



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 124/08

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

in dem Rechtsstreit

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 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 19. März 2008 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen vom 26. Januar 2007 wird zurückgewiesen.

- II. Die Kosten der Rechtsmittelzüge trägt der Kläger. Die durch die Nebeninterventionen verursachten Kosten werden den Streit Helfern des Klägers auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der klagende Verein vertritt satzungsgemäß die Interessen von Minderheitsaktionären und hält selbst einige Aktien der Beklagten. Er hält einen Beschluss für zumindest teilweise nichtig, welchen die Hauptversammlung der - damals noch unter "K. Aktiengesellschaft" firmierenden - Beklagten am 8. Mai 2006 zu Tagesordnungspunkt 8 (im Folgenden: TOP 8) gefasst hat. In lit. a) dieses Beschlusses heißt es u.a.:

"... Der Vorstand wird ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats bis zum 7. Mai 2011 einmalig und mehrmals auf den Inhaber oder auf den Namen lautende Wandel- und/oder Optionsschuldverschreibungen im Gesamtnennbetrag von bis zu Euro 600.000.000 mit einer Laufzeit von längstens 20 Jahren zu begeben und den Inhabern oder Gläubigern von Wandelschuldverschreibungen Wandlungsrechte bzw. den Inhabern oder Gläubigern von Optionsschuldverschreibungen Optionsrechte auf neue Aktien der Gesellschaft mit einem anteiligen Betrag am Grundkapital von bis zu Euro 50.000.000 nach näherer Maßgabe der Wandel- oder Optionsanleihebedingungen zu gewähren. ...

Der Vorstand ist ... mit Zustimmung des Aufsichtsrats ermächtigt, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen, sofern der Vorstand nach pflichtgemäßer Prüfung zu der Auffassung gelangt, dass der Ausgabepreis der Teilschuldverschreibungen den nach anerkannten finanzmathematischen Methoden ermittelten theoretischen Marktwert der Teilschuldverschreibungen nicht wesentlich unterschreitet. ...

... Der jeweils festzusetzende Wandlungs- bzw. Optionspreis für eine Aktie muss auch bei einem variablen Umtauschverhältnis/Wandlungspreis entweder mindestens 80% des durchschnittlichen Börsenkurses der Aktien der K. Aktiengesellschaft in der Xetra-Schlussauktion an der Frankfurter Wertpapierbörse (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) an den zehn Börsentagen vor dem Tag der Beschlussfassung durch den Vorstand über die Begebung der Wandel- oder Optionsschuldverschreibungen betragen oder mindestens 80% des durchschnittlichen Börsenkurses in der Xetra-Schlussauktion an der Frankfurter Wertpapierbörse (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) während der Tage, an denen die Bezugsrechte an der Frankfurter Wertpapierbörse gehandelt werden, mit Ausnahme der beiden letzten Börsentage des Bezugsrechtshandels, entsprechen. ...

Der Vorstand wird ermächtigt, die weiteren Einzelheiten der Ausgabe und Ausstattung der Wandel- und/oder Optionsschuldverschreibungen, insbesondere Zinssatz, Ausgabekurs, Laufzeit und Stückelung, Wandlungs- oder

Optionspreis und den Wandlungs- oder Optionszeitraum festzusetzen bzw. im Einvernehmen mit den Organen der die Wandel- und/oder Optionsschuldverschreibungen begebenden Tochtergesellschaften festzulegen."

2 Lit. b) dieses Beschlusses lautet u.a. wie folgt:

"... Das Grundkapital wird um bis zu Euro 50.000.000 ... bedingt erhöht (Bedingtes Kapital III). Die bedingte Kapitalerhöhung dient der Gewährung von Rechten an Inhaber oder Gläubiger von Wandel- und Optionsschuldverschreibungen, die gemäß vorstehender Ermächtigung unter lit. a) bis zum 7. Mai 2011 von der Gesellschaft oder durch eine unmittelbare oder mittelbare Tochtergesellschaft der Gesellschaft begeben werden. Die Ausgabe der neuen Aktien erfolgt zu dem gemäß lit. a) jeweils festzulegenden Wandlungs- und Optionspreis. ... Der Vorstand wird ermächtigt, die weiteren Einzelheiten der Durchführung der bedingten Kapitalerhöhung festzusetzen."

3 Lit. c) hat hieraus resultierende Satzungsänderungen zum Gegenstand. Nach der Satzung der Beklagten in der seinerzeit maßgeblichen Fassung vom 14. Dezember 2005 belief sich das Grundkapital der Beklagten auf 539.645.824,00 € und war in 210.799.150 Stückaktien eingeteilt (§ 4 Nr. 1 und 2).

4 Während der Hauptantrag des Klägers dahin geht, festzustellen, dass der unter TOP 8 lit. b) und c) gefasste Beschluss nichtig sei, begehrt er hilfsweise die Feststellung der Nichtigkeit des gesamten Beschlusses zu TOP 8. Äußerst hilfsweise hat er beantragt, den zu TOP 8 lit. a) gefassten Beschluss insoweit für nichtig zu erklären, als der Vorstand ermächtigt wird, unter den genannten Bedingungen das Bezugsrecht der Aktionäre auf die Wandel- und Optionsschuldverschreibungen auszuschließen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der in der Hauptversammlung

der Beklagten am 8. Mai 2006 unter TOP 8 gefasste Beschluss insgesamt nichtig sei. Mit ihrer - von dem Berufungsgericht zugelassenen - Revision verfolgt die Beklagte ihr Klagabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision der Beklagten ist begründet und führt unter Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zur Gesamtabweisung der Klage.

7 I. Das Berufungsgericht (ZIP 2008, 923) meint, der Hauptantrag, mit dem der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit von lit. b) und c) des Beschlusses zu TOP 8 begehre, sei unbegründet, weil die einzelnen Teile des einheitlich abgestimmten Beschlusses zu TOP 8 wegen Sachzusammenhangs nicht mit Erfolg isoliert angegriffen werden könnten. Hingegen sei der explizit für diesen Fall gestellte erste Hilfsantrag, mit dem der Kläger die Feststellung der Gesamtnichtigkeit des Beschlusses zu TOP 8 begehre, begründet, weil der Beschluss den gesetzlichen Anforderungen des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG nicht genüge und daher gemäß § 241 Nr. 3 AktG, § 139 BGB insgesamt nichtig sei. Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 AktG verlange nach ihrem Wortlaut die Feststellung des Ausgabebetrages der neuen Aktien durch die Hauptversammlung und eben nicht nur die Feststellung eines unteren Wertes. Die Feststellung eines Mindestausgabebetrages erfülle auch nicht die Voraussetzungen von § 193 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 AktG. Ein Mindestausgabebetrag sei keine Grundlage, nach welcher der Ausgabebetrag errechnet werde, sondern lediglich eine Grundlage für das vom Vorstand auszuübende Ermessen bei der Festsetzung des Ausgabebetrages. Ein anderes Ergebnis lasse sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG entnehmen. Neben dem

Schutz der Altaktionäre vor einer Verwässerung ihrer Anteile diene die Vorschrift auch einer klaren Abgrenzung der Kompetenzen der Hauptversammlung und des Vorstandes; ferner solle sie das Registergericht, aber auch Gläubiger und potentielle Anleger über die beabsichtigte Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital informieren. Die genannten Ziele würden optimal nur mit der vom Wortlaut vorgesehenen Feststellung eines bestimmten bzw. ohne weitere Ermessensspielräume errechenbaren Betrages erreicht. Eine Ermächtigung des Vorstands zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen nach § 221 Abs. 2 AktG erfordere nicht gleichzeitig die Einräumung eines weiteren Ermessens für den Vorstand bei der Festlegung des Ausgabebetrages. Soweit es um die Bedingungen des Bezugsrechts gehe, sei § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG die speziellere Vorschrift, welche vorrangig sei.

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

9 1. Noch zutreffend und von der Revision unbeanstandet geht das Berufungsgericht allerdings (implizit) von der Zulässigkeit der Klaganträge aus. Es handelt sich hier um eine zulässige echte Eventualhäufung, deren Hilfsbegehren auch über den Hauptantrag hinausreichen kann (vgl. dazu Sen.Urt. v. 18. Mai 2009 - II ZR 262/07, Umdruck S. 8 f., z.V.b.; Stein/Jonas/Roth, ZPO 22. Aufl. § 260 Rdn. 13). In der Formulierung von Hauptantrag und erstem Hilfsantrag bringt der Kläger zum Ausdruck, dass sein Rechtsschutzziel bereits dann erreicht wäre, wenn gerichtlich festgestellt würde, dass die unter TOP 8 lit. b) und c) gefassten Teilbeschlüsse für sich genommen nichtig wären; andernfalls soll der Hilfsantrag zum Zuge kommen.

10 2. Zu Recht beanstandet indes die Revision die Ansicht des Berufungsgerichts (ebenso KG ZIP 2008, 648 f.; OLG Celle AG 2008, 58), dass die Anga-

be eines Mindestbetrages für die Ausgabe der neuen Aktien in dem Beschluss über eine bedingte Kapitalerhöhung (§§ 192 ff. AktG) - wie hier gemäß TOP 8 - 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.

11 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.

12 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). 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 aktuel-

len 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).

13 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, Gedächtnisschrift Bosch, S. 85, 96; Spiering/Grabbe, AG 2004, 91, 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 gehand-

habt 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 beimessen werden.

14 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.

15 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 Mindestausgabebetrag in dem Kapitalerhöhungsbeschluss nicht genügen soll.

- 16 e) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts 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 enthal-

ten. Im Kapitalerhöhungsbeschluss kann der Ausgabebetrag jedoch nach einheitlicher 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).

17 f) Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG dient nicht primär der Abgrenzung der Kompetenzen der Hauptversammlung und des Vorstandes (so aber 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 Mindestausgabebetrag 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.

18 g) Auch Gläubiger- oder Anlegerinteressen stehen der Festlegung eines bloßen Mindestausgabebetrag 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 lit. 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).

- 19 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 "überkommenen 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".

20 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).

21 Der Beschluss zu TOP 8 ist - entgegen der im Berufungsurteil wiedergegebenen Auffassung des Klägers - nicht deshalb nichtig, weil in ihm weder die Art noch die Zahl der auszugebenden Aktien bestimmt wurden. Zum einen bestand nach § 4 Nr. 2 der Satzung der Beklagten in der maßgeblichen Fassung vom 14. Dezember 2005 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. mit § 182 Rdn. 13 f.; Schröder 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 wählenden 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. b) und c) des Beschlusses zu TOP 8: 50.000.000,00 €) durch den rechnerischen Nennbetrag der alten Stückaktien dividiert wird (vgl. Frey aaO Rdn. 15; Schröder aaO Rdn. 8; a.A. Hüffer aaO § 193 Rdn. 4 i.V. mit § 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 alten Grundkapitals (§ 4 Nr. 1 der Satzung: 539.645.824,00 €) durch die Zahl der alten Stückaktien (§ 4 Nr. 2 der Satzung: 210.799.150).

22 Sonstige Nichtigkeitsgründe hinsichtlich der Teilbeschlüsse des Beschlusses zu TOP 8 sind weder dargetan noch ersichtlich.

23 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 - klageabweisenden - Endentscheidung durch den Senat reif. Denn auch der seitens des Berufungsgerichts - von dessen Rechtsstandpunkt her konsequent - nicht beschiedene zweite Hilfsantrag ist 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 rechtlich erhebliche tatrichterliche Feststellungen kommen nicht in Betracht (§ 563 Abs. 3 ZPO).

24 Dieser zweite Hilfsantrag ist unbegründet, weil der Ermächtigungsbeschluss zum Bezugsrechtsausschluss unter TOP 8 lit. a) den Anforderungen der Rechtsprechung des Senats (vgl. Sen.Beschl. v. 21. November 2005 aaO Tz. 5; v. 11. Juni 2007 aaO Tz. 5; vgl. auch Senat, BGHZ 136, 133, 139 f.) genügt. Denn 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 Börsensituationen kurzfristig wahrzunehmen sowie die Ermächtigung mit runden 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 beinhaltet, 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 Bezugs-

rechtsausschlusses nicht enthoben sind (vgl. Sen.Beschl. v. 11. Juni 2007 aaO; Senat, BGHZ 136, 133, 140).

Goette

Kraemer

Strohn

Caliebe

Reichart

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 26.01.2007 - 45 O 47/06 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 19.03.2008 - I-8 U 115/07 -