

# **Digitales Brandenburg**

hosted by **Universitätsbibliothek Potsdam**

## **Vorzugsaktien ohne Stimmrecht**

**Bezenberger, Tilman**

**Köln [u.a.], 1991**

Drittes Kapitel: Stimmrecht und Allgemeine Mitwirkungsrechte

**urn:nbn:de:kobv:517-vlib-7386**

## Drittes Kapitel: Stimmrecht und Allgemeine Mitwirkungsrechte

### § 6 Stimmrecht

#### I. Begriffe

Aus dem Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft (Aktie) ergeben sich Vermögens- und Mitwirkungsrechte. Inhalt der letzteren – auch als »Herrschaftsrechte« oder »Mitverwaltungsrechte« bezeichnet – ist »die Befugnis, bei der Herstellung des Willens für die Körperschaft mitzuwirken«,<sup>1</sup> das Recht des Aktionärs, »sich im Rahmen des Gesetzes und der Satzung an der Verwaltung der Aktiengesellschaft und ihres Vermögens zu beteiligen und mitbestimmend auf ihr Schicksal einzuwirken«. <sup>2</sup> Ein entscheidendes Mitwirkungsrecht ist das Stimmrecht. Sein Begriff folgt aus der Organverfassung der Aktiengesellschaft und dem Grundsatz der Mehrheitsentscheidung. Die Aktionäre üben ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft grundsätzlich als deren Organ Hauptversammlung durch Mehrheitsbeschluß aus (§§ 118, 133). Das Stimmrecht ist das Recht, durch Willenserklärung (Stimmabgabe) am Zustandekommen von Hauptversammlungsbeschlüssen mitzuwirken.<sup>3</sup>

#### II. Ausschluß des Stimmrechts

##### 1. Reichweite des Stimmrechtsausschlusses

###### a) Unzulässigkeit eines Teil- oder Minderstimmrechts

Dieses Stimmrecht, vom Gesetzgeber 1884 noch als »das vorzüglichste Recht des Aktionärs« zwingend eingeführt<sup>4</sup> und auch von der heutigen Rechtsprechung als »das wichtigste mitgliedschaftliche Verwaltungsrecht

1 Motive zu dem Entwurf eines BGB, Bd. I, S. 107 (= Mugdan I, 411) und Flume, Juristische Person, S. 201, wo die Formulierung allerdings – zu weitgehend – als Begriffsbestimmung des Stimmrechts gegeben wird.

2 RGZ 111, 405 (407).

3 KK-Zöllner § 134, 4 u. § 12, 3; ders. in Baumbach/Hueck § 47 GmbHG, 23.

4 Allg. Begr. RegE 1884, bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre, S. 407 (465).

des Aktionärs« anerkannt,<sup>5</sup> kann für Vorzugsaktien nach den Bestimmungen der §§ 12 I 2 und 139 I ausgeschlossen werden. Es ist nicht unerläßlicher Bestandteil einer Mitgliedschaft.<sup>6</sup> Willensäußerungen der Vorzugsaktionäre bei der Abstimmung zur Beschlußfassung der Hauptversammlung wären rechtlich folgenlos, keine Willenserklärungen und dürften bei Feststellung des Beschlüßergebnisses nicht als Stimmen berücksichtigt werden.

Anders als die Vermögensrechte, die zu bemessen das Gesetz der Satzung überläßt,<sup>7</sup> kann das Stimmrecht, abgesehen von den weiteren ausdrücklich zugelassenen Sonderfällen des Mehrstimmrechts, des Höchststimmrechts und des abgestuften Stimmrechts teileingezahlter Aktien,<sup>8</sup> nur entweder belassen oder ganz ausgeschlossen werden. Vorzugsaktien mit einem in sonstiger Weise begrenzten Stimmrecht gibt es nicht. Ein der Stammkraft nach herabgestuftes »Minderstimmrecht« würde den Stammaktien ein ohne staatliche Genehmigung verbotenes Mehrstimmrecht beimessen. Unzulässig wäre auch eine gegenständliche Begrenzung des Stimmrechts auf bestimmte Beschlußangelegenheiten.<sup>9</sup> Die stimmrechtslose Vorzugsaktie ist im gezielten Gegensatz zu den früheren Mehrstimmrechten gesetzlich standardisiert; es handelt sich um einen im Sinne des § 23 V 1 abschließend festgeschriebenen Aktientyp, der Übergangsformen nicht zuläßt und jenseits dessen jede Aktie nicht irgendein teilweises, sondern grundsätzlich das einheitliche und gleichmäßige Stimmrecht gibt (§ 12 I).

Zulässig ist hingegen eine Befristung des Stimmrechtsausschlusses. Denn es ließe sich auch der nachzuzahlende Gewinnvorzug befristen,<sup>10</sup> so daß nach Fristablauf die Aktien analog § 141 IV stimmberechtigt werden. Die Befristung des Stimmrechtsausschlusses selbst wirkt nicht anders. Nur läßt sie den Vorzug fort dauern, die stimmrechtslose also zur stimmberechtigten Vorzugsaktie werden.

<sup>5</sup> BGHZ 70, 117 (122).

<sup>6</sup> BGHZ 14, 264 (270), GmbH. Allg. zum Stimmrechtsausschluß im Gesellschaftsrecht Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. I, S. 367–373 m. Nw.; Heitzer, Beteiligung ohne Stimmrecht, GmbH-Rdsch. 1952, S. 129–132.

<sup>7</sup> §§ 11, 60 III, 271 II.

<sup>8</sup> §§ 12 II 2, 134 I 2–6, 134 II 2–5.

<sup>9</sup> GK-Barz § 139, 7; GK (2. Aufl.)-Schmidt/Meyer-Landrut § 115, 6; KK-Zöllner § 139, 5 f.; GHEK-Hefermehl § 139, 16 f.; Depenbrock, Vorzugsaktien, S. 191; Möhring/ Nirk/Tank, Handb. I, 504; vgl. auch Begr. RegE, bei Kropff § 139 S. 203. Anders Ritter § 115, 2; von Godin-Wilhelmi § 139, 2: Gegenständliche Begrenzung oder Minderstimmrecht zulässig. Anders auch noch der urspr. Gesetzesentwurf des 34. DJT, Bericht S. 14 f., und § 97 I RegE 1930: Satzung sollte Stimmrecht »ausschließen oder beschränken« können.

<sup>10</sup> Siehe oben S. 78.

## II. Ausschluß des Stimmrechts

### b) Nichtberücksichtigung auch für Kapitalmehrheiten

Vorzugsaktien ohne Stimmrecht sind auch für die Bemessung einer Mehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals nicht zu berücksichtigen. »Vertreten« ist nur das auf gültige Ja- und Nein-Stimmen entfallende Kapital.<sup>11</sup> Anderenfalls könnten, wo Stammaktionäre und stimmrechtslose Vorzugsaktionäre einander mit gleicher Beteiligung gegenüberstehen, entweder Hauptversammlungsbeschlüsse mit Kapitalmehrheit auch einstimmig nicht gefaßt werden oder die Vorzugsaktien nicht stimmrechtslos sein.<sup>12</sup> Die Summe ihrer Nennbeträge ist demnach zur Berechnung der Kapitalmehrheit vom Grundkapital abzuziehen.<sup>13</sup> § 140 II 2, wonach bei Aufleben des Stimmrechts anderes gilt, wirkt allenfalls klarstellend.

## 2. Vergleich mit anderen unregelmäßigen Stimmrechtsvorschriften

### a) Überblick

Ein Grundsatz des Aktienrechts ist das Gleichmaß von Kapitalrisiko und Stimmeneinfluß. Jede Aktie gibt ein Stimmrecht, das Stimmrecht wird nach Aktiennennbeträgen ausgeübt (§§ 12 I 1, 134 I 1). Von diesem Grundsatz kennt das Gesetz eine Reihe von Ausnahmen: die Aktie mit mehrfachem Stimmrecht (§ 12 II, § 5 EGAktG), das Höchststimmrecht (§ 134 I 2-5), das Nichtentstehen des Stimmrechts vor vollständiger Leistung der Einlage (§ 134 II 1) und dessen Ruhen für eigene Aktien der Gesellschaft (§ 71b), das Stimmverbot bei persönlicher Betroffenheit (§ 136 I)<sup>14</sup> und die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht.<sup>15</sup>

### b) Stimmrechtsbeschränkungen

Mit dem Höchststimmrecht, der Stimmkraftbegrenzung durch Festsetzung von Höchstzahlen, haben die Mehrstimmrechtsaktie und die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht gemeinsam, daß in allen drei Fällen der Stimmeneinfluß

11 RGZ 20, 140 (144-148); GK-Barz § 133, 12; KK-Zöllner § 133, 72 m.Nw., § 179, 151; GHEK-Hefermehl/Bungeroth § 179, 73 f.

12 GK-Barz § 140, 2; GK (2. Aufl.)-Schmidt/Meyer-Landrut § 115, 1; Baumbach/Hueck § 140, 2; von Godin/Wilhelmi § 140, 5. Vgl. auch Begr. RegE, bei Kropff, § 139, S. 203.

13 KK-Lutter § 182, 8; Werner, AG 1971, 69 (74); Möhring/Schwartz/Rohwedder/Haberlandt, Die Aktiengesellschaft, S. 205 f. Ebenso noch ausdrücklich § 100 RegE 1931.

14 Hierzu BGHZ 97, 28 (33).

15 Zur Systematik G. Hueck, Gleichmäßige Behandlung, S. 47.

## II. Ausschluß des Stimmrechts

### b) Nichtberücksichtigung auch für Kapitalmehrheiten

Vorzugsaktien ohne Stimmrecht sind auch für die Bemessung einer Mehrheit des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals nicht zu berücksichtigen. »Vertreten« ist nur das auf gültige Ja- und Nein-Stimmen entfallende Kapital.<sup>11</sup> Anderenfalls könnten, wo Stammaktionäre und stimmrechtslose Vorzugsaktionäre einander mit gleicher Beteiligung gegenüberstehen, entweder Hauptversammlungsbeschlüsse mit Kapitalmehrheit auch einstimmig nicht gefaßt werden oder die Vorzugsaktien nicht stimmrechtslos sein.<sup>12</sup> Die Summe ihrer Nennbeträge ist demnach zur Berechnung der Kapitalmehrheit vom Grundkapital abzuziehen.<sup>13</sup> § 140 II 2, wonach bei Aufleben des Stimmrechts anderes gilt, wirkt allenfalls klarstellend.

## 2. Vergleich mit anderen unregelmäßigen Stimmrechtsvorschriften

### a) Überblick

Ein Grundsatz des Aktienrechts ist das Gleichmaß von Kapitalrisiko und Stimmeneinfluß. Jede Aktie gibt ein Stimmrecht, das Stimmrecht wird nach Aktiennennbeträgen ausgeübt (§§ 12 I 1, 134 I 1). Von diesem Grundsatz kennt das Gesetz eine Reihe von Ausnahmen: die Aktie mit mehrfachem Stimmrecht (§ 12 II, § 5 EGAktG), das Höchststimmrecht (§ 134 I 2-5), das Nichtentstehen des Stimmrechts vor vollständiger Leistung der Einlage (§ 134 II 1) und dessen Ruhen für eigene Aktien der Gesellschaft (§ 71b), das Stimmverbot bei persönlicher Betroffenheit (§ 136 I)<sup>14</sup> und die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht.<sup>15</sup>

### b) Stimmrechtsbeschränkungen

Mit dem Höchststimmrecht, der Stimmkraftbegrenzung durch Festsetzung von Höchstzahlen, haben die Mehrstimmrechtsaktie und die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht gemeinsam, daß in allen drei Fällen der Stimmeneinfluß

11 RGZ 20, 140 (144-148); GK-Barz § 133, 12; KK-Zöllner § 133, 72 m.Nw., § 179, 151; GHEK-Hefermehl/Bungeroth § 179, 73 f.

12 GK-Barz § 140, 2; GK (2. Aufl.)-Schmidt/Meyer-Landrut § 115, 1; Baumbach/Hueck § 140, 2; von Godin/Wilhelmi § 140, 5. Vgl. auch Begr. RegE, bei Kropff, § 139, S. 203.

13 KK-Lutter § 182, 8; Werner, AG 1971, 69 (74); Möhring/Schwartz/Rohwedder/Haberlandt, Die Aktiengesellschaft, S. 205 f. Ebenso noch ausdrücklich § 100 RegE 1931.

14 Hierzu BGHZ 97, 28 (33).

15 Zur Systematik G. Hueck, Gleichmäßige Behandlung, S. 47.

gezielt von der Kapitalbeteiligung getrennt, das Überstimmen einer Beteiligungsmehrheit durch eine Beteiligungsminderheit ermöglicht wird. Doch folgt das im Falle des Höchststimmrechts nicht aus der Aktie, sondern aus der Beteiligungshöhe des Aktionärs. Wenn er die seine Höchststimmquote übersteigenden Aktien veräußert, können sie dem Erwerber das uneingeschränkte Stimmrecht geben.<sup>16</sup> Das Höchststimmrecht begründet daher auch keine besondere Aktiegattung. Und im Unterschied zu den stimmrechtslosen und den Mehrstimmrechtsaktien richtet sich die Stimmrechtsbegrenzung gegen den Großbesitz; sie bündelt den Stimmeneinfluß nicht, sondern zersplittert ihn.<sup>17</sup>

c) *Mehrstimmrechts-Aktien und Vorzugsaktien ohne Stimmrecht*

Eine enge Verwandtschaft zeigt die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht zur Mehrstimmrechtsaktie.<sup>18</sup> Erstere ist Nachfolgeeinrichtung der letzteren. Die Mehrstimmrechtsaktie gibt im Verhältnis zum Aktiennennbetrag ein bevorrechtigtes Stimmrecht;<sup>19</sup> die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht läßt für die Stammaktien das allgemeine Aktienstimmrecht zum Vorrecht werden. Beide Formen erlauben es, neues Aktienkapital zu begeben, ohne die alten Mehrheitsverhältnisse in Gefahr zu bringen, ermöglichen es einer – regelmäßig geschlossen handelnden – Beteiligungsminderheit, die Gesellschaft mit Stimmenmehrheit zu beherrschen.<sup>20</sup> Wo die Hälfte des Grundkapitals aus Vorzugsaktien ohne Stimmrecht besteht, genügt für die Stammaktionäre eine Beteiligungsquote von knapp über 25 %, um einfache Hauptversammlungsbeschlüsse durchzusetzen; ein Kapitalanteil von mehr als 37,5 % verleiht die Macht zur Satzungsänderung. Ähnlichkeit zeigt die stimmrechtslose Vorzugsaktie mit den Mehrstimmrechtsaktien der HGB-Zeit auch darin, daß in beiden Fällen die Verschiedenheit im Stimmrecht zwar ei-

<sup>16</sup> BGHZ 70, 117 (122 f.); BGHZ 14, 264 (269); G. Hueck, Gleichmäßige Behandlung, S. 47; KK-Zöllner § 12, 6.

<sup>17</sup> Ausf. Zöllner, Schranken, S. 118–120; Baums, AG 1990, 221.

<sup>18</sup> Schmalenbach, Aktiengesellschaft, S. 63, 121; Hintner, Die Betriebswirtschaft 1941, 71 (72); Kriebel, AG 1963, 175 (176); Keinath, Vorzugsaktie, S. 145; in gleicher Richtung GK-Wiedemann § 182, 6.

<sup>19</sup> Es macht hierbei keinen Unterschied, ob etwa pro 1.000 DM Nennbetrag die Stimmrechtsaktie 10 Stimmen und die Stammaktie nur 1 Stimme gibt, oder ob die Stimmrechtsaktie für je 100 DM und die Stammaktie nur für je 1.000 DM Nennbetrag jeweils 1 Stimme geben.

<sup>20</sup> Daher werden stimmrechtslose Vorzugsaktien mitunter als mögliches Schutzmittel gegen »Überfremdung« bezeichnet, vgl. Begr. RegE, bei Kropff, § 12, S. 25; GHEK-Hefermehl § 139, 2.

## II. Ausschluß des Stimmrechts

ne anderweitige Rechtsverschiedenheit der Aktien voraussetzte,<sup>21</sup> das hieraufhin eingeräumte Gewinnvorrecht aber regelmäßig ohne großes wirtschaftliches Gewicht, sondern nur Anknüpfungspunkt für die letztlich erstrebte Stimmrechtsregelung war und ist.<sup>22</sup>

Vorzugsaktien ohne Stimmrecht sind sogar in mancher Hinsicht das schärfere Beherrschungsmittel. Während nämlich bei Bestehen von Mehrstimmrechtsaktien die Stammaktionäre ihr volles Beteiligungsgewicht bei allen Beschlüssen zur Geltung bringen konnten, die neben der Stimmenmehrheit noch einer besonderen Mehrheit des vertretenen Grundkapitals bedurften,<sup>23</sup> zählen stimmrechtslose Vorzugsaktien bei der Berechnung selbst von Kapitalmehrheiten nicht mit. Und während die Gestaltungsmacht der Mehrstimmrechts-Aktionäre durch das Erfordernis zustimmender Sonderbeschlüsse der Aktionäre jeder Gattung insbesondere bei Kapitalerhöhungen empfindlich begrenzt wurde,<sup>24</sup> gilt dieses Sonderbeschluss-Erfordernis für Vorzugsaktien ohne Stimmrecht nur sehr eingeschränkt (§ 141 II).<sup>25</sup>

Insgesamt jedoch liegt in den heutigen Vorzugsaktien eine weniger weitgehende Durchbrechung aktienrechtlicher Grundsätze als in den alten Mehrstimmrechts-Vorzugsaktien. Diese waren zumeist keine Finanzierungs- sondern reine Beherrschungsmittel, ihr Anteil am Grundkapital ganz gering. Noch Ende 1935 gaben in den 332 Börsen-Aktiengesellschaften mit Mehrstimmrechtsaktien diese Aktien bei einem Kapitalanteil von nur 4,6 % etwa ein Drittel der Stimmen.<sup>26</sup> Und selbst noch im Rahmen jener Kapitalanteile trugen die Mehrstimmrechtsaktionäre nur ein beschränktes Beteili-

21 Zu § 252 I 4 HGB a.F. oben S. 7. Anders die heutige Mehrstimmrechts-Regelung des § 12 II.

22 Zur alten Mehrstimmrechtsaktie Düringer/Hachenburg-Hachenburg, Einl. Bd. III. 1. Rdnr. 13; Düringer/Hachenburg-Bing § 185, 35; A. Hueck, Vorzugsaktien mit mehrfachem Stimmrecht, S. 11 f., 35 f., 39; in gleicher Richtung RGZ 156, 129 (139). Zur wirtschaftlichen Bedeutung des Dividendenvorzugs stimmrechtsloser Aktien oben S. 38 f. Vgl. auch KK-Zöllner § 12, 5 und § 139, 10; GHEK-Hefermehl § 139, 6. Wenn dort allerdings gesagt wird, es seien stimmrechtslose Aktien mit einem ganz geringen Vorzug von vielleicht 1 % praktisch nicht plazierbar, so ist zu erwidern, daß es für den Aktionär (und der Richtung nach auch für die Gesellschaft) nicht auf die nominale sondern auf die effektive Vorzugsdividende ankommt und diese in der Tat heute selten viel mehr als 1 % beträgt.

23 RGZ 125, 356 (359).

24 § 278 II HGB a.F. = § 182 II AktG. Zu den Grenzen des Mehrstimmrechts A. Hueck, Vorzugsaktien mit mehrfachem Stimmrecht, S. 57-68; ders., JW 1930, 2646.

25 Siehe unten S. 140, 143-145.

26 Wirtschaft und Statistik (Hrsg. vom Statistischen Reichsamt), 1937, S. 113 (114).

gungsrisiko, denn regelmäßig waren Gewinn- und Vermögensteilhabe der »Herrschaftsaktien« obligationenähnlich auf feste Vorzugssätze betraglich festgeschrieben, also insgesamt als Vorrechte gesichert.<sup>27</sup> Das wirtschaftliche Risiko lag vor allem bei den auch im Stimmrecht herabgestuften Stammaktien. Heute dagegen tragen die im Stimmrecht privilegierten Stammaktionäre ein unbeschränktes und gegenüber den stimmrechtslosen Vorzugsaktionären gerade erhöhtes Vermögensrisiko. Auch lassen Vorzugsaktien ohne Stimmrecht das Abweichen von Kapitalanteil und Stimmeneinfluß für das Publikum deutlicher hervortreten. Sie sind inhaltlich standardisiert und vor allem ihr Einsatz der Höhe nach beschränkt.

### 3. Begrenzung des stimmrechtslosen Aktienkapitals

Eine Grenze findet die Möglichkeit des Stimmrechtsausschlusses und damit der Beherrschung einer Beteiligungsmehrheit durch eine Beteiligungsminderheit an der Vorschrift des § 139 II: »Vorzugsaktien ohne Stimmrecht dürfen nur bis zu einem Gesamtnennbetrag in Höhe des Gesamtnennbetrags der anderen Aktien ausgegeben werden.« Es soll verhindert werden, daß, »wenn das Gesamtkapital im Verhältnis zu dem Vorzugsaktienkapital sehr gering ist, die Stammaktionäre mit dem ihnen allein zustehenden Stimmrecht die Gesellschaft beherrschen, ohne sich an der Aufbringung des Kapitals ausreichend zu beteiligen.«<sup>28</sup> Hinter der einfachen Stimmenmehrheit muß zwar keine volle Anteilsmehrheit stehen, wohl aber eine Beteiligungsquote von mehr als 25 % und eben nicht von 5 %, wie es der Fall sein könnte, wenn Vorzugsaktien mit zwanzigfachem Stimmrecht beständen. Höchstens ein gemessen am Kapitalanteil verdoppeltes Stimmrecht kann den heutigen Aktien durch Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien eingeräumt werden. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu den alten Mehrstimmrechtsaktien.

»Andere Aktien« sind nicht schon alle Aktien, die keine stimmrechtslosen Vorzugsaktien im Sinne der §§ 12 I 2 und 139–141 sind, sondern nach dem Sinn und Zweck der Regelung nur diejenigen Aktien, die als solche ein Stimmrecht vermitteln. Das können auch eigene Aktien der Gesellschaft sein, deren Stimmrecht lediglich aufgrund der Inhaberschaft ruht (§ 71b). Hingegen sind teileingezahlte Stammaktien, die als solche von Gesetzes wegen kein Stimmrecht geben (§ 134 II 1) gegenüber den Vorzugsaktien nicht

<sup>27</sup> Siehe oben S. 11 f.; A. Hueck, a.a.O., S. 11 f., 35 f., 39.

<sup>28</sup> Amtl. Begr. zu §§ 115–117 AktG 1937, bei Klausling, S. 104; vgl. auch D. Reuter, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, Frankfurt am Main 1973, S. 203, 205.



anzusetzen.<sup>29</sup> Anderenfalls könnten wenige Inhaber volleingezahlter Stammaktien die Gesellschaft beherrschen, ohne sich an der Aufbringung des Kapitals ausreichend zu beteiligen. Die Bestimmung des § 139 II ist im Zusammenhang mit jener des § 134 II 1 zu lesen, nach der das Stimmrecht erst mit vollständiger Leistung der Einlage beginnt. Hierdurch soll in bewußter Abkehr vom Aktienrecht des HGB, das jeder Aktie ohne Rücksicht auf die Einlageleistung volles Stimmrecht gab, ein Aufkommen verdeckter Mehrstimmrechte verhindert werden.<sup>30</sup> Das Übel ist durch die heutige Gesetzesfassung nicht überwunden, sondern nur verkehrt, denn es lassen sich durch Ausgabe teileingezahlter Stammaktien ohne Stimmrecht die Regeln über stimmrechtslose Vorzugsaktien teilweise umgehen. Die Umgehungsmöglichkeit darf nicht dadurch erweitert werden, daß in Höhe des stimmrechtslosen Stammaktien-Kapitals noch einmal die Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht zuzulassen sei. Vielmehr dürfen, wenn im Gesamtnennbetrag von 12 Mio. DM Stammaktien bestehen, von denen 2 Mio. voll und 10 Mio. teilweise eingezahlt und daher stimmrechtslos sind, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht nur bis zu einem Gesamtnennbetrag von 2 Mio. DM, nicht dagegen in Höhe weiterer 12 Mio. DM ausgegeben werden.

Auch läßt sich die Grenze des § 139 II nicht dadurch unterlaufen, daß die Stammaktien in ihrer Gesamtheit nur teilweise eingezahlt bleiben, die Satzung ihnen aber im Rahmen des § 134 II 2-5 ein Stimmrecht nach Maßgabe der geleisteten Einlagen zuspricht.<sup>31</sup> Vielmehr verbietet es § 134 II 6, das statutarische Stimmrecht teileingezahlter Aktien auf einzelne Aktiengattungen zu beschränken. Auch hierdurch sollen verdeckte Mehrstimmrechte verhindert werden.<sup>32</sup> Dieser Regelungsgedanke gilt nicht minder im Verhältnis der Stammaktien zu den stimmrechtslosen Vorzugsaktien. Der in § 139 II genannte »Gesamtnennbetrag« der anderen Aktien bezeichnet nur die Obergrenze des stimmrechtslosen Aktienkapitals im Normalfall; die Grenze wird im Ausnahmefall durch den Rechtsgedanken des § 134 II zurückgenommen, wonach es bei teileingezahlten Aktien für die Stimmrechtsverhältnisse auf die Höhe der Einlageleistung ankommt. Vorzugsaktien ohne Stimmrecht dürfen nur bis zu einem Gesamtnennbetrag in Höhe der auf die Nennbeträge stimmberechtigter Aktien geleisteten Einlagen ausgegeben werden. Regelmäßig werden alle Aktien voll eingezahlt sein. Dann kommt es nur auf die Nennbeträge an.

29 Anders GK-Barz § 139, 5; von Godin/Wilhelmi § 139, 3; GHEK-Hefermehl § 139, 12; Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 32, wonach teileingezahlte Aktien zum vollen Nennbetrag mitzuzählen seien.

30 Vgl. Aml. Begr. zu §§ 113, 114 AktG 1937, bei Klausning, S. 100.

31 So aber von Godin/Wilhelmi § 139, 3.

32 Baumbach/Hueck § 134, 14; in gleicher Richtung Aml. Begr. AktG 1937, a.a.O.

Der Höchstbetrag stimmrechtsloser Vorzugsaktien muß auch bei einer späteren Kapitalherabsetzung gewahrt bleiben.<sup>33</sup> Auch dann noch bieten sich Möglichkeiten der Gesetzesumgehung. Es kann etwa, sobald der Spielraum des § 139 II erschöpft ist, die Mehrheitsgruppe ihre Stammaktien in eine Holding-AG einbringen, die sich nun ihrerseits anschickt, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht auszugeben. Oder ein Unternehmensteil wird als Tochtergesellschaft ausgegründet und deren weiterer Eigenkapitalbedarf durch stimmrechtslose Vorzugsaktien gedeckt. Die hier berührten Probleme der »Effektensubstitution« und »Pyramideneffekte« sind alt.<sup>34</sup> Als nicht nur vermögens- sondern auch herrschaftsrechtliche erhalten sie durch die Einführung stimmrechtsloser Vorzugsaktien neuen Entfaltungsraum.

Die Vorschrift des § 139 II ist zwingend, ein sie verletzender Hauptversammlung- oder Sonderbeschluß nichtig (§ 241 Nr. 3).<sup>35</sup>

### III. Aufleben des Stimmrechts

»Wird der Vorzugsbetrag in einem Jahr nicht oder nicht vollständig gezahlt und der Rückstand im nächsten Jahr nicht neben dem vollen Vorzug dieses Jahres nachgezahlt, so haben die Vorzugsaktionäre das Stimmrecht, bis die Rückstände nachgezahlt sind« (§ 140 II 1). Das Aufleben des Stimmrechts wegen tatsächlichen Ausbleibens der Vorzugsdividende ist streng von dem endgültigen Stimmrechtserwerb aufgrund satzungsändernder Aufhebung der Vorzugsrechte zu unterscheiden (§ 141 IV). Im ersteren Falle bleiben die nur einstweilen stimmberechtigten Aktien als eine besondere Gattung grundsätzlich stimmrechtsloser Vorzugsaktien bestehen, im letzteren Falle sind die Aktien keine stimmrechtslosen Vorzugsaktien mehr.

#### 1. Normzweck des § 140 Abs. II

Die Regelung des § 140 II, in der sich die stimmrechtslose Vorzugsaktie zugleich als eine »bedingte Vorzugsaktie mit Stimmrecht« zu erkennen gibt,<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Baumbach/Hueck § 139, 4 und fast allg. M. Anders wohl nur Schlegelberger/Quassowski § 115, 3 und Albart, Stimmrechtslose Vorzugsaktie, S. 113; unklar von Godin/Wilhelmi § 139, 3.

<sup>34</sup> Vgl. Liefmann, Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften. 5. Aufl. 1931, S. 96–110; U. H. Schneider, Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR 1984, 497 (504–506).

<sup>35</sup> Baumbach/Hueck, a.a.O. und allg.M.

<sup>36</sup> Baumbach-Hueck § 140, 3. Nach Einführung der stimmrechtslosen Vorzugsaktie (1937) wurde mitunter die Auffassung vertreten, es sei deren Stimmrecht nicht eigentlich ausgeschlossen, sondern gewissermaßen nur die Ausübung auf bestimmte

lehnt sich äußerlich an die amerikanische Einrichtung des »bedingten Stimmrechts« (contingent voting right) an.<sup>37</sup> Dieses gibt den Vorzugsaktionären typischerweise das Recht, bei Ausbleiben ihrer festen Dividende eine bestimmte Zahl von Direktoren (oder auch deren Mehrheit) zu benennen.<sup>38</sup> Denn in den Händen des Direktorenrats liegt nicht nur die Rechnungslegung, sondern auch die Gewinnverwendung. Die Vorzugsaktionäre werden ermächtigt, das ihnen Zukommende beitreiben zu lassen.

Der Ermächtigungsgedanke ist im deutschen Gesetz stark zurückgedrängt. Besonderen Einfluß auf Rechnungslegung und Gewinnverwendung oder auf die Zusammensetzung der Verwaltungsorgane erlangen die Vorzugsaktionäre gerade nicht. Ihr Stimmrecht lebt in allgemeiner Breite auf, auch für Beschlüsse, die mit dem Gewinnrecht nichts zu tun haben.<sup>39</sup> Die Inhaber der Vorzugsaktien beschließen nicht als AktionärsGattung mit Sonderbefugnissen, sondern stimmen neben den Stammaktionären in der allgemeinen Hauptversammlung ab, bleiben also der Mehrheitsherrschaft unterworfen. Daß sie etwas ausrichten können, ist nicht verbürgt. Immerhin werden Verwaltung und Mehrheitsaktionäre durch die Möglichkeit des Stimmrechtserwerbs angehalten, das Gewinnvorrecht zu erfüllen. Ihnen ist das Stimmrecht der Vorzugsaktionäre unwillkommen, sonst wäre es nicht ausgeschlossen worden. Daß die Vorschrift des § 140 II darüber hinaus eine »Sanktion« beinhalte,<sup>40</sup> erscheint zweifelhaft. Ein Fehlverhalten hinsichtlich des Dividendenausfalls ist nicht vorausgesetzt. Das Stimmrecht entsteht auch, wenn wegen unabwendbarer Verluste, aufgrund von Natureinwirkungen etwa oder im Zuge einer allgemeinen wirtschaftlichen Rezession, die Mindestdividende nicht gezahlt werden kann.

Nur auf Dividendenzahlung aus ordnungsgemäß verbuchtem Bilanzgewinn kommt es an. Daß die Mittel aus Gewinn im wirtschaftlichen Sinne herrühren, ist nicht gefordert. Einem mit der Gellschaft verbundenen Mehrheitsaktionär steht es frei, durch verdeckte Einlagen den Ausweis eines Jahresüberschusses und eines verteilbaren Gewinns zu bewirken, obwohl

Fälle beschränkt. In diesem Sinne insbesondere Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 15; Albart, Stimmrechtslose Vorzugsaktie, S. 5; ähnlich Klausling, ZAkDR 1939, 505 (506); von Godin, DJ 1939, 1165 (1168). Die Kommentarliteratur betonte demgegenüber von Anfang an den Ausnahmecharakter der neuen Aktienart; so etwa GK (1. Aufl.)-Gadow § 12, 2; W. Schmidt, a.a.O., § 115, 1; Ritter § 12, 3. a.; Schlegelberger/Quassowski § 12, 3; ebenso Amtl. Begr. zu § 12 und zu §§ 115–117 AktG 1937, bei Klausling, S. 11 und 103.

37 RJM-Fragebogen II, 109, in: Deutscher Anwaltverein, Reform I, S. 39.

38 Klein, Vorzugsaktien, S. 36 und S. 297–344, vgl. auch S. 43 f.; Hamilton, Corporations, S. 128; Ballantine on Corporations, S. 419.

39 Etwa Firmenänderung oder Sitzverlegung, §§ 23 III Nr. 1, 179 I 1.

40 So KK-Zöllner § 140, 4; in gleichem Sinne auch Schlegelberger/Quassowski § 116, 2 und GHEK-Hefermehl § 140, 6.

das Ergebnis der Geschäftstätigkeit strenggenommen ein negatives ist. Selbst wenn das Rechnungsjahr offen mit einem Fehlbetrag abschließt, kann durch Auflösung freier Gewinnrücklagen ein Bilanzgewinn ausgewiesen und verteilt, die Vorzugsdividende also aus der Substanz gezahlt werden, soweit diese nicht gebunden ist (§§ 150 III-IV, 158 I). Auch eine mit Verlust wirtschaftende Gesellschaft kann so für gewisse Zeit ihre Vorzugsaktionäre stimmrechtslos halten.

Die Regelung des § 140 II ist zwingend.<sup>41</sup> Weder darf, da der Grundsatz vom Stimmrecht jeder Aktie keine weitergehenden als die gesetzlichen Ausnahmen zuläßt, die Gesellschaft sich statutarisch längeren Aufschub gewähren, noch kann wirksam bestimmt werden, es solle schon bei einmaligem Ausbleiben des Vorzugs das Stimmrecht aufleben. § 140 II sichert nicht nur die Rechte der Vorzugsaktionäre, sondern zugleich im Interesse der Gesellschaft Berechenbarkeit und Dauer.

## 2. Ausbleiben der Vorzugsdividende als Voraussetzung des Stimmrechtserwerbs

»Der Vorzugsbetrag«, an dessen Ausbleiben § 140 II 1 anknüpft, ist allein der nachzuzahlende Gewinnvoraus im Sinne des § 139 I. Die für partizipierende Vorzugsaktien entscheidende und betragsmäßig oft über den Vorzugssatz weit hinausreichende Teilhabe an weitergehenden Gewinnausschüttungen kann folgenlos entfallen.

Allein auf die tatsächliche Nichtzahlung kommt es an, ohne Bedeutung sind Grund und Hergang. Die Regelung beschränkt sich nicht auf Fälle des »Aushungerns« durch Rücklagenbildung.<sup>42</sup> Das Stimmrecht lebt auch auf, wenn ein hinreichendes Ergebnis überhaupt nicht erwirtschaftet ist<sup>43</sup> und freie Rücklagen nicht verfügbar sind, ein Gewinnverwendungsbeschluß sich also erübrigt und der Gesellschaft keine andere Wahl bleibt, als die Vorzugsdividende ausfallen zu lassen. Gleiches gilt, wenn eine Dividende zwar beschlossen, aber nicht ausgezahlt wird.<sup>44</sup>

Der Zahlung stehen die bürgerlichrechtlichen Erfüllungssurrogate gleich, etwa die Hingabe anderer Vermögensgegenstände als Geld an Erfüllung Statt oder ein Verzicht auf die durch Gewinnverwendungsbeschluß festge-

<sup>41</sup> Baumbach-Hueck § 140, 3.

<sup>42</sup> Diesen Aspekt betonen Schlegelberger/Quassowski § 116, 2; GHEK-Hefermehl § 140, 6; Reckinger, AG 1983, 216 (218); Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 19.

<sup>43</sup> So insbes. Reuter, AG 1985, 104 (105); allg. M.

<sup>44</sup> Baumbach-Hueck § 140, 3 u. allg. M. (anders früher GK (1. Aufl.)-W. Schmidt § 116, 2). Zum ganzen ferner Gessler, Soziale Praxis 1940, 180-183.

setzte Dividendenforderung.<sup>45</sup> Das Stimmrecht der Annehmenden oder Verzichtenden bleibt dann ausgeschlossen. Denkbar ist es sonach, daß nur ein Teil der Vorzugsaktionäre stimmberechtigt wird.<sup>46</sup> Dagegen lassen eine Stundung oder ein pactum de non petendo, etwa bei Leistung erfüllungshalber, die Dividendenforderung nicht erlöschen, sondern schieben nur Fälligkeit oder Klagbarkeit hinaus. Die aus der Nichterfüllung sich ergebenden Gesellschafterrechte kommen zum Tragen, das Stimmrecht lebt auf.<sup>47</sup> Nicht hingegen kann es durch bloße Nichterhebung des Gewinnanteils erzwungen oder aufrechterhalten werden (Rechtsgedanke des § 162 BGB). Es genügt, daß die Gesellschaft das ihr zur Leistung Obliegende tut.<sup>48</sup>

### 3. Entstehen, Dauer und Umfang der Stimmberechtigung

#### a) Maßgeblicher Zeitpunkt

Der einmalige Dividendenausfall bleibt folgenlos. Doch nur einmal und für ein Jahr kann die Gesellschaft im Rückstand bleiben. Das Stimmrecht entsteht, wenn für das folgende Geschäftsjahr nicht die um den Ausfallbetrag erhöhte volle Vorzugsdividende gezahlt wird. Beträgt der nachzuzahlende Gewinnvortrag 3 DM pro 50 DM Nennwert, und lag die Dividende im letzten Jahr bei nur 2 DM, so geben die Aktien das Stimmrecht, wenn für das anschließende Jahr irgend weniger als 4 (3 + 1) DM gezahlt werden.<sup>49</sup>

Maßgebend ist der Zeitpunkt, da dies rechtsverbindlich feststeht. Ein Jahresabschluß wird mit seiner förmlichen Feststellung verbindlich.<sup>50</sup> Stellen also Vorstand und Aufsichtsrat einen Abschluß ohne hinreichenden Bilanzgewinn fest, so ist die Hauptversammlung daran gebunden (§ 174 III). Die Vorzugsaktionäre sind auf ihr von Anbeginn an stimmberechtigt.<sup>51</sup> Ist die Feststellung eines vom Vorstand nur aufgestellten gewinnlosen Jahres-

45 Baumbach-Hueck § 140, 3; GHEK-Hefermehl § 140, 12; KK- Zöllner § 140, 5.

46 Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 21; ähnlich Gessler, Soz. Prax. 1940, 180 (183).

47 Zöllner, a.a.O. Anders Hefermehl, a.a.O.

48 Hefermehl, a.a.O.; Zöllner, a.a.O.: Vorlage uneingelöster Koupons beweist also nicht Stimmberechtigung, Versammlungsleitung muß aber vernünftige Zweifel ausräumen.

49 GK-Barz § 140, 1; MünchHdb. AG/Semler § 38, 19; GHEK- Hefermehl § 140, 8; Schlegelberger/Quassowski § 116, 3.

50 Baumbach-Hueck § 172, 3; GK-Brönner § 172, 1; GHEK- Kropff § 173, 8; Ein-schr. Adler/Düring/Schmaltz § 172, 23.

51 GK-Barz § 140, 4; KK-Zöllner § 140, 6; Semler, a.a.O.; Möhring/Nirk/Tank, Handb. I, 505; GHEK-Hefermehl § 140, 9; Schlegelberger/Quassowski § 116, 3; Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 19; Depenbrock, Vorzugsaktien, S. 196.

abschlusses ausnahmsweise der Hauptversammlung überlassen (§ 173 I), so geben die Vorzugsaktien das Stimmrecht erst, nachdem der Abschluß ohne Bilanzgewinn festgestellt ist, nicht schon beim Feststellungsbeschluß selbst.<sup>52</sup> Denn es steht der Hauptversammlung frei, den Abschluß zu ändern, durch Auflösung verfügbarer Rücklagen doch noch Bilanzgewinn auszuweisen und dessen Verteilung zu beschließen. Wohl werden dann der Feststellungs- und der Gewinnverwendungsbeschluß erst wirksam, nachdem aufgrund erneuter Abschlußprüfung binnen zweier Wochen ein uneingeschränkter Bestätigungsvermerk erteilt ist (§ 173 III AktG, § 316 III HGB); bis dahin bleiben die Beschlüsse schwebend unwirksam und können als solche eine Dividendenforderung nicht begründen.<sup>53</sup> Das Stimmrecht aber lebt nicht schon auf, wenn die Dividendenzahlung nicht feststeht, sondern erst dann, wenn die Nichtzahlung feststeht.

Weist nach einem erstmaligen Dividendenausfall der von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellte Abschluß des Folgejahres hinreichenden Bilanzgewinn aus und wird dieser erst im Gewinnverwendungsbeschluß der Hauptversammlung zu Lasten auch der Vorzugsdividende von der Verteilung ausgeschlossen, so sollen nach überwiegender Meinung die Vorzugsaktien das Stimmrecht erst auf der nächstfolgenden Hauptversammlung gewähren, da erst mit dem Ende der laufenden Versammlung der Beschluß endgültig werden.<sup>54</sup> Das ist zu Recht bestritten.<sup>55</sup> Mit der Verkündung durch den Vorsitzenden ist die Willensbildung abgeschlossen, das Ergebnis verbindlich.<sup>56</sup> Zwar läßt erst die Beurkundung den Beschluß endgültig rechtswirksam werden (§§ 130 I, 241 Nr. 2), doch wird deshalb nicht vorher die rechtliche Bindung schlechthin in der Schwebe gehalten. Auch wenn die Versammlung eigene Beschlüsse wieder aufheben kann, besteht von der Feststellung des Beschlüßergebnisses an eine Selbstbindung.<sup>57</sup> Die Vorzugsaktionäre sind daher unmittelbar im Anschluß an den abschlägigen Gewinnverwendungsbeschluß auf derselben Hauptversammlung stimmberechtigt. Folge hiervon wäre allerdings, daß bei einer Verschiebung der Mehrheitsverhält-

52 Lichtherz, a.a.O.

53 Zum verzögerten Entstehen der Dividendenforderung vgl. GHEK-Hefermehl/Bungeroth § 58, 133; in gleicher Richtung Adler/Düring/Schmaltz § 173 AktG, 29.

54 Barz, Semler, Hefermehl, je a.a.O. FN 51; unklar von Godin/Wilhelmi § 140, 3 und Schlegelberger/Quassowski § 116, 3.

55 KK-Zöllner § 140, 6; GK (2. Aufl.)-Schmidt/Meyer-Landrut § 116, 3; GK (1. Aufl.)-W. Schmidt § 116, 3.

56 BGH, NJW 1975, 2101; BGHZ 104, 66 (69), ähnlich BGH, ZIP 1989, 1261, beide für GmbH; Zöllner, Schranken 392-417; ders. in KK § 119, 55 f., § 133, 95 ff.; ders./Noack, ZGR 1989, 525 (526-529); GHEK-Eckardt § 133, 23 u. 26.

57 Einschr. GK-Barz § 119, 42.

nisse die Hauptversammlung den abschlägigen Gewinnverwendungsbeschuß sogleich durch einen ausschüttenden ersetzen wird. Das widerspricht nicht der Bestimmung des § 140 II, denn durch den ersten Gewinnverwendungsbeschuß war die Vorzugsdividende ja zunächst verbindlich ausgeschlossen. Auch ist zu berücksichtigen, daß die Inhaber stimmrechtsloser Vorzugsaktien einen besonderen Anspruch auf Gewinnausschüttung haben, der abschlägige Gewinnverwendungsbeschuß also regelmäßig rechtswidrig und anfechtbar ist.<sup>58</sup> Seine Aufhebung verwirklicht das Gesetz.

Nicht ausreichend für den Stimmrechtserwerb ist dagegen ein bloßer Gewinnverwendungsvorschlag des Vorstands. Es steht der Hauptversammlung frei, diesen abzulehnen und, etwa auf Antrag der Vorzugsaktionäre, die Verteilung einer Dividende zu beschließen, wenn ein Bilanzgewinn im Jahresabschuß ausgewiesen ist.<sup>59</sup>

#### *b) Ankündigung der Stimmberechtigung bei Einberufung der Hauptversammlung*

Da die Hauptversammlung erst einberufen wird, nachdem Vorstand und Aufsichtsrat den Jahresabschuß festgestellt haben (§ 175) und Abänderungen spätestens von jetzt an grundsätzlich unzulässig sind,<sup>60</sup> steht, wenn hinreichender Bilanzgewinn nicht ausgewiesen ist, schon bei der Einberufung der Versammlung fest, daß die Vorzugsaktionäre auf ihr stimmberechtigt sein werden. Dieser Stimmrechtserwerb ist analog § 124 I 1 wie ein Tagesordnungspunkt ausdrücklich bekanntzumachen.

Jene Vorschrift soll sicherstellen, daß die Aktionäre zur Ausübung ihrer Mitwirkungsrechte hinreichend unterrichtet sind.<sup>61</sup> Den Inhabern ohnehin stimmberechtigter Aktien genügt die Bekanntmachung der Beschlußgegenstände. Für stimmrechtslose Vorzugsaktionäre dagegen ist die Stimmberechtigung selbst das Entscheidende. Die Interessen liegen ähnlich wie im Falle einer Sonderbeschlußfassung der Aktionärgattungen. Auch eine solche muß bei Einberufung der Hauptversammlung in der Bekanntmachung der Tagesordnung deutlich angekündigt werden.<sup>62</sup> Nicht anders sind die

58 Siehe oben S. 49.

59 Baumbach-Hueck § 140, 3; KK-Zöllner § 140, 5; GHEK- Hefermehl § 140, 9; GK-Barz § 140, 4; Depenbrock, Vorzugsaktien, S. 195 f.

60 GHEK-Kropff § 172, 29 ff.; § 175, 31 ff.; GK-Brönner § 175, 9; ausf. Adler/Düring/Schmaltz § 172 AktG, 18-40. Strenger die wohl h.M.: Schon nach Feststellung Abänderung unzulässig, BGHZ 23, 150 (152); Baumbach-Hueck § 172, 3, alle m. Nw.

61 Vgl. Begr. RegE, bei Kropff § 124, S. 173 f.; KK-Zöllner § 124, 1-4; GHEK-Eckardt § 124, 3.

62 KK-Zöllner § 138, 10 und § 124, 19; KK-Lutter § 182, 10 a.E.

Vorzugsaktionäre auf ihr allgemeines Stimmrecht hinzuweisen. Die Angabe muß auch in den Mitteilungen nach §§ 125, 128 enthalten sein. Ähnliches gilt, wenn zwar Bilanzgewinn ausgewiesen ist, der Gewinnverwendungs-Vorschlag des Vorstands aber auf Verkürzung der Vorzugsdividende zielt. Auf die rechtliche Unverbindlichkeit eines bloßen Vorschlags kann sich nicht berufen, wer seine Verwirklichung betreibt. Anzukündigen ist die Möglichkeit des Stimmrechtserwerbs.

Wendet man § 124 I 1 dergestalt analog an, so ist eine Hauptversammlung, die ohne Hinweis auf das Stimmrecht der Vorzugsaktionäre einberufen worden ist, mit einem Fehler der Bekanntmachung behaftet. Auch der nicht erschienene Vorzugsaktionär kann Beschlüsse anfechten (§ 245 Nr. 2).

### c) Umfang des Stimmrechts

Das Stimmrecht entsteht in vollem Umfang, erstreckt sich auf alle Gegenstände der Beschlußfassung, nicht zuletzt auf Satzungsänderungen und sonstige Grundlagenentscheidungen.<sup>63</sup> Davon geht auch § 140 II 2 aus, wonach die Vorzugsaktien nunmehr bei der Berechnung einer (gerade für solche Maßnahmen erforderlichen) Kapitalmehrheit zu berücksichtigen sind.<sup>64</sup> Die Vorzugsaktien stehen im Stimmrecht den Stammaktien gleich. Insbesondere gilt ein statutarisch angeordnetes Höchststimmrecht auch für die Vorzugsaktionäre;<sup>65</sup> diese erlangen aufgrund des Dividendenausfalls keine weitergehenden Gestaltungsbefugnisse als die übrigen Aktionäre.

Dagegen wäre es unzulässig, ein Höchststimmrecht lediglich für die Inhaber stimmberechtigt gewordener Vorzugsaktien anzuordnen.<sup>66</sup> Deren Stimmberechtigung ist keine beliebige, sondern gesetzlicher Ersatz und Ausgleich für die Nichtgewähr der Vorzugsdividende. Weil und solange das besondere Gewinnrecht der Vorzugsaktionäre unerfüllt bleibt, werden die besonderen Mitwirkungsrechte der Stammaktionäre in der Hauptversammlung suspendiert. »Das Stimmrecht«, das § 140 II den Vorzugsaktien in diesem Falle zuspricht, bezeichnet das gleichberechtigte Stimmrecht. Andernfalls könnte der Ausfall der Vorzugsdividende praktisch folgenlos gehalten,

<sup>63</sup> Baumbach-Hueck § 140, 3; Werner, AG 1971, 69 (75); KK-Zöllner § 140, 7; GK-Barz 140, 6.

<sup>64</sup> StellgN BR zum RegE, bei Kropff § 140, S. 204.

<sup>65</sup> Ebenso KK-Zöllner § 134, 47. Anders Jörg Gessler, Aktiengesetz, § 140, 3.

<sup>66</sup> KK-Zöllner § 134, 47. Anders Hennerkes/May, DB 1988, 537 (538). Eine andere Frage ist es, ob ein Höchststimmrecht allgemein auf einzelne – stimmberechtigte – Aktiengattungen beschränkt werden kann. Dafür Baumbach/Hueck § 134, 10 und h.M. unter Berufung auf den BT-Ausschußbericht, bei Kropff § 134, S. 192. Zu Recht anders insbesondere KK-Zöllner § 134, 46.



die gesetzliche Verknüpfung von Gewinnvorrecht und Stimmrecht statutarisch aufgelöst werden.

d) *Wiedererlöschen des Stimmrechts*

Das Stimmrecht erlischt nicht schon, wie der Wortlaut des § 140 II anzudeuten scheint, sobald »die Rückstände nachgezahlt sind«, sondern erst, wenn darüber hinaus auch der Vorzugssatz für das zuletzt abgelaufene Geschäftsjahr gezahlt ist.<sup>67</sup> Das Gesetz gibt zu erkennen, daß die Stimmberechtigung das Gewinnvorrecht nicht etwa außer Geltung setzt, die Nachzahlungsrechte auch während der Dauer des Stimmrechts weiter auflaufen.<sup>68</sup> Die Vorzugsaktionäre müssen so gestellt werden, wie sie bei regelmäßiger Zahlung der Mindestdividende insgesamt stehen würden, also die um alle irgendwann ausgefallenen Beträge erhöhten Vorzugsdividenden erhalten.

Es fragt sich, ob hierfür ein ausschüttender Gewinnverwendungsbeschuß genügt oder ob effektiv gezahlt sein muß. Für ersteres spricht, daß die Aktionäre durch den Beschuß, eine sogleich fällige und klagbare Dividendenforderung erlangen. Zu berücksichtigen bleibt jedoch, daß, wenn der Gewinnverwendungsbeschuß nichtig ist oder auf Anfechtungsklage vernichtet wird, auch die Dividendenforderung entfällt.<sup>69</sup> Nichtigkeit des Verwendungsbeschlusses kommt insbesondere bei Nichtigkeit des zugrundeliegenden Jahresabschlusses in Betracht (§§ 253 I, 256). Das Risiko ist der Gesellschaft aufzuerlegen, nicht den Vorzugsaktionären. Die erhöhte Dividende muß also wirklich gezahlt (oder ordnungsgemäß angeboten) sein. Ein ausschüttender Gewinnverwendungsbeschuß genügt nicht. Auch nach einem solchen sind die Vorzugsaktionäre vielmehr für den weiteren Verlauf der Versammlung stimmberechtigt.<sup>70</sup> Die Verwaltung kann dem in den Grenzen des § 59 durch eine ausreichende Abschlagszahlung zuvorkommen.<sup>71</sup>

67 GK-Barz § 140, 5; GK (2. Aufl.)-Schmidt/Meyer-Landrut § 116, 4; GHEK-Hefermehl § 140, 11; Schlegelberger/Quassowski § 116, 4; Ritter § 116, 3.c).

68 Vgl. Keinath, Vorzugsaktie, S. 48.

69 Baumbach/Hueck § 58, 20 a.E.; KK-Lutter § 58, 98; MünchHdb. AG/Hoffmann-Becking § 46, 21; GHEK-Hefermehl/Bungeroth § 58, 133.

70 Barz, Hefermehl, Schlegelberger/Quassowski, je a.a.O. (FN 67).

71 Barz, a.a.O.

#### IV. Endgültiges Stimmrecht bei Aufhebung des Vorzugs

»Ist der Vorzug aufgehoben, so gewähren die Aktien das Stimmrecht« (§ 141 IV). Anders als bei Nichtgewähr der Vorzugsdividende entsteht das Stimmrecht als gesetzlicher Kernbestand der Mitgliedschaft auf Dauer; nur mit Zustimmung jedes einzelnen könnte es wieder ausgeschlossen werden. Die Aktien sind fortan normale Stammaktien oder, wenn andere Vorrechte bestehen bleiben, Vorzugsaktien mit Stimmrecht. Zur Aufhebung des Vorzugs bedarf es eines satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses und eines zustimmenden Sonderbeschlusses der Vorzugsaktionäre (§ 179 I-II, § 141 I und III). »Vorzug« im Sinne des § 141 IV ist nur der von § 139 I zur Bedingung des Stimmrechtsausschlusses erklärte nachzuzahlende Gewinnvoraus. Andere Vorrechte, ein Liquidationsvorzug etwa oder das Recht auf eine Mehrdividende bei der weitergehenden Gewinnausschüttung, fallen nicht darunter, auch nicht die bloße Herabsetzung des Vorzugsbetrages. Einer Aufhebung durch Beschluß steht das Erlöschen befristeter Vorzugsrechte durch Zeitablauf gleich.<sup>72</sup>

»Aufgehoben« ist der nachzuzahlende Gewinnvorzug, wenn er insgesamt aus der Satzung getilgt ist, nicht hingegen schon dann, wenn er in irgendeiner Weise unter die Anforderungen herabgemindert wird, die das Gesetz an stimmrechtslose Aktien stellt.<sup>73</sup> Die Bestimmung des § 141 IV enthält eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß die Beseitigung des Gewinnvorzugs stimmrechtsloser Aktien ebenso wie ein Stimmrechtsausschluß bei gewöhnlichen Aktien wegen Verletzung wesentlicher, auch im öffentlichen Interesse gegebener Rechtsgrundsätze nichtig ist (§ 241 Nr. 3 in Verbindung mit §§ 12 I, 139 I). Diese Nichtigkeitsfolge verhindert § 141 IV: Das Stimmrecht braucht den um das Gewinnvorrecht verkürzten Vorzugsaktien nicht eigens durch Beschluß zugesprochen zu werden, sondern entsteht kraft Gesetzes, weil und wenn die Gesellschaft die fraglichen Aktien nicht länger als stimmrechtslose Vorzugsaktien bestehen lassen will. Das ist regelmäßig der Fall und wird daher unwiderleglich vermutet, wenn sie den Gewinnvorzug in Gänze aufhebt. Wird hingegen das Vorrecht nur in diesem oder jenem Punkt unter die gesetzlichen Anforderungen herabge-

<sup>72</sup> KK-Zöllner § 141, 26; Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 18; GHEK-Hefermehl § 141, 22. Keine Aufhebung des Vorzugs liegt in dessen Verwässerung durch vermehrte Ausgabe konkurrierender stimmrechtsloser Vorzugsaktien, allg. M. und Teichmann/Köhler § 117, 3 (anders früher in 2. Aufl., 1939); insoweit nur Schutz nach § 139 II und § 140 II.

<sup>73</sup> Anders Baumbach/Hueck § 141, 7; Werner, AG 1971, 69 (76); Lichtherz, Vorzugsaktie, S. 18; GK-Barz § 141, 14; GHEK-Hefermehl § 141, 22 f. Ähnlich Schlegelberger/Quassowski § 117, 10. In gleicher Richtung wie hier dagegen KK-Zöllner § 141, 25-27 (vgl. auch § 139, 18 f. und § 141, 4).

mindert, etwa unter eine auflösende Bedingung gestellt oder die Nachzahlbarkeit zeitlich begrenzt, so sollen die Vorzugsaktien regelmäßig als stimmrechtslose bestehen bleiben. Die Gesellschaft will sie nicht in stimmberechtigte Vorzugsaktien umwandeln. Ihr solche Anteile entgegen der erkennbaren Zielrichtung des Beschlossenen unterzuschieben, ist nicht Zweck des § 141 IV. Vielmehr bleibt das Stimmrecht ausgeschlossen und ist der Beschluß über die unzulässige Beschränkung des Gewinnvorrechts nach § 241 Nr. 3 nichtig.<sup>74</sup>

Auch Belange der Rechtssicherheit sprechen für diese Lösung. Es ist nicht in jedem Falle ausgemacht, ob ein beschränktes Gewinnvorrecht noch den gesetzlichen Anforderungen an stimmrechtslose Aktien genügt. Die hier als unzulässig angesehene auflösende Bedingtheit des Vorzugs etwa wird überwiegend für zulässig erachtet.<sup>75</sup> Mit der Ungewißheit, ob eine solche in die Satzung eingefügte Bedingung gelte oder nicht, kann der Rechtsverkehr auskommen. Mit der Ungewißheit, ob die Vorzugsaktien stimmrechtslos oder stimmberechtigt seien, kann er nicht auskommen.

74 Ebenso für den Fall einer isolierten Aufhebung des Nachzahlungsrechts Zöllner, a. a. O. Dagegen kann die Gesellschaft natürlich beliebige Verkürzungen des Vorzugs verfügen, wenn sie den Vorzugsaktionären ausdrücklich das Stimmrecht zuspricht.

75 Siehe oben S. 77.

## § 7 Allgemeine Mitwirkungsrechte

»Die Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gewähren mit Ausnahme des Stimmrechts die jedem Aktionär aus der Aktie zustehenden Rechte« (§ 140 I).

### I. Grundsätze

#### 1. Systematischer Überblick

Mitwirkungsrechte der Aktionäre zerfallen in die allgemeinen und die besonderen. Erstere stehen jedem Aktionär aufgrund der Mitgliedschaft zu. Besondere Mitwirkungsrechte sind solche, die entweder nur einzelnen Aktionären zukommen<sup>1</sup> oder, wenn mehrere Gattungen von Aktien bestehen, durch Aktien bestimmter Gattungen vermittelt werden. Ihr wichtigster Ausdruck sind die Sonderbeschlüsse der Aktionärgattungen.<sup>2</sup> Auch das allgemeine Aktienstimmrecht wird gegenüber stimmrechtslosen Vorzugsaktien zum besonderen Recht der Stammaktionäre.

Mitwirkungsrechte können sodann, wie etwa das Anfechtungsrecht, jedem einzelnen Aktionär zur individuellen Ausübung gegeben sein oder als gemeinschaftliche Befugnisse bestehen. Letzterenfalls wird aus mehreren einzelnen Willenserklärungen eine maßgebende Willenserklärung als Resultante gebildet. Es handelt sich dann zwar in einem weiten Sinne stets um Abstimmung, nicht aber notwendig zugleich um Stimmrechtsausübung. Das Stimmrecht ist das Recht, durch Stimmabgabe am Zustandekommen von Hauptversammlungsbeschlüssen mitzuwirken.<sup>3</sup> Nur wo die Hauptversammlung als Gesellschaftsorgan zur Entscheidung berufen ist, kommt es zum Tragen.

Deren Gestaltungsmacht sind Grenzen gesetzt. Bestimmte Beschlüsse können von Aktionären nachträglich durchkreuzt werden,<sup>4</sup> andere bedür-

1 Etwa Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern, § 101 II.

2 §§ 141, 179 III, 182 II etc. Näher unten S. 115 ff.

3 Siehe oben S. 87, 118.

4 Anfechtung fehlerhafter Beschlüsse; Sonderprüfung trotz ablehnenden Hauptversammlungsbeschlusses, § 142 II.

fen zu ihrer Wirksamkeit von vornherein einer ergänzenden Zustimmung betroffener Aktionäre oder sonstiger zusätzlicher, außerhalb des Beschlußtatbestandes liegender Umstände. Die hier zum Zuge kommenden Befugnisse und Schutzbehelfe sind grundsätzlich allgemeine, stehen auch jenen Aktionären zu, die beim Hauptversammlungsbeschluß kein Stimmrecht haben.

## 2. Stimmrechtslose Vorzugsaktien und Minderheitenschutz

Durch den Ausschluß des Stimmrechts werden die Vorzugsaktionäre ohne Rücksicht auf die Höhe ihrer Kapitalbeteiligung zur Minderheit. Zwar bezeichnet der Begriff zunächst das Mindere, quantitativ Geringere, so daß, was gar nichts zählt, nicht eigentlich gegenüber demjenigen, das etwas zählt, in der Minderheit ist, doch umfaßt im wertenden Sinne die Minderheit jeden, der an gemeinschaftliche Entscheidungen gebunden ist, ohne auf deren Inhalt Einfluß nehmen zu können.<sup>5</sup> An Zweckmäßigkeitsentscheidungen nimmt die Minderheit nicht teil; ihre Mitwirkung ist wesentlich auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle des Gesellschaftshandelns zurückgeschnitten. Besondere Bedeutung für die Vorzugsaktionäre ohne Stimmrecht gewinnen damit jene Befugnisse,<sup>6</sup> die dem einzelnen Mitglied als solchem verbürgt oder als »kapitalistisch verankerte Minderheitsrechte«<sup>7</sup> an die Innehabung eines bestimmten Anteils am Grundkapital geknüpft sind.<sup>8</sup>

## II. Rechte des einzelnen Aktionärs

### 1. Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen

Prüfstein des Mitgliedschaftsstatus ist die Befugnis zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen,<sup>9</sup> »das Recht des Aktionärs, um der Gesellschaft und seiner Mitgliedschaft willen zu verlangen, daß der Gesellschaftswille sich entsprechend den Gesetzen und den statutarischen Bestim-

5 Ähnlich die Definition von Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. I, S. 417.

6 Auflistung einzelner Rechte der Vorzugsaktionäre bei LG Dortmund WM 1972, 1324 (1325); Baumbach-Hueck § 140, 2; KK-Zöllner § 140, 2; GK-Barz § 140, 2; Schlegelberger/ Quassowski § 116, 1; GHEK-Hefermehl § 140, 3; Hoffmann, Partizipationsschein, S. 304–306. Vgl. auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 420.

7 RGZ 132, 149 (163, dort im Sinne von »mehrstimmrechtsfest«).

8 Überblick bei Kühn, BB 1965, 1170.

9 ROHG 23, 273 (275); BGHZ 14, 264 (271, 273) für GmbH. Vgl. auch BVerfGE 14, 263 (283 u. Leits.).

mungen bethätigt«. <sup>10</sup> Auch die stimmlose Vorzugsaktie gibt dieses Recht. <sup>11</sup> Nicht zuletzt in der Aufgabe des ursprünglichen Plans, die Anfechtung nur durch einen gemeinsamen Vertreter der Vorzugsaktionäre zuzulassen, <sup>12</sup> liegt das Wesentliche der geltenden Regelung über die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht.

Anfechtbar ist ein Beschluß, wenn er gegen Gesetz oder Satzung verstößt. Gesetzesrecht ist auch die Pflicht des Mehrheitsaktionärs oder einer beherrschenden Gruppe zur Rücksichtnahme auf die gesellschaftlichen Belange der Minderheit. Es besteht hier gegenüber den Mitaktionären eine Treuepflicht <sup>13</sup> zwar nicht im engeren Sinne persönlicher Gemeinschaftsbindung, <sup>14</sup> wohl aber, da die Mehrheitsmacht gesellschaftsbezogene Interessen der Minderheit mitgestaltet, <sup>15</sup> im weiteren Sinne einer den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) konkretisierenden Rechtsbindung: »Aus der Befugnis, im Wege des Mehrheitsbeschlusses zugleich auch für die Minderheit zu beschließen und damit mittelbar über deren in der Gesellschaft gebundene Vermögensrechte zu verfügen, ergibt sich ohne weiteres die gesellschaftliche Pflicht der Mehrheit, im Rahmen des Gesamtinteresses auch den berechtigten Belangen der Minderheit Berücksichtigung angedeihen zu lassen und deren Rechte nicht über Gebühr zu verkürzen«. <sup>16</sup> Formale Beschlußmehrheiten bieten nur eine gewisse, keine endgültige Gerechtigkeitsergewährung und geben daher bei nachhaltigen Eingriffen in die Herrschafts- oder Beteiligungsverhältnisse nicht freie Hand, sondern nur einen Ermessensspielraum. Bestimmte Maßnahmen, insbesondere ein Ausschluß des gesetzlichen Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen, müssen zur Verfolgung des Gesellschaftsinteresses geeignet und erforderlich sein, der Eingriff in die Aktionärsrechte hierzu in angemessenem Verhältnis stehen. <sup>17</sup>

<sup>10</sup> ROHG, a.a.O.; heute § 243 I. Zu den Grenzen dieses Rechts BGHZ 107, 296 (308–315); BVerfG, WM 1990, 755 (757).

<sup>11</sup> Baumbach-Hueck § 245, 2; KK-Zöllner § 245, 8; GK-Schilling § 245, 3; GHEK-Hüffer § 245, 15; Obermüller/Werner/Winden, Hauptversammlung, S. 340; MünchHdb. AG/Semler § 38, 18 u. allg. M.

<sup>12</sup> Siehe oben S. 17–20.

<sup>13</sup> BGHZ 103, 184 (193–195); Lutter, ZHR 153 (1989), 446 (453–469). Anders noch BGH, JZ 1976, 561 (562).

<sup>14</sup> A. Hueck, Treuegedanke, S. 14 f.

<sup>15</sup> Auf diesen Geltungsgrund verweist auch BGHZ 103, 184 (194 f.)

<sup>16</sup> RGZ 132, 149 (163). Mit ähnlichem Ansatz Zöllner, Schranken S. 342 ff. und für GmbH G. Hueck, FS Steindorff, 45 (57). Teilw. abw. zur Dogmatik gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten Hüffer, FS Steindorff, 59.

<sup>17</sup> Zum Bezugsrechtsausschluß BGHZ 71, 40 (44–50); BGHZ 83, 319; LG Landshut, WM 1990, 931 (934–935). Auf gleicher Linie im Hinblick auf Konzerneinbindung BGHZ 80, 69 (74 f.). Zurückhaltend dagegen BGHZ 70, 117 (nachträglich)

Der Einsatz stimmrechtsloser Vorzugsaktien verschärft diesen an bestimmte Beschlüsse anzulegenden Maßstab einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Denn selbst noch die genannten Einschränkungen positiv-rechtlichen Handlungsspielraums setzen stillschweigend voraus, daß hinter der Beschlußmehrheit eine echte Beteiligungsmehrheit steht, die zur Entscheidung oder doch zur Ermessensausübung Berufenen immerhin dem Gesellschaftsinteresse am nächsten sind, weil sie das größte Risiko auf sich nehmen. Gerade das scheinen die gesetzlichen Erfordernisse einer besonderen Kapitalmehrheit zu gewährleisten; eine nur auf Satzungsklauseln über Mehrstimmrechte fußende Stimmenmehrheit kann grundlegende Entscheidungen schon formal nicht treffen. Wo aber die Hälfte des Grundkapitals aus stimmrechtslosen Vorzugsaktien besteht, vermittelt schon eine Beteiligung von 37,5 % die etwa für den Ausschluß des Bezugsrechts erforderliche Mehrheit dreier Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals.<sup>18</sup> Die legitimierende Kraft einer solchen Beschlußmehrheit ist letztlich keine größere als diejenige einer auf Mehrstimmrechtsaktien beruhenden. Die technische Hebelwirkung des Stimmrechtsausschlusses läßt den Beschluß offen als Verfügung über fremde Rechte hervortreten und unterwirft seine Träger einer besonderen treuhänderischen Pflichtenbindung. So gibt das Vorhandensein stimmrechtsloser Vorzugsaktien Veranlassung zur weitergehenden Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen.<sup>19</sup>

ches Mehrstimmrecht); BGHZ 76, 352 und BGHZ 103, 184 (Auflösung). Aus dem Schrifttum: Zöllner, Schranken, S. 335–355; ders. in KK, Einl. 152–169 u. § 243, 184–205 (Treuebindung). Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 95 f., 431–435; Hüffer, FS Steindorff, 59 (64 ff., 75); Hirte, Bezugsrechtsausschluß S. 20 ff., 129 ff. u. passim (Treuepflicht). G. Hueck, Gesellschaftsrecht, § 26 IV 1 (Rücksichtnahmegebot; so jetzt auch KK-Zöllner § 179, 43). Im dogmatischen Ansatz anders Lutter, AcP 180 (1980), 84 (102 ff.: mitgliedschaftliche Förderpflicht aufgrund Zweckbindung); GHEK-Hüffer § 243, 40–57 (Verbot institutionellen Rechtsmißbrauchs); Flume, Juristische Person, S. 268–271 u. passim (Eigenwert der juristischen Person als des idealen Ganzen begrenzt Handlungsspielraum der Mitglieder). Übersicht über den Meinungsstand bei Timm, ZGR 1987, 403. Zusammenfassend zum Bezugsrechtsausschluß GHEK-Hefermehl/ Bunge-roth § 186, 104–136; KK-Lutter § 186, 58–64.

18 Stimmrechtslose Aktien zählen nicht mit, siehe oben S. 89.

19 Im Ansatz ähnlich KK-Zöllner § 179, 43: Erhöhung der Rücksichtspflicht durch Schaffung von Mehrstimmrechtsaktien. Vgl. auch RGZ 167, 65 (74): gesteigerte Treuepflicht der allein stimmberechtigten GmbH-Gesellschafter. Der Entscheidung (1941) ist wegen ihrer antisemitischen Richtung eine Autorität nicht beizumessen.

## 2. Sonstige Individualrechte

Die Vorzugsaktionäre konstituieren das Organ Hauptversammlung mit, haben sonach das Recht auf Teilnahme,<sup>20</sup> das Rede- und Antragsrecht sowie die bei Vorbereitung und Durchführung der Versammlung sich ergebenden Rechte auf Einsichtnahme und Zusendung von Unterlagen (§§ 120 III 2, 125, 128, 175 II, 293 III etc.). Und soll die Nichtigkeitsfolge schwerwiegender Einberufungsmängel dadurch ausgeschlossen werden, daß »alle Aktionäre« erscheinen oder sich vertreten lassen (§ 241 Nr. 1), so erfordert eine solche Universalversammlung die Teilnahme jedes einzelnen auch der stimmrechtslosen Aktionäre.<sup>21</sup>

Das Auskunftsrecht nach § 131 steht den Vorzugsaktionären in vollem Umfang zu,<sup>22</sup> da es nicht allein um der Ausübung des Stimmrechts willen gegeben ist.<sup>23</sup> Auch legitimiert die Aktie ohne Stimmrecht im Unternehmensverbund zur Erhebung der Klage auf Leistung an die Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 309 IV 1–2, 310 IV, 317 IV, 318 IV.

## III. Kapitalquotenabhängige Schutzbehelfe und Organisationsbefugnisse

### 1. Schutzbehelfe kraft Beteiligungsquote

Wo die Geltendmachung eines Verlangens oder die Beachtlichkeit eines Widerspruchs von einem Aktienbesitz bestimmter Höhe abhängt, zählen Vorzugsaktien ohne Stimmrecht bei der Berechnung sowohl des Grundkapitals als auch der erforderlichen Beteiligungsquoten mit.<sup>24</sup> Auch auf den Besitz solcher Aktien kann daher nach § 122 das Verlangen nach Einberufung einer Hauptversammlung oder nach Aufnahme von Beschlußgegenständen in die Tagesordnung gestützt werden.<sup>25</sup> Einzubeziehen sind die Vorzugsaktien ferner in jene 10 % oder 2 Millionen DM des Grundkapitals, deren Inhaber die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder, Gründer oder Schädiger erzwingen können (§ 147 I, III)<sup>26</sup> und die gerichtliche

20 OLG Frankfurt, AG 1988, 304 (306)

21 KK-Zöllner § 121, 50; GK-Barz § 121, 20; Obermüller/Werner/Winden S. 43 f. Vgl. auch KG, DB 1972, 131 (dort aus anderem Grund fehlende Stimmberechtigung).

22 Baumbach-Hueck § 131, 4; KK-Zöllner § 131, 9 und 2; allg. M.

23 OLG Düsseldorf, WM 1986, 1435.

24 Kühn, BB 1965, 1170.

25 KK-Zöllner § 122, 11; GK-Barz § 122, 2 und 11.

26 Baumbach-Hueck § 147, 5; KK-Kronstein/Zöllner § 147, 6; GK-Barz § 147, 4; GHEK-Hefermehl § 147, 5.



Bestellung oder Auswechslung von Sonderprüfern zu beantragen berechtigt sind (§ 142 II, IV).<sup>27</sup> Gleiches gilt für die Rechte, durch gemeinschaftlichen Widerspruch den Verzicht der Gesellschaft auf Ausgleichs- und Ersatzansprüche oder einen Vergleich mit dem Verpflichteten zu vereiteln (§§ 50, 53 Satz 1, 93 IV 3, 116, 117 IV, 302 III 3, 309 III 1, 310 IV, 317 IV, 318 IV).<sup>28</sup>

All diese Befugnisse sind nicht Ausdruck des Stimmrechts, sondern der bloßen Kapitalbeteiligung, stehen inhaltlich eher dem Anfechtungsrecht nahe. Nicht die Hauptversammlung als Gesellschaftsorgan entscheidet, sondern eine Anzahl Aktionäre, Mehrheitsentscheidungen werden nicht getroffen, sondern durchkreuzt oder ersetzt, erforderlich ist ein Anteil »DES Grundkapitals«, nicht des bei einem Hauptversammlungsbeschluß vertretenen Grundkapitals. Individueller Selbstschutz und gemeinschaftliche Notgeschäftsführung<sup>29</sup> verbinden sich zu besonderen Rechtsbehelfen gegen mehrheitliche Stimmenmacht. Stimmberechtigte und stimmrechtslose Aktien stehen gleich.

Anders liegt es nur, wo die Ausübung von Minderheitenrechten lediglich eine nachfolgende Abstimmung der Hauptversammlung vorbereiten soll. Das Recht etwa, die Einzelentlastung von Verwaltungsmitgliedern (§ 120 I 2) oder eine Vorwegabstimmung über Wahlvorschläge von Aktionären (§ 137) durchzusetzen, steht allein denjenigen zu, die über den Beschlußgegenstand selbst zu entscheiden haben, also den Inhabern stimmberechtigter Aktien.<sup>30</sup>

## 2. Organisationsbefugnisse kraft Beteiligungsquote

Mit zu berücksichtigen ist das auf stimmrechtslose Vorzugsaktien entfallende Kapital, wo das Gesetz Beschlüsse davon abhängig macht, daß ein Aktio-

27 Baumbach-Hueck § 142, 8; KK-Kronstein/Zöllner § 142, 27; GK-Barz § 142, 10; GHEK-Hefermehl § 142, 21. Entsprechendes gilt für die Sonderprüfung nach § 258 (GHEK-Hüffer § 258, 43; GK-Barz § 258, 10; KK-Claussen § 258, 25), die gerichtliche Auswechslung von Abschlußprüfern nach § 318 III HGB (Baumbach-Hueck § 163, 7; GK-Brönner § 163, 16; von Godin/Wilhelmi § 163, 4; vgl. auch GHEK-Kropff § 163, 39; anders KK-Claussen § 163, 25) sowie für die Abberufung entsandter Aufsichtsratsmitglieder nach § 103 III 3 und für den Antrag auf gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Abwicklern (§ 265 III).

28 GK-Barz § 50, 16; von Godin/Wilhelmi § 50, 6; GHEK-Hefermehl § 93, 61.

29 Letzteren Gesichtspunkt betont L. Goldschmidt, System des Handelsrechts, 4. Aufl. 1892, S. 136 f.; in gleichem Sinne Allg. Begr. RegE 1884, bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre, S. 465-472. Ähnlich Lutter, AcP, 180 (1980), 84 (142-144); vgl. auch Hommelhoff, Einl. zu Hundert Jahre, S. 99-102.

30 Anders GHEK-Eckardt § 120, 23; § 137, 14.

när eine Beteiligung bestimmten Umfangs hält. So verlangen § 319 I für die Eingliederung wie auch § 3 und § 15 UmwG für die übertragende Umwandlung, daß die künftige Hauptgesellschaft oder der Alleingesellschafter alle Aktien in Händen hat. Und die Eingliederung durch Mehrheitsbeschluß setzt einen Aktienbesitz im Gesamtnennbetrag von 95 % des Grundkapitals, die übertragende Umwandlung auf den Hauptgesellschafter dessen Beteiligung in Höhe von mehr als neun Zehnteln voraus (§ 320 I AktG; §§ 9, 15 UmwG). Bemessungsgrundlage ist in diesen Fällen nicht ein bei der Beschlußfassung vertretenes, sondern das gesamte Grundkapital, zu dem auch die Vorzugsaktien ohne Stimmrecht zählen.<sup>31</sup>

Was das Gesetz hier fordert und gelten läßt, ist keine Kapitalmehrheit, überhaupt keine besondere Beschlußmehrheit,<sup>32</sup> sondern eine weitergehende materielle Übernahme- und Ausschließungsbefugnis des Allein- oder Mehrheitsaktionärs. In dem Beschluß der Hauptversammlung liegt der Sache nach eine Verfügung dieses Gesellschafters.<sup>33</sup> Rechtsgrund seiner besonderen Verfügungsmacht ist nicht die Stimmkraft, sondern die alleinige oder ganz überwiegende und daher eigentumsähnliche Kapitalbeteiligung. Die Übernahmebefugnis folgt nicht aus dem Hauptversammlungsbeschluß, sondern muß als ein weiteres selbständiges Wirksamkeitserfordernis zu demselben hinzutreten. Denn selbst mit einer Kapitalmehrheit von 95 % kann die Eingliederung nicht beschlossen werden, wenn diese Aktien nicht einheitlich in den Händen der künftigen Hauptgesellschaft liegen. Umgekehrt ist für den Beschluß selbst eine besondere Mehrheit nicht vorgeschrieben; er könnte auch mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden.<sup>34</sup> Für den Fall der übertragenden Umwandlung bestimmen § 9 I 2 und § 15 I 1 UmwG sogar ausdrücklich, daß der Umwandlungsbeschluß stets mit den Stimmen des Übernehmers ohne Rücksicht darauf gefaßt werden kann, ob andere Gesellschafter widersprechen.

Der durch seine Kapitalbeteiligung Legitimierte kann somit, wenn das Grundkapital zur Hälfte aus stimmrechtslosen Vorzugsaktien besteht, die Eingliederung oder Umwandlung auch dann durchsetzen, wenn er nur 90 % oder 80 % der Stammaktien, dafür aber sämtliche Vorzugsaktien in Händen hält.

31 KK-Koppensteiner § 320, 5; GK-Würdinger § 319, 7.

32 KK-Zöllner § 133, 82.

33 BVerfGE 14, 263 (276, vgl. auch 280).

34 Zöllner, a.a.O.; MünchHdb. AG-Krieger § 73, 14 f. In gleicher Richtung Baumbach/Hueck Anh. nach § 393, § 9 UmwG, 6: Umwandlungsbeschluß kann auch, etwa bei Mehrstimmrechten anderer Aktionäre, mit weniger als 90 % der abgegebenen Stimmen gefaßt werden. Weitergehend Widmann/Mayer, TZ. 265 f. und wohl auch GK-Würdinger § 320, 4: Überhaupt keine Stimmenmehrheit erforderlich. Für Erfordernis auch einer Stimmenmehrheit von 95 % dagegen KK-Koppensteiner § 320, 6; von Godin/Wilhelmi § 320, 3.

#### IV. Zustimmung bei Eingriff in unentziehbare Rechte

Keine Ausübung von Stimmrecht und daher auch vom Stimmrechtsausschluß nicht erfaßt sind die Zustimmungserklärungen aller oder einzelner Aktionäre, derer bestimmte Hauptversammlungsbeschlüsse zu ihrer Wirksamkeit bedürfen.

##### 1. Umwandlung in GmbH

Nach § 369 I kann durch Hauptversammlungsbeschluß die formwechselnde Umwandlung der AG in eine GmbH beschlossen werden.<sup>35</sup> Dem Umwandlungsbeschluß jedoch müssen alle Aktionäre zustimmen (§ 369 II 1), also auch die Inhaber der Vorzugsaktien ohne Stimmrecht.<sup>36</sup> Praktisch scheint damit ein einstimmiger Hauptversammlungsbeschluß gefordert, denn Stimmabgabe und Zustimmung werden regelmäßig in einem Erklärungsakt zusammengefaßt sein. Systematisch aber ist zwischen Abstimmung und Zustimmungserklärungen zu unterscheiden.<sup>37</sup>

Dafür spricht schon formal, daß auch die in der Hauptversammlung nicht erschienenen oder vertretenen Aktionäre zustimmen müssen (§ 369 II 2-3). Vor allem legt die inhaltliche Wirkung der Umwandlung eine solche Unterscheidung nahe. Die Rechtsstellung eines Minderheitsgesellschafters in der GmbH ist entschieden unsicherer als diejenige des Aktionärs: Die Vermögensbindung ist gelockert, für Schmälerungen des Stammkapitals wird nach §§ 24, 31 GmbHG haftet und die leichte Übertragbarkeit der Anteile geht verloren (§ 15 III GmbHG).<sup>38</sup> Eine so weitgehende Umgestaltung der Mitgliedschaft, wie sie in der Auswechslung des ganzen Normensystems liegt, ist die Hauptversammlung allein nicht ins Werk zu setzen berechtigt. Damit die gewollte Rechtswirkung eintritt, müssen vielmehr zu dem Beschluß zusätzliche, außerhalb seines Tatbestandes liegende Wirksamkeitselemente hinzutreten, nämlich die Zustimmungen der von der Umwandlung betrof-

35 Wegen der Bezugnahme in § 33 III KapErhG auf § 369 II-IV, VI AktG gilt das Nachfolgende für die verschmelzende Umwandlung einer AG in eine GmbH entsprechend.

36 Baumbach/Hueck § 369, 4; KK-Zöllner § 369, 20 f.; GK-Meyer-Landrut § 369, 3; Rasner, BB 1970, 1313.

37 So im Ansatz Zöllner, Schranken, S. 115 f; ders. in KK § 179, 151, 156, 169. Anders die zuletzt Genannten, denen zufolge die stimmrechtslosen Vorzugsaktien hier ausnahmsweise stimmberechtigt seien.

38 Diese Verschlechterung der Mitgliedschaft betont auch BGHZ 103, 184 (187 f.). Ähnlich Begr.RegE und Auffassung der Bundesregierung, bei Kropff § 369, S. 477, 479. In gleicher Richtung Amtl. Begr. zu §§ 263-268 AktG 1937, bei Klausling S. 226 f.

fenen einzelnen Aktionäre,<sup>39</sup> mögen sie in der Hauptversammlung ein Stimmrecht haben oder nicht.

## 2. Kernbestand der Mitgliedschaft

Ähnlich verhält es sich mit einem Beschluß, der den Aktionären Nebenverpflichtungen auferlegt (§ 180 I) oder die Übertragung von Aktien an die Zustimmung der Gesellschaft bindet (§ 180 II). Beides ist Satzungsänderung (§§ 55, 68 II) und als solche von der Hauptversammlung mit qualifizierter Kapitalmehrheit, also unter Ausschluß der Vorzugsaktionäre zu beschließen. Zusätzlich jedoch müssen alle betroffenen Aktionäre zustimmen, auch die stimmrechtslosen. Das folgt, wenn nur einzelne Aktien belastet oder vinkuliert werden sollen, schon aus dem Grundsatz gleichmäßiger Behandlung. Das Zustimmungsgebot gilt aber auch dann, wenn die Maßnahme sämtliche Aktien gleichmäßig trifft. Ebenso können etwa das Stimmrecht<sup>40</sup> oder das Recht auf Gewinnteilhabe<sup>41</sup> dem einzelnen Aktionär nachträglich nur genommen werden, wenn er dem zustimmt.

Bei den genannten Maßnahmen handelt es sich um Eingriffe in den rechtlichen Kernbestand der Mitgliedschaft, über den die Hauptversammlung keine alleinige Gestaltungsmacht hat. Ihre Organkompetenz wird überlagert von besonderen Verfügungsbefugnissen des einzelnen Mitglieds über seine Rechte, die nicht im Stimmrecht, sondern in besonderen Zustimmungsgewebten ihren Ausdruck finden und daher auch den stimmrechtslo-

<sup>39</sup> Einen Mittelweg zwischen mehrheitlicher Beschlußfassung durch Stimmrechtsausübung und Einzelzustimmung ordnet § 369 III für AGen mit 1.) weniger als 50 Aktionären an; hier genügt zur Umwandlung ein Hauptversammlungsbeschluß mit 2.) Stimmenmehrheit (§ 133 I) und 3.) einer Mehrheit von 90 % des gesamten (nicht nur des vertretenen) Grundkapitals. Stimmrechtslose Vorzugsaktien zählen im Sinne von 1.) und 3.) mit, sind also mitwirkungsberechtigt, Baumbach/Hueck § 369, 7 und 9; KK-Zöllner § 369, 48; GK-Meyer-Landrut § 369, 7. Die gegenüber § 369 Abs. II abgeschwächten Voraussetzungen rechtfertigen sich auch daraus, daß die Widersprechenden austritts- und abfindungsberechtigt sind (§§ 375 I, 320 V 5), also der Umwandlung nicht schlechthin unterworfen werden.

<sup>40</sup> BGHZ 70, 117 (122) und heute allg. M.

<sup>41</sup> Für Unentziehbarkeit Weipert, ZHR 110 (1944), 23 (37-40); KK-Lutter § 58, 93; Flume, Juristische Person, S. 275; GK-Barz § 58, 5; Brodmann § 213 HGB, 7. a); mit gleicher Tendenz KK-Zöllner § 179, 107, 114. Dagegen Düringer/Hachenburg-Flechtheim § 213 HGB, 15; GK (2. Aufl.)-Rob. Fischer § 52, 16. Nicht eindeutig GHEK-Hefermehl/Bungeroth § 58, 119 ff.

sen Vorzugsaktionären zukommen. In das Sozialrechtliche des Vorgangs mischt sich ein individualrechtliches Element.<sup>42</sup>

Mitgliedschaftsrechte, die dem einzelnen ohne seine Zustimmung durch Mehrheitsbeschluß der übrigen nicht genommen werden können, bezeichnete man früher oftmals als »Sonderrechte«.<sup>43</sup> Diese weite Begriffsbestimmung hat sich nicht durchsetzen können. Als Sonderrechte gelten nach heutiger Auffassung nur solche Rechte, die ihrem Inhaber eine gegenüber den anderen Mitgliedern bevorzugte Stellung gewähren.<sup>44</sup> Indessen zeigt es sich, daß außer diesen Vorrechten durchaus noch allgemeine Mitgliedschaftsrechte bestehen können, die dem einzelnen nicht durch bloßen Mehrheitsbeschluß genommen werden können,<sup>45</sup> in der Aktiengesellschaft etwa das Stimmrecht, das Recht auf Gewinn- und Vermögensteilhabe, die Freiheit von Nebenverpflichtungen und zur Verfügung über die Anteile.<sup>46</sup> Die Unentziehbarkeit folgt aus den Grundgedanken des Aktienrechts oder aus besonderer gesetzlicher oder statutarischer Anordnung. Man könnte diese Rechtspositionen im Unterschied zu den als Vorrechten verstandenen Sonderrechten als »wohlerworbene Rechte« der Aktionäre bezeichnen.<sup>47</sup> Auch die Vorzugsaktionäre ohne Stimmrecht haben sie.

42 Zöllner, Schranken, S. 115. Vgl. auch Otto von Gierke, Dt. PrivR. Bd. I, S. 533–550.

43 So insbes. Karl Lehmann, ABR 1894, 297–396; ders., Aktiengesellschaften Bd. II, S. 201–211; Horowitz, Generalversammlungen, S. 32–62; zuletzt noch Schlegelberger/Quassowski § 102, 4. Von dieser Vorstellung ausgehend auch die allg. Begr. zum RegE 1884, bei Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre, 387 (466). In gleiche Richtungweisend etwa RGZ 141, 168 (170); RGZ 22, 113 (114 f.); RGZ 37, 32 (34). Hinter diesem weiten Sonderrechtsbegriff stand der wesentlich auf Otto von Gierke (etwa Genossenschaftstheorie, S. 174 f.; Dt. PrivR a.a.O.) zurückgehende Versuch, die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht als Grenzziehung zwischen Verbands- und Individualsphäre einheitlich zu bestimmen.

44 Nachw. unten S. 116 FN 2. Daß indessen, wie mitunter angenommen, gerade auch § 35 BGB durchaus von diesem engen Sonderrechtsbegriff ausgehe, ist nicht eigentlich der Fall. Vgl. Flume, Juristische Person, S. 271 f.

45 Flume, Juristische Person, S. 273–276; Baumbach/Hueck, Üb. vor § 54, 6; Zöllner, Schranken, S. 110.

46 Ähnliches gilt für die Verfaßtheit der Mitgliedschaft als Aktie überhaupt.

47 Vgl. Art. 646 des Schweizerischen Obligationenrechts: »Wohlerworbene Rechte, die den einzelnen Aktionären in ihrer Eigenschaft als Aktionär zustehen, können ihnen nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden.

Als wohlerworbene gelten diejenigen Rechte des Aktionärs, die nach Vorschrift des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind oder dem Recht auf Beteiligung an der Generalversammlung entspringen.

Dazu gehören insbesondere die Mitgliedschaft, das Stimmrecht, das Recht zur Anfechtung, das Recht auf Dividende, das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis.«

