BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 262/07

Verkündet am:
18. Mai 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Mindestausgabebetrag

AktG §§ 182 Abs. 1 Satz 5, 192 Abs. 2 Nr. 1, 193 Abs. 2 Nr. 3, 221 Abs. 2, 4

a) § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG ist teleologisch reduzierend dahin auszulegen, dass im Fall einer bedingten Kapitalerhöhung gemäß § 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG i.V. mit einer Ermächtigung des Vorstands zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen nach § 221 Abs. 2 AktG die Feststellung eines Mindestausgabebetrages der Bezugsaktien oder der Grundlagen für dessen Berechnung in dem Kapitalerhöhungsbeschluss genügt.

b) In einem Kapitalerhöhungsbeschluss (hier §§ 192 f. AktG) sind Angaben über die Art und die Zahl der auszugebenden Aktien entbehrlich, wenn die Satzung nur einen bestimmten Aktientyp vorsieht und die Zahl der neuen Aktien sich anhand der bisherigen Einteilung des Grundkapitals (§ 8 Abs. 4 AktG) durch Rückrechnung aus dem Erhöhungsbetrag bestimmen lässt.

c) Im Rahmen einer Ermächtigung zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen nach § 221 Abs. 2 AktG kann der Vorstand - entsprechend den im Senatsurteil vom 23. Juni 1997 (BGHZ 136, 133 - Siemens/Nold) aufgestellten Grundsätzen - auch zu einem Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre (§ 221 Abs. 4 Satz 1 AktG) ermächtigt werden (Bestätigung der Senatsbeschlüsse vom 21. November 2005 - II ZR 79/04, ZIP 2006, 368, und vom 11. Juni 2007 - II ZR 152/06, ZIP 2007, 2122).

BGH, Urteil vom 18. Mai 2009 - II ZR 262/07 - OLG Celle
LG Hannover

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 7. November 2007 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten der vormaligen Streithelferin zu 2 - und insoweit aufgehoben, als in der Hauptsache zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

II. Auf die Berufung der Beklagten wird das Schlussurteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hannover vom 22. Februar 2007 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

III. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits. Die Streithelferin zu 1 trägt ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

1 Der klagende Verein vertritt satzungsgemäß die Interessen von Minderheitsaktionären und hält selbst einige Aktien der Beklagten, die er vor Bekanntmachung der Tagesordnung zur Hauptversammlung der Beklagten vom 5. Mai 2006 erworben hat. Er war in dieser Hauptversammlung vertreten und hat als einziger der erschienenen Aktionäre Widerspruch zur Niederschrift gegen den zu TOP 9 gefassten Beschluss erklärt, welcher u.a. eine Ermächtigung des Vorstands der Beklagten zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen (§ 221 Abs. 2 AktG) und Regelungen über das dazu erforderliche bedingte Kapital (§ 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG) zum Gegenstand hat. Lit. a des umfangreichen Beschlusses sieht die Streichung von Satzungsbestimmungen (§ 4 Abs. 3, 4) vor, die wegen Fristablaufs gegenstandslos gewordene bedingte Kapitalia betreffen. Durch lit. b wird eine dem Vorstand im Mai 2001 erteilte Ermächtigung zur Ausgabe von Options- und/oder Wandelschuldverschreibungen im Gesamtbetrag von bis zu 1,5 Mrd. € in Höhe von 1,1 Mrd. € aufgehoben. Lit. c betrifft eine Herabsetzung des bedingten Kapitals gemäß § 4 Abs. 6 Satz 1 der Satzung von 140 Mio. € auf 31,9 Mio. €. In lit. d heißt es:

> "d) Erteilung einer neuen Ermächtigung
>
> Der Vorstand wird ermächtigt, bis zum 4. Mai 2011 einmalig oder mehrmalig Options- und/oder Wandelschuldverschreibungen (im Folgenden zusammengefasst auch: „Teilschuldverschreibungen") im Gesamtnennbetrag von bis zu € 6.000.000.000 mit einer Laufzeit von bis zu 20 Jahren zu begeben und den Inhabern von Optionsschuldverschreibungen Optionsrechte bzw. den Inhabern von Wandelschuldverschreibungen Wandlungsrechte auf Aktien der Gesellschaft mit einem anteiligen Betrag am Grundkapital von insgesamt bis zu € 149.000.000,00 nach näherer Maßgabe der Options- bzw. Wandelan-

leihebedingungen zu gewähren und/oder entsprechende Wandlungspflichten zu begründen.

aa) ...

bb) Bezugsrecht

Die Teilschuldverschreibungen sollen von einem Bankenkonsortium mit der Verpflichtung übernommen werden, sie den Aktionären zum Bezug anzubieten. Der Vorstand ist jedoch ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, sofern der Ausgabepreis der Teilschuldverschreibungen ihren nach anerkannten finanzmathematischen Methoden ermittelten theoretischen Marktwert nicht wesentlich unterschreitet. Zur Ermittlung des theoretischen Marktwerts wird die Gesellschaft die Stellungnahme einer erfahrenen Investmentbank oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft einholen. ...

dd) Options- bzw. Wandlungspreis

Der jeweils festzusetzende Options- bzw. Wandlungspreis für eine Aktie muss - auch bei einem variablen Umtauschverhältnis bzw. Wandlungspreis - entweder mindestens 80% des Durchschnitts aus den Schlusskursen der Aktie der Gesellschaft mit gleicher Ausstattung im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) an den zehn Börsentagen vor dem Tag der Beschlussfassung durch den Vorstand über die Begebung der Options- oder Wandelschuldverschreibungen betragen oder mindestens 80% des Durchschnitts aus den Schlusskursen der Aktie der Gesellschaft mit gleicher Ausstattung im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) während der Tage, an denen die Bezugsrechte an der Frankfurter Wertpapierbörse gehandelt werden, jedoch mit Ausnahme der beiden letzten Börsentage des Bezugsrechtshandels, entsprechen.

ee) Verwässerungsschutz

...

ff) Ermächtigung zur Festlegung weiterer Einzelheiten

Der Vorstand wird ermächtigt, die weiteren Einzelheiten der Ausgabe und Ausstattung der Options- und/oder Wandelschuldverschreibungen, insbesondere Zinssatz, Ausgabekurs, Laufzeit, Stückelung, Options- bzw. Wandlungspreis und den Options- bzw. Wandlungszeitraum festzusetzen bzw. im Einvernehmen mit den Organen der die Options- und/oder Wandelschuldverschreibungen begebenden Beteiligungsgesellschaft festzulegen. ..."

2 Lit. e) bestimmt, dass das Grundkapital der Beklagten zur Bedienung der Options- und Wandlungsrechte bzw. zur Begründung von Wandlungspflichten um bis zu 149 Mio. € durch Ausgabe von neuen Aktien bedingt erhöht wird und diese zu dem gemäß lit. d) Unterabschnitt dd) jeweils festzulegenden Options- bzw. Wandlungspreis auszugeben sind. Eine besondere Bestimmung über die Art und die Zahl der auszugebenden Aktien wurde nicht getroffen. Lit. f) und lit. g) betreffen Satzungsänderungen mit Rücksicht auf die bedingte Kapitalerhöhung, welche gemäß lit. f) in einem "neuen Abs. 5" des § 4 der Satzung ausgewiesen wurde, obwohl die Hauptversammlung zuvor unter TOP 8 lit. a) eine Streichung des bisherigen Absatzes 5, der ein zum 22. Mai 2006 auslaufendes genehmigtes Kapital betraf, abgelehnt hatte.

3 Mit dem Hauptantrag seiner (per Telefax am 3. Juni 2006 eingereichten) Klage hat der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlussteile lit. e) und lit. f) zu TOP 9 begehrt und dieses Begehren mit vier gestaffelten Hilfsanträgen jeweils um einen zusätzlichen Beschlusspunkt erweitert. Hilfsweise dazu

begehrt er die Nichtigerklärung der Vorstandsermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss im Beschlussteil lit. d) zu bb) und schließlich mit einem sechsten Hilfsantrag die Nichtigerklärung des Beschlussteils lit f).

4 Das Landgericht hat die mit dem Haupt- sowie mit den Hilfsanträgen zu 1 und 2 angegriffenen Beschlussteile im Hinblick auf § 139 BGB für nicht isoliert anfechtbar erachtet und dem dritten Hilfsantrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlussteile zu lit. b) bis g) entsprochen, ohne im Urteilstenor die vorrangig gestellten Anträge abzuweisen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Haupt- und die Hilfsanträge zu 1 und 2 des Klägers im ersten Rechtszug abgewiesen seien. Mit ihrer - von dem Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Abweisung der Klage.

6 I. Das Berufungsgericht (AG 2008, 85) meint, gegen die Zulässigkeit der von dem Kläger gestellten Anträge bestünden keine Bedenken, weil jeder von ihnen für sich genommen dem Bestimmtheitsgebot genüge, woran ihre Kumulierung nichts ändere. Da das Landgericht dem Haupt- und den Hilfsanträgen zu 1 und 2 mangels isolierter Anfechtbarkeit der darin genannten Teile des einheitlichen Beschlusses zu TOP 9 im Hinblick auf § 139 BGB zu Recht nicht stattgegeben habe, sei damit zugleich die von dem Kläger mit der Staffelung seiner Anträge verbundene Rechtsbedingung für eine Entscheidung über den

Hilfsantrag zu 3 eingetreten. Zur "Klarstellung" sei aber die Abweisung der vorrangig gestellten Anträge in den Tenor aufzunehmen. In der Sache sei der angegriffene Beschluss zu TOP 9 wegen Verstoßes gegen § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG insgesamt nichtig (§ 241 Nr. 3 AktG), weil mit dem in TOP 9 lit. d) dd) angegebenen "Mindestausgabebetrag" weder der "Ausgabebetrag" für die neuen Aktien noch die Grundlagen festgelegt würden, nach denen sich dieser Betrag errechne. Der Begriff "Ausgabebetrag" bezeichne sprachlich eindeutig eine abschließend bezifferte Summe, nicht aber, was auch der Wortlautvergleich mit § 182 Abs. 3 AktG zeige, einen bloßen Mindestbetrag - wie hier in Form von 80 % eines bestimmten Aktienkurses -, der keine Errechnung des effektiven Ausgabebetrages ermögliche, sondern diesen in die Entscheidung des Vorstands stelle. Der Gesetzeszweck gebiete eine vom Wortlaut des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG abweichende Auslegung nicht. Die Vorschrift solle die Altaktionäre vor einer Verwässerung ihrer Anteilsgrößen schützen, Gläubiger und potentielle Anleger über die beabsichtigte Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital informieren und dem Registergericht eine Wertkontrolle über die Höhe des Ausgabebetrages ermöglichen. Diese Gesetzeszwecke seien nur mit der vorgeschriebenen Angabe eines bestimmten oder ohne weitere Entscheidungsspielräume errechenbaren Ausgabebetrages erreichbar und von dem Gesetzgeber durch Einfügung des § 193 Abs. 4 AktG im Jahr 1998 bekräftigt worden. § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG werde auch nicht durch § 221 Abs. 2 Satz 1 AktG als vorrangige Spezialnorm verdrängt, weil für das dort vorgesehene Vorstandsermessen ein anderweitiger Anwendungsbereich verbleibe und beide Vorschriften unterschiedliche Regelungsinhalte hätten.

7 II. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

8 1. Noch zutreffend geht allerdings das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Klage aus.

9 a) Entgegen der Ansicht der Revision hat der Kläger mit der stufenweisen Erweiterung seines Hauptantrags um jeweils einen weiteren Beschlussteil nicht "unter dem Deckmantel vermeintlich echter Hilfsanträge eine uneigentliche Eventualhäufung der Anträge vorgenommen", welche dadurch charakterisiert wäre, dass der Hilfsantrag nur für den Fall eines Obsiegens mit dem Hauptantrag gestellt wird. Abgesehen davon, dass auch eine derartige "unechte" Eventualhäufung nicht per se unzulässig wäre (vgl. Senat, BGHZ 132, 390, 397 f.; MünchKommZPO/Becker-Eberhard 3. Aufl. § 260 Rdn. 16, 17 m.w.Nachw.), hat der Kläger in seiner - von der Revision selbst in Bezug genommenen - Berufungserwiderung klargestellt, dass er in erster Linie die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlussteile TOP 9 lit. e) und f) erstrebe, weil diese gleich in mehrfacher Hinsicht (Mindestausgabebetrag, fehlende Festsetzung der Anzahl und Art der neuen Aktien) aktienrechtliche Bestimmungen verletzten. Zwecks möglichst weitgehender Geltungserhaltung des übrigen Beschlussinhalts werde der Hauptantrag auf das genannte Klageziel beschränkt, dessen Erreichung dem Kläger genüge. Die Hilfsanträge seien nur für den Fall gestellt, dass sich im Hinblick auf § 139 BGB eine isolierte Nichtigkeitsfeststellung der genannten Beschlusspunkte verbiete und damit in weitergehendem Umfang in die Rechte der Beklagten eingegriffen werden müsse. Sonach handelt es sich hier um eine "echte", an die Erfolglosigkeit des beschränkten Hauptantrags geknüpfte Eventualhäufung, deren Hilfsanträge nicht in jedem Fall auf eine schwächere Rechtsfolge als der Hauptantrag abzielen müssen (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO 22. Aufl. § 260 Rdn. 13).

10 b) Entgegen der Ansicht der Revision leiden die o.g. Eventualhäufung und das an sie anknüpfende Berufungsurteil nicht an einem "inneren Wider-

spruch" insofern, als es mit der Abweisung der vorrangig gestellten Anträge "prozessual unvereinbar wäre, die damit aberkannten Ansprüche als integralen Bestandteil" eines nachfolgenden (hier des dritten) Hilfsantrags zuzuerkennen. Denn mit der Abweisung der vorrangig gestellten Anträge wurde hier nicht sachlich über den Streitgegenstand - die Frage der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses (vgl. BGHZ 152, 1, 5 f.) - sondern nur dahin entschieden, dass die Anträge **wegen ihrer Beschränkung** (im Hinblick auf § 139 BGB) abzuweisen sind. In diesem Fall stünde die Rechtskraft der Abweisung auch einer neuen, unbeschränkten Klage unter Einbeziehung der von den abgewiesenen Anträgen erfassten Beschlussteile ebenso wenig entgegen wie z.B. die Abweisung einer Klage auf Herausgabe eines untrennbaren Teils einer Sachgesamtheit der nachfolgenden Klage auf Herausgabe der Sachgesamtheit selbst.

11 c) Soweit die Revision rügt, das Vorgehen der vorinstanzlichen Gerichte lasse sich nicht mit § 139 BGB rechtfertigen, weil die von dem Hauptantrag des Klägers erfassten Beschlussteile lit. e) und f) gesonderte, von dem übrigen Beschlussinhalt abtrennbare Regelungsbereiche betroffen hätten, ist dies unbehelflich, weil die Beklagte durch die auf der gegenteiligen Ansicht des Berufungsgerichts basierende Abweisung des Haupt- und der Hilfsanträge zu 1 und 2 nicht beschwert ist. Beschwert ist die Beklagte allein durch die vorinstanzliche Nichtigkeitsfeststellung gemäß dem dritten Hilfsantrag des Klägers. Es kann daher im Ergebnis offen bleiben, ob die von dem Berufungsgericht aus § 139 BGB gezogenen Konsequenzen zutreffen, zumal die Klage ohnehin, wie noch auszuführen sein wird, insgesamt abzuweisen ist. Hinzuweisen ist aber darauf, dass das Berufungsgericht mit seinem Vorgehen genau dem entgegenwirkt, was die Revision anprangert, nämlich, dass es nicht angehe, wenn mit einem Hauptantrag zwecks Abwälzung des Prozessrisikos der geringstmögliche Um-

fang einer Nichtigkeitsklage gewählt werde, um sich schrittweise mit jeweils erweiterten Hilfsanträgen "risikolos in den Beschluss hineinzuklagen".

12 2. Zu Recht beanstandet indes die Revision die Ansicht des Berufungsgerichts (ebenso KG ZIP 2008, 648 f.; OLG Hamm ZIP 2008, 923, 924 f. m.w.Nachw. zur instanzgerichtlichen Rechtsprechung), dass die Angabe eines Mindestbetrages für die Ausgabe der neuen Aktien in dem Beschluss über eine bedingte Kapitalerhöhung (§§ 192 ff. AktG) - wie hier gemäß TOP 9 lit. d) dd) i.V. mit lit. e) - auch im vorliegenden Fall des § 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG i.V. mit einer Vorstandsermächtigung gemäß § 221 Abs. 2 AktG gegen § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG verstoße und daraus die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses folge. Die maßgeblich am Wortlaut des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG haftende und den Regelungszusammenhang mit § 221 Abs. 2 AktG ausblendende Argumentation des Berufungsgerichts greift zu kurz.

13 a) Zwar mag es sein, dass der Begriff Ausgabebetrag in § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG sprachlich eine bestimmte, abschließend bezifferte Summe bezeichnet. Schon mit der in der Vorschrift alternativ zugelassenen Angabe der Grundlagen für die Errechnung dieses Betrages wird jedoch ein gewisser Spielraum eröffnet, der von der Auslegung der sprachlich bestimmten Kriterien abhängen und u.U. zu unterschiedlichen "Rechenergebnissen" führen kann, während mit einem eindeutig bestimmten Mindestbetrag oder dessen Grundlagen aus Sicht der an der Beschlussfassung beteiligten Aktionäre immerhin eine definitive Obergrenze für eine mögliche Verwässerung ihrer Anteile gesetzt wird (vgl. MünchKommAktG/Fuchs 2. Aufl. § 193 Rdn. 14; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG § 193 Rdn. 15). Davon abgesehen sind Rechtsbegriffe "relativ" und in ihrem jeweiligen Regelungszusammenhang teleologisch auszulegen, was durchaus zu unterschiedlichen Auslegungsergebnissen desselben Rechtsbegriffs, auch

wenn er in derselben Norm vorkommt, führen kann. Das gilt auch für § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG.

14 b) Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG ist in den Fällen der Schaffung eines bedingten Kapitals zwecks Bedienung von Wandelschuldverschreibungen o.ä. (§ 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG) im Zusammenhang mit der zeitlich nach ihr - nämlich auf Grund von Art. 1 Nr. 30 a) des Gesetzes zur Durchführung der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 13. Dezember 1978 (BGBl 1978 I 1959) - konzipierten Vorschrift des § 221 Abs. 2 Satz 1 AktG zu würdigen. Nach dieser Vorschrift kann die Hauptversammlung den Vorstand für einen Zeitraum bis zu fünf Jahren zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen ermächtigen, um auf diese Weise der Gesellschaft eine rasche und flexible Reaktion auf sich bietende Finanzierungsgelegenheiten zu ermöglichen (vgl. Sen.Beschl. v. 11. Juni 2007 - II ZR 152/06, ZIP 2007, 2122 Tz. 3; Angerer/Pläster, NZG 2008, 326, 329; Spiering/Grabbe, AG 2004, 91, 94; Maier-Reimer, Gedächtnisschrift Bosch S. 85, 96). Die Gewährung der Umtausch- oder Bezugsrechte aus den auszugebenden Wandelschuldverschreibungen wird regelmäßig durch eine bedingte Kapitalerhöhung sichergestellt (vgl. MünchKommAktG/Habersack 2. Aufl. § 221 Rdn. 215; Maier-Reimer aaO S. 95), wie in § 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG vorgesehen (zum Verhältnis gegenüber dem Ausgabebeschluss gemäß § 221 Abs. 1, 2 AktG vgl. Hüffer AktG 8. Aufl. § 192 Rdn. 13). Entscheidet gemäß § 221 Abs. 1 AktG die Hauptversammlung selbst abschließend über die Ausgabe der Schuldverschreibungen und deren Einzelheiten, so tritt ein Konflikt mit der u.a. hierauf abgestimmten Formulierung des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG nicht auf (vgl. Maier-Reimer aaO S. 95). Demgegenüber hat der Gesetzgeber bei Einfügung des § 221 Abs. 2 AktG im Jahr 1978 offensichtlich - inzwischen eingestandenermaßen (vgl. unten h)) - übersehen, dass der "überkommene Wortlaut" des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG dem mit der Neuregelung verfolgten Gesetzeszweck

nicht entspricht (vgl. Angerer/Pläster aaO), weil im Fall der Vorabbestimmung des Ausgabebetrages durch die Hauptversammlung der mit der Ermächtigung gemäß § 221 Abs. 2 AktG bezweckte Spielraum des Vorstandes in einem zentralen Punkt dann nicht bestünde (vgl. Hüffer aaO § 193 Rdn. 6 b; MünchKommAktG/Fuchs aaO § 193 Rdn. 13; Spindler/Stilz/Rieckers aaO). Der Vorstand kann unmöglich über bis zu fünf Jahre hinweg "flexibel" auf die aktuellen Marktverhältnisse reagieren, wenn ihm die Hauptversammlung bei Erteilung der Ermächtigung einen Ausgabebetrag vorgeben muss (vgl. Angerer/Pläster aaO; Maier-Reimer aaO S. 96; Handelsrechtsausschuss des DAV NZG 2007, 857 f.). Vielmehr liegt es gerade in der Natur der Ermächtigung gemäß § 221 Abs. 2 AktG, dass der Wandlungspreis, zu dem die Aktien später ausgegeben werden sollen, noch nicht festgelegt werden kann und der Verwaltung insoweit ein gewisser Ermessensspielraum zu geben ist (vgl. Spindler/Stilz/Seiler aaO § 221 Rdn. 69; Krieger in MünchHandbuch AG 3. Aufl. § 57 Rdn. 18; Matyschok, BB 2008, 1477; a.A. Frey in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 193 Rdn. 51; Klawitter, AG 2005, 792, 793 Fn. 7; Maul, NZG 2000, 679, 680). Die Wandelschuldverschreibung als Instrument der Unternehmensfinanzierung kann bei auftretendem Kapitalbedarf nur dann unter optimaler Preisgestaltung effizient am Markt platziert werden, wenn der Wandlungspreis zeitnah vor der Ausgabe unter Berücksichtigung der dann gegebenen Marktverhältnisse festgelegt wird (vgl. die Begründung zu Art. 1 Nr. 29 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie [ARUG] BT-Drucks. 16/11642, S. 37).

15 Auch wenn man die den Vorstand betreffende Ermächtigungsnorm des § 221 Abs. 2 AktG nicht als lex specialis gegenüber der die Hauptversammlung betreffenden Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG begreift (in diesem Sinne jedoch Maier-Reimer aaO S. 96; Spiering/Grabbe aaO S. 93), ist jedenfalls § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG im Lichte des § 221 Abs. 2 AktG aus den genannten

Gründen teleologisch reduzierend dahingehend auszulegen, dass im Fall einer bedingten Kapitalerhöhung gemäß § 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG i.V. mit einem Ermächtigungsbeschluss gemäß § 221 Abs. 2 AktG die Angabe eines Mindestausgabebetrages genügt (Spindler/Stilz/Rieckers aaO § 193 Rdn. 15; Angerer/Pläster aaO S. 328; ebenso Maier-Reimer aaO in seiner Hilfserwägung), wie dies in der Praxis schon seit längerer Zeit gehandhabt wird (vgl. hierzu Maier-Reimer aaO S. 86 f.; MünchKommAktG/Fuchs aaO § 193 Rdn. 13; Matyschok aaO). Vor dem Hintergrund des dargestellten Gesetzeszwecks des § 221 Abs. 2 AktG und des hieran anpassungsbedürftigen § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG kann auch dem von dem Berufungsgericht gezogenen Wortlautvergleich mit § 182 Abs. 3 AktG keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

16 c) Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich nicht zuletzt aus einem Vergleich mit den Vorschriften über das genehmigte Kapital (vgl. Maier-Reimer aaO S. 96 f.). Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei einer bedingten Kapitalerhöhung mit Ermächtigung des Vorstandes zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen die Angabe eines Mindestausgabebetrages gemäß § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG nicht genügen soll, obwohl in dem wirtschaftlich vergleichbaren Fall eines genehmigten Kapitals der Hauptversammlungsbeschluss überhaupt keine Angaben zum Ausgabebetrag enthalten muss, sondern hierüber der dazu ermächtigte Vorstand entscheidet (vgl. dazu § 204 Abs. 1 AktG; Senat, BGHZ 136, 133, 141; vgl. auch Angerer/Pläster aaO S. 329; Maier-Reimer aaO S. 96 f.). Die Zwecke eines bedingten Kapitals im Fall des § 192 Abs. 2 Nr. 1 i.V. mit § 221 Abs. 2 AktG sind die gleichen wie diejenigen eines genehmigten Kapitals und gehen dahin, den Verwaltungsorganen der Gesellschaft die Bewegungsfreiheit zu geben, die erforderlich ist, um auf dem Kapital- oder Beteiligungsmarkt sich bietende Gelegenheiten rasch und erfolgreich ausnutzen zu können (Senat aaO S. 136 f.; Sen.Beschl. v. 21. November 2005 - II ZR 79/04, ZIP 2006, 368 Tz. 6 f.; v. 11. Juni 2007 aaO). Bereits von diesem

Zweck her betrachtet ist § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG dahin auszulegen, dass jedenfalls die Angabe eines Mindestbetrages genügt.

17 d) Einer entsprechenden teleologischen Reduktion des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG steht - anders als das Berufungsgericht meint - nicht entgegen, dass der Gesetzgeber durch Art. 1 Nr. 25 des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. April 1998 (BGBl 1998 I 786) die Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG eingefügt hat. Der Gesetzgeber hatte bei dieser Gelegenheit keinen Anlass, sich mit der vorliegenden Problematik auseinanderzusetzen. Durch die Neuregelungen der § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 5, § 192 Abs. 2 Nr. 3, § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG sollte vielmehr die Zulässigkeit von Aktienoptionsprogrammen für Arbeitnehmer und Führungskräfte der Gesellschaft geregelt werden (vgl. BGHZ 158, 122, 125 mit Hinweis auf Begr. RegE BT-Drucks. 13/9712 S. 14). Soweit in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG (aaO S. 23) ausgeführt wird, § 193 Abs. 2 AktG stelle sicher, dass "die für die Anteilseigner wesentlichen Eckpunkte des Bezugsrechts" einschließlich des Ausgabebetrages ("Ausübungspreis") der Bezugsaktien durch die Hauptversammlung bestimmt würden, steht dies in Zusammenhang mit der explizit geäußerten Befürchtung, dass "die begünstigten Organe befangen sein dürften". Diese können selbstverständlich auch nicht gemäß § 221 Abs. 2 AktG ermächtigt werden, Bezugsrechte nach Gutdünken für sich selbst zu schaffen (vgl. auch Hüffer aaO § 221 Rdn. 46 a zu § 221 Abs. 4 Satz 2 AktG). Das hat mit der - im Interesse der Gesellschaft selbst liegenden - Schaffung eines bedingten Kapitals zu Finanzierungszwecken i.V. mit einer Vorstandsermächtigung gemäß § 221 Abs. 2 AktG nichts zu tun, weshalb für diesen Fall aus § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch keine "Bekräftigung" des Inhalts zu ersehen ist, dass hier die Festlegung eines Mindestausgabebetrages in dem Kapitalerhöhungsbeschluss nicht genügen soll.

18 e) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung (ebenso OLG Hamm ZIP 2008, 923, 925) führt eine teleologische Reduktion des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG nicht zu Sinnwidrigkeiten im Bereich des § 198 Abs. 1 AktG. Zwar hat die Bezugserklärung nach § 198 Abs. 1 Satz 3 AktG unter anderem "die Feststellungen nach § 193 Abs. 2" zu enthalten. Im Kapitalerhöhungsbeschluss kann der Ausgabebetrag jedoch nach einhelliger Auffassung noch abstrakt gefasst werden und etwa Anpassungen durch eine Verwässerungsschutzklausel unterliegen; erst die Bezugserklärung muss zur Gewährleistung ihrer Warn- und Informationsfunktion gegenüber dem Bezugsberechtigten den genauen Ausgabebetrag in Euro angeben (vgl. nur MünchKommAktG/Fuchs aaO § 198 Rdn. 14).

19 f) Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG dient nicht primär der Abgrenzung der Kompetenzen der Hauptversammlung und des Vorstandes (so aber OLG Hamm aaO; Klawitter aaO), sondern dem Verwässerungsschutz (Frey aaO § 193 Rdn. 4; Spindler/Stilz/Rieckers aaO § 193 Rdn. 1). Die Aktionäre sollen - mit 3/4-Mehrheit (§ 193 Abs. 1 AktG) - selbst darüber entscheiden, ob und bis zu welchem Grade sie eine mögliche Verwässerung ihrer Beteiligung akzeptieren. Dieses Ziel kann im Rahmen der praktischen Notwendigkeit, dem Vorstand einen gewissen Spielraum zu gewähren, auch durch die Bestimmung eines Mindestausgabebetrages erreicht werden (vgl. Spindler/Stilz/Rieckers aaO § 193 Rdn. 15). Entscheidet sich der Vorstand für einen höheren als den Mindestausgabebetrag, so verringert sich die Intensität des von den Aktionären bereits autorisierten Eingriffs in ihre Rechtsposition (vgl. MünchKommAktG/Fuchs aaO § 193 Rdn. 13 f.). Dies liegt nicht in seinem freien, sondern in seinem gebundenen, ggf. auch gerichtlich überprüfbaren Ermessen (vgl. Sen.Beschl. v. 21. November 2005 aaO Tz. 7). Ein schützenswertes Interesse, auch eine Höchstgrenze des Ausgabebetrages zwingend durch die Hauptversammlung zu bestimmen, besteht nicht.

20 g) Auch Gläubiger- oder Anlegerinteressen stehen der Festlegung eines bloßen Mindestausgabebetrages nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat die Pflicht zur Bekanntmachung der Festsetzungen gemäß § 193 Abs. 2 AktG zunächst aus dem Tatbestand des § 196 AktG herausgenommen und dann kurze Zeit später § 196 AktG vollständig aufgehoben (vgl. Angerer/Pläster aaO unter Hinweis auf Art. 12 e Nr. 2 des Ersten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz vom 24. August 2004 [BGBl. 2004 I 2198, 2207] und Art. 9 Nr. 9 des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10. November 2006 [EHUG; BGBl 2006 I 2553, 2579]). Abgesehen davon wird dem Bekanntmachungserfordernis bereits durch die spezielle Bekanntmachung nach § 221 Abs. 2 Satz 2 und 3 AktG Genüge getan (vgl. Groß in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG § 48 Rdn. 36). Eine hinreichende registerrechtliche Wertkontrolle ist - entgegen der Kritik von Frey (aaO § 193 Rdn. 51) - dadurch gewährleistet, dass sich aus dem im Beschluss definierten Mindestausgabebetrag ein Mindestwert bestimmen lässt, der dem Gesellschaftsvermögen bei Ausübung der Bezugsrechte zufließt (vgl. MünchKommAktG/Fuchs aaO § 193 Rdn. 14; Spindler/Stilz/ Rieckers aaO § 193 Rdn. 15).

21 h) Der Senat sieht sich in seiner Beurteilung bestätigt durch Art. 1 Nr. 29 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG) vom 5. November 2008 (BT-Drucks. 16/11642, S. 12). Dieser sieht eine Neufassung des Wortlauts des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG vor, dem zufolge es bei einer bedingten Kapitalerhöhung für die Zwecke des § 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG genügt, wenn "in dem Beschluss oder in dem damit verbundenen Beschluss nach § 221 der Mindestausgabebetrag oder die Grundlagen für die Festlegung des Ausgabebetrags oder des Mindestausgabebetrags bestimmt werden". Der Regierungsentwurf (aaO S. 37 f.) begreift dies nicht als konstitutive Neuregelung. Die Änderung diene der Beseitigung einer wegen des "über-

kommenen Wortlauts" des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG zunehmend eingetretenen Rechtsunsicherheit und entspreche einer "seit längerem in der Praxis erprobten und bewährten Gestaltung bei der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, nämlich der Ermittlung des Ausgabepreises für die jungen Aktien im Rahmen des sog. Bookbuilding-Verfahrens".

22 III. Nach allem kann das angefochtene Urteil mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

23 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist der Beschluss im Hinblick auf TOP 9 lit. e) und lit. f) auch nicht deshalb nichtig, weil in ihm weder die Art noch die Anzahl der auszugebenden Aktien bestimmt wurden. Zum einen bestand nach § 4 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 der Satzung der Beklagten in der maßgeblichen Fassung vom 15. Juli 2004 nur ein Aktientyp, nämlich die Inhaber-Stückaktie (ohne Vorzüge), weswegen Angaben zur Art der neuen Aktien nicht erforderlich waren (Frey aaO § 193 Rdn. 17; Hüffer aaO § 193 Rdn. 4 i.V.m. § 182 Rdn. 13 f.; Schröer in Semler/Volhard, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung 2. Aufl. § 25 Rdn. 10; restriktiver MünchKommAktG/Fuchs aaO § 193 Rdn. 7; Krieger aaO § 57 Rdn. 15). Zum anderen sind Angaben zur Zahl der jungen Aktien im Kapitalerhöhungsbeschluss zwar sinnvoll, jedoch gleichermaßen nicht zwingend, wenn - wie hier - angesichts der durch den Vorstand zu wahrenden Vorschriften des § 192 Abs. 3 Satz 2, § 182 Abs. 1 Satz 5 AktG die Zahl der neuen Stückaktien dadurch bestimmt werden kann, dass der Kapitalerhöhungsbetrag (vgl. lit. e) und f) des Beschlusses zu TOP 9: 149.000.000 €) durch den rechnerischen Nennbetrag der alten Stückaktien dividiert wird (vgl. Frey aaO Rdn. 15; Schröer aaO Rdn. 8; a.A. Hüffer aaO § 193 Rdn. 4 i.V.m. § 182 Rdn. 13 a; MünchKommAktG/Fuchs aaO; MünchKommAktG/Peifer aaO § 182 Rdn. 41). Jener rechnerische Nennbetrag

in Höhe von 2,56 € ergibt sich aus der Division des Betrages des satzungsgemäß vorgesehenen Grundkapitals (§ 4 Abs. 1 Satz 1 der Satzung: 346.681.233,92 € bzw. Fn. 1 zu § 4 Abs. 1 der Satzung: 372.266.391,04 €) durch die in der Satzung ausgewiesene Zahl der Stückaktien (§ 4 Abs. 1 Satz 2 der Satzung: 135.422.357 bzw. Fn. 1 zu § 4 Abs. 1 der Satzung: 145.416.559).

24 IV. Aus den dargestellten Gründen unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung, soweit darin zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist (§ 562 ZPO). Darüber hinaus ist der Rechtsstreit aber auch insgesamt zur - klagabweisenden - Endentscheidung durch den Senat reif. Denn auch die seitens des Berufungsgerichts - von dessen Rechtsstandpunkt her konsequent - nicht beschiedenen Hilfsanträge Nr. 4 bis 6 sind ohne weiteres dem Revisionsgericht angefallen, ohne dass es einer Anschlussrevision des Klägers bedürfte (vgl. BGH, Urt. v. 17. September 1991 - XI ZR 256/90, ZIP 1991, 1586, 1588 m.w.Nachw.). Weitere tatrichterliche Feststellungen kommen nicht in Betracht (§ 563 Abs. 3 ZPO).

25 1. Der vierte Hilfsantrag, dem zufolge festgestellt werden soll, dass der gesamte Beschluss zu TOP 9 - einschließlich des sachlich abtrennbaren Beschlussteils lit. a) - nichtig sei, ist unbegründet, weil die ersatzlose Streichung zweier gegenstandslos gewordener Satzungsbestimmungen - wie sie lit. a) zu TOP 9 vorsieht - keinen Nichtigkeitsgrund darstellt.

26 2. Unbegründet ist auch, wie selbst die Revisionserwiderung des Klägers einräumt, der fünfte Hilfsantrag. Denn die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss unter TOP 9 lit. d) bb) genügt den Anforderungen der Rechtsprechung des Senats (vgl. Sen.Beschl. v. 21. November 2005 aaO Tz. 6; v. 11. Juni 2007 aaO Tz. 5; vgl. auch Senat, BGHZ 136, 133, 139 f.). Die beabsichtigte Maßnahme ist in der Einladung zur Hauptversammlung bekannt gemacht (§ 186

Abs. 4 AktG) und in dem Vorstandsbericht hinreichend u.a. damit begründet worden, dass die Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses der Beklagten die erforderliche Flexibilität gebe, günstige Kapitalmarktsituationen kurzfristig wahrzunehmen sowie die Ermächtigung mit glatten Beträgen auszunutzen und dadurch die Abwicklung der Kapitalmaßnahme zu erleichtern. Auch soweit der Beschluss Beschränkungen der Ermächtigung im Hinblick auf § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG enthält, ist dies rechtlich unbedenklich, da es der Hauptversammlung grundsätzlich frei steht, die Grenzen der von ihr erteilten Ermächtigung zu bestimmen und der Vorstand wie auch der Aufsichtsrat einer eigenverantwortlichen Prüfung der Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses nicht enthoben sind (vgl. Sen.Beschl. v. 11. Juni 2007 aaO; Senat, BGHZ 136, 133, 140).

27 3. Der sechste Hilfsantrag, welcher auf die Nichtigerklärung des Teilbeschlusses lit. f) zu TOP 9 gerichtet ist, ist gleichermaßen unbegründet. Ein Anfechtungsgrund liegt nicht darin, dass gemäß diesem Teilbeschluss in § 4 der Satzung der Beklagten "ein neuer Absatz 5 eingefügt" werden sollte, obwohl die vom Vorstand und Aufsichtsrat zu TOP 8 lit. a) vorgeschlagene Streichung des "alten" Absatz 5 zuvor nicht die erforderliche Mehrheit gefunden hatte. Denn es handelt sich insoweit um ein offensichtliches Versehen, das lediglich zu einer ziffernmäßigen "Doppelbelegung" des Absatzes 5, nicht aber zu einer "Streichung" oder Verdrängung der in dem bisherigen Absatz 5 enthaltenen Regelung über das am 22. Mai 2006 auslaufende genehmigte Kapital geführt hat. Dementsprechend wurde der "alte" § 4 Abs. 5, nachdem er gegenstandslos geworden war, durch Beschluss des Aufsichtsrats, welcher in einem am 31. Juli 2006 beendeten schriftlichen Verfahren erging, gestrichen, so dass seit diesem Zeitpunkt auch keine "Doppelbelegung" mehr gegeben ist. Bei dem Beschluss

des Aufsichtsrats handelt es sich um eine durch § 20 Abs. 3 der Satzung legitimierte Fassungsänderung i.S. von § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG (vgl. dazu MünchKommAktG/Stein aaO § 179 Rdn. 163 m.w.Nachw.).

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG Hannover, Entscheidung vom 22.02.2007 - 25 O 60/06 -
OLG Celle, Entscheidung vom 07.11.2007 - 9 U 57/07 -