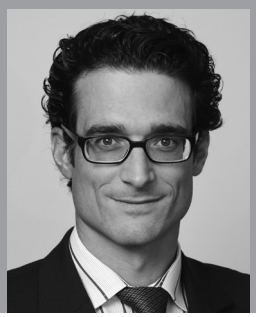

Stefan Knobloch*

Genehmigte und bedingte Kapitalerhöhung, Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat

Unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsschutzes

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Sachverhalt
III. Genehmigtes Kapital
1. Erwägungen der Gerichte
2. Würdigung des Bundesgerichtsentscheids
2.1 Delegierbarkeit
2.2 Erfordernis der Zweckumschreibung
IV. Bedingtes Kapital
1. Erwägungen der Gerichte
2. Würdigung des Bundesgerichtsentscheids
V. Rechtsschutz
1. Generalversammlungsbeschluss in Bezug auf die Delegation
2. Verwaltungsratsbeschluss in Bezug auf die Einschränkung bzw. Aufhebung
3. Verantwortlichkeitsklage
3.1 Einleitung
3.2 Pflichtwidrigkeit
3.3 Schaden
4. Anspruch auf Zuteilung von Bezugs- bzw. Vorwergzeichnungsrechten?
5. Abwehransprüche gegen eine drohende Rechtsverletzung
VI. Schlussbetrachtung

I. Einleitung

Das Bundesgericht hat mit BGE 121 III 219 ff. (SBG/BK Vision AG) entschieden, dass die Generalversammlung beim genehmigten und bedingten Kapital den Entscheid über die effektive Einschränkung oder Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts der Aktionäre unter bestimmten Voraussetzungen an den Verwaltungsrat delegieren kann. Das Verfahrensergebnis war jedoch keineswegs offensichtlich und hätte mit guten Argumenten auch anders ausfallen können[1].

Nicht zu entscheiden hatte das Bundesgericht dagegen darüber, was die Rechtsfolgen sind, falls sich der Verwaltungsrat später, d.h. bei der effektiven Einschränkung oder Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts, nicht an den durch die Generalversammlung und das Bundesgericht abgesteckten Rahmen hält[2]. Unter Vorbehalt des Hinweises des Bundesgerichts auf eine mögliche Haftpflicht nach den Art. 752 ff. OR hat sich soweit ersichtlich auch die Lehre seither nicht zu den Rechtsfolgen bzw. dem damit einhergehenden Rechtsschutz geäussert. Diese Situation soll durch den vorliegenden Beitrag anhand einer Analyse des Zusammenspiels von Generalversammlungsbeschluss, Verwaltungsratsbeschluss, Verantwortlichkeitsklage und Aktionärsrecht geändert werden. Dazu wird vorab auf den BGE 121 III 219 ff. zugrunde liegenden Sachverhalt und den Bundesgerichtsentscheid eingegangen.

II. Sachverhalt

Die Generalversammlung der Schweizerischen Bankgesellschaft (später in die UBS AG fusioniert) beschloss am 29. April 1993 folgende Statutenänderungen:

«Der Verwaltungsrat ist ermächtigt, bis zum 30. April 1995 das Aktienkapital durch Ausgabe von höchstens 1'666'666 voll zu liberierenden Inhaberaktien von je Fr. 100.– Nennwert und höchstens 1'666'670 voll zu liberierenden Namenaktien von je Fr. 20.– Nennwert (Stimmrechtsaktien) im Maximalbetrag von 200 Millionen Franken zu erhöhen. Eine Erhöhung in Teilbeträgen ist gestattet. Die neuen Namenaktien unterliegen den Übertragungsbeschränkungen gemäss § 3a der Statuten. Der Ausgabepreis, der Zeitpunkt der Dividendenberechtigung und die Art der Sacheinlage werden vom Verwaltungsrat bestimmt.

Diese Aktien sind zur Plazierung bei den bisherigen Aktionären vorgesehen. Der Verwaltungsrat ist jedoch berechtigt, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschliessen und Dritten zuzuweisen im Falle der Verwendung von Aktien für die Übernahme von Unternehmen, Unternehmensteilen[,] Beteiligungen oder im Falle einer Aktienplazierung für die Finanzierung derartiger Transaktionen. Aktien, für die Bezugsrechte eingeräumt, aber

---

* PD Dr. iur. Stefan Knobloch, Rechtsanwalt.

1 Vgl. die Erwägungen der Vorinstanz (Urteil vom 15. September 1994 des Handelsgerichts Zürich).

2 BGE 121 III 219, 233 erwähnt einzig, dass sich der Aktionär gegen «Missbräuche der rechtmässig delegierten Kompetenz durch den Verwaltungsrat … nur mit den Haftungsklagen gemäss Art. 722 und Art. 754 OR zur Wehr setzen» könne.

nicht ausgeübt werden, stehen zur Verfügung des Verwaltungsrats, der diese im Interesse der Gesellschaft verwendet.»

Und:

«Das Aktienkapital der Gesellschaft wird durch die Ausgabe von höchstens 600'000 voll zu liberierenden Inhaberaktien von je Fr. 100.– Nennwert und höchstens 2'000'000 voll zu liberierenden Namenaktien von je Fr. 20.– Nennwert (Stimmrechtsaktien) im Maximalbetrag von 100 Millionen Franken erhöht durch Ausübung von Options- oder Wandelrechten, welche in Verbindung mit Anleihensobligationen der Gesellschaft oder einer ihrer Tochtergesellschaften eingeräumt worden sind, oder durch Ausübung von Bezugsrechten im Rahmen der Mitarbeiterbeteiligung. Das Bezugsrecht der Aktionäre ist ausgeschlossen. Der Erwerb von Namenaktien durch die Ausübung von Options- oder Wandelrechten oder Bezugsrechten der Mitarbeiter sowie die weitere Übertragung der Namenaktien unterliegen den Übertragungsbeschränkungen gemäss § 3a der Statuten.

Der Verwaltungsrat kann bei der Ausgabe von Options- oder Wandelanleihen das Vorwegzeichnungsrecht der Aktionäre aufheben. In diesem Fall sind Struktur, Laufzeit und Betrag der Anleihe sowie die Options- oder Wandelbedingungen durch den Verwaltungsrat entsprechend den Marktbedingungen im Zeitpunkt der Begebung festzulegen. Die Bedingungen der Mitarbeiterbeteiligung sind durch den Verwaltungsrat festzulegen.»

Mit Klage vom 29. Juni 1993 focht die BK Vision AG gegen die Schweizerische Bankgesellschaft am Handelsgericht Zürich die vorerwähnten Beschlüsse der Generalversammlung an und beantragte eventualiter die Feststellung von deren Nichtigkeit. Mit Urteil vom 15. September 1994 hiess das Handelsgericht Zürich die Klage gut und hob die angefochtenen Beschlüsse auf. Dagegen legte die Schweizerische Bankgesellschaft beim Schweizerischen Bundesgericht Berufung ein, das mit dem Urteil vom 25. April 1995 die Berufung teilweise gutgeheissen hat.

III. Genehmigtes Kapital

1. Erwägungen der Gerichte

Strittig war im Wesentlichen die Frage, ob der Entscheid über die Einschränkung bzw. die Aufhebung des Bezugsrechts von der Generalversammlung an den Verwaltungsrat delegiert werden kann und bejahendenfalls, was die Voraussetzungen einer gültigen Delegation sind[3].

Während das Handelsgericht Zürich die Delegierbarkeit an den Verwaltungsrat nach einer Analyse der Gesetzesmaterialien verneinte, kam das Bundesgericht zum gegenteiligen Ergebnis. Im Ergebnis stellte das Bundesgericht fest, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Delegation zwar ausgeschlossen sei, eine solche grammatikalische Auslegung jedoch der eigentlichen ratio legis – der Flexibilisierung der Kapitalbeschaffung – widersprechen würde, wobei sich der Gesetzgeber dieses «Problems» wohl nicht bewusst gewesen sei (BGE 121 III 219, 231). Die teleologische Reduktion sei jedoch auf das erforderliche Mass zu beschränken, weshalb die wesentlichen Zwecke in den Statuten zu nennen seien, die den Ausschluss oder die Einschränkung des Bezugsrechts rechtfertigen würden (BGE 121 III 219, 232 f.). Da die hier strittige Statutenbestimmung die wesentlichen Zwecke hinreichend umschreibe, sei der entsprechende Generalversammlungsbeschluss in Bezug auf diesen Punkt gültig (BGE 121 III 219, 235).

In Bezug auf das Erfordernis der hinreichenden Umschreibung der wesentlichen Zwecke machte das Bundesgericht folgende Ausführungen (BGE 121 III 219, 234 f.): «Aus dem auch im Gesellschaftsrecht gültigen Vertrauensgrundsatz folgt sodann, dass die Verwaltung die Generalversammlung über konkrete Absichten soweit möglich umfassend zu orientieren hat, es sei denn, legitime Interessen der Gesellschaft oder Dritter ständen dieser Offenbarung entgegen. Das bedeutet indessen nicht, dass eine genehmigte Kapitalerhöhung mit Ermächtigung zum Bezugsrechtsentzug immer dann ausgeschlossen ist, wenn die Realisierung eines konkreten Vorhabens noch unsicher erscheint. Vielmehr ist auch hier auf eine Interessenabwägung im Einzelfall abzustellen. Vom Standpunkt des bezugsberechtigten Aktionärs aus macht es dabei einen Unterschied, ob das genehmigte Kapital einer bedeutenden Publikumsgesellschaft oder einer kleinen bis mittleren, mit personalistischen Elementen durchsetzten Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden soll. Weiter ist im allgemeinen erheblich, in welcher relativen Höhe sich das genehmigte zum bisherigen Aktienkapital verhält, ist doch für die Altaktionäre von Bedeutung, ob Dritte neu mit der Hälfte des bisherigen Aktienkapitals oder bloss mit einer marginalen Quote an der Gesellschaft beteiligt werden sollen […]. Entsprechend sind die Anforderungen an die von der Generalversammlung festzulegenden Rahmenbedingungen differenziert zu bestimmen. Geht es um Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem, börsenkotiertem Aktienkapital, dürfen die Anforderungen nicht überdehnt werden. In solchen Fällen muss es in Berücksichtigung des mit dem genehmigten Kapital verfolgten Zwecks genügen, dass der Verwaltung in einer den allgemeinen Begriff des wichtigen oder sachlichen Grundes eingrenzenden Anordnung die Kompetenzen beschränkt werden. Es braucht nicht das individuelle Vorhaben als solches bezeichnet zu werden, welches den Ausschluss des

[3] Weiter war umstritten, ob die Generalversammlung den Entscheid über die Verwendung der nicht ausgeübten Bezugs- oder Vorwegzeichnungsrechte ebenfalls an den Verwaltungsrat delegieren könne. Auf diesen Aspekt wird nachstehend nicht weiter eingegangen.

Bezugsrechts rechtfertigen soll, sondern es genügt, dass der Verwaltung durch generell-abstrakte Weisungen ein sachlich begrenzter Ermessensspielraum gesetzt wird, innerhalb dessen sie geschäftspolitisch tätig werden kann.»

2. Würdigung des Bundesgerichtsentscheids

2.1 Delegierbarkeit

Das Bundesgericht hat die grundsätzliche Delegierbarkeit des Entscheids über die Einschränkung und Aufhebung des Bezugsrechts mit dem «Über-»Argument begründet, dass ohne die Delegationsmöglichkeit an den Verwaltungsrat das «Institut des genehmigten Kapitals toter Buchstabe bliebe», was offensichtlich nicht der «Regelungsabsicht des Gesetzgebers» entsprechen würde[4]. Das Ergebnis wurde von der Lehre zu Recht begrüsst[5] und die bundesgerichtliche Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht relativiert.

2.2 Erfordernis der Zweckumschreibung

Die mit den Worten des Bundesgerichts erforderliche Beschränkung der «teleologischen Reduktion» auf das «erforderliche Mass», mithin das Erfordernis, im Delegationsbeschluss zugleich zwingend die – wenn auch abstrakten – «wichtigen Gründe» zu umschreiben, die den Verwaltungsrat berechtigen, das Bezugsrecht effektiv einzuschränken bzw. es aufzuheben[6], macht nach der hier vertretenen Auffassung nur Sinn, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Generalversammlung die Interessensabwägung zwischen den Aktionärsinteressen einerseits und dem Interesse der Gesellschaft an einer flexiblen Kapitalbeschaffung andererseits zugunsten der Delegation und der im Delegationsbeschluss aufgeführten wichtigen Gründe ausfällt.

Wäre die statutarische Umschreibung sämtlicher denkbaren und unter Umständen zulässigen «wichtigen Gründe» hinreichend, hätte man entweder auf eine statutarische Umschreibung ganz verzichten oder statutarisch auf die gesetzlichen Gründe verweisen können. Beide Varianten hat das Bundesgericht explizit abgelehnt. Nach dem Bundesgericht reicht in den Statuten ein Verweis auf die gesetzlichen Gründe nicht aus, sondern die Statuten müssen die «wichtigen Gründe» explizit aufführen[7]. In Bezug auf «Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem, börsenkotiertem Aktienkapital» führte das Bundesgericht immerhin aus, dass es genügen müsse, wenn der «Verwaltung in einer den allgemeinen Begriff des wichtigen oder sachlichen Grundes eingrenzenden Anordnung die Kompetenzen [zur Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugsrechts] beschränkt werde»[8]. Da sich genau diese Grenzen des «allgemeinen Begriffs des wichtigen oder sachlichen Grundes» aber ohnehin aus dem Gesetz ergeben, ist das Erfordernis – zumindest im Anwendungsfall der erwähnten Publikumsgesellschaften – der Zweckumschreibung nicht einzusehen.

In der Lehre wurde soweit ersichtlich bisher kaum diskutiert, was der Einfluss des vorliegenden Entscheids auf diejenigen Gesellschaften ist, die das vorerwähnte Kriterium der Publikumsgesellschaft mit breit gestreutem, börsenkotiertem Aktienkapital nicht oder nur teilweise erfüllen. Dieses Ergebnis ist einigermassen erstaunlich, hält der Bundesgerichtsentscheid doch relativ klar fest, dass es gegebenenfalls anders entschieden und die Delegation des Entscheids über den Bezugsrechtsausschluss wohl ausschliesslich bei Vorliegen eines konkreten Projekts, d.h. konkreten Grundes für den Bezugsrechtsausschluss, zugelassen hätte[9].

---

4 BGE 121 III 219, 232.

5 Vgl. etwa Gaudenz G. Zindel/Peter Isler, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 651 N 12 f. und Dieter Zobl, Besprechung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. April 1995, SZW 1996, 145.

6 BGE 121 III 219, 232 f.

7 BGE 121 III 219, 234: «der Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung [hat] den Grundsatz und die Leitlinien, das heisst die Rahmendbedingungen zu enthalten, unter welchen der Verwaltungsrat befugt ist, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschliessen oder zu beschränken. Ungenügend wäre daher, dem Verwaltungsrat ohne nähere Eingrenzung einzig aufzutragen, das Bezugsrecht nach Massgabe des Gesetzes oder aus wichtigen Gründen zu entziehen.»

8 BGE 121 III 219, 235.

9 So hält das Bundesgericht in BGE 121 III 219, 234 f. fest: «Aus dem auch im Gesellschaftsrecht gültigen Vertrauensgrundsatz folgt sodann, dass die Verwaltung die Generalversammlung über konkrete Absichten soweit möglich umfassend zu orientieren hat, es sei denn, legitime Interessen der Gesellschaft oder Dritter ständen dieser Offenbarung entgegen. Das bedeutet indessen nicht, dass eine genehmigte Kapitalerhöhung mit Ermächtigung zum Bezugsrechtsentzug immer dann ausgeschlossen ist, wenn die Realisierung eines konkreten Vorhabens noch unsicher erscheint. Vielmehr ist auch hier auf eine Interessenabwägung im Einzelfall abzustellen. Vom Standpunkt des bezugsberechtigten Aktionärs aus macht es dabei einen Unterschied, ob das genehmigte Kapital einer bedeutenden Publikumsgesellschaft oder einer kleinen bis mittleren, mit personalistischen Elementen durchsetzten Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden soll. […] Geht es um Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem, börsenkotiertem Aktienkapital, dürfen die Anforderungen nicht überdehnt werden. In solchen Fällen muss es in Berücksichtigung des mit dem genehmigten Kapital verfolgten Zweckes genügen, dass der Verwaltung in einer den allgemeinen Begriff des wichtigen oder sachlichen Grundes eingrenzenden Anordnung die Kompetenzen beschränkt werden. Es braucht nicht das individuelle Vorhaben als solches bezeichnet zu werden, welches den Ausschluss des Bezugsrechts rechtfertigen soll, sondern es genügt, dass der Verwaltung durch generell-abstrakte Weisungen ein sachlich begrenzter Ermessensspielraum gesetzt wird, innerhalb dessen sie geschäftspolitisch tätig werden kann» (Hervorhebungen durch den Autor hinzugefügt). Vgl. auch die umfassendere Zitierung des relevanten Ausschnitts unter Ziff. III.1.

IV. Bedingtes Kapital

1. Erwägungen der Gerichte

Es waren im Wesentlichen dieselben Rechtsfragen umstritten wie in Bezug auf das genehmigte Kapital. Im Unterschied zum genehmigten Kapital ging es vorliegend jedoch nicht um die Delegierbarkeit des Entscheids über die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts, sondern um die Delegierbarkeit der Einschränkung oder des Ausschlusses des Vorwegzeichnungsrechts. Mit gleicher Begründung wie in Bezug auf die Delegierbarkeit des Entscheids über die Einschränkung oder die Aufhebung des Bezugsrechts verneinte das Handelsgericht Zürich auch die Delegierbarkeit des Entscheids über die Einschränkung oder den Ausschluss des Vorwegzeichnungsrechts. Das Bundesgericht kam mit analoger Begründung wie in Bezug auf das genehmigte Kapital zum gegenteiligen Ergebnis (BGE 121 III 219, 240 f.).

Da in Bezug auf das bedingte Kapital – anders als in Bezug auf das genehmigte Kapital – die Zwecke, die eine Einschränkung oder Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts rechtfertigen würden, nicht in den Statuten umschrieben waren, wurde der entsprechende Beschluss für ungültig erklärt und die Berufung in Bezug auf diesen Punkt entsprechend abgewiesen. Weiter erachtete das Bundesgericht die entsprechende Statutenbestimmung für ungültig, weil sie nicht festhielt, welcher Anteil des bedingten Kapitals für welche der berechtigten Kreise[10] zur Verfügung steht (BGE 121 III 219, 240).

2. Würdigung des Bundesgerichtsentscheids

Dem Entscheid des Bundesgerichts ist in Bezug auf die grundsätzliche Delegierbarkeit des Entscheids über die Einschränkung bzw. die Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts im Ergebnis aus denselben Gründen wie in Bezug auf das genehmigte Kapital beizupflichten[11].

Nicht beizupflichten ist dem Bundesgericht dagegen in Bezug auf die zwingende Umschreibung der wichtigen Gründe, die den Verwaltungsrat zur Einschränkung bzw. Aufhebung des Vorwegzeichnungsrechts berechtigen[12]. Ebenso wenig beizupflichten ist dem Bundesgericht in Bezug auf das Erfordernis, dass die Statuten zwingend festhalten müssen, für welchen Kreis der Berechtigten maximal wie viel des bedingten Kapitals verwendet werden kann[13]. Selbstverständlich steht es der Generalversammlung frei, eine solche Einschränkung zu machen, es lässt sich jedoch nicht wirklich begründen, diese Einschränkung als zwingende Voraussetzung einer gültigen Delegation vorzuschreiben. Ermächtigt die Generalversammlung den Verwaltungsrat durch die Schaffung von bedingtem Kapital, eine Kapitalerhöhung durchzuführen, weiss sie ohnehin nicht, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang die Kapitalerhöhung stattfinden wird und somit welcher Kreis effektiv wie viel Kapital erwerben wird. Räumt die Generalversammlung dem Verwaltungsrat die Ermächtigung ein, das bedingte Kapital für verschiedene Kreise von Berechtigten zu verwenden, ist dieser Schritt nicht ein Nichtentscheid der Generalversammlung, sondern kann offensichtlich nur bedeuten, dass der Verwaltungsrat – unter Wahrung der Gesellschaftsinteressen und unter Beachtung der allgemeinen aktienrechtlichen Grundsätze – das bedingte Kapital entweder für den einen oder anderen Kreis oder für mehrere Kreise von Berechtigten verwenden kann. Noch weniger überzeugend ist das zwingende Erfordernis der Festsetzung von Quoten in denjenigen Fällen (so auch in BGE 121 III 219 ff.[14]), in denen die Gesellschaft die Möglichkeit hat, das bedingte Kapital in dem Umfang zu erhöhen, dass für jeden Kreis der Berechtigten das maximal gewünschte Kapital zur Verfügung steht[15].

V. Rechtsschutz

1. Generalversammlungsbeschluss in Bezug auf die Delegation

Gemäss BGE 121 III 219 ff. kann die Generalversammlung den Entscheid darüber, ob das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht eingeschränkt oder aufgehoben wird, rechtmässig an den Verwaltungsrat delegieren. Eine rechtmässige Delegation setzt unter anderem voraus, dass die «wichtigen Gründe», die den Verwaltungsrat zur Einschränkung oder zur Aufhebung des

---

10 Die strittige Statutenbestimmung der Schweizerischen Bankgesellschaft sah vor, dass das bedingte Kapital für Inhaber von mit Wandel- oder Optionsrechten verbundenen Anleihensobligationen einerseits und für die zu beteiligenden Mitarbeiter andererseits verwendet werden könne, ohne dabei eine Aufteilung der jeweils maximal zulässigen Höhe für eine der beiden Gruppen zu machen (vgl. unter Ziff. II).

11 Vgl. unter Ziff. III.2.1.

12 Vgl. dazu die Begründung in Bezug auf das genehmigte Kapital unter Ziff. III.2.2, die hier sinngemäss gilt.

13 Gl.M. auch Zobl (FN 5), 145. A.M. etwa Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 2 N 213; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 52 N 367a und BSK OR II-Zindel/Isler (FN 5), Art. 653b N 13 m.w.N.

14 In BGE 121 III 219, 235 betrug die maximal mögliche Kapitalerhöhung durch das genehmigte und bedingte Kapital 11,6 % des ausstehenden Kapitals.

15 Möchte sich der Verwaltungsrat die Kompetenz einräumen lassen, das Aktienkapital beispielsweise um maximal 10 % zu erhöhen, weiss er aber noch nicht, wie viel er für welchen Kreis von Berechtigten einsetzen möchte, erreicht er das gewünschte Ergebnis, indem er sich die Befugnis auf eine höhere maximale Kapitalerhöhung einräumen lässt. Bei zwei Kreisen also von 20 % anstatt von bloss 10 %.

Bezugs- bzw. Vorwergzeichnungsrechts berechtigen, in den Statuten abstrakt umschrieben werden[16]. Da eine abstrakte Umschreibung der wichtigen Gründe genügt und somit eine konkrete Interessensabwägung nur sehr eingeschränkt vorgenommen werden kann, dürfte ein entsprechender Delegationsbeschluss – zumindest bei Publikumsgesellschaften mit breit gestreutem börsenkotiertem Aktienkapital – kaum je anfechtbar sein, sofern die Generalversammlung formal korrekt durchgeführt wird und sich der Umfang des genehmigten Kapitals im Rahmen hält[17]. Die Tatsache, dass der Delegationsbeschluss kaum je angefochten werden kann, war denn auch eines der Argumente des Handelsgerichts Zürich (Vorinstanz in BGE 121 III 219 ff.) gegen die Zulässigkeit der Delegationsmöglichkeit. Das Bundesgericht hat diese Feststellung weder relativiert noch sich davon überzeugen lassen, dass eine Delegation deswegen unzulässig wäre[18].

Nicht (explizit) geäussert hat sich das Bundesgericht zur Frage, ob ein Delegationsbeschluss, der den durch das Bundesgericht aufgestellten Anforderungen nicht genügt, (teilweise) nichtig oder bloss anfechtbar ist[19]. Obwohl sich das Bundesgericht in BGE 121 III 219 ff. auch dazu nicht explizit äussert, ist es offensichtlich, dass der Entscheid über die Einschränkung oder die Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts zu den unübertragbaren Aufgaben der Generalversammlung zählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 i.V.m. Art. 650 Abs. 2 Ziff. 8 und Art. 651 Abs. 3 sowie Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 653b Abs. 1 Ziff. 4 OR). Überträgt nun die Generalversammlung den entsprechenden Entscheid an den Verwaltungsrat, ist dies eigentlich, d.h. ohne die bundesgerichtliche teleologische Reduktion, einen Verstoss gegen die vorerwähnten Gesetzesbestimmungen. Nach der hier vertretenen Auffassung führt die Übertragung von unübertragbaren (Art. 698 Abs. 1 OR) und somit zwingenden Kompetenzen der Generalversammlung zur Nichtigkeit des entsprechenden Generalversammlungsbeschlusses[20].

Geht man davon aus, dass die Übertragung des Entscheids über die Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts ohne die bundesgerichtliche teleologische Reduktion nichtig gewesen wäre, muss diese Rechtsfolge auch gelten, soweit die Übertragung nicht den bundesgerichtlichen Anforderungen genügt. Anderenfalls könnte durch eine unterbliebene Anfechtung des entsprechenden Delegationsbeschlusses die durch das Bundesgericht geforderte Beschränkung der teleologischen Reduktion auf das «erforderliche Mass» [21] relativ einfach ins Leere laufen[22].

2. Verwaltungsratsbeschluss in Bezug auf die Einschränkung bzw. Aufhebung

Beschränkt oder entzieht der Verwaltungsrat das Bezugs- bzw. das Vorwegzeichnungsrecht tatsächlich, kann der entsprechende Kapitalerhöhungsbeschluss[23] – mangels Anfechtbarkeit eines Verwaltungsratsbeschlusses[24] –

---

16 Vgl. BGE 121 III 219, 234 f. und 240 f.

17 In BGE 121 III 219, 235 betrug die maximal mögliche Kapitalerhöhung durch das genehmigte und bedingte Kapital 11,6 % des ausstehenden Kapitals, was das Bundesgericht nicht beanstandete.

18 So führte das Handelsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 15. September 1994 (nachfolgend zit. Urteil Handelsgericht) wie folgt aus: «Der Gang zum Richter würde aber weitgehend aussichtslos, wenn nur die im Gesetz genannten wichtigen Gründe (und allenfalls weitere) in allgemeiner Form Grundlage des Beschlusses sein dürften.» Genau eine solche Umschreibung in allgemeiner Form ist vorliegend erfolgt.

19 BGE 121 III 219, 234 erwähnt, dass es «ungenügend» wäre, dem Verwaltungsrat ohne nähere Eingrenzung einzig aufzutragen, das Bezugsrecht nach Massgabe des Gesetzes oder aus wichtigen Gründen zu entziehen. Sowohl das Handelsgericht (vgl. Urteil Handelsgericht (FN 18), 36) als auch BGE 121 III 219, 233 erachteten die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit nicht für relevant. Das Urteil Handelsgericht (FN 18), 16 i.V.m. 10 und 36 und 37 hält zwar fest, dass die Delegation der Entscheidungskompetenz gegen zwingendes Recht verstosse, auf den Eventualantrag jedoch nicht eingegangen werden müsse. Der Hauptantrag lautete auf die Aufhebung der Beschlüsse und der Eventualantrag auf die Feststellung der Nichtigkeit (Urteil Handelsgericht (FN 18), 2). Ein nichtiger Beschluss der Generalversammlung kann nach der hier vertretenen Auffassung nicht erfolgreich angefochten werden und eine entsprechende Klage ist aufgrund eines nicht vorhandenen Anfechtungsobjekts abzuweisen. (Was nicht ist, kann auch nicht angefochten werden.) Vgl. dazu Stefan Knobloch, Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2011, 120 m.w.N.

20 Vgl. Knobloch (FN 19), 50, der die Auffassung vertritt, dass – anders als beim Eingriff in andere Aktionärsrechte – selbst der einzelfallweise Eingriff in die zwingende Kompetenz eines anderen Organs zur Nichtigkeit des entsprechenden Beschlusses führt. Das gleiche Ergebnis muss auch für die einzelfallweise Übertragung einer unübertragbaren Kompetenz gelten, weil sonst die zwingende Kompetenzordnung des Aktienrechts ausgehöhlt würde.

21 Vgl. BGE 121 III 219, 232 f.

22 Sieht ein Delegationsbeschluss etwa einen unzulässigen Zweck vor, der den Verwaltungsrat zur Einschränkung oder zur Aufhebung des Bezugsrechts bzw. Vorwegzeichnungsrechts berechtigen sollte (beispielsweise die Berechtigung zum Entzug der Bezugsrechte zur Zuweisung an einen beliebigen Dritten/Investor), wird der unzulässige Zweck durch eine unterbliebene Anfechtung nicht gültig und der entsprechende Delegationsbeschluss ist und bleibt in Bezug auf diesen unzulässigen Zweck nichtig. Sehen die Statuten einen bestimmten zulässigen Zweck (beispielsweise eine Fusion) vor, kann das Bezugsrecht bzw. Vorwegzeichnungsrecht nicht aus einem anderen eigentlich zulässigen, aber in den Statuten nicht vorgesehenen Zweck eingeschränkt oder aufgehoben werden. Gleiches muss gelten, falls der sich konkret zu verwirklichende Grund nur knapp neben dem statutarisch vorgesehenen Grund zu liegen kommt. Freilich wird man durch Statutenauslegung nur aber immerhin die meisten Grenzfälle «einfangen» können.

23 Erstaunlicherweise reflektiert Art. 50 HRegV nicht die Delegationsmöglichkeit gemäss BGE 121 III 219. Diese Situation erstaunt einigermassen, weil der besagte Bundesgerichtsentscheid mehr als zwei Jahre vor dem Inkrafttreten von Art. 50 HRegV erging.

24 Vgl. etwa Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 (BBl 1983 II 745 ff.; nachfolgend zit.: Botschaft 1983), 822 und 883 sowie Martin Wernli/Marco A. Rizzi, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 714 N 3.

ausschliesslich gültig oder nichtig sein. Gemäss Art. 714 OR gelten für die Nichtigkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen sinngemäss dieselben Nichtigkeitsgründe[25], wie sie für die Beschlüsse der Generalversammlung gelten[26]. Es sind die drei folgenden Szenarien zu unterscheiden.

Szenario 1: Beschränkt oder entzieht der Verwaltungsrat das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht in Übereinstimmung mit den in den Statuten abstrakt umschriebenen und den Anforderungen des Bundesgerichts genügenden «wichtigen Gründen» und werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie das relative Gleichbehandlungsgebot und das Prinzip der schonenden Rechtsausübung gewahrt[27], ist der Beschluss des Verwaltungsrats – sofern formal korrekt zustande gekommen – gültig.

Szenario 2: Beschränkt oder entzieht der Verwaltungsrat das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht zwar in Übereinstimmung mit den in den Statuten abstrakt umschriebenen und den Anforderungen des Bundesgerichts genügenden «wichtigen Gründen», verletzt er aber eine der bereits erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsätze[28], wäre der Verwaltungsratsbeschluss eigentlich[29] – wie auch ein entsprechender Generalversammlungsbeschluss über die effektive Beschränkung bzw. den effektiven Entzug – lediglich anfechtbar und nicht nichtig. Dies ist nach der hier vertretenen Auffassung deshalb zutreffend, weil selbst die einzelfallweise Verletzung von an sich zwingendem Recht (vgl. etwa Art. 706b OR) – unter Vorbehalt der einzelfallweisen Verletzung der zwingenden Kompetenzordnung[30] – ein Anfechtungsgrund und kein Nichtigkeitsgrund darstellt[31]. Da ein Verwaltungsratsbeschluss jedoch nicht anfechtbar ist und für Verwaltungsratsbeschlüsse dieselben Nichtigkeitsgründe wie für Generalversammlungsbeschlüsse gelten, ist der Verwaltungsratsbeschluss trotz Verletzung der bereits erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsätze – sofern formal korrekt zustande gekommen – eigentlich gültig (vgl. aber sogleich Szenario 3)[32].

Szenario 3: Beschränkt oder entzieht der Verwaltungsrat das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht aus einem in den Statuten nicht vorgesehenen «wichtigen Grund», greift der Verwaltungsrat in die zwingende Kompetenz der Generalversammlung ein, weshalb der entsprechende Beschluss des Verwaltungsrats nichtig ist[33]. Ob dagegen auch ein Eingriff in die zwingende Kompetenz der Generalversammlung und somit ein nichtiger Verwaltungsratsbeschluss vorliegt, falls der Verwaltungsrat die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie das relative Gleichbehandlungsgebot oder das Prinzip der schonenden Rechtsausübung verletzt, bleibt aufgrund der Erwägun-

---

25 Von den gleichen Nichtigkeitsgründen ging bereits die Botschaft 1983 (FN 24), 823 aus. In Art. 660 E-OR waren die Nichtigkeitsgründe für Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse noch zusammen aufgeführt. («Nichtig sind Beschlüsse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates, die…») Das Parlament übernahm Art. 660 E-OR aus systematischen Gründen nicht und formulierte die heutigen Art. 706b OR und Art. 714 OR. Ausführungen dazu, dass entgegen der Botschaft 1983, a.a.O., die Nichtigkeitsgründe für Generalversammlungsbeschlüsse und Verwaltungsratsbeschlüsse nicht einheitlich sein sollen, erfolgten nicht, weshalb von einheitlichen Nichtigkeitsgründen auszugehen ist (AmtlBull NR 1985, 1692; AmtlBull SR 1988, 474; AmtlBull NR 1990, 1359 und 1388). Diese Erkenntnis wird auch durch die unwidersprochen gebliebenen Ausführungen von Ständerat und Berichterstatter Schmid unterstützt. Nach den Ausführungen von Ständerat und Berichterstatter Schmid seien die Ablehnung von Art. 660 E-OR, welcher für Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse dieselben Nichtigkeitsgründe vorgesehen hat, und die Aufteilung auf die Art. 716b OR und Art. 714 OR «rein aus Gründen der Systematik» erfolgt (AmtlBull SR1988, 474 und AmtlBull NR 1990, 1388). Damit ist eindeutig, dass aus dem Wort «sinngemäss» in Art. 714 OR nichts zugunsten von unterschiedlichen bzw. weitergehenden Nichtigkeitsgründen von Beschlüssen des Verwaltungsrates (beispielsweise wegen der nicht vorhandenen Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen) gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung abgeleitet werden kann. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Statuierung der Nichtigkeitsgründe übersehen haben könnte, dass ausschliesslich die Beschlüsse der Generalversammlung anfechtbar sind. Diese Erkenntnis wird damit begründet, dass die Botschaft 1983, 823 unmittelbar an die Ausführungen zu Art. 660 E-OR, der von einheitlichen Nichtigkeitsgründen ausgeht, festhält, dass ausschliesslich Generalversammlungs-, nicht aber Verwaltungsratsbeschlüsse anfechtbar seien.

26 Die Gleichheit der Nichtigkeitsgründe wird in der Lehre aufgrund der unterschiedlichen Funktion von Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüssen kritisiert (vgl. etwa BSK OR II, *Wernli/Rizzi* (FN 24), Art. 714 N 5). M.E. ist die Kritik nicht überzeugend. Einerseits stellen die vorerwähnten Autoren ebenfalls fest, dass die Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in Art. 706b OR nicht abschliessend ist, und andererseits ist explizit festgehalten, dass neben den aufgezählten Nichtigkeitsgründen die Entziehung oder Beschränkung von «andere[n] vom Gesetz zwingend gewährten Rechte[n] des Aktionärs» einen Nichtigkeitsgrund bildet. Damit bleibt auch Raum für ein nichtiges Verhalten, das aufgrund der unterschiedlichen Funktion ausschliesslich durch eines der beiden Organe erfolgen kann.

27 Vgl. zu diesen auch vom Verwaltungsrat zu beachtenden Grundsätzen etwa Knobloch (FN 19), 354 ff., insbesondere 387.

28 So würde beispielsweise in einem konkreten Fall das Aktionärsrecht der schonenden Rechtsausübung erfordern (vgl. etwa Knobloch (FN 19), 376 i.V.m. 370 ff.), dass die Gesellschaft anstelle eines Aktientauschs im Zusammenhang mit einer Unternehmensübernahme einen Barkaufpreis hätte bieten sollen (sofern tatsächlich und rechtlich möglich und wirtschaftlich nicht (wesentlich) schlechter).

29 Vgl. zu dieser Einschränkung Szenario 3.

30 Vgl. dazu unter Ziff. V.2

31 Vgl. Knobloch (FN 19), 45 f.

32 Vgl. zur Beschränkung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts etwa Knobloch (FN 19), 387 sowie zur Verletzung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und zu den Rechtsfolgen auf die entsprechenden Beschlüsse des Verwaltungsrats 361, 369 und 374. Vgl. aber Ziff. V.4, in der ausgeführt wird, dass ein in Verletzung der vorerwähnten Rechtsgrundsätze zustande gekommener Verwaltungsratsbeschluss keine Auswirkung auf den Anspruch des Aktionärs auf Zuteilung der Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte hat.

33 Vgl. die Begründung unter Ziff. V.1.

gen in BGE 121 III 219 ff. unklar[34], ist nach der hier vertretenen Auffassung aber abzulehnen[35].

3. Verantwortlichkeitsklage

3.1 Einleitung

Neben dem Vorliegen eines Schadens setzt die Schadenersatzpflicht nach Art. 754 OR voraus, dass der Schaden adäquat kausal durch eine verschuldete pflichtwidrige Handlung bzw. Unterlassung verursacht worden ist. Nachstehend wird einzig auf die haftungsrelevante Pflichtwidrigkeit und die Schadensart eingegangen[36].

3.2 Pflichtwidrigkeit

Als mögliche Pflichtwidrigkeiten stehen die drei folgenden Handlungen im Raum:

Handlung 1: Der Verwaltungsrat beantragt der Generalversammlung, das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht einzuschränken oder aufzuheben oder die entsprechende Kompetenz an den Verwaltungsrat zu delegieren. Folgt die Generalversammlung dem Antrag des Verwaltungsrats und ist und bleibt der Generalversammlungsbeschluss gültig, ist keine haftungsrelevante Pflichtwidrigkeit erkennbar; dies gilt, obwohl der Verwaltungsrat letztlich die Einschränkung oder Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts durch seinen Antrag mitverursacht hat[37].

Handlung 2: Der Verwaltungsrat beantragt auf der Generalversammlung, das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht einzuschränken oder aufzuheben oder die entsprechende Kompetenz an den Verwaltungsrat zu delegieren. Folgt die Generalversammlung dem Antrag des Verwaltungsrats und ist der entsprechende Generalversammlungsbeschluss nichtig oder wird er erfolgreich angefochten, dürfte die entsprechende Antragsstellung grundsätzlich eine haftungsrelevante Pflichtwidrigkeit darstellen[38].

Handlung 3: Der Verwaltungsrat beschränkt oder entzieht in Überschreitung seiner Kompetenz das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht. Auch dieses Verhalten dürfte eine haftungsrelevante Pflichtwidrigkeit darstellen, weil der Verwaltungsrat dafür zu sorgen hat, dass der Beschluss der Generalversammlung über die Schaffung des genehmigten oder bedingten Kapitals (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR) korrekt umgesetzt wird. Beschränkt oder entzieht der Verwaltungsrat das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht nicht in Übereinstimmung mit der ihm durch den Generalversammlungsbeschluss eingeräumten Kompetenz, setzt er den entsprechenden Beschluss der Generalversammlung nicht korrekt um, sodass er sich grundsätzlich pflichtwidrig verhält[39].

3.3 Schaden

Soweit die Gesellschaft durch die vom Verwaltungsrat unnötigerweise verursachten Prozesse einen Schaden erleidet, ist der Aktionär mittelbar geschädigt und kann bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft ausschliesslich eine Zahlung an die Gesellschaft verlangen (Art. 756 OR). Führt die unzulässige Nicht- oder nur Teilweisegewährung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts zu einem Schaden des Aktionärs, erleidet er dadurch gege-

---

34 So hält BGE 121 III 219, 234 fest, dass die bisherige Rechtsprechung von BGE 117 II 290 E. 4e/cc, 302 ff. grundsätzlich auch unter der Herrschaft des neuen Aktienrechts gelten würde, die eine Delegationsmöglichkeit an den Verwaltungsrat bejahte. An anderer Stelle führt BGE 121 III 219, 230 aus, dass nach der bisherigen Rechtsprechung (unter Verweis auf BGE 117 II 290 E. 4e) der Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt sein müsse und das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre und der schonenden Rechtsausübung zu wahren habe. Unter diesen Voraussetzungen sei eine Delegation der Entscheidungskompetenz an den Verwaltungsrat zulässig. Da bei einer Delegierung der Entscheidungskompetenz der Beschluss über den Bezugsrechtsausschluss durch den Verwaltungsrat gefasst wird, bedeutet das eigentlich, dass bei einer Nichtbeachtung der vorerwähnten Gebote durch den Verwaltungsrat die Delegierung unzulässig würde und sich der Bezugsrechtsausschluss nicht auf eine hinreichende Delegation stützen kann.

35 Würde man von einem Eingriff in die zwingende Kompetenz ausgehen, führte dies zur Nichtigkeit des entsprechenden Verwaltungsratsbeschlusses und nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. unter Ziff. V.4) zum Fortbestand der Ansprüche auf Zuteilung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts, was vor allem für den Fall nicht sachgerecht erscheint, bei dem die Beschränkung bzw. Aufhebung des Bezugsrechts in Übereinstimmung mit den in den Statuten abstrakt umschriebenen und den Anforderungen des Bundesgerichts genügenden «wichtigen Gründen» ist. Zudem vermittelt nach der hier vertretenen Auffassung das relative Gleichbehandlungsgebot und das Prinzip der schonenden Rechtsausübung keinen Anspruch auf eine positive Leistung (beispielsweise auf Zuweisung von fünf Bezugsrechten), sondern lediglich ein Abwehrrecht gegen eine beeinträchtigende Handlung (vgl. dazu Knobloch (FN 19), 365 und 373). Dieses Ergebnis kann nach den Ausführungen nicht erreicht werden, wenn der Beschluss des Verwaltungsrates aufgrund der genannten Gründen nichtig wäre.

36 Vgl. zur Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen auch BGE 121 III 219, 233; vgl. auch den Hinweis in FN 40.

37 Vgl. Knobloch (FN 19), 107 f., der darauf hinweist, dass unter bestimmten Umständen selbst ein Antrag, der zu einem unrechtmässigen Generalversammlungsbeschluss führt, keine haftungsrelevante Pflichtwidrigkeit des Verwaltungsrats darstellt, sofern der anfechtbare Generalversammlungsbeschluss nicht angefochten wird und somit gültig bleibt.

38 Die Pflichtwidrigkeit liegt nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht etwa darin begründet, dass der Verwaltungsrat durch sein Verhalten das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht des Aktionärs (vorübergehend) beeinträchtigt, sondern die Gesellschaft in (unnötige) Prozesse involviert wird. Es liegt unter Umständen ein Verstoss gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht vor (vgl. Knobloch (FN 19), 389). Vgl. Knobloch (FN 19), 181 f. mit Hinweisen darauf, dass nach seiner Auffassung den Verwaltungsrat keine allgemeine Pflicht zur Gewährleistung oder Nichtbeeinträchtigung von Aktionärsrechten trifft. Eine entsprechende Pflicht besteht ausschliesslich dann, wenn dies so vorgesehen ist (beispielsweise in Art. 717 Abs. 2 OR).

39 Vgl. Knobloch (FN 19), 108 f. mit Hinweisen darauf, dass der Verwaltungsrat die Beschlüsse der Generalversammlung grundsätzlich umzusetzen hat. Im Ergebnis in Bezug auf die Kompetenzüberschreitung noch a.M. Knobloch (FN 19), 182.

benenfalls einen unmittelbaren Schaden, den er auch bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft vom Verwaltungsratsmitglied auf Zahlung an sich selbst verlangen kann[40].

4. Anspruch auf Zuteilung von Bezugs- bzw. Vorwergzeichnungsrechten?

Werden die Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte weder eingeschränkt noch aufgehoben, steht dem Aktionär nach der hier vertretenen Auffassung eine Leistungsklage auf Zuteilung der entsprechenden Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte zu[41].

Werden die Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte dagegen rechtmässig eingeschränkt bzw. aufgehoben, ist es nach der hier vertretenen Auffassung offensichtlich, dass eine rechtmässige Einschränkung bzw. Aufhebung der Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte zum Untergang des entsprechenden Anspruchs auf Zuteilung der Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts führt[42]. Anderenfalls wäre die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts wirkungslos.

Erfolgt dagegen die Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts in unzulässiger Weise, sind die folgenden zwei Szenarien zu unterscheiden:

Szenario 1: Erfolgt die unrechtmässige Einschränkung bzw. Aufhebung durch Beschluss der Generalversammlung und wird der Beschluss aufgehoben, entfällt die Wirkung des Beschlusses und der Anspruch auf Zuteilung von Bezugs- und Vorwegzeichnungsrechten lebt wieder auf. Ist der Beschluss der Generalversammlung nichtig[43], entfaltet er grundsätzlich[44] keine Wirkung und der Anspruch auf Zuteilung von Bezugs- und Vorwegzeichnungsrechten bleibt unverändert bestehen. Ist der Beschluss dagegen bloss anfechtbar und wird er nicht aufgehoben (weil nicht oder nicht erfolgreich angefochten), bleibt die Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts rechtmässig und der Aktionär verliert den entsprechenden Anspruch auf Zuteilung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts[45]. Anderenfalls wäre die Nichtanfechtbarkeit eines anfechtbaren Beschlusses der Generalversammlung wirkungslos.

Szenario 2: Erfolgt die unrechtmässige Einschränkung bzw. Aufhebung durch Beschluss des Verwaltungsrats und ist der Beschluss des Verwaltungsrats nichtig[46], bleibt der Anspruch auf Zuteilung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts unverändert bestehen, weil ein nichtiger Beschluss grundsätzlich[47] keine Wirkung zu entfalten vermag. Das gleiche Ergebnis gilt nach der hier vertretenen Auffassung bei einer unrechtmässigen Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts, die nicht zur Nichtigkeit des beeinträchtigenden Beschlusses des Verwaltungsrats führen[48]. Die unrechtmässige Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts hat keinen Einfluss auf den Bestand des Anspruchs auf Zuteilung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts. Diese Erkenntnis wird damit begründet, dass es der Verwaltungsrat sonst in der Hand hätte, den Aktionären sämtliche Aktionärsrechte – zumindest beschlussmässig – zu entziehen bzw. einzuschränken, deren beschlussmässige Beeinträchtigung nicht zur Nichtigkeit des Verwaltungsratsbeschlusses führt. Ein solches Ergebnis wäre offensichtlich unbillig und ist daher abzulehnen[49].

5. Abwehransprüche gegen eine drohende Rechtsverletzung

Droht eine unzulässige Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts, kann bei gegebenen Voraussetzungen die gerichtliche Untersagung der entsprechenden Handlung als vorsorgliche Massnahme erlangt werden (Art. 261 und Art. 343 ZPO)[50].

---

40 Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Verwaltungsrat das Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrecht nicht in wirksamer Weise unrechtmässig entziehen (vgl. unter Ziff. V.4), weshalb der Aktionär – unter Vorbehalt von Prozesskosten etc. – auch keinen Schaden hat. Anders wäre die Situation unter Umständen, falls dem Aktionär durch die verspätete (gerichtlich durchgesetzte) Zuweisung der Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte ein Schaden entsteht.

41 Vgl. Knobloch (FN 19), 388 und 38 ff.

42 Vgl. Knobloch (FN 19), 383 und 110.

43 Dies gilt beispielsweise, wenn der Delegationsbeschluss den bundesgerichtlichen Voraussetzungen nicht zu genügen vermag (vgl. unter Ziff. V.1).

44 Vgl. zum Vorbehalt der heilenden Wirkung des Handelsregistereintrages etwa Knobloch (FN 19), 113.

45 Vgl. Knobloch (FN 19), 388 und 110 f.

46 Vgl. unter Ziff. V.2.

47 Vgl. den Hinweis in FN 49.

48 Zu beachten ist, dass nach der hier vertretenen Auffassung das relative Gleichbehandlungsgebot und das Prinzip der schonenden Rechtsausübung keinen Anspruch auf positive Leistung (beispielsweise auf Zuweisung von fünf Bezugsrechten) beinhaltet, sondern lediglich ein Abwehrrecht gegen eine beeinträchtigende Handlung. Dementsprechend führt ein entsprechender Verwaltungsratsbeschluss trotz Verletzung der erwähnten Rechte zum Untergang des Anspruchs auf Zuteilung der Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechte. Dieses Ergebnis lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung auch damit begründen, dass den vorerwähnten Rechtsgrundsätzen in Bezug auf die Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts – trotz gesetzlicher Erwähnung in diesem Zusammenhang (Art. 652b Abs. 2 und Art. 653c Abs. 3 OR) – keine weitergehende Bedeutung zukommt als bei der Beeinträchtigung anderer Aktionärsrechte (vgl. Knobloch (FN 19), 387). Vgl. auch die Ausführungen in FN 35.

49 Vgl. Knobloch (FN 19), 112 und 102 f. mit weitergehender Begründung. A.M. – allerdings ohne Begründung – wohl BGE 121 III 219, 233, der als obiter dictum festhält, dass sich ein betroffener Aktionär gegen «Missbräuche der rechtmässig delegierten Kompetenz durch den Verwaltungsrat nur mit den Haftungsklagen gemäss Art. 722 und Art. 754 OR zur Wehr setzen» könne.

50 Vgl. Knobloch (FN 19), 36 f. und 373 f., insbesondere auch den Hinweis in FN 1584, nach dem etwa die Androhung der Ungehorsamkeitsstrafe (Art. 292 StGB) nicht zulässig sein dürfte, falls die

VI. Schlussbetrachtung

Das Bundesgericht hat mit BGE 121 III 219 ff. in Bezug auf die Delegierbarkeit und den dabei einzuhaltenden Rahmen des Entscheids über die effektive Einschränkung oder Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts eine weitgehende Rechtssicherheit hergestellt. Während die praktische Bedeutung von BGE 121 III 219 ff. im Zusammenhang mit Publikumsgesellschaften durch die Lehre aufgegriffen und diskutiert wurde, fehlt – soweit ersichtlich – weitgehend eine Untersuchung der rechtlichen Bedeutung des Entscheids für kleinere Gesellschaften ohne kotierte Aktien. Das Bundesgericht hält relativ klar fest, dass es bei solchen Gesellschaften ohne Vorliegen eines konkreten Projekts, d.h. eines konkreten Grundes für den Bezugsrechtsausschluss, die Delegierbarkeit verneint hätte.

Wie eingangs erwähnt, wurden – soweit ersichtlich – die Rechtsfolgen eines den Anforderungen von BGE 121 III 219 ff. nicht genügenden Delegations-, Einschränkungs- bzw. Aufhebungsbeschlusses der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrats kaum diskutiert. Der Autor dieses Beitrags hat diese Situation mit dem vorliegenden Beitrag geändert und freut sich auf eine Diskussion, insbesondere auch in Bezug auf das Zusammenspiel von Generalversammlungsbeschluss, Verwaltungsratsbeschluss, Verantwortlichkeitsklage und Aktionärsrecht.

Einschränkung bzw. Aufhebung des Bezugs- bzw. Vorwegzeichnungsrechts durch die Generalversammlung drohen würde.