

**Die Aktionärskontrolle des Verwaltungshandelns bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals der Aktiengesellschaft
Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof**

- Besprechung der Urteile „Mangusta/Commerzbank I und II“ des Bundesgerichtshofs -

I. Einleitung

Die Urteile des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, populäre Belletristik und Kinofilme haben im Allgemeinen wenig gemeinsam. Eine Ähnlichkeit fällt dennoch auf: Es mangelt nicht an Fortsetzungen bekannter Stücke und Geschichten. Über eine solche Fortsetzung ist hier zu berichten. Am 10. Oktober 2005 wurden zwei Urteile des II. Zivilsenats („Mangusta/Commerzbank I und II“) verkündet, die für das Recht des Bezugsrechtsausschlusses bei Ausübung des genehmigten Kapitals der Aktiengesellschaft und das bisherige Leiturteil „Siemens/ Nold“ ähnliche Bedeutung haben und in einem vergleichbaren Verhältnis zueinander stehen wie die „Gelatine-Urteile“ des Senats zu seinem „Holzmüller-Urteil“ in der Frage der Hauptversammlungszuständigkeit bei Strukturmaßnahmen. Hier wie dort folgen einem Paukenschlag differenziertere Töne, die das - zum Teil - erschrockene Auditorium beruhigen sollen. Der Beitrag will diese neuen Töne aufzeigen und hinterfragen, ob sie sich zu einer Melodie zusammenfügen.

II. Die „Siemens/Nold-Doktrin“

Das „Siemens/Nold“-Urteil des Senats stellte und stellt einen für die aktienrechtliche Unternehmenspraxis bedeutsamen Wendepunkt bei der Schaffung von genehmigtem Kapital mit der Möglichkeit des Bezugsrechtsausschlusses dar. Während zuvor von der Rechtsprechung - namentlich auch des Senats - hohe Anforderungen an die Konkretisierung der Verwendung so geschaffener Aktien bereits im Bericht des Vorstandes an die Hauptversammlung gestellt worden waren, wurde diese Rechtsprechung im „Siemens/Nold“-Urteil ausdrücklich aufgegeben. Seither konnte die Hauptversammlung das Bezugsrecht der Aktionäre ausschließen oder den Vorstand zu dem Bezugsrechtsausschluss ermächtigen, wenn die Kapitalmaßnahme „im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft“ liegt und der Hauptversammlung durch den Vorstand in allgemein-abstrakter Form umschrieben wird. Die Absenkung der Berichtsanforderungen führte zu einer - beabsichtigten - erheblichen Flexibilisierung des genehmigten Kapitals und der bezugsrechtslosen Ausgabe neuer Aktien. Die praktische Bedeutung des genehmigten Kapitals als Instrument sowohl der Finanzierung von Aktiengesellschaften als auch insbesondere der Realisierung von Strukturmaßnahmen hat durch dieses Urteil erheblich zugenommen. In einem späteren Urteil hat der Senat seine mit „Siemens/Nold“ eingeleitete Rechtsprechung - wenngleich eher knapp - bestätigt.

Die Erleichterungen bei der Schaffung eines genehmigten Kapitals sollten allerdings nicht die Pflichtenbindung der Verwaltung der Aktiengesellschaft bei dessen Ausnutzung mindern oder gar willkürliche Bezugsrechtsausschlüsse ermöglichen. Demzufolge wurde der Vorstand - so der Senat in „Siemens/Nold“ - verpflichtet, von der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss nur dann Gebrauch zu machen, wenn das konkrete Vorhaben im Rahmen des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes liegt, der abstrakten Umschreibung in der Ermächtigung entspricht und auch im Zeitpunkt seiner Realisierung noch im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt. Der Vorstand hat - so ausdrücklich der Senat - diesen Umstand im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens sorgfältig zu prüfen.

Ferner hat der Senat bereits in „Siemens/Nold“ darauf hingewiesen, dass mit der gestiegenen Verantwortung des Vorstandes keineswegs die Schaffung eines kontrollfreien Raumes einhergehen solle. Vielmehr wurde festgestellt, dass die Einhaltung dieser materiellen Bindungen der Kontrolle des Aufsichtsrates und der Hauptversammlung unterliege. Der Vorstand sei gehalten, über die Einzelheiten seines Vorgehens auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zu berichten und hierzu Rede und Antwort zu stehen. Dem Vorstand könne ferner bei Verletzung der ihm obliegenden Pflichten die Entlastung verweigert werden. Habe er sich unter Verletzung seiner Amtspflichten nicht an die Vorgaben der Ermächtigung gehalten, könne er zudem gemäß § 93 Abs. 2 AktG zum Schadensersatz herangezogen werden. Schließlich müsse der Vorstand auch damit rechnen, dass die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens zum Gegenstand einer Feststellungsklage oder - soweit noch möglich - einer Unterlassungsklage gemacht werde, die beide gegen die Gesellschaft zu richten seien.

III. Die Urteile „Mangusta/Commerzbank I und II“

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte im Überblick

Beide Urteile sind - ungeachtet ihrer verfahrensrechtlichen Eigenständigkeit - materiell ein einziges. Die Parteien des Rechtsstreites sind identisch. Klägerin war jeweils die Mangusta Beteiligungs-Gesellschaft mbH, eine Minderheitsaktionärin der Beklagten, der Commerzbank AG. Im Streit stand die Nutzung zweier genehmigter Kapitalia, die von der Hauptversammlung der Beklagten in den Jahren 1997 und 1999 für jeweils fünf Jahre geschaffen worden waren. Die streitigen Kapitalerhöhungen wurden, nur wenige Wochen nach der Beschlussfassung von Vorstand und Aufsichtsrat am 1. September 2000 über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals, im September bzw. Oktober 2000 in das Handelsregister eingetragen. Die Klägerin hatte zuvor vergeblich versucht, die Eintragungen durch einstweilige Verfügungen zu verhindern.

Dass es gleichwohl zu zwei (Hauptsache-)Prozessen und schließlich zu den beiden Revisionsurteilen kam, hing damit zusammen, dass die Klägerin zwei verschiedene Angriffe führte: In dem Verfahren „Mangusta/Commerzbank I“ ging die Klägerin gegen die Ausnutzung des genehmigten Kapitals im Wege mehrerer, gestaffelter Leistungs- und Unterlassungsanträge vor. Ziel dieses Prozesses war es insbesondere, den Vorstand zu einer „Vorabberichterstattung“ vor der Ausnutzung des genehmigten Kapitals anzuhalten bzw. die Erforderlichkeit einer solche Berichterstattung festzustellen. Gegenstand des Verfahrens „Mangusta/Commerzbank II“ war demgegenüber eine Stafette von einem Haupt- sowie drei Hilfsanträgen, die sich in einer Art und Weise gegen die Gültigkeit der Ausübungsbeschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat wandten, wie dies bei der Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen üblich ist. Erhoben wurde also eine „Quasi-Anfechtungsklage“.

Die Leistungs- und Unterlassungsklage, die zum Urteil „Mangusta/Commerzbank I“ führte, blieb in allen Instanzen erfolglos. Hingegen wurde im Verfahren „Mangusta/ Commerzbank II“ vom Senat zwar die Unbegründetheit des Hauptantrages festgestellt, das Berufungsurteil jedoch insoweit aufgehoben, als die Klage hinsichtlich sämtlicher Hilfsanträge als unzulässig abgewiesen worden war.

2. Die gemeinsame Botschaft beider Urteile

Beide Urteile verkünden eine wesentliche gemeinsame Botschaft. Diese wird allerdings in beiden Entscheidungen nicht ausdrücklich hervorgehoben, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt: Der Senat hält an der vorstehend skizzierten „Siemens/Nold-Doktrin“ fest. Es bleibt daher für die Unternehmenspraxis bei der Absenkung der Berichtsanforderungen des Vorstandes gegenüber der Hauptversammlung. Es bleibt somit auch bei dem damit gewonnenen, erweiterten Handlungs- und Gestaltungsspielraum des Vorstandes. Die Kontinuität der Rechtsprechung des Senats in dieser Grundfrage war zwar zu erwarten. Sie ist aber keineswegs so selbstverständlich, wie dies die Urteilslektüre nahe legt. Die „Siemens/Nold-Doktrin“ war zwar im Schrifttum überwiegend auf Zustimmung, jedoch zum Teil auch auf heftige Kritik gestoßen. Auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung war - soweit ersichtlich - zwar keine Verweigerung, aber doch eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung der „neuen Lehre“ auszumachen.

Es steht außer Frage, dass die „Mangusta/Commerzbank“-Urteile für die Unternehmenspraxis schon deshalb zu begrüßen sind, weil durch die nunmehr ständige Rechtsprechung die erhobenen Zweifel praktisch bedeutungslos geworden sind. Auch Widerstände in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung dürften kaum noch zu erwarten sein. Die Urteile sind aber auch deshalb erfreulich, weil der Senat hier an einem richtigen Gesetzesverständnis festhält. Für die frühere restriktive Haltung der Rechtsprechung gab und gibt es keinen zureichenden Anhalt im Gesetz. Dieses lässt es zu, dass ein genehmigtes Kapital für die Dauer von fünf Jahren geschaffen wird, § 202 Abs. 1 AktG. Es lässt ferner zu, dass die Hauptversammlung den Vorstand für die gesamte Laufzeit des genehmigten Kapitals zum Ausschluss des Bezugsrechts ermächtigt, § 203 Abs. 2 Satz 1 AktG. Da niemand - auch kein Vorstand - über einen langjährigen Zeitraum hinweg genau vorhersehen kann, für welche Zwecke das genehmigte Kapital und ein diesbezüglicher Bezugsrechtsausschluss sinnvoll genutzt werden können und sollen, führt nur eine Auslegung der §§ 203 Abs. 1 Satz 2, 186 Abs. 4 AktG zu einer Effektuierung des genehmigten Kapitals, die auf eine detaillierte Konkretisierung des Verwendungszwecks verzichtet.

3. Die (weiteren) Kernthesen der Urteile

Beide Urteile beschäftigen sich auf dieser Grundlage mit der Frage, welche Kontrollinstrumentarien das Aktienrecht zur Verfügung stellt, den Missbrauch dieser Macht durch den Vorstand entweder zu verhindern oder aber zu sanktionieren. Die Urteile treffen die folgenden drei Kernaussagen:

- Ein schriftlicher Vorstandsbericht vor der Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss an die Aktionäre bzw. die Hauptversammlung ist nicht erforderlich („Mangusta/Commerzbank I“).
- Eine Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf rechtswidrige Ausübungsbeschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat ist – weder unmittelbar noch analog – möglich. Gleiches gilt für die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage gemäß § 249 AktG („Mangusta/Commerzbank II“).
- Hingegen ist die (vorbeugende) Unterlassungsklage und die (allgemeine) Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO statthaft, die auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beschlussfassung durch den Vorstand und/oder den Aufsichtsrat gerichtet ist. Die (Fortsetzungs-)Feststellungsklage ist dabei auch nach der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister möglich („Mangusta/Commerzbank II“).

„Mangusta/Commerzbank I“ beschäftigt sich also mit den sachlichrechtlichen Thema der Vorabkontrolle des Vorstandshandelns durch Berichterstattung, „Mangusta/Commerzbank II“ hingegen mit der richtigen prozessualen Form der aktionärsseitigen Kontrolle des Verwaltungshandelns.

IV. Würdigung der Kernthesen

1. Die Entbehrlichkeit eines schriftlichen Vorabberichts durch den Vorstand

Der Senat hat in dem Urteil „Mangusta/Commerzbank I“ seine implizit bereits in „Siemens/Nold“ geäußerte Auffassung bestätigt, dass der Vorstand nicht verpflichtet sei, vor der Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung und zum Bezugsrechtsausschluss die Aktionäre schriftlich über den Bezugsrechtsausschluss und dessen Gründe zu unterrichten (Vorabbericht). Dieser Vorabbericht hat (daher) in der Unternehmenspraxis keine Bedeutung. Das Neue an dieser Auffassung ist nicht der Standpunkt als solcher, sondern dass der Senat - ungeachtet der zwischenzeitlich geäußerten Kritik - an ihm festhält. Die Kritik nimmt der Senat allerdings zum Anlass, seinen Standpunkt unter Heranziehung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck des § 186 Abs. 4 AktG ausführlich darzulegen. Die Begründung verdient in allen Punkten Zustimmung. Sie sei daher nur knapp skizziert:

Der für „Ermächtigungsfälle“ einschlägige § 203 Abs. 2 Satz 2 AktG ordnet die sinngemäße Geltung des § 186 Abs. 4 AktG über die Bekanntmachung des Bezugsrechtsausschlusses und die Berichterstattung durch den Vorstand bei der regulären Kapitalerhöhung an. In dieser Vorschrift wird jedoch, soweit es um die Berichterstattung geht, „nur“ angeordnet, dass der Vorstand der Hauptversammlung anlässlich der Fassung des Ermächtigungsbeschlusses einen Bericht zu erstatten hat. Für eine Pflicht zur nochmaligen „konkreten“ Berichterstattung vor der Ausübung des genehmigten Kapitals enthält das Gesetz hingegen keinen Anhaltspunkt. Aus den Gesetzesmaterialien zu § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG folgt nichts anderes. Auch das EU-Gemeinschaftsrecht, namentlich Art. 29 der Zweiten Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, fordert diese Berichterstattung nicht. Eine Vorabberichterstattung vor Ausübung des genehmigten Kapitals widerspräche ferner und vor allem dem Sinn und Zweck des genehmigten Kapitals als einem flexiblen Finanzierungsinstrument. Es soll der Aktiengesellschaft jenseits der gewöhnlichen Kapitalerhöhung die Bewegungsfreiheit geben, um sich auf dem Beteiligungs- und Kapitalmarkt bietende Gelegenheiten rasch und flexibel ausnutzen zu können. Namentlich sollen Unternehmens- oder Beteiligungserwerbe gegen Ausgabe von Aktien ohne (nochmalige) Befassung der Hauptversammlung möglich sein. Ferner wäre mit einer Vorabberichterstattung die Offenlegung der geplanten Transaktion verbunden, was vielfach deren Erfolg zumindest gefährden, wenn nicht gar vereiteln würde. Ergänzend zu diesen Argumenten des Senats kann man noch anfügen, dass das Gesetz durch die jährliche Berichterstattung im Anhang des Jahresabschlusses nach § 160 Abs. 1 Nr. 3 f. AktG bereits eine - und zwar nachträgliche - Berichterstattung gegenüber den Aktionären vorgesehen hat.

Auch wenn es auf der Grundlage dieses Standpunktes eigentlich nicht mehr erforderlich ist, weist der Senat ferner darauf hin, dass während dem Zeitpunkt der (ohnein nicht geforderten) Berichterstattung und der Ausnutzung des genehmigten Kapitals keine „Wartefrist“ einzuhalten ist. Interessant ist dabei weniger die zutreffende Aussage als solche, sondern der in diesem Zusammenhang gegebene deutliche Hinweis des Senats darauf, dass eine solche Wartefrist ein erhebliches Missbrauchspotenzial für einzelne Aktionäre mit sich bringen würde, welche die Aktionärsrechte zu einer Obstruktionspolitik umfunktionieren, mit der sie nicht Schaden von der Gesellschaft abwenden, sondern mit der sie sich Sondervorteile durch den Abkauf ihres Lästigkeitswertes durch die Gesellschaft verschaffen wollen. Die Entstehung solcher Missbrauchsmöglichkeiten sei im Interesse der Gesellschaft und der Mehrheit ihrer redlichen Aktionäre zu vermeiden. Diese für die Verhältnisse des Senats ungewöhnlich harschen Worte – wohl auch auf die Klägerin und ihre Hintermänner gemünzt – sind Balsam für die geplagte Seele einschlägig tätiger Unternehmensjuristen. Wer die Verhältnisse kennt, weiß, dass eine solche Berichterstattung im Ergebnis nichts anderes wäre, als eine an den Berufsstand der forensisch tätigen Aktionäre gerichtete Klageaufforderung. Auf diesen Gesichtspunkt wird im Zusammenhang des Urteils „Mangusta/Commerzbank II“ zurückzukommen sein.

2. Die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat in Ausübung des genehmigten Kapitals

Es wurde bereits erwähnt, dass in dem Verfahren „Mangusta/Commerzbank II“ die Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat über die Ausübung des genehmigten Kapitals in einer Art und Weise angegriffen wurden, wie dies für die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen typisch ist. Der Senat prüft daher, ob die aktienrechtlichen Anfechtungsvorschriften (§§ 241 ff. AktG) auf die Klage gegen Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat unmittelbar oder zumindest entsprechend anwendbar sind. Dies ist eine interessante Fragestellung, die über die Thematik der Ausnutzung des genehmigten Kapitals durch die Verwaltung hinausreicht und daher besondere Aufmerksamkeit verdient.

Mit der Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit der §§ 241 ff. AktG ist der Senat schnell am Ende: Die Vorschriften stehen unter der Abschnittsüberschrift „Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen“. Ferner wird auch aus § 243 Abs. 1 AktG zweifelsfrei klar, dass diese Vorschriften „nur“ die Anfechtung von Beschlüssen der Hauptversammlung behandeln. Eine unmittelbare Anwendung der §§ 241 ff. AktG scheidet daher aus. Diese eindeutige Gesetzeslage hat jedoch nicht verhindert, dass im Schrifttum auch eine analoge Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf mutmaßlich rechtswidrige Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat erwogen und befürwortet

wurde. Der Senat folgt diesen Stimmen mit Recht nicht. Er begründet seine Ablehnung zum einen mit dem Hinweis auf § 248 AktG, der für erfolgreiche Anfechtungsklagen eine unmittelbare Gestaltungswirkung inter omnes vorsieht. Eine solche weit reichende Einwirkungsmöglichkeit eines einzelnen Aktionärs – mit ggf. nur einer einzigen Aktie – will der Senat nicht zulassen.

Allerdings muss man nicht unbedingt so weit gehen wie der Senat, der meint, dass die Analogie „nicht in Betracht“ komme – obwohl er sie selbst in seinem Urteil erörtert. Der Gesetzgeber – auch jüngst der des UMAG – hat sich nicht geschämt, jedem einzelnen Aktionär unter den Voraussetzungen der §§ 241 ff. AktG eine Art „polizeiliche Befugnis“ zur Herbeiführung einer Rechtmäßigkeitskontrolle von Hauptversammlungsbeschlüssen zuzubilligen bzw. zu belassen. Warum sollte den Aktionären nicht die gleiche Befugnis im Hinblick auf Beschlüsse des Vorstandes und/oder des Aufsichtsrats zustehen? Zwei Argumente liegen nahe: Zum einen enthält das Aktiengesetz nicht den mindesten Anhaltspunkt für eine solche Befugnis. Zum anderen ist eine solche Befugnis ein zu schwer wiegender Eingriff in das Gefüge der Aktiengesellschaft, als dass sie ein Gericht im Wege der Analogie erschaffen darf. Neuerungen dieser Art bleiben dem Gesetzgeber vorbehalten.

Der Senat stellt bei seiner Argumentation allerdings nicht auf diese Gesichtspunkte ab. Weshalb namentlich das zweite vorgenannte Argument nicht aufgegriffen wird, wird im Folgenden noch klar werden. Der Senat begründet seinen Standpunkt vielmehr mit konzeptionellen Erwägungen: Die Analogie würde, so der Senat, auf einen „Systembruch des geltenden Aktienrechts“ hinauslaufen. Das Aktiengesetz sehe ein System der Gewaltenteilung zwischen Hauptversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat vor. In diesem System sei den Aktionären, von einigen gesetzlich geregelten Ausnahmen abgesehen, die Mitwirkung an und die Einflussnahme auf Geschäftsführungsmaßnahmen versagt. Im Rahmen dieses Systems obliege die Kontrolle des Vorstands dem Aufsichtsrat, § 111 Abs. 1 AktG. Soweit – wie bei der Ausübung der Ermächtigung bei genehmigtem Kapital – Vorstand und Aufsichtsrat zusammenwirken und die Kontrolle daher weniger wirksam sei, verbleibe es bei den „allgemeinen Rechtsbehelfen“ der Aktionäre, namentlich der Rechenschaftspflicht des Vorstandes und des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung, der möglichen Verweigerung der Entlastung, dem Risiko von Regress- und Schadensersatzansprüchen sowie schließlich der Möglichkeit von Unterlassungs- und Feststellungsklagen. Angesichts dieses Spektrums von Kontroll- und Sanktionsmechanismen bedürfe es keiner „Quasi-Anfechtungsklage“ gegen Vorstands- und/oder Aufsichtsratsbeschlüsse.

Auch diesen Erwägungen ist im Wesentlichen zuzustimmen. Nur in einem, allerdings wesentlichen Punkt fordern sie zum Nachdenken auf: Es erscheint die These fragwürdig, dass die Kontrolle des Vorstands durch den Aufsichtsrat deshalb „strukturell weniger wirksam“ sei, weil dem Aufsichtsrat bei einer bestimmten Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstandes – der Ausnutzung des genehmigten Kapitals – nicht nur die allgemeinen Überwachungsbefugnisse zustehen, sondern die Maßnahme des Vorstands darüber hinaus der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf. Dieses Zustimmungserfordernis erscheint im Gegenteil als ein besonders wirksames Kontrollinstrument. Hier greift die Kontrolle bereits vorab und nicht erst dann, wenn die Entscheidung bereits gefallen und ggf. schon umgesetzt worden ist. Das Zustimmungserfordernis nach § 204 Abs. 1 Satz 2 AktG ist daher, anders als dies gelegentlich im Schrifttum dargestellt wird, keine „Managementkompetenz“ des Aufsichtsrats.

Dies folgt zum einen daraus, dass nach § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG dem Aufsichtsrat ohnehin keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden dürfen. Zum anderen impliziert die im vorliegenden Zusammenhang vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise „Zustimmung“, dass der Vorstand eine Entscheidung getroffen hat, die er dem Aufsichtsrat – in Ausübung dessen Überwachungsaufgabe – zur Billigung oder Ablehnung vorlegt. Das Aufsichtsratsmitglied, das dies verkennt und bei dieser Entscheidung „die Seite wechselt“, handelt nicht pflichtgemäß (vgl. §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 1 AktG) und ist der Gesellschaft bzw. der Hauptversammlung gegenüber verantwortlich. Dass ein Aufsichtsrat, der – möglicherweise pflichtwidrig – die Zustimmung zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals erteilt hat, diese Entscheidung auch später in der Regel für richtig erachten wird, mag zutreffend sein. Insoweit geht es dem Aufsichtsrat aber nicht besser oder schlechter als bei der „allgemeinen Überwachung“ des Vorstandes oder als bspw. Revisionsgerichten im Hinblick auf bereits verkündete Entscheidungen. Dieses auch hier auftretende psychologische Phänomen kann schwerlich dazu führen, dem Gericht die Befähigung zur Rechtsfortbildung abzusprechen. Auch gegenüber dem Aufsichtsrat ist die Möglichkeit, dass er sich bei der Erteilung der Zustimmung pflichtwidrig verhält, kein Argument, die Zulänglichkeit der Überwachung prinzipiell in Frage zu stellen. Die Frage ist vielmehr, ob man wegen dieses – letztlich allgemeinen – Fehlerrisikos Kontroll- und Sanktionsmechanismen gegenüber dem Aufsichtsrat braucht bzw. ob die diesbezüglich vorhandenen Mechanismen ausreichen. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Von diesem Aspekt abgesehen, ist jedoch rundweg positiv zu vermerken, dass die „echte“ Anfechtungsklage gegen Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse durch den Senat im Keim erstickt worden ist. Das Gleiche gilt für die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage nach bzw. entsprechend § 249 AktG.

3. Die Unterlassungs- und Feststellungsklage gegen Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat über die Ausübung des genehmigten Kapitals

a) Der Standpunkt und die Argumente des Gerichts

Die Ablehnung der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage führt nach Auffassung des Senats nicht dazu, dass der einzelne Aktionär „klaglos gestellt“ ist. Habe der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss die ihm eingeräumten Befugnisse überschritten, so kann nach Auffassung des Senats der dadurch in seinen Mitgliedschaftsrechten beeinträchtigte Aktionär das pflichtwidrige Organhandeln zum Gegenstand sowohl einer (vorbeugenden) Unterlassungsklage als auch einer (allgemeinen) Feststellungsklage machen. Der Senat verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass er dies schon in seinem „Siemens/Nold“-Urteil sowie noch früher bereits in seinem „Holzmüller“-Urteil dargelegt habe. Der Hinweis erweckt den Eindruck, als sei die Statthaftigkeit der genannten Klagearten im Aktienrecht allgemein und namentlich im Recht des genehmigten Kapitals als Instrument der Kontrolle des Verwaltungshandelns durch Aktionäre althergebrachtes Gedankengut der höchstgerichtlichen Rechtsprechung.

Dieser Eindruck täuscht. In dem „Siemens/Nold“-Urteil findet sich zur Statthaftigkeit von Unterlassungs- und Feststellungsklagen wegen (möglicherweise) pflichtwidrigen Verhaltens des Vorstandes – nicht des Aufsichtsrats – bei Ausübung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss nur ein einziger Satz. In diesem werden die Klagen als lediglich möglich in den Raum gestellt und im Übrigen auf das „Holzmüller“-Urteil verwiesen. Das „Holzmüller“-Urteil erörtert die Feststellungsklage hingegen nicht in dem Zusammenhang der Ausübung eines genehmigten Kapitals, sondern wegen – vom Senat angenommener – Übergehung der Hauptversammlung. Dies ist ein anderes spezielles Thema, bei dem es zudem eher leicht fällt, den „übergangenen“ Aktionären eine Klage zuzubilligen, die ihnen zu ihrem Recht verhilft. Es ist also keineswegs so, dass die genannten Individualklagen vom Senat in den damaligen Entscheidungen als allgemeines Institut des Aktienrechts oder auch „nur“ als Institut im Recht des genehmigten Kapitals näher entwickelt worden wären. Letzteres geschieht nunmehr in dem Urteil „Mangusta/Commerzbank II“. Die hierbei durch das Gericht angestellten Erwägungen erscheinen daher als die bedeutsamsten Neuerungen dieser Entscheidung.

Der Senat begründet die Zulassung sowohl der Unterlassungsklage als auch der Feststellungsklage mit der Notwendigkeit einer Arrondierung der „Siemens/Nold“-Entscheidung. Die von diesem Urteil beabsichtigte und auch tatsächlich bewirkte Erleichterung der Schaffung von genehmigtem Kapital habe nicht zu einer unkontrollierten Blankettermächtigung der Verwaltung der Gesellschaft führen sollen. Auch sollte, so der Senat, durch „Siemens/Nold“ nicht der Kompetenzbereich des Vorstandes zu Lasten der Hauptversammlung erweitert werden. Angesichts der Lockerung des präventiven Schutzes müsse sichergestellt sein, dass im Rahmen der Ausübung der Ermächtigung eine „angemessene, systemkonforme, gerichtliche Kontrollmöglichkeit“ vorhanden sei. Diese systemkonforme Kontrollmöglichkeit erblickt der Senat zum einen in der Unterlassungsklage, zum anderen aber vor allem in der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO.

Die Zulassung der Feststellungsklage stehe, so der Senat, in Übereinstimmung mit dem aktienrechtlichen Verbandsrecht und schließe eine vom Gesetzgeber gelassene Lücke. Das Aktienrecht treffe für die Austragung eines Streites über die Nichtigkeit eines Verwaltungsbeschlusses zur Ausnutzung von genehmigtem Kapital keine abschließende Regelung. Spezielle aktienrechtliche Klagemöglichkeiten stünden dem Aktionär nicht zur Verfügung. In der Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage liege ferner keine Umgehung des § 147 AktG über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrats. Es gehe in der Feststellungsklage nicht um die Geltendmachung von Schadensersatz, sondern nur um die Feststellung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns. Die Beschränkung auf die bloße Feststellung eröffne der Gesellschaft gleichzeitig die Möglichkeit einer „Selbstregulierung“. Auch daher füge sich die Feststellungsklage in das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft ein. Nochmals verweist der Senat in diesem Zusammenhang auf die vermeintlich „strukturell weniger effiziente Kontrolle“ durch den Aufsichtsrat in den Fällen des genehmigten Kapitals. Der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage finde hier keine Anwendung, da es darum gehe, durch die Zulassung gerade der Feststellung eine Rechtsschutzlücke im Gesetz zu schließen. Schließlich könne schwerlich, so der Senat, von einer Störung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung gesprochen werden, wenn eine Aktionärsklage gerade den Zweck habe, die vom Vorstand verletzte Ordnung zu erhalten oder wieder herzustellen.

b) Kritik

Die Ausführlichkeit der Begründung zeigt, dass auch nach Auffassung des Senats hier keine Selbstverständlichkeit referiert wird, sondern Erklärungs- und Rechtfertigungsbedarf besteht. Bei der Lektüre der Begründung regen sich Bedenken in zwei Richtungen: Zum einen erscheint zweifelhaft, ob tatsächlich eine Regelungslücke im Aktiengesetz vorliegt, die Gegenstand einer richterlichen Rechtsfortbildung sein könnte (vgl. Abschn. aa)). Zum anderen ist fragwürdig, ob selbst dann, wenn man dem Senat folgt und an ein hier vorliegendes Mandat zur Rechtsfortbildung glaubt, die Unterlassungs- und die Feststellungsklage notwendige oder zumindest sinnvolle Remedien sind, ein Rechtsschutzdefizit der (Minderheits-)Aktionäre zu beheben (vgl. Abschn. bb)).

aa) Die These von der Existenz einer Regelungslücke

Die Aktiengesellschaft ist die bei weitem ausführlichste und detaillierteste Ausformung einer Gesellschaftsform im deutschen Recht. Die Annahme einer „Lücke“ in diesem dicht gewobenen Normengeflecht fällt schon aus diesem Grund schwer. In dem speziellen Zusammenhang der Klagemöglichkeiten einzelner Aktionäre gegen Vorstand und Aufsichtsrat gilt dies umso mehr, als über lange Jahrzehnte hinweg - bis in die Mitte der siebziger Jahre - im deutschen Aktienrecht nicht ernstlich bestritten war, dass das Aktiengesetz den Aktionären für „Organstreitigkeiten“ nur die im Gesetz ausdrücklich geregelten Rechtsbehelfe und Klageformen zur Verfügung stellt. Und dies, obwohl das vom Senat betonte Kontrollbedürfnis bzw. -interesse im Prinzip schon immer existierte, auch jenseits des genehmigten Kapitals und seiner Ausübung. Gleichwohl wurde erst durch die Urteile „Holzmüller“ und „Linotype“ des Senats, basierend auf Vorarbeiten im Schrifttum, praeter legem eine Konjunktur von Aktionärsklagen eingeleitet.

Diese Skepsis gegenüber der Annahme einer Regelungslücke wächst noch dadurch, dass das Aktiengesetz seit über zehn Jahren Gegenstand zahlreicher Novellen ist. Es kann nicht die Rede davon sein, dass der Gesetzgeber das Aktienrecht vernachlässige. Eher stellt sich das gegenteilige Gefühl ein. Hätte der Gesetzgeber daher den Wunsch gehabt, auf das Verwaltungshandeln bezogene Unterlassungs- und Feststellungsklagen für einzelne Aktionäre zuzulassen, so wäre dies ohne Weiteres möglich gewesen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf das erst jüngst in Kraft getretene UMAG, das u. a. die Rechte einzelner Aktionäre zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft erleichtert hat (vgl. §§ 147 ff. AktG). Es ist bekannt und muss hier nicht vertieft werden, wie umstritten gerade diese prozessualen Fragen im Gesetzgebungsverfahren waren, namentlich das Aktionärsquorum für das Klagezulassungsverfahren. Bei aller Verschiedenheit der vorgebrachten Meinungen stand dabei eine Individualklage einzelner Aktionäre ohne jede Rücksicht auf den Umfang ihrer Beteiligung nie zur Debatte.

Nach alledem scheinen dem Verfasser keine Anhaltspunkte für die Existenz einer planwidrigen Regelungs- oder „Anschauungslücke“ zu sprechen, die den Senat zu einer Rechtsfortbildung dieser Tragweite legitimieren oder gar auffordern würde.

bb) Die Unterlassungs- bzw. Feststellungsklage als Instrument der Individualkontrolle

Nicht nur die Annahme einer Gesetzeslücke ist gewagt. Ebenso gewagt ist der Standpunkt des Senats, die Unterlassungs- bzw. Nichtigkeitsklage sei notwendig und geeignet, die erkannte Lücke zu schließen. Dies wird vom Senat auch nicht sonderlich ausführlich durch die Darlegung einer Mehrzahl von Gründen begründet. Der Hinwendung des Senats zur Individualklagebefugnis einzelner Aktionäre beim genehmigten Kapital liegt ausschließlich der in dem Urteil „Mangusta/Commerzbank II“ wiederholt angesprochene und hier bereits referierte Gedanke zu Grunde, die Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat sei bei der Entscheidung über die Ausübung eines genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss nicht gewährleistet, da hier der Aufsichtsrat schon von Gesetzes wegen (§ 204 Abs. 1 Satz 2 AktG) gehalten sei, mit dem Vorstand „gemeinsame Sache“ zu machen. In einer solchen potenziellen Konfliktsituation „entspreche“ es der Verfassung der Aktiengesellschaft, den Aktionären im Wege einer allgemeinen zivilprozessualen Klageform eine Art Kontrollrecht zu verschaffen.

Bemerkenswert ist hieran zunächst die überraschend zurückhaltende Wortwahl des Senats. Es wäre zu erwarten gewesen, dass der Senat ausspricht, dass die Unterlassungs- und die Feststellungsklage notwendig seien, die erkannte Lücke zu schließen. Festgestellt bzw. behauptet wird hingegen lediglich die Systemkonformität der Klagen. Mit der Darlegung, dass diese „ins System passen“, ist aber keineswegs begründet, dass man sie auch braucht. Aus dem kurzen vergleichenden Hinweis des Senats auf die „sonstigen den Aktionären eingeräumten Rechte“ folgt ebenfalls nichts für die Notwendigkeit der Individualklagen. Wie der Senat selbst feststellen muss, steht von den erwähnten Rechten einzig das allgemeine Auskunftsrecht nach § 131 AktG jedem einzelnen Aktionär unabhängig von der Höhe seines Aktienbesitzes zu. Offen bleibt, was dieses Recht mit den propagierten Klagen zu tun haben könnte.

Aber nicht nur diese eher äußere Schwäche und Unsicherheit der Begründung, sondern vor allem auch der Kern der Argumentation selbst, die These des Senats von der strukturellen Unzulänglichkeit der Aufsichtsratskontrolle, wirkt nicht überzeugend. Es wurde bereits dargelegt, dass der Aufsichtsrat auch insoweit in Ausübung seiner Überwachungsfunktion handelt und eine „Verbrüderung“ mit dem beaufsichtigten Vorstand pflichtwidrig wäre. Sollte im Einzelfall eine solche Pflichtwidrigkeit begangen werden, so ist dies bereits de lege lata keineswegs folgenlos. Es liegt an der Hauptversammlung bzw. an den Aktionären, gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats in geeigneter Weise vorzugehen. Das Aktiengesetz stellt hierzu ein gestuftes, gesetzliches Sanktionensystem zur Verfügung (Kritik auf der nächsten Hauptversammlung, Verweigerung der Entlastung, Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern sowie ggf. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, notfalls auf Initiative einer Aktionärsminderheit).

Zwar sind diese Sanktionen mit zunehmender Schwere an die Erfüllung strenger Voraussetzungen geknüpft. So ist bspw. die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern nur mit einer Mehrheit von drei Vierteln der in der Hauptversammlung abgegebenen Stimmen möglich, § 103 Abs. 1 Satz 2 AktG. Diese Hürden sind jedoch keine Zufälligkeiten, sondern vom Gesetzgeber bewusst aufgestellt, um dem Aufsichtsrat eine begrenzte Autonomie gegenüber der Hauptversammlung, Aktionärsminderheiten und - erst recht - einzelnen Aktionären einzuräumen. Nur auf Grund dieser Unabhängigkeit kann namentlich die Publikumsaktiengesellschaft ihre Funktion als „selbstständig wirtschaftende Kapitalsammelstelle“ gewährleisten. Aber auch die kleine, nicht börsennotierte Aktiengesellschaft ist keine eignergeführte Einrichtung, in der alle Aktionäre zugleich „Oberaufseher“ sind. Es wirkt nicht überzeugend, dieses gewachsene und differenzierte gesetzliche System als unzulänglich abzuqualifizieren und durch eine vom Aktiengesetz nicht vorgesehene Individualklage von Aktionären zu überlagern.

Gegen diesen Weg spricht ferner, dass den Aktionären - unabhängig von der Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat und dessen Kontrolle - gegenüber einem möglicherweise rechtswidrigen Handeln des Vorstandes bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals ein unmittelbar gegen den Vorstand bzw. seine Mitglieder gerichtetes, eigenständiges Kontroll- und Sanktionsinstrumentarium zur Verfügung steht, das demjenigen gegenüber den Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wesentlichen - von der Möglichkeit der Abberufung abgesehen - entspricht. Dieses Kontroll- und Sanktionsinstrumentarium gegenüber dem Vorstand erscheint dem Senat ebenso wenig ausreichend wie gegenüber dem Aufsichtsrat. Gegen diese Wertung sprechen die gleichen Gründe, die zur Überwachungsaufgabe, Autonomie und Pflichtenbindung des Aufsichtsrats dargelegt wurden.

cc) Die praktischen Folgen der „neuen“ Individualklage

Die Bedenken gegen den Weg des Senats wiegen umso schwerer, wenn man die praktischen Folgen der Zulassung der Unterlassungs- und der Feststellungsklage in den Blick nimmt. Der Senat sieht hier keine Probleme: Es könne schwerlich eine Störung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung sein, wenn die Klage eines Aktionärs gerade den Zweck haben soll, die vom Vorstand verletzte Ordnung zu erhalten oder wieder herzustellen. Diese These antizipiert nicht die Prozesswirklichkeit, die sich als Folge des Urteils in der instanzgerichtlichen Praxis zeigen dürfte. Die Fälle, in denen der Vorstand bei der Ausübung des genehmigten Kapitals und des damit einhergehenden Ausschlusses des Bezugsrechtes die Grenzen des Gesetzes und/oder des Ermächtigungsbeschlusses evident überschreitet, sind selten und werden selten bleiben. Viel häufiger dürften Fälle sein, in denen entweder gewisse Zweifel vorherrschen oder aber – eher noch realistischer – der Großteil der Aktionäre nicht den mindesten Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns hegt, der bekannte Zirkel klagefreudiger Kleinaktionäre hingegen sehr wohl.

Die Zulassung der vorbeugenden Unterlassungsklage und - mehr noch - der allgemeinen Feststellungsklage ist geradezu eine Aufforderung an diesen Personenkreis, jede dringend benötigte Ausnutzung eines genehmigten Kapitals durch Vorstand und Aufsichtsrat mit der Behauptung anzugreifen, die Verwaltung beabsichtige, ihre Kompetenzen zu überschreiten oder hätte dies bereits getan. Für die Verwaltung namentlich börsennotierter Aktiengesellschaften kommt erschwerend hinzu, dass gerade dann, wenn die Verwaltung eine über die gesetzlichen Mitteilungspflichten hinausgehende offene Kommunikation mit ihren Aktionären pflegt und nicht schnell und heimlich unter Verzicht auf jede vorherige Berichterstattung das genehmigte Kapital ausübt, das handgreifliche Risiko geschaffen wird, dass „kritische Aktionäre“ ihren mutmaßlichen quasinegatorischen Anspruch im Wege der einstweiligen Verfügung sichern oder gar faktisch durchsetzen wollen.

Das Risiko der Schadenersatzpflicht nach § 945 ZPO dürfte diese Personen kaum davon abhalten, zumal von ihnen häufig Kapitalgesellschaften oder GmbH & Co. KG zur Haftungsabschottung als „Prozessvehikel“ zwischengeschaltet werden. Es ist den forensisch tätigen Praktikern ferner geläufig, dass die zuständigen Instanzgerichte nicht selten geneigt sind, im Rahmen der im Eilverfahren gebotenen Abwägung dem Sicherungsinteresse des Verfügungsklägers den Vorrang vor dem Gestaltungsinteresse der Gesellschaft und ihrer Verwaltung einzuräumen. Ist ein stattgebender Beschluss bzw. ein Urteil im Eilverfahren erst einmal in der Welt, so dürfte die Kapitalerhöhung und die in aller Regel hinter ihr stehende Strukturmaßnahme häufig gescheitert sein. Der betroffenen Aktiengesellschaft hilft es dann wenig, dass ihr die Jahre währende Rechtsverteidigung im Hauptsacheverfahren offen steht. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass künftig die Ausnutzung genehmigter Kapitalia durch Vorstand und Aufsichtsrat vor allem bei börsennotierten Aktiengesellschaften regelmäßig zum Gegenstand von Verfügungsprozessen und Unterlassungsklagen und - vor allem - von Feststellungsklagen gemacht werden wird. Es wird hier genau das eintreten, was der Senat mit „Mangusta/Commerzbank I“ durch das Absehen von der Pflicht zur Vorabberichterstattung durch den Vorstand gerade vermeiden wollte: Einen neuen Tummelplatz für Berufskläger zu schaffen. In der Argumentation und Gedankenführung der beiden Urteile klingt hier eine unaufgelöste Dissonanz an.

Schließlich sei noch auf einen weiteren Gesichtspunkt hingewiesen, der in „Mangusta/Commerzbank II“ nicht vollständig in dem richtigen Licht erscheint. So wirbt der Senat für die Feststellungsklage auch deshalb, weil das von dem bzw. den Aktionären erstrittene Feststellungsurteil der Aktiengesellschaft letztlich eine „Selbstregulierung“ ermögliche. Sei einmal das genehmigte Kapital nicht in gehöriger Weise ausgeübt worden, könne für künftige Fälle Vorsorge getroffen werden, dass sich der gleiche Fehler nicht ein zweites Mal ereigne. Dieses Argument wäre dann tragfähig, wenn ein solches gerichtliches Feststellungsurteil innerhalb kurzer Zeit ergehen und rechtskräftig werden würde. Die Wirklichkeit sieht hingegen anders aus: Bis die Frage der Rechtmäßigkeit des Handelns der Verwaltung abschließend geklärt ist, wird regelmäßig die - im Höchstfall - für fünf Jahre erteilte Ermächtigung gemäß § 202 Abs. 1 AktG abgelaufen sein. So lagen auch die Verhältnisse im Fall „Mangusta/Commerzbank“. Bewirkt wird allenfalls eine Einschüchterung der Verwaltung der Gesellschaft durch das Schweben des Prozesses. Angst ist jedoch kein Ratgeber, der zu sachgerechtem Verhalten anleitet. Die praktische Effektivität der „Selbstregulierung“ ist somit gering.

c) Weitere Aspekte des Urteils „Mangusta/Commerzbank II“

Ungeachtet der vorgebrachten Bedenken ergibt sich für die aktienrechtliche Prozesspraxis künftig die Notwendigkeit, mit den „neuen“ Klagen zu leben und umzugehen. Die sich dabei stellenden Fragen sind durch „Mangusta/Commerzbank II“ nur teilweise geklärt worden; die übrigen werden Rechtsprechung und Literatur künftig intensiv beschäftigen. Hier können nur einige Aspekte herausgegriffen werden. Geklärt ist für die Praxis, gegen wen sich die Unterlassungs- bzw. Feststellungsklage richtet. Passiv legitimiert könnten sein: Das Organ, die Organmitglieder oder die Gesellschaft. Der Senat hat sich hier für die letztgenannte Alternative entschieden. Dies dürfte die richtige Wahl sein, da die mutmaßlich pflichtwidrig handelnden Vorstände oder Aufsichtsräte im Rahmen der angegriffene Beschlüsse als Organe der Gesellschaft handeln. Geklärt ist weiter die Frage, ob die ungeachtet der Anhängigkeit der Klage erfolgende Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister der Unterlassungsklage das Rechtsschutzbedürfnis bzw. der Feststellungsklage das Feststellungsinteresse nimmt. Dies hatte die Vorinstanz noch mit Überzeugung und Rückendeckung des Schrifttums bejaht. Der Senat hat sich hier gegen das Oberlandesgericht gestellt. Ausgehend von seinem Verständnis der Funktion dieser Klagen erscheint der vom Senat eingenommene Standpunkt zwar folgerichtig, was Kritik allerdings nicht ausschließt.

Offen ist hingegen, wie viel Zeit sich der Aktionär mit einer Individualklage gegen das Handeln des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats lassen darf. Der Senat hat in „Mangusta/Commerzbank II“ die Frage einer Analogie zu § 246 Abs. 1 AktG zwar kurz angesprochen, konnte sie aber offen lassen. Man kann nur hoffen, dass die Instanzgerichte und letztlich der Senat der Flut möglicher Klagen zeitlich enge Grenzen setzen. Als Vorbild könnte hierbei die „positive Beschlussfeststellungsklage“ dienen, für welche die Einhaltung der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG bereits gefordert wird. Eine weitere, noch nicht ausdiskutierte Frage ist, wie der Streitwert der Klagen zu bemessen ist. Denkbar ist, es bei den allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften (§§ 3 ff. ZPO) zu belassen. Die Anwendung dieser Vorschriften kann allerdings zu ggf. prohibitiv hohen Streitwerten führen. Der vom Senat eingeschlagenen Grundlinie könnte es daher entsprechen, die Begrenzungen des § 247 AktG anzuwenden. Weit gehend ungeklärt ist ferner, welchen Spielraum der Vorstand bei seiner Entscheidung über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss hat. Klar ist zwar noch, dass es sich hierbei um eine „unternehmerische Entscheidung“ im Sinne des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG handelt. Es harrt jedoch der Konkretisierung, wann der Vorstand hier „vernünftigerweise annehmen darf, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“.

Zu klären ist ferner, welche Folgerungen die Gesellschaft aus einem rechtskräftigen Feststellungsurteil zu ziehen hat, das die Nichtigkeit eines Ausnutzungsbeschlusses des Vorstandes und/oder des Zustimmungsbeschlusses des Aufsichtsrats feststellt. Offen ist schließlich, ob die von dem Senat entwickelte Individualklage nur im Fall der Ausübung des genehmigten Kapitals und nicht auch bei anderen Verwaltungsentscheidungen zulässig ist. Eine logisch zwingende Begrenzung der Individualklage auf diesen Fall ist jedenfalls nicht ersichtlich. Auch jenseits des genehmigten Kapitals und seiner Ausübung können Vorstand und/oder Aufsichtsrat fragwürdige Beschlüsse von erheblicher Tragweite fassen, an deren gerichtlicher Klärung Aktionäre Interesse haben könnten. Für den speziellen Fall der Übergehung der Hauptversammlung ist dies bereits seit Längerem entschieden. In all diesen Punkten bleibt die künftige Entwicklung abzuwarten. Nur eines wird schon durch den Anblick dieser kurzen Inventur offener Posten deutlich: Es ist nicht leicht, mit

der einmal begonnenen Rechtsfortbildung wieder aufzuhören. Schreitet der Senat wie in „Mangusta/Commerzbank II“ weiter mutig voran, so gelangt er zu guter Letzt dorthin, wo er eigentlich wohl nicht hin wollte: Zur (Quasi-)Anfechtungsklage gegen Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat.

V. Ergebnisse

1. Auch nach den „Mangusta/Commerzbank“-Urteilen wird die „Siemens/Nold-Doktrin“ die Praxis der Schaffung genehmigter Kapitalia mit Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss beherrschen. Der II. Zivilsenat hat die in seinem „Siemens/Nold“-Urteil vorgenommene Wendung in seiner Rechtsprechung nochmals bestätigt und in einer für die aktienrechtliche Unternehmenspraxis grundlegenden Frage der Flexibilisierung der externen Unternehmensfinanzierung die erhoffte Kontinuität gewahrt.

2. In „Mangusta/Commerzbank I“ hat der Senat ausführlich dargelegt und begründet, dass es keine Vorabberichterstattung durch den Vorstand an die Hauptversammlung bzw. die Aktionäre vor der Ausnutzung des genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss gibt. Der Senat hat, trotz der vorhandenen Ansätze im Schrifttum, der Versuchung widerstanden, hier eine „Anschauungslücke“ des Gesetzgebers zu entdecken und diese schöpferisch zu schließen. Eine solche Lücke gibt es nicht.

3. Nach „Mangusta/Commerzbank II“ ist klar, dass es keine aktienrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat gibt. Das dem Senat zu Ziff. 2 Attestierte gilt hier entsprechend.

4. Das Urteil „Mangusta/Commerzbank II“ hat ferner die (vorbeugende) Unterlassungs- und die (allgemeine) Feststellungsklage von Aktionären gegen Beschlüsse der Verwaltung der Gesellschaft zwar nicht in das Aktienrecht eingeführt, aber auf dem Gebiet des genehmigten Kapitals erstmals ausführlich erörtert, gerechtfertigt und damit hoffähig gemacht. Dies ist eine bedauerliche Fehlentwicklung und eine unaufgelöste Dissonanz zur Begründung von „Mangusta/Commerzbank I“. In dem System der aktienrechtlichen Gewaltenteilung, das der Senat an anderer Stelle des Urteils selbst darstellt, ist für eine solche gerichtliche Individualkontrolle der Verwaltung durch einzelne Aktionäre kein Platz. Dies folgt aus den gleichen Gründen, die den Senat dazu veranlasst haben, von einer Vorabberichterstattung vor Ausübung des genehmigten Kapitals durch den Vorstand abzusehen und die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage nicht zuzulassen. Es macht keinen praktisch erheblichen Unterschied, dass Unterlassungs- und Feststellungsklagen keine allgemeine Gestaltungswirkung haben. Entscheidend ist vielmehr, dass sich einzelne Aktionäre - unabhängig von der Höhe ihres Kapital- und Stimmrechtsanteils - auf diesem Wege als Überwachungsorgan gerieren können. Ein solches Überwachungsorgan ist aber allein der Aufsichtsrat. Die Aktionäre sind es nicht.

5. Die Praxis der Aktiengesellschaften, zumal der börsennotierten, wird allerdings bis auf Weiteres mit diesen Klagen leben und umgehen müssen. Der Streit um die Schaffung des genehmigten Kapitals wird sich hin zu dem Streit um seine Ausnutzung verlagern. Dabei werden weitere Fragen zu der Ausformung dieser Klagen zu klären sein, namentlich die Frage der Fristgebundenheit entsprechend § 246 Abs. 1 AktG. Bereits dieser Gedanke zeigt, dass vor allem die Feststellungsklage viele Züge einer „Quasi-Anfechtungsklage“ annehmen könnte, die der Senat eigentlich nicht wollte.

6. Die Geschichte um den Bezugsrechtsausschluss bei Ausübung des genehmigten Kapitals und die Kontrolle seiner sachgerechten Nutzung ist mit den „Mangusta/Commerzbank-Urteilen“ noch nicht zu Ende. Man darf auf weitere Fortsetzungen gespannt sein.