SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 4. Februar 1998 *

1. Mit den beiden Vorlagefragen des Efeteio Athen, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, wird der Gerichtshof ersucht, sich dazu zu äußern, ob gegenüber einem durch das Gemeinschaftsrecht begründeten subjektiven Recht der Vorwurf des Rechtsmißbrauchs erhoben werden kann. Genauer fragt das vorlegende Gericht, ob der Grundsatz des Rechtsmißbrauchs, wie er in einem bestimmten nationalen System ausgestaltet ist, auch dann angewandt werden kann, wenn das Recht, auf das sich der Betreffende beruft, durch Gemeinschaftsbestimmungen begründet worden ist, und ob, wenn dies nicht der Fall ist, im vorliegenden Fall die (gemeinschaftsrechtlichen) Voraussetzungen erfüllt sind, die darauf schließen lassen, daß das fragliche Recht mißbräuchlich ausgeübt worden ist.

Es ist sogleich darauf hinzuweisen, daß das Ausgangsverfahren im Zusammenhang mit Rechtsstreitigkeiten in Griechenland zu sehen ist, bei denen es um die Auslegung und Anwendung von Artikel 25 der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten [1] (im folgenden: Zweite Richtlinie), in Fällen von Unternehmen in der Krise geht. Diese Rechtsstreitigkeiten sind dem Gerichtshof wohlbekannt, der sich bereits mehrmals mit äußerster Klarheit in dem Sinne geäußert hat, daß Artikel 25 der Zweiten Richtlinie auch auf einer besonderen Regelung unterstellten Unternehmen in der Krise anwendbar ist [2]. Im vorliegenden Verfahren wird nun der Gerichtshof im wesentlichen darum ersucht, festzustellen, ob — und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen — seine Auslegung von Artikel 25 der Zweiten Richtlinie unberücksichtigt bleiben kann, wenn die im innerstaatlichen Recht aufgestellten Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Rechtsmißbrauchs erfüllt sind. Mit dieser Frage hat er sich bereits einmal, im Urteil Pafitis u. a. [3] — allerdings nur beiläufig —, kurz befaßt.

Rechtlicher Rahmen und Rechtsprechung

Die Gemeinschaftsregelung

2. Es genügt hier ein Hinweis auf die Bestimmung des Artikels 25 Absatz 1 der

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. 1977, L 26, S. 1.

2 — Vgl. Urteile vom 30. Mai 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-19/90 und C-20/90 (Karella und Karellas, Slg. 1991, I-2691), vom 24. März 1992 in der Rechtssache C-381/89 (Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a., Slg. 1992, I-2111), vom 12. November 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-134/91 und C-135/91 (Kerafina — Keramische und Finanz-Holding und Vioktimatiki, Slg. 1992, I-5699) und vom 12. März 1996 in der Rechtssache C-441/93 (Pafitis u. a., Slg. 1996, I-1347).

3 — Angeführt in der vorigen Fußnote, Randnrn. 67 bis 70.

Zweiten Richtlinie: „Jede Kapitalerhöhung muß von der Hauptversammlung beschlossen werden. Dieser Beschluß sowie die Durchführung der Erhöhung des gezeichneten Kapitals sind nach den in den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 3 der Richtlinie 68/151/EWG vorgesehenen Verfahren offenzulegen."

Die nationale Regelung

3. Mit dem Gesetz Nr. 1386 vom 5. August 1983 [4] wurde in Griechenland der Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (Anstalt für Unternehmensneuordnung; im folgenden: OAE) geschaffen, eine Aktiengesellschaft, deren Kapital vollständig vom Staat gezeichnet wurde und deren Zweck darin besteht, zur wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung des Landes beizutragen (Artikel 2 Absatz 2). Dazu kann der OAE unter anderem die Verwaltung und die laufende Geschäftsführung von Unternehmen, die gerade saniert werden oder verstaatlicht sind, übernehmen, sich am Kapital von Unternehmen beteiligen, Darlehen gewähren, Anleihen auflegen, Schuldverschreibungen ausgeben und Aktien an juristische Personen des öffentlichen Rechts oder an Privatpersonen übertragen (Artikel 2 Absatz 3).

Nach Artikel 8 Absatz 8 dieses Gesetzes kann der OAE während der zeitweiligen Geschäftsführung abweichend von der allgemeinen Regelung über die Aktiengesellschaften, die hierfür die ausschließliche Zuständigkeit der Hauptversammlung vorsehen, auch das Grundkapital der betreffenden Gesellschaft erhöhen. Die bisherigen Aktionäre behalten jedoch ein Bezugsrecht für den Erwerb neuer Aktien, das innerhalb der Frist, die in der ministeriellen Entscheidung über die Genehmigung der Kapitalerhöhung festgesetzt worden ist, ausgeübt werden muß.

4. Besondere Bedeutung kommt darüber hinaus, soweit hier von Interesse, Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs zu, wonach die „Ausübung eines Rechts ... unzulässig [ist], wenn dadurch die Grenzen, die nach Treu und Glauben, den guten Sitten oder dem sozialen oder wirtschaftlichen Zweck des betreffenden Rechts geboten sind, offensichtlich überschritten werden". Unter Hinweis eben auf diese Bestimmung stellt nämlich der griechische Staat die Möglichkeit einer Berufung auf Artikel 25 der Zweiten Richtlinie im vorliegenden Fall in Frage.

Die einschlägige Rechtsprechung

5. Wie ich schon erwähnt habe, hat der Gerichtshof bereits Bedeutung und Wirkungen von Artikel 25 der Zweiten Richtlinie speziell für die genannten griechischen Rechtsvorschriften klargestellt. Er hat nämlich, nachdem er im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens im Rahmen verschiedener Verfahren angerufen worden war, die von Aktionären von Gesellschaften im Anschluß an durch Verwaltungsentscheidung beschlossene Kapitalerhöhungen betrieben

4 — *Amtsblatt der Griechischen Republik*, Nr. 107 vom 8. August 1983, S. 14. Die Bestimmungen des Gesetzes Nr. 1386/1983 wurden mit dem Gesetz Nr. 1882/1990 (*Amtsblatt der Griechischen Republik*, Nr. A 43 vom 23. März 1990) geändert, um sie mit den Bestimmungen der Zweiten Richtlinie, insbesondere den Artikeln 25 und 29, in Einklang zu bringen. Es braucht wohl nicht darauf hingewiesen zu werden, daß der vorliegende Fall den griechischen Bestimmungen unterliegt, die vor den mit dem Gesetz Nr. 1882/1990 erfolgten Änderungen galten.

worden waren, festgestellt, daß für Änderungen des Grundkapitals die Hauptversammlung der Aktionäre ausschließlich zuständig sei. Insbesondere hat er festgestellt, daß Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie zum einen unmittelbar anwendbar sei [5] und zum anderen der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehe, die, um die Sanierung von Gesellschaften in der Krise zu gewährleisten, bestimme, daß die Erhöhung des Grundkapitals ohne Beschluß der Hauptversammlung durch Verwaltungsentscheidung beschlossen werden könne [6], auch wenn den Aktionären ein Bezugsrecht für die neu ausgegebenen Aktien zuerkannt werde [7]. Das Hauptziel der Zweiten Richtlinie, in allen Mitgliedstaaten ein Mindestmaß des Schutzes für Aktionäre zu gewährleisten, wäre nämlich „ernstlich in Frage gestellt, wenn die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen könnten, indem sie Regelungen — mögen sie auch als Sonder- oder Ausnahmeregelungen bezeichnet werden — beibehielten, aufgrund deren durch eine Maßnahme der Geschäftsführung ohne jeden Beschluß der Hauptversammlung eine Erhöhung des Grundkapitals beschlossen werden kann, die dazu führt, daß die bisherigen Aktionäre gezwungen sind, ihre Einlagen zu erhöhen, oder daß ihnen der Eintritt neuer Aktionäre in die Gesellschaft aufgezwungen wird, so daß sich ihr Anteil an der Entscheidungsgewalt der Gesellschaft verringert" [8].

Mit anderen Worten hat der Gerichtshof, wie ich bereits in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pafitis u. a. [9] festgestellt habe, klargestellt, daß die Hauptversammlung ihrer „zentralsten" und unveräußerlichen Befugnis, den Bestand des Kapitals, d. h. des Vermögens der Gesellschaft und zugleich der Aktionäre selbst, zu verändern, auch nicht aufgrund einer Sonderregelung zur Sanierung der Gesellschaft beraubt werden könne.

6. Im Urteil Pafitis u. a. hat der Gerichtshof im übrigen — auch ohne eine entsprechende spezifische Frage — festgestellt, daß „die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts ... beeinträchtigt [wäre], wenn von einem Aktionär, der sich auf Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie beruft, allein deswegen angenommen würde, daß er sein Recht mißbräuchlich ausübt, weil er Minderheitsaktionär einer Gesellschaft ist, die einer Sanierungsregelung unterliegt, oder weil er angeblich Vorteile aus der Sanierung der Gesellschaft gezogen hat. Da Artikel 25 Absatz 1 nämlich unterschiedslos für alle Aktionäre und unabhängig vom Ausgang eines etwaigen Sanierungsverfahrens gilt, würde eine auf derartigen Gründen beruhende Qualifizierung einer auf Artikel 25 Absatz 1 gestützten Klage als mißbräuchlich darauf hinauslaufen, daß die Tragweite dieser Vorschrift verändert würde" [10].

Diese Klarstellung war notwendig, da, wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergab, die Entscheidung des Gemeinschaftsrichters und damit die Auslegung des Artikels 25 unangewendet geblieben wäre, wenn das nationale Gericht zu dem Schluß gelangt wäre, daß in dem ihm vorliegenden Fall die im nationalen

5 — Urteile Karella und Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a. und Kerafina — Keramische und Finanz-Holding und Vioktimatiki (angeführt in Fußnote 2, Randnrn. 23, 38 bzw. 18).

6 — Urteile Karella und Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a. und Kerafina — Keramische und Finanz-Holding und Vioktimatiki (angeführt in Fußnote 2, Randnrn. 36, 37 bzw. 18).

7 — Urteile Karella und Karellas und Kerafina — Keramische und Finanz-Holding und Vioktimatiki (angeführt in Fußnote 2, Randnrn. 36 bzw. 18).

8 — Urteile Karella und Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a. und Pafitis u. a. (angeführt in Fußnote 2, Randnrn. 26, 33 bzw. 39).

9 — Schlußanträge vom 9. November 1995 (Slg. 1996, I-1349, Nr. 13).

10 — Urteil Pafitis u. a. (angeführt in Fußnote 2, Randnr. 70).

Recht vorgesehenen Voraussetzungen für eine Entscheidung des Inhalts, daß das durch Artikel 25 verliehene Recht mißbräuchlich ausgeübt worden sei, erfüllt seien. Noch bevor der Gerichtshof ausgeschlossen hatte, daß dies auf den ihm vorliegenden Fall zutreffe, hat er weiter ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es nicht erforderlich sei, „auf die Frage einzugehen, ob es im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung zulässig ist, eine nationale Vorschrift anzuwenden, um zu prüfen, ob ein durch die betreffenden Gemeinschaftsvorschriften begründetes Recht mißbräuchlich ausgeübt wird", mit der Maßgabe jedoch, daß „die Anwendung einer solchen Vorschrift die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen darf" [11].

Sachverhalt und Vorlagefragen

7. Das Ausgangsverfahren geht auf das Betreiben einiger Aktionäre zurück, die die ministeriellen Maßnahmen, mit denen die Erhöhung des Grundkapitals beschlossen wurde, mit der Begründung anfechten, sie seien unter Verstoß gegen Artikel 25 der Zweiten Richtlinie getroffen worden. Diesmal geht es um Aktionäre der Athinaïki Chartopoïïa AE (im folgenden: Chartopoïïa), einer seit dem 30. März 1984 der Regelung des Gesetzes Nr. 1386/1983 unterstellten Aktiengesellschaft. Am 28. Mai 1986 beschloß der OAE, der die Geschäftsführung von Chartopoïïa übernommen hatte, im Rahmen der vorläufigen Verwaltung nach Artikel 8 Absatz 8 des Gesetzes, das Grundkapital um 940 Millionen DR zu erhöhen. Der Minister für Industrie, Forschung und Technologie genehmigte die Kapitalerhöhung mit Beschluß Nr. 153 vom 6. Juni 1986 und legte deren Modalitäten fest, indem er insbesondere ein Bezugsrecht der Aktionäre für den Erwerb neuer Aktien vorsah, das innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung des Beschlusses im Amtsblatt auszuüben war.

Die Kläger machten von diesem Recht keinen Gebrauch. Ihrer Ansicht nach verstieß die nach den soeben angeführten Modalitäten beschlossene Kapitalerhöhung gegen Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie. Daher erhoben sie am 10. November 1987 vor dem Polymeles Protodikeio Athen Klage auf Feststellung, daß die Erhöhung des Grundkapitals nichtig sei. Diese Klage wurde mit Urteil Nr. 5136/1988 abgewiesen.

8. Die betreffenden Aktionäre legten gegen dieses Urteil am 28. Juni 1989 Berufung an den Efeteio Athen ein. Mit Beschluß Nr. 5943/1994 hob dieses Gericht das erstinstanzliche Urteil mit der Begründung auf, es verstoße offensichtlich gegen die einschlägige EG-Rechtsprechung [12]. Mit demselben

11 — Urteil Pafitis u. a. (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 68).

12 — Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hat nämlich das nationale Gericht im Vorlagebeschluß die Ansicht vertreten, daß Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie eine Kapitalerhöhung wie die für Chartopoïïa beschlossene verbiete. Aus der einschlägigen EG-Rechtsprechung ergebe sich nämlich, daß diese Bestimmung „klar und genau formuliert ist und daß sie, ohne insoweit Bedingungen vorzusehen, den allgemeinen Grundsatz festlegt, daß für Entscheidungen über Kapitalerhöhungen die Hauptversammlung der Aktionäre und nicht Personen zuständig sind, die im Verhältnis zur Versammlung Dritte sind, wie etwa der Minister, dessen Entscheidungen unwirksam sind und grundsätzlich für die natürlichen und juristischen Personen, die von der Regelung erfaßt werden, keine Bindungswirkung entfalten".

Beschluß und vor einer endgültigen Entscheidung gab das Efeteio dem griechischen Staat, der die Rüge des Rechtsmißbrauchs erhoben hatte, auf, für die angebliche mißbräuchliche Erhebung der Nichtigkeitsklage durch die Aktionäre nach Artikel 25 der Zweiten Richtlinie Beweise vorzulegen. Die allgemeine Vorschrift des Artikels 281 des griechischen Zivilgesetzbuches, die den Fall der mißbräuchlichen Ausübung eines Rechts regele, könne nämlich auch dann anwendbar sein, wenn die gerichtlich geltend gemachte Bestimmung gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs sei.

9. Nach einer Zusammenfassung des Sachstands ging das Efeteio zur Würdigung der vom griechischen Staat vorgelegten Beweise für die angebliche mißbräuchliche Ausübung des den Aktionären durch Artikel 25 der Zweiten Richtlinie verliehenen Rechts über und gelangte, hierauf gestützt, zu dem Schluß, daß die in Artikel 281 des Zivilgesetzbuches vorgesehenen Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt seien. Die Ausübung des Rechts durch die klagenden Aktionäre sei nämlich insoweit mißbräuchlich, als sie offensichtlich über die Grenzen hinausgehe, die nach Treu und Glauben, den guten Sitten oder dem sozialen oder wirtschaftlichen Zweck des fraglichen Rechts geboten seien.

Dies werde durch eine Reihe äußerst aufschlußreicher Elemente, von denen einige objektiver und andere subjektiver Natur seien, belegt. Das nationale Gericht bezieht sich insbesondere auf die katastrophale wirtschaftliche Lage, in der sich die mit Sicherheit zum Konkurs verdammte Gesellschaft befunden habe [13], auf die eindeutigen Vorteile, die die Kläger aus der Sanierungsmaßnahme der Regierung gezogen hätten [14], sowie darauf, daß die Kläger ihr Bezugsrecht im Hinblick auf die Zeichnung der nach der Sanierung ausgegebenen Aktien nicht ausgeübt hätten.

10. Das vorlegende Gericht fragt sich jedoch, ob dieser Ansatz unter gemeinschaftsrechtlichem Blickwinkel als zutreffend angesehen werden könne. Seines Erachtens lassen die diesbezüglichen Hinweise des Gerichtshofes im Urteil Pafitis u. a. die Frage insoweit offen, als keineswegs klar sei, wer (das nationale Gericht oder der Gemeinschaftsrichter) auf der Grundlage der Rechtsvorschriften und/oder Grundsätze welcher Rechtsordnung (der nationalen oder der gemeinschaftlichen) für die Beurteilung der Frage zuständig sei, ob der Inhaber eines durch eine Gemeinschaftsbestimmung verliehenen Rechts dieses Recht mißbräuchlich ausgeübt habe.

13 — Hierzu heißt es in dem Vorlagebeschluß, daß „das ... Unternehmen Athinaïki Chartopoïia AE zu der Zeit, als es der Sonderregelung des Gesetzes Nr.1386/1983 ... unterstellt wurde, fälligen Forderungen von Banken und verschiedenen anderen Gläubigern in einer Gesamthöhe von etwa 17 203 894 160 DR gegenüberstand, ganz akute Liquiditätsprobleme wegen des hohen Verschuldungsgrades hatte, ihm Eigenkapital fehlte und seine Aktiva für die Begleichung seiner Verbindlichkeiten nicht ausreichten. Auf der Grundlage der vorhandenen Vermögenswerte des Unternehmens lag das Defizit in der Größenordnung von mehr als 3,5 Milliarden-DR. Auch wenn diese Vermögensgegenstände zu den bestmöglichen Marktpreisen verwertet worden wären, wären folglich Schulden in der oben genannten Höhe ungedeckt geblieben."

14 — Das nationale Gericht hebt im Vorlagebeschluß insbesondere hervor: „Der Wert der Aktie war in jener Zeit der Substanz nach negativ, während durch die Erhöhung des Kapitals um den Betrag von 940 Millionen DR von seiten des OAE und die darauf folgende Umwandlung der Schulden in Aktien im Geschäftsgang eine Erholung eintrat, so daß das Unternehmen zu vorteilhaften Bedingungen an Dritte veräußert werden können wird, die die Begleichung der Schulden und die Gewährleistung einer wirtschaftlichen Gegenleistung für die alten Aktionäre auf der Grundlage der Zahl der Aktien, die sie weiterhin besitzen, erlauben."

Von diesen Überlegungen geleitet, hat es das nationale Gericht dementsprechend als für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits erforderlich angesehen, den Gerichtshof zu fragen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen es möglich sei, den Begriff des Rechtsmißbrauchs auch in dem Fall anzuwenden, daß die geltend gemachte Rechtsposition durch das Gemeinschaftsrecht verliehen worden sei. Es hat dem Gerichtshof konkret zwei Vorlagefragen vorgelegt, die wie folgt lauten:

1. Kann ein nationales Gericht eine Vorschrift des innerstaatlichen Rechts (im vorliegenden Fall Artikel 281 des Zivilgesetzbuchs) anwenden, um zu prüfen, ob ein durch die betreffenden Gemeinschaftsvorschriften begründetes Recht von der berechtigten Prozeßpartei mißbräuchlich ausgeübt wird, oder gibt es andere durch Gesetz eingeführte oder gefestigte Grundsätze im Gemeinschaftsrecht — und, wenn ja, welche —, auf die sich das nationale Gericht gegebenenfalls stützen kann?

2. Wenn nein, d. h. wenn sich der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften diese Befugnis z. B. aus Gründen der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts selbst vorbehält: Können die konkreten Umstände, wie sie von dem beklagten und berufungsbeklagten Staat als Einwendungen erhebende Partei formuliert worden sind und in dem Urteil Nr. 5943/1994 des erkennenden Gerichts einen Beweisgegenstand dargestellt haben und im vorstehenden Absatz dieses Urteils kurz wiedergegeben worden sind, oder einige dieser Umstände — und, wenn ja, welche — den Erfolg der auf einen Verstoß gegen Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG des Rates gestützten Klage verhindern?

Zur ersten Frage

11. Mit der ersten Frage will das vorlegende Gericht vom Gerichtshof mithin klären lassen, ob die etwaige mißbräuchliche Ausübung eines durch eine Gemeinschaftsbestimmung begründeten Rechts von ihm nach den einschlägigen Bestimmungen der eigenen nationalen Rechtsordnung beurteilt werden kann oder ob diese Prüfung nach den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zu erfolgen hat, eben weil die gerichtlich geltend gemachte Rechtslage auf das Gemeinschaftsrecht zurückgeht.

Die Frage des Rechtsmißbrauchs wird vom nationalen Gericht offensichtlich allgemein gestellt, d. h. unabhängig von der im vorliegenden Fall geltend gemachten Gemeinschaftsbestimmung und der nationalen Bestimmung, die im fraglichen innerstaatlichen Recht den Rechtsmißbrauch regelt. Die Frage geht nämlich dahin, ob für die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsmißbrauch vorliegt, das nationale Gericht zuständig ist und ob dieses hierzu die Bestimmungen seiner eigenen Rechtsordnung anwenden kann oder ob es sich auf die etwa einschlägigen allgemeinen Grundsätze der Gemeinschaftsrechtsordnung stützen muß, deren Definition dem Gerichtshof obliegt.

12. Eine erste Klarstellung ist geboten. Es steht fest, daß in einem Vorabentscheidungsverfahren für die Beantwortung der Frage, ob im betreffenden Fall ein Rechtsmißbrauch vorliegt, unabhängig davon, ob die Prüfung nach nationalen Bestimmungen oder nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben erfolgt, jedenfalls das nationale Gericht zuständig ist. Es braucht auch nicht hinzugefügt zu werden, daß es im einen wie im anderen Fall — wenn auch unter verschiedenen Gesichtspunkten — bei der Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofes bleibt, damit eine zutreffende Auslegung und die ordnungsgemäße Anwendung der vor Gericht angeführten Gemeinschaftsbestimmung sichergestellt werden.

Die erste Frage ist also zutreffend dahin zu verstehen, daß damit geklärt werden soll, aufgrund welcher Rechtsordnung, der nationalen oder der gemeinschaftlichen, das Vorliegen eines Rechtsmißbrauchs zu prüfen ist. Dazu ist es jedoch notwendig, vorab festzustellen, ob die Gemeinschaftsrechtsordnung es zuläßt, daß die Anwendung ihrer Bestimmungen durch den Grundsatz des Rechtsmißbrauchs maßgeblich beeinflußt und gegebenenfalls blockiert werden kann.

13. Nachdem dies klargestellt ist, kann Ausgangspunkt dieser Prüfung nur das Urteil Pafitis u. a. [15] sein, in dem der Gerichtshof zu einem ganz ähnlichen Fall wie dem vorliegenden Stellung genommen hat. Dabei hat er, nachdem er festgestellt hat, daß die Anwendung einer nationalen Vorschrift über den Rechtsmißbrauch nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen dürfe, eigentlich nur geprüft, ob in dem ihm vorliegenden Fall die Voraussetzungen einer mißbräuchlichen Ausübung des in Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie genannten Rechts erfüllt waren. Aufgrund einer Auslegung der betreffenden Gemeinschaftsbestimmung hat er diese Frage verneint.

Ich habe bereits darauf hingewiesen, daß der Gerichtshof hierbei ausdrücklich hervorgehoben hat, daß er es nicht als notwendig ansehe, festzustellen, ob die Gemeinschaftsrechtsordnung die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift für die Prüfung der Frage zuläßt, ob ein durch Gemeinschaftsbestimmungen begründetes Recht mißbräuchlich ausgeübt worden ist. Letztlich hat er es — unter Offenlassung der grundsätzlichen Frage — ausgeschlossen, daß die Klage der Aktionäre auf Nichtigerklärung der unter Verstoß gegen Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie beschlossenen Kapitalerhöhung als mißbräuchlich angesehen werden könne, da die Anwendung einer solchen nationalen Rechtsvorschrift, ihre Zulässigkeit unterstellt, geeignet wäre, die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu beeinträchtigen.

14. Wendet man diese Lösung auf den vorliegenden Fall an, so ist klar, daß die Antwort nur die gleiche sein kann, insoweit nämlich, als — wie schon bisher — auszuschließen ist, daß das in Artikel 25 Absatz 1

15 — Ich weise ferner darauf hin, daß sich der Gerichtshof in dem (in Fußnote 2 angeführten) Urteil Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a. nicht mit diesem Problem auseinandergesetzt hat, weil dieses, obgleich von den Parteien des Ausgangsverfahrens vor ihm angesprochen, nicht Gegenstand einer Vorlagefrage war (Randnr. 18). Vgl. hierzu auch meine Schlußanträge in dieser Rechtssache (Slg. 1992, I-2126, Nr. 8).

der Zweiten Richtlinie genannte Recht von den klagenden Aktionären mißbräuchlich ausgeübt worden ist. Eine solche Antwort, die zweifellos für die Entscheidung des vorliegenden Falles ausreichend wäre, kann jedoch zu knapp sein, da das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Klärung des im Urteil Pafitis u. a. offengelassenen Punktes ersucht, nämlich um die Beantwortung der Frage, ob die Gemeinschaftsrechtsordnung in einem Fall, in dem es um durch Gemeinschaftsbestimmungen begründete Rechte geht, die Anwendung einer nationalen Bestimmung über den Rechtsmißbrauch zuläßt oder ob das Vorliegen einer mißbräuchlichen Ausübung eines Rechts nur nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben geprüft werden kann.

15. Demgemäß ist zunächst festzustellen, daß es einen Verstoß gegen das Grundprinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem innerstaatlichen Recht bedeuten würde, wenn man zuließe, daß eine nationale Rechtsvorschrift, im vorliegenden Fall eine solche über den Rechtsmißbrauch, zu einer Festschreibung eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht, im vorliegenden Fall gegen eine Bestimmung, die der Hauptversammlung die Entscheidungen über eine Kapitalerhöhung vorbehält, führen kann [16]. Es liegt nämlich auf der Hand, daß dann der betreffenden Gemeinschaftsbestimmung durch einen ihr entgegenstehenden Grundsatz des nationalen materiellen Rechts ihre Wirkung genommen würde, was die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts unvermeidlich beeinträchtigen würde. Ein derartiger Konflikt — um einen solchen handelt es sich nämlich — wäre daher nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu lösen.

16 — Vgl. hierzu auch meine Ausführungen in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pafitis u. a. (Slg. 1996, I-1349, Nr. 27).

16. Für diese Lösung spricht die Auffassung, die vom Gerichtshof in einem Fall vertreten worden ist, in dem das nationale Gericht den Grundsatz der „sachlichen Unbilligkeit" anwenden wollte, was zur Nichtanwendung einer Gemeinschaftsbestimmung geführt hätte. Der Gerichtshof hat nämlich unzweideutig darauf verwiesen, daß es gegen die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten verstoßen würde, „wenn eine innerstaatliche Behörde berechtigt oder sogar verpflichtet wäre, eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts in einem Fall nicht anzuwenden, in dem sie meint, daß die Anwendung dieser Vorschrift zu einem Ergebnis führen würde, das der Verordnungsgeber erkennbar zu vermeiden gesucht hätte, wenn er beim Erlaß der betreffenden Bestimmung an diesen Fall gedacht hätte. Die Anerkennung eines solchen allgemeinen Grundsatzes wäre geeignet, die volle Entfaltung der Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen in den Mitgliedstaaten zu verhindern, und würde den wesentlichen Grundsatz der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der gesamten Gemeinschaft beeinträchtigen." [17]

Im selben Sinne hatte sich der Gerichtshof übrigens bereits in einem früheren Urteil geäußert, in dem er auf die Frage, ob es möglich ist, nach Gemeinschaftsrecht geschuldete Abgaben aus Billigkeitsgründen zu erlassen, ausgeführt hatte, daß zwar die Anwendung einer im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Billigkeitsvorschrift im

17 — Urteil vom 14. November 1985 in der Rechtssache 299/84 (Neumann, Slg. 1985, 3663, Randnr. 25). In diesem Urteil hat der Gerichtshof jedoch hinzugefügt, daß „das Gemeinschaftsrecht allen Gerichten der Mitgliedstaaten eine Lösung [bietet], die voll und ganz mit der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten vereinbar ist. ... [E]in solches Gericht ... kann ... sich [nämlich] gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag an den Gerichtshof wenden, um eine Auslegung der fraglichen Gemeinschaftsvorschrift oder gegebenenfalls die Feststellung ihrer Ungültigkeit zu erhalten, wodurch die Unbilligkeit vermieden wird, deren Vorliegen es festgestellt zu haben meint" (Randnr. 26).

Zusammenhang mit den Formalitäten bei der Erhebung einer gemeinschaftsrechtlich begründeten Abgabe gerechtfertigt sein könne, daß jedoch „die Berücksichtigung einer solchen Vorschrift ausgeschlossen [ist], soweit sie eine Änderung der Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Besteuerungsgrundlage, die Voraussetzungen der Veranlagung oder die Höhe der gemeinschaftsrechtlichen Abgabe bewirken würde“ [18].

17. Diese Rechtsprechung zeigt also, daß eine nationale Bestimmung dann nicht angewandt werden kann, wenn sie die Tragweite der betreffenden Gemeinschaftsbestimmung verändert, d. h. wenn sie deren volle Wirksamkeit und einheitliche Anwendung beeinträchtigt und letztlich geeignet ist, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu vereiteln.

Genau betrachtet, ist der Gerichtshof im Urteil Pafitis u. a. der gleichen Logik gefolgt. Indem er nämlich ausgeführt hat, daß Artikel 25 Absatz 1 unterschiedslos für alle Aktionäre und unabhängig vom Ausgang eines etwaigen Sanierungsverfahrens gilt und daß „eine auf derartigen Gründen beruhende Qualifizierung einer auf Artikel 25 Absatz 1 gestützten Klage als mißbräuchlich darauf hinauslaufen [würde], daß die Tragweite dieser Vorschrift verändert würde“ [19], hat er ein weiteres Mal deutlich gemacht, daß die Anwendung einer Vorschrift oder eines Grundsatzes des innerstaatlichen Rechts jedenfalls nicht dazu führen darf, daß die Gemeinschaftsrechtsordnung einen Verstoß gegen ihre Bestimmungen „absegnet“.

18. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen läßt sich eine erste Schlußfolgerung ziehen: Das Gemeinschaftsrecht erlaubt es einem nationalen Gericht nicht, eine nationale Bestimmung anzuwenden, wenn diese zu einer Lösung führt, die mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist. Dies trifft mit Sicherheit auf den vorliegenden Fall zu, da, wie aus der ständigen Rechtsprechung folgt und vom nationalen Gericht im Vorlagebeschluß eingeräumt worden ist, die nationale Bestimmung, die über den Grundsatz des Rechtsmißbrauchs geschützt werden soll, in offenem Widerspruch zu Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie steht, der von den klagenden Aktionären vor Gericht gerade angeführt worden ist, um auf den fraglichen Verstoß zu reagieren.

Diese Schlußfolgerung stellt jedoch keine erschöpfende Antwort auf die Frage des vorlegenden Gerichts dar, da dieses außerdem nach dem Bestehen gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze fragt, die in Fällen des Rechtsmißbrauchs eingreifen könnten. Zwar erscheint es schwierig, auch nur zu erwägen, daß ein allgemeiner gemeinschaftsrechtlicher Grundsatz bestehen könnte, der zur Negierung eines durch eine Gemeinschaftsbestimmung begründeten Rechts — dazu noch in einem harmonisierten Bereich wie dem der Gesellschaften, um den es hier geht —, das durch eine nationale Bestimmung verletzt wird, führen würde. Gleichwohl halte ich es angesichts von Wortlaut und

18 — Urteil vom 28. Juni 1977 in der Rechtssache 118/76 (Balkan-Import-Export, Slg. 1977, 1177, Randnr. 5).

19 — Urteil Pafitis u. a. (angeführt in Fußnote 2, Nr. 70).

Tragweite der zu beantwortenden Frage für erforderlich, einige Bemerkungen hierzu zu machen.

19. Ich möchte zunächst darauf hinweisen, daß die Einschlägigkeit und die Anwendung ungeschriebener Grundsätze in der Praxis des Gemeinschaftsrechts eine nicht geringe Bedeutung erlangt haben, auch wenn eine ausdrückliche diesbezügliche Rechtsvorschrift fehlt. Diese Grundsätze werden nicht nur als Auslegungskriterien herangezogen, sondern sie dienen darüber hinaus vor allem dazu, die Grenzen der Befugnisse festzulegen, die von der Verwaltung gegenüber den Bürgern ausgeübt werden, und allgemein dazu, die Rechtmäßigkeit einer Handlung oder eines Verhaltens eines Gemeinschaftsorgans oder eines Mitgliedstaats zu prüfen.

Dabei ist zu beachten, daß diese Grundsätze, wie es auch in jeder nationalen Praxis der Fall ist, nur durch die Rechtsprechung geschaffen worden sind und somit dem Gemeinschaftsrecht eigene Grundsätze in dem Sinne darstellen, daß sie keineswegs jeweils von anderen Rechtssystemen übernommen worden sind. Bei der Herausbildung und Definition allgemeiner Grundsätze läßt sich der Gerichtshof somit zwar von der Praxis der nationalen Gerichte leiten, jedoch stets unter Anpassung des betreffenden Grundsatzes an die Erfordernisse, die Funktionsweise und die Ziele der Gemeinschaft.

20. Außerdem ist insoweit der Umstand, daß die einzige Bestimmung, die auf die „allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind", verweist, nämlich Artikel 215 des Vertrages, eine auf den Bereich der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft und der Bestimmung der daraus folgenden Ersatzpflicht beschränkte Wirkung hat, gewiß nicht so zu verstehen, daß es dem Gerichtshof verwehrt wäre, sich bei der Aufnahme der ungeschriebenen Grundsätze in die und deren Anwendung in der Gemeinschaftsrechtsordnung auf die Praxis der nationalen Gerichte zu beziehen. Tatsächlich stellt die Bezugnahme auf allgemein anerkannte Grundsätze eine ständige Praxis der Gemeinschaftsrechtsprechung dar, in der das Aufstellen ungeschriebener allgemeiner Grundsätze erkennbar wird. Der Gerichtshof hat so auch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß er „in Erfüllung der ihm durch Artikel 164 des Vertrages übertragenen Aufgabe, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern, ... nach den allgemein anerkannten Auslegungsmethoden zu entscheiden [hat], insbesondere indem er auf die Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung und gegebenenfalls auf allgemeine Grundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, zurückgreift" [20].

Diese Aussage darf meines Erachtens jedoch nicht so verstanden werden, daß es zwei verschiedene Kategorien allgemeiner Grundsätze gibt, und zwar solche, die der Gemeinschaftsrechtsordnung eigen sind, und solche, die aus der Praxis der nationalen Gerichte abgeleitet worden sind. Zwar beruhen einige Grundsätze auf den Bestimmungen des Vertrages selbst oder lassen sich

20 — Urteil vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 27). Siehe außerdem Randnr. 41 dieses Urteils, in der der Gerichtshof ausgeführt hat, daß er sich bei Fehlen schriftlicher Normen auch in anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts als dem der außervertraglichen Haftung von den den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Rechtsgrundsätzen leiten lasse.

jedenfalls darauf zurückführen (z. B. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit), während andere unter Hinweis auf die Praxis der nationalen Gerichte herausgebildet und definiert worden sind (z. B. der Grundsatz des Vertrauensschutzes). In beiden Fällen handelt es sich jedoch um Grundsätze, die sich die Gemeinschaftsrechtsordnung zu eigen gemacht hat, d. h. um Grundsätze, die mit ihrer Herausbildung zum Bestandteil dieser Rechtsordnung geworden sind.

21. Im Licht dieser allgemeinen Bemerkungen ist daher nunmehr zu prüfen, ob aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht die Voraussetzungen für das Aufstellen und/oder die Definition eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes über den Rechtsmißbrauch erfüllt sind. Auch in der Lehre ist ein solches Ergebnis vor kurzem befürwortet worden [21].

In meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pafitis u. a. habe ich allerdings, nachdem ich zunächst darauf hingewiesen hatte, daß die mißbräuchliche Ausübung eines Rechts durch dessen Inhaber in fast allen Mitgliedstaaten — wenn auch zum Teil in unterschiedlicher Form und unter unterschiedlichen Umständen — gerügt werden kann, sogleich festgestellt, daß zum damaligen Zeitpunkt eine Gemeinschaftsregelung zu diesem Rechtsinstitut nicht erkennbar gewesen sei [22].

Ich habe meine Meinung nicht geändert und glaube nicht, daß zwischenzeitlich eine Erfüllung der Voraussetzungen für eine Verankerung eines allgemeinen Grundsatzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung eingetreten ist, wonach die Ausübung eines durch eine Gemeinschaftsrechtsbestimmung begründeten Rechts als mißbräuchlich verwehrt werden könnte.

22. Die Gründe, die mich zu dieser Schlußfolgerung veranlassen, sind vielfältig. Zunächst liegen meines Erachtens die Voraussetzungen für eine gemeinsame Definition des Tatbestands des Rechtsmißbrauchs, die auf der Praxis der nationalen Gerichte beruht, nicht vor. Eine — wenn auch nur grobe — Untersuchung von Wesen und Wirkungsweise dieser Rechtsfigur in den einzelnen Mitgliedstaaten kann dies nur bestätigen.

Zwar ist der Begriff des Rechtsmißbrauchs in den meisten Mitgliedstaaten bekannt [23]; in einigen Mitgliedstaaten werden jedoch mit dieser Rechtsfigur, die dort bei weitem nicht die Bedeutung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes erlangt hat, nur bestimmte

21 — Vgl. L. Neville Brown, „Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law?", *Institution Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Band. II, Dordrecht, Boston, London, 1994, S. 511 ff.

22 — Aus eben diesem Grund war ich auch zu dem Schluß gelangt, daß das nationale Gericht das Vorliegen einer mißbräuchlichen Ausübung eines durch eine Gemeinschaftsbestimmung begründeten Rechts grundsätzlich auf der Grundlage seiner eigenen Rechtsordnung prüfen könne (siehe die in Fußnote 16 angeführten Schlußanträge in der Rechtssache Pafitis u. a., Nr. 28). Eine solche Prüfung kann jedoch, wie ich in diesen Schlußanträgen ausgeführt habe, keineswegs dazu führen, daß die Zwecke der betreffenden Bestimmung mißachtet und damit ihre einheitliche Anwendung in allen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden; dieses Ergebnis wäre offensichtlich im vorliegenden Fall eingetreten (vgl. Randnrn. 30 bis 33).

23 — Diese Rechtsfigur ist als solche jedoch dem Recht des Vereinigten Königreichs, demjenigen Irlands und demjenigen Dänemarks völlig fremd.

gesetzlich vorgesehene, genau umrissene Fälle geregelt [24]. Hinzu kommt, daß schon der Inhalt und die Anwendungsmodalitäten dieses „Grundsatzes" in den einzelnen Staaten erheblich voneinander abweichen [25].

23. Ich möchte zwar nicht verhehlen, daß dieser Sachstand in keiner Weise ausschlaggebend sein kann. Neben dem bereits Gesagten braucht hierzu nur darauf verwiesen zu werden, daß es für das Aufstellen eines gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Grundsatzes nicht notwendig ist, daß der betreffende Grundsatz in allen nationalen Rechtsordnungen vorhanden ist und den gleichen Voraussetzungen und Anwendungsmodalitäten unterliegt. Es handelt sich nämlich um Grundsätze, die in das Gemeinschaftssystem eingegliedert werden müssen und ihre Eigenständigkeit daher nach Maßgabe der Struktur und der Ziele dieses Systems erhalten.

Die Unmöglichkeit, mittels eines Rückgriffs auf die allen Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Grundsätze zu einer gemeinsamen und zugleich genauen und umfassenden Definition des Rechtsmißbrauchs zu gelangen, ist zwar ein gewichtiger, aber nicht der einzige Grund, aus dem ich mich veranlaßt sehe, das Bestehen eines solchen Grundsatzes in der Gemeinschaftsrechtsordnung zu verneinen. Meines Erachtens machen bereits die Merkmale und der Sinn und Zweck eines Grundsatzes über den Rechtsmißbrauch deutlich, daß es sich hierbei um eine Rechtsfigur handelt, die zwar in fest etablierten Rechtsordnungen eine gesicherte oder zumindest begründete Existenzberechtigung hat, viel weniger jedoch in einem System wie dem Gemeinschaftssystem, in dem der Entwicklungsprozeß in Richtung auf eine Integration noch keineswegs als abgeschlossen gelten kann. Allgemeiner gesagt, meine ich, daß die Gefahr einer Lücke im System — der letztlich durch den Mißbrauchsgrundsatz wie durch alle Auffangvorschriften begegnet werden soll — in einem Rechtssystem wie dem der Gemeinschaft, in dem es durch die Auslegungstätigkeit des Richters und die Praxis im allgemeinen leichter und sofort gelingt, das System den gesellschaftlichen Erfordernissen anzupassen, sehr gering ist oder überhaupt nicht besteht.

24. Andererseits muß jede Rechtsordnung, die den Anspruch auf ein Mindestmaß an Vollständigkeit erhebt, Maßnahmen, die ich als Selbstschutzmaßnahmen bezeichnen möchte, enthalten, um zu verhindern, daß die in ihr begründeten Rechte mißbräuchlich, exzessiv oder sachwidrig ausgeübt werden. Dieses Erfordernis ist dem Gemeinschaftsrecht keineswegs fremd, ist es doch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes mehrmals anerkannt worden.

Ich beziehe mich vor allem auf die gefestigte Tendenz in der Rechtsprechung, wonach es „nicht Folge der mit dem ... Vertrag geschaffenen Vergünstigungen sein kann, daß die

24 — Dies ist z. B. beim italienischen Recht der Fall, in dem sich der Begriff des Rechtsmißbrauchs nur auf das Eigentumsrecht bezieht (Artikel 833 des Codice civile). Selbst wenn man aber unter den Begriff des Rechtsmißbrauchs die Fälle fassen wollte, in denen die Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks bestimmte Verhaltensweisen ahnden, handelt es sich hierbei doch um Fälle, die auf bestimmte Sachgebiete beschränkt sind.

25 — Hierzu ist — allerdings vereinfachend — festzustellen, daß der Rechtsmißbrauch in einigen Rechtsordnungen ein Verhalten bezeichnet, das über die Grenzen der Ausübung des betreffenden Rechts hinausgeht (Belgien, Spanien, Luxemburg und Portugal), während er sich in anderen auf ein Verhalten bezieht, das gegen Treu und Glauben und die guten Sitten verstößt (Deutschland, Griechenland, Portugal). Außerdem knüpft die Feststellung der mißbräuchlichen Ausübung eines Rechts in einigen Rechtsordnungen lediglich an objektive Merkmale an (Deutschland, Belgien, Luxemburg, Niederlande, Griechenland, Spanien und Portugal), während in anderen das Vorliegen subjektiver Merkmale, insbesondere die Absicht, anderen zu schaden, erforderlich ist (Italien und — nach einem Teil der Lehre — Frankreich).

Begünstigten sich den nationalen Rechtsvorschriften mißbräuchlich entziehen dürfen und daß es den Mitgliedstaaten verwehrt ist, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um einen derartigen Mißbrauch zu verhindern" [26]. Ebenso hat der Gerichtshof klargestellt, daß die nationalen Rechtsordnungen die Möglichkeit, sich auf das Gemeinschaftsrecht zu berufen, ausschließen können, wenn derjenige, der sich auf eine durch eine Gemeinschaftsbestimmung begründete Rechtsposition beruft, erwiesenermaßen das Gesetz umgeht [27].

25. Allgemein erscheint es zweckmäßig, folgende Feststellung des Gerichtshofes in Erinnerung zu rufen: „Die nationalen Gerichte können also das mißbräuchliche oder betrügerische Verhalten des Betroffenen auf der Grundlage objektiver Kriterien zwar in Rechnung stellen, um ihm gegebenenfalls die Berufung auf das einschlägige Gemeinschaftsrecht zu verwehren, haben jedoch bei der Würdigung eines solchen Verhaltens die Ziele der fraglichen Bestimmungen zu beachten." [28]

Letztlich erkennt der Gerichtshof den nationalen Gerichten die Möglichkeit, eine sachfremde oder übermäßige Inanspruchnahme des Gemeinschaftsrechts zu ahnden, nur dann zu, wenn die von der betreffenden Bestimmung verfolgten Zwecke hierdurch nicht beeinträchtigt werden, insbesondere in den Fällen, in denen die angeführte Bestimmung nur „anscheinend" die im betreffenden Fall einschlägige ist oder die Situation des Inhabers des gerichtlich geltend gemachten Rechts nur „anscheinend" dem Tatbestand der betreffenden Bestimmung entspricht. Das bedeutet, zutreffend betrachtet, daß der Gerichtshof sich zu Recht vorbehält, den Gehalt des streitigen aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Rechts, d. h. die dem betreffenden subjektiven Recht inhärenten Grenzen, selbst zu bestimmen. Die Möglichkeit, sich auf dieses zu berufen, kann daher nur dann abgesprochen werden, wenn nachgewiesen ist, daß diese Grenzen überschritten worden sind. Unter diesem Gesichtspunkt läuft die Frage eines aufgrund nationaler Bestimmungen eingewendeten Rechtsmißbrauchs bei einer durch das

26 — Urteil vom 7. Juli 1992 in der Rechtssache C-370/90 (Singh, Slg. 1992, I-4265, Randnr. 24). Siehe im selben Sinne u. a. Urteile vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Randnr. 13), vom 7. Februar 1979 in der Rechtssache 115/78 (Knoors, Slg. 1979, 399), vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnr. 22), vom 3. Februar 1993 in der Rechtssache C-148/91 (Veronica Omroep Organisatie, Slg. 1993, I-487, Randnr. 12) und zuletzt vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-23/93 (TV10, Slg. 1994, I-4795, Randnr. 21).

27 — Dies ist der Fall beim Urteil vom 3. März 1993 in der Rechtssache C-8/92 (General Milk Products, Slg. 1993, I-779), in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß „es sich nur dann anders verhalten [könnte], wenn nachgewiesen wäre, daß die Einfuhr und die Wiederausfuhr dieses Käses nicht im Rahmen normaler Handelsgeschäfte, sondern nur zu dem Zweck getätigt wurden, die Gewährung von Währungsausgleichsbeträgen *mißbräuchlich auszunutzen* ... Die tatsächliche Prüfung, ob es sich um ein Scheingeschäft gehandelt hat, fällt in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts" (Randnr. 21; Hervorhebung von mir). Dies ist außerdem der Fall beim Urteil vom 27. September 1989 in der Rechtssache 130/88 (Van de Bijl, Slg. 1989, 3039, Randnr. 26), in dem der Gerichtshof anerkannt hat, daß der Aufnahmemitgliedstaat nicht an eine Bestätigung gebunden sei, mit der bescheinigt wird, daß die Person, die sie vorgelegt hat, eine bestimmte Beschäftigungszeit im Herkunftsmitgliedstaat zurückgelegt hat, wenn „feststeht, daß dieselbe Person während desselben Zeitraums im Gebiet des Aufnahmelandes Berufstätigkeiten ausgeübt hat" (Randnr. 27). Im gleichen Sinne ist auch das Urteil Paletta II vom 2. Mai 1996 in der Rechtssache C-206/94 (Slg. 1996, I-2357) zu sehen, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß die in diesem Fall angeführte Gemeinschaftsbestimmung „es ... dem Arbeitgeber nicht [verwehrt], Nachweise zu erbringen, anhand deren das nationale Gericht gegebenenfalls feststellen kann, daß der Arbeitnehmer *mißbräuchlich oder betrügerisch* eine gemäß Artikel 18 der Verordnung Nr. 574/72 festgestellte Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne krank gewesen zu sein" (Randnr. 27, Hervorhebung von mir).

28 — Urteil Paletta II (angeführt in der vorigen Fußnote, Randnr. 25). So hat der Gerichtshof in diesem Fall ausgeführt, daß das vermutete Vorliegen eines mißbräuchlichen Verhaltens des Inhabers der durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechtsposition keinesfalls dazu führen könne, daß vom Arbeitnehmer verlangt werde, durch zusätzliche Beweise, die von denen, die nach der auf den betreffenden Fall anwendbaren Gemeinschaftsbestimmung erforderlich sind, abweichen, nachzuweisen, daß er tatsächlich krank gewesen sei. Denn anderenfalls würde der Zweck dieser Bestimmung letztlich ausgehöhlt, die dem Arbeitnehmer, der in einem anderen Mitgliedstaat krank werde, gerade ermöglichen wolle, nur ein von den zuständigen Behörden dieses Staates ausgestelltes ärztliches Attest vorzulegen. Bei genauer Betrachtungsweise ging es somit bei diesem Fall nicht um einen Rechtsmißbrauch im eigentlichen Sinne dieses Begriffes, sondern vielmehr um Betrug.

Gemeinschaftsrecht begründeten Rechtsposition letztlich auf eine Frage nach der Auslegung der betreffenden Gemeinschaftsregelung hinaus.

26. Dieses Verständnis der Rechtsprechung wird meines Erachtens durch ein Urteil aus jüngerer Zeit bestätigt, in dem sich der Gerichtshof ausdrücklich zum Bestehen einer mißbräuchlichen Rechtsausübung geäußert hat. In jenem Fall wollte ein türkischer Arbeitnehmer seinen Aufenthalt in Deutschland verlängern, obwohl er ausdrücklich erklärt hatte, daß er nach einer Zeitspanne der beruflichen Bildung in Deutschland in die Türkei zurückkehren werde, und aufgrund und nach Maßgabe dieser Erklärung von den zuständigen Behörden eine befristete Aufenthaltserlaubnis erhalten hatte; für sein Begehren berief sich der Arbeitnehmer auf die einschlägige „Gemeinschaftsbestimmung" [29]. Die Antwort des Gerichtshofes war klar und präzis und lautete wie folgt: „Es stellt keinen Rechtsmißbrauch dar, wenn ein türkischer Arbeitnehmer seinen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat verlängern will, obwohl er sich ausdrücklich mit der Beschränkung seines Aufenthalts in diesem Mitgliedstaat einverstanden erklärt hatte." Außerdem könne diesem Arbeitnehmer durch den Umstand, daß er erklärt habe, nach Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit in dem Aufnahmemitgliedstaat, die der Vervollkommnung seiner beruflichen Fähigkeiten dienen sollte, in die Türkei zurückkehren zu wollen, die Inanspruchnahme der Rechte aus Artikel 6 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG—Türkei vom 19. September 1980 nur dann verwehrt sein, „wenn das vorlegende Gericht feststellen sollte, daß er diese Erklärung *nur zu dem Zweck* abgegeben hat, *unberechtigterweise* die Arbeits- und Aufenthaltserlaubnisse im Aufnahmemitgliedstaat *zu erlangen*" [30].

Auch hier hat der Gerichtshof also zunächst den Zweck der betreffenden Rechtsvorschrift definiert und die dieser innewohnenden Grenzen abgesteckt, um es sodann dem nationalen Gericht zu überlassen, die Möglichkeit einer Berufung auf die Vorschrift allein für den Fall auszuschließen, daß diese Grenzen überschritten wurden, im dortigen Fall: daß das betrügerische Verhalten des Arbeitnehmers erwiesen war.

27. Der Gerichtshof hat es also, kurz gesagt, bisher zugelassen, daß jede nationale Rechtsordnung durchaus auf ihre eigenen allgemeinen Rechtsnormen (unabhängig davon, ob es sich um Bestimmungen handelt, die „Gesetzesumgehungen", „Scheingeschäfte" oder — warum nicht? — auch den „Rechtsmißbrauch" ahnden) zurückgreifen kann, um die Möglichkeit einer Berufung auf Gemeinschaftsbestimmungen in genau umschriebenen Fällen auszuschließen, in denen diese Bestimmungen letztlich nicht angewandt werden sollen und sich hieraus somit keine Beeinträchtigungen für die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts ergeben können. Noch einmal: In diesen Fällen kann sich eine Auslegung durch den Gerichtshof als notwendig erweisen, um die Ziele und Grenzen der betreffenden Bestimmung zu definieren und damit Verstößen gegen Erfordernisse vorzubeugen, die

29 — Urteil vom 30. September 1997 in der Rechtssache C-36/96 (Günaydin, Slg. 1997, I-5143). Dem Gerichtshof wurde konkret folgende Frage vorgelegt: „Gehört ein türkischer Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG—Türkei über die Entwicklung der Assoziation dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats an und ist er dort ordnungsgemäß beschäftigt, wenn ihm die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bei einem Arbeitgeber im Mitgliedstaat nur vorübergehend und nur zu dem Zweck erlaubt wurde, sich auf eine Tätigkeit in einem Tochterunternehmen seines Arbeitgebers in der Türkei vorzubereiten?"

30 — Ibidem, Randnr. 61; Hervorhebung von mir.

das Gemeinschaftsrecht schützen will und die im vorliegenden Fall auf die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts zurückzuführen sind.

Im Ergebnis läßt sich gegenwärtig in der Gemeinschaftsrechtsordnung kein gemeinschaftsrechtlicher allgemeiner Grundsatz ausmachen, der die mißbräuchliche Ausübung eines durch das Gemeinschaftsrecht begründeten Rechts ahndet; selbst wenn er aber bestehen sollte, könnte er jedenfalls doch nicht in der Weise angewandt werden, daß er letztlich zur Billigung eines Verstoßes gegen eine Gemeinschaftsregelung führt, was hier aber der Fall wäre. In Anbetracht der Formulierung der ersten Frage möchte ich schließlich hinzufügen, daß es im vorliegenden Fall auch nicht möglich ist, auf im Gemeinschaftsrecht verankerte Grundsätze, wie diejenigen der Verhältnismäßigkeit, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, zu verweisen. Ich halte es nämlich auch nicht für denkbar, daß diese Grundsätze zu dem Zweck herangezogen werden können, den dem einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht gewährten Schutz aufzuheben, und erst recht nicht dazu, einen festgestellten Verstoß gegen Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie „abzusegnen" und festzuschreiben.

Zur zweiten Frage

28. Ich erinnere daran, daß das vorlegende Gericht mit der zweiten Frage — für den Fall, daß ihm die Befugnis für die Prüfung des Vorliegens eines Rechtsmißbrauchs auf der Grundlage der Bestimmungen seiner eigenen Rechtsordnung fehlt, was zur Folge hätte, daß der Rechtsmißbrauch nur durch den Gemeinschaftsrichter im Rahmen des Gemeinschaftsrechts geahndet werden könnte — vom Gerichtshof Aufschluß darüber erhalten möchte, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine mißbräuchliche Ausübung des den Aktionären in Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie verliehenen Rechts erfüllt sind.

Angesichts der Schlußfolgerung, zu der ich im Rahmen der ersten Frage gelangt bin, halte ich eine Stellungnahme zu diesem Punkt für entbehrlich. Außerdem ist die Frage der Anwendung der griechischen Bestimmung über den Rechtsmißbrauch zu dem Zweck, eine Berufung auf Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie vor Gericht auszuschließen, vom Gerichtshof bereits im Urteil Pafitis u. a. [31] behandelt und beantwortet worden. Ich beschränke mich daher auf einige kurze Ausführungen.

29. Nach Ansicht des griechischen Gerichts stellt, wie gesagt, der Versuch der Aktionäre, sich einer Erhöhung des Grundkapitals zu widersetzen, einen Rechtsmißbrauch dar, soweit erstens die Aktionäre eindeutige wirtschaftliche Vorteile aus der Kapitalerhöhung gezogen und zweitens ihr Bezugsrecht für die aufgrund der Kapitalerhöhung ausgegebenen neuen Aktien nicht ausgeübt hätten.

31 — Zitiert in Fußnote 2, Randnr. 70.

30. Da jedoch der Rechtsmißbrauch mit der zerrütteten Finanzlage des Unternehmens in Zusammenhang steht, geht es den Beklagten des Ausgangsverfahrens meines Erachtens weniger darum, gegen die Ausübung des Rechts durch die Aktionäre vorzugehen, als vielmehr die Bestimmung der Richtlinie selbst anzugreifen, die, wie der Gerichtshof mehrmals betont hat, keine Kapitalerhöhungen zuläßt, die nicht durch die Hauptversammlung beschlossen wurden, auch wenn es sich um einer besonderen Regelung unterstellte Unternehmen in der Krise handelt. Die von der griechischen Regierung vorgelegten Beweise, die sämtlich die Krisensituation betreffen, in der sich die Gesellschaft befand, lassen es eindeutig nicht zu, das Verhalten der Aktionäre, die die Kapitalerhöhung haben hinnehmen müssen, eher in der einen als in der anderen Weise zu interpretieren.

Überdies darf — und dies bekräftigt diese Schlußfolgerung noch — nicht unterschätzt werden, daß das Ergebnis von Sanierungsmaßnahmen grundsätzlich nicht vorhersehbar ist und daß es somit willkürlich wäre, die Absicht der Aktionäre insbesondere im Lichte der aufgrund der Intervention der Regierung erzielten positiven Ergebnisse ex post zu bewerten. Jedenfalls wäre es auch ungewöhnlich, für die Beantwortung der Frage, ob die Ausübung eines Rechts mißbräuchlich war, darauf abzustellen, daß die Änderung des Grundkapitals zu einer Verbesserung der Vermögenslage der Gesellschaft geführt habe, d. h. eben darauf, daß der mit einer Erhöhung des Gesellschaftskapitals verfolgte Hauptzweck erreicht worden sei.

31. Meiner Ansicht nach kann den Klägern auch nicht vorgeworfen werden, das durch die Gemeinschaftsbestimmung begründete Recht mißbräuchlich ausgeübt zu haben, weil sie das Bezugsrecht für die anläßlich der streitigen Kapitalerhöhung ausgegebenen neuen Aktien nicht ausgeübt hätten.

Hierzu braucht meines Erachtens nur festgestellt zu werden, daß die Ausübung des Bezugsrechts hinsichtlich der neuen Aktien für die Aktionäre mit einer Billigung der Entscheidung, das Grundkapital ohne Zustimmung der Hauptversammlung zu erhöhen, verbunden gewesen wäre; diese Entscheidung haben die Aktionäre aber gerade beanstandet, weil sie gegen Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie verstoße. Unter diesen Umständen wäre es daher sonderbar, wenn nicht sogar widersinnig, die Ausübung des den Aktionären mit dieser Bestimmung verliehenen Rechts als mißbräuchlich anzusehen, obwohl die Aktionäre doch auf den Verstoß gegen dieses Recht reagieren wollten, der durch die Erhöhung des Grundkapitals durch Verwaltungsentscheidung, also ohne ihre Zustimmung, vollzogen wurde. Andernfalls würde nämlich die Tragweite der fraglichen Gemeinschaftsbestimmung geändert, so daß man zu einem Ergebnis gelangen würde, das mit demjenigen unvereinbar wäre, welches vom Gemeinschaftsrecht im Rahmen der Harmonisierung der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, um die es hier geht, gewollt war.

Schlußantrag

32. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Fragen des Efeteio Athen wie folgt zu antworten:

1. Das Gemeinschaftsrecht steht der Anwendung einer innerstaatlichen Bestimmung entgegen, die das nationale Gericht ermächtigt, zu prüfen, ob ein durch eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung begründetes Recht vom Rechtsinhaber mißbräuchlich ausgeübt wurde, wenn hierdurch die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung dieser gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung gefährdet wird. Bei der Durchführung einer solchen Prüfung kann sich das nationale Gericht auch nicht auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts berufen.

2. Die Ausübung des Rechts, das den Aktionären durch Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 verliehen worden ist, wonach eine Kapitalerhöhung ausschließlich von der Hauptversammlung zu beschließen ist, kann nicht schon deshalb als mißbräuchlich qualifiziert werden, weil diese Aktionäre einen Vorteil aus der unter Verstoß gegen diese Bestimmung beschlossenen Kapitalerhöhung gezogen oder das Bezugsrecht für die neuen Aktien nicht ausgeübt haben.