SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 9. November 1995 *

1. Mit den Vorlagefragen, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, ersucht das Polymeles Protodikeio Athen den Gerichtshof um Auslegung einiger Bestimmungen der 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).

Der Sachverhalt und der nationale normative Kontext

2. In Griechenland müssen die Banken die Rechtsform der Aktiengesellschaft haben und unterliegen deshalb neben einigen Sonderbestimmungen für Kreditinstitute der allgemeinen Regelung für diese Gesellschaften [2].

Normalerweise ist die Hauptversammlung das einzige Organ, das Änderungen der Satzung oder des Grundkapitals vornehmen darf.

Das griechische Gericht fragt insbesondere nach der Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften über die Sanierung von Kreditinstituten mit den Artikeln 25 Absatz 1 (ausschließliche Zuständigkeit der Hauptversammlung für Änderungen des Grundkapitals) und 29 Absatz 3 (Art und Weise der Mitteilung des Angebots zur vorzugsweisen Zeichnung neuer Aktien an die Aktionäre) der Zweiten Richtlinie.

3. In bestimmten gesetzlich vorgesehenen Fällen können die Banken unter dauernde kommissarische Verwaltung gestellt werden. Dies kann insbesondere dann geschehen, wenn ein Kreditinstitut nicht in der Lage ist oder sich weigert, das Grundkapital zu erhöhen, wenn es den Währungsausschuß an der Ausübung der ihm obliegenden Aufsicht

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. 1977, L 26, S. 1.

2 — Der nachfolgend kurz beschriebene rechtliche Rahmen ergibt sich im wesentlichen aus folgenden Bestimmungen: Artikel 29 und 31 des Gesetzes Nr. 2190/1920, Artikel 8 Absätze 1 und 3 des Ausnahmegesetzes Nr. 1665/1951 und Artikel 1 Absätze 1 und 3 des Präsidialdekrets Nr. 861/1975, bestätigt durch Gesetz Nr. 236/1975.

hindert oder wenn es gegen eine von ihm erlassene Rechtsvorschrift verstößt.

In diesen Fällen kann der Gouverneur der Bank von Griechenland (Trapeza tis Ellados) außerdem einen vorläufigen Verwalter einsetzen, wenn er dies zum Schutz der Interessen des Staates, der Bank oder Dritter oder zur Verhinderung etwaiger schädlicher Auswirkungen auf den Finanzmarkt oder auf die Wirtschaft im allgemeinen für erforderlich und für dringend hält.

Sobald die Einsetzung durch Gesetz gebilligt wurde, gehen ipso iure alle Befugnisse und Zuständigkeiten der satzungsmäßigen Organe für die Verwaltung der Gesellschaft einschließlich der der Hauptversammlung auf den vorläufigen Verwalter über.

4. Nach dem entscheidungserheblichen Zeitpunkt wurden die griechischen Rechtsvorschriften durch das Gesetz Nr. 2114/1993 geändert, durch dessen Artikel 3 die Bestimmungen über die Einsetzung vorläufiger Verwalter bei Kreditinstituten aufgehoben wurden.

In diesem Zusammenhang ergibt sich aus einer Pressemitteilung der Kommission vom 6. April 1993, die den Erklärungen der Kläger des Ausgangsverfahrens beigefügt war, daß die Änderungen der fraglichen Regelung im Anschluß an die Eröffnung eines Vertragsverletzungsverfahrens (91/711-A) gegen die Griechische Republik wegen eines Verstoßes gegen Artikel 25 der Zweiten Richtlinie vorgenommen wurden. In der Mitteilung erklärte die Kommission, sie habe das Verfahren eingestellt, nachdem sie die Änderungen der griechischen Rechtsvorschriften sowie die ausdrückliche Versicherung der griechischen Behörden zur Kenntnis genommen habe, daß Artikel 25 der Zweiten Richtlinie auch in bezug auf Banken eingehalten werde.

5. Im Jahr 1984 stellte der Gouverneur der Bank von Griechenland die Bank Trapeza Kentrikis Ellados (im folgenden: TKE) in Anwendung der hier in Rede stehenden Rechtsvorschriften unter vorläufige kommissarische Verwaltung. Zum damaligen Zeitpunkt betrug das Kapital der TKE 670 000 000 DR.

Am 29. Juli 1986 beschloß der damalige vorläufige Verwalter auf Ersuchen des Gouverneurs der Bank von Griechenland, das Grundkapital unter gleichzeitiger Änderung der entsprechenden Bestimmung der Satzung der Gesellschaft (Artikel 6) auf 1 700 000 000 DR zu erhöhen. Wie diese Erhöhung in die Tat umgesetzt wurde, läßt sich den Akten nicht eindeutig entnehmen. Sicher und auf jeden Fall zwischen den Parteien unstreitig ist aber, daß der Beschluß unabhängig von, wenn nicht sogar entgegen, einer entsprechenden ausdrücklichen Willensäußerung der Aktionäre gefaßt wurde.

6. Letztere wurden durch Anzeigen, die in zwei Athener Tageszeitungen erschienen,

aufgefordert, ihr Vorzugsrecht auf die neu ausgegebenen Aktien innerhalb von dreißig Tagen auszuüben.

Bei Ablauf dieser Frist hatte jedoch ein Großteil der alten Aktionäre das Recht nicht ausgeübt [3], so daß fast alle neuen Aktien auf dem Markt plaziert und neuen Aktionären angeboten wurden.

7. Im November 1986 beendete der Gouverneur der Bank von Griechenland die vorläufige Verwaltung und stellte die TKE unter dauernde kommissarische Verwaltung. Die nach den neuen Gesellschaftsanteilen gebildete Hauptversammlung beschloß drei weitere Kapitalerhöhungen in den Jahren 1987 (1 500 000 000 DR), 1989 (125 000 000 DR) und 1990 (1 281 250 000 DR). Durch das Gesetz Nr. 1682 vom 16. Februar 1987 waren in der Zwischenzeit die Einsetzung der verschiedenen vorläufigen Verwalter, die die Gesellschaft nacheinander geführt hatten, und die erste Erhöhung des Grundkapitals gebilligt worden.

Derzeit werden nach den von den Beklagten nicht bestrittenen Angaben der Kläger 53 % aller Stimmrechtsaktien der TKE von der im Ausgangsverfahren beklagten Landwirtschaftsbank (Agrotiki Trapeza) gehalten, deren Alleinaktionär der griechische Staat ist.

8. Die Kläger des Ausgangsverfahrens sind Aktionäre der TKE und waren dies bereits, als der vorläufige Verwalter die erste Kapitalerhöhung beschloß. Da sie der Ansicht waren, daß bei dieser Erhöhung in die Befugnisse der Hauptversammlung eingegriffen und damit gegen die den Aktionären durch die Zweite Richtlinie eingeräumten Rechte verstoßen worden sei, griffen sie die entsprechende Entscheidung des Verwalters vor dem vorlegenden Gericht an und verlangten ihre Nichtigerklärung.

Die Kläger rügten insbesondere einen Verstoß gegen Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie, wonach jede Kapitalerhöhung von der Hauptversammlung beschlossen werden muß, sowie einen Verstoß gegen Artikel 29 Absatz 3 der Richtlinie, der vorsieht, daß das Angebot zur vorzugsweisen Zeichnung der Aktien sowie die Frist für die Ausübung dieses Rechts Gegenstand einer Bekanntmachung in dem gemäß der Richtlinie 68/151/EWG [4] bestimmten einzelstaatlichen Amtsblatt oder, wenn es sich um Namensaktien handelt und die nationalen Rechtsvorschriften es vorsehen, einer schriftlichen Unterrichtung aller Aktionäre sein müssen.

3 — Abgesehen von einem ganz geringen Prozentsatz von ihnen, der nach Angaben der Kläger 0,4 % des Kapitals betrug.

4 — Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 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 vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (ABl. L 65, S. 8); diese Richtlinie war zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt in Griechenland noch nicht umgesetzt. Heute ist das hierfür bestimmte Amtsblatt das *Amtsblatt der Griechischen Republik*.

Die Vorlagefragen

9. Im Rahmen dieses Rechtsstreits hat das nationale Gericht daher dem Gerichtshof die drei Vorlagefragen gestellt, mit denen wir uns heute zu befassen haben.

Mit der ersten Frage begehrt es Auskunft über den persönlichen Geltungsbereich der Zweiten Richtlinie und insbesondere ihrer Artikel 25 und 29, um prüfen zu können, ob darunter auch Aktiengesellschaften fallen, die Bankgeschäfte tätigen.

Mit der zweiten Frage möchte das Gericht vom Gerichtshof wissen, ob die genannten Vorschriften der Zweiten Richtlinie mit den gegenteiligen Vorschriften der griechischen Sondergesetzgebung für die Sanierung von Banken unvereinbar sind und damit deren Anwendung entgegenstehen. Das Gericht ist sich mit anderen Worten darüber im klaren, daß die griechischen Rechtsvorschriften im Fall der Bejahung der ersten Frage mit der Zweiten Richtlinie unvereinbar wären und fragt, ob die nationale Regelung dennoch aufgrund ihres Sondercharakters weiter angewandt werden kann.

Schließlich möchte das vorlegende Gericht mit der dritten Frage wissen, ob unter den Begriff der schriftlichen Unterrichtung der Inhaber von Namensaktien im Sinne von Artikel 29 Absatz 3 Satz 3 der Zweiten Richtlinie auch die Bekanntmachung des Angebots in Tageszeitungen fällt.

10. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß sich das Gericht, wie aus dem Vorlagebeschluß eindeutig hervorgeht, die Entscheidung über die Begründetheit der von den Beklagten im Ausgangsverfahren erhobenen Einwände vorbehalten hat. Von ihnen erwähnt es nur den auf Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs gestützten Einwand des Rechtsmißbrauchs.

Nach dieser Bestimmung ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie offensichtlich die Grenzen überschreitet, die durch Treu und Glauben, die guten Sitten oder den sozialen und wirtschaftlichen Zweck des betreffenden Rechts gezogen sind. Wenn dieser Einwand begründet wäre, hätte dies zur Folge, daß den Klägern selbst dann, wenn ihnen das Recht eingeräumt würde, sich mit einer Nichtigkeitsklage auf die Rechtswidrigkeit des unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht getroffenen Beschlusses zur Kapitalerhöhung zu berufen, die Ausübung dieses Rechts untersagt würde, da sie nach Ansicht des vorlegenden Gerichts mißbräuchlich wäre. Die Gründe für den angeblichen Mißbrauch scheinen im wesentlichen im mangelnden Rechtsschutzinteresse der Kläger als Minderheitsaktionäre einer Gesellschaft, die außerdem einer besonderen Sanierungsregelung unterliegt, sowie in der Tatsache zu bestehen, daß sie durch die Sanierung der Gesellschaft weder einen immateriellen noch einen materiellen Schaden erlitten, sondern im Gegenteil davon profitiert haben sollen.

In Zusammenhang mit diesem Vorbehalt führt das nationale Gericht weiter aus, daß der Einwand gemäß Artikel 281 des Zivilgesetzbuchs auch erhoben werden könne, um die Ausübung aus Gemeinschaftsvorschriften abgeleiteter Rechte zu verhindern; es hat im übrigen erklärt, daß es als „Gericht des Mitgliedstaats, dem die Partei angehört, die den Einwand erhoben hat", für die Entscheidung über diese Frage allein zuständig sei.

Zur ersten und zweiten Frage

11. Die ersten beiden Fragen sind in Wahrheit eng miteinander verknüpft. Es erscheint mir deshalb angebracht, sie gemeinsam zu prüfen.

Der Gerichtshof hatte schon mehrfach Gelegenheit, sich zur Auslegung von Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie zu äußern.

12. In den drei Urteilen Karella und Karellas [5], Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias u. a. [6] sowie Kerafina — Keramische- und Finanz-Holding und Vioktimatiki [7] (die nachfolgend mitunter zusammen als „Karella-Rechtsprechung" bezeichnet werden) hat der Gerichtshof diese Bestimmung gerade im Hinblick auf griechische Rechtsvorschriften zur Sanierung von Unternehmen ausgelegt [8].

Der Gerichtshof, der um Vorabentscheidung in verschiedenen Verfahren ersucht worden war, die Aktionäre eingeleitet hatten, nachdem durch die Verwaltung Kapitalerhöhungen vorgenommen worden waren, bekräftigte in den drei genannten Urteilen die umfassende Geltung des Grundsatzes der ausschließlichen Zuständigkeit der Hauptversammlung für Änderungen des Grundkapitals.

13. Zum einen bestätigte er nämlich, daß Artikel 25 Absatz 1 unmittelbare Wirkung besitze; zum anderen führte er aus, daß dieser Artikel der Anwendung einer nationalen Regelung, die zur Sicherstellung der Sanierung in Schwierigkeiten befindlicher Unternehmen vorsehe, daß durch Verwaltungsakt die Erhöhung ihres Kapitals beschlossen werden könne, auch dann entgegenstehe, wenn die Aktionäre ein Bezugsrecht hinsichtlich der neuen Aktien besäßen.

Der Gerichtshof stellte mit anderen Worten klar, daß die Hauptversammlung nicht einmal aufgrund einer Sonderregelung zur Sanierung der Gesellschaft ihrer „zentral-

5 — Urteil vom 30. Mai 1991 in den Rechtssachen C-19/90 und C-20/90 (Slg. 1991, I-2691).

6 — Urteil vom 24. März 1992 in der Rechtssache C-381/89 (Slg. 1992, I-2111).

7 — Urteil vom 12. November 1992 in den Rechtssachen C-134/91 und C-135/91 (Slg. 1992, I-5699).

8 — Gesetz Nr. 1386/1983 vom 5. August 1983. Aufgrund dieser Regelung konnte eine ganz dem Staat gehörende Aktiengesellschaft (die „Anstalt für Unternehmensneuordnung") die Verwaltung und die laufende Geschäftsführung von Gesellschaften übernehmen, die gerade saniert wurden oder verstaatlicht worden waren, und abweichend von den Bestimmungen, die eine ausschließliche Zuständigkeit der Hauptversammlung vorsehen, im Rahmen der Erfüllung dieser Aufgabe beschließen, das Kapital solcher Gesellschaften zu erhöhen.

sten" und unveräußerlichen Befugnis beraubt werden kann: der Befugnis, den Bestand des Kapitals, d. h. des Vermögens der Gesellschaft und zugleich der Aktionäre selbst, zu verändern.

Dies werde durch den dem Rat vorgelegten Vorschlag für eine Richtlinie über die Sanierung und Liquidation der Kreditinstitute [9] bestätigt, der die Anwendung der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ausdrücklich vorsehe.

14. Im vorliegenden Verfahren stellen sich erneut die Probleme, die der Karella-Rechtsprechung zugrunde lagen. Folgerichtig können die vom Gerichtshof in dieser Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze daher auch in dem hier zu behandelnden Fall nicht unanwendbar gelassen werden.

15. Auf die genannten Argumente braucht nur nochmals entgegnet zu werden, daß in der Zweiten Richtlinie, die erlassen wurde, um beim Schutz der Aktionäre und der Gläubiger der Gesellschaft ein Mindestmaß an Gleichwertigkeit sicherzustellen [10], ihr persönlicher Geltungsbereich eindeutig bestimmt wird.

Ich kann mich dem Vorbringen, daß die Bestimmungen der Zweiten Richtlinie, insbesondere die Artikel 25 Absatz 1 und 29 Absatz 3, auf Banken nicht anwendbar seien, nicht anschließen. Es ist vor allem eingewandt worden, daß die Sanierung solcher in Schwierigkeiten befindlicher Gesellschaften im Allgemeininteresse liege, da mit ihr zum einen die Sparer, die Einlagen bei dem in Schwierigkeiten befindlichen Kreditinstitut hätten, und zum anderen die Ausgewogenheit und der Bestand des allgemeinen Systems zur Verwaltung des öffentlichen Sparwesens geschützt werden sollten, und daß deshalb eine nationale Regelung, mit der die Liquidation von Banken so weit wie möglich verhindert werden solle, nicht anhand der Zweiten Richtlinie beurteilt werden könne. Außerdem seien die fraglichen Rechtsvorschriften, soweit sie sich speziell auf Banken bezögen, „spezifischer" als die — nationalen und gemeinschaftlichen — Rechtsvorschriften über Gesellschaften und gingen ihnen daher im Konfliktfall vor.

Wie aus der Überschrift und aus Artikel 1 ausdrücklich hervorgeht, gilt sie für Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages, die die Rechtsform der Aktiengesellschaft besitzen [11]. Das vom Gesetzgeber gewählte Kriterium zur Festlegung des Geltungsbereichs der Richtlinie ist also die Rechtsform der Gesellschaft, während die von ihr ausgeübte oder beabsichtigte Tätigkeit, wenn nicht in einzelnen Bestimmungen auf sie abgestellt wird, offenbar keinerlei Bedeutung hat.

9 — KOM(85) 788 endg., ABl. C 356, S. 55.

10 — Zweite Begründungserwägung der Richtlinie und Urteile Karella und Syndesmos Melon, Randnrn. 25 und 32.

11 — Artikel 58 Absatz 2 des Vertrages lautet: „Als Gesellschaften gelten die Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen."

Die einzige zulässige Ausnahme ist in der Richtlinie selbst zu finden, und zwar in Artikel 1 Absatz 2, wonach die Mitgliedstaaten ihre Anwendung auf Investmentgesellschaften mit veränderlichem Kapital und Genossenschaften ausschließen können. Es handelt sich dabei jedoch um eine Ausnahme für zwei genau umschriebene Fälle, und der nationale Gesetzgeber hat deshalb nicht die Möglichkeit, andere Ausnahmen vorzusehen.

16. Im übrigen trägt die Richtlinie den Besonderheiten des Bankgeschäfts ausdrücklich Rechnung, indem sie vorsieht, daß einige Bestimmungen auf Banken und andere Finanzinstitute auch dann nicht anwendbar sind, wenn diese die Rechtsform der Aktiengesellschaft haben [12].

Die Richtlinie enthält somit einige spezielle und genau umrissene Ausnahmen für Banken. Diese Ausnahmen zeigen, ja setzen sogar voraus, daß die Richtlinie ansonsten für Banken in gleicher Weise gilt wie für alle anderen Aktiengesellschaften.

17. Ich sehe auch keinen Grund dafür, den Geltungsbereich der Zweiten Richtlinie anders und entgegen ihrem klaren Wortlaut und der eindeutigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zu bestimmen.

Der besondere Charakter der griechischen Regelung bildet ein Argument, das schon in den vorangegangenen Verfahren vergeblich angeführt wurde. Insoweit genügt der Hinweis auf meine früheren Ausführungen in den Schlußanträgen in den Rechtssachen Karella und Syndesmos Melon [13], denen sich der Gerichtshof mit klaren Worten angeschlossen hat und nach denen die Anerkennung eines von den speziellen Bestimmungen des Vertrages und der Zweiten Richtlinie unabhängigen allgemeinen Vorbehalts zugunsten der nationalen Gesetzgeber für außergewöhnliche Situationen die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen würde [14].

Außerdem hat der Gemeinschaftsgesetzgeber, wie gesagt, in der Richtlinie den besonderen Erfordernissen der Banken gebührend Rechnung getragen, indem er, wo nötig, einige speziell für sie geltende Bestimmungen erlassen hat. Angesichts dieser ausdrücklichen Ausnahmen ist es daher sicher nicht Sache des Gemeinschaftsrichters — und natürlich auch nicht des nationalen Gesetzgebers —, andere vorzusehen.

12 — Vgl. z. B. die Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe c, 23 Absatz 2 und 24 Absatz 2.

13 — Nrn. 6 und 4.

14 — Vgl. insbesondere Urteile Karella und Syndesmos Melon, a. a. O., Randnrn. 25 bis 28 bzw. 30 bis 33.

18. Auch die Erwägungen zur Notwendigkeit, die Interessen der Sparer und die Ausgewogenheit des Systems des öffentlichen Sparwesens im allgemeinen zu schützen, erscheinen mir nicht relevant.

Diese Erfordernisse können auch mit anderen Mitteln, wie z. B. durch die Schaffung eines allgemeinen Einlagensicherungssystems, angemessen geschützt werden, die denselben Zweck haben, jedoch die Verwirklichung der Ziele der Zweiten Richtlinie nicht behindern. Der Umstand, daß es solche Mittel zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt in Griechenland nicht gab, rechtfertigt nicht den Verstoß gegen den in Artikel 25 der Zweiten Richtlinie aufgestellten Grundsatz.

19. Was die Gemeinschaftsvorschriften für den Banksektor anbelangt, so werden mit ihnen andere Ziele verfolgt als mit der Zweiten Richtlinie. Es handelt sich in den meisten Fällen um Richtlinien, die darauf gerichtet sind, das Niederlassungsrecht und den freien Dienstleistungsverkehr in diesem Sektor durch Sonderbestimmungen für die Banken zu verwirklichen und zu ergänzen.

Jedenfalls steht keine von ihnen der Anwendung von Artikel 25 der Zweiten Richtlinie entgegen. Auch die zahlreichen Bestimmungen über die Bankenaufsicht räumen den zuständigen Behörden zwar für verschiedene Fälle die Befugnis ein, von einem Kreditinstitut zu verlangen, eine nicht mehr den Anforderungen entsprechende Vermögenslage innerhalb einer bestimmten Frist in Ordnung zu bringen, falls es nicht die Zulassung für die Ausübung seiner Tätigkeit verlieren will; sie lassen aber die Zuständigkeit der Organe des fraglichen Instituts für die Wahl der geeigneten Mittel unberührt [15]. Im hier interessierenden Bereich tritt somit kein Konflikt zwischen Gemeinschaftsvorschriften auf.

20. Was schließlich den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Sanierung der Banken angeht, auf den sich die Beklagten berufen haben, so genügt die Feststellung, daß er derzeit nicht Teil des anwendbaren positiven Rechts ist.

21. Die Beklagten des Ausgangsverfahrens machen ferner geltend, auch wenn der Gerichtshof die Anwendbarkeit der Zweiten Richtlinie auf Banken bestätigt habe, könne die Karella-Rechtsprechung wegen einer grundlegenden Besonderheit der streitigen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall keine Anwendung finden. Im Gegensatz zu den Bestimmungen, um die es in den Karella-Rechtssachen gegangen sei, sehe die Regelung zur Sanierung der Banken nämlich vor, daß die satzungsmäßigen Organe mit der Einsetzung des vorläufigen Verwalters alle ihre Befugnisse verlören; dies bedeute,

15 — Ich verweise insbesondere auf Artikel 10 Absätze 1 und 5 der Zweiten Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG (ABl. L 386, S. 1), auf Artikel 10 Absätze 1 und 3 der Richtlinie 89/647/EWG des Rates vom 18. Dezember 1989 über einen Solvabilitätskoeffizienten für Kreditinstitute (ABl. L 386, S. 14), auf Artikel 4 Absätze 1 und 5 der Richtlinie 92/121/EWG des Rates vom 21. Dezember 1992 über die Überwachung und Kontrolle der Großkredite von Kreditinstituten (ABl. 1993, L 29, S. 1) und auf Artikel 4 Absätze 1, 2, 3, 4 und 8 der Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15. März 1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten (ABl. L 141, S. 1).

daß das verfolgte Ziel eher mit der Liquidation als mit der Neuordnung der unter Verwaltung gestellten Gesellschaft vergleichbar sei. Jedenfalls fehle damit eine der vom Gerichtshof selbst für die Anwendung der Zweiten Richtlinie aufgestellten Voraussetzungen, und zwar die, daß die Gesellschaft mit ihren eigenen Strukturen fortbestehen müsse [16].

Auch dieses Argument halte ich nicht für überzeugend. Für mich ist nämlich nicht ersichtlich, woraus abzuleiten sein soll, daß eine aufgrund der in Rede stehenden Regelung unter Verwaltung gestellte Gesellschaft zu bestehen aufgehört hat.

Mir scheint vielmehr, daß die Verwaltung gerade dazu dienen soll, das Überleben der unter Verwaltung gestellten Gesellschaft nach der Sanierung zu sichern; jedenfalls bestehen die satzungsmäßigen Organe während der Dauer der Verwaltung zweifellos fort, auch wenn ihnen jede Geschäftsführungsbefugnis genommen worden ist. Und was die Hauptversammlung anbelangt, so behält sie das Recht gemäß Artikel 25 der Zweiten Richtlinie; das Gegenteil ist gerade das Quid demonstrandum, das im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen worden ist.

22. Im Ergebnis veranlaßt mich all dies dazu, dem Gerichtshof vorzuschlagen, auf die ersten beiden Fragen gemäß den bereits in der Karella-Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen zu antworten, daß Artikel 25 der Zweiten Richtlinie der Anwendung einer nationalen Sonderregelung entgegensteht, die zum Zweck der Sanierung von in Schwierigkeiten befindlichen Banken, die die Rechtsform der Aktiengesellschaft haben, vorsieht, daß das Kapital dieser Banken unabhängig vom Willen der Aktionäre durch die Verwaltung erhöht werden kann.

Zur dritten Frage

23. Die Ergebnisse, zu denen ich hinsichtlich der ersten und der zweiten Frage gelangt bin, nehmen der Antwort auf die dritte Frage zumindest für den Sachverhalt, mit dem wir uns heute zu befassen haben, ihre Bedeutung. Nur der Vollständigkeit halber oder für den Fall, daß der Gerichtshof beschließen sollte, die von ihm selbst in seiner bisherigen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu ändern, werde ich deshalb, wenn auch kurz, Artikel 29 Absatz 3 der Zweiten Richtlinie im Hinblick auf die vom vorlegenden Gericht gestellte Frage prüfen.

Wie oben ausgeführt, betrifft diese Bestimmung die Art und Weise des Angebots zur Zeichnung neu ausgegebener Aktien an die bisherigen Aktionäre, wobei der nationale Gesetzgeber vorsehen kann, daß im Fall von Namensaktien die schriftliche Unterrichtung aller Aktionäre ausreicht.

16 — Urteile Karella und Syndesmos Melon, Randnrn. 30 und 28.

24. Die fragliche Bestimmung soll sicherstellen, daß dann, wenn keine Bekanntmachung in dem offiziell dafür bestimmten Amtsblatt erfolgt [17], alle Aktionäre gebührend über die Fristen und die Art und Weise der Ausübung ihres Optionsrechts informiert werden.

Die in Artikel 29 Absatz 3 angesprochene schriftliche Unterrichtung ist daher meines Erachtens als Mitteilung anzusehen, die die Verwaltungsorgane der Gesellschaft schriftlich, namentlich und individuell jedem Inhaber von Namensaktien übersenden müssen. Die Bekanntmachung des Zeichnungsangebots in zwei Tageszeitungen kann deshalb meiner Ansicht nach keine zulässige Alternative sein, da sie nicht mit Sicherheit zum selben Ergebnis führt.

Hierzu genügt die Feststellung, daß die von den Klägern vor dem nationalen Gericht angefochtene Maßnahme ein Verwaltungsakt ist, der von einem vom Gouverneur der Bank von Griechenland eingesetzten vorläufigen Verwalter erlassen wurde, dessen Ernennung und dessen Vorgehen gesetzlich gebilligt werden müssen (und auch tatsächlich gebilligt worden sind). Es handelt sich somit offenkundig um ein Rechtssubjekt, das „kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen hat" und hierzu mit besonderen Rechten im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgestattet ist [18]. Folglich konnten sich die Kläger sehr wohl auf Artikel 29 Absatz 3 der Zweiten Richtlinie berufen, um sich gegen einen Akt zu wehren, der auf eine gegen diese Bestimmung verstoßende Art und Weise erlassen worden war.

Zum Rechtsmißbrauch

25. Die Beklagten haben sich gegen die unmittelbare Wirkung von Artikel 29 Absatz 3 in bezug auf das vorliegende Verfahren gewandt. Sie haben zwar eingeräumt, daß diese Bestimmung klar, genau und unbedingt abgefaßt sei, bestreiten aber, daß sie der TKE entgegengehalten werden könne, die zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt eine Privatbank gewesen sei. Andernfalls würde der Zweiten Richtlinie jene unmittelbare horizontale Wirkung zugebilligt, die der Gerichtshof bisher noch nie anerkannt habe.

26. Wie schon gesagt, geht aus dem Vorlagebeschluß hervor, daß im Ausgangsverfahren ein auf die angeblich mißbräuchliche Ausübung des Rechts der Kläger gestützter Einwand erhoben wurde. Auch wenn es nicht Gegenstand einer speziellen Frage ist, ergibt sich das Problem doch klar aus dem Vorlagebeschluß und könnte entscheidenden Einfluß auf den Ausgang des Verfahrens haben.

17 — Das, wie gesagt, zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt in Griechenland noch nicht bestimmt worden war, da die Richtlinie 68/151 noch nicht umgesetzt worden war (siehe oben, Fußnote 4).

18 — Vgl. insbesondere Urteil vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster, Slg. 1990, I-3313, Randnr. 20).

Das nationale Gericht behält sich nämlich die Entscheidung über die Begründetheit dieses auf Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs gestützten [19] Einwands ausdrücklich vor. Es führt aus, diese Bestimmung, aufgrund deren die Ausübung eines Rechts untersagt werden könne, wenn sie als mißbräuchlich angesehen werde, könne auch herangezogen werden, um die Ausübung eines aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Rechts zu verhindern, und es erklärt sich für allein zuständig, über diese Frage zu entscheiden.

Um dem Recht aus Artikel 25 der Zweiten Richtlinie seine Wirkung zu nehmen, würde es ausreichen, daß das nationale Gericht feststellt, daß die Kläger kein Rechtsschutzinteresse an der Nichtigerklärung der Maßnahme haben, da sie Minderheitsaktionäre sind und durch die Sanierung keinen Schaden erlitten, sondern von ihr profitiert haben [20].

27. Die Frage scheint mir erheblich zu sein. Schon aus diesem Grund dürfte eine Stellungnahme des Gerichtshofes zu diesem Punkt unvermeidlich sein, da letztlich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem innerstaatlichen Recht sowie die praktische Wirksamkeit der Urteile des Gerichtshofes in Vorabentscheidungsverfahren auf dem Spiel stehen.

Es besteht nämlich die Gefahr, daß einem Auslegungsurteil, in dem der Gerichtshof den Umfang der Rechte klargestellt hat, die eine Gemeinschaftsbestimmung, die unmittelbare Wirkung hat, einzelnen unmittelbar einräumt, aufgrund eines ihm entgegenstehenden Grundsatzes des nationalen materiellen Rechts durch eben das Gericht seine Wirkung genommen wird, das die Vorlagefrage gestellt hat.

Genau dies ist im übrigen bei dem schon mehrfach genannten Urteil Kerafina eingetreten. Im Anschluß an die Entscheidung des Gerichtshofes hat das vorlegende Gericht nämlich den von den Beklagten auf der Grundlage von Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs erhobenen Einwand für rechtlich begründet erklärt und zur Prüfung der tatsächlichen Begründetheit eine Beweisaufnahme angeordnet [21].

28. Somit taucht das Problem auf, ob und in welchem Umfang das nationale Gericht, wenn es die soeben dargelegten gemeinschaftlichen Grundsätze beachtet, eine nationale Bestimmung anwenden kann, um zu

19 — Und auf Artikel 25 der griechischen Verfassung beruhenden.

20 — Man könnte den Klägern wohl auch insoweit eine mißbräuchliche Ausübung des ihnen nach den Gemeinschaftsvorschriften zustehenden Rechts vorwerfen, als sie ihr Optionsrecht auf die anläßlich der streitigen Kapitalerhöhung ausgegebenen neuen Aktien nicht ausgeübt haben. In Anbetracht der von mir vorgeschlagenen Antworten auf die Vorlagefragen habe ich für den Fall, daß der Gerichtshof meinen Vorschlägen folgt, keinen Zweifel daran, daß einem solchen Argument auch im Rahmen des Ausgangsverfahrens die Grundlage entzogen wäre.

21 — Vgl. Urteil Nr. 9337/1992 des Efeteio Athen vom 26. November 1992; vgl. aber auch die in dieselbe Richtung gehenden und nahezu gleichlautend begründeten Urteile Nr. 9162/1992 vom 19. November 1992 und Nr. 464/1993 vom 4. März 1993 desselben Gerichts. Es ist darauf hinzuweisen, daß die drei Urteile des Efeteio Athen alle ausdrücklich auf die Karella-Rechtsprechung Bezug nehmen.
Der Vollständigkeit halber ist schließlich hinzuzufügen, daß auch die Urteile Karella und Syndesmos Melon von den jeweiligen vorlegenden Gerichten bis heute noch nicht angewandt worden sind; im erstgenannten Fall haben die Parteien nach dem Urteil des Gerichtshofes offenbar die Klage zurückgenommen, während im zweiten Fall bisher noch keine Entscheidung ergangen zu sein scheint.

erklären, daß ein vom Gemeinschaftsrecht verliehenes Recht mißbräuchlich ausgeübt wird.

Insoweit ist zunächst festzustellen, daß die mißbräuchliche Ausübung eines Rechts durch seinen Inhaber in fast allen Mitgliedstaaten — wenn auch zum Teil in unterschiedlicher Form und unter unterschiedlichen Umständen — gerügt werden kann. Mangels einer gemeinschaftlichen Regelung dieses Rechtsinstituts kann das nationale Gericht somit auf der Grundlage seiner eigenen Rechtsordnung das Vorliegen einer mißbräuchlichen Ausübung des fraglichen Rechts prüfen [22].

29. Nach ständiger Rechtsprechung ist es jedoch, wenn Rechte auf dem Spiel stehen, auf die sich ein einzelner auf der Grundlage von Gemeinschaftsvorschriften beruft, Sache des Gerichtshofes, die Angemessenheit des nach den nationalen Rechtsordnungen vorgesehenen Rechtsschutzes zu prüfen [23].

30. Im vorliegenden Fall ist den Verfahrensakten zu entnehmen, daß die Kläger auf den ersten Blick keineswegs eine mißbräuchliche Ausnutzung der Vorschrift angestrebt, sondern nur versucht haben, die Beachtung des Rechts herbeizuführen, das den Hauptgegenstand dieser Vorschrift bildet und das in der Ausübung einer ausschließlichen Zuständigkeit für Erhöhungen des Grundkapitals besteht.

Die Auffassung, daß die Kläger ihr Recht mißbraucht hätten, da sie Minderheitsaktionäre seien und von der Sanierung der Gesellschaft profitiert hätten, erscheint offensichtlich unbegründet. Die Vorschrift dient nämlich dazu, daß alle Aktionäre gleichermaßen geschützt werden, und gilt unabhängig vom Ausgang eines etwaigen Sanierungsverfahrens. Wenn der Schutz des durch die genannte Vorschrift gewährleisteten Rechts aus solchen Gründen verweigert würde, würde sich dies nicht etwa gegen die *mißbräuchliche Ausübung* des Rechts richten,

22 — Vgl. hierzu die Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in der Rechtssache Daily Mail (Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 81/87, Slg. 1988, 5483), in denen er dem Gerichtshof vorschlug, zu entscheiden, daß die Verlegung der Geschäftsleitung einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat eine Form der Ausübung des Niederlassungsrechts darstellen könne, wobei das nationale Gericht für die Prüfung zuständig bleibe, ob „in einem gegebenen Fall nun unter den gegebenen Umständen Rechtsmißbrauch oder Gesetzesumgehung vorliegen und ob erforderlichenfalls die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auszuschließen ist" (Nr. 9). Es ist darauf hinzuweisen, daß sich der Gerichtshof, der sich für eine andere Auslegung des Niederlassungsrechts entschieden hat, nicht zu diesem Punkt geäußert hat.
Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil vom 3. März 1993 in der Rechtssache C-8/92 (General Milk Products, Slg. 1993, I-779), in dem der Gerichtshof entschieden hat, daß die Gewährung von Währungsausgleichsbeträgen für bestimmte nach Deutschland eingeführte Waren nur dann hätte verweigert werden können, wenn nachgewiesen worden wäre, daß die Importeure das Gemeinschaftssystem mißbräuchlich ausnutzen wollten, und in dem er das nationale Gericht für zuständig erklärt hat, eine solche Prüfung vorzunehmen.

23 — Von den Beispielen für die Anwendung dieses Grundsatzes ist vor allem das Urteil San Georgio zu nennen, in dem der Gerichtshof klargestellt hat, daß „Beweisvorschriften nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar [sind], die es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig machen, die Erstattung von unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhobenen Abgaben zu erreichen" (Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82, Slg. 1983, 3595, Randnr. 14); der Gerichtshof hat sich anschließend mehrfach im gleichen Sinne geäußert: zu Sanktionen, die nach nationalem Recht bei Nichtbeachtung eines in einer Richtlinie aufgestellten Grundsatzes verhängt werden (Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88, Dekker, Slg. 1990, I-3941), zu den nach nationalem Recht vorgesehenen Verjährungsfristen (Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-208/90, Emmott, Slg. 1991, I-4269) und zum Ausschluß der Rückforderung zu Unrecht gezahlter Gemeinschaftsbeihilfen aus Gründen des Vertrauensschutzes (Urteil vom 20. September 1990 in der Rechtssache C-5/89, Kommission/Deutschland, Slg. 1990, I-3437).

sondern gegen seine *Ausübung* schlechthin, was gelinde gesagt paradox wäre.

31. Etwas anderes würde dann gelten, wenn das nationale Gericht feststellen würde, daß die Kläger ihr Recht nicht nur ausgeübt haben, sondern daß sie es *darüber hinaus* in mißbräuchlicher Weise ausgeübt haben. Ich denke z. B. an den Fall, daß die Kläger paradoxerweise selbst die Kapitalerhöhung durch die Verwaltung gefordert hätten, um anschließend gegen die entsprechende Entscheidung gerichtlich vorzugehen.

32. Im vorliegenden Fall, in dem die fragliche Kapitalerhöhung unstreitig unabhängig vom Willen der Kläger durchgeführt wurde, ist es dagegen unsinnig, als mißbräuchlich anzusehen, was in Wahrheit die bloße Ausübung eines Rechts ist, das den Klägern nach Artikel 25 der Richtlinie in ihrer Eigenschaft als Aktionäre während der gesamten Lebensdauer der Gesellschaft zusteht.

Im übrigen kann ich mir selbst vom entgegengesetzten Standpunkt aus nicht vorstellen, mit welchem anderen Mittel die Kläger ihr Recht hätten schützen können als durch die Berufung auf die Vorschrift der Zweiten Richtlinie innerhalb der Frist und in der Weise, in der sie es getan haben.

33. Somit steht fest, daß die Erhebung des fraglichen Einwands nicht dazu führen darf, daß die betreffende Vorschrift ihres Inhalts beraubt wird, da ein solches Ergebnis in Widerspruch zu wesentlichen Geboten der Rechtsordnung der Gemeinschaft stünde. Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, eindeutig klarzustellen, daß eine Regelung, die es dem nationalen Gericht erlaubt, die Ausübung eines durch eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts eingeräumten Rechts zu untersagen, indem es sie als mißbräuchlich einstuft, nicht allein deshalb angewandt werden kann, weil der Inhaber dieses Rechts dessen gerichtlichen Schutz verlangt hat, und daß sie auf jeden Fall nicht in einer Weise angewandt werden kann, durch die die fragliche Vorschrift ihres Inhalts beraubt wird.

34. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen schlage ich deshalb vor, dem Polymeles Protodikeio Athen wie folgt zu antworten:

Die Artikel 25 Absatz 1 und 29 Absatz 3 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 Aktien-

gesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, sind dahin auszulegen,

— daß sie der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehen, die es zum Zweck der Sanierung und der Fortführung der Tätigkeit von Banken mit der Rechtsform der Aktiengesellschaft, die sich aufgrund ihrer Verschuldung in einer außergewöhnlichen Lage befinden, zuläßt, ohne Beschluß der Hauptversammlung durch Verwaltungsakt über die Erhöhung des Kapitals zu entscheiden, und daß die bloße Ausübung des durch die Gemeinschaftsrichtlinie verliehenen Rechts seitens der Aktionäre vom nationalen Gericht auch nicht als mißbräuchlich eingestuft werden kann, ohne die betreffende Vorschrift ihres Inhalts zu berauben;

— daß unter den Begriff der schriftlichen Unterrichtung der Aktionäre über das Angebot der vorzugsweisen Zeichnung und über die Frist für die Ausübung dieses Rechts nicht die Bekanntmachung dieses Angebots in Tageszeitungen fällt.