

# Lösungsskizze Falllösung FS 2024 «GeneGuardian Diagnostics GmbH»

## A. Frage 1

### I. Ausschluss eines Gesellschafters

Der Gesellschafterversammlung steht nach Art. 804 Abs. 2 Ziff. 15 OR die unübertragbare Befugnis zu, einen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausschliessen, wenn die Statuten die Möglichkeit des Ausschlusses eines Gesellschafters aus einem bestimmten Grund vorsehen und der darin erwähnte Grund eingetreten ist (Art. 823 Abs. 2 OR). Der (Ausschluss-)Beschluss unterliegt einem qualifizierten Quorum (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 9 OR). Fehlt es an einer statutarischen Grundlage, kann die Gesellschaft gemäss Art. 823 Abs. 1 OR auf Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund klagen. Zur Klage aktivlegitimiert ist die Gesellschaft, nicht jedoch der einzelne Gesellschafter.

Die Ausschlussklage gestützt auf wichtige Gründe erfordert ebenfalls einen Beschluss der Gesellschafterversammlung (Art. 804 Abs. 2 Ziff. 14 OR), der einem qualifizierten Quorum unterliegt (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 8), wobei der auszuschliessende Gesellschafter bei der Abstimmung der Gesellschafterversammlung über seinen Ausschluss stimmberechtigt ist. Bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, sind grundsätzlich dieselben Kriterien massgebend, wie bei der Austritts- oder Auflösungsklage, allerdings vom Standpunkt der Gesellschaft aus. Ein wichtiger Grund liegt regelmässig vor, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft den anderen Gesellschaftern wegen der Person oder des Verhaltens des Auszuschliessenden nicht mehr zugemutet werden kann. Ein Verschulden des betreffenden Gesellschafters ist nicht notwendig. Insbesondere kann die Verletzung wesentlicher gesellschaftlicher Pflichten oder ein gesellschaftswidriges Verhalten einen wichtigen Grund für den Ausschluss darstellen.

In casu hat Timo gegenüber Michael und Sara zugegeben, dass er seit längerer Zeit in einem direkt konkurrierenden Unternehmen als Aktionär beteiligt ist und in dessen Verwaltungsrat sitzt. Es kommt demnach ein wichtiger Grund im Sinne einer

Treuepflichtverletzung, insbesondere ein Verstoß gegen das Konkurrenzverbot in Frage (Art. 803 Abs. 2 OR). Eine Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 803 Abs. 1 OR) scheidet jedoch aus, da dem Sachverhalt ausdrücklich entnommen werden kann, dass Timo der GenLab Analytics AG im Zusammenhang mit dem Softwareprototyp nachweislich keine Informationen weitergegeben hatte.

#### 1. Verletzung des Konkurrenzverbots (Art. 803 Abs. 2 *in fine* OR)

Nach Art. 803 Abs. 2 OR müssen die Gesellschafter alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt. Insbesondere dürfen sie nicht Geschäfte betreiben, die ihnen zum besonderen Vorteil gereichen und durch die der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt würde. Hingegen legt Art. 803 Abs. 2 *in fine* OR für ein allfälliges Konkurrenzverbot eine Sonderregelung fest, indem dieses durch die Statuten der Gesellschaft ausdrücklich vorgesehen werden muss. Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 803 OR bezieht sich auf alle Gesellschafter der GmbH. Im Gegensatz zu dieser Regelung für die «blossen» Gesellschafter, gilt für die Geschäftsführer das Konkurrenzverbot von Gesetzes wegen (vgl. Art. 812 Abs. 3 OR).

Vorliegend kann grundsätzlich dafür argumentiert werden, dass die Beteiligung und der Einsitz im Verwaltungsrat einer konkurrierenden Unternehmung als eine konkurrierende Handlung qualifiziert. Timo ist gemäss Sachverhalt jedoch kein geschäftsführender Gesellschafter. Er unterliegt somit nur dann einem gesellschaftsrechtlichen Konkurrenzverbot, wenn dieses ausdrücklich in den Statuten vorgesehen ist.

Die Marginalie des Art. 6 der Statuten ist zwar «Treuepflicht und Konkurrenzverbot», in inhaltlicher Hinsicht wird jedoch nur grösstenteils die gesetzliche Regelung des Art. 803 Abs. 2 Satz 1 und 2 übernommen. Ein eigentliches statutarisches Konkurrenzverbot kann dieser Klausel folglich nicht entnommen werden. Somit unterliegt Timo lediglich der Treuepflicht nach Art. 803 Abs. 2 Satz 1 und 2 OR. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob das Verhalten von Timo als Verstoß gegen die allgemeine Treuepflicht (Art. 803 Abs. 2 OR) qualifiziert.

## 2. Verletzung der Treuepflicht (Art. 803 Abs. 2 Satz 1 und 2 OR)

Gemäss Art. 803 Abs. 2 S. 1 und 2 OR müssen die Gesellschafter alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt. Insbesondere dürfen sie nicht Geschäfte betreiben, die ihnen zum besonderen Vorteil gereichen und durch die der Zweck der Gesellschaft beeinträchtigt würde.

Nach einem Teil der Lehre bildet die Bestimmung des Art. 803 Abs. 2 Satz 1 OR («Sie müssen alles unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt») den eigentlichen Kern der Treuepflicht, an welchen sodann Abs. 1 (Geheimhaltung) und Abs. 2 Satz 3 (Konkurrenzverbot) anknüpfen und die zwei wichtigsten Ausprägungen der Treuepflicht festhalten: die Geheimhaltungspflicht im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse und das Konkurrenzverbot. Art. 803 Abs. 2 S. 2 OR soll hingegen nicht ein Beispiel der Treuepflicht darstellen, sondern vielmehr auf eine blossе Paraphrasierung des Konkurrenzverbotes hinauslaufen.

Nach der herrschenden Lehre soll Art. 803 Abs. 2 Satz 2 OR dagegen auf einen spezifischen Unterfall der Treuepflicht, die Geschäftschancenlehre, hinweisen. Die Geschäftschancenlehre verbietet es den Gesellschaftern, für sich selbst oder für ein von ihnen geführtes oder beeinflusstes Unternehmen geschäftliche Chancen wahrzunehmen, die der Gesellschaft zugestanden hätten. Der Anwendungsbereich ist nicht auf den Geschäftsbereich der Gesellschaft beschränkt, sondern soll die Lücke schliessen, die sich aus einem illoyalen Verhalten des Gesellschafters ausserhalb des Geschäftsbereichs ergeben kann. Die Geschäftschancenlehre zielt nicht darauf ab, die Gesellschaft vor Konkurrenten zu schützen, sondern sie bezweckt vielmehr den Schutz der bereits der Gesellschaft zugeordneten Gewinnchance. Die Treuepflicht nach Art. 803 Abs. 2 S. 2 OR bezieht sich somit auf die über das Konkurrenzverbot hinausgehenden Tätigkeiten, wie das An-sich-Reissen von Geschäftsangelegenheiten oder die Verteilung von Geschäftschancen der Gesellschaft. Der herrschenden Lehre ist zu folgen.

Während die Geschäftschancenlehre zwar die Ausprägung des Art. 803 Abs. 2 S. 2 OR darstellt, und somit letztendlich solche Geschäfte untersagt, die (neben der Zweckbeeinträchtigung) den Gesellschaftern «zum besonderen Vorteil gereichen», haben

die Gesellschafter jedoch auch sonst gem. Art. 803 Abs. 2 S. 1 OR alles zu unterlassen, was geeignet ist, den Gesellschaftszweck zu beeinträchtigen, ohne dass diese Geschäfte ihnen zum besonderen Vorteil gereichen müssen. Ob ein Verstoss gegen die Treuepflicht vorliegt, hängt zum einen vom Ausmass der infrage stehenden Interessenverletzung ab und zum anderen davon, inwieweit personalistische Elemente Eingang in das Verbandsleben gefunden haben; bei einer kapitalistisch ausgestalteten Gesellschaft ist der Spielraum des Gesellschafters grösser, als bei einer GmbH mit personalistischer Ausgestaltung.

In casu kann die Beteiligung an der GenLab Analytics AG und der Einsitz in deren Verwaltungsrat als konkurrenzierenden Tätigkeit qualifiziert werden. Sowohl in seiner Rolle als Aktionär wie auch in jener als Verwaltungsrat bestand die Gefahr, dass sich Timo von Interessen der GenLab Analytics AG leiten liess, bzw. leiten lassen konnte. Allerdings bestehen mit Blick auf den Sachverhalt keine Anhaltspunkte, wonach sich Timo bestimmte Geschäftschancen der GenGuardian Diagnostics GmbH an sich reissen liess. Insb. vermag dies die blossе Beteiligung am Kapital und im Verwaltungsrat der GenLab Analytics AG nicht zu begründen. Auch sonst bestehen gem. Sachverhalt keine Hinweise, dass der Zweck der GGD GmbH durch das Verhalten von Timo beeinträchtigt wurde. Mangels statutarischer Grundlage in Bezug auf das Konkurrenzverbot ist Timos Beteiligung und Verwaltungsratsmandat an, bzw. bei der GenLab Analytics GmbH im Hinblick auf die Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht (Art. 803 Abs. 2 OR) nicht zu beanstanden. Ein Ausschluss fällt ausser Betracht; ein wichtiger (Ausschluss)Grund fehlt.

Selbst wenn man das Verhalten von Timo als Treuepflichtverletzung im Sinne von Art. 803 Abs. 2 S. 1 OR qualifizieren würde, so wäre die Verletzung wohl nur von geringer Intensität. Eine Treuepflichtverletzung, die als Ausschlussgrund im Sinne von Art. 823 OR qualifiziert, bedarf praxisgemäss aufgrund der einschneidenden Wirkung des unfreiwilligen Ausschlusses einer gewissen Intensität, die dem vorliegenden Verhalten von Timo nicht innewohnt.

### 3. Verletzung des Gesellschafterbindungsvertrags

Der Gesellschafterbindungsvertrag entfaltet ausschliesslich Wirkung zwischen den Vertragsparteien (inter-partes-Wirkung). Durch eine allfällige Vertragsverletzung werden die gesellschaftsrechtlichen Handlungen nicht berührt. D.h. auch eine (schwere) Verletzung vertraglicher Pflichten, kann grundsätzlich keinen (gesellschaftsrechtlichen) Ausschlussgrund im Sinne von Art. 823 OR darstellen. Ungeachtet dessen, sieht Ziff. VI. «Treuepflicht» des Gesellschafterbindungsvertrags Folgendes vor: «Konkurrierende Tätigkeiten sind nur unter Zustimmung sämtlicher Parteien erlaubt. Insbesondere ist ohne vorgängige schriftliche Zustimmung der übrigen Parteien jegliche Übernahme von Mandaten für oder in einem anderen konkurrierenden Unternehmen, insbesondere die Annahme von Verwaltungsratsmandaten, untersagt.» Zur Sicherung der Vertragserfüllung enthält der Gesellschafterbindungsvertrag sodann eine Klausel, die im Falle einer Vertragsverletzung eine Konventionalstrafe vorsieht (Ziff. VIII. des Vertrages). Die Konventionalstrafe beträgt CHF 50'000.00. Die allfällige Bezahlung der Konventionalstrafe befreit dabei nicht von der Einhaltung des Gesellschafterbindungsvertrags. Insofern besteht zusätzlich ein klagbarer Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung des Konkurrenzverbots. Die Geltendmachung eines den Betrag der Konventionalstrafe übersteigenden Schadens bleibt zudem vorbehalten.

Durch seine Beteiligung sowie durch seinen Einsitz im VR der GenLab Analytics AG verstösst Timo gegen die Bestimmung in Ziff. VI des Gesellschafterbindungsvertrags. Eine notwendige Zustimmung der übrigen Gesellschafter holte er zu keinem Zeitpunkt ein. Aufgrund dessen steht den übrigen Gesellschafter ein Anspruch auf Bezahlung der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe zu. Da der Gesellschafterbindungsvertrag neben der Leistung der Konventionalstrafe auch einen Realerfüllungsanspruch vorsieht, könnten Sara und Michael zusätzlich auf die Einhaltung des Konkurrenzverbots klagen.

### II. Gesamtfazit Frage 1

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist das Verhalten von Timo grundsätzlich nicht zu beanstanden: Weder die Beteiligung an der GenLab Analytics AG noch das

Verwaltungsratsmandat stellen eine (Treue)Pflichtverletzung dar. Auch sonst fällt kein Grund in Betracht, der als «wichtiger Grund» einen Ausschluss nach Art. 823 OR rechtfertigen könnte. Ein Ausschluss ist demnach nicht möglich. Andererseits verstösst Timo gegen das Konkurrenzverbot gem. Ziff. VI des Gesellschafterbindungsvertrags. Damit besteht grundsätzlich die Möglichkeit, gestützt auf den Gesellschafterbindungsvertrag obligatorisch gegen Timo vorzugehen.

## **B. Frage 2**

### **I. Frage 2a): «Instrument» zur Verhinderung der Eintragung**

Nach Art. 808c i.V.m. 706 OR und Art. 706b OR kann der Gesellschafter gegen rechtswidrige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit Hilfe der Anfechtungs- und gegebenenfalls mit der Nichtigkeitsklage vorgehen, wobei der Anfechtungsklage der Vorrang gebührt. Zu beachten ist jedoch, dass die Anhebung der Anfechtungsklage die Umsetzung des mangelhaften Beschlusses nicht von sich aus verbietet oder verhindert. Da die rechtskräftige Erledigung eines Anfechtungsprozesses nicht selten Monate bis Jahre dauern kann, und deshalb während dieser Zeit die ggf. rechtswidrigen Beschlüssen bereits umgesetzt werden können, braucht es zusätzliche Vorkehrungen, um die Umsetzung des Beschlusses bereits während der Dauer des Prozesses zu verhindern. Welches «Instrument» ergriffen werden muss, resp. wie die Beschlussumsetzung zu verhindern ist, hängt in erster Linie vom Inhalt des Beschluss ab, gegen den man vorgehen möchte. Es kann diesbezüglich zwischen eintragungsbedürftigen und nicht-eintragungsbedürftigen Beschlüssen unterschieden werden.

Um die Umsetzung von GV-Beschlüssen zu verhindern, die ins Handelsregister einzutragen sind, muss eine Sperre des Handelsregisters erwirkt werden (sog. «Handelsregistersperre»), sodass dieser Beschluss während der Prozessdauer nicht ins Handelsregister eingetragen werden kann. Vor dem 1. Januar 2021 konnte eine solche Sperre relativ einfach direkt beim Handelsregisteramt am Sitz der betroffenen Gesellschaft in Form eines schriftlichen, unbegründeten und kostenlosen Einspruchs erwirkt werden (Art. 162 Abs. 1 aHRegV), welcher automatisch eine zehntätige Sperre auslöste. Diese Bestimmung wurde per 1. Januar 2021 aufgehoben. De lege lata erfolgt

die Handelsregistersperre ausschliesslich in Form einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO. Hierfür muss vom rechtssuchenden «Anfechtungskläger» ein Gesuch um Erlass einer vorsorglicher Massnahmen beim zuständigen Gericht eingereicht werden (Art. 252 Abs. 1 i.V.m. Art. 261 Abs. 1 ZPO). Da eine Eintragung ins Handelsregister i.d.R. bereits innert weniger Werktagen nach der GV-Beschlussfassung erwirkt werden kann, soll die Handelsregistersperre idealerweise ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei (der gesuchsbeklagten Gesellschaft) erfolgen (sog. superprovisorische Massnahme nach Art. 265 Abs. 1 ZPO).

Gemäss Sachverhalt hat die GV am 19. April 2024 beschlossen, das Stammkapital der GGD GmbH um 50 Stammanteile zu einem Ausgabepreis von CHF 400'000 (davon CHF 50'000 Nennwert, CHF 350'000 Agio) zu erhöhen. Die ordentliche Erhöhung des Stammkapitals muss innerhalb von sechs Monaten nach dem Beschluss der Gesellschafterversammlung beim Handelsregister unter Einreichung der notwendigen Belege zur Eintragung angemeldet werden (Art. 74 Abs. 1 HRegV oder Art. 781 Abs. 4 OR). Der Eintragung kommt dabei konstitutive Wirkung zu, d.h. die Kapitalerhöhung wird erst mit deren Eintragung im Handelsregister bzw. deren Publikation im SHAB rechtswirksam. Beim Beschluss vom 19. April 2024 über die ordentliche Kapitalerhöhung handelt es sich somit um einen eintragungspflichtigen Beschluss.

Will Timo die Eintragung der Kapitalerhöhung verhindern, muss er somit beim zuständigen Gericht ein Gesuch um vorsorgliche Massnahme im Sinne einer Handelsregistersperre einreichen. Nur so kann die Umsetzung bis zum Abschluss des Anfechtungs- oder Nichtigkeitsprozesses zeitnah verhindert werden. Die Anordnung hat dabei wegen der Dringlichkeit der Sache ohne vorzeitige Anhörung der GGD GmbH, bzw. superprovisorisch zu erfolgen.

## II. Frage 2b) «Prüfung der materiellen Voraussetzungen»

Das Gericht ordnet eine Handelsregistersperre an, bzw. trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (i) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und (ii) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs.

1 lit. a und b ZPO). Nach Lehre und Rechtsprechung werden diese gesetzlichen «Grundvoraussetzungen» in vier einzelne Subvoraussetzungen unterteilt: Demnach bedingt die Anordnung einer Handelsregistersperre (alternativ: vorsorglichen Massnahme), dass kumulativ vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht wird, dass ein (i) Verfügungsanspruch, (ii) ein Verfügungsgrund und (iii) eine zeitliche Dringlichkeit besteht, sowie (iv) dass die Massnahme, bzw. die Handelsregistersperre verhältnismässig ist.

#### 1. Verfügungsanspruch

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt einen materiellrechtlichen Anspruch des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchsgegnerin voraus, der verletzt wurde oder zu verletzt werden droht (sog. Verfügungsanspruch, Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO). Im Rahmen des Verfügungsanspruchs prüft das Gericht vereinfacht gesagt die Erfolgchancen der rechtssuchenden Partei im bereits hängigen oder künftigen Hauptprozess (sog. Hauptsachenprognose).

Wie den Ausführungen im Sachverhalt entnommen werden kann, wird Timo ultimativ mittels Klage gegen den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 19. April 2024 vorgehen. Es ist demnach im Folgenden im Sinne einer Hauptsachenprognose zu prüfen, ob Timo mit seiner Klage letztlich Erfolg haben wird. Im Raum stehen dabei die Anfechtungs- und/oder die Nichtigkeitsklage.

##### a) Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses

Nichtig sind nach Art. 808c i.V.m. Art. 706b Ziff. 1 OR insbesondere Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung oder andere zwingend gewährte Rechte des Gesellschafters entziehen oder beschränken. Die Verweisung in Art. 808c OR bezieht sich, auch wenn nicht wortwörtlich erwähnt, ebenfalls auf die Bestimmung über die Nichtigkeit. Nichtigkeit ist aus Gründen der Rechtssicherheit nur selten anzunehmen. Nach Art. 706b Ziff. 1 OR sind insbesondere jene GV-Beschlüsse nichtig, die (andere) vom Gesetz zwingend gewährte Aktionärsrechte entziehen oder beschränken. Der unzulässige Entzug des Bezugsrechts stellt nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch regelmässig nur einen Anfechtungsgrund dar und fällt somit nicht unter Art. 706b Ziff. 1 OR.



In casu könne es gemäss Timo nicht sein, dass seine Beteiligung an der GGD GmbH so einfach und ohne wirklichen Grund verwässert wurde. Damit rügt Timo sinngemäss eine Verletzung seines Bezugsrechts. Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre stellt dieser Umstand jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar, sondern führt bloss zur Anfechtbarkeit des Gesellschafterversammlungsbeschlusses. Die Hauptsachenprognose einer erfolgreichen Nichtigkeitsklage würde dementsprechend schlecht ausfallen; Timo würde mit einer Nichtigkeitsklage wenig Erfolg haben. Es ist demnach im Folgenden zu prüfen, ob der umstrittene GV-Beschluss ggf. angefochten werden könnte.

b) Anfechtbarkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses

Nach Art. 808c i.V.m. 706 OR sind Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen beim Gericht mit Klage gegen die Gesellschaft anfechtbar. Aktivlegitimiert ist der Gesellschafter, d.h. Timo. Passivlegitimiert ist die Gesellschaft, mithin die GGD GmbH. Die Klage unterliegt einer Verwirkungsfrist von zwei Monaten (Art. 808c i.V.m. Art. 706a Abs. 1 OR). Die Verwirkungsfrist ist zum beurteilenden Zeitpunkt noch nicht abgelaufen. Wie bei sämtlichen Anfechtungsklagen, ist auch im Zusammenhang mit GV-Beschlüssen, die einem Gesellschafter ein Bezugsrecht einschränken/aufheben grundsätzlich und zunächst zwischen materiellen und formellen Beschlussmängeln zu unterscheiden.

aa) Formelle Beschlussmängel

Werden die Einschränkung oder die Aufhebung des Bezugsrechts nicht im Erhöhungsbeschluss der GV festgehalten (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 OR) oder werden andere formelle Voraussetzungen verletzt, namentlich formelle Fehler im Bereich der Einberufung (Art. 805 Abs. 5 OR) oder im Bereich des notwendigen Quorums (Art. 808b Abs. 1 Ziff. 6 OR), sind die Beschlüsse der GV gem. Art. 808c i.V.m. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 1 OR anfechtbar.

Gemäss Sachverhalt bestehen keine Hinweise, wonach die Gesellschafterversammlung nicht korrekt einberufen worden sein sollte. Auch die Traktandierung ist gemäss der Beschreibung im Sachverhalt korrekt erfolgt. Ebenso unproblematisch ist die

eigentliche Durchführung der Versammlung. Das Beschlussprotokoll wurde öffentlich Beurkundet (Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 OR) und enthält sämtliche von Art. 650 Abs. 2 OR verlangten Angaben. Zudem wurde das für den Beschluss notwendige Quorum im Sinne von Art. 808b Abs. 1 Ziff. 6 OR eingehalten. Der umstrittene GV-Beschluss unterliegt somit keinem formellen (Beschluss-)Mangel. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob der Beschluss die materiellen Voraussetzungen für eine Aufhebung des Bezugsrechts verletzt.

bb) Materielle Voraussetzungen des Bezugsrechtsentzugs

Nach Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 OR sind im Zusammenhang mit dem Bezugsrecht der Gesellschafter die Vorschriften des Aktienrechts sinngemäss anwendbar. Gemäss Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 652b Abs. 1 OR hat jeder Gesellschafter im Rahmen einer Kapitalerhöhung Anspruch auf den Teil der neu ausgegebenen Aktien, der seiner bisherigen Beteiligung entspricht. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Erhöhung des Stammkapitals darf das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen aufheben (Art. 652b Abs. 2 OR). Durch die Aufhebung des Bezugsrechts oder die Festsetzung des Ausgabebetrags darf niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden (Art. 652b Abs. 4 OR). Lehre und Rechtsprechung anerkennen zudem seit längerem, dass der Bezugsrechtsentzug dem Grundsatz der schonenden Rechtsausübung genügen muss. Diese drei Voraussetzungen sind im Folgenden zu prüfen.

i) Wichtiger Grund

Beim «wichtigen Grund» handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der einer Konkretisierung/Auslegung bedarf. Gemäss Art. 4 ZGB hat der Richter bei der Auslegung nach Recht und Billigkeit zu entscheiden.

Nach Art. 652b Abs. 2 OR gelten als wichtige «gesetzliche» Gründe insbesondere die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen oder die Beteiligung der Arbeitnehmer. Eine Beteiligung von Arbeitnehmern kann auch vorliegen, wenn Arbeitnehmer als Investoren Aktien zeichnen wollen. Zu beachten ist, dass wenn einer der im Gesetz aufgezählten Gründe vorliegt, nicht automatisch eine gesetzliche Fiktion greift, wonach

die Einschränkung/Aufhebung per se gerechtfertigt ist. Es kommt auch beim Vorliegen gesetzlicher wichtiger Gründe auf den Einzelfall an.

Die Aufzählung in Art. 652b Abs. 2 OR ist darüber hinaus nicht abschliessend. Ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 652b Abs. 2 OR kann auch in anderen, als den gesetzlichen Fällen vorliegen, wobei es auf die konkreten Umstände im jeweiligen Einzelfall ankommt. In jedem Fall muss der Bezugsrechtsausschluss durch ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt sein, dass zur Erreichung des Zieles (Gesellschaftszwecks) erforderlich ist. Im Interesse der Gesellschaft ist etwa, was der Zweckverfolgung, der Erhaltung, der wirtschaftlichen Förderung sowie dem Wachstum der Gesellschaft zugutekommt. Denkbar sind somit insbesondere auch Situationen, in denen der Ausschluss des Bezugsrechts letztlich der Finanzierung der Gesellschaft dient. Die Lehre nennt in diesem Zusammenhang auch die Beteiligung eines strategisch wichtigen Geschäftspartners.

In casu soll das Bezugsrecht der Gesellschafter zugunsten der Beteiligung von Sven ausgeschlossen werden. Bei Sven handelt es sich gemäss Sachverhalt um einen erfahrenen Unternehmensberater, der über wichtige Beziehungen zu potenziellen Investoren verfügt. Sven ist mithin als potenziell strategisch wichtigen Geschäftspartner zu qualifizieren. Sodann ist Sven in einem Teilzeitpensum, wenn auch nur in einem 20-prozentigem, bei der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung angestellt. Er ist deshalb auch «Arbeitnehmer» im Sinne von Art. 652b Abs. 2 OR. Darüber hinaus beträgt der Emissionspreis der Stammanteile das Achtfache des Nennwerts. Dadurch fliesst der Gesellschaft dringend benötigtes Kapital zu, welches sie ultimativ zur Erreichung des Gesellschaftszwecks dringend benötigt. Sven trägt insofern auch eine gewisse Rolle als Investors.

In Anbetracht des Gesagten liegt sowohl mit Blick auf die gesetzlichen «wichtigen Gründe» als auch aufgrund des konkreten Einzelfalls ein qualifiziertes sachliches Interesse der Gesellschaft, mithin ein wichtiger Grund, zum Ausschluss des Bezugsrechts vor.

ii) Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Gemäss Art. 781 Abs. 5 Ziff. 2 i.V.m. Art. 652b Abs. 4 OR darf durch die Aufhebung des Bezugsrechts oder die Festsetzung des Ausgabebetrags niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden. Art. 652b Abs. 4 wurde im Zuge der Aktienrechtsrevision neu eingeführt. Neu wird mit Abs. 4 festgehalten, dass eine unsachliche Begünstigung oder Benachteiligung nicht nur durch die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts erfolgen kann, sondern auch durch die Festsetzung des Ausgabebetrags. Teilgehalt des Gleichbehandlungsgebots in Art. 652b Abs. 4 OR ist somit einerseits, dass der Bezugsrechtsausschluss grundsätzlich für alle bisherigen Gesellschafter gleich zu erfolgen hat. Teilausschlüsse sind zwar nicht absolut verboten, unterliegen jedoch (besonders) hohen Anforderungen. Sodann wird durch Art. 652b Abs. 4 OR geregelt, dass Ausgaben unter dem eigentlichen Marktpreis ohne sachlich begründeten Abschlag ebenfalls dem Gleichbehandlungsgebot zuwiderlaufen (sog. Verhinderung der unsachgerechten Kapitalverwässerung). Die Festsetzung des Ausgabepreis unter dem eigentlichen Marktwert ist jedoch zulässig, solange der Ausgabepreis angemessen und sachlich begründet ist.

Im Gesellschaftsinteresse liegt ein gegenüber dem Marktwert niedrigerer Ausgabepreis der neuen Stammanteile etwa dann, wenn es um eine notwendige, und bei den eigenen Gesellschaftern nicht oder nur teilweise machbare, Aufnahme von frischem Kapital geht. Dies ist insbesondere bei der Aufnahme neuer Investoren der Fall und gilt darüber hinaus auch, wenn eine finanziell nicht mehr so liquide Gesellschaft auf eine rasche Zuführung von neuen Eigenkapital und Liquidität angewiesen ist.

Gemäss Sachverhalt wird das Bezugsrecht für sämtliche Gesellschafter ausgeschlossen. In dieser Hinsicht kann deshalb noch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes festgestellt werden.

Dem Sachverhalt lässt sich jedoch entnehmen, dass der Ausgabepreis tatsächlich 20% unter dem geschätzten Marktpreis liegt. Indessen ist der Abschlag dadurch gerechtfertigt, dass die Gesellschaft auf diese Weise keine flüssigen Mittel aufwenden muss, um die eigentlichen Honorarforderungen von Sven zu bezahlen, würden sie ihn

zwecks Unternehmensberatung als Consultant beauftragen. Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich exakte Marktwerte in der Phase, in welcher sich die (nicht kotierte) Gesellschaft derzeit befindet, generell nur schwer ermitteln lassen und der massgebliche Marktwert gemäss Sachverhalt ohnehin eher einer grosszügigen Schätzung gleichkommt. Letztlich scheint der Abschlag von 20% auch vor dem Hintergrund gerecht, dass die Gesellschaft über praktisch keine liquiden Mitteln mehr verfügt und dringend auf einen Kapitalzufluss angewiesen ist (vgl. die Bilanz vom 31. Januar 2023). Die vorliegende Festsetzung des Ausgabepreis, der 20% unter dem geschätzten Marktwert liegt, stellt somit ebenfalls keine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 652b Abs. 4 OR dar.

iii) Prinzip der schonenden Rechtsausübung

Nach Lehre und Rechtsprechung darf der Bezugsrechtsentzug nicht gegen den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung verstossen. Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung ist verletzt, wenn die Mehrheit zur Erreichung eines bestimmten Ziels einen für die Minderheit unverhältnismässigen Weg wählt. Es ist eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen, die sich strukturmässig nach jener der Grundrechtseinschränkung richtet (Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit). Die Aufhebung des Bezugsanspruches/Vorwegzeichnungsanspruches muss für die Verfolgung des «wichtigen Grundes» zunächst geeignet sein.

In casu wurde das Bezugsrecht der Gesellschafter zugunsten des wichtigen Geschäftspartners und des gleichzeitigen Mitarbeiters entzogen, sodass sich dieser im vorgesehenen Umfang (10 Prozent des Stammkapitals) an der GGD GmbH beteiligen kann. Der Entzug ist ohne weiteres geeignet.

Die Aufhebung/Einschränkung des Bezugsanspruches/Vorwegzeichnungsanspruches muss sodann zur Verfolgung des wichtigen Grundes erforderlich sein. Das bedeutet, dass die Aufhebung in seiner Form das mildeste Mittel darstellt. Das verfolgte Ziel muss für den Gesellschaftszweck jedoch nicht gerade unerlässlich sein, ansonsten wird zu stark in die Autonomie der Gesellschaft eingegriffen. Das

Erforderlichkeitskriterium ist damit nur bei ganz eindeutig missbräuchlichen Bezugsrechtsausschlüssen verletzt.

Da gemäss Sachverhalt Sven darauf besteht, die GGD GmbH nur zu unterstützen, wenn diese ihm ein Beteiligungspaket von 50 Stammanteilen, die mind. 10 Prozent des Stammkapitals ausmachen, anbietet, muss das Bezugsrecht zwangsläufig sämtlichen bisherigen Gesellschaftern entzogen werden. Nur so kann die prozentuale Mindestquote gewährleistet werden. Der Bezugsrechtsentzug, wie er sich vorliegend präsentiert, ist mithin das «mildeste Mittel».

Letztlich muss der Bezugsrechtsentzug zumutbar sein. Die Prüfung der Zumutbarkeit ist eine Interessenabwägung im engeren Sinne: Das Interesse der Gesellschaft an der Einschränkung/Aufhebung ist dem Interesse der Aktionäre/Partizipanten auf Gewährung des Anspruchs gegenüberzustellen und muss letztlich auch überwiegen. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist unter anderem zu berücksichtigen, wie wichtig das mit der Einschränkung/Aufhebung verfolgte Ziel für die Gesellschaft, d.h. für ihre Zweckverfolgung und ihr wirtschaftliches Gedeihen, ist. Auf Seiten des Gesellschafters ist insbesondere zu berücksichtigen, wie stark die Verwässerung ausfallen wird.

Die Gesellschaft hat in casu ein grosses Interesse daran Sven in den Gesellschafterkreis aufzunehmen. Dadurch fliesst neues, dringend benötigtes Kapital ein. Ebenfalls profitiert die GGD GmbH vom Knowhow und den Beziehungen von Sven.

Aus Sicht von Timo ist zu berücksichtigen, dass die Ausgabe der 50 Stammanteile zu einer Stimmrechtsverwässerung führen wird, wenn auch nur zu einer sehr geringen: Timo verfügte vor der Kapitalerhöhung über 11.1% der Stimmen (50 von 450 Stammanteilen), nach der Kapitalerhöhung über 10% (50 von 500 Stammanteilen). Seine Stimmkraft verschlechtert sich mithin nur marginal, was als geringer Eingriff zu qualifizieren ist. Gleiches gilt für die Verwässerung der Vermögensrechte.

Damit überwiegen die Interessen der Gesellschaft gegenüber jenen von Timo. Der Bezugsrechtsentzug ist folglich auch zumutbar und verstösst im Ergebnis nicht gegen die gesetzlichen Vorgaben. Sowohl die formellen wie auch die materiellen Voraussetzungen des Bezugsrechtsentzugs sind erfüllt.

cc) Fazit Anfechtungsklage / Verfügungsanspruch

Der Beschluss betreffend die ordentliche Kapitalerhöhung unterliegt somit weder formellen noch materiellen Mängeln. Eine Anfechtungsklage würde demnach in der Hauptsache wenig Erfolg haben. Es ist folglich eine schlechte Hauptsachenprognose zu stellen, weshalb es in casu an einem Verfügungsanspruch im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO fehlt.

2. Gesamtfazit Frage 2b

Im Ergebnis wäre das Gesuch um (superprovisorische) vorsorgliche Sperrung des Handelsregisters bereits mangels eines Verfügungsanspruchs abzuweisen. Damit erübrigt sich auch die Prüfung der weiteren Voraussetzungen, die gemäss Hinweis im Sachverhalt ohnehin nicht zu prüfen gewesen wären.