SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 19. September 1996 *

1. Die den Gegenstand dieses Verfahrens bildende Vorlagefrage des Bundesgerichtshofs bezieht sich auf die Auslegung von Artikel 29 Absätze 1 und 4 der Zweiten Richtlinie 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 (77/91/EWG; im folgenden: Zweite Richtlinie) [1].

Das vorlegende Gericht möchte insbesondere wissen, ob seine Rechtsprechung, nach der ein Hauptversammlungsbeschluß, der das Bezugsrecht der Aktionäre für die neuen Aktien bei einer Kapitalerhöhung durch *Sach*einlagen ausschließt, nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen rechtmäßig ist, mit den genannten Bestimmungen vereinbar ist; diese Voraussetzungen sind offensichtlich strenger, als die Voraussetzungen, die die Richtlinie selbst für den Ausschluß des Bezugsrechts, wenn auch nur hinsichtlich des dort geregelten Falls, der Kapitalerhöhung durch *Bar*einlagen, festlegt.

Gemeinschaftsrechtlicher Zusammenhang und nationales Recht

2. Artikel 29 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie lautet: „Bei jeder Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch *Bar*einlagen müssen die Aktien vorzugsweise den Aktionären im Verhältnis zu dem durch ihre Aktien vertretenen Teil des Kapitals angeboten werden." [2]

Gemäß Artikel 29 Absatz 4 kann das Bezugsrecht durch Beschluß der Hauptversammlung (die nach den Vorschriften zu entscheiden hat, die in Artikel 40 über Beschlußfähigkeit und Mehrheitserfordernisse festgelegt sind [3]) ausgeschlossen oder beschränkt werden. In einem solchen Fall hat das Verwaltungs- oder Leitungsorgan der Hauptversammlung „einen schriftlichen Bericht über die Gründe für eine Beschränkung oder einen Ausschluß des Bezugsrechts zu erstatten und den vorgeschlagenen Ausgabekurs zu begründen".

Die Richtlinie enthält dagegen keine Vorschriften über das Bezugsrecht für Aktien

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 26, S. 1.

2 — Hervorhebung von mir.

3 — Es muß sich um eine Mehrheit von nicht weniger als zwei Dritteln der Stimmen der vertretenen Wertpapiere oder des vertretenen gezeichneten Kapitals handeln oder, wenn die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten dies vorsehen, um die einfache Mehrheit dieser Stimmen, sofern mindestens die Hälfte des gezeichneten Kapitals vertreten ist.

aus einer Kapitalerhöhung durch *Sach*einlagen.

3. Wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, schreibt die einschlägige nationale Regelung vor, daß die neuen Aktien sowohl bei einer Erhöhung des Grundkapitals durch Bareinlagen als auch bei einer Erhöhung durch Sacheinlagen den Aktionären auf ihr Verlangen anzubieten sind [4].

Das Bezugsrecht kann durch Beschluß der Hauptversammlung ausgeschlossen werden, sofern der Vorstand [5] in einem schriftlichen Bericht den Ausschluß und den vorgeschlagenen Ausgabebetrag der neuen Aktien begründet [6].

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

4. Nach der im vorliegenden Fall fraglichen Rechtsprechung ist die Rechtmäßigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses, durch den das Bezugsrecht der Aktionäre bei einer Kapitalerhöhung ausgeschlossen wird, von zusätzlichen Voraussetzungen neben den in der Zweiten Richtlinie geregelten abhängig.

Der Bundesgerichtshof hat insbesondere in einem — eine Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen betreffenden — Urteil vom 13. März 1978 [7] festgestellt, daß das Bezugsrecht nur dann ausgeschlossen werden könne, wenn eine solche Maßnahme unter gebührender Berücksichtigung der Folgen, die für die vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre eintreten würden, durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt sei. Die Prüfung dieser Voraussetzungen schließe eine Abwägung der Gesellschafts- und Aktionärsinteressen und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck ein.

In einem späteren Urteil vom 19. April 1982 [8] hat der Bundesgerichtshof unter Bestätigung dieser Rechtsprechung ferner ausgeführt, daß, wenn die Hauptversammlung die Entscheidung über den Bezugsrechtsausschluß in dem Beschluß treffe, mit dem sie den Vorstand zu der Kapitalerhöhung ermächtige, die genannten Voraussetzungen bereits zu diesem Zeitpunkt so konkret feststehen und offengelegt werden müßten, daß eine endgültige Beurteilung durch die Hauptversammlung möglich sei.

Sachverhalt und Vorlagefrage

5. Am 28. März 1991 ermächtigte die Hauptversammlung der Siemens AG (im

4 — § 186 in Verbindung mit § 183 des Aktiengesetzes (AktG).

5 — Betrifft nur den italienischen Text.

6 — Vgl. § 186 AktG, der darüber hinaus weitere die Form betreffende Anforderungen festlegt.

7 — BGHZ 71, 40.

8 — BGHZ 83, 319. In diesem Fall handelte es sich, wie im übrigen im vorliegenden Fall, um eine Kapitalerhöhung mit Ermächtigung des Vorstands.

folgenden: Beklagte) den Vorstand, das Grundkapital in der Zeit bis zum 1. März 1996 um bis zu nominal 300 Millionen DM durch Ausgabe von Stammaktien gegen Geld- oder Sacheinlagen zu erhöhen.

Der Beschluß, in dem die Hauptversammlung ferner über eine gleichzeitige Satzungsänderung entschied, sah ausdrücklich den Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre für die neuen Aktien vor.

6. Der Vorstand wies in dem Bericht, mit dem er die Hauptversammlung um die Ermächtigung zur Vornahme der Kapitalerhöhung ersuchte, auf die Notwendigkeit hin, daß ihm ohne Beanspruchung der Börse eigene Aktien der Gesellschaft zur Verfügung stünden. In diesem Bericht hieß es ferner, daß das zusätzliche Kapital in zwei Fällen ausgenutzt werden solle: „Zunächst sollen Aktien den Arbeitnehmern wie in den vergangenen Jahren angeboten werden können. Ferner soll die Gesellschaft die Möglichkeit haben, in geeigneten Einzelfällen Beteiligungen gegen Überlassung von Stammaktien der Siemens AG erwerben zu können. Dem trägt der vorgeschlagene Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre Rechnung."

Herr Nold (im folgenden: Kläger), ein Minderheitsaktionär der Beklagten, erhob gegen diesen Hauptversammlungsbeschluß Anfechtungsklage. Zur Begründung führt er u. a. aus, der Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre für die neuen Aktien sei sachlich nicht gerechtfertigt und werde weder im Beschluß noch im Bericht begründet; ferner fehlten in beiden die vom Gesetz vorgeschriebenen Angaben zum Ausgabekurs der Aktien.

7. Der über die Klage in letzter Instanz entscheidende Bundesgerichtshof führt aus, die Anwendung der zuvor dargestellten nationalen Rechtsprechung würde im vorliegenden Fall zur Aufhebung des streitigen Beschlusses führen, da die vorgeschriebenen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Die für den Bezugsrechtsausschluß erforderlichen Voraussetzungen hätten nämlich zur Zeit der Hauptversammlung noch nicht ausreichend festgestanden, so daß diese nicht die vorgeschriebene Abwägung der betroffenen Interessen habe vornehmen können.

Das vorlegende Gericht hält es jedoch für zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung mit den angeführten Bestimmungen der Zweiten Richtlinie vereinbar ist, da sie an die Rechtmäßigkeit des Bezugsrechtsausschlusses strengere Anforderungen als diese Richtlinie stelle (wenn auch hinsichtlich des einzigen in der Richtlinie ausdrücklich geregelten Falls, Kapitalerhöhung durch Bareinlage). Da der Bundesgerichtshof der Auffassung ist, daß die Entscheidung über die Klage demnach von der Auslegung des Gemeinschaftsrechts

abhängig ist, hat er das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage vorgelegt:

Ist es mit der Zweiten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Dezember 1976 (ABl. 1977, L 26, S. 1), insbesondere Artikel 29 Absätze 1 und 4 dieser Richtlinie, vereinbar, daß ein Hauptversammlungsbeschluß, der eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen bei gleichzeitigem Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre zum Gegenstand hat, anhand einer Inhaltskontrolle nach den Grundsätzen der Entscheidungen BGHZ 71, 40 und BGHZ 83, 319 auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüft wird? [9].

8. Entgegen dem Wortlaut der Frage stellen sich im vorliegenden Verfahren tatsächlich zwei verschiedene, wenn auch zusammenhängende Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit der Zweiten Richtlinie: erstens die Frage der Vereinbarkeit der deutschen *Regelung*, die im Unterschied zur Zweiten Richtlinie ein zwingendes Bezugsrecht auch für Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen vorsieht, und zweitens die Frage der Vereinbarkeit der in Rede stehenden Rechtsprechung.

9. Bevor ich auf diese Fragen eingehe, möchte ich jedoch eine Vorbemerkung machen. Es steht fest, daß die deutsche Regelung, insbesondere § 186 AktG, deren Wortlaut im wesentlichen der Zweiten Richtlinie entspricht (nur mit dem Unterschied, daß in der Richtlinie nur auf Bareinlagen Bezug genommen wird), den Ausschluß des Bezugsrechts der Aktionäre für die neuen Aktien zuläßt, wenn u. a. die Voraussetzung erfüllt ist, daß in dem darauf bezüglichen Beschluß der Ausgabekurs dieser Aktien festgelegt (und gerechtfertigt) wird.

Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich einigermaßen deutlich, daß im vorliegenden Fall diese Voraussetzung wohl nicht beachtet wurde. Weder der Beschluß noch der Bericht des Vorstands an die Hauptversammlung scheinen nämlich in den (im Vorlagebeschluß wörtlich zitierten) Teilen, die den Ausschluß des Bezugsrechts betreffen, irgendwelche Bezugnahmen auf den Ausgabekurs der neuen Aktien zu enthalten, obwohl es sich, wie erwähnt, um eine Kapitalerhöhung durch Sach- oder Bareinlagen handelt. Dieser vom Kläger (offensichtlich erfolglos) beanstandete Umstand könnte für die Frage der Rechtmäßigkeit des streitigen Beschlusses ausschlaggebend sein. Ein Urteil, durch das ein Beschluß für rechtmäßig erklärt wird, der unter Nichtbeachtung der in der nationalen Regelung festgelegten, auf den Bestimmungen einer Gemeinschaftsrichtlinie beruhenden Voraussetzungen erlassen wurde, könnte nämlich Fragen hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit der Richtlinie selbst aufwerfen.

9 — Das vorlegende Gericht formuliert seine Frage also nur im Hinblick auf Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen. Meines Erachtens ist jedoch davon auszugehen, daß die fragliche Rechtsprechung auch auf Erhöhungen des Grundkapitals durch Bareinlagen Anwendung findet; zumindest bestehen keine offensichtlichen Gründe, diese auf den ersten Fall zu beschränken. Die Antwort des Gerichtshofes betrifft daher, obschon indirekt, auch die Rechtmäßigkeit dieser Rechtsprechung, soweit sie sich auf den zweiten Fall bezieht.

Da das vorlegende Gericht jedoch diesen Aspekt der Frage vor dem Gerichtshof nicht aufwirft, beschränke ich mich darauf, die Frage, wie sie oben in Nummer 8 formuliert worden ist, zu behandeln.

10. Die Frage, ob die durch die Zweite Richtlinie eingeführte Regelung abschließend ist oder, mit anderen Worten, inwieweit die Mitgliedstaaten befugt sind, die besonderen Vorschriften dieser Richtlinie in ihren Rechtsordnungen zu ergänzen oder zu vervollständigen, habe ich bereits ausführlich sowohl allgemein als auch unter besonderen Gesichtspunkten in den Schlußanträgen in der Rechtssache Meilike erörtert [10].

Bei dieser Gelegenheit habe ich ausgeführt, daß trotz des Wortlauts der zweiten Begründungserwägung der Zweiten Richtlinie, wonach diese nur „beim Schutz der Aktionäre einerseits und der Gläubiger der Gesellschaft andererseits ein *Mindestmaß an Gleichwertigkeit*“ [11] sicherstellen soll, schon eine oberflächliche Analyse der Bestimmungen der Richtlinie zeigt, daß einige von ihnen so formuliert sind, daß sie jedes Ermessen und damit jedes Eingreifen des nationalen Gesetzgebers ausschließen.

11. Die Frage kann also nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der einzelnen Vorschriften der Richtlinie und der für den jeweiligen Bereich vorgesehenen Gesamtregelung beantwortet werden. Dabei ist meines Erachtens von wesentlicher Bedeutung, daß die Interessen der durch die Richtlinie geschützten Rechtssubjekte (Gläubiger und Aktionäre) nicht stets identisch sind: Ein stärkerer Schutz der einen Gruppe kann nämlich für die andere Gruppe nachteilig sein.

Mit anderen Worten sind im vorliegenden Fall zunächst Wortlaut und Ratio der fraglichen Bestimmung zu untersuchen. Sollte sich dabei ergeben, daß diese Bestimmung keine abschließende Regelung darstellt, die grundsätzlich jedes Ermessen für die Tätigkeit des nationalen Gesetzgebers ausschließen würde, ist noch zu prüfen, ob eine nationale Regelung (oder Rechtsprechung), die insofern strenger als Artikel 29 ist, als ihre Anwendung einen wirksameren Schutz für eine der genannten Gruppen von Rechtssubjekten bietet, keine nachteiligen Auswirkungen auf den Schutz der anderen Gruppe hat.

12. Zunächst also zum Wortlaut. Artikel 29 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie bestimmt, wie erwähnt, daß den Aktionären „bei jeder Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch Bareinlagen“ im Verhältnis zu ihrem Anteil am Kapital ein obligatorisches Bezugsrecht für die neuen Aktien zusteht. Diese Vor-

10 — Schlußanträge vom 8. April 1992 (Slg. 1992, I-4897, insbesondere Nrn. 12 und 17 bis 21). Der Gerichtshof ist jedoch auf diesen Punkt nicht eingegangen, da er der Auffassung war, es bestehe wegen der „hypothetischen Natur“ der Fragen des vorlegenden Gerichts keine Veranlassung, in der Sache zu entscheiden (Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91, Slg. 1992, I-4871).

11 — Hervorhebung von mir.

schrift enthält weitere Bestimmungen, die sich u. a. auf die Art und Weise der Ausübung des Bezugsrechts und die Voraussetzungen für dessen Ausschluß beziehen (Absätze 3 und 4). Die Bestimmung enthält also eine Regelung des Bezugsrechts für den Fall der Erhöhung des gezeichneten Kapitals durch Bareinlagen, während sie zur Erhöhung des Kapitals durch Sacheinlagen schweigt.

Es kann wohl ohne weiteres ausgeschlossen werden, daß dies „übersehen" wurde. Es bestehen nämlich in dieser Richtlinie zahlreiche Vorschriften, die unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Besonderheiten der Einlagen, „die nicht Bareinlagen sind", für diese Arten von Einlagen ausführliche und spezifische Regelungen vorsehen (vgl. etwa die Artikel 9 Absatz 2, 10, 11 und 27).

13. Dagegen kann nicht grundsätzlich, also allein aus dem Umstand, daß in der fraglichen Vorschrift nicht auf Sacheinlagen Bezug genommen wird, geschlossen werden, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber die darin enthaltene Regelung *ausschließlich* auf Kapitalerhöhungen durch Bareinlagen hätte beschränken wollen und den Mitgliedstaaten damit verboten hätte, diese auf Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen auszudehnen (oder eine entsprechende Regelung einzuführen oder beizubehalten).

Es ist nämlich davon auszugehen, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Begrenzung der Verpflichtung, neue Aktien vorzugsweise den Aktionären anzubieten, auf Bareinlagen lediglich der in den meisten Mitgliedstaaten bestehenden Rechtslage Rechnung trug. Zumeist beschränken diese das Bezugsrecht bei Sacheinlagen weitgehend oder schließen es völlig aus [12]; der Grund hierfür liegt im wesentlichen in den praktischen Schwierigkeiten, die die Ausübung des Bezugsrechts im letztgenannten Fall verursachen kann, da es sich bei der Einlage um eine nicht vertretbare Sache handelt.

14. Im übrigen ist in den Rechtsordnungen, in denen das Bezugsrecht für Aktien, für die Sacheinlagen geleistet werden, nicht zwingend vorgeschrieben oder aber eingeschränkt oder ausgeschlossen ist, ein solcher, eine Ausnahme darstellender Ausschluß in der Regel ausdrücklich vorgesehen. In der Richtlinie hingegen wird, wie bereits mehrfach erwähnt, hierzu nichts gesagt.

Aus dem Wortlaut der fraglichen Vorschrift ergeben sich daher meines Erachtens keine entscheidenden Anhaltspunkte dafür, daß

12 — Vgl. z. B. Artikel 2441 Absatz 4 des italienischen Codice civile, der bestimmt: „Das Bezugsrecht gilt nicht für neue Aktien, für die aufgrund des Beschlusses über die Kapitalerhöhung Sacheinlagen zu leisten sind." Entsprechende Bestimmungen bestehen ferner im französischen, belgischen, niederländischen, luxemburgischen, britischen, irischen, griechischen und portugiesischen Recht.

diese dahin auszulegen ist, daß sie es den Mitgliedstaaten verbietet, ein obligatorisches Bezugsrecht auch bei Sacheinlagen vorzusehen, wenn sie dies für zweckmäßig halten.

15. Dagegen ergibt eine Untersuchung der Ratio der fraglichen Vorschrift für die Beantwortung unserer Frage zweckdienliche Gesichtspunkte. Wie erwähnt, schreibt diese vor, daß bei einer Erhöhung des Grundkapitals (durch Sacheinlagen) Aktionäre bei der Zeichnung der neuen Aktien gegenüber Dritten zu bevorzugen sind: Dadurch soll das Recht der Aktionäre auf eine gleichbleibende prozentuale Beteiligung am Gesellschaftskapital gesichert werden.

Es handelt sich genau genommen um ein Recht, das Teil der Aktionärsstellung ist und, wie bereits ausgeführt, nur unter Einhaltung eines bestimmten Verfahrens und beim Vorliegen konkreter, objektiv überprüfbarer Voraussetzungen eingeschränkt werden kann.

16. Eine nationale Regelung, die einen wirksameren Schutz der Aktionäre gewährleistet, indem sie es ihnen ermöglicht, *auch* bei einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen ihre Beteiligung an der Gesellschaft im bisherigen Verhältnis aufrechtzuerhalten, steht daher meines Erachtens weder zum Wortlaut noch zur Ratio der Zweiten Richtlinie im Widerspruch; sie kann im Gegenteil dazu beitragen, daß deren Ziele besser erreicht werden [13].

Obwohl dieser Ausschluß des Bezugsrechts bei Sacheinlagen, wie erwähnt, in den meisten Mitgliedstaaten gesetzlich geregelt ist, wird er zudem in der Lehre kritisiert, weil er zum Nachteil der Minderheit mißbraucht werden könne, insbesondere wenn der wirkliche Zweck der Kapitalerhöhung nicht in der Einlage, sondern in der Aufnahme eines neuen Aktionärs in die Gesellschaft bestehe [14].

17. Wenn die Richtlinie jedoch, wie von mir vorgeschlagen, so ausgelegt wird, daß sie den Mitgliedstaaten gestattet, das Bezugsrecht auch in anderen als den ausdrücklich geregelten Fällen zwingend vorzusehen, so müssen diese Staaten meines Erachtens auch befugt sein, die Fälle, in denen dieses Recht ausgeschlossen werden kann, festzulegen und im einzelnen zu regeln.

13 — Es handelt sich im Ergebnis um den gleichen Gedankengang, wie er meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Pafitis (Schlußanträge vom 9. November 1995, Slg. 1996, I-1347, I-1349) und dem Urteil des Gerichtshof in dieser Rechtssache zugrunde lag; der Gerichtshof hat in diesem Urteil bestätigt, daß der in Artikel 25 Absatz 1 der Zweiten Richtlinie verankerte Grundsatz der ausschließlichen Zuständigkeit der Hauptversammlung für Änderungen des Grundkapitals absolute Geltung hat (Urteil vom 12. März 1996 in der Rechtssache C-441/93, Slg. 1996, I-1347).

14 — Vgl. z. B. Di Sabato, „Manuale delle Società", Turin 1990, S. 582 ff.

Dies gilt erst recht für die in Rede stehende deutsche Rechtsprechung, die, wie bereits ausgeführt, insofern strenger als die Richtlinie selbst ist, als sie den das Bezugsrecht für die Aktien ausschließenden Hauptversammlungsbeschluß nur dann als rechtmäßig ansieht, wenn neben den in der Richtlinie (wenn auch nur für Kapitalerhöhungen durch Bareinlagen) vorgesehenen Voraussetzungen noch weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Meines Erachtens kann daher die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die einen wirksameren Schutz der Interessen der Aktionäre bewirkt, ebenso wie die deutschen Rechtsvorschriften, nicht als mit den Zielen der Zweiten Richtlinie unvereinbar angesehen werden [15].

15 — Vollständigkeitshalber sei darauf hingewiesen, daß in der Lehre eine lebhafte Diskussion über diese Rechtsprechung stattgefunden hat, insbesondere was die Frage der Grenzen der richterlichen Überprüfung von Beurteilungen anlangt, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen. Die herrschende Meinung geht dahin, daß sich die richterliche Überprüfung auf die Beurteilung objektiver Elemente beschränken müsse, während sie nicht auf die Würdigung von Tatsachen oder Umständen, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen, erstreckt werden dürfe (vgl. etwa Lutter, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses — Besprechung der Entscheidung BGHZ 71, 40).

18. Abschließend bleibt lediglich entsprechend dem oben Gesagten zu prüfen, ob eine solche Auslegung, die die Anwendung der nationalen Regelung (und Rechtsprechung) eben deshalb zuließe, weil sie einer Gruppe von Rechtssubjekten, deren Schutz die Richtlinie bezweckt (den Aktionären), einen weitergehenden Schutz bietet, nicht letztlich die Interessen einer anderen Gruppe von ebenfalls durch die Richtlinie geschützten Rechtssubjekten (der Gläubiger) schädigen würde.

Hierzu ist geltend gemacht worden, daß die deutsche Regelung in der Auslegung des Bundesgerichtshofs den Minderheitsaktionären ermöglichen würde, die Durchführung von Kapitalerhöhungen, die von der Hauptversammlung beschlossen worden und damit rechtmäßig seien, vorübergehend zu verhindern; dadurch werde die Tätigkeit der Gesellschaft behindert und letztlich die Gläubigersicherheit beeinträchtigt. Ein Beispiel hierfür ist nach Auffassung der Beklagten der vorliegende Fall, in dem die gegen den Hauptversammlungsbeschluß gerichtete Klage eines Aktionärs, der nicht mehr als zehn Aktien besitze, die Verwirklichung der in Rede stehenden Kapitalerhöhung um mehr als fünf Jahre verzögert und damit die Tätigkeit der gesamten Gesellschaft gelähmt habe.

19. Meines Erachtens ist ein solches Risiko geringfügig und zudem gerechtfertigt. Nach der vom vorlegenden Gericht gegebenen Sachverhaltsdarstellung ist die fragliche Kapitalerhöhung nämlich offensichtlich rechtswidrig, da sie (zwar von der Hauptversammlung, aber) unter Verletzung der gesetzlich geregelten Anforderungen beschlossen wurde. Unter solchen Umständen halte ich es für ausgeschlossen, daß die Zweite Richtlinie, die — wie schon ihr Wortlaut zeigt — auf den Schutz der Minderheitsaktionäre gerichtet ist, so ausgelegt werden kann, daß sie der Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses auf Antrag eines Kleinaktionärs allein deshalb entgegensteht, weil eine solche Überprüfung zu Verzögerungen bei der Durchführung der von der Hauptversammlung beschlossenen Kapitalerhöhung führen könnte.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß das zuständige Gericht gegebenenfalls die ihm von seiner eigenen Rechtsordnung an die Hand gegebenen Instrumente anwenden könnte, um in angemessener Weise und rechtzeitig auf Klagen zu reagieren, die seines Erachtens offensichtlich unbegründet sind und lediglich der Verzögerung dienen.

20. Nach alledem schlage ich vor, daß der Gerichtshof die Frage des Bundesgerichtshofs wie folgt beantwortet:

Artikel 29 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 ist so auszulegen, daß er einer Rechtsprechung der nationalen Gerichte nicht entgegensteht, nach der ein Hauptversammlungsbeschluß, durch den das Bezugsrecht der Aktionäre für neue Aktien bei Kapitalerhöhungen durch Sacheinlagen ausgeschlossen wird, nur rechtmäßig ist, wenn strengere Voraussetzungen erfüllt sind, als sie die Richtlinie selbst für den Bezugsrechtsausschluß bei Kapitalerhöhungen durch Bareinlagen vorschreibt.