

**Frage 1:**

Bei einer Kapitalerhöhung hat gemäss OR 652b I jeder bisherige Aktionär einen Anspruch auf einen seiner bisherigen Beteiligung entsprechenden Anteil an den neu ausgegebenen Aktien. Da in vorliegendem Fall die neuen Aktien an Oliver (O) ausgegeben werden sollen, muss durch die Generalversammlung im Rahmen des Beschlusses zur ordentlichen Erhöhung des Aktienkapitals (OR 650 I) ein Bezugsrechtsausschluss nach OR 652b II beschlossen werden (OR 650 II Ziff. 8). Die Beschlussfassung zu einem spezifischen Thema in der Generalversammlung setzt dessen Traktandierung als Verhandlungsgegenstand in deren Einberufung voraus. Die Traktanden, sowie die Anträge des Verwaltungsrates innerhalb eines traktandierten Verhandlungsgegenstandes, müssen in der Einladung zur GV bekannt gegeben werden (OR 700 II). Über nicht gehörig angekündigte Gegenstände können keine Beschlüsse gefasst werden (OR 700 III). Gemäss Lehre und Rechtsprechung setzt eine ordnungsgemässe Ankündigung voraus, dass die Gesellschafter „nach der Einsicht in die Tagesordnung und die Statuten leicht erkennen können, über welche Gegenstände zu beraten und gegebenenfalls Beschluss zu fassen sein wird“ (BGE 114 II 193). Der Antrag des Verwaltungsrates ist als vorgeschlagener Beschlusswortlaut zu formulieren. In vorliegendem Fall sollte der Antrag des Verwaltungsrates zum Traktandumspunkt „Ordentliche Kapitalerhöhung“ insbesondere die gemäss OR 650 II notwendigerweise im Beschluss anzugebenden Punkte enthalten, sowie insbesondere unter dem Beschlusspunkt „Aufhebung des Bezugsrechts“ den dazu gemäss OR 652b II erforderlichen wichtigen Grund angeben und knapp erläutern (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, §2 N288). Ein Mangel in der Klarheit des Traktandums oder in der Abdeckung des Beschlussgegenstandes durch das Traktandum, führt in der Regel zur Anfechtbarkeit (OR 706) des Beschlusses

Für Kapitalerhöhungsbeschlüsse, die die Aufhebung des Bezugsrechts vorsehen, ist das qualifizierte Beschlussquorum des OR 704 I (mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte) erforderlich (OR 704 I Ziff. 6).

**Frage2:**

a) In casu will Aktionär X gegen die durch die Generalversammlung beschlossene Aufhebung des Bezugsrechts vorgehen. In prozessualer Hinsicht fällt dafür insbesondere die Anfechtungsklage nach OR 706f. in Betracht. Der für die erfolgreiche Nichtigkeitsklage (OR 706b) vorausgesetzte offensichtliche, schwer wiegende Verstoss gegen die aktienrechtliche Fundamentalordnung (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, §16 N216) ist in casu nicht gegeben.

Da der Verwaltungsrat gemäss Sachverhalt die Kapitalerhöhung möglichst schnell durchführen (und ins Handelsregister eintragen) wird, ist Aktionär X im Falle einer beabsichtigten Anfechtungsklage gut beraten, in einem ersten Schritt eine Handelsregistersperre gemäss HRegV 162 I zu beantragen. Ist die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen, kann sie aufgrund des Schutzes gutgläubiger Dritter auch bei Gutheissung der Anfechtungsklage nicht mehr rückgängig gemacht werden (ISLER/VON DER CRONE, Handelsregistersperre, SZW/RSDA 2/2008, S. 227). X ist gemäss OR 706 I zur Erhebung der Anfechtungsklage berechtigt und hat ein Anfechtungsinteresse. Die Klage hat sich gegen die Miella AG zu richten (OR 706 I) und ist gemäss OR 706a I spätestens zwei Monate nach der Generalversammlung zu erheben. Anfechtbar sind nach der Generalklausel von OR 706 I nur Beschlüsse der Generalversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, wobei auch ungeschriebene Rechtsgrundsätze Grundlage einer Anfechtung sein können (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, §25 N17). OR 706 II enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Anfechtungsgründen.

In casu ist der Beschluss der Generalversammlung über den Bezugsrechtsentzug formell korrekt zustande gekommen. Wie schon erwähnt darf jedoch gemäss OR 652b II die GV das Bezugsrecht nur aus wichtigen Gründen aufheben. Ausserdem darf der Bezugsrechtsentzug niemanden in unsachlicher Weise begünstigen oder benachteiligen. Fehlt ein wichtiger Grund für die Bezugsrechtsbeschränkung, oder wurde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Aktionäre nicht beachtet, so ist die Aufhebung des Bezugsrechts unrechtmässig, selbst wenn der Beschluss formell korrekt zustande gekommen ist. Das Prinzip der (relativen) Gleichbehandlung gilt als gewahrt, wenn "das Bezugsrecht allen Aktionären auf die gleiche Weise entzogen worden ist" (BGE 117 II 302 = Pra 1992, 490). Da in vorliegendem Fall allen bisherigen Aktionären das Bezugsrecht in gleicher Weise entzogen werden soll, bleibt das Prinzip der relativen Gleichbehandlung gewahrt. Aktionär X kann mit einer Anfechtungsklage geltend machen, es liege kein wichtiger Grund für den Bezugsrechtsentzug und damit eine Rechtsverletzung i.S.v. OR 706 II Ziff. 1 vor, sowie allenfalls eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots (OR 706 II Ziff. 2) und des Prinzips der schonenden Rechtsausübung.

**b)** Die gesetzliche Aufzählung der wichtigen Gründe in OR 652b II ist nicht abschliessend. Die Frage der Zulässigkeit einer Einschränkung des Bezugsrechts ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung setzt die Einschränkung des Bezugsrechts aus wichtigem Grund voraus, dass sie sachlich begründet, erforderlich und nicht übermässig ist (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, §2 N283). Das Sachlichkeitsgebot verlangt, dass ein Eingriff in die Aktionärsrechte durch die Interessen der Gesellschaft, der Stakeholders und der Aktionäre in ihrer Gesamtheit gerechtfertigt ist. Da der Entzug der Bezugsrechte einen besonders intensiven Eingriff in die Aktionärsrechte darstellt, muss er nicht nur sachlich begründet, sondern auch zur Erreichung des gesteckten Ziels erforderlich sein (FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, §39 N91). Das Prinzip der schonenden Rechtsausübung (gemäss VON DER CRONE „Proportionalität“) verlangt ausserdem, dass von mehreren Möglichkeiten ein legitimes Ziel zu erreichen, derjenige gewählt werden muss, der die Rechte Dritter am wenigsten einschränkt. In vorliegendem Fall wird der Bezugsrechtsentzug damit begründet, dass die Gesellschaft aufgrund eines Liquiditätsengpasses möglichst schnell Kapital braucht. Die Schaffung neuer liquider Mittel zur Sanierung der Gesellschaft zur Erhaltung und Weiterführung der Unternehmung liegt im Interesse der Gesellschaft. Aktionär X könnte jedoch argumentieren, dass ein Bezugsrechtentzug nicht erforderlich ist, die Mittel zu erlangen. Das Ziel der Kapitalbeschaffung könnte auch erreicht werden, wenn das Bezugsrecht nicht entzogen würde. Kein Aktionär ist gezwungen, sein Bezugsrecht auszuüben. Die nicht ausgeübten Bezugsrechte hätten Oliver zugewiesen werden können.

**c)** Wichtige Beschlüsse (OR 704) geniessen durch deren Zustandekommen mit qualifizierter Mehrheit grundsätzlich erhöhte Legitimität. Das Gericht wird bei der Beurteilung des wichtigen Grundes wahrscheinlich das Mehrheitsprinzip über den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung stellen.