

Chapeau

145 III 351

41. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_623/2018 vom 31. Juli 2019

Regeste

Art. 685a et art. 685b CO; restriction à la transmissibilité des actions nominatives non cotées en bourse; légitimation active; escape clause; extension d'une obligation contractuelle; principe de transparence inversé ("umgekehrter Durchgriff").

L'acquéreur d'actions refusé par la société anonyme est aussi légitimé à agir en justice contre celle-ci pour obtenir l'approbation du transfert et l'inscription dans le registre des actions (consid. 2).

En cas d'offre de reprise des actions à leur valeur réelle (escape clause), la décision doit respecter le principe d'égalité de traitement et ne pas constituer un abus de droit; négation d'un tel abus dans le cas concret (consid. 3.2).

Conditions d'application du principe de transparence inversé ("umgekehrter Durchgriff"), niées en l'occurrence (consid. 4).

Faits à partir de page 352

BGE 145 III 351 S. 352

A.

A.a Die C. AG ist Hauptaktionärin der A. AG und hält 997 der insgesamt 1'400 Namenaktien. Die A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) wiederum ist Eigentümerin und Betriebsinhaberin des Hotels D. in Chur. Bis ins Jahr 1999 war E. Alleinaktionär der C. AG. Mit Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 veräusserte er die Aktienmehrheit derselben an seinen Sohn F. und an G. F. ist heute Alleinaktionär und einzelzeichnungsberechtigter Präsident des Verwaltungsrats der C. AG.

In Ziffer 7 lit. f des Kaufvertrages vom 17. Februar 1999 über die Aktien der C. AG wurde B. (Klägerin, Beschwerdegegnerin), Tochter von E. und Schwester von F., ein Vorkaufsrecht mit folgendem Wortlaut eingeräumt:

"Frau B. steht beim Verkauf des Hotels D. Chur oder der A. AG (auch bei Teilverkauf) das Vorkaufsrecht mit einem Einschlag von 10 % zu. [...].

"

A.b Mit Kaufvertrag vom 1. Juli 2013 verkaufte die C. AG ihre Aktien der Beklagten an H., den Geschäftsführer der letzteren, und I. Darauf erklärte B., sie übe ihr Vorkaufsrecht aus. In der Folge unterzeichneten F. für die C. AG sowie H. und I. eine Aufhebungsvereinbarung bezüglich des Kaufvertrages. Eine Übergabe der Aktien an B. erfolgte nicht.

A.c B. klagte beim Bezirksgericht Plessur gegen die C. AG auf Herausgabe und Übertragung von 963 einzeln bezeichneten Namenaktien der A. AG. Das Bezirksgericht schützte die Klage und verpflichtete die C. AG, die Aktien auf die Klägerin zu übertragen. Das Kantonsgericht Graubünden wies die von der C. AG gegen

BGE 145 III 351 S. 353

diesen Entscheid erhobene Berufung mit Urteil vom 29. Januar 2016 ab. Die C. AG verzichtete auf einen Weiterzug dieses Urteils ans Bundesgericht. Stattdessen deponierte sie die Aktien blanko indossiert beim Verwaltungsrat der Beklagten und beantragte die Übertragung der Aktien an die Klägerin.

A.d Seit Juni 2015 setzt sich der Verwaltungsrat der Beklagten aus F. (Präsident), J. (Vizepräsident) und Rechtsanwältin K. (Mitglied) zusammen. Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 4. Juni 2015 stellte sich Rechtsanwältin K. auf den Standpunkt, F. habe zufolge eines offensichtlichen Interessenkonfliktes (Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident der C. AG und Verwaltungsratspräsident der Beklagten) inskünftig bei allen Fragen betreffend eine allfällige Eintragung der Klägerin ins Aktienbuch der Beklagten in den Ausstand zu treten und es sei für alle damit zusammenhängenden Fragen ein Verwaltungsratsausschuss zu bilden, dem F. nicht angehöre. Der Verwaltungsrat der Beklagten beschloss daraufhin einstimmig, dass für sämtliche Fragen bezüglich der Eintragung der Klägerin ins Aktienbuch ein Ausschuss, bestehend aus J. und Rechtsanwältin K., gebildet werde.

Am 7. Juli 2015 führte der Verwaltungsratsausschuss ein Gespräch mit H. Unter anderem gab dieser an, er würde die Beklagte verlassen, wenn eine Drittperson die Aktienmehrheit erwerben würde. Nachdem das Kantonsgericht Graubünden im Gerichtsverfahren zwischen der C. AG und der Klägerin zugunsten der letzteren entschieden hatte, lud der Verwaltungsratsausschuss der Beklagten die Klägerin (erneut) zu einem Gespräch ein, um sie und ihre Zukunftsabsichten für das Unternehmen kennen zu lernen. Dieses fand am 15. April 2016 statt. Unter anderem stellte die Klägerin im Rahmen einer Präsentation sich selbst sowie ihre Vorstellungen bezüglich der Zukunft der Beklagten vor.

Mit Schreiben vom 2. Mai 2016 erklärte der Verwaltungsrat der Beklagten, er verweigere die Zustimmung zu einer Übertragung der Aktien an die Klägerin und werde diese nicht ins Aktienbuch eintragen. Des Weiteren übe die Gesellschaft das statutarische Ankaufsrecht aus und werde die Aktien auf Rechnung Dritter (H.) erwerben, sofern dieser dem Verwaltungsrat ein Kaufangebot in annehmbarer Höhe unterbreite, welches dann der C. AG unterbreitet würde. Am 26. Mai 2016 reichte H. zuhanden der Beklagten ein Angebot für die Aktien ein, welches von der C. AG am 16. Juni

BGE 145 III 351 S. 354

2016 "unter dem Vorbehalt, bis gerichtlich rechtskräftig geklärt ist, dass die genannten Namenaktien auf Herrn H. übertragen werden dürfen", angenommen wurde.

B.

B.a Mit Klage vom 17. Juni 2016 beim Bezirksgericht Plessur beantragte die Klägerin im Wesentlichen, die Beklagte sei kostenfällig zu verpflichten, die Zustimmung zur Übertragung von 963 Namenaktien von der C. AG auf sie zu erteilen und sie als Aktionärin ins Aktienbuch einzutragen. Mit Entscheid vom 17. Mai 2017 schützte das Regionalgericht (ehemals Bezirksgericht) Plessur die Klage.

B.b Die von der Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Kantonsgericht Graubünden mit Urteil vom 11. Oktober 2018 ab.

Es erwog insbesondere, die Gründe des Verwaltungsratsausschusses für die Ablehnung der Eintragung seien im Ergebnis nicht vertretbar. Zwar habe der Verwaltungsrat davon ausgehen dürfen, H. werde die Beklagte verlassen, wenn die Klägerin Mehrheitsaktionärin würde. Ausschlaggebend sei jedoch, welche konkreten Auswirkungen dieser Weggang auf den Geschäftsgang des Hotels D. haben würde. Die blosser Befürchtung, die Eintragung der Klägerin könnte negative Auswirkungen auf den Geschäftsgang der Beklagten haben, genüge gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (**BGE 139 III 24 E. 3.4 S. 28 f.**) nicht als sachlicher Grund. Bei den vom Verwaltungsratsausschuss der Beklagten angenommenen negativen Auswirkungen auf den Geschäftserfolg infolge eines Weggangs von H. handle es sich aber um eine solche reine Befürchtung. Der Verwaltungsrat habe sich bei seiner Entscheidung auf die Gründe des Verwaltungsratsausschusses gestützt, weshalb auch seine Ablehnungsgründe nicht vertretbar seien.

In einer Eventualbegründung berief sich das Kantonsgericht sodann unter Hinweis auf bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil 5A_330/2012 vom 17. Juli 2012 E. 3.1 mit Hinweisen) auf einen (umgekehrten) Durchgriff. Es erwog, die C. AG sei gerichtlich verpflichtet worden, die 963 genau bezeichneten Aktien auf die Klägerin zu übertragen. Die C. AG hätte als Mehrheitsaktionärin der Beklagten ohne weiteres die Macht gehabt, der Klägerin die Aktionärserschaft zu beschaffen, indem sie eine Generalversammlung einberufen und dort für eine Aufhebung der

BGE 145 III 351 S. 355

Vinkulierungsbestimmung gesorgt hätte. Dass sich die C. AG stattdessen hinter der Entscheidung des Verwaltungsrats der Beklagten verstecke, zeige deutlich, dass sie (und damit in letzter Konsequenz ihr Alleinaktionär und Verwaltungsratspräsident F.) die Beklagte instrumentalisieren und vorschiebe, um der gerichtlich festgestellten Verpflichtung, die 963 Aktien der Beklagten auf die Klägerin zu übertragen, nicht nachkommen zu müssen. Die Schranke zwischen der juristischen Person (der Beklagten) und ihrer beherrschenden Aktionärin (der C. AG) werde unter diesen Umständen aufgehoben und die Erfüllung der Verpflichtung der C. AG, die sie mittels Einschub der Beklagten zu umgehen versucht habe, werde der Beklagten auferlegt. Die Beklagte sei somit ihrerseits verpflichtet, der Klägerin die Aktionärsstellung zu verschaffen.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden sei kostenfällig aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin trägt auf Abweisung der Beschwerde an.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

(Zusammenfassung)

Considerants

Aus den Erwägungen:

2. Nach **Art. 685a Abs. 1 OR** können die Statuten bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. Die Voraussetzungen der Ablehnung des Gesuchs um Zustimmung werden für nicht börsenkotierte Namenaktien in **Art. 685b OR** aufgeführt. Danach kann die Gesellschaft das Gesuch insbesondere ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekanntgibt oder wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für

Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen (Abs. 1).

Das Gesetz regelt die Klagerechte, mit denen die richterliche Überprüfung der Handhabung der Vinkulierung durch die Gesellschaft angerufen werden kann, nicht im Zusammenhang. Das Bundesgericht hat unter früherem Recht festgestellt, der Anspruch richte sich gegen die Gesellschaft, gleichgültig welches ihrer Organe mit der Gewährung oder Verweigerung der Zustimmung betraut ist. Gehe die Verweigerung vom Verwaltungsrat aus, sei nicht der Verwaltungsratsbeschluss anzufechten. Vielmehr könne mit einer Leistungsklage auf Erfüllung, d.h. auf Zustimmung zur

BGE 145 III 351 S. 356

Übertragung und Eintragung ins Aktienbuch geklagt werden (**BGE 76 II 51 E. 4 S. 67 f.**). Dies wurde unter neuem Recht implizit bestätigt (Urteil 4C.242/2001 vom 5. März 2003; ebenso: PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 664 § 6 Rz. 44 und Fn. 92; vgl. auch BEAT MESSERLI, Die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685b revOR - verfahrenstechnische Aspekte, SJZ 89/ 1993 S. 241 ff., 244; HANSPETER KLÄY, Die Vinkulierung, 1997, S. 360).

In **BGE 76 II 51** wurde offengelassen, ob neben dem Aktienveräusserer auch der Erwerber zu Klage berechtigt wäre (E. 4 S. 69). Die Vorinstanz hat dies hinsichtlich der Beschwerdegegnerin ohne weiteres angenommen. In der Lehre sind die Auffassungen im Falle von nicht kotierten Namenaktien geteilt (Bejahend: BÖCKLI, a.a.O., S. 664 f. und 713 f. § 6 Rz. 44 und Rz. 206 f.; MESSERLI, a.a.O., S. 243 f.; RITA TRIGO TRINDADE, in: Commentaire romand, Code des obligations II, 2. Aufl. 2017, N. 20 zu **Art. 685 OR**; KLÄY, a.a.O., S. 361; verneinend: DU PASQUIER/WOLF/OERTLE, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl. 2016, N. 12 zu **Art. 685a OR**; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, S. 575 § 44 Rz. 131). Der vom Veräusserer ursprünglich ausgewählte, nun durch die Gesellschaft abgelehnte Erwerber hätte eigentlich als Nichtaktionär keine Klage gegen die Gesellschaft. Jedoch trifft es zu, wie von den Befürwortern einer Klageberechtigung des Erwerbers gesagt wird, dass das gesetzliche Ankaufsrecht der Gesellschaft gemäss **Art. 685b Abs. 1 OR** in jeden Kaufvertrag über vinkulierte nicht kotierte Namenaktien eingreift und deshalb bei Widerrechtlichkeit der Ablehnung auch der Erwerber aktivlegitimiert sein muss. Dass vorliegend Grundlage der Leistungsklage nicht ein Kaufvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der Mehrheitsaktionärin ist, sondern das Urteil des Kantonsgerichts vom 29. Januar 2016, mit welchem dieses die Mehrheitsaktionärin zur Übertragung der Aktien verpflichtete, ändert daran nichts. Das Bundesgericht hat im Übrigen bereits einmal die Klageberechtigung der Erwerberin stillschweigend bejaht, allerdings ohne auf die Lehre einzugehen (Urteil 4C.202/2006 vom 29. September 2006 Sachverhalt G und H betr. Eventualbegehren Ziff. 1).

3. (...)

3.2 Eine Gesellschaft kann einen Erwerber wie erwähnt nach **Art. 685b Abs. 1 OR** nur ablehnen, wenn sie entweder wichtige Gründe geltend machen kann oder die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet (sog. "escape clause").

BGE 145 III 351 S. 357

3.2.1 Bei einem Übernahmeangebot zum wirklichen Wert müssen keine wichtigen Gründe vorliegen und überhaupt müssen Gründe auch nicht genannt werden (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 578 f. § 44 Rz. 161; KLÄY, a.a.O., S. 180; BÖCKLI, a.a.O., S. 711 § 6 Rz. 198). Gleichwohl muss der Entscheid gewisse Randbedingungen beachten. Er muss das Gleichbehandlungsgebot achten und darf nicht rechtsmissbräuchlich sein. Ein offener Missbrauch des Rechts liegt vor, wenn der Entscheid sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt bzw. keine in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründe gegen die Anerkennung des Erwerbers sprechen oder die Interessen der Minderheit offensichtlich beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt werden. Für die Rechtfertigung eines Beschlusses durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen ist auf die Interessen der Gesellschaft und der Gesamtheit der Aktionäre abzustellen, wobei indessen keine Prüfung seiner Angemessenheit erfolgt (zit. Urteil 4C.242/2001 E. 5.1 mit Hinweisen). Gemäss gewissen Lehrmeinungen ist Rechtsmissbrauch auch ausgeschlossen, wenn die Ausübung der "escape clause" der Verwirklichung eines Erwerbsvorrechts der bisherigen Aktionäre gegenüber Dritten dient (KLÄY, a.a.O., S. 182 f.; ihm folgend: BÖCKLI, a.a.O., S. 712 f. § 6 Rz. 203a).

3.2.2 Vorliegend steht keine unterschiedliche Behandlung verschiedener Aktionärsgruppen zur Diskussion. Zu prüfen ist einzig, ob die Beschwerdeführerin ihren Entscheid mit in der Interessensphäre der Gesellschaft liegenden vertretbaren Gründen im oben dargelegten Sinn (vgl. hiervor E. 3.2.1) begründet hat, wobei das Bundesgericht keine Angemessenheitsprüfung vornimmt.

Die Vorinstanz stellte fest, es sei für die hier relevanten Fragen davon auszugehen, dass H. entschlossen sei, seine Stelle als Hoteldirektor aufzugeben, wenn die Beschwerdegegnerin ins Aktienbuch eingetragen werde. Weiter stellte sie fest, dieser habe in einem schwierigen Umfeld gut gearbeitet. Von diesen tatsächlichen Feststellungen ist auszugehen (vgl. E. 1 hiervor). Die Beschwerdegegnerin bezweifelt den Wegzug zwar, erhebt jedoch keine genügende Sachverhaltsrüge (vgl. **BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18**). Die Vorinstanz erachtete jedoch die positive Darstellung des Erfolgs von H. als Direktor durch die Beschwerdeführerin als übertrieben. Auf die Zahlen des Jahres 2012 könne nicht abgestellt werden (weil nicht klar sei, wann im Jahre 2012 H. die Stelle angetreten

habe) und ob die Steigerung des Unternehmens-Cash-Flows von Fr. 247'013.54 im Jahr 2011 auf Fr. 552'094.76 unter H. im Jahr 2015 nicht davon beeinflusst gewesen sei, dass auch im Jahr 2011 ein Direktor gefehlt habe, sei nicht klar; zu früheren Jahren fehlten sodann Angaben. Entscheidend war für die Vorinstanz schliesslich eine Gegenüberstellung der Situation unter H. mit einer möglichen Entwicklung bei einem Aktienerwerb durch die Beschwerdegegnerin und der Anstellung eines neuen Direktors. Diesbezüglich behaftete sie die Beschwerdeführerin auf der Aussage ihres Verwaltungsrats J., wonach der Erfolg von H. nicht von einer wesentlichen Umsatzsteigerung herrühre, sondern davon, dass er die Kosten in den Griff bekommen habe. Das sei aber etwas, was ohne weiteres auch einem neuen Direktor gelingen könne. Zudem leitete sie aus einer Aussage der Beschwerdeführerin ab, früher (vor der Anstellung von H.) sei es wegen des Führungsstils von F. zu den vielen Wechseln in der operativen Leitung gekommen. Aufgrund einer Würdigung der verschiedenen Aussagen erachtete es die Vorinstanz nicht als erstellt, dass die Beschwerdegegnerin den gleich engen (und schädlichen) Führungsstil wie F. pflegen würde. Das rund einstündige Gespräch zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Verwaltungsratsausschuss habe nicht genügt, um ihr Führungsverständnis zuverlässig beurteilen zu können. Blosser Befürchtungen hinsichtlich einer künftigen schädlichen Geschäftspolitik würden aber gemäss **BGE 139 III 24** nicht genügen; solche seien kein sachlicher Grund (**BGE 139 III 24** E. 3.4 S. 28). Insgesamt habe die Beschwerdeführerin eine sehr einseitige Würdigung zulasten der Beschwerdegegnerin vorgenommen. Bei ihr sei offensichtlich von einem Worst-Case-Szenario ausgegangen worden, während bei H. kritische Punkte gänzlich bei Seite gelassen worden seien. So etwa, dass er als Direktor und Mehrheitsaktionär eine ausserordentliche Machtfülle besässe und welche Stellung I. zukäme. Es hätte sich aufgedrängt, eine externe Beurteilung vorzunehmen.

Die Vorinstanz betonte zwar, sie nehme keine Ermessensüberprüfung vor. Tatsächlich hat sie aber genau das gemacht. Der Verwaltungsratsausschuss der Beschwerdeführerin mag eine allfällige künftige Geschäftsführung unter der Leitung der Beschwerdegegnerin (und ohne H.) zu pessimistisch eingeschätzt haben. Letztlich handelt es sich um eine Prognose, die - auch wenn das Gespräch mit ihr länger gedauert hätte oder ihre Fähigkeiten extern abgeklärt worden wären - immer mit Unsicherheiten behaftet gewesen wäre. Demgegenüber konnte der Verwaltungsratsausschuss die

Arbeit von H. aufgrund der gemachten positiven Erfahrungen beurteilen. Dass die noch nicht lange amtierende Verwaltungsrätin Rechtsanwältin K. dabei weitgehend auf die Erkenntnisse des langjährigen Verwaltungsrats J. abstellen musste, wie die Vorinstanz ebenfalls bemängelte, ändert daran nichts. Entscheidend ist, dass der Verwaltungsrat entscheiden musste in einer Situation, in der er sich einerseits auf eine tatsächlich gemachte positive Erfahrung abstützen konnte, während andererseits eine unsichere Prognose gegenüberstand. Von einem rechtsmissbräuchlichen Entscheid kann nicht die Rede sein, selbst wenn der Verwaltungsratsausschuss nicht explizit berücksichtigte, wie sich die Machtfülle von H. zufolge der Personalunion als Direktor und Mehrheitsaktionär auswirken könnte, wie die Vorinstanz bemängelte. Der in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz gemachte Hinweis auf **BGE 139 III 24** ist nicht stichhaltig. Dort erwog das Bundesgericht (im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses), die eingeklagten Verwaltungsräte hätten selber angegeben, seinerzeit - d.h. bei der Verweigerung der Eintragung - sei es ihnen im Wesentlichen darum gegangen, die Einflussmöglichkeiten des Minderheitsaktionärs zu beschränken. Wenn sie nun argumentierten, dies sei im Interesse der Gesellschaft gelegen, da seitens des Minderheitsaktionärs eine schädliche Geschäftspolitik zu befürchten gewesen sei, so könne darauf mangels entsprechender Feststellungen in den angefochtenen Entscheiden nicht abgestellt werden und ohnehin vermöchten blosser Befürchtungen das Gleichbehandlungsgebot und das Rechtsmissbrauchsverbot nicht aufzuwiegen (**BGE 139 III 24** E. 3.4 S. 28). Es ging also letztlich davon aus, der Grund sei bloss vorgeschoben worden, um die bewusste Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu rechtfertigen. Eine unternehmerische Abwägung zwischen zwei unterschiedlichen Szenarien durch den Verwaltungsrat musste nicht vorgenommen werden.

Zusammenfassend kann nicht gesagt werden, der Entscheid des Verwaltungsratsausschusses bzw. des Verwaltungsrates sei rechtsmissbräuchlich gewesen, weil durch keine vernünftigen wirtschaftlichen Überlegungen gerechtfertigt. Die Vermeidung des angedrohten Weggangs von H. stellt einen im Interesse der Gesellschaft liegenden vertretbaren Grund dar.

4. Somit ist die Eventualbegründung der Vorinstanz zu prüfen, wonach mittels eines Durchgriffs die der Aktionärin (C. AG) auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der 963 Namenaktien auf die Beschwerdeführerin erstreckt werde und diese somit der Beschwerdegegnerin die Aktionärseigenschaft verschaffen müsse (vgl. Sachverhalt B.b. hiervor).

Die Verpflichtung der C. AG zur Herausgabe und Übertragung der 963 Namenaktien beruht auf dem Urteil der Vorinstanz vom 29. Januar 2016, mit welchem die Beschwerdegegnerin ihr Vorkaufsrecht gemäss Ziff. 7 lit. f des Kaufvertrages vom 17. Februar 1999 durchsetzte. Insofern ist der Durchgriff sogar ein doppelter. Denn der Vertrag, welcher der Beschwerdegegnerin ein Vorkaufsrecht einräumt, wurde zwischen E. und F./G. geschlossen. Somit war für einen Durchgriff erforderlich, dass man in einem ersten Schritt sagen konnte, diese persönliche Verpflichtung der Käufer F./G. (später F. allein) verpflichte auch die von ihnen beherrschte C. AG. Und mittels eines zweiten Durchgriffs müsste die solchermaßen begründete Verpflichtung der C. AG auch auf die Beschwerdeführerin erstreckt werden. Ob der erste Durchgriff

gerechtfertigt war, muss hier nicht mehr geprüft werden, da das Urteil des Kantonsgerichts vom 29. Januar 2016 rechtskräftig geworden ist. Für die nachfolgende Beurteilung ist jedoch davon auszugehen, dass es im Kern um die Erstreckung einer vertraglichen Vorkaufsverpflichtung geht.

4.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Voraussetzungen für einen Durchgriff erfüllt seien. Die C. AG verfüge als Aktionärin gemäss dem angefochtenen Entscheid nur über eine Stimmenmehrheit von 70 %, weshalb bereits das vom Bundesgericht verlangte Kriterium der wirtschaftlichen Identität nicht erfüllt sei. Die C. AG könne auch nicht im eigenen Interesse über die Beschwerdeführerin verfügen, denn deren Verwaltungsrat bestehe aus drei Mitgliedern, wobei nur F. als ihr Vertreter betrachtet werden könne. Die C. AG habe die Beschwerdeführerin auch nicht missbräuchlich vorgeschoben, die Aktien der Beschwerdeführerin seien schon vor dem Vorkaufsfall vinkuliert gewesen. J. und Rechtsanwältin K. seien unabhängige Verwaltungsräte und gemäss **Art. 717 OR** den Interessen der Beschwerdeführerin verpflichtet. Auch faktisch habe kein Risiko bestanden, dass sich die beiden beim Entscheid über die Zustimmung zur Aktienübertragung von der Mehrheitsaktionärin beeinflussen liessen. Sie hätten nichts zu befürchten gehabt, denn hätten sie der Übertragung zugestimmt, wäre die C. AG danach nicht mehr Mehrheitsaktionärin der Beschwerdeführerin gewesen.

4.2 Ein sogenannter aktienrechtlicher Durchgriff ("principe de la transparence") bedeutet die (ausnahmsweise) Aufhebung der Trennung zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Aktionären, das Ausserachtlassen der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen

BGE 145 III 351 S. 361

Person. Ein Durchgriff kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Die Unterscheidung zwischen zwei formell selbstständigen Personen kann durchbrochen werden, wenn zwischen einem Schuldner und einem Dritten eine wirtschaftliche Identität besteht und wenn die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit offensichtlich zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich erfolgt (**BGE 144 III 541** E. 8.3.1 und 8.3.2 S. 545 ff. mit umfassenden Hinweisen; vgl. seither auch Urteil 4A_379/2018 vom 3. April 2019 E. 4.1). Der häufigste Fall ist die zweckwidrige Verwendung einer juristischen Person durch einen beherrschenden Aktionär, um sich persönlichen Verpflichtungen zu entziehen (**BGE 144 III 541** E. 8.3.2 S. 546 f. mit Hinweisen auf weitere Anwendungsfälle; **BGE 132 III 489** E. 3.2 S. 493). Man unterscheidet den direkten und den umgekehrten (Haftungs-)durchgriff. Bei ersterem wird das Vermögen des beherrschenden Aktionärs in Anspruch genommen für Schulden der Gesellschaft. Beim umgekehrten Durchgriff andererseits haftet das Gesellschaftsvermögen für Schulden des Aktionärs (**BGE 144 III 541** E. 8.3.4 S. 548 mit Hinweisen).

Neben dem soeben beschriebenen *Haftungs* durchgriff gibt es auch den Fall, in dem nicht ein Vermögen für eine Drittschuld haftet, sondern eine vertragliche Verpflichtung auf einen Dritten ausgedehnt wird (vgl. PETER JUNG, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 285 zu **Art. 620 OR**; MONSCH/VON DER CRONE, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, [Bemerkungen zum Urteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013], SZW 2013 S. 445 ff., 456; MARLENE KOBIERSKI, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, 2012, S. 73 ff.). Das Bundesgericht hat die Erstreckung einer vertraglichen Unterlassungs- und Nebenleistungspflicht des Gesellschafters auf die Gesellschaft bejaht in einem Fall, in dem der Käufer eines Patents dessen Verwertung durch eine von ihm beherrschte, erst nach dem Kauf gegründete Gesellschaft vornahm (**BGE 71 II 272**).

4.3 Hier geht es nicht um einen Haftungsdurchgriff, sondern um die Erstreckung einer dem (Mehrheits-)aktionär obliegenden vertraglichen Verpflichtung auf die Gesellschaft bzw. die Verpflichtung der Gesellschaft, der Beschwerdegegnerin die Aktionärsstellung zu verschaffen.

4.3.1 Anders als beim oben (E. 4.2 a.E.) zitierten Entscheid, wo eine gewöhnliche vertragliche Verpflichtung zu erfüllen war, kommt hier hinzu, dass mit der Erfüllung des vertraglichen Vorkaufsanspruchs der Beschwerdegegnerin eine körperschaftliche Bestimmung

BGE 145 III 351 S. 362

- die Vinkulierung - ausgehebelt würde. Dies hat die Vorinstanz vollkommen ausser Acht gelassen. Grundsätzlich gilt ein vertragliches Vorkaufsrecht nur zwischen den Parteien, die es vereinbart haben. Ihm geht jede Wirkung gegenüber der juristischen Person, der Aktiengesellschaft, ab (BÖCKLI, a.a.O., S. 714 f. § 6 Rz. 210 hinsichtlich eines Aktionärbindungsvertrages; KLÄY, a.a.O., S. 492). Es ist strikte zwischen der körperschaftsrechtlichen und der vertragsrechtlichen Ebene zu unterscheiden, weshalb in der Lehre auch Möglichkeiten diskutiert werden, um die vertraglichen Rechte auf indirektem Weg (z.B. mittels einer Konventionalstrafe) zu sichern und durchzusetzen (vgl. statt vieler: FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, 2015, S. 39 ff. Rz. 115 ff. und S. 477 ff. Rz. 1533 ff.). Dessen musste sich auch die Beschwerdegegnerin bewusst sein. Denn das Vorkaufsrecht im Kaufvertrag vom 17. Februar 1999 wurde in Bezug auf die bestehende A. AG eingeräumt, deren Statuten von 1997 datieren und in Art. 5 eine Vinkulierungsbestimmung enthalten, welche weitgehend **Art. 685b OR** entspricht. Die Beschwerdegegnerin hat den Vertrag vom 17. Februar 1999 zur Kenntnis genommen, wie sie mit ihrer Unterschrift bestätigte. Sie musste somit erkennen bzw. hätte erkennen können, dass die Vinkulierungsbestimmung ihrem Vorkaufsrecht entgegenstehen könnte.

Der Vorwurf der Vorinstanz wie auch der Beschwerdegegnerin geht im Kern dahin, dass es die C. AG 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

Beschwerdegegnerin bzw. einen Verzicht auf den Aktienankauf auf Rechnung von H. zu sorgen und so die mit dem Urteil vom 29. Januar 2016 ausgesprochene Verpflichtung zu erfüllen. Dies würde voraussetzen, dass die C. AG als beherrschende Aktionärin gegenüber den solchermaßen gewählten Verwaltungsräten 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 können, dass der Verwaltungsrat hinsichtlich seiner essentiell körperschaftlichen Entscheide rechtswirksam auf die Befolgung von solchen Beschlüssen oder Vertragsklauseln verpflichtet werden könnte (bejahend: JEAN-NICOLAS DRUEY, Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, in: Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, 1998, S. 7

BGE 145 III 351 S. 363

ff., 13 ff.; ablehnend [Widerspruch zum System der Selbstverwaltung]: BÖCKLI, a.a.O., S. 744 § 6 Rz. 300, S. 1727 f. § 13 Rz. 457 f. mit weiteren Hinweisen; differenzierend [zulässig, soweit die Ermessensausübung durch den Verwaltungsrat im besten Gesellschaftsinteresse liegt]: PETER FORSTMOSER, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, 2003, S. 377 ff., 400; vgl. auch Urteil 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003 E. 6). Die Organperson, die in Befolgung von Stimmbindungen in einem Aktionärbindungsvertrag die Interessen der Gesellschaft missachtet, trifft die persönliche Verantwortlichkeit (FORSTMOSER, a.a.O., S. 401). Analoge Überlegungen müssen auch gelten, wenn es um Weisungen des Mehrheitsaktionärs zur Durchsetzung seiner eigenen vertraglichen Verpflichtungen geht. Grenze der Befolgung solcher Weisungen ist jedenfalls das Gesellschaftsinteresse.

4.3.2 Hinsichtlich der Kriterien für einen Durchgriff wird in der Lehre zu Recht festgestellt, es sei schwierig, allgemeine Anforderungen an den Umfang der Beteiligung der für einen Durchgriff massgeblichen Gesellschafter zu formulieren. Wenn etwa (zumindest) eine beherrschende Stellung verlangt wird (vgl. Urteile 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013 E. 7.2.1; 4A_417/2011 vom 30. November 2011 E. 2.3 [„domination économique“ bzw. „tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif“]; zit. Urteil 5A_330/2012 E. 3.2; Urteil 4C.381/2001 vom 2. Mai 2002 E. 3a [„Hauptaktionär“]; **BGE 92 II 160** [„die grosse Mehrheit der Aktien besitzenden Person“]), so rechtfertigt sich dies insbesondere beim direkten Haftungsdurchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters, denn nur wenn ein Gesellschafter eine entsprechende Finanzverantwortung für die Gesellschaft hatte, besteht eine Rechtfertigung für den Durchgriff auf sein Privatvermögen, nicht jedoch hinsichtlich eines blossen sog. „Anlagegesellschafters“ (JUNG, a.a.O., N. 213 und 225 zu **Art. 620 OR**). Strenger sind die Anforderungen beim umgekehrten Durchgriff. Es ist deshalb jeweils zu prüfen, um welche Art von Durchgriff es sich handelt.

So verlangte das Bundesgericht in einem Fall, in dem es um einen umgekehrten Haftungsdurchgriff ging (Verrechnungsdurchgriff), über die Alleingesellschafterstellung hinaus, dass der umgekehrte Durchgriff einer „ganz besondere[n] Begründung“ bedürfe, denn es sei im Hinblick auf die Gläubiger der Gesellschaft nicht das gleiche, ob der Alleinaktionär besonderer Umstände wegen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft mithaften solle, oder

BGE 145 III 351 S. 364

umgekehrt die Mithaftung der Gesellschaft für Verbindlichkeiten des Alleinaktionärs in Frage stehe. Überdies hielt das Bundesgericht fest, die Gesellschaft sei im konkreten Fall nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet, sich der Verrechnung zu widersetzen. Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen würden sich sonst unter Umständen gemäss **Art. 754 OR** haftbar machen (**BGE 85 II 111** E. 3 S. 115 f.; bestätigt in **BGE 102 III 165** E. II.3 S. 172 sowie den Urteilen 4C.200/2001 vom 31. Oktober 2001 E. 2c und 4C.10/1999 vom 8. April 1999 E. 2a; zustimmend zur verstärkten Zurückhaltung beim umgekehrten Durchgriff: JUNG, a.a.O., N. 232 zu **Art. 620 OR**; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/ NOBEL, a.a.O., S. 969 § 62 Rz. 87; kritisch: KOBIERSKI, a.a.O., S. 75 f.). Solche besonderen Gründe erkannte das Bundesgericht in einem Fall vollständiger Vermögensvermischung, wo der beherrschende Aktionär sowohl einziger Aktionär als auch einziger Gläubiger seiner Gesellschaft war (**BGE 102 III 165** E. II.3 S. 172). Sodann schützte es einen Entscheid, in dem die Vorinstanz in diesem Sinn einen umgekehrten Durchgriff durch Vermögensvermischung angenommen hatte in einer Situation, in welcher der beherrschende Aktionär (nur) über rund 95 % der Aktien verfügte und allein zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat war, nachdem sich die Beschwerdeführerin mit der vorinstanzlichen Begründung nicht auseinandergesetzt hatte (zit. Urteil 5A_330/2012 E. 4.1 und 4.2).

Auch vorliegend kann es nicht genügen, dass die C. AG die Beschwerdeführerin als Mehrheitsaktionärin beherrscht. Wie die erwähnten Beispiele eines umgekehrten Haftungsdurchgriffs auf die Gesellschaft zeigen, sind in solchen Fällen immer die Interessen der nicht mit dem Hauptaktionär verbundenen Minderheitsaktionäre zu wahren, die es ausschliessen, dass dessen persönliche Verpflichtungen der Gesellschaft aufgebürdet werden. Damit sind die Voraussetzungen eines umgekehrten Durchgriffs vorliegend nicht erfüllt.

4.3.3 Ob man nun körperschaftsrechtlich (E. 4.3.1) argumentiert oder die Voraussetzungen eines umgekehrten Durchgriffs prüft (E. 4.3.2): Die der C. AG auferlegte Verpflichtung zur Herausgabe und Übertragung der 963 Namenaktien kann nicht auf die Beschwerdeführerin erstreckt werden. Die Eventualbegründung der Vorinstanz hält vor Bundesrecht nicht stand. Angesichts der rund 30 % Minderheitsaktionäre ist es nicht zu beanstanden, wenn der Verwaltungsrat die Vinkulierungsbestimmung nicht einfach ausser Acht lässt und - aufgrund seiner pflichtgemässen Beurteilung der Interessen der

Gesellschaft (vgl. hiavor E. 3.2.2) - nicht auf eine Ausübung des Ankaufs der Aktien für Rechnung eines Dritten verzichtet.