gegeben. Die C. AG sei wegen der Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht und Verkauf der Aktien an Drittpersonen verpflichtet, die von diesen erhaltene Ersatzleistung B als stellvertretendes Commodum an Stelle der ihr nicht übertragenen Aktien herauszugeben. Dieser Anspruch sei nicht verjährt, weil der Commodumsanspruch ein Surrogat für die nicht erbrachte vertragliche Leistung darstelle, womit die vertragliche Verjährungsfrist von 10 Jahren gemäss Art. 127 OR zur Anwendung gelange, welche mit den Unterbrechungshandlungen gewahrt worden sei.

Das Regionalgericht Plessur prüfte sodann den durch B gegen die C. AG geltend gemachten Anspruch auf Schadenersatz aus Art. 97 OR. Es knüpfte dabei an die Feststellung im Zusammenhang mit der Prüfung des Commodumsanspruchs an, dass eine nachträgliche subjektive Leistungsunmöglichkeit eingetreten sei, wodurch

die C. AG die ihr obliegende vertragliche Eigentumsverschaffungspflicht verletzt habe. Das Gericht bejahte sodann das Vorliegen eines Schadens. Es hielt fest, B sei so zu stellen, wie wenn der zwischen ihr und der C. AG zustande gekommene Kaufvertrag nach Ausübung des Vorkaufsrechts ordnungsgemäss erfüllt worden wäre und sie die Aktien zu Eigentum übertragen erhalten hätte. Der Schaden entspreche dem Erlös der C. AG aus dem Verkauf an M und I. Dieser widerspiegeln den wirklichen Wert der Aktien. Wäre der Kaufvertrag mit B erfüllt worden, hätte B die Aktien der A. AG mit einem wirklichen Wert von Fr. 2'080'272.– erhalten und hätte Fr. 1'733'400.– als Kaufpreis bezahlen müssen, womit der Schaden in der geltend gemachten Höhe von Fr. 346'272.– erstellt sei. Das Gericht beurteilte auch die Kausalität zwischen Vertragsverletzung und Schaden als gegeben.

Ausführlich befasste sich das Regionalgericht Plessur sodann mit dem von Art. 97 OR vorausgesetzten Verschulden. Es hielt dabei vorerst fest, dass sich das Bundesgericht im Entscheid BGE 145 III 351 ff. nicht zur Frage geäußert habe, was die C. AG im Rahmen ihrer vertraglichen Eigentumsverschaffungspflicht zu Gunsten von B hätte vornehmen können bzw. müssen. Es hielt fest, ein Verkäufer sei aufgrund der allgemeinen Regeln der Eigentumsübertragung verpflichtet, alles vorzukehren, um die Besitz- und Eigentumsverschaffungspflicht richtig erfüllen zu können. Das Gericht führte aus, die C. AG sei auch nach Annahme des Ankaufsangebotes und bis zum Abschluss des Verfahrens vor Bundesgericht noch in der Lage gewesen, die Eigentumsverschaffungspflicht durch geeignete Massnahmen zu erfüllen, weil die Aktien sich damals immer noch in ihrem Besitz befanden. Unter Bezugnahme auf die in der einschlägigen Lehre erörterten möglichen Massnahmen zwecks Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht hielt das Regionalgericht Plessur zunächst dafür, die C. AG hätte es aufgrund ihrer qualifizierten Mehrheitsbeteiligung an der A. AG in der Hand gehabt, die statutarische Vinkulierungsbestimmung im Alleingang aufzuheben und damit den Weg für die Aktienübertragung an B freizumachen. Als weitere Massnahme wäre die Abwahl bzw. Abberufung der beiden Verwaltungsräte der A. AG möglich gewesen, in welchem Falle F als einzig noch verbleibender Verwaltungsrat die Aktienübertragung an B hätte genehmigen können. Schliesslich hätte die C. AG das Ankaufsangebot der A. AG nach Auffassung des Gerichtes ablehnen müssen, weil durch dessen Annahme der Kaufvertrag mit der A. AG zustande kam und dadurch die Eigentumsübertragung der Aktien auf B vereitelt wurde. Das Regionalgericht Plessur kam zum Schluss, die Leistungsunmöglichkeit der C. AG beruhte auf Umständen, welche sie hätte abwenden können. Sie habe die Unmöglichkeit der Leistungserbringung verschuldet.

Das Regionalgericht Plessur prüfte auch den geltend gemachten Schadenersatzanspruch wegen Vertragsverletzung durch F, verneinte aber eine Haftung von F aus

Vertrag mit der Begründung, ihn habe keine persönliche Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung getroffen.

Das Regionalgericht Plessur bejahte sodann die Haftung von F nach Art. 41 Abs. 2 OR mit der Begründung, er habe sich sittenwidrig verhalten. Die C. AG sei mit F wirtschaftlich identisch gewesen, weil sie durch ihn vollkommen beherrscht wurde. F hätte die Geschicke der C. AG im Alleingang leiten und dabei seine persönlichen Interessen verfolgen können. F wirft das Gericht vor, er hätte aus Eigennutz die ihm als Vertreter der C. AG zukommende Aufgabe, das zwischen der C. AG und B zustande gekommene Vorkaufsrecht durchzusetzen und alle möglichen Massnahmen zu treffen, um B das Eigentum an den Aktien zu verschaffen und damit die gerichtlich festgestellte Herausgabepflicht zu erfüllen, pflichtwidrig nicht wahrgenommen. Mit der bewussten Inkaufnahme der Verletzung des Vorkaufsrechts habe F sein Ziel, die Aktien Drittpersonen zuzuhalten, erreicht und sich damit sittenwidrig verhalten.

Die C. AG hat den Entscheid des Regionalgerichtes Plessur in der Hauptsache akzeptiert und auf eine Berufung verzichtet. Die Berufung von F wurde vergleichsweise erledigt, nachdem B auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber F verzichtet hat.

III. Bemerkungen

1. Verhältnis zwischen vertraglichem Vorkaufsrecht und aktienrechtlichem Vinkulierungsregime – ein Wink mit dem Zaunpfahl ans Bundesgericht

Sowohl das vertragliche Vorkaufsrecht als auch das aktienrechtliche Vinkulierungsregime betreffen Übertragungsbeschränkungen von Aktien, wirken jedoch auf verschiedenen Ebenen. Das Vorkaufsrecht wirkt als schuldrechtliches Verhältnis *inter partes* zwischen den Vertragsparteien (bspw. im Rahmen eines Aktionärbindungsvertrages), währenddem das aktienrechtliche Vinkulierungsregime der Gesellschaft das Recht gibt, eine Aktienübertragung unter bestimmten Umständen zu verhindern. Im Rahmen der *Escape Clause* von Art. 685b Abs. 1 OR hat die Gesellschaft bspw. das Recht, eine Aktienübertragung ohne wichtige Gründe zu verweigern, wenn sie dem verkaufswilligen Aktionär anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert zu übernehmen.

In der Praxis werden die möglichen Konsequenzen der vertraglichen und der aktienrechtlichen Übertragungsbeschränkungen beim Aufsetzen des statutarischen Vinkulierungsregimes und der relevanten Vorkaufsrechts- und Aktienkaufverträge bisweilen zu wenig bedacht. Als

Folge der Ausübung eines Vorkaufsrechts und der Geltendmachung der *Escape Clause* durch die Gesellschaft entstehen mehrere Aktienkaufverträge mit unterschiedlichen Parteien⁴, die so formuliert werden sollten, dass es zu keinen Vertragsverletzungen kommt. Ausserdem besteht aus Sicht der Vorkaufsberechtigten stets das Risiko, dass ihr die Aktienübertragung durch die Gesellschaft verweigert wird.⁵

Im oben beschriebenen Konflikt zwischen den Streitparteien hatte sich zuerst das Bundesgericht mit der *gesellschaftsrechtlichen Ebene* befasst⁶ und festgehalten, dass das schuldrechtliche Vorkaufsrecht keine Wirkung gegenüber der Gesellschaft entfaltet und den Verwaltungsrat in seinem Entscheid hinsichtlich der Genehmigung oder Ablehnung der Aktienübertragung nicht bindet, sofern nicht ein geradezu rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht darf mit den Worten des Bundesgerichts das Vinkulierungsregime nicht «aushebeln»⁷. Im Resultat hatte der Bundesgerichtsentscheid allerdings die gegenteilige Folge: Es war das vertragliche Vorkaufsrecht, welches durch den Verwaltungsrat der Gesellschaft mit den Mitteln des aktienrechtlichen Vinkulierungsregimes ausgehebelt wurde. Gestützt auf die *Escape Clause* gemäss Art. 685b Abs. 1 OR ermöglichte es der Verwaltungsrat der Gesellschaft der Vorkaufsverpflichteten trotz eklatanter Verletzung des Vorkaufsvertrages, ihr Ziel zu erreichen und die Aktien einem von ihr bevorzugten Drittkäufer anstatt der Vorkaufsberechtigten zu übertragen. Das Bundesgericht hatte mit Bezug auf das aktienrechtliche Vinkulierungsregime entschieden, dass die Verweigerung der Gesellschaft, der Aktienübertragung auf die vorkaufsberechtigte Käuferin zuzustimmen und einen Kauf der Aktien zuhanden eines Dritten vorzunehmen, rechtens war, weil die A. AG sich auf die *Escape Clause* gemäss Art. 685b Abs. 1 OR berufen konnte und darin kein Rechtsmissbrauch zu sehen war.⁸ Das Bundesgericht entschied mithin, dass die aktienrechtlichen Übertragungsbeschränkungen einem vertraglichen Vorkaufsrecht vorgehen, auch wenn die Gesellschaft weiss, dass dies zu einer Verletzung des Vorkaufsrechts und zu einem Doppelverkauf durch den ursprünglichen Verkäu-

⁴ Erstens der Aktienkaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und dem Erstkäufer (welcher das Vorkaufsrecht auslöst), zweitens der Aktienkaufvertrag zwischen verkaufswilligen Aktionär und dem Vorkaufsberechtigten (falls dieser sein Vorkaufsrecht ausübt), drittens der Aktienkaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und der Gesellschaft, falls diese gestützt auf die *Escape Clause* die Aktien selbst kauft und viertens zwischen der Gesellschaft und dem Drittkäufer, falls die Gesellschaft die Aktien für einen Dritten erwirbt.

⁵ Siehe PERIC/GALLI/VISCHER (FN 2), a.a.O., N 13, zu den Massnahmen, die ergriffen werden können, um das Risiko, dass der Vollzug eines Vorkaufsrechtsvertrags bzw. eines Kaufvertrags infolge fehlender Zustimmung der Gesellschaft scheitert.

⁶ Siehe BGE 145 III 351 ff.

⁷ BGE 145 III 362 E. 4.3.1.

⁸ BGE 145 III 359 E. 3.2.2.

fer führt. Das Bundesgericht befasste sich zwar mit dem Thema eines möglichen Rechtsmissbrauchs (welchen es verneinte), unterliess aber eine Prüfung der Frage, ob das Zusammenwirken von F, der Vorkaufsverpflichteten C. AG, der A. AG und des Drittkäufers nicht gegen die guten Sitten versties, was die Nichtigkeit der relevanten Kaufverträge, bei denen die A. AG Partei war, zur Folge gehabt hätte. Das Resultat des Bundesgerichtsentscheides wurde daher zu Recht kritisiert⁹, u.a. deshalb, weil das Bundesgericht auf diese Weise ein Verhalten absegnete, bei dem die A. AG im Resultat Beihilfe zur vertraglichen Verletzung von Vorkaufsrechten leistete und einen Doppelverkauf legitimierte. Dies zeigt, dass bei Übertragungsbeschränkungen von Aktien, die vom Bundesgericht propagierte strikte Trennung zwischen der vertraglichen und der gesellschaftsrechtlichen Ebene nicht der Weisheit letzter Schluss sein kann und auch nicht im Einklang mit der generellen Rechtsprechung und Lehre zur Verletzung vertraglicher Rechte Dritter steht, welche davon ausgeht, dass eine solche Verletzung Sittenwidrigkeit oder – bei Vorliegen eines UWG-Tatbestandes – Widerrechtlichkeit zur Folge haben kann.¹⁰

Der Entscheid des Regionalgerichts Plessur betrifft die *vertragliche Ebene* zwischen Vorkaufsberechtigter und Vorkaufsverpflichteter. Das Regionalgericht Plessur hat entschieden, dass die Vorkaufsverpflichtete C. AG das Vorkaufsrecht der Vorkaufsberechtigten verletzte und dass das Vorgehen von F überdies sittenwidrig war. Somit wurde zumindest auf vertraglicher Ebene sanktioniert, was das Bundesgericht schon auf gesellschaftsrechtlicher Ebene hätte unterbinden sollen.

Allerdings entsteht aufgrund der beiden Gerichtsentscheide nun eine Dissonanz, weil einerseits gemäss Regionalgericht Plessur das Vorkaufsrecht verletzt wurde und das Verhalten von F überdies sittenwidrig war. Andererseits soll gemäss Bundesgericht im Resultat das gesellschaftsrechtliche Vinkulierungsregime dazu benutzt werden dürfen, ein Vorkaufsrecht durch erkennbar vertragswidriges Verhalten auszuhebeln. Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht den Wink mit dem Zaunpfahl des Regionalgerichts Plessur zur Kenntnis nimmt und inskünftig in ähnlich gelagerten Fällen über das Institut der Sittenwidrigkeit verhindert, dass auf gesellschaftsrechtlicher Ebene Aktien gestützt auf das gesetzliche Vinkulierungsregime (*Escape Clause*) auf einen Dritten gültig übertragen werden können, wenn damit der Zweck des Vorkaufsrechts, nämlich die Eigentumsübertragung an Aktien auf die Vorkaufsberechtigten, bewusst und zielge-

richtet vereitelt werden soll. Das Urteil des Regionalgerichts Plessur könnte deshalb wegweisend sein für eine Weiterentwicklung der Bundesgerichtspraxis zwecks Harmonisierung des Verhältnisses zwischen vertraglichem Vorkaufsrecht und gesellschaftsrechtlichem Vinkulierungsregime, wofür sich das Rechtsinstitut der Sittenwidrigkeit anbietet.¹¹

2. Sanktionierung des Vorkaufsverpflichteten auf vertraglicher Ebene

Das Regionalgericht Plessur hat mit seinem Entscheid sichergestellt, dass es sich für eine vorkaufsverpflichtete Person jedenfalls nicht lohnt, durch Ausnützung des aktienrechtlichen Vinkulierungsregimes vertragliche Vorkaufsrechte zu verletzen. Das Gericht hat der Vorkaufsberechtigten das Recht zugesprochen, den «Gewinn» abzuschöpfen, welchen die Vorkaufsverpflichtete durch den Verkauf der Aktien an einen Dritten erzielte. Wenn die Vorkaufsverpflichtete die betroffenen Aktien also an die Gesellschaft (oder einen Dritten) zu einem höheren Preis verkauft, als dem Preis, der zwischen ihr und der Vorkaufsberechtigten vereinbart war, erhält die Vorkaufsberechtigten die Differenz zwischen dem Wert, den sie selbst mit dem Vorkaufsverpflichteten als Kaufpreis vereinbart hatte, und dem von der Vorkaufsverpflichteten im Drittverkauf erzielten Erlös. Das Gericht hat diesen Anspruch der Vorkaufsberechtigten einerseits mit dem Recht auf das stellvertretende *Commodum* und andererseits mit dem Recht auf Schadenersatz begründet.

Gerichtsentscheide zum *Anspruch auf das stellvertretende Commodum* sind selten. Dabei handelt es sich um einen gesetzlich nicht geregelten Anspruch auf das Surrogat, welches ein Schuldner erhalten hat, dessen an sich geschuldete Leistung nachträglich unmöglich geworden ist. Im Vergleich zu einem Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 97 OR hat der Anspruch auf das stellvertretende *Commodum* aus Sicht des Klägers den Vorteil, dass kein Schaden nachgewiesen werden muss und der Schuldner nicht schuldhaft gehandelt haben muss. Das Regionalgericht Plessur hat die Meinung der herrschenden Lehre bestätigt, dass der Anspruch auf das stellvertretende *Commodum* nicht nur bei unverschuldeter, sondern auch bei *verschuldeter* nachträglicher Unmöglichkeit geltend gemacht werden kann¹² und das *gesamte* Surrogat erfasst, welches der Schuldner erhalten hat, auch wenn der Wert des Surrogats den Wert der ursprünglich geschuldeten Leistung übersteigt¹³. Das Regionalgericht bejahte im vorliegenden Fall das Vorliegen aller Elemente, welche einen Anspruch auf das stellvertretende *Commodum* begründen, und lieferte einen

⁹ So DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 1), a.a.O., S. 1080: «Das Ergebnis freilich ist unbefriedigend. Das Urteil liest sich wie eine Anleitung zum Unterlaufen von Vorkaufsrechten ...»; MALACRIDA (FN 3), a.a.O., S. 262.

¹⁰ Siehe dazu BGE 102 II 340 E. 2; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 41; ausserdem BGE 114 II 91 E. 4a, wenn es um Verleitung zum Vertragsbruch gemäss Art. 4 lit. a UWG geht.

¹¹ Siehe dazu insbesondere MALACRIDA (FN 3), a.a.O., S. 267 ff.

¹² BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 N 55 m.w.H.

¹³ BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 16 m.w.H.

willkommenen Leitfaden für die Prüfung künftiger, ähnlich gelagerter Fälle. Begrüssenswert ist insbesondere, dass das Regionalgericht Plessur hinsichtlich der Erfordernisse des wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen dem Eintritt der Unmöglichkeit und dem Surrogat und der wirtschaftlichen Identität zwischen dem Surrogat und der unmöglich gewordenen Leistung eine rechtsformalistische Betrachtungsweise zurückwies und die Fragen entsprechend der herrschenden Lehre aus wirtschaftlicher Perspektive analysierte¹⁴.

Das Regionalgericht Plessur bejahte überdies einen *Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 OR*, welcher subsidiär zum Anspruch auf das stellvertretende Comodum besteht. Von besonderem Interesse sind hier die Ausführungen des Gerichts zum Verschulden der Vorkaufsverpflichteten. Aus den Ausführungen des Gerichts geht hervor, dass sich eine vorkaufsverpflichtete Person nicht einfach zurücklehnen kann, nachdem ein Vorkaufsrecht rechtsgültig ausgeübt wurde, die Zustimmung des Verwaltungsrats der Gesellschaft für die Aktienübertragung aber noch aussteht. Vielmehr hat die Vorkaufsverpflichtete in einer solchen Situation alles zu tun, um ihre Pflicht zur Besitz- und Eigentumsverschaffung richtig erfüllen zu können. Zu den möglichen Massnahmen gehören u.a. die Aufhebung der Vinkulierungsbestimmung in den Statuten der betroffenen Gesellschaft und die Abberufung und Neubesetzung des Verwaltungsrats, welcher über die Zustimmung zur Aktienübertragung zu entscheiden hat (wenn die Vorkaufsverpflichtete jeweils über die entsprechenden Mehrheiten der Stimmrechte verfügt). Ausserdem wäre die Vorkaufsverpflichtete aufgrund ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber der Vorkaufsberechtigten verpflichtet gewesen, das Ankaufsangebot der Gesellschaft (gestützt auf die *Escape Clause* gemäss Art. 685b Abs. 1 OR) abzulehnen.

Die Ausführungen des Regionalgerichts Plessur zu den Verhaltenspflichten der Vorkaufsverpflichteten nach Ausübung eines Vorkaufsrechts sind einzelfallbezogen entstanden, weil der Vorkaufsberechtigten im vorliegenden Fall von Anfang an kommuniziert wurde, dass ihr die Aktien (trotz rechtsgültiger Ausübung des Vorkaufsrechts) nicht verkauft würden. Die Ausführungen des Gerichts sind wohl nicht so zu interpretieren, dass inskünftig eine vorkaufsverpflichtete Person bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts generell verpflichtet wäre (sofern sie über die entsprechenden Stimmenmehrheiten als Aktionärin verfügt), prophylaktisch die Vinkulierungsbestimmungen in den Statuten der betroffenen Gesellschaft aufzuheben und/oder die bestehenden Verwaltungsräte der Gesellschaft abzuwählen und durch einen zustimmungswilligen Verwaltungsrat zu ersetzen. Unter welchen Umständen in tatsächlicher Hinsicht solche

Massnahmen aber angebracht scheinen, bleibt als Folge dieses Entscheides ungeklärt.

3. Anspruch auf Schadenersatz des Vorkaufsberechtigten aus Art. 41 Abs. 2 OR wegen Sittenwidrigkeit

Das Bezirksgericht Plessur hat im vorliegenden Fall der Vorkaufsberechtigten nicht nur Ansprüche auf finanzielle Entschädigung gegen die Vorkaufsverpflichtete (C. AG) zugesprochen. Das Gericht hat überdies einen Anspruch der Vorkaufsberechtigten auf Schadenersatz wegen Sittenwidrigkeit gemäss Art. 41 Abs. 2 OR gegen F bejaht, welcher Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat der Vorkaufsverpflichteten war. F war daher wirtschaftlich identisch mit der Vorkaufsverpflichteten C. AG. Diese wiederum beherrschte die A. AG, d.h. die Gesellschaft, um deren Aktien es ging. Bei der A. AG war F überdies Verwaltungsratspräsident. Die Sittenwidrigkeit des Verhaltens von F sah das Gericht in dessen Absicht, alles daran zu setzen, die Übertragung der Aktien auf die Vorkaufsberechtigte zu verhindern (trotz gültig ausgeübtem Vorkaufsrecht), um die Aktien – unter Inkaufnahme einer Vertragsverletzung – im Rahmen eines Doppelverkaufs einem Drittkäufer zu einem höheren Preis übertragen zu können. Aufgrund des Zusammenwirkens von F, der Vorkaufsverpflichteten C. AG (vertreten durch F als einzigem Verwaltungsrat), der Gesellschaft (A. AG), bei welcher F Verwaltungsratspräsident war (wenn auch im Ausstand), und dem Drittkäufer kam über den Weg der *Escape Clause* sodann ein Doppelverkauf der relevanten Aktien an den Drittkäufer zustande.

Bereits das Bundesgericht, welches die Zulässigkeit des Ankaufs der Aktien durch die A. AG qua *Escape Clause* zu beurteilen hatte¹⁵, hätte daher prüfen müssen, ob der Kaufvertrag zwischen der C. AG und der A. AG einerseits sowie der Kaufvertrag zwischen der A. AG und dem Drittkäufer andererseits sittenwidrig und damit nichtig waren. Hätte sich das Bundesgericht mit dem Thema der Sittenwidrigkeit befasst und die relevanten Verträge für nichtig erklärt, hätten die Aktien rechtskonform auf die Vorkaufsberechtigte übertragen werden können.

Dank dem Entscheid des Regionalgerichts Plessur wurde die Vorkaufsverpflichtete nun aber immerhin dazu verpflichtet, die Vorkaufsberechtigte finanziell dafür zu entschädigen, dass das Vorkaufsrecht missachtet und die eigentlich der Vorkaufsberechtigten zustehenden Aktien einem Dritten übertragen wurden.

¹⁴ BSK OR I-WIEGAND, Art. 119 N 15 m.w.H.; DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 1), a.a.O., 1080.

¹⁵ Siehe BGE 145 III 351 ff.