

Sammy Guidoum*

Rechtsnatur der Prozentschranken beim Erwerb eigener Aktien und Stammanteile

Ausgewählte Bemerkungen zum BGE 147 III 505 (Urteil 4A_209/2021 des schweizerischen Bundesgerichts vom 19. Juli 2021)

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- III. Erwägungen und Entscheid
 1. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung
 2. Verhältnis zwischen Art. 822 Abs. 1 OR und Art. 783 Abs. 2 OR
 - 2.1. Gesetzliche Ausgangslage
 - 2.2. Begründung und Entscheid der Vorinstanz
 - 2.3. Begründung und Entscheid des Bundesgerichts
- IV. Bemerkungen
 1. Grundsätzliches zum Erwerb eigener Anteile
 - 1.1. Kapitalschutzrechtliche Behandlung als Ausschüttungstatbestand
 - 1.2. Beschneidung der Ausschüttungskompetenzen der Generalversammlung
 - 1.3. Einfluss auf das Stimmrechtsverhältnis
 - 1.4. Besondere Offenlegungsvorschriften
 2. Zweck der Prozentschranken gemäss Art. 659 Abs. 1 und 2 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 und 2 OR
 3. Rechtsfolge bei Überschreitung der Prozentschranken
 4. Praktische Bedeutung für das Austrittsklagerecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR
- V. Schlussbetrachtung

Kernsätze

1. Würde das Austreten eines Gesellschafters aus einer GmbH dazu führen, dass die Gesellschaft eigene Stammanteile im Nennwert von über 35 % des Stammkapitals hielte, ist der Austritt nicht zu bewilligen.
2. Ohne entsprechende Rechtsbegehren kann das Gericht im Austrittsklageverfahren nicht von Amtes wegen alternative Rechtsfolgen anordnen.

I. Einleitung

In seinem jüngeren Leitentscheid BGE 147 III 505 (BGer 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021) äussert sich das Bundesgericht zum Verhältnis zwischen dem Klagerecht

auf Austritt aus der GmbH aus wichtigem Grund gemäss Art. 822 Abs. 1 OR und der 35 %-Grenze, die gemäss Art. 783 Abs. 2 OR beim Rückkauf eigener Stammanteile gilt. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass eine Austrittsklage auch dann abzulehnen sei, wenn zwar ein wichtiger Austrittsgrund vorliege und die Gesellschaft über genügend freies Eigenkapital für den Anteilsrückkauf verfüge, das Ausscheiden des Gesellschafters aber zur Folge hätte, dass die GmbH eigene Anteile im Nennwert von über 35 % des Stammkapitals hielte.¹ Es begründet dies hauptsächlich damit, dass die 35 %-Schranke auch im Fall eines Austritts aus wichtigem Grund einzuhalten sei, da sie das Kapital und damit die Gläubiger der Gesellschaft schütze.²

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den Erwägungen in BGE 147 III 505 auseinander. Im Vordergrund stehen die Ausführungen des Bundesgerichts zur *ratio legis* der prozentmässigen Schranken beim Erwerb eigener Anteile. Es wird aufgezeigt, welche Auswirkungen der neue Leitentscheid auf künftige Anteilsrückkäufe und das Austrittsklagerecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR haben könnte. Obwohl das Urteil in erster Linie die GmbH betrifft und das Aktienrecht kein Austrittsklagerecht kennt,³ werden im Vorliegenden auch mögliche Konsequenzen für den Erwerb eigener Aktien (Art. 659–659b nOR⁴) thematisiert. Nicht eingegangen wird auf steuer- oder börsenrechtliche Aspekte von Anteilsrückkäufen. Ebenso wird der indirekte Erwerb eigener Anteile durch eine Konzernobergesellschaft ausgeklammert.

¹ Vgl. Regeste zum BGE 147 III 505. Vgl. auch hinten III.2.3.

² BGE 147 III 505 insb. E. 6.2. Vgl. auch hinten III.2.3.

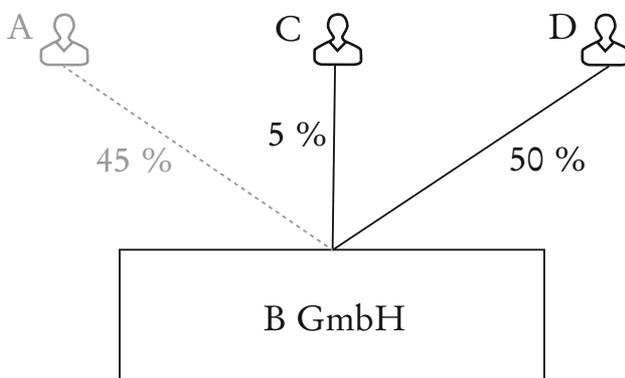
³ Der Aktionär kann die AG aus eigenem Antrieb grundsätzlich nur durch Verkauf seiner Aktien oder im Rahmen einer Auflösungsklage (Art. 736 Abs. 1 Ziff. 4 nOR) verlassen. Vgl. eingehend zum Austritt aus der AG: RETO SANWALD, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, Diss. Zürich 2008 (= SSHW 280), 135–259.

⁴ Mit «nOR» werden im Vorliegenden die Bestimmungen des neuen Aktienrechts gemäss den Änderungen vom 19. Juli 2020, AS 2020 4005–4076 (sog. Aktienrecht 2020), bezeichnet, die am 1. Januar 2023 in Kraft treten werden, während mit «aOR» all jene Normen bezeichnet werden, die mit Inkrafttreten des Aktienrechts 2020 ausser Kraft gesetzt werden.

* Dr. des. Sammy Guidoum, Rechtsanwalt, ist Associate bei Baker McKenzie in Zürich.

II. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Dem Bundesgerichtsurteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die B GmbH (Beschwerdegegnerin) verfügt über ein Stammkapital in der Höhe von CHF 20'000, das in 20 Stammanteile mit einem Nennwert von je CHF 1'000 eingeteilt ist. Gesellschafter A hält neun Stammanteile (= 45 %). Gesellschafter C hält einen Stammanteil (= 5 %) und Geschäftsführer D die übrigen zehn Stammanteile (= 50 %).⁵



Am 20. Januar 2020 reichte A beim Bezirksgericht Arbon (TG) eine Austrittsklage gemäss Art. 822 Abs. 1 OR ein und beantragte, ihm sei der Austritt aus der B GmbH zum wirklichen Wert seiner Stammanteile zu bewilligen. Mit Entscheid vom 27. Mai 2020 wies der Einzelrichter des Bezirksgerichts Arbon die Austrittsklage ab. Dagegen erhob A Beschwerde beim Obergericht des Kantons Thurgau. Dieses wies die Beschwerde mit Entscheid vom 10. März 2021 ab.⁶

Daraufhin gelangte A mit Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) ans Bundesgericht und verlangte, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau sei aufzuheben und seine vor Bezirksgericht gestellten Anträge seien gutzuheissen bzw. die Sache sei eventualiter an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.⁷ Streitig geblieben und damit entscheidenderheblich war, wie sich das Austrittsrecht gemäss Art. 822 OR eines Gesellschafters mit einer Beteiligung von über 35 % zu den Regeln über den Erwerb eigener Stammanteile – insb. zur 35 %-Erwerbsobergrenze gemäss Art. 783 Abs. 2 OR – verhält.⁸

III. Erwägungen und Entscheid

1. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Zunächst hielt das Bundesgericht fest, dass der massgebliche Streitwert unter CHF 30'000 liege und deshalb die Voraussetzung einer Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG nicht erfüllt sei. Eine Beschwerde in Zivilsachen sei vorliegend aber dennoch zuzulassen, da die Frage, wie sich das Austrittsrecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR eines Gesellschafters mit einer Beteiligung von über 35 % zu den Regeln über den Erwerb eigener Stammanteile verhält, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i.S.v. Art. 74 Abs. 2 Bst. a BGG darstelle.⁹

2. Verhältnis zwischen Art. 822 Abs. 1 OR und Art. 783 Abs. 2 OR

2.1. Gesetzliche Ausgangslage

Damit gelangte das Bundesgericht zur eigentlichen Kernfrage: dem bislang ungeklärten Verhältnis zwischen dem Austrittsklagerecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR und der 35 %-Schranke gemäss Art. 783 Abs. 2 OR. Die Krux liegt bei dieser Gegenüberstellung darin, dass einerseits Art. 822 Abs. 1 OR jedem GmbH-Gesellschafter unabhängig von dessen Beteiligungsquote das Recht gewährt, beim Gericht auf Bewilligung des Austritts aus der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu klagen. Andererseits besagt Art. 783 OR, dass eine GmbH eigene Anteile im Rahmen eines Austrittsverfahrens nur erwerben darf, wenn (i) sie über freies Eigenkapital in der Höhe der dafür notwendigen Mittel verfügt (Abs. 1) und (ii) der Nennwert der von der GmbH gehaltenen, eigenen Anteile insgesamt 35 % des Stammkapitals nicht übersteigt (Abs. 2).

Klagt ein Gesellschafter auf Bewilligung seines Austritts aus der GmbH und liegt – wie im hier diskutierten Fall – ein wichtiger Austrittsgrund vor, fragt sich, ob die Austrittsklage vom Gericht allein gestützt darauf gutgeheissen werden darf bzw. sogar muss oder dafür zusätzlich die Voraussetzungen gemäss Art. 783 Abs. 1 und 2 OR erfüllt sein müssen. Letztlich ist die Frage, ob das Austrittsklagerecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR oder das Eigenkapitalerfordernis und die Prozentschranke gemäss Art. 783 Abs. 1 und 2 OR vorgehen.

⁵ BGE 147 III 505 Sachverhalt A.

⁶ BGE 147 III 505 Sachverhalt B.

⁷ BGer 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021, Sachverhalt C (in BGE 147 III 505 nicht publiziert).

⁸ BGE 147 III 505 E. 1.

⁹ BGE 147 III 505 E. 1 (ausführlicher in BGer 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021, E. 1).

2.2. Begründung und Entscheid der Vorinstanz

Das Obergericht des Kantons Thurgau hielt fest, dass es sich beim Austrittsrecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR um ein «zwingendes» und «unentziehbares» Recht des Gesellschafters handle, weshalb das Austrittsrecht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes klageweise durchgesetzt werden könne.¹⁰ Im vorliegenden Fall erachtete das Obergericht den wichtigen Grund gestützt auf die unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz als gegeben.¹¹

Es müsse allerdings auch berücksichtigt werden – so das Obergericht weiter –, dass die Abtretung von Stammanteilen im Rahmen eines Austritts eines Gesellschafters aus rechtlichen oder faktischen Gründen erschwert sei.¹² Insbesondere schreibe das Gesetz zwingend vor, dass die Stammanteile des austretenden Gesellschafters entweder an einen Mitgesellschafter, einen Dritten oder die Gesellschaft selbst übertragen oder aber durch Kapitalherabsetzung vernichtet werden müssten; sie dürften nicht «herrenlos» werden.¹³

Da vom Beschwerdeführer A nicht geltend gemacht worden sei, dass ein Mitgesellschafter oder ein Dritter die Stammanteile übernehme und auch die Statuten der B GmbH keine Pflicht der Mitgesellschafter zur Übernahme der Anteile vorsähen, käme bloss eine Übernahme durch die Gesellschaft selbst in Frage. Eine Übertragung der Stammanteile auf die Gesellschaft sei jedoch nicht umsetzbar, weil A eine Beteiligung von 45 % halte und deshalb die Übernahme durch die Gesellschaft zu einer Überschreitung der 35 %-Grenze gemäss Art. 783 Abs. 2 OR führen würde.¹⁴ Folglich wies das Obergericht die Beschwerde aufgrund der «fehlenden Umsetzbarkeit» ab.¹⁵

2.3. Begründung und Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht argumentierte, dass eine Vernichtung der Stammanteile von A nicht in Frage käme, weil das Stammkapital der B GmbH bereits dem gesetzlichen Mini-

malwert von CHF 20'000 entspreche.¹⁶ Ferner müsse aufgrund der unbestritten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass eine Veräusserung der Anteile zurzeit nicht möglich sei. Auch gäbe es mangels statutarischer Grundlage keine Möglichkeit zur zwangsweisen Übertragung der Stammanteile auf einen Mitgesellschafter. Es bleibe nur die Option der Übernahme der Anteile durch die Gesellschaft selbst.¹⁷

Daraufhin äusserte sich das Bundesgericht zur Natur der 35 %-Schranke gemäss Art. 783 Abs. 2 OR. Mit Verweis auf die Botschaft zur Revision des GmbH-Rechts¹⁸ erwog es, dass die 35 %-Schwelle den Erwerb eigener Stammanteile beschränke und «im Dienst des Gläubigerschutzes» stehe, da sie die «Verminderung von Haftungssubstrat der Gesellschaft» verhindere.¹⁹ Die Erwerbsobergrenze sei im Verlauf der Revision des GmbH-Rechts von 20 % gemäss Vorentwurf²⁰ auf die heute geltenden 35 % angehoben worden, um das Ausscheiden von Gesellschaftern auch in kleineren GmbHs, also solchen mit wenigen Gesellschaftern und entsprechend hohen Beteiligungsquoten, zu ermöglichen. Aus den Materialien zur Revision des GmbH-Rechts erhalte, dass die Gesetz gewordene Fassung von Art. 783 Abs. 2 OR das Resultat einer Abwägung sei zwischen dem Bestreben, den Gesellschafterwechsel möglichst flexibel zu gestalten, und dem Anliegen, den Kapital- und Gläubigerschutz zu gewährleisten.²¹ Daher müsse angenommen werden, dass sich der Gesetzgeber im Wissen um die Schwierigkeit des Austritts von Gesellschaftern mit grossen Beteiligungen für einen Plafond von 35 % eigener Stammanteile entschieden habe und er ein Halten eigener Anteile durch die Gesellschaft im darüber hinausgehenden Umfang nicht zu tolerieren gewillt gewesen sei. Folglich seien Änderungen im Gesellschafterbestand gerichtlich nicht zu bewilligen, wenn sie dazu führen würden, dass die Gesellschaft eigene Anteile im Nennwert von über 35 % des Stammkapitals hielte.²²

Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass bereits Art. 825a OR eine Gläubigerschädigung im Falle eines Gesellschafteraustritts verhindere. Denn Art. 825a OR sehe zwar vor, dass die Abfindung des Austretenden erst dann fällig werde, wenn die Gesellschaft über freies Eigenkapital verfüge.²³ Art. 783 Abs. 2 OR sei aber – wie das aktienrechtliche Korrelat in Art. 659 aOR (bzw. Art. 659 nOR) – eine zusätzliche, vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Schranke zur Verhinderung der Aushöhung der Gesellschaft, die auch dann greife, wenn

¹⁰ Nicht publizierter Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3a), m.w.H.

¹¹ Nicht publizierter Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3b).

¹² Nicht publizierter Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3a)aa), in Anlehnung an die Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001, 3148–3264, 3221, und MARTIN F. NUSSBAUM/RETO SANWALD/MARKUS SCHEIDEGGER (Hrsg.), Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, Muri bei Bern 2007, Art. 822 OR N 8.

¹³ Nicht publizierter Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3b)bb).

¹⁴ Nicht publizierter Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3b)bb).

¹⁵ Nicht publizierter Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3b)bb).

¹⁶ BGE 147 III 505 E. 6.1.

¹⁷ BGE 147 III 505 E. 6.1.

¹⁸ Botschaft (Fn. 12), 3183.

¹⁹ BGE 147 III 505 E. 6.2.1.

²⁰ Art. 807 Abs. 2 VE-OR 1999.

²¹ BGE 147 III 505 E. 6.2.1.

²² BGE 147 III 505 E. 6.2.3.

²³ Vgl. Art. 825a Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 OR.

an sich hinreichendes verwendbares Eigenkapital i.S.v. Art. 825a Abs. 1 Ziff. 1 OR vorhanden wäre.²⁴

Damit gelangte das Bundesgericht zum folgenden Ergebnis: «Würde das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GmbH dazu führen, dass die Gesellschaft eigene Stammanteile im Nennwert von über 35 % des Stammkapitals hielte, ist der Austritt nicht zu bewilligen.»²⁵

Abschliessend erwog es, dass Art. 822 OR – anders als Art. 821 Abs. 3 Satz 2 OR – nicht vorsehe, dass das Gericht statt auf Austritt des Gesellschafters von sich aus auf eine andere, sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen dürfe. Vielmehr wäre es am Beschwerdeführer gewesen, für den Fall der Abweisung seiner Austrittsklage eventualiter die Auflösung der Gesellschaft oder eine andere sachgemässe Lösung zu beantragen.²⁶ Deshalb habe die Vorinstanz den Austritt zu Recht nicht bewilligt bzw. die Beschwerde zu Recht abgewiesen.²⁷

IV. Bemerkungen

1. Grundsätzliches zum Erwerb eigener Anteile

1.1. Kapitalschutzrechtliche Behandlung als Ausschüttungstatbestand

Kauft eine Gesellschaft eigene Anteile zurück, fliessen in der Höhe des Kaufpreises Mittel an die verkaufenden Gesellschafter ab.²⁸ Die zurückgekauften Anteile stellen für die Gesellschaft aber keinen reellen Gegenwert des bezahlten Kaufpreises dar, weil ihr das Gesellschaftsvermögen ohnehin gehört; sie hält infolge Erwerbs eigener Anteile gewissermassen eine «Beteiligung an sich selbst».²⁹ Deshalb wird verlangt, dass die Gesellschaft in der Höhe des Anschaffungswerts der eigenen Anteile über frei verwendbares Eigenkapital verfügt.³⁰

Wie beim Dividendenantrag an die GV muss der VR beim Anteilsrückkauf nebst dem formellen Eigenkapitalerfordernis auch prüfen, ob die Gesellschaft in materieller Hinsicht über genügend Liquidität für den geplanten Rückkauf verfügt. Unterlässt er diese Prüfung und führt ein Anteilsrückkauf dazu, dass der Gesellschaft betriebsnotwendige Liquidität entzogen wird, kann dies eine Verantwortlichkeit des VR i.S.v. Art. 754 OR begründen.³¹

Des Weiteren muss die Gesellschaft im Umfang der Anschaffungskosten der eigenen Anteile einen Minusposten im Eigenkapital verbuchen.³² Der gebildete Minusposten ist «gesperrt» und darf erst bei Vernichtung oder Wiederveräusserung der zurückgekauften Anteile aufgelöst werden.³³ Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine bilanzrechtliche Umsetzung des Kapitalschutzprinzips: Da beim Anteilsrückkauf Mittel an die Gesellschafter abfliessen, wird der Vorgang kapitalschutzrechtlich als Ausschüttung, d.h. als gewillkürte Verminderung des Gesellschaftsvermögens betrachtet. Die für den Rückkauf verwendeten Mittel stehen nicht mehr für formelle Ausschüttungen an die Gesellschafter (z.B. in Form von Dividenden) zur Verfügung.³⁴

1.2. Beschneidung der Ausschüttungskompetenzen der Generalversammlung

Bei der AG fällt die Kompetenz zum Erwerb eigener Aktien mangels expliziter Regelung dem VR zu (Art. 716 Abs. 1 OR).³⁵ Deshalb kann der VR im Bereich des Erwerbs eigener Aktien unter Wahrung seiner allgemeinen Verhaltenspflichten (Art. 717 OR) über die Verwendung freien Eigenkapitals beschliessen. Jener Teil des freien Eigenkapitals, der vom VR in Aktienrückkäufe investiert wird, kann die GV nicht mehr für formelle Ausschüttungen verwenden.³⁶ Insofern steht die Rückkaufkompetenz des VR in einem Spannungsverhältnis zur Befugnis der GV, über die Ausschüttung freien Eigenkapitals in

²⁴ BGE 147 III 505 E. 6.3.

²⁵ BGE 147 III 505 E. 6.6.

²⁶ BGE 147 III 505 E. 6.6.

²⁷ BGE 147 III 505 E. 7.

²⁸ LUKAS GLANZMANN, Das Eigenkapital gemäss neuem Aktienrecht, SJZ 118/2022, 755–767, 765; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 N 84; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 13 N 558; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 86.

²⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 28), § 50 N 131; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 16 N 113; ROGER DÜRR, Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Diss. Zürich 2005 (= SSHW 245), § 5 N 38; VON DER CRONE (Fn. 28), § 13 N 558.

³⁰ Art. 659 Abs. 1 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 OR. Vgl. zur Bestimmung des freien Eigenkapitals: GLANZMANN (Fn. 28), 762 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 60–66.

³¹ ZK-HANDSCHIN, Art. 659–659b OR N 82 f.

³² Art. 659a Abs. 4 nOR i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR bzw. Art. 783 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 659a Abs. 4 nOR i.V.m. Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR.

³³ GLANZMANN (Fn. 28), 766; MARKUS VISCHER, Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung, insb. innerhalb des Kapitalbands, und der Erwerb und die Veräusserung eigener Aktien, SZW 3/2021, 321–338, 326 und 328.

³⁴ Vgl. GLANZMANN (Fn. 28), 765; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 88.

³⁵ Vgl. VON DER CRONE (Fn. 28), § 13 N 571 und § 17 N 953; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 4 N 225 und 235; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 659 N 2a; CHK-TRÜEB, Art. 659 OR N 14; ROGER GRONER, Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel, erschienen in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 68, Basel/Genf/München 2003, 143; ZK-HANDSCHIN, Art. 659–659b OR N 21 f. und 67; URS KÄGI, Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Diss. Freiburg 2012 (= SSHW 309), § 5 N 44.

³⁶ Vgl. auch vorne IV.1.1.

Form von Dividenden oder Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve zu entscheiden.³⁷

Die Rückkaufkompetenz des VR wird gesetzlich aber in zweifacher Hinsicht beschränkt: Erstens sind Aktienrückkäufe gemäss Art. 659 Abs. 2 bzw. 3 nOR nur bis zur Erreichung der 10 %-Schwelle (bzw. bei Rückkäufen im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung (vinkulierte Namenaktien) oder einer Auflösungsklage der 20 %-Schwelle) des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals zulässig.³⁸ Dieselben Prozentschwellen gelten für den Rückkauf von Partizipationsscheinen,³⁹ wobei im revidierten Aktienrecht für die Berechnung der Bemessungsbasis ein etwaiges Partizipationskapital nicht mehr mit dem Aktienkapital zu addieren, sondern die Grenzwerte separat zu berechnen sind.⁴⁰

Zweitens ist zu beachten, dass sich das freie Eigenkapital formell auf der Grundlage der letzten genehmigten Jahresrechnung (bzw. des letzten genehmigten Zwischenabschlusses⁴¹) bestimmt.⁴² Bei der Genehmigung der Jahresrechnung kann die GV beschliessen, aus dem neu generierten, d.h. in der Vorjahresrechnung noch nicht bilanzierten, freien Eigenkapital (insb. Nettajahresgewinn⁴³) Ausschüttungen vorzunehmen oder zweckgebundene Reserven zu bilden. Nur was sie davon stehen lässt, kann der VR später in Aktienrückkäufe investieren. Deswegen kann in diesem Zusammenhang von einer «systematischen Privilegierung» der GV gesprochen werden.⁴⁴

Analoges gilt in Bezug auf den Zwischenabschluss gemäss Art. 960f nOR: Auch dieser unterliegt der Genehmigung der GV.⁴⁵ Die GV kann bei der Genehmigung des Zwischenabschlusses beschliessen, aus dem bilanzierten Periodengewinn Zwischendividenden (Art. 675a nOR) auszurichten oder gebundene Reserven zu äufnen.

³⁷ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR («gewöhnliche» Dividende), Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 nOR (Zwischendividende) und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 nOR (Rückzahlung der gesetzlichen Kapitalreserve).

³⁸ Vgl. GLANZMANN (Fn. 28), 767.

³⁹ Art. 656a nOR.

⁴⁰ Art. 656b Abs. 5 nOR. Vgl. auch GLANZMANN (Fn. 28), 766; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 86; PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2022, Art. 659 N 9.

⁴¹ GL.M. PHILIPP AICHELE/FLURIN VIONNET-RIEDERER, Die Zwischendividende im revidierten Aktienrecht, EF 6/2021, 293–298, 296 f.; VISCHER (Fn. 33), 325, m.w.H. zum Stand der Lehre bzgl. dem aOR 1991.

⁴² BÖCKLI (Fn. 35), § 4 N 227; BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 659 N 7; CHK-TRÜEB, Art. 659 OR N 9; VISCHER (Fn. 33), 328.

⁴³ Vom «Bruttojahresgewinn» müssen 5 % den gesetzlichen Gewinnreserven zugewiesen werden (Art. 672 Abs. 1 Satz 1 nOR). Liegt ein Verlustvortrag vor, muss dieser noch vor der Zuweisung an die Reserven beseitigt, d.h. mit dem «Bruttojahresgewinn» verrechnet werden (Art. 672 Abs. 1 Satz 2 nOR). Nach allfälliger Verrechnung mit dem Verlustvortrag und Zuweisung an die gesetzlichen Gewinnreserven kann deshalb von einem «Nettojahresgewinn» gesprochen werden.

⁴⁴ Vgl. KÄGI (Fn. 35), § 7 N 41, ähnlich auch § 5 N 41; VISCHER (Fn. 33), 333.

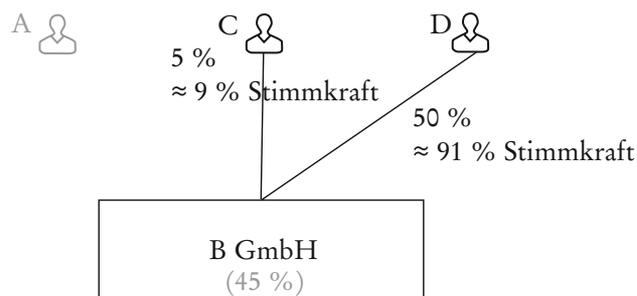
⁴⁵ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 nOR.

Jener Teil des Periodengewinns, den die GV übriglässt, steht dem VR in formeller Hinsicht für Anteilsrückkäufe zur Verfügung.

Auf die GmbH lässt sich das Gesagte nicht übertragen: Im GmbH-Recht stellen sowohl die Genehmigung des Erwerbs eigener Stammanteile (bzw. die entsprechende Ermächtigung der Geschäftsführer) als auch die Festsetzung von Dividenden bzw. Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve unübertragbare Kompetenzen der Gesellschafterversammlung dar.⁴⁶ Wie sogleich dargelegt wird, dienen die prozentmässigen Erwerbsobergrenzen gemäss Art. 783 OR daher ausschliesslich dem Schutz des Stimmrechtsverhältnisses.⁴⁷

1.3. Einfluss auf das Stimmrechtsverhältnis

Ferner hat ein asymmetrischer (d.h. nicht kapitalproportionaler) Rückkauf eigener Anteile eine Veränderung des Stimmrechtsverhältnisses zur Folge,⁴⁸ weil das Stimmrecht und die damit verbundenen Rechte für die zurückgekauften Anteile ruhen, somit die Stimmrechtsbasis schrumpft und sich die Machtpositionen der Gesellschafter verschieben können.⁴⁹ Dabei nimmt der Einfluss grosser Beteiligungen tendenziell zu.⁵⁰ Je nach Konstellation kann ein asymmetrischer Rückkauf sogar bewirken, dass Gesellschafter, die kapitalmässig keine Mehrheitsbeteiligung halten, nach dem Rückkauf mehr als zwei Drittel der (nicht ruhenden) Stimmrechte inne haben. Dies lässt sich am folgenden Beispiel veranschaulichen: Würde die B GmbH die ganze 45 %-Beteiligung von A zurückkaufen, hätte dies zur Folge, dass C mit seiner 5 %-Beteiligung über ca. 9 % der aktiven Stimmkraft und D mit seiner 50 %-Beteiligung gar über ca. 90 % der aktiven Stimmkraft verfügen würden:



⁴⁶ Vgl. Art. 804 Abs. 2 Ziff. 5 und 11 OR sowie Art. 804 Abs. 2 Ziff. 5^{bis} nOR.

⁴⁷ Vgl. sogleich IV.1.3.

⁴⁸ Die Zulässigkeit asymmetrischer Anteilsrückkäufe ist in der Lehre umstritten. Nach wohl h.L. gilt ein solcher als zulässig, wenn er sachlich begründet ist und zu Drittbedingungen erfolgt (vgl. etwa BÖCKLI (Fn. 35), § 4 N 249–252; restriktiver: ZK-HANDSCHIN, Art. 659–659b OR N 89 f.).

⁴⁹ Art. 659a Abs. 1 nOR bzw. Art. 783 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 659a Abs. 1 nOR. Vgl. auch GLANZMANN (Fn. 28), 767; BÖCKLI (Fn. 35), § 4 N 202.

⁵⁰ BÖCKLI (Fn. 35), § 4 N 202.

Daran lässt sich erkennen, dass durch Anteilsrückkäufe Einfluss auf die Stimmquoten der Gesellschafter genommen werden kann. Das Gesetz beschränkt diese Einflussmöglichkeit, indem es den Erwerb eigener Anteile nur bis zur Erreichung der Prozentschwellen gemäss Art. 659 Abs. 2 und 3 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 und 2 OR zulässt.⁵¹ Die Prozentschwellen haben deshalb – zumindest im Fall der AG – eine Doppelfunktion: Erstens beschränken sie die Befugnis des VR, über die Verwendung freien Eigenkapitals zu beschliessen.⁵² Zweitens limitieren sie die Möglichkeit, durch Anteilsrückkäufe die Stimmrechtsverhältnisse zu manipulieren.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts bezwecken die Prozentschwellen aber nicht (primär) die Verhinderung einer direkten Selbstkontrolle der Gesellschaft durch ihre Leitungsorgane,⁵³ weil das mit den zurückgekauften Anteilen verbundene Stimmrecht ja ruht (Art. 659a Abs. 1 nOR).⁵⁴ Eine Art Selbstkontrolle könnte mittels Anteilsrückkaufs nur dann realisiert werden, wenn entweder (i) alle ausgegebenen Anteile zurückgekauft und damit sämtliche Stimmrechte der Gesellschafter zum Ruhen gebracht würden oder (ii) ein oder mehrere Leitungsorgane zugleich Gesellschafter wären und ihre Stimmkraft dadurch erhöht würde, indem Anteile der übrigen Gesellschafter zurückgekauft würden. Nur in diesen besonderen Fällen können die Erwerbsobergrenzen gemäss Art. 659 nOR bzw. Art. 783 OR als Mechanismus zur Verhinderung der Selbstkontrolle betrachtet werden.

1.4. Besondere Offenlegungsvorschriften

Alsdann lösen Aktienrückkäufe besondere Offenlegungspflichten aus. Wie schon erwähnt ist im Umfang des Anschaffungswerts ein Minusposten im Eigenkapital zu verbuchen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 Bst. e OR).⁵⁵ Des Weiteren sind der Erwerb und die Veräusserung, samt den Erwerbs- bzw. Veräusserungsbedingungen (also hauptsächlich der Preis), sowie der Endbestand der direkt und indirekt gehaltenen eigenen Aktien im Anhang zur Jahresrechnung separat auszuweisen (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 4 nOR und Art. 959c Abs. 2 Ziff. 5 OR).⁵⁶

Aufgrund des Verweises in Art. 783 Abs. 4 OR gelten diese Offenlegungsvorschriften auch beim Erwerb eigener Stammanteile.⁵⁷

2. Zweck der Prozentschranken gemäss Art. 659 Abs. 1 und 2 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 und 2 OR

Wie bereits erwähnt ist das Bundesgericht der Meinung, die 35 %-Schwelle gemäss Art. 783 Abs. 2 OR stehe «im Dienst des Gläubigerschutzes», da sie die «Ver minderung von Haftungssubstrat der Gesellschaft» ver hindere.⁵⁸ Sie bilde eine zusätzliche «Schranke zur Ver hinderung der Aushöhlung der Gesellschaft», die auch dann greife, wenn «an sich hinreichendes verwendbares Eigenkapital im Sinne von Art. 825a Abs. 1 Ziff. 1 OR vorhanden wäre».⁵⁹

Diese Auffassung überzeugt nicht, da eine ungerechtfertigte «Aushöhlung der Gesellschaft» im Rahmen eines Anteilsrückkaufs gar nicht stattfinden kann, solange die Gesellschaft im Umfang des Erwerbspreises der eigenen Anteile über frei verwendbares Eigenkapital verfügt. Den Verwendungszweck des *frei verwendbaren* Eigenkapitals darf die GV bzw. Gesellschafterversammlung nämlich – wie es sein Name verrät – frei bestimmen. Deshalb kann sie im Umfang der freien Mittel auch Dividendenausschüttungen⁶⁰ bzw. Rückzahlungen der gesetzlichen Kapitalreserve⁶¹ beschliessen und die entsprechenden Mittel so an die Gesellschafter abführen. Das heisst, das freie Eigenkapital kann den Gesellschaftsgläubigern genauso gut auf dem Weg formeller Ausschüttungen entzogen und das Gesellschaftsvermögen so vermindert werden.⁶²

Diese Entzugsmöglichkeit rechtfertigt sich deshalb, weil freies Eigenkapital definitionsgemäss nur in dem Umfang vorliegt, in welchem die Aktiven der Gesellschaft das gesamte Fremdkapital (und damit sämtliche Gläubigerforderungen), das Grund- bzw. Stammkapital sowie die gesetzlich geschützten Reserven (inkl. allfälliger Eigenkapitalminusposten) übersteigen.⁶³ Aus diesem Grund können die prozentmässigen Begrenzungen beim Erwerb eigener Anteile gar nicht als zusätzliche Gläubigerschutzbestimmungen fungieren.⁶⁴ Vielmehr bezwecken sie, wie bereits aufgezeigt wurde, (i) die Begrenzung der Möglichkeit, das Stimmrechtsverhältnis via Anteilsrückkäufe zu be-

⁵¹ GLANZMANN (Fn. 28), 767.

⁵² Vgl. vorne IV.1.2.

⁵³ BGER 4A_340/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 4.1 und E. 5.2.1.

⁵⁴ Gleich wie hier auch schon GLANZMANN (Fn. 28), 767.

⁵⁵ Vgl. vorne IV.1.1.

⁵⁶ Vgl. auch GLANZMANN (Fn. 28), 766; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 91.

⁵⁷ BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 783 N 18.

⁵⁸ BGE 147 III 505 E. 6.2.1.

⁵⁹ BGE 147 III 505 E. 6.3.

⁶⁰ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 nOR bzw. Art. 798 nOR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 nOR.

⁶¹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 nOR bzw. Art. 798 nOR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 nOR.

⁶² Gl.M. GLANZMANN (Fn. 28), 766 f.

⁶³ Vgl. GLANZMANN (Fn. 28), 762 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 60–66.

⁶⁴ Gl.M. GLANZMANN (Fn. 28), 766 f. A.M. aber BGE 147 III 505 E. 6.3; diesem zustimmend DAMIAN FISCHER, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_209/2021 vom 19. Juli 2021 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. GmbH, Austritt aus einer GmbH, Urteilsbesprechung, AJP 10/2021, 1290–1922, 1298 f. A.M. als hier wohl auch CR CO II-TRIGO TRINDADE, Art. 659, 659a N 12.

einflussen⁶⁵ und – im Falle der AG – (ii) die Beschränkung der Kompetenz des VR, über die Verwendung des freien Eigenkapitals zu beschliessen.⁶⁶ Diese Erkenntnis gilt es bei der nachfolgend zu klärenden Frage, welche Rechtsfolge eine Überschreitung der Prozentschranken nach sich zieht, zu berücksichtigen.

3. Rechtsfolge bei Überschreitung der Prozentschranken

Bislang ging die h.L. davon aus, dass die Bestimmungen über den Erwerb eigener Aktien reine Ordnungsvorschriften seien. Insbesondere bewirkt eine Überschreitung der Erwerbsobergrenzen gemäss Art. 659 aOR bzw. Art. 659 Abs. 1 und 2 nOR nach herrschender Ansicht weder die Anfechtbarkeit noch Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, sofern der Erwerb aus freiem Eigenkapital finanziert wurde.⁶⁷ Selbiges wird bezüglich Art. 783 Abs. 1 und 2 OR vertreten.⁶⁸ Nichtigkeit wird aber dann angenommen, wenn der Erwerb aus gesperrtem Eigenkapital finanziert wurde und der Verkäufer dies wusste oder hätte wissen müssen.⁶⁹ Nach richtiger Ansicht kann die Nichtigkeit aber nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft die Anteile ohne Verluste weiterverkauft hat.⁷⁰ Im Übrigen kann die Verletzung der Vorschriften über den Erwerb eigener Anteile eine Verantwortlichkeit der zuständigen Organe begründen (Art. 754 OR bzw. Art. 827 i.V.m. Art. 754 OR).⁷¹

Diese in der Lehre etablierte Differenzierung wird mit dem Bundesgerichtsurteil 147 III 505 auf den Prüfstand gestellt, weil das Bundesgericht die prozentmässigen Schwellen beim Erwerb eigener Anteile (auch) als Kapitalschutzbestimmungen qualifiziert.⁷² Die Verletzung einer Kapitalschutzbestimmung führt in der Regel nämlich zur Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts.⁷³ Es fragt sich deshalb, ob aus dem Urteil zu folgern ist, dass auch eine Überschreitung der Erwerbs-

obergrenzen gemäss Art. 659 nOR bzw. Art. 783 OR Nichtigkeit zur Folge hat.

Wie erwähnt sind die Prozentschranken beim Erwerb eigener Anteile m.E. nicht beim Kapitalschutz zu verorten.⁷⁴ Denn sie verhindern nicht den ungerechtfertigten Entzug von Haftungssubstrat der Gesellschaft, sondern begrenzen die Möglichkeit, auf die innergesellschaftlichen Verhältnisse zur Willensbildung Einfluss zu nehmen.⁷⁵ Ausserdem bewahren sie bis zu einem gewissen Grad die Ausschüttungskompetenz der GV.⁷⁶ Die Gläubiger werden beim Erwerb eigener Anteile dadurch geschützt, dass Rückkäufe aus freiem Eigenkapital zu finanzieren sind.⁷⁷ Wie bei anderen Ausschüttungstatbeständen stellt dieses Erfordernis sicher, dass der Gesellschaft nur frei verfügbare Mittel entzogen werden.⁷⁸ Deshalb erfahren die Gesellschaftsgläubiger durch die Erwerbsobergrenzen gemäss Art. 659 nOR bzw. Art. 783 OR keinen zusätzlichen Schutz; ein solcher ist aufgrund des Eigenkapitalerfordernisses gemäss Art. 659 Abs. 1 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 OR gar nicht erforderlich.

Aus diesem Grund rechtfertigt sich auch die drastische Nichtigkeitsfolge im Falle eines Verstosses gegen die Prozentschranken nicht. Vielmehr ist mit der bisherigen Lehre davon auszugehen, dass ein (aussergerichtlicher) Rückkauf eigener Anteile trotz Überschreitung der Erwerbsobergrenzen grundsätzlich rechtsgültig bleibt und ein Erwerbsgeschäft nur insoweit nichtig ist, als der Rückkauf aus gesperrtem Eigenkapital finanziert wurde. Nur dann, wenn in das gesetzlich geschützte Eigenkapital eingegriffen wird, haben die Gesellschaftsgläubiger einen ungerechtfertigten Entzug von Haftungssubstrat zu beklagen, weshalb die Nichtigkeitsfolge adäquat ist.

Damit soll jedoch nicht gesagt sein, dass das Bundesgericht mit seiner Beurteilung falsch lag, es könne einen Austritt eines GmbH-Gesellschafters nicht bewilligen, wenn dieser eine Verletzung der 35%-Schwelle gemäss Art. 783 Abs. 2 OR zur Folge hätte. Denn die Bestimmung besagt explizit, dass die Höchstgrenze beim Erwerb eigener Stammanteile «im Zusammenhang mit [...] einem Austritt» 35 % beträgt. Diese Vorschrift ist für das Gericht bindend (Art. 1 Abs. 1 ZGB). Deshalb ist das Gericht in einem solchen Fall von Gesetzes wegen gehalten, eine Austrittsklage abzulehnen.⁷⁹ Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts ergibt sich diese Hierarchie zwischen Art. 783 Abs. 2 OR und Art. 822 Abs. 1 OR aber direkt aus dem Gesetz; sie muss nicht über eine (dogmatisch

⁶⁵ Vgl. vorne IV.1.3.

⁶⁶ Vgl. vorne IV.1.2.

⁶⁷ GLANZMANN (Fn. 28), 766 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 92; VON DER CRONE (Fn. 28), § 13 N 564; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 29), § 50 N 173 Fn. 69; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 29), § 16 N 115; BÖCKLI (Fn. 35), § 4 N 286.

⁶⁸ BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 783 N 15; CHK-TRÜEB, Art. 783 OR N 23.

⁶⁹ GLANZMANN (Fn. 28), 766; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 92; BÖCKLI (Fn. 35), § 4 N 286–289. Vgl. sodann auch BSK OR II-LENZ/VON PLANTA, Art. 659 N 11 f.; DIETER GERICKE/VANESSA ISLER, Rückkauf eigener Aktien im regulatorischen Dickicht, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen IX, EIZ Bd. 152, Zürich 2014, 117–180, 131–134.

⁷⁰ Vgl. GLANZMANN (Fn. 28), 766 f.; DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 92.

⁷¹ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 8 N 92, mit Verweis auf BGE 110 II 293 E. 3a; 117 II 290 E. 4d/aa = Pra 1992 Nr. 137.

⁷² BGE 147 III 505 E. 6.3. Vgl. auch vorne III.2.3.

⁷³ Art. 706b Ziff. 3 OR.

⁷⁴ Vgl. vorne IV.2.

⁷⁵ Vgl. vorne IV.1.3.

⁷⁶ Vgl. vorne IV.1.2.

⁷⁷ Art. 659 Abs. 1 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 OR. Vgl. auch vorne IV.1.1.

⁷⁸ Vgl. vorne IV.1.1.

⁷⁹ Ähnlich SANWALD (Fn. 3), 115.

nicht überzeugende) Qualifikation der 35 %-Schranke als Kapitalschutzbestimmung hergeleitet werden.

4. Praktische Bedeutung für das Austrittsklagerecht gemäss Art. 822 Abs. 1 OR

Das Recht des GmbH-Gesellschafters, beim Gericht auf Bewilligung des Austritts aus wichtigem Grund zu klagen, wird in der Lehre einhellig als «zwingend» und «unentziehbar» qualifiziert.⁸⁰ Gemeint ist damit primär, dass das Austrittsrecht nicht statutarisch eingeschränkt werden darf.⁸¹ Vereinzelt wird der zwingende und unentziehbare Charakter des Austrittsrechts auch so verstanden, dass ein Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes *jederzeit* auf Austritt aus der Gesellschaft klagen können muss.⁸²

Wie erwähnt vertritt das Bundesgericht, dass eine Austrittsklage nicht allein gestützt auf einen wichtigen Grund bewilligt werden darf, sondern dafür auch die 35 %-Schwelle gemäss Art. 783 Abs. 2 OR eingehalten werden muss.⁸³ Diese Entscheidung ist – wie bereits dargelegt wurde – zuzustimmen, da die 35 %-Schwelle nach dem klaren Wortlaut von Art. 783 Abs. 2 OR auch im Austrittsklageverfahren massgeblich ist.⁸⁴

Dennoch fragt sich, wie sinnvoll diese Regelung ist. Bleibt nämlich einem Gesellschafter aufgrund von Art. 783 Abs. 2 OR der Austritt aus der Gesellschaft verwehrt, obwohl ein wichtiger Grund vorliegt und damit die Frage bejaht werden muss, ob dem Gesellschafter aufgrund der konkreten Umstände der Verbleib in der Gesellschaft nicht mehr zugemutet werden kann,⁸⁵ bedeutet dies nichts anderes, als dass der Gesellschafter das Unzumutbare hinnehmen muss. Das Austrittsklagerecht sollte den GmbH-Gesellschafter aber gerade vor einer

unzumutbaren Bindung an die Gesellschaft schützen. Anders als bei der AG handelt es sich bei der GmbH nämlich um eine personenbezogene Kapitalgesellschaft,⁸⁶ bei der z.B. auch Nachschuss- und Nebenleistungspflichten vorgesehen werden können.⁸⁷ Auch gilt für GmbH-Gesellschafter grundsätzlich eine Treuepflicht und ein Konkurrenzverbot.⁸⁸ Des Weiteren ist zu beachten, dass die Übertragbarkeit von Stammanteilen gesetzlich stark eingeschränkt ist bzw. sogar ganz ausgeschlossen werden darf.⁸⁹ Deshalb hat der Gesetzgeber bei der GmbH nebst dem Klagerecht auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund⁹⁰ ein weiteres «Korrektiv» in Form des Austrittsklagerechts geschaffen.⁹¹ Mit Art. 783 Abs. 2 OR hat der Gesetzgeber die Wirksamkeit dieses Korrektivs aber wieder eingeschränkt, indem er die Durchsetzbarkeit des Austrittsrechts nebst dem Erfordernis eines wichtigen Grundes von der Beteiligungsquote des austrittswilligen Gesellschafters und der Quote eigener Anteile, welche die Gesellschaft bereits hält, abhängig macht. Dies erscheint nicht konsequent. Vielmehr hätte der Gesetzgeber einen Austritt aus der GmbH immer zulassen sollen, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliegt, d.h., wenn dem Gesellschafter der Verbleib in der GmbH nicht mehr zugemutet werden kann.

Immerhin bleibt dem austrittswilligen Gesellschafter in Konstellationen, in denen ein Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft eine Überschreitung der 35 %-Grenze zur Folge haben könnte, die Option, auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen. Aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) darf das Gericht aber nicht von sich aus statt einen Austritt zu bewilligen die Auflösung der Gesellschaft oder eine andere sachgemässe und zumutbare Lösung anordnen.⁹² Deshalb ist dem austrittswilligen Gesellschafter zu empfehlen, seine Austrittsklage im Zweifelsfall mit einem Eventualantrag auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund oder auf Erkennung einer anderen, sachgemässen und zumutbaren Lösung zu verbinden.⁹³ Die Hürden dürften bei der Auflösungsklage aber tendenziell höher liegen, da ein wichtiger *Austrittsgrund* i.S.v. Art. 822 Abs. 1 OR nicht zwingend ein wichtiger *Auflösungsgrund* i.S.v. Art. 821 Abs. 3 OR ist.⁹⁴

⁸⁰ LUKAS HANDSCHIN/CHRISTOF TRUNIGER, Die GmbH, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, § 15 N 11; BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar (SHK) zum GmbH-Recht, Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 772–827 OR), Bern 2008, Art. 822 OR N 2; BSK OR II-STÄUBLI, Art. 822 N 2; OFK-PFENNINGER, Art. 822 OR N 1; CHK-TRÜEB, Art. 822 OR N 3; FISCHER (Fn. 64), 1294. Vgl. auch der nicht publizierte Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau ZR.2020.29 vom 10. März 2021, E. 3a).

⁸¹ HANDSCHIN/TRUNIGER (Fn. 80), § 15 N 11; SHK-SIFFERT/FISCHER/PETRIN (Fn. 80), Art. 822 OR N 2; RETO BERTHEL, Das neue GmbH-Recht, Die Änderungen von Bestimmungen weiterer Rechtserlasse und die Übergangsbestimmungen aus notarieller und registerrechtlicher Sicht, St. Gallen 2008, N 1047, mit Verweis auf Botschaft (Fn. 12), 3221.

⁸² Botschaft (Fn. 12), 3165; CHK-TRÜEB, Art. 822 OR N 3. Ähnlich auch BSK OR II-STÄUBLI, Art. 822 N 2: «Liegen wichtige Gründe vor, kann jeder Gesellschafter seinen Austritt [...] durchsetzen» (Hervorhebungen weggelassen).

⁸³ Vgl. vorne III.2.3.

⁸⁴ Vgl. vorne IV.3.

⁸⁵ Ein wichtiger Austrittsgrund liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (zum Genossenschaftsrecht) dann vor, «wenn die Umstände das weitere Verbleiben im betreffenden Rechtsverhältnis unzumutbar machen» (BGE 89 II 138 E. 7).

⁸⁶ Vgl. die Definition in Art. 772 Abs. 1 OR. Vgl. auch DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 18 N 1 f.

⁸⁷ Art. 795–797 OR und Art. 797a nOR. Vgl. auch DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 28), § 18 N 10.

⁸⁸ Art. 803 OR.

⁸⁹ Art. 786 OR.

⁹⁰ Art. 821 Abs. 3 OR.

⁹¹ SANWALD (Fn. 3), 337 f. Vgl. auch FISCHER (Fn. 64), 1294.

⁹² BGE 147 III 505 E. 7; CHK-TRÜEB, Art. 822 OR N 5; SANWALD (Fn. 3), 61 und 119 f. Vgl. auch vorne III.2.3.

⁹³ Gl.M. FISCHER (Fn. 64), 1299; SANWALD (Fn. 3), 61 und 119 f.

⁹⁴ Nach wohl h.L. liegt bei einem wichtigen *Auflösungsgrund* aber regelmässig auch ein wichtiger *Austrittsgrund* vor: SANWALD (Fn. 3), 342, m.w.H.; BSK OR II-STÄUBLI, Art. 822 N 3.

V. Schlussbetrachtung

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist das Austrittsklagerecht eines GmbH-Gesellschafters gemäss Art. 822 Abs. 1 OR nur dann durchsetzbar, wenn (i) ein wichtiger Grund vorliegt und – sollen die Anteile des austrittswilligen Gesellschafters auf die GmbH selbst übertragen werden – (ii) diese über ausreichend freies Eigenkapital verfügt und die Übernahme der Anteile nicht darin resultiert, dass die GmbH eigene Anteile im Nennwert von über 35 % des Stammkapitals hält. Mit anderen Worten bleibt einem Gesellschafter der Austritt aus der GmbH verwehrt, falls dieser eine Verletzung von Art. 783 Abs. 2 OR zur Folge hätte, und zwar ungeachtet der Eigenkapitalverhältnisse der Gesellschaft. Das Bundesgericht stützt sich dabei hauptsächlich auf das Argument, dass es sich bei den Prozentschranken gemäss Art. 659 nOR bzw. Art. 783 OR (auch) um kapitalschutzrechtliche Bestimmungen handle, welche die Gläubiger vor ungerechtfertigten Verminderungen des Gesellschaftsvermögens schützen würden.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass das Bundesgericht zum richtigen Ergebnis gelangt, wenn es eine Austrittsklage abweist, die zu einer Überschreitung der Prozentschranke gemäss Art. 783 Abs. 2 OR führen würde; das Gesetz sieht dies in Art. 783 Abs. 2 OR explizit so vor. Ein Austritt aus der GmbH muss diesfalls auf eine andere Weise realisiert werden, z.B. durch Verkauf der Anteile an einen Mitgesellschafter oder Dritten, durch Vernichtung der Anteile mittels Kapitalherabsetzung oder – *ultima ratio* – durch Auflösung der Gesellschaft.

Allerdings vermag die bundesgerichtliche Argumentation, es handle sich bei den Prozentschranken gemäss Art. 659 nOR bzw. Art. 783 OR um Kapitalschutzvorschriften, nicht zu überzeugen. Der Gläubigerschutz wird beim Erwerb eigener Anteile durch das Eigenkapitalerfordernis gemäss Art. 659 Abs. 1 nOR bzw. Art. 783 Abs. 1 OR gewährleistet. Demgegenüber bezwecken die prozentmässigen Erwerbsobergrenzen die Wahrung der Stimmrechtsverhältnisse und – bei der AG – den Schutz der Ausschüttungskompetenzen der GV. Deshalb muss weiterhin gelten, dass (aussergerichtliche) Anteilsrückkäufe aus freiem Eigenkapital grundsätzlich rechtsgültig sind, auch wenn dabei die gesetzlichen Prozentschranken überschritten werden.