

GesKR

Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Kurzbeiträge

Ralph Malacrida*

[262] Aktienkauf: Vorkaufsrecht vs. Escape Clause

INHALTSÜBERSICHT

- I. Ausgangslage
- II. Vertragliche Übertragungsbeschränkungen beim Aktienkauf
 1. Funktionen und Erscheinungsformen
 2. Vertragliches Vorkaufsrecht im Besonderen
 - 2.1 Begriff und Rechtsnatur
 - 2.2 Vorkaufsfall
 - 2.3 Bedingungen des Vorkaufsrechtsvertrages
- III. Übertragungsbeschränkungen unter Zuhilfenahme der *Escape Clause*
 1. Aktienrechtliches Ankaufsverfahren
 2. Instrumentalisierung der *Escape Clause* für unterschiedliche Zwecke
- IV. Verhältnis zwischen vertraglichem Vorkaufsrecht und gesetzlicher *Escape Clause*
 1. Grundlagen
 2. Rechtsprechung zur Verletzung vertraglicher Rechte Dritter
 3. Rechtsprechung zu den Schranken der *Escape Clause*
 4. Zusätzliche Schranken für die Anwendung der *Escape Clause*
 5. Sanktionen bei Verletzung des vertraglichen Vorkaufsrechts
 - 5.1 Sittenwidrigkeit
 - 5.2 Verletzung von Vertragsrechten
- V. Fazit

I. Ausgangslage

Unter einer *Escape Clause* versteht man eine gesetzliche oder vertragliche Bestimmung, welche es einem Rechtssubjekt unter gewissen Umständen erlaubt, sich über bestehende Pflichten hinwegzusetzen. Im schweizerischen Aktienrecht darf eine nicht börsenkotierte Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namenaktien nur aus wichtigen, in den Statuten genannten Gründen ablehnen, es sei denn, die *Escape Clause* i.S.v. **Art. 685b Abs. 1 OR** komme zur Anwendung. Diese sieht vor, dass die Gesellschaft die Aktienübertragung auch ohne wichtige Gründe verweigern darf, wenn sie dem Verkäufer selbst ein Kaufangebot unterbreitet. Die Anwendung der gesetzlichen *Escape Clause* hat bisweilen zur Folge, dass nicht nur *gesetzliche* Übertragungsbeschränkungen ausser Kraft gesetzt, sondern auch *vertragliche* Übertragungsbeschränkungen mit Dritten missachtet werden.

So hat das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid¹ den Aktienkauf einer Gesellschaft gestützt auf die *Escape Clause* gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** für zulässig befunden, obwohl dies zu einem eklatanten Vertragsbruch des (indirekten)² Verkäufers gegenüber einer Vorkaufsberechtigten führte. Die Anwendung der *Escape Clause* ermöglichte es dem vertraglich Verpflichteten, sein Ziel zu erreichen, die Aktien indirekt einem von ihm bevorzugten Käufer, anstatt der Vorkaufsberechtigten, zu übertragen. Die Praxis des Bundesgerichts überzeugt daher nicht.

Nachfolgend wird versucht, das Verhältnis zwischen gesetzlichen und vertraglichen Übertragungsbeschränkungen mit Bezug auf nicht börsenkotierte Namenaktien wieder ins Lot zu rücken. Insbesondere soll aufgezeigt werden, dass der gesetzliche Ankaufsmechanismus der *Escape Clause* gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** nicht in jedem Fall Vorrang vor vertraglich vereinbarten Erwerbsrechten hat, exemplarisch dargestellt am vertraglich vereinbarten Vorkaufsrecht.

[263] II. Vertragliche Übertragungsbeschränkungen beim Aktienkauf

1. Funktionen und Erscheinungsformen

Am häufigsten sind vertragliche Übertragungsbeschränkungen mit Bezug auf vinkulierte, nicht kotierte Namenaktien in Aktienkauf- oder Aktionärsbindungsverträgen zu finden. Die Funktion der vertraglichen Übertragungsbeschränkungen besteht darin, ein unerwünschtes Abwandern der Aktien an Dritte zu verhindern. Falls die Übertragungsbeschränkungen im Rahmen von Aktionärsbindungsverträgen vereinbart werden, bezwecken sie überdies, das Einhalten der Bestimmungen des Aktionärsbindungsvertrages auch gegenüber neuen Aktionären zu gewährleisten. Auch andere Funktionen sind im Einzelfall möglich.³

Vertraglich vereinbarte Übertragungsbeschränkungen gibt es in verschiedenen Erscheinungsformen. Das zeitlich beschränkte *Übertragungsverbot* schränkt die Freiheit eines Aktionärs am weitestgehenden ein, ist aber zulässig, solange das Verbot nicht übermässig lange dauert. Weitere Übertragungsbeschränkungen ergeben sich indirekt aus den Rechten, welche anderen Aktionären oder Dritten eingeräumt werden. Das *Vorkaufsrecht* beinhaltet das Recht, Aktien vom verkaufswilligen Aktionär zu erwerben, wenn dieser einen Kaufvertrag über die betreffenden Aktien mit einem Dritten abgeschlossen hat. Das *Vorhandrecht* bezeichnet das Recht, im Falle einer Veräusserungsabsicht des Aktionärs dem Vorhandsberechtigten gewisse Vorrechte zu gewähren, sei dies das Vorrecht, eine Offerte anzunehmen oder eine Offerte abzugeben oder das Vorrecht, den Vertrag mit dem verkaufswilligen Aktionär abzuschliessen, wenn der Vorhandsberechtigte ein Angebot unterbreitet, das nicht schlechter ist als dasjenige eines Dritten.⁴

In der Folge wird der Fokus auf das vertragliche Vorkaufsrecht gelegt, um beispielhaft anhand dieser vertraglichen Übertragungsbeschränkung in Anlehnung an die erwähnte Rechtsprechung das

Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Ankaufsverfahren im Sinne der *Escape Clause* gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** und vertraglichen Übertragungsbeschränkungen zu klären.

2. Vertragliches Vorkaufsrecht im Besonderen

2.1 Begriff und Rechtsnatur

Das vertragliche Vorkaufsrecht ist ein vertraglich vereinbartes Recht, durch einseitige Willenserklärung einen bestimmten Gegenstand vom Vorkaufsverpflichteten zu erwerben, sobald ein Vorkaufsfall eintritt. Als Vorkaufsfall gilt in der Regel der Verkauf des Vertragsgegenstandes und jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Sofern der Kaufpreis im Vorkaufsrechtsvertrag bestimmt wird, handelt es sich um ein limitiertes Vorkaufsrecht, sofern der Kaufpreis sich nach dem Drittvertrag richtet, um ein unlimitiertes.

Tritt der Vorkaufsfall ein und übt der Vorkaufsberechtigte sein Recht aus, wird der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten rechtswirksam und der Vorkaufsberechtigte erhält einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Kaufgegenstand. Beim Vorkaufsrechtsvertrag handelt es sich nach herrschender Lehre um einen doppelt suspensivbedingten Kaufvertrag. Die erste Bedingung ist der Eintritt des Vorkaufsfalles, die zweite Bedingung die Ausübung des Vorkaufsrechts.⁵

Der zeitlich vorhergehende Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Erstkäufer fällt bei Ausübung des Vorkaufsrechts nicht automatisch dahin.⁶ Der Vorkaufsberechtigte tritt auch nicht in den Vertrag des Vorkaufsverpflichteten mit dem Erstkäufer ein⁷, sondern bringt durch seine Ausübungserklärung einen neuen Kaufvertrag zum Entstehen. Sofern der Vorkaufsverpflichtete es unterlassen hat, im Vertrag mit dem Erstkäufer eine Bedingung vorzusehen, kann der Vorkaufsverpflichtete nur gegenüber einem der zwei Käufer erfüllen. Gegenüber dem anderen wird er vertragsbrüchig. Wenn der Vorkaufsverpflichtete das Eigentum am Kaufobjekt dem Erstkäufer überträgt, hat der Vorkaufsberechtigte gegenüber dem Erstkäufer in der Regel keinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums, weil das Vorkaufsrecht nur *inter partes* obligatorisch wirkt.⁸

2.2 Vorkaufsfall

Im Zusammenhang mit dem Kauf vinkulierter, nicht börsenkotierter Namenaktien wird der Vorkaufsfall ausgelöst durch den Abschluss eines Kaufvertrags über die [264]jenigen Aktien, welche Gegenstand des Vorkaufsrechtsvertrags sind. Dabei kann ein Vorkaufsrechtsvertrag zwischen den direkten Aktionären der Gesellschaft, den indirekten Aktionären (d.h. den wirtschaftlichen Eigentümern der Gesellschaft) oder zwischen Aktionären und Dritten abgeschlossen werden.

Neben dem direkten Aktienkauf können u.U. auch andere Sachverhalte zur Auslösung eines Vorkaufsfalles führen. Diskussionen entstehen nicht selten bei Umstrukturierungen, Verkäufen von substantiellen Aktiven der Gesellschaft, um deren Aktien es geht, und wesentlichen Veränderungen auf Stufe oberhalb der direkten Aktionäre der Gesellschaft, d.h. *change of control*-Situationen. Massgebend sind jeweils die vertraglichen Vereinbarungen und die konkreten Umstände des Einzelfalles.⁹

2.3 Bedingungen des Vorkaufsrechtsvertrages

Wie erwähnt bezeichnet die herrschende Lehre den Vorkaufsrechtsvertrag als doppelt suspensivbedingten Kaufvertrag. Sofern es sich beim Kaufobjekt um vinkulierte, nicht börsenkotierte

Namenaktien handelt, stellt sich die Frage, ob der Vorkaufsrechtsvertrag nicht gar als dreifach suspensiv-bedingter Kaufvertrag qualifiziert werden könnte.¹⁰

Gemäss **Art. 685a Abs. 1 OR** setzt die Übertragung vinkulierter Namenaktien die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung voraus. Sofern die Gesellschaft die Zustimmung innert dreier Monate seit Gesuchstellung ablehnt, verbleiben das Eigentum und die Stimmrechte beim Veräusserer (**Art. 685c OR**). Zumal dieses Vinkulierungsregime sich aus den Statuten und dem Gesetz ergibt, ist davon auszugehen, dass der Vorkaufsberechtigte die entsprechenden Regeln zu kennen hat. Deshalb fragt sich, ob sein Vorkaufsrecht nur unter der impliziten Bedingung besteht, dass die Gesellschaft von ihrem Ablehnungsrecht gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** keinen Gebrauch macht.

Dies ist zu verneinen. Auch beim direkten Aktienkaufvertrag selbst, der sich auf vinkulierte, nicht börsenkotierte Namenaktien bezieht und der zur Auslösung des Vorkaufsrechts führt, besteht keine solche Vermutung. Vielmehr steht es den Parteien frei, im Kaufvertrag die Zustimmung der Gesellschaft als Vollzugs-Bedingung vorzusehen oder eine Verpflichtung des Verkäufers zu vereinbaren, eine solche Zustimmung bis zum Vollzug zu beschaffen, oder eine Regelung ganz zu unterlassen.¹¹ Umso weniger wäre die Vermutung einer solchen impliziten Bedingung im Vorkaufsrechtsvertrag angemessen.

Das Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft ist daher nicht als implizite Bedingung in einen Vorkaufsrechtsvertrag hineinzuzinterpretieren, der sich auf vinkulierte, nicht börsenkotierte Namenaktien bezieht. Sofern die Parteien es nicht ausdrücklich anders vereinbaren, ist der Vorkaufsrechtsvertrag im Sinne der herrschenden Lehre in solchen Fällen vielmehr ein lediglich zweifach-bedingter Vertrag.

III. Übertragungsbeschränkungen unter Zuhilfenahme der *Escape Clause*

1. Aktienrechtliches Ankaufsverfahren

Nach **Art. 685b Abs. 1 OR** kann eine Aktiengesellschaft bei vinkulierten, nicht börsenkotierten Namenaktien das Gesuch um Zustimmung zur Übertragung ablehnen, wenn sie dafür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt. Als wichtige Gründe gelten Bestimmungen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck oder die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens die Verweigerung rechtfertigen.¹² Wenn kein wichtiger Grund zur Ablehnung vorliegt, darf die Gesellschaft gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** die Zustimmung zur Übertragung der Aktien trotzdem ablehnen, wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert zu übernehmen. Lehnt die Gesellschaft die Zustimmung ab, gehen weder das Eigentum an den Aktien noch die mit diesen verknüpften Stimmrechte auf den Erwerber über.¹³

Dieser gesellschaftsrechtlich verankerte Ankaufsmechanismus gilt gegenüber jedem Erwerber und wirkt daher «quasi-dinglich».¹⁴ Der verkaufswillige Aktionär ist allerdings nicht verpflichtet, das Angebot der Gesellschaft anzunehmen. Lehnt er ab, bleibt er Eigentümer und der Versuch des Aktienverkaufs ist gescheitert. Insofern handelt es sich seitens der Gesellschaft nicht um ein eigentliches Ankaufsrecht (*Right of First Refusal*, «ROFR»), sondern lediglich um ein gesetzlich vorgesehenes Recht, als Letzte im Verkaufsprozess dem Verkäufer ein exklusives Angebot zum Kauf der Aktien unterbreiten zu dürfen (*Right of Last Offer*, «ROLO»).

[265] 2. Instrumentalisierung der *Escape Clause* für unterschiedliche Zwecke

Die *Escape Clause* gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** kann zur Erreichung unterschiedlicher Zwecke eingesetzt werden. Einerseits kann der gesetzlich umschriebene Ankaufsmechanismus dazu verwendet werden, eine Aktienübertragung zu verhindern, welche zu einer Verletzung einer vertraglichen Übertragungsbeschränkung führen würde. Dies dürfte in der Praxis der häufigste Fall sein. Die Parteien eines (Aktionärsbindungs-)Vertrages, welcher die Übertragungsbeschränkung enthält, wollen über die *Escape Clause* sicherstellen, dass ihr vertragliches Erwerbsrecht eingehalten wird und keine Übertragung der Aktien an einen Dritten erfolgt. Sie wollen in Einklang mit bestehenden vertraglichen Regelungen unerwünschte Dritte von der Gesellschaft fernhalten oder wenigstens sicherstellen, dass sich diese vor der Aktienübertragung dem relevanten vertraglichen (Aktionärbindungs-)Regime unterwerfen.

Dieser Zweck lässt sich über den Ankaufsmechanismus gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** allerdings nur dann sicher umsetzen, wenn in den Statuten die Kompetenz zur Zustimmung zur Aktienübertragung der Generalversammlung zugewiesen wird¹⁵, nicht dem Verwaltungsrat, wie es üblich ist. Denn die Aktionäre haben nach herrschender Lehre nicht das Recht, den Verwaltungsrat zu verpflichten, vom Ankaufsverfahren zu diesem Zweck immer Gebrauch zu machen¹⁶, so dass die vertragliche Regelung eines Aktionärbindungsvertrags gesellschaftsrechtlich nicht durchsetzbar ist.

Immerhin ist es zulässig, in den Statuten Rahmenbedingungen vorzusehen, an welche sich der Verwaltungsrat hinsichtlich der *Escape Clause* zu halten hat, obgleich der Spielraum eng ist. So ist es bspw. erlaubt, dem Verwaltungsrat die Pflicht aufzuerlegen, unter gewissen Umständen das Übertragungsgesuch abzulehnen und das Angebotsrecht der Gesellschaft gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** auszuüben, unter Wahrung der gesetzlichen Schranken, insbesondere, was den Erwerb eigener Aktien betrifft.¹⁷ Der Verwaltungsrat darf bspw. verpflichtet werden, die Aktionäre über ein Übertragungsgesuch an einen Dritten zu informieren und Übernahmeangebote der Aktionäre einzuholen.¹⁸ Denn die Gesellschaft darf grundsätzlich die erworbenen Aktien nur dann an Dritte verkaufen, wenn nicht Aktionäre bereit sind, alle Aktien zum wirklichen Wert selbst zu erwerben.¹⁹ Umgekehrt wäre es nach herrschender Lehre – abgesehen von Ausnahmefällen – unzulässig, in den Statuten vorzusehen, dass eine Genehmigung zur Aktienübertragung nur erfolgen darf, wenn der Erwerber einem Aktionärbindungsvertrag beitrifft.²⁰ In diesen Situationen kann die *Escape Clause* dazu dienen, indirekt sicherzustellen, dass es keinen Aktionär gibt, der nicht auch dem Aktionärbindungsvertrag beigetreten ist und dass die vertraglichen Erwerbsrechte, wie bspw. ein Vorkaufsrecht, gewahrt werden.²¹ Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Verwaltungsrat sein Ablehnungs- und Angebotsrecht so ausübt, dass die Bestimmungen des Aktionärbindungsvertrags bzw. die Bestimmungen zu den vereinbarten vertraglichen Erwerbsrechten im Resultat gewahrt werden.

Andererseits kann die *Escape Clause* mit dem Ziel eingesetzt werden, eine Aktienübertragung an einen Dritten oder einen bestimmten anderen Aktionär zu ermöglichen, bei dem es sich *nicht* um einen Vorkaufsberechtigten handelt. Dies kann nachvollziehbare Gründe haben, bspw. weil der Vorkaufsberechtigte sich über die Jahre zu einem Konkurrenten der Gesellschaft entwickelt hat. Die Anwendung der *Escape Clause* kann aber auch zur (faktischen) Umgehung eines Vorkaufsrechts führen, bspw. wenn der Vorkaufsberechtigte ein limitiertes Vorkaufsrecht hat und berechtigt wäre, die Aktien mit einem signifikanten Preiseinschlag zu kaufen, so dass für den Verkäufer ein Kauf durch die Gesellschaft zum wirklichen Wert lohnenswerter erscheint. Die Instrumentalisierung der *Escape Clause* zu diesem Zweck lässt sich vor allem umsetzen im Zusammenspiel zwischen einem verkaufswilligen Mehrheitsaktionär und dem von diesem gewählten Verwaltungsrat der Gesellschaft, welcher den Ankaufsmechanismus gemäss **Art. 685b OR** weitgehend steuert.²²

Das Bundesgericht gesteht dem Verwaltungsrat der Zielgesellschaft im Anwendungsbereich der *Escape Clause* jedenfalls sehr weitgehende Freiheiten zu. Es setzt Schranken lediglich bei der Verletzung der Gleichbehandlungspflicht der Aktionäre und beim offenbaren Rechtsmissbrauch.²³

[266] IV. Verhältnis zwischen vertraglichem Vorkaufsrecht und gesetzlicher *Escape Clause*

1. Grundlagen

Sofern ein Aktienkaufvertrag über vinkulierte, nicht börsenkotierte Namenaktien abgeschlossen wird und mit Bezug auf die zu verkaufenden Aktien ein vertragliches Vorkaufsrecht einer anderen Person besteht, können mit Bezug auf die gleichen Aktien drei Aktienkaufverträge mit unterschiedlichen Parteien entstehen. Der verkaufswillige Aktionär (der Vorkaufsverpflichtete) schliesst zuerst mit einem Erstkäufer einen Kaufvertrag ab, welcher das Vorkaufsrecht des Vorkaufsberechtigten auslöst. Übt der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht aus, führt dies zu einem Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und dem Vorkaufsberechtigten. Wenn dann die Gesellschaft die Übertragung der Aktien auf den Vorkaufsberechtigten ablehnt, dem verkaufswilligen Aktionär ein Kaufangebot unterbreitet und dieser das Angebot annimmt, entsteht ein Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und der Gesellschaft.

Geklärt werden soll nachfolgend, in welchem Verhältnis das vertragliche Vorkaufsrecht (*ROFR*) des Vorkaufsberechtigten und das gesetzliche Kaufangebotsrecht (*ROLO*) der Gesellschaft stehen. Weil der Abschluss des Kaufvertrags zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und der Gesellschaft zu einem Vertragsbruch des verkaufswilligen Aktionärs gegenüber dem Vorkaufsberechtigten führen kann, soll zuerst geprüft werden, welches die allgemeinen rechtlichen Schranken sind, die für eine Verletzung vertraglicher Rechte Dritte gelten.

2. Rechtsprechung zur Verletzung vertraglicher Rechte Dritter

Art. 19 Abs. 1 OR hält fest, dass die allgemeine Freiheit der Parteien, den Inhalt eines Vertrages zu bestimmen, nur innerhalb der Schranken des Gesetzes existiert. Die Elemente, welche diese Schranken definieren, sind in Art. 19 Abs. 2 und **Art. 20 Abs. 1 OR** festgelegt. Dazu gehören zwingende Gesetzesvorschriften, die öffentliche Ordnung, die Unmöglichkeit der Leistung, die Widerrechtlichkeit und die guten Sitten.

Der Verstoss gegen *vertragliche Rechte Dritter* ist nach herrschender Lehre nicht widerrechtlich, sondern allenfalls *sittenwidrig* und kann aus diesem Grund zur Ungültigkeit des entsprechenden Vertrags führen.²⁴ Dabei entscheidet der Inhalt des Vertrages, ob Sittenwidrigkeit vorliegt.²⁵ Nach herrschender Lehre ist in diesem Zusammenhang ein weiter Inhaltsbegriff massgebend: relevant sind die vereinbarte Leistung an sich, der Abschluss eines Vertrags mit dem vereinbarten Inhalt sowie der gemeinsame Vertragszweck.²⁶ Auch ein nur mittelbar angestrebter Zweck oder Erfolg kann zur Sittenwidrigkeit eines Vertrages führen, sofern diese wesentliche Vertragsgrundlage sind.²⁷ Die *subjektive Gesinnung* einer Partei und ihre *Motive* sind allerdings nicht relevant, weil die Sittenwidrigkeit nach **Art. 20 OR** ein objektives Kriterium ist.²⁸

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt Sittenwidrigkeit wegen Verstosses gegen vertragliche Rechte Dritter allerdings nur vor, wenn qualifizierte Voraussetzungen erfüllt sind.²⁹ Ein einfacher Verstoss gegen die relativen Rechte Dritter genügt mithin nicht, es müssen noch «*weitere Umstände hinzukommen, welche die Pflichtverletzung als besonders anstössig erscheinen lassen*».³⁰ Als sittenwidrig in diesem Sinn gilt es bspw., wenn jemand aktiv vertraglich Gebundene zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abschliessen zu können.³¹ So hat das

Bundesgericht bspw. den Verkauf eines Grundstückes, der in Missachtung eines ausgeübten Kaufrechts eines Kaufberechtigten vollzogen wurde, als sittenwidrig qualifiziert, weil es den Betroffenen mit ihrem planmässigen Vorgehen in erster Linie darum gegangen sei, die an sich geschuldete Eigentumsübertragung der Grundstücke auf den Kaufberechtigten zu hintertreiben und die Grundstücke für sich selbst zu behalten.³²

[267] 3. Rechtsprechung zu den Schranken der *Escape Clause*

Die Gesellschaft, welche ihr gesetzliches letztes Angebotsrecht zum Kauf der Aktien zum wirklichen Wert im Sinne von **Art. 685b Abs. 1 OR** wahrnehmen will, muss keine wichtigen Gründe angeben – dies im Gegensatz zur alternativlosen Ablehnung der Übertragung. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Entscheid der Gesellschaft aber immerhin gewisse Rahmenbedingungen erfüllen.³³ Zu beachten sind insbesondere das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs. Ein offenkundiger Rechtsmissbrauch liege vor, wenn (1) sich der Entscheid nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lasse bzw. keine in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründe gegen die Anerkennung des Erwerbers sprechen würden oder (2) die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt bzw. die Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt würden. Hinsichtlich der Frage, ob vernünftige wirtschaftliche Erwägungen vorliegen, sei auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen.

Die Anwendung dieser vom Bundesgericht formulierten Entscheidungskriterien hat vor Kurzem zu einem höchstrichterlichen Entscheid geführt, der im Resultat unbefriedigend ist.³⁴ Vereinfacht dargestellt wollte im konkreten Fall der Vorkaufsverpflichtete die Aktien einer (von ihm indirekt kontrollierten) Gesellschaft einem Dritten X. verkaufen und das Vorkaufsrecht der Vorkaufsberechtigten missachten, welche die Aktien mit einem 10% Kaufpreiseinschlag hätte erwerben dürfen. Nachdem die Vorkaufsberechtigte ihr Vorkaufsrecht rechtzeitig ausgeübt und ein Gerichtsurteil auf Herausgabe der Aktien an sich selbst erstritten hatte, wurden die Aktien beim Verwaltungsrat der Gesellschaft deponiert. Dieser entschied sodann, von seinem Angebotsrecht gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** Gebrauch zu machen, um die Aktien für Rechnung des Dritten X. zu kaufen. Die vom Vorkaufsverpflichteten kontrollierte Gesellschaft (als formelle Verkäuferin) nahm dieses Angebot an, mit der Folge, dass zuerst die Gesellschaft und dann der Dritte X. Eigentum und Stimmrechte an den Aktien erwerben konnten und die Vorkaufsberechtigte leer ausging. Das Bundesgericht hat dieses Vorgehen gutgeheissen, u.a. mit der Eventualbegründung, der Drittkäufer X. sei der Geschäftsführer der Gesellschaft und habe angedroht, die Gesellschaft zu verlassen, wenn die Gesellschaft einen neuen Mehrheitsaktionär bekomme (ausser den Geschäftsführer selbst). Dies stelle einen im Interesse der Gesellschaft liegenden vertretbaren Grund dar. Die Anwendung der *Escape Clause* führte in diesem Fall also dazu, dass der eklatant vertragsbrüchige Vorkaufsverpflichtete sein Ziel erreichte, seine indirekt gehaltenen Aktien dem Dritten X. zuzuhalten (anstatt der Vorkaufsrechtsberechtigten), dies dank des Zusammenwirkens des verkaufswilligen Aktionärs, der Gesellschaft und dem Dritten X.

Das Bundesgericht hat in diesem Fall argumentiert, es liege im Interesse der Gesellschaft, dem Wunsch ihres Geschäftsführers zu entsprechen, was ein vertretbarer Grund zur Berufung auf die *Escape Clause* sei. Dabei hat es die eklatante Verletzung der vertraglichen Vorkaufsrechte eines Dritten unbeachtet gelassen. Dies zeigt, dass der vom Bundesgericht verwendete Kriterienkatalog nicht zu überzeugen vermag. Denn die durch das bewusste und gezielte Zusammenwirken des verkaufswilligen Aktionärs, der Zielgesellschaft und des Erstkäufers zustande gekommenen Aktienkaufverträge bezweckten die Aushebelung des vertraglichen Vorkaufsrechts. Es lag seitens

der Gesellschaft eine Verleitung und Beihilfe zum Vertragsbruch sowie eine Ausnutzung eines solchen vor, weshalb die von der Gesellschaft abgeschlossenen Aktienkaufverträge sittenwidrig waren. Der Abschluss sittenwidriger und somit nichtiger Verträge kann im Resultat aber nie im Interesse einer Gesellschaft liegen.

4. Zusätzliche Schranken für die Anwendung der *Escape Clause*

Sofern die Gesellschaft ihre Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten, nicht börsenkotierten Aktien ablehnt und diese für sich selbst oder für Rechnung eines Dritten erwirbt, welcher nicht der Vorkaufsberechtigte ist, entsteht ein Konflikt zum vertraglichen Vorkaufsrecht.

Der Ansatz des Bundesgerichts, wonach in einem solchen Fall von der Gesellschaft lediglich das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot eines offenbaren Rechtsmissbrauchs zu beachten seien, greift zu kurz. Insbesondere genügt es nicht, lediglich zu prüfen, ob die Gesellschaft ihren Entscheid «mit in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründen»³⁵ rechtfertigen kann. Vielmehr hat die Gesellschaft sicherzustellen, dass ihr Entscheid im Hinblick auf den Abschluss des angestrebten Aktienkaufvertrags weder gegen das Gleichbehandlungsgebot noch gegen das Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs *noch gegen zwingende Gesetzesvorschriften oder gegen die guten Sitten verstösst*. Ein Verstoss gegen zwingende Gesetzesvorschriften oder die guten Sitten hätte die Nichtigkeit des Kaufvertrags zur [268] Folge. Der Abschluss eines nichtigen Vertrages ist weder vom Gesellschaftszweck noch von der Vertretungsmacht der Verwaltungsräte je gedeckt.

Hinsichtlich der hier untersuchten Thematik der Sittenwidrigkeit ist davon auszugehen, dass keine solche vorliegt, wenn die Gesellschaft vom vertraglichen Vorkaufsrecht keine Kenntnis hat oder haben müsste³⁶, was praktisch selten der Fall sein dürfte³⁷. Weiss die Gesellschaft aber, dass ihr Kauf der Aktien zu einer Verletzung vertraglicher Rechte Dritter führt, stellt sich die Frage, wo die Grenzen zwischen einem gültigen Rechtsgeschäft und der Sittenwidrigkeit zu ziehen sind.

Sittenwidrigkeit ist gegeben, wenn eine Verleitung oder Beihilfe zum Vertragsbruch oder eine Ausnutzung einer solchen vorliegt. Dies ist zu vermuten, wenn die Gesellschaft die Aktien ausgerechnet für Rechnung desjenigen Dritten erwerben will, welchem der Vorkaufsverpflichtete die Aktien als Erstkäufer verkaufen wollte, was durch Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten zunächst verhindert wurde.³⁸ In einem solchen Szenario ist im Sinne einer widerlegbaren Vermutung von Umständen auszugehen, welche in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit «die Pflichtverletzung als besonders anstössig erscheinen lassen», weil drei Parteien zusammenwirken, um das Recht des Vorkaufsberechtigten auszuhebeln. Denn ein solcher Kauf durch die Gesellschaft kommt nur zustande, wenn der verkaufswillige Aktionäre, die Gesellschaft und der Erstkäufer gezielt und bewusst darauf hinwirken, dass der verkaufswillige Aktionär als Vorkaufsverpflichteter die ihm obliegende Vertragspflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten verletzen kann.

Weniger klar ist die Frage, wie es sich in einem Fall verhält, in dem die Gesellschaft die Aktien vom verkaufswilligen Aktionär für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten kaufen will, bei dem es sich nicht um den Erstkäufer, sondern um einen «echten» Dritten handelt, und die Gesellschaft vom vertraglichen Vorkaufsrecht Kenntnis hat. Zweifelsohne hat die Gesellschaft in solchen Situationen die Gesellschaftsinteressen zu befolgen. Gewisse Stimmen in der Literatur halten ausserdem dafür, dass man der Gesellschaft eine vertragliche Übertragungsbeschränkung *grundsätzlich* nicht entgegenhalten könne und dies auch dann nicht, wenn die Gesellschaft wisse, dass ein Erwerbsrecht, bspw. in einem Aktionärbindungsvertrag, verletzt wurde.³⁹

Angemessener wäre in diesem Szenario eine Prüfung im Einzelfall, ob die Pflichtverletzung als besonders anstössig erscheint, wozu in der Regel eine Interessenabwägung erforderlich ist. Hier ist nicht von einer Vermutung der Sittenwidrigkeit auszugehen, weil in einem solchen Fall weder die Ziele des verkaufswilligen Aktionärs (Verkauf an den Erstkäufer), noch diejenigen des Vorkaufsrechtsberechtigten (Kauf durch diesen selbst) noch diejenigen des Erstkäufers (Kauf durch diesen selbst) erfüllt werden. Die Gesellschaft leistet also keine «Beihilfe» zur Durchsetzung von Zielen einer der beteiligten Parteien. Immerhin droht auch hier die Gefahr einer Verletzung vertraglicher Rechte des Vorkaufsberechtigten. In einer solchen Situation genügt es nicht, wenn die Gesellschaft lediglich einseitig prüft, ob es irgendwelche vertretbaren Gründe gibt, den Kaufvertrag mit dem (vertragsbrüchigen) verkaufswilligen Aktionär abzuschliessen. Vielmehr ist eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Gesellschaft, die Aktien für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten zu kaufen, und den Interessen der Gesellschaft, sich nicht an einer möglicherweise (nichtigen) Verleitung und Beihilfe zur Verletzung vertraglicher Rechte des Vorkaufsberechtigten zu beteiligen. Sofern aus Sicht der Gesellschaft im jeweiligen Einzelfall überwiegende Gründe für den Kauf durch die Gesellschaften für eigene Rechnung oder für Rechnung eines echten Dritten sprechen, ist ihr das Recht zuzugestehen, die Aktien vom verkaufswilligen Aktionär zu erwerben. Dabei wird die Gesellschaft auch berücksichtigen dürfen, ob das Vorkaufsrecht überhaupt klar ausgewiesen ist und ausgeübt wurde oder ob in dieser Hinsicht ein Streit zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten besteht.

5. Sanktionen bei Verletzung des vertraglichen Vorkaufsrechts

5.1 Sittenwidrigkeit

Sofern die Gesellschaft ihr Angebotsrecht gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** in sittenwidriger Weise ausübt und Aktien für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten erwirbt, kann sich der Vorkaufsberechtigte darauf berufen, dass der Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und der Gesellschaft nichtig ist. Dasselbe gilt für den Kaufvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Dritten (sofern die Gesellschaft die Aktien für Rechnung eines Dritten erwirbt), sofern auch dieses Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, bspw. weil es sich beim Dritten um den Erstkäufer der Aktien handelt, der [269] bei der Umgehung des Vorkaufsrechts bewusst mitgewirkt hat.

Ausserdem hat der Vorkaufsberechtigte gemäss **Art. 41 Abs. 2 OR** Anspruch auf Schadenersatz, sofern ihm die Gesellschaft und/oder der Drittkäufer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise *absichtlich* einen Schaden zugefügt haben.

In denjenigen Fällen, in denen die Gesellschaft bei der Ablehnung des Vorkaufsberechtigten innert dreier Monate keinen wichtigen, in den Statuten genannten Grund für die Verweigerung der Zustimmung angeführt hat, kann der Vorkaufsberechtigte überdies von der Gesellschaft verlangen, dass er als Aktionär ins Aktienbuch eingetragen wird, weil dann die Zustimmung der Gesellschaft gemäss **Art. 685c Abs. 3 OR** als erteilt gilt.

5.2 Verletzung von Vertragsrechten

Falls der Kauf der Aktien durch die Gesellschaft gestützt auf die *Escape Clause* gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** rechtsgültig ist, stellt sich die Frage, welche Rechtsbehelfe dem Vorkaufsberechtigten zustehen, wenn sein vertragliches Vorkaufsrecht verletzt wurde.

In diesem Fall hat der Vorkaufsberechtigte in der Regel keine vertraglichen Ansprüche gegenüber der Gesellschaft oder dem Erstkäufer. Was den Vorkaufsverpflichteten betrifft, kann entweder eine

Verletzung des Vorkaufsrechtsvertrages und/oder des Kaufvertrags vorliegen, der als Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts entstanden ist.

Wie oben erwähnt ist nicht davon auszugehen, dass in einen Vorkaufsrechtsvertrag *per se* eine implizite Bedingung hineinzuzinterpretieren ist, wonach bei der Übertragung vinkulierter, nicht börsenkotierter Namenaktien die gesetzlichen Ablehnungs- oder Angebotsrechte der Gesellschaft stets vorbehalten wären.⁴⁰ Ein Vorkaufsrechtsvertrag ist – sofern nicht ausdrücklich anders vereinbart – lediglich ein doppelt suspensiv-bedingter Vertrag, nicht ein dreifach suspensiv-bedingter Vertrag.

Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht allerdings ein Kaufvertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten, der bei Fehlen einer anderslautenden Regelung im Vorkaufsrechtsvertrag den gleichen Inhalt aufweist wie der Erstkaufvertrag.⁴¹ In einem Aktienkaufvertrag betreffend vinkulierter Namenaktien einer nicht kotierten Gesellschaft bestehen die folgenden Möglichkeiten, die erforderliche Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung der Aktien auf den Erwerber im Kaufvertrag zu regeln:

- a) Die Parteien können dazu im Vertrag nichts vorsehen, was bedeutet, dass der verkaufswillige Aktionär die Zustimmung der Gesellschaft zu beschaffen hat, weil er vertraglich verpflichtet ist, dem Käufer das Eigentum an den Aktien zu verschaffen.
- b) Die Parteien vereinbaren im Kaufvertrag eine Verpflichtung des Verkäufers, die Zustimmung der Gesellschaft (meistens des Verwaltungsrats) einzuholen und beim Vollzug des Vertrages vorzulegen. Dies ist der Regelfall, wenn 100% der Aktien verkauft werden und der Verkäufer den Verwaltungsrat bis zum Vollzugszeitpunkt kontrolliert.
- c) Die Parteien sehen eine Suspensiv-Bedingung vor, wonach der Kaufvertrag nur vollzogen werden muss, wenn die Zustimmung der Gesellschaft bei Vollzug des Aktienkaufvertrags vorgelegt wird.⁴²

Welche dieser Lösungen im Einzelfall opportun ist, hängt davon ab, welche Interessen die Parteien verfolgen und auf welche Rechtsfolgen sie sich (zumindest implizit) für den Fall einer Ablehnung der Aktienübertragung durch die Gesellschaft einigen. Auch im Kontext eines Aktienkaufvertrages ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass das Zustimmungserfordernis der Gesellschaft als Suspensiv-Bedingung (im Sinne von Fall c) oben) in jeden Kaufvertrag hinzuinterpretieren wäre, welcher eine solche nicht ausdrücklich vorsieht.⁴³

In den Fällen a) und b) kommt bei einer Zustimmungsverweigerung der Gesellschaft der Kaufvertrag nicht zustande, und es liegt eine Vertragsverletzung des Verkäufers gegenüber dem Vorkaufsberechtigten vor, welche dazu führt, dass der verkaufswillige Aktionär dem Vorkaufsberechtigten schadenersatzpflichtig wird. Alternativ zu Schadenersatz kann der Vorkaufsberechtigte u.U. das stellvertretende Commodum verlangen, bei dem der Gläubiger einer nachträglich unmöglich gewordenen Leistung die an deren Stelle getretene Ersatzleistung beanspruchen kann.⁴⁴

[270] Im Fall c), in dem die Zustimmungsverweigerung der Gesellschaft dazu führt, dass der Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und dem Vorkaufsberechtigten nicht zustande kommt, ist zu differenzieren. Wenn der Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und dem Erstkäufer als Suspensiv-Bedingung die Zustimmung der Gesellschaft für die Übertragung vorsieht, wird diese im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts auch für den Vorkaufsberechtigten relevant. Dies berechtigt den Vorkaufsverpflichteten aber trotzdem nicht, das etwaige Angebot der

Gesellschaft anzunehmen, die Aktien gestützt auf **Art. 685b Abs. 1 OR** zum wirklichen Wert zu übernehmen. Vielmehr ist der Vorkaufsverpflichtete aufgrund des Vorkaufsrechtsvertrags verpflichtet, ein solches Angebot der Gesellschaft abzulehnen. Nimmt er das Angebot aber trotzdem an, wird er gegenüber dem Vorkaufsberechtigten in der Regel schadenersatzpflichtig, weil dadurch das Zustandekommen des Kaufvertrags mit der Gesellschaft erst ermöglicht und jedenfalls die (spätere) Eigentumsübertragung der Aktien an den Vorkaufsberechtigten grundsätzlich vereitelt wird. Eine Schadenersatzpflicht wäre nur dann nicht gerechtfertigt, wenn die Gesellschaft sich beim Erwerb gestützt auf die *Escape Clause* darauf berufen hat, dass die Zustimmung der Aktienübertragung auf den Vorkaufsberechtigten ohnehin aus wichtigen, in den Statuten genannten Gründe verweigert wird, was sehr selten der Fall sein dürfte, weil das Anrufen der *Escape Clause* keine wichtigen Gründe voraussetzt. Lehnt der verkaufswillige Aktionär das Angebot der Gesellschaft ab, scheidet der Aktienverkauf, allerdings ohne Schadenersatzpflicht des Vorkaufsverpflichteten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten. Denn die Nichterfüllung einer Suspensiv-Bedingung im Kaufvertrag führt nicht zu einer Schadenersatzpflicht des Verkäufers und Vorkaufsverpflichteten – es sein denn, der verkaufswillige Aktionär habe treuwidrig Einfluss auf die Gesellschaft genommen, um deren Verweigerung der Aktienübertragung auf den Vorkaufsberechtigten zu bewirken.⁴⁵

V. Fazit

Schliessen ein verkaufswilliger Aktionär und ein Erstkäufer einen Aktienkaufvertrag über vinkulierte, nicht börsenkotierte Namenaktien ab, hat der Vorkaufsberechtigte das Recht, das Vorkaufsrecht gegenüber dem verkaufswilligen Aktionär auszuüben und die Aktien selbst zu erwerben. Auch wenn kein wichtiger Grund für die Ablehnung des Vorkaufsberechtigten vorliegt, hat die Gesellschaft gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** sodann ihrerseits die Möglichkeit, die Übertragung der Aktien an den Vorkaufsberechtigten zu verweigern und dem verkaufswilligen Aktionär ein Angebot zum Kauf der Aktien zum wirklichen Wert zu unterbreiten, sei dies für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten.

Will die Gesellschaft dem verkaufswilligen Aktionär anbieten, die Aktien zu kaufen, hat sie bei Kenntnis der dadurch drohenden Verletzung eines Vorkaufsrechtsvertrags nicht nur zu prüfen, ob ihr Entscheid gegen das Gleichbehandlungsgebot oder das Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs verstösst (wie es das Bundesgericht verlangt), sondern auch, ob eine Verletzung zwingender Gesetzesvorschriften oder guter Sitten vorliegt. Der verkaufswillige Aktionär als Vorkaufsverpflichteter hat aufgrund des Vorkaufsrechtsvertrages an sich die Pflicht, das Angebot der Gesellschaft in einem solchen Fall abzulehnen. Nimmt er das Angebot aber trotzdem an, kann der Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und der Gesellschaft insbesondere wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein. Ob Sittenwidrigkeit vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen, aber zu vermuten, wenn der verkaufswillige Aktionär, die Gesellschaft und der Erstkäufer gezielt und bewusst darauf hinwirken, dass der verkaufswillige Aktionär als Vorkaufsverpflichteter die ihm obliegende Vertragspflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten umgeht.

Erscheint der Aktienkauf durch die Gesellschaft vom Vorkaufsverpflichteten aufgrund der Prüfung im Einzelfall nicht als sittenwidrig, hat der Vorkaufsberechtigte nach dem Vollzug des Aktienkaufes durch die Gesellschaft zwar keine Möglichkeit mehr, Aktionär der Gesellschaft zu werden. Der verkaufswillige Aktionär hat aufgrund seiner vertragswidrigen Annahme des Angebots der Gesellschaft dem Vorkaufsberechtigten in der Regel aber Schadenersatz zu leisten oder das

stellvertretende Commodum herauszugeben, auch dann, wenn der Kaufvertrag zwischen dem verkaufswilligen Aktionär und dem Erstkäufer eine Suspensiv-Bedingung enthält, dass die Gesellschaft die Zustimmung zur Übertragung der Aktien erteilen muss.⁴⁶

Als Fazit ist daher festzuhalten, dass der gesetzliche Ankaufsmechanismus der *Escape Clause* gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** in diversen Fällen keinen Vorrang vor vertraglichen Vorkaufsrechten genießt und dass die Missachtung vertraglicher Vorkaufsrechte zu Nichtigkeit der Aktienkaufverträge und zu Schadenersatzpflichten führen kann.

Fussnoten:

- * Dr. Ralph Malacrida, Rechtsanwalt, Partner, Bär & Karrer AG, Zürich.
- 1 **BGE 145 III 351**. Siehe dazu folgende Entscheidbesprechungen: DOMINIK RIEDER, Ablehnung eines Aktienerwerbers und Ablehnung des Eintrages im Aktienbuch, in: dRSK, publiziert am 26. September 2019; BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, BGer **4A_623/2018**: Stolpersteine bei der Ausübung von Vorkaufsrechten an Aktien – Aktivlegitimation der Erwerberin, *escape clause*, Durchgriff, **AJP 2019, 1077 ff.**; DORA PERIC /DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Körperschaftsrechtliche Grenzen vertraglicher Vorkaufsrechte, in: dRSK, publiziert am 16. Januar 2020; DOMINIQUE MÜLLER/FLAVIO DELLI COLLI, Aspekte der Vinkulierung von nicht börsenkotierten Namenaktien, Besprechung von **BGE 145 III 351** (Urteil **4A_623/2018** des schweizerischen Bundesgerichts vom 31. Juli 2019), **GesKR 2020, 140 ff.**
- 2 Im konkreten Fall hielt der Vorkaufsverpflichtete die Aktien über eine Zwischengesellschaft, welche als Verkäuferin auftrat.
- 3 Siehe dazu PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 1170-1172.
- 4 PETER BÖCKLI, Aktionärbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahmepflichten, in: Jean Nicolas Druey/Peter Böckli/Peter Nobel (Hrsg.), Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich 1998, 35 ff., 42 f. (= Schriften zum neuen Aktienrecht 13); MONIKA HINTZ-BÜHLER, Aktionärbindungsverträge, Diss. Bern 2001, 89 (= ASR 659).
- 5 MARKUS VISCHER, Vorkaufsrechte an Aktien, **GesKR 2014, 82 ff.**, 83 m.w.H.
- 6 FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 3), Rz. 1181; HINTZ-BÜHLER (FN 4), 102; URS SCHENKER, Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich/Basel/Genf 2013, 249 ff., 279 ff. (= EIZ 137).
- 7 VISCHER (FN 5), 84.
- 8 HINTZ-BÜHLER (FN 4), 102. Zu den Schranken der Sittenwidrigkeit siehe hinten Ziff. **IV.2**.
- 9 Siehe VISCHER (FN 5), 83 f.
- 10 In diese Richtung geht die Bemerkung des Bundesgerichts in **BGE 145 III 351**, E. 4.3.1., dass die Vorkaufsberechtigte erkennen musste, bzw. hätte erkennen können, dass die Vinkulierungsbestimmung ihrem Vorkaufsrecht entgegenstehen könnte.
- 11 Siehe dazu hinten **IV.5.2**.
- 12 **Art. 685b Abs. 2 OR**.
- 13 **Art. 685c Abs. 1 OR**.
- 14 BÖCKLI (FN 4), 47.
- 15

Dies ist selten, weil die Entscheidungsfindung im Rahmen einer einzuberufenden GV relativ lange dauert und so nicht immer sichergestellt werden kann, dass eine Ablehnung innert der geforderten drei Monate erfolgen kann; siehe dazu FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 3), Rz. 1767.

- 16 BÖCKLI (FN 4), 48; MÜLLER/DELLI COLLI (FN 1), 145.
- 17 Siehe FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 3), Rz.1752 und 1760.
- 18 FORSTMOSTER/KÜCHLER (FN 3), Rz 1766.
- 19 Siehe PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 6 N 203a; FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 3), Rz. 1763; HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Diss. Basel 1996, 183.
- 20 Siehe BÖCKLI (FN 19), § 6 N 299.
- 21 FORSTMOSER/KÜCHLER (FN 3), Rz. 1774.
- 22 Gemäss BÖCKLI wäre es allerdings rechtsmissbräuchlich, wenn ein Verwaltungsrat ein Übertragungsgesuch nur deshalb ablehnt, weil ihm ein Drittinteressent bekannt ist, welcher einen höheren Preis zu zahlen bereit ist, um so einen «Schnitt» zu erzielen (BÖCKLI, (FN 19), § 6 N 203a).
- 23 Siehe dazu Ziff. IV.3 unten.
- 24 **BGE 102 II 340**; **BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 41**. In diesem Zusammenhang ist ausserdem zu beachten, dass im Anwendungsbereich des UWG Widerrechtlichkeit i.S.v. **Art. 41 Abs. 1 OR** vorliegt, wenn der Tatbestand der Verleitung zum Vertragsbruch gemäss **Art. 4 lit. a UWG** verwirklicht wird (**BGE 114 II 91**, E. 4a).
- 25 **BGE 119 II 380** E. 4; **BGE 84 II 27**; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID /SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Bd., 10. A., Zürich 2014, Rz. 656.
- 26 **BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 36**.
- 27 **BGE 129 III 617**; **BGE 115 II 235**.
- 28 **BGE 42 II 492**; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. A., Zürich 1984, 255 f.; vgl. dagegen **BGE 26 II 142**.
- 29 BGer **4C.273/2002** (28. 11. 2002), E. 3.2; **BGE 137 III 296**; **BGE 114 II 329**.
- 30 **BGE 102 II 340**; ferner **BGE 74 II 166** m. w. H. Von der Frage, ob Sittenwidrigkeit gemäss **Art. 20 OR** vorliegt, ist die Frage zu unterscheiden, ob eine Partei zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet ist, wenn sie einer anderen Person in einer gegen die Sitten verstossenden Weise Schaden zugefügt hat. Letzteres ist nur der Fall, wenn die Schadenszufügung absichtlich erfolgt. Im diesem Kontext führt sittenwidriges Verhalten nur dann zu Schadenersatzpflicht, wenn es nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen (**BGE 124 III 303**).
- 31 So BK-KRAMER, OR 19-20 N 200. In diesem Sinne auch **Art. 4 a UWG** für das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern.
- 32 BGer **4C.273/2002** (28.11.2002), E. 3.
- 33 Siehe **BGE 145 III 351**, E. 3.2.1., mit Verweis auf BGer **4C.242/2001** (2.3.2003), E. 5.1.
- 34 Siehe DENZLER/HOCHSTRASSER (FN 1), 1080: «Das Ergebnis freilich ist unbefriedigend. Das Urteil liest sich wie eine Anleitung zum Unterlaufen von Vorkaufsrechten ...».
- 35 **BGE 145 III 351**, E. 3.2.1.
- 36 Siehe im Bereich von Wettbewerbshandlungen **BSK UWG-FRICK, Art. 4a-c N 26**, wonach die Verleitung zum Vertragsbruch voraussetzt, dass der Verletzende die Vertragspflicht des Verleiteten gekannt hat oder nach den Umständen hätte kennen müssen, der Verletzende

somit vorsätzlich oder eventualvorsätzlich gehandelt haben muss, wobei keine Prüf- oder Fragepflicht bestehe.

- 37 Im Hinblick auf den Zustimmungentscheid muss die Gesellschaft gemäss **Art. 686 Abs. 2 OR** ja die Unterlagen für den Erwerb der Aktien zu Eigentum prüfen, d.h. in der Regel Einsicht in den Vorkaufs- und Kaufvertrag haben.
- 38 Dies entspricht im Resultat dem Sachverhalt in **BGE 145 III 351**.
- 39 OLIVIER BLOCH, *Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse*, 2. A., Zürich 2011, 48.
- 40 In diese Richtung aber **BGE 145 III 351**, E. 4.3.1.
- 41 Siehe VISCHER (FN 5), 84.
- 42 Überdies hat der Vorkaufsbelastete gemäss BÖCKLI die Pflicht, den Kaufvertrag mit dem Erstkäufer nur bedingt betreffend Nicht-Ausübung des Vorkaufsrechts abzuschliessen, so dass der Kaufvertrag mit dem Erstkäufer bei Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsrechtsberechtigten seine Wirksamkeit verliert, weil eine Suspensivbedingung nicht erfüllt ist (siehe BÖCKLI (FN 4), 40).
- 43 So auch VISCHER (FN 5), 84: «Der Drittvertrag bleibt grundsätzlich bestehen, es sei denn, er enthalte eine auflösende oder suspensive Bedingung, wonach er bei Ausübung des Vorkaufsrechts dahinfällt. Eine solche Bedingung ist nicht einfach anzunehmen, lediglich weil der Dritte um das Vorkaufsrecht weiss.» Insofern nicht zutreffend die Randbemerkung in **BGE 145 III 351**, E. 4.3.1., wo angedeutet wird, der Vorkaufsberechtigte habe erkennen können, dass ein gesetzliches Ankaufrecht der Gesellschaft bestehe.
- 44 Das stellvertretende Commodum ist der Ersatzvorteil bzw. eine Ersatzleistung, welche dem Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung zukommt bzw. zugekommen ist. Dies kann aus Sicht des Vorkaufsberechtigten in denjenigen Fällen interessant sein, in denen der Schadenersatz betragsmässig tiefer wäre als das Surrogat.
- 45 PERIC/GALLI/VISCHER (FN 1), Rz. 14.
- 46 Siehe dazu vorne Ziff. **IV.5.2** (inklusive Ausnahmen von diesem Grundsatz).