

Rechtsfortbildung in der Krise: Das „gesetzlich genehmigte Kapital“

Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Die Finanzmarktkrise hat den Gesetzgeber zu schnellem Handeln gezwungen. Nach bemerkenswert kurzer Entwicklungsphase wurde am 17. Oktober 2008 das „Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG“ (ZIP 2008, 2040) verkündet. Es schafft nicht nur den Finanzmarktstabilisierungsfonds. In Art. 2 (FMStBG) enthält es flankierende gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Regeln. Sie sollen bedrohten Unternehmen des Finanzsektors schnellen Zugang zu dessen Mitteln ermöglichen. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sticht eine Finanzinnovation besonders hervor: Das in § 3 FMStBG geregelte „gesetzlich genehmigte Kapital“. Danach darf der Vorstand einer AG des Finanzsektors mit Zustimmung des Aufsichtsrats bis zum 31. Dezember 2009 das Grundkapital um bis zu 50 % durch Ausgabe neuer Aktien an den Fonds erhöhen. Die Hauptversammlung muss nicht zustimmen. Das Bezugsrecht der Aktionäre ist kraft Gesetzes ausgeschlossen. Die Kapitalerhöhung ist unverzüglich in das Handelsregister einzutragen. Eine Prüfung durch das Registergericht findet nicht statt. Nach Eintragung lassen Mängel des Beschlusses seine Durchführung unberührt. Was hat diese Neuerung mit dem genehmigten Kapital der §§ 202 ff. AktG zu tun? Der Gesetzgeber begreift, wie namentlich § 4 FMStBG zeigt, beide Arten der Kapitalerhöhung als gattungsgleich. Verknüpfung und Sprachwahl dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das gesetzlich genehmigte Kapital eine völlig andere Qualität hat: Es ist kein von den Aktionären gewillkürtes Kapital. Es ist eine Legalermächtigung an die Verwaltung des notleidenden Unternehmens, den Bund (Fonds) als Großaktionär □ bis zu einem Drittel des Grundkapitals □ ohne die Mitsprache der Aktionäre zu beteiligen. Ihnen wird lediglich auf der nächsten ordentlichen Hauptversammlung berichtet.

Aktionäre, notleidende Unternehmen, der Fonds und ihre Berater müssen sich fragen, ob das gesetzlich genehmigte Kapital auf einem soliden rechtlichen Fundament steht. Das ist mit Nachdruck zu verneinen: Die Übergehung der Hauptversammlung sowohl bei der Entscheidung über die Kapitalerhöhung als auch der kategorische Ausschluss des Bezugsrechts verstoßen gegen die Art. 25, 29 KapitalRL. Die RL sieht keine Ausnahme für Krisenunternehmen oder -szenarien vor. Die Rechtsprechung des EuGH kennt ebenfalls keine solche situative Ausnahme (Hellwig, FAZ Nr. 259 v. 5. 11. 2008, S. 23; Seiler/Wittgens, ZIP 2008, 2245, 2248; Spindler, DStR 2008, 2268, 2273 f.; Ziemons, DB 2008, 2635, 2637). Auch aus der Sicht des Verfassungsrechts ist schwerlich vorstellbar, die Nutzung des gesetzlich genehmigten Kapitals könnte mit dem Schutz der Aktionäre durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar sein. Anders als etwa bei dem verfassungsgemäßen Squeezeout (§§ 327a ff. AktG), über den die Hauptversammlung beschließt, geht es nicht um die relativ geringfügige Bereinigung einer nicht mehr sinnvollen Aktionärsstruktur, sondern um eine aktionärsunabhängige Staatsbeteiligung von bis zu einem Drittel des Grundkapitals. Zudem enthält das FMStBG keine gesetzliche Gewähr dafür, dass die Beteiligung des Fonds zu Bedingungen erfolgt, die den Wert der Beteiligung der Altaktionäre nicht verwässern. Die Freiheiten der Verwaltung bei der Ausstattung der neuen Aktien und bei der Bestimmung des Ausgabebetrages nach § 5 FMStBG lassen das Gegenteil befürchten. Es spricht daher viel dafür, dass sich die Aktionäre von kriselnden Unternehmen des Finanzsektors auch von Verfassungen wegen nicht den Staat als Mitaktionär aufdrängen lassen müssen. Einen Rechtssatz, wonach der Schutz durch die Verfassung in Krisenzeiten nicht gilt, gibt es nicht (schwankend Seiler/Wittgens, ZIP 2008, 2245, 2248; Spindler, DStR 2008, 2268, 2274).

Europa- und verfassungsrechtliche Bedenken wären allerdings dann müßig, wenn durch schnelle und prüfungsfreie Registereintragung ohne jede richterliche Kontrolle vollendete Tatsachen geschaffen werden könnten. Das Legalkonzept des gesetzlich genehmigten Kapitals ist ersichtlich auf die schnelle Kapitalbeschaffung unter Verhinderung verzögernder Aktionärsklagen ausgerichtet: Wo es keinen Hauptversammlungsbeschluss gibt, kann es keine Beschlussmängelklage geben. Das bedeutet aber nicht, dass den Aktionären jeder Rechtsschutz verschlossen ist: Zu dem herkömmlichen genehmigten Kapital hat der BGH die gerichtliche Kontrolle seiner Ausübung im Wege der Unterlassungsklage und der allgemeinen Feststellungsklage zugelassen (BGHZ 164, 249 = ZIP 2005, 2207). Auch vorbeugender Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung ist möglich. Diese Rechtsschutzmöglichkeiten müssen bei dem gesetzlich genehmigten Kapital erst recht zur Verfügung stehen, da hier die Hauptversammlung nicht einmal über die Ermächtigung an die Verwaltung entscheidet. Wo wäre eine solche Klage bzw. eV-Antrag anzubringen? Entsprechend § 246 Abs. 3 AktG wohl grundsätzlich bei dem Landgericht am Sitz des Unternehmens. Allerdings sieht § 16 Satz 3 FMStFG (= Art. 1 des FMStG) eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BGH für zivilrechtliche Streitigkeiten „nach diesem Gesetz“ vor. Streng systematisch gehören dazu keine Streitigkeiten, die ihren Grund im FMStBG (= Art. 2 des FMStG) haben. Die systematische Auslegung ist allerdings gerade bei Notstandsgesetzen nicht allein entscheidend. Der Zweck der Vorschrift, Streit schnell und zugleich höchststrichterlich zu entscheiden, passt auch hier (wohl auch Noack, Status: Recht 2008, 356, 357). Der direkte Weg nach Karlsruhe wäre daher notfalls in Erwägung zu ziehen.

Resümee: Das gesetzlich genehmigte Kapital ist eine fragwürdige Finanzinnovation. Sie sollte ungenutzt bleiben und mit der Krise wieder verschwinden. Diese Kritik schmälert nicht die Anerkennung für den Kraftakt, den das FMStG seinen Schöpfern abverlangt hat. Aber auch Notstandsgesetze haben sich in das bestehende Recht einzufügen □ die Krise heiligt nicht jedes Mittel. Der legislatorische Kampf gegen die Finanzmarktkrise muss so geführt werden, dass Kollateralschäden im Aktienrecht und bei den Aktionären vermieden werden. Das Arsenal des AktG/FMStG enthält dazu auch ohne gesetzlich gewillkürtes Kapital ausreichend geeignete Waffen.