

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 144

**Vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz
im Rahmen des genehmigten Kapitals
bei der Aktiengesellschaft**

**Eine Untersuchung unter Einbeziehung der Grundlagen
und der Reichweite einer individuellen Abwehrklage
des Aktionärs beim genehmigten Kapital**

Von

Philipp Köster



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP KÖSTER

Vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz
im Rahmen des genehmigten Kapitals
bei der Aktiengesellschaft

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 144

Vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen des genehmigten Kapitals bei der Aktiengesellschaft

Eine Untersuchung unter Einbeziehung der Grundlagen
und der Reichweite einer individuellen Abwehrklage
des Aktionärs beim genehmigten Kapital

Von

Philipp Köster



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15725-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55725-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85725-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für meine Frau
und meine Eltern*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Justus-Liebig-Universität Gießen als Dissertation angenommen. Sie entstand in der Zeit von April 2014 bis Mai 2017, in der ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung tätig war. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Dezember 2018 berücksichtigt werden.

Meinem sehr verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jens Ekkenga gilt mein besonderer Dank für die kontinuierliche Unterstützung und Betreuung während meiner Promotionszeit. In dieser Zeit habe ich sowohl in fachlicher als auch persönlicher Hinsicht sehr viel von ihm lernen dürfen. Er gewährte mir die Freiheiten, die zur Anfertigung einer solchen Arbeit notwendig sind. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die dort enthaltenen wertvollen Gedanken möchte ich Herrn Prof. Dr. Jens Adolphsen sehr herzlich danken.

Hervorzuheben ist hier mein Freund Herr Dr. Udo W. Becker, der mir stets zur fachlichen Diskussion zur Verfügung und bei der Durchsicht des Manuskriptes mit wertvollen Anregungen zur Seite stand. Vielen Dank hierfür. Im gleichen Atemzug sei auch meinen Freunden Herrn Dr. Jan F. Hellwig und Herrn Johannes F. Bachmann herzlichst gedankt. Ihr habt die Zeit der Promotion im positiven Sinne zu einer für mich unvergesslichen gemacht. Ebenfalls danken möchte ich Frau Sabine Vorbrodt LL.M. (Madison), Frau Cora R. Baumann und Frau Melisa J. Kibler für die schöne gemeinsame Zeit in „Haus 76“.

Frau Michaela Noske danke ich für die stets sehr gute Zusammenarbeit.

Ein ganz besonderer Dank gebührt meinen Eltern Horst und Ulrike Köster, die meinen langen Bildungsweg stets ohne Vorbehalte unterstützt und gefördert haben. Sie hatten es hier durchaus nicht immer leicht mit mir. Meiner Frau Kerstin Köster möchte ich für den steten Rückhalt, die unerschütterliche Geduld und die Unterstützung danken, die sie für mich aufgebracht hat. Meine Frau und meine Eltern haben durch ihre liebevolle Hingabe maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Gießen, im März 2019

Philipp Köster

Inhaltsübersicht

Einleitung	31
------------------	----

Kapitel 1

Ein am Schutzbedürfnis der Aktionäre ausgerichteter Überblick über das genehmigte Kapital 34

§ 1 Grundlagen	34
A. Historie des genehmigten Kapitals	35
B. Sinn und Zweck	37
C. Ökonomische Bedeutung	39
§ 2 Ablaufplan für das genehmigte Kapital	41
A. Schaffung durch die Gründer oder die Hauptversammlung	41
B. Die Ausnutzungsentscheidung des Vorstandes	42
C. Die Durchführung der Kapitalerhöhung	43
§ 3 Die Kompetenzverteilung beim genehmigten Kapital	43
A. Die Kompetenzordnung bei aktienrechtlichen Grundentscheidungen	44
B. Kompetenzielle Grundlagen beim genehmigten Kapital	44
C. Derivative Kompetenz des Vorstandes	46
D. Folgen für den Gang der Untersuchung	57

Kapitel 2

Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung 59

§ 1 Einstweiliger Rechtsschutz vor der Beschlussfassung	60
A. Einstweiliger Rechtsschutz und Hauptversammlungsbeschlüsse – Problemstellung	60
B. Einstweiliger Rechtsschutz im Rahmen noch zu fassender Hauptversammlungsbeschlüsse	62
§ 2 Rechtsschutz gegen den Ermächtigungsbeschluss	91
A. Nichtigkeit des Ermächtigungsbeschlusses der Hauptversammlung	92
B. Anfechtbarkeit des Ermächtigungsbeschlusses der Hauptversammlung	94
§ 3 Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Eintragung des Ermächtigungsbeschlusses ...	150
A. Grundlagen	151
B. Erfordernis einer Antragsberechtigung?	153

C. Auswirkungen des § 246a AktG auf den einstweiligen Rechtsschutz des Aktionärs	153
§ 4 Zwischenergebnis	160

Kapitel 3

Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Ausübungsentscheidung des Vorstandes	162
§ 1 Einführung	162
§ 2 Kompetenzkontrolle bei Vorstandsbeschlüssen durch die Rechtsprechung	163
A. Grundlagen der Holz Müller-Entscheidung	163
B. Siemens/Nold-Entscheidung	169
C. Commerzbank/Mangusta II-Entscheidung	170
§ 3 Aktienrechtliche Wertungen zur Untermauerung einer Aktionärsklage auf rechtmäßiges Vorstandshandeln	174
A. Normative Anknüpfungspunkte	175
B. Wertungen aus der aktienrechtlichen Anfechtungsklage	177
C. Fazit	192
§ 4 Grundlagen einer Aktionärsklage gegen (kompetenzwidrige) Vorstandsbeschlüsse ..	192
A. Actio pro societate als Strukturentscheidung des Aktienrechts?	193
B. Materielles Schutzrecht des Aktionärs	202
C. Zwischenergebnis: Keine systematisch bedingte Verschlossenheit des Aktienrechts gegenüber einem materiellen Aktionärsschutzrecht	223
§ 5 Materielles Schutzrecht auf deliktsrechtlicher Grundlage?	224
A. § 823 Abs. 1 BGB als Lösungskonzept des Aktionärsschutzes?	224
B. Actio negatoria	226
C. Deliktischer Schutz „mitgliedschaftlicher Befugnisse“	229
§ 6 Materielles Schutzrecht auf verbandsrechtlicher Grundlage?	231
A. Der Anspruch auf gesetzes- und satzungsgemäße Betätigung der Gesellschaft ..	232
B. Materielle rechtlicher Anspruch auf Schutz der Mitgliedschaft als subjektivem Recht	234
C. Recht auf gesetzes- und satzungsgemäßes Verhalten aus einem Sozialkontrakt? ..	236
D. Verbandsklage als Individualrechtsschutz?	241
E. Kompetenzschutzklage	241
F. Negatorischer Rechtsschutz von relativen Aktionärsrechten als grundrechtsfunktionalen Abwehrrechten?	244
§ 7 Stellungnahmen und eigene Auffassung	248
A. Mitgliedschaft als abwehrrelevante Primärposition	248
B. Stellungnahme zu den deliktsrechtlichen Ansätzen	274
C. Eigene Positionierung	286

Kapitel 4

Einsatzmöglichkeiten im Rahmen des genehmigten Kapitals	334
§ 1 Fehlende Ermächtigungsgrundlage	334
A. Nichtiger, vernichteter und nicht existenter Ermächtigungsbeschluss	335
B. Erhobene Anfechtungs- und/oder Nichtigkeitsfeststellungsklage	336
C. Ausnutzungsbefugnis bei sich widersprechendem Beschlussmängelurteil und Freigabebeschluss	337
§ 2 Fehlerhafte Festsetzung des Ausgabebetrages	340
A. Bindung des Vorstandes an § 255 Abs. 2 AktG?	340
B. Angemessener Ausgabebetrag bei einer Kapitalerhöhung aus einem genehmigten Kapital außerhalb von Sonderkonstellationen	341
C. Angemessener Ausgabebetrag bei der Erfüllung einer Greenshoe-Option durch die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals	343
D. Angemessener Ausgabebetrag bei der Finanzierung von Umtauschgeboten durch ein genehmigtes Kapital	346
§ 3 Bezugsrechtsausschluss	347
A. Deckung durch den Unternehmensgegenstand als allgemeine Begrenzung der Ausnutzungsautonomie?	348
B. Kongruenz mit der Ermächtigungsgrundlage	353
C. Kongruenz mit dem „wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse“	354
D. Die Ausnutzungsentscheidung ohne Bezugsrecht bei einem durch Gründungssatzung geschaffenen genehmigten Kapital	371
E. Ergebnis	372
§ 4 Einsatz eines genehmigten Kapitals in Übernahmesachverhalten	372
A. Regelungsgehalt des § 33 WpÜG	372
B. Ausnutzungscompetenz im Angebotszeitraum: Anforderungen des § 33 WpÜG an einen Ermächtigungsbeschluss	374
C. Folgerungen für die Ausnutzungscompetenz des Vorstandes	377
D. Rechtsschutzmöglichkeiten im Überblick	378
§ 5 Genehmigte Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage	380
§ 6 Related party transactions (de lege ferenda)	383
§ 7 Beteiligungserwerb und Teilhaberechte	384
A. Nicht durch den Unternehmensgegenstand gedeckter Beteiligungserwerb	384
B. Durch den Unternehmensgegenstand und die Ermächtigung gedeckter Beteiligungserwerb	385
§ 8 Überschreitung des Unternehmensgegenstandes im Allgemeinen	389

Kapitel 5

Prozessuale Durchsetzung des verbandsrechtlichen Abwehrenspruchs	391
§ 1 Rechtsschutz vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung	392
A. (Einstweiliger) Rechtsschutz vor der Verwaltungsentscheidung	392

B. Allgemeine (vorbeugende) Unterlassungsklage	395
C. Einstweilige Unterlassungsverfügung	426
D. Zwischenergebnis zur (vorbeugenden) Unterlassungsklage und Unterlassungsverfügung	461
E. Allgemeine (vorbeugende) Feststellungsklage vor Eintragung der Durchführung	461
F. Einstweilige Feststellungsverfügung	481
G. Zwischenergebnis zur (vorbeugenden) Feststellungsklage und Feststellungsverfügung	485
§ 2 Rechtsschutz nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung	486
A. Entstehung von Mitgliedschaftsrechten bei der fehlerhaften Kapitalerhöhung aus einem genehmigten Kapital	486
B. Allgemeine (nachträgliche) Feststellungsklage	503
C. Klage auf Beseitigung der aus einem genehmigten Kapital geschaffenen Anteile	510
D. Zwischenergebnis	522
Regelungsvorschlag: Beschlussmängelrecht für das genehmigte Kapital de lege fe- renda	523
Thesensammlung	525
Literaturverzeichnis	533
Stichwortverzeichnis	574

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
------------------	----

Kapitel 1

Ein am Schutzbedürfnis der Aktionäre ausgerichteter Überblick über das genehmigte Kapital	34
--	----

§ 1 Grundlagen	34
A. Historie des genehmigten Kapitals	35
B. Sinn und Zweck	37
C. Ökonomische Bedeutung	39
§ 2 Ablaufplan für das genehmigte Kapital	41
A. Schaffung durch die Gründer oder die Hauptversammlung	41
B. Die Ausnutzungsentscheidung des Vorstandes	42
C. Die Durchführung der Kapitalerhöhung	43
§ 3 Die Kompetenzverteilung beim genehmigten Kapital	43
A. Die Kompetenzordnung bei aktienrechtlichen Grundentscheidungen	44
B. Kompetenzielle Grundlagen beim genehmigten Kapital	44
C. Derivative Kompetenz des Vorstandes	46
I. Uneinheitliche Kontrollmaßstäbe bei regulärer und genehmigter Kapitalerhöhung im Fall einer Ausnutzungsentscheidung als Akt der Geschäftsführung	46
1. Kontrollmaßstab bei Vorstandsentscheidungen	46
2. Beschlusskontrolle bei Kapitalerhöhungsbeschlüssen	48
a) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule auf die Beschlüsse der Hauptversammlung im Allgemeinen	49
b) Übertragbarkeit der Begründungen der Business Judgment Rule?	50
c) Subsumtion von Hauptversammlungsbeschlüssen unter die Tatbestandsmerkmale der Business Judgment Rule?	52
aa) Entscheidung frei von Interessenkonflikten	52
bb) Entscheidung auf einer angemessenen Informationsgrundlage	53
II. Stellungnahme zur Problematik uneinheitlicher Kontrollmaßstäbe	54
III. Ergebnis	56
D. Folgen für den Gang der Untersuchung	57

*Kapitel 2***Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den Ermächtigungsbeschluss
der Hauptversammlung**

59

§ 1 Einstweiliger Rechtsschutz vor der Beschlussfassung	60
A. Einstweiliger Rechtsschutz und Hauptversammlungsbeschlüsse – Problemstellung	60
B. Einstweiliger Rechtsschutz im Rahmen noch zu fassender Hauptversammlungs- beschlüsse	62
I. Einleitung	62
II. Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache als taugliches Begrenzungskrite- rium?	66
III. Konkretisierung der Anwendungsfelder des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen der Beschlussfassung in der AG	68
1. Einstweiliger Rechtsschutz gegen einen zu fassenden Hauptversamm- lungsbeschluss	69
a) Bei absehbarer Anfechtbarkeit	72
aa) Übertragung der Wertungen des Freigabeverfahrens?	73
bb) Vorverlagerung des einstweiligen Rechtsschutzes aufgrund des Freigabeverfahrens?	75
cc) Eintragungsbedürftigkeit als Differenzierungskriterium	77
b) Bei absehbarer Nichtigkeit	80
2. Einwirkung auf Beschlussgegenstände	80
3. Einflussnahme auf die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft	81
a) Grundsätzliche Zulässigkeit	82
b) Einflussnahme auf ein künftiges Abstimmungsverhalten von Mitak- tionären	84
aa) Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmrechtsbindung der Mitak- tionäre	84
bb) Rechtsgeschäftliche und treuepflichtgestützte Stimmrechtsbin- dung als Differenzierungskriterium	86
cc) Eintragungsbedürftigkeit als Differenzierungskriterium	87
IV. Zwischenergebnis und Einsatzmöglichkeiten im genehmigten Kapital	90
§ 2 Rechtsschutz gegen den Ermächtigungsbeschluss	91
A. Nichtigkeit des Ermächtigungsbeschlusses der Hauptversammlung	92
B. Anfechtbarkeit des Ermächtigungsbeschlusses der Hauptversammlung	94
I. Verfahrensmängel	94
II. Inhaltsmängel	95
III. Besonders virulente Fehlerkategorien	96
1. Unangemessener Ausgabebetrag als Anfechtungsgrund nach § 255 Abs. 2 AktG	96
a) Festsetzungspflicht	97

- b) Freiwillige Festsetzung eines Ausgabe-/Mindestbetrages 97
 - aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben? 100
 - bb) Börsenwert als Einflussfaktor? 102
 - cc) Übertragbarkeit der Wertungen des § 71 Abs. 1 Nr. 8 S. 4 AktG? 104
 - (1) Risikostrukturorientiertes Vergleichsbeispiel 105
 - (2) Risikostruktur bei der Veräußerung eigener Aktien 105
 - (3) Vergleich mit der Risikostruktur bei einer effektiven Kapitalerhöhung 107
 - dd) Ergebnis 108
- c) Anwendbarkeit von § 255 Abs. 2 AktG trotz fehlender Betragsfestsetzung? 109
- 2. Fehlerhafter Bezugsrechtsausschluss als Anfechtungsgrund 111
 - a) Materielle Anforderungen 112
 - aa) Siemens/Nold-Entscheidung 112
 - bb) Siemens/Nold und die Reaktionen in der Literatur 114
 - (1) Zustimmungende Literatur 115
 - (2) Kritische Stimmen 116
 - cc) Resümee zur materiellen Beschlusskontrolle nach der Siemens/Nold-Entscheidung 119
 - (1) Teleologische Aspekte 119
 - (2) (Kein) Eingeschränkter Kontrollumfang auf erster Stufe 122
 - (3) Kongruenz mit der dogmatischen Grundlage der materiellen Beschlusskontrolle 124
 - (4) Unangemessener Informationsrückbau? 125
 - (5) Beschränkungstendenzen 127
 - (6) Unterscheidung zwischen Bar- und Sachkapitalerhöhungen? 130
 - (7) Fazit 130
- b) Formelle Anforderungen 131
 - aa) Mehrheitserfordernis 132
 - bb) Bekanntmachungspflicht 134
 - cc) Die Berichtspflicht gem. § 186 Abs. 4 S. 2 AktG 136
 - (1) Auslagepflicht 137
 - (2) Versandungspflicht 138
 - (3) Bekanntmachungspflicht 140
 - (4) Berichtserfordernis bei der Vorratsermächtigung? 141
 - (5) Berichtsinhalt 143
 - (a) Ausgangslage 143
 - (b) Konkretisierte Planungen 145
 - (c) Nachberichterstattung in der Hauptversammlung 146
 - (d) Geheimnisschutz 147
 - dd) Fazit 147

c) Teilanfechtung des Bezugsrechtsausschlusses/der Vorratsermächtigung	148
§ 3 Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Eintragung des Ermächtigungsbeschlusses ...	150
A. Grundlagen	151
B. Erfordernis einer Antragsberechtigung?	153
C. Auswirkungen des § 246a AktG auf den einstweiligen Rechtsschutz des Aktionärs	153
I. Allgemeines	153
II. Streitstand zum Verhältnis der Verfahrensarten	154
III. Stellungnahme	155
IV. Ergebnis	158
V. Bestandskraft des Ermächtigungsbeschlusses	159
§ 4 Zwischenergebnis	160

Kapitel 3

Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Ausübungsentscheidung des Vorstandes

	162
§ 1 Einführung	162
§ 2 Kompetenzkontrolle bei Vorstandsbeschlüssen durch die Rechtsprechung	163
A. Grundlagen der Holzmilller-Entscheidung	163
I. Sachverhalt	163
II. Hauptantrag	164
III. 1. Hilfsantrag	166
IV. 2. Hilfsantrag	167
V. Bewertung	168
B. Siemens/Nold-Entscheidung	169
C. Commerzbank/Mangusta II-Entscheidung	170
I. Sachverhalt	170
II. Entscheidung	171
§ 3 Aktienrechtliche Wertungen zur Untermauerung einer Aktionärsklage auf rechtmäßiges Vorstandshandeln	174
A. Normative Anknüpfungspunkte	175
B. Wertungen aus der aktienrechtlichen Anfechtungsklage	177
I. Materielle Grundlage der Gestaltungsklage im Allgemeinen	178
1. Aufriss der relevanten Positionen	178
2. Stellungnahme	179
a) Materielles Gestaltungsklagerecht	179
b) (Echte) Gestaltungsklagen als Sonderfall?	181

- II. Existiert eine materiellrechtliche Grundlage der Anfechtungsklage? 182
 - 1. Anspruch des Aktionärs auf Aufhebung rechtswidriger Hauptversammlungsbeschlüsse? 183
 - 2. Anspruch auf gesetzes- und satzungsgemäße Beschlussfassung als schützenswerte Primärrechtsposition? 186
 - a) Mitgliedschaftlicher Ursprung? 186
 - aa) Anspruch auf gesetzes- und satzungsgemäße Beschlussfassung als Ausgleich für einen Souveränitätsverlust 187
 - bb) Verwaltungsrechtliche Vergleichsüberlegungen der Gegenposition 189
 - cc) Historisch teleologische Aspekte 191
 - b) Ergebnis 191
- C. Fazit 192

§ 4 Grundlagen einer Aktionärsklage gegen (kompetenzwidrige) Vorstandsbeschlüsse 192

- A. Actio pro societate als Strukturentscheidung des Aktienrechts? 193
 - I. Der Aktionär als nachrangiges Kontrollorgan? 193
 - II. Bewertung: Der Aktionär als nachrangiges Kontrollorgan? 195
 - III. Der Aktionär als besonderer Vertreter? – Representative action 197
 - IV. Bewertung: Der Aktionär als besonderer Vertreter? – Representative action 198
 - V. Ergebnis 201
- B. Materielles Schutzrecht des Aktionärs 202
 - I. Anspruchslose Klagemöglichkeit? 202
 - 1. Darstellung der Auffassung 202
 - 2. Stellungnahme 204
 - II. Analoge Anwendbarkeit der § 243 ff. AktG auf Vorstandsbeschlüsse? 206
 - 1. Befürwortende Stimmen in der Literatur 206
 - 2. Stellungnahme 208
 - a) Einschränkung der Nichtigkeitsfolge als Ausnahmefall 208
 - b) (Keine) vergleichbare Interessenlage 209
 - c) (Keine) Aufbürdung der Klagelast 210
 - III. Folgen für den Fortgang der Untersuchung 212
 - IV. Historische Grundlagen für ein materielles Schutzrecht des Aktionärs? . . . 212
 - 1. Historie eines klagbaren Anspruchs des Einzelaktionärs (1843–1883) 212
 - 2. Historie eines klagbaren Anspruchs des Einzelaktionärs (1884 – heute) 214
 - 3. Erkenntnisse aus der Historie 216
 - V. Die Aktionärsklage: Ablehnende Stimmen in der Literatur 217
 - 1. § 118 Abs. 1 AktG als Leitentscheidung gegen Aktionärsklagen? 217
 - a) Die Aktionärsklage als aktienrechtlicher Fremdkörper? 217
 - b) Stellungnahme 219
 - 2. § 122 AktG als abschließender Teilhabetenschutz der Aktionäre? 221
 - 3. Kein Rechtsfortbildungsbedürfnis zugunsten einer Aktionärsklage 222

C. Zwischenergebnis: Keine systematisch bedingte Verschlossenheit des Aktienrechts gegenüber einem materiellen Aktionärsschutzrecht	223
§ 5 Materielles Schutzrecht auf deliktsrechtlicher Grundlage?	224
A. § 823 Abs. 1 BGB als Lösungskonzept des Aktionärsschutzes?	224
B. Actio negatoria	226
C. Deliktischer Schutz „mitgliedschaftlicher Befugnisse“	229
§ 6 Materielles Schutzrecht auf verbandsrechtlicher Grundlage?	231
A. Der Anspruch auf gesetzes- und satzungsgemäße Betätigung der Gesellschaft ...	232
B. Materieellrechtlicher Anspruch auf Schutz der Mitgliedschaft als subjektivem Recht	234
C. Recht auf gesetzes- und satzungsgemäßes Verhalten aus einem Sozialkontrakt?	236
D. Verbandsklage als Individualrechtsschutz?	241
E. Kompetenzschutzklage	241
F. Negatorischer Rechtsschutz von relativen Aktionärsrechten als grundrechtsfunktionalen Abwehrrechten?	244
§ 7 Stellungnahmen und eigene Auffassung	248
A. Mitgliedschaft als abwehrrelevante Primärposition	248
I. Subjektives Recht: Eine einheitlich strukturierte Rechtskategorie?	250
1. Savigny/Windscheid und Jhering	250
2. Bedeutung des objektiven Rechts für die Qualifizierung subjektiver Rechte	252
3. Subjektive Rechte als Normsetzungsbefugnis oder Klagebefugnis?	253
a) Normsetzungsbefugnis als Voraussetzung eines subjektiven Rechts?	253
b) Klagebefugnis als Voraussetzung eines subjektiven Rechts	254
4. Subjektives Recht: Zwischen Freiheitsrecht, Verhaltensberechtigung und Generalverbot	255
a) Subjektives Recht: Freiheitsrecht und Generalverbot	255
b) Subjektives Recht: Verhaltensberechtigung und Generalverbot	256
c) Bewertung	257
5. Fazit: Heterogenität subjektiver Rechte	260
II. Die Mitgliedschaft und die Frage nach ihrer dogmatischen Einordbarkeit	260
1. Die Mitgliedschaft als bloße Stellung im Rechtsverhältnis?	261
a) Der Begriff des Rechtsverhältnisses	261
b) Rechtsverhältnis „im engeren Sinne“ und subjektives Recht	262
c) Latentes Rechtsverhältnis und subjektives Recht	263
d) Zwingende Kontradiktorietät bei der dogmatischen Einordnung der Mitgliedschaft?: Subjektives Recht oder Rechtsverhältnis?	265
e) Mitgliedschaft als Rechtsverhältnis und subjektives Recht?	267
aa) Mitgliedschaft als Stellung im Rechtsverhältnis	268

bb) Stellungnahme	269
2. Die Mitgliedschaft als subjektives Recht?	270
3. Ergebnis	274
B. Stellungnahme zu den deliktsrechtlichen Ansätzen	274
I. Relevanz der Entscheidung	275
II. Strukturentscheidung des AktG	277
III. Ausschluss- und Nutzungsfunktion als prägende Merkmale des „sonstigen Rechts“?	280
IV. Erforderlichkeit einer Subjekt-Objekt-Beziehung für das „sonstige Recht“	283
V. Ergebnis	286
C. Eigene Positionierung	286
I. Genuin verbandsrechtliche Grundlage eines Schutzrechts	287
II. Hauptversammlungsspezifisches Schutzsystem	288
III. Rechtsschutzlücke: Schutz des aktienrechtlichen Teilhaberechts?	290
1. Mitgliedschaftliches Entscheidungsteilhaberecht	291
2. Teilhaberecht als Ausgleich des Autonomieverlustes	292
3. Lückenfüllung durch ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten	295
IV. Teilhaberechtsverletzung als Klagegrundlage	296
1. Klage nur bei Teilhaberecht in gleicher Sache	297
2. (Fehlende) Schützenswerte Primärrechtsposition?	299
V. Weitergehender Schutz subjektiver Rechte?	300
1. Klagbarkeit bei (hypothetisch) auch rechtswidriger Hauptversammlungsentscheidung?	301
2. Teilhabeschutz beim Bezugsrechtsausschluss	303
3. Teilhabeschutz beim Anspruch auf den Bilanzgewinn (§ 58 Abs. 4 AktG)	306
a) Grundlage des Teilhabeschutzes	306
b) „Modifikationen“ des Anspruchsumfanges	308
4. Teilhabeschutz bei ausführungspflichtigen Beschlüssen	309
5. Inkonsistenzen eines weitergehenden Schutzes von Individualrechten	310
a) Der Fall der Beteiligungsveräußerung	311
b) Der Fall des § 33 WpÜG	315
c) Beteiligungserwerb	315
6. Ergebnis	316
VI. (Kein) Konfliktpotential des § 122 AktG	318
VII. Aktivlegitimation/Vorliegen einer rügbaren Teilhaberechtsverletzung	320
VIII. Beeinträchtigung aktionärssensibler Bereiche als Begrenzungsmaßstab	321
IX. Einschränkungen de lege ferenda?	324
1. Quorumserfordernis bei Verletzung von Herrschaftsrechten, bei Börsennotation und Publikumsgesellschaften?	324
2. Stellungnahme	325

X. Beweislast	327
XI. Nachträgliche (bestätigende) Beschlussfassung	329
XII. Folgen für das genehmigte Kapital im Überblick/Ergebnis	331
1. Rechtswidriger Bezugsrechtsausschluss	331
2. Unangemessener Ausgabebetrag	331
3. Nichtiger oder angefochtener Ermächtigungsbeschluss	332
4. Jahresabschluss/Gewinnverwendungsbeschluss	333

Kapitel 4

Einsatzmöglichkeiten im Rahmen des genehmigten Kapitals	334
§ 1 Fehlende Ermächtigungsgrundlage	334
A. Nichtiger, vernichteter und nicht existenter Ermächtigungsbeschluss	335
B. Erhobene Anfechtungs- und/oder Nichtigkeitsfeststellungsklage	336
C. Ausnutzungsbefugnis bei sich widersprechendem Beschlussmängelurteil und Freigabebeschluss	337
§ 2 Fehlerhafte Festsetzung des Ausgabebetrages	340
A. Bindung des Vorstandes an § 255 Abs. 2 AktG?	340
B. Angemessener Ausgabebetrag bei einer Kapitalerhöhung aus einem genehmigten Kapital außerhalb von Sonderkonstellationen	341
C. Angemessener Ausgabebetrag bei der Erfüllung einer Greenshoe-Option durch die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals	343
D. Angemessener Ausgabebetrag bei der Finanzierung von Umtauschangeboten durch ein genehmigtes Kapital	346
§ 3 Bezugsrechtsausschluss	347
A. Deckung durch den Unternehmensgegenstand als allgemeine Begrenzung der Ausnutzungsautonomie?	348
I. Änderungsrelevanz des Ermächtigungsbeschlusses bei Überschreitung des Unternehmensgegenstandes	349
II. Stellungnahme	350
B. Kongruenz mit der Ermächtigungsgrundlage	353
C. Kongruenz mit dem „wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse“	354
I. (Kein) eingeschränkter Kontrollumfang auf zweiter Stufe	354
II. Kali+Salz-Maßstäbe	356
1. Übereinstimmung des Bezugsrechtsausschlusses mit dem Gesellschaftsinteresse	357
a) Gewinnerzielung als vermutetes Formalziel	359
b) Das Unterschiedsprinzip als Verteilungsmaßstab	361
c) Objektive Vorhersehbarkeit als Konkretisierungsinstrument	364

2. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit 365

3. Die Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne) 367

4. Kontrollumfang in toto 369

D. Die Ausnutzungsentscheidung ohne Bezugsrecht bei einem durch Gründungssatzung geschaffenen genehmigten Kapital 371

E. Ergebnis 372

§ 4 Einsatz eines genehmigten Kapitals in Übernahmesachverhalten 372

 A. Regelungsgehalt des § 33 WpÜG 372

 B. Ausnutzungscompetenz im Angebotszeitraum: Anforderungen des § 33 WpÜG an einen Ermächtigungsbeschluss 374

 C. Folgerungen für die Ausnutzungscompetenz des Vorstandes 377

 D. Rechtsschutzmöglichkeiten im Überblick 378

 I. „Reguläre“ Überschreitung des Ermächtigungsbeschlusses 378

 II. Verstoß gegen § 33 Abs. 1 WpÜG bei nicht zielgerichtetem Einsatz des genehmigten Kapitals als Abwehrinstrument 378

 III. Verstoß gegen § 33 Abs. 2 WpÜG bei zielgerichtetem Einsatz des genehmigten Kapitals als Abwehrinstrument 380

§ 5 Genehmigte Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage 380

§ 6 Related party transactions (de lege ferenda) 383

§ 7 Beteiligungserwerb und Teilhaberechte 384

 A. Nicht durch den Unternehmensgegenstand gedeckter Beteiligungserwerb 384

 B. Durch den Unternehmensgegenstand und die Ermächtigung gedeckter Beteiligungserwerb 385

 I. Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz nach Holz Müller? 385

 II. Vorlagepflicht auslösende Umstandsänderung? 387

 III. Vorlagepflicht bei kombiniertem Einsatz von Barmitteln und Akquisitionssaktien 388

§ 8 Überschreitung des Unternehmensgegenstandes im Allgemeinen 389

Kapitel 5

Prozessuale Durchsetzung des verbandsrechtlichen Abwehranspruchs 391

§ 1 Rechtsschutz vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung 392

 A. (Einstweiliger) Rechtsschutz vor der Verwaltungsentscheidung 392

 B. Allgemeine (vorbeugende) Unterlassungsklage 395

 I. Allgemeines 395

 II. Zeitpunkt der Rechtsbeeinträchtigung 396

III. Streitwertbestimmung und Zuständigkeit	397
1. Streitwertbestimmung	398
2. Zuständigkeit	400
IV. Passivlegitimation	401
V. Faktische Durchsetzbarkeit	402
1. Vorabberichtspflicht in der Rechtsprechung	402
2. Stimmen in der Literatur	405
a) Zustimmende Literatur	405
b) Ablehnende Stimmen	407
3. Kritische Betrachtung	408
4. Stellungnahme	411
5. Restriktionen	414
6. Durchführung im Einzelnen	415
7. Kapitalmarktrechtliche Veröffentlichungspflichten	418
8. Fazit	420
VI. Urteilswirkungen	420
VII. Klagefrist bei der (vorbeugenden) Unterlassungsklage?	422
1. § 246 Abs. 1 AktG analog?	422
2. Die positive Beschlussfeststellungsklage als wertungstechnischer Parallelfall?	423
3. Allgemeines zivilprozessuales Begrenzungsinstrumentarium	425
C. Einstweilige Unterlassungsverfügung	426
I. Verfügungsvoraussetzungen	427
II. Antragsbefugnis	428
1. Aufrechterhaltung einer Beschlussmängelklage	428
2. Aufrechterhaltung der Aktionärsklage	430
3. Auswirkungen eines stattgebenden Beschlussmängelurteils vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung	430
a) Ohne vorhergehenden Freigabebeschluss gem. § 246a AktG	431
b) Mit vorhergehendem Freigabebeschluss gem. § 246a AktG	431
III. § 945 ZPO als Rechtsschutzhemmnis oder als Instrument der Missbrauchsprävention?	431
1. Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht	432
a) Tatbestand	433
b) Vollziehungsschaden	434
2. Anwendbarkeit und Auswirkungen auf die Effektivität des Rechtsschutzkonzeptes	437
3. Maßnahmen zur Risikominimierung	439
a) Schadensumfangsminimierung analog § 247 AktG?	439
b) Mitverschulden der Aktiengesellschaft	440

- c) Der Einsatz eines Prozessvehikels 442
 - aa) Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nach GmbH-Recht 442
 - (1) Materielle Unterkapitalisierung als existenzvernichtender Eingriff? 442
 - (2) Hochrisikogeschäfte als existenzvernichtender Eingriff? 444
 - (3) Erfüllung der Voraussetzungen eines existenzvernichtenden Eingriffs durch missbräuchliche Rechtsschutzbegehren? 446
 - (4) Ergebnis: Haftungsfolgen für missbräuchlich über Prozessvehikel klagende Aktionäre 447
 - bb) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Aktiengesellschaft ... 449
 - (1) Möglichkeit deliktischer Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter 449
 - (2) Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB bei missbräuchlichem Einsatz eines Prozessvehikels 450
 - cc) Zwischenergebnis 453
- d) Einsatz von europäischen/ausländischen Gesellschaften als Heilmittel 453
 - aa) Haftung aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung 454
 - bb) Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs 456
 - (1) Problemlage 457
 - (2) Meinungsbild 457
 - (3) Stellungnahme 458
 - cc) Zwischenergebnis 460
- D. Zwischenergebnis zur (vorbeugenden) Unterlassungsklage und Unterlassungsverfügung 461
- E. Allgemeine (vorbeugende) Feststellungsklage vor Eintragung der Durchführung 461
 - I. Statthaftigkeit der allgemeinen Feststellungsklage gegen Vorstandsbeschlüsse 462
 - II. Subsidiarität der allgemeinen Feststellungsklage 464
 - III. Feststellbares (Dritt)Rechtsverhältnis 466
 - 1. Einleitung 467
 - 2. Vorstandsbeschluss als Drittverhältnis 468
 - 3. Feststellungsanträge 471
 - a) Mitgliedschaftsverhältnis als festzustellendes Rechtsverhältnis 471
 - b) Pflichtwidrigkeit der Ausnutzungsbeschlüsse als festzustellendes Rechtsverhältnis 471
 - IV. Feststellungsinteresse 471
 - 1. Bei Ausnutzung des genehmigten Kapitals durch die Verwaltungsorgane 472
 - 2. Die allgemeine Feststellungsklage als Allheilmittel der Vorstandskontrolle durch die Aktionäre? 475
 - V. Klagfrist bei der (vorbeugenden) Feststellungsklage 477

VI. Urteilstwirkungen	477
1. Inter Omnes-Wirkung des Feststellungsurteils?	477
2. Informationsdefizite als Hinderungsgrund?	479
VII. § 248a AktG analog?	480
F. Einstweilige Feststellungsverfügung	481
G. Zwischenergebnis zur (vorbeugenden) Feststellungsklage und Feststellungsverfügung	485
§ 2 Rechtsschutz nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung	486
A. Entstehung von Mitgliedschaftsrechten bei der fehlerhaften Kapitalerhöhung aus einem genehmigten Kapital	486
I. Fehlerhaftigkeit des Ermächtigungsbeschlusses	487
1. Ausnutzungsbefugnis vor der Eintragung der Durchführung nach § 189 AktG	487
2. Situation nach Eintragung der Durchführung	488
a) (Keine) Entstehung von Mitgliedschaftsrechten?	488
b) Aufbereitung der Problemlage	489
c) Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft und der vernichtete Ermächtigungsbeschluss beim genehmigten Kapital	491
d) Ausnahmen der Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beim genehmigten Kapital	493
e) Ergebnis	495
II. Fehlerhaftigkeit des Vorstandsbeschlusses	495
1. Vor Eintragung der Durchführung	495
2. Nach Eintragung der Durchführung	495
a) Mängel der Verwaltungsentscheidungen als verbandsinnenrechtliches Problem?	495
b) Stellungnahme	496
c) Anwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	498
d) Immunisierung der fehlerhaften Ausnutzungsentscheidung analog § 246a AktG?	500
e) Handeln ohne Ermächtigung als Ausnahme von den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft?	501
3. Ergebnis	503
B. Allgemeine (nachträgliche) Feststellungsklage	503
I. Feststellungsinteresse	504
1. Feststellungsinteresse bei angenommener Reversibilität	504
2. Feststellungsinteresse bei angenommener Irreversibilität	505
a) Nachgehendes rechtmäßiges Verwaltungsverhalten	505
b) Vorbereitung von Entlastungsbeschlüssen	506
c) Vorbereitung von Sekundäransprüchen	507
3. Fazit	510

II. Klagefrist	510
C. Klage auf Beseitigung der aus einem genehmigten Kapital geschaffenen Anteile	510
I. Allgemeines und Problemstellung	510
II. Möglichkeiten zur Beseitigung der rechtswidrig ausgegebenen Anteile aus einer fehlerhaften genehmigten Kapitalerhöhung	511
1. Mangel des Ermächtigungsbeschlusses	512
2. Mangel der Ausnutzungsentscheidung	513
a) Bei erhobener Feststellungsklage	513
b) Bei erhobener vorbeugender Unterlassungsklage	514
III. Aktienrechtliche Zulässigkeit einer Beseitigungsklage	517
IV. Rechtsschutz zugunsten der Neuaktionäre und des Vorstandes	519
D. Zwischenergebnis	522
Regelungsvorschlag: Beschlussmängelrecht für das genehmigte Kapital de lege ferenda	523
Thesensammlung	525
Literaturverzeichnis	533
Stichwortverzeichnis	574

Abkürzungsverzeichnis

a.A./A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AktG 1937	Aktiengesetz von 1937
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArbHd.	Arbeitshandbuch
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
bed.	bedingt(es)
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CFl.	Corporate Finance Law
d.	die
DAV	Deutscher Anwaltverein
DAX	Deutscher Aktienindex

DB	Der Betrieb
ders.	dieselbe
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entwurf
ebs.	ebenso
Einl.	Einleitung
etw.	etwas
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EuropGR	Europäisches Gesellschaftsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EwiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	für/folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FB	Finanzbetrieb
f.d.	für die
Festschr.	Festschrift
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über freiwillige Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GenR	Genossenschaftsrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hdb.	Handbuch
Herv.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRV	Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters
Hs.	Halbsatz
HV	Hauptversammlung

i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IPrax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.S.v	im Sinne von
i. V.m.	in Verbindung mit
jew.	jeweils
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht/Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht
Lit.	Buchstabe
Ls.	Leitsatz
Ltd.	Limited
m.	mit
Mio.	Millionen
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Mot.	Motive
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NWVbl.	Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
PersGes.	Personengesellschaft
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RG Bl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
sachl.	sachlich
Slg.	Sammlungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichtes erster Instanz der Europäischen Gemeinschaft
s. o.	siehe oben
teilw.	teilweise
Tz.	Teilziffer

UAbs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Wertpapiermitteilungen
WPAIV	Wertpapierhandelsanzeige- und Insiderverzeichnisverordnung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WpÜG-AngebotVO	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz-Angebotsverordnung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Das Untersuchungsziel der nachfolgenden Arbeit sind die Erfassung und der Ausbau des derzeitigen Rechtsschutzkonzeptes zugunsten eines Aktionärs im Rahmen einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital (§§ 202 ff. AktG). Dies bezieht die Stadien der Schaffung eines genehmigten Kapitals bis hin zur Ausnutzung desselben durch die Verwaltungsorgane und die darauffolgende Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ein. Der Fokus liegt hierbei auf den Möglichkeiten des vorbeugenden und des vorläufigen Rechtsschutzes des Aktionärs. Der repressive Rechtsschutz des Aktionärs wird nur insoweit thematisiert, wie eine unmittelbare Verknüpfung mit den auch präventiv wirkenden Rechtsbehelfen hergestellt werden kann. Die Probleme, die im Rahmen etwaiger Schadensersatzansprüche der Aktionäre oder der Gesellschaft auftreten können, bleiben im Rahmen dieser Ausarbeitung weitgehend außer Betracht.

Geleitet wird die Arbeit von dem Anliegen, den Aktionären einen effektiven Rechtsschutz einzuräumen und sie nicht auf ein „Dulden und Liquidieren“ zu verweisen. Das durch die Rechtsprechung entwickelte Rechtsschutzkonzept ist insbesondere aufgrund des bisher herrschenden Informationsdefizites der Aktionäre keineswegs dem bei einer regulären Kapitalerhöhung ebenbürtig, vielmehr ist es sogar defizitär. Denn für den wohl relevantesten Fall der Beeinträchtigung einer Aktionärsstellung, den Bezugsrechtsausschluss, fehlt den Aktionären aufgrund des durch die Rechtsprechung abgelehnten Vorabberichts eine hinreichende Informationsgrundlage für die rechtzeitige Klageerhebung.

Nach den in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnissen steht dem Aktionär ein verbandsrechtlicher Abwehranspruch auf Wahrung der mitgliedschaftlichen Teilhabeberechtigung zu, durch den er gegen Verwaltungsmaßnahmen vorgehen kann, die originär in der Zuständigkeit der Hauptversammlung liegende Maßnahmen betreffen. Wichtig ist für den Aktionär, dass das mitgliedschaftliche Teilhaberecht inhaltlich exakt für die durch die Verwaltung getroffene Entscheidung besteht. Dieser Anspruch wird bei einem Bezugsrechtsausschluss durch ein *de lege lata* begründbares Informationsrecht des Aktionärs vor der effektiven Ausnutzung durch die Verwaltung flankiert. Gleichsam kommen bei einer Börsennotierung der Aktiengesellschaft kapitalmarktrechtliche Informationsquellen in Betracht. Durch diese Kombination von Informationsrechten und Teilhaberechten können rechtswidrige Kapitalerhöhungen aus genehmigtem Kapital effektiv verhindert werden. Es wird sich zeigen, dass dieses Rechtsschutzkonzept nicht auf die Verhinderung der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung begrenzt ist. Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit, bereits entstandene Mitgliedschaftsrechte im Rahmen der

Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft zu beseitigen, wenn die Fehlerhaftigkeit rechtzeitig gerügt und durch Urteil anerkannt wurde. Hierbei kommt es entgegen der überwiegenden Ansicht bei rechtzeitiger Geltendmachung nicht darauf an, auf welcher Ebene – Ermächtigungs- oder Ausnutzungsebene – des genehmigten Kapitals der Fehler auftrat. Es kann also nicht angenommen werden, dass bei fehlerhaften Ermächtigungsbeschlüssen überhaupt keine Mitgliedschaftsrechte entstehen¹ und bei fehlerhaften Ausnutzungsentscheidungen dem Mangel keine Außenwirkung zukommt.² Hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Geltendmachung sind allerdings unterschiedliche Anforderungen bei Mängeln der Ermächtigungs- und Ausnutzungsebene zu stellen.

Zur Herausarbeitung des soeben skizzierten Rechtsschutzkonzepts wird zunächst ein einleitender Überblick über die Struktur des genehmigten Kapitals gegeben, der sich an dem Schutzbedürfnis der Aktionäre orientiert (Kapitel 1). Dieser Struktur folgend, wird im Anschluss der Rechtsschutz gegen den Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung erörtert (Kapitel 2). Hierbei werden nicht nur die Einwirkungsmöglichkeiten auf den gefassten Hauptversammlungsbeschluss selbst in den Blick genommen. Mitbehandelt werden auch die Einwirkungsmöglichkeiten des Aktionärs bei der Fassung eines Hauptversammlungsbeschlusses. Hierbei werden sowohl die Maßnahmen gegenüber der Aktiengesellschaft als auch den Mitaktionären behandelt. Um die Effektivität der prozessualen Rechtsschutzinstrumente in der Praxis zu erläutern, werden an den relevanten Stellen die wichtigsten formellen und materiellen Anforderungen im Rahmen des genehmigten Kapitals mitbehandelt. Hierbei wird sich zeigen, dass die materiell an den Ermächtigungsbeschluss zu stellenden Anforderungen hinter denen bei einem regulären Kapitalerhöhungsbeschluss zurückbleiben und geradezu als rudimentär bezeichnet werden können. Dies führt dazu, dass auch die prozessualen Angriffsmöglichkeiten der Aktionäre gegen den Ermächtigungsbeschluss als verkümmert bezeichnet werden müssen.

Aus diesem Grund gilt es im Anschluss, die Rechtsschutzmöglichkeiten hinsichtlich der Ausnutzungsebene näher zu beleuchten (Kapitel 3). Diese Ebene wird sich als der relevanteste Ansatzpunkt für einen effektiven Rechtsschutz beim genehmigten Kapital herauskristallisieren. Zunächst werden die durch die Rechtsprechung entwickelten Ansatzpunkte zur Kontrolle von Verwaltungsverhalten dargestellt. Dem folgend werden die im Aktienrecht ausmachbaren gesetzlichen Wertungen hinsichtlich der Klagemöglichkeiten eines Aktionärs gegenüber der Verwaltung näher beleuchtet. Sodann wird der Frage nach der dogmatischen Begründbarkeit einer Aktionärsklage gegen Verwaltungshandeln nachgegangen. Hierbei wird sich zeigen, dass entgegen der überwiegenden Auffassung die Rechtsgrundlage einer Aktionärsklage nicht im Deliktsrecht zu finden ist. Die Mitgliedschaft steht dem Aktionär nach eingehender Untersuchung zwar als subjektives Recht zu. Dieses kann er allerdings zumindest gegenüber der Aktienge-

¹ Vgl. hierzu S. 493 ff.

² Vgl. hierzu S. 495 ff.

sellschaft nicht als sonstiges Recht in Stellung bringen. Die materielle Grundlage einer Aktionärsklage lässt sich vielmehr allein auf einen autonom verbandsrechtlichen Grundsatz stützen, weshalb auch nur die Aktiengesellschaft als solche passiv legitimiert ist. Dem Aktienrecht lässt sich ein am mitgliedschaftlichen Teilhaberecht des Aktionärs orientiertes Schutzkonzept entnehmen, auf welchem auch die individuelle Aktionärsklage aufbaut. Auf diesem Boden lässt sich auch ihr Umfang trennscharf bestimmen. Den Einsatzmöglichkeiten der herausgestellten materiellrechtlichen Grundlage der Aktionärsklage im Rahmen eines genehmigten Kapitals wird sodann im Kapitel 4 nachgegangen. Hierbei werden die relevantesten gesetzlichen und satzungsgemäßen Anforderungen herausgearbeitet, die der Vorstand im Rahmen der Ausnutzung des genehmigten Kapitals zu beachtenden hat.

Dem folgend, wird die Möglichkeit der prozessualen Durchsetzung des verbandsrechtlichen Anspruchs auf Wahrung der Teilhabeberechtigung untersucht (Kapitel 5). Die denkbaren Rechtsbehelfe werden hierbei nach der Reihenfolge ihres chronologischen Anknüpfungspunktes von der Verhinderung der Ausnutzungsentscheidung über die Verhinderung der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung bis hin zur Beseitigung der Folgen der Eintragung der Durchführung beleuchtet.

Hierbei werden insbesondere die Voraussetzungen an die vorbeugende Unterlassungsklage³ sowie die Möglichkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage in den Blick genommen.⁴ Dabei fließt eine Untersuchung zur Möglichkeit des Aktionärs ein, die für Klagen notwendigen Vorabinformationen zu erlangen. Hier werden sowohl das Aktien- als auch das Kapitalmarktrecht als Grundlage von Informationsrechten in den Blick genommen. Ebenso wird die Möglichkeit der Erlangung einer einstweiligen Unterlassungsverfügung unter Berücksichtigung möglicher Hemmnisse zur Erlangung effektiven Rechtsschutzes, wie etwa § 945 ZPO, untersucht.

Im Anschluss an diese prozessualen Rechtsbehelfe vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung wird ein gesondertes Augenmerk auf die materiellen Folgen der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital gelegt. Hierbei wird sich herausstellen, dass diese im Grundsatz sowohl bei Mängeln des Ermächtigungsbeschlusses als auch bei Mängeln der Ausnutzungsentscheidung ex nunc reversibel ist. Nach den herausgearbeiteten Erkenntnissen muss bei der Rückabwicklung einer fehlerhaften genehmigten Kapitalerhöhung nach der Ebene des geltend gemachten Fehlers differenziert werden. In diesem Zusammenhang wird auch die prozessuale Durchsetzbarkeit dieses materiellen Ergebnisses im Rahmen einer aktienrechtlichen Beseitigungsklage untersucht. Grundlage ist auch hier wieder das in Kapitel 3 herausgearbeitete materielle Abwehrrecht des Aktionärs zum Schutz seiner mitgliedschaftlichen Teilhabeberechtigung.

³ Vgl. S. 395 [Allgemeine (vorbeugende) Unterlassungsklage].

⁴ Vgl. S. 461 [(Allgemeine (vorbeugende) Feststellungsklage vor Eintragung der Durchführung)].