

Übungsklausur im Kapitalgesellschaftsrecht: Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bei genehmig- tem Kapital*

Wiss. Mitarbeiterin Amani Mehdawi, Berlin, Wiss. Mitarbeiter Raoul Schlichting, Hamburg**

Der Fall setzt in einer Situation an, in der sich ein Aktionär gegen eine Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss im Zusammenhang mit genehmigtem Kapital wendet, bevor der Vorstand von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht hat.

Materiell-rechtlich geht es um die Konturierung des Aktionärsrechts auf Bezug junger Aktien nach einer Kapitalerhöhung, welches ihm grundsätzlich gem. § 186 Abs. 1 S. 1 AktG zusteht. Das Bezugsrecht zielt auf den Schutz des Aktionärs vor einer Verwässerung seines Stimmgewichts und der vermögensmäßigen Beteiligung an der Gesellschaft ab. Gem. § 186 Abs. 3 S. 1 AktG kann das Bezugsrecht durch einen qualifizierten Beschluss der Hauptversammlung ganz oder zum Teil ausgeschlossen werden. Nach § 203 Abs. 1 und Abs. 2 AktG ist der Ausschluss auch bei genehmigtem Kapital möglich. Ein Konflikt entsteht im Zusammenhang mit einem Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital daraus, dass der betroffene Aktionär die Gefahr der Verwässerung seiner Beteiligung zunächst hinnehmen muss und gegen die unter Bezugsrechtsausschluss vorgenommene Kapitalmaßnahme erst vorgehen kann, wenn der Vorstand von der durch die Hauptversammlung verliehenen Ermächtigung Gebrauch macht. Erst dann besteht ggf. die Verpflichtung des Vorstands, konkrete Gründe darzulegen, die den Bezugsrechtsausschluss rechtfertigen könnten. Problematisch ist dabei insbesondere, dass der Altaktionär von den Einzelheiten u.U. erst nachträglich in der nächsten Hauptversammlung erfährt.

Sachverhalt

Die X-AG ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft, deren Aktien im Freiverkehr an der Baden-Württembergischen Wertpapierbörse notiert sind. Das Grundkapital der X-AG beträgt 6,5 Mio. € und ist in ebenso viele auf den Inhaber lautende Stückaktien ohne Nennbetrag eingeteilt. Mit am 10.5.2017 im Bundesanzeiger veröffentlichten Schreiben wurden die Aktionäre der X-AG zur ordentlichen Hauptversammlung am 28.6.2017 eingeladen. In der Einladung zur Hauptversammlung findet sich im Rahmen der Tagesordnungspunkte auch der Hinweis, dass über Kapitalmaßnahmen unter Ausschluss des Bezugsrechts abgestimmt werden soll.

Auf der Hauptversammlung stimmten 97 % des vertretenen (und 76,53 % des absoluten) Grundkapitals für eine Änderung der Satzung zur Ermächtigung des Vorstands, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das Grundkapital der Gesellschaft bis zum 27.6.2022 einmalig oder mehrmalig um bis zu insgesamt 3,2 Mio. € gegen Bar- und/oder Sacheinlagen durch Ausgabe neuer Aktien zu erhöhen. Der Vorstand wurde weiter ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats das gesetzliche Bezugsrecht der Aktionäre in allgemein und abstrakt dargelegten Fällen auszuschließen. Auch der entsprechende

* In Anlehnung an: OLG Nürnberg, Urt. v. 11.8.2021 – 12 U 1149/18 (§§ 182, 186, 202, 203, 242, 243 AktG, § 139 BGB). Die Entscheidung ist im Volltext bei beck-online abrufbar (BeckRS 2021, 22150). Für Entscheidungsbesprechungen und Anmerkungen siehe BGH NJW-Spezial 2021, 687 (Leuering); WuB 2022, 15 (Fuhrmann).

** Die Autorin Mehdawi ist Wiss. Mitarbeiterin bei einer Rechtsanwaltskanzlei im Bereich des Gesellschaftsrechts. Der Autor Schlichting ist Wiss. Mitarbeiter an der Universität Hamburg am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Versicherungswissenschaft von Prof. Dr. Robert Koch, LL.M. (McGill).

Vorstandsbericht umschreibt die Fallkonstellationen, in denen der Vorstand von der Ausschließungsermächtigung Gebrauch machen darf, nur allgemein und in abstrakter Weise.

Großaktionär L hatte bereits im Vorfeld der Hauptversammlung geäußert, dass er sich vorstellen könnte, den übrigen Aktionären ein Kaufangebot zu machen, um so seine Beteiligung zu erhöhen. Auch ein Squeeze-Out sei denkbar. In Bezug auf die Satzungsermächtigung erwägt er, dem Vorstand eine Sachkapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss nahezulegen. Konkrete Pläne hat L derzeit aber nicht.

A ist seit 2012 Aktionärin der X-AG und mit dem Beschluss über das genehmigte Kapital und insbesondere mit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss nicht einverstanden, da sie durch den möglichen Bezugsrechtsausschluss den Verlust von Einfluss in der Gesellschaft befürchtet. Darüber hinaus macht sie geltend, dass der Ermächtigungsbeschluss in Bezug auf den Ausschluss des Bezugsrechts sich über die gesetzlich vorgesehene Begrenzung auf 10 % des Grundkapitals hinwegsetze, indem eine Kapitalerhöhung mit gleichzeitigem Bezugsrechtsausschluss bis zur gesetzlichen Höchstgrenze von maximal 50 % des Grundkapitals ermöglicht werde. Außerdem meint sie, dass die Kapitalmaßnahme und der mögliche Bezugsrechtsausschluss darauf abzielen, dem Großaktionär L, der 39 % der Anteile an der X-AG hält und auf der Hauptversammlung für das genehmigte Kapital und die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss gestimmt hat, kompensationslos ungerechtfertigte Sondervorteile zu gewähren, indem Kleinaktionäre wie sie aus der Gesellschaft gedrängt würden. Sie möchte daher gegen die Ausschließungsermächtigung, anderenfalls gegen den gesamten Hauptversammlungsbeschluss vorgehen.

Die X-AG hingegen ist der Auffassung, dass ein isoliertes Vorgehen gegen die Ausschließungsermächtigung gar nicht möglich sei, jedenfalls sei aber ein Vorgehen gegen den Hauptversammlungsbeschluss derzeit bereits unzulässig, weil der Vorstand von seiner Ermächtigung zur Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts noch keinen Gebrauch gemacht hat.

A übermittelt dem Landgericht am Sitz der X-AG am 27.7.2017 anwaltlich vertreten per Telefax einen Schriftsatz, der am selben Tag dort eingeht, um die Rechtmäßigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses überprüfen zu lassen.

Fallfrage

Prüfen Sie, inwieweit die von A erhobene Klage Erfolg haben wird.

Bearbeitungsvermerk

Es ist davon auszugehen, dass A ordnungsgemäß Widerspruch gegen den Hauptversammlungsbeschluss zu Protokoll erklärt hat.

Lösungsvorschlag

Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage der A gegen den am 28.6.2017 gefassten Hauptversammlungsbeschluss der X-AG	254
A. Zulässigkeit	254
I. Statthafte Klageart	254
II. Zuständigkeit.....	255
III. Form	255

IV. Partei- und Prozessfähigkeit	256
V. Rechtsschutzbedürfnis.....	256
VI. Ergebnis zu I.....	256
B. Begründetheit.....	256
I. Passivlegitimation	256
II. Anfechtungsbefugnis, § 245 Nr. 1 AktG	257
III. Anfechtungsfrist, § 246 Abs. 1 AktG	257
IV. Isolierte Anfechtbarkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss	257
V. Anfechtungsgründe nach § 243 Abs. 1 AktG	259
1. Rechtswidrigkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss, §§ 202, 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 AktG	259
a) Formelle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungs- beschluss	260
aa) Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung	260
bb) Verstoß gegen Informationspflichten gem. § 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 186 Abs. 4 S. 1 AktG	260
cc) Anforderungen an den Vorstandsbericht gem. §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG.....	260
b) Materielle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungs- beschluss	261
aa) Sachliche Rechtfertigung nach Kali+Salz.....	261
bb) Sachliche Rechtfertigung nach Siemens/Nold und Mangusta/ Commerzbank.....	262
c) Zwischenergebnis.....	263
2. Verstoß gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG	263
VI. Anfechtungsgrund gem. § 243 Abs. 2 AktG	263
VII. Ergebnis zu II.....	265
C. Gesamtergebnis.....	265

Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage der A gegen den am 28.6.2017 gefassten Hauptversammlungsbeschluss der X-AG

Die Klage der A hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Statthafte Klageart

Als statthafte Klageart kommt die Anfechtungsklage gem. § 246 AktG in Betracht. Diese ist statthaft,

wenn der Kläger Anfechtungsgründe, namentlich die Verletzung von Gesetz, der Satzung oder der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht nach Maßgabe des § 243 AktG, in Bezug auf einen Hauptversammlungsbeschluss geltend macht. A wendet sich gegen die Vorrats- und Ausschlussermächtigung aus dem am 28.6.2017 gefassten Hauptversammlungsbeschluss und verweist unter anderem auf einen Verstoß gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG und § 243 Abs. 2 S. 1 AktG, die Anfechtungsgründe i.S.d. § 243 AktG darstellen könnten. Somit ist die Anfechtungsklage statthaft.

Hinweis: Gegen einen Beschluss der Hauptversammlung kann ein Aktionär sowohl mit der Anfechtungsklage nach § 246 AktG als auch mit der Nichtigkeitsklage gem. § 249 AktG vorgehen. Welches die statthafte Klageart ist, richtet sich danach, ob der Beschluss an Mängeln leidet, die nur zur Anfechtbarkeit führen, die Wirksamkeit aber zunächst nicht berühren oder aber an solchen, die aufgrund ihrer Schwere die Nichtigkeit des Beschlusses begründen. Bei der Anfechtungsklage handelt es sich um eine Gestaltungsklage, bei der Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses erst durch die Rechtskraft des stattgebenden Urteils gem. § 241 Nr. 5 AktG (rückwirkend) eintritt, während es sich bei der Nichtigkeitsklage um eine Feststellungsklage handelt, welche die materiell-rechtlich bereits kraft Gesetzes bestehende Nichtigkeit bestätigt. Gemeinsam ist beiden Klagearten, dass sie denselben Streitgegenstand verfolgen: Der Hauptversammlungsbeschluss soll vom Gericht für nichtig erklärt bzw. die Nichtigkeit festgestellt werden. Daraus folgt, dass auch mithilfe der Anfechtungsklage Nichtigkeitsgründe gerügt werden können.¹ In der Praxis wird deshalb eine einheitliche Gestaltungsklage erhoben, bei der im Rahmen der statthafsten Klageart nicht zwischen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage unterschieden wird.²

II. Zuständigkeit

Ausschließlich zuständig für Anfechtungsklagen ist gem. § 246 Abs. 3 S. 1, S. 2 AktG das Landgericht am Sitz der AG. Auf Antrag des Klägers (§ 96 Abs. 1 GVG) oder des Beklagten (§ 98 Abs. 1 GVG) wird die Sache gem. § 95 Abs. 2 Nr. 1 GVG vor der Kammer für Handelssachen verhandelt. Damit ist hier das entsprechende Landgericht zuständig.

III. Form

A müsste die Klage formgerecht erhoben haben. Gem. § 253 Abs. 1 ZPO ist die Klage durch Zustellung der Klageschrift zu erheben. Der Schriftsatz muss dabei schriftlich bei Gericht eingehen, § 253 Abs. 5 ZPO. Problematisch könnte sein, dass der Anwalt der A den Schriftsatz mittels Telefax übermittelt hat. Fraglich ist, ob dies den Anforderungen des § 253 Abs. 5 ZPO genügt. Die Klageeinreichung per Fax ist grundsätzlich zulässig. Nach § 130 Nr. 6 ZPO ist es ausreichend, dass die Unterschrift bei Übermittlung der Klageschrift per Telefax in der bei Gericht eingehenden Telekopie wiedergegeben wird. Erforderlich ist die eigenhändige Unterschrift auf dem Ausgangsdokument. Die bei Gericht eingegangene und ausgedruckte Kopie stellt dann die Klageschrift dar.³ Folglich hat der Anwalt der A den Schriftsatz formgerecht übermittelt.

¹ Vgl. dazu Schäfer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 246 Rn. 21; Ehmman, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 246 Rn. 2.

² Vgl. Drescher, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 29, 31; Koch, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 31 Rn. 17.

³ Becker-Eberhard, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 253 Rn. 12; Saenger, in: Saenger, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. 2021, § 253 Rn. 2.

IV. Partei- und Prozessfähigkeit

Die X-AG ist gem. § 50 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1, 246 Abs. 2 S. 1 AktG parteifähig und wird abweichend von § 78 Abs. 1 S. 1 AktG nach dem sog. Prinzip der Doppelvertretung⁴ durch Vorstand und Aufsichtsrat prozessual vertreten, § 246 Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 51 Abs. 1 ZPO.

An der Partei- und Prozessfähigkeit der A bestehen keine Zweifel. Insbesondere ist sie anwaltlich vertreten, wie § 78 Abs. 1 S. 1 ZPO für landgerichtliche Prozesse vorschreibt.

V. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist aufgrund drohender Bestandskraft zu bejahen.

Hinweis: Fälle, in denen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, sind selten. Nicht erforderlich ist, dass der Kläger persönlich durch die klageweise geltend gemachten Gesetzes- bzw. Satzungsverstöße betroffen ist. Ausnahmsweise kann das Rechtsschutzbedürfnis abzulehnen sein, wenn der Beschluss von der Hauptversammlung bereits aufgehoben oder ein zunächst mangelhafter Beschluss ordnungsgemäß erneut vorgenommen worden ist.⁵ Der Missbrauch des Anfechtungsrechts lässt das Rechtsschutzbedürfnis und damit die Zulässigkeit der Klage nicht entfallen, sondern ist im Rahmen der Anfechtungsbefugnis bei der Begründetheit der Klage zu berücksichtigen.⁶

VI. Ergebnis zu I.

Die Klage ist zulässig.

Hinweis: Die Frage, inwiefern eine isolierte Anfechtung der Ausschließungsermächtigung zulässig ist, ist keine Zulässigkeitsfrage, sondern erst im Rahmen der Begründetheit zu diskutieren.⁷

B. Begründetheit

Die Klage der A ist begründet, wenn sie sich gegen den richtigen Klagegegner richtet, der Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar ist und A diesen als anfechtungsberechtigte Aktionärin innerhalb der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG angreift.

I. Passivlegitimation

Die Anfechtungsklage ist gem. §§ 246 Abs. 2 S. 1, 255 Abs. 3 AktG gegen die X-AG zu richten.

⁴ Koch, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 246 Rn. 30.

⁵ Drescher, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 32; Vatter, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Stand: 1.10.2022, § 246 Rn. 5.

⁶ BGH NJW-RR 1992, 1388 (1389); Schäfer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 246 Rn. 17.

⁷ BGH NZG 2007, 907 (907 f.); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 25; Schäfer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rn. 90.

Hinweis: Wichtig ist, zwischen Partei- und Prozessfähigkeit der AG einerseits und der Passivlegitimation andererseits zu unterscheiden. Während erstere die Frage der Zulässigkeit der Klage betreffen, handelt es sich bei der Passivlegitimation nach überwiegender Meinung um ein Erfordernis der Begründetheit.⁸

II. Anfechtungsbefugnis, § 245 Nr. 1 AktG

A müsste anfechtungsberechtigt sein. Dies ist der Fall, wenn sie als Aktionärin an der Hauptversammlung teilgenommen und Widerspruch gegen den Beschluss nach Maßgabe der §§ 255 Abs. 3, 245 Nr. 1 AktG eingelegt hat. A ist Aktionärin der X-AG und hat ihre Anteile bereits vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben. Auch war sie bei der Hauptversammlung anwesend und hat gegen den streitgegenständlichen Beschluss ordnungsgemäß Widerspruch zu Protokoll erklärt. Gründe für eine rechtsmissbräuchliche Erhebung der Klage (§ 242 BGB) sind nicht ersichtlich. Damit ist A anfechtungsbefugt.

III. Anfechtungsfrist, § 246 Abs. 1 AktG

A müsste die Anfechtung innerhalb der Monatsfrist der §§ 255 Abs. 3, 246 Abs. 1 AktG geltend gemacht haben. Die Berechnung erfolgt nach Maßgabe der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Fristbeginn ist der Tag der Hauptversammlung, wobei selbiger nicht mitgerechnet wird. Die Frist endet mit Ablauf des Tages, der im Folgemonat dem Tag entspricht, an dem die Hauptversammlung stattfand.⁹ Maßgebliches Ereignis für die Fristwahrung ist die Zustellung der Klageschrift an die beklagte Partei, §§ 253 Abs. 1 ZPO, 246 Abs. 2 S. 2 AktG, wobei zumutbare Verspätungen gem. § 167 ZPO unschädlich sind.¹⁰ Der Beschluss wurde am 28.6.2017 gefasst und die Klageschrift der A ging am 27.7.2017 bei Gericht ein. Mangels entgegenstehender Angaben ist von einer fristgerechten Zustellung an die X-AG auszugehen. A hat fristgerecht Klage erhoben.

Hinweis: Bei der Anfechtungsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG handelt es sich um eine Voraussetzung der Begründetheit und nicht etwa um eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Es ist eine materiellrechtliche Ausschlussfrist. Wird sie versäumt, ist die Klage als unbegründet abzuweisen, da der Anfechtungsgrund präkludiert ist. Die Regelungen der ZPO über die Fristverlängerung gem. §§ 224 f. und §§ 233 ff. ZPO sind nicht anwendbar.¹¹

IV. Isolierte Anfechtbarkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss

Das Klagebegehren der A ist auf die isolierte Anfechtung der Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss gerichtet. Problematisch könnte sein, dass die Ermächtigung – rein formal gesehen – im Zusammenhang mit der Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung gem. § 202 Abs. 1 AktG beschlossen wurde. Fraglich ist, ob A diesen Teil des Hauptversammlungsbeschlusses isoliert anfechten kann.

⁸ Vgl. Gehrlein, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 14. Aufl. 2022, § 50 Rn. 11, 6; § 51 Rn. 1.

⁹ Vatter, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Stand: 1.10.2022, § 246 Rn. 16.

¹⁰ Drescher, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 3.

¹¹ Vatter, Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG, Stand: 1.10.2022, § 246 Rn. 14.

Im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung gegen Einlage stehen der Kapitalerhöhungsbeschluss und der Bezugsrechtsausschluss in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang, da das Bezugsrecht gem. § 186 Abs. 3 S. 1 AktG nur im Beschluss über die Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden kann. Die Nichtigkeit des einen Teils hat demnach zwingend die Nichtigkeit des anderen Teils zur Folge.¹²

§ 203 Abs. 2 S. 1 AktG weist für den Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital einen weniger eindeutigen Wortlaut auf. Demnach kann die Ermächtigung vorsehen, dass der Vorstand über den Ausschluss des Bezugsrechts entscheidet. Vor diesem Hintergrund ist für die Frage der isolierten Anfechtbarkeit des Bezugsrechtsausschlusses bei genehmigtem Kapital vorab zu klären, ob die Ermächtigung zur Kapitalerhöhung unabhängig neben der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss steht.

Die Nichtigkeit einzelner Teile des Beschlusses kann nur dann festgestellt werden, wenn die Teile nicht aufeinander bezogen sind und auch sonst in keinem Zusammenhang stehen. Dies folgt aus dem Rechtsgedanken des § 139 BGB. Ein Beschluss ist in seiner Gesamtheit nichtig, wenn die Wirksamkeit des einen Teils mit der Wirksamkeit des anderen Teils stehen und fallen soll.¹³ Eine isolierte Anfechtbarkeit wäre in diesem Fall nicht möglich.

Anders liegt es, wenn das genehmigte Kapital seinen Zweck auch dann erfüllen kann, wenn den Aktionären ein Bezugsrecht zusteht.¹⁴ Nur wenn kein eindeutiges Ergebnis gefunden werden kann, führt die Vermutung des § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses. Dafür ist der mutmaßliche Wille der Hauptversammlung maßgeblich, der durch Auslegung des Hauptversammlungsbeschlusses zu ermitteln ist. Zugrunde zu legen ist hierbei nicht das Verständnis eines einzelnen Aktionärs, sondern, ob der Inhalt des Beschlusses eindeutig darauf schließen lässt, dass ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlussgegenständen vorliegt. Anhaltspunkte können sich z.B. aus der Formulierung des Beschlusses oder des entsprechenden Vorstandsberichts ergeben.¹⁵ Die Rechtsprechung hat in konsequenter Fortführung dieses Gedankens angenommen, dass, sofern Anhaltspunkte darauf schließen lassen, dass das genehmigte Kapital auch ohne Bezugsrechtsausschluss zustande gekommen wäre, die Nichtigkeit eines Bezugsrechtsausschlusses nicht auch die Nichtigkeit des genehmigten Kapitals zur Folge hat.¹⁶

Aus dem Wortlaut des streitgegenständlichen Beschlusses der Hauptversammlung der X-AG vom 28.6.2017 lässt sich zunächst nicht zweifelsfrei ableiten, dass das genehmigte Kapital auch ohne die Möglichkeit eines Bezugsrechtsausschlusses beschlossen worden wäre. Allerdings wurden genehmigtes Kapital und die Ausschließungsermächtigung ohne konkreten Anlass beschlossen, sog. Vorratsbeschluss. Damit stehen die Kapitalmaßnahme und die Ermächtigung in keinem Zusammenhang und letztere kann als selbstständiger Streitgegenstand angegriffen werden.¹⁷ Die isolierte Anfechtung der Ermächtigung des Vorstands der X-AG zum Bezugsrechtsausschluss ist zulässig.

¹² RGZ 118, 67 (70 f.); OLG Oldenburg AG 1994, 415 (416); Schäfer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rn. 92; Schwab, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 241 Rn. 48.

¹³ Vgl. Busche, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2021, § 139 Rn. 29, 31; Wendtland, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2022, § 139 Rn. 16; ähnlich Grunewald, NZG 2017, 1321 (1323).

¹⁴ Apfelbacher/Metzner, in: Hölters/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 203 Rn. 46; Schäfer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rn. 92.

¹⁵ BGH MittBayNot 2016, 252 (255); BGH NJW 1982, 2444 (2446); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 30 ff.; Ludwig/Möhrle, in: Rechenberg/Ludwig, Kölner Handbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 14 Rn. 1180.

¹⁶ BGH MittBayNot 2016, 252 (255); BGH NJW 1982, 2444 (2446).

¹⁷ BGH NZG 2007, 907 (908); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150, Rn. 34; vgl. Schwab, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 241 Rn. 48.

Hinweis: Unter einem Bezugsrecht versteht man das Recht eines Aktionärs bei einer Kapitalerhöhung gegen Einlage neuer Aktien entsprechend seiner Beteiligungsquote zu zeichnen, § 186 Abs. 1 AktG. Es dient unter anderem dazu, der Verwässerung des Beteiligungswerts entgegenzuwirken. Zunächst durch das Gesetz als korporatives Recht ausgestaltet, wird es durch Fassung eines entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschlusses zu einem konkreten und veräußerbaren Anspruch. Unter den Voraussetzungen des § 186 Abs. 3, Abs. 4 AktG ist indes ein Ausschluss möglich.¹⁸ Eine den Einfluss der Altaktionäre wahrende alternative Form der Eigenkapitalbeschaffung stellt die Kapitalerhöhung unter Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien dar (§ 139 AktG).

V. Anfechtungsgründe nach § 243 Abs. 1 AktG

Der Hauptversammlungsbeschluss der X-AG müsste in Bezug auf die Ausschließungsermächtigung anfechtbar sein. Gem. § 243 Abs. 1 AktG liegt ein Anfechtungsgrund bei Verletzung des Gesetzes oder bei einem Verstoß gegen die Satzung vor.

1. Rechtswidrigkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss, §§ 202, 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 AktG

A wendet sich gegen die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss. Fraglich ist, ob diese rechtmäßig zustande gekommen ist, was wiederum davon abhängt, an welchem rechtlichen Maßstab sich die Ausschließungsermächtigung messen lassen muss.

Das Bezugsrecht kann nicht nur bei der ordentlichen Kapitalerhöhung ausgeschlossen werden, sondern auch, wenn der Vorstand eine Kapitalerhöhung in Ausnutzung genehmigten Kapitals beschließt, vgl. §§ 203 Abs. 1 S. 1, 186 Abs. 1 S. 1 AktG. Dabei ist zwischen dem Direktausschluss im satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss und der sog. Ausschließungsermächtigung gem. § 203 Abs. 2 S. 1 AktG zu differenzieren. Ergänzend zu § 202 AktG richten sich die formellen und materiellen Anforderungen des Bezugsrechtsausschlusses im ersten Fall nach §§ 203 Abs. 1, 186 Abs. 3, Abs. 4 AktG, während bei der Ausschließungsermächtigung §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG maßgeblich sind.

Hier wurde der Vorstand der X-AG im satzungsändernden Hauptversammlungsbeschluss ermächtigt, das Bezugsrecht in abstrakt umschriebenen Fällen auszuschließen. Damit liegt eine Ausschließungsermächtigung i.S.d. § 203 Abs. 2 S. 1 AktG vor. Die Rechtmäßigkeit richtet sich dementsprechend nach den §§ 202, 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG.

Hinweis: Als Kapitalmaßnahme kommt neben der Erhöhung gegen Einlage gem. §§ 182 ff. AktG – auch ordentliche Kapitalerhöhung – das genehmigte Kapital in Betracht. Dabei beschließt die Hauptversammlung im Rahmen einer Satzungsänderung, §§ 179 ff. AktG, und unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 202 ff. AktG, dass der Vorstand unter Beteiligung des Aufsichtsrats ermächtigt wird, das Grundkapital der AG durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlage zu erhöhen. Es erfolgt also eine Verschiebung der Kompetenz von der Hauptversammlung auf den Vorstand.

¹⁸ Plückelmann, in: Schwertfeger, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, AktG § 186 Rn. 1, 3; Rebmann, in: Heidel, Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, AktG § 186 Rn. 1.

Vorteilhaft ist dies, da der AG so – ohne zeitintensive erneute Beschlussfassung der Hauptversammlung – kurzfristig und flexibel Kapital zur Verfügung gestellt werden kann. Dies kann etwa erforderlich sein, um auf veränderte Marktbedingungen zeitnah reagieren zu können.¹⁹

a) Formelle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungsbeschluss

aa) Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung

Grundsätzlich ist für einen Hauptversammlungsbeschluss gem. § 133 Abs. 1 AktG die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich. Hiervon abweichend bestimmt § 202 Abs. 2 S. 2 AktG ein strengeres, qualifiziertes Mehrheitserfordernis von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Der Beschluss wurde mit mehr als 97 % des vertretenen Grundkapitals gefasst, womit das nötige Quorum eingehalten wurde.

bb) Verstoß gegen Informationspflichten gem. § 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 186 Abs. 4 S. 1 AktG

Gem. § 203 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. § 186 Abs. 4 S. 1 AktG muss die geplante Abstimmung über den Ausschluss des Bezugsrechts zur Information und Warnung der Aktionäre ausdrücklich und ordnungsgemäß bekannt gemacht werden.²⁰ Ein entsprechender Hinweis ergab sich aus der Einladung zur Hauptversammlung, sodass diese formelle Voraussetzung erfüllt ist.

cc) Anforderungen an den Vorstandsbericht gem. §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG

Ferner könnte der Beschluss gem. §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG in Folge eines mangelhaften Vorstandsberichts anfechtbar sein.²¹ Der Vorstand hat der Hauptversammlung gem. § 186 Abs. 4 S. 2 AktG, der im Falle des genehmigten Kapitals kraft Verweisung in § 203 Abs. 2 S. 2 AktG sinngemäß gilt, einen schriftlichen Bericht über den Grund für den Ausschluss des Bezugsrechts zugänglich zu machen und den vorgeschlagenen Ausgabebetrag zu begründen. Sinn und Zweck des Vorstandsberichts ist, dass er die Hauptversammlung befähigt, sich ein Urteil über die Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses zu bilden.²² Dem könnte hier entgegenstehen, dass im Bericht lediglich allgemein gehaltene Ausführungen zur Rechtfertigung eines möglichen Bezugsrechtsausschlusses zu finden sind, wodurch der Hauptversammlung die Möglichkeit genommen sein könnte, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

Der Einwand des Berichtsmangels greift hier indes nicht durch, da es den Anforderungen an einen Vorstandsbericht entsprechend der geringen materiell rechtlichen Anforderungen zum Bezugsrechtsausschluss genügt, wenn dieser in allgemein gehaltener und abstrakter Form erfolgt.²³ Dass die Berichtspflicht insoweit zunächst leerläuft und erst bei der Ausnutzung der Ermächtigung durch

¹⁹ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 26; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 32 Rn. 29.

²⁰ Vgl. Wamser, in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 203 Rn. 65; Servatius in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 186 Rn. 36.

²¹ Ein mangelhafter Bericht führt zur Anfechtbarkeit des gesamten (str.) Hauptversammlungsbeschlusses: Servatius, in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 186 Rn. 47.

²² Hermanns, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 186 Rn. 10; Rieder/Holzmann, in: Grigoleit, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2020, § 203 Rn. 24.

²³ Siehe dazu sogleich sub specie II. 5. a) bb).

den Vorstand Bedeutung erlangt, ist hinzunehmen.²⁴ Damit liegt auch kein Verstoß gegen die §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG vor.

Hinweis: In Bezug auf die Frage, welchen Anforderungen der Vorstandsbericht gem. §§ 203 Abs. 2, 186 Abs. 4 S. 2 AktG genügen muss, insbesondere ob es ausreichend ist, dass lediglich beispielhafte Gründe für die Ausnutzung des genehmigten Kapitals unter Bezugsrechtsausschluss aufgeführt sind, hat das OLG Nürnberg, dessen Entscheidung der Fall nachgebildet ist, die Revision zugelassen. Dies wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.²⁵

b) Materielle Anforderungen an den ermächtigenden Hauptversammlungsbeschluss

Geschriebene materielle Vorgaben finden sich in § 202 AktG.²⁶ Demnach ist zunächst ein wirksamer Beschluss der Hauptversammlung der X-AG zur Kapitalerhöhung vorausgesetzt. Indem der Beschluss eine Frist für die Inanspruchnahme festlegt, die am 27.6.2022 endet, wurde die Höchstfrist des § 202 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 AktG eingehalten.

Auch überschreitet das genehmigte Kapital, das sich auf eine Gesamtsumme von 3,2 Mio. € beläuft, den Rahmen des § 202 Abs. 3 S. 1 AktG nicht. Ein Verstoß gegen § 202 AktG liegt nicht vor.

Grundsätzlich unterliegen Beschlüsse der Hauptversammlung keiner materiellen Inhaltskontrolle.²⁷ Eine Ausnahme bildet das von der Rechtsprechung für den Bezugsrechtsausschluss entwickelte Kriterium der sachlichen Rechtfertigung.

aa) Sachliche Rechtfertigung nach Kali+Salz

Im Ausgangspunkt richten sich die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Bezugsrechts bei einer ordentlichen Kapitalerhöhung nach § 186 Abs. 3 S. 1 AktG. Demnach ist ein Ausschluss nur im Beschluss der Hauptversammlung möglich. Daneben ist nach der sog. Kali+Salz-Rechtsprechung erforderlich, dass der Bezugsrechtsausschluss sachlich gerechtfertigt ist. Ein Ausschluss ist hiernach sachlich gerechtfertigt, wenn er im Interesse der Gesellschaft liegt, geeignet und erforderlich ist und die Angemessenheitsprüfung, innerhalb derer die den Aktionären erwachsenden Nachteile mit den Gesellschaftsinteressen in Abwägung gestellt werden, zu Gunsten der Gesellschaft ausfällt.²⁸

Hier hat die Hauptversammlung der X-AG keinen Direktausschluss beschlossen, sondern dem Vorstand eine entsprechende Ermächtigung ausgesprochen, im Bedarfsfall das Bezugsrecht auszuschießen. Dieser Fall ist bisher nicht eingetreten. Zu prüfen ist daher, welche Abweichungen sich im Falle einer Ausschließungsermächtigung für die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung ergeben.

Hinweis: Das Bezugsrecht der Aktionäre kann nicht willkürlich durch die Hauptversammlung bzw. den Vorstand ausgeschlossen werden. Der Ausschluss führt zu einer „Verwässerung“ der bestehenden Beteiligungen dahingehend, dass die Beteiligungsquote der Aktionäre am Grundkapital

²⁴ OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 72; *Herchen*, in: Aktienrecht, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2020, Abschnitt 12.06 Rn. 15.5, 21.1; *Plückelmann*, in: Schwerdtfeger, Gesellschaftsrecht Kommentar, 3. Aufl. 2015, AktG § 203 Rn. 16.

²⁵ Vgl. etwa OLG München NZG 2002, 1113 (1114); *Goslar*, EWiR 2018, 327 (328); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 m. Bespr. *Kocher*, BB 2018, 781 (787); *Than*, WuB 2018, 496 (499 f.).

²⁶ *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 132.

²⁷ *Servatius*, in: Spindler/Stilz, AktG, Kommentar, Bd. 2, Stand: 1.10.2022, § 186 Rn. 55.

²⁸ BGHZ 71, 40 (44 ff.); *Ekkenga*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2016, § 186 Rn. 75; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 60 Rn. 8.

relativ absinkt und sich Stimmrechtsquoten verschieben. Die veränderte Beteiligungsstruktur kann sich auf Minderheitsrechte auswirken,²⁹ was insbesondere dann relevant wird, wenn eine Aktionärsminorität dadurch eine Sperrminorität verliert. Darüber hinaus kann sich eine konzernrechtliche Abhängigkeit der AG von einem Großaktionär ergeben oder vertiefen, was zu Kursverlusten führen kann.³⁰

bb) Sachliche Rechtfertigung nach Siemens/Nold und Mangusta/Commerzbank

Die Ausschließungsermächtigung könnte sachlich gerechtfertigt sein. Problematisch könnte sein, dass der Hauptversammlungsbeschluss keine abschließenden Gründe nennt, die einen etwaigen Bezugsrechtsausschluss rechtfertigen würden. Daraus könnte sich die Gefahr ergeben, dass der Vorstand das Bezugsrecht nahezu schrankenlos ausschließen und dadurch den Aktienbesitz der betroffenen Aktionäre verwässern oder gar die Voraussetzungen für den Ausschluss von Minderheitsaktionären schaffen könnte (sog. aktienrechtlicher Squeeze-out, §§ 327a ff. AktG)^{31, 32}.

Die Rechtsprechung hat insbesondere in den Entscheidungen Siemens/Nold³³ und Mangusta/Commerzbank³⁴ für den Fall des genehmigten Kapitals einen gesonderten Rechtfertigungsmaßstab aufgestellt. Demnach genügt es für die sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses, dass die Maßnahme, zu deren Durchführung der Vorstand ermächtigt werden soll, im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt und der Hauptversammlung allgemein und in abstrakter Form bekannt gegeben wird.³⁵ Mit anderen Worten muss die Maßnahme zwar im Gesellschaftsinteresse liegen, aber nur in allgemein umschriebener Form bekannt gegeben werden, sodass die Hauptversammlung anhand dieser Informationen beschließt und eine konkrete Prüfung zu diesem Zeitpunkt gerade nicht erfolgt. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die tatsächlichen Gegebenheiten erst beurteilt werden können, wenn der Vorstand von der Ermächtigung Gebrauch macht. Weiter ist – anders als beim Bezugsrechtsausschluss im Rahmen einer ordentlichen Kapitalerhöhung – nicht erforderlich, dass die Maßnahme auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit geprüft wird. Anders verhält es sich nur, wenn der Vorstand im Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits eine konkrete Verwendungsabsicht hat. Dann ist er, von möglichen Geheimhaltungsinteressen abgesehen, verpflichtet, die Hauptversammlung darüber in Kenntnis zu setzen.³⁶

Für eine konkrete Verwendungsabsicht ist hier indes nicht ersichtlich, sodass der Hauptversammlungsbeschluss keine abschließenden Rechtfertigungsgründe aufführen musste, sondern die dort allgemein aufgeführten Gründe ausreichend sind.

²⁹ Beispielsweise §§ 93 Abs. 4 S. 3, 142 Abs. 2 S. 1, 148 Abs. 1 S. 1, 309 Abs. 3 S. 1 AktG.

³⁰ OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 52; *Rebmann*, in: Heidel, Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, AktG § 186 Rn. 2.

³¹ Abzugrenzen vom sog. kapitalmarkt- bzw. übernahmerechtlichen Squeeze-Out-Verfahren gem. §§ 39a ff. WpÜG, vgl. dazu etwa *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Kommentar zum Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, AktG § 327a Rn. 1 ff.; *Seyfarth*, Vorstandsrecht, 2. Aufl. 2023, Teil 4 § 16 Rn. 20 ff.

³² Der Bezugsrechtsausschluss darf nicht dazu dienen, ein Squeeze-Out-Verfahren vorzubereiten, *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 59.

³³ BGHZ 136, 133; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 60 Rn. 9.

³⁴ BGHZ 164, 241 (Mangusta/Commerzbank I); BGHZ 164, 249 (Mangusta/Commerzbank II); *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 60 Rn. 10.

³⁵ Vgl. *Apfelbacher/Metzner*, in: Hölters/Weber, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 203 Rn. 40 f.

³⁶ OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 55; *Koch*, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 203 Rn. 29; *Kuntz*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 131; Inwieweit eine Vorratsermächtigung zulässig ist, ist str., vgl. *Veil*, in: Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2020, § 203 Rn. 25 m.w.N.

c) Zwischenergebnis

Ein Verstoß gegen die §§ 203 Abs. 2 S. 2, 186 Abs. 4 AktG oder die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen liegt nicht vor.

2. Verstoß gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG

Der Hauptversammlungsbeschluss, konkret die Ausschlussermächtigung, könnte gegen § 186 Abs. 3 S. 4 AktG verstoßen. Die Vorschrift regelt in ihrem S. 4 den sog. erleichterten Bezugsrechtsausschluss. Sofern eine Kapitalerhöhung gegen Bareinlage 10 % des gezeichneten Grundkapitals nicht übersteigt und der Börsenpreis nicht wesentlich unterschritten wird, wird widerleglich vermutet, dass die Angemessenheitsprüfung im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu Gunsten der Gesellschaft ausfällt. Hier ermöglicht der Beschluss eine Kapitalerhöhung mit der Vorstandsermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bis zur gesetzlichen Höchstgrenze von bis zu 3,2 Mio €, d.h. bis zu einer Höhe von nahezu 50 % des Grundkapitals, § 202 Abs. 3 S. 1 AktG.

Fraglich ist indes, ob § 186 Abs. 3 AktG überhaupt anwendbar ist. § 203 Abs. 2 S. 2 AktG erklärt lediglich § 186 Abs. 4 AktG für sinngemäß anwendbar. § 203 Abs. 1 S. 1 AktG verweist zwar auf die §§ 185–191 AktG. Aus der Binnensystematik der Norm lässt sich indes folgern, dass dies nur für den Direktausschluss gelten kann. Denkbar wäre eine analoge Anwendung von § 186 Abs. 3 S. 4 AktG.³⁷ Eine Auseinandersetzung mit der Streitfrage könnte dahinstehen, wenn ohnehin kein Verstoß vorliegt.

Zum einen regelt die Vorschrift lediglich eine bestimmte Fallkonstellation, in welcher der Bezugsrechtsausschluss bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen rechtmäßig sein soll. Umgekehrt bedeutet dies gerade nicht, dass anderenfalls stets Rechtswidrigkeit vorliegt. Vielmehr ist dann die Angemessenheit des Bezugsrechtsausschlusses gesondert zu prüfen.³⁸

Zum anderen steht im Zeitpunkt der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung noch nicht fest, inwieweit § 186 Abs. 3 S. 4 AktG erfüllt sein wird, sollte der Vorstand von der Satzungsermächtigung im Hinblick auf das genehmigte Kapital und ggf. den Bezugsrechtsausschluss Gebrauch machen. Wenn schon der Ermächtigungsbeschluss keiner entsprechenden sachlichen Rechtfertigung bedarf, kann es auf § 186 Abs. 3 S. 4 AktG nicht ankommen, da die Regelung nur einen Spezialfall der sachlichen Rechtfertigung darstellt.³⁹ Ein Verstoß liegt damit nicht vor und die Frage, ob § 186 Abs. 3 S. 4 AktG beim genehmigten Kapital unter Bezugsrechtsausschluss analog anzuwenden ist, kann an dieser Stelle dahinstehen.

VI. Anfechtungsgrund gem. § 243 Abs. 2 AktG

Ein Anfechtungsgrund könnte überdies darin zu sehen sein, dass der Hauptversammlungsbeschluss dazu dienen könnte, dem Großaktionär L das Hinausdrängen von Minderheitsaktionären zu ermöglichen. A führt hier ins Feld, dass sie und andere Minderheitsaktionäre durch einen möglichen Bezugsrechtsausschluss Einfluss in der Gesellschaft verlieren könnten. Darüber hinaus würden die

³⁷ Instruktiv zur Frage um eine Ermächtigungsgrenze OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 m. Bespr. *Fuhrmann*, WuB 2022, 15 (18 f.) m.w.N.; offengelassen in OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 63; eine analoge Anwendung befürwortend u.a. *Apfelbacher/Metzner*, in: *Hölters/Weber*, Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2022, § 203 Rn. 42; *Kuntz*, in: *Kölner Kommentar zum AktG*, 3. Aufl. 2020, § 203 Rn. 136; *Koch*, in: *Koch*, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 186 Rn. 39a, § 203 Rn. 10a, 27.

³⁸ OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 65.

³⁹ BGH NZG 2007, 907 (ebd.); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 64.

Kapitalmaßnahme und der ggf. damit einhergehende Bezugsrechtsausschluss darauf abzielen, dem L, der 39 % der Anteile hält, ungerechtfertigte Sondervorteile zu gewähren. Gem. § 243 Abs. 2 AktG setzt dies voraus, dass der Aktionär beabsichtigt, sich mit seiner Stimmrechtsausübung Sondervorteile zum Schaden der anderen Aktionäre zu verschaffen, ohne einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Weiter muss der Hauptversammlungsbeschluss dazu geeignet sein. Erforderlich ist, dass der in Rede stehende Vorteilserwerb unter Berücksichtigung der Gesamtumstände als sachwidrige Bevorzugung erscheint.⁴⁰

Im Hinblick auf eine ordentliche Kapitalerhöhung gem. § 182 AktG unter Bezugsrechtsausschluss wurde in der Rechtsprechung dann ein Sondervorteil i.S.v. § 243 Abs. 2 AktG bejaht, wenn damit ein Beherrschungszuwachs und in der Folge eine Verbesserung der Stellung in der Aktiengesellschaft für die nicht vom Bezugsrechtsausschluss betroffenen Aktionäre einherging.⁴¹

Dem ist für die hier zu diskutierende Konstellation entgegenzuhalten, dass ein konkreter Vorteil und ein damit korrespondierender konkreter Schaden der A derzeit nicht ersichtlich sind: Im Hauptversammlungsbeschluss wurde der Vorstand lediglich ermächtigt, das Kapital unter Bezugsrechtsausschluss zu erhöhen. Von der Ermächtigung hat er noch keinen Gebrauch gemacht. Weder ist klar, ob dies je der Fall sein wird noch ob dabei auch das Bezugsrecht ausgeschlossen wird bzw. gegenüber welchen Aktionären.

Daneben muss der potentiell begünstigte Dritte auch Vorsatz in Bezug auf den Erwerb entsprechender Sondervorteile haben.⁴² L äußert, dass er sich vorstellen kann, den anderen Aktionären ein Kaufangebot zu unterbreiten und die mögliche Kapitalerhöhung dafür zu nutzen, die Voraussetzungen für einen aktienrechtlichen Squeeze-Out zu schaffen. Zwar zeigt dies, dass ihm als Großaktionär daran gelegen sein könnte, andere Gesellschafter aus der AG zu drängen. Daraus allein lässt sich aber kein Vorsatz bezogen auf das ungerechtfertigte Verschaffen von Sondervorteilen ableiten. Aus dem bloßen Umstand, dass ein Bezugsrechtsausschluss für die betroffenen Gesellschafter nachteilig sein kann, kann noch kein Wille gefolgert werden, ungerechtfertigt Vorteile für sich in Anspruch zu nehmen.⁴³ In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass der Vorstand der X-AG, sobald er von der Satzungsermächtigung Gebrauch macht, prüfen muss, ob der Bezugsrechtsausschluss gerechtfertigt ist und insbesondere nicht der Vorbereitung eines Squeeze-Out-Verfahrens dient.⁴⁴ Die Voraussetzungen von § 243 Abs. 2 AktG liegen nicht vor.

Hinweis: Für den Fall einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage des Großaktionärs hätte der Vorstand zu berücksichtigen, ob im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des Bezugsrechtsausschlusses eine gemischte Kapitalerhöhung mit gekreuztem Bezugsrechtsausschluss erforderlich ist. Dann würde bei der Barkapitalerhöhung das Bezugsrecht desjenigen, der die Sacheinlage leistet, und bei der Sachkapitalerhöhung das Bezugsrecht der übrigen Aktionäre ausgeschlossen.⁴⁵

⁴⁰ BGH AG 2009, 534 (535); OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 77; OLG Düsseldorf AG 2017, 900 (910).

⁴¹ Vgl. OLG Schleswig AG 2008, 129 (131); Schäfer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 243 Rn. 76.

⁴² Drescher, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 243 Rn. 28; Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, AktG § 243 Rn. 85.

⁴³ OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 80; Koch, in: Koch, Kommentar zum AktG, 16. Aufl. 2022, § 243 Rn. 34, 65.

⁴⁴ Vgl. OLG Nürnberg AG 2018, 406 (414); OLG Schleswig AG 2004, 155 (158); Bayer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 203 Rn. 133.

⁴⁵ OLG Nürnberg AG 2018, 406 (414); Bayer, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2021, § 203 Rn. 134.

Mehdawi/Schlichting: Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bei genehmigtem Kapital

VII. Ergebnis zu II.

Die von A erhobene Anfechtungsklage ist unbegründet.

C. Gesamtergebnis

Die Anfechtungsklage der A ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat daher keinen Erfolg.

Ausblick: Die konkrete Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses ist in diesen Fällen mit zeitlicher Verschiebung zu prüfen: Erst dann, wenn der Vorstand von der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss Gebrauch macht, hat er im Zeitpunkt seiner Entscheidung – dann in eigener Verantwortung – zu prüfen, ob der Ausschluss des Bezugsrechts aus unternehmerischer Sicht im Interesse der Gesellschaft liegt; erst zu diesem Zeitpunkt ist ja das geplante Vorhaben hinreichend bekannt.⁴⁶

⁴⁶ OLG Nürnberg BeckRS 2021, 22150 Rn. 56; *Plückelmann*, in: *Schwerdtfeger, Gesellschaftsrecht Kommentar*, 3. Aufl. 2015, AktG § 203 Rn. 20; *Veil*, in: *Schmidt K./Lutter, Kommentar zum AktG*, 4. Aufl. 2020, § 203 Rn. 28 ff.