SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO SAGGIO
vom 28. Oktober 1999 *

1. Das Polymeles Protodikeio Athen hat dem Gerichtshof mit Beschluß vom 24. Juni 1997 zwei Fragen nach der Auslegung 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 (im folgenden: Richtlinie) [1], und über die mißbräuchliche Ausübung eines sich aus einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung ergebenden Rechts zur Vorabentscheidung vorgelegt. Das nationale Gericht möchte insbesondere wissen, ob eine nationale Bestimmung, die eine Sanktion für mißbräuchliche Rechtsausübung vorsieht, unter Umständen wie im Ausgangsfall der auf Verletzung eines Rechts aus der Richtlinie gestützten Klage eines Aktionärs auf Nichtigerklärung gesellschaftsrechtlicher Rechtsakte entgegengehalten werden kann.

2. Die vorliegende Rechtssache gehört zu einer langen Serie von Rechtsstreitigkeiten in Griechenland über die Auslegung und Anwendung von Artikel 25 der Richtlinie in Fällen, in denen es um Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten geht. Diese Rechtsstreitigkeiten sind, worauf vorab hingewiesen werden sollte, aus der Verspätung entstanden, mit der dieser Mitgliedstaat die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt hat. Der Gerichtshof war mit diesen Rechtsstreitigkeiten bereits mehrfach befaßt [2] und hat angesichts der abweichenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften klar festgestellt, daß den Aktionären durch die genannte Richtlinienbestimmung „Gewähr dafür geboten werden soll, daß eine Entscheidung, das Grundkapital zu erhöhen und damit die Proportionen der Anteile der Aktionäre zu verändern, nicht ohne ihre Beteiligung an der Ausübung der Entscheidungsbefugnis der Gesellschaft getroffen wird" [3].

Gemeinschaftsrecht

3. Die Richtlinie dient der Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 EG-Vertrag (jetzt Artikel 48 EG) im Interesse der Gesell-

* 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 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-134/91 und C-135/91 (Kerafina — .Keramische und Finanz-Holding und Vioktimatiki, Slg. 1992, I-5699), vom 12. März 1996 in der Rechtssache C-441/93 (Pafitis u. a., Slg. 1996, I-1347) und vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-367/96 (Kefalas u. a., Slg. 1998, I-2843).

3 — Urteil Kefalas, Randnr. 28.

schafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt: „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." Artikel 25 Absatz 2 der Richtlinie lautet: „Die Satzung, der Errichtungsakt oder die Hauptversammlung, deren Entscheidung gemäß Absatz 1 offenzulegen ist, kann jedoch zu einer Erhöhung des gezeichneten Kapitals bis zu einem Höchstbetrag ermächtigen, den sie unter Beachtung des gegebenenfalls gesetzlich vorgeschriebenen Höchstbetrags festlegt. In den Grenzen des festgelegten Betrags beschließt das hierzu berufene Organ der Gesellschaft gegebenenfalls eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals. Diese Ermächtigung des Organs gilt für eine Höchstdauer von fünf Jahren; sie kann von der Hauptversammlung ein- oder mehrmals für einen Zeitraum, der jeweils fünf Jahre nicht überschreiten darf, verlängert werden."

Gemäß Artikel 29 Absatz 1 der Richtlinie müssen die Aktien bei „jeder Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch Bareinlagen ... vorzugsweise den Aktionären im Verhältnis zu dem durch ihre Aktien vertretenen Teil des Kapitals angeboten werden". Nach Artikel 29 Absatz 4 der Richtlinie darf das Bezugsrecht durch die Satzung oder den Errichtungsakt weder beschränkt noch ausgeschlossen werden. Auf schriftlichen Bericht des Verwaltungs- oder Leitungsorgans, der die Gründe für eine Beschränkung oder den Ausschluß des Bezugsrechts darlegt und den vorgeschlagenen Ausgabekurs begründet, kann jedoch die Hauptversammlung die Beschränkung oder den Ausschluß des Bezugsrechts beschließen.

4. Gemäß Artikel 41 Absatz 1 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten von Artikel 25 der Richtlinie abweichen, soweit dies für den Erlaß oder die Anwendung von Vorschriften erforderlich ist, die die Beteiligung der Arbeitnehmer oder anderer durch einzelstaatliches Recht festgelegter Personengruppen am Kapital der Unternehmen fördern sollen.

5. Die Richtlinie räumte den Mitgliedstaaten für ihre Umsetzung in das innerstaatliche Recht eine Frist von zwei Jahren ein. Für Griechenland endete diese Frist nach der Beitrittsakte am 1. Januar 1981.

Nationales Recht

6. Mit dem Gesetz Nr. 1386 vom 5. August 1983[4] (im folgenden: Gesetz Nr. 1386/1983) wurde in Griechenland als eine Aktiengesellschaft mit dem Staat als allei-

4 — *Amtsblatt der Hellenischen Republik* vom 8. August 1983, Teil I, Nr. 107, S. 14.

nigem Aktionär der Organismos Oikonomikis Anasinkrotisis Epicheiriseon AE (OAE) geschaffen, der durch die finanzielle Sanierung von Unternehmen, die Einfuhr und Anwendung ausländischer Technologie, die Entwicklung des nationalen technologischen Vermögens sowie die Gründung und den Betrieb staatlicher oder gemischtwirtschaftlicher Unternehmen zur wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung des Landes beitragen soll (Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes Nr. 1386/1993).

Für diese Zwecke kann der OAE die Verwaltung und laufende Geschäftsführung von Unternehmen übernehmen, die gerade saniert werden oder verstaatlicht worden sind, sich am Kapital von Unternehmen beteiligen, Darlehen gewähren und bestimmte Anleihen auflegen oder aufnehmen, Schuldverschreibungen erwerben sowie Aktien übertragen, insbesondere an Arbeitnehmer oder ihre Interessenvertretungen, an Gebietskörperschaften oder an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts, an gemeinnützige Einrichtungen, an soziale Körperschaften oder an Privatpersonen (Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes Nr. 1386/1983).

7. Gemäß Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 1386/1983 kann der Wirtschaftsminister beschließen, Unternehmen, die sich in ernsten finanziellen Schwierigkeiten befinden, der Regelung des Gesetzes zu unterstellen. Nach Artikel 7 kann der zuständige Minister beschließen, dem OAE die Verwaltung des betroffenen Unternehmens zu übertragen, dessen Schulden zur Sicherung seiner Lebensfähigkeit zu regeln oder das Unternehmen abzuwickeln.

Die Veröffentlichung des Beschlusses des Ministers, das Unternehmen der Regelung des Gesetzes zu unterstellen, hat nach Artikel 8 Absatz 1 in der Fassung des Gesetzes Nr. 1472/1984 [5] die Wirkungen, daß die Befugnisse der Verwaltungsorgane der Gesellschaft erlöschen und daß die Hauptversammlung, obgleich sie fortbesteht, die vom OAE ernannten Verwalter der Gesellschaft nicht ihres Amtes entheben darf. Gemäß Artikel 8 Absatz 8 des Gesetzes Nr. 1386/1983 kann der OAE während der zeitweiligen Verwaltung der Gesellschaft abweichend von den geltenden aktienrechtlichen Bestimmungen, die die ausschließliche Befugnis hierfür der Hauptversammlung zuweisen, das Grundkapital der Gesellschaft erhöhen. Die Kapitalerhöhung bedarf der Genehmigung durch den zuständigen Minister. Die bisherigen Aktionäre behalten jedoch ihr Bezugsrecht, das sie innerhalb einer im ministeriellen Genehmigungsbescheid festgesetzten Frist ausüben können.

8. Das Gesetz Nr. 1386/1983 war Gegenstand der in einem Verfahren gemäß Artikel 93 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 EG) erlassenen Entscheidung 88/167/EWG der Kommission vom 7. Oktober 1987 [6]. Darin stellte die Kommission fest, daß sie gegen die Durchführung des Gesetzes Nr. 1386/1993 keine Einwände erhebe, sofern die griechische Regierung zum 31. Dezember 1987 die Bestimmungen über die Kapitalerhöhung so ändere, daß sie mit den Artikeln 25, 26, 29 und 30 der Richtlinie vereinbar seien. Am 7. März 1989 leitete

5 — *Amtsblatt der Hellenischen Republik* vom 6. August 1984, Teil I, Nr. 112, S. 1273.

6 — ABl. 1988, L 76, S. 18.

die Kommission gegen die Hellenische Republik ein Verfahren gemäß Artikel 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) ein, da diese gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie verstoßen habe. Am 10. März 1990 verabschiedete das griechische Parlament das Gesetz Nr. 1882/1990 [7], mit dem die streitigen Bestimmungen im Sinne der Kommission geändert wurden. Erst zu diesem Zeitpunkt erfüllte der griechische Staat somit seine Verpflichtung, die Richtlinie in das innerstaatliche Recht umzusetzen.

9. Schließlich ist gemäß Artikel 281 des Zivilgesetzbuchs die „Ausübung eines Rechts... unzulässig, wenn sie die sich aus Treu und Glauben, aus den guten Sitten oder aus dem sozialen oder wirtschaftlichen Zweck des betreffenden Rechts ergebenden Schranken offensichtlich überschreitet".

Sachverhalt und Vorlagefragen

10. Laut dem Vorlagebeschluß ist der Kläger des Ausgangsverfahrens, Herr Diamantis (im folgenden: Kläger), ein Minderheitsaktionär der Aktiengesellschaft Plastika Kavalas AE. Anfang der 80er Jahre geriet diese Gesellschaft in ernste finanzielle Schwierigkeiten. Deshalb reichte die Mehrheit der Aktionäre, darunter nach dem Vorlagebeschluß auch der Kläger, am 24. August 1983 den Antrag ein, das Unternehmen der Regelung des Gesetzes Nr. 1386/1983 zu unterstellen. Der Antrag wurde am 20. Dezember 1983 wiederholt.

11. Zu dem Antrag der Gesellschaft wurde der ministerielle Beratende Ausschuß gemäß Artikel 11 des Gesetzes Nr. 1386/1983 gehört. Angesichts der bedrängten Finanzlage der Gesellschaft empfahl der Ausschuß, das Unternehmen der besonderen Abwicklungsregelung nach den Artikeln 7 Absatz 3 und 9 des Gesetzes Nr. 1386/1983 zu unterstellen; dies hätte zur sofortigen Liquidierung der Aktiva der Gesellschaft und zur Begleichung ihrer Schulden geführt. Das Ministerium folgte der Empfehlung des Ausschusses jedoch nicht, sondern unterstellte die Gesellschaft mit dem Bescheid Nr. 212 vom 3. Februar 1984 [8] einer anderen, nämlich der in Artikel 7 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 1386/1983 vorgesehenen Regelung der zeitweiligen Verwaltung durch den OAE.

12. Am 28. Mai 1986 beschloß der OAE, das Kapital der Gesellschaft von 87 200 000 GRD um 177 000 000 GRD auf 246 200 000 GRD anzuheben. Der Beschluß wurde vom Minister gebilligt. Gemäß dem Gesetz Nr. 1386/1983 wurde den bisherigen Aktionären ein binnen 45 Tagen nach Veröffentlichung des ministeriellen Bescheides (vom 11. Juni 1986) auszuübendes Bezugsrecht für die neuen Aktien eingeräumt. Da sie hiervon keinen Gebrauch machten, wurden die neuen Aktien dem OAE zur Verfügung gestellt, der

7 — *Amtsblatt der Hellenischen Republik* vom 23. März 1990, Teil I, Nr. 43.

8 — *Amtsblatt der Hellenischen Republik* vom 8. Februar 1984, Teil II, Nr. 60.

damit etwa 67 % des Grundkapitals der Plastika Kavalas hielt. Am 11. Dezember 1986 setzte die Hauptversammlung, in der der OAE nunmehr die Mehrheit hielt, das Grundkapital auf die gesetzliche Mindesthöhe von 5 000 000 GRD herab.

Mit dem Bescheid Nr. 14 des stellvertretenden Ministers für Industrie, Energie und Technologie vom 9. Januar 1987 wurde das Kapital gemäß Artikel 10 des Gesetzes Nr. 1386/1983 erneut erhöht, und zwar auf einen in 1 267 200 Aktien unterteilten Endbetrag von 1 267 200 000 GRD. Von diesem Zeitpunkt an war das Unternehmen wieder normal tätig. Mit demselben Bescheid wurde auch die zeitweilige Verwaltung durch den OAE aufgehoben. 1991 wurden die Aktien der Gesellschaft mehrheitlich an die Plastika Makedonias AE veräußert, und im Februar 1994 wurde die Plastika Kavalas schließlich dem Petzetakis-Konzern eingegliedert.

Verfahren

13. Am 22. Februar 1991 erhob der Kläger beim Polymeles Protodikeio Athen Klage auf Nichtigerklärung der nach dem Gesetz Nr. 1386/1983 vorgenommenen Änderungen des Grundkapitals der Plastika Kavalas (zwei Erhöhungen und eine Herabsetzung). Er machte geltend, die Beschlüsse der Hauptversammlung verstößen gegen Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie und mit den Kapitalerhöhungen sei sein Anteil an den Gesamtaktien gemindert worden.

14. Der griechische Staat und der OAE erhoben die Einrede, der Kläger übe sein Recht aus Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie mißbräuchlich im Sinne von Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuches aus, und beantragten Klageabweisung. Nach ihrer Auffassung ergab sich der Rechtsmißbrauch daraus, daß a) der Kläger selbst, gemeinsam mit anderen Aktionären, die Unterstellung der Gesellschaft unter die Regelung des Gesetzes Nr. 1386/1983 beantragt habe, daß er b) wegen der bedrängten wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft eine Erhöhung des Grundkapitals niemals gewünscht und deshalb auch seine ihm seit der ersten Erhöhung eingeräumte Bezugsoption nie ausgeübt habe und daß er c) sein Recht erst nach der Sanierung des Unternehmens, die ihm zugute gekommen sei, aber die Kapital- und Aktienverteilung tiefgreifend und irreversibel beeinflusst habe, geltend gemacht habe; er habe nämlich die Klage erst fünf Jahre nach der ersten Kapitalerhöhung und vier Jahre nach der zweiten erhoben.

15. Das vorlegende Gericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klage rechtlich begründet sei, daß aber auch die Einrede der Beklagten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durchgreife. Die Beweiserhebung habe nämlich bestätigt, daß der Kläger an dem Antrag, die Gesellschaft der Regelung

des Gesetzes Nr. 1386/1983 zu unterstellen, beteiligt gewesen sei und daß er wegen der schlechten Unternehmenslage auch nie eine Kapitalerhöhung gewollt und eben deshalb sein sich aus dem nationalen Recht ergebendes Bezugsrecht nicht ausgeübt habe. Unter diesen Umständen, und angesichts des seit den Kapitalerhöhungen und der vorübergehenden Kapitalsenkung verstrichenen Zeitraums, überschritten die Rechtsausübung durch den Kläger und eine etwaige Aufhebung inzwischen verfestigter Rechtsverhältnisse die Schranken, die sich aus Treu und Glauben, den guten Sitten und dem sozialen und wirtschaftlichen Zweck des fraglichen Rechts selbst ergäben.

Das vorlegende Gericht hielt jedoch eine Entscheidung des Gerichtshofes zu dem — nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Mitgliedstaaten" gehörenden — Verbot des Rechtsmißbrauchs für zweckmäßig und legte ihm deshalb folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Kommt in dem im Vorlagebeschluß dargelegten Sachverhalt formell- und materiell-rechtlich die Anwendung von Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs im Hinblick auf eine mißbräuchliche Rechtsausübung durch den Kläger im Rahmen der Artikel 25 Absatz 1 und 29 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie in Betracht?

2. Falls der Gerichtshof diese Einrede als formell- und materiell-rechtlich begründet erachtet, wie wirkt sie sich dann auf die Gültigkeit der ministeriellen Bescheide über die Erhöhung und die Herabsetzung des Kapitals der fraglichen Gesellschaft aus, deren Aktionär der Kläger ist, und wie ist darüber hinaus die Vereinbarkeit der Artikel 8 Absatz 8 und 10 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 1386/1983 mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen, da diese Bestimmungen, wie erwähnt, ohne das Eingreifen von Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs als der Richtlinie 77/91/EWG zuwiderlaufend erachtet worden sind?

16. Am 20. November 1997 hat der Gerichtshof das vorliegende Verfahren bis zur Entscheidung in der Rechtssache Kefalas ausgesetzt. Diese Entscheidung ist dann dem vorlegenden Gericht mit der Frage übersandt worden, ob es sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechterhalte. Darauf hat es geantwortet, daß es seine Entscheidung von Amts wegen nicht überprüfen dürfe und daß überdies der Sachverhalt der Rechtssache Kefalas mit dem hier zu beurteilenden nicht ganz übereinzustimmen scheine.

Zu den Vorlagefragen

17. Es erscheint mir sinnvoll, vor der Prüfung der Vorlagefragen des griechischen Gerichts kurz die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung von Arti-

kel 25 der Richtlinie und zur Vereinbarkeit der hier fraglichen griechischen Rechtsvorschriften über die Sanierung wirtschaftlich bedrängter Unternehmen mit diesem Artikel nachzuzeichnen.

18. Auf verschiedene Vorabentscheidungsersuchen, denen Klagen von Aktionären gegen von der Verwaltung beschlossene Kapitalerhöhungen zugrunde lagen, hat der Gerichtshof zunächst klargestellt, daß zu Änderungen des Grundkapitals gemäß Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie ausschließlich die Hauptversammlung befugt sei. Der Gerichtshof entschied weiter, daß Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie, der unmittelbar anwendbar sei [9], der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehe, wonach zur Sicherung des Fortbestands einer wirtschaftlich bedrängten Gesellschaft deren Grundkapital durch Verwaltungsentscheidung erhöht werden könne, auch wenn dabei das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre bei der Ausgabe der neuen Aktien unberührt bleibe. Das Hauptziel der Richtlinie, in allen Mitgliedstaaten ein Mindestmaß des Schutzes für Aktionäre zu gewährleisten, „wäre 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“ [10]. Der Gerichtshof stellte somit klar, daß die Hauptversammlung nicht einmal aufgrund einer Sonderregelung zur Sanierung der Gesellschaft ihrer zentralen und unveräußerlichen Befugnis beraubt werden kann, den Bestand des Kapitals, also des Vermögens der Gesellschaft und zugleich der Aktionäre selbst, zu verändern [11].

19. In der Rechtssache Pafitis hat sich der Gerichtshof, obgleich keine Vorlagefrage speziell darauf abzielte, erstmals mit der etwaigen Anwendung einer nationalen Vorschrift über den Rechtsmißbrauch gegen Klagen der Aktionäre von Gesellschaften befaßt, die der Regelung des Gesetzes Nr. 1386/1983 unterstellt waren. Ohne letztlich zu entscheiden, ob im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung eine nationale Vorschrift angewendet und auf ihrer Grundlage geprüft werden kann, ob ein durch die betreffenden Gemeinschaftsvorschriften begründetes Recht mißbräuchlich ausgeübt wird, stellte der Gerichtshof fest, daß „jedenfalls ... die Anwendung einer solchen Vorschrift die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen darf“. Hinsichtlich des dortigen Ausgangsfalls schloß sich der Gerichtshof dem Vorbringen der griechischen Regierung nicht an und kam zu dem Ergebnis, daß „die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und seine volle Wirksamkeit

9 — Urteile Karella, Randnr. 23, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias, Randnr. 43, und Kerafina, Randnr. 18.

10 — Urteile Karella, Randnr. 26, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias, Randnr. 33, und Kerafina, Randnr. 26.

11 — Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache Pafitis, Nr. 13.

beeinträchtigt [wären], 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".

20. Die Rechtssache Kefalas bot dem Gerichtshof ein weiteres Mal Anlaß, sich mit der Einrede des Rechtsmißbrauchs gegen Klagen aus dem durch Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie gewährten Recht vor griechischen Gerichten auseinanderzusetzen. Dort gingen die dem Gerichtshof gestellten Fragen ausdrücklich dahin, ob ein griechisches Gericht Artikel 281 des Zivilgesetzbuchs anwenden dürfe, um zu prüfen, ob ein sich aus einer Gemeinschaftsbestimmung ergebendes Recht mißbräuchlich ausgeübt werde, oder ob diese Prüfung kraft eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts erfolgen dürfe. Der Gerichtshof entschied, daß den nationalen Gerichten die Anwendung einer innerstaatlichen Vorschrift gestattet sei, um zu beurteilen, ob ein Recht aus einer Gemeinschaftsbestimmung mißbräuchlich ausgeübt werde. Der Gerichtshof erinnerte daran, daß nach seiner ständigen Rechtsprechung die mißbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht nicht gestattet sei, und fügte hinzu, es könne „daher nicht als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen werden, daß nationale Gerichte eine innerstaatliche Rechtsvorschrift, wie Artikel 281 des griechischen Zivilgesetzbuchs, anwenden, um zu beurteilen, ob ein sich aus einer Gemeinschaftsbestimmung ergebendes Recht mißbräuchlich ausgeübt wird" [12]. Der Gerichtshof bekräftigte aber auch die bereits im Urteil Pafitis getroffene Feststellung, „daß die Anwendung einer solchen nationalen Rechtsvorschrift nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beeinträchtigten darf" [13].

21. Für den dortigen Sachverhalt stellte der Gerichtshof klar, daß die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und seine volle Wirksamkeit beeinträchtigt würden, wenn einem Aktionär, der sich auf Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie berufe, eine mißbräuchliche Auslegung des sich aus dieser Bestimmung ergebenden Rechts deshalb zur Last gelegt würde, weil er nicht von seinem in Artikel 29 Absatz 1 der Richtlinie vorgesehenen Bezugsrecht für die anläßlich der streitigen Kapitalerhöhung ausgegebenen neuen Aktien Gebrauch gemacht habe [14]. Der Gerichtshof führte aus, daß die „Ausübung des Bezugsrechts ... bedeutet [hätte], daß der Aktionär an der Durchführung der Entscheidung, das Kapital ohne Genehmigung durch die Hauptversammlung zu erhöhen, hätte mitwirken wollen; gegen diese Entscheidung wendet er sich jedoch gerade unter Berufung auf Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie. Daher würde es die Tragweite dieser Be-

12 — Urteil Kefalas, Randnr. 21.
13 — Urteil Kefalas, Randnr. 22.
14 — Urteil Kefalas, Randnr. 26.

stimmung verändern, wenn von einem Aktionär, der sich auf sie berufen will, verlangt würde, sich an einer Kapitalerhöhung zu beteiligen, die ohne durch die Hauptversammlung erteilte Genehmigung beschlossen worden ist" [15].

22. Mit dieser Entscheidung sprach der Gerichtshof somit dem nationalen Gericht die Befugnis zu, eine nationale Vorschrift anzuwenden, um die Frage der mißbräuchlichen Ausübung eines Rechts aus einer Gemeinschaftsbestimmung zu beurteilen. Er knüpfte dies aber an die Voraussetzung, daß die Anwendung dieser nationalen Vorschrift nicht die volle Wirksamkeit und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt und insbesondere nicht die Tragweite der Gemeinschaftsbestimmung verändert oder den mit ihr verfolgten Zweck vereitelt.

Es handelt sich damit um ein Zugeständnis an die nationalen Rechtsordnungen, das bedeutender scheint, als es ist. Zwar bevorzugte es der Gerichtshof, die fragliche Beurteilung auf der Grundlage einer nationalen Rechtsvorschrift und nicht auf der eines allgemeinen Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts zuzulassen, aber er zog dieser Anwendung der nationalen Norm sofort bestimmte Grenzen, und zwar, wie kaum der Hervorhebung bedarf, insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Anwendung der innerstaatlichen Norm die Verfestigung eine Rechtslage bewirkt, die dem Gemeinschaftsrecht zuwiderläuft.

23. Wenn der Gerichtshof somit die einschlägige nationale Rechtsvorschrift für anwendbar erklärte, um die Frage mißbräuchlicher Verhaltensweisen zu beurteilen, entwickelte er doch genaue, letztlich auf den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht zurückführbare Kriterien, die der Anwendung einer nationalen Vorschrift klar definierte Grenzen setzen, wobei diese Anwendung keineswegs als „verfahrensrechtlich" bewertet werden kann, sondern eine Beurteilung des materiellen Geltungsbereichs einer Gemeinschaftsbestimmung impliziert, mit der bestimmte Rechte verliehen werden sollen. Es ist dem nationalen Gericht daher ausdrücklich untersagt, eine nationale Vorschrift über den Rechtsmißbrauch in Fällen anzuwenden, in denen dies den Inhalt der Gemeinschaftsbestimmung verändern oder deren Zwecke vereiteln würde.

24. Der Verweis des Gerichtshofes auf das nationale Recht ist deshalb so zu verstehen, daß dem nationalen Gericht ein Mittel an die Hand gegeben wird, das die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten und mit dem vermieden werden soll, daß ein durch eine Gemeinschaftsbestimmung gewährtes Recht in einem Fall ausgeübt wird, in dem diese Gemeinschaftsbestimmung nur „anscheinend" einschlägig ist oder in dem die Lage des Inhabers des gerichtlich geltend gemachten Rechts nur „anscheinend" dem Tatbestand dieser Gemeinschaftsbestimmung entspricht [16]. Anders formuliert, geht es um eine Beurteilung, die den Geltungsbereich dieser Bestimmung ebenso betrifft wie ihre immanenten Schranken. So gesehen, läuft die dem nationalen Gericht zuerkannte

15 — Urteil Kefalas, Randnr. 27.

16 — Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache Kefalas, Nrn. 24 bis 27, und die dort zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofes.

Möglichkeit, eine innerstaatliche Bestimmung zur Sanktionierung eines Rechtsmißbrauchs anzuwenden, darauf hinaus, die Berufung auf das Gemeinschaftsrecht dort zu sanktionieren, wo dessen Schranken überschritten sind — d. h. dort, wo die Anwendung der Gemeinschaftsbestimmung nicht beabsichtigt ist.

25. Aus diesen Überlegungen folgt notwendig, daß die Beurteilung der immanenten Schranken der Gemeinschaftsbestimmung, die Rechte gewährt, eine Auslegung des Gemeinschaftsrechts ist, die letztlich dem Gerichtshof obliegt. So hat der Gerichtshof im Urteil Kefalas dem nationalen Gericht tatsächlich die erforderlichen Erläuterungen zu dem mit Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie verfolgten Zweck gegeben. Er liege darin, „daß den Aktionären... Gewähr dafür geboten werden soll, daß eine Entscheidung, das Grundkapital zu erhöhen und damit die Proportionen der Anteile der Aktionäre zu verändern, nicht ohne ihre Beteiligung an der Ausübung der Entscheidungsbefugnis der Gesellschaft getroffen wird“ [17]. Kann das nationale Gericht feststellen, daß die Inhaber des Rechts aus der Gemeinschaftsbestimmung — hier die Aktionäre als Inhaber des Rechts, eine ohne ihre Beteiligung getroffene Entscheidung über eine Kapitalerhöhung abzuwehren — auf Nichtigerklärung der Kapitalerhöhung nur deshalb klagen, um zum Nachteil der Gesellschaft rechtswidrige und dem Zweck des Artikels 25 Absatz 1 der Richtlinie offensichtlich fremde Vorteile zu erlangen, so darf es die innerstaatliche Vorschrift über den Rechtsmißbrauch anwenden, um die Klage abzuweisen.

26. Nachdem damit aus meiner Sicht geklärt ist, welche Bedeutung dem Verweis des Gerichtshofes auf die innerstaatliche Norm über den Rechtsmißbrauch zuzumessen ist, ist zum konkreten Ausgangssachverhalt zunächst darauf hinzuweisen, daß die Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil Kefalas auch für die Beantwortung der vorliegenden Fragen nützlich sind, da der damalige Sachverhalt mit dem vorliegenden teilweise übereinstimmt. Auch im vorliegenden Fall erachtet das nationale Gericht nämlich die Anfechtung der Änderung des Grundkapitals durch Verwaltungsentscheidung als rechtsmißbräuchlich, da der klagende Aktionär bei der ersten Kapitalerhöhung sein Bezugsrecht nicht ausgeübt habe. Wie bereits erwähnt, wurde aber schon im Urteil Kefalas [18] festgestellt, daß es einer Änderung der Gemeinschaftsbestimmung gleichkäme, wenn die Rechtsausübung aus diesem Grunde als mißbräuchlich betrachtet würde, denn damit würde von einem Aktionär, damit er eine ohne Zustimmung der Hauptversammlung beschlossene Kapitalerhöhung wegen Verstoßes gegen Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie anfechten kann, paradoxerweise die Mitwirkung an dieser Kapitalerhöhung verlangt. Gleiches gilt für den vom vorlegenden Gericht ebenfalls angeführten Umstand, daß die Gesellschaft dank der öffentlichen Intervention zur Zufriedenheit der Gläubiger und der Aktionäre selbst saniert worden sei. Der Gerichtshof hat bereits mehrfach hervorgehoben, daß die Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung auch dann fortbesteht, wenn sich die Gesellschaft in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten befindet [19]. Es liegt außerdem auf der Hand, daß die Kapitalerhöhung ihrem Wesen nach die Vermögenssituation der Gesellschaft verbessern soll, und die Berufung auf Arti-

17 — Urteil Kefalas, Randnr. 28.

18 — Randnrn. 26 und 27.

19 — Vgl. zuletzt Urteil Kefalas, Randnr. 24.

kel 25 Absatz 1 der Richtlinie aus diesem Grunde für rechtswidrig zu erklären, wäre gleichbedeutend damit, die bloße Ausübung des Rechts aus dieser Bestimmung zu sanktionieren und dadurch die Tragweite der Bestimmung zu verändern.

27. Damit bleibt ein letzter Umstand zu prüfen, der die Klage im vorliegenden Fall in den Augen des vorlegenden Gerichts als mißbräuchlich erscheinen läßt: Der Kläger habe nämlich zusammen mit 32 weiteren Aktionären, die zusammen die Aktienmehrheit der Gesellschaft besessen hätten, selbst deren Unterstellung unter die besondere Regelung gemäß dem Gesetz Nr. 1386/1983 beantragt. Nachdem seit der strittigen Kapitalerhöhung viele Jahre vergangen seien, verletzten die Rechtsausübung durch den Aktionär und die Beseitigung bereits verfestigter und — wie ich vermute — unwiderruflicher Rechtsverhältnisse nach griechischem Recht die Grenzen, die durch Treu und Glauben, die guten Sitten und den sozialen und wirtschaftlichen Zweck des Rechts gezogen seien.

28. Ich möchte sogleich feststellen, daß ich diese Beurteilung nicht teile. Mit ihr würde Artikel 25 Absatz 1 der Richtlinie dahin ausgelegt, daß von seinem Geltungsbereich Aktionäre ausgeschlossen würden, die sich mit der Verletzung ihres Rechts, über das Schicksal des Grundkapitals zu entscheiden, sozusagen einverstanden erklärt hätten, indem sie die Verwaltung der Gesellschaft einem anderen Entscheidungsträger als der Hauptversammlung übertrugen. Dies zielt in anderen Worten darauf, mittels des allgemeinen Grundsatzes des Rechtsmißbrauchs das widersprüchliche Verhalten eines Aktionärs zu sanktionieren, der zunächst dem Entzug eines ihm durch Gemeinschaftsbestimmungen eingeräumten Rechts zugestimmt habe und später die Entscheidungen anfechte, die doch nichts anderes seien als die konkrete Durchführung der Regelung, die zwar der Richtlinie widerspreche, aber der er selbst zugestimmt habe.

29. Ich meine indessen, daß das Verhalten des Aktionärs nicht notwendig so gedeutet werden kann, wie es das nationale Gericht — und mit ihm die griechische Regierung — tut. Wenn der Aktionär die Anwendung des Gesetzes Nr. 1386/1983 begehrt, so stimmt er damit nicht zwingend der Übertragung der Befugnis zur Entscheidung über Kapitalerhöhungen auf einen anderen Entscheidungsträger als die Hauptversammlung zu. Die Unterstellung der Gesellschaft unter die Regelung des Gesetzes eröffnet nämlich ein weites Spektrum möglicher Lösungen für das Schicksal der Gesellschaft, weshalb es überzogen erschiene, dem Verhalten des Aktionärs eine ganz bestimmte Bedeutung beizulegen. Dies gilt um so mehr, als der im vorliegenden Fall klagende Aktionär, wie das vorlegende Gericht ausführt, niemals eine Kapitalerhöhung wünschte und aus diesem Grunde das ihm zustehende Bezugsrecht nicht ausübte. Vermutlich strebte er deshalb mit seiner Beteiligung an dem Antrag, die Gesellschaft dem Gesetz Nr. 1386/1983 zu unterstellen, in Wirklichkeit ein anderes Ergebnis an, nämlich die Abwicklung der Gesellschaft mit den sich aus dem Gesetz ergebenden Vorteilen. Dies erscheint auch deshalb plausibel, weil die finanzielle Lage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Antragstellung derart prekär war, daß der im Gesetz Nr. 1386/1983 vorgesehene Beratende

Ausschuß die Abwicklung der Gesellschaft mit den Vorteilen empfahl, die sich daraus gemäß den Artikeln 7 und 9 des Gesetzes für die Begleichung der Schulden ergaben.

30. Wenn die Aktionäre somit auch nicht von vornherein ausschließen konnten, daß der Antrag auf Unterstellung der Gesellschaft unter die Regelung des Gesetzes Nr. 1386/1983, wenn ihm stattgegeben würde, die Übertragung der Entscheidungsbefugnis für Kapitaländerungen auf einen externen Entscheidungsträger nach sich ziehen würde, erscheint mir doch der Zusammenhang zwischen dem Willen der Aktionäre und den Entscheidungen der Verwaltungsorgane zu vage und mittelbar, um anzunehmen, daß die Aktionäre mit ihrer Klage auf Nichtigerklärung der unter Verstoß gegen die Richtlinie gefaßten Beschlüsse versuchten, zum Nachteil der Gesellschaft rechtswidrige und offenkundig dem Zweck der Bestimmung fremde Vorteile zu erlangen.

31. Aber mehr noch. Wie erinnerlich, besteht das Hauptargument der Beklagten — im Lichte des Urteils Kefalas in Wirklichkeit ihr einziges — für die Einstufung der Rechtsausübung durch den Aktionär als „mißbräuchlich" in der zeitlichen Verzögerung, mit der er Klage auf Nichtigerklärung der unter Verstoß gegen die Richtlinie gefaßten Gesellschaftsbeschlüsse erhoben habe. Der Aktionär habe, anders gesagt, die sich aus Treu und Glauben, aus den guten Sitten und aus dem sozialen und wirtschaftlichen Zweck des Rechts ergebenden Schranken überschritten, indem er es erst Jahre nach den fraglichen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen ausgeübt, ursprünglich aber mit dem Begehren, die fragliche Sonderregelung anzuwenden, der Verletzung seines Rechts stillschweigend und vorab zugestimmt habe. Dies zeige letztlich, daß er mit seiner Klage vor dem nationalen Gericht in Wirklichkeit das Ziel verfolge, zum Nachteil der Gesellschaft — übrigens weder von den Beklagten des Ausgangsverfahrens noch von dem vorlegenden Gericht jemals präzisierte — rechtswidrige Vorteile zu erlangen.

32. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Das ergibt sich schon daraus, daß das Recht, dessen „verspätete" Ausübung dem Aktionär zur Last gelegt wird, von einer Gemeinschaftsrichtlinie gewährt wird, die der griechische Staat nicht fristgemäß umgesetzt hatte. Die Richtlinie, um deren Verletzung es hier geht, hätte in Griechenland bis zu dem in der Beitrittsakte genannten Datum (1. Januar 1981) umgesetzt werden müssen. Wie wir wissen, ist dies jedoch nicht geschehen, und noch zwei Jahre nach Ablauf der Umsetzungsfrist erließ der betroffene Mitgliedstaat eine innerstaatliche Regelung über die Kapitalerhöhung von Gesellschaften, die Artikel 25 der Richtlinie zuwiderlief.

33. In einer solchen Lage, die durch eine offensichtliche und fortwährende Nichterfüllung der gemeinschaftlichen Pflichten des Mitgliedstaats gekennzeichnet ist, darf aber meines Erachtens zum Nachteil einer

Privatperson keine negative Konsequenz an die versäumte zeitige Ausübung[20] eines aus einer nicht umgesetzten Richtlinie fließenden Rechts geknüpft werden; insbesondere läßt sich dem Aktionär unter solchen Umständen nicht vorwerfen, er habe angesichts der durch die Richtlinie eröffneten Möglichkeiten offensichtlich widersprüchlich oder sorgfaltswidrig gehandelt. Vielmehr erscheint die Annahme gänzlich gerechtfertigt, daß der einzelne vor der Umsetzung der Richtlinie in das innerstaatliche Recht seine Rechte aus ihr nicht kennen konnte. Es ist daran zu erinnern, daß es sich dabei um einen ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichteten Rechtsakt handelt und daß eine Richtlinie bis zu den Änderungen des Vertrages von Maastricht erst nach ihrer Mitteilung an die Staaten, an die sie sich richtet, in Kraft trat. Die fragliche Richtlinie wurde außerdem im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, Ausgabe L, in dem Teil veröffentlicht, in dem die Veröffentlichung keine Voraussetzung des Inkrafttretens ist. Aus einer Veröffentlichung zu rein informativen Zwecken können aber meines Erachtens nicht zu Lasten der Bürger gegen jedermann geltende Vermutungen der Kenntnisnahme abgeleitet werden.

34. Artikel 189 EG-Vertrag (jetzt Artikel 249 EG) in Verbindung mit dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Artikel 5 EG-Vertrag (jetzt Artikel 10 EG) und der in der Richtlinie enthaltenen allgemeinen Bestimmung[21] verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlaß der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um der Richtlinie nachzukommen, und zur Aufhebung entgegenstehender innerstaatlicher Vorschriften. Kommt ein Mitgliedstaat, wie im vorliegenden Fall, diesen Verpflichtungen nicht nach, so befindet er sich in einer Lage der Vertragsverletzung und kann einem einzelnen, dem die Richtlinie bestimmte Rechte gewährt, nicht zur Last legen, er habe auf eine Verletzung dieser Rechte nicht rechtzeitig reagiert. Gleiches gilt für die angebliche vorherige Billigung der Verletzung der Richtlinie, die in dem Antrag liegen soll, die Gesellschaft der Regelung des Gesetzes über die Sanierung von Unternehmen zu unterstellen. Es läßt sich nämlich nicht ausschließen, daß sich der einzelne in seinem Verhalten von der Auffassung leiten ließ, daß die besondere Regelung des Gesetzes Nr. 1386/1983 in keiner Weise unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht sei. Auch wenn diese Auffassung gewiß irrig ist, wurde sie doch ausschließlich hervorgerufen durch das vertragswidrige Verhalten des griechischen Staates, der im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht dafür gesorgt hatte, daß die Richtlinie umgesetzt und damit den Bürgern die volle Kenntnis der ihnen durch die Richtlinie gewährten Rechte ermöglicht worden war.

35. Unter diesen Umständen erscheint es mir verfehlt, zu Lasten des einzelnen eine Obliegenheit zur Kenntnis seines Rechts mit der Folge anzunehmen, daß die Ausübung des Rechts aus der nicht umgesetzten Richtlinie immer dann als „mißbräuchlich" anzusehen wäre, wenn das Verhalten des Betroffenen nicht als völlig mit dem Inhalt der Richtlinie übereinstimmend erscheint. Andernfalls eröffnete man dem Staat, der der Vertragsverletzung schuldig ist und die für den Bürger gegebenen Schwierigkeiten, von seinem Recht Kenntnis zu nehmen, unmittelbar veranlaßt hat, die Möglichkeit,

20 — Insoweit erscheint der Hinweis nicht überflüssig, daß der Aktionär die Klage so rechtzeitig erhob, daß der Eintritt der Verjährung vermieden wurde.

21 — Gemäß Artikel 43 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sie binnen zwei Jahren nach ihrer Bekanntgabe umzusetzen. Wie erwähnt, endete im Fall Griechenlands diese Frist gemäß Artikel 143 der Beitrittsakte am 1. Januar 1981.

aus seiner eigenen Vertragsverletzung Nutzen zu ziehen, indem er sich auf die Vorschrift über den Rechtsmißbrauch beruft und dadurch die Abweisung der Klage des Aktionärs erwirkt. Außerdem würde dem einzelnen damit die Pflicht auferlegt, selbst — in ihren Ergebnissen alles andere als vorhersehbare — Nachforschungen darüber anzustellen, ob hinreichend klare und präzise Voraussetzungen dafür gegeben sind, daß die Bestimmungen einer nicht umgesetzten Richtlinie gerichtlich gegen den für die Vertragsverletzung verantwortlichen Staat geltend gemacht werden können.

36. Die konkreten Umstände des Ausgangsfalls bestätigen dieses Ergebnis. Wie aus dem Vorlagebeschluß und den Stellungnahmen der Beteiligten hervorgeht, erhob der Kläger seine Klage im Februar 1991, also einige Jahre nach der Durchführung der in Frage stehenden Maßnahmen (jedoch noch innerhalb der Fristen vor Verwirkung oder Verjährung), aber unmittelbar nach der Kenntnisnahme von den Schlußanträgen des Generalanwalts in der Rechtssache Karella und Karellas [22]. So hat der Vertreter des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof darauf hingewiesen, daß erst mit der Verlesung dieser Schlußanträge, denen der Gerichtshof später folgte, in Griechenland Klarheit ermöglicht worden sei über die Rechtslage der Aktionäre, über die unmittelbare Wirkung der Richtlinie und damit über die Einklagbarkeit des sich aus der — erst kurz zuvor und ohne Rückwirkung in das innerstaatliche Recht umgesetzten — Richtlinie ergebenden Rechts der Aktionäre. Erst von diesem Zeitpunkt an konnte der Aktionär somit volle Kenntnis von seinem Recht erlangen, einer Kapitalerhöhung seiner Gesellschaft durch Verwaltungsentscheidung entgegenzutreten. Vorher ging nämlich die Haltung der Behörden und Gerichte dahin, daß die Anwendung einer innerstaatlichen Norm, die eine solche Erhöhung zuließ, ohne weiteres rechtmäßig sei. Wertete man die Erhebung einer Klage auf der Grundlage der Richtlinie allein deshalb als mißbräuchlich, weil der betroffene Bürger zu der Zeit, als der Mitgliedstaat die Richtlinie noch nicht umgesetzt hatte und sich somit in einem Zustand der Vertragsverletzung befand, ein Verhalten zeigte, das nach innerstaatlichem Recht in jeder Hinsicht legitim war, aber der Richtlinie zuwiderlief, so bürdete man dem einzelnen damit eine Pflicht zur Kenntnis der Rechte aus einer Gemeinschaftsrichtlinie auf, da die versäumte Ausübung dieser Rechte oder auch nur ein abweichendes Verhalten zu seinem Nachteil wären. Dies bedeutete aber zunächst eine Schwächung des Grundsatzes, daß die „vertikale" unmittelbare Wirkung von Richtlinien ein dem einzelnen zur Verfügung stehendes Rechtsinstrument ist, um auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht durch den Mitgliedstaat zu reagieren. Ebenfalls geschwächt würde zweitens die abschreckende Wirkung, die dieses Rechtsinstrument bei Verletzung der Pflicht zur frist- und ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien ausübt. Meines Erachtens ist jedoch die Unkenntnis des einzelnen von den Rechten aus einer nicht umgesetzten Richtlinie als gänzlich unverschuldet anzusehen, da sie nur die unvermeidbare Folge aus dem — seinerseits schuldhaften — Verhalten des säumigen

22 — Schlußanträge vom 30. Januar 1991 (Slg. 1991, I-2704). In diesen Schlußanträgen schlug Generalanwalt Tesauro dem Gerichtshof erstmals vor, auf die Vorlagefragen des griechischen Staatsrats zu antworten, daß 1) Artikel 25 der Richtlinie voraussetzungsfrei und hinreichend genau ist, so daß sich ein einzelner mit dem Vorbringen, eine Regelung in einer Gesetzesbestimmung sei mit diesen Vorschriften unvereinbar, vor den nationalen Gerichten gegenüber der Verwaltung auf sie berufen könne, und 2) daß dieser Artikel dahin auszulegen sei, daß er der Anwendung von Rechtsvorschriften entgegenstehe, die es zur Regelung der Geschäftsführung bestimmter Unternehmen in der Krise unter Wahrung eines Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre zuließen, daß die Erhöhung des Grundkapitals durch eine Handlung der Geschäftsführung ohne Beschluß der Hauptversammlung beschlossen werde.

Mitgliedstaats darstellt. Anders formuliert, berücksichtigt man die Umstände der Veröffentlichung, den weiteren Umstand, daß die Richtlinie an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, deren Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie in die innerstaatliche Rechtsordnung, das Erfordernis der vollständigen und einheitlichen Durchführung der Richtlinien in den Mitgliedstaaten und schließlich den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben gemäß Artikel 5 EG-Vertrag, so kann nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts eine Kenntnis der durch eine nicht umgesetzten Richtlinie gewährten Rechte nicht vermutet werden. Das Verhalten eines einzelnen, das — wie im vorliegenden Fall — lediglich widersprüchlich erscheint, kann deshalb keinesfalls mit der Anwendung des allgemeinen Grundsatzes des Verbots des Rechtsmißbrauchs sanktioniert werden [23].

37. Nach meiner Auffassung ist deshalb die erste Vorlagefrage dahin zu beantworten, daß die volle Wirksamkeit und einheitliche Anwendung von Artikel 25 der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 beeinträchtigt würden, wenn das nationale Gericht die Rechtsausübung durch einen Aktionär deshalb als mißbräuchlich bewerten dürfte, weil der Aktionär bei einer nach der Art ihres Zustandekommens mit Artikel 25 der Richtlinie unvereinbaren Kapitalerhöhung sein Bezugsrecht nicht ausübte oder weil er die Unterstellung seiner Gesellschaft unter die Regelung eines mit der Richtlinie unvereinbaren nationalen Gesetzes zu einem Zeitpunkt beantragte, zu dem er wegen der Vertragsverletzung des Mitgliedstaats, der den Rechtsmißbrauch geltend macht, ohne Sorgfaltsverletzung in Unkenntnis über die ihm durch die Richtlinie gewährten Rechte sein konnte.

38. Mit seiner zweiten Frage möchte das nationale Gericht wissen, welche Folgen sich für die Gültigkeit der ministeriellen Bescheide über die Änderungen des Grundkapitals ergeben, wenn die Einrede des Rechtsmißbrauchs begründet ist. Wegen der vorgeschlagenen Antwort auf die erste Frage erscheint mir die Beantwortung der zweiten Frage nicht erforderlich. Sollte der Gerichtshof jedoch zu der Auffassung gelangen, daß die Einrede des Rechtsmißbrauchs nach den vom nationalen Gericht dargelegten Umständen durchgreift, so meine ich, zumal insoweit weitere Erläuterungen seitens des vorlegenden Gerichts fehlen, daß sich der Gerichtshof auf die Antwort beschränken sollte, daß es Sache des nationalen Gerichts ist, unbeschadet der Abweisung der Klage des Aktionärs darüber zu entscheiden, ob die unter Verstoß gegen die Richtlinie gefaßten Beschlüsse über die Kapitaländerungen fortgelten oder ob sie wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts außer Anwendung zu lassen sind.

23 — Oder, wie hinzuzufügen ist, mit der Anwendung von Verjährungs- und Verwirkungsfristen gegen eine Klage auf der Grundlage eines Rechts aus einer nicht umgesetzten Richtlinie, soll der säumige Mitgliedstaat nicht aus seiner eigenen Vertragsverletzung Nutzen ziehen können. Aus diesem Grund hat der Gerichtshof meines Erachtens im Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-208/90 (Emmott, Slg. 1991, I-4269) zu Recht festgestellt, „daß sich der säumige Mitgliedstaat bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie nicht auf die Verspätung einer Klage berufen kann, die ein einzelner zum Schutz der ihm durch die Bestimmungen dieser Richtlinie verliehenen Rechte gegen ihn erhoben hat und daß eine Klagefrist des nationalen Rechts erst zu diesem Zeitpunkt beginnen kann" (Randnr. 23). Und aus dem gleichen Grunde hege ich Zweifel an der in späteren Urteilen gewählten Lösung, wonach dieser Grundsatz nur in Fällen gelten soll, in denen die Anwendung der Klagefrist dem Kläger des Ausgangsverfahrens jegliche Möglichkeit nähme, seinen Anspruch vor dem nationalen Gericht geltend zu machen (vgl. z. B. Urteil vom 15. September 1998 in der Rechtssache C-260/96, Ministero delle Finanze/Spac, Slg. 1998, I-4997, Randnrn. 28 bis 31).

Ergebnis

39. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Polymeles Protodikeio Athen wie folgt zu beantworten:

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, ist dahin auszulegen, daß ein nationales Gericht das Verhalten eines Aktionärs, der auf Feststellung der Rechtswidrigkeit einer nach der Art ihres Zustandekommens durch die Richtlinie untersagten Kapitalerhöhung klagt, nicht deshalb als mißbräuchlich bewerten darf, weil der Aktionär sein Bezugsrecht für die bei der Kapitalerhöhung ausgegebenen Aktien nicht ausübte oder weil seine Gesellschaft der Regelung eines mit der Richtlinie unvereinbaren innerstaatlichen Gesetzes zu einem Zeitpunkt unterstellt wurde, zu dem der Aktionär wegen der Vertragsverletzung des Mitgliedstaats, der den Rechtsmißbrauch geltend macht, die ihm durch die nicht umgesetzte Richtlinie gewährten Rechte nicht zu kennen brauchte.