



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 1/07

vom

21. Juli 2008

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AktG 1965 §§ 202, 204, 255 Abs. 2

- a) Eine Mehrzuteilungsoption (sog. Greenshoe-Option) kann den Konsortialbanken bei einem Börsengang nicht nur im Wege der sog. Aktienleihe durch Altaktionäre, sondern gleichermaßen von der Gesellschaft durch eine Kapitalerhöhung eingeräumt werden.
- b) Die Beschaffung der für eine solche marktübliche Mehrzuteilungsoption (Greenshoe) erforderlichen neuen Aktien kann auch im Wege eines genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluss durch die Hauptversammlung bei gleichzeitiger Ermächtigung des Vorstands zur Entscheidung über die Bedingungen der Aktienausgabe (§§ 202, 204 AktG) erfolgen. In einem solchen Fall kann eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses nicht auf eine Unangemessenheit der Ausgabemodalitäten (§ 255 Abs. 2 AktG) gestützt werden.

BGH, Beschluss vom 21. Juli 2008 - II ZR 1/07 - LG Berlin

Kammergericht Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 21. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Caliebe und Dr. Drescher

einstimmig beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. November 2006

- hinsichtlich des Hauptantrags (Anfechtung des Bestätigungsbeschlusses) durch Beschluss gemäß § 552 a ZPO zurückzuweisen;
- hinsichtlich des hilfsweise gestellten Feststellungsantrags (Vorstandsbeschluss in Ausübung des genehmigten Kapitals) durch Beschluss gemäß § 552 Abs. 2 ZPO zu verwerfen.

Gründe:

A. Hauptantrag

- 1 Hinsichtlich des Hauptantrags zur Anfechtung des Bestätigungsbeschlusses liegen die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nicht vor, und die Revision hat insoweit auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552 a ZPO).
- 2 I. Zulassungsgründe bestehen nicht. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

- 3 Das Urteil des Berufungsgerichts (ZIP 2007, 1660) betrifft hinsichtlich des Hauptantrags zum einen die Voraussetzungen eines Bestätigungsbeschlusses gemäß § 244 AktG und zum anderen die Zulässigkeit eines genehmigten Kapitals (§§ 202 ff. AktG) in der speziellen Form des Bezugsrechtsausschlusses durch die Hauptversammlung bei gleichzeitiger Ermächtigung des Vorstands zur Entscheidung über die Bedingungen der Aktienausgabe (§ 204 AktG) im Zusammenhang mit einer Mehrzuteilungsoption (sog. Greenshoe). In beiderlei Hinsicht hat die Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung.
- 4 1. Hinsichtlich des Bestätigungsbeschlusses der Hauptversammlung der Beklagten vom 4. Juni 2002 stellen sich keine höchstrichterlich klärungsbedürftigen Grundsatzfragen zu den formalen und inhaltlichen Voraussetzungen des § 244 AktG. Die insoweit im vorliegenden Fall einschlägigen Rechtsfragen sind bereits durch die Rechtsprechung des Senats geklärt (vgl. BGHZ 157, 206; Urt. v. 12. Dezember 2005 - II ZR 253/03, ZIP 2006, 227). Die von der Klägerin in sämtlichen Instanzen aufgeworfene Frage nach einer etwaigen Verwirkung des Bestätigungsbeschlusses ist eine solche des Einzelfalls.
- 5 2. Der vom Berufungsgericht in seiner Zulassungsentscheidung genannten Frage einer etwaigen Anwendbarkeit des § 255 Abs. 2 AktG auf Hauptversammlungsbeschlüsse einer Aktiengesellschaft, die im Rahmen eines genehmigten Kapitals den Vorstand bei der Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen ermächtigen, über die Ausgabemodalitäten zu entscheiden, kommt im Hinblick auf das Grundsatzurteil des Senats vom 23. Juni 1997 (II ZR 132/93, BGHZ 136, 133 - Siemens/Nold) ebenfalls keine grundsätzliche Bedeutung zu.
- 6 a) Es ist bereits nach dem eindeutigen Wortlaut des § 255 Abs. 2 AktG evident, dass in einer derartigen - hier vorliegenden - Fallkonstellation, in der

die Hauptversammlung zwar bereits selbst über den Bezugsrechtsausschluss entscheidet, hingegen über den Inhalt der neuen Aktienrechte und die Bedingungen der Aktienaussgabe keine Festlegungen trifft, sondern den Vorstand hierzu ermächtigt (§§ 202, 204 AktG), eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses nicht auf eine Unangemessenheit der Ausgabemodalitäten i. S. des § 255 Abs. 2 AktG gestützt werden kann; auch für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf einen solchen Hauptversammlungsbeschluss ist - schon mangels Vorliegens einer Regelungslücke - kein Raum. Nach der Senatsrechtsprechung muss vielmehr erst der Vorstand auf der Ebene der Ausübung der ihm übertragenen Ermächtigung bei der Bemessung des Ausgabebetrages neben § 9 Abs. 1 AktG auch die in § 255 Abs. 2 AktG gezogenen Grenzen beachten (BGHZ 136, 133, 141 - Siemens/Nold); auf diese Weise wird dem durch die gesetzliche Regelung bezweckten Schutz der Aktionäre vor einer Verwässerung des inneren Wertes ihrer Aktien in der gebotenen Weise Rechnung getragen.

- 7 b) Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht etwa deshalb veranlasst, weil der mit dem angefochtenen Hauptversammlungsbeschluss vom 4. Juni 2002 bestätigte Ausgangsbeschluss vom 30. Dezember 1998 hinsichtlich des genehmigten Kapitals der Erfüllung einer dem Bankenkonsortium im Rahmen des Börsengangs der Gesellschaft eingeräumten bzw. einzuräumenden Mehrzuteilungsoption (sog. Greenshoe) diene. Bei dem Greenshoe handelt es sich - wie das Berufungsgericht jetzt im Einzelnen zutreffend dargelegt hat - um die Wertpapierreserve eines Emittenten bei einem Börsengang im Rahmen des Bookbuilding-Verfahrens; dabei wird durch eine Call-Option den Konsortialbanken das Recht eingeräumt, nachträglich zusätzliche Wertpapiere zum Emissionspreis zur Kursstabilisierung im frühen Sekundärmarkt zu beziehen. Im Rahmen der Etablierung des Bookbuilding-Verfahrens hat sich dieses Stabilisierungsinstrument seit Jahren bei nationalen und internationalen Aktien-

platzierungen zum Marktstandard entwickelt. Dabei kann nach deutschem Aktienrecht die Mehrzuteilungsoption zugunsten der Konsortialbanken nicht - wie die Klägerin meint - allein durch Altaktionäre im Wege der sog. Aktienleihe "finanziert", sondern gleichermaßen - wie im vorliegenden Fall - von der Gesellschaft durch eine Kapitalerhöhung eingeräumt werden (vgl. nur: Willamowski in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht 2. Aufl. Kap. 18 Rdn. 62, 72; Meyer, WM 2002, 1106 - jew. m. umfangreichen Nachw.). Die Zulässigkeit der Beschaffung der für eine solche marktübliche Mehrzahlzuteilungsoption erforderlichen neuen Aktien auch im Wege eines genehmigten Kapitals (§§ 202 ff. AktG) kann nicht ernsthaft bezweifelt werden. Der dies anordnende Hauptversammlungsbeschluss, der wie hier die Bedingungen der Aktienaussgabe nicht selbst festlegt und insoweit auch keine Vorgaben macht, sondern gemäß § 204 AktG den Vorstand hierzu ermächtigt, ist - ohne dass etwa im Zusammenhang mit der Greenshoe-Option die Rechtslage anders zu beurteilen wäre - unzweifelhaft nicht unter dem Blickwinkel des § 255 Abs. 2 AktG anfechtbar.

- 8 3. Entgegen der Ansicht der Revision wirft die angefochtene Entscheidung auch nicht etwa in Bezug auf den angefochtenen Bestätigungsbeschluss bzw. den Ausgangsbeschluss offene Grundsatzfragen im Zusammenhang mit der dem Vorstand beim Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG obliegenden Berichtspflicht auf. Vielmehr sind damit zusammenhängende Rechtsfragen bereits durch die Siemens/Nold-Entscheidung des Senats (BGHZ 136, 133, 139, 142) geklärt; danach genügt es - wie auch die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben -, dass im Vorstandsbericht die Zwecke der Ermächtigung allgemein umschrieben und in dieser Form in der Hauptversammlung bekannt gegeben worden sind.

9 II. Die Revision hat zum Hauptantrag auch keine Aussicht auf Erfolg, weil das Kammergericht die Berufung der Kläger gegen das ihre Anfechtungsklage hinsichtlich des Bestätigungsbeschlusses abweisende Landgerichtsurteil mit Recht zurückgewiesen hat.

10 1. Die Bestätigung des Ursprungsbeschlusses der Hauptversammlung der Beklagten vom 30. Dezember 1998 durch den im vorliegenden Verfahren angefochtenen Bestätigungsbeschluss vom 4. Juni 2002 war gemäß § 244 Satz 1 AktG rechtlich einwandfrei. Voraussetzung für die Bestätigungswirkung nach § 244 Satz 1 AktG ist allein, dass der Bestätigungsbeschluss die behaupteten oder tatsächlich bestehenden Mängel des Ursprungsbeschlusses beseitigt und seinerseits nicht an Mängeln leidet (BGHZ 157, 206; BGH, Urt. v. 12. Dezember 2005 - II ZR 253/03, ZIP 2006 aaO). Im Einklang mit der Bestätigungsfunktion des § 244 Satz 1 AktG sollten hier nach dem Willen der Hauptversammlung u.a. dem Erstbeschluss nach der Behauptung der Kläger anhaftende Verfahrensmängel - die im vorliegenden Prozess erneut von den Klägern geltend gemacht worden sind - durch einen verfahrensfehlerfreien Bestätigungsbeschluss beseitigt werden. Soweit die Kläger geltend machen, Inhaltsmängel des Erstbeschlusses seien einer wirksamen Bestätigung nicht zugänglich, weil sie mit der Bestätigung im Zweitbeschluss perpetuiert würden, ist dies zwar im theoretischen Ansatz zutreffend. Gleichwohl geht diese Rüge ins Leere, weil das Berufungsgericht mit Recht - insoweit in Korrektur seiner verfehlten früheren Rechtsansicht in dem den Ausgangsbeschluss betreffenden Berufungsverfahren (23 U 6712/99) - entschieden hat, dass schon dem Ausgangsbeschluss keine Inhaltsmängel anhafteten und insofern auch der Bestätigungsbeschluss inhaltlich mangelfrei ist.

11 Die mit der Revision erneut geltend gemachte Verwirkung der Bestätigung greift nicht durch. Nach zutreffender tatrichterlicher Würdigung sind be-

reits die allgemeinen formalen Voraussetzungen für eine Verwirkung (Zeitmoment, Umstandsmoment) nicht gegeben. Abgesehen davon darf die Gesellschaft nach dem Sinn und Zweck der Regelung des § 244 AktG einen Bestätigungsbeschluss jedenfalls auch dann (noch) fassen, wenn sie - wie hier die Beklagte - den Vorprozess über die Anfechtung des Ausgangsbeschlusses zunächst erstinstanzlich gewonnen, in der Berufungsinstanz jedoch verloren hat und insoweit Rechtskraft noch nicht eingetreten ist.

12 2. a) Mit Recht hat das Berufungsgericht die formellen Anforderungen an die §§ 202 f., 186 Abs. 4 Satz 2 AktG sowohl im Hinblick auf den Bezugsrechtsausschluss im bestätigten Ausgangsbeschluss vom 30. Dezember 1998 als auch hinsichtlich des Bestätigungsbeschlusses vom 4. Juni 2002 als gewahrt angesehen. Bereits im Vorstandsbericht zum Ausgangsbeschluss wurde das Erfordernis der Kapitalerhöhung gemäß §§ 202 ff. AktG zur Erfüllung der Mehrzuteilungsoption als notwendiges Platzierungs- und Stabilisierungsinstrument ausreichend begründet und in diesem Zusammenhang auch der Begriff des sog. Greenshoe im Rahmen der Wertpapieremission der Beklagten hinreichend erläutert. Nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts wurde dadurch die Hauptversammlung in die Lage versetzt zu prüfen, ob bei der Schaffung des genehmigten Kapitals der Ausschluss des Bezugsrechts gerechtfertigt ist und der Vorstand zu einer solchen Maßnahme - wie geschehen - ermächtigt werden sollte. Der Vorstandsbericht zum Bestätigungsbeschluss vom 4. Juni 2002 unterlag keinen weitergehenden Anforderungen; insbesondere bedurfte er, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, keiner besonderen "Aktualisierung".

13 b) Revisionsrechtlich einwandfrei hat das Berufungsgericht das genehmigte Kapital zur Bedienung der Greenshoe-Option als im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegend angesehen. Sowohl die bloße Möglichkeit

der Kursstabilisierung, als auch die tatsächliche Ausübung der Option innerhalb der Greenshoe-Periode werden vom Kapitalmarkt in aller Regel als positives Zeichen aufgenommen und führen zu einer gleichmäßigeren Kursentwicklung. Im Allgemeinen wird sogar der Verzicht auf eine derartige Option von Analysten und Investoren negativ bewertet und kann unter Umständen den Gesamterfolg der Emission gefährden bzw. einen Preisabschlag erforderlich machen (so zutreffend: Willamowski aaO).

- 14 c) Der Erstbeschluss vom 30. Dezember 1998 stellte nach der zutreffenden Würdigung des Berufungsgerichts auch nicht etwa einen - unzulässigen - "Vorratsbeschluss" dar, sondern ordnete die Ermächtigung des Vorstands zur Erhöhung des Grundkapitals einem konkreten unternehmerischen Zweck (Durchführung des Börsengangs der Gesellschaft mit Hilfe einer Mehrzuteilungsoption) zu.
- 15 d) Soweit die Klägerin mit der Revisionsbegründung erneut behauptet, der bestätigte ursprüngliche Hauptversammlungsbeschluss habe festgelegt, dass die Entscheidung über den "Inhalt der Aktienrechte" nicht in das pflichtgemäße Ermessen des Vorstandes gestellt, sondern der Konsortialbank übertragen worden sei, steht dies im Widerspruch zu den einwandfreien tatrichterlichen Feststellungen; denn danach hat die Hauptversammlung der Beklagten im Rahmen des genehmigten Kapitals die Entscheidungsbefugnis im Einklang mit §§ 202, 204 AktG allein dem Vorstand - verbunden mit dem Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates - übertragen.
- 16 e) Das Berufungsgericht hat ferner mit zutreffenden Erwägungen - und damit zugleich unter Korrektur seiner früheren gegenteiligen, verfehlten Rechtsansicht in dem den Ausgangsbeschluss betreffenden Anfechtungsprozess - eine Anfechtbarkeit des Ausgangsbeschlusses gemäß § 255 Abs. 2 AktG und

damit zugleich eine Fehlerhaftigkeit des hier angefochtenen Bestätigungsbeschlusses verneint. Es hat richtiggestellt, dass der Hauptversammlungsbeschluss vom 30. Dezember 1998 schon deshalb nicht in den Anwendungsbereich dieser Norm fiel, weil er selbst nicht die Ausgabemodalitäten der neuen Aktienrechte und die Bedingungen der Aktienaussgabe enthielt, sondern gemäß § 204 Abs. 1 AktG den Vorstand zu deren Festsetzung ermächtigte; entsprechendes gilt hinsichtlich der erst durch den Vorstand in Ausübung der Ermächtigung beschlossenen rückwirkenden Gewinnberechtigung des genehmigten Kapitals II ab 1. Januar 1998. Mit revisionsrechtlich einwandfreier Begründung hat das Berufungsgericht schließlich auch die rechtliche Zulässigkeit der Mehrzuteilungsoption (Greenshoe) im hier vorliegenden konkreten Einzelfall bejaht.

- 17 3. Zu Unrecht meint die Revision, der Bestätigungsbeschluss vom 4. Juni 2002 sei wegen Verletzung des Auskunftsrechts der Kläger durch Nichtbeantwortung von Fragen anfechtbar. Das vom Berufungsgericht in Bezug genommene Hauptversammlungsprotokoll enthält die Feststellung, dass der Kläger zu 1 lediglich folgende Frage als nicht beantwortet beanstandet habe:

"Wie lautet der Aktienübernahmevertrag zwischen der S.
AG und der B. bank vom 20./21. Januar
1999 im Volltext?"

- 18 Hierzu wurde dem Kläger zu 1 eine Antwort erteilt; zusätzlich wurden die die Mehrzuteilungsoption betreffenden Abschnitte des Übernahmevertrags in Beantwortung der Frage ausgehändigt. Über andere Passagen des Vertrags, die in keinem Zusammenhang mit der Option standen, musste dem Kläger nicht zusätzlich Auskunft erteilt werden. Aus der maßgeblichen Sicht eines objektiv denkenden Aktionärs konnte Auskunft nur über das verlangt werden, was zur Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich war. Insoweit hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass eine weitergehende Aus-

kunft bezüglich der Greenshoe-Option nicht erforderlich gewesen sei, da Gegenstand des Ausgangsbeschlusses vom 30. Dezember 1998 lediglich die Ermächtigung des Vorstands war, das Grundkapital zur Erfüllung einer Mehrzuteilungsoption zu erhöhen. Daher spielte auch die zwischenzeitliche Entwicklung nach dem Zeitpunkt des Ursprungsbeschlusses - wie etwa das Vorstandshandeln in Ausübung der ihm erteilten Ermächtigung - für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bestätigungsbeschlusses keine entscheidende Rolle.

19 Solche weitergehenden Informationen waren allenfalls für ein Vorgehen gegen das Handeln des Vorstandes von Bedeutung, das jedoch in der Hauptversammlung vom 4. Juni 2002, die allein den Bestätigungsbeschluss betraf, nicht zu beurteilen war.

20 4. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch die von den Klägern behauptete Verletzung von Mitteilungspflichten nach § 20 Abs. 7 AktG als nicht hinreichend dargelegt angesehen. Die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Anfechtungskläger haben im ersten Rechtszug im Wesentlichen lediglich pauschal vorgetragen, dass "die Großaktionäre" der Beklagten ihren Pflichten aus §§ 20 AktG, 21 WpHG nicht nachgekommen seien, die von "den meldepflichtigen Aktionären" gehaltenen Aktien hätten sich nicht in den nach Aktiengesetz und WpHG erforderlichen Mitteilungen widerspiegelt. Hieraus ergab sich aber nicht mit der notwendigen Klarheit, dass der Anteil eines bestimmten Aktionärs der Beklagten einen der Schwellenwerte über- oder unterschritten hätte, die Meldepflichten nach §§ 20 AktG, 21 WpHG auszulösen imstande gewesen wären. Zwar haben die Kläger - was die Revisionsbegründung nicht einmal konkret anspricht - in der Berufungsinstanz vorgetragen, dass der Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten K. und die K. T. GmbH ihren Meldepflichten erst im November 2002 nachgekommen seien. Auch daraus ist aber nicht eindeutig auf die Verletzung einer hier etwa relevan-

ten Meldepflicht zu schließen, weil die Kläger nicht dargetan haben, welche Anteile an der Beklagten der Aufsichtsratsvorsitzende K. und die K. T. GmbH in dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der Hauptversammlung vom 4. Juni 2002 gehalten haben. Die Mitteilung vom November 2002 betrifft - worauf die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung unwidersprochen hingewiesen hat - die Einbringung von Senator-Aktien K. s in die K. T. GmbH im Oktober 2002 - mithin zu einem Zeitpunkt, der nach dem beanstandeten Hauptversammlungsbeschluss liegt.

B. Hilfsantrag

- 21 Soweit sich die von den Klägern unbeschränkt eingelegte Revision gegen die Zurückweisung ihrer Berufung hinsichtlich ihres in erster Instanz als unzulässig abgewiesenen Hilfsantrags zur Ausübung des genehmigten Kapitals durch den Vorstand richtet, ist sie mangels der erforderlichen Angabe von Revisionsgründen unzulässig (§§ 552, 551 Abs. 3 Nr. 2 ZPO).
- 22 Die Revisionsbegründungsschrift enthält zwar eingangs den uneingeschränkten - und damit sowohl auf den Haupt- als auch auf den Hilfsantrag bezogenen - formalisierten Revisionsantrag (§ 551 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), "das angefochtene Urteil aufzuheben, nach den Schlussanträgen der Kläger in der Berufungsinstanz zu erkennen, hilfsweise die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen". Die darüber hinaus erforderlichen Revisionsgründe (§ 551 Abs. 3 Nr. 2 ZPO) beziehen sich jedoch ausschließlich auf die mit dem Hauptantrag geltend gemachte Anfechtung des Bestätigungsbeschlusses. Zu dem das Vorstandshandeln betreffenden, hilfsweise verfolgten Feststellungsbegehren, das einen selbständigen Streitgegenstand darstellt, fehlt hingegen jegliche Angabe von Revisionsgründen im Sinne der erforderlichen bestimmten Bezeichnung der Umstände, aus denen sich eine

Rechtsverletzung durch die Abweisung ihres Feststellungsbegehrens als unzulässig ergeben soll.

Goette

Kurzwelly

Kraemer

Caliebe

Drescher

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 09.01.2003 - 90 O 129/02 -

KG Berlin, Entscheidung vom 16.11.2006 - 23 U 55/03 -