

# **Die Stimmrechtsvertretung im Aktien- und GmbH-Recht**

Dissertation zur Erlangung des Grades des Doktors des Rechts  
des Fachbereiches Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht  
der Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

Sabine Lieberam-Schmidt

2010

Tag der Disputation: 22.10.2010

Amtierender Dekan: Univ.-Prof. Dr. Carsten Hefeker

Erstgutachter: Univ.-Prof. Dr. Torsten Schöne

Zweitgutachter: Univ.-Prof. Dr. Peter Krebs

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer 2010 am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, als Dissertation angenommen. An dieser Stelle möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Torsten Schöne, für seine ständige Bereitschaft zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung und seine konstruktive Kritik bedanken. Herrn Prof. Dr. Peter Krebs danke ich für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens.

Der größte Dank gilt meinen Eltern und meinem Ehemann, die mich während meiner Ausbildung stets unterstützt und gefördert haben und immer an mich geglaubt haben.

Siegen, im Oktober 2010

Sabine Lieberam-Schmidt



**Inhaltsverzeichnis**

<b>Inhaltsverzeichnis.....</b>	<b>I</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>VII</b>
<b>Entscheidungsregister .....</b>	<b>XXVI</b>
<b>Einführung.....</b>	<b>1</b>
<b>A. Problemaufriss .....</b>	<b>1</b>
<b>B. Gang der Untersuchung .....</b>	<b>6</b>
<b>§ 1 Durch den Gesellschafter veranlasste Stimmrechtsvertretung .....</b>	<b>10</b>
<b>A. Grundlagen.....</b>	<b>10</b>
<b>I. Stimmrecht im Kapitalgesellschaftsrecht.....</b>	<b>10</b>
1. Stimmrecht als mitgliedschaftliches Kernrecht .....	10
2. Ausschluss des Stimmrechts .....	13
3. Ausübung des Stimmrechts .....	16
4. Treupflicht als Grenze der Stimmrechtsausübung .....	18
<b>II. Allgemeine Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung.....</b>	<b>25</b>
1. Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft .....	25
2. Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung in der GmbH .....	26
3. Abspaltungsverbot als Zulässigkeithindernis .....	28
<b>B. Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft .....</b>	<b>31</b>
<b>I. Stimmrechtsvertretung durch Singularbevollmächtigte, Kreditinstitute         und Aktionärsvereinigungen .....</b>	<b>31</b>
1. Zulässiger Personenkreis .....	31
a) Zivilrechtliche Vorgaben.....	31
b) Der Singularbevollmächtigte.....	32
aa) Auslegung des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG.....	32
bb) Unzulässigkeit der Bevollmächtigung eines Mitaktionärs gem. § 181 BGB.....	36
cc) Abgrenzung des Singularbevollmächtigten von anderen Bevollmächtigten .....	37
c) Kreditinstitute .....	38
d) Aktionärsvereinigung .....	39
e) Zulässigkeit satzungsmäßiger Regelungen für die Person des Stimmrechtsvertreters.....	41
aa) Zulässigkeit satzungsmäßiger Abweichungen .....	41
bb) Zulässigkeit satzungsmäßiger Ergänzungen .....	42
(1) Ergänzung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG .....	42

(2) Abschließende Regelung des Gesetzes .....	42
f) Zwischenergebnis .....	44
2. Rechtsverhältnisse bei der Stimmrechtsvertretung.....	45
a) Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär .....	45
b) Beziehung zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter .....	46
aa) Schuldrechtliche Beziehung im Innenverhältnis .....	48
(1) Vertrag .....	48
(a) Rechtsnatur des Vertrages .....	48
(aa) Rechtsnatur des Vertrages zwischen Aktionär und Singularbevollmächtigtem.....	50
(bb) Rechtsnatur des Vertrages zwischen Aktionär und Kreditinstitut.....	50
(cc) Rechtsnatur des Vertrages zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung .....	53
(dd) Zwischenergebnis .....	54
(b) Vertragsschluss .....	54
(aa) Vertragsschluss zwischen Aktionär und Singularbevollmächtigtem.....	54
(bb) Vertragsschluss zwischen Aktionär und Kreditinstitut .....	55
(aaa) Inhaberaktien.....	55
(bbb) Namensaktien.....	56
(cc) Vertragsschluss zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung.....	58
(dd) Zwischenergebnis .....	60
(c) Pflicht der Stimmrechtsvertreter zur Stimmrechtsvertretung .....	61
(aa) Vertragliche Verpflichtung des Stimmrechtsvertreter zur Wahrnehmung der Stimmrechtsausübung.....	61
(bb) Gesetzliche Verpflichtung der Stimmrechtsvertreter zur Wahrnehmung der Stimmrechtsausübung.....	62
(d) Zeitpunkt des Vertragsschlusses.....	65
(aa) Vertragsschluss vor der Hauptversammlung.....	65
(bb) Vertragsschluss während der Hauptversammlung .....	67
(2) Inhalt des Vertrags zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter .....	69
(a) Zivilrechtliche Regelungen.....	70
(b) Aktienrechtliche Regelungen.....	71
(aa) Weisungserteilung gegenüber einem Singularbevollmächtigten .....	71
(bb) Weisungserteilung gegenüber einem Kreditinstitut .....	73
(cc) Weisungserteilung gegenüber einer Aktionärsvereinigung.....	74
(c) Zeitpunkt der Weisungserteilung.....	74
(d) Form der Weisungserteilung.....	75
bb) Bevollmächtigung im Außenverhältnis.....	77
(1) Stellvertretung.....	77
(a) Eigene Stimmabgabe des Stimmrechtsvertreter.....	77
(b) Stimmabgabe im Namen des Aktionärs .....	78
(aa) Offene und verdeckte Stimmrechtsausübung durch ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung .....	79
(bb) Offene und verdeckte Stimmrechtsausübung durch einen Singularbevollmächtigten.....	81
(cc) Die Auswirkung der Unterscheidung zwischen offener und verdeckter Stimmrechtsausübung.....	83
(c) Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht .....	84

(d) Rechtsfolge der wirksamen Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters .....	86
(2) Formerfordernis der Bevollmächtigung .....	86
(a) Formerfordernis der Singularbevollmächtigung.....	87
(b) Formerfordernis für die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts.....	88
(c) Formerfordernis der Bevollmächtigung einer Aktionärsvereinigung.....	92
(d) Schlussfolgerung.....	92
(3) Nachweis der Bevollmächtigung gegenüber der Aktiengesellschaft.....	93
(a) Bestehen einer Nachweispflicht .....	93
(aa) Nachweispflicht nach allgemein zivilrechtlichen Vorschriften .....	93
(bb) Nachweispflicht nach aktienrechtlichen Vorschriften.....	94
(aaa) Gesetzliche Nachweispflicht eines Singularbevollmächtigten .....	94
(bbb) Gesetzliche Nachweispflicht eines Kreditinstituts und einer Aktionärsvereinigung.....	95
(cc) Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Abweichungen von der gesetzlichen Nachweisregelung.....	96
(aaa) Gesellschaftsvertragliche Abweichungen beim Nachweis des Singularbevollmächtigten .....	96
(bbb) Gesellschaftsvertragliche Abweichungen beim Nachweis der in § 135 AktG genannten Personen .....	98
(b) Art der Nachweiserbringung.....	98
(c) Zeitpunkt der Nachweiserbringung .....	99
(4) Pflicht des Stimmrechtsvertreters zur Aufbewahrung der Vollmacht .....	99
(a) Aufbewahrungspflicht während der Dauer der Bevollmächtigung .....	99
(b) Aufbewahrungspflicht nach Beendigung der Bevollmächtigung.....	101
(aa) Sinn einer Aufbewahrungspflicht über den Bevollmächtigungszeitraum hinaus.....	101
(bb) Gesetzliche Regelungen .....	102
(cc) Dauer der Aufbewahrungspflicht .....	103
(c) Art der Aufbewahrung .....	105
c) Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter.....	106
aa) Tatsächliche Beziehung.....	106
bb) Beziehung aufgrund der Mittlerrolle gem. §§ 125, 128 AktG .....	106
cc) Mitgliedschaftliche Treuepflicht des Stimmrechtsvertreters .....	107
dd) Zwischenergebnis .....	109
d) Zwischenergebnis .....	109
<b>II. Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter .....</b>	<b>109</b>
1. Regelung des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG .....	109
a) Gesetzeslage und Motivation des Gesetzgebers.....	109
b) Rechtsvergleich mit dem US-amerikanischen Proxy-Voting-System .....	110
c) Person des Gesellschaftsvertreter .....	114
d) Auf den Gesellschaftsvertreter anwendbare Vorschriften.....	116
aa) Gesellschaftsvertreter als geschäftsmäßig Handelnder .....	117
bb) Systematische Zugehörigkeit des Gesellschaftsvertreter zu den organisierten Stimmrechtsvertretern .....	118
cc) Zwischenfazit .....	120
e) Tatsächliche Abläufe bei der Stimmrechtsausübung durch einen Gesellschaftsvertreter .....	120

aa) Mitteilungen an die Aktionäre.....	120
bb) Weisungserteilung für die Stimmrechtsausübung.....	122
cc) Abstimmung in der Hauptversammlung.....	124
2. Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten.....	125
a) Rechtsverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter.....	125
aa) Gesetzeslage.....	125
bb) Literatur.....	126
cc) Ergänzungen der Literaturansichten.....	128
b) Rechtsverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär.....	129
c) Rechtsverhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter.....	131
aa) Außenverhältnis.....	131
(1) Abgabe einer eigenen Willenserklärung.....	131
(2) Offenkundiges Handeln des Gesellschaftsvertreters.....	132
(3) Legitimation.....	133
bb) Grundverhältnis.....	134
(1) Rechtsnatur des Grundverhältnisses.....	134
(2) Zustandekommen des Vertrags.....	135
(a) Allgemein.....	135
(b) Eigene Auffassung.....	136
(aa) Angebot des Gesellschaftsvertreters.....	136
(bb) Annahme durch den Aktionär.....	137
(3) Inhalt des Vertrags.....	138
(a) Privatautonomie.....	138
(b) Die Pflicht zur Weisungserteilung.....	138
(aa) Planwidrige Regelungslücke.....	140
(bb) Vergleichbarkeit der Interessenlage.....	141
(cc) Anforderungen an die ausdrückliche Weisungserteilung.....	142
(dd) Abstimmungsverhalten des Gesellschaftsvertreters bei fehlender Weisungserteilung.....	143
d) Zwischenergebnis.....	144
3. Störungen beim Einsatz eines Gesellschaftsvertreters.....	144
a) Störungen bei der Erteilung der Legitimation oder der Weisungen.....	145
aa) Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses.....	146
bb) Anspruch des Aktionärs auf Schadensersatz.....	147
cc) Probleme bei der Erhebung der Anfechtungsklage sowie der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs.....	148
b) Keine Weitergabe der Legitimation oder der Weisungen von der Aktiengesellschaft an den Gesellschaftsvertreter.....	149
c) Störungen bei der Weitergabe der Stimme bzw. der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung.....	150
aa) Stimmabgabe entgegen der Weisungserteilung.....	150
bb) Technische Störung bei der Stimmweitergabe bzw. der Stimmabgabe in der Hauptversammlung.....	151
d) Zwischenfazit.....	152
4. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung.....	152

<b>C. Stimmrechtsvertretung in der GmbH.....</b>	<b>154</b>
<b>I. Zulässiger Personenkreis .....</b>	<b>154</b>
1. Allgemeines .....	154
2. Zulässigkeit konkreter gesellschaftsvertraglicher Regelungen über die Bevollmächtigung bestimmter Personen .....	155
a) Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters .....	155
b) Bevollmächtigung eines Familienangehörigen oder einer dem Gesellschafter nahe stehenden Person.....	156
c) Bevollmächtigung einer zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten sachkundigen Person .....	159
d) Bevollmächtigung eines Organmitglieds der GmbH .....	159
aa) Unzulässigkeit der Bevollmächtigung eines Organmitglieds aufgrund eines Teilnahmeverbots.....	160
bb) Unzulässigkeit der Bevollmächtigung des Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds bei bestimmten Beschlussgegenständen.....	161
3. Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Beschränkungen für den Kreis der Stimmrechtsvertreter.....	163
a) Zulässigkeit des Ausschlusses der Bevollmächtigung mehrerer Personen .....	163
b) Zulässigkeit der Beschränkung auf Mitgesellschafter.....	164
4. Zwischenergebnis .....	166
<b>II. Beziehung zwischen Gesellschafter und Stimmrechtsvertreter .....</b>	<b>166</b>
1. Eigene Stimmabgabe .....	167
2. Die Stimmabgabe im fremden Namen.....	167
3. Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht.....	169
a) Inhalt und Umfang der Vollmacht.....	169
b) Erteilung der Vollmacht .....	170
aa) Formerfordernis der Vollmacht.....	170
(1) Gesetzliche Vorgaben für das Formerfordernis .....	170
(2) Folgen bei Nichteinhaltung des Formerfordernisses .....	173
bb) Zeitpunkt der Vollmachtserteilung.....	175
c) Nachweis der Vollmacht .....	176
aa) Gesetzliche Regelungen .....	176
bb) Satzungsgestaltung .....	176
d) Pflicht der GmbH zur Aufbewahrung der Vollmacht .....	177
4. Zwischenergebnis .....	179
<b>§ 2 Vertretungszwang .....</b>	<b>180</b>
<b>A. Gesetzlicher Vertretungszwang.....</b>	<b>181</b>
<b>I. Erbengemeinschaft .....</b>	<b>181</b>
<b>II. Die Willensbildung in der Erbengemeinschaft .....</b>	<b>183</b>
<b>III. Zwischenergebnis.....</b>	<b>185</b>
<b>B. Durch Gesellschaftsvertrag vorgeschriebene Stimmrechtsvertretung.....</b>	<b>186</b>
<b>I. Zulässigkeit des Vertretungszwangs im Wege der Vertreterklausel.....</b>	<b>188</b>
1. Zulässigkeit einer Vertreterklausel in der Aktiengesellschaft .....	188

2. Zulässigkeit einer Vertreterklausel in der GmbH .....	192
a) Unzulässigkeit wegen Einordnung als Vertrag zu Lasten Dritter .....	193
b) Abspaltungsverbot als Zulässigkeitshindernis .....	194
c) Sachlicher Geltungsbereich der Vertreterklausel .....	195
3. Zwischenergebnis .....	196
<b>II. Erbaueinandersetzung.....</b>	<b>196</b>
1. Rechtsbeziehungen der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter .....	198
a) Planwidrige Regelungslücke .....	199
b) Vergleichbare Interessenlage.....	199
c) Zwischenergebnis .....	200
2. Stimmrechtsausübung in der gemeinschaftsähnlichen Sonderverbindung.....	200
<b>III. Erbaueinandersetzung mit Abschluss eines GbR-Vertrags.....</b>	<b>200</b>
1. Person des gemeinsamen Vertreters .....	203
2. Entscheidungsfindung in der GbR .....	205
a) Beschlussmehrheit .....	205
b) Weisungsrecht der Gesellschafter .....	207
3. Folgen der Kündigung eines GbR-Gesellschafters.....	208
a) Auflösung der GbR.....	209
b) Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters und Fortführungs-klausel.....	209
aa) Problem einer Fortführungsklausel im Zusammenhang mit der Vertreterklausel .....	210
bb) Lösungsmöglichkeit durch Gesellschaftsvertragsgestaltung in der GbR.....	210
(1) Ziel einer gesellschaftsvertraglichen Regelung .....	210
(2) Umsetzung im GbR-Gesellschaftsvertrag.....	211
(3) Zulässigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Regelung in der GbR .....	214
<b>IV. Beendigung der Vertreterklausel (auf GmbH-Ebene).....</b>	<b>215</b>
1. Beendigung durch Zeitablauf.....	215
a) Vereinbarung einer bestimmten Geltungsdauer der Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH .....	215
b) Begrenzung durch die analoge Anwendung des § 2210 S. 1 BGB auf die Vertreterklausel .....	216
2. Beendigung durch Änderung des GmbH-Gesellschaftsvertrags .....	218
<b>C. Vorweggenommene Erbfolge.....</b>	<b>219</b>
<b>I. Umsetzung der vorweggenommenen Erbfolge .....</b>	<b>220</b>
1. Verpflichtungsgeschäft .....	220
2. Verfügungsgeschäft .....	222
<b>II. Beendigung des Vertretungszwangs .....</b>	<b>222</b>
<b>D. Zwischenergebnis.....</b>	<b>223</b>
 <b>Zusammenfassung der Ergebnisse .....</b>	 <b>225</b>

## Literaturverzeichnis

- Adidas AG*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, [http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), abgerufen am 24.05.2010.
- Ann*, Christoph: Die Erbengemeinschaft, 2001.
- Arens*, Wolfgang: Gesellschaftsrecht, Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen, 2. Auflage 2005.
- Arnold*, Arndt: Aktionärsrechte und Hauptversammlung nach dem ARUG, Der Konzern 2009, 88.
- Bacher*, Philipp: Die Abdingbarkeit des Stimmverbots nach § 47 Abs. 4 GmbH in der Satzung, GmbHR 2001, 133 ff.
- Bachmann*, Gregor: Namensaktie und Stimmrechtsvertretung, WM 1999, 2100 ff.
- Ders.*: Verwaltungsvollmacht und „Aktionärsdemokratie“: Selbstregulative Ansätze für die Hauptversammlung, AG 2001, 635 ff.
- Bäcker*, Roland M.: GmbH-Gesellschafterversammlung, Zuständigkeit – Einberufung – Durchführung, 2000.
- Bärwaldt*, Roman/*Günzel*, Florian: Der GmbH-Gesellschafterbeschluss und die Form der Stimmrechtsvollmacht, GmbHR 2002, 1112 ff.
- Bamberger*, Georg/*Roth*, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage 2008,  
Band 1: Gesamtverzeichnis, §§ 1 – 610,  
Band 2: §§ 611 – 1296, ErbbauVO, WEG,  
Band 3: §§ 1297 – 2385, EGBGB, CISG.
- BASF SE*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), abgerufen am 24.05.2010.
- Baumbach*, Adolf/*Hueck*, Alfred: GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 19 Auflage 2010.
- Baums*, Theodor: Vollmachtstimmrecht der Banken – Ja oder Nein?, AG 1996, 11 ff.
- Ders.*: Zur Deregulierung des Depotstimmrechts, ZHR 171 (2007), 599 ff.
- Ders.* (Hrsg.): Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001.
- Baums*, Theodor/*v. Randow*, Philipp: Der Markt für Stimmrechtsvertreter, AG 1995, 145 ff.
- Bayer AG*: Einladung zur Hauptversammlung, 2010, <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, abgerufen am 24.05.2010.
- Bayer*, Walter/*Habersack*, Mathias (Hrsg.): Aktienrecht im Wandel, Band II Grundsatzfragen des Aktienrechts, 2007.

- Beck'sches Handbuch der AG*, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, hrsg. v. Welf Müller, Thomas Rödder, 2. Auflage 2009.
- Beck'sches Handbuch der GmbH*, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, hrsg. v. Welf Müller, Norbert Winkeljohann, 4. Auflage 2009.
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften*, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, hrsg. v. Welf Müller, Wolf-Dieter Hoffmann, 3. Auflage 2009.
- Becker*, Bernd Christian: Die institutionelle Stimmrechtsvertretung in Europa, Vorschläge für europäische Mindeststandards auf der Grundlage einer rechtsvergleichenden Analyse der Stimmrechtsvertretungssysteme in Deutschland, England, Spanien, Frankreich und Italien, 2001.
- Beckerhoff*, Tom: Treuepflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters, 1996.
- Behnke*, Thorsten: Die Stimmrechtsvertretung in Deutschland, Frankreich und England, NZG 2000, 665 ff.
- Behrens*, Peter: Stimmrecht und Stimmrechtsbindung, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, hrsg. v. Marcus Lutter, Peter Ulmer, Wolfgang Zöllner, 1992, S. 539 ff.
- Bezenberger*, Tillmann: Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, 1991.
- Bienemann*, Klaus: Die internetgestützte Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 2006.
- Birle*, Jürgen P./*Diehl*, Klaus: Praxishandbuch der GmbH, Gesellschafts- und Steuerrecht, 2. Auflage 2009.
- Blank*, Winfried/*Zetzsche*, Dirk: Software für die virtuelle Hauptversammlung, K & R 2000, 486 ff.
- BMJ*: Bericht über die Entwicklung der Stimmrechtsausübung in börsennotierten Aktiengesellschaften in Deutschland seit Inkrafttreten des Namensaktiengesetzes am 25.1.2001, NZG 2004, 948 ff.
- BMW AG*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, [http://www.bmwgroup.com/d/0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/investor\\_relations/corporate\\_events/hauptversammlung/2010/Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.bmwgroup.com/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/corporate_events/hauptversammlung/2010/Einladung_HV_2010.pdf), abgerufen am 24.05.2010.
- Bormann*, Michael/*Kauka*, Ralf/*Ockelmann*, Jan: Handbuch GmbH-Recht, Das neue Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Gestaltungspraxis, Rechtsgrundlagen, Steuern, 2009.
- Bröcker*, Norbert/*Schouler*, Oliver: Bereit für die Online-Hauptversammlung? Satzungsgestaltungen zur Nutzung elektronischer Medien bei der Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungen, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 75 ff.
- Brox*, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Erbrecht, 23. Auflage 2009.
- Bunke*, Caspar: Das Stimmrechtsvertretermodell als Grundlage der virtuellen Hauptversammlung, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristi-

- scher und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 21 ff.
- Ders.*: Fragen der Vollmachtserteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG, AG 2002, 57 ff.
- Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. (BVR), Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V. (VÖB) und Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V. (DSGV)*: Stellungnahme ARUG vom 24.06.2008, [http://www.voeb.de/download/bvr-dsgv-voeb\\_stellungnahme\\_arug.pdf](http://www.voeb.de/download/bvr-dsgv-voeb_stellungnahme_arug.pdf), abgerufen am 24.5.2010.
- Claussen, Carsten P.*: Hauptversammlung und Internet, AG 2001, 161 ff.
- Ders.*: Der Aktionär – das unbekanntes Wesen, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Georg Bitter, Marcus Lutter, Hans-Joachim Priester, Wolfgang Schön, Peter Ulmer, 2009, S. 217 ff.
- Continental AG*: [http://www.conti-online.com/generator/www/com/de/continental/portal/themen/ir/new\\_veranstaltungen/hv/hv\\_2010/download/info\\_stimmrechtsausuebung\\_2010\\_de.pdf](http://www.conti-online.com/generator/www/com/de/continental/portal/themen/ir/new_veranstaltungen/hv/hv_2010/download/info_stimmrechtsausuebung_2010_de.pdf), abgerufen am 24.5.2010.
- Deutsche Postbank AG*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, [https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB\\_d-HV-Tagesordnung2010\\_web.pdf](https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB_d-HV-Tagesordnung2010_web.pdf), abgerufen am 24.05.2010.
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V.*, DSW-Stellungnahme zum ARUG v. 20.06.2008, [http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040\\_deutsche\\_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz\\_aktionaersrechterichtlinie/pdf/stellungnahme\\_dws\\_arug.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz_aktionaersrechterichtlinie/pdf/stellungnahme_dws_arug.pdf), abgerufen am 24.5.2010.
- Dies.*: HV-Präsenzen der DAX 30-Unternehmen (1998-2008) in Prozent des stimmberechtigten Kapitals, <http://www.dsw-info.de/uploads/media/HV-Praesenz08.pdf>; abgerufen am 24.5.2010.
- Dies.*: Satzung der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW), <http://www.dsw-info.de/Satzung.132.0.html>; abgerufen am 24.5.2010.
- Dies.*: DSW-Mitgliedschaft, <http://www.dsw-info.de/Mitgliedschaft.139.0.html>; abgerufen am 24.5.2010.
- Deutscher Anwaltsverein e. V. (DAV)*: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Handelsrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie (ARUG), Juli 2008, <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/SN36.pdf>, abgerufen am 24.05.2010.
- Ders.*: Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V. – zum RefE eines Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung – Namensaktiengesetz (NaStraG), NZG 2000, 443 ff.

- Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.*: Positionspapier des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes zur Deregulierung des Depotstimmrechts, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), abgerufen am 24.5.2010.
- Deutsches Aktieninstitut e. V. (DAI)*: Stellungnahme zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 20. Juni 2008, [http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/583454C1F74566EDC12574890034FB9D/\\$FILE/63A545FED99B3E5BC125747C0053B3E8.pdf?openelement&cb\\_content\\_name\\_utf=DAI%20Stellungnahme%20RefE%20ARUG.pdf](http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/583454C1F74566EDC12574890034FB9D/$FILE/63A545FED99B3E5BC125747C0053B3E8.pdf?openelement&cb_content_name_utf=DAI%20Stellungnahme%20RefE%20ARUG.pdf), abgerufen am 24.05.2010.
- Dreher, Meinrad*: Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht bei der GmbH, DStR 1993, 1632 ff.
- Ders.*: Die Schadensersatzhaftung bei Verletzung der aktienrechtlichen Treupflicht durch Stimmrechtsausübung, Zugleich Besprechung des Urteils des LG Düsseldorf ZIP 1993, 350 – „Girmes/Effecten-Spiegel“, ZIP 1993, 332 ff.
- Ders.*: Treupflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, Gesellschaftsrechtliche und zivilrechtliche Grundlagen, ZHR 157 (1993), 150 ff.
- Dreher, Meinrad/Schnorbus, York*: Kurzkomentar zu LG Baden-Baden, Urt. v. 29.4.1998 – 4 O 137/97, ZIP 1998, 1308, EWiR 1998, 675 f.
- Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid*: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG) – Ein Beitrag zur Modernisierung der Hauptversammlung, BB 2008, 1238 ff.
- Ebenroth, Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz*: Handelsgesetzbuch, 2. Auflage,  
Band 1: §§ 1 – 342e, 2008,  
Band 2: §§ 343 – 475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, 2009.
- Eickhoff, Andreas*: Die Praxis der Gesellschafterversammlung, Einberufung, Ablauf, Beschlussfassung in der GmbH und GmbH & Co.KG, 4. Auflage 2006.
- Ensthaler, Jürgen/Füller, Jens Thomas/Schmidt, Burkhard*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage 2010.
- Erdmann, Ulrich*: Die Online-Versammlung im Verein- und GmbH-Recht, MMR 2000, 526 ff.
- Erman, Walter*: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, hrsg. v. Harm Peter Westermann, 12. Auflage 2008.
- Esch, Günter/Schulze zur Wiesche, Dieter (Hrsg.)*: Handbuch der Vermögensnachfolge, Bürgerlich-rechtliche und steuerliche Gestaltung der Vermögensnachfolge von Todes wegen und unter Lebenden, 7. Auflage 2009.

- Fikentscher*, Wolfgang: Methoden des Rechts, Band IV Dogmatischer Teil, 1977.
- Fillmann*, Andreas: Treuepflicht der Aktionäre, 1991.
- Fleischer*, Holger: Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, GmbHR 2008, 673 ff.
- Fleischhauer*, Jens: Hauptversammlung und Neue Medien, ZIP 2001, 1133 ff.
- Freiherr von Falkenhausen*, Bernhard: Die amerikanische Aktionärs-Demokratie, AG 1960, 91 ff.
- Frieser*, Andreas/*Sarres*, Ernst/*Stückemann*, Wolfgang/*Tschichoflos*, Ursula (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Erbrecht, 2. Auflage 2007.
- Fuhrmann*, Lambertus/*Göckeler*, Stephan/*Erkens*, Michael: Die virtuelle Hauptversammlung in der Beratungspraxis – Risiken und Chancen, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 99 ff.
- García Mateos*, Miguel A.: Das neue Recht der Namensaktie, Bestandsaufnahme, Analyse und Kritik, 2004.
- Gebler*, Jörg/*Käpplinger*, Markus: Aktiengesetz Kommentar, Stand: 64. Aktualisierungslieferung, März 2010.
- Giedinghagen*, Jan C.: Die virtuelle Hauptversammlung im US-amerikanischen und deutschen Recht, 2005.
- Goedecke*, Klaus/*Heuser*, Friederike: NaStraG: Erster Schritt zur Öffnung des Aktienrechts für moderne Kommunikationstechniken, BB 2001, 369 ff.
- Goedsche*, Marcus: Das Recht der Namensaktie und die Öffnung des Aktienrechts für moderne Kommunikationsmittel, 2002.
- Goette*, Wulf: Die GmbH, Darstellung anhand der Rechtsprechung des BGH, 2. Auflage 2002.
- Gottschalk*, Eckart: Der GmbH Kommentar, GmbHR 2009, 310 ff.
- Götze*, Cornelius: Erteilung von Stimmrechtsvollmachten nach dem ARUG, NZG 2010, 93 ff.
- Göz*, Philipp: Kurzkomentar zu BGH, Urteil vom 24.1.2008 – II ZR 116/08, EWiR 2009, 173 ff.
- Grundmann*, Stefan/*Winkler*, Nina: Das Aktionärsstimmrecht in Europa und der Kommissionsvorschlag zur Stimmrechtsausübung in börsennotierten Gesellschaften, ZIP 2006, 1421 ff.
- Grundmann*, Stefan: Das neue Depotstimmrecht nach der Fassung im Regierungsentwurf zum ARUG, BKR 2009, 31 ff.

*Grunewald*, Barbara: Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen, ZGR 1995, 68 ff.

*Dies.*: Gesellschaftsrecht, 7. Auflage 2008.

*Haase*, Florian: Das Aktionärsstimmrecht in Deutschland und England, 2004.

*Habersack*, Mathias: Aktienrecht und Internet, ZHR 165 (2001), 172 ff.

*Ders.*: Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, ZHR 164 (2000), 1 ff.

*Hamann*, Hartmut/*Sigle*, Axel: Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, Unternehmensstrukturen, Wachstum, Internationalisierung, Nachfolge bei mittelständischen Unternehmen, 2008.

*Hammen*, Horst: Zur Haftung bei der Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, ZBB 1993, 239 ff.

*Hanloser*, Stefan: Proxy-Voting, Remote-Voting und Online-HV: § 134 III 3 AktG nach dem NaStraG, NZG 2001, 355 ff.

*Hartmann*, Christian: Vollmachtlose Vertretung in der Hauptversammlung, DNotZ 2002, 253 ff.

*Heckelmann*, Martin: Hauptversammlung und Internet, 2006.

*Heckschen*, Heribert/*Heidinger*, Andreas: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Auflage 2009.

*Heermann*, Peter W.: Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung und Schadensersatzhaftung, zugleich eine Besprechung des Urteils des OLG Düsseldorf vom 17. Mai 1994, ZIP 1994, 878 („Girmes/Effecten-Spiegel“), ZIP 1994, 1243 ff.

*Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, hrsg. v. Tobias Bürgers, Torsten Körber, 2008.

*Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht*, hrsg. v. Harald Bartl, Angela Bartl, Helmar Fichtelmann, Detlef Koch, Eberhard Schwab, 6. Auflage 2009.

*Heller*, Arne/*Sadeghi*, Salmeh/*Dretzki*, Teresa/*Ruhe*, Catharina L.: Die Online-Hauptversammlung, CR 2002, 592 ff.

*Henkel KGaA*: [http://www.henkel.de/de/content\\_data/164592\\_2010\\_HV\\_Hinweise\\_Ablauf\\_de.pdf](http://www.henkel.de/de/content_data/164592_2010_HV_Hinweise_Ablauf_de.pdf), abgerufen am 24.5.2010.

*Henssler*, Martin: Die Haftung des Stimmrechtsvertreters, zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 20.3.1995 – II ZR 205/94, DZWir 1995, 430 ff.

*Ders.*: Verhaltenspflichten bei der Ausübung von Aktienstimmrechten durch Bevollmächtigte, ZHR 157 (1993), 91 ff.

*Henze*, Hartwig: Die Treuepflicht im Aktienrecht, Gedanken zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von „Kali und Salz“ über „Linotype“ und „Kochs Adler“ bis zu „Girmes“, BB 1996, 489 ff.

- Herrler, Sebastian/Reymann, Christoph*: Die Neuerungen im Aktienrecht durch das ARUG –  
– Unter besonderer Berücksichtigung der Neuregelungen zur Hauptversammlung und  
zur Kapitalaufbringung bei der AG – (Teil 1), DNotZ 2009, 815 ff.
- Heuking, Hans-Günter*: Die Binnenverfassung der obligatorischen Gruppenvertretung in der  
Kommanditgesellschaft – zur Vertreterklausel, in: Festschrift für Hans Joachim Luer  
zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Wilhelm Moll, 2008, S. 231 ff.
- Heymann* Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), hrsg. v. Norbert Horn  
Band 2: Zweites Buch (§§ 105 – 237), 2. Auflage 1996.
- Hirte, Heribert*: Der Einfluss neuer Informationstechniken auf das Gesellschaftsrecht und die  
corporate-governance-Debatte, in: Liber-Amicorum für Richard M. Buxbaum, hrsg. v.  
Theodor Baums, Klaus J. Hopt, Norbert Horn, 2000, S. 283 ff.
- Hoffmann, Jochen*: Systeme der Stimmrechtsvertretung in der Publikumsgesellschaft, eine  
vergleichende Betrachtung insbesondere der Haftung des Stimmrechtsvertreters im  
deutschen und U. S.-amerikanischen Recht, 1999.
- Hofstetter, Karl*: Von der „Landsgemeinde“- zur „proxy“-Generalversammlung: Vorschläge  
für einen Paradigmenwechsel in der Schweiz, Analoge Anregungen zur deutschen  
Hauptversammlung, ZGR 2008, 560 ff.
- Hohn Abad, Marion*: Das Institut der Stimmrechtsvertretung im Aktienrecht – Ein europä-  
ischer Vergleich – , 1995.
- Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph*: Namensaktie, Neue Medien und Nachgründung –  
aktuelle Entwicklungslinien im Aktienrecht, in: Reform des Aktienrechts, der Rech-  
nungslegung und der Prüfung – KonTraG – Corporate Governance – TransPuG, hrsg. v.  
Dietrich Dörner, Dieter Menold, Norbert Pfitzer, Peter Oser, 2. Auflage 2003, S. 103 ff.
- Hoppmann, Carsten/Lange, Michael*: Hauptversammlung und Internet, in: Handbuch zum  
Internetrecht, Electronic Commerce – Informations-, Kommunikations- und Medien-  
dienste, hrsg. v. Detlef Kröger, Marc André Gimmy, 2. Auflage 2002, S. 207 ff.
- Hörger, Helmut/Stephan, Rudolf/Pohl, Dirk* (Hrsg.): Unternehmens- und Vermögensnachfol-  
ge, steuerorientierte Gestaltung, 2. Auflage 2002.
- Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert*: Aktiengesetz Großkommentar, 4. Auflage,  
Band 1: Einleitung, §§ 1 – 53, 2004,  
Band 5: Mitbestimmungsgesetz, §§ 118 – 149, 2008,  
Lfg. 4: §§ 121 – 130, 1993,  
Lfg. 30: §§ 133 – 137, 2008,  
Lfg. 6: §§ 241 – 255, 1996.
- Horn, Christian*: Änderungen bei der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung  
nach dem Referentenentwurf zum ARUG, ZIP 2008, 1558 ff.
- Ders.*: Die Virtualisierung von Unternehmen als Rechtsproblem, 2005.
- Hueck, Alfred*: Der gemeinschaftliche Vertreter mehrerer Erben in der KG, ZHR 125 (1963),  
1 ff.
- Hüffer, Uwe*: Aktiengesetz Kommentar, 9. Auflage 2010.

- Hurst*, Werner: Die Vertreterklausel bei der offenen Handelsgesellschaft, DNotZ 1967, 6 ff.
- Hüther*, Mario: Aktionärsbeteiligung via Internet – Zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung des Stimmrechtsausübung (NaStraG), MMR 2000, 521 ff.
- Hüther*, Mario: Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung, AG 2001, 68 ff.
- Jauernig*, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage 2009.
- Kascha*, Thomas: Zivil- und gesellschaftsrechtliche Grundlagen einer Haftung des Stimmrechtsbeauftragten für sein Abstimmungsverhalten in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 1997.
- Kerscher*, Karl-Ludwig/*Krug*, Walter: Das erbrechtliche Mandat, 4. Auflage 2007.
- Keunecke*, Ulrich: Das Große wagen – die erste Internet-Hauptversammlung, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 263 ff.
- Kindler*, Peter: Der Aktionär in der Informationsgesellschaft – Das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung, NJW 2001, 1678 ff.
- Klumpp*, Hans-Hermann: Die obligatorische Gruppenvertretung – Gesellschaftsrechtliche Fragen bei Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften, erbrechtliche Folgeprobleme – , ZEV 199, 305 ff.
- Knauer*, Sabine: Neuregelungen des ‚Depotstimmrechts‘ – praktische Bewährung und weitere Reformbedürftigkeit, in: Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und der Prüfung – KonTraG – Corporate Governance – TransPuG, hrsg. v. Dietrich Dörner, Dieter Menold, Norbert Pfitzer, Peter Oser, 2. Auflage 2003, S. 523 ff.
- Kölling*, Lars: Namensaktie im Wandel der Zeit – ‚NaStraG‘, NZG 2000, 631 ff.
- König*, Wolfgang: Zur Willensbildung im Stimmenpool, ZGR 2005, 417 ff.
- Koppensteiner*, Hans-Georg: Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, 1325 ff.
- Kort*, Michael: Zur Treuepflicht des Aktionärs, ZIP 1990, 294 ff.
- Ders.*: Infotechnologie im Aktienrecht: Zum Stand der ‚elektronischen Hauptversammlung‘, NZG 2007, 653 ff.
- Kropff*, Bruno (Hrsg.): Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 (Bundesgesetzblatt I S. 1089) und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Bundesgesetzblatt I S. 1185) mit Begründung des Regierungsentwurfs, Bericht des Rechtsausschusses des

Deutschen Bundestags, Verweisungen und Sachverzeichnis, im Anhang: Aktiengesetz von 1937, 1965.

*Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: Erbrecht, 5. Auflage 2001.

*Langner, Olaf/Heydel, Jens*: NachfolgeklauseIn im GmbH-Gesellschaftsvertrag, GmbHHR 2006, 291 ff.

*Dies.*: Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen – Sicherstellung einer familieninternen Nachfolge, GmbHHR 2005, 377 ff.

*Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991.

*Lenz, Susanne*: Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG, 2005.

*Dies.*: Renaissance des Depotstimmrechts – Der Vorschlag des Deutschen Sparkassen- und Giroverbands – , AG 2006, 572 ff.

*Dies.*: Steigerung der Hauptversammlungsteilnahme durch monetäre Anreize?, NZG 2006, 534 ff.

*Liebscher, Thomas*: Umgehungsresistenz von Vinkulierungsklauseln, ZIP 2003, 825 ff.

*Linde AG*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, [http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindedede.nsf/repositorybyalias/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen/\\$file/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen.pdf](http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindedede.nsf/repositorybyalias/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen/$file/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen.pdf), abgerufen am 24.05.2010.

*Lommatzsch, Jutta*: Die Rechte des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters während der Hauptversammlung, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 35 ff.

*Dies.*: Vorbereitung der HV durch Mitteilungen und Weisungen nach §§ 125, 128 AktG n. F., NZG 2001, 1017 ff.

*Ludwig, Frank*: Formanforderungen an die individuell erteilte Stimmrechtsvollmacht in der Aktiengesellschaft und in der GmbH, AG 2002, 433 ff.

*Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*: GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009.

*Lutter, Marcus*: Die Treuepflicht des Aktionärs, Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH, ZHR 153 (1989), 446 ff.

*Marsch-Barner, Reinhard*: Neuere Entwicklungen im Vollmachtstimmrecht der Banken, in: Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Marcus Lutter, Manfred Scholz, Walter Sigle, 2001, S. 261 ff.

*Ders.*: Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), 172 ff.

*Merkt, Hanno/Göthel, Stephan R.*: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2006.

*Merle, Werner*: Personengesellschaften auf unbestimmte Zeit und auf Lebenszeit, in: Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Marcus Lutter, Helmut Kollhosser und Winfried Trusen, 1975, S. 631 ff.

*Michalski, Lutz*: Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen, ein Beitrag zur Unternehmensnachfolge in der Familiengesellschaft, 1980.

*Ders.* (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz),  
Band I (Systematische Darstellungen; §§ 1 – 34 GmbHG), 2. Auflage 2010,  
Band II (§§ 35 – 86), 2002.

*Mimberg, Jörg*: Schranken der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung im Internet – die Rechtslage nach dem Inkrafttreten von NaStraG, Formvorschriften-AnpassungsG und TransPuG –, ZGR 2003, 21 ff.

*Möhring, Philipp*: Proxy-Stimmrecht und geltendes deutsches Aktienrecht, in: Festschrift für Ernst Gessler zum 65. Geburtstag am 5. März 1970, hrsg. v. Kurt Ballerstedt und Wolfgang Hefermehl, 1971, S. 127 ff.

*Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts,*

Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, PartG, EWIV, hrsg. v. Hans Gummert, Lutz Weipert, 3. Auflage 2009,

Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, hrsg. v. Hans Gummert, Lutz Weipert, 3. Auflage 2009,

Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hrsg. v. Hans-Joachim Priester, Dieter Mayer, 3. Auflage 2009,

Band 4: Aktiengesellschaft, hrsg. v. Michael Hoffmann-Becking, 3. Auflage 2007,

Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, hrsg. v. Volker Beuthien, Hans Gummert, 3. Auflage 2009.

*Münchener Kommentar zum Aktiengesetz,*

Band 1: §§ 1 – 53, 3. Auflage 2008,

Band 2: §§ 53a – 75, 3. Auflage 2008,

Band 4: §§ 118 – 147, 2. Auflage 2004,

Band 5/1: §§ 148 – 151, 161 – 178 AktG, §§ 238 – 264c, 342, 342a HGB, 2. Auflage 2003,

Band 7: §§ 222 – 227, 2. Auflage 2001.

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage,*

Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240, ProstG), 2006,

Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241 – 432), 2007,

Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II (§§ 611 – 704, EFZG, TzBfG, KSchG), 2009,

Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 705 – 853, PartGG, ProdHaftG), 2009,

Band 9: Erbrecht (§§ 1922 – 2385, §§ 27 – 35 BeurkG), 2009.

*Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG,*  
Band 1: §§ 1 – 34, 2010.

*Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage,*  
Band 2: Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Erster Abschnitt  
Offene Handelsgesellschaft (§§ 105 – 160), 2006,  
Band 3: Zweites Buch, Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft, Zweiter Abschnitt  
Kommanditgesellschaft, Dritter Abschnitt Stille Gesellschaft (§§ 161 – 237),  
Konzernrecht der Personengesellschaft, 2007,  
Band 5: Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften  
(§§ 343 – 372), Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft,  
Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring, 2009.

*Münchener Vertragshandbuch* Band 1 Gesellschaftsrecht, hrsg. v. Martin Heidenhain und  
Burkhardt W. Meister, 5. Auflage 2000.

*Muthers, Christof/Ulbrich, Martin: Internet und Aktiengesellschaft – Ungelöste Probleme bei  
der Durchführung der Hauptversammlung –*, WM 2005, 215 ff.

*N. N.:* ARUG passiert Bundestag, NJW-Spezial 2009, 412 f.

*Noack, Ulrich:* Moderne Kommunikationsformen vor den Toren des Unternehmensrechts,  
ZGR 1998, 592 ff.

*Ders.:* Die Namensaktie – Dornröschen erwacht, DB 1999, 1306 ff.

*Ders.:* Die organisierte Stimmrechtsvertretung auf Hauptversammlungen – insbesondere  
durch die Gesellschaft, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v.  
Uwe H. Schneider, Peter Hommelhoff, Karsten Schmidt, Wolfram Timm, Barbara Gru-  
newald, Tim Drygala, 2000, S. 1463 ff.

*Ders.:* Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung nach NaStraG, ZIP 2001, 57 ff.

*Ders.:* Online-Hauptversammlung, Stand der Dinge und wichtige Reformvorschläge, NZG  
2001, 1057 ff.

*Ders.:* Zukunft der Hauptversammlung – Hauptversammlung der Zukunft, in: Die Virtuelle  
Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirt-  
schaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 13 ff.

*Ders.:* Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch das Transparenz- und Publizitäts-  
gesetz und den Deutschen Corporate Governance Kodex, DB 2002, 620 ff.

*Ders.:* Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und moderne Kommunikationsmittel – ak-  
tuelle Bestandsaufnahme und Ausblick, NZG 2003, 241 ff.

*Ders.:* Neue Entwicklungen im Aktienrecht und moderne Informationstechnologien 2003 –  
2005, NZG 2004, 297 ff.

- Ders.*: Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte von Aktionären börsennotierter Gesellschaften, NZG 2006, 321 ff.
- Ders.*: Die Aktionärsrechte-Richtlinie, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Lutz Aderhold, Barbra Grunewald, Dietgard Klingberg, Walter G. Paefgen, 2008, S. 1203 ff.
- Ders.*: ARUG: das nächste Stück der Akteureform in Permanenz, NZG 2008, 441 ff.
- Ders.*: Briefwahl und Online-Teilnahme an der Hauptversammlung: der neue § 118 AktG, WM 2009, 2289 ff.
- Noack, Ulrich/Spindler, Gerald* (Hrsg.): Unternehmensrecht und Internet, 2001.
- Nodoushani, Andreas*: Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, Überlegungen zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei persönlicher Stimmrechtsausübung und bei Stimmrechtsvertretung, 1997.
- Obermüller, Walter/Werner, Winfried/Winden, Kurt*: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 5. Aufl. 2006.
- Odersky, Walter*: Stimmbindungen im Pool und „Unterpool“, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Uwe H. Schneider, Peter Hommelhoff, Karsten Schmidt, Wolfram Timm, Barbara Grunewald, Tim Drygala, 2000, S. 557 ff.
- Oppenländer, Frank/Trölitzsch, Thomas*: GmbH-Geschäftsführer, 2004.
- Palandt, Otto*: Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage 2010.
- Park, Sang-Geun*: Die Gruppenvertretung aufgrund der Vertreterklausel im Recht der Handelsgesellschaften, 1996.
- Paschos, Nikolaos/Goslar, Sebastian*: Der Referentenentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) aus Sicht der Praxis, AG 2008, 605 ff.
- Dies.*: Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), AG 2009, 14 ff.
- Pikó, Rita/Preissler, Tino*: Die Online-Hauptversammlung bei Publikumsaktiengesellschaften mit Namensaktien, AG 2002, 223 ff.
- Dies.*: Erfahrungen der ersten Online-Hauptversammlung einer deutschen Publikumsgesellschaft, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 277 ff.
- Podewils, Felix*: Mehrheitsklauseln in Stimmrechts-Poolgesellschaften: Maßgeblichkeit des Trennungsprinzips, BB 2009, 733 ff.

- Quack*, Karlheinz: Das „Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung“ – ein erster Schritt zur „virtuellen Hauptversammlung“?, in: Festschrift für Welf Müller zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Peter Hommelhoff, Bernd Erle, Roger Zätzsch, 2001, S. 125 ff.
- Raiser*, Thomas/*Veil*, Rüdiger: Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage 2010.
- Ratschow*, Eckart: Die Aktionärsrechte-Richtlinie – neue Regeln für börsennotierte Gesellschaften, DStR 2007, 1402 ff.
- Reichert*, Jochem/*Harbarth*, Stephan: Der GmbH-Vertrag, 3. Auflage 2001.
- Reuter*, Dieter: Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973.
- Riegger*, Bodo: Hauptversammlung und Internet, ZHR 165 (2001), 204 ff.
- Rißmann*, Stephan (Hrsg.): Die Erbengemeinschaft, 2009.
- Rose*, Michael: Stimmrechtsvertretung und Haftung in der Aktiengesellschaft, 2003.
- Rosiny*, Alex: Gruppenvertretung bei Gesellschafterbeschlüssen, GmbHR 1958, 174 ff.
- Roth*, Günter H./*Altmeyden*, Holger: GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 6. Auflage 2009.
- Rowedder*, Heinz/*Schmidt-Leithoff*, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Kommentar, 4. Auflage 2002.
- Rubner*, Daniel/*Leuring*, Dieter: Einladung zur Hauptversammlung und Stimmrechtsvollmacht, NJW-Spezial 2010, 15 f.
- Ruoff*, Christian: Stimmrechtsvertretung, Stimmrechtsermächtigung und Proxy-System, Stimmrechtsausübung durch Intermediäre in Aktionärsversammlungen – Deutschland, Schweiz und USA im Rechtsvergleich – , 1999.
- RWE AG*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/394714/data/367316/62705/rwe/investor-relations/events-praesentationen/hauptversammlung/hauptversammlung-2010/informationen-zur-hauptversammlung-2010/Einladung-22-Seiten.pdf>, abgerufen am 24.05.2010.
- Sarres*, Ernst: Die Erbengemeinschaft, Praktische Lösungsmöglichkeiten für Gestaltung und Auseinandersetzung, 2. Auflage 2006.
- Sasse*, Marc: Hauptversammlung und Internet, 2002.
- Schäfer*, Carsten: Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997.
- Ders.*: Mehrheitserfordernisse bei Stimmrechtskonsortien, Besprechung des Urteils BGH NWJ 2009, 669 „Schutzgemeinschaft II“, ZGR 2009, 768 ff.

- Schieber*, Dietmar: Auswirkungen des Interneteinsatzes auf die Präsenz bei Hauptversammlungen, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 213 ff.
- Ders.*: Die dezentrale Hauptversammlung, Perspektiven für Aktionäre im Zeitalter des Internet, 2001.
- Schilling*, Wolfgang: Das Vollmachtstimmrecht der Aktiengesellschaft in der eigenen Hauptversammlung, in: Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag 4. September 1975, hrsg. v. Wolfgang Hefermehl, Rudolf Nirk und Harry Westermann, 1975, S. 257 ff.
- Ders.*: Die Regelung der Gesellschaftsnachfolge in der Satzung der GmbH, GmbHR 1962, 205 ff.
- Schmalz*, Dieter: Methodenlehre für das juristische Studium, 1998.
- Schmidt*, Hans Martin: Bevollmächtigte in der Gesellschafterversammlung der GmbH, GmbHR 1963, 145 ff.
- Schmidt*, Jessica: Stimmrechtsvertretung und Stimmrechtsausübung „in absentia“ in Deutschland und Großbritannien, Speziell vor dem Hintergrund der aktuellen Gesellschaftsrechtsreform in Großbritannien sowie der geplanten EU-Aktionärsrechte-Richtlinie, NZG 2006, 487, 488 ff.
- Dies.*: Banken(voll)macht im Wandel der Zeit – Das ARUG als (vorläufiger?) Schlussstein einer wechselvollen Geschichte, WM 2009, 2350 ff.
- Schmidt*, Karsten: Die obligatorische Gruppenvertretung im Recht der Personengesellschaften und der GmbH – Probleme der sog. Vertreterklausel – , ZHR 146 (1982), 525 ff.
- Ders.*: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002.
- Ders.*: „Schutzgemeinschaftsvertrag II“: ein gesellschaftsrechtliches Lehrstück über Stimmrechtskonsortien, Rechtssystematisches und Rechtspraktisches zum Urteil des BGH v. 24.1.2008 – II ZR 116/08, ZIP 2009, 216, ZIP 2009, 737 ff.
- Schmidt*, Karsten/*Lutter*, Marcus: Aktiengesetz: AktG, 2008,  
I. Band §§ 1 – 149,  
II. Band §§ 150 – 410.
- Schmitz*, Ulrike: Der Einfluss neuer Technologien auf die Aktionärsverwaltung, 2001.
- Schneider*, Egon/*Schnapp*, Friedrich E.: Logik für Juristen, Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 6. Auflage 2006.
- Schöne*, Torsten: Haftung des Aktionärs-Vertreters für pflichtwidrige Stimmrechtsausübung – Anmerkung zu LG Düsseldorf WM 1991, 1955 –, WM 1992, 209 ff.
- Schörnig*, Michael: Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer obligatorischen Gruppenvertretung bei Personen- und Kapitalgesellschaften durch eine sog. Vertreterklausel, ZEV 2002, 343 ff.

- Ders.*: Die obligatorische Gruppenvertretung, Ein gesellschaftsrechtliches und erbrechtlichen Gestaltungsmittel, 2001.
- Scholz, Franz*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage,  
I. Band §§ 1 – 34, Konzernrecht, 2006,  
II. Band §§ 35 – 52, 2007,  
III. Band §§ 53 – 85 und Nachtrag MoMiG, 2010.
- Schulte, Christoph/Bode, Christoph*: Offene Fragen zur Form der Vollmachtserteilung an Vertreter i. S. v. § 135 AktG, AG 2008, 730 ff.
- Schüppen, Matthias/Tretter, Alexandra*: Hauptversammlungssaison 2009 – Satzungsgestaltung in Zeiten des Trommelfeuers, Überlegungen und Formulierungsvorschläge von MoMiG bis ARUG, ZIP 2009, 493 ff.
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e. V.*: Mitgliedschaft – Vorteile, [http:// www.sdk.org/mitgliedschaft\\_online.php?action=leistungen&leistungID=9](http://www.sdk.org/mitgliedschaft_online.php?action=leistungen&leistungID=9); abgerufen am 24.05.2010.
- Ders.*: Satzung, [http://www.sdk.org/mitgliedschaft\\_online.php?action=satzung\\_text&](http://www.sdk.org/mitgliedschaft_online.php?action=satzung_text&); abgerufen am 24.05.2010.
- Ders.*: Verein, [http://www.sdk.org/der\\_verein.php](http://www.sdk.org/der_verein.php); abgerufen am 24.05.2010.
- Ders.*: Dauerauftrag zur Stimmrechtsvertretung, [http://www.sdk.org/show\\_attachment.php?anlageID=26](http://www.sdk.org/show_attachment.php?anlageID=26); abgerufen am 24.05.2010.
- Seibert, Ulrich*: Aktienrechtsnovelle NaStraG tritt in Kraft – Übersicht über das Gesetz und Auszüge aus dem Bericht des Rechtsausschusses, ZIP 2001, 53 ff.
- Ders.*: Die Stimmrechtsausübung in deutschen Aktiengesellschaften – ein Bericht an den deutschen Bundestag, AG 2004, 529 ff.
- Ders.*: Gute Aktionäre – schlechte Aktionäre – „Aktive Finanzinvestoren“ und Stimmrecht, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Lutz Aderhold, Barbra Grunewald, Dietgard Klingberg, Walter G. Paefgen, 2008, S. 1505 ff.
- Ders.*: Aus dem Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des § 67 AktG – Entwurf eines Gesetzes zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz – NaStraG), in: Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Marcus Lutter, Manfred Scholz, Walter Sigle, 2001, S. 469 ff.
- Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger*: Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 2. Auflage 2003.
- Siemens AG*: Einladung zur Hauptversammlung 2010, [http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor\\_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung\\_hv2010\\_d.pdf](http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf), abgerufen am 24.05.2010.
- Singhof, Bernd*: Die Beauftragung eines „Treuhänders“ durch eine AG zwecks kostenloser Stimmrechtsvertretung für einzelne Aktionäre – zugleich Besprechung von LG Baden-Baden, NZG 1998, 685, NZG 1998, 670 ff.

- Soergel*, Hans Theodor: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Auflage,  
Band 2: Allgemeiner Teil 2, §§ 104 – 240, 1999.
- Spindler*, Gerald: Internet und Corporate Governance – ein neuer virtueller (T)Raum? Zum Entwurf des NaStraG, ZGR 2000, 420 ff.
- Ders.*: Verbesserung der Corporate Governance durch Internet?, MMR 2001, 65 ff.
- Ders.*: Stimmrecht und Teilnahme an der Hauptversammlung – Entwicklungen und Perspektiven in der EU und in Deutschland – , in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005, hrsg. v. Hans Diekmann, 2006, S. 31 ff.
- Spindler*, Gerald/*Hüther*, Mario: Das Internet als Medium der Aktionärsbeteiligung in den USA, RIW 2000, 329 ff.
- Spindler*, Gerald/*Stilz*, Eberhard: Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, 2007,  
Band 1: §§ 1 – 179,  
Band 2: §§ 180 – 410, IntGesR, SpruchG, SEVO.
- Staub*, Hermann: Handelsgesetzbuch Großkommentar, 3. Auflage, 2. Bearbeitung 1981.
- Staudinger*, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage,  
Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 21 – 79 (Allgemeiner Teil 2), 2005,  
Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 90 – 133, §§ 1 – 54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), 2004,  
Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 164 – 240 (Allgemeiner Teil 5), 2009,  
Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241 – 243 (Treu und Glauben), 2009,  
Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 328 – 359 (Vertrag zugunsten Dritter, Rücktritt und Widerruf), 2004,  
Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 657 – 704 (Geschäftsbesorgung), 2006,  
Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 705 – 740 (Gesellschaftsrecht), 2003,  
Buch 5 Erbrecht §§ 1967 – 2063, 2002,  
Eckpfeiler des Zivilrechts, 2008.
- Stupp*, Alexander: Aktien-, börsen- und wertpapierrechtliche Fragen des Umlaufs von Aktien an ausländischen Börsen – Ein deutsch-US-amerikanischer Vergleich – 2003.
- Sudhoff*, Heinrich: Familienunternehmen, 2. Auflage 2005.
- Ders.*: Unternehmensnachfolge, 5. Auflage 2005.
- Teichmann*, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970.
- Than*, Jürgen: Auf dem Weg zur virtuellen Hauptversammlung – Eine Bestandsaufnahme, in: Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Marcus Lutter, Manfred Scholz, Walter Sigle, 2001, S. 577 ff.

*Than, Jürgen/Hannöver, Martin*: Depotrechtliche Fragen bei Namensaktien, in: Die Namensaktie, hrsg. v. Rüdiger von Rosen, Werner G. Seifert, 2000, S. 279 ff.

*Timm, Wolfram*: Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991, 481 ff.

*Ulmer, Peter*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar, hrsg. v. Peter Ulmer in Gemeinschaft mit Mathias Habersack und Martin Winter,  
Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 28, 2005,  
Band 2: §§ 29 bis 52, 2006,  
Band 3: §§ 53 bis 87, 2008.

v. *Radow, Philipp*: Stimmrechtsvertretung nach Art des Hauses, Eine Besprechung des Urteils des LG Baden-Baden vom 29.4.1998, ZIP 1998, 1308 – SdK/Deutsche Telekom, ZIP 1998, 1564 ff.

*Verfürth, Ludger C./Wohlwend, Corrado*: Vorbild oder anderes Modell? Der Interneteinsatz bei Hauptversammlungen in den USA und die Einbindung internationaler Investoren in die deutsche Hauptversammlung durch das Internet, in: Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, hrsg. v. Dirk Zetzsche, 2002, S. 123 ff.

*Vogel, Wolfgang*: Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlungen, 2. Auflage 1986.

*Wälzholz, Eckhard*: Gesellschaftervereinbarungen (side-letters) neben der GmbH-Satzung, Chancen – Risiken – Zweifelsfragen, GmbHR 2009, 1020 ff.

*Wand, Peter/Tillmann, Tobias*: EU-Richtlinienvorschlag zur Erleichterung der Ausübung von Aktionärsrechten, AG 2006, 443 ff.

*Wank, Rolf*: Die Auslegung von Gesetzen, 4. Auflage 2008.

*Werber, Ingrid*: Die Erbengemeinschaft, Verwaltung – Haftung – Auseinandersetzung, 2006.

*Werner, Rüdiger*: Präsenz anwaltlicher Berater in der Gesellschafterversammlung der GmbH, GmbHR 2006, 87 ff.

*Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes* (Hrsg.): Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Verträge und Formulare, Stand: 48. Lieferung, Januar 2010.

*Wiebe*, Andreas: Vorstandsmacht statt Bankenmacht? Aktienrechtlicher Rahmen und strukturelle Auswirkungen der Einführung eines Verwaltungsstimmrechts (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG), ZHR 166 (2002), 182 ff.

*Wiedemann*, Herbert: Gesellschaftsrecht I, 2004.

*Ders.*: Gesellschaftsrecht II, 2004.

*Wiester*, Roland: Die Durchführung von Gesellschafterversammlungen bei der zerstrittenen Zweipersonen-GmbH, GmbHR 2008, 189 ff.

*Wilsing*, Hans-Ulrich/*von der Linden*, Klaus: Hauptversammlungsleitung durch einen Unternehmensfremden, ZIP 2009, 641 ff.

*Zätzsch*, Jörg/*Gröning*, Moritz: Neue Medien im deutschen Aktienrecht: Zum RefE des NaStraG, NZG 2000, 393 ff.

*Zetzsche*, Dirk: Die nächste „kleine“ Aktienrechtsreform: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), Der Konzern 2008, 321 ff.

*Ders.*: Die Virtuelle Hauptversammlung – Momentaufnahme und Ausblick – , BKR 2003, 736 ff.

*Ders.*: NaStraG – ein erster Schritt in Richtung Virtuelle Hauptversammlung für Namens- und Inhaberaktien, ZIP 2001, 682 ff.

*Zippelius*, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 10. Auflage 2006.

*Zöllner*, Wolfgang: Die Ausübung des Stimmrechts für fremde Aktien durch die Aktiengesellschaft auf ihrer eigenen Hauptversammlung, in: Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, hrsg. v. Wolfgang Hefermehl, Rudolf Gmür, Hand Brox, 1974, S. 603 ff.

*Ders.*: Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963.

*Ders.*: Die Zulässigkeit von Mehrheitsregelungen in Konsortialverträgen, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, hrsg. v. Mathias Habersack, Peter Hommelhoff, Uwe Hüffer, Karsten Schmidt; S. 725 ff.

*Ders.*: Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, hrsg. v. Marcus Lutter, Peter Ulmer, Wolfgang Zöllner, 1992, S. 85 ff.

*Ders.*: Stimmrechtsvertretung der Kleinaktionäre, in: Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, hrsg. v. Marcus Lutter, Manfred Scholz, Walter Sigle, 2001, S. 661 ff.

*Ders.* (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage

Band 1: §§ 1 – 147 AktG, 1985.

*Zöllner*, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage Band 1, 1. Teillieferung: §§ 67 – 75 AktG, 2009.

Band 1, 2. Teillieferung: §§ 1 – 53 AktG, 2010.

*Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich*: Geltendmachung von Beschlußmängeln im GmbH-Recht,  
ZGR 1998, 525 ff.

*Zwissler, Thomas*: Gesellschafterversammlung und Internet, GmbHR 2000, 28 ff.

## **Entscheidungsregister**

### **Bundesverfassungsgericht**

Beschluss vom 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261.

### **Bundesverwaltungsgericht**

Urteil vom 29.6.1992 – BVerwG 6 C 11.92, BVerwGE 90, 265.

### **Bundesgerichtshof**

Urteil vom 10.11.1951 – II ZR 111/50, BGHZ 3, 354.

Urteil vom 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157.

Urteil vom 17.6.1953 – II ZR 205/52, BGHZ 10, 91.

Urteil vom 09.6.1954 – II ZR 70/53, BGHZ 14, 25.

Urteil vom 14.7.1954 – II ZR 342/53, BGHZ 14, 264;

Urteil vom 21.5.1955 – IV ZR 7/55, BGHZ 17, 299.

Urteil vom 14.5.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, 363.

Urteil vom 22.6.1956 – I ZR 198/54, BGHZ 21, 102.

Urteil vom 12.7.1956 – II ZR 218/54, BGHZ 21, 242.

Urteil vom 11.7.1960 – II ZR 260/59, BGHZ 33, 105.

Urteil vom 25.2.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261.

Urteil vom 10.6.1965 – II ZR 6/63, BGHZ 44, 40.

Urteil vom 12.12.1966 – II ZR 41/65, BGHZ 46, 291.

Urteil vom 19.1.1967 – II ZR 27/65, WM 1967, 315.

Urteil vom 29.5.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163.

Urteil vom 14.12.1967 – II ZR 30/67, BGHZ 49, 183.

Urteil vom 9.12.1968 – II ZR 57/67, BGHZ 51, 209.

Urteil vom 21.4.1969 – II ZR 199/67, DB 1969, 1097.

Urteil vom 22.9.1969 – II ZR 144/68, BGHZ 52, 316.

Urteil vom 15.12.1969 – II ZR 69/67, NJW 1970, 468.

Urteil vom 9.4.1970 – KZR 7/69, BGHZ 54, 145.

Urteil vom 17.5.1971 – VII ZR 146/69, BGHZ 56, 204.

Urteil vom 28.4.1975 – II ZR 16/73, BGHZ 64, 253.

- Urteil vom 07.5.1975 – VIII ZR 210/73, BGHZ 64, 291.
- Urteil vom 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 – „ITT“.
- Beschluss vom 18.9.1975 – II ZB 6/74, BGHZ 65, 93.
- Urteil vom 13.2.1976 – II ZR 61/74, AG 1976, 218 – „Audi/NSU“.
- Urteil vom 19.12.1977 – II ZR 136/76, BGHZ 70, 117.
- Entscheidung vom 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 – „Holzmüller“.
- Entscheidung vom 8.10.1984 – II ZR 223/83, BGHZ 92, 259.
- Urteil vom 25.9.1986 – II ZR 262/85, BGHZ 98, 276.
- Entscheidung vom 17.11.1986 – II ZR 96/86, NJW 1987, 780.
- Urteil vom 1.6.1987 – II ZR 128/86, BGHZ 101, 113.
- Urteil vom 9.11.1987 – II ZR 100/87, ZIP 1988, 22.
- Entscheidung vom 1.2.1988 – II ZR 75/87, BGHZ 103, 184 – „Linotype“.
- Urteil vom 21.3.1988 – II ZR 308/87, BGHZ 104, 66.
- Entscheidung vom 26.9.1988 – II ZR 34/88, BGHZ 105, 206.
- Urteil vom 17.10.1988 – II ZR 18/88, GmbHR 1989, 120.
- Entscheidung vom 12.6.1989 – II ZR 246/88, BGHZ 108, 21.
- Urteil vom 25.9.1989 – II ZR 304/88, GmbHR 1990, 75.
- Urteil vom 14.5.1990 – II ZR 126/89, BGHZ 111, 224.
- Urteil vom 19.11.1990 – II ZR 88/89, GmbHR 1991, 62.
- Urteil vom 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359.
- Entscheidung vom 6.10.1992 – KVR 24/91, BGHZ 119, 346.
- Urteil vom 12.7.1993 – II ZR 65/92, ZIP 1993, 1228.
- Urteil vom 11.10.1993 – II ZR 155/92, BGHZ 123, 347.
- Entscheidung vom 13.6.1994 – II ZR 38/93, BGHZ 126, 226 – „SGV I“.
- Entscheidung vom 20.3.1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 – „Girmes“;
- Urteil vom 12.1.1998 – II ZR 82/93, BGHZ 137, 378.
- Urteil vom 5.7.1999 – II ZR 126/98, BGHZ 142, 167 – „Hilgers AG“.
- Urteil vom 25.11.2002 – II ZR 69/01, NJW-RR 2003, 826.
- Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 – „Gelatine I“.
- Urteil vom 26.4.2004 – II ZR 154/02, NZG 2004, 575 – „Gelatine II“.
- Urteil vom 8.11.2004 – II ZR 350/02, NZG 2005, 125.
- Urteil vom 18.9.2006 – II ZR 137/04, NZG 2007, 65.
- Urteil vom 15.1.2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 – „OTTO“.

Beschluss vom 8.5.2007 – VIII ZR 235/06, NJW 2007, 2117.

Urteil vom 24.11.2008 – II ZR 116/08, NZG 2009, 183.

Urteil vom 6.4.2009 – II ZR 255/08, WM 2009, 991.

Hinweisbeschluss vom 4.5.2009 – II ZR 166/07, ZIP 2009, 2193.

Beschluss vom 13.7.2009 – II ZR 272/08, GmbHR 2009, 1101.

### **Oberlandesgerichte**

KG Berlin, Urteil vom 21.9.2009 – 23 U 46/09, AG 2010, 163.

OLG Brandenburg, Urteil vom 29.7.1998 – 7 U 29/98, GmbHR 1998, 1037.

OLG Celle, Urteil vom 15.11.2006 – 9 U 59/06, GmbHR 2007, 318.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.7.1989 – 8 U 187/88 und 31/89, GmbHR 1989, 468.

OLG Düsseldorf Entscheidung vom 17.5.1994 – 7 U 108/93, ZIP 1994, 878.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.1998 – U Kart 20/98, NJWE-WettbR 1999, 41.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.6.1999 – 16 W 17/99, GmbHR 1999, 1098.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.2.2000 – 6 U 77/99, GmbHR 2000, 1050.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.3.2001 – 6 U 64/00, NZG 2001, 991.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.7.2005 – 16 U 104/04, NZG 2005, 980.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.12.1998 – 5 W 33/98, NZG 1999, 406.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 24.2.2003 – 20 W 447/02, GmbHR 2003, 415.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.6.2009 – 5 W 6/09, AG 2010, 212.

OLG Hamburg, Entscheidung vom 22.2.1989 – 11 W 14-16/89, NJW 1989, 1865.

OLG Hamm, Urteil vom 2.11.1992 – 8 U 43/92, GmbHR 1993, 815.

OLG Hamm, Urteil vom 2.11.2000 – 27 U 1/00, AG 2001, 146 – „Hucke AG“.

OLG Hamm, Urteil vom 5.11.2002 – 27 U 15/02, NZG 2003, 545.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.2.1999 – 6 O 142/98, ZIP 1999, 750.

OLG Koblenz, Urteil vom 16.1.1992 – 6 U 963/91, GmbHR 1992, 464.

OLG München, Entscheidung vom 18.7.1991 – 24 U 880/90, NJW-RR 1993, 1507.

OLG Neustadt, Beschluss vom 13.9.1951 – 3 W 82/51, GmbHR 1952, 59.

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.3.1989 – 2 U 36/88, WM 1989, 1252.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.5.1990 – 8 W 203/90, AG 1991, 69.

OLG Stuttgart, Urteil vom 4.5.1993 – 10 U 137/92, GmbHR 1995, 231.

OLG Stuttgart, Urteil vom 16.5.2007 – 14 U 53/06, NZG 2007, 786.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.11.1974, 3 W 71/74, OLGZ 1975, 402.

### **Landgerichte**

LG Baden-Baden, Urteil vom 29.4.1998 – 4 O 137/97, NZG 1998, 685; – „Telekom“.

LG Berlin, Beschluss vom 4.9.1995 – 98 T 30/95, GmbHR 1996, 50.

LG Bonn, Urteil vom 22.6.1990 – 16 O 5/90, AG 1991, 114.

LG Frankfurt, Urteil vom 28.10.2008 – 3-5 O 113/08, ZIP 2009, 1622

LG Krefeld, Urteil vom 20.8.2008 – 11 O 14/08, AG 2008, 754.

LG München, Urteil vom 30.12.2008 – 5 HK O 11661/08, AG 2009, 296

LG München, Urteil vom 30.7.2009 – 5HK O 169/08, AG 2009, 47

### **Amtsgerichte**

AG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.5.1992 – 24 C 1958/92, ZIP 1992, 1155.

### **Reichsgericht**

Urteil vom 27.6.1888 – I 160/88, RGZ 21, 93.

Urteil vom 23.5.1903 I – 28/03, RGZ 55, 41.

Urteil vom 9.3.1938 – VI 212/37, RGZ 157, 228.



### **Einführung**

#### **A. Problemaufriss**

Die Geschäfte in einer Kapitalgesellschaft werden von ihren geschäftsführenden Organen geführt. Bei der Aktiengesellschaft ist dies der Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG) und bei der GmbH der bzw. die Geschäftsführer.<sup>1</sup> In Kapitalgesellschaften gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft nicht. Vielmehr ist die Drittorganschaft möglich. Somit können sowohl ein Aktionär bzw. ein Gesellschafter als auch ein Dritter zum Vorstand bzw. Geschäftsführer bestellt werden (§ 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG).<sup>2</sup> Jedoch werden, selbst wenn ein Anteilsinhaber<sup>3</sup> gleichzeitig Vorstand oder Geschäftsführer ist, nicht automatisch alle Anteilsinhaber an der Geschäftsführung unmittelbar beteiligt.

Die einzige Möglichkeit eines Anteilsinhabers auf die Geschäfte der Gesellschaft Einfluss zu nehmen ist in der Regel die Ausübung seines Stimmrechts.<sup>4</sup> Das Stimmrecht kann entweder persönlich oder durch einen Stellvertreter ausgeübt werden. Gegenstand dieser Arbeit ist die Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft und in der GmbH durch einen Stellvertreter. Hierbei erfolgt eine Begrenzung auf die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung (vgl. § 166 Abs. 2 S. 1 BGB).<sup>5</sup> Beiden Gesellschaftsformen gemeinsam sind grundsätzlich vergleichbare Grundstrukturen wie die kapitalistische Prägung der Mitgliedschaft sowie die Tatsache, dass die Gesellschaften durch ihre geschäftsführenden Organe

---

<sup>1</sup> Siehe zur GmbH MK-GmbHG/*Fleischer*, Einl. Rn. 25 f.; MünchHdb.GmbH/*Marsch-Barner/Diekmann*, § 41 Rn. 3; *Grunewald*, 2 F Rn. 45 f.; *K. Schmidt*, GesR, § 36 I. (S. 1068 ff.).

<sup>2</sup> Siehe zur Aktiengesellschaft *Grunewald*, 2 C Rn. 49; *K. Schmidt*, GesR, § 14 II. 2. a) (S. 409 f.).

<sup>3</sup> Der Begriff Anteilsinhaber wird als Oberbegriff für Aktionär und GmbH-Gesellschafter verstanden.

<sup>4</sup> *Haase*, S. 12; KK-AktG/*Dauner-Lieb*, § 12 Rn. 5; MK-AktG/*Heider*, § 12 Rn. 5; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 32; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 2; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 13; MünchHdb.AG/*Semler*, § 38 Rn. 1; *Heckschen/Heidinger*, § 8 Rn. 66; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 1. a) (S. 604).

<sup>5</sup> Mangels eigener gesetzlicher Regelungen in der SE-VO sowie dem SE-AG gelten bei der SE für die Stimmrechtsvertretung keine Besonderheiten gegenüber der Aktiengesellschaft (Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO).

handeln.<sup>6</sup> Der Spielraum für satzungsmäßige<sup>7</sup> Regelungen ist in der Aktiengesellschaft gem. § 23 Abs. 5 AktG deutlich geringer als in der GmbH (vgl. § 45 GmbHG).<sup>8</sup>

Im Aktienrecht gilt gem. § 23 Abs. 5 AktG der Grundsatz der Satzungsstrenge. Das Hauptaugenmerk bei der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft liegt folglich zunächst auf den gesetzlichen Regelungen. Darüber hinaus erst stellt sich die Frage, wie die verbleibenden Spielräume durch Satzungsregelungen optimal genutzt werden können.<sup>9</sup> Die aktienrechtlichen Vorschriften haben sich in den letzten Jahren durch mehrere Reformen verändert. Die Stimmrechtsausübung und insbesondere die Stimmrechtsvertretung waren mehrfach Gegenstand dieser aktienrechtlichen Reformen.

Im Jahr 1998 verabschiedete der Gesetzgeber das KonTraG<sup>10</sup>. Hierdurch sollte unter anderem die Kontrolle der Verwaltung durch die Hauptversammlung gestärkt werden. Die dabei erfolgten Änderungen der Vorschriften über das Vollmachtsstimmrecht von Kreditinstituten hatten einen deutlichen Rückzug der Kreditinstitute von der Stimmrechtsvertretung zur Folge.<sup>11</sup> Dies wiederum führte zu einem Absinken der Hauptversammlungspräsenzen.<sup>12</sup> Um diesem Absinken der Hauptversamm-

---

<sup>6</sup> Michalski/*Michalski*, Syst. Darst. 1 Rn. 93 f.; MK-GmbHG/*Fleischer*, Einl. Rn. 8 und Rn. 25; *Raiser/Veil*, § 1 Rn. 3.

<sup>7</sup> Der Begriff Satzung wird als Oberbegriff für die Satzung i. S. d. Aktienrechts und den Gesellschaftsvertrag i. S. d. GmbH-Rechts verwendet.

<sup>8</sup> Vgl. Großkomm-GmbHG/*Hüffer*, § 45 Rn. 1; Michalski/*Michalski*, Syst. Darst. 1 Rn. 95; MünchHdb.GmbH/*Grziwotz*, § 2 Rn. 22; *Arens/Ihrig/Wagner*, § 6 Rn. 4.

<sup>9</sup> Siehe hierzu auch *Schüppen/Tretter*, ZIP 2009, 493, 493 ff.; zur rechtspolitischen Diskussion über den Grundsatz der selbstorganschaft vgl. KK-AktG/*Arnold*, § 23 Rn. 129 ff.; Großkomm-AktG/*Röhricht*, § 23 Rn. 167.

<sup>10</sup> Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.04.1998, BGBl. I 1998, 786.

<sup>11</sup> *Seibert*, AG 2004, 529, 531; erläuternd siehe *Claussen*, FS K. Schmidt, 217, 225; *J. Schmidt*, WM 2009, 2350, 2352 f.; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 182.

<sup>12</sup> Siehe *DSW e. V.*, <http://www.dsw-info.de/uploads/media/HV-Praesenz08.pdf>; *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 672 f.; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 182; *Seibert*, AG 2004, 529, 531.

lungspräsenzen entgegen zu wirken, wurde durch das NaStraG<sup>13</sup> im Jahre 2001 der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG<sup>14</sup> Aktiengesetz eingeführt. Eine weitere Änderung des Aktienrechts erfolgte mit dem Inkrafttreten des TransPuG<sup>15</sup> am 26. Juli 2002. Durch das TransPuG wurde den Aktiengesellschaften die Möglichkeit eröffnet, ihre Hauptversammlung an die Aktionäre in Bild und Ton zu übertragen. Die Auswirkungen des TransPuG auf die Stimmrechtsvertretung sind lediglich mittelbarer Art. Nur wenige Jahre später reformierte das UMAG<sup>16</sup> die Organisation und Durchführung der Hauptversammlung. Die Anmeldung zur Teilnahme an der Hauptversammlung sowie die Legitimation der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung wurden modernisiert und an internationale Standards angepasst. Die neuesten aktienrechtlichen Änderungen für die Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft ergeben sich aus dem ARUG<sup>17</sup>, welches der Umsetzung der europäischen Richtlinie 2007/36/EG<sup>18</sup> des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften dient. Die RL 2007/36/EG hat unter anderem das Ziel, die Ausübung des Stimmrechts zu erleichtern.<sup>19</sup> Hierbei soll insbesondere die Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter verbessert werden. Mit der Umsetzung der RL 2007/36/EG durch das ARUG verfolgt der Gesetzgeber neben den vorgegebenen europäischen Zielen der Richtlinie auch das Ziel der Deregulierung des Depotstimmrechts.<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18.01.2001, BGBl. I 2001, 123.

<sup>14</sup> Der damalige § 134 Abs. 3 S. 3 AktG entspricht dem heutigen § 134 Abs. 3 S. 5 AktG.

<sup>15</sup> Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.07.2002, BGBl. I 2002, 2681.

<sup>16</sup> Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.09.2005, BGBl. I 2005, 2802.

<sup>17</sup> Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30.07.2009, BGBl. I 2009, 2479.

<sup>18</sup> ABl. L 184/17 vom 14.7.2007; siehe hierzu *Noack*, NZG 2006, 321, 321 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Erwägungsgründe 2 und 3 der RL 2007/36/EG.

<sup>20</sup> Vgl. BT Drs.16/13098, S. 1; ARUG-E, <http://www.bmj.bund.de/files/-/3369/>

Die Entwicklung der gesetzlichen Regelungen und insbesondere die aktuellen Änderungen der aktienrechtlichen Vorschriften werden in dieser Arbeit auf ihre Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit hin untersucht. Insbesondere die durch das NaStraG eingeführte Regelung über den Gesellschaftsvertreter wird kritisch beleuchtet und dessen Rolle bei der Stimmrechtsvertretung hinterfragt.

Anders als die aktienrechtlichen Vorschriften hat das GmbH-Gesetz in Bezug auf die Stimmrechtsausübung und -vertretung in den letzten Jahrzehnten kaum Änderungen erfahren. Dies liegt unter anderem daran, dass die Anzahl der gesetzlichen Vorschriften für die Stimmrechtsausübung sowie die Stimmrechtsvertretung im Recht der GmbH sehr gering ist. Lediglich § 47 GmbHG beschäftigt sich mit der Abstimmung. Eine mit § 23 Abs. 5 AktG vergleichbare Regelung der Satzungsstrenge findet sich im GmbHG nicht. Neben den gesetzlichen Vorschriften kann vielmehr der Gesellschaftsvertrag Regelungen für die Stimmrechtsvertretung enthalten. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 1 GmbHG, wonach sich die Rechte, die den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, nach dem Gesellschaftsvertrag bestimmen, soweit keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen.<sup>21</sup> Das Stimmrecht fällt als Verwaltungsrecht unter die in § 45 Abs. 1 GmbHG genannten Rechte.<sup>22</sup> Die gesellschaftsvertragliche Gestaltung dieser Rechte ist somit nicht nur zulässig, sondern sogar vom Gesetz gewollt. § 45 Abs. 1 GmbHG erfasst neben den Regelungen über die Mitgliedschaftsrechte auch Regelungen über die Ausübung dieser Mitgliedschaftsrechte. Der Schwerpunkt bei der Stimmrechtsvertretung in der GmbH liegt folglich

---

RegE\_ARUG.pdf, S. 1.

<sup>21</sup> Siehe zur Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis Michalski/*Michalski*, Syst. Darst. 1 Rn. 95; MK-GmbHG/*Fleischer*, Einl. Rn. 21 ff.; MünchHdb.GmbH/*Grziwotz*, § 18 Rn. 3 ff.

<sup>22</sup> Baumbach/Hueck/*Zöllner*, § 45 Rn. 3; E/F/S/B. *Schmidt*, § 45 Rn. 1; Großkomm-GmbHG/*Hüffer*, § 45 Rn. 27; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 45 Rn. 3; Scholz/*K. Schmidt*, § 45 Rn. 2; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 31 Rn. 3.

in der Untersuchung konkreter Satzungsklauseln sowie den Grenzen ihrer Gestaltung.<sup>23</sup>

Neben der Möglichkeit, sich freiwillig bei der Stimmrechtsausübung vertreten zu lassen, gibt es auch die Pflicht eines Anteilsinhabers zur Stimmrechtsvertretung. So regeln § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG als gesetzlicher Vertretungszwang den Fall, dass ein Geschäftsanteil bzw. eine Aktie mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht. Die Rechte aus solchen Anteilen können nur gemeinschaftlich bzw. durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden (vgl. § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG).

Abgesehen vom gesetzlichen Vertretungszwang ist grundsätzlich auch die Vereinbarung eines Vertretungszwangs in der Satzung einer Kapitalgesellschaft denkbar. Durch eine sog. Vertreterklausel können die Gesellschafter bestimmen, dass die zu einer festgelegten Gruppe zählenden Gesellschafter ihre Gesellschafterrechte nicht persönlich wahrnehmen dürfen, sondern diese einheitlich durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben lassen müssen.<sup>24</sup> Ziel einer solchen Vereinbarung ist die Bündelung der Stimmen und die Vereinheitlichung der Stimmrechtsausübung dieser Gesellschafter. Entscheidend bei der Vertreterklausel ist die Kombination aus dem Verbot der eigenen Rechtsausübung mit dem Gebot, die Rechte einheitlich durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben zu lassen.<sup>25</sup>

Eine Vertreterklausel kann zum einen zu Lebzeiten der Gesellschafter zu einer einheitlichen Stimmrechtsausübung führen. Zum anderen kommt

---

<sup>23</sup> Siehe allgemein zu den Grenzen der Gestaltungsfreiheit Baumbach/Hueck/Zöllner, § 45 Rn. 6 ff.; E/F/S/B. Schmidt, § 45 Rn. 2; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 45 Rn. 19 ff.; Michalski/Römermann, § 45 Rn. 17 ff.

<sup>24</sup> Heymann/Horn, § 164 Rn. 16; MK-HGB/Enzinger, § 119 Rn. 52; BeckHdb.PG/Stengel, § 3 Rn. 501; MünchHdb.KG/Weipert, § 12 Rn. 18; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. a) (S. 622); Wiedemann, GesR II, § 4 I 6 b (S. 326); Heuking, FS Luer, 231, 231; Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 4; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 526.

<sup>25</sup> BGHZ 46, 291, 294; Michalski, S. 171; Vogel, S. 42; BeckHdb.PG/Stengel, § 3 Rn. 503; MünchHdb.KG/Weipert, § 12 Rn. 21 f.; Westermann-Hdb.PG/Westermann, Rz. I 541; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 528.

auch der Wunsch der Gesellschafter in Betracht, die Stimmkraft aus einem Geschäftsanteilen über den Tod eines Gesellschafters hinaus zu erhalten. Schließlich droht durch Vererbung eines Geschäftsanteils an mehrere Erben und eine sich anschließende Erbauseinandersetzung ein Zerfallen des Geschäftsanteils und der damit einhergehenden Stimmkraft. Vor und nach der Erbauseinandersetzung sind verschiedene Konstellationen der Gesellschafter denkbar. Im Rahmen dieser Untersuchung werden die unterschiedlichen Fälle aufgezeigt sowie die jeweiligen Auswirkungen auf die Stimmrechtsausübung in der Hauptgesellschaft. Weiter ist zu überlegen, ob die vorweggenommene Erbfolge eine geeignete Möglichkeit der frühzeitigen Gestaltung bietet.

### **B. Gang der Untersuchung**

Für die Untersuchung der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft und der GmbH ergibt sich eine Zweiteilung des Untersuchungsprogramms daraus, dass sowohl die freiwillige, durch den Anteilsinhaber veranlasste Stimmrechtsvertretung (§ 1) als auch die Zwangsvertretung, insbesondere die durch den Gesellschaftsvertrag einer Kapitalgesellschaft vorgeschriebene Stimmrechtsvertretung (§ 2) Gegenstand der Bearbeitung sind.

In Abschnitt § 1 A. wird zunächst ein Überblick über das Stimmrecht im Kapitalgesellschaftsrecht im Allgemeinen gegeben. Die rechtsformübergreifende Darstellung enthält die Gemeinsamkeiten des Stimmrechts und der Ausübung desselben im Aktien- und im GmbH-Recht. Darüber hinaus werden Besonderheiten des Stimmrechts bei den jeweiligen Rechtsformen herausgestellt. Der erste Teil der Arbeit endet mit Erläuterungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Stellvertretung in der Aktiengesellschaft sowie der GmbH.

Der Abschnitt § 1 B. beschäftigt sich mit der freiwilligen Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft. Zunächst wird im ersten Kapitel (§ 1 B. I.) die Stimmrechtsvertretung durch einen Singularbevollmächtigten (§ 134 Abs. 3 S. 1 AktG), ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung (§ 135 AktG) betrachtet. Hiervon getrennt wird im zweiten Kapi-

tel (§ 1 B. II.) die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter (§ 134 Abs. 3 S. 5 AktG) dargestellt und die Rolle desselben kritisch hinterfragt. Für diese zweigeteilte Darstellung der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft lassen sich mehrere Gründe anführen.

Ein Grund liegt darin, dass die Stimmrechtsausübung durch Singularbevollmächtigte, Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen bereits seit Jahrzehnten im Gesetz verankert ist, wohingegen die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter erst im Jahre 2001 durch das NaStraG in das Aktienrecht eingeführt wurde.

Als zweiten Grund für die zweigeteilte Darstellung der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft können die unterschiedlichen dogmatischen Konzeptionen für die verschiedenen Stimmrechtsvertreter genannt werden. Verglichen mit der Stimmrechtsvertretung durch die in § 134 Abs. 3 S. 1 und in § 135 Abs. 1 und Abs. 8 AktG geregelten Stimmrechtsvertreter liegt dem Gesellschaftsvertreter ein verändertes dogmatisches Konzept zugrunde. Die in der Literatur vertretenen Ansichten zu den Rechtsverhältnissen der Beteiligten bei der Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter sind kritisch zu hinterfragen.

Die zweigeteilte Darstellung findet darüber hinaus eine Rechtfertigung aufgrund der Tatsache, dass die Nutzungsmöglichkeit der elektronischen Kommunikationswege während der Hauptversammlung nicht für alle Stimmrechtsvertreter in gleichem Maße gegeben ist. Die Zulässigkeit der Nutzung der elektronischen Wege für die Stimmrechtsvertretung ist zwar nicht von der Person des Stimmrechtsvertreters abhängig. Jedoch ist der technische und finanzielle Aufwand für die Bereitstellung der erforderlichen Technik sehr hoch. Nicht alle Stimmrechtsvertreter können und wollen diesen Aufwand betreiben.<sup>26</sup> Eine Untersuchung von Hauptversammlungen zeigt, dass Aktiengesellschaften die moderne Technik insgesamt noch selten verwenden.<sup>27</sup> Die elektronischen Kommunikations-

---

<sup>26</sup> *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 25; ebenso *Lommatzsch*, in: Die virtuelle HV, 35, 35; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219.

<sup>27</sup> *Giedinghagen*, S. 275; *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 25; ebenso *Lom-*

mittel werden von der Aktiengesellschaft in der Regel lediglich für den Gesellschaftsvertreter zur Verfügung gestellt. Die übrigen Stimmrechtsvertreter nutzen die elektronischen Kommunikationsmittel nahezu nicht.<sup>28</sup>

Kapitel C. des ersten Teils der Untersuchung befasst sich mit der Stimmrechtsvertretung in der GmbH. Der Umfang der gesetzlichen Regelungen für die Stimmrechtsvertretung in der GmbH ist gering. Im GmbH-Recht gilt für das Innenverhältnis der Gesellschafter der Grundsatz der Satzungsdispositivität (vgl. § 45 GmbHG). Anders als bei der Untersuchung der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft, die sich auf die Anwendung zwingenden Rechts stützt, wird bei der GmbH die Reichweite der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten betrachtet. Zunächst stellt sich die Frage, wer als Stimmrechtsvertreter bevollmächtigt werden darf. Anschließend werden Fragen der Ausgestaltung der Vollmacht näher untersucht. Überlegungen zu den Fragen, welche Inhalte die Gesellschafter in ihrer Satzung regeln können und welche Satzungsregelungen zweckmäßig sind, bilden den Schwerpunkt dieses Kapitels.

§ 2 der Untersuchung widmet sich der Zwangsvertretung im Kapitalgesellschaftsrecht. Im Rahmen der Erbengemeinschaft wird zunächst der gesetzliche Vertretungszwang dargestellt (§ 2 A.). Hiervon getrennt wird die Möglichkeit satzungsmäßiger Vereinbarungen eines Vertretungszwangs untersucht (§ 2 B.). Bei den Ausführungen zur gesellschaftsvertraglich vereinbarten Vertreterklausel wird sich zeigen, dass eine derartige Vereinbarung in der Satzung der Aktiengesellschaft aufgrund der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG unzulässig ist. Die Betrachtung beschränkt sich sodann auf die in dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH vereinbarte Vertreterklausel. Im Anschluss an die Darstellung der Anforder-

---

*matzsch*, in: Die virtuelle HV, 35, 35; vgl. auch *Knauer*, in: Reform des Aktienrechts, 523, 549 f.; *BMJ*, NZG 2004, 948, 955.

<sup>28</sup> So *Bienemann*, S. 140; *Giedinghagen*, S. 275; *Lenz*, S. 172; *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 25; *Noack*, in: Unternehmensrecht und Internet, S. 13; *BMJ*, NZG 2004, 948, 955; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 184; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062.

derungen an eine Vertreterklausel folgen Ausführungen zur Stimmrechtsausübung durch einen gemeinsamen Vertreter nach der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft. Nach welchen Vorschriften sich die Rechtsbeziehungen der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter richten, hängt nicht zuletzt davon ab, ob die Gesellschafter eine GbR gründen oder sich lediglich den gesetzlichen Vorschriften unterwerfen. Zuletzt wird der Fall betrachtet, dass ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an seine Erben überträgt und diese einem Vertretungszwang unterwirft (§ 2 C.) Das Hauptaugenmerk liegt hier bei der Überlegung, wie die Erben sich dem Vertretungszwang wieder entziehen können.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der in der Arbeit gewonnenen Ergebnisse.

## § 1 Durch den Gesellschafter veranlasste Stimmrechtsvertretung

### A. Grundlagen

#### I. Stimmrecht im Kapitalgesellschaftsrecht

##### 1. Stimmrecht als mitgliedschaftliches Kernrecht

Das Stimmrecht eines Anteilsinhabers bezeichnet seine Befugnis, über einen bestimmten Beschlussantrag abzustimmen.<sup>29</sup> Neben dem Teilnahme- und dem Auskunftsrecht ist das Stimmrecht das zentrale Verwaltungsrecht eines Anteilsinhabers.<sup>30</sup> Das Stimmrecht erwächst aus der Mitgliedschaft und wird durch die Aktie bzw. den Geschäftsanteil verkörpert.<sup>31</sup> Die Stimmberechtigung setzt in der Aktiengesellschaft grundsätzlich die vollständige Erbringung der Einlage voraus (§ 134 Abs. 2 S. 1 AktG). Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn die Satzung eine abweichende Bestimmung enthält (§ 134 Abs. 2 S. 3 AktG). In der GmbH ist die vollständige Erbringung der Einlage keine Voraussetzung für die Stimmrechtsausübung.<sup>32</sup> Dem GmbH-Gesellschafter steht sein Stimmrecht vielmehr ab Eintragung seiner Gesellschafterstellung in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste zu (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG).

---

<sup>29</sup> *Bezenberger*, S. 87; *Haase*, S. 12; *KK-AktG/Dauner-Lieb*, § 12 Rn. 5; *MK-AktG/Heider*, § 12 Rn. 6; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 32; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 40; *MünchHdb.AG/Semler*, § 38 Rn. 1; *Hdb-HV/Jacob*, I F 71 (S. 391); *Grunewald*, 2 C Rn. 110 für die Aktiengesellschaft und 2 F Rn. 84 für die GmbH; *K. Schmidt*, *GesR*, § 21 II. 1. a) (S. 605); *Wiedemann*, *GesR II*, § 3 III 2 a (S. 212).

<sup>30</sup> *BGHZ* 70, 117, 122; *Bezenberger*, S. 87; *Lenz*, S. 68; *MK-AktG/Heider*, § 12 Rn. 6; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 32; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 4; *Roth/Altmeppen/Roth*, § 47 Rn. 17; *Scholz/H. Winter/Seibt*, § 14 Rn. 14; *MünchHdb.AG/Wiesner*, § 17 Rn. 3; *BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber*, § 3 Rn. 47; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 31 Rn. 3; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 25; *Birle/Diehl*, Rn. 3212; *Raiser/Veil*, § 11 Rn. 22; *K. Schmidt*, *GesR*, § 19 III. 3. (S. 557 f.).

<sup>31</sup> *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 134 Rn. 1; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 14 Rn. 3; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 42; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 1; *MünchHdb.AG/Semler*, § 38 Rn. 1; *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 38 Rn. 1; *Bäcker*, S. 110; *K. Schmidt*, *GesR*, § 21 II. 1. b) (S. 604).

<sup>32</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 36; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 45; *HK-GmbH-Recht/Fichtelmann*, § 47 Rn. 6; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 5; *BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber*, § 4 Rn. 82; *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 38 Rn. 3; *GmbH-GF/Jaeger*, § 19 Rn. 49.

Mit jeder Aktie bzw. jedem Geschäftsanteil geht grundsätzlich ein Stimmrecht einher.<sup>33</sup> Die Verknüpfung von Stimmrecht und Mitgliedschaft ergibt sich aus dem Gesetz. Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 AktG gewährt jede Aktie ein Stimmrecht. In der GmbH bringt § 47 Abs. 2 GmbHG die Akzessorietät von Geschäftsanteil und Stimmrecht zum Ausdruck.<sup>34</sup> Dieser Grundsatz wird jedoch sowohl im Aktienrecht als auch im Recht der GmbH durchbrochen. Im Aktienrecht gestatten §§ 12 Abs. 1 S. 2, 139 Abs. 1 AktG die Zulässigkeit stimmloser Aktien unter der Voraussetzung, dass diese einen Vorzug bei der Gewinnverwendung enthalten. Durch stimmrechtslose Vorzugsaktien kann das Kapital der Aktiengesellschaft erhöht werden, ohne eine Veränderung der Stimmrechtsverhältnisse hinnehmen zu müssen.<sup>35</sup> Das Stimmrecht lebt gem. § 140 Abs. 2 S. 1 AktG wieder auf, wenn der in einem Jahr entstandene Vorzug nicht spätestens im darauffolgenden Jahr zusätzlich zu dem laufenden Vorzug geleistet wird.<sup>36</sup>

Bei der GmbH sieht das Gesetz zwar keine stimmlosen Geschäftsanteile vor. Aufgrund der Satzungsautonomie (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG) dürfen die Gesellschafter aber eingeschränkte oder gänzlich stimmlose Geschäftsanteile bestimmen.<sup>37</sup> Ein wie im Aktienrecht geforderter finanzieller Ausgleich für den Verzicht auf das Stimmrecht in Form eines Vorzugs bei der Gewinnverteilung (vgl. § 139 Abs. 1 AktG) ist bei der

---

<sup>33</sup> So KK-AktG/*Dauner-Lieb*, § 12 Rn. 2; *Hüffer*, § 12 Rn. 2 f.; MK-AktG/*Heider*, § 12 Rn. 8; Hdb-HV/*Jacob*, I F 92.

<sup>34</sup> So Großkomm-GmbHG/*Hüffer*, § 47 Rn. 87; Scholz/*K. Schmidt*, § 47 Nachtrag MoMiG Rn. 3.

<sup>35</sup> *Bezenberger*, S. 90 f.; *Schäfer*, S. 11 f.; MK-AktG/*Heider*, § 12 Rn. 30; MünchHdb.AG/*Semler*, § 38 Rn. 21; vgl. auch *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 1. c) (S. 605); zur Bereitschaft, stimmlose Aktien zu erwerben vgl. *Claussen*, FS K. Schmidt, 217, 224.

<sup>36</sup> *Bezenberger*, S. 94 ff.; *Schäfer*, S. 9; *Hüffer*, § 140 Rn. 4 f.; MK-AktG/*Volhard*, § 140 Rn. 8 ff.; Hdb-HV/*Jacob*, I F 94.

<sup>37</sup> *Schäfer*, S. 2 f. und S. 35 ff.; *Teichmann*, S. 208; *Zöllner*, S. 120; HK-GmbH-Recht/*Fichtelmann*, § 47 Rn. 14; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 5; *Roth/Altmeyen/Roth*, § 47 Rn. 17; Scholz/*H. Winter/Seibt*, § 14 Rn. 32 und Rn. 37; Scholz/*K. Schmidt*, § 47 Rn. 11; BeckHdb.GmbH/*Fischer/Gerber*, § 4 Rn. 81; MünchHdb.GmbH/*Wolff*, § 38 Rn. 4; GmbH-GF/*Jaeger*, § 19 Rn. 52; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 1. c) (S. 605).

GmbH nicht erforderlich.<sup>38</sup> Unzulässig ist der Ausschluss des Stimmrechts im GmbH-Recht jedoch, wenn das Recht auf Gewinn und Liquidationserlös ebenfalls ausgeschlossen sein soll.<sup>39</sup>

Das Stimmrecht eines Anteilsinhabers kann unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich entzogen werden.<sup>40</sup> Da das Stimmrecht die Stellung eines Anteilsinhabers jedoch maßgeblich prägt, ist das Stimmrecht ein Hauptrecht des Anteilsinhabers und gehört somit zum Kernbereich der Mitgliedschaft.<sup>41</sup> Folglich kann einem Anteilsinhaber das Stimmrecht nicht gegen seinen Willen entzogen werden.<sup>42</sup> Eine Besonderheit besteht beim Entzug des Stimmrechts in Folge der Umwandlung von Stammaktien in stimmrechtslose Vorzugsaktien. Für die Zustimmung der betroffenen Aktionäre bedarf es nicht der Zustimmung jedes einzelnen betroffenen Aktionärs. Vielmehr genügt neben dem Beschluss der Hauptversammlung über die Satzungsänderung (vgl. § 179 Abs. 1 AktG)<sup>43</sup> ein Sonderbeschluss (§ 138 AktG) der benachteiligten Aktionäre.<sup>44</sup> Für das

---

<sup>38</sup> Schäfer, S. 3; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 33; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 5; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 56; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 17; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 11; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 5; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 52; Eickhoff, Rn. 165.

<sup>39</sup> BGHZ 14, 264, 268 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 14 Rn. 11; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 14 Rn. 92; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 11; Heckschen/Heidinger, § 4 Rn. 155.

<sup>40</sup> Schäfer, S. 4; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 14 Rn. 91; MünchHdb. GmbH/Schiessl, § 31 Rn. 32 f.; Zöllner, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 85, 121 f.

<sup>41</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 14 Rn. 13 f.; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 69; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 14 Rn. 89 ff.; Grunewald, 1 A Rn. 84.

<sup>42</sup> Großkomm-AktG/Grundmann, § 134 Rn. 32; Hüffer, § 12 Rn. 2; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 69; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 14 Rn. 91; Scholz/H. Winter/Seibt, § 14 Rn. 37; MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 1; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 31 Rn. 33; K. Schmidt, GesR, § 16 III. 3. b) bb) (S. 472).

<sup>43</sup> Bei § 179 Abs. 3 AktG ist die einfache Stimmenmehrheit gem. § 133 Abs. 1 AktG erforderlich sowie die  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des vertretenen Grundkapitals gem. § 179 Abs. 3, 2 S. 1 AktG.

<sup>44</sup> Das Erfordernis eines Sonderbeschlusses ergibt sich aus § 179 Abs. 3 AktG falls vorher schon verschiedene Aktiengattungen bestanden oder aus § 141 Abs. 2 AktG analog falls eine neue Aktiengattung geschaffen werden soll. Siehe ausführlich Bezzenger, S. 115 ff.; siehe hierzu auch Bürgers/Körper/Westermann, § 11 Rn. 11 f.; KK-AktG/Dauner-Lieb, § 11 Rn. 33 ff.;

Zustandekommen eines wirksamen Sonderbeschlusses sind die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse ausreichend (vgl. § 141 Abs. 3 S. 2 AktG).

## 2. Ausschluss des Stimmrechts

Steht einem Anteilsinhaber das Stimmrecht zu, kann er dennoch im Einzelfall von der Mitwirkung bei der Beschlussfassung ausgeschlossen sein. Ein Anteilsinhaber unterliegt einem gesetzlich normierten Stimmverbot (vgl. § 47 Abs. 4 GmbHG, § 136 Abs. 1 AktG), wenn bei einem bestimmten Beschlussantrag typischerweise ein Konflikt zwischen dem Gesellschafterinteresse und dem Gesellschaftsinteresse besteht, der zu befürchten lässt, dass der Gesellschafter sich bei der Abstimmung ausschließlich an den eigenen Interessen orientiert.<sup>45</sup> Das Stimmrecht eines Aktionärs bzw. eines Gesellschafters ist ausgeschlossen, wenn er selbst entlastet werden soll, von einer Verbindlichkeit befreit werden soll oder ein Anspruch gegen ihn geltend gemacht werden soll (§ 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG). Der Anwendungsbereich der Stimmverbote ist jedoch für bestimmte Fälle teleologisch zu reduzieren. Ein Stimmrechtsausschluss besteht beispielsweise nicht bei innergesellschaftlichen Organisationsakten.<sup>46</sup> Bei innergesellschaftlichen Organisationsakten ist dem Partizipationsinteresse des Anteilsinhabers Vorrang vor dem Kollisionsschutz einzuräumen.<sup>47</sup> Der Gefahr einer Interessenkollision wird

---

MK-AktG/Heider, § 11 Rn. 45.

<sup>45</sup> Zöllner, S. 145 ff. und S. 161 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 76; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 122; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 28; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 100; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 92 ff.; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 34 f.; Bäcker, S. 116 f.; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 2. a) (S. 608); Raiser/Veil, § 16 Rn. 78 ff. für die Aktiengesellschaft und § 33 Rn. 53 ff. für die GmbH.

<sup>46</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1989, 468, 469; Zöllner, S. 150 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 44; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 111; Grunewald, 2 A. Rn. 43; K. Schmidt, GesR, § 36 III. 3. b) (S. 1096 f.); a. A. Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 151 ff.; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 104 f.; Bäcker, S. 117; Birle/Diehl, Rn. 3235; differenzierend Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 80 ff.

<sup>47</sup> E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 37; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 44; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 110; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 44; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 61; somit gilt § 47 Abs. 4 GmbHG nicht für Satzungsänderungen, vgl. hierzu BGHZ 105, 324, 332 f.; E/F/S/Füller, § 53 Rn. 18; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 63; Lutter/Hommelhoff/Bayer,

aber durch die Treuepflicht der Anteilsinhaber als immanente Schranke bei der Stimmrechtsausübung entgegengetreten.<sup>48</sup>

Zusätzlich zu den genannten Tatbeständen ist im GmbHG auch für den Fall des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts zwischen der GmbH und einem Gesellschafter ein Stimmverbot (§ 47 Abs. 4 S. 2, 1. Fall GmbHG) geregelt. Diese Vorschrift findet auf einen Beschluss über den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen einem Aktionär und der Aktiengesellschaft analoge Anwendung.<sup>49</sup>

Der Wortlaut des in § 47 Abs. 4 S. 1, 1. Fall GmbHG genannten Falls der Beschlussfassung über die eigene Entlastung ist zu eng. Es bedarf einer teleologischen Extension.<sup>50</sup> Eine allgemeine Ausweitung des Stimmverbots für alle möglichen Interessenkollisionen geht zwar zu weit.<sup>51</sup> § 47 Abs. 4 S. 1, 1. Fall GmbHG soll jedoch auf Beschlüsse über Maßnahmen aus wichtigem Grund<sup>52</sup> gegen einem Gesellschafter angewendet werden.<sup>53</sup> Bei einer Maßnahme aus wichtigem Grund liegt ein über die allgemeinen Interessen hinausgehender Interessenkonflikt vor, in der Regel aufgrund einer Pflichtverletzung des betroffenen Gesellschafters.<sup>54</sup> Als Beispiele können die Beschlussfassung über die Abberufung eines Ge-

---

§ 53 Rn. 14; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 60.

<sup>48</sup> Vgl. § 1 A. I. 4.

<sup>49</sup> So MK-AktG/Schröer, § 136 Rn. 21; Grunewald, 2 C. Rn. 112 f.; siehe hierzu auch Zöllner, S. 159; a. A. MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 27; Raiser/Veil, § 16 Rn. 85.

<sup>50</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 143; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 133 f.

<sup>51</sup> HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 33; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 101; Birle/Diehl, Rn. 3234; Goette, § 7 III. 3. Rn. 66 (S. 221).

<sup>52</sup> Streitig ist, ob die bloße Behauptung des Vorliegens eines wichtigen Grundes genügt oder das tatsächliche Vorliegen erforderlich ist; für die erste Ansicht siehe BGHZ 86, 177, 181; OLG Brandenburg GmbHR 1996, 539, 542; Scholz/K. Schmidt, § 46 Rn. 76; Bäcker, S. 117; Eickhoff, Rn. 186; für die letzte Ansicht siehe Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 85; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 175; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 242 ff.

<sup>53</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 1098, 1099; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 85; Goette, § 7 III. 3. Rn. 67 (S. 221).

<sup>54</sup> OLG Düsseldorf GmbHR 1989, 468, 469; OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050, 1054; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 86; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 175.

sellschafters als Geschäftsführer oder der Ausschluss aus der Gesellschaft genannt werden.<sup>55</sup> Der Gesellschafter würde in den genannten Fällen als Richter in eigener Angelegenheit auftreten, so dass ein Ausschluss des Stimmrechts gerechtfertigt ist.<sup>56</sup>

Die Ausschlussgründe des § 136 Abs. 1 AktG sind zwingendes Recht.<sup>57</sup> Abweichungen im Gesellschaftsvertrag sind sowohl in der Form der Erleichterung als auch in der Form der Verschärfung der gesetzlichen Regelung im Aktienrecht unzulässig (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG). Im Recht der GmbH gilt hingegen der Grundsatz der Satzungsautonomie (§ 45 Abs. 2 GmbHG), der auch die Stimmverbote des § 47 Abs. 4 GmbHG umfasst. Somit ist grundsätzlich sowohl eine Normierung weiterer Stimmverbote als auch eine Einschränkung oder Aufhebung der gesetzlichen Stimmverbote in § 47 Abs. 4 GmbHG zulässig.<sup>58</sup> Dass die Gesellschafter die Ausschlussgründe des § 47 Abs. 4 GmbHG im Gesellschaftsvertrag ergänzen können, ist weitgehend anerkannt.<sup>59</sup> Streitig ist hingegen, ob auch Einschränkungen oder sogar die Aufhebung der Ausschlussgründe in der Satzung zulässig sind.<sup>60</sup> Ein zwingender Charakter kann sich zumindest

---

<sup>55</sup> Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 138 f.; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 47.

<sup>56</sup> BGHZ 9, 157, 178; OLG Düsseldorf GmbHR 1999, 1098, 1098 f.; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 47; Goette, § 7 III. 3. Rn. 67 (S. 221).

<sup>57</sup> So auch Vogel, S 83; Zöllner, S. 179 f.; Bürgers/Körper/Holzborn, § 136 Rn. 1; Hüffer, § 136 Rn. 3; MK-AktG/Schröer, § 136 Rn. 25; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 2. c) (S. 611 f.).

<sup>58</sup> So bereits Vogel, S. 81; Zöllner, S. 180 f. mit weiteren Nachweisen der älteren Literatur; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 43 f.; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 191; Heckschen/Heidinger, § 4 Rn. 157; Reichert/Harbarth, S. 110 f.; Bacher, GmbHR 2001, 133, 134; a. A. Michalski/Römermann, § 47 Rn. 342, der § 47 Abs. 4 GmbHG als generell zwingend ansieht.

<sup>59</sup> Siehe OLG Stuttgart WM 1989, 1252, 1252 und 1254 mit Beispielen; siehe auch Zöllner, S. 181; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 106; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 44; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 37; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 58 f.; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 172; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 113; Behrens, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, 539, 555.

<sup>60</sup> Dafür Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 173; in Hinblick auf das Richten in eigener Sache ebenfalls Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 33; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 47 Rn. 70; Bacher, GmbHR 2001, 133, 134 f.; dagegen: BGHZ 108, 21, 26 f.; so auch OLG Stuttgart GmbHR 1995, 231, 231; vgl. auch OLG Hamm GmbHR 1993, 815, 815; Zöllner, S. 181; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 106; Bäcker, S. 124; Reichert/Harbarth,

für diejenigen gesetzlichen Ausschlussgründe ergeben, die auf dem Verbot beruhen, Richter in eigenen Angelegenheiten zu sein.<sup>61</sup> Nicht satzungsdispositiv sind folglich die in § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG genannten Fälle sowie der infolge der teleologischen Extension ausgeweitete Bereich. Schließlich beruht dieses Verbot auf dem Prinzip der Trennung von Verwaltung und Kontrolle.<sup>62</sup> Dieses Prinzip muss daher auch bei der Stimmrechtsausübung Berücksichtigung finden.<sup>63</sup> Die in § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG normierten Stimmverbote stützen sich hingegen auf den Gedanken des Insihgeschäfts. Da das Verbot des Insihgeschäfts gem. § 181 BGB abdingbar ist, sollen auch die Stimmverbote gem. § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG abdingbar sein.<sup>64</sup>

### 3. Ausübung des Stimmrechts

Die einzelne Stimmabgabe eines Anteilsinhabers ist eine empfangsbedürftig Willenserklärung,<sup>65</sup> die auf die Herbeiführung eines bestimmten Beschlusses gerichtet ist.<sup>66</sup> Indem der Anteilshaber sein Stimmrecht ausübt, kann er auf die Belange der Gesellschaft Einfluss nehmen.<sup>67</sup> So-

---

S. 111.

<sup>61</sup> OLG Hamm GmbHR 1993, 815, 815; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 33; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 173; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 2. c) (S. 611); a. A. E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 44; Bacher, GmbHR 2001, 133, 135 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 192; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 100.

<sup>63</sup> So auch OLG München NJW-RR 1993, 1507, 1509; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 193; a. A. E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 44; Reichert/Harbarth, S. 111; Bacher, GmbHR 2001, 133, 137.

<sup>64</sup> So Vogel, S. 82; Zöllner, S. 181; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 106; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 44; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 37; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 173; tendenziell auch OLG Hamm NZG 2003, 545, 546.

<sup>65</sup> OLG Frankfurt GmbHR 2003, 415, 416; Haase, S. 12; Bürgers/Körper/Holzborn, § 133 Rn. 7; MK-AktG/Volhard, § 133 Rn. 19; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 7; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 2; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 25; Scholz/K. Schmidt/Seibt, § 48 Rn. 49; MünchHdb.AG/Semler, § 39 Rn. 18; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber § 4 Rn. 128; K. Schmidt, GesR, § 15 I. 2. b) (S. 437).

<sup>66</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 7; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 41; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 2; Heckschen/Heidinger, § 8 Rn. 66.

<sup>67</sup> Haase, S. 12; KK-AktG/Dauner-Lieb, § 12 Rn. 5; MK-AktG/Heider, § 12

wohl die Abstimmung der Aktionäre in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft als auch die Abstimmung der Gesellschafter einer GmbH erfolgt durch Beschlussfassung (vgl. §§ 118 Abs. 1, 119 Abs. 1 und Abs. 2, 133, 179 AktG, § 47 Abs. 1 GmbHG).

In der Aktiengesellschaft findet die Beschlussfassung nach dem gesetzlichen Regelfall in der Hauptversammlung statt (§ 118 Abs. 1 S. 1 AktG). Hieran hat auch das In-Kraft-Treten des ARUG nichts geändert. Die unmittelbare Stimmabgabe auf elektronischem Weg gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG oder gem. § 118 Abs. 2 AktG wurde nach europäischem Vorbild ins Aktienrecht eingeführt.<sup>68</sup> Für ihre Zulässigkeit bedürfen die Stimmrechtsausübung gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG oder § 118 Abs. 2 AktG der ausdrücklichen Zulassung in der Satzung.<sup>69</sup> Darüber hinaus stellen beide Gesetzesneuerungen nur eine Erleichterung für die Aktionäre bei der Stimmrechtsausübung dar und ergänzen lediglich die Präsenzhauptversammlung. Sie befreien hingegen nicht von der Durchführung der Präsenzhauptversammlung.<sup>70</sup>

In der GmbH erfolgt die Beschlussfassung im Regelfall ebenfalls in einer Versammlung der Gesellschafter (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung gem. § 48 Abs. 1 GmbHG ist für die Beschlussfassung in der GmbH jedoch nicht zwingend. § 48 Abs. 2 GmbHG sieht eine Beschlussfassung im Umlaufverfahren als zulässig an,

---

Rn. 6; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 32; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 13; MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 1; Hdb-HV/Jacob, I F 71 (S. 391); Behrens, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, 539, 539; Grunewald, 2 C Rn. 110 für die AG und 2 F Rn. 84 für die GmbH; K. Schmidt, § 21 II. 1. a) (S. 604).

<sup>68</sup> Siehe auch die frühere Forderung der Fraktion „Die Grünen“ aus dem Jahre 1989, BT-Drucks. 11/5401, S. 2 f.; ebenso Heckelmann, S. 212; Schmitz, S. 174 ff.; Fuhrmann/Göckeler/Erkens, in: Die virtuelle HV, 99, 100 f.; ebenso Hirte, FS Buxbaum, 283, 291; Claussen, AG 2001, 161, 170.

<sup>69</sup> Zur Auswirkung der Stimmrechtsausübung gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG oder gem. § 118 Abs. 2 AktG auf die Anerkennung des Aktionärs als Teilnehmer i. S. d. § 245 Nr. 1 AktG, vgl. Begr. RegE ARUG BT-Drucks. 16/11642, S. 38; siehe hierzu auch Arnold, Der Konzern 2008, 88, 92 f.; Noack, WM 2009, 2289, 2291 ff.

<sup>70</sup> Arnold, Der Konzern 2009, 88, 92; Herrler/Reymann, DNotZ 2009, 815, 820; Horn, ZIP 2008, 1558, 1564; Noack, NZG 2008, 441, 445; ders., WM 2009, 2289, 2292.

soweit sich alle Gesellschafter einverstanden erklären. Etwas anderes kann sich aus spezialgesetzlichen Regelungen wie § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ergeben,<sup>71</sup> wonach ein Beschluss über den Verschmelzungsvertrag nur in einer Versammlung der Anteilsinhaber gefasst werden kann. § 1 Abs. 3 S. 1 UmwG ordnet für die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes einen zwingenden Charakter an (vgl. § 1 Abs. 3 S. 1 UmwG). § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ist folglich vorrangig vor § 48 Abs. 1, 2 GmbHG anzuwenden. Eine Beschlussfassung i. S. d. § 48 Abs. 2 GmbHG ist dann unzulässig.

Neben dem in § 48 Abs. 2 GmbHG genannten Umlaufverfahren können die Gesellschafter in der Satzung weitere Erleichterungen für die Beschlussfassung vereinbaren (§ 45 Abs. 2 GmbHG). Insbesondere formlose Zusammenkünfte und telefonische Rundrufe sind als Beispiele zu nennen.<sup>72</sup>

#### 4. Treuepflicht als Grenze der Stimmrechtsausübung

Die Möglichkeit, durch die Stimmabgabe die eigenen Interessen zu verfolgen, gilt nicht schrankenlos.<sup>73</sup> Eine immanente Schranke bildet die gesellschaftliche Treuepflicht. Die gesellschaftliche Treuepflicht wurde zunächst für das Recht der Personengesellschaften<sup>74</sup> entwickelt. Inzwischen

---

<sup>71</sup> Siehe *Schmitz*, S. 177 f.; *Bäcker*, S. 60.

<sup>72</sup> *Schmitz*, S. 177 f.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 48 Rn. 41 und Rn. 44; *E/F/S/B. Schmidt*, § 48 Rn. 14; *HK-GmbH-Recht/Fichtelmann*, § 48 Rn. 35; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 48 Rn. 29; *Roth/Altmeppen/Roth*, § 48 Rn. 2; *Scholz/K. Schmidt/Seibt*, § 48 Rn. 64 f.; *Bäcker*, S. 64 f.; *GmbH-GF/Jaeger*, § 19 Rn. 18 und Rn. 86 ff.; *Hamann/Sigle/Natterer*, § 5 Rn. 201; *K. Schmidt*, *GesR*, § 36 III. 1. und 3. a) (S. 1094 ff.); *Erdmann*, *MMR* 2000, 526, 531; *Noack*, *ZGR* 1998, 592, 595; *Zwissler*, *GmbHR* 2000, 28, 29; siehe ein Formulierungsbeispiel bei *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 147.

<sup>73</sup> *KK-AktG/Dauner-Lieb*, § 12 Rn. 12; *Bürgers/Körper/Westermann*, § 53a Rn. 14 und Fn. 22; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 134 Rn. 2; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 107 f.; *E/F/S/B. Schmidt*, § 47 Rn. 6; *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 150; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 26; *MünchHdb.AG/Wiesner*, § 17 Rn. 17; *BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber*, § 4 Rn. 79; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 32 Rn. 22; *Hdb-HV/Volhard*, I G 24 (S. 414); *Eickhoff*, Rn. 218; *Raiser/Veil*, § 28 Rn. 42; *K. Schmidt*, *GesR*, § 21 II. 3. a) (S. 613 ff.).

<sup>74</sup> Siehe ausführlich *Nodoushani*, S. 30 ff.; vgl. auch die Darstellung bei *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 94 ff.; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn. 101 ff.; *MK-BGB/Ulmer*, § 705 Rn. 221; *Staudinger/Looschelders*

ist die Treuepflicht jedoch als allgemeines, rechtsformübergreifendes Prinzip des Gesellschaftsrechts anerkannt.<sup>75</sup> Die Treuepflicht entfaltet ihre Wirkung in zwei Richtungen. Sie besteht vertikal im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Anteilsinhaber sowie umgekehrt und horizontal zwischen den Anteilsinhabern untereinander.<sup>76</sup>

Die Treuepflicht der Anteilsinhaber gegenüber der Gesellschaft findet ihre Begründung in der Förderpflicht.<sup>77</sup> Alle Anteilsinhaber haben sich im Gesellschaftsvertrag zur Verfolgung eines gemeinsamen Gesellschaftszwecks verpflichtet. Kraft der Treuepflicht sind die Gesellschafter verpflichtet, den gemeinsamen Zweck zu fördern sowie Handlungen zu unterlassen, die der Erreichung des gemeinsamen Zwecks schaden.<sup>78</sup> Die Treuepflicht der Anteilsinhaber gegenüber den übrigen Anteilsinhabern

---

*Olzen*, § 242 Rn. 940 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 20 III. 1. c) (S. 589).

<sup>75</sup> Für die GmbH siehe bereits in diese Richtung deutend BGHZ 9, 157, 163; BGHZ 44, 40, 41; endgültig dann BGHZ 65, 15, 16 ff. – „ITT“; BGHZ 98, 276, 278; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 20 ff.; *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 140 f.; *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 88; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 949; für die Aktiengesellschaft siehe BGHZ 103, 184, 194 f. – „Linotype“; BGHZ 129, 136 – „Girmes“; *MK-AktG/Bungeroth*, Vor § 53a Rn. 18 f.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 946; *Lutter*, ZHR 153 (1989), 446, 452 ff.; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 172 f.; *Timm*, WM 1991, 481, 482; anders noch BGH AG 1976, 218, 219 – „Audi/NSU“.

<sup>76</sup> BGHZ 103, 184, 194 – „Linotype“; BGHZ 129, 136, 142 f. – „Girmes“; *Bürgers/Körber/Westermann*, § 53a Rn. 4 und Rn. 12; *MK-AktG/Bungeroth*, Vor § 53a Rn. 19; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 13 Rn. 25; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 21; *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 141 ff.; *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 101 ff.; *Scholz/Emmerich*, § 13 Rn. 38; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn. 101; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 941; *Staudinger/Habermeier*, § 705 Rn. 50; *MünchHdb.AG/Wiesner*, § 17 Rn. 14; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 32 Rn. 12; *K. Schmidt*, GesR, § 20 III. 1. c) (S. 589); *Dreher*, ZHR 157 (1993), 150, 151 ff.

<sup>77</sup> *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 140; *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 88; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, § 13 Rn. 36.

<sup>78</sup> *Bürgers/Körber/Westermann*, § 53a Rn. 12; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 13 Rn. 27 ff.; *Scholz/Emmerich*, § 13 Rn. 36 ff.; *MünchHdb.AG/Wiesner*, § 17 Rn. 15; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 32 Rn. 12; *Raiser/Veil*, § 11 Rn. 55 ff. für die AG und § 28 Rn. 34 ff. für die GmbH; str. ist die dogmatische Rechtsgrundlage der Treuepflicht, siehe hierzu *MK-BGB/Ulmer*, § 705 Rn. 222; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 22 f.; *Scholz/Emmerich*, § 13 Rn. 38 f.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 940; *BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber*, § 3 Rn. 22; *Henze*, BB 1996, 489, 491 f.

sowie der Anteilsinhaber untereinander konkretisiert sich in der Pflicht, auf die Belange der Anteilsinhaber bzw. Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.<sup>79</sup>

Wenn auch die gesellschaftliche Treuepflicht ein allgemein anerkanntes Rechtsinstitut ist,<sup>80</sup> können bei den verschiedenen Rechtsformen in der Intensität der Treuepflicht Unterschiede bestehen.<sup>81</sup> Der Umfang der Treuepflicht eines Anteilsinhabers hängt hierbei von zwei Umständen ab. Dies sind zum einen die Struktur der Gesellschaft und zum anderen die einzelfallbezogene Intensität der Einwirkungsmöglichkeit eines Anteilsinhabers. Der Zusammenhang zwischen der Struktur der Gesellschaft und der Treuepflicht verläuft proportional. Je enger die persönliche Bindung und somit das Vertrauensverhältnis zwischen den Anteilsinhabern ist, desto stärker wirkt die Treuepflicht in dieser Beziehung.<sup>82</sup>

Innerhalb der Gesellschaft ist das Ausmaß der Treuepflicht der einzelnen Anteilsinhaber von der Intensität der Einwirkungsmöglichkeit des jewei-

---

<sup>79</sup> MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 222; *Bürgers/Körper/Westermann*, § 53a Rn. 13; MK-AktG/*Bungeroth*, Vor § 53a Rn. 25; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 24 f.; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 32 Rn. 16; *BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber*, § 3 Rn. 22; *Birle/Diehl*, Rn. 2333; *Raiser/Veil*, § 11 Rn. 61 für AG und § 28 Rn. 34 für GmbH.

<sup>80</sup> Für die GmbH siehe bereits in diese Richtung deutend BGHZ 9, 157, 163; BGHZ 44, 40, 41; endgültig dann BGHZ 65, 15, 16 ff. – „ITT“; BGHZ 98, 276, 278; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 20 ff.; *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 140; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 949; für die Aktiengesellschaft siehe: BGHZ 103, 184, 194 f. – „Linotype“; BGHZ 129, 136 – „Girmes“; MK-AktG/*Bungeroth*, Vor § 53a Rn. 18 f.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 946; *Lutter*, ZHR 153 (1989), 446, 452 ff.; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 172 f.; *Timm*, WM 1991, 481, 482; anders noch BGH AG 1976, 218, 219 – „Audi/NSU“.

<sup>81</sup> MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 225; *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 145 ff.;

<sup>82</sup> BGHZ 103, 184, 194 f. – „Linotype“; BGHZ 129, 136, 142 ff. – „Girmes“; *Zöllner*, S. 343; *Bamberger/Roth/Roth*, § 242 Rn. 167; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, § 13 Rn. 28; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 21; *Michalski/Michalski/Funke*, § 13 Rn. 145 f.; *Scholz/Emmerich*, § 13 Rn. 39g; *BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber*, § 3 Rn. 22; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 32 Rn. 13; *Raiser/Veil*, § 11 Rn. 61 f. für die AG und § 28 Rn. 38 für die GmbHG; *Wiedemann*, GesR I, S. 432; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1634; *Kort*, ZIP 1990, 294, 296; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 176 ff.

ligen Anteilsinhabers auf die Gesellschaft abhängig.<sup>83</sup> Ein größerer Einfluss eines Gesellschafters auf die Gesellschaft geht mit einer stärkeren Treuepflicht einher.<sup>84</sup> Jedoch unterliegt nicht nur der Mehrheitsgesellschafter einer Treuepflicht, sondern auch der Minderheitsgesellschafter.<sup>85</sup> Schließlich kann ein Minderheitsgesellschafter dauerhaft über eine Sperrminorität verfügen und so strukturändernde Maßnahmen blockieren. Die Differenzierung zwischen Minderheitsgesellschaftern und Mehrheitsgesellschaftern ist immer dann erforderlich, wenn in einer Gesellschaft das Mehrheitsprinzip für Entscheidungen gilt.<sup>86</sup> Ist hingegen Einstimmigkeit gefordert, haben alle Anteilsinhaber wegen ihrer Vetoposition im gleichen Maße Einfluss auf die Abstimmung. Der Zusammenhang zwischen dem Einfluss eines Gesellschafters auf die Gesellschaft und seiner Treuepflicht kommt in der Aktiengesellschaft und der GmbH in der Regel zum Tragen. In der Aktiengesellschaft und der GmbH besteht nach dem gesetzlichen Regelfall das einfache oder das qualifizierte Mehrheitsprinzip (§§ 133 Abs. 1, 179 Abs. 2 S. 1 AktG, §§ 47 Abs. 1, 53

---

<sup>83</sup> Siehe hierzu insbesondere *Timm*, WM 1991, 481, 483; siehe auch *BGHZ* 103, 184, 195; *Fillmann*, S. 94 ff.; *Kascha*, S. 213 ff.; *Nodoushani*, S. 170 ff.; *Bürgers/Körber/Westermann*, § 53a Rn. 15; *MK-AktG/Bungeroth*, Vor § 53a Rn. 26; *Staudinger/Habermeier*, § 705 Rn. 50; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1633; *Dreher*, ZHR 157 (1993), 150, 153; *Hammen*, ZBB 1993, 239, 242; *Henze*, BB 1996, 489, 496; *Kort*, ZIP 1990, 294, 296; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 179; a. A. AG Düsseldorf ZIP 1992, 1155, 1156; vgl. so letztlich auch *Beckerhoff*, S. 64 ff.

<sup>84</sup> *BGHZ* 103, 184, 195; *BGHZ* 129, 136 ff.; *Fillmann*, S. 94; *Kascha*, S. 215 f.; *Nodoushani*, S. 172; *Zöllner*, S. 342 ff.; *Bürgers/Körber/Westermann*, § 53a Rn. 15; *MK-BGB/Ulmer*, § 705 Rn. 225; *MK-AktG/Bungeroth*, Vor § 53a Rn. 26; *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 90; *Birle/Diehl*, Rn. 2334 f.; *Hammen*, ZBB 1993, 239, 243; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 179.

<sup>85</sup> So insbesondere *BGHZ* 129, 136, 142 f.; siehe auch *E/F/S/B. Schmidt*, § 47 Rn. 7; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 21; *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 90 f. und Rn. 111; *Dreher*, ZHR 157 (1993), 150, 157 ff.; *Henze*, BB 1996, 489, 496; *Kort*, ZIP 1990, 294, 296 f.; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 174; *Timm*, WM 1991, 481, 483; *K. Schmidt*, GesR, § 20 IV. 2. c) und 3. (S. 591 ff.); a. A. *BGHZ* 103, 184, 195 zumindest für die Beziehung der Aktionäre untereinander.

<sup>86</sup> So auch *Zöllner*, S. 94 f.; vgl. auch *MK-GmbHG/Merkt*, § 13 Rn. 110; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 49; *K. Schmidt*, GesR, § 16 II. 1. (S. 452 f.).

Abs. 2 S. 1 GmbHG). Somit verhält sich die Intensität der Treuepflicht proportional zu der Rechtsmacht eines Anteilsinhabers.

Die Treuepflicht kann bei der Ausübung des Stimmrechts zu einer Verhaltensregel für den einzelnen Anteilsinhabers werden.<sup>87</sup> Das Interesse eines jeden Anteilsinhabers und das Gesellschaftsinteresse sind nicht zwingend deckungsgleich.<sup>88</sup> Bei der Ausübung des Stimmrechts muss der Anteilsinhaber entscheiden, wie er diesen Interessenkonflikt löst. Welchem Interesse der Anteilsinhaber Vorrang gewähren muss, hängt davon ab, ob es sich bei der Wahrnehmung seiner Rechte um ein eigennütziges Recht oder ein uneigennütziges Recht handelt.<sup>89</sup> Bei der Ausübung eigennütziger Rechte verfolgt der Anteilsinhaber eigene Interessen.<sup>90</sup> Trotz der entgegenstehenden Belange der Gesellschaft und der Mitgesellschafter geht bei der Ausübung von eigennützigem Rechten das Eigeninteresse des Anteilsinhabers vor.<sup>91</sup> Bei der Wahrnehmung eines uneigennützigem Rechts werden hingegen gesellschaftszweckbezogene Interessen ver-

---

<sup>87</sup> Zöllner, S. 343 f.; KK-AktG/Dauner-Lieb, § 12 Rn. 12; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 6; Michalski/Michalski/Funke, § 13 Rn. 149; BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber, § 3 Rn. 26; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 67; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 176.

<sup>88</sup> So auch Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 13 Rn. 31; Henssler, ZHR 157 (1993), 91, 102.

<sup>89</sup> Zöllner, S. 344 ff.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 32 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 14 Rn. 22; Michalski/Michalski/Funke, § 13 Rn. 146; Scholz/Emmerich, § 13 Rn. 39e f.; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn. 103 f.; Erman/H. P. Westermann, § 705 Rn. 49; MK-BGB/Ulmer, § 705 Rn. 224; MünchHdb.AG/Wiesner, § 17 Rn. 17 f.; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 32 Rn. 18 ff.; Dreher, DStR 1993, 1632, 1633; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 175.

<sup>90</sup> Scholz/Emmerich, § 13 Rn. 39f; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn. 104; Erman/H. P. Westermann, § 705 Rn. 48; MK-BGB/Ulmer, § 705 Rn. 227; Staudinger/Habermeier, § 705 Rn. 51; MünchHdb.AG/Wiesner, § 17 Rn. 5; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 32 Rn. 18; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 175.

<sup>91</sup> MK-BGB/Ulmer, § 705 Rn. 227; Staudinger/Habermeier, § 705 Rn. 51; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 33; Michalski/Michalski/Funke, § 13 Rn. 146; MK-GmbHG/Merkt, § 13 Rn. 92; MünchHdb.AG/Wiesner, § 17 Rn. 5 und Fn. 18; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 32 Rn. 18.

folgt.<sup>92</sup> Das Gesellschaftsinteresse hat dann Vorrang vor den Interessen der einzelnen Anteilsinhaber.<sup>93</sup>

Eine Einordnung des Stimmrechts als uneigennütziges oder eigennütziges Recht ist pauschal nicht möglich.<sup>94</sup> Die Zuordnung hängt vielmehr vom jeweiligen Beschlussgegenstand ab.<sup>95</sup> Dient der Beschlussinhalt der Erfüllung des Gesellschaftszwecks, so darf der Anteilsinhaber die eigenen Interessen nur insoweit verfolgen wie das Gesellschaftsinteresse nicht entgegensteht.<sup>96</sup> Andernfalls kann der Anteilsinhaber sein Stimmrecht nach eigenem Interesse ausüben.<sup>97</sup>

Die Treuepflicht kann nicht nur rechtsbegrenzend wirken, sondern auch rechtsbegründend.<sup>98</sup> Aufgrund der Treuepflicht kann ein Anteilsinhaber dazu verpflichtet sein, am Zustandekommen eines Beschlusses positiv

---

<sup>92</sup> Erman/*H. P. Westermann*, § 705 Rn. 48 f.; Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 51; MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 226; MK-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 92; Scholz/*Emmerich*, § 13 Rn. 39e; MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 5.

<sup>93</sup> *Zöllner*, S. 344 f.; MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 224, 226; Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 51; Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 13 Rn. 32; MK-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 92; MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 5 und Fn. 17; Bormann/*Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 47.

<sup>94</sup> So auch MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 6; MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 227 sieht das Stimmrecht als eigennütziges Recht an; ebenso Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 51; Scholz/*Emmerich*, § 13 Rn. 39e hingegen sieht das Stimmrecht als uneigennütziges Recht an; ebenso *Hüffer*, § 53a Rn. 16; so im Ergebnis auch *Henze*, BB 1996, 489, 492.

<sup>95</sup> MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 224; MK-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 112; MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 6; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 32 Rn. 22; siehe hierzu auch *Henze*, BB 1996, 489, 492 f.; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 175.

<sup>96</sup> MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 224; Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 51; MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 6 nennt die Abstimmung im Rahmen eines Zustimmungsbeschlusses i. S. v. § 119 Abs. 2 AktG als Beispiel; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 32 Rn. 22; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 175.

<sup>97</sup> Siehe auch MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 6; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 32 Rn. 22; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 175.

<sup>98</sup> BGHZ 98, 276, 279 f. für die GmbH; siehe auch *Zöllner*, S. 354 f.; Erman/*H. P. Westermann*, § 705 Rn. 49; MK-BGB/*Roth*, § 242 Rn. 121 f.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 953; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 13; MK-GmbHG/*Merkt*, § 13 Rn. 113 ff.; *Roth/Altmeyden/Altmeyden*, § 13 Rn. 52; *Dreher*, DStR 1993, 1632, 1635; zur geringeren Bedeutung der Stimpflichten für die Aktiengesellschaft siehe *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 180.

mitzuwirken.<sup>99</sup> Eine Stimmpflicht gilt insbesondere dann, wenn der beantragte Beschluss für die Gesellschaft objektiv notwendig und für die abstimmenden Anteilsinhaber subjektiv zumutbar ist.<sup>100</sup> Als Beispiel für eine Stimmpflicht sind die Anpassung des Gesellschaftsvertrags an veränderte Umstände bei einer Änderung der Geschäftsgrundlage oder die Mitwirkung bei unumgänglichen Sanierungsmaßnahmen zu nennen.<sup>101</sup>

Verstößt ein Anteilsinhaber bei der Stimmabgabe gegen die Treuepflicht, ist die Stimmabgabe nichtig (§ 134 BGB).<sup>102</sup> Die treuwidrig abgegebene Stimme darf bei der Feststellung des Beschlusses nicht mitgerechnet werden.<sup>103</sup> Findet sie dennoch Berücksichtigung und ist die Stimme für das Beschlussergebnis entscheidend, führt das zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 29; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 81; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 13; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 44; Scholz/Emmerich, § 13 Rn. 46; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 31; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 953; MünchHdb.AG/Wiesner, § 17 Rn. 20; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 79; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 32 Rn. 23; Bäcker, S. 127; Eickhoff, Rn. 221; Timm, WM 1991, 481, 483 ff.;

<sup>100</sup> BGHZ 44, 40, 41; BGHZ 64, 253, 257; BGHZ 98, 276, 280; BGHZ 129, 136, 152 f. – „Girmes“; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 29; E/F/S/Füller, § 53 Rn. 29; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 81; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 13; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 44; Scholz/Emmerich, § 13 Rn. 46; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 953; siehe auch Bäcker, S. 127; Birle/Diehl, Rn. 2336; Dreher, DStR 1993, 1632, 1635 f.; Lutter, ZHR 153 (1989), 446, 454 f.

<sup>101</sup> BGHZ 98, 276; BGHZ 219, 136 – „Girmes“; Scholz/Emmerich, § 13 Rn. 44 und Rn. 46; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 31; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 32 Rn. 23; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 67; siehe zur Stimmpflicht bei satzungsändernden Beschlüssen BGH NZG 2005, 129, 129; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 15; MK-GmbHG/Merkt, § 13 Rn. 120 f.; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 37.

<sup>102</sup> OLG Düsseldorf NZG 2001, 991, 994 f.; MK-AktG/Bungeroth, Vor § 53a Rn. 42; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 108; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 53; Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch, Kap. 6 Rn. 52.

<sup>103</sup> BGH ZIP 1988, 22, 24; BGH GmbHR 1991, 62, 63; BGH ZIP 1993, 1228, 1230; OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050, 1053; MK-AktG/Bungeroth, Vor § 53a Rn. 42; Michalski/Michalski/Funke, § 13 Rn. 176; Scholz/H. Winter/Seibt, § 14 Rn. 61; Bäcker, S. 126; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 68; a. A. BGHZ 105, 206, 212 f.; siehe zu dieser Frage allgemein Koppensteiner, ZIP 1994, 1325, 1325 ff.

<sup>104</sup> BGHZ 103, 184, 193 – „Linotype“; BGHZ 142, 167, 169 f. – „Hilgers AG“; MK-AktG/Bungeroth, Vor § 53a Rn. 42; Michalski/Michalski/Funke, § 13

## II. Allgemeine Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung

### 1. Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft

Die Zulässigkeit der Stimmrechtsausübung in der Aktiengesellschaft kann sich aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften sowie aus den Spezialvorschriften des Aktiengesetzes ergeben. Die Stellvertretung bei der Stimmrechtsausübung kann gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zulässig sein. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB regelt die Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung. Von der Stellvertretung ausgeschlossen sind diejenigen Willenserklärungen, die einen höchstpersönlichen Charakter haben.<sup>105</sup> Die Stimmrechtsausübung hat aufgrund der typischerweise fehlenden personalistischen Struktur der Aktiengesellschaft sowie der Anonymität der Aktionäre untereinander keinen höchstpersönlichen Charakter.<sup>106</sup> Die Stimmrechtsvertretung ist in der Aktiengesellschaft daher grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

Die allgemein zivilrechtliche Vorschrift für die Stellvertretung (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB) kann aufgrund des Spezialitätsprinzips<sup>107</sup> durch Vorschriften des Aktienrechts (vgl. § 134 Abs. 3 AktG und § 135 AktG) verdrängt werden. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG sieht die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten in der Hauptversammlung ausdrücklich vor. Die Zulässigkeit eines Stimmrechtsvertreters in der Aktiengesellschaft ergibt sich somit aus dem Wortlaut dieser Vorschrift. Für die in § 135 AktG geregelten speziellen Fälle der Stimmrechtsausübung durch ein Kreditinstitut oder eine diesem gleichgestellte Person (vgl. § 135 Abs. 8 AktG) ist § 135 Abs. 1 S. 1 AktG für die Zulässigkeit der

---

Rn. 176; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 40 Rn. 38; Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch, Kap. 6 Rn. 52; Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 188; Timm, WM 1991, 481, 486.

<sup>105</sup> MK-BGB/Schramm, Vor § 164 Rn. 70 f.

<sup>106</sup> Siehe García Mateos, S. 236; Giedinghagen, S. 268; Haase, S. 16; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 34; Raiser/Veil, § 16 Rn. 91; das wird in allen europäischen Ländern so gesehen, vgl. Hohn Abad, S. 2; ebenso Noack, NZG 2006, 321, 324.

<sup>107</sup> Schmalz, Rn. 78; Wank, § 13 I. 2. b); Zippelius, § 7 c).

Stimmrechtsvertretung wiederum spezieller gegenüber § 134 Abs. 3 S. 1 AktG.<sup>108</sup>

Ob die Stimmrechtsvertretung in der Satzung der Aktiengesellschaft wirksam ausgeschlossen werden kann, ist am Maßstab des § 23 Abs. 5 AktG zu prüfen. Eine solche Ausschlussklausel kann gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG unzulässig sein. Gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG kann die Satzung von den gesetzlichen Regelungen des Aktiengesetzes nur abweichen, soweit das Gesetz dies ausdrücklich zulässt. Da § 134 Abs. 3 S. 1 AktG die Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung ausdrücklich vorsieht, stellt der Ausschluss der Stimmrechtsvertretung in der Satzung eine Abweichung i. S. d. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG dar. Weder § 134 Abs. 3 AktG noch § 135 AktG treffen eine Aussage über die Zulässigkeit abweichender Regelungen. Das Schweigen des Gesetzes reicht für die Forderung nach einer ausdrücklichen Regelung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG nicht aus.<sup>109</sup> Der Ausschluss der Stellvertretung bei der Stimmrechtsausübung in der Satzung einer Aktiengesellschaft ist somit nicht zulässig.<sup>110</sup>

Im Aktienrecht ist die Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter somit zulässig. Die Vorschriften des Aktienrechts (§§ 134 Abs. 3 S. 1 und 5, 135 Abs. 1 S. 1 AktG) stellen eine Konkretisierung der allgemein zivilrechtlichen Vorschrift des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB dar.

## **2. Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung in der GmbH**

Die Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung in der GmbH kann sich aus der bürgerlich rechtlichen Vorschrift des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB oder einer Spezialvorschrift des GmbH-Rechts ergeben. Das Stimmrecht ist

---

<sup>108</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

<sup>109</sup> Bürgers/Körber/Körber, § 23 Rn. 41; Großkomm-AktG/Röhricht, § 23 Rn. 100; Hüffer, § 23 Rn. 35; KK-AktG/Arnold, § 23 Rn. 138; MK-AktG/Pentz, § 23 Rn. 153; MünchHdb.AG/Wiesner, § 23 Rn. 9.

<sup>110</sup> Haase, S. 218; Rose, S. 44; Vogel, S. 58; Bürgers/Körber/Holzborn, § 134 Rn. 16; Großkomm-AktG/Grundmann, § 134 Rn. 98; Hüffer, § 134 Rn. 21; KK-AktG/Zöllner, § 134 Rn. 72; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 34; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 37; MünchHdb.AG/Semler, § 36 Rn. 12.

auch in der GmbH kein höchstpersönliches Recht.<sup>111</sup> Die Stellvertretung ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen.

Die Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung in der GmbH kann sich aus § 47 GmbHG ergeben. § 47 GmbHG enthält Regelungen über die Abstimmung der Gesellschafter und kann daher gegenüber § 164 Abs. 1 S. 1 BGB als *lex specialis* anzuwenden sein. § 47 Abs. 3 GmbHG regelt das Formerfordernis für die Vollmachtserteilung. Aus dem Wortlaut ergibt sich somit implizit die grundsätzliche Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung.<sup>112</sup>

§ 47 Abs. 3 GmbHG ist dispositives Recht und gilt daher nur, solange die Satzung keine abweichende Regelung beinhaltet (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG). Der Grundsatz der Satzungsautonomie (§ 45 Abs. 2 GmbHG) erfasst auch die Möglichkeit der Vereinbarung eines Vertretungsverbots in der Satzung.<sup>113</sup> Allerdings ist zu beachten, dass einem Gesellschafter die Wahrnehmung seines Stimmrechts nicht unmöglich gemacht werden darf. Dies käme einem einzelfallbezogenen Stimmrechtsausschluss gleich, der nur bei ausdrücklicher Gestattung in der Satzung oder im Fall eines Stimmverbotes gem. § 47 Abs. 4 GmbHG zulässig ist. Der Ausschluss der Stimmrechtsvertretung darf somit nicht automatisch zur Stimmrechtslosigkeit des Gesellschafters führen.<sup>114</sup> Ist es dem Gesellschafter nicht möglich, an der Beschlussfassung teilzunehmen und auf

---

<sup>111</sup> So auch OLG Celle GmbHR 2007, 318, 319; *Vogel*, S. 56 f.; HK-GmbH-Recht/*Fichtelmann*, § 47 Rn. 27; Großkomm-GmbHG/*Hüffer*, § 47 Rn. 94; Scholz/*K. Schmidt*, § 47 Rn. 76; *Behrens*, FS 100 Jahre GmbHG, 539, 543.

<sup>112</sup> So auch OLG Celle GmbHR 2007, 318, 319; *Vogel*, S. 57; E/F/S/B. *Schmidt*, § 47 Rn. 16; Großkomm-GmbHG/*Ulmer*, § 47 Rn. 94; HK-GmbH-Recht/*Fichtelmann*, § 47 Rn. 27; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 21; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 25.

<sup>113</sup> So die h. M., *Vogel*, S. 57; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 44; HK-GmbH-Recht/*Fichtelmann*, § 47 Rn. 27; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 21; *Roth/Altmeppen/Roth*, § 47 Rn. 30; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, § 47 Rn. 49; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 96; ebenso MünchHdb.GmbH/*Wolff*, § 38 Rn. 19; *Eickhoff*, Rn. 145; so bereits *H. M. Schmidt*, GmbHR 1963, 145, 146.

<sup>114</sup> So auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 44; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, § 47 Rn. 49; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 96; MünchHdb.GmbH/*Wolff*, § 38 Rn. 19; *Eickhoff*, Rn. 145; *H. M. Schmidt*, GmbHR 1963, 145, 146.

diesem Wege seine Stimme abzugeben, muss ihm daher die Möglichkeit der Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter zustehen.<sup>115</sup> Die Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung ergibt sich für diesen Sonderfall aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht der übrigen Gesellschafter.<sup>116</sup> Die übrigen Gesellschafter müssen in einer solchen Situation einen Stellvertreter akzeptieren.<sup>117</sup>

### 3. Abspaltungsverbot als Zulässigkeithindernis

Unabhängig von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung kann der Stimmrechtsausübung durch einen Dritten im Einzelfall das Abspaltungsverbot (§ 717 S. 1 BGB) entgegenstehen. Gem. § 717 S. 1 BGB ist ein aus der Mitgliedschaft erwachsendes Recht auf Dritte nicht übertragbar. Der Grundsatz der Unübertragbarkeit ist ausschließlich für die Personengesellschaft gesetzlich geregelt (§ 717 S. 1 BGB). Weder für die Aktiengesellschaft noch für die GmbH finden sich im Gesetz entsprechende Vorschriften. Die Geltung des Abspaltungsverbots für die Aktiengesellschaft und die GmbH ist aufgrund der vergleichbaren Interessenlage jedoch allgemein anerkannt.<sup>118</sup> Unabhängig von der Rechtsform soll ein Verwaltungsrecht nur derjenige innehaben, der auch das Risiko des Anteils an der Gesellschaft trägt.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 44; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 21; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 30; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 96; Eickhoff, Rn. 145; H. M. Schmidt, GmbHR 1963, 145, 146.

<sup>116</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 21; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 96; siehe auch Zöllner, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 85, 117 f.

<sup>117</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 21; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 96; so bereits H. M. Schmidt, GmbHR 1963, 145, 146.

<sup>118</sup> BGHZ 3, 354, 357; BGHZ 20, 363, 364; BGHZ 43, 261, 267; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 60; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 53; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 20; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 89; Raiser/Veil, § 11 Rn. 25 ff. für die AG und § 33 Rn. 38 für die GmbH; Wiedemann, GesR II, § 3 III. 2. c) aa) (S. 216); siehe auch Großkomm-AktG/Grundmann, § 134 Rn. 34, der das Abspaltungsverbot in der Aktiengesellschaft jedoch nicht auf § 717 BGB stützt, sondern auf den Grundsatz, dass es ohne Aktien kein Stimmrecht geben soll.

<sup>119</sup> Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 717 Rn. 1; so auch Spindler, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2005, 31, 31 f.; Wiedemann, GesR II, § 3 III. 2. c) aa) (S. 216).

Das Abspaltungsverbot gilt insbesondere für die Verwaltungsrechte.<sup>120</sup> Die Übertragung des Stimmrechts auf einen Dritten ist somit unzulässig. Sinn dieser Vorschrift ist es, die Gesellschaft vor den Einflüssen Dritter zu schützen sowie die Aufteilung der einem Geschäftsanteil bzw. einer Aktie zugehörenden Rechte auf mehrere Personen zu verhindern.<sup>121</sup> Das Abspaltungsverbot ist zwingendes Recht.<sup>122</sup> Die gesellschaftsvertragliche oder individualvertragliche Übertragung eines Mitgliedschaftsrechts ist daher nicht zulässig.<sup>123</sup>

Die Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter ist demnach nur zulässig, soweit sie nicht zur Übertragung des Stimmrechts auf den Stellvertreter führt. Von der Übertragung des Stimmrechts ist die bloße Überlassung der Stimmrechtsausübung abzugrenzen.<sup>124</sup> Die Überlassung des Stimmrechts an einen Dritten ist zulässig, wenn der Anteilsinhaber bei der Beschlussfassung die Entscheidung über den Beschlussgegenstand weiterhin selbst trifft oder treffen kann.<sup>125</sup> Der Aktionär bzw. Gesellschafter muss selbst Inhaber der Aktie bzw. des Geschäftsanteils und der

---

<sup>120</sup> Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 717 Rn. 6; Staudinger/Habermeier, § 717 Rn. 1; E/F/S/Ensthaler, § 13 Rn. 18; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 14 Rn. 15 f.; BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber, § 3 Rn. 48; zur Geltung des Abspaltungsverbots für Vermögensrechte siehe BGHZ 3, 354, 357; E/F/S/Ensthaler, § 13 Rn. 19; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 14 Rn. 16; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 14 Rn. 124; BeckHdb.GmbH/Schmiegelt/Gerber, § 3 Rn. 48; MünchHdb.GmbH/Schiessl, § 31 Rn. 31.

<sup>121</sup> Haase, S. 16; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 717 Rn. 6; MK-BGB/Ulmer, § 717 Rn. 7; Staudinger/Habermeier, § 717 Rn. 1; K. Schmidt, GesR, § 19 III. 4. a) (S. 560).

<sup>122</sup> BGHZ 3, 354, 357; BGHZ 20, 363, 365; Erman/H. P. Westermann, § 717 Rn. 3; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 717 Rn. 7; Palandt/Sprau, § 717 Rn. 4; Staudinger/Habermeier, § 717 Rn. 4.

<sup>123</sup> E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 15; Erman/H. P. Westermann, § 717 Rn. 3; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 717 Rn. 7; Staudinger/Habermeier, § 717 Rn. 4; Palandt/Sprau, § 717 Rn. 4; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 54.

<sup>124</sup> Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 717 Rn. 7; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 717 Rn. 9; Palandt/Sprau, § 717 Rn. 4; Staudinger/Habermeier, § 717 Rn. 5; vgl. auch MK-AktG/Heider, § 12 Rn. 6; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 16; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 52; so letztlich auch HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 9; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 14 Rn. 124; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 19; K. Schmidt, GesR, § 19 IV. 4. c) (S. 562).

<sup>125</sup> E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 16; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 717 Rn. 9; Staudinger/Habermeier, § 717 Rn. 5; Raiser/Veil, § 11 Rn. 28.

damit verbundenen Rechte bleiben.<sup>126</sup> Eine Stimmrechtsvollmacht muss daher so ausgestaltet sein, dass der Anteilsinhaber jederzeit selbst wieder aktiv werden kann. Dies ist nur im Wege einer jederzeit widerruflichen Vollmacht möglich.<sup>127</sup> Bei einer unwiderruflichen Bevollmächtigung könnte der Anteilsinhaber hingegen nicht mehr die Entscheidung treffen, die Stimmabgabe wieder selbst vorzunehmen. Eine unwiderrufliche Bevollmächtigung kommt im Ergebnis der Übertragung des Stimmrechts gleich und verstößt daher gegen das Abspaltungsverbot.<sup>128</sup> Die Ausübung des Stimmrechts durch einen Stimmrechtsvertreter ist bei jederzeit widerruflicher Vollmacht zulässig.

Wird das Stimmrecht dennoch entgegen den vorgenannten Grundsätzen an einen Dritten übertragen, ist diese Übertragung nichtig (§ 134 BGB).<sup>129</sup> Für diesen Fall ist gem. § 140 BGB aber eine Umdeutung der unzulässigen Stimmrechtsübertragung in eine zulässige Stimmrechtsüberlassung möglich.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> BGH NJW 1987, 780, 780; *Kascha*, S. 220; Staudinger/*Schilken*, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 48; E/F/S/B. *Schmidt*, § 47 Rn. 16; MünchHdb.AG/*Semler*, § 38 Rn. 2; anders hingegen bei der treuhänderischen Übertragung, siehe allgemein MK-BGB/*Schramm*, Vor § 164 Rn. 38.

<sup>127</sup> BGH NJW 1970, 468, 468 f.; BGH NJW 1987, 780, 780 f.; *Haase*, S. 16; *Ruoff*, S. 16; so i. E. auch *Vogel*, S. 57; Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 99; Großkomm-GmbHG/*Hüffer*, § 47 Rn. 94; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 15; Roth/*Altmeyen/Roth*, § 47 Rn. 31; MünchHdb.AG/*Wiesner*, § 17 Rn. 10; GmbH-GF/*Jaeger*, § 19 Rn. 55; *Birle/Diehl*, Rn. 3215; so auch *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 3. b) (S. 188 f.); siehe auch *Raiser/Veil*, § 11 Rn. 28 und § 33 Rn. 38.

<sup>128</sup> BGHZ 20, 363, 370; *Teichmann*, S. 225; *Vogel*, S. 57; *Erman/H. P. Westermann*, § 717 Rn. 4; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 717 Rn. 9; E/F/S/B. *Schmidt*, § 47 Rn. 16; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 15; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 14 Rn. 124; Roth/*Altmeyen/Roth*, § 47 Rn. 31; *Heckschen/Heidinger*, § 8 Rn. 35.

<sup>129</sup> *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 717 Rn. 6; *Palandt/Sprau*, § 717 Rn. 4; Staudinger/*Habermeier*, § 717 Rn. 5; Großkomm-GmbHG/*Ulmer*, § 47 Rn. 95; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 31 Rn. 29.

<sup>130</sup> BGHZ 20, 363, 370; OLG Hamburg NJW 1989, 1865, 1867; OLG Koblenz GmbHR 1992, 464, 465 f.; Großkomm-GmbHG/*Ulmer*, § 47 Rn. 95; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 15; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 21; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 717 Rn. 9; *Palandt/Sprau*, § 717 Rn. 4; Staudinger/*Habermeier*, § 717 Rn. 5; GmbH-GF/*Jaeger*, § 19 Rn. 54; *Behrens*, FS 100 Jahre GmbHG, 539, 547 bezeichnet die Übergänge zwischen Übertragung und Überlassung als fließend.

## **B. Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft**

### **I. Stimmrechtsvertretung durch Singularbevollmächtigte, Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen**

#### **1. Zulässiger Personenkreis**

Für die Person des Stimmrechtsvertreters kommt grundsätzlich eine Vielzahl an Personen in Betracht. Jedoch können gesetzliche Vorschriften den Kreis der zulässigen Stimmrechtsvertreter einschränken. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Regelungen für den Kreis der Stimmrechtsvertreter.

#### **a) Zivilrechtliche Vorgaben**

Die allgemein zivilrechtlichen Vorschriften für die Stellvertretung können für den Personenkreis der Stimmrechtsvertreter im Aktienrecht Regelungen enthalten. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt die allgemeinen Voraussetzungen für eine wirksame Stellvertretung. An die Person des Bevollmächtigten stellt § 164 BGB keine besonderen Anforderungen.

Eine Einschränkung bei der Wahl des Stimmrechtsvertreters kann sich jedoch aus § 165 BGB ergeben. Gem. § 165 BGB muss ein Stellvertreter mindestens beschränkt geschäftsfähig sein. Da das Aktienrecht keine eigenständige Regelung für die Geschäftsfähigkeit des Stimmrechtsvertreters enthält, gilt die Regelung des § 165 BGB auch für die Stimmrechtsvertretung im Aktienrecht.<sup>131</sup> § 165 BGB ist auch mit Art. 10 Abs. 1 S. 3 RL 2007/36/EG vereinbar. Gem. Art. 10 Abs. 1 S. 3 der RL 2007/36/EG ist das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters ausdrücklich eine zulässige Beschränkung für die Person des Stimmrechtsvertreters. Wenn die volle Geschäftsfähigkeit nach europäischen Vorgaben eine zulässige Einschränkung des Stimmrechtsvertreterkreises ist, dann muss im Umkehrschluss die Voraussetzung der beschränkten Geschäftsfähigkeit für den Stimmrechtsvertreter gem. § 165 BGB erst recht zulässig sein.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Bürgers/Körber/Holzborn, § 134 Rn. 16; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 50; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 36; Obermüller/Werner/Winden, E. IV. 3. a) (S. 186).

<sup>132</sup> Allgemein zum Erst-Recht-Schluss siehe Schmalz, Rn. 182; Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell, S. 31; Wank, § 11 III. 1. c); Zippellius, § 11 II. a).

Die Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines beschränkt Geschäftsfähigen ergibt sich ebenfalls aus den allgemein zivilrechtlichen Vorschriften. Gem. § 107 BGB ist die Abgabe einer Willenserklärung eines beschränkt Geschäftsfähigen nur dann unwirksam, wenn er durch sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Der beschränkt Geschäftsfähige ist somit nur beim Handeln in eigenen Angelegenheiten zu schützen.<sup>133</sup> Tritt er als Stellvertreter auf, wirken die abgegebenen Erklärungen nicht für ihn selbst, sondern für und gegen den Vollmachtgeber (§ 164 Abs. 1 S. 1 AktG).

Neben § 165 BGB muss der Aktionär bei der Wahl seines Stimmrechtsvertreters die mitgliedschaftliche Treuepflicht beachten. Diese verlangt vom Aktionär, bei der Auswahl seines Stellvertreters auf die berechtigten Interessen der Aktiengesellschaft sowie seiner Mitaktionäre Rücksicht zu nehmen. Der Stimmrechtsvertreter muss der Aktiengesellschaft und den übrigen Aktionären zumutbar sein.<sup>134</sup>

## **b) Der Singularbevollmächtigte**

### **aa) Auslegung des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG**

Gem. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG kann das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG schränkt die Person des Bevollmächtigten nicht ein. Als Singularbevollmächtigter kommt demnach jede beliebige mindestens beschränkt geschäftsfähige natürliche oder juristische Person als Stellvertreter in Betracht.<sup>135</sup> Dem Wortlaut nach kann der Aktionär frei wählen, wen er bevollmächtigt.

Der weite Gesetzeswortlaut des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG kann aus gesetzessystematischen Gründen einzuschränken sein. So ist es unzulässig, ei-

---

<sup>133</sup> Bamberger/Roth/Wendtland, § 107 Rn. 12; Erman/H. Palm, § 107 Rn. 8; MK-BGB/Schramm, § 165 Rn. 1; Palandt/Ellenberger, § 165 Rn. 1; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 20.

<sup>134</sup> Hüffer, § 134 Rn. 25; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 42; unzumutbar sind beispielsweise Konkurrenten oder Wirtschaftskriminelle, siehe K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 50; Spindler/Stilz/Willamowski, § 134 Rn. 10.

<sup>135</sup> MünchHdb.AG/Semler, § 36 Rn. 13; Bunke, AG 2002, 57, 58.

ne Person zu bevollmächtigen, wenn diese Person einem Stimmverbot unterliegt (§ 136 Abs. 1 S. 1 AktG). Personen, die einem gesetzlichen Stimmverbot unterliegen (§ 136 Abs. 1 S. 1 AktG), sollen nicht nur von der Ausübung ihres eigenen Stimmrechts ausgeschlossen sein. Vielmehr sollen sie auch nicht als Stellvertreter für andere agieren können.<sup>136</sup> Der Aktionär kann somit eine Person, die gem. § 136 Abs. 1 S. 1 AktG einem Stimmverbot unterliegt, nicht mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigen.

Eine weitere Einschränkung des zulässigen Personenkreises kann aus teleologischen Gründen erforderlich sein. Die teleologische Auslegung beschäftigt sich mit dem Sinn und Zweck einer Vorschrift.<sup>137</sup> Die Willensbildung der Aktionäre in der Hauptversammlung soll nicht von den Interessen der Verwaltung der Gesellschaft beeinflusst werden.<sup>138</sup> Für diese Auslegung spricht der Rechtsgedanke des § 136 Abs. 2 AktG.<sup>139</sup> Diese Vorschrift versucht den Einfluss der Verwaltung auf die Stimmrechtsausübung zu unterbinden, um den Grundsatz der Gewaltenteilung zu erhalten.<sup>140</sup> Der zulässige Kreis der Stimmrechtsvertreter ist somit teleologisch dahingehend einzuschränken, dass die Verwaltung der Aktiengesellschaft nicht wirksam als Stimmrechtsvertreter auftreten darf. Als Verwaltung der Aktiengesellschaft sind insbesondere der Vorstand und der Aufsichtsrat als Organe der Aktiengesellschaft nicht befugt, als

---

<sup>136</sup> Hüffer, § 136 Rn. 6; MK-AktG/Schröer, § 136 Rn. 27 f.

<sup>137</sup> Fikentscher, S. 364 ff.; Larenz, S. 328 ff.; Schmalz, Rn. 272 ff.; Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell, S. 31; Wank, § 8; Zippelius, § 8 und § 10 II.

<sup>138</sup> So auch Hoffmann, S. 77; Hüffer, § 134 Rn. 26 und § 136 Rn. 2; MK-AktG/Schröer, § 136 Rn. 1; siehe hierzu auch Zöllner, FS Westermann, 603, 605 ff.

<sup>139</sup> Obermüller/Werner/Winden, E. III. 4. b) (S. 182); MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 37; Habersack, ZHR 165 (2001), 172, 185; Hüffer, § 134 Rn. 26; Zöllner, FS Westermann, 603, 605; MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 52; siehe näher Möhring, FS Gessler, 127, 134 f.; Kindler, NJW 2001, 1678, 1687; hierzu auch Hanloser, NZG 2001, 355, 356; a. A. Schilling, FS Möhring, 257, 260 ff. Vorstand und Aufsichtsrat fehlt außerdem schon die Rechtsfähigkeit, also auch die Fähigkeit, Träger der Stimmrechtsvollmacht zu sein, vgl. Zöllner, FS Peltzer, 661, 664.

<sup>140</sup> Siehe Schmitz, S. 103; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 136 Rn. 2; Zöllner, FS Peltzer, 661, 664; Behnke, NZG 2000, 665, 671.

Stimmrechtsvertreter für einen Aktionär zu agieren.<sup>141</sup> Die Bevollmächtigung eines Mitglieds dieser Gesellschaftsorgane muss jedoch in gleichem Maße unter den Begriff der Verwaltung subsumiert werden.<sup>142</sup> Die Gefahr der Einflussnahme eines einzelnen Organmitglieds auf die Stimmrechtsausübung ist in gleicher Weise gegeben wie bei der Bevollmächtigung des Organs selbst.

Ein Aktionär ist nicht verpflichtet, nur eine einzelne Person mit der Stimmrechtsausübung zu bevollmächtigen. Im Umkehrschluss aus § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ergibt sich indirekt das Recht des Aktionärs, mehrere Personen gemeinsam mit der Stimmrechtsausübung zu bevollmächtigen.<sup>143</sup> Diese Möglichkeit ist nicht zu verwechseln mit dem Recht des Aktionärs, für jede seiner Aktien einen anderen Stellvertreter zu bevollmächtigen.<sup>144</sup> Werden mehr als nur eine Person mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigt, so kann die Gesellschaft aber einen oder mehrere von ihnen zurückweisen (§ 134 Abs. 3 S. 2 AktG).<sup>145</sup>

§ 134 Abs. 3 S. 2 AktG muss mit Art. 10 Abs. 2 S. 2 der RL 2007/36/EG vereinbar sein. Gem. Art. 10 Abs. 2 S. 2 der RL 2007/36/EG können die Mitgliedstaaten die Zahl der Personen begrenzen, die ein Aktionär je Hauptversammlung als Vertreter bestellen darf. Diese Begrenzung hat

---

<sup>141</sup> Sasse, S. 118 f.; Bürgers/Körper/Holzborn, § 134 Rn. 21; Hüffer, § 134 Rn. 26; KK-AktG/Zöllner, § 134 Rn. 79; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 37; Zöllner, FS Peltzer, 661, 664; Habersack, ZHR 165 (2001), 172, 185; Singhof, NZG 1998, 670, 672 f.; a. A. Muthers/Ulbrich, WM 2005, 215, 220.

<sup>142</sup> Habersack, ZHR 165 (2001), 172, 185; Hüther, AG 2001, 68, 72; Kindler, NJW 2001, 1678, 1687; a. A. Hoffmann, S. 77 f.; Hohn Abad, S. 24; Sasse, S. 118 f.; Hüffer, § 134 Rn. 26; KK-AktG/Zöllner, § 134 Rn. 79; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 37; MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 52; Möhring, FS Gessler, 127, 134; Zöllner, FS Peltzer, 661, 664; Behnke, NZG 2000, 665, 671; Muthers/Ulbrich, WM 2005, 215, 220.

<sup>143</sup> So bereits vor der Einführung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG durch das ARUG, siehe MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 44; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 52; Spindler/Stilz/Willamowski, § 134 Rn. 9; Noack, FS H. P. Westermann, 1203, 1212.

<sup>144</sup> Hüffer, § 133 Rn. 21; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 45; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 53; MünchHdb.AG/Semler, § 39 Rn. 19.

<sup>145</sup> So bereits vor der Einführung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG durch das ARUG, siehe MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 44; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 52; Spindler/Stilz/Willamowski, § 134 Rn. 9.

der nationale Gesetzgeber nicht ausdrücklich ins deutsche Aktiengesetz übernommen. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Unternehmen die Befugnis auferlegt, einen oder mehrere bevollmächtigte Stimmrechtsvertreter zurückzuweisen, wenn ein Aktionär mehrere Personen mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigt hat. Weist die Aktiengesellschaft einen oder mehrere Bevollmächtigte zurück, führt das letztlich zu einer Begrenzung der Personenzahl, die in der Hauptversammlung als Stimmrechtsvertreter auftreten. Die Entscheidung, ob die Zahl der Personen, die als Vertreter bestellt werden kann, begrenzt wird, obliegt somit nicht wie in der Richtlinie vorgesehen bei den Mitgliedstaaten, sondern bei den Unternehmen.<sup>146</sup> Art. 10 Abs. 2 S. 2 der RL 2007/36/EG und § 134 Abs. 3 S. 2 AktG haben allerdings die gleiche Schutzrichtung. Die Aktiengesellschaft soll aus Platz- und Kostengründen nicht dazu verpflichtet sein, eine unüberschaubare Anzahl an Teilnehmern zu der Hauptversammlung zulassen zu müssen.<sup>147</sup> Die Zulassungsbegrenzung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG schränkt den Aktionär jedoch nicht in der Ausübung seines Stimmrechts ein, so dass § 134 Abs. 3 S. 2 AktG nicht dem Ziel der RL 2007/36/EG widerspricht. Die Regelung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ist daher mit der Richtlinie vereinbar.

Die Neuregelung bringt jedoch eine gewisse Unsicherheit für die Aktionäre mit sich. Aufgrund der Entscheidungsbefugnis der Aktiengesellschaft über die Zulassung mehrerer Bevollmächtigter muss ein Aktionär sich vorab informieren, ob und wie die jeweilige Aktiengesellschaft eine Zurückweisung handhabt. Eine Aussage über den Ermessensspielraum der Aktiengesellschaft kann sich aus der Satzung der Aktiengesellschaft ergeben.<sup>148</sup> Darüber hinaus könnte dies jedoch auch in der Geschäftsordnung der Hauptversammlung (vgl. § 129 Abs. 1 S. 1 AktG) erfolgen oder

---

<sup>146</sup> So auch die Begr. RegE ARUG, [http://www.bmj.bund.de/files/-/3369/RegE\\_ARUG.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/3369/RegE_ARUG.pdf), S. 48 f.; ebenso *Geßler*-AktG, § 134 Rn. 11e; siehe hierzu auch *Paschos/Goslar*, AG 2009, 14, 19.

<sup>147</sup> So bereits *Spindler/Stilz/Willamowski*, § 134 Rn. 9; siehe auch *Paschos/Goslar*, AG 2009, 14, 19.

<sup>148</sup> So letztlich die Begr. RegE ARUG, [http://www.bmj.bund.de/files/-/3369/RegE\\_ARUG.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/3369/RegE_ARUG.pdf), S. 49.

ggf. im Entscheidungsspielraum des Hauptversammlungsleiters liegen. Die Vorschrift des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG führt somit zu einer unübersichtlichen Rechtslage für die Aktionäre.

**bb) Unzulässigkeit der Bevollmächtigung eines Mitaktionärs gem. § 181 BGB**

Die Bevollmächtigung eines Mitaktionärs kann gem. § 181 BGB unzulässig sein. Gem. § 181 BGB kann ein Vertreter ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten nicht vornehmen, es sei denn, das Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit oder es liegt eine Befreiung von § 181 BGB vor.

Die Unzulässigkeit der Bevollmächtigung eines Mitaktionärs gem. § 181 BGB setzt voraus, dass es sich bei der Stimmabgabe in der Hauptversammlung um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts i. S. v. § 181 BGB handelt. Als Rechtsgeschäft wird jede Handlung angesehen, die auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist.<sup>149</sup> Dieses Merkmal wird auch von einer einzelnen Willenserklärung in der Form des einseitigen Rechtsgeschäfts erfüllt.<sup>150</sup> Die Stimmabgabe ist als Willenserklärung gegenüber dem Vorsitzenden der Hauptversammlung abzugeben und wird mit Zugang bei diesem wirksam.<sup>151</sup> Die Stimmabgabe ist somit ein Rechtsgeschäft i. S. d. § 181 BGB.<sup>152</sup>

Weiter muss der als Stimmrechtsvertreter auftretende Aktionär auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts im eigenen Namen oder als Vertreter auftreten. Bezogen auf die Abstimmung in der Hauptversammlung ist dies dann der Fall, wenn der als Stimmrechtsvertreter auftretende Aktionär beim Empfang der abgegebenen Stimmen mitwirkt. Adressat der

---

<sup>149</sup> Erman/*H. Palm*, Ein § 104 Rn. 2.

<sup>150</sup> Erman/*H. Palm*, Ein § 104 Rn. 2; MK-BGB/*Schramm*, § 181 Rn. 13; Soergel/*Leptien*, § 181 Rn. 16; Staudinger/*Schilken*, § 181 Rn. 13.

<sup>151</sup> Bürgers/*Körber/Holzborn*, § 133 Rn. 7; Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 133 Rn. 68; *Hüffer*, § 133 Rn. 19; MK-AktG/*Volhard*, § 133 Rn. 19; MünchHdb.AG/*Semler*, § 39 Rn. 18; Hdb-HV/*Richter*, I D 146.

<sup>152</sup> MünchHdb.AG/*Semler*, § 39 Rn. 18; Hdb-HV/*Richter*, I D 146.

Stimmabgabe ist die Aktiengesellschaft.<sup>153</sup> Die Stimmabgabe wird mit Zugang beim Vorsitzenden der Hauptversammlung, der durch ein Team von Wahlhelfern unterstützt werden kann,<sup>154</sup> wirksam.<sup>155</sup> Der als Stimmrechtsvertreter auftretende Aktionär darf jedoch nicht gleichzeitig Aufsichtsratsvorsitzender und somit Vorsitzender der Hauptversammlung sein.<sup>156</sup> Die gem. § 181 BGB geforderte Personenidentität liegt folglich nicht vor. Vielmehr gibt der als Stimmrechtsvertreter auftretende Aktionär neben seiner eigenen Stimme die des vertretenen Aktionärs ab. Die beiden Stimmen sind nicht aufeinander bezogen, sondern sind beide auf den Beschluss gerichtet.<sup>157</sup>

Die Stimmrechtsvertretung durch einen Mitaktionär in der Hauptversammlung erfüllt weder den Wortlaut noch den Zweck des § 181 BGB.<sup>158</sup> Die Bevollmächtigung eines Mitaktionärs mit der Stimmrechtsausübung ist ohne Gestattung i. S. v. § 181 BGB zulässig.<sup>159</sup>

### **cc) Abgrenzung des Singularbevollmächtigten von anderen Bevollmächtigten**

Der Kreis der zulässigen Singularbevollmächtigten kann von anderen im Gesetz geregelten Bevollmächtigten abzugrenzen sein. Die speziellen Vorschriften des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG für den von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter und § 135 AktG für die Ausübung des Stimmrechts durch Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen können

---

<sup>153</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 133 Rn. 7; Großkomm-AktG/Grundmann, § 133 Rn. 68; MK-AktG/Volhard, § 133 Rn. 19; MünchHdb.AG/Semler, § 39 Rn. 18; Hdb-HV/Richter, I D 146.

<sup>154</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 133 Rn. 7; Großkomm-AktG/Grundmann, § 133 Rn. 68; Hüffer, § 133 Rn. 22; MK-AktG/Volhard, § 133 Rn. 19; MünchHdb.AG/Semler, § 39 Rn. 18; Hdb-HV/Richter, I D 146.

<sup>155</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 133 Rn. 7; Großkomm-AktG/Grundmann, § 133 Rn. 68; Hüffer, § 133 Rn. 19; MK-AktG/Volhard, § 133 Rn. 19; MünchHdb.AG/Semler, § 39 Rn. 18; Hdb-HV/Richter, I D 146.

<sup>156</sup> Kritisch zu der Aussage, dass im Regelfall der Aufsichtsratsvorsitzende gleichzeitig Vorsitzender der Hauptversammlung ist siehe *Wilsing/von der Linden*, ZIP 2009, 641, 648 ff.

<sup>157</sup> MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 36; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 52.

<sup>158</sup> BGHZ 52, 316, 318 f.; BGHZ 65, 93, 97 f.; Bürgers/Körper/Holzborn, § 134 Rn. 21.

<sup>159</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 134 Rn. 21; MK-BGB/Schramm, § 181 Rn. 19.

eine Beschränkung des Personenkreises der zulässigen Singularbevollmächtigten darstellen. § 134 Abs. 3 S. 5 AktG bestimmt jedoch nur, dass ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter die zusätzliche Voraussetzung des S. 5 erfüllen muss, nämlich dass die Aktiengesellschaft die Vollmacht drei Jahre nachprüfbar festhalten muss. Der Wortlaut dieser Norm führt somit zu keiner Einschränkung der Person des Singularbevollmächtigten. Ähnlich ist es für die in § 135 Abs. 1 und Abs. 8 AktG genannten Personen. Die Bevollmächtigung stellt keine Beschränkung für die Person des Singularbevollmächtigten dar. Es werden lediglich zusätzliche Voraussetzungen gefordert, die für die Bevollmächtigung dieser Personen erfüllt werden müssen.<sup>160</sup>

### c) Kreditinstitute

Ein Aktionär kann ein Kreditinstitut mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigen (§ 135 Abs. 1 S. 1 AktG).<sup>161</sup> Der Begriff des Kreditinstituts ist im Aktiengesetz nicht definiert. Vielmehr wird für den Begriff des Kreditinstituts in § 135 Abs. 1 S. 1 AktG, wie auch in §§ 125, 128 AktG, auf die Definition aus § 1 KWG zurückgegriffen.<sup>162</sup> Gem. § 1 Abs. 1 KWG sind Kreditinstitute solche Unternehmen, die Bankgeschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang betreiben, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Begriff des Kreditinstituts aus dem KWG umfasst sowohl öffentliche Banken als auch Privatbanken. Auch können sowohl inländische als auch ausländische Kreditinstitute als Stimmrechtsvertreter handeln. Gem. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KWG sind als Bankgeschäfte auch die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren für Andere (Depotgeschäft) zu sehen. Einschränkungen bestehen nicht.

---

<sup>160</sup> So auch *Bunke*, AG 2002, 57, 58; *ders.*, in: Die virtuelle HV, 2002, 21, 23; nach *Hoffmann*, S. 73 liegt die Rechtfertigung für die besonderen Voraussetzungen in dem Eigeninteresse der Stimmrechtsvertreter; ebenso *Hohn Abad*, S. 26 f.; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1464.

<sup>161</sup> Das Kreditinstitut handelt durch seine Mitarbeiter oder gesetzliche Vertreter. Hierfür ist keine Untervollmacht erforderlich, siehe § 135 Abs. 5 S. 1 AktG; hierzu auch *Ruoff*, S. 23.

<sup>162</sup> *Hoffmann*, S. 73; MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 25; zur früheren Diskussion um den Begriff des Kreditinstituts siehe *Obermüller/Werner/Winden*, B. IV. 2. a) (S. 65).

Zu beachten ist, dass ein Kreditinstitut als Stimmrechtsvertreter nicht zwingend unter den Anwendungsbereich des § 135 AktG fällt. Bevollmächtigt ein Aktionär ein Kreditinstitut einmalig für eine bestimmte Hauptversammlung, ohne dass die zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 125, 128, 135 AktG vorliegen, tritt das Kreditinstitut nicht als institutioneller Stimmrechtsvertreter auf. Für diesen Fall sind lediglich die Vorschriften des § 134 Abs. 3 AktG zu beachten.

#### **d) Aktionärsvereinigung**

Als Person des Stimmrechtsvertreters kann ein Aktionär auch eine Aktionärsvereinigung mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigen. § 135 Abs. 8, 1. Halbs. AktG regelt die Zulässigkeit dieses Falls ausdrücklich.

Eine Definition des Begriffs der Aktionärsvereinigung findet sich im Gesetz nicht.<sup>163</sup> Im allgemeinen Sprachgebrauch wird eine Aktionärsvereinigung häufig als jeder auf Dauer angelegte Personenzusammenschluss angesehen, dessen Hauptzweck die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder gegenüber der Gesellschaft ist.<sup>164</sup> Dieser allgemeinen Umschreibung der Aktionärsvereinigung liegt ein sehr weites Begriffsverständnis zugrunde.<sup>165</sup> So werden oftmals alle Personenzusammenschlüsse unabhängig von ihrer Rechtsform vom Begriff der Aktionärsvereinigung erfasst.<sup>166</sup> Diese weite Begriffsauslegung erscheint für den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 8, 1. Halbs. AktG jedoch wenig sinnvoll.<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup> Vgl. Großkomm-AktG/Werner, § 125 Rn. 46; Noack, FS Lutter, 1463, 1469 sieht dies aufgrund der Tatsache, dass für Aktionärsvereinigungen dennoch Rechte und Pflichten vergleichbar des KWG entstanden sind, als höchst ers-taunlich an.

<sup>164</sup> Bürgers/Körper/Reger, § 125 Rn. 3; Großkomm-AktG/Werner, § 125 Rn. 35; Hüffer, § 125 Rn. 2; MK-AktG/Kubis, § 125 Rn. 7; Obermüller/Werner/Winden B. IV. 2. a) (S. 65); diesen Merkmalen zustimmend Noack, FS Lutter, 1463, 1470.

<sup>165</sup> So auch der DAI sowie der BVR, VÖB, DSGVO, die das Fehlen einer Definition kritisieren, vgl. DAI, [http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/583454C1F74566EDC12574890034FB9D/\\$FILE/63A545FED99B3E5BC125747C0053B3E8.pdf?openelement&cb\\_content\\_name\\_utf=DAI%20Stellungnahme%20RefE%20ARUG.pdf](http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/583454C1F74566EDC12574890034FB9D/$FILE/63A545FED99B3E5BC125747C0053B3E8.pdf?openelement&cb_content_name_utf=DAI%20Stellungnahme%20RefE%20ARUG.pdf), S. 15; BVR, VÖB, DSGVO, [http://www.voeb.de/download/bvr-dsgv-voeb\\_stellungnahme\\_arug.pdf](http://www.voeb.de/download/bvr-dsgv-voeb_stellungnahme_arug.pdf), S. 3.

<sup>166</sup> Ruoff, S. 32 f.; Bürgers/Körper/Reger, § 125 Rn. 3; Großkomm-AktG/

Um eine engere und zweckmäßige Definition zu erhalten, kann eine Beschränkung der Personenzusammenschlüsse auf solche in der Rechtsform des Vereins (§§ 21 ff. BGB) geeignet sein. Ein ausschlaggebendes Merkmal des Vereins ist die Unabhängigkeit des Vereins von seinem Mitgliederbestand.<sup>168</sup> Um die Handlungsfähigkeit der Aktionärsvereinigung sicherzustellen, ist die Anwendung dieses Merkmals auf Aktionärsvereinigungen sinnvoll. Der Verein ist folglich eine für Aktionärsvereinigungen geeignete Rechtsform. Dies bestätigt auch ein Blick auf die Hauptversammlungen der DAX-Unternehmen in den letzten Jahren. Die dort vertretenen Aktionärsvereinigungen waren typischerweise in der Rechtsform des Vereins ausgestaltet.<sup>169</sup> Für die folgenden Ausführungen wird der Begriff der Aktionärsvereinigung daher auf solche Aktionärsvereinigungen in der Rechtsform des Vereins beschränkt.

Aktionärsvereinigungen treten bei der Auswahl der möglichen Stimmrechtsvertreter als Konkurrenten von Kreditinstituten auf. Beide sind verpflichtet, im Interesse der Aktionäre zu handeln und diese bei der Wahrnehmung ihres Stimmrechts zu vertreten. Eine Abgrenzung der Aktionärsvereinigungen von Kreditinstituten erfolgt über den Tätigkeitsbereich des Depotgeschäfts. Das Recht zum Depotgeschäft ist Aktionärsvereinigungen verwehrt und Kreditinstituten vorbehalten.<sup>170</sup>

Bei der Bevollmächtigung einer Aktionärsvereinigung kann es sich wie bei der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts auch um eine einmalige Stimmrechtsvertretung für eine bestimmte Hauptversammlung handeln.

---

*Werner*, § 125 Rn. 35; *Hüffer*, § 134 Rn. 2; *MK-AktG/Kubis*, § 125 Rn. 7; a. A. *KK-AktG/Zöllner*, §§ 125 - 127 Rn. 34; *Noack*, FS Lutter, 2000, 1463, 1470.

<sup>167</sup> Ebenfalls kritisierend siehe *DAI*, [http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/583454C1F74566EDC12574890034FB9D/\\$FILE/63A545FED99B3E5BC125747C0053B3E8.pdf?openelement&cb\\_content\\_name\\_utf=DAI%20Stellungnahme%20RefE%20ARUG.pdf](http://www.dai.de/internet/dai/dai-2-0.nsf/0/583454C1F74566EDC12574890034FB9D/$FILE/63A545FED99B3E5BC125747C0053B3E8.pdf?openelement&cb_content_name_utf=DAI%20Stellungnahme%20RefE%20ARUG.pdf), S. 15; *BVR*, *VÖB*, *DSGV*, [http://www.voeb.de/download/bvr-dsgv-voeb\\_stellungnahme\\_arug.pdf](http://www.voeb.de/download/bvr-dsgv-voeb_stellungnahme_arug.pdf), S. 3.

<sup>168</sup> *KK-AktG/Zöllner*, §§ 125 - 127 Rn. 34; *MünchHdb.Verein/Schwarz van Berk*, § 2 Rn. 11; *K. Schmidt*, *GesR*, § 23 I. 1. a) (S. 659).

<sup>169</sup> So *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 24; *Hdb-HV/Reichert/Schlitt*, I B 418; vgl. ebenfalls die Auflistung bei *Noack*, FS Lutter, 1463, 1468 f.

<sup>170</sup> *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 28.

Dann findet die Vorschrift des § 135 AktG keine Anwendung und die Aktionärsvereinigung agiert nicht als institutioneller Stimmrechtsvertreter.

**e) Zulässigkeit satzungsmäßiger Regelungen für die Person des Stimmrechtsvertreters**

Möglicherweise kann die Aktiengesellschaft in ihrer Satzung Regelungen über die Person des Bevollmächtigten enthalten, die den Kreis der zu bevollmächtigenden Personen einschränkt. Der Maßstab für die Zulässigkeit solcher satzungsmäßiger Regelungen ist § 23 Abs. 5 AktG.

**aa) Zulässigkeit satzungsmäßiger Abweichungen**

Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen der Aktionäre sind in der Satzung der Aktiengesellschaft gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG nur zulässig, wenn das Gesetz es ausdrücklich erlaubt. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG fordert für die Zulässigkeit abweichender Satzungsregelungen eine ausdrückliche Abweichungsbefugnis im Gesetz. Das Gesetz muss eine positive Aussage über die Abweichungsbefugnis enthalten.<sup>171</sup> Weder § 134 Abs. 3 AktG noch § 135 AktG erlauben es, den Kreis der Stellvertreter abweichend in der Satzung zu regeln. Folglich können die Aktionäre vom gesetzlich vorgesehenen Kreis an Stellvertretern in ihrer Satzung nicht abweichen.<sup>172</sup> Eine vom Gesetz abweichende und damit unzulässige Regelung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG liegt beispielsweise vor, wenn die Satzung den gestatteten Stellvertreterkreis ausschließlich auf Mitaktionäre beschränkt.<sup>173</sup> Eine solche Klausel hat den Ausschluss einer Stimmrechtsvertretung i. S. v. § 135 AktG zur Folge, wenn weder das Kredit-

---

<sup>171</sup> Bürgers/Körper/Körper, § 23 Rn. 41; Großkomm-AktG/Röhrich, § 23 Rn. 170; Hüffer, § 23 Rn. 35; KK-AktG/Arnold, § 23 Rn. 138; MK-AktG/Pentz, § 23 Rn. 153; MünchHdb.AG/Wiesner, § 23 Rn. 9.

<sup>172</sup> So insbesondere auch OLG Stuttgart AG 1991, 69, 69; Großkomm-AktG/Grundmann, § 134 Rn. 105; a. A. LG Bonn AG 1991, 114, 115; Haase, S. 219.

<sup>173</sup> Vgl. Bürgers/Körper/Holzborn, § 134 Rn. 21; MünchHdb.AG/Semler, § 36 Rn. 12; die Vertretung durch einen anderen Aktionär darf nicht zwingend vorgeschrieben werden, vgl. OLG Stuttgart AG 1991, 69, 69 f.; so auch Hüffer, § 134 Rn. 25; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 42, a. A. RGZ 55, 41, 42; Vogel, S. 58.

institut noch die Aktionärsvereinigung gleichzeitig Aktionär der betroffenen Aktiengesellschaft ist.

### **bb) Zulässigkeit satzungsmäßiger Ergänzungen**

Gem. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG sind ergänzende Bestimmungen in der Satzung grundsätzlich zulässig, es sei denn, das Aktiengesetz enthält eine abschließende Regelung.

#### **(1) Ergänzung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG**

Die von den Gesellschaftern in ihrer Satzung vereinbarte Regelung über den Kreis der Stellvertreter muss zunächst eine Ergänzung des Gesetzes darstellen. Eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz den in der Satzung geregelten Fall nicht regelt oder wenn die Satzungsregelung die gesetzliche Regelung unberührt lässt.<sup>174</sup>

Das Aktiengesetz eröffnet in § 134 Abs. 3 S. 1 AktG lediglich die grundsätzliche Möglichkeit der Bevollmächtigung. Für die Person des Bevollmächtigten sehen die gesetzlichen Regelungen keine weiteren Anforderungen vor. Die Vereinbarung zusätzlicher Anforderungen in der Satzung geht folglich weiter als die gesetzliche Regelung und ist somit als Ergänzung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG anzusehen.

Eine Satzungsregelung, die die Modalitäten für die Zurückweisung eines oder mehrerer Stimmrechtsvertreter i. S. v. § 134 Abs. 3 S. 2 AktG regelt, ist ebenfalls als Ergänzung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG anzusehen. Schließlich enthält § 134 Abs. 3 S. 2 AktG lediglich eine allgemeine Bestimmung. Konkrete Voraussetzungen für eine Zurückweisung sind im Gesetz nicht genannt.

#### **(2) Abschließende Regelung des Gesetzes**

Eine satzungsdispositive Regelung ist gem. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nur dann zulässig, wenn das Gesetz nicht abschließend ist. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, § 134 Abs. 3 S. 1 AktG als abschließen-

---

<sup>174</sup> Bürgers/Körper/Körper, § 23 Rn. 42; Großkomm-AktG/Röhrich, § 23 Rn. 186 f.; Hüffer, § 23 Rn. 37; KK-AktG/Arnold, § 23 Rn. 149; MK-AktG/Pentz, § 23 Rn. 157.

de Regelung anzusehen. Neben dem Wortlaut, der auf eine uneingeschränkte Wahlfreiheit des Aktionärs hindeutet,<sup>175</sup> können hierfür auch die systematische und die teleologische Auslegung herangezogen werden. § 134 Abs. 4 AktG überlässt die Form der Stimmrechtsausübung der Satzung der Aktiengesellschaft. Im Umkehrschluss aus § 134 Abs. 4 AktG ergibt sich folglich, dass alle übrigen Fragen der Stimmrechtsausübung nicht in der Satzung geregelt werden sollen.<sup>176</sup> Beschränkungen für die Wahl des Stimmrechtsvertreters laufen darüber hinaus dem Sinn und Zweck des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG zuwider. Die Stimmrechtsvertretung ist ein Mittel zur Verbesserung der Stimmrechtsausübung für die Aktionäre. Satzungsregelungen, die die Wahlfreiheit der Aktionäre einschränken, sind folglich nicht zielführend. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG ist somit als abschließende Regelung anzusehen.

Ein anderes Ergebnis wäre auch nicht mit der RL 2007/36/EG vereinbar. Art. 10 Abs. 1 S. 3 RL 2007/36/EG hat die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, alle Rechtsvorschriften aufzuheben, die Einschränkungen in Bezug auf die Personen vorsehen, die als Vertreter bestellt werden können, oder es Gesellschaften ermöglichen, solche Einschränkungen vorzusehen. Als Ausnahme hiervon, also als zulässige Beschränkung, nennt die Richtlinie das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters sowie Beschränkungen, die der Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Vertreter und Vertretenem dienen (Art. 10 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 RL 2007/36/EG).<sup>177</sup> Der nationale Gesetzgeber hat diese Vorschrift bei der Umsetzung der RL 2007/36/EG in nationales Recht zwar nicht ausdrücklich ins deutsche Aktiengesetz übernommen.<sup>178</sup> Dennoch ist die

---

<sup>175</sup> OLG Stuttgart AG 1991, 69, 69.

<sup>176</sup> OLG Stuttgart AG 1991, 69, 69 f.; vgl. auch Großkomm-AktG/Röhricht, § 23 Rn. 188.

<sup>177</sup> Siehe dazu *Ratschow*, DStR, 2007, 1402, 1406; MünchHdb.AG/Semler, § 36 Rn. 12; ähnlich bereits zum Entwurf der RL 2007/36/EG siehe *Wand/Tillmann*, AG 2006, 443, 448; ebenso *Grundmann/Winkler*, ZIP 2006, 1421, 1427.

<sup>178</sup> So kritisierend *BVR, VÖB, DSGV*, Stellungnahme, [http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/material-dateien/040\\_deutsche\\_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz\\_aktionaeersrechte\\_richtlinie/pdf/stellungnahme\\_bvr\\_sparkassen\\_finanz-gruppe\\_voeb.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/material-dateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz_aktionaeersrechte_richtlinie/pdf/stellungnahme_bvr_sparkassen_finanz-gruppe_voeb.pdf),

Satzungsdispositivität für den Kreis der Bevollmächtigten aufgrund der richtlinienkonformen Auslegung nur in den engen Grenzen des Art. 10 Abs. 1 S. 3 RL 2007/36/EG zulässig.

Die Satzung darf somit lediglich in den engen Grenzen des Art. 10 RL 2007/36/EG zusätzliche Anforderungen an die Person des Stimmrechtsvertreters stellen.

Eine Satzungsregelung über Zulassungsmodalitäten i. S. v. § 134 Abs. 3 S. 2 AktG steht dieser Auslegung nicht entgegen. Schließlich wird durch eine solche Satzungsregelung nicht die Person des Stimmrechtsvertreters als solche eingeschränkt, sondern lediglich die Anzahl der Personen, die als Stimmrechtsvertreter in der Hauptversammlung auftreten dürfen. Eine satzungsmäßige Regelung der Modalitäten für die Zurückweisung eines oder mehrerer Stimmrechtsvertreter i. S. v. § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ist daher zulässig.

#### **f) Zwischenergebnis**

Jeder Aktionär kann sich bei der Stimmrechtsausübung von einem Bevollmächtigten vertreten lassen. Als zulässige Stimmrechtsvertreter kommen die im Gesetz genannten Personen und Institutionen in Betracht. Dies ist der Singularbevollmächtigte (§ 134 Abs. 3 S. 1 AktG). Daneben können ein Kreditinstitut (§ 135 Abs. 1 S. 1 AktG), eine Aktionärsvereinigung (§ 135 Abs. 8, 1. Halbs. AktG) sowie ein geschäftsmäßig Handelnder (§ 135 Abs. 8, 1. Halbs. AktG) bevollmächtigt werden.<sup>179</sup>

Die Satzung darf keine von den gesetzlichen Vorschriften abweichenden Regelungen über den Kreis der Bevollmächtigten enthalten. Auch darf die Satzung nur in sehr engen Grenzen zusätzliche Anforderungen an die

---

S. 7 f.; *Paschos/Goslar*, AG 2008, 605, 611; *Noack*, FS H. P. Westermann, 1203, 1211 f. sieht Klarstellung im nationalen Gesetz als nicht erforderlich an.

<sup>179</sup> Der Gesellschaftsvertreter i. S. v. § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ist aufgrund der ausführlichen Betrachtung in § 1 B. II. an dieser Stelle bewusst ausgenommen.

Person des Stimmrechtsvertreters stellen. Abweichungen oder unzulässige Ergänzungen in der Satzung sind nichtig.<sup>180</sup>

## 2. Rechtsverhältnisse bei der Stimmrechtsvertretung

### a) Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär

Die rechtliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär basiert auf der Beteiligung des Aktionärs an der Aktiengesellschaft. Die Beteiligung erfolgt durch die Ausgabe von Aktien. Die Aktie selbst verkörpert die Mitgliedschaft, welche die Rechtsstellung des Aktionärs als Zugehöriger zu der Gesellschaft bezeichnet.<sup>181</sup> Die Mitgliedschaft umfasst sämtliche Rechte, die dem Aktionär als Mitglied der Aktiengesellschaft zustehen, und sämtliche Pflichten, die er in seiner Eigenschaft als Aktionär zu erfüllen hat.<sup>182</sup> Die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten sind im Wesentlichen gesetzlich geregelt. Sie sind überwiegend zwingendes Recht.<sup>183</sup> Eine Konkretisierung der Rechte in der Satzung der Aktiengesellschaft ist nur im Rahmen des § 23 Abs. 5 AktG zulässig. Die gesetzlich normierten Rechte und Pflichten zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär werden durch die gegenseitig wirkende Treuepflicht begrenzt.<sup>184</sup>

Neben der gesellschaftsrechtlichen Beziehung ist auch eine schuldrechtliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär möglich.<sup>185</sup> Die schuldrechtliche Beziehung ist unabhängig von der Mitgliedschaft zu betrachten.<sup>186</sup> Lediglich im Einzelfall ergibt sich ein Zusammenhang zur

---

<sup>180</sup> Großkomm-AktG/Röhrich, § 23 Rn. 202 f.; ebenso KK-AktG/Arnold, § 23 Rn. 153 ff.; MK-AktG/Pentz, § 23 Rn. 162; MünchHdb.AG/Wiesner, § 6 Rn. 12; differenzierend Bürgers/Körber/Körber, § 23 Rn. 44.

<sup>181</sup> Raiser/Veil, § 8 Rn. 36; K. Schmidt, GesR, § 19 I. 1. b) (S. 547).

<sup>182</sup> BeckHdb.AG/Maul, § 4 Rn. 1; MünchHdb.AG/Wiesner, § 17 Rn. 1.

<sup>183</sup> Raiser/Veil, § 11 Rn. 16.

<sup>184</sup> Erman/H. P. Westermann, § 705 Rn. 49.

<sup>185</sup> Vgl. E/F/S/Ernsthaler, § 13 Rn. 9; Raiser/Veil, § 11 Rn. 21.

<sup>186</sup> Hier steht der Aktionär jedoch wie jeder Nicht-Aktionär als Schuldner oder Gläubiger der AG gegenüber. Lediglich in Einzelfällen sind besondere Vorschriften zu beachten. Da es sich bei der Stimmrechtsausübung jedoch um die Wahrnehmung eines Verwaltungsrechts, also eines Mitgliedschaftsrechts handelt, ist keine schuldrechtliche Beziehung zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft erforderlich. Beispiele siehe bei Raiser/Veil, § 11 Rn. 21.

Mitgliedschaft.<sup>187</sup> Eine Bedeutung der schuldrechtlichen Beziehung für die Stimmrechtsausübung entsteht jedoch nicht. Insbesondere ist eine durch Vertrag begründete Stimmbindung des Aktionärs an die Verwaltung der Aktiengesellschaft unzulässig (§ 136 Abs. 2 AktG).

#### **b) Beziehung zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter**

Die rechtliche Beziehung zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter besteht auf zwei Ebenen.<sup>188</sup> Neben dem Grundverhältnis ist das Außenverhältnis zu betrachten.

Das Grundverhältnis zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter kann ein Gefälligkeitsverhältnis oder ein Schuldverhältnis sein. Eine eindeutige Zuordnung des Innenverhältnisses zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter als Gefälligkeitsverhältnis oder Schuldverhältnis ist erforderlich, da der Gläubiger lediglich aus einem Schuldverhältnis einen Anspruch auf Erfüllung hat. Das Gefälligkeitsverhältnis ist für die Parteien hingegen nicht verbindlich. Im Fall der Nichterfüllung der Verpflichtung führt nur ein bestehendes Schuldverhältnis zum vertraglichen Anspruch auf Schadens- oder Aufwendungsersatz.<sup>189</sup> Im Gefälligkeitsverhältnis sind hingegen nur deliktische Ansprüche möglich.<sup>190</sup>

Entscheidendes Merkmal für die Abgrenzung von Gefälligkeitsverhältnis und Schuldverhältnis ist das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens beider Parteien.<sup>191</sup> Bei einem Versprechen im ausschließlich mitmenschlichen Bereich handelt es sich hingegen lediglich um eine rechtlich nicht

---

<sup>187</sup> *Raiser/Veil*, § 11 Rn. 21, § 19 Rn. 4 ff. nennen § 62 AktG (Haftung der Aktionäre beim Empfang verbotener Leistungen) als Beispiel.

<sup>188</sup> Siehe *Hoffmann*, S. 75; *Ruoff*, S. 23 f.; vgl. *MK-AktG/Volhard*, § 134 Rn. 46 f.

<sup>189</sup> *Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet*, § 241 Rn. 23; *Erman/H. Ehmman*, § 662 Rn. 3; *MK-BGB/Seiler*, § 662 Rn. 59; *Staudinger/Martinek*, § 662 Rn. 7.

<sup>190</sup> Siehe *Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet*, § 241 Rn. 23; *Erman/H. Ehmman*, § 662 Rn. 3; *Palandt/Grüneberg*, Einl v § 241 Rn. 7 f.; *Staudinger/Olzen*, § 241 Rn. 73; ebenso *Staudinger/Martinek*, § 662 Rn. 7.

<sup>191</sup> *RGZ* 157, 228, 233; *BGHZ* 21, 102, 106; *BGHZ* 56, 204, 208; *Bamberger/Roth/Czub*, § 662 Rn. 3; *Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet*, § 241 Rn. 18; ebenso *Erman/H. Ehmman*, § 662 Rn. 4; *MK-BGB/Seiler*, § 662 Rn. 60 f.; *Palandt/Grüneberg*, Einl v § 241 Rn. 7 f.; *Staudinger/Martinek*, § 662 Rn. 6.

erhebliche Gefälligkeit. Hat der Aktionär also ein ernsthaftes und erkennbares Interesse an der Tätigkeit des Stimmrechtsvertreters und erklärt sich dieser dazu bereit, dieses Interesse wahrzunehmen, liegt bei beiden Personen ein Rechtsbindungswille und somit ein Schuldverhältnis vor.<sup>192</sup> Entscheidend ist, wie der Stimmrechtsvertreter das Verhalten des Aktionärs nach der Verkehrsauffassung und den Umständen des Einzelfalls verstehen darf.<sup>193</sup>

Bemüht sich ein Aktionär für die Ausübung seines Stimmrechts in der Hauptversammlung um einen Stellvertreter, ist grundsätzlich von einem ernsthaften Interesse des Aktionärs an der Stimmrechtsausübung auszugehen. Würde ein solches Interesse nicht bestehen, würde der Aktionär sein Stimmrecht nicht ausüben wollen und sich folglich auch nicht um einen Stellvertreter bemühen. Ein Rechtsbindungswille des Aktionärs liegt daher typischerweise vor. Dies ist für den Stellvertreter aus den genannten Gründen auch erkennbar. Erklärt sich der Stimmrechtsvertreter zur Wahrnehmung des Stimmrechts für den Aktionär bereit, geschieht dies somit im Regelfall mit Rechtsbindungswillen. Zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter besteht somit grundsätzlich ein zweiseitiges Schuldverhältnis. Im Einzelfall ist das Verhältnis zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter im Innenverhältnis als bloße Gefälligkeit anzusehen. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Aktionär einen nahen Verwandten oder Freund bittet, für ihn sein Stimmrecht auszuüben.

Ein zweiseitiges Schuldverhältnis kommt durch zwei Willenserklärungen zustande, die auf die Erzeugung einer Rechtsfolge gerichtet sind.<sup>194</sup> Die Erteilung der Vollmacht im Außenverhältnis ist hingegen lediglich eine

---

<sup>192</sup> Allgemein siehe MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 59; Staudinger/*Martinek*, § 662 Rn. 6; Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 71 ff.; speziell für die Stimmrechtsvertretung siehe *Kascha*, S. 6 f.

<sup>193</sup> BGHZ 21, 102, 106 f.; Bamberger/*Roth/Grüneberg/Sutschet*, § 241 Rn. 18; MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 60; Staudinger/*Martinek*, § 662 Rn. 8 f.; Staudinger/*Olzen*, § 241 Rn. 75 ff.

<sup>194</sup> Erman/*J. Kindl*, § 311 Rn. 1 f.; MK-BGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 3; Palandt/*Grüneberg*, § 311 Rn. 2.

einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>195</sup> Diese Unterscheidung zeigt, dass Grundverhältnis und Bevollmächtigung getrennt voneinander zu betrachten sind. Auch die Wirksamkeit des einen Verhältnisses ist grundsätzlich unabhängig von der Wirksamkeit des anderen Verhältnisses.<sup>196</sup>

## aa) Schuldrechtliche Beziehung im Innenverhältnis

### (1) Vertrag

#### (a) Rechtsnatur des Vertrages

Soweit nicht ausnahmsweise ein Gefälligkeitsverhältnis zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter vorliegt, schließen beide einen Vertrag über die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. Dieser Vertrag kann im Fall der Stimmrechtsausübung entweder als Auftrag<sup>197</sup> (vgl. § 662 BGB) oder als Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) ausgestaltet sein.<sup>198</sup> Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag unterscheiden sich anhand von zwei Merkmalen. Zum einen wird der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 662 BGB und § 675 BGB unterschiedlich verwendet.<sup>199</sup> Zum anderen erfolgt eine Abgrenzung über das Merkmal der Entgeltlichkeit des Vertrags.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> Bamberger/Roth/Habermeier, § 167 Rn. 4; Erman/H. Palm, § 167 Rn. 2; Palandt/Ellenberger, § 167 Rn. 1; Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 10.

<sup>196</sup> Siehe allgemein zum Abstraktionsprinzip Bamberger/Roth/Habermeier, § 164 Rn. 19; Erman/H. Palm, Vor § 164 Rn. 6; Palandt/Sprau, Einf v § 662 Rn. 7; Staudinger/Schilken, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 33 f.; speziell für Kreditinstitute siehe auch Hoffmann, S. 75; Ruoff, S. 23 f.; Großkomm-GmbHG/Grundmann, § 135 Rn. 42.

<sup>197</sup> In § 662 BGB wird der Begriff „Auftrag“ als Vertrag verstanden. Davon zu unterscheiden ist die Verwendung des Begriffs „Auftrag“ als einseitige Willensäußerung; siehe MK-BGB/Seiler, § 662 Rn. 2 f.; ebenso Staudinger/Martinek, § 662 Rn. 1 ff.

<sup>198</sup> Siehe zu dieser Abgrenzung Kascha, S. 1 ff.; so auch Ruoff, S. 17; MK-BGB/Seiler, § 662 Rn. 15; MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 38; Palandt/Sprau, § 662 Rn. 6; Henssler, ZHR 157 (1993), 91, 97.

<sup>199</sup> Siehe Bamberger/Roth/Czub, § 675 Rn. 3; Erman/H. Ehmman, Vor § 662 Rn. 13 ff.; MK-BGB/Seiler, § 662 Rn. 11 ff.; Palandt/Sprau, § 675 Rn. 2; Staudinger/Martinek, Vorbem zu § 662 Rn. 11 ff.

<sup>200</sup> So Bamberger/Roth/Czub, § 675 Rn. 3; Erman/H. Ehmman, § 662 Rn. 1; MK-BGB/Seiler, § 662 Rn. 10 ff.; Palandt/Sprau, § 675 Rn. 6.

Gegenstand einer Geschäftsbesorgung i. S. v. § 622 BGB ist jede erlaubte fremdnützige Tätigkeit, unabhängig davon ob sie rechtlicher oder tatsächlicher Art ist.<sup>201</sup> Der Geschäftsbesorgungsbegriff in § 675 BGB ist im Vergleich dazu enger gefasst.<sup>202</sup> Der Wortlaut des § 675 Abs. 1 BGB erfasst nur Dienst- oder Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben. Hierunter fällt somit lediglich die selbständige Wahrnehmung fremder wirtschaftlicher Interessen.<sup>203</sup> Viele Aktionäre halten ihre Aktien vorrangig aus finanziellen Gründen.<sup>204</sup> Bei der Ausübung seines Stimmrechts wird ein Aktionär sich daher ebenfalls häufig von seinen wirtschaftlichen und finanziellen Interessen leiten lassen. Der Stimmrechtsvertreter übt somit eine wirtschaftliche Tätigkeit für den Aktionär und im Interesse des Aktionärs aus. Die Stimmrechtsvertretung wird somit sowohl vom engeren Anwendungsbereich des § 675 Abs. 1 BGB als auch vom weiteren Geschäftsbesorgungsbegriff des § 662 BGB erfasst.

Die Abgrenzung von Auftrag (§ 662 BGB) und Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) über das Merkmal der Unentgeltlichkeit bzw. Entgeltlichkeit des Vertrags lässt sich bereits dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften entnehmen. Unentgeltlichkeit des Vertrags bedeutet, dass der Beauftragte für die beauftragte Tätigkeit und die aufgewendete Zeit und Mühe keine Gegenleistung verlangen kann.<sup>205</sup> Hierbei führt die Zahlung von Anerkennungen sowie Trinkgeldern nicht zur Einstufung des Vertrags als entgeltlicher Vertrag.<sup>206</sup> Die Leistung von Aufwendungsersatz

---

<sup>201</sup> Erman/*H. Ehmman*, Vor § 662 Rn. 19; MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 12; Palandt/*Sprau*, § 662 Rn. 6 ff.; Staudinger/*Martinek*, § 662 Rn. 2.

<sup>202</sup> Ausführlich siehe *Kascha*, S. 13 ff.; MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 12; Palandt/*Sprau*, § 662 Rn. 6; Staudinger/*Martinek*, § 662 Rn. 2 und Rn. 675; Staudinger/*Heermann*, § 675 Rn. 3.

<sup>203</sup> Erman/*H. Ehmman*, § 675 Rn. 2; ausführlich zu den einzelnen Merkmalen vgl. auch Staudinger/*Martinek*, § 675 Rn. A 9 ff.

<sup>204</sup> Siehe *Claussen*, FS K. Schmidt, 217, 224; KK-AktG/*Dauner-Lieb*, § 12 Rn. 5; *Raiser/Veil*, § 8 Rn. 36.

<sup>205</sup> Erman/*H. Ehmman*, § 662 Rn. 1; MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 26; Palandt/*Sprau*, § 662 Rn. 8; Staudinger/*Martinek*, § 662 Rn. 4.

<sup>206</sup> *Kascha*, S. 13 f.; MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 27 f.; ähnlich Staudinger/*Martinek*, § 662 Rn. 5.

(§ 670 BGB) ist ebenfalls nicht als Vergütung anzusehen. Ob es sich bei den einzelnen Fällen der Stimmrechtsvertretung um einen Auftrag (§ 662 BGB) oder einen Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) handelt, hängt daher von der Vereinbarung der Parteien über die Unentgeltlichkeit bzw. Entgeltlichkeit des Vertrages ab. Es sind die konkreten Vereinbarung der Parteien sowie die Umstände des Einzelfalls für die einzelnen Stimmrechtsvertreter näher zu betrachten.<sup>207</sup>

**(aa) Rechtsnatur des Vertrages zwischen Aktionär und Singularbevollmächtigtem**

Bei der individuellen Stimmrechtsvertretung ist es der Regelfall, dass der Aktionär eine ihm bekannte oder nahe stehende Person beauftragt<sup>208</sup>. Ein Verwandtschafts- oder allgemeines Näheverhältnis führt jedoch nicht automatisch zum Vorliegen eines unentgeltlichen Vertrages. Es legt einen solchen lediglich nahe.<sup>209</sup> Aktionär und Stimmrechtsvertreter werden im Regelfall eine unentgeltliche Tätigkeit und somit einen Auftrag i. S. v. § 662 BGB vereinbaren. Etwas anderes kann gelten, wenn der Aktionär eine zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person (z. B. Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater) mit der Stimmrechtsausübung beauftragt. Die beruflichen Anforderungen werden ins-besondere von Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern oder Rechtsanwälten erfüllt (vgl. § 43 Abs. 1 WPO, § 57 Abs. 1 StBerG, § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO).<sup>210</sup> In diesen Fällen wird der Aktionär regelmäßig ein Entgelt zahlen müssen. Dem Innenverhältnis liegt dann ein Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. § 675 BGB zugrunde.

**(bb) Rechtsnatur des Vertrages zwischen Aktionär und Kreditinstitut**

Bei der Stimmrechtsausübung durch ein Kreditinstitut ist anhand der Interessen der Beteiligten zu überlegen, ob der Tätigkeit des Kreditinsti-

---

<sup>207</sup> Anders *Hohn Abad*, S. 24, die undifferenziert das Auftragsrecht anwendet.

<sup>208</sup> Der Begriff der Beauftragung wird hier nicht i. S. v. § 662 BGB verstanden.

<sup>209</sup> So *MK-BGB/Seiler*, § 662 Rn. 60; *Staudinger/Martinek*, § 662 Rn. 10.

<sup>210</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 45; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 97; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 102; *BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber*, § 4 Rn. 85; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 139.

tuts ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vertrag zugrunde liegt. Werden die Aktien bei einer Bank verwahrt, so ist es für den Aktionär mit wenig Aufwand verbunden, dasselbe Kreditinstitut mit der Stimmrechtsausübung zu beauftragen.<sup>211</sup> Der Aktionär hat jedoch kein Interesse daran, für die Stimmrechtsvertretung bezahlen zu müssen. Schließlich kann er, wenn auch mit zusätzlichem Aufwand, die gleiche Leistung von einem Singularbevollmächtigten kostenlos erhalten.<sup>212</sup>

Die Kreditinstitute hingegen haben kein Interesse daran, für die Aktionäre die Stimmrechte kostenlos auszuüben. Dies war bis in die 90er Jahre des vorherigen Jahrhunderts noch anders.<sup>213</sup> Damals hatten die Kreditinstitute noch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Wahrnehmung der Stimmrechte für Aktionäre. Indem die Aktionäre dem Kreditinstitut häufig die Weisung erteilten, entsprechend den Vorschlägen des Kreditinstituts abzustimmen, konnte ein Kreditinstitut durch die Stimmrechtsvertretung seinen Einfluss auf die Aktiengesellschaft vergrößern.<sup>214</sup> Seit den Regulierungen durch das KonTraG bieten die Kreditinstitute ihren Kunden die Stimmrechtsvertretung häufig nur noch als Serviceleistung an. Ein eigenes wirtschaftliches Interesse haben die Kreditinstitute in der Regel nicht mehr.<sup>215</sup> Viele Banken bieten die Stimmrechtsvertretung mittlerweile nicht mehr an.<sup>216</sup> Entscheidet ein Kreditinstitut sich dafür, die Stimmrechtsausübung für seine Kunden wahrzunehmen, so müssen die dem Kreditinstitut entstehenden Kosten jedoch entweder vom Aktio-

---

<sup>211</sup> *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 149.

<sup>212</sup> Siehe *Noack*, FS Lutter, 1463, 1467; ebenso *Baums*, AG 1996, 11, 12 f.; *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 148 f.

<sup>213</sup> Siehe *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 183; *DSGV*, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), S. 5 ff.

<sup>214</sup> Siehe hierzu auch *DSGV*, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), S. 7.

<sup>215</sup> Dies gilt insbesondere für Universalbanken, die keine Depotgebühren nehmen, so *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 673; *Arnold*, Der Konzern 2009, 88, 93; *Baums*, ZHR 171 (2007), 599, 604; *Blank/Zetsche*, K & R 2000, 485, 491.

<sup>216</sup> So *Lenz*, S. 159; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1467; *Baums*, AG 1996, 11, 18; *Baums*, ZHR 171 (2007), 599, 600 f.; *DSGV*, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), S. 7.

när oder vom Kreditinstitut getragen werden. Diese Kosten sind nicht zu unterschätzen.<sup>217</sup>

Das Kreditinstitut kann die ihm entstehenden Kosten über die Einnahmen aus dem Depotvertrag finanzieren. Der Depotvertrag kann als entgeltlicher Vertrag ausgestaltet sein.<sup>218</sup> Ob der Aktionär die Stimmrechtsvertretung durch das Kreditinstitut wahrnimmt oder nicht, wirkt sich nicht auf die Höhe des für den Depotvertrag zu zahlenden Betrages aus.<sup>219</sup> Die Querfinanzierung der Stimmrechtsvertretung durch die Einnahmen aus einem Depotvertrag ist auch zulässig.<sup>220</sup> Durch die Querfinanzierung kann das Kreditinstitut ihren Aktionären vordergründig eine „kostenlose“ Stimmrechtsvertretung anbieten.<sup>221</sup> Die Aktionäre müssen für die Stimmrechtsvertretung durch ein Kreditinstitut keine direkte Gegenleistung erbringen. Aus diesem Umstand kann jedoch nicht auf die Unentgeltlichkeit der Beauftragung des Kreditinstituts mit der Stimmrechtsvertretung geschlossen werden. Vielmehr zahlen die Depotkunden die Stimmrechtsvertretung indirekt über ihren Depotvertrag. Bietet ein Kreditinstitut die Depotverwahrung hingegen unentgeltlich an, so wird in der Regel auch die Stimmrechtsvertretung als unentgeltlicher Service angeboten. Bei dem Vertrag zwischen Aktionär und Kreditinstitut kann es sich daher je nach der konkreten Ausgestaltung des Depotvertrags sowohl um einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. § 675 BGB als auch um einen unentgeltlichen Auftrag i. S. v. § 622 BGB handeln.

Einer Differenzierung zwischen unentgeltlichem und entgeltlichem Vertrag bedarf es im weiteren Verlauf der Überlegungen nicht. Gem. § 675 Abs. 1 BGB werden die Vorschriften über den Auftrag i. S. v. § 662 BGB überwiegend auch auf den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag angewendet.

---

<sup>217</sup> Vgl. *DSGIV*, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), S. 12.

<sup>218</sup> Großkomm-HGB/*Canaris*, Rn. 2089.

<sup>219</sup> So *Haase*, S. 219; ebenso *Hoffmann*, S. 73 f.; *Baums*, AG 1996, 11, 12; *Baums*, ZHR 171 (2007), 599, 604; a. A. *Noack*, FS Lutter, 1463, 1467.

<sup>220</sup> *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 149.

<sup>221</sup> *Baums*, ZHR 171 (2007), 599, 604.

**(cc) Rechtsnatur des Vertrages zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung**

Wie auch bei der Stimmrechtsvertretung durch ein Kreditinstitut hat ein Aktionär an der Stimmrechtsvertretung durch eine Aktionärsvereinigung in der Regel nur dann ein Interesse, wenn die konkrete Stimmrechtsausübung durch die Aktionärsvereinigung kostenlos erfolgt.<sup>222</sup> Die Aktionärsvereinigungen versuchen, diesem Anliegen nachzukommen. Jedoch müssen die Aktionärsvereinigungen auch die ihnen entstehenden Kosten decken.

Die Aktionärsvereinigungen werden in der Regel die Einnahmen aus den Vereinsbeiträgen für die Kosten der Stimmrechtsvertretung verwenden. Aufgrund der indirekten Finanzierung der Stimmrechtsvertretung über die Mitgliedsbeiträge kann der Vertrag zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung als entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen werden. Zwei Argumente stehen dem jedoch entgegen. Zum einen müssen die Aktionäre für die konkrete Inanspruchnahme der Stimmrechtsvertretung keine direkte Gegenleistung erbringen.<sup>223</sup> Zum anderen ist der Vereinsbeitrag unabhängig davon zu leisten, ob das Mitglied sein Stimmrecht durch die Aktionärsvereinigung ausüben lässt. Der Vertrag zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung ist daher im Ergebnis als unentgeltlicher Auftrag (§§ 662 ff. BGB) anzusehen.

Auch der Vertrag über die Stimmrechtsausübung zwischen einer Aktionärsvereinigung und einem Aktionär, welcher nicht gleichzeitig Mitglied in der Aktionärsvereinigung ist, ist unentgeltlicher Natur. Aktionärsvereinigungen vertreten nicht nur ihre Mitglieder, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Nichtmitglieder. Ein Nichtaktionär kann die Aktionärsvereinigung mit der Stimmrechtsvertretung auf einer bestimmten Hauptversammlung beauftragen, wenn die Aktionärsvereinigung diese Hauptversammlung ohnehin für ihre Mitglieder besucht. Da der Aktionärsvereinigung für die Stimmrechtsausübung der zusätzlichen Aktionäre

---

<sup>222</sup> *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 148.

<sup>223</sup> Siehe <http://www.dsw-info.de/Stimmrechtsvertretung.74.0.html>; [http://www.sdk.org/mitgliedschaft\\_online.php?action=leistungen&leistungID=9](http://www.sdk.org/mitgliedschaft_online.php?action=leistungen&leistungID=9).

keine zusätzlichen Kosten entstehen, können die Aktionärsvereinigungen die Stimmrechtsausübung für Nichtmitglieder kostenlos wahrnehmen.

**(dd) Zwischenergebnis**

Sowohl bei der Stimmrechtsvertretung durch einen Singularbevollmächtigten als auch bei der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts kann das Grundverhältnis zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) oder ein unentgeltlicher Auftrag (§ 662 BGB) sein. Für eine Entscheidung müssen im konkreten Fall alle Einzelumstände betrachtet werden. Der Vertrag zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung ist hingegen grundsätzlich als Auftrag (§ 662 BGB) ausgestaltet.

**(b) Vertragsschluss**

Auf das Zustandekommen des Vertrags zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter finden die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre und des Vertragsrechts Anwendung. Sowohl der Auftrag als auch der Geschäftsbesorgungsvertrag setzen als Vertrag für ein Zustandekommen zwei aufeinander bezogene, übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Das sind Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB). Ob das Angebot durch den Aktionär oder durch den Stimmrechtsvertreter abgegeben wird, ist für die jeweiligen Stimmrechtsvertreter getrennt voneinander zu betrachten.

**(aa) Vertragsschluss zwischen Aktionär und Singularbevollmächtigtem**

Bei der individuellen Stimmrechtsvertretung durch einen Singularbevollmächtigten geht das Angebot in der Regel vom Aktionär aus. Der Aktionär muss die Initiative ergreifen und sich aktiv eine Person suchen, die für ihn sein Stimmrecht ausüben soll. Indem der Stimmrechtsvertreter dieses Angebot ausdrücklich oder durch Empfangnahme der Eintrittskarte für die Hauptversammlung konkludent annimmt, kommt es zum Vertragsschluss. Für das Zustandekommen des Auftragsvertrages ist es irrelevant, ob der Aktionär Inhaber- oder Namensaktien hält.

**(bb) Vertragsschluss zwischen Aktionär und Kreditinstitut**

Für die Untersuchung des Zustandekommens des Vertrags zwischen Aktionär und Kreditinstitut ist zwischen den verschiedenen Aktienarten zu unterscheiden. Eine Aktiengesellschaft legt in ihrer Satzung fest, ob sie ihre Aktien als Inhaberaktien oder als Namensaktien ausgibt (§ 23 Abs. 3 Nr. 5 AktG). Ebenfalls möglich ist es, einen Teil der Aktien auf den Namen und einen Teil auf den Inhaber lauten zu lassen.<sup>224</sup>

**(aaa) Inhaberaktien**

Hält der Aktionär Inhaberaktien, so steht dem Kreditinstitut eine Art Mittlerrolle zu.<sup>225</sup> Das Kreditinstitut muss die von der Aktiengesellschaft erhaltene Mitteilung<sup>226</sup> über die Einberufung der Hauptversammlung (vgl. § 125 Abs. 1 S. 1 AktG) gem. § 128 Abs. 1 S. 1 AktG an den Aktionär übermitteln.<sup>227</sup> Die Pflicht zur Übermittlung der Informationen über die Einberufung der Hauptversammlung besteht unabhängig davon, ob das Kreditinstitut das Stimmrecht für den Aktionär ausüben will oder nicht.<sup>228</sup> Zusammen mit der Übermittlung der Einladungsunterlagen (§ 128 Abs. 1 S. 1 AktG) wird das Kreditinstitut dem Aktionär in der Regel ein Angebot auf Ausübung seines Stimmrechts unterbreiten.<sup>229</sup> Das Kreditinstitut lässt dem Aktionär dazu ein Vollmachtsformular sowie die Unterlagen für die Abstimmung zukommen. Durch Rücksendung der Unterlagen an das Kreditinstitut nimmt der Aktionär das Angebot auf Stimmrechtsausübung an.

---

<sup>224</sup> Bürgers/Körper/Körper, § 23 Rn. 36; Hüffer, § 23 Rn. 30; KK-AktG/Arnold, § 23 Rn. 118; MK-AktG/Pentz, § 23 Rn. 128; BeckHdb.AG/Maul, § 3 Rn. 16; MünchHdb.AG/Wiesner, § 13 Rn. 1.

<sup>225</sup> Siehe hierzu § 1 B. I. 2. c) bb).

<sup>226</sup> Die Aktiengesellschaft kann sich zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht Gehilfen bedienen. Dies kann z. B. ein unabhängiger Dienstleister sein, siehe *García Mateos*, S. 199; ebenso *Lommatzsch*, NZG 2001, 1017, 1022; dies ändert allerdings nichts daran, dass die Aktiengesellschaft selbst Schuldner der Mitteilungen ist, siehe MK-AktG/Kubis, § 125 Rn. 3.

<sup>227</sup> Siehe hierzu *Hoffmann*, S. 74; ebenso *Ruoff*, S. 12 und S. 28; *Großkomm-HGB/Canaris*, Rn. 2187; *Hüffer*, § 128 Rn. 5; *BeckHdb.AG/Reichert*, § 5 Rn. 106 f.; *MünchHdb.AG/Semler*, § 35 Rn. 69 ff.

<sup>228</sup> Siehe *Hoffmann*, S. 80; vgl. *Bürgers/Körper/Reger*, § 128 Rn. 13; *MK-HGB/Einsele*, Depotgeschäft Rn. 176.

<sup>229</sup> So auch *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 149.

### **(bbb) Namensaktien**

Für das Zustandekommen des Vertrags zwischen Aktionär und Kreditinstitut sind bei Namensaktien zwei Unterfälle zu unterscheiden. Im Regelfall ist der Aktionär selbst ins Aktienregister eingetragen. Daneben besteht auch die Möglichkeit, statt dem Aktionär das Kreditinstitut ins Aktienregister einzutragen.<sup>230</sup>

Ist der Aktionär selbst im Aktienregister eingetragen, bekommt er alle Informationen und Mitteilungen direkt von der Aktiengesellschaft (§ 125 Abs. 2 S. 1 AktG). Die Adresse des Aktionärs ist gem. § 67 Abs. 1 AktG eine Pflichtangabe des Aktionärs im Aktienregister. Die Aktiengesellschaft kann ihrer Mitteilungspflicht gegenüber dem Aktionär somit unmittelbar nachkommen. Selbst wenn das Kreditinstitut die Unterlagen über die Einberufung der Hauptversammlung ebenfalls erhält (§ 125 Abs. 1 S. 1 AktG), besteht keine Weitergabepflicht i. S. v. § 128 Abs. 1 S. 1 AktG. Die Möglichkeit des Kreditinstituts zur Wahrnehmung der Stimmrechte für Namensaktionäre, die selbst im Aktienregister eingetragen sind, wird somit erschwert.<sup>231</sup> Das Kreditinstitut kann die Mitteilung aber freiwillig an die Aktionäre weitergeben und gleichzeitig ein Angebot auf Stimmrechtsausübung abgeben.<sup>232</sup>

Das Angebot auf Abschluss eines Vertrages über die Stimmrechtsvertretung kann auch vom Aktionär ausgehen. Die Annahme erfolgt dann durch das Kreditinstitut. Anders als im allgemeinen Rechtsverkehr gilt das Schweigen des Kreditinstituts ausnahmsweise als Annahme, wenn die Voraussetzungen für die Annahmefiktion gem. § 362 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. HGB vorliegen. Da ein Kreditinstitut die Eigenschaft des Kaufmanns erfüllt, findet § 362 HGB grundsätzlich Anwendung. Der Vertrag zwischen Kreditinstitut und Aktionär muss eine Geschäftsbesor-

---

<sup>230</sup> KK-AktG/*Lutter/Drygala*, § 67 Rn. 17; MK-AktG/*Bayer*, § 67 Rn. 99; BeckHdb.AG/*Maul*, § 3 Rn. 17.

<sup>231</sup> So *BMJ*, NZG 2004, 948, 951; vgl. auch *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 182, der bei Namensaktien eine Verdrängung der Kreditinstitute von der Stimmrechtsvertretung erkennen will.

<sup>232</sup> So auch *Schmitz*, S. 78; siehe auch *Hüffer*, § 128 Rn. 5; MK-AktG/*Kubis*, § 128 Rn. 4.

gung i. S. v. § 362 HGB zum Gegenstand haben. Der Begriff der Geschäftsbesorgung i. S. v. § 362 HGB umfasst jede selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art für einen anderen.<sup>233</sup> Somit wird der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 362 HGB im Allgemeinen enger als in § 662 BGB und weiter als in § 675 BGB verstanden.<sup>234</sup> Die Stimmrechtsvertretung durch ein Kreditinstitut stellt jedoch eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art und folglich auch eine Geschäftsbesorgung i. S. v. § 362 Abs. 1 S. 1 HGB dar.<sup>235</sup> Des Weiteren müssen Kreditinstitut und Aktionär in einer laufenden Geschäftsbeziehung zueinander stehen (§ 362 Abs. 1 S. 1, 1. Halbs. HGB) oder das Kreditinstitut muss sich dem Aktionär gegenüber zur Stimmrechtsausübung erboten haben (§ 362 Abs. 1 S. 2 HGB). Der Umstand, dass ein Aktionär Namensaktien hält schließt nicht aus, dass der Aktionär seine Aktien bei einem Kreditinstitut zur Verwahrung geben kann,<sup>236</sup> so dass sich dann eine Geschäftsbeziehung zwischen Aktionär und Kreditinstitut aus dem Depotvertrag ergibt. Die alternative Voraussetzung des sich Erbietens ist in der Regel nicht erfüllt. Für das „sich Erbieten“ wird ein persönliches Ansprechen des Aktionärs durch das Kreditinstitut gefordert. Eine lediglich öffentliche Werbung ist hingegen unbeachtlich.<sup>237</sup> Der Aktionär wird jedoch nicht durch das Kreditinstitut gezielt beworben, da sich die Kreditinstitute aus Kostengründen mehr und mehr von der Aktionärsvertretung zurückziehen.<sup>238</sup> Das Schweigen eines Kreditinstitut auf ein Angebot eines Aktionärs auf Stimmrechtsvertretung gilt folglich nur dann als Annahme des Vertrags (§ 362 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. HGB), wenn der Aktionär und das Kreditinstitut bereits in einer geschäftlichen Beziehung zueinander stehen.<sup>239</sup>

---

<sup>233</sup> E/B/J/S/Eckert, § 362 Rn. 11 f.

<sup>234</sup> So MK-HGB/Welter, § 362 Rn. 19; a. A. E/B/J/S/Eckert, § 362 Rn. 11, der den Begriff wie in § 662 BGB verstanden sieht.

<sup>235</sup> So MK-HGB/Welter, § 362 Rn. 19; E/B/J/S/Eckert, § 362 Rn. 12.

<sup>236</sup> Noack, DB 1999, 1306, 1308.

<sup>237</sup> E/B/J/S/Eckert, § 362 Rn. 16; MK-HGB/Welter, § 362 Rn. 24.

<sup>238</sup> Vgl. Zöllner, FS Peltzer, 661, 673.

<sup>239</sup> So im Ergebnis auch Than/Hannöver, in: Die Namensaktien, 279, 302.

Hält der Aktionär Namensaktien, ohne selbst im Aktienregister eingetragen zu sein, tritt das Kreditinstitut als Treuhänder für den Aktionär auf. Das Zustandekommen des Vertrags zwischen Aktionär und Kreditinstitut über die Stimmrechtsausübung verhält sich dann vergleichbar wie bei Inhaberaktien.<sup>240</sup> Grund für die Eintragung eines Kreditinstituts ins Aktienregister ist regelmäßig der Wunsch des Aktionärs nach Anonymität seiner Person gegenüber der Aktiengesellschaft. Dieser Fall, dass ein Kreditinstitut als „Platzhalter“ ins Aktienregister eingetragen wird, ist in § 135 Abs. 6 S. 1 AktG ausdrücklich geregelt.<sup>241</sup> Der Informations- und Kommunikationsfluss zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft erfolgt über das Kreditinstitut, so dass der Ablauf bis zum Vertragsschluss dem bei Inhaberaktien entspricht. Ist bei Namensaktien das Kreditinstitut ins Aktienregister eingetragen, geht das Angebot vom Kreditinstitut aus. Die Annahme erfolgt dann durch den Aktionär.

#### **(cc) Vertragsschluss zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung**

Die gesetzlichen Vorschriften des Aktienrechts regeln das Zustandekommen des Vertrags zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung nicht.

Die Initiative und somit das Vertragsangebot kann sowohl vom Aktionär als auch von der Aktionärsvereinigung ausgehen. Beide Parteien haben ein grundsätzliches Interesse an der Stimmrechtsvertretung. Der Aktionär ist an der Wahrnehmung seines Mitgliedschaftsrechts interessiert. Die Aktionärsvereinigung will in Verfolgung ihres Satzungszwecks die Rechte und Interessen der Minderheitsaktionäre stärken.<sup>242</sup> Dies schließt die Wahrnehmung der Stimmrechte für die Aktionäre ein.

---

<sup>240</sup> Siehe bereits § 1 B. I. 2. b) aa) (1) (b) (bb) (aaa).

<sup>241</sup> Hierzu siehe *Goedsche*, S. 100; *Ruoff*, S. 19 f.; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 24.

<sup>242</sup> Siehe § 2 der Satzung des *DSW e. V.*, <http://www.dsw-info.de/Satzung.132.0.html>; ebenso § 2 der Satzung der *SdK e. V.*, [http://www.sdk.org/mitgliedschaft\\_online.php?action=satzung\\_text&](http://www.sdk.org/mitgliedschaft_online.php?action=satzung_text&); siehe ebenfalls allgemein unter [http://www.sdk.org/der\\_verein.php](http://www.sdk.org/der_verein.php).

Enthält die Vereinssatzung der Aktionärsvereinigung die Pflicht, für ihre Mitglieder das Stimmrecht als Stimmrechtsvertreter auszuüben, stellt diese Regelung jedoch noch kein Angebot der Aktionärsvereinigung auf Stimmrechtsausübung dar. Das Angebot auf Stimmrechtsvertretung wird vielmehr in der Regel vom Aktionär ausgehen. Die Aktionärsvereinigung kann dieses Angebot ausdrücklich oder konkludent annehmen. Das Schweigen der Aktionärsvereinigung auf das Angebot des Aktionärs gilt nicht als Annahme i. S. v. § 362 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. HGB. Mangels Kaufmannseigenschaft der Aktionärsvereinigung ist der Anwendungsbereich des § 362 HGB nicht eröffnet. Das Angebot muss vielmehr durch die Abgabe einer Willenserklärung angekommen werden.

Neben der Angebotsunterbreitung durch den Aktionär besteht auch die Möglichkeit, dass die Aktionärsvereinigung gegenüber ihren Mitgliedern ein Angebot auf Stimmrechtsausübung abgibt. Gem. § 125 Abs. 1 S. 1 AktG erhalten auch Aktionärsvereinigungen die Mitteilungen über die Einberufung der Hauptversammlung von der Gesellschaft, wenn sie in der letzten Hauptversammlung dieser Gesellschaft das Stimmrecht für Aktionäre ausgeübt oder die Mitteilung von der Aktiengesellschaft verlangt haben. Die den Kreditinstituten auferliegende gesetzliche Pflicht, den Aktionären diese Mitteilungen zu übermitteln (§ 128 Abs. 1 S. 1 AktG), besteht für Aktionärsvereinigungen jedoch nicht. § 128 Abs. 1 S. 1 AktG erwähnt ausdrücklich nur Kreditinstitute. Eine Ausweitung des Wortlauts dieser Vorschrift auf Aktionärsvereinigungen ist nicht gerechtfertigt. Durch das ARUG wurde die früher auch für Aktionärsvereinigungen geltende Weiterleitungspflicht (§ 128 Abs. 5 S. 1 AktG a. F.) bewusst abgeschafft, um eine Doppelinformation an die Aktionäre zu vermeiden.<sup>243</sup> Die bereits bestehenden Wege für die Information an die Aktionäre reichen vielmehr aus. Aus Sicht der Aktionäre ist eine Übermittlungspflicht der Aktionärsvereinigung an die Aktionäre aufgrund der Informationsmöglichkeiten nicht erforderlich.

---

<sup>243</sup> DAV begrüßt die Abschaffung, <http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen-08/SN36.pdf>, S. 14; ebenso Paschos/Goslar, AG 2008, 605, 609.

Die Aktionärsvereinigung kann sich jedoch in ihrer Satzung zur Weitergabe der Mitteilung über die Einberufung der Hauptversammlung an ihre Mitglieder verpflichten. Das Angebot der Aktionärsvereinigung auf Stimmrechtsausübung wird dann im Rahmen der Weitergabe der Einberufungsmittteilung an die Aktionäre erteilt. Der Aktionär kann dieses Angebot ausdrücklich oder konkludent annehmen.

Beim Vertrag zwischen einer Aktionärsvereinigung und einem Aktionär, der nicht Mitglied in der Aktionärsvereinigung ist, geht das Angebot immer vom Aktionär aus. Die Aktionärsvereinigung nimmt das Angebot in der Regel an, wenn sie die konkrete Hauptversammlung ohnehin besucht.

#### **(dd) Zwischenergebnis**

Bei der Singularbevollmächtigung geht das Angebot auf Abschluss eines Vertrags über die Stimmrechtsausübung in der Regel vom Aktionär aus.

Bei der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts geht bei Inhaberaktien das Angebot auf Abschluss eines Vertrages über die Stimmrechtsvertretung in der Regel vom Kreditinstitut aus. Dies ist auch bei Namensaktien der typische Fall, wenn das Kreditinstitut für den Aktionär ins Aktienregister eingetragen ist. Anders hingegen liegt der Fall, wenn ein Aktionär Namensaktien hält und selbst im Aktienregister steht.<sup>244</sup> Das Angebot auf Abschluss des Vertrags über die Stimmrechtsvertretung muss hier vom Aktionär ausgehen. Die Annahme erfolgt durch das Kreditinstitut. Schweigt das Kreditinstitut auf dieses Angebot, kann die Annahme gem. § 362 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. HGB fingiert werden.

Beim Vertragsschluss zwischen Aktionär und Aktionärsvereinigung kommt sowohl ein Angebot des Aktionärs als auch ein Angebot durch die Aktionärsvereinigung in Betracht.

---

<sup>244</sup> Wird von nun an von Namensaktien gesprochen, ist davon auszugehen, dass der Aktionär selbst im Aktienregister eingetragen ist. Der Fall, dass für den Aktionär im Aktienregister ein Kreditinstitut als Platzhalter eingetragen ist, ist aufgrund § 135 Abs. 6 AktG so zu behandeln wie der Fall der Stellvertretung bei Inhaberaktien. Im späteren Verlauf der Arbeit wird zu sehen sein, dass es sich hierbei um keine Stellvertretung, sondern eine Legitimationsübertragung handelt.

**(c) Pflicht der Stimmrechtsvertreter zur Stimmrechtsvertretung**

Ein Aktionär kann einem Kreditinstitut oder einer Aktionärsvereinigung ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags über die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung unterbreiten.<sup>245</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob für das Kreditinstitut oder die Aktionärsvereinigung eine Pflicht zur Annahme dieses Angebots besteht.<sup>246</sup>

**(aa) Vertragliche Verpflichtung des Stimmrechtsvertreters zur Wahrnehmung der Stimmrechtsausübung**

Die Verpflichtung eines Kreditinstituts, das Angebot eines Aktionärs auf Stimmrechtsausübung in einer bestimmten Hauptversammlung anzunehmen, kann sich aus dem Depotvertrag zwischen Aktionär und Kreditinstitut ergeben.<sup>247</sup> Der Depotvertrag regelt unter anderem diejenigen Rechte und Pflichten der Beteiligten, die aus der Verwahrung der Aktien durch das Kreditinstitut entstehen. Hierunter können auch die Pflichten des Kreditinstituts über die Ausübung des Depotstimmrechts fallen. Aufgrund des Depotvertrags muss das Kreditinstitut dann ein Angebot des Depotkunden auf Ausübung des Stimmrechts des Aktionärs in der Hauptversammlung annehmen.

Die Grundlage für den Anspruch eines Aktionärs gegen eine Aktionärsvereinigung auf Stimmrechtswahrnehmung kann sich aus der Vereinsatzung der Aktionärsvereinigung ergeben. Die Satzung der Aktionärsvereinigung ist gegenüber ihren Mitgliedern verbindlich.<sup>248</sup> Die Satzung regelt unter anderem die Rechte und Pflichten der Vereinsmitglieder. § 6 der Satzung der SdK e. V.<sup>249</sup> enthält beispielsweise folgende Regelung:

---

<sup>245</sup> Siehe bereits § 1 B. I. 2. b) aa) (1) (b) (bb) (aaa).

<sup>246</sup> Hoffmann, S. 75; Kascha, S. 6; Großkomm-AktG/Grundmann, § 135 Rn. 95 ff.; MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 131.

<sup>247</sup> So Hoffmann, S. 75; ebenso Großkomm-HGB/Canaris, Rn. 2193; ähnlich Obermüller/Werner/Winden, B. IV. 2. d) (S. 69).

<sup>248</sup> MK-BGB/Reuter, § 25 Rn. 28; Staudinger/Weick, § 25 Rn. 9; MünchHdb. Verein/Wagner, § 19 Rn. 15; K. Schmidt, GesR, § 5 I. 1. c) (S. 77).

<sup>249</sup> Satzung der SdK e. V., siehe [http://www.sdk.org/mitgliedschaft\\_online.php?action=satzung\\_text&](http://www.sdk.org/mitgliedschaft_online.php?action=satzung_text&); ähnlich für die Mitglieder der DSW e. V., siehe <http://www.dsw-info.de/Mitgliedschaft.139.0.html>.

*§ 6 Rechte der Mitglieder*

*„(1) Jedes Mitglied (...) hat Anspruch (...) auf Vertretung seiner Aktien auf Hauptversammlungen (...).“*

Die Satzung bindet die Aktionärsvereinigung lediglich gegenüber ihren Mitgliedern. Aktionärsvereinigungen vertreten zwar grundsätzlich auch Nichtmitglieder in Hauptversammlungen. Dies erfolgt jedoch unter der Prämisse, dass die Aktionärsvereinigung ohnehin an der konkreten Hauptversammlung als Stimmrechtsvertreter teilnimmt. Ein Kontrahierungszwang einer Aktionärsvereinigung auf Wahrnehmung des Stimmrechts für einen Aktionär besteht folglich nur gegenüber ihren Mitgliedern.<sup>250</sup>

**(bb) Gesetzliche Verpflichtung der Stimmrechtsvertreter zur Wahrnehmung der Stimmrechtsausübung**

Eine Pflicht des Kreditinstituts, das Angebot eines Aktionärs auf Stimmrechtsvertretung anzunehmen, kann sich außer aus dem Depotvertrag auch aus dem Gesetz ergeben. § 135 Abs. 10 S. 1 AktG a. F.<sup>251</sup> sah einen Kontrahierungszwang des Kreditinstituts unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich vor. Mit den Änderungen des Aktiengesetzes durch das ARUG wurde § 135 Abs. 10 S. 1 AktG a. F. jedoch ersatzlos gestrichen. Daher unterliegt ein Kreditinstitut keinem gesetzlichen Kontrahierungszwang mehr.<sup>252</sup>

Einen Grund für die Abschaffung des gesetzlichen Kontrahierungszwangs führt die Gesetzesbegründung nicht an. Möglicherweise ist die Regelung des § 135 Abs. 10 S. 1 AktG a. F. jedoch überflüssig gewor-

---

<sup>250</sup> So auch *Ruoff*, S. 33.

<sup>251</sup> § 135 Abs. 10 S. 1 AktG i. d. F. vor dem ARUG: „Ein Kreditinstitut ist verpflichtet, den Auftrag eines Aktionärs zur Ausübung des Stimmrechts in einer Hauptversammlung anzunehmen, wenn es für den Aktionär Aktien der Gesellschaft verwahrt oder es an seiner Stelle im Aktienregister eingetragen ist und sich gegenüber Aktionären der Gesellschaft zur Ausübung des Stimmrechts in derselben Hauptversammlung erboten hat.“

<sup>252</sup> Vgl. hierzu die kritische Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drucks. 847/08, S. 9 f.; ebenfalls kritisch *Grundmann*, BKR 2009, 31, 36; die Abschaffung befürwortend *J. Schmidt*, WM 2009, 2350, 2357.

den.<sup>253</sup> Das wäre der Fall, wenn der Zweck des gesetzlichen Kontrahierungszwangs entfallen ist. § 135 Abs. 10 S. 1 AktG wurde im Jahre 1965 aus zwei Gründen eingeführt. Zum einen sollte das Bankenstimmrecht allen Aktionären gleichermaßen zur Verfügung stehen. Zum anderen sollte ein Kreditinstitut den Auftrag eines Aktionärs nicht ablehnen können, nur weil dieser nicht entsprechend der eigenen Vorschläge und Interessen abstimmen wollte.<sup>254</sup> Gründe für ein zwischenzeitliches Wegfallen dieser Argumente sind jedoch nicht ersichtlich.<sup>255</sup>

Der Zweck der Regelung des § 135 Abs. 10 S. 1 AktG a. F. kann auch durch neue Ziele des Gesetzgebers verdrängt worden sein. Die Änderungen des Aktiengesetzes durch das ARUG hatten unter anderem zum Ziel, die Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute zu deregulieren.<sup>256</sup> Die Deregulierung sollte dem Rückzug der Kreditinstitute von der Stimmrechtsausübung entgegenwirken und die Hauptversammlungspräsenzen erhöhen.<sup>257</sup> Ob die Abschaffung des Kontrahierungszwangs jedoch zu einer Ausweitung der Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute führen wird, ist zweifelhaft. Kreditinstitute werden nur dann vermehrt als Stimmrechtsvertreter auftreten, wenn die Stimmrechtsvertretung den Kreditinstituten einen Nutzen bringt.<sup>258</sup> Ein Nutzen der Stimmrechtsvertretung für Kreditinstitute ist jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere bestehen die strengen Anforderungen an die Information der Aktionäre durch die Kreditinstitute weiter fort. Die Deregulierung des Depotstimmrechts hatte zwar eine Erleichterung der Stimmrechtsausübung für die Aktionäre zur Folge.<sup>259</sup> Die Kreditinstitute unterliegen jedoch weiter-

---

<sup>253</sup> So i. E. *J. Schmidt*, WM 2009, 2350, 2357.

<sup>254</sup> So auch *Hoffmann* S. 75; *Großkomm-HGB/Canaris*, Rn. 2193; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 127; *MK-HGB/Einsele*, Depotgeschäft Rn. 177; *Begr. RegE* bei *Kropff*, AktG 1965, S. 199 f.; *Grundmann*, BKR 2009, 31, 36.

<sup>255</sup> Diese Frage ignorierend *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 96a.

<sup>256</sup> Den Zusammenhang zwischen Abschaffung des Kontrahierungszwangs und dem Ziel der Deregulierung betonend *Hüffer*, § 135 Rn. 6.

<sup>257</sup> *N. N.*, NJW-Spezial 2009, 412, 413.

<sup>258</sup> So auch *Grundmann*, BKR 2009, 31, 36; siehe auch *DSGV*, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), S. 8.

<sup>259</sup> Vgl. insbesondere die geringeren Anforderungen an die Auswahl des Stimmrechtsvertreters sowie die Formanforderungen für die Bevollmächtigung,

hin nahezu den gleichen organisatorischen Aufwendungen sowie Informations- und Hinweispflichten wie vor den Änderungen durch das ARUG.<sup>260</sup> Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass die Bereitschaft der Kreditinstitute zur freiwilligen Stimmrechtsvertretung nicht zu-, sondern abnimmt.<sup>261</sup>

Darüber hinaus kann die Abschaffung der gesetzlichen Verpflichtung der Kreditinstitute, unter bestimmten Voraussetzungen das Stimmrecht für Aktionäre wahrzunehmen, als unüberlegt bezeichnet werden. Die Kreditinstitute können ihre im Depotvertrag vereinbarte Verpflichtung zur Stimmrechtsausübung eigenständig verändern oder sogar abschaffen. Mangels gesetzlichen Kontrahierungszwangs würde dies zu einer Regelungslücke führen. Zu befürchten wäre ein vollständiger Rückzug der Kreditinstitute von der Stimmrechtsvertretung, der noch niedrigere Hauptversammlungspräsenzen zur Folge hätte. Der Gesetzgeber würde sein Ziel der Erhöhung der Hauptversammlungspräsenzen dann nicht erreichen.<sup>262</sup> Die Abschaffung des Kontrahierungszwangs war somit eine leichtfertige Entscheidung des Gesetzgebers.<sup>263</sup>

Für Aktionärsvereinigungen sieht das Gesetz ebenfalls keine Verpflichtung vor, Anträge von Aktionären zur Stimmrechtsvertretung anzunehmen. Dies stellt jedoch keine Änderung der gesetzlichen Lage dar. Bereits vor dem In-Kraft-Treten des ARUG wurden Aktionärsvereinigungen nicht vom Wortlaut des gesetzlichen Kontrahierungszwangs (§ 135 Abs. 10 S. 1 AktG a. F.) erfasst. Aus systematischen Gründen wurde der Wortlaut des § 135 Abs. 10 S. 1 AktG a. F. nicht auf Aktionärsvereinigungen ausgeweitet. § 135 Abs. 9 AktG a. F. verwies lediglich auf die

---

siehe § 1 B. I. 1. und § 1. B. I. 2. b) bb) (2).

<sup>260</sup> Siehe *Gefßler-AktG*, § 135 Rn. 1a; *Grundmann*, BKR 2009, 31, 38; siehe hierzu auch *Baums*, ZHR 171 (2007), 599, 601 f.; vgl. auch die kontraproduktiven Vorschläge von *Schmitz*, S. 118 ff.

<sup>261</sup> I. E. zustimmend *Grundmann*, BKR 2009, 31, 38; siehe auch *Seibert*, FS H. P. Westermann, 1505, 1512.

<sup>262</sup> So auch BR-Drucks. 847/08, S. 10.

<sup>263</sup> So auch *Grundmann*, BKR 2009, 31, 36; a. A. *J. Schmidt*, WM 2009, 2350, 2357.

sinngemäße Anwendung der Absätze 1 bis 8, nicht hingegen auf den in Absatz 10 geregelten Kontrahierungszwang. Somit bestand für Aktionärsvereinigungen weder vor noch besteht seit In-Kraft-Treten des ARUG eine gesetzliche Pflicht, Angebote von Aktionären auf Ausübung ihres Stimmrechts in der Hauptversammlung anzunehmen.

**(d) Zeitpunkt des Vertragsschlusses**

Im Aktienrecht existiert keine Vorschrift, die den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter regelt. Daher stellt sich die Frage, ab wann und vor allem bis wann der Aktionär einen Dritten mit der Wahrnehmung seines Stimmrechts beauftragen kann.

**(aa) Vertragsschluss vor der Hauptversammlung**

Bevor der Aktionär einen Dritten mit der Stimmrechtsausübung beauftragt, muss er zunächst Kenntnis von der konkreten Hauptversammlung haben. Somit wird eine Beauftragung häufig erst nach der Einberufung der Hauptversammlung erfolgen.<sup>264</sup> Die Einberufung der Hauptversammlung muss mindestens dreißig Tage vor ihrem Stattfinden erfolgen (§ 123 Abs. 1 AktG). Von der Kenntnisnahme des Aktionärs vom Termin der Hauptversammlung ist spätestens mit der Mitteilung der Aktiengesellschaft gem. § 125 Abs. 2 S. 1 AktG oder § 125 Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 128 Abs. 1 S. 1 AktG auszugehen.

Bei der Beauftragung eines Kreditinstituts oder einer Aktionärsvereinigung mit der Stimmrechtsvertretung können sich hier Besonderheiten ergeben. Es stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines früheren Vertragsschlusses und insbesondere nach der Zulässigkeit eines Dauerauftrags.<sup>265</sup> Als frühest möglicher Zeitpunkt für die Beauftragung mit der Stimmrechtsvertretung ist der Abschluss des Depotvertrags mit einem

---

<sup>264</sup> So auch *Ch. Horn*, ZIP 2008, 1558, 1565; vgl. auch zur Weisungserteilung *Geßler-AktG*, § 134 Rn. 11c; a. A. speziell für Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen vgl. *Than/Hannöver*, in: *Die Namensaktie*, 279, 299.

<sup>265</sup> Zum Dauerauftrag eines Kreditinstituts siehe BR-Drucks. 847/08, S. 51; *Hüffer*, § 135 Rn. 7.

Kreditinstitut bzw. die Begründung der Mitgliedschaft in einer Aktionärsvereinigung zu erwägen.<sup>266</sup>

Das Aktienrecht sieht einen Dauerauftrag weder ausdrücklich vor noch schließt es ihn aus. Der nationale Gesetzgeber hat von der in Art. 10 Abs. 2 S. 1 RL 2007/36/EG genannten Möglichkeit der Beschränkung der Bestellung eines Vertreters auf eine einzige Versammlung oder auf innerhalb eines bestimmten Zeitraums stattfindende Versammlungen keinen Gebrauch gemacht. Damit bestätigt der Gesetzgeber die durch das NaStraG geschaffene Zulässigkeit von Dauerbeauftragungen an organisierte Stimmrechtsvertreter. Vor In-Kraft-Treten des NaStraG durfte ein Aktionär einem Kreditinstitut eine Vollmacht nur für längstens fünfzehn Monate erteilen (vgl. § 135 Abs. 2 S. 1 AktG a. F.<sup>267</sup>). Diese Regelung hat der Gesetzgeber im Jahre 2001 aus Entbürokratisierungsgründen durch eine Informationspflicht des Kreditinstituts ersetzt.<sup>268</sup> Gem. 135 Abs. 1 S. 6 AktG<sup>269</sup> muss das Kreditinstitut den Aktionär nur noch jährlich und deutlich hervorgehoben auf die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Vollmacht und der Änderung des Bevollmächtigten hinweisen.

Eine zeitliche Begrenzung der Beauftragung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand der Weisungserteilung. Die Weisungserteilung muss nicht zeitgleich mit der Beauftragung erfolgen. Vielmehr können beispielsweise Einzelweisungen erst ab Kenntnis der Tagesordnung, also im Rahmen der Einberufung (§ 121 Abs. 3 S. 2 AktG) erteilt werden.

---

<sup>266</sup> Siehe hierzu auch [http://www.sdk.org/show\\_attachment.php?anlageID=26](http://www.sdk.org/show_attachment.php?anlageID=26); <http://www.dsw-info.de/Stimmrechtsvertretung.74.0.html>; ebenso *Gebler-AktG*, § 134 Rn. 11b.

<sup>267</sup> § 135 Abs. 2 S. 1 AktG in der Fassung vom 31.12.1999 bis 24.01.2001: „Die Vollmacht darf nur einem bestimmten Kreditinstitut und nur für längstens fünfzehn Monate erteilt werden.“

<sup>268</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 15 f.

<sup>269</sup> § 135 Abs. 1 S. 6 AktG entspricht in der grundsätzlichen Aussage dem § 135 Abs. 2 S. 2 AktG in der Fassung vom NaStraG: „Das Kreditinstitut hat den Aktionär jährlich und deutlich hervorgehoben auf die jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs und auf andere Vertretungsmöglichkeiten hinzuweisen.“

Aktionär und Stimmrechtsvertreter können somit einen Dauerauftrag für die Stimmrechtsvertretung schließen. Beim Kreditinstitut und bei der Aktionärsvereinigung findet ein Vertragsschluss häufig mit Abschluss des Depotvertrags bzw. mit Begründung der Mitgliedschaft statt.<sup>270</sup>

**(bb) Vertragsschluss während der Hauptversammlung**

Die Beauftragung des Stimmrechtsvertreters muss nicht zwingend vor Beginn der Hauptversammlung erfolgen. Ein Aktionär kann einen Dritten grundsätzlich auch noch während der Hauptversammlung mit der Stimmrechtsvertretung beauftragen.<sup>271</sup> Der spätest mögliche Zeitpunkt für die Beauftragung des Stimmrechtsvertreters ist der Moment, bevor der Versammlungsleiter mit der Abstimmung über die einzelnen Beschlussanträge beginnt.

Während der Hauptversammlung ist die Beauftragung eines individuellen Stellvertreters für den Aktionär mit zusätzlichen Schwierigkeiten verbunden. Nimmt der Aktionär überhaupt nicht an der Hauptversammlung teil, muss er während der Hauptversammlung zunächst Kontakt zu einer an der Hauptversammlung teilnehmenden Person herstellen, um diese dann zu beauftragen. Dies ist theoretisch zwar denkbar. In der Praxis wird die Durchführung jedoch zumeist an den schlechten oder sogar fehlenden Kommunikationsmöglichkeiten scheitern.<sup>272</sup> Aber selbst wenn der Aktionär eine an der Hauptversammlung teilnehmende Person beispielsweise telefonisch erreicht und ihr für die Stimmrechtsausübung Vollmacht erteilt, kann die Bevollmächtigung formunwirksam sein (§ 125 S. 1 BGB). Lediglich bei Zulässigkeit einer mündlich erteilten Stimmrechtsvollmacht (vgl. § 135 AktG oder § 134 Abs. 3 S. 3, 2. Hs. AktG i. V. m. einer Satzungsregelung) würde die telefonische Bevollmächtigung ausreichen. Bedarf die Vollmachtserteilung hingegen der Textform oder bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften sogar einem strengere-

---

<sup>270</sup> *Than/Hannöver*, in: Die Namensaktie, 279, 299.

<sup>271</sup> *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062.

<sup>272</sup> Siehe *Bienemann*, S. 140; *Giedinghagen*, S. 275; *Lenz*, S. 172; *Noack*, in: Unternehmensrecht und Internet, S. 13; *BMJ*, NZG 2004, 948, 955; *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 2002, 21, 25; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 184; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062.

ren Formerfordernis (vgl. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG i. V. m. Satzungsregelung), kann eine Vollmacht während laufender Hauptversammlung kaum wirksam erteilt werden, wenn der Aktionär zunächst nicht selbst an der Hauptversammlung teilnimmt.

Nimmt der Aktionär hingegen zunächst an der Hauptversammlung persönlich teil und möchte er diese nur früher verlassen, ist die Beauftragung eines Dritten mit der Stimmrechtsvertretung für ihn durchaus möglich. Der Aktionär ist lediglich bei der Auswahl des Stimmrechtsvertreters eingeschränkt. Er kann nur einen an der Hauptversammlung teilnehmenden Aktionär oder einen Aktionärsvertreter mit der Stimmrechtsausübung beauftragen.

Das Angebot eines Kreditinstituts oder einer Aktionärsvereinigung auf Stimmrechtsvertretung wird den Aktionären in der Regel vor der Hauptversammlung zugehen. Die Aktionäre müssen dieses Angebot jedoch nicht zwingend vor der Hauptversammlung annehmen. Die Beauftragung eines Kreditinstituts oder einer Aktionärsvereinigung ist auch noch während der Hauptversammlung möglich. Denkbar ist beispielsweise, dass der Aktionär sein ausgefülltes Vollmachtsformular in der Hauptversammlung bereit hält und an einen Mitarbeiter des Kreditinstituts oder der Aktionärsvereinigung übergibt.

Nimmt der Aktionär nicht an der Hauptversammlung teil, ist für die Beauftragung während der Hauptversammlung das Vorhandensein der entsprechenden Kommunikationsmittel erforderlich. Elektronische Kommunikationswege zur Kontaktaufnahme mit dem Kreditinstitut oder der Aktionärsvereinigung werden den Aktionären während der Hauptversammlung aus Kostengründen nur selten zur Verfügung stehen.<sup>273</sup> Daher findet die Beauftragung eines Kreditinstituts oder einer Aktionärsvereinigung in

---

<sup>273</sup> Siehe *Bienemann*, S. 140; *Giedinghagen*, S. 275; *Lenz*, S. 172; *BMJ*, NZG 2004, 948, 955; *Bunke*, in: *Die virtuelle HV*, 2002, 21, 25; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 184; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; *Noack*, in: *Unternehmensrecht und Internet*, S. 13; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062.

der Praxis nur in Ausnahmefällen während der Hauptversammlung statt.<sup>274</sup>

## **(2) Inhalt des Vertrags zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter**

Der Inhalt des Auftrags zwischen Aktionär und Stellvertreter ergibt sich zunächst aus den Vereinbarungen der Parteien. Darüber hinaus bestimmen die gesetzlichen Regelungen den Vertragsinhalt. Hauptpflicht des Beauftragten ist die unentgeltliche oder entgeltliche Besorgung des ihm vom Auftraggeber übertragenen Geschäfts.<sup>275</sup> Auf die Stimmrechtsausübung bezogen bedeutet dies, der Beauftragte muss das Stimmrecht für den Aktionär in der Hauptversammlung ausüben.<sup>276</sup> Der genaue Inhalt der Geschäftsbesorgung richtet sich nach den vom Auftraggeber erteilten Weisungen.<sup>277</sup>

Der Begriff der Weisung wird im Gesetz an verschiedenen Stellen verwendet, zum Beispiel in § 166 Abs. 2 S. 1 BGB, § 611a Abs. 1 S. 1 BGB a. F., § 676b Abs. 3 S. 6 BGB. Eine gesetzliche Definition der Weisung fehlt jedoch.<sup>278</sup> Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird als Weisung die einseitige Anordnung des Auftraggebers verstanden, durch die dem Beauftragten der Gegenstand sowie die Art und Weise seines Tuns vorgeschrieben wird.<sup>279</sup> Der Auftraggeber muss seinen Willen deutlich zum Ausdruck bringen. Die ausdrückliche Titulierung mit dem Wort „Weisung“ ist hingegen nicht erforderlich.<sup>280</sup> Die Weisungen dürfen nicht zu

---

<sup>274</sup> So auch *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 182; vgl. auch *Than/Hannöver*, in: *Die Namensaktie*, 279, 299.

<sup>275</sup> *Erman/H. Ehmman*, § 662 Rn. 15; *MK-BGB/Seiler*, § 662 Rn. 33; *Staudinger/Martinek*, § 662 Rn. 20.

<sup>276</sup> Zur Pflicht, von der Vollmacht tatsächlich Gebrauch zu machen, siehe *Hoffmann*, S. 74.

<sup>277</sup> *Ruoff*, S. 18 f.; *MK-AktG/Volhard*, § 134 Rn. 47.

<sup>278</sup> *MK-BGB/Seiler*, § 665 Rn. 3.

<sup>279</sup> *Staudinger/Martinek*, § 665 Rn. 6 ff.

<sup>280</sup> *MK-AktG/Kubis*, § 128 Rn. 38.

einer Änderung des Auftragsgegenstandes führen. Vielmehr ist nur eine Konkretisierung oder Modifizierung der Tätigkeit zulässig.<sup>281</sup>

### **(a) Zivilrechtliche Regelungen**

Im allgemeinen Zivilrecht ist der Beauftragte bei der Ausübung des Auftrags grundsätzlich an die ihm erteilten Weisungen gebunden.<sup>282</sup> Dies folgt im Umkehrschluss aus § 665 S. 1 BGB, wonach der Beauftragte nur unter bestimmten Voraussetzungen<sup>283</sup> von den erteilten Weisungen abweichen darf. § 665 S. 1 BGB regelt den Fall, dass sich nach der Weisungserteilung die für die Weisung bedeutsamen Umstände derart ändern,<sup>284</sup> dass der Beauftragte folglich davon ausgehen muss, der Auftraggeber würde bei Kenntnis der veränderten Sachlage abweichende Weisungen erteilen.<sup>285</sup> Dieser Zustand löst jedoch nicht unmittelbar das Recht bzw. die Pflicht aus, von den ursprünglich erteilten Weisungen abzuweichen. Vielmehr muss der Beauftragte dem Auftraggeber die Änderung anzeigen und auf ggf. abweichende Weisungserteilung warten (§ 665 S. 2 BGB). Nur wenn es dem Beauftragten aufgrund einer drohenden Gefahr<sup>286</sup> nicht möglich ist, mit dem Auftraggeber Rücksprache zu halten, ist der Beauftragte berechtigt, von der erteilten Weisung abzuweichen.<sup>287</sup>

Der Auftraggeber muss dem Beauftragten nicht zwingend Weisungen erteilen.<sup>288</sup> Weder § 662 BGB noch § 665 BGB beinhalten eine Weisungs-

---

<sup>281</sup> Erman/*H. Ehmman*, § 665 Rn. 4; MK-BGB/*Seiler*, § 665 Rn. 3, 12; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 6.

<sup>282</sup> MK-BGB/*Seiler*, § 665 Rn. 14.

<sup>283</sup> Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe MK-BGB/*Seiler*, § 665 Rn. 17 ff.; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 12 ff.

<sup>284</sup> Erman/*H. Ehmman*, § 665 Rn. 22; MK-BGB/*Seiler*, § 665 Rn. 17; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 12.

<sup>285</sup> MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 16 ff.; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 9 ff.; zur Frage, ob es sich um eine Pflicht oder ein Recht zu Abweichungen handelt, siehe *Kascha*, S. 48 ff.

<sup>286</sup> Typisches Beispiel für eine drohende Gefahr ist der Mangel an Zeit, siehe MK-BGB/*Seiler*, § 665 Rn. 25.

<sup>287</sup> MK-BGB/*Seiler*, § 662 Rn. 24 ff.; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 12 f.

<sup>288</sup> Erman/*H. Ehmman*, § 665 Rn. 21; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 11; der aktienrechtliche Ausnahmefall des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG wird im Zusam-

erteilungspflicht. Hat der Beauftragte keine Weisungen erhalten, so muss er nach eigenem Ermessen handeln. Hierbei muss der Beauftragte sich von dem Interesse seines Auftraggebers leiten lassen. Der Beauftragte muss so handeln, dass er annehmen darf, der Auftraggeber billige seine Entscheidung.<sup>289</sup>

Bei unklaren oder widersprüchlichen Weisungen muss der Beauftragte zunächst versuchen, den wahren Inhalt der Weisung durch Auslegung zu ermitteln (§§ 133 und 157 BGB).<sup>290</sup> Führt die Auslegung der Weisung zu keinem eindeutigen Ergebnis, muss der Beauftragte zunächst Rücksprache mit dem Auftraggeber halten. Ist dies nicht möglich, muss der Beauftragte entsprechend dem wohlverstandenen Interesse des Auftraggebers entscheiden.

Diese allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen über die Weisungserteilung und Weisungsbefolgung gelten auch für die Beauftragung eines Stimmrechtsvertreters für die Hauptversammlung, soweit das Aktienrecht keine besonderen Vorschriften enthält.

### **(b) Aktienrechtliche Regelungen**

#### **(aa) Weisungserteilung gegenüber einem Singularbevollmächtigten**

§ 134 Abs. 3 AktG enthält für den Singularbevollmächtigten keine Regelung über die Weisungserteilung oder Weisungsgebundenheit. Folglich ist auf die allgemeinen zivilrechtlichen Normen (§§ 662 ff. BGB) abzustellen.<sup>291</sup> Der Stimmrechtsvertreter muss somit bei jedem Beschlussgegenstand entsprechend der ihm vom Aktionär erteilten Weisung abstimmen. Erteilt der Aktionär Weisungen in Form von Einzelweisungen, muss er dem Aktionär für jeden Beschlussgegenstand mitteilen, ob er mit „ja“ oder „nein“ stimmen oder sich enthalten soll. Alternativ ist auch eine

---

menhang mit dem Gesellschaftsvertreter erläutert, siehe § 1 B. II. 2. c) bb) (3) (b).

<sup>289</sup> Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 13.

<sup>290</sup> Allgemein siehe Erman/*H. Ehmman*, § 665 Rn. 10; MK-BGB/*Seiler*, § 665 Rn. 15; Staudinger/*Martinek*, § 665 Rn. 8; speziell für Kreditinstitute siehe *Schöne*, WM 1992, 209, 210.

<sup>291</sup> MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 46.

Pauschalweisung zulässig. Die Pauschalweisung kann beispielsweise dahingehend lauten, immer für oder gegen die Vorschläge der Verwaltung zu stimmen.<sup>292</sup>

Ändern sich in der Hauptversammlung die der Abstimmungsentscheidung zugrunde liegenden Umstände, handelt es sich grundsätzlich um einen Fall des § 665 S. 1 BGB. § 665 S. 1 BGB kann im Zusammenhang mit der Stimmrechtsvertretung jedoch mit der RL 2007/36/EG kollidieren und folglich unanwendbar sein. Gem. Art. 10 Abs. 4 S. 1 RL 2007/36/EG ist der Vertreter verpflichtet, entsprechend den Anweisungen des Aktionärs, der ihn bestellt, abzustimmen. Der Wortlaut des Art. 10 Abs. 4 S. 1 RL 2007/36/EG sieht folglich lediglich die Weisungsbefolgungspflicht vor. Da die Richtlinie ein Abweichungsrecht für bestimmte Fälle jedoch nicht explizit ausschließt, kann es sich bei § 665 S. 1 BGB um eine zusätzliche Regelung handeln. Zusätzliche nationale Regelungen sind zulässig, soweit sie nicht mit dem Ziel der Richtlinie unvereinbar sind.

Ziel der RL 2007/36/EG war die Erleichterung der Stimmrechtsausübung für die Aktionäre und die Verbesserung der Wahrnehmung der Aktionärsrechte.<sup>293</sup> Dürfte der Stimmrechtsvertreter nicht von den erteilten Weisungen abweichen, müsste er sich bei veränderter Sachlage enthalten, um den Beschluss nicht zu beeinflussen. Eine Enthaltung entspricht jedoch nicht zwingend dem Interesse des Aktionärs. Vielmehr soll das Recht, von der erteilten Weisung abzuweichen, gerade dazu führen, im Interesse des Aktionärs zu handeln.<sup>294</sup> § 665 S. 1 BGB verstößt bei der Anwendung auf den Stimmrechtsvertreter folglich nicht gegen Art. 10 Abs. 4 S. 1 RL 2007/36/EG. Die nationale Ausnahmeregelung des § 665 BGB bleibt von der Richtlinie unberührt.

---

<sup>292</sup> MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 47.

<sup>293</sup> Siehe insbesondere die Erwägungsgründe 2 und 3 der RL 2007/36/EG; siehe auch Noack, NZG 2006, 321, 322 f.

<sup>294</sup> MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 46.

Die Rücksprache mit dem Aktionär wird dem Stimmrechtsvertreter in der Regel mangels vorhandener Kommunikationsmittel verwehrt sein.<sup>295</sup> Der Stimmrechtsvertreter muss dann von den ursprünglich erteilten Weisungen abweichen, soweit er davon ausgehen darf, die Änderung sei im Interesse des Aktionärs.

**(bb) Weisungserteilung gegenüber einem Kreditinstitut**

§ 135 AktG enthält einige Besonderheiten für die Weisungserteilung an ein Kreditinstitut. Die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts finden somit lediglich ergänzend Anwendung.<sup>296</sup> Der Aktionär kann sowohl Einzelweisungen als auch eine Pauschalweisung erteilen. Erteilt der Aktionär dem Kreditinstitut zu den einzelnen Beschlussgegenständen der Tagesordnung eine konkrete Weisung, muss das Kreditinstitut entsprechend der Weisung abstimmen.

Besonderheiten ergeben sich für den Fall der Pauschalweisung eines Aktionärs. Die bei der Singularbevollmächtigung bereits erläuterte Pauschalweisung, stets gemäß den Vorschlägen der Verwaltung abzustimmen, ist bei der Stimmrechtsvertretung durch ein Kreditinstitut nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 135 Abs. 4 AktG zulässig. Das Kreditinstitut muss dem Aktionär die Vorschläge der Verwaltung vor der Hauptversammlung zugänglich machen (§ 135 Abs. 4 S. 1 AktG). In der Praxis wird das Kreditinstitut dem Aktionär neben den Verwaltungsvorschlägen ebenfalls eigene Vorschläge für die Abstimmung zugänglich machen und den Aktionär darauf hinweisen, dass es bei fehlender Weisungserteilung entsprechend den eigenen Vorschlägen abstimmen wird (§ 135 Abs. 2 S. 3 AktG).<sup>297</sup> Das Kreditinstitut muss sich bei der Erstellung der eigenen Abstimmungsvorschläge grundsätzlich von den Interessen der Aktionäre leiten lassen (§ 135 Abs. 2 S. 2 AktG).

---

<sup>295</sup> Vgl. das Handyverbot auf der Hauptversammlung bei der *Henkel KGaA*, [http://www.henkel.de/de/content\\_data/164592\\_2010\\_HV\\_Hinweise\\_Ablauf\\_de.pdf](http://www.henkel.de/de/content_data/164592_2010_HV_Hinweise_Ablauf_de.pdf), S. 3.

<sup>296</sup> Ebenso *Hoffmann*, S. 74.

<sup>297</sup> Siehe zur Diskussion über die Unterbreitung eigener Abstimmungsvorschläge *Baums*, ZHR 171 (2007), 599, 604 ff.; *DSGV*, [http://presse.dsgv.de/owx\\_medien/media14/1454.pdf](http://presse.dsgv.de/owx_medien/media14/1454.pdf), S. 3, 9 f. und S. 16 f.

Bei fehlender Weisungserteilung darf das Kreditinstitut entsprechend der eigenen Abstimmungsvorschläge abstimmen (§ 135 Abs. 3 S. 1, 1. Halbs. AktG), soweit es die Aktionäre gem. § 135 Abs. 2 S. 3 AktG darauf hingewiesen hat. Trotz fehlender Weisungserteilung muss das Kreditinstitut von den eigenen Vorschlägen abweichen, wenn es den Umständen nach annehmen darf, dass der Aktionär bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde (§ 135 Abs. 3 S. 1, 2. Halbs. AktG). § 135 Abs. 3 S. 1, 2. Halbs. AktG ist wortgleich mit der allgemein zivilrechtlichen Regelung in § 665 BGB und somit als Spezialregelung vorrangig anzuwenden.

**(cc) Weisungserteilung gegenüber einer Aktionärsvereinigung**

Die Ausführungen zur Weisungserteilung an ein Kreditinstitut gelten sinngemäß für die Weisungserteilung an eine Aktionärsvereinigung. § 135 Abs. 8 AktG verweist auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 135 Abs. 1 bis 7 AktG, wenn eine Aktionärsvereinigung mit der Stimmrechtsvertretung beauftragt wird.

**(c) Zeitpunkt der Weisungserteilung**

Weder in den allgemein zivilrechtlichen Vorschriften noch in den speziellen Vorschriften des Aktienrechts finden sich Regelungen über den Zeitpunkt der Weisungserteilung. Der Aktionär kann die Weisung zusammen mit der Beauftragung erteilen. Dies geschieht oftmals vor Beginn der Hauptversammlung. Jedoch besteht auch während der Hauptversammlung grundsätzlich die Möglichkeit der erstmaligen oder erneuten Weisungserteilung. Problematisch kann ggf. die Kommunikation zwischen Auftraggeber und Beauftragtem während der Hauptversammlung sein.<sup>298</sup>

Eine später erteilte Weisung ist gleichzeitig als Widerruf der zuvor erteilten Weisung anzusehen. Letztmöglicher Zeitpunkt für die Weisungsertei-

---

<sup>298</sup> Siehe *Lommatzsch*, NZG 2001, 1017, 1020; siehe hierzu auch *Noack*, FS Lutter, 1463, 1481; *Than*, FS Peltzer, 577, 595.

lung ist der Moment, bevor der Hauptversammlungsleiter mit der Abstimmung beginnt.<sup>299</sup>

**(d) Form der Weisungerteilung**

Ein Formerfordernis für die Weisung kann sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben. Darüber hinaus kann sich ein Formerfordernis indirekt aus einer Pflicht zum Nachweis der Weisung oder zur Aufbewahrung der Weisung ableiten.

Für die Weisungerteilung des Aktionärs an den individuellen Stimmrechtsvertreter enthält das Gesetz keine Formanforderungen. Das in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG geforderte Textformerfordernis gilt dem Wortlaut nach nur für die Bevollmächtigung. Da Vollmacht und Grundverhältnis strikt voneinander zu trennen sind,<sup>300</sup> kann das Textformerfordernis des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG nicht auf die Weisungerteilung ausgeweitet werden. Auch §§ 662, 665 BGB enthalten keine speziellen Anforderungen an ein Formerfordernis für die Weisungerteilung. Die Weisungerteilung ist daher grundsätzlich formfrei möglich.

Für die Weisungerteilung an ein Kreditinstitut sieht das Aktienrecht ebenfalls keine gesetzliche Form vor.<sup>301</sup> § 135 Abs. 1 S. 7 AktG verpflichtet das Kreditinstitut zwar, den Aktionären die Weisungerteilung durch Formblatt oder Bildschirmformular zu erleichtern.<sup>302</sup> Selbst wenn das Kreditinstitut ein Formblatt oder ein Bildschirmformular zur Verfügung stellt, ist der Aktionär jedoch nicht dazu verpflichtet, dieses Formblatt oder Bildschirmformular für die Weisungerteilung zu verwenden. Der Aktionär kann die Form vielmehr frei wählen.<sup>303</sup> Diese Ansicht wird

---

<sup>299</sup> So auch *Schmitz*, S. 101 f.; *Lommatzsch*, NZG 2001, 1017, 1020; *dies.* (*Lommatzsch*), in: Die virtuelle HV, 2002, 35, 39; *Blank/Zetzsche*, K & R 2000, 486, 488.

<sup>300</sup> MK-BGB/*Schramm*, § 164 Rn. 96; *Staudinger/Schilken*, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 22 und Rn. 33.

<sup>301</sup> So auch *Horn*, S. 98; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 10; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 45; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 42;

<sup>302</sup> Zum Begriff „Erleichtern“ und der Kritik daran siehe *Goedsche*, S. 115 f.; Beispiele siehe bei *Lommatzsch*, NZG 2001, 1017, 1020.

<sup>303</sup> So *Goedsche*, S. 115 f.; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 10; *MK-AktG/*

durch die historische Auslegung des § 135 Abs. 1 S. 7 AktG verstärkt. Insbesondere die Lockerung der Formanforderungen durch das NaStraG hat aufgezeigt, dass der Gesetzgeber die Verwendung moderner Kommunikationsmittel vorsieht. Das in § 128 Abs. 3 AktG a. F. für bestimmte Fälle vorgesehene Schriftformerfordernis für die Weisungserteilung an Kreditinstitute wurde im Zuge des NaStraG gestrichen. Gleichzeitig wurde die Pflicht zur Weisungserteilung mittels Formblatt (§ 128 Abs. 2 S. 4 AktG a. F.) durch die Formfreiheit ersetzt. Übrig geblieben ist lediglich die Pflicht des Kreditinstituts, den Aktionären die Weisungserteilung zu erleichtern. Diese führt jedoch nicht zu einem bestimmten Formerfordernis für die Weisungserteilung an ein Kreditinstitut.

Auch aus der RL 2007/36/EG kann kein spezielles Formerfordernis für die Weisungserteilung abgeleitet werden. Art. 10 Abs. 4 S. 2 RL 2007/36/EG spricht allgemein von den Unterlagen der Abstimmungsanweisungen. Eine bestimmte Form ist nicht vorgesehen. Das Vorschreiben einer bestimmten Form würde auch dem Ziel der RL 2007/36/EG sowie dem Ziel des ARUG zuwiderlaufen. Durch die RL 2007/36/EG und das ARUG soll die Ausübung der Aktionärsrechte erleichtert werden.<sup>304</sup> Damit unvereinbar wäre das Aufstellen zusätzlicher Anforderungen an die Weisungserteilung. Die Aktionäre können einem Kreditinstitut somit per Fax oder E-Mail auf elektronischem Weg oder auch mündlich Weisungen für die Stimmrechtsausübung erteilen.

Ein Formerfordernis für die Weisungserteilung an einen Stimmrechtsvertreter ergibt sich auch nicht aus einer Nachweispflicht der Weisungen gegenüber der Aktiengesellschaft oder aus einer Aufbewahrungspflicht der Weisungen. Art. 10 Abs. 4 S. 2 der RL 2007/36/EG gestattet es den Mitgliedstaaten zwar vorzuschreiben, dass die Vertreter die Abstimmungsanweisungen für eine bestimmte Mindestdauer aufbewahren müssen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Umsetzungsmöglichkeit jedoch keinen Gebrauch gemacht. Weder das Aktienrecht noch die all-

---

*Schröer*, § 135 Rn. 42; i. E. auch *Götze*, NZG 2010, 93, 94.

<sup>304</sup> Siehe BT-Drucks. 16/13098, S. 1.

gemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen sehen eine Nachweis- oder Aufbewahrungspflicht der Weisungen für den Fall der Stimmrechtsvertretung vor. Eine Pflicht zum Nachweis oder zur Aufbewahrung der Weisungen gegenüber der Gesellschaft wäre auch nicht zweckmäßig. Die Weisungserteilung betrifft lediglich das Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Aktionär und Beauftragtem. Ein Rechtfertigungsgrund für die Begünstigung der Aktiengesellschaft als Außenstehende ist nicht ersichtlich. Der Aktionär kann dem Stimmrechtsvertreter somit formfrei Weisungen erteilen.

Aufgrund des Verweises in § 135 Abs. 8, 1. Halbs. AktG auf die sinnvolle Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 7 AktG kann ein Aktionär einer Aktionärsvereinigung ebenfalls formfrei Weisungen erteilen.

## **bb) Bevollmächtigung im Außenverhältnis**

### **(1) Stellvertretung**

Das Außenverhältnis zwischen Aktionär und Stimmrechtsausübendem ist als Stellvertretung zu qualifizieren. Auf die Stellvertretung im Aktienrecht finden neben den aktienrechtlichen Vorschriften (§§ 134 Abs. 3, 135 AktG) die allgemein zivilrechtlichen Regelungen der §§ 164 ff. BGB Anwendung. Eine wirksame Stellvertretung setzt grundsätzlich eine eigene Willenserklärung des Vertreters, das Auftreten des Vertreters im Namen des Vertretenen sowie das Handeln des Vertreters im Rahmen seiner Vertretungsmacht voraus (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Dies gilt auch für die Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung, soweit § 164 Abs. 1 S. 1 BGB nicht durch speziellere Vorschriften ersetzt wird.<sup>305</sup>

### **(a) Eigene Stimmabgabe des Stimmrechtsvertreters**

Die Ausübung der Aktionärsrechte und somit auch des Stimmrechts erfolgt nach dem gesetzlichen Regelfall „in“ der Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 S. 1 AktG). Haben die Aktionäre keine Satzungsregelungen für die Ausübung des Stimmrechts vereinbart, so gilt das Präsenzgebot. Nur wenn die Satzung einer Aktiengesellschaft es ausdrücklich vorsieht, kann

---

<sup>305</sup> Siehe *Haase*, S. 215; *Hoffmann*, S. 75; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 134 Rn. 16.

ein Aktionär an der Hauptversammlung teilnehmen und sein Stimmrecht ausüben ohne gleichzeitig körperlich anwesend zu sein (§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG). Die Zulässigkeit einer schriftlichen Stimmabgabe im Wege der Briefwahl ist ebenfalls nur bei entsprechender Satzungsgestaltung möglich (§ 118 Abs. 2 AktG).

Kann der Aktionär nicht selbst an der Hauptversammlung teilnehmen, muss er sich bei Zugrundelegung des gesetzlichen Regelfalls einer Person bedienen, die die Stimme für ihn „in“ der Hauptversammlung abgibt. Ein Bote erfüllt diese Voraussetzung nicht. Er würde lediglich die Stimmabgabe des Aktionärs übermitteln. Die Abgabe der Stimme würde bei der Übermittlung durch einen Boten jedoch sowohl zeitlich als auch räumlich vor und außerhalb der Hauptversammlung stattfinden. Lediglich der Zugang der Erklärung würde in der Hauptversammlung erfolgen, indem der Bote die Stimmabgabe des Aktionärs an den Hauptversammlungsleiter weitergibt. Die Stimmrechtsausübung durch einen Boten ist mit dem gesetzlichen Regelfall des § 118 Abs. 1 S. 1 AktG daher nicht vereinbar.<sup>306</sup> Anders ist das bei der Stellvertretung. Hierbei muss der Stellvertreter eine eigene Willenserklärung, konkret eine eigene Stimme, abgeben (vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Bei der Stellvertretung ist der Aktionär zwar nicht körperlich in der Hauptversammlung anwesend. Da die Abgabe der Stimme jedoch erst durch den Stellvertreter erfolgt, der wiederum an der Hauptversammlung teilnimmt, ist die Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter mit § 118 Abs. 1 S. 1 AktG vereinbar.

#### **(b) Stimmabgabe im Namen des Aktionärs**

Erscheint der Aktionär selbst in der Hauptversammlung, kann die Aktiengesellschaft dies anhand des Teilnehmerverzeichnisses (§ 129 Abs. 1 S. 2 AktG) erkennen. Übt hingegen ein Dritter das Stimmrecht für den Aktionär aus, wird nicht ohne Weiteres erkennbar, für wen der Dritte handelt. Ein Treuhänder oder Legitimationszessionar beispielsweise tritt

---

<sup>306</sup> KK-AktG/Zöllner, § 134 Rn. 70; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 70; MK-AktG/Kubis, § 118 Rn. 35; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 70; K. Schmidt/Lutter/Spinder, § 134 Rn. 63.

grundsätzlich im eigenen Namen auf.<sup>307</sup> Bei der Stellvertretung gilt hingegen grundsätzlich das Offenkundigkeitsprinzip (vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Stellvertreter muss seine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgeben. Vom Offenkundigkeitsprinzip kann im allgemeinen Zivilrecht nur in seltenen Fällen abgewichen werden.<sup>308</sup> So muss ein Stellvertreter nicht zu erkennen geben, ob er für sich oder für einen anderen auftritt, wenn es dem Geschäftsgegner gleichgültig ist, mit wem das Geschäft zustande kommt. Typische Anwendungsfälle des sog. Geschäfts für den, den es angeht, sind Bargeschäfte des täglichen Lebens<sup>309</sup> oder Geschäfte für den Lebensbedarf der Familie (§ 1357 Abs. 1 S. 2 BGB).

Bei der Anwendung des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB auf den Stimmrechtsvertreter in der Aktiengesellschaft muss der Stellvertreter das Stimmrecht im Namen des Aktionärs ausüben. Für die Stimmrechtsvertretung im Aktienrecht finden sich in §§ 134 f. AktG jedoch besondere Vorschriften. Diese sind vorrangig vor § 164 Abs. 1 S. 1 BGB anzuwenden.

**(aa) Offene und verdeckte Stimmrechtsausübung durch ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung**

Bei der Stimmrechtsausübung durch ein Kreditinstitut kehrt sich das zivilrechtliche Regel-Ausnahme-Verhältnis des Offenkundigkeitsprinzips um. Der Wortlaut des § 135 Abs. 5 S. 2 AktG sieht die Stimmrechtsausübung im Namen dessen, den es angeht, als Regelfall an. Soll das Kreditinstitut das Stimmrecht hingegen im Namen des Aktionärs ausüben, muss das aus der Vollmacht ausdrücklich hervorgehen. Die Wortlautauslegung wird durch die historische Auslegung verstärkt. Vor In-Kraft-Treten des ARUG sah das Gesetz beide Arten der Stimmrechtsausübung gleichrang-

---

<sup>307</sup> Siehe *Nodoushani*, S. 116 ff. An dieser Stelle wirkt sich die Konstellation aus, dass bei Namensaktien das Kreditinstitut für den Aktionär im Aktienregister eingetragen ist. Da das Kreditinstitut Inhaber der Aktien wird und somit nicht mehr im fremden Namen handelt, liegt auch keine Stellvertretung vor, siehe *García Mateos*, S. 239 f.

<sup>308</sup> Zu den Ausnahmen im allgemeinen Geschäftsverkehr siehe *Bamberger/Roth/Habermeier*, § 164 Rn. 27 ff.; *MK-BGB/Schramm*, § 164 Rn. 47 ff.; *Staudinger/Schilken*, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 51 ff.

<sup>309</sup> *Bamberger/Roth/Habermeier*, § 164 Rn. 27; *Erman/H. Palm*, § 164 Rn. 9; *MK-BGB/Schramm*, § 164 Rn. 51 f.; *Staudinger/Schilken*, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 53.

ig nebeneinander vor (§ 135 Abs. 4 S. 1, 2 AktG a. F.).<sup>310</sup> Der Gesetzgeber hat die Änderung jedoch bewusst vorgenommen. Die Änderung stellt eine Anpassung an den schon vor dem ARUG in der Praxis vorherrschenden Regelfall<sup>311</sup> dar.<sup>312</sup> Der Sinn und Zweck der Stimmrechtsvertretung durch ein Kreditinstitut spricht ebenfalls dafür, die verdeckte Stimmrechtsausübung als Regelfall anzusehen. Der Aktionär soll die Möglichkeit haben, gegenüber der Aktiengesellschaft und den übrigen Aktionären anonym zu bleiben.<sup>313</sup> Dies ist nur gewährleistet, wenn das Kreditinstitut das Stimmrecht im Namen dessen ausübt, den es angeht.

Die Stimmrechtsausübung im Namen dessen, den es angeht, (§ 135 Abs. 5 S. 2 AktG) kann jedoch gegen Art. 10 Abs. 1 S. 1 RL 2007/36/EG verstoßen. Die Formulierung in Art. 10 Abs. 1 S. 1 RL 2007/36/EG („in seinem Namen“) deutet darauf hin, dass für die Stimmrechtsvertretung das Offenkundigkeitsprinzip eingehalten werden muss. Die verdeckte Stimmrechtsausübung findet keine ausdrückliche Erwähnung in der RL 2007/36/EG. Für die Vereinbarkeit des § 135 Abs. 5 S. 2 AktG mit Art. 10 Abs. 1 S. 1 RL 2007/36/EG spricht jedoch, dass die RL 2007/36/EG die Stimmrechtsausübung im Namen dessen, den es angeht, nicht ausdrücklich verbietet. Die Regelung des § 135 Abs. 5 S. 2 AktG stellt somit eine zusätzliche Regelung des nationalen Gesetzgebers dar, die erlassen werden darf, soweit sie mit dem Ziel der RL 2007/36/EG einhergeht und nicht gegen andere europäische oder nationale Vorschriften verstößt.

---

<sup>310</sup> So auch *Hoffmann*, S. 78; a. A. *Haase*, S. 225.

<sup>311</sup> So auch *Hoffmann*, S. 78; *Nodoushani*, S. 116; *Ruoff*, S. 29; ebenso *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 5. d) (S. 196 und 198).

<sup>312</sup> So die Begründung des RegE-ARUG, BR-Drucks. 847/08, S. 53.

<sup>313</sup> *Hoffmann*, S. 78; bei der Stimmrechtsvertretung bei Namensaktien kann der Aktionär lediglich gegenüber den anderen Aktionären anonym bleiben. Die Gesellschaft kennt hingegen aufgrund der Eintragung im Aktienregister (§ 67 AktG) den wirklichen Aktionär, soweit nicht das Kreditinstitut als Treuhänder im Aktienregister eingetragen ist, siehe hierzu *García Mateos*, S. 240 f.; ebenso *Hommelhoff/Teichmann*, in: Reform des Aktienrechts, 103, 120; *Noack*, ZIP 2001, 57, 59.

Die RL 2007/36/EG hat das ausdrückliche Ziel, die Stimmrechtsausübung für die Aktionäre zu erleichtern.<sup>314</sup> Verglichen mit der Pflicht, das Offenkundigkeitsprinzip zwingend einzuhalten, ist die verdeckte Stimmrechtsausübung bzw. die Wahlmöglichkeit zwischen offener und verdeckter Stimmrechtsausübung für die Aktionäre vorteilhaft und dient somit indirekt dem Ziel der Erleichterung der Stimmrechtsausübung. Die verdeckte Stimmrechtsausübung für die Aktionäre ist ebenfalls mit einem weiteren Ziel des nationalen Gesetzgebers vereinbar, nämlich der Deregulierung des Depotstimmrechts. Die Stimmrechtsausübung im Namen dessen, den es angeht (§ 135 Abs. 5 S. 2 AktG), ist folglich mit Art. 10 Abs. 1 S. 1 RL 2007/36/EG vereinbar.

Aufgrund des Verweises in § 135 Abs. 8 AktG auf die sinngemäße Anwendung des Abs. 5 gelten die Ausführungen für Kreditinstitute ebenfalls für die Stimmrechtsvertretung durch eine Aktionärsvereinigung.

**(bb) Offene und verdeckte Stimmrechtsausübung durch einen Singularbevollmächtigten**

Zu überlegen ist, ob der Singularbevollmächtigte ebenfalls als verdeckter Stimmrechtsvertreter agieren darf oder ob er das Stimmrecht immer im Namen des Aktionärs ausüben muss. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG regelt die Art der Stimmrechtsausübung nicht. Es kann der Grundsatz des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB anzuwenden sein.

Die Regelung über die verdeckte Stimmrechtsausübung bei Kreditinstituten (§ 135 Abs. 5 S. 2 AktG) kann jedoch auf den Singularbevollmächtigten entsprechend anwendbar sein. § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG verweist ausdrücklich auf die Anwendbarkeit des § 135 Abs. 5 AktG. Dann muss § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG zunächst für den Singularbevollmächtigten gelten.

Der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG regelt indessen nur die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter, nicht hingegen die

---

<sup>314</sup> Erwägungsgründe 2 und 3 der RL 2007/36/EG.

Stimmrechtsvertretung durch einen Singularbevollmächtigten.<sup>315</sup> Wortlaut und Systematik der Vorschrift deutet somit nicht auf eine Anwendung des § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf den Singularbevollmächtigten hin. Die Verbindung der beiden Halbsätze in § 134 Abs. 3 S. 5 AktG durch ein Semikolon zeigt ebenfalls die Zugehörigkeit des 2. Halbsatzes zum 1. Halbsatz. Diese Ansicht wird dadurch bestärkt, dass beide Halbsätze des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG zusammen durch das NaStraG ins Aktiengesetz eingeführt wurden. Hätte der Gesetzgeber eine Geltung des § 135 Abs. 2 S. 5 AktG für alle in § 134 Abs. 3 AktG genannten Stimmrechtsvertreter gewollt, hätte er dies in einem alleinstehenden Satz regeln müssen. Für diese Ansicht spricht auch der Wortlaut des § 129 Abs. 2 S. 1 AktG,<sup>316</sup> der wie § 134 AktG zum Vierten Abschnitt des Aktiengesetzes (Titel „Hauptversammlung“) gehört. Im Zusammenhang mit der verdeckten Stimmrechtsausübung nennt das Gesetz in § 129 Abs. 2 S. 1 AktG nur Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen, nicht hingegen den Singularbevollmächtigten. Gründe für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf den Singularbevollmächtigten sind ebenfalls nicht ersichtlich.<sup>317</sup> Die Regelung der verdeckten Stimmrechtsvertretung i. S. v. § 135 Abs. 5 S. 2 AktG ist nicht auf den Singularbevollmächtigten anwendbar.

Der Singularbevollmächtigte kann gleichwohl als verdeckter Stimmrechtsvertreter auftreten, wenn ein bürgerlich rechtlicher Ausnahmefall des Offenkundigkeitsprinzips vorliegt. Die dafür erforderliche Gleichgültigkeit des Geschäftspartners über die Person des Vertretenen, die für ein Geschäft für den, den es angeht, typisch ist,<sup>318</sup> muss somit auch bei der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft vorliegen. Dies ist in der Regel der Fall. Insbesondere dann, wenn eine Aktiengesellschaft Inha-

---

<sup>315</sup> Kritisch hierzu *García Mateos*, S. 247.

<sup>316</sup> *Hüffer*, § 129 Rn. 11; *Noack*, ZIP 2001, 57, 59.

<sup>317</sup> *Bunke* schreibt nichts dazu, sondern nennt bei § 134 Abs. 3 S. 5 ausschließlich den Gesellschaftsvertreter, vgl. *Bunke*, AG 2002, 57, 71; kritisch hierzu *García Mateos*, S. 247 f.

<sup>318</sup> MK-BGB/*Schramm*, § 164 Rn. 49; Palandt/*Ellenberger*, § 164 Rn. 8; Staudinger/*Schilken*, Vorbem zu §§ 164 ff Rn. 53.

beraktien ausgibt, signalisiert sie, dass sie kein Interesse an der Kenntnis von der Person des Aktionärs hat. Die Stimmrechtsvertretung stellt dann einen Ausnahmefall vom Offenkundigkeitsprinzip dar. Ein Singularbevollmächtigter kann folglich auch als verdeckter Stimmrechtsvertreter auftreten.<sup>319</sup>

**(cc) Die Auswirkung der Unterscheidung zwischen offener und verdeckter Stimmrechtsausübung**

Die Unterscheidung zwischen der Stimmrechtsausübung im Namen des Aktionärs und im Namen dessen, den es angeht, hat keine Auswirkungen auf die Rechtsfolgen der Stellvertretung. In beiden Fällen wirkt das Rechtsgeschäft ausschließlich gegen den Vertretenen.

Unterschiede ergeben sich lediglich bei den Angaben im Teilnehmerverzeichnis (§ 129 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG).<sup>320</sup> Übt der Stimmrechtsvertreter, wie bei der Singularbevollmächtigung, das Stimmrecht im Namen des Aktionärs aus, so werden im Teilnehmerverzeichnis sowohl zur Person des Aktionärs als auch zur Person des Stimmrechtsvertreters die erforderlichen Angaben<sup>321</sup> aufgeführt (§ 129 Abs. 1 S. 2 AktG). Im Teilnehmerverzeichnis erfolgt häufig ein Hinweis auf den Eigenbesitz.<sup>322</sup> Etwas anderes gilt für den Fall der verdeckten Stimmrechtsvertretung. § 129 Abs. 1 S. 2 AktG unterscheidet zwar nicht zwischen offener und verdeckter Stimmrechtsvertretung. § 129 Abs. 2 S. 2 AktG enthält für die verdeckte Stimmrechtsvertretung jedoch spezielle Vorschriften. Bei einem als verdeckter Stellvertreter auftretenden Kreditinstitut oder einer gem. § 135 Abs. 8 AktG gleichgestellten Person muss nur die Person des Stellvertreters ins Teilnehmerverzeichnis eingetragen werden. Zusätzlich zu Namen und Wohnsitz des Stellvertreters ist seine Eigenschaft als Stimmrechtsvertreter anzugeben.<sup>323</sup> Der Name des Aktionärs braucht

---

<sup>319</sup> A. A. Hüffer, § 129 Rn. 11; vgl. auch *García Mateos*, S. 236 und S. 247 f.

<sup>320</sup> *Nodoushani*, S. 114; *Großkomm-AktG/Werner*, § 129 Rn. 25 ff.; *MK-AktG/Kubis*, § 129 Rn. 22 ff.

<sup>321</sup> Zum Inhalt siehe *Hüffer*, § 129 Rn. 2 f.; *MK-AktG/Kubis*, § 129 Rn. 23 ff.

<sup>322</sup> Siehe *MünchHdb.AG/Semler*, § 36 Rn. 25; *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 3. c) (S. 190).

<sup>323</sup> *Goedsche*, S. 121; *Nodoushani*, S. 113 f.; *Großkomm-AktG/Werner*, § 129

hingegen nicht aufgeführt werden (§ 129 Abs. 2 S. 2 AktG). Das ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der verdeckten Stimmrechtsausübung. Indem ausschließlich der Stimmrechtsvertreter ins Teilnehmerverzeichnis aufgenommen wird, wird dem Interesse des Aktionärs auf Anonymität seiner Person Rechnung getragen.<sup>324</sup>

### (c) Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht

Das Stimmrecht darf grundsätzlich nur vom Aktionär ausgeübt werden. Der Stimmrechtsvertreter wird erst durch die Erteilung der Vertretungsmacht legitimiert, das Stimmrecht für den Aktionär wahrzunehmen.<sup>325</sup> Die Vertretungsmacht umschreibt damit das rechtliche Können des Stellvertreters, eine Willenserklärungen mit Wirkung für einen anderen abgeben und entgegennehmen zu können.<sup>326</sup>

Der Umfang der Vertretungsmacht ergibt sich aus dem Inhalt der Bevollmächtigung.<sup>327</sup> Als Vollmachtgeber legt der Aktionär den Umfang der Vertretungsmacht selbst fest. Trotz getrennter Betrachtung von Grundverhältnis und Vollmacht kann das Grundverhältnis für die Auslegung des Inhalts der Vollmacht herangezogen werden.<sup>328</sup> Die vom Aktionär an den Stimmrechtsvertreter erteilten Weisungen füllen den Umfang der Vertretungsmacht aus.<sup>329</sup> Eine Bevollmächtigung kann wie folgt formuliert werden.

---

Rn. 30; Hüffer, § 129 Rn. 11; MK-AktG/Kubis, § 129 Rn. 32; siehe Obermüller/Werner/Winden, E. IV. 5. e) (S. 198); Noack, ZIP 2001, 57, 59.

<sup>324</sup> MK-AktG/Kubis, § 129 Rn. 22; MünchHdb.AG/Semler, § 36 Rn. 25; Lommatzsch, in: Die virtuelle HV, 35, 36.

<sup>325</sup> Bamberger/Roth/Habermeier, § 164 Rn. 35; MK-BGB/Schramm, § 164 Rn. 68; Staudinger/Schilken, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 17.

<sup>326</sup> MK-BGB/Schramm, § 164 Rn. 68; Staudinger/Schilken, Vorbem zu §§ 164 ff. Rn. 16.

<sup>327</sup> MK-BGB/Schramm, § 164 Rn. 70.

<sup>328</sup> Bamberger/Roth/Habermeier, § 167 Rn. 22; Erman/H. Palm, § 164 Rn. 14 f.; MK-BGB/Schramm, § 164 Rn. 70.

<sup>329</sup> So auch Hoffmann, S. 78; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 56; Palandt/Heinrichs, § 167 Rn. 5.

*„Hiermit bevollmächtige ich Herrn/Frau X, mich in der am ... (Datum) stattfindenden Hauptversammlung der X-AG zu vertreten und mein Stimmrecht aus ... (Anzahl) Stück Inhaberaktien der X-AG im Gesamtnennbetrag von ... (Summe) € für mich auszuüben.“<sup>330</sup>*

Zu überlegen ist, ob diese Vollmacht den Stimmrechtsvertreter lediglich zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigt oder ob er auch zur Vornahme der übrigen Rechtshandlungen in der Hauptversammlung berechtigt ist. Durch Auslegung der Vollmacht soll der Geschäftswille des Vollmachtgebers ermittelt werden.<sup>331</sup> Für die Auslegung der Vollmacht gelten die §§ 133, 157 BGB. Es ist der wirkliche Wille des Vertretenen zu ermitteln sowie herauszufinden, was der Bevollmächtigte nach dem objektiven Empfängerhorizont verstehen durfte.<sup>332</sup>

Vom Wortlaut der obigen Vollmacht wird ausdrücklich nur das Stimmrecht des Aktionärs erfasst. Das kann als Begrenzung der Vollmacht auf die Ausübung des Stimmrechts gesehen werden. Schließlich steht es dem Aktionär frei, auch die Ausübung der übrigen Aktionärsrechte wie Frage- und Rederechte (§ 131 AktG) in die Bevollmächtigung aufzunehmen.

Eine automatische Ausweitung der Vollmacht zur Stimmrechtsausübung auf die Ausübung weiterer Aktionärsrechte kann sich jedoch aus der Systematik des Aktienrechts ergeben. Schließlich setzt der gesetzliche Regelfall der Stimmrechtsausübung zumindest die Teilnahme an der Hauptversammlung voraus (§ 118 Abs. 1 S. 1 AktG).<sup>333</sup>

---

<sup>330</sup> In Anlehnung an MünchVertragsHdb.GesR I/Hölters, V. 101 f.

<sup>331</sup> Allgemein siehe Erman/H. Palm, § 167 Rn. 29; Bamberger/Roth/Habermeier, § 167 Rn. 22; Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 84; speziell für die Stimmrechtsvertretung vgl. MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 56; Ratschow, DStR 2009, 1402, 1406.

<sup>332</sup> Erman/H. Palm, § 167 Rn. 29; MK-BGB/Schramm, § 167 Rn. 80; Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 84.

<sup>333</sup> So i. E. auch MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 56; Hdb-HV/Bärwald, I C 19; Ratschow, DStR 2009, 1402, 1406.

Die Auslegung der Vollmacht nach dem objektiven Empfängerhorizont des Bevollmächtigten führt ebenfalls dazu, den Umfang der Vollmacht auf das Teilnahmerecht auszuweiten. Der Vollmachtsempfänger kann jedoch nicht davon ausgehen, dass er auch zur Ausübung der übrigen Aktionärsrechte befugt ist.<sup>334</sup> Die Vollmacht zur Stimmrechtsausübung umfasst folglich in der Regel neben dem Stimmrecht auch das Recht, an der Hauptversammlung teilzunehmen.<sup>335</sup>

#### **(d) Rechtsfolge der wirksamen Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters**

Eine wirksame Stimmrechtsbevollmächtigung hat zur Folge, dass die Wirkungen der unter Stellvertretung abgegebenen Stimme unmittelbar und direkt nur den Aktionär als Vertretenen treffen (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Obwohl der Vertreter das Stimmrecht ausübt, treffen ihn die Folgen nicht persönlich.<sup>336</sup> Der Aktionär kann sich gegenüber der Aktiengesellschaft im Nachhinein auch nicht darauf berufen, sein Vertreter habe nicht in seinem Interesse oder entsprechend seinen Weisungen abgestimmt.<sup>337</sup>

#### **(2) Formerfordernis der Bevollmächtigung**

Für die Wirksamkeit der Vollmacht kann die Einhaltung einer bestimmten Form erforderlich sein.<sup>338</sup> Gem. § 167 Abs. 2 BGB kann eine Vollmacht grundsätzlich formfrei erteilt werden. Dies gilt für die Bevoll-

---

<sup>334</sup> So aber MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 56.

<sup>335</sup> So auch MünchHdb.AG/*Semler*, § 36 Rn. 13; *Wiedemann*, GesR I, § 8 IV. 2. b) (S. 467); vgl. auch *Ratschow*, DStR 2009, 1402, 1406.

<sup>336</sup> *Bamberger/Roth/Habermeier*, § 164 Rn. 36; *Palandt/Heinrichs*, § 164 Rn. 15; *Studinger/Schilken*, § 164 Rn. 9; konkret für die Stimmrechtsvertretung siehe Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 114.

<sup>337</sup> Allgemein vgl. *Erman/H. Palm*, Vor § 164 Rn. 6; MK-BGB/*Schramm*, § 164 Rn. 105; *Staudinger/Schilken*, § 164 Rn. 6; speziell für die Stimmrechtsvertretung siehe MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 61.

<sup>338</sup> So die h. M.; BGHZ 49, 183, 194; OLG Hamm AG 2001, 146, 146 – „Hucke AG“; ebenso *García Mateos*, S. 245; so bereits *Hoffmann*, S. 75 zur Rechtslage vor dem NaStraG; siehe auch *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 3. c) (S. 189); nach a. A. ist das Formerfordernis in § 134 AktG lediglich als Legitimationsvoraussetzung anzusehen, siehe MünchHdb.AG/*Semler*, § 38 Rn. 50; *Than*, FS Peltzer, 577, 587; *Ludwig*, AG 2002, 433, 435.

mächtigung zur Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung nur, soweit sich aus einer spezielleren Regelung nichts Anderes ergibt. § 134 Abs. 3 und § 135 AktG können jedoch speziellere Bestimmungen für die Form der Bevollmächtigung vorsehen.

**(a) Formerfordernis der Singularbevollmächtigung**

Für die Singularbevollmächtigung ist gem. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG die Textform als gesetzlicher Regelfall vorgesehen.<sup>339</sup> Der Aktionär muss die Bevollmächtigung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgeben. Der Aktionär als Vollmachtgeber muss in der Erklärung somit genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden (§ 126b BGB).

Das Textformerfordernis in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG ist nicht als abschließende Regelung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG formuliert. Das Gesetz sieht die Satzungsdispositivität ausdrücklich vor. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG unterscheidet hierbei zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften.<sup>340</sup>

Bei börsennotierten Aktiengesellschaften kann die Satzung oder die Einberufung der Hauptversammlung aufgrund einer Ermächtigung durch die Satzung Erleichterungen für die Form der Bevollmächtigung eines Singularbevollmächtigten vorsehen (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG). Als Erleichterung ist jedes Formerfordernis anzusehen, welches geringere Anforderungen an die Form stellt als das Textformerfordernis. Die Satzung kann daher auch die mündliche Form der Bevollmächtigung vorsehen,<sup>341</sup> da die Aufhebung jeglicher Formerfordernisse unter den Begriff der Erleich-

---

<sup>339</sup> Kritisch zu der Lockerung der Formanforderung siehe BR-Drucks. 847/08, S. 7.

<sup>340</sup> Diese Unterscheidung findet sich bereits im Vorschlag von *Hommelhoff/Teichmann*, in: *Reform des Aktienrechts*, 2003, 103, 1121 ff.

<sup>341</sup> So *García Mateos*, S. 244; *Goedsche*, S. 124; *Horn*, S. 97; MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 49; *Ludwig*, AG 2002, 433, 434; *J. Schmidt*, NZG 2006, 487, 488; a. A. *Noack*, FS H. P. Westermann, 1203, 1212.

terung fällt.<sup>342</sup> Diese Wortlautauslegung findet Bestätigung sowohl durch die historische als auch durch die Normzweckauslegung. Ziel der Einführung der Satzungserleichterung im Zuge des NaStraG war es, für jede Gesellschaft individuell passende Lösungen zu ermöglichen.<sup>343</sup> Die Aktiengesellschaft soll selbst darüber entscheiden können, ob sie Formanforderungen an die Vollmachtserteilung stellen will.<sup>344</sup>

Die Satzung einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft kann Abweichungen jeglicher Art von dem Textformerfordernis enthalten (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG). Der Begriff „Abweichungen“ erfasst neben Erleichterungen der Textform auch strengere Anforderungen.<sup>345</sup> Die systematische Auslegung bestätigt die Wortlautauslegung. Würde der Begriff der Abweichung in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG lediglich Erleichterungen erfassen, wäre eine Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften obsolet.<sup>346</sup> Vor dem ARUG war die gesellschaftsvertragliche Regelung von Formerschwerungen für die Vollmachtserteilung nach herrschender Meinung nicht zulässig.<sup>347</sup> Der Gesetzgeber hat sich bei der Verabschiedung des ARUG jedoch bewusst für diese Änderung entschieden. Dies ist der Gesetzesbegründung des ARUG-E zu entnehmen.<sup>348</sup> Die Satzung einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft kann abweichend vom Textformerfordernis des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG somit sowohl eine Erleichterung als auch ein strengeres Formerfordernis verlangen.

#### **(b) Formerfordernis für die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts**

Der Wortlaut des § 135 AktG enthält keine Regelung für die Form der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts mit der Stimmrechtsausübung.

---

<sup>342</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 134 Rn. 18; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 49; Ludwig, AG 2002, 433, 434.

<sup>343</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

<sup>344</sup> Ludwig, AG 2002, 433, 434.

<sup>345</sup> So i. E. auch Hüffer, § 134 Rn. 22a.

<sup>346</sup> Vgl. auch Hüffer, § 134 Rn. 22a f.

<sup>347</sup> Goedsche, S. 124 f.; Heckelmann, S. 157 f.; siehe auch Hdb-HV/Bärwald, § 10 Rn. 28; Bunke, AG 2002, 57, 62; Marsch-Barner, FS Peltzer, 261, 273.

<sup>348</sup> BT-Drucks. 16/11642, S. 49.

Somit gilt grundsätzlich die Formfreiheit der Generalvorschrift des § 167 Abs. 2 BGB.

Aus gesetzessystematischer Sicht kann das Formerfordernis aus § 134 Abs. 3 S. 3 AktG aber gegenüber § 167 Abs. 2 BGB als *lex specialis* für die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts heranzuziehen sein.<sup>349</sup>

Diesem Argument lässt sich jedoch die historische Auslegung entgegenhalten. Schließlich regelte § 135 Abs. 2 S. 1 AktG von 1965 bis 2001 ausdrücklich ein Schriftformerfordernis für die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts mit der Stimmrechtsausübung. Durch das NaStraG wurde das Schriftformerfordernis bewusst abgeschafft.<sup>350</sup> Gründe für die Abschaffung des Formzwangs waren die Internationalisierung der Aktienmärkte sowie der Wunsch, sich dem praktischen Bedürfnis nach dem Einsatz moderner Technologien zu öffnen.<sup>351</sup> Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung bei der Verabschiedung des ARUG bestätigt. Der Referentenentwurf des ARUG wollte noch die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts an die Vollmachtserteilung an einen Singularbevollmächtigten anpassen und sah einheitlich für alle Stimmrechtsvertreter das Textformerfordernis vor.<sup>352</sup> Da der Gesetzgeber das Depotstimmrecht mit dem ARUG aber weiter entbürokratisieren wollte,<sup>353</sup> ist er dem Vorschlag des Referentenentwurfs nicht gefolgt. Der Gesetzgeber hat die Formfreiheit vielmehr bestätigt. Der historischen Auslegung ist aufgrund der wiederholten und ausdrücklich geäußerten Absicht des Gesetzgebers Vorrang

---

<sup>349</sup> Siehe hierzu die Erläuterungen von *Heckelmann*, S. 156; *Bunke*, AG 2002, 57, 61; *Marsch-Barner*, FS Peltzer, 261, 273; *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 399.

<sup>350</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 15; so auch *Goedsche*, S. 133; *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 5. d) (S. 195); *Than*, FS Peltzer, 577, 591.

<sup>351</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 15; ebenso *Giedinghagen*, S. 270 f.

<sup>352</sup> Siehe ARUG RefE, § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 134 Abs. 3 S. 2 AktG-RefE; § 135 Abs. 1 S. 1 AktG-RefE: „Ein Kreditinstitut darf das Stimmrecht für Aktien, die ihm nicht gehören und als deren Inhaber es nicht im Aktienregister eingetragen ist, nur ausüben, wenn es nach § 134 Abs. 3 Satz 2 bevollmächtigt ist.“; § 134 Abs. 3 S. 2 AktG-RefE: „Die Erteilung der Vollmacht bedarf der Textform.“ Siehe hierzu auch *Drinhausen/Keinath*, BB 2008, 1238, 1244; *Paschos/Goslar*, AG 2008, 605, 611; *Ratschow*, DStR 2009, 1402, 1407 f.

<sup>353</sup> BT-Drucks. 16/11642, S. 49.

vor der systematischen Heranziehung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG zu gewähren.<sup>354</sup>

Auch aus der Pflicht, die Vollmacht nachprüfbar festzuhalten (§ 135 Abs. 1 S. 2 a. E. AktG), kann kein konkretes Formerfordernis für die Vollmacht abgeleitet werden.<sup>355</sup> Das Mittel der Aufbewahrung ist vom Kreditinstitut frei wählbar.<sup>356</sup> Es wird lediglich klargestellt, dass eine Dokumentation der Bevollmächtigung zu erfolgen hat.<sup>357</sup> Möglich ist somit auch die Aufnahme einer mündlichen Bevollmächtigung auf Tonband.

Ein Kreditinstitut kann somit formfrei bevollmächtigt werden.<sup>358</sup> Ergänzende Bestimmungen in der Satzung sind gem. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nur zulässig, wenn § 135 AktG keine abschließende Regelung darstellt.<sup>359</sup> § 135 AktG ist in Bezug auf das Formerfordernis der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts jedoch als abschließend anzusehen. Eine Regelungslücke, die durch die Satzung ausgefüllt werden könnte, besteht nicht. Entscheidendes Argument hierfür ist die Entwicklung des § 135 AktG, die insbesondere aufgrund der Veränderungen der letzten zehn Jahre von großer Bedeutung für die Auslegung ist. Der Gesetzgeber hat im Zuge

---

<sup>354</sup> So auch *Schulte/Bode*, AG 2008, 730, 731; a. A. *Heckelmann*, S. 157, der die historische Auslegung aufgrund der eindeutigen Wortlaut- und Systematikauslegung als subsidiär ansieht; *J. Schmidt*, WM 2009, 2350, 2356; allgemein zum Verhältnis der verschiedenen Auslegungsmethoden siehe *Wank*, § 9; *Zippelius*, § 10 VI.

<sup>355</sup> So auch KG Berlin, AG 2010, 163, 164; *Bunke*, AG 2002, 57, 62, 66; *J. Schmidt*, NZG 2006, 487, 488.

<sup>356</sup> *Goedsche*, S. 134; so auch *Geßler*-AktG, § 135 Rn. 19a ff.

<sup>357</sup> Diese Pflicht ergibt sich bereits aufgrund der Depotprüfung gem. § 29 Abs. 2 S. 2 KWG.

<sup>358</sup> In der Regel erfolgt dennoch eine Bevollmächtigung in Schrift- oder Textform, siehe *Rubner/Leuring*, NJW-Spezial 2010, 15, 16; so auch *J. Schmidt*, WM 2009, 2350, 2356.

<sup>359</sup> Für die Zulässigkeit von Satzungsregelungen für das Formerfordernis bei der Stimmrechtsvertretung i. S. v. § 135 AktG siehe LG Frankfurt ZIP 2009, 1622, 1623 f.; *Bunke*, AG 2002, 57, 61; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1688; *Seibert*, ZIP 2001, 53, 54; *Zätzsch/Gröning*, NZG 2000, 393, 399; dagegen siehe *Hüffer*, § 135 Rn. 9; MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 43; diese Frage offengelassen OLG Frankfurt AG 2010, 212, 213.

des NaStraG die Satzungsdispositivität in § 135 Abs. 4 S. 3 AktG a. F.<sup>360</sup> bewusst abgeschafft und diese Entscheidung mit dem ARUG bestätigt.<sup>361</sup> Der Gesetzgeber wollte mit der Änderung die Entscheidung über die Form der Vollmacht gezielt den Parteien des Vertretungsverhältnisses überlassen und nicht der Aktiengesellschaft.<sup>362</sup> Das Rechtssicherheitsinteresse der Aktiengesellschaft sollte hinter dem Interesse der Aktionäre an einer unkomplizierten organisierten Stimmrechtsvertretung zurücktreten.<sup>363</sup> Folglich ist § 135 AktG als abschließende Regelung anzusehen. Verlangt eine Aktiengesellschaft in ihrer Satzung dennoch bestimmte Formanforderungen für die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts, ist diese Regelung unwirksam.<sup>364</sup>

Die Unzulässigkeit, bestimmte Formanforderungen an die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts zu stellen, gilt für alle Aktiengesellschaften, unabhängig davon, ob sie börsennotiert sind oder nicht. Die Wertung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG wirkt sich nicht auf die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts aus. Hätte der Gesetzgeber eine differenzierte Regelung gewollt, hätte er dies ausdrücklich ins Gesetz aufnehmen müssen. Dies ist in anderen Vorschriften wie beispielsweise in § 135 Abs. 5 S. 4 AktG geschehen.

---

<sup>360</sup> Gem. § 135 Abs. 4 S. 3 AktG in der Fassung vor dem NaStraG konnten weitere Ausgestaltungen zur Bevollmächtigung durch die Satzung geregelt werden. Siehe hierzu *Bunke*, AG 2002, 57, 61.

<sup>361</sup> So auch BT-Drucks. 16/11642, S. 49.

<sup>362</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

<sup>363</sup> Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 135 Rn. 45; so auch MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 43; K. Schmidt/Lutter/*Spindler*, § 135 Rn. 7; tendenziell auch BT-Drucks. 14/4051, S. 15; a. A. *Bunke*, AG 2000, 57, 61.

<sup>364</sup> So auch MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 43; a. A. LG Krefeld AG 2008, 754, 755; *Schulte/Bode*, AG 2008, 730, 733 f.; vgl. zur Zulässigkeit, in der Einladung für alle Vertreter unterschiedslos ein bestimmtes Formerfordernis zu verlangen OLG Frankfurt AG 2010, 212, 213; ebenso KG Berlin AG 2010, 163, 164 f.; siehe hierzu *Rubner/Leuering*, NJW-Spezial 2010, 15, 15 f.

**(c) Formerfordernis der Bevollmächtigung einer Aktionärsvereinigung**

Für Aktionärsvereinigungen gelten die Ausführungen zu Kreditinstituten entsprechend.<sup>365</sup> § 135 Abs. 8, 1. Halbs. AktG regelt die sinngemäße Anwendung der Absätze 1 bis 7 für die Bevollmächtigung einer Aktionärsvereinigung. Somit ist auch § 135 Abs. 1 S. 2 AktG sinngemäß anzuwenden, mit dessen Neuregelung im Zuge des NaStraG das Formerfordernis abgeschafft wurde. Die Bevollmächtigung einer Aktionärsvereinigung ist somit ebenfalls formfrei möglich.

**(d) Schlussfolgerung**

Die Bevollmächtigung einer Privatperson muss nach dem gesetzlichen Regelfall der Textform genügen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Satzung eine entsprechende Erleichterung oder bei nicht börsennotierten Gesellschaften eine Erleichterung oder Erschwerung vorsieht. Für die Bevollmächtigungen eines Kreditinstituts oder einer Aktionärsvereinigung gilt gem. § 135 AktG weiterhin die Formfreiheit. Formanforderungen an die Bevollmächtigung eines Kreditinstituts oder einer Aktionärsvereinigung in der Satzung sind nicht zulässig.

Die unterschiedliche Behandlung von Singularbevollmächtigten einerseits und organisierten Stimmrechtsvertretern i. S. v. § 135 AktG andererseits ist erklärungsbedürftig. Zu erwarten wäre vielmehr eine strengere Handhabung der organisierten Stimmrechtsvertretung, da bei der organisierten Stimmrechtsvertretung die Gefahr eines Missbrauchs größer ist.<sup>366</sup> Diesem Argument ist aber der Anlass für die Lockerung der Formanforderungen für die Bevollmächtigung der organisierten Stimmrechtsvertretung entgegen zu halten. Ziel der Änderung des Aktienrechts durch das NaStraG war die Deregulierung des Depotstimmrechts.<sup>367</sup> Dieses Ziel war ebenfalls Anlass für die Überarbeitung der organisierten Stimmrechtsvertretung im Zuge des ARUG, so dass die unterschiedliche Behandlung des Formerfordernisses für die Bevollmächtigung eines indivi-

---

<sup>365</sup> MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 36.

<sup>366</sup> Vgl. hierzu auch LG München AG 2009, 296, 298.

<sup>367</sup> So auch Schmitz, S. 76 f.

duellen Stimmrechtsvertreter und eines organisierten Stimmrechtsvertreter durch das ARUG Bestätigung fand. Der Vorschlag im Referententwurf zum ARUG, der eine Vereinheitlichung von Singularbevollmächtigten und organisierten Stimmrechtsvertretern i. S. v. § 135 AktG vorsah, konnte sich zu Recht nicht durchsetzen. Die unterschiedliche juristische Behandlung von Singularbevollmächtigtem auf der einen Seite und organisierten Stimmrechtsvertretern i. S. v. § 135 Abs. 1 und Abs. 8 AktG auf der anderen Seite ist mangels allzu großer Auswirkungen in der Praxis nicht zu beanstanden. Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen lassen sich in der Regel zumindest in Textform bevollmächtigen. Dies ermöglicht es, der Pflicht zum nachprüfaren Festhalten der Bevollmächtigung gem. § 135 Abs. 2 S. 4 AktG nachzukommen.

### **(3) Nachweis der Bevollmächtigung gegenüber der Aktiengesellschaft**

#### **(a) Bestehen einer Nachweispflicht**

##### **(aa) Nachweispflicht nach allgemein zivilrechtlichen Vorschriften**

Die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts sehen keine ausdrückliche Pflicht des Stellvertreters vor, den Nachweis der Bevollmächtigung von sich aus zu erbringen. Gem. § 174 S. 1 BGB kann der Dritte jedoch einen Nachweis verlangen, wenn er Zweifel an der Berechtigung des Stellvertreters hat. Übertragen auf die Stimmrechtsvertretung bedeutet das Folgendes. Bei Nichterbringen des geforderten Nachweises der Vollmacht kann die Aktiengesellschaft die als Vertreter auftretende Person von der Teilnahme und Abstimmung in der Hauptversammlung zurückweisen.<sup>368</sup> Die Entscheidung über die Zulassung oder Zurückweisung trifft der Hauptversammlungsleiter.<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> So auch *Schmitz*, S. 92 ff.; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 134 Rn. 20; *MK-AktG/Volhard*, § 134 Rn. 77.

<sup>369</sup> So die h. M.; *Schmitz*, S. 93; *Obermüller/Werner/Winden*, C. III. 6. (S. 108); *Hdb-HV/Bärwaldt*, I. C. 33; *Ludwig*, AG 2002, 433, 437; a. A. *Großkomm-AktG/Werner*, § 123 Rn. 65; der Versammlungsleiter kann den Stellvertreter trotz Fehlens des Nachweises zur Hauptversammlung zulassen, wenn der Vollmachtsnachweis nachgereicht wird. Grund für die Inkaufnahme der dadurch entstandenen Rechtsunsicherheit ist die Minimierung der Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses, siehe *MünchHdb.AG/Semler*, § 36

Das Recht, einen Nachweis verlangen zu können, ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Dritte bereits Kenntnis von der Bevollmächtigung hat (§ 174 S. 2 BGB). Bestellt der Aktionär die Eintrittskarte also auf den Namen des Bevollmächtigten, entspricht dies einer Außenvollmacht (vgl. § 167 Abs. 1, 1. Alt. BGB) oder einer nach außen bekannt gemachten Innenvollmacht (vgl. §§ 171 Abs. 1, 167 Abs. 1, 1. Alt. BGB). Die Aktiengesellschaft kann dann keinen Nachweis der Bevollmächtigung vom Stimmrechtsvertreter verlangen (vgl. § 174 S. 2 BGB). Sie darf den Bevollmächtigten auch nicht von der Teilnahme an der Hauptversammlung und Stimmrechtsausübung zurückweisen. Anders liegt die Situation, wenn der Aktionär die Eintrittskarte auf seine Person ausstellen lässt und diese zusammen mit der Bevollmächtigung an den Stellvertreter aushändigt. Dann liegt ein Fall der Innenvollmacht vor (§ 167 Abs. 1, 1. Alt. BGB). Nur in dieser Konstellation kommt das Recht der Aktiengesellschaft auf Nachweiserbringung der Vollmacht in Betracht.

#### **(bb) Nachweispflicht nach aktienrechtlichen Vorschriften**

Die Regelungen des § 174 BGB gelten für den Nachweis der Bevollmächtigung des Stimmrechtsvertreters im Aktienrecht nur, soweit das Aktienrecht keine spezielleren Vorschriften enthält.

#### **(aaa) Gesetzliche Nachweispflicht eines Singularbevollmächtigten**

§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG fordert für den Nachweis der Vollmacht eines Singularbevollmächtigten die Textform. Im Umkehrschluss bedeutet das zunächst das grundsätzliche Erfordernis der Nachweiserbringung. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG ist somit *lex specialis* gegenüber § 174 BGB.<sup>370</sup> Die Pflicht zur Nachweiserbringung ist jedoch entsprechend dem Rechtsgedanken des § 174 S. 2 BGB teleologisch zu reduzieren. Hat die Aktiengesellschaft aufgrund einer entsprechenden Information des Aktionärs bereits Kenntnis von der Bevollmächtigung des Stimmrechtsvertreters,

---

Rn. 34; so auch *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 3. c) (S. 190); zur Überlegung der schwebenden Unwirksamkeit des Beschlusses siehe *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 256.

<sup>370</sup> LG Frankfurt ZIP 2009, 1622, 1623; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 134 Rn. 20; ein Hinweis in der Einladung auf die Nachweispflicht ist nicht irreführend und daher zulässig, vgl. LG München AG 2010, 47, 49.

kann sie den Nachweis der Bevollmächtigung vom Stimmrechtsvertreter nicht zusätzlich verlangen.

**(bb) Gesetzliche Nachweispflicht eines Kreditinstituts und einer Aktionärsvereinigung**

Bei der Stimmrechtsvertretung durch ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung kann sich die Nachweispflicht der Bevollmächtigung einer Aktionärsvereinigung aus § 135 Abs. 5 S. 4 AktG ergeben. Gem. § 135 Abs. 5 S. 4, 1. Halbs. AktG genügt zum Nachweis der Stimmberechtigung des Kreditinstituts gegenüber der Gesellschaft bei börsennotierten Gesellschaften die Vorlage eines Berechtigungsnachweises gemäß § 123 Abs. 3 AktG. Im Übrigen sind die in der Satzung für die Ausübung des Stimmrechts vorgesehenen Erfordernisse zu erfüllen (§ 135 Abs. 5 S. 4, 2. Halbs. AktG). Die gleiche Pflicht besteht für eine bevollmächtigte Aktionärsvereinigung (§ 135 Abs. 8, Abs. 5 S. 4 AktG). Der Wortlaut des § 135 Abs. 5 S. 4 AktG ordnet eine Nachweispflicht für die Stimmberechtigung an. Der Stimmrechtsvertreter i. S. v. § 135 AktG muss somit die gleichen Nachweisanforderungen erfüllen wie der Aktionär selbst.<sup>371</sup> Seine ordnungsgemäße Bevollmächtigung muss das Kreditinstitut nicht nachweisen.<sup>372</sup>

Die fehlende Nachweispflicht der Bevollmächtigung gilt sowohl für die verdeckte als auch für die offene Stimmrechtsvertretung durch einen Stimmrechtsvertreter i. S. v. § 135 AktG. Schließlich unterscheidet der Wortlaut des § 135 Abs. 5 S. 4 AktG nicht zwischen offener und verdeckter Stimmrechtsausübung. Bei der verdeckten Stimmrechtsausübung geht dies mit dem Wunsch des Aktionärs nach Anonymität seiner Person einher.<sup>373</sup> Nach der Systematik des § 135 Abs. 5 S. 4 AktG kann zwar angenommen werden, dass sich die fehlende Nachweispflicht ausschließlich auf den gesetzlichen Regelfall des § 135 Abs. 5 S. 2 AktG bezieht

---

<sup>371</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 135 Rn. 19; MK-AktG/Schröder, § 135 Rn. 69; MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 60; BR-Drucks. 847/08, S. 52.

<sup>372</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 135 Rn. 19; MK-AktG/Schröder, § 135 Rn. 69.

<sup>373</sup> Großkomm-AktG/Grundmann, § 135 Rn. 38 f.; MK-AktG/Schröder, § 135 Rn. 65.

und somit nur für die verdeckte Stimmrechtsausübung Anwendung findet. Diesem Argument kann jedoch die historische Auslegung entgegen gehalten werden. Vor In-Kraft-Treten des NaStraG waren die Anforderungen an die Nachweiserbringung bei offener und verdeckter Stimmrechtsausübung unterschiedlich geregelt.<sup>374</sup> Im Zuge des NaStraG wurden die Anforderungen an die Nachweiserbringung vereinheitlicht.<sup>375</sup> Die Anforderungen an den Nachweis der Stimmberechtigung richteten sich grundsätzlich nach der Satzung der Gesellschaft. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die Vereinheitlichung im Zuge des ARUG wieder rückgängig machen wollte, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist der Gesetzesbegründung des ARUG eine solche Auslegung nicht zu entnehmen.

Ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung muss für die Nachweiserbringung seiner bzw. ihrer Stimmberechtigung gegenüber der Gesellschaft die gleichen Anforderungen erfüllen wie ein Aktionär. Der Nachweis der Bevollmächtigung selbst ist nach den gesetzlichen Vorschriften nicht erforderlich.<sup>376</sup>

**(cc) Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Abweichungen von der gesetzlichen Nachweisregelung**

**(aaa) Gesellschaftsvertragliche Abweichungen beim Nachweis des Singularbevollmächtigten**

Die gesetzliche Pflicht des Singularbevollmächtigten zum Nachweis seiner Bevollmächtigung gegenüber der Gesellschaft muss nicht zwingendes Recht sein. Möglicherweise kann die Satzung von der gesetzlichen Regelung abweichen. Ein Ausschluss der Nachweispflicht bei der

---

<sup>374</sup> § 135 Abs. 4 S. 3 und 4 AktG in der Fassung vor der Verabschiedung des NaStraG: „Übt das Kreditinstitut das Stimmrecht unter Benennung des Aktionärs in dessen Namen aus, ist die Vollmachtsurkunde der Gesellschaft vorzulegen und von dieser zu verwahren. Übt es das Stimmrecht im Namen dessen, den es angeht, aus, genügt zum Nachweis seiner Stimmberechtigung gegenüber der Gesellschaft die Erfüllung der in der Satzung für die Ausübung des Stimmrechts vorgesehenen Erfordernisse (...).“

<sup>375</sup> Siehe BT-Drucks. 14/4051, S. 16; diese Änderung begrüßend *Schmitz*, S. 96 ff.

<sup>376</sup> Beim Kreditinstitut erfolgt ein Nachweis der Vollmacht im Rahmen der Depotprüfung, siehe MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 70.

Stimmrechtsvertretung durch einen Singularbevollmächtigten ist nur zulässig, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG). Gem. § 134 Abs. 3 S. 3, 2. Halbs. AktG bedarf der Nachweis der Vollmacht der Textform, wenn die Satzung oder die Einberufung der Hauptversammlung aufgrund einer Ermächtigung durch die Satzung nichts Abweichendes und bei börsennotierten Gesellschaften keine Erleichterung bestimmt. Die Zulässigkeit der satzungsdispositiven Regelungen kann sich aber ausschließlich auf die Anforderung der Textform beziehen und nicht auf die Nachweispflicht im Ganzen.

Nach der grammatikalischen Auslegung bezieht sich die Möglichkeit einer satzungsdispositiven Regelung ausschließlich auf das Formerfordernis. Hierfür spricht auch die systematische Auslegung der Vorschrift. Gem. § 134 Abs. 3 S. 4 AktG hat eine börsennotierte Aktiengesellschaft zumindest einen Weg elektronischer Kommunikation für die Übermittlung des Nachweises anzubieten. § 134 Abs. 3 S. 4 AktG möchte die Nachweiserbringung lediglich erleichtern, nicht hingegen komplett aufheben. Auch die historische Auslegung führt zum gleichen Ergebnis. Der in § 134 Abs. 3 S. 3 AktG a. F.<sup>377</sup> ausdrücklich geforderte Nachweis wurde im Zuge des NaStraG gestrichen.<sup>378</sup> Erst mit den Änderungen durch das ARUG wurde der Nachweis der Bevollmächtigung wieder ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen (vgl. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG). Die Wiedereinführung der Nachweispflicht spricht für eine eindeutige und bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer Nachweispflicht. Darüber hinaus ist die Erbringung eines Nachweises der erteilten Vollmacht durchaus sinnvoll. Bei der Hauptversammlung handelt es sich um eine nicht öffentliche Veranstaltung. Der Zutritt zur Hauptversammlung darf daher nur Berechtigten gestattet werden.<sup>379</sup> Die Nachweis-

---

<sup>377</sup> § 134 Abs. 3 S. 3 in der Fassung von vor Verabschiedung des NaStraG lautete: „Die Vollmachtsurkunde ist der Gesellschaft vorzulegen und bleibt in ihrer Verwahrung.“

<sup>378</sup> Hüffer, § 134 Rn. 24; so auch Hüther, MMR 2000, 521, 524; Kölling, NZG 2000, 631, 638.

<sup>379</sup> MK-AktG/Kubis, § 118 Rn. 26; Obermüller/Werner/Winden, C. II. 4. a) (S. 101); Hdb-HV/Bärwaldt, I. C. 1.: Noack, NZG 2001, 1057, 1060 f.; Spindler, ZGR 2000, 420, 433 ff.; Zättsch/Gröning, NZG 2000, 393, 394 f.

pflicht verhindert somit den Missbrauch von der Teilnahme und Stimmrechtsausübung durch einen Nichtberechtigten.

Die Möglichkeit der Satzungsdispositivität in § 134 Abs. 3 S. 3, 2. Halbs. AktG gilt somit ausschließlich für die Form der Nachweiserbringung, nicht für die Nachweispflicht als solche. Der gesellschaftsvertragliche Ausschluss der Nachweispflicht der Bevollmächtigung ist folglich unzulässig (vgl. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG).

### **(bbb) Gesellschaftsvertragliche Abweichungen beim Nachweis der in § 135 AktG genannten Personen**

Die Überlegung, ob die Satzung der Aktiengesellschaft für Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen eine Nachweispflicht vorsehen darf, ist wiederum an § 23 Abs. 5 AktG zu messen. § 135 Abs. 5 S. 4 AktG unterscheidet für die Anforderungen an den Nachweis der Stimmberechtigung indirekt zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften.

§ 135 Abs. 5 S. 4, 1. Halbs. AktG verweist für die Erbringung des Berechtigungsnachweises bei börsennotierten Aktiengesellschaften auf die Anforderungen des § 123 Abs. 3 AktG. Gem. § 123 Abs. 3 S. 2 AktG genügt ein in Textform erstellter Nachweis des Anteilsbesitzes. Fordert die Satzung zusätzlich den Nachweis der Bevollmächtigung, so stellt diese Regelung eine Abweichung vom Gesetz dar. Gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG ist eine solche Abweichung nichtig, da das Gesetz sie nicht ausdrücklich zulässt.

Nicht börsennotierte Aktiengesellschaften sind in § 135 Abs. 5 S. 4 AktG nicht ausdrücklich genannt. Ein Spielraum für eine individuelle Ausgestaltung der Satzung ist folglich nicht gegeben. Die Satzung kann somit nicht verlangen, dass Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen ihre Bevollmächtigung nachweisen.

### **(b) Art der Nachweiserbringung**

Gem. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG muss ein Singularbevollmächtigter den Nachweis der Stimmrechtsbevollmächtigung gegenüber der Aktienge-

sellschaft in Textform erbringen. Die Satzung darf hiervon Abweichendes bestimmen (§ 134 Abs. 3 S. 3, 2. Halbs. AktG). Nicht börsennotierte Aktiengesellschaften dürfen in ihrer Satzung sowohl Erleichterungen als auch strengere Anforderungen an die Form des Nachweises regeln. Börsennotierten Aktiengesellschaften sind Erschwerungen hingegen untersagt. Damit einher geht auch die für börsennotierte Aktiengesellschaften geltende Regelung des § 134 Abs. 3 S. 4 AktG. Gem. § 134 Abs. 3 S. 4 AktG müssen börsennotierte Aktiengesellschaften den Stimmrechtsvertretern für die Nachweiserbringung ihrer Bevollmächtigung zumindest einen elektronischen Kommunikationsweg anbieten. Das Gesetz stellt damit sicher, dass keine strengeren Anforderungen gelten.

**(c) Zeitpunkt der Nachweiserbringung**

Der Zeitpunkt für die Nachweiserbringung der Vollmacht ist gem. § 174 BGB der Zeitpunkt der Geschäftsvornahme. Übertragen auf die Stimmrechtsausübung wäre der Zeitpunkt für die Nachweiserbringung somit die Abstimmung. Die Bevollmächtigung umfasst jedoch in der Regel auch das Teilnahmerecht. Der Nachweis ist somit bereits beim Zugang zur Hauptversammlung zu erbringen.<sup>380</sup> Bevollmächtigt ein Aktionär einen Stimmrechtsvertreter erst während der Hauptversammlung, ist der Nachweis spätestens vor Beginn der Abstimmung zu erbringen.<sup>381</sup>

**(4) Pflicht des Stimmrechtsvertreters zur Aufbewahrung der Vollmacht**

**(a) Aufbewahrungspflicht während der Dauer der Bevollmächtigung**

Im allgemeinen Zivilrecht ergibt sich die Pflicht zur Aufbewahrung einer Vollmacht aus dem Umkehrschluss der §§ 172 Abs. 2, 175 BGB. § 172 Abs. 2 BGB knüpft das Bestehen der Vollmacht an den Besitz einer Vollmachtsurkunde. Mit dem Erlöschen der Vollmacht ist der Bevoll-

---

<sup>380</sup> MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 77; Götze, NZG 2010, 93, 95; der Eintritt zur Hauptversammlung wird als frühester Zeitpunkt genannt, siehe Geßler-AktG, § 134 Rn. 13; Hdb-HV/Bärwald, I C 82.

<sup>381</sup> So auch Bürgers/Körber/Holzborn, § 134 Rn. 20; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 53; a. A. Hartmann, DNotZ 2002, 253, 255 ff., der eine vollmachtlose Vertretung in der Hauptversammlung für zulässig hält.

mächtigte dazu verpflichtet, die Vollmachtsurkunde an den Vertreter zurückzugeben (§ 175 BGB). Der Bevollmächtigte muss die Vollmachtsurkunde somit für die Dauer der Bevollmächtigung aufbewahren.

Die Aufbewahrungspflicht für die Vollmacht ergibt sich für den Singularbevollmächtigten aus §§ 172 Abs. 2, 175 BGB, falls das Aktienrecht keine speziellere Vorschrift für die Aufbewahrung der Vollmacht enthält. § 134 Abs. 3 S. 5, 1. Halbs. AktG regelt eine dreijährige Aufbewahrungspflicht. Zum einen gilt diese jedoch nur für den speziellen Fall der Bevollmächtigung eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters. Zum anderen besteht diese Verpflichtung dem Wortlaut nach für die Aktiengesellschaft und nicht für den Gesellschaftsvertreter. Eine Anwendung dieser Regelung auf den Singularbevollmächtigten ist ausgeschlossen. § 134 Abs. 3 AktG eröffnet für die Aufbewahrung der Vollmacht auch nicht die Möglichkeit der Satzungsautonomie. Die Aktiengesellschaft darf den Stimmrechtsvertreter daher nicht durch eine entsprechende Satzungsregelung zur Aufbewahrung der Vollmacht verpflichten (§ 23 Abs. 5 AktG).

Tritt ein Kreditinstitut als Stimmrechtsvertreter auf, so ergibt sich die Pflicht zur Aufbewahrung der Stimmrechtsvollmacht aus dem Gesetz. § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG fordert das nachprüfbare Festhalten der Vollmacht durch das Kreditinstitut und ist somit *lex specialis* gegenüber den allgemein zivilrechtlichen Vorschriften. Die Aufbewahrungspflicht geht mit der Depotprüfung gem. § 29 Abs. 2 S. 2 KWG einher.<sup>382</sup> Für das Kreditinstitut besteht die Aufbewahrungspflicht somit in erster Linie aufgrund der Depotprüfung.<sup>383</sup> Zu dokumentieren sind die Tatsache der Bevollmächtigung selbst, der Inhalt der Vollmacht sowie das Datum der Vollmachtserteilung.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> Siehe *Horn*, S. 99; *MK-AktG/Schröder*, § 135 Rn. 56; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 15; *Obermüller/Werner/Winden*, E. IV. 5. c) (S. 195); vgl. *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1688.

<sup>383</sup> *Horn*, S. 99; *Bunke*, AG 2002, 57, 67.

<sup>384</sup> *MK-AktG/Schröder*, § 135 Rn. 56.

Der Verweis in § 135 Abs. 8 AktG erfasst auch die Regelung des § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG. Bevollmächtigt ein Aktionär eine Aktionärsvereinigung mit der Stimmrechtsausübung, muss die Aktionärsvereinigung die Vollmacht daher ebenfalls nachprüfbar festhalten (§ 135 Abs. 8, Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG). Die Aktionärsvereinigung unterliegt zwar nicht der Depotprüfung des § 29 Abs. 2 S. 2 KWG. Die sinnngemäße Anwendung der Aufbewahrungspflicht aus § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG auf Aktionärsvereinigungen wird vielmehr mit dem Ziel der Gleichbehandlung von Aktionärsvereinigungen mit Kreditinstituten begründet.<sup>385</sup> § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG hat für Aktionärsvereinigungen folglich einen eigenen Regelungscharakter.<sup>386</sup>

Erteilt der Aktionär eine Einzelvollmacht für die Stimmrechtsvertretung, ist diese somit bis zur Beendigung der Hauptversammlung aufzubewahren. Insbesondere an Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen werden häufig Dauervollmachten für die Stimmrechtsvertretung erteilt.<sup>387</sup> Eine Dauervollmacht muss solange aufbewahrt werden bis die Dauervollmacht widerrufen wird und damit erlischt.

#### **(b) Aufbewahrungspflicht nach Beendigung der Bevollmächtigung**

##### **(aa) Sinn einer Aufbewahrungspflicht über den Bevollmächtigungszeitraum hinaus**

Die Aufbewahrung der Vollmacht kann über den Bevollmächtigungszeitraum hinaus sinnvoll sein. Der Sinn einer solchen Aufbewahrungspflicht kann sich aus dem Umstand ergeben, dass der Nachweis der wirksamen Bevollmächtigung auch nach Beendigung des Vollmachtsverhältnisses von erheblicher Bedeutung sein kann.

Kreditinstitute müssen ihre wirksame Bevollmächtigung im Rahmen der Jahresabschlussprüfung nachweisen. Kreditinstitute unterliegen gem. § 29 Abs. 2 S. 2 KWG der Depotprüfung, welche im Rahmen der Jahresabschlussprüfung und somit zeitlich gesehen nach der Hauptversamm-

---

<sup>385</sup> Bürgers/Körber/Holzborn, § 135 Rn. 14; MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 56; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 135 Rn. 56.

<sup>386</sup> Bunke, AG 2002, 57, 61.

<sup>387</sup> Than/Hannöver, in: Die Namensaktie, 279, 299.

lung stattfindet. Bei der Depotprüfung (vgl. § 29 Abs. 2 S. 2 KWG) wird unter anderem die Einhaltung der aktienrechtlichen Vorschrift über die Ausübung des Stimmrechts überprüft. § 29 Abs. 2 S. 2 KWG verweist ausdrücklich auf § 135 AktG, so dass die Vollmacht von der Depotprüfung erfasst wird.

Der Nachweis der Bevollmächtigung im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Prüfung betrifft jedoch ausschließlich Kreditinstitute. Für andere Stimmrechtsvertreter ergibt sich daraus kein Sinn für eine Aufbewahrung der Vollmacht nach Beendigung des Bevollmächtigungsverhältnisses.

Denkbar ist aber eine Schadensersatzklage der Aktiengesellschaft oder anderer, nicht vertretener Aktionäre gegen einen verdeckten Stimmrechtsvertreter aufgrund einer pflichtwidrigen Stimmrechtsausübung (vgl. § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. der Treuepflicht). Kann der Stimmrechtsvertreter in einer solchen Situation darlegen, dass er lediglich als Stellvertreter für den Aktionär gehandelt hat, haftet er nicht persönlich. Das Fehlverhalten des Stimmrechtsvertreters wird dem Aktionär nach den allgemein zivilrechtlichen Regelungen (vgl. §§ 166, 278 BGB) grundsätzlich zugerechnet. Der Nachweis der wirksamen Bevollmächtigung kann den Stimmrechtsvertreter folglich vor einer Eigenhaftung schützen. Die Aufbewahrung der Vollmacht ist zu Nachweiszwecken somit auch nach Beendigung des Vollmachtsverhältnisses sinnvoll.

### **(bb) Gesetzliche Regelungen**

Die zivilrechtlichen Regelungen (§§ 172 ff. BGB) enthalten keine Vorschriften über die Aufbewahrungspflicht einer Vollmacht nach Beendigung der Bevollmächtigung. Mangels Anwendbarkeit des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG auf den Singularbevollmächtigten besteht für den Singularbevollmächtigten keine Aufbewahrungspflicht der Vollmacht nach Beendigung der Bevollmächtigung.<sup>388</sup>

---

<sup>388</sup> Zustimmend *Goedsche*, S. 127 f.; kritisch hierzu *Spindler*, ZGR 2000, 420, 432; ebenfalls kritisch *DAV*, NZG 2000, 443, 447.

Für Stimmrechtsvertreter i. S. v. § 135 Abs. 1 S. 1, Abs. 8 AktG verlangt § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG das nachprüfbare Festhalten der Vollmacht. Der Begriff „nachprüfbar“ kann so verstanden werden, dass nach der Beendigung des Vollmachtsverhältnisses noch eine Überprüfung der Bevollmächtigung möglich sein muss. Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen müssen eine ihnen erteilte Vollmacht für die Stimmrechtsausübung daher auch über das Bestehen des Vollmachtsverhältnisses hinaus aufbewahren.

### **(cc) Dauer der Aufbewahrungspflicht**

Das Aktiengesetz regelt keine konkrete Aufbewahrungsdauer für den Fall des § 135 AktG. Mangels Anwendbarkeit des § 134 Abs. 3 S. 5, 1. Halbs. AktG auf die in § 135 AktG genannten Stimmrechtsvertreter kann für die Aufbewahrungspflicht des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG nicht der Dreijahreszeitraum herangezogen werden.<sup>389</sup>

In Anlehnung an § 257 Abs. 4 HGB kann sich jedoch eine Aufbewahrungsdauer von sechs Jahren ergeben.<sup>390</sup> Gem. § 257 Abs. 4 Nr. 2 HGB muss ein Kaufmann alle empfangenen Handelsbriefe sechs Jahre lang aufbewahren. Darunter sind alle das Handelsgeschäft betreffenden Schriftstücke zu verstehen. Die Vollmacht in Schrift- oder Textform fällt unter den Begriff des Schriftstücks. Eine mündlich erteilte Vollmacht auf Tonband wird hingegen nicht vom Begriff des Schriftstücks erfasst. Der Normzweck des § 257 Abs. 4 HGB erfordert es jedoch, auch die Tonbandaufnahme aufzubewahren. Der Aufbewahrungspflicht des § 257 HGB kommt eine Dokumentations- und Beweissicherungsfunktion zu.<sup>391</sup> Die Interessenlage bei der Aufbewahrungspflicht i. S. v. § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG ist mit der Interessenlage in § 257 HGB vergleichbar. Auch bei der Stimmrechtsvertretung ist eine nachträgliche Überprüfung der Bevollmächtigung durch ein Gericht oder im Rahmen der Depotprüfung denkbar. § 257 Abs. 4 HGB kann daher auf mündlich erteilte

---

<sup>389</sup> So jedoch *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 187.

<sup>390</sup> So auch *Horn*, S. 100; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 14; *Bunke*, AG 2002, 57, 68; *DAV*, NZG 2000, 443, 448; *Noack*, ZIP 2001, 57, 58.

<sup>391</sup> *MK-HGB/Ballwieser*, § 257 Rn. 1; *E/B/J/S/Wiedemann*, § 257 Rn. 1.

Vollmachten analog angewendet werden. Ein mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigtes Kreditinstitut muss die Vollmacht somit sechs Jahre aufbewahren.<sup>392</sup>

Die Aufbewahrungsdauer kann gem. § 257 Abs. 5 HGB mit dem Schluss des Geschäftsjahres beginnen, in dem die Hauptversammlung stattgefunden hat, auf der die Vollmacht verwendet wurde. Der Fristbeginn in § 257 Abs. 5 HGB wurde aus Vereinfachungsgründen für alle im laufenden Geschäftsjahr anfallenden Schriftstücke auf einen einheitlichen Zeitpunkt gelegt.<sup>393</sup> Für die Aufbewahrung der Vollmacht scheint das Ende des Geschäftsjahres, in dem die Hauptversammlung stattgefunden hat, jedoch nicht sinnvoll. Da bereits mit Beendigung der Hauptversammlung der Sachverhalt der Stimmrechtsvertretung vollständig abgeschlossen und verwirklicht ist, kann der Beginn der Sechsjahresfrist mit dem Ende der Hauptversammlung zusammenfallen. Dafür spricht auch, dass die Aufbewahrungsdauer in § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ebenfalls mit dem Ende der Hauptversammlung beginnt.<sup>394</sup>

Für die Einzelvollmacht beginnt die Aufbewahrungsfrist somit an dem Tag, an dem die Hauptversammlung endet, in der der Stimmrechtsvertreter die Vollmacht verwendet hat. Eine Besonderheit ergibt sich für die Aufbewahrung einer Dauervollmacht. Die Aufbewahrungsfrist beginnt mit der Beendigung jeder Hauptversammlung erneut zu laufen, in der die Vollmacht verwendet wurde.

Für Aktionärsvereinigungen verweist § 135 Abs. 8 AktG auf die sinngemäße Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG. Somit sind für Aktionärsvereinigungen die gleichen Anforderungen an die Dauer der Aufbewahrungspflicht zu stellen wie an Kreditinstitute.<sup>395</sup> Die sinngemäße Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG sollte auf die Auf-

---

<sup>392</sup> So auch die Handhabung in der Praxis, siehe MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 56; ähnlich *Zetzsche*, ZIP 2001, 682, 686.

<sup>393</sup> E/B/J/S/*Wiedemann*, § 257 Rn. 35; MK-AktG/*Graf*, § 257 HGB Rn. 19.

<sup>394</sup> *Hüffer*, § 134 Rn. 26c; K. Schmidt/*Lutter/Spindler*, § 134 Rn. 59.

<sup>395</sup> MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 56.

bewahrungsdauer des § 257 HGB ausgeweitet werden. Schließlich sollen Aktionärsvereinigungen und Kreditinstitute als organisierte Stimmrechtsvertreter gleich behandelt werden.<sup>396</sup> Folglich gilt auch für Aktionärsvereinigungen eine Aufbewahrungspflicht von sechs Jahren.<sup>397</sup>

**(c) Art der Aufbewahrung**

Konkrete Anforderungen an die Aufbewahrungsart der Vollmacht sind im Gesetz nicht geregelt.<sup>398</sup> § 134 Abs. 3 AktG enthält für die Singularbevollmächtigung keine Regelung über die Aufbewahrung der Vollmacht. Gem. § 135 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. AktG müssen Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen die Vollmacht lediglich „nachweisbar“ festhalten. Die Art der Aufbewahrung ist dem stellvertretenden Kreditinstitut selbst überlassen. Die Anforderung des § 257 Abs. 3 S. 1 HGB an die Aufbewahrung der Unterlagen („als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern“) schränkt die Kreditinstitute in der Art der Aufbewahrung ebenfalls nicht ein. Das Kreditinstitut muss mit der Aufbewahrung lediglich sicherstellen, dass nachträgliche Manipulationen der Dokumentation ausgeschlossen werden können.<sup>399</sup> Davon ausgehend wird in der Regel eine Verkörperung der Vollmacht gefordert.<sup>400</sup> Die Verkörperung kann auf unterschiedliche Arten erfolgen. Sie muss die jederzeitige Möglichkeit der Wahrnehmung der Vollmacht gewährleisten.

In der Regel wird sich die Aufbewahrungsart an der Form der Vollmacht orientieren.<sup>401</sup> Dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Eine in Schriftform erteilte Vollmachtsurkunde kann das Kreditinstitut folglich auch in Papierform aufbewahren. Darüber hinaus ist es möglich, die in Papierform erteilte Vollmacht per Scanner zu erfassen und elektronisch

---

<sup>396</sup> Bürgers/Körper/Holzborn, § 135 Rn. 14; so auch Großkomm-AktG/Grundmann, § 135 Rn. 24; MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 56.

<sup>397</sup> So auch Bürgers/Körper/Holzborn, § 135 Rn. 14; MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 56; Bunke, AG 2002, 57, 68; Noack, ZIP 2001, 57, 58.

<sup>398</sup> K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 135 Rn. 16; Bunke, AG 2002, 57, 67.

<sup>399</sup> Horn, S. 100; Bürgers/Körper/Holzborn, § 135 Rn. 14; MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 56.

<sup>400</sup> Hüffer, § 135 Rn. 10; Bunke, AG 2002, 57, 62.

<sup>401</sup> MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 57 f.; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 135 Rn. 16.

abzuspeichern. Für die Aufbewahrung einer per E-Mail erteilten Vollmacht genügt es, die E-Mail elektronisch zu verwahren. Das Kreditinstitut kann die E-Mail jedoch auch ausdrucken und in Papierform aufbewahren. Eine mündlich erteilte Vollmacht kann beispielsweise durch Abspeicherung der Tonbandaufnahme erfolgen.<sup>402</sup>

**c) Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter**

**aa) Tatsächliche Beziehung**

Zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter besteht zunächst eine rein tatsächliche Beziehung.<sup>403</sup> Diese ergibt sich aus der Teilnahme und der Stimmrechtsausübung des Stimmrechtsvertreterers in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft. Durch die bloße Abgabe der Stimme gegenüber der Aktiengesellschaft entsteht jedoch nicht automatisch eine rechtliche Beziehung zwischen dem Vertreter und dem Geschäftspartner des Vertretenen.

**bb) Beziehung aufgrund der Mittlerrolle gem. §§ 125, 128 AktG**

Eine rechtliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter kann sich im Fall der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts aus der Rolle des Kreditinstituts als Informationsübermittler (§§ 125 Abs. 1 S. 1, 128 Abs. 1 S. 1 AktG) ergeben. Gem. § 125 Abs. 1 S. 1 AktG muss die Aktiengesellschaft denjenigen Kreditinstituten die Einberufung der Hauptversammlung mitteilen, die in der letzten Hauptversammlung Stimmrechte für Aktionäre ausgeübt oder die Mitteilung verlangt haben. Das Kreditinstitut muss die erhaltene Mitteilung an diejenigen Aktionäre übermitteln, für die es Inhaberaktien verwahrt oder für deren Namensaktien es im Aktienregister eingetragen ist (§ 128 Abs. 1 S. 1 AktG).

Möglicherweise tritt das Kreditinstitut bei der Übermittlung der Mitteilungen an die Aktionäre als Bote der Aktiengesellschaft auf. Bei der Mit-

---

<sup>402</sup> Siehe zu weiteren Möglichkeiten der Aufbewahrung BT-Drucks. 14/4051, S. 15 f.; *Schmitz*, S. 77 f.; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 134 Rn. 120; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 16.

<sup>403</sup> So auch *Singhof*, NZG 1998, 670, 671.

teilung der Aktiengesellschaft handelt es sich nicht um eine Willenserklärung, sondern lediglich um eine Wissenserklärung,<sup>404</sup> die als rechtsgeschäftsähnliche Handlung einzuordnen ist. Die Vorschriften über Rechtsgeschäfte finden jedoch grundsätzlich analoge Anwendung.<sup>405</sup> Somit ist es grundsätzlich denkbar, dass das Kreditinstitut als Bote der Aktiengesellschaft auftritt. Das der Botenschaft zugrundeliegende Schuldverhältnis besteht lediglich in der gesetzlichen Verpflichtung des Kreditinstituts zur Weitergabe der Einberufungsunterlagen an die Aktionäre. Zwischen Kreditinstitut und Aktiengesellschaft besteht folglich keine eigene rechtliche Beziehung aufgrund der Übermittlung der Mitteilung der Aktiengesellschaft an die Aktionäre.

Die Tatsache, dass die Aktiengesellschaft der Aktionärsvereinigung die Einberufung der Hauptversammlung bekannt macht, lässt auch zwischen Aktiengesellschaft und Aktionärsvereinigung keine rechtliche Beziehung entstehen. Die Mitteilung i. S. v. § 125 Abs. 1 S. 1 AktG erfolgt zwar auch gegenüber Aktionärsvereinigungen, die in der letzten Hauptversammlung als Stimmrechtsvertreter aufgetreten sind oder ein ausdrückliches Verlangen gegenüber der Gesellschaft geäußert haben. Aus dem Gesetz ergibt sich jedoch keine Übermittlungspflicht an die Aktionäre. § 128 Abs. 1 S. 1 AktG verpflichtet ausdrücklich lediglich Kreditinstitute zur Weitergabe der Mitteilungen an die Aktionäre.<sup>406</sup> Die Weitergabepflicht der Aktionärsvereinigung kann sich höchstens aus der Vereinssatzung ergeben.

### **cc) Mitgliedschaftliche Treuepflicht des Stimmrechtsvertreters**

Eine rechtliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter kann sich aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergeben. Die mitgliedschaftliche Treuepflicht ist an die Mitgliedschaft in der

---

<sup>404</sup> Allgemein siehe MK-BGB/Kramer, Vor § 116 Rn. 35.

<sup>405</sup> MK-BGB/Kramer, Vor § 116 Rn.36; Staudinger-Eckpfeiler/Schiemann, S. 47; Staudinger/Singer, Vorbem zu §§ 116-144 Rn. 2.

<sup>406</sup> Anders noch nach dem früheren § 128 Abs. 5 AktG, der die Weitergabe durch die Aktionärsvereinigungen vorsah, siehe hierzu Arnold, Der Konzern 2008, 88, 90; den Wegfall der Weitergabepflicht für Aktionärsvereinigungen begrüßend Paschos/Goslar, AG 2008, 605, 609.

Aktiengesellschaft geknüpft und besteht daher grundsätzlich nur zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär.<sup>407</sup> Ist der Stimmrechtsvertreter nicht zugleich Aktionär, so unterliegt er somit keiner originären Treuepflicht.

Eine treurechtliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter kann sich jedoch aus der Übertragung der Treuepflicht vom Aktionär auf den Stimmrechtsvertreter ergeben.<sup>408</sup> Der Übertragung der Treuepflicht steht jedoch das Abspaltungsverbot entgegen,<sup>409</sup> wonach mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten nur zusammen mit der Mitgliedschaft übertragen werden dürfen.

Das Entstehen einer Treuepflicht beim Stimmrechtsvertreter aufgrund der Überlassung des Stimmrechts durch den Aktionär ist ebenfalls zu verneinen.<sup>410</sup> Der Stimmrechtsvertreter gibt zwar eine eigene Willenserklärung ab. Dennoch ist nicht der Stimmrechtsvertreter derjenige, der an die Treuepflicht gebunden ist, sondern der Aktionär selbst, da der Aktionär durch die Erteilung von Weisungen (vgl. § 662 BGB) die Möglichkeit hat, auf die Abstimmung Einfluss zu nehmen.<sup>411</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der Aktionär die Stimmrechtsausübung einem verdeckten Stimmrechtsvertreter ohne konkrete Weisungen überlässt.<sup>412</sup> Der Sinn und Zweck der mitgliedschaftlichen Treuepflicht führt somit nicht dazu, dass

---

<sup>407</sup> *Beckerhoff*, S. 146; *Nodoushani*, S. 120 f. und S. 144; MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 61; K. Schmidt/*Lutter/Spindler*, § 134 Rn. 64; *Dreher*, ZIP 1993, 332, 334; *Heermann*, ZIP 1994, 1243, 1244; *Henssler*, DZWir 1995, 430, 432.

<sup>408</sup> Siehe hierzu *Nodoushani*, S. 123 ff.

<sup>409</sup> So auch BGHZ 129, 136, 151 – „Girmes“; OLG Düsseldorf ZIP 1994, 878, 881; ebenso *Heermann*, ZIP 1994, 1243, 1244.

<sup>410</sup> *Dreher*, ZIP 1993, 332, 334; *Heermann*, ZIP 1994, 1243, 1244; a. A. *Schöne*, WM 1992, 209, 212; *Timm*, WM 1991, 481, 488.

<sup>411</sup> So letztlich auch *Dreher*, ZIP 1993, 332, 334; *Marsch-Barner*, ZHR 157 (1993), 172, 184 ff. sieht es als Einzelfallentscheidung an.

<sup>412</sup> So auch *Nodoushani*, S. 130 ff.; *Heermann*, ZIP 1994, 1243, 1245; a. A. *Timm*, WM 1991, 481, 488.

der Stimmrechtsvertreter einer eigenen Treuepflicht gegenüber der Aktiengesellschaft unterliegt.<sup>413</sup>

Eine rechtliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter ergibt sich nicht aus einer mitgliedschaftlichen Treuepflicht.

**dd) Zwischenergebnis**

Tritt eine Privatperson, ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung als Stimmrechtsvertreter für einen Aktionär in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft auf, so entsteht hierdurch keine rechtliche Beziehung zwischen Stimmrechtsvertreter und Aktiengesellschaft.

**d) Zwischenergebnis**

Handelt es sich bei dem Stimmrechtsvertreter um einen Singularbevollmächtigten oder eine in § 135 AktG genannte Person, so lassen sich die Rechtsbeziehungen der an der Stimmrechtsvertretung Beteiligten wie folgt zusammenfassen. Zwischen Aktiengesellschaft und Aktionäre besteht eine mitgliedschaftliche Beziehung, für welche die aktienrechtlichen Vorschriften gelten. Die Rechtsbeziehung zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter basiert im Innenverhältnis auf einem Schuldverhältnis. Im Außenverhältnis zwischen Aktionär und Stimmrechtsvertreter liegt das Vollmachtsverhältnis. Zwischen Aktiengesellschaft und Stimmrechtsvertreter besteht lediglich eine rein tatsächliche Beziehung.

**II. Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter**

**1. Regelung des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG**

**a) Gesetzeslage und Motivation des Gesetzgebers**

Wird ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter mit der Stimmrechtsvertretung bevollmächtigt, so ist die Vollmachtserklärung von der Gesellschaft drei Jahre nachprüfbar festzuhalten (§ 134 Abs. 3 S. 5, 1. Halbs. AktG). § 134 Abs. 3 S. 5 AktG wurde im Jahre 2001 durch das NaStraG ins Aktienrecht aufgenommen und setzte der Diskussion um die Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines Gesellschaftsvertre-

---

<sup>413</sup> So auch die h. M.; vgl. *Nodoushani*, S. 130 ff.

ters ein Ende.<sup>414</sup> Der Gesellschaftsvertreter tauchte weder in den frühen Diskussionen zum NaStraG noch im Regierungsentwurf zum NaStraG auf. Erst auf Initiative des Rechtsausschusses des Bundestages wurde der Gesellschaftsvertreter kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens ins Gesetz aufgenommen.<sup>415</sup> Nach der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages zum NaStraG wurde damit ein mit dem im angloamerikanischen Rechtskreis bekannten Proxy-Voting vergleichbares Abstimmungsverfahren ermöglicht.<sup>416</sup> Eine weiterführende Begründung für die Einführung des Gesellschaftsvertreters ins Aktienrecht lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen.

Ziel des NaStraG war unter anderem die Erleichterung der Stimmrechtsausübung sowie der Vollmachterteilung.<sup>417</sup> So sollte den niedrigen Hauptversammlungspräsenzen der Vergangenheit entgegen gewirkt werden.<sup>418</sup> Die Kreditinstitute hatten sich mehr und mehr von der Stimmrechtsvertretung zurückgezogen. Dieser Rückgang bei der Stimmrechtsvertretung sollte mit der Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter aufgefangen werden.<sup>419</sup>

#### **b) Rechtsvergleich mit dem US-amerikanischen Proxy-Voting-System**

Der Verweis des Rechtsausschusses des Bundestags zum NaStraG auf das im angloamerikanischen Rechtskreis bekannte Abstimmungsverfahren durch den Proxy-Voter ist zu kritisieren. Der unspezifische Import des amerikanischen Proxy-Voting-Systems ins deutsche Aktienrecht ist höchst problematisch. Die Übernahme einzelner Elemente eines Rechts-

---

<sup>414</sup> Zur früheren Diskussion siehe *Ruoff*, S. 35 ff.; *Möhring*, FS Geßler, 127, 133 ff.; *Schilling*, FS Möhring, 257, 257 ff.; *Zöllner*, FS Westermann, 603, 604 ff.; *Bachmann*, WM 1999, 2100, 2103 und 2105 ff.; *Hüther*, AG 2001, 68, 71; v. *Radow*, ZIP 1998, 1564, 1565 f.; *Singhof*, NZG 1998, 670, 672 f.

<sup>415</sup> Erstmaliges Auftauchen des Gesellschaftsvertreters zwei Monate vor der Verabschiedung des NaStraG in BT-Drucks. 14/4618, S. 8.

<sup>416</sup> BT-Drucks. 14/4618, S. 14.

<sup>417</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 1 ff.

<sup>418</sup> BT-Drucks. 14/4051, S. 2.

<sup>419</sup> So *Lenz*, S. 159; ähnlich *Noack*, DB 2002, 620, 625; vgl. auch *Seibert*, FS Peltzer, 469, 474.

systems ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn beide Rechtssysteme eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen. Das ist bei den Abstimmungsverfahren in Form der Stimmrechtsvertretung in Deutschland und den USA jedoch nicht der Fall.<sup>420</sup>

Zunächst ist die Verwendung ein und desselben Begriffs für unterschiedliche Stimmrechtsvertreter zu kritisieren. In Deutschland wird von dem Begriff des Proxy-Voting lediglich die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter (§ 134 Abs. 3 S. 5 AktG) erfasst.<sup>421</sup> Im amerikanischen Recht wird hingegen die Stimmrechtsvertretung allgemein als Proxy-Voting (vgl. SEC-rule 14a-1) bezeichnet. Umfasst wird somit sowohl die Vertretung durch die Verwaltung als auch die Vertretung durch sonstige Stimmrechtsvertreter.<sup>422</sup>

Weiter hat das Ziel einer hohen Hauptversammlungspräsenz unterschiedliche Gründe. In den USA ist eine hohe Hauptversammlungspräsenz primär für das Zustandekommen eines Beschlusses erforderlich. Das Zustandekommen von Beschlüssen erfordert im amerikanischen Recht das Erreichen einer vorgegebenen Mindestpräsenzquote.<sup>423</sup> In Deutschland sollen hohe Hauptversammlungspräsenzen lediglich eine Beschlussfassung durch Zufallsmehrheiten verhindern und zu einer höheren Legitimation der Beschlüsse führen.<sup>424</sup> Hohe Abstimmungsquoten verhindern die Gefahr, dass sich gesellschaftsschädigende Interessen weniger Aktionäre

---

<sup>420</sup> *Hohn Abad*, S. 35; *Verfürth/Wohlwend*, in: Die virtuelle HV, 123, 146 und 154; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1479 f.; *Zöllner*, FS Westermann, 603, 607 f.; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 356; *Hüther*, AG 2001, 68, 73 f.; a. A. *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 184.

<sup>421</sup> So bereits *Hohn Abad*, S. 36; *Rose*, S. 43; siehe auch *Bürgers/Körber/Holzborn*, § 134 Rn. 23; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 356; a. A. *Heckelmann*, S. 82 f., der als Proxy-Voting auch im deutschen Recht einen allgemeinen Ausdruck für Vollmachtstimmrecht bezeichnet.

<sup>422</sup> So auch *García Mateos*, S. 250; *Hohn Abad*, S. 36; *Rose*, S. 43; *Sasse*, S. 115; *Stupp*, S. 127; *Verfürth/Wohlwend*, in: Die virtuelle HV, 123, 124 und 154; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 356.

<sup>423</sup> *Hohn Abad*, S. 33; *Ruoff*, S. 177; *Merkt/Göthel*, S. 398; *Hofstetter*, ZGR 2008, 560, 572 f.

<sup>424</sup> So *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 148; ebenso *Behnke*, NZG 2000, 665, 666; *Blank/Zetzsche*, K & R 2000, 485, 487; *Heller/Sadeghi/Dretzki/Ruhe*, CR 2002, 592, 593.

durchsetzen, da sich die Mehrheit nach der Anzahl der abgegebenen Stimmen bemisst.<sup>425</sup>

Darüber hinaus weicht der Stellenwert der Hauptversammlung für die Stimmrechtsausübung im deutschen und amerikanischen Rechtssystem voneinander ab.<sup>426</sup> In Deutschland erfolgt die Stimmabgabe im Regelfall in der Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 S. 1 AktG), wohingegen die Abstimmung in den USA bereits vor der eigentlichen Hauptversammlung, im Rahmen des Einwerbens von Stimmen (sog. proxy solicitation, vgl. SEC-rule 14a-2) erfolgt.<sup>427</sup> Auch ist in den USA der sog. „proxy contest“ Gang und Gäbe.<sup>428</sup> Dem deutschen Recht ist das Einwerben von Stimmen mit Ausnahme des einmaligen Girmes-Falls<sup>429</sup> hingegen fremd.<sup>430</sup>

Die fehlende Ähnlichkeit des deutschen und amerikanischen Stimmrechtsvertretungssystems ergibt sich weiter daraus, dass die Stimmrechtsvertretungen in unterschiedliche Schutzsysteme eingebettet sind.<sup>431</sup> Die grundsätzliche Gefahr des Einflusses der Gesellschaft auf die Beschlussfassung besteht in beiden Rechtssystemen. Die Vorgehensweisen zur Verhinderung eines Missbrauchs sind hingegen verschieden. In den USA wird versucht, im Vorhinein der Hauptversammlung der Miss-

---

<sup>425</sup> Keunecke, in: Die virtuelle HV, 263, 264 f.

<sup>426</sup> Siehe Hohn Abad, S. 37 ff.; Ruoff, S. 215 ff.; Sasse, S. 115 f.; Stupp, S. 134; Claussen, AG 2001, 161, 162; siehe hierzu auch Freiherr v. Falkenhausen, AG 1960, 91, 92; Hanloser, NZG 2001, 355, 356 f.; Heckelmann, S. 83 f.; Hofstetter, ZGR 2008, 560, 572.

<sup>427</sup> So auch Hohn Abad, S. 37 ff.; Ruoff, S. 215 ff.; Sasse, S. 115 f.; Stupp, S. 127 f.; Noack, in: Aktienrecht im Wandel II, 660, 663; Verfürth/Wohlwend, in: Die virtuelle HV, 123, 147; Claussen, AG 2001, 161, 162; siehe hierzu auch Freiherr v. Falkenhausen, AG 1960, 91, 92; Hanloser, NZG 2001, 355, 356 f.; Heckelmann, S. 83 f.; Hofstetter, ZGR 2008, 560, 572; Spindler/Hüther, RIW 2000, 329, 335 f.; Zättsch/Gröning, NZG 2000, 393, 400.

<sup>428</sup> Heckelmann, S. 83 f.; siehe auch Hohn Abad, S. 40 f.; Ruoff, S. 271 ff.; Merkt/Göthel, S. 398 und S. 410 ff.; Noack, in: Aktienrecht im Wandel II, 660, 663; Verfürth/Wohlwend, in: Die virtuelle HV, 123, 124; Hofstetter, ZGR 2008, 560, 570.

<sup>429</sup> BGHZ 129, 136 – „Girmes“.

<sup>430</sup> So auch Bürgers/Körber/Holzborn, § 134 Rn. 23; Bachmann, AG 2001, 635, 639 f.; Spindler, MMR 2001, 65, 65.

<sup>431</sup> So auch Giedinghagen, S. 278; Rose, S. 43; Hanloser, NZG 2001, 355, 356.

brauchsgefahr durch Informations- und Offenlegungspflichten der Aktiengesellschaft entgegenzuwirken (vgl. SEC-rule 14a-7 f.).<sup>432</sup> In Deutschland besteht in den Fällen eines Interessenkonflikts hingegen ein Stimmverbot für die Aktionäre (§ 136 Abs. 1 AktG) oder ein Ausschluss der Stimmrechtsvertretung (§ 136 Abs. 2 AktG).

Zum Schutzsystem des amerikanischen Vertretungsverfahrens der Stimmrechtsvertretung gehören auch die staatliche Aufsicht (Securities and Exchange Commission, SEC) sowie die von ihr erlassenen „proxy rules“ (vgl. für die Stimmrechtsvertretung insbesondere SEC-rule 14a).<sup>433</sup> Die SEC überwacht die Einhaltung der Informations- und Offenlegungspflichten, die Ordnungsmäßigkeit des proxy solicitation und proxy contest sowie die Richtigkeit der Vollmachtserteilung.<sup>434</sup> Das deutsche Recht kennt eine externe Aufsicht hingegen nicht. Weiter enthält das deutsche Recht keine vergleichbar strengen Informations- und Offenlegungspflichten für den Gesellschaftsvertreter.<sup>435</sup>

Der Gesellschaftsvertreter in der deutschen Hauptversammlung ist nicht mit dem strengeren<sup>436</sup> amerikanischen Proxy-Voting-System vergleich-

---

<sup>432</sup> So auch *Hohn Abad*, S. 36; *Rose*, S. 43; *Ruoff*, S. 182 ff.; *Merkt/Göthel*, S. 401 ff.; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1479 f.; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 189; *Hofstetter*, ZGR 2008, 560, 569; *Spindler/Hüther*, RIW 2000, 329, 330 f.

<sup>433</sup> *Giedinghagen*, S. 278; *Hohn Abad*, S. 39 f.; *Merkt/Göthel*, S. 398 ff.; *Verfürth/Wohlwend*, in: Die virtuelle HV, 123, 125 f.; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1480; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 189; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 356; *Hofstetter*, ZGR 2008, 560, 569.

<sup>434</sup> *Giedinghagen*, S. 278; *Hohn Abad*, S. 39 f.; *Ruoff*, S. 228 ff.; *Sasse*, S. 115 ff.; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 55; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1480; *Verfürth/Wohlwend*, in: Die virtuelle HV, 123, 125; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 189; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 356; *Hofstetter*, ZGR 2008, 560, 569.

<sup>435</sup> Hierzu kritisch bereits *Giedinghagen*, S. 278; *Hohn Abad*, S. 36; *Sasse*, S. 130 f.; *Hüffer*, § 135 Rn. 1 ff.; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 55; *Bachmann*, AG 2001, 635, 636; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 189; *Hofstetter*, ZGR 2008, 560, 569; siehe hierzu bereits zur Idee des Stimmrechtsverwalters *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 157 ff.

<sup>436</sup> So *Hohn Abad*, S. 35; *Sasse*, S. 117; *Stupp*, S. 135; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1480.

bar.<sup>437</sup> Eine rechtsvergleichende Auslegung des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ist daher irreführend.<sup>438</sup>

### c) Person des Gesellschaftsvertreter

Als Ausgangsüberlegung stellt sich die Frage, wer als Gesellschaftsvertreter das Stimmrecht der Aktionäre ausüben darf. Dem Begriff des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters in § 134 Abs. 3 S. 5 AktG liegt ein weites Begriffsverständnis zugrunde. § 134 Abs. 3 S. 5 AktG enthält keine Beschränkung der Person des Gesellschaftsvertreter. Als Gesellschaftsvertreter kommen somit sowohl der Aktiengesellschaft angehörige oder nahestehende Personen als auch außenstehende Dritte in Betracht.<sup>439</sup> Als solche können externe Dienstleister, insbesondere der Berufsverschwiegenheit unterliegende Personen wie Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eingesetzt werden.<sup>440</sup>

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der Überlegung, die Stimmrechtsausübung durch eine der Aktiengesellschaft nahestehende Person würde die Gefahr erhöhen, dass der Gesellschaftsvertreter sich bei der Abstimmung in der Hauptversammlung von den Interessen der Aktiengesellschaft leiten lassen würde.<sup>441</sup> Eine in der Literatur geforderte<sup>442</sup> teleologische Reduktion des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG auf lediglich gesellschaftsexterne Personen vermag nicht zu überzeugen. Schließlich kann die Gefahr der Beeinflussung des Beschlussergebnisses durch die Aktiengesellschaft nicht durch die Beauftragung eines externen Dienstleis-

---

<sup>437</sup> Zöllner, FS Westermann, 603, 607; Hanloser, NZG 2001, 355, 356 f.

<sup>438</sup> Sasse, S. 129; so i. E. auch Hanloser, NZG 2001, 335, 356 f.

<sup>439</sup> So García Mateos, S. 253; Stupp, S. 122 f.; Noack, FS Lutter, 1463, 1474; Bunke, AG 2002, 57, 59; Muthers/Ulbrich, WM 2005, 215, 219; a. A. Claussen, AG 2001, 161, 169, der lediglich die Bevollmächtigung eines Mitarbeiters erfasst sieht; ebenfalls kritisch Habersack, ZHR 165 (2001), 172, 187; Noack, NZG 2001, 1057, 1062.

<sup>440</sup> So auch García Mateos, S. 253; Lenz, S. 172; Sasse, S. 118 ff.; Bunke, in: Die virtuelle HV, 2002, 21, 24; Pikó/Preissler, in: Die virtuelle HV, 2002, 277, 284 f.; Kindler, NJW 2001, 1678, 1687; Noack, NZG 2001, 1057, 1062.

<sup>441</sup> Vgl. hierzu Heckelmann, S. 164; Schieber, S. 118; Hüther, AG 2001, 68, 72; Kindler, NJW 2001, 1678, 1687; Singhof, NZG 1998, 670, 671.

<sup>442</sup> Siehe Habersack, ZHR 165 (2001), 172, 187; Kindler, NJW 2001, 1678, 1687; a. A. Haase, S. 224 f.; Sasse, S. 123; Schieber, S. 117 f.; Bunke, in: Die virtuelle HV, 21, 24; ders., AG 2002, 57, 59.

ters ausgeschlossen werden.<sup>443</sup> Selbst wenn zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter kein Dienstvertrag besteht, kann eine Abhängigkeit aufgrund anderweitiger vertraglicher oder faktischer Beziehung als Grundlage für das Rechtsverhältnis vorliegen.<sup>444</sup> Das Risiko einer Interessenkollision besteht in gleichem Maße.<sup>445</sup>

Gegen eine teleologische Reduktion des Personenkreises des Gesellschaftsvertreters spricht außerdem, dass vor der Verabschiedung des NaStraG in der Praxis bereits Mitarbeiter einer Aktiengesellschaft zum Gesellschaftsvertreter benannt wurden.<sup>446</sup> Der Gesetzgeber hatte bei der Verabschiedung der Regelung über den Gesellschaftsvertreter auch Kenntnis von dieser Praxis.<sup>447</sup> Es stand somit in der Macht des Gesetzgebers, Mitarbeiter der Gesellschaft von der Tätigkeit als Gesellschaftsvertreter ausdrücklich auszuschließen.<sup>448</sup> Ein solcher Wille lässt sich aber weder dem Wortlaut des Gesetzes noch der Gesetzesbegründung entnehmen. Somit ist eine unterschiedliche Behandlung von gesellschaftsinternen und gesellschaftsfremden, aber von der Aktiengesellschaft beauftragten Stimmrechtsvertretern nicht gerechtfertigt.

---

<sup>443</sup> So *Haase*, S. 225; *Sasse*, S. 121 f.; *Schieber*, S. 118; *Schmitz*, S. 104; *Stupp*, S. 122 f.; *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 24; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1477; a. A. *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687.

<sup>444</sup> Siehe *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 220; allgemeiner *Bienemann*, S. 143 f., der von einer „gewissen“ Abhängigkeit spricht; so auch *Sasse*, S. 122; *Haase*, S. 225; *Heckelmann*, S. 164; v. *Randow*, ZIP 1998, 1564, 1565.

<sup>445</sup> *Bienemann*, S. 143; *Heckelmann*, S. 164 ff.; *Schmitz*, S. 104; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1477; *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 668 f.; *Bunke*, AG 2002, 57, 60; im Ergebnis auch *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 188 f.; *Hüther*, AG 2001, 68, 72 f.; v. *Randow*, ZIP 1998, 1564, 1565; *Singhof*, NZG 1998, 670, 671; a. A. *Sasse*, S. 122.

<sup>446</sup> So im Fall der Telekom, die einen Wirtschaftsprüfer als Stimmrechtsvertreter beauftragte, die Stimmrechte der Aktionäre kostenlos auf der Hauptversammlung auszuüben, vgl. LG Baden-Baden NZG 1998, 685 – „Telekom“; siehe hierzu *Dreher/Schnorbus*, EWiR 1998, 675, 675 f.

<sup>447</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/3051, S. 15; so auch *Heckelmann*, S. 166; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 134 Rn. 122; *Bunke*, AG 2002, 57, 59 f.; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 185; *Riegger*, ZHR 165 (2001), 204, 213; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 190.

<sup>448</sup> So auch *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 134 Rn. 122; *Pikó/Preissler*, AG 2002, 223, 227; *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 24 f.; *Sasse*, S. 123 f.; *Heckelmann*, S. 166; *Bunke*, AG 2002, 57, 59; *Riegger*, ZHR 165 (2001), 204, 213; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 190.

Als Gesellschaftsvertreter ausgeschlossen sind lediglich Mitglieder der Verwaltung. Dies ergibt sich aus § 136 Abs. 2 AktG.<sup>449</sup> Der Kreis der Gesellschaftsvertreter unterliegt somit außer der gesetzlichen Beschränkung aus § 136 Abs. 2 AktG keiner weiteren Einschränkung.<sup>450</sup> Sowohl gesellschaftsangehörige Personen als auch externe Dienstleister können ungeachtet einer bestehenden Interessenkollision von der Gesellschaft als Gesellschaftsvertreter benannt werden, soweit sie nicht der Verwaltung i. S. v. § 136 Abs. 2 AktG angehören.

#### **d) Auf den Gesellschaftsvertreter anwendbare Vorschriften**

Für den Gesellschaftsvertreter gelten die allgemeinen Regelungen des § 134 Abs. 3 S. 1 bis 4 AktG. Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG zu den voranstehenden Sätzen. Außerdem sind die Regelungen der Sätze 1 bis 4 für die Stimmrechtsvertretung von allgemeiner Art<sup>451</sup> und gelten somit auch für den Gesellschaftsvertreter unmittelbar. Zusätzlich gilt gem. § 134 Abs. 3 S. 5 AktG die Verpflichtung der Aktiengesellschaft, die Vollmacht des Gesellschaftsvertreters drei Jahre nachprüfbar festzuhalten, wenn ein Gesellschaftsvertreter mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigt wird.

Eine darüber hinausgehende unmittelbare oder mittelbare Anwendbarkeit des § 135 AktG auf den Gesellschaftsvertreter ist in der Literatur umstritten<sup>452</sup> und soll im Folgenden geklärt werden.

---

<sup>449</sup> Vgl. hierzu bereits § 1 B. I. 1. b) aa). Speziell zum Gesellschaftsvertreter siehe auch K. Schmidt/Lutter/*Spindler*, § 134 Rn. 56.

<sup>450</sup> So auch *García Mateos*, S. 253; *Sasse*, S. 123; *Stupp*, S. 122 f.; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 134 Rn. 122; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1474; *Bunke*, AG 2002, 57, 59; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; a. A. *Claussen*, AG 2001, 161, 169 sieht lediglich die Bevollmächtigung eines Mitarbeiters erfasst; ebenfalls kritisch *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 664; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 187; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062.

<sup>451</sup> So bereits *Hohn Abad*, S. 26; siehe auch BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

<sup>452</sup> Vgl. hierzu die Ansichten von *García Mateos*, S. 253; *Heckelmann*, S. 170 ff.; *Lenz*, S. 236; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 7; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 37; *Marsch-Barner*, FS Peltzer, 261, 274; *Bunke*, in: *Die virtuelle HV*, 2002, 21, 26; *Blank/Zetzsche*, K & R 2000, 485, 489; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355; *Hüther*, MMR 2000, 521, 524 f.; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62 f.; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 190 f.; K. Schmidt/Lutter/

**aa) Gesellschaftsvertreter als geschäftsmäßig Handelnder**

Die Anforderungen des § 135 AktG Abs. 1 bis 7 können unmittelbar für den Gesellschaftsvertreter gelten. Dies ist der Fall, wenn der Gesellschaftsvertreter gleichzeitig geschäftsmäßig Handelnder i. S. v. § 135 Abs. 8 S. 1 AktG ist.<sup>453</sup>

Charakteristisch für den geschäftsmäßig Handelnden i. S. v. § 135 Abs. 8 S. 1 AktG ist das Merkmal des sich Erbietens.<sup>454</sup> Das setzt eine ausdrückliche Erklärung der Bereitschaft voraus, einen unbestimmten, nicht näher bezeichneten Personenkreis in der Hauptversammlung zu vertreten.<sup>455</sup> Darüber hinaus muss der geschäftsmäßig Handelnde das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit erfüllen. Hierunter ist nicht jede gewerbliche oder entgeltliche Tätigkeit zu verstehen.<sup>456</sup> Entscheidend ist vielmehr die Absicht, sich für die Stimmrechtsausübung nicht nur einmalig, sondern mehrfach oder dauerhaft gegenüber den Aktionären zu erbiehen.<sup>457</sup> Die Geschäftsmäßigkeit bezieht sich somit nicht auf die Stimmrechtsausübung, sondern auf das sich Erbiehen.<sup>458</sup>

---

*Spindler*, § 134 Rn. 65 sieht § 134 Abs. 3 S. 5 AktG als Spezialregelung an.

<sup>453</sup> *Heckelmann*, S. 170 ff.; so auch *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 26; *Blank/Zetzsche*, K & R 2000, 485, 489; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62 f.; grundsätzliche auch *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 134 Rn. 65, der § 134 Abs. 3 S. 5 AktG jedoch als Spezialregelung ansieht; zweifelnd *Hüther*, MMR 2000, 521, 524 f.; a. A. *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 37; *Marsch-Barner*, FS Peltzer, 261, 274; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355.

<sup>454</sup> *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 26; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 32; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 60.

<sup>455</sup> *Heckelmann*, S. 171; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 29; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 32; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 60.

<sup>456</sup> *Heckelmann*, S. 171 f.; *Rose*, S. 41 f.; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 29; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 26; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 60.

<sup>457</sup> Ebenso *Heckelmann*, S. 171 f.; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 134 Rn. 23 und § 135 Rn. 29; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 26; *Hüffer*, § 135 Rn. 48; *KK-AktG/Zöllner*, § 135 Rn. 81; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 33; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 60; *Noack*, FS Lutter, 1463, 147.

<sup>458</sup> So auch *Heckelmann*, S. 171; *Bürgers/Körper/Holzborn*, § 135 Rn. 29; *Hüffer*, § 135 Rn. 48; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 26; *MK-AktG/Schröer*, § 135 Rn. 33; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 135 Rn. 60; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1472.

Der Gesellschaftsvertreter ist als geschäftsmäßig Handelnder i. S. v. § 135 Abs. 8 S. 1 AktG anzusehen, wenn er diese beiden Merkmale erfüllt. Bereits für die Voraussetzung des sich Erbietens ist das jedoch zu verneinen.<sup>459</sup> Der Gesellschaftsvertreter unterbreitet den Aktionären zwar ein Angebot auf die Ausübung des Stimmrechts. Die Möglichkeit der Stimmrechtsausübung bietet den Aktionären aber nicht der Gesellschaftsvertreter an, sondern die Aktiengesellschaft.<sup>460</sup> Der Gesellschaftsvertreter hat hierauf keinen Einfluss. Das Gleiche gilt für die Voraussetzung der Geschäftsmäßigkeit. Auch dieses Merkmal wird allenfalls von der Aktiengesellschaft erfüllt. Der Gesellschaftsvertreter ist aufgrund des Dienst- oder Auftragsverhältnisses von der Aktiengesellschaft abhängig. Er wird von der Aktiengesellschaft bezahlt und nicht von jedem einzelnen Aktionär selbst. Er hat somit kein eigenes Interesse an der Stimmrechtsausübung.<sup>461</sup> Über ein wiederholtes sich Erbieten entscheidet somit die Aktiengesellschaft und nicht der Gesellschaftsvertreter. Eine mögliche Wiederholungsabsicht besteht allenfalls bei der Aktiengesellschaft.<sup>462</sup>

Der Gesellschaftsvertreter erfüllt weder das Merkmal des „sich Erbieten“ noch das der Geschäftsmäßigkeit. Der Gesellschaftsvertreter ist daher kein geschäftsmäßig Handelnder i. S. v. § 135 Abs. 8 S. 1 AktG.<sup>463</sup> Folglich sind die Regelungen des § 135 Abs. 1 bis 7 AktG nicht unmittelbar auf den Gesellschaftsvertreter anwendbar.

#### **bb) Systematische Zugehörigkeit des Gesellschaftsvertreters zu den organisierten Stimmrechtsvertretern**

Eine entsprechende Anwendung der Regelungen des § 135 AktG auf den Gesellschaftsvertreter aufgrund der systematischen Zugehörigkeit des

---

<sup>459</sup> Siehe hierzu *Lenz*, S. 200; a. A. *Heckelmann*, S. 171; diese Frage offen lassend *Becker*, S. 30.

<sup>460</sup> So im Ergebnis auch *García Mateos*, S. 253; a. A. *Noack*, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>461</sup> *Goedsche*, S. 149; differenzierend zwischen gesellschaftsnahem und gesellschaftsfremdem Gesellschaftsvertreter *Noack*, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>462</sup> So auch *Sasse*, S. 126; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62; a. A. *Heckelmann*, S. 172.

<sup>463</sup> So auch *García Mateos*, S. 254; MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 37 für Mitarbeiter der AG; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1472; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355; a. A. *Heckelmann*, S. 171.

Gesellschaftsvertreters zu der Gruppe der organisierten Stimmrechtsvertreter kann ebenfalls nicht überzeugen.<sup>464</sup>

Als institutionelle oder organisierte Stimmrechtsvertretung wird häufig die Stimmrechtsvertretung nach der Maßgabe des § 135 AktG bezeichnet.<sup>465</sup> Für das Vorliegen einer organisierten Stimmrechtsvertretung ist das Einwerben von Aufträgen von einem unbestimmten Personenkreis charakteristisch.<sup>466</sup> Die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter richtet sich zwar an alle Aktionäre und somit einen großen Personenkreis.<sup>467</sup> Daraus zu folgern, der Gesellschaftsvertreter sei der organisierten Stimmrechtsvertretung zuzuordnen, kann jedoch nicht gerechtfertigt werden. Hierbei bleibt die ausdrückliche Zuordnung des Gesellschaftsvertreters in die Vorschrift des § 134 Abs. 3 AktG unbeachtet.<sup>468</sup> Ob die Einordnung des Gesellschaftsvertreters in § 134 Abs. 3 AktG eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers war,<sup>469</sup> kann den Gesetzesmaterialien zwar nicht ausdrücklich entnommen werden. Für diese Annahme spricht jedoch der Verweis des § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf die Anwendung des § 135 Abs. 5 AktG für den Gesellschaftsvertreter. Aufgrund des Verweises ist anzunehmen, dass der Gesellschaftsvertreter den übrigen Regelungen des § 135 AktG nicht unterliegen soll.<sup>470</sup>

Selbst wenn der Gesellschaftsvertreter dem Sinn nach als institutioneller Stimmrechtsvertreter anzusehen sein sollte, würde dies nicht zu einer pauschalen Anwendung des § 135 AktG auf den Gesellschaftsvertreter führen. Die Zuordnung des Gesellschaftsvertreters zu § 135 AktG wider-

---

<sup>464</sup> So auch *Schmitz*, S. 105 f.; zur Kritik am Gesetzgeber siehe *Grundmann*, BKR 2009, 31, 32.

<sup>465</sup> *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 1 und Rn. 5 ff.; siehe hierzu auch *Bunke*, in: *Die virtuelle HV*, 21, 23 f.; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1464; *ders.*, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>466</sup> *Noack*, FS Lutter, 1463, 1464.

<sup>467</sup> *García Mateos*, S. 253; *Goedsche*, S. 153; *Lenz*, S. 197 und S. 236 f.; so auch *Schmitz*, S. 110 f.; *Zöllner*, in: *Aktienrecht im Wandel II*, 661, 665 ff.; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>468</sup> So auch *Rose*, S. 42 f.

<sup>469</sup> So *Lenz*, S. 197 f.

<sup>470</sup> So auch *Sasse*, S. 126 f.; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 134 Rn. 55.

sprache dem eindeutigen Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG.<sup>471</sup> Eine Auslegung contra legem ist unzulässig.<sup>472</sup>

**cc) Zwischenfazit**

Auf den Gesellschaftsvertreter finden als besondere Vorschriften für die Stimmrechtsvertretung unmittelbar nur die Regelungen des § 134 Abs. 3 AktG Anwendung. § 135 AktG gilt hingegen grundsätzlich nicht für den Gesellschaftsvertreter. Das schließt eine analoge Anwendung der Inhalte des § 135 AktG auf den Gesellschaftsvertreter zwar nicht aus. Diese ist jedoch für jede Regelung im Einzelnen anhand der Analogievoraussetzungen zu prüfen.<sup>473</sup>

**e) Tatsächliche Abläufe bei der Stimmrechtsausübung durch einen Gesellschaftsvertreter**

Seit Inkrafttreten des NaStraG bieten einige Aktiengesellschaften die Stimmrechtsvertretung durch einen Gesellschaftsvertreter an. Für eine dogmatische Einordnung der Person des Gesellschaftsvertreters und der Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaftsvertreter, Aktiengesellschaft und Aktionär bedarf es einer genauen Betrachtung der tatsächlichen Abläufe bei der Stimmrechtsausübung durch den Gesellschaftsvertreter in der Praxis.

**aa) Mitteilungen an die Aktionäre**

Die Aktiengesellschaft sendet die Einladungsunterlagen zunächst an den Aktionär. Dies kann entweder direkt oder über ein Kreditinstitut als Informationsmittler geschehen. Die Einladungsunterlagen der Aktiengesellschaft enthalten neben Informationen über die grundsätzliche Möglichkeit der Stimmrechtsausübung durch einen Stellvertreter insbesondere auch Informationen über die Stimmrechtsausübung durch den Gesell-

---

<sup>471</sup> So auch *Becker*, S. 30; siehe auch *Lenz*, S. 201; *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 135 Rn. 7.

<sup>472</sup> Siehe BVerwGE 90, 265, 269; *Schmalz*, Rn. 448; *Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell*, S. 30; *Zippelius*, § 9 III.

<sup>473</sup> Siehe *Großkomm-AktG/Grundmann*, § 134 Rn. 119.

schaftsvertreter.<sup>474</sup> Hierbei nennt die Gesellschaft den Aktionären den Gesellschaftsvertreter manchmal namentlich.<sup>475</sup> In der Regel wird jedoch lediglich mitgeteilt, dass ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter die Stimmrechtsausübung wahrnehmen kann. Tatsächlich handelt es sich bei der Person des Gesellschaftsvertreters in der Regel um einen Mitarbeiter der Aktiengesellschaft. Alternativ beauftragt die Aktiengesellschaft einen gesellschaftsexternen Dritten mit dieser Aufgabe.

Unabhängig davon, ob der Aktionär selbst an der Hauptversammlung teilnehmen oder er sich vertreten lassen möchte, benötigt er eine Eintrittskarte für die Hauptversammlung.<sup>476</sup> Die Eintrittskarte beantragt der Aktionär bei der Aktiengesellschaft.<sup>477</sup> Die Aktiengesellschaft kann dies sowohl auf postalischem Weg als auch auf elektronischem Weg zulassen.<sup>478</sup> Die Organisation der Hauptversammlung muss nicht zwingend über die Aktiengesellschaft selbst laufen. Häufig beauftragt die Aktien-

---

<sup>474</sup> Vgl. *BMW AG*, [http://www.bmwgroup.com/d/0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/investor\\_relations/corporate\\_events/hauptversammlung/2010/Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.bmwgroup.com/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/corporate_events/hauptversammlung/2010/Einladung_HV_2010.pdf), S. 5; *Adidas AG*, [http://www.adidas-group.com/de/investor\\_relations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investor_relations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), S. 34; *RWE AG*, <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/394714/data/367316/62705/rwe/investor-relations/events-praesentationen/hauptversammlung/hauptversammlung-2010/informationen-zur-hauptversammlung-2010/Einladung-22-Seiten.pdf>, S. 19; *Siemens AG*, [http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor\\_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung\\_hv2010\\_d.pdf](http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf), S. 37; *Bayer AG*, <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, S. 28; *Linde AG*, [http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen/\\$file/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen.pdf](http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen/$file/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen.pdf), S. 17; *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 11.

<sup>475</sup> So beispielsweise der *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 11.

<sup>476</sup> Siehe bei *BMW AG*, [http://www.bmwgroup.com/d/0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/investor\\_relations/corporate\\_events/hauptversammlung/2010/Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.bmwgroup.com/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/corporate_events/hauptversammlung/2010/Einladung_HV_2010.pdf), S. 5; *Adidas AG*, [http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), S. 35.

<sup>477</sup> Siehe bei *Deutsche Postbank AG*, [https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB\\_d-HV-Tagesordnung2010\\_web.pdf](https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB_d-HV-Tagesordnung2010_web.pdf), S. 23.

<sup>478</sup> Vgl. *Linde AG*, [http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen/\\$file/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen.pdf](http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen/$file/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen.pdf), S. 17.

gesellschaft eine Servicegesellschaft oder ein Kreditinstitut mit der Organisation der Hauptversammlung.<sup>479</sup>

Nach der Anmeldung zur Hauptversammlung und dem Nachweis des Anteilsbesitzes erhält der Aktionär die Eintrittskarte von der Aktiengesellschaft, der zuständigen Servicegesellschaft oder dem Kreditinstitut.<sup>480</sup>

Die Eintrittskarte enthält gleichzeitig das Formular für die Bevollmächtigung des Gesellschaftsvertreters sowie eine Karte für die dazugehörige Weisungserteilung.<sup>481</sup>

### **bb) Weisungserteilung für die Stimmrechtsausübung**

Entscheidet der Aktionär sich dazu, sein Stimmrecht durch den Gesellschaftsvertreter auszuüben, muss er das ausgefüllte Vollmachtenformular sowie das ausgefüllte Weisungsformular an die Aktiengesellschaft zurückschicken.<sup>482</sup> Die Aktiengesellschaft kann entscheiden, ob das Zurücksenden auf schriftlichem Weg<sup>483</sup>, mittels Textform<sup>484</sup> oder in elektronischer Form<sup>485</sup> erfolgen kann.

---

<sup>479</sup> Siehe bei *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 11; *BMW AG*, [http://www.bmwgroup.com/d/0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/investor\\_relations/corporate\\_events/hauptversammlung/2010/Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.bmwgroup.com/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/corporate_events/hauptversammlung/2010/Einladung_HV_2010.pdf), S. 5.

<sup>480</sup> Siehe bei *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 11.

<sup>481</sup> So bei *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 11 f.; *Linde AG*, [http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen/\\$file/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen.pdf](http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen/$file/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen.pdf), S. 19; *Adidas AG*, [http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), S. 34.

<sup>482</sup> So beispielsweise bei *RWE AG*, siehe <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/394714/data/367316/62705/rwe/investor-relations/events-praesentationen/hauptversammlung/hauptversammlung-2010/informationen-zur-hauptversammlung-2010/Einladung-22-Seiten.pdf>, S. 20; *Linde AG*, [http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen/\\$file/TLG\\_Einladung\\_HV\\_D\\_2010\\_100322\\_Screen.pdf](http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen/$file/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen.pdf), S. 19 f.

<sup>483</sup> Siehe bei *Bayer AG*, <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, S. 28; *BASF SE*, <http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor->

Bei vielen Gesellschaften müssen die Vollmacht sowie die erteilten Weisungen vor Beginn der Hauptversammlung bei der Aktiengesellschaft eingehen. Stichtag ist häufig der Tag vor der Hauptversammlung.<sup>486</sup>

Darüber hinaus können die Aktionäre bei einigen Gesellschaften auch noch während der laufenden Hauptversammlung den Gesellschaftsvertreter bevollmächtigen und ihm Weisungen erteilen.<sup>487</sup> Bei einer solchen internetgestützten Online-Hauptversammlung erfolgen Vollmachts- und Weisungserteilung über das Internet. Der Aktionär muss über einen Internetzugang verfügen, um sich in die Hauptversammlung einloggen zu können.<sup>488</sup> Der Online-Zugang zur Hauptversammlung wird mittels Ein-

---

relations/annual-meeting/2010/images/BASF\_Einladung\_HV\_2010.pdf, S. 11.

<sup>484</sup> Möglichkeit der Übermittlung per Fax bei *Bayer AG*, <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, S. 29; ebenso bei *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 11.

<sup>485</sup> Vgl. *BMW AG*, [http://www.bmwgroup.com/d/0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/investor\\_relations/corporate\\_events/hauptversammlung/2010/Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.bmwgroup.com/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/corporate_events/hauptversammlung/2010/Einladung_HV_2010.pdf), S. 5; *Adidas AG*, [http://www.adidas-group.com/de/investor-relations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investor-relations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), S. 34; *RWE AG*, <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/394714/data/367316/62705/rwe/investorrelations/events-praesentationen/hauptversammlung/hauptversammlung-2010/informationen-zur-hauptversammlung-2010/Einladung-22-Seiten.pdf>, S. 19; *Bayer AG*, <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, S. 28; *Deutsche Postbank AG*, [https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB\\_d-HV-Tagesordnung2010\\_web.pdf](https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB_d-HV-Tagesordnung2010_web.pdf), S. 23.

<sup>486</sup> So zum Beispiel bei *Bayer AG*, siehe <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, S. 28 f.; *Linde AG*, [http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG\\_Einladung\\_HV\\_Dy\\_2010\\_100322\\_Screen.pdf](http://www.linde.com/international/web/linde/like35lindede.nsf/repositorybyalias/TLG_Einladung_HV_Dy_2010_100322_Screen/$file/TLG_Einladung_HV_D_2010_100322_Screen.pdf), S. 17; *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 12; *Deutsche Postbank AG*, [https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB\\_d-HV-Tagesordnung2010\\_web.pdf](https://ir.postbank.de/postbank/pdf/hv2010/PB_d-HV-Tagesordnung2010_web.pdf), S. 23.

<sup>487</sup> So bei *Adidas AG*, siehe [http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), S. 34.

<sup>488</sup> Als technische Voraussetzung beim Aktionär ist in der Regel eine 128-Bit-SSL-Verschlüsselung erforderlich, siehe auch *BASF SE*, [http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF\\_Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.basf.com/group/corporate/de/function/conversions:/publish/content/investor-relations/annual-meeting/2010/images/BASF_Einladung_HV_2010.pdf), S. 13; *RWE AG*, <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/394714/data/367316/62705/rwe/investor-relations/events-praesentationen/hauptversammlung/hauptversammlung-2010/informationen-zur-hauptversammlung->

trittskartenummer und einer Prüfziffer sichergestellt.<sup>489</sup> Die Vollmachten- und Weisungserteilung ist dann bis zum Ende der Generaldebatte der Hauptversammlung möglich.<sup>490</sup> Neben der Bevollmächtigung kann der Aktionär dieselbe auch widerrufen oder bereits erteilte Weisungen bis zum Ende der Generaldebatte wieder verändern.

Unabhängig davon, ob es sich bei dem Gesellschaftsvertreter um einen Mitarbeiter der Aktiengesellschaft oder einen externen Dritten handelt, stellt die Aktiengesellschaft dem Gesellschaftsvertreter bestimmte Arbeitsmittel (z. B. Räumlichkeiten, Computer, Software) zur Verfügung.<sup>491</sup>

Neben der Bevollmächtigung und Weisungserteilung über das Internet kann auch der zunächst anwesende Aktionär den Gesellschaftsvertreter noch während der Hauptversammlung bevollmächtigen. Verlässt ein Aktionär die Hauptversammlung vor Beginn der Abstimmung, kann der Aktionär das Vollmachtenformular und die Unterlagen für die Weisungserteilung ausfüllen und beim Verlassen der Hauptversammlung an den Gesellschaftsvertreter bzw. ihm zugehörige Mitarbeiter abgeben.

### cc) Abstimmung in der Hauptversammlung

Ist eine Vollmachten- und Weisungserteilung nur im Vorfeld der Hauptversammlung möglich, kann der Gesellschaftsvertreter die erhaltenen Weisungen bereits vor der Abstimmung vorbereitend in den Stimmencomputer eingeben. Im Moment der Abstimmung muss der Gesellschaftsvertreter die Stimmen dann nur noch per Klick an den Stimmen-

---

2010/Einladung-22-Seiten.pdf, S. 19.

<sup>489</sup> So bei *RWE AG*, <http://www.rwe.com/web/cms/mediablob/de/394714/data/367316/62705/rwe/investor-relations/events-praesentationen/hauptversammlung/hauptversammlung-2010/informationen-zur-hauptversammlung-2010/Einladung-22-Seiten.pdf>, S. 19; *Siemens AG*, [http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor\\_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung\\_hv2010\\_d.pdf](http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf), S. 35.

<sup>490</sup> Siehe *Adidas AG*, [http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD\\_2010.pdf](http://www.adidas-group.com/de/investorrelations/assets/agm/2010/EINLAD_2010.pdf), S. 35; *Siemens AG*, [http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor\\_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung\\_hv2010\\_d.pdf](http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/events/hauptversammlung/2010/einladung_hv2010_d.pdf), S. 37.

<sup>491</sup> *Bienemann*, S. 38; *Goeddecke/Heuser*, BB 2001, 369, 373.

zähler übertragen. Die Stimmen werden somit vom Stimmzähler erfasst und bei der Beschlussfassung berücksichtigt.<sup>492</sup>

Erhält der Gesellschaftsvertreter während der Hauptversammlung noch eine Bevollmächtigung mit Weisungen von einem Aktionär, der die Hauptversammlung früher verlässt, muss der Gesellschaftsvertreter die Abstimmungsanweisungen noch in den Stimmencomputer übertragen. Dies kann vereinfacht werden, indem die in der Hauptversammlung verwendeten Stimmkarten einen Bar-Code enthalten, welcher für die Erfassung der Abstimmungsweisungen lediglich eingescannt werden muss.<sup>493</sup>

Bei der internetgestützten Online-Hauptversammlung ist der Aktionär mit dem Gesellschaftsvertreter über das Internet verbunden. Der Gesellschaftsvertreter muss lediglich die während der Hauptversammlung abgegebenen Weisungen zu Beginn der Abstimmung mit einem Mausklick an den Stimmzähler übermitteln.<sup>494</sup>

## **2. Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten**

### **a) Rechtsverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter**

#### **aa) Gesetzeslage**

Der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG regelt eine dreijährige Aufbewahrungspflicht der Aktiengesellschaft für die Vollmacht, wenn ein Gesellschaftsvertreter mit der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung bevollmächtigt wird. Das Ziel dieser Aufbewahrungspflicht ist nur schwer ermittelbar.

Möglicherweise hat der Gesetzgeber mit der Aufbewahrungspflicht bezwecken wollen, dass die Bevollmächtigung auch nach der Hauptversammlung, in der die Vollmacht verwendet wurde, noch nachgewiesen

---

<sup>492</sup> So auch *Schieber*, in: Die virtuelle HV, 213, 217, der 2002 feststellte, dass bereits 40 % der Unternehmen die Stimmen automatisch auszählen.

<sup>493</sup> Zu dieser Möglichkeit siehe auch *Bienemann*, S. 144; *Noack*, NZG 2004, 297, 300; siehe *Klawitter*, in: Unternehmensrecht und Internet, S. 42 zur der fehlenden Einflussmöglichkeit des Gesellschaftsvertreters auf die erteilten Weisungen.

<sup>494</sup> So auch *Goedsche*, S. 151; *Schmitz*, S. 101 f.; *Claussen*, AG 2001, 161, 170; *Mimberg*, ZGR 2003, 21, 49; *Quack*, FS Müller, 125, 130.

werden kann. Der Fall, dass die Aktiengesellschaft sich auf die Wirksamkeit der Vollmacht beruft, ist in der Praxis jedoch ohne Bedeutung. Vielmehr wird bei Streitigkeiten in der Regel der Aktionär oder ggf. der Gesellschaftsvertreter die Wirksamkeit der Bevollmächtigung nachweisen müssen. Dies kann bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder der Erhebung von Anfechtungsklagen von Bedeutung sein.<sup>495</sup> Soweit der Aktionär den Nachweis nicht aus eigenen Unterlagen erbringen kann, müsste er somit gegen die Aktiengesellschaft auf Herausgabe der Vollmacht klagen. Dieser Anwendungsfall ist für die Praxis jedoch nur von geringer Bedeutung. Der Zweck der Aufbewahrungspflicht aus § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ist somit nicht eindeutig ersichtlich.<sup>496</sup>

Letztlich führt die Aufbewahrungspflicht der Aktiengesellschaft nur dazu, dass die Tatsache der Bevollmächtigung für drei Jahre ab der Hauptversammlung nachgewiesen werden kann.<sup>497</sup> Der Zeitraum von drei Jahren geht hierbei mit der Frist des § 242 Abs. 2 S. 1 AktG einher.<sup>498</sup> Gem. § 242 Abs. 2 S. 1 AktG ist nach dem Ablauf von drei Jahren seit der Eintragung einer Hauptversammlung die Geltendmachung bestimmter Nichtigkeitsgründe ausgeschlossen. Ein Zusammenhang zwischen dem Nachweis der Bevollmächtigung und der Heilung der Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses stehen im Regelfall jedoch in keinem Zusammenhang.

## **bb) Literatur**

Nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur soll das Drei-Personen-Verhältnis zwischen Aktiengesellschaft, Aktionär und Gesellschaftsvertreter mit der Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) zu erklären sein.<sup>499</sup> Der Vertrag zwischen Aktienge-

---

<sup>495</sup> Siehe hierzu § 1 B. II. 3.

<sup>496</sup> So auch *Gebler*-AktG, § 134 Rn. 11b.

<sup>497</sup> So siehe *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 33; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 187.

<sup>498</sup> So auch ausdrücklich die Begründung zum NaStraG, siehe BT-Drucks. 14/4618, S. 14.

<sup>499</sup> *Bienemann*, S. 28; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; *Singhof*, NZG 1998, 670, 671; kritisch hingegen *Sasse*, S. 122; so i. E. auch *Zöllner*,

sellschaft und Gesellschaftsvertreter soll die Grundlage für die Beziehung zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter darstellen. Als Deckungsverhältnis soll der Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter den eigentlichen Vertrag darstellen, aus dem sich die Begünstigung des Aktionärs ergibt. Für das Deckungsverhältnis ist ein Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter erforderlich.<sup>500</sup> Die vertragliche Beziehung basiert nach Auffassung in der Literatur auf einem Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. §§ 675 ff. BGB.<sup>501</sup> Auf dieser Grundlage wird vertreten, die Aktiengesellschaft bezahle den Gesellschaftsvertreter dafür, dass er das Stimmrecht für die Aktionäre ausübe. Folglich handele es sich zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter um einen entgeltlichen Vertrag.<sup>502</sup>

Lediglich *Lenz* unterscheidet bei der Bestimmung der Rechtsnatur des Schuldverhältnisses zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter den Fall des internen und des externen Gesellschaftsvertreters.<sup>503</sup> Ist der Gesellschaftsvertreter ein außenstehender Dritter, bejaht *Lenz* richtigerweise das Vorliegen eines Geschäftsbesorgungsvertrages.<sup>504</sup> Handelt es sich bei dem Gesellschaftsvertreter jedoch um einen Mitarbeiter der Aktiengesellschaft, so sei die rechtsgeschäftliche Vereinbarung bereits in dem bestehenden Arbeitsvertrag zu sehen. Die Aktiengesellschaft übe lediglich ihr Dispositionsrecht aus.<sup>505</sup> Unabhängig von der Einordnung des Schuldverhältnisses zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter als Geschäftsbesorgungsvertrag oder Dienstvertrag

---

FS Peltzer, 661, 669; a. A. *Lenz*, S. 385 f.; *Hanloser*, NZG 2001, 335, 355 sieht den Vertrag zugunsten Dritter als nicht erforderlich an.

<sup>500</sup> Vgl. MK-BGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 26; *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rn. 30.

<sup>501</sup> *Bienemann*, S. 28; so wohl auch *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 669; so *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355; *Singhof*, NZG 1998, 670, 671; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 193;

<sup>502</sup> So auch *Noack*, FS Lutter, 1463, 1474; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 193; zur Zulässigkeit der Finanzierung des Gesellschaftsvertreters durch die Aktiengesellschaft siehe *Singhof*, NZG 1998, 670, 674.

<sup>503</sup> *Lenz*, S. 346.

<sup>504</sup> *Lenz*, S. 346.

<sup>505</sup> *Lenz*, S. 346.

bestehe die Hauptpflicht des Gesellschaftsvertreters aus dem Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag darin, das Stimmrecht für diejenigen Aktionäre auszuüben, die ihn mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigen.<sup>506</sup>

**cc) Ergänzungen der Literaturansichten**

Der Annahme eines Dienstvertrags bzw. Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter ist zuzustimmen. Ergänzend kann angeführt werden, dass sich aus dem bestehenden Vertragsverhältnis (§ 611 BGB bzw. § 675 BGB) die Pflicht der Aktiengesellschaft gegenüber dem Gesellschaftsvertreter zur Bereitstellung gewisser Arbeitsmaterialien ergeben kann. Als benötigte Arbeitsmittel ist an das zur Verfügung Stellen von Computern sowie Räumlichkeiten für die Annahme und Weitergabe der Weisungen für die Stimmrechtsausübung zu denken.

Ist der Gesellschaftsvertreter ein Mitarbeiter der Aktiengesellschaft, so kann der Dienstvertrag die Grundlage für eine solche Pflicht sein. § 618 Abs. 1 BGB fordert, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle für die Verrichtung der Dienstleistung erforderlichen Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen hat.

Bei der Beauftragung eines externen Dritten mit der Stimmrechtsausübung muss der Auftraggeber den Beauftragten so ausstatten, dass dieser den Auftrag erfüllen kann. Eine dem § 618 BGB vergleichbare Verpflichtung der Aktiengesellschaft kann sich aus § 667 BGB ergeben. Gem. § 667 BGB, der gem. § 675 Abs. 1 BGB auch auf den Geschäftsbesorgungsvertrag anwendbar ist, ist der Beauftragte verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält, herauszugeben. Der Auftraggeber kann allerdings nur dann etwas heraus verlangen, wenn er dem Auftragnehmer zuvor auch etwas zur Verfügung gestellt hat. Dies werden in der Regel die zur Ausführung des Auftrags erforder-

---

<sup>506</sup> Lenz, S. 346.

lichen Arbeitsmaterialien sein,<sup>507</sup> soweit die Parteien nicht vereinbart haben, dass der Gesellschaftsvertreter seinen eigenen Computer mitbringt, um dort die Software der Aktiengesellschaft zu installieren. Indem die Aktiengesellschaft dem Gesellschaftsvertreter die erforderliche Technik und Räumlichkeiten für die Stimmrechtsausübung bereit stellt, kommt sie folglich ihrer vertraglichen Pflicht aus dem Dienst- bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag nach.

**b) Rechtsverhältnis zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär**

Der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG trifft keine Aussage über die Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär. Aus den tatsächlichen Abläufen kann allerdings die Information entnommen werden, dass die Aktiengesellschaft ihre Aktionäre über die Person des Gesellschaftsvertreters informiert. Dies stellt jedoch bloß eine tatsächliche Handlung der Aktiengesellschaft dar. Die Aktiengesellschaft ist hingegen nicht dazu verpflichtet, ihren Aktionären die Stimmrechtsausübung durch einen Gesellschaftsvertreter zu ermöglichen.<sup>508</sup> Die Aktiengesellschaft wird dies vielmehr oftmals freiwillig tun, da die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter der Aktiengesellschaft regelmäßig zu Gute kommt. Schließlich erteilt der Aktionär dem Gesellschaftsvertreter häufig die Weisung, entsprechend den Vorschlägen der Verwaltung abzustimmen.

Der Aktionär und die Aktiengesellschaft sind auf gesellschaftsrechtlicher Ebene durch die Mitgliedschaft und alle damit einhergehenden Rechte und Pflichten miteinander verbunden.<sup>509</sup> Inhaltlich kann insoweit auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden.<sup>510</sup>

Die mitgliedschaftliche Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär soll das Valutaverhältnis aus dem Vertrag zugunsten Dritter dar-

---

<sup>507</sup> Allgemein siehe Erman/*H. Ehm*ann, § 667 Rn. 4; MK-BGB/*Seiler*, § 667 Rn. 4.

<sup>508</sup> So *Hüff*er, § 134 Rn. 26b; *BMJ*, NZG 2004, 948, 952.

<sup>509</sup> So auch *Lenz*, S. 364 f.

<sup>510</sup> Siehe hierzu bereits § 1 B. I. 2. a).

stellen.<sup>511</sup> Aus dem Valutaverhältnis soll sich der Rechtsgrund ergeben, aus welchem dem Begünstigten ein Recht zugewiesen wird.<sup>512</sup> Da das Valutaverhältnis nicht zwingend vertraglicher Natur sein muss, kann die Mitgliedschaft als eine gesetzliche Beziehung zwischen den Beteiligten für ein Valutaverhältnis ausreichen.<sup>513</sup>

Kann der Aktionär die Beauftragung und Weisungserteilung während der Hauptversammlung auf elektronischem Weg vornehmen, so kann die Bereitstellung der Internetseite für die elektronische Abstimmung dazu führen, dass eine Beziehung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär zusätzlich auf vertraglicher Ebene entsteht. Indem die Aktiengesellschaft den Aktionären die Möglichkeit der Stimmrechtsausübung über das Internet zusagt, verpflichtet sie sich, den Aktionären die Internetseite zur Nutzung zur Verfügung zu stellen. Der Aktionär darf die Internetseite für die Beauftragung und Weisungserteilung verwenden. Er darf hingegen nicht in die Substanz der Internetseite eingreifen. Da die Nutzung der Internetseite für die Vollmachts- und Weisungserteilung für den Aktionär kostenfrei erfolgt, handelt es sich bei dem Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär um einen Leihvertrag (§ 598 BGB).<sup>514</sup> Die Vorschriften über die Leihe sind auf das Internet als Sache i. S. v. § 90 BGB anwendbar.

Für das Zustandekommen des Leihvertrags gelten die allgemeinen Vorschriften für den Abschluss von Verträgen. Das Angebot auf Nutzung der Internetseite unterbreitet die Aktiengesellschaft ihren Aktionären, wenn sie ihnen die Zugangsdaten (Aktionärsnummer und PIN) zusendet. Indem der Aktionär sich auf der Internetseite einloggt, nimmt er das Angebot der Aktiengesellschaft auf Nutzung der Internetseite der Aktiengesellschaft an.

---

<sup>511</sup> So letztlich *Bienemann*, S. 28 f.; *Lenz*, S. 364 f.

<sup>512</sup> So *Erman/H. P. Westermann*, Vor § 328 Rn. 8; *Jauernig/Stadler*, § 328 Rn. 10; *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rn. 19 und Rn. 45.

<sup>513</sup> So *Erman/H. P. Westermann*, Vor § 328 Rn. 5; *Jauernig/Stadler*, § 328 Rn. 10; *MK-BGB/Gottwald*, § 328 Rn. 28.

<sup>514</sup> *A. A. Fuhrmann/Göckeler/Erkens*, in: *Die virtuelle HV*, 99, 118, die das Vertragsverhältnis als Auftrag ansehen; so auch *Bienemann*, S. 29.

**c) Rechtsverhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter**

**aa) Außenverhältnis**

Ausgehend von der Annahme, der Gesellschaftsvertreter trete als Stellvertreter für die Aktionäre auf, muss er grundsätzlich eine eigene Willenserklärung abgeben, im Namen des Aktionärs auftreten sowie im Rahmen seiner Vertretungsmacht handeln (§ 134 Abs. 3 AktG, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB).

**(1) Abgabe einer eigenen Willenserklärung**

Der Gesellschaftsvertreter gibt eine eigene Willenserklärung ab, wenn er einen eigenen Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Stimmabgabe hat. Dies ist zu verneinen.<sup>515</sup> Tatsächlich gibt der Gesellschaftsvertreter keine eigene Willenserklärung ab, sondern übermittelt vielmehr lediglich im Moment der Abstimmung die ihm erteilten Weisungen an den Stimmzähler. Der Gesellschaftsvertreter tritt daher wie ein Bote auf.<sup>516</sup>

Der Einsatz eines Stimmboten ist seit der Änderung des Aktiengesetzes durch das ARUG zulässig, wenn die Satzung die Stimmabgabe auch außerhalb der Hauptversammlung zulässt (vgl. § 118 Abs. 2 AktG).<sup>517</sup>

Enthält die Satzung keine Regelung i. S. v. § 118 Abs. 2 AktG, führt die Stimmabgabe durch einen Boten unter normalen Umständen zur Nichtigkeit der Stimmabgabe. Die Nichtigkeit der Stimmabgabe als Folge kann jedoch nicht gewollt sein. Schließlich wurde der Gesellschaftsvertreter bereits im Jahre 2001 ins Aktiengesetz eingeführt. Zu diesem Zeitpunkt war die Stimmrechtsausübung durch einen Boten nicht zulässig. Den Gesetzesmaterialien zum ARUG lässt sich auch nicht entnehmen, dass § 118 Abs. 2 AktG erlassen wurde, um eine ursprünglich unzulässige

---

<sup>515</sup> So auch *Sasse*, S. 135; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1480 f.; *Klawitter*, in: Unternehmensrecht und Internet, S. 42; siehe auch *Grundmann/Winkler*, ZIP 2006, 1421, 1427.

<sup>516</sup> Siehe auch *Horn*, S. 99; *Sasse*, S. 135; *Schmitz*, S. 102; *Lenz*, AG 2006, 572, 576; *Noack*, FS Lutter, 1463, 1480 f.; *ders.*, NZG 2003, 241, 248; *ders.*, NZG 2004, 297, 301.

<sup>517</sup> A. A. noch immer *Hüffer*, § 134 Rn. 33.

Regelung nachträglich zu korrigieren. Auch in der Praxis existieren in der Regel noch keine Satzungsklauseln i. S. d. § 118 Abs. 2, Abs. 2 AktG. Bei fehlender Satzungsregelung i. S. v. § 118 Abs. 2 AktG ist daher zu überlegen, ob der Gesellschaftsvertreter nicht dennoch als Stellvertreter anzusehen sein muss.

## (2) Offenkundiges Handeln des Gesellschaftsvertreeters

Sowohl wenn der Gesellschaftsvertreter als Bote handelt als auch wenn er als Stellvertreter auftritt, gilt grundsätzlich das Offenkundigkeitsprinzip. Eine Besonderheit ergibt sich jedoch für den als Stellvertreter auftretenden Gesellschaftsvertreter aus dem Verweis in § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf die Anwendung des § 135 Abs. 5 AktG. Gem. § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. i. V. m. § 135 Abs. 5 S. 2 AktG soll der Gesellschaftsvertreter das Stimmrecht grundsätzlich im Namen dessen ausüben, den es angeht. Soll der Gesellschaftsvertreter hingegen im Namen des Aktionärs abstimmen, so müsse sich das ausdrücklich aus der Vollmacht ergeben.<sup>518</sup>

Nach § 129 Abs. 2 AktG braucht der Name des Aktionärs nicht im Teilnehmerverzeichnis angegeben werden, wenn ein Kreditinstitut oder ein diesem gleichgestellter Stimmrechtsvertreter als verdeckter Stellvertreter auftritt. Da § 134 Abs. 3 S. 5 AktG nicht auf § 129 Abs. 2 AktG Bezug nimmt, gilt diese Ausnahmeregelung dem Wortlaut nach nicht unmittelbar für den Gesellschaftsvertreter. Dennoch ist § 129 AktG auch hier anwendbar.<sup>519</sup> Schließlich verweist § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf die Anwendbarkeit des § 135 Abs. 5 AktG, der die offene und verdeckte Stimmrechtsvertretung zum Inhalt hat. Es ist widersprüchlich, auf der einen Seite die Möglichkeit der Stimmrechtsausübung im Namen dessen, den es angeht, als Regelfall zuzulassen und auf der anderen Seite den Ak-

---

<sup>518</sup> So auch Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 123; *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 28.

<sup>519</sup> So auch *Goedsche*, S. 149 f.; Bürger/*Körper/Reger*, § 129 Rn. 24; Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 123; MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 41; ebenso *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 30 f.; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62 f.; *Zetzsche*, ZIP 2001, 682, 685.

tionär ins Teilnehmerverzeichnis aufzunehmen.<sup>520</sup> Auch in der Reformdebatte zum NaStraG wurde dieser Zusammenhang im Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages explizit ausgeführt.<sup>521</sup> Die Auslegung ergibt somit, dass § 129 Abs. 2 AktG auch auf den Gesellschaftsvertreter anwendbar ist. Im Fall der verdeckten Stimmrechtsausübung wird daher lediglich der Gesellschaftsvertreter und nicht der Aktionär ins Teilnehmerverzeichnis aufgenommen.<sup>522</sup>

### (3) Legitimation

Sowohl als Stellvertreter als auch als Bote bedarf der handelnde Gesellschaftsvertreter einer Legitimation, damit die Rechtsgeschäfte dem Aktionär zugerechnet werden. Beim Boten ergibt sich die Legitimation aus der Botenmacht, bei der Stellvertretung aus der Vertretungsmacht. Die Anforderungen des § 134 Abs. 3 S. 3 gelten dem Wortlaut nach nur für die Bevollmächtigung. Aufgrund der Auslegung, dass der Gesellschaftsvertreter ggf. als Bote handelt, muss der Anwendungsbereich des § 134 Abs. 3 AktG teleologisch ausgeweitet werden. Die Voraussetzungen des § 134 Abs. 3 AktG müssen somit nicht nur für die Erteilung der Vertretungsmacht, sondern auch für die Erteilung der Botenmacht gelten.

Die Erteilung der Botenmacht bzw. der Vertretungsmacht bedarf grundsätzlich der Textform (§ 134 Abs. 3, S. 3, 1. Halbs. AktG). Etwas anderes kann sich jedoch aus der Satzung oder der Einberufung aufgrund einer Ermächtigung durch die Satzung einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft ergeben. Börsennotierte Aktiengesellschaften können lediglich Erleichterung von der Textform bestimmen, aber keine erschwerenden Anforderungen an das Formerfordernis der Bevollmächtigung stellen (§ 134 Abs. 3 S. 3, 2. Halbs. AktG). Der Aktionär kann die Legitimation sowohl vor als auch während der Hauptversammlung erteilen. Die Legitimationserteilung auf elektronischem Weg während der Hauptversamm-

---

<sup>520</sup> Hüffer, § 129 Rn. 11; Bunke, in: Die virtuelle HV, 21, 31; Noack, ZIP 2001, 57, 63; Zetzsche, ZIP 2001, 682, 685.

<sup>521</sup> BT-Drucks. 14/4618, S. 14.

<sup>522</sup> So auch Goedsche, S. 149 f.; Bürgers/Körper/Holzborn, § 134 Rn. 22; Großkomm-AktG/Grundmann, § 134 Rn. 123; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 41; Noack, ZIP 2001, 57, 63.

lung geht mit dem grundsätzlichen Formerfordernis aus § 134 Abs. 3 S. 3 AktG einher.

§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG sieht auch für den Nachweis der Botenmacht bzw. der Bevollmächtigung grundsätzlich die Textform vor. Für satzungsdispositive Regelungen gelten daher die Ausführungen zum Formerfordernis. Aus § 134 Abs. 3 S. 3 AktG ergibt sich folglich implizit die Pflicht, die Legitimation nachzuweisen. Für den Fall der verdeckten Stimmrechtsvertretung verweist § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf die entsprechende Geltung des § 135 Abs. 5 S. 4 AktG. Der Gesellschaftsvertreter muss somit lediglich diejenigen Anforderungen erbringen, die auch der Aktionär selbst erbringen muss.<sup>523</sup>

Eine Aufbewahrungspflicht der erteilten Legitimation bei der Person des Gesellschaftsvertreeters existiert nicht. Jedoch regelt § 134 Abs. 3 S. 5, 1. Halbs. AktG die Pflicht der Aktiengesellschaft, die Legitimation drei Jahre nachprüfbar festzuhalten.

## **bb) Grundverhältnis**

Sowohl beim Handeln des Gesellschaftsvertreeters als Bote als auch beim Auftreten als Stellvertreter bedarf es im Innenverhältnis eines Grundverhältnisses.<sup>524</sup>

### **(1) Rechtsnatur des Grundverhältnisses**

Der Vertrag zwischen Aktionär und dem Gesellschaftsvertreter ist als Auftrag i. S. v. § 662 BGB zu charakterisieren.<sup>525</sup> Da der Gesellschaftsvertreter für seine Tätigkeit als Stimmrechtsvertreter von der Aktiengesellschaft bezahlt wird, kann er den Aktionären die Stimmrechtsausübung auch anbieten, ohne eine Gegenleistung in Form einer Vergütung zu verlangen. Ein Geschäftsbesorgungsvertrag kommt zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter somit nicht in Betracht.

---

<sup>523</sup> Siehe § 1 B. I. 2. b) bb) (3).

<sup>524</sup> Allgemein vgl. MK-BGB/Schramm, Vor § 164 Rn. 45 und § 164 Rn. 96; Staudinger/Schilken, Vorbem zu §§ 164 Rn. 77 und § 164 Rn. 6; speziell für den Gesellschaftsvertreter siehe Lenz, S. 344 f.

<sup>525</sup> So auch Bienemann, S. 27; Fuhrmann/Göckeler/Erkens, in: Die virtuelle HV, 99, 118; Singhof, NZG 1998, 670, 671.

Davon ausgehend, dass zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter das Deckungsverhältnis sowie zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär das Valutaverhältnis bestehe, handelt es sich nach der Auffassung in der Literatur bei der Beziehung zwischen Aktionär und dem Gesellschaftsvertreter um das Vollzugsverhältnis.<sup>526</sup>

Die allgemein zivilrechtliche Dogmatik des Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) passt jedoch nicht zu der Ausgestaltung des Innenverhältnisses als Vertrag. Das Vollzugsverhältnis stellt nach allgemeiner Auffassung kein eigenes Vertragsverhältnis zwischen Versprechendem und Begünstigtem dar.<sup>527</sup> Vielmehr erhält der Begünstigte lediglich ein abgespaltenes Forderungsrecht gegenüber dem Versprechenden.<sup>528</sup> Dieses Forderungsrecht beinhaltet ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis mit Schutzpflichten zwischen Versprechendem und Begünstigtem.<sup>529</sup> Angewendet auf den Fall des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG würde dies bedeuten, dass zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter kein Auftrag bestünde. Der Aktionär bekäme lediglich einen aus dem Deckungsverhältnis abgeleiteten Anspruch gegen den Gesellschaftsvertreter auf Stimmrechtsausübung. Zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter bestünde somit kein Auftrag i. S. v. § 662 BGB, sondern lediglich ein schuldrechtliches Vertrauensverhältnis.

## **(2) Zustandekommen des Vertrags**

### **(a) Allgemein**

Der Auftrag (§ 662 BGB) zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter kommt durch Angebot und Annahme zustande. Das Angebot des Gesellschaftsvertreters soll in der Übersendung der Einladungsunterlagen an den Aktionär liegen. Indem der Aktionär die Vollmachts- und Weisungs-

---

<sup>526</sup> *Bienemann*, S. 28; *Lenz*, S. 385 f.; *Fuhrmann/Göckeler/Erkens*, in: Die virtuelle HV, 99, 118 f.

<sup>527</sup> BGHZ 54, 145, 147; *Erman/H. P. Westermann*, Vor § 328 Rn. 6; *Jauernig/Stadler*, § 328 Rn. 11; *MK-BGB/Gottwald*, § 328 Rn. 29; *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rn. 26.

<sup>528</sup> *MK-BGB/Gottwald*, § 328 Rn. 29.

<sup>529</sup> *Erman/H. P. Westermann*, Vor § 328 Rn. 6; *Jauernig/Stadler*, § 328 Rn. 11; *MK-BGB/Gottwald*, § 328 Rn. 30.

erteilungsunterlagen an die Aktiengesellschaft zurück schickt, soll der Aktionär den Vertrag annehmen.<sup>530</sup>

Die Annahme, das Angebot auf Stimmrechtsausübung gehe vom Gesellschaftsvertreter aus und die Aktionäre nähmen dieses an,<sup>531</sup> ist mit der Dogmatik des Vertrages zugunsten Dritter jedoch ebenfalls unvereinbar. Nach allgemein zivilrechtlicher Auffassung entsteht das Forderungsrecht beim Vertrag zugunsten Dritter bereits aus dem Deckungsverhältnis.<sup>532</sup> Die Aktionäre müssten somit aus dem Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter automatisch einen Anspruch gegen den Gesellschaftsvertreter auf Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung erhalten.<sup>533</sup> Dass dem Aktionär auf der einen Seite ein Anspruch auf Stimmrechtsausübung gegen den Gesellschaftsvertreter zustehen soll und dieser auf der anderen Seite selbst ein Angebot abgeben soll, welches der Aktionär noch annehmen muss, zeigt, dass die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter nicht auf den Sachverhalt anwendbar ist.

## **(b) Eigene Auffassung**

### **(aa) Angebot des Gesellschaftsvertreters**

Im Versenden der Einladungsunterlagen durch die Aktiengesellschaft kann ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages über die Stimmrechtsausübung liegen. Vertragspartner dieses Vertrags ist neben dem Aktionär auf der einen Seite jedoch nicht die Aktiengesellschaft auf der anderen Seite, sondern der Gesellschaftsvertreter.

Die Aktiengesellschaft tritt hierbei nicht, wie insbesondere von *Lenz* angenommen, als Stellvertreter für den Gesellschaftsvertreter auf.<sup>534</sup> Bei der Information der Aktiengesellschaft über das Stattfinden der Hauptversammlung handelt es sich jedoch nicht um eine eigene Willenserklärung der Aktiengesellschaft. Es liegt lediglich eine Wissenserklärung der

---

<sup>530</sup> *Bienemann*, S. 28 f.; *Ruoff*, S. 139 f.; ebenso *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 27.

<sup>531</sup> Siehe bereits § 1 B. II. 2. a) bb).

<sup>532</sup> MK-BGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 29; *Staudinger/Jagmann*, § 328 Rn. 27.

<sup>533</sup> So auch *Sasse*, S. 122; *Singhof*, NZG 1998, 670, 671.

<sup>534</sup> Siehe *Lenz*, S. 388; vergleichbar *Ruoff*, S. 139.

Aktiengesellschaft vor. Die Aktiengesellschaft gibt somit keine eigene Willenserklärung gegenüber den Aktionären ab. Denkbar ist jedoch, dass die Aktiengesellschaft als Bote des Gesellschaftsvertreters handelt. Dann müsste die Aktiengesellschaft eine Willenserklärung des Gesellschaftsvertreters an die Aktionäre übermitteln.

Die Einladungsunterlagen enthalten in der Regel neben den bloßen Informationen der Aktiengesellschaft über die Hauptversammlung auch ein Vollmachtsformular sowie einen Vordruck für die Weisungserteilung oder einen Hinweis auf die Möglichkeit der elektronischen Stimmrechtsvertretung. Folglich ist das Zusenden der Bevollmächtigungs- und Weisungsunterlagen als Angebot des Gesellschaftsvertreters auf Ausübung des Stimmrechts für den Aktionär anzusehen. Indem die Aktiengesellschaft den Aktionären die Vollmachts- und Weisungsunterlagen des Gesellschaftsvertreters zusendet, übermitteln sie die Willenserklärung des Gesellschaftsvertreters und tritt folglich als Bote für den Gesellschaftsvertreter auf.

**(bb) Annahme durch den Aktionär**

Wie die Annahme dieses Angebots durch den Aktionär erfolgt, hängt von den zulässigen und vorgesehenen Kommunikationsmitteln zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter ab. Sendet der Aktionär die Vollmacht sowie die Weisungen für die Abstimmung an die Aktiengesellschaft zurück, so ist darin konkludent eine Annahmeerklärung zu sehen. Die Aktiengesellschaft tritt hierbei als Empfangsbote des Gesellschaftsvertreters auf.

Führt die Aktiengesellschaft ihre Hauptversammlung hingegen als internetgestützte Online-Hauptversammlung durch, kann die Vollmachts- und Weisungserteilung auf elektronischem Weg erfolgen und zwar direkt zwischen Aktionär und Gesellschaftsvertreter. Indem der Aktionär die Vollmacht und die Weisungen direkt an den Gesellschaftsvertreter sendet, nimmt der Aktionär das Angebot auf Stimmrechtsausübung an. Die Aktiengesellschaft ist hierbei nicht involviert.

### **(3) Inhalt des Vertrags**

#### **(a) Privatautonomie**

Der Vertragsinhalt wird grundsätzlich durch die Absprachen der Vertragsparteien bestimmt. Auch der Umfang der Bevollmächtigung des Gesellschaftsvertreters ist grundsätzlich vom Aktionär als Vollmachtgeber frei bestimmbar.<sup>535</sup> Die Hauptpflicht des Gesellschaftsvertreters besteht in der Übermittlung der abgegebenen Stimme bzw. der Wahrnehmung des Stimmrechts für den Aktionär entsprechend der von ihm erteilten Weisungen (vgl. § 662 BGB).

Diese allgemeinen Grundsätze lassen sich jedoch nicht mit dem Vorliegen des Vollzugsverhältnisses i. S. d. Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) vereinbaren. Der Inhalt eines Vollzugsverhältnisses ergibt sich ausschließlich aus den Abreden des Deckungsverhältnisses.<sup>536</sup> Das Forderungsrecht des Aktionärs auf Ausübung seines Stimmrechts durch den Gesellschaftsvertreter würde somit ausdrücklich durch den Vertrag zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter bestimmt. Der Aktionär selbst hätte dann keinen Einfluss auf die Ausgestaltung des Vollzugsverhältnisses.<sup>537</sup>

#### **(b) Die Pflicht zur Weisungserteilung**

Der Gesellschaftsvertreter unterliegt bei der Wahrnehmung des Stimmrechts für den Aktionär typischerweise einem Interessenkonflikt.<sup>538</sup> Einerseits kann die Aktiengesellschaft dem Gesellschaftsvertreter Weisungen aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag bzw. Dienstvertrag erteilen.<sup>539</sup> Andererseits erhält der Stimmrechtsvertreter Weisungen des Aktionärs für die einzelnen Abstimmungspunkte aus dem Auftragsverhältnis (§ 662

---

<sup>535</sup> Vgl. Erman/*Palm*, §167 Rn. 29; MK-BGB/*Schramm*, § 167 Rn. 79 ff.; Staudinger/*Schilken*, § 167 Rn. 83.

<sup>536</sup> Erman/*H. P. Westermann*, Vor § 328 Rn. 9, Jauernig/*Stadler*, § 328 Rn. 14; MK-BGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 27; Staudinger/*Jagmann*, § 328 Rn. 20 und Rn. 55.

<sup>537</sup> I. E. zustimmend *Lenz*, S. 385 f.

<sup>538</sup> Siehe hierzu auch *Heckelmann*, S. 164; *Schieber*, S. 118; Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 124; *Hüther*, AG 2001, 68, 72; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687; *Singhof*, NZG 1998, 670, 671; a. A. *Sasse*, S. 122.

<sup>539</sup> Siehe *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687.

BGB). Der Gesellschaftsvertreter steht somit in zwei, sich ggf. widersprechenden vertraglichen Beziehungen.<sup>540</sup> Dieser Konflikt kann nur dahingehend zu lösen sein, dass die Aktiengesellschaft dem Gesellschaftsvertreter lediglich die Weisung erteilen darf, die Angebote der Aktionäre auf Stimmrechtsausübung anzunehmen. Weisungen von der Aktiengesellschaft, die sich auf ein konkretes Abstimmungsverhalten beziehen oder die dieses beeinflussen, sind nicht zulässig.<sup>541</sup> Für die Abstimmung in der Hauptversammlung ist der Stimmrechtsvertreter somit ausschließlich gegenüber dem Aktionär gebunden.<sup>542</sup>

Da die Aktiengesellschaft auf der Seite des Gesellschaftsvertreters bei dem Vertragsschluss als Bote mitwirkt, besteht für sie dennoch die Möglichkeit, auf den Gesellschaftsvertreter Einfluss auszuüben. Der Aktionär ist folglich vor einer Beeinflussung des Gesellschaftsvertreters und des Beschlussergebnisses durch die Aktiengesellschaft zu schützen. Als Schutzmaßnahme kommt die Verpflichtung des Aktionärs in Betracht, dem Gesellschaftsvertreter Weisungen zu erteilen.

Aus § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ergibt sich keine Weisungserteilungspflicht des Aktionärs gegenüber dem Gesellschaftsvertreter.<sup>543</sup> Ein Aktionär muss seinem Stimmrechtsvertreter nur dann ausdrücklich Weisungen erteilen, wenn es sich bei dem Stimmrechtsvertreter um ein Kreditinstitut und bei der Hauptversammlung um eine Hauptversammlung genau dieses Kreditinstituts handelt (§ 135 Abs. 3 S. 3 AktG). Da § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG ausschließlich auf die Anwendbarkeit des § 135 Abs. 5 AktG für den Gesellschaftsvertreter verweist, gilt § 135 Abs. 3

---

<sup>540</sup> *Bienemann*, S. 142; *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 664; *Hoppmann/Lang*, in: Hdb Internetrecht, 207, 234; *Hüther*, AG 2001, 68, 73; hierzu auch *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219; *Singhof*, NZG 1998, 670, 671.

<sup>541</sup> Siehe auch *Bienemann*, S. 143; *Fuhrmann/Göckeler/Erkens*, in: Die virtuelle HV, 99, 106; so im Ergebnis auch *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 219.

<sup>542</sup> Im Ergebnis zustimmend *Sasse*, S. 122; kritisch *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 664 und 668 f.

<sup>543</sup> So jedoch die Forderung der Regierungskommission Corporate Governance vom 11.7.2001, die eine Weisungserteilungspflicht gesetzlich vorschreiben wollten, vgl. *Baums*, Bericht Regierungskommission Corporate Governance Bericht, Rn. 122.

S. 3 AktG im Umkehrschluss nicht unmittelbar für den Gesellschaftsvertreter.<sup>544</sup>

Es kommt aber eine analoge Anwendung des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG auf den Gesellschaftsvertreter in Betracht.<sup>545</sup> Die analoge Anwendung des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG auf den Gesellschaftsvertreter setzt das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage voraus.<sup>546</sup>

#### **(aa) Planwidrige Regelungslücke**

Für den Gesellschaftsvertreter findet sich keine Regelung im Gesetz, die eine ausdrückliche Pflicht zur Weisungserteilung vorsieht. Auch findet sich keine Regelung im Gesetz, wonach die Weisungserteilungspflicht ausgeschlossen ist. Eine Regelungslücke liegt somit vor.<sup>547</sup>

Die Planwidrigkeit einer Regelungslücke ist bei einem Regelungsbedürfnis des nicht geregelten Falls gegeben. Ein solches Regelungsbedürfnis liegt vor, wenn der Gesetzgeber den konkreten Sachverhalt nicht bewusst ohne Regelung gelassen hat.<sup>548</sup> § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ist laut Gesetzes-

---

<sup>544</sup> Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 124; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355 f.; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 191.

<sup>545</sup> Dafür: OLG Karlsruhe, ZIP 1999, 750, 752 f.; LG Baden-Baden NZG 1998, 685, 686; *Haase*, S. 225; *Horn*, S. 102; *Schmitz*, S. 105 ff.; Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 124 und § 135 Rn. 94; *Hoppmann/Lange*, in: Hdb Internetrecht, 207, 234; *Knauer*, in: Reform des Aktienrechts, 523, 549; *Pikó/Preissler*, in: Die virtuelle HV, 277, 284 f.; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 188; *Mimberg*, ZGR 2003, 21, 54 ff.; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 220 ff.; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062; *Pikó/Preissler*, AG 2002, 223, 227; *Seibert*, ZIP 2001, 53, 55; dagegen: *Heckelmann*, S. 169 ff.; *Schieber*, S. 119; *Schilling*, FS Möhring, 257, 265; *Zöllner*, FS Peltzer, 661, 665 f.; *Riegger*, ZHR 165 (2001), 204, 214; *Singhof*, NZG 1998, 670, 673; *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 191.

<sup>546</sup> *Larenz*, S. 381 ff.; *Schmalz*, Rn. 383 ff.; *Schneider/Schnapp*, S. 154; *Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell*, S. 33; *Wank*, § 11 I. und III.; *Zippelius*, § 11 I. und II.

<sup>547</sup> *Bienemann*, S. 191 f.; *Haase*, S. 225; *Heckelmann*, S. 170; *Schmitz*, S. 105 f.; *Hoppmann/Lange*, in: Hdb Internetrecht, 207, 234; ; *Lommatzsch*, in: Die virtuelle HV, 35, 37; so auch *Bunke*, AG 2002, 57, 60; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 221; a. A. *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355; *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1687; siehe auch *Schilling*, FS Möhring, 257, 260 ff. zu der Rechtslage vor der gesetzlichen Normierung des Gesellschaftsvertreter.

<sup>548</sup> *Larenz*, S. 370 ff.; *Schmalz*, Rn. 386; *Schneider/Schnapp*, S. 154; *Staudin-*

begründung nur von rudimentärem Charakter.<sup>549</sup> Das spricht zumindest nicht gegen eine analoge Anwendung.<sup>550</sup> Der Verweis in § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG auf die Anwendung des § 135 Abs. 5 AktG kann jedoch als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers verstanden werden, § 135 Abs. 3 S. 3 AktG auf den Gesellschaftsvertreter nicht anzuwenden.<sup>551</sup> Allerdings soll durch den Verweis in § 134 Abs. 3 S. 5, 2. Halbs. AktG nur in diesem konkreten Punkt eine Angleichung an die in § 135 AktG geregelten Fälle erfolgen. Eine negative Aussage für die übrigen Absätze lässt sich dem nicht zwingend entnehmen.<sup>552</sup> Hinzu kommt, dass in der Diskussion über den Gesellschaftsvertreter bei der Verabschiedung des NaStraG ausschließlich über die Einführung eines Stimmrechtsvertreters im Zusammenhang mit einer Weisungserteilungspflicht des Aktionärs gesprochen wurde.<sup>553</sup> Da in der Gesetzesbegründung davon nicht ausdrücklich abgewichen wurde, darf der endgültig verabschiedete Wortlaut der Vorschrift nicht weiter verstanden werden als die Regelung, die diskutiert wurde.<sup>554</sup> Die besseren Argumente sprechen somit dafür, dass der Gesetzgeber die Weisungserteilungspflicht nicht bewusst ausgeschlossen hat.<sup>555</sup> Eine planwidrige Regelungslücke liegt somit vor.

### **(bb) Vergleichbarkeit der Interessenlage**

Die Analogie setzt weiter voraus, dass die Interessenlage zwischen dem in § 135 Abs. 3 S. 3 AktG geregelten Fall und der Bevollmächtigung des

---

ger-Eckpfeiler/*Coing/Honsell*, S. 33; vgl. hier zu auch *Wank*, § 11 I. 2.

<sup>549</sup> BT-Drucks. 14/4618, S. 14.

<sup>550</sup> So auch *Bienemann*, S. 192; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 221 f.; siehe auch *Wiebe*, ZHR 166 (2002), 182, 191.

<sup>551</sup> So *Sasse*, S. 126; MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 40; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355; a. A. *Schieber*, S. 119; *Bunke*, AG 2002, 57, 70; *Mimberg*, ZGR 2003, 21, 55; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 221.

<sup>552</sup> So Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 119; so bereits *Schilling*, FS Möhring, 257, 266; *Bunke*, AG 2002, 57, 70; *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 221; *Noack*, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>553</sup> So *Mimberg*, ZGR 2003, 21, 56.

<sup>554</sup> Vgl. hierzu *Larenz*, S. 316 ff.; *Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell*, S. 30; konkret zum Gesellschaftsvertreter siehe *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 221 f.; ebenso *Noack*, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>555</sup> So auch *Muthers/Ulbrich*, WM 2005, 215, 221 f.; a. A. MK-AktG/*Volhard*, § 134 Rn. 40; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 355.

Gesellschaftsvertreter verglichbar ist.<sup>556</sup> § 135 Abs. 3 S. 3 AktG soll einer Interessenkollision und einer nicht überwachten Machtverschiebung zugunsten der Verwaltung vorbeugen.<sup>557</sup> Die Gefahr der Interessenkollision tritt bei der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts in der eigenen Hauptversammlung (§ 135 AktG) und bei der Bevollmächtigung eines gesellschaftsnahen Stimmrechtsvertreter (§ 134 Abs. 3 S. 5 AktG) in gleichem Maße auf.<sup>558</sup> Die Gefahr besteht unabhängig davon, ob es sich bei der Aktiengesellschaft um ein Kreditinstitut i. S. v. § 135 Abs. 1 AktG handelt oder nicht. Somit besteht eine vergleichbare Interessenlage. Der Gesellschaftsvertreter kann die Stimmrechtsausübung für einen Aktionär daher nur bei vorheriger ausdrücklicher Weisungserteilung vornehmen (§ 135 Abs. 3 S. 3 AktG analog).

### **(cc) Anforderungen an die ausdrückliche Weisungserteilung**

Eine ausdrückliche Weisung des Aktionärs liegt nach allgemeiner Ansicht vor, wenn sich der Wille des Aktionärs aus seinem Erklärungsverhalten inhaltlich eindeutig ergibt.<sup>559</sup> Ausdrücklich bedeutet nicht, dass der Aktionär zu jedem Abstimmungsgegenstand eine Einzelweisung erteilen muss. Vielmehr wird auch eine Pauschalweisung als zulässig angesehen.<sup>560</sup>

---

<sup>556</sup> Larenz, S. 381 ff.; Schmalz, Rn. 389; Schneider/Schnapp, S. 154; Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell, S. 33; Wank, § 11 III.

<sup>557</sup> So auch Heckelmann, S. 168; Schmitz, S. 105; Lommatzsch, in: Die virtuelle HV, 35, 37; Muthers/Ulbrich, WM 2005, 215, 222.

<sup>558</sup> So auch Bienemann, S. 192 ff.; García Mateos, S. 255 f.; Haase, S. 225; Heckelmann, S. 168; Schmitz, S. 106; Hoppmann/Lange, in: Hdb Internetrecht, 207, 234; Lommatzsch, in: Die virtuelle HV, 35, 37; Habersack, ZHR 165 (2001), 172, 188; Muthers/Ulbrich, WM 2005, 215, 222; a. A. Hoffmann, S. 76; Sasse, S. 125; Bürger/Körber/Holzborn, § 134 Rn. 22; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 39; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 56.

<sup>559</sup> Siehe auch Bürger/Körber/Holzborn, § 135 Rn. 6; Hüffer, § 135 Rn. 31.

<sup>560</sup> Siehe Bienemann, S. 194; ebenso Heckelmann, S. 169; Stupp, S. 124; zu § 135 Abs. 1 S. 2 AktG siehe MK-AktG/Schröer, § 135 Rn. 71; Bürger/Körber/Holzborn, § 134 Rn. 22 und § 135 Rn. 6; KK-AktG/Zöllner, § 135 Rn. 69; MK-AktG/Volhard, § 134 Rn. 39; MünchHdb.AG/Semler, § 38 Rn. 57; Lommatzsch, in: Die virtuelle HV, 35, 38; Hüther, AG 2001, 68, 73; Lommatzsch, NZG 2001, 1017, 1020.

**(dd) Abstimmungsverhalten des Gesellschaftsvertreters bei fehlender Weisungserteilung**

Handelt der Gesellschaftsvertreter als Bote des Aktionärs und erteilt der Aktionär dem Gesellschaftsvertreter keine Weisung, so erhält der Aktionär vom Gesellschaftsvertreter keine Willenserklärung. Folglich kann der Gesellschaftsvertreter auch keine Willenserklärung an die Aktiengesellschaft übermitteln. Die Stimmabgabe in der Hauptversammlung durch den Gesellschaftsvertreter unterbleibt.

Das Gleiche gilt bei fehlender Weisungserteilung, wenn der Gesellschaftsvertreter mangels Satzungsregelung i. S. v. § 118 Abs. 2 AktG als Stellvertreter des Aktionärs anzusehen ist.<sup>561</sup> Im Umkehrschluss aus der analogen Anwendung des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG auf den Gesellschaftsvertreter ergibt sich, dass der Gesellschaftsvertreter das Stimmrecht bei fehlender Weisungserteilung nicht für den Aktionär ausüben darf.<sup>562</sup> Die fehlende Weisungserteilung kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Gesellschaftsvertreter sich enthalten soll.<sup>563</sup> Schließlich wird der Aktionär ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er zur Weisungserteilung verpflichtet ist.<sup>564</sup> Erhält der Gesellschaftsvertreter vom Aktionär keine Weisung so darf er auch nicht entsprechend der Vorschläge der Verwaltung abstimmen (vgl. § 135 Abs. 1 S. 4 Nr. 2, Abs. 4 AktG analog). Ein

---

<sup>561</sup> Diese Frage aufwerfend, aber letztlich offenlassend *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062.

<sup>562</sup> So auch *Haase*, S. 225; *Horn*, S. 102; *Schmitz*, S. 108; Bürgers/Körber/*Holzborn*, § 135 Rn. 6; KK-AktG/*Zöllner*, § 135 Rn. 73; K. Schmidt/Lutter/*Spindler*, § 135 Rn. 29; *Knauer*, in: Reform des Aktienrechts, 523, 549; siehe hierzu auch *Pikó/Preissler*, in: Die virtuelle HV, 277, 285; a. A. MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 104; *BMJ*, NZG 2004, 948, 953; siehe ebenfalls hierzu *Lommatzsch*, in: Die virtuelle HV, 35, 40; *Zetzsche*, ZIP 2001, 682, 684; *Bunke* erkennt das Problem, lässt es aber ungelöst, siehe *Bunke*, in: Die virtuelle HV, 21, 31.

<sup>563</sup> So aber MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 104.

<sup>564</sup> Vgl. bei *Bayer AG*, <http://www.hv2010.bayer.de/de/einladung-zur-hauptversammlung-2010.pdf>, S. 28; *BMW AG*, [http://www.bmwgroup.com/d/0\\_0\\_www\\_bmwgroup\\_com/investor\\_relations/corporate\\_events/hauptversammlung/2010/Einladung\\_HV\\_2010.pdf](http://www.bmwgroup.com/d/0_0_www_bmwgroup_com/investor_relations/corporate_events/hauptversammlung/2010/Einladung_HV_2010.pdf), S. 5.

solches Verhalten ist mit der Person des Gesellschaftsvertreters unvereinbar.<sup>565</sup>

Eine ohne erteilte Weisung erfolgte Stimmabgabe führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Stimmabgabe.<sup>566</sup> Gem. § 135 Abs. 7 wird die Wirksamkeit der Stimmabgabe durch einen Verstoß gegen Absatz 3 nicht beeinträchtigt. Aufgrund der analogen Anwendung des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG auf den Gesellschaftsvertreter ist es konsequent, § 135 Abs. 7 AktG für den Fall eines Verstoßes gegen § 135 Abs. 3 S. 3 AktG entsprechend heranzuziehen.<sup>567</sup>

#### **d) Zwischenergebnis**

Da der Gesellschaftsvertreter nur die Stimmabgabe des Aktionärs an den Stimmencomputer übermittelt, tritt er in der Hauptversammlung wie ein Bote auf. Hat die Aktiengesellschaft eine Satzungsregelung i. S. v. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG in ihre Satzung aufgenommen, so handelt der Gesellschaftsvertreter auch als Bote. Fehlt eine entsprechende Satzungsregelung, dann handelt der Gesellschaftsvertreter als Stellvertreter des Aktionärs. Der grundsätzlich bestehende Ermessensspielraum des Gesellschaftsvertreters wird durch die im Innenverhältnis geltende Weisungerteilungspflicht des Aktionärs und die strenge Weisungsgebundenheit des Gesellschaftsvertreters eingedämmt.

### **3. Störungen beim Einsatz eines Gesellschaftsvertreters**

Beim Einsatz eines Stimmrechtsvertreters können Störungen auftreten, die zur Folge haben, dass das Stimmrecht des Aktionärs nicht oder nicht entsprechend der erteilten Weisung ausgeübt wird.

---

<sup>565</sup> Vgl. allgemein zur analogen Anwendbarkeit des § 135 AktG auf den Gesellschaftsvertreter Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 119.

<sup>566</sup> So Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 135 Rn. 93; MK-AktG/*Schröer*, § 135 Rn. 142; *Lommatzsch*, in: Die virtuelle HV, 35, 42; a. A. *Schmitz*, S. 111.

<sup>567</sup> So ebenfalls *Lommatzsch*, in: Die virtuelle HV, 35, 42; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1062; a. A. *Schmitz*, S. 111.

**a) Störungen bei der Erteilung der Legitimation oder der Weisungen**

Übertragungsstörungen können bei der Zusendung der Legitimations- und Weisungsunterlagen an die Aktiengesellschaft auf dem postalischen Weg auftreten. Ebenfalls kann es bei der Nutzung des elektronischen Wegs für die Erteilung der Legitimation an den Gesellschaftsvertreter und der Weisungserteilung zu Störungen kommen. Eine Übertragungsstörung liegt beispielsweise vor, wenn die Legitimation auf dem postalischen Weg zur Aktiengesellschaft verloren geht oder die elektronische Botenmacherteilung bzw. Bevollmächtigung nicht auf dem Computer des Gesellschaftsvertreters ankommt.<sup>568</sup>

Es gibt unterschiedliche Ursachen für derartige Übertragungsstörungen. Die Störung kann entweder im Herrschaftsbereich des Aktionärs entstehen oder im Machtbereich der Aktiengesellschaft auftreten. Darüber hinaus ist als dritter Fall eine Störung durch eine dritte Person oder ein außenstehendes Ereignis denkbar.<sup>569</sup>

Tritt die Störung in der Sphäre des Aktionärs auf, so ist diese Störung allein dem Aktionär zuzuschreiben. Der Aktionär hat keine Möglichkeit, mit einer Anfechtungsklage gegen den Beschluss vorzugehen oder von der Aktiengesellschaft bzw. dem Gesellschaftsvertreter Schadensersatz zu verlangen.<sup>570</sup>

Störungen durch Dritte werden genauso behandelt wie Störungen durch den Aktionär selbst.<sup>571</sup> Bei Übertragungsstörungen aufgrund von Stromausfällen oder Hackerangriffen sind sowohl Schadensersatzansprüche gegen die Aktiengesellschaft oder den Gesellschaftsvertreter als auch die Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses ausgeschlossen. Stö-

---

<sup>568</sup> Siehe hierzu auch *Drinhausen/Keinath*, BB 2008, 1238, 1240; *Horn*, ZIP 2008, 1558, 1564.

<sup>569</sup> So auch *Arnold*, Der Konzern 2009, 88, 92; zur Kritik an der Aufteilung der Haftung nach Risikosphären siehe *Hüffer*, § 243 Rn. 44a; vergleichbar *Horn*, ZIP 2008, 1558, 1564.

<sup>570</sup> Vgl. *Arnold*, Der Konzern 2009, 88, 92 f.

<sup>571</sup> *Drinhausen/Keinath*, BB 2008, 1238, 1240.

rungen durch Dritte werden sowohl bei der persönlichen als auch bei der elektronischen Stimmrechtsausübung der Risikosphäre des Aktionärs zugerechnet.<sup>572</sup> Da der Aktionär die Vorteile der öffentlichen Netze nutzen will, muss er auch das damit verbundene Risiko tragen.<sup>573</sup>

Lediglich bei Störungen, die im Herrschaftsbereich der Aktiengesellschaft entstehen, ist ein Vorgehen gegen die Aktiengesellschaft überhaupt möglich. In Betracht kommen die Anfechtung der gefassten Beschlüsse, für die der Aktionär den Gesellschaftsvertreter mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigen wollte, sowie ein Anspruch auf Ersatz des dem Aktionär entstandenen Schadens.

#### **aa) Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses**

Um einen Hauptversammlungsbeschluss anfechten zu können, muss der Aktionär anfechtungsbefugt sein und einen Anfechtungsgrund geltend machen.<sup>574</sup> Mangels Teilnahme an der Gesellschafterversammlung ergibt sich die Anfechtungsbefugnis des Aktionärs nicht aus § 245 Nr. 1 AktG. Grundlage für die Anfechtungsbefugnis des nicht erschienenen Aktionärs kann jedoch § 245 Nr. 2, 1. Fall AktG sein. Dann muss der nicht erschienene Aktionär zu Unrecht nicht zugelassen worden sein. Ein Aktionär wird zu Unrecht nicht zugelassen, wenn er ein Teilnahmerecht hat, die Teilnahmebedingungen erfüllt und die Gesellschaft ihm den Zutritt nicht versagen darf.<sup>575</sup> Wenn die Gesellschaft die Bevollmächtigung des Aktionärs und Weisungserteilung verliert, ist dies ein nicht zulässiges Versagen der Teilnahme an der Hauptversammlung, so dass die Voraussetzung des § 245 Nr. 2, 1. Fall AktG erfüllt ist. Gleiches gilt, wenn die Aktiengesellschaft dem Aktionär das elektronische System für die Legitimations- und Weisungserteilung zur Verfügung stellt und die Aktiengesell-

---

<sup>572</sup> *Zetzsche*, ZIP 2001, 682, 686; *ders.*, BKR 2003, 736, 740.

<sup>573</sup> *Bienemann*, S. 202; *Pikó/Preissler*, in: *Die virtuelle HV*, 277, 290; *Hanloser*, NZG 2001, 355, 358.

<sup>574</sup> Die übrigen Voraussetzungen der Anfechtungsklage sind an dieser Stelle weniger relevant und bleiben daher außer Betracht.

<sup>575</sup> Siehe MK-AktG/*Hüffer*, § 245 Rn. 41.

schaft die Störung verursacht,<sup>576</sup> aufgrund derer der Gesellschaftsvertreter die Botenmacht bzw. Bevollmächtigung oder Weisungen nicht erhält. Wird ein Aktionär zu Unrecht nicht zur Hauptversammlung zugelassen, stellt dies gleichzeitig eine Verletzung des Teilnahmerechts und somit einen Anfechtungsgrund i. S. v. § 243 Abs. 1 AktG dar.<sup>577</sup>

#### **bb) Anspruch des Aktionärs auf Schadensersatz**

Ein Schadensersatzanspruch eines Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft kann sich aus § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergeben.<sup>578</sup> Aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergibt sich die Pflicht der Aktiengesellschaft, den Aktionär nicht an der Ausübung seines Stimmrechts zu hindern. Störungen im Herrschaftsbereich der Aktiengesellschaft, die zur Nichtausübung des Stimmrechts für den Aktionär führen, stellen folglich eine Pflichtverletzung der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär dar. Die Pflichtverletzung der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär kann auch in der Verletzung ihrer Pflichten aus dem Leihvertrag bestehen. Der Leihvertrag verpflichtet die Aktiengesellschaft zur Bereitstellung des elektronischen Abstimmungswegs. Kommt die Aktiengesellschaft dieser Pflicht nicht nach, liegt eine Pflichtverletzung des Schuldverhältnisses vor.<sup>579</sup>

Eine Schadensersatzpflicht der Aktiengesellschaft setzt ein Verschulden der Aktiengesellschaft voraus. Tritt die Störung der Bevollmächtigung des Gesellschaftsvertreters auf Seiten der Aktiengesellschaft auf, ist zumindest ein leicht fahrlässiges Verhalten der Aktiengesellschaft anzunehmen. Die Aktiengesellschaft kann eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz auch nicht ausschließen.<sup>580</sup>

---

<sup>576</sup> So auch *Blank/Zetzsche*, K & R 2000, 486, 490; siehe auch *Arnold*, Der Konzern 2009, 88, 92; *Horn*, ZIP 2008, 1558, 1564; *Pikó/Preissler*, in: Die virtuelle HV, 277, 290 f.

<sup>577</sup> Siehe MK-AktG/*Hüffer*, § 245 Rn. 41.

<sup>578</sup> *MünchHdb.AG/Wiesner*, § 17 Rn. 22; *K. Schmidt*, GesR, § 20 IV. 4. (S. 595) und § 19 III. 1. a) (S. 552 f.).

<sup>579</sup> Allgemein siehe *Jauerig/Mansel*, § 603 Rn. 1; *MK-BGB/Häublein*, § 603 Rn. 3.

<sup>580</sup> Vgl. hierzu den Haftungsausschluss der *Continental AG*, <http://www.conti->

Den Aktionär kann jedoch ein Mitverschulden treffen für den Fall, dass der Aktionär einen alternativen Abstimmungsweg fahrlässig nicht genutzt hat. Denkbar ist das Unterlassen der Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters auf einem anderen Wege oder das Unterlassen der persönlichen Stimmrechtsausübung des Aktionärs.<sup>581</sup> Bei einer elektronischen Erteilung der Botenmacht bzw. der Vollmacht oder der Erteilung von Weisungen an den Gesellschaftsvertreter während der Hauptversammlung wird ein Mitverschulden des Aktionärs jedoch in der Regel zu verneinen sein. Der zeitlich enge Rahmen lässt sowohl die Nutzung eines alternativen Kommunikationswegs als auch die persönliche Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung regelmäßig nicht zu. Treten die Störungen bei der Legitimations- oder Weisungserteilung bereits im Vorfeld der Hauptversammlung auf, trifft den Aktionär im Regelfall ebenfalls kein Mitverschulden, da das Wissen über die Störung in aller Regel außerhalb des Kenntnisbereichs des Aktionärs liegt.

**cc) Probleme bei der Erhebung der Anfechtungsklage sowie der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs**

Der Aktionär muss nachweisen, dass ihm aufgrund der Pflichtverletzung der Aktiengesellschaft ein Schaden entstanden ist. Die Bezifferung dieses dem Aktionär entstandenen Schadens ist in der Praxis sehr problematisch. Folge der Störung ist, dass der Aktionär nicht oder nicht in der gewünschten Art an dem Beschluss mitwirken konnte. Eine Bezifferung dieses Schadens ist regelmäßig nicht möglich.

Neben dem Problem der Schadensbezifferung scheitern die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs sowie die Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses durch den Aktionär regelmäßig auch aus einem anderen Grund. Für den Aktionär ist es in der Regel schwierig oder sogar unmöglich, von der Übertragungsstörung Kenntnis zu erlangen. Die Störung entsteht außerhalb seines Machtbereichs. Selbst wenn der Aktionär

---

online. [com/generator/www/com/de/continental/portal/themen/ir/new\\_veranstaltungen/hv/hv\\_2010/download/info\\_stimmrechtsausuebung\\_2010\\_de.pdf](http://www.com/de/continental/portal/themen/ir/new_veranstaltungen/hv/hv_2010/download/info_stimmrechtsausuebung_2010_de.pdf), S. 3.

<sup>581</sup> So *Bienemann*, S. 202; *Pikó/Preissler*, in: *Die virtuelle HV*, 277, 290.

von der Störung erfährt, wird er nur selten in der Lage sein, die Störung sowie die Zurechnung der Störung zur Aktiengesellschaft zu beweisen. Darüber hinaus wird die Anfechtungsklage in der Regel mangels Relevanz des Fehlers für das Beschlussergebnis keinen Erfolg haben.<sup>582</sup>

**b) Keine Weitergabe der Legitimation oder der Weisungen von der Aktiengesellschaft an den Gesellschaftsvertreter**

Eine Störung der Abläufe kann auch dadurch entstehen, dass die Aktiengesellschaft die vom Aktionär erhaltene Legitimation und die Weisungen für den Gesellschaftsvertreter nicht an diesen weiterleitet. Ein solches Verhalten der Aktiengesellschaft stellt eine Verletzung ihrer dem Aktionär gegenüber bestehenden Treuepflicht dar. Die Treuepflichtverletzung löst einen Schadensersatzanspruch des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft aus. Jedoch wird auch hier ein Problem in der Kenntniserlangung des Aktionärs von der Störung bestehen sowie darin, der Aktiengesellschaft ihre Pflichtverletzung nachzuweisen.<sup>583</sup>

Die Treuepflichtverletzung der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär kann auch den Weg zur Anfechtungsklage eröffnen. Da unter den Begriff „Gesetz“ i. S. v. § 243 Abs. 1 AktG nicht nur formelle Gesetze, sondern auch ungeschriebene, gewohnheitsrechtliche Normen fallen,<sup>584</sup> erfüllt die Verletzung der Treuepflicht den Tatbestand des Gesetzesverstößes.<sup>585</sup> Der Anfechtungsgrund liegt somit in einem Gesetzesverstoß i. S. v. § 243 Abs. 1 AktG. Die Anfechtungsbefugnis kann sich wiederum aus § 245 Nr. 2, 1. Fall AktG ergeben. Jedoch wird die Anfechtungsklage in der Praxis daran scheitern, dass es für den Aktionär problematisch, wenn nicht gar unmöglich ist, von der Störung Kenntnis zu erlangen und diese der Aktiengesellschaft nachzuweisen.

---

<sup>582</sup> So auch *Noack*, WM 2009, 2289, 2292.

<sup>583</sup> Außer Betracht bleibt hier die Untersuchung der strafrechtlichen Tatbestände.

<sup>584</sup> *Bürgers/Körper/Göz*, § 243 Rn. 3; *Großkomm-AktG/K. Schmidt*, § 243 Rn. 9; *Hüffer*, § 243 Rn. 5; *MK-AktG/Hüffer*, § 243 Rn. 17; *K. Schmidt/Lutter/Fleischer*, § 53a Rn. 64.

<sup>585</sup> *Bürgers/Körper/Göz*, § 243 Rn. 3; *Großkomm-AktG/K. Schmidt*, § 243 Rn. 9; *Hüffer*, § 243 Rn. 5; *MK-AktG/Hüffer*, § 243 Rn. 17; *K. Schmidt/Lutter/Schwab*, § 243 Rn. 4.

**c) Störungen bei der Weitergabe der Stimme bzw. der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung**

**aa) Stimmabgabe entgegen der Weisungserteilung**

Als Störung bei der Stimmrechtsvertretung ist es auch anzusehen, wenn der Gesellschaftsvertreter entgegen der Weisungserteilung des Aktionärs die Stimme abgibt. Ein Grund für die Stimmabgabe entgegen der Weisungserteilung kann die Anweisung der Aktiengesellschaft an den Gesellschaftsvertreter sein, ein bestimmtes Ergebnis der Beschlussfassung herbeizuführen.

Die Nichteinhaltung der Weisung stellt im Innenverhältnis eine Vertragsverletzung des Gesellschaftsvertreters gegenüber dem Aktionär dar. Dem Aktionär steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Gesellschaftsvertreter aus § 280 Abs. 1 BGB zu. Die Bezifferung des genauen Schadens ist jedoch wiederum kaum möglich.

Die Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluss ist dem Aktionär verwehrt. Die Anfechtungsbefugnis des durch einen Stellvertreter erschienenen Aktionärs ergibt sich grundsätzlich aus § 245 Nr. 1 AktG. Erforderlich ist, dass der Aktionär oder sein Stimmrechtsvertreter für ihn Widerspruch zur Niederschrift eingelegt hat. Dies wird im Regelfall nicht geschehen. Selbst wenn dies ausnahmsweise geschieht und der Gesellschaftsvertreter für und im Namen des Aktionärs Widerspruch zur Niederschrift einlegt, so dass der Aktionär anfechtungsbefugt ist, scheidet die Anfechtungsklage in der Regel am Fehlen eines Anfechtungsgrundes. Die Stimmabgabe durch den Gesellschaftsvertreter ist trotz der Nichteinhaltung der Weisung wirksam. Dies ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 135 Abs. 7 AktG auf den Gesellschaftsvertreter.

Die Wirksamkeit der Stimmabgabe ist folglich nicht beeinträchtigt, wenn der Gesellschaftsvertreter entgegen der erteilten Weisung des Aktionärs in der Hauptversammlung abstimmt. Eine Anfechtungsklage des Aktionärs wäre in diesem Fall somit nicht erfolgreich.

**bb) Technische Störung bei der Stimmweitergabe bzw. der Stimmabgabe in der Hauptversammlung**

Bei der Stimmabgabe durch den Gesellschaftsvertreter können Serverprobleme in der Hauptversammlung dazu führen, dass der Gesellschaftsvertreter die Stimmen des Aktionärs nicht in den Stimmencomputer übertragen kann. Folglich werden die Stimmen derjenigen Aktionäre, die den Gesellschaftsvertreter mit der Stimmrechtsausübung beauftragt haben, bei der Beschlussfassung nicht berücksichtigt.<sup>586</sup> Diese Störung kann einen Anspruch des Aktionärs auf Schadensersatz gegen den Gesellschaftsvertreter oder die Aktiengesellschaft sowie die Anfechtung der Hauptversammlungsbeschlüsse zur Folge haben.

Die für eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses erforderliche Anfechtungsbefugnis kann sich wiederum nur aus § 245 Nr. 2, 1. Fall AktG ergeben. Jedoch ist § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG zu beachten. Gem. § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG kann die Anfechtungsklage nicht auf die durch eine technische Störung verursachte Verletzung von Rechten, die nach § 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und § 134 Abs. 3 auf elektronischem Wege wahrgenommen worden sind, gestützt werden, es sei denn, der Gesellschaft ist grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorzuwerfen.<sup>587</sup>

Die Aktiengesellschaft trifft bei der Bereitstellung der Technik für die Ausübung der Aktionärsrechte i. S. v. § 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und § 134 Abs. 3 AktG auf elektronischem Weg insbesondere Organisations- und Sicherungspflichten.<sup>588</sup> Dies kann die Pflicht zur Sicherung der eingesetzten Software gegen die Einwirkungen Dritter durch Einführung von Zugangskontrollen und Verschlüsselungen sein. Ebenfalls muss die Aktiengesellschaft geeignetes Fachpersonal für die Bedienung der Com-

---

<sup>586</sup> So auch *Riegger*, ZHR 165 (2001), 204, 214 f.

<sup>587</sup> Siehe hierzu auch *Schmitz*, S. 167 ff.; kritisch *Schüppen/Tretter*, ZIP 2009, 493, 495; siehe allgemein auch *Drinhausen/Keinath*, BB 2008, 1238, 1240; *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 815, 821; *Horn*, ZIP 2008, 1558, 1564; *Paschos/Goslar*, AG 2009, 14, 18.

<sup>588</sup> Vgl. *Schmitz*, S. 169; ebenso *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1133, 1137; *Horn*, ZIP 2008, 1558, 1564.

puter einsetzen. Die Bereitstellung von Ersatzkommunikationskanälen und -geräten ist ebenfalls eine Pflicht der Aktiengesellschaft.<sup>589</sup>

Übt der Gesellschaftsvertreter das Stimmrecht des Aktionärs aufgrund einer technischen Störung nicht aus, liegt eine Verletzung der Stimmrechtsausübung und der Stimmrechtsvertretung (§ 134 Abs. 3 AktG) vor. Da der Aktionär der Aktiengesellschaft in der Regel keinen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachweisen kann, wird die Erhebung einer Anfechtungsklage erfolglos sein.

#### **d) Zwischenfazit**

Obwohl das Gesetz ein rechtliches Vorgehen des Aktionärs gegen Störungen bei der Stimmrechtsvertretung grundsätzlich vorsieht, wird im Ergebnis weder ein Schadensersatzanspruch noch eine Anfechtung erfolgsversprechend sein. Ursächlich hierfür sind in der Regel die fehlende Kenntnis des Aktionärs von der Störung oder das Problem, der Aktiengesellschaft oder dem Gesellschaftsvertreter eine Pflichtverletzung nachweisen zu können.

#### **4. Zusammenfassung und Gesamtwürdigung**

Der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG ist sehr knapp.<sup>590</sup> Durch Auslegung können die Beziehungen zwischen Aktiengesellschaft, Gesellschaftsvertreter und Aktionär jedoch juristisch analysiert werden. Die Einordnung des Vertrages zwischen Aktiengesellschaft und Gesellschaftsvertreter als Vertrag zugunsten Dritter ist hingegen abzulehnen. Der Gesellschaftsvertreter tritt entweder als Bote (bei Satzungsregelung i. S. v. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG) oder als Stellvertreter auf. Bei der Stellvertretung sind eine Weisungerteilungspflicht des Aktionärs und eine strenge Weisungsgebundenheit des Gesellschaftsvertreters erforderlich, um den Ermessensspielraum des Gesellschaftsvertreters auf Null zu reduzieren.

---

<sup>589</sup> Siehe *Schmitz*, S. 169; *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1133, 1137.

<sup>590</sup> So auch Großkomm-AktG/*Grundmann*, § 134 Rn. 119.

Aufgrund der aktienrechtlichen Neueinführung des §§ 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 AktG<sup>591</sup> ist jedoch mit einem Bedeutungsverlust des Gesellschaftsvertreters zu rechnen. Es ist davon auszugehen, dass die unmittelbare, elektronische Stimmrechtsausübung die Stimmrechtsvertretung durch den Gesellschaftsvertreter langfristig ablösen wird.<sup>592</sup> Das Recht, das Stimmrecht auf elektronischem Weg ohne körperliche Anwesenheit oder Einschaltung einer dritten Person noch während der Hauptversammlung auszuüben, gibt den Aktionären die Möglichkeit, auf das Geschehen der Hauptversammlung zu reagieren.<sup>593</sup> Ein vergleichbares Abstimmungsverfahren war bisher nur durch die Bevollmächtigung eines Gesellschaftsvertreters möglich. Der Gesellschaftsvertreter kann somit als „Vorläufer“ der unmittelbaren, elektronischen Stimmabgabe während der Hauptversammlung angesehen werden,<sup>594</sup> der nicht mehr gebraucht wird, wenn sich die unmittelbare elektronische Stimmrechtsausübung durchsetzt.

---

<sup>591</sup> Diese Entwicklung befürwortend *DSW e. V.*, [http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040\\_deutsche\\_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz\\_aktionaersrechte\\_richtlinie/pdf/stellungnahme\\_dws\\_arug.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz_aktionaersrechte_richtlinie/pdf/stellungnahme_dws_arug.pdf), S. 3; siehe auch *Herrler/Reymann*, DNotZ 2009, 815, 819 f.; so auch *Paschos/Goslar*, AG 2009, 14, 18; vgl. bereits zum Vorschlag der Bundesnotarkammer im Jahre 2001 *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1133, 1135 f.

<sup>592</sup> So bereits vorhersehend *Schieber*, S. 92; *Noack*, FS H. P. Westermann, 1203, 1214; *Knauer*, in: Reform des Aktienrechts, 523, 552; *Noack*, in: Die virtuelle HV, 13, 15; *Verfürth/Wohlwend*, in: Die virtuelle HV, 123, 155; vergleichbar *Bröcker/Schouler*, in: Die virtuelle HV, 75, 88; vgl. auch *Claussen*, AG 2001, 161, 161; tendenziell auch *Giedinghagen*, S. 270 ff. und S. 275 ff.; *DSW e. V.*, [http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040\\_deutsche\\_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz\\_aktionaersrechterichtlinie/pdf/stellungnahme\\_dws\\_arug.pdf](http://www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/umsetzungsgesetz_aktionaersrechterichtlinie/pdf/stellungnahme_dws_arug.pdf), S. 1; *Habersack*, ZHR 165 (2001), 172, 184 f.; *Seibert*, AG 2004, 529, 531; *Zetzsche*, BKR 2003, 736, 738 und 743; *ders.*, Der Konzern 2008, 321, 327.

<sup>593</sup> *Heckelmann*, S. 80; *Sasse*, S. 137; *Schieber*, S. 93; so bereits *Noack*, FS Lutter, 1463, 1481 f.; *ders.*, NZG 2003, 241, 248.

<sup>594</sup> Siehe auch *Bienemann*, S. 25; *Giedinghagen*, S. 278; *Horn*, S. 110; so auch *Schmitz*, S. 109 und S. 163 f.; *Quack*, FS Müller, 125, 127; *Grundmann/Möslein*, in: Aktienrecht im Wandel II, 31, 84; *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1133, 1136; *Mimberg*, ZGR 2003, 21, 46; *Noack*, NZG 2001, 1057, 1061; *ders.*, NZG 2003, 241, 242; *Zetzsche*, BKR 2003, 736, 738.

## C. Stimmrechtsvertretung in der GmbH

### I. Zulässiger Personenkreis

#### 1. Allgemeines

Der Gesellschafter unterliegt bei der Auswahl seines Stimmrechtvertreters neben der Vorgabe des § 165 BGB der mitgliedschaftlichen Treuepflicht.<sup>595</sup> Die Treuepflicht wirkt sich dahingehend auf die Wahl des Stimmrechtsvertreters aus, dass der Stellvertreter der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern zumutbar sein muss.<sup>596</sup> Der Tatbestand der Zumutbarkeit ist nicht erfüllt, wenn die Wahl des Stellvertreters mit dem Interesse der Gesellschaft kollidiert. Als unzumutbar gilt beispielsweise ein Gesellschafter oder Mitarbeiter eines Konkurrenzunternehmens oder eine Person, die in einer früheren Angelegenheit ihre Geheimhaltungspflicht von Geschäftsgeheimnissen der GmbH verletzt hat.<sup>597</sup>

Treffen die Gesellschafter in ihrer Satzung keine Regelungen über die Person des Stellvertreters, so unterliegt der Gesellschafter neben § 165 BGB und der Treuepflicht keinen zusätzlichen Beschränkungen. Die Satzung kann die darüber hinausgehend uneingeschränkte Wahlmöglichkeit des Gesellschafters auch ausdrücklich regeln. Eine Formulierung kann wie folgt lauten:

*„Jeder Gesellschafter kann sich bei der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung vertreten lassen. Bei der Auswahl des Stimmrechtsvertreters unterliegt der Gesellschafter jedoch den gesetzlichen Beschränkungen sowie der Treuepflicht.“*

---

<sup>595</sup> Siehe Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 102; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 84; Eickhoff, Rn. 145.

<sup>596</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 45; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 21; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 102; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 22; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 388; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 84; ebenso Eickhoff, Rn. 145.

<sup>597</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 102; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 22; Eickhoff, Rn. 145; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 388; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 84; Werner, GmbHR 2006, 871, 872.

Gegenüber der Rechtslage ohne Satzungsregelung führt eine solche Satzungsklausel zu keiner Veränderung. Indem die Klausel die gesetzliche Rechtslage lediglich wiederholt, erfüllt sie ausschließlich eine Klarstellungsfunktion für die Gesellschafter.

## **2. Zulässigkeit konkreter gesellschaftsvertraglicher Regelungen über die Bevollmächtigung bestimmter Personen**

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag Vereinbarungen über den für die Bevollmächtigung zulässigen Personenkreis treffen.<sup>598</sup> Innerhalb der allgemeinen Grenzen (§§ 134, 138 BGB) sind die Gesellschafter in der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags aufgrund der Privatautonomie frei, soweit die Regelungen die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft betreffen.<sup>599</sup>

### **a) Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters**

Die Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters kann im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich, und zwar wie folgt, formuliert werden:

*„Jeder Gesellschafter kann sich bei der Stimmrechtsausübung insbesondere durch einen Mitgesellschafter vertreten lassen.“*

Der bevollmächtigte Gesellschafter kann das Stimmrecht für sich selbst unabhängig von dem Stimmrecht für den vertretenen Gesellschafter ausüben. Der mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigte Mitgesellschafter erfüllt nicht die Voraussetzungen für die einheitliche Stimmrechtsausübung. Folglich muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, ob die uneinheitliche Stimmabgabe nach dem MoMiG zulässig ist oder nicht.<sup>600</sup>

---

<sup>598</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 45; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 102; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 21; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 84 und Rn. 96 f.; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 19; Werner, GmbHR 2006, 871, 872.

<sup>599</sup> MünchHdb.GmbHG/Grziwotz, § 18 Rn. 4; Bäcker, S. 112.

<sup>600</sup> Siehe zur einheitlichen Stimmrechtsausübung E/F/S/B. Schmidt, § 47

Will ein Gesellschafter sich von einem Mitgesellschafter vertreten lassen, kann sich aus § 47 Abs. 4 S. 1 a. E. GmbHG eine Einschränkung ergeben. Unterliegt der Stimmrechtsvertreter als Gesellschafter einem Stimmverbot i. S. d. § 47 Abs. 4 GmbHG, so kann er insoweit von einem Mitgesellschafter nicht mit der Stimmrechtsausübung bevollmächtigt werden. Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG gilt ausdrücklich sowohl für die Stimmrechtsausübung für sich selbst als auch für die Ausübung des Stimmrechts für einen Dritten. Der Stimmrechtsausschluss des § 47 Abs. 4 GmbHG greift somit als allgemeiner Rechtsgedanke ein, sobald die Gefahr eines Interessenkonflikts zwischen Gesellschaft und Gesellschafter denkbar ist, welcher sich bei der Abstimmung auf das Beschlussergebnis auswirken kann.<sup>601</sup>

**b) Bevollmächtigung eines Familienangehörigen oder einer dem Gesellschafter nahe stehenden Person**

Für einen Gesellschafter liegt es nahe, ein Familienmitglied oder eine ihm nahe stehende Person mit der Stimmrechtsausübung zu bevollmächtigen. Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag regeln, dass Familienangehörige und dem Gesellschafter nahe stehende Personen als Stellvertreter zulässig sind.<sup>602</sup>

*„Jeder Gesellschafter kann sich insbesondere durch einen Ehegatten, Abkömmling oder eine ihm nahe stehende Person bei der Stimmrechtsausübung vertreten lassen.“*

---

Rn. 8 f.; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 57 ff.; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 9; Scholz/K. Schmidt, § 47 Nachtrag MoMiG Rn. 2 f.; Heckschen/Heidinger, § 8 Rn. 51 ff.; zur Diskussion vor dem MoMiG siehe Behrens, FS 100 Jahre GmbHG, 539, 545 f.

<sup>601</sup> Zöllner, S. 145 ff. und S. 161 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 76; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 122; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 28; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 100; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 92 ff.; MünchHdb. GmbH/Wolff, § 38 Rn. 34 f.; Birle/Diehl, Rn. 3253; Bäcker, S. 116 f.; Raiser/Veil, § 16 Rn. 78 ff. für die AG und § 33 Rn. 53 ff. für die GmbH; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 2. a) (S. 608).

<sup>602</sup> Vogel, S. 56 f.; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 97; Heckschen/Heidinger, § 4 Rn. 139; Werner, GmbHR 2006, 871, 872.

Gründe für die Bevollmächtigung einer nahe stehenden Person sind der meist geringe Aufwand und das zwischen Gesellschafter und Stellvertreter bestehende vertrauensvolle Verhältnis.

Die Bevollmächtigung eines Familienangehörigen oder einer nahe stehenden Person ist nur zulässig, wenn diese Person den übrigen Gesellschaftern zumutbar ist.<sup>603</sup> Gründe, die der Bevollmächtigung einer Person aus dem engsten Umfeld des Gesellschafters entgegenstehen, sind jedoch nicht erkennbar. Die Mitgesellschafter werden einen mit dem Vertretenen eng verbundenen Stellvertreter wahrscheinlich sogar befürworten. Das bestehende Vertrauen zwischen Vertretenem und Vertreter wird auf die Mitgesellschafter übergehen.<sup>604</sup>

Durch Auslegung der obigen Klausel muss ermittelt werden, wer die Voraussetzungen als Stellvertreter im Sinne dieser Klausel erfüllt. Der Begriff des Ehegatten und des Abkömmlings (§ 1589 S. 1 BGB) werden im Gesetz mehrfach verwendet. Trotz Fehlens einer gesetzlichen Legaldefinition ist eine Subsumtion unter diese Begriffe daher möglich.<sup>605</sup> Wenn auch die Beschränkung des § 165 BGB in der Praxis regelmäßig zu keinen Problemen führt, ist § 165 BGB insbesondere bei der Bevollmächtigung eines Abkömmlings zu beachten.

Der Begriff der nahe stehenden Person ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und bedarf der Auslegung. Der Wortlaut „nahe stehende Person“ kann entweder nur die verwandtschaftlich verbundenen Personen erfassen. Alternativ können neben den verwandtschaftlich verbundenen Personen auch alle mit dem Gesellschafter emotional verbundenen Personen als nahe stehende Personen angesehen werden. Möglich sind somit eine enge und eine weite Auslegung des Wortlauts.

---

<sup>603</sup> Vgl. hierzu bereits § 1 B. I. 1. b) und § 1 C. I. 1.

<sup>604</sup> Vgl. hierzu auch *Werner*, GmbHR 2006, 871, 873.

<sup>605</sup> Zur Wortlautauslegung allgemein siehe *Fikentscher*, S. 361 f.; *Larenz*, S. 320 ff.; *Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell*, S. 30; *Wank*, § 5; *Zippelius*, § 8.

Im Wege der systematischen Auslegung des Begriffs „nahe stehende Person“ können andere gesetzliche Vorschriften herangezogen werden, die den Begriff der nahe stehenden Person enthalten.<sup>606</sup> In Betracht kommen insbesondere § 138 Abs. 1 InsO und § 89 Abs. 3 AktG. § 138 Abs. 1 InsO konkretisiert die nahe stehenden Personen einer natürlichen Person bei der Insolvenzanfechtung. Der Aufzählung in § 138 Abs. 1 InsO ist zu entnehmen, dass bei der Insolvenzanfechtung die Berücksichtigung ausschließlich verwandtschaftlicher Beziehungen einer natürlichen Person zu eng ist. Vielmehr kann in § 138 Abs. 1 InsO die Grundlage für die Beziehung persönlicher, rechtlicher oder auch verwandtschaftlicher Art sein. Die Berücksichtigung des § 138 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 InsO führt ebenfalls zu diesem Ergebnis. Bei der zu vertretenden Person handelt es sich nicht zwingend um eine natürliche Person. Der Begriff der nahe stehenden Person in § 138 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 InsO geht über den Kreis der Familienangehörigen hinaus. Ähnlich weit ist § 89 Abs. 3 AktG gefasst. § 89 Abs. 3 AktG soll vermeiden, dass Kredite statt an ein Vorstandsmitglied an eine ihm nahe stehende Person gewährt werden. § 89 Abs. 3 AktG nennt den Begriff der nahe stehenden Person zwar nicht ausdrücklich. Dennoch werden vom Normzweck des § 89 Abs. 3 AktG all diejenigen Personen erfasst, die insbesondere in einer persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehung zum Aktionär stehen. Um Missbräuche zu verhindern, ist in § 89 Abs. 3 AktG ebenfalls eine weite Wortlautauslegung sinnvoll. Die systematische Auslegung spricht insgesamt somit für eine weite Auslegung des Personenkreises der nahe stehenden Personen.

Der Normzweck der genannten Satzungsklausel ist auf den Ausschluss fremder Personen bei der Stimmrechtsausübung gerichtet. Es ist anzunehmen, dass die Gesellschafter mit dem Begriff der nahe stehenden Person über den Kreis der Familienangehörigen hinaus gehen wollen. Der Zweck der Vorschrift entspricht somit ebenfalls einem weiten Begriffsverständnis. Zu den dem Gesellschafter nahe stehenden Personen zählen

---

<sup>606</sup> *Schmalz*, Rn. 247; *Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell*, S. 31; *Zippelius*, § 10 III.

letztlich alle Personen, die mit dem Gesellschafter in einer rechtlichen, wirtschaftlichen oder persönlichen Beziehung stehen.

**c) Bevollmächtigung einer zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten sachkundigen Person**

In Gesellschaftsverträgen finden sich häufig folgende oder eine ähnlich lautende Formulierung:

*„Die Gesellschafter sind berechtigt, sich bei der Stimmrechtsausübung insbesondere durch eine zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete sachkundige Person vertreten zu lassen.“*

Die Erfüllung bestimmter berufsqualifizierender Merkmale in der Person des Stimmrechtsvertreters dient dem Schutz des Vertretenen. Die Verschwiegenheitspflicht gewährleistet, dass die Interna der GmbH nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Die Forderung nach Personen mit bestimmter Berufsqualifikation als Stellvertreter in der Gesellschafterversammlung ist zulässig und durchaus sinnvoll.<sup>607</sup>

**d) Bevollmächtigung eines Organmitglieds der GmbH**

Denkbar ist die Bevollmächtigung eines Organmitglieds der GmbH mit der Stimmrechtsausübung. Die GmbH ist grundsätzlich zweigliedrig organisiert.<sup>608</sup> Ihre Organe sind die Gesellschafterversammlung (vgl. §§ 45 ff. GmbHG) und der Geschäftsführer (vgl. §§ 35 ff. GmbHG). Aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 GmbHG ergibt sich, dass die GmbH mindestens einen Geschäftsführer haben muss, aber mehrere Geschäftsführer haben kann. Für die Bevollmächtigung ist daher grundsätzlich zwischen der Bevollmächtigung des Geschäftsführers als Organ und der Bevollmächtigung eines Geschäftsführers als Organmitglied zu unterscheiden. An dieser Stelle soll aufgrund der Praxisrelevanz lediglich die Zulässigkeit der Bevollmächtigung eines einzelnen Geschäftsführers untersucht werden. Die nachfolgenden Überlegungen haben lediglich dann eine ei-

---

<sup>607</sup> So auch Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 102; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 389, Heckschen/Heidinger, § 4 Rn. 139.

<sup>608</sup> MünchHdb.GmbH/Marsch-Barner/Diekmann, § 41 Rn. 1.

genständige Bedeutung, wenn es sich bei dem Geschäftsführer um einen Fremdgeschäftsführer handelt. Andernfalls wird der Sachverhalt bereits von der Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters erfasst.

Ein Aufsichtsrat ist im gesetzlichen Grundmodell der GmbH nicht vorgesehen, es sei denn im Rahmen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG oder § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG i. V. m. § 118 Abs. 2 AktG). Die Gesellschafter können in ihrer Satzung jedoch freiwillig einen Aufsichtsrat bestellen (vgl. § 52 GmbHG). Ein mitbestimmter Aufsichtsrat besteht in der Regel aus mindestens drei Personen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 DrittelbG i. V. m. § 95 S. 1 AktG).<sup>609</sup> Folglich kommt bei der Bevollmächtigung des Aufsichtsrats wie bereits bei der Bevollmächtigung der Geschäftsführung als Bevollmächtigter sowohl der Aufsichtsrat als Organ als auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied in Betracht. Wiederum wird im Folgenden aus Gründen der Praxisrelevanz lediglich die Bevollmächtigung eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds näher betrachtet. Darüber hinaus wird die Annahme getroffen, dass das Aufsichtsratsmitglied nicht gleichzeitig Gesellschafter der GmbH ist.

**aa) Unzulässigkeit der Bevollmächtigung eines Organmitglieds aufgrund eines Teilnahmeverbots**

Der Zulässigkeit der Bevollmächtigung des Geschäftsführers oder eines Aufsichtsratsmitglieds mit der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung steht es entgegen, wenn die zu bevollmächtigende Person einem Teilnahmeverbot für die Gesellschafterversammlung unterliegt.

Weder für Geschäftsführer noch für Aufsichtsratsmitglieder sieht das Gesetz ein Teilnahmeverbot vor. Vielmehr regelt das Gesetz für die Mitglieder eines mitbestimmten Aufsichtsrats ein Teilnahmerecht aus § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 118 Abs. 3 AktG. Für den Geschäftsführer bzw. die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats gibt es

---

<sup>609</sup> Die übrigen mitbestimmungsrechtlichen Gesetze enthalten vergleichbare Vorschriften, siehe § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG und § 77 Abs. 1 BetrVG 1952.

kein gesetzliches Teilnahmerecht.<sup>610</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch ein Teilnahmerecht regeln.<sup>611</sup> Selbst ein fehlendes Teilnahmerecht führt nicht automatisch zu einem Teilnahmeverbot. Schließlich nimmt ein mit der Stimmrechtsvertretung bevollmächtigter Geschäftsführer oder ein Aufsichtsratsmitglied in dieser Funktion an der Gesellschafterversammlung teil und nicht in seiner Rolle als Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglied. Ein Teilnahmeverbot für die Gesellschafterversammlung eines Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds besteht somit nicht.

**bb) Unzulässigkeit der Bevollmächtigung des Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds bei bestimmten Beschlussgegenständen**

Die Bevollmächtigung eines Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds mit der Stimmrechtsausübung für einen Gesellschafter kann für einzelne Beschlussgegenstände unzulässig sein. Insbesondere wenn über die Abberufung des Geschäftsführers oder des Aufsichtsrats aus wichtigem Grund entschieden werden soll, kann ein Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglied einem Stimmverbot unterliegen.<sup>612</sup>

Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG gilt nach seinem Wortlaut ausschließlich für die Gesellschafter der GmbH. Ein Stimmverbot des Geschäftsführers als Stellvertreter eines Gesellschafters kann sich im Fall der Interessenkollision nur aus einer analogen Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG ergeben. Aufgrund der fehlenden Regelung eines allgemeinen Stimmverbots für einen Stellvertreter, der das Merkmal der Interessenkollision erfüllt, liegt die erforderliche Regelungslücke vor. Anhaltspunkte für eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für diese Gesetzeslücke sind nicht ersichtlich. Die Regelungslücke ist somit auch planwidrig.

---

<sup>610</sup> Siehe Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 48 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 5 f.; Roth/Altmeppen/Roth, § 48 Rn. 6; Bäcker, S. 40 f.

<sup>611</sup> E/F/S/B. Schmidt, § 48 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 5.

<sup>612</sup> Vgl. OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050, 1053; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 48 Rn. 20; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 47 Rn. 77; Heckschen/Heidinger, § 6 Rn. 111; Bäcker, S. 117; Wiester, GmbHR 2008, 189, 193.

Für eine vergleichbare Interessenlage muss der Zweck des § 47 Abs. 4 GmbHG auch auf den gesetzlich unregelten Fall Anwendung finden.<sup>613</sup> § 47 Abs. 4 GmbHG soll die Gesellschafter vor Beeinträchtigungen des Beschlussergebnisses durch die Stimmabgabe des eines Interessenkonflikts unterliegenden Gesellschafters schützen.<sup>614</sup> Das Schutzbedürfnis der Gesellschafter besteht auch für den Fall, dass ein Nichtgesellschafter einem Interessenkonflikt unterliegt und als Stellvertreter agieren soll. Der Stellvertreter ist im Innenverhältnis zwar an die Weisungen des Auftraggebers gebunden (§§ 662, 665 BGB). Dennoch besteht die Gefahr, dass der Stellvertreter bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung den eigenen Interessen den Vorzug gibt.<sup>615</sup> Somit ist für eine mögliche Beeinträchtigung des Beschlussergebnisses der Interessenkonflikt der abstimmenden Person ausschlaggebend. Eine Abhängigkeit des Stimmverbots von der Eigenschaft als Gesellschafter ist nicht zwingend erforderlich. Die bestehende vergleichbare Interessenlage führt zu einer Ausweitung des Wortlauts des § 47 Abs. 4 GmbHG auf den Stimmrechtsvertreter. Das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG analog besteht folglich für jede Person, die das Stimmrecht ausübt.<sup>616</sup> Die Bevollmächtigung des Geschäftsführers oder Aufsichtsratsmitglieds mit der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung ist somit ausgeschlossen, soweit der Geschäftsführer oder das Aufsichtsratsmitglied bei dem konkreten Beschlussgegenstand einen Ausschlussgrund i. S. v. § 47 Abs. 4 GmbHG erfüllt (§ 47 Abs. 4 GmbHG analog).

---

<sup>613</sup> Vgl. allgemein *Schmalz*, Rn. 389 ff.; *Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell*, S. 33.

<sup>614</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 76; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 130; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 28; *Michalski/Römermann*, § 47 Rn. 73; *Roth/Altmeppen/Roth*, § 47 Rn. 55 f.; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, § 47 Rn. 51; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 99; *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 38 Rn. 34.

<sup>615</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 95; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 47 Rn. 34 f.; *Michalski/Römermann*, § 47 Rn. 101; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, § 47 Rn. 55; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 155; *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 38 Rn. 56.

<sup>616</sup> Siehe auch *Zöllner*, S. 164 f. und S. 272 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 95; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 130; *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 155.

### **3. Zulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Beschränkungen für den Kreis der Stimmrechtsvertreter**

Aufgrund der Satzungsautonomie können die Gesellschafter in der Satzung den Kreis der möglichen Stellvertreter nicht nur positiv bestimmen, sondern auch abschließend regeln. Eine solche gesellschaftsvertraglich vereinbarte Beschränkung hat jedoch Grenzen. So darf der Gesellschafter bei der Auswahl seines Stellvertreters nicht in ungerechtfertigter Weise eingeengt werden.<sup>617</sup> Es muss letztlich eine Abwägung zwischen Gesellschafterinteresse und dem Interesse der Gesellschaft stattfinden.

#### **a) Zulässigkeit des Ausschlusses der Bevollmächtigung mehrerer Personen**

Der Gesellschaftsvertrag kann die Stimmrechtsvertretung durch lediglich eine einzelne Person vorsehen.<sup>618</sup> Eine Formulierung in der Satzung kann wie folgt lauten:

*„Die Bevollmächtigung mehrerer Vertreter mit der Stimmrechtsausübung ist ausgeschlossen.“*

Eine solche Regelung stellt eine Einschränkung für den vertretenen Gesellschafter dar. Der Gesellschafter kann sich nicht von zwei oder mehr Bevollmächtigten gemeinschaftlich vertreten lassen, sondern muss sich bei seiner Auswahl auf eine einzelne Person beschränken. Zweck dieser Begrenzung ist es, einer unnötigen Ausweitung des Kreises der an der Gesellschafterversammlung teilnehmenden Personen entgegenzuwirken.<sup>619</sup>

Entscheidend ist jedoch nicht das bloße Vorliegen von Gründen für eine solche Einschränkung des Gesellschafters. Vielmehr ist abzuwägen, ob der Ausschluss der Bevollmächtigung mehrerer Personen einen zu starken Eingriff in die Wahlfreiheit des Gesellschafters darstellt. Der Gesellschafter ist durch die genannte Satzungsklausel bei der Auswahl seines

---

<sup>617</sup> Siehe Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 45; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 22; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 96 f.

<sup>618</sup> BGH GmbHR 1989, 120, 121; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 21; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 97; Goette, § 7 III. 1. (S. 213).

<sup>619</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 103.

Stellvertreters zwar begrenzt. Dennoch kann er auf seinen Stellvertreter und auf dessen Abstimmungsverhalten Einfluss ausüben.<sup>620</sup> Dem Interesse der übrigen Gesellschafter an der Geheimhaltung der Gesellschafterinteressen und der Begrenzung der Teilnehmerzahl gegenüber dem Interesse des vertretenen Gesellschafter an der freien Auswahl seines Stellvertreters ist Vorrang einzuräumen. Die gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Auswahl des Stimmrechtsvertreters auf lediglich einen Stellvertreter stellt für den vertretenen Gesellschafter keine unzulässige Einengung dar.<sup>621</sup>

#### **b) Zulässigkeit der Beschränkung auf Mitgesellschafter**

Die Gesellschafter können ein berechtigtes Interesse an der Beschränkung des Kreises der möglichen Stellvertreter auf ausschließlich Mitgesellschafter haben. So können die Gesellschafter verhindern, dass Dritte von den Interna der Gesellschaft Kenntnis erlangen. Der Schutz der Gesellschaft vor außenstehenden Dritten kann insbesondere aus Wettbewerbsgründen von erheblicher Bedeutung für die GmbH sein.

Die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung ergibt sich grundsätzlich aus der Satzungsautonomie der Gesellschafter (§ 45 Abs. 2 GmbHG).<sup>622</sup>

Die Vereinbarung einer solch durchaus einengenden Klausel steht im freien Ermessen der Gesellschafter. Der Zulässigkeit einer solchen Klausel muss es auch nicht entgegenstehen, dass sie eventuell den Ausschluss der Auswahl eines Stellvertreters zur Folge hat. Dies soll an einem Beispiel aufgezeigt werden.<sup>623</sup> Eine GmbH bestand ursprünglich aus fünf Gesellschaftern und hat sich zwischenzeitlich auf nur noch zwei Gesellschafter reduziert. Die gesellschaftsvertragliche Beschränkung der mög-

---

<sup>620</sup> *Goette*, § 7 III. 1. (S. 213).

<sup>621</sup> *Goette*, § 7 III. 1. (S. 213); so im Ergebnis auch *Werner*, GmbHR 2006, 871, 872.

<sup>622</sup> So im Ergebnis auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 45.

<sup>623</sup> Vgl. das Beispiel der Zwei-Personen-Gesellschaft in der Konstruktion der Aktiengesellschaft *MünchHdb.AG/Semler*, § 36 Rn. 13; siehe ebenfalls zur GmbH *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 45; *KK-AktG/Zöllner*, § 134 Rn. 75 sieht die Beschränkung der Bevollmächtigung auf Mitgesellschafter sogar bei drei Gesellschaftern als unzumutbare Einschränkung für die Gesellschafter an.

lichen Stellvertreter auf Mitgesellschafter führt dann zu einer Reduzierung des Auswahlermessens der Gesellschafter auf Null. Dem Argument der Satzungsautonomie der Gesellschafter kann jedoch möglicherweise entgegen gehalten werden, dass die Gesellschafter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags das Ausmaß der Einschränkung nicht absehen konnten. Schließlich wollten die Gesellschafter nur verhindern, dass externe Dritte als Stellvertreter Einblicke in die Geschäfte der GmbH erhalten.

Die Auslegung der Satzungsklausel kann gem. §§ 133, 157 BGB dazu führen, dass die Interessen der Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags zu berücksichtigen sind.<sup>624</sup> Eine objektive Auslegung der Klausel ist nicht erforderlich, solange es noch keinen Gesellschafterwechsel gegeben hat. Mit einem Gesellschafterwechsel bedarf es sodann der objektiven Auslegung des Gesellschaftsvertrags am Wortlaut der Satzung.<sup>625</sup> Für eine Normzweckauslegung dürfen nur noch die allgemein zugänglichen Unterlagen<sup>626</sup> herangezogen werden.

Trotz der Zulässigkeit der Beschränkung des Stellvertreterkreises auf ausschließlich Mitgesellschafter kann im genannten Beispiel der Gesellschafter angehalten sein, eine andere Person als Stellvertreter zu akzeptieren. Dies ergibt sich jedoch nicht aus der Unzulässigkeit einer derartigen Klausel. Vielmehr verpflichtet die Treuepflicht die Gesellschafter dazu, auf die Interessen ihrer Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.<sup>627</sup>

---

<sup>624</sup> BGHZ 123, 347, 350; E/F/S/Füller, § 2 Rn. 23 ff.; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 2 Rn.151; Michalski/Michalski, § 2 Rn. 41 ff., und Rn. 48; MK-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rn. 164; Scholz/Emmerich, § 2 Rn. 33; Grunewald, ZGR 1995, 68, 87.

<sup>625</sup> E/F/S/Füller, § 2 Rn. 23 f.; Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 2 Rn.143; Michalski/Michalski, § 2 Rn. 41 ff.; Scholz/Emmerich, § 2 Rn. 33; Grunewald, ZGR 1995, 68, 87; siehe den Überblick über die Rechtsprechung bei MK-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rn. 152 ff.

<sup>626</sup> Vgl. BGHZ 14, 25, 36 f.; BGHZ 116, 359, 366; vgl. auch MK-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rn. 154.

<sup>627</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 13 Rn. 21 ff.; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 97; H. M. Schmidt, GmbHR 1963, 145, 146; im Ergebnis gilt dies ebenso für die gesellschaftsvertragliche Beschränkung des Stellvertreterkreises auf ausschließlich Familienangehörige, siehe Vogel, S. 57; Scholz/

#### **4. Zwischenergebnis**

Die Gesellschafter können in der Satzung der GmbH den Kreis der Stimmrechtsvertreter näher regeln, soweit die allgemeinen, gesetzlichen Vorschriften hierbei berücksichtigt werden. Neben einer beispielhaften Aufzählung können die Gesellschafter auch eine abschließende Nennung des zulässigen Stimmrechtsvertreterkreises in der Satzung vereinbaren. Wird die Wahlfreiheit des Gesellschafters aufgrund einer abschließenden Aufzählung bestimmter Personen oder Personengruppen dennoch zu stark eingengt oder sogar auf Null reduziert, gebietet es die Treuepflicht der Gesellschafter, eine nicht von der Satzungsklausel erfasste, den übrigen Gesellschaftern zumutbare Person als Stimmrechtsvertreter zuzulassen.

#### **II. Beziehung zwischen Gesellschafter und Stimmrechtsvertreter**

Die rechtliche Beziehung zwischen Gesellschafter und Stimmrechtsvertreter ist wie bei der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft auf zwei Ebenen zu betrachten. Zu unterscheiden sind das Innen- und das Außenverhältnis. Dem Innenverhältnis liegt regelmäßig eine schuldrechtliche Beziehung zugrunde. Ein Gefälligkeitsverhältnis kommt nur in seltenen Fällen in Betracht.<sup>628</sup> Das Schuldverhältnis kann als Auftrag (§ 662 BGB) oder als Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) ausgestaltet sein. Welcher der beiden Verträge vorliegt, ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig. Im GmbHG finden sich keine Regelungen über die Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Gesellschafter und Stimmrechtsvertreter. Es gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. Mangels Besonderheiten kann auf die Ausführungen zum Singularbevollmächtigten bei der Aktiengesellschaft verwiesen werden.<sup>629</sup>

Das Außenverhältnis zwischen Gesellschafter und Stimmrechtsvertreter ist als Bevollmächtigung i. S. v. § 167 Abs. 1 BGB anzusehen. Das

---

*K. Schmidt*, § 47 Rn. 97.

<sup>628</sup> Siehe bereits § 1 B. I. 2. b aa) (1) (a) (aa).

<sup>629</sup> Siehe § 1 B. I. 2. b aa) (1) (a) (aa).

GmbHG fordert für die Vollmachtserteilung die Einhaltung der Textform (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Mangels weiterer Regelungen über die Stimmrechtsvertretung im GmbHG gelten darüber hinaus die allgemein zivilrechtlichen Vorgaben des BGB über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB). Die Gesellschafter können in ihrer Satzung jedoch von den gesetzlichen Anforderungen abweichen (§ 45 Abs. 1 GmbHG).

### **1. Eigene Stimmabgabe**

Nach dem gesetzlichen Regelfall des § 48 Abs. 1 GmbHG findet die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung statt. Wenn der Gesellschafter an der Teilnahme in der Gesellschafterversammlung gehindert ist, er sein Stimmrecht aber ausüben möchte, ist dies grundsätzlich nur im Wege der Stimmrechtsausübung durch einen Dritten möglich. Grund dafür ist, dass die Abgabe der Stimme in der Gesellschafterversammlung erfolgen muss. Ein Bote als Handelnder scheidet grundsätzlich aus. Die Stimmrechtsausübung durch einen Boten ist nur bei einer entsprechenden Satzungsgestaltung zulässig, welche die Stimmabgabe außerhalb der Gesellschafterversammlung gestattet.<sup>630</sup>

### **2. Die Stimmabgabe im fremden Namen**

Das Offenkundigkeitsprinzip aus den bürgerlich rechtlichen Stellvertretungsvorschriften gilt auch für die Stimmrechtsvertretung in der GmbH. Der Stimmrechtsvertreter muss grundsätzlich im Namen des vertretenen Gesellschafters handeln (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Neben der offenen Stellvertretung kommt bei der Stimmrechtsvertretung grundsätzlich auch die verdeckte Stellvertretung in Betracht. Die verdeckte Stimmrechtsvertretung spielt in der GmbH – anders als in der Aktiengesellschaft – jedoch keine Rolle. Dies liegt daran, dass die Gesellschafterstruktur in den beiden Gesellschaften in der Regel verschieden ist. In der GmbH ist der Kreis der Gesellschafter im Regelfall überschaubar und die Gesellschaf-

---

<sup>630</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 56; E/F/S/B. Schmidt, § 47 Rn. 20; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 107; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 107; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 381 ff.; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 37; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 78; MünchHdb.GmbHG/Wolff, § 38 Rn. 27.

ter kennen sich untereinander, wohingegen in der Aktiengesellschaft Anonymität unter den Aktionären vorherrscht.<sup>631</sup> Ein GmbH-Gesellschafter hat kein Interesse daran, gegenüber den übrigen Gesellschaftern unerkannt zu bleiben.

Ob der Gesellschafter persönlich sein Stimmrecht ausübt oder durch einen Stimmrechtsvertreter, wirkt sich auf die Angaben im Teilnehmerverzeichnis aus. Die Pflicht zur Erstellung eines Teilnehmerverzeichnisses ergibt sich bei der GmbH nur für den nicht verallgemeinerungsfähigen Sachverhalt<sup>632</sup> des § 48 Abs. 3 GmbHG aus dem Gesetz. Die Gesellschafter können in ihrer Satzung jedoch vereinbaren, dass eine Teilnehmerliste zu erstellen ist.<sup>633</sup> Die Dokumentation der anwesenden und stimmberechtigten Personen ist durchaus sinnvoll. So können spätere Streitigkeiten über das Zustandekommen von Abstimmungsergebnissen aufgeklärt werden.<sup>634</sup> Die Satzung sollte die Protokollierung der Beschlussfassung sowie der abstimmenden Personen ausdrücklich zur Pflicht machen.<sup>635</sup> Eine entsprechende Satzungsklausel hat lediglich klarstellende Funktion und kann wie folgt formuliert werden:

*„Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung sind zu protokollieren. Das Protokoll muss insbesondere*

---

<sup>631</sup> Henssler, ZHR 157 (1993), 91, 95.

<sup>632</sup> Zu nichtverallgemeinerungsfähigen Ausnahmevorschriften allgemein siehe Schmalz, Rn. 257; Zippelius, § 11 I. b) und II. b); speziell siehe auch E/F/S/B. Schmidt, § 48 Rn. 11; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 48 Rn. 66; Scholz/K. Schmidt/Seibt, § 48 Rn. 74; ebenso Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch, Kap. 6 Rn. 109; Eickhoff, Rn. 287; Heckschen/Heidinger, § 8 Rn. 73 f.

<sup>633</sup> Siehe Baumbach/Hueck/Zöllner, § 48 Rn. 23; Roth/Altmeppen/Roth, § 48 Rn. 20 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 48 Rn. 17; Scholz/K. Schmidt/Seibt, § 48 Rn. 39; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 55; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 39 Rn. 86; Reichert/Harbarth, S. 100; Bäcker, S. 49; Eickhoff, Rn. 283.

<sup>634</sup> Vogel, S. 142 und S. 158; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 48 Rn. 34; Bäcker, S. 49; Reichert/Harbarth, S. 100; Wiester, GmbHR 2008, 189, 191.

<sup>635</sup> So auch Baumbach/Hueck/Zöllner, § 48 Rn. 23; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 18; Roth/Altmeppen/Roth, § 48 Rn. 20 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 48 Rn. 17; Scholz/K. Schmidt/Seibt, § 48 Rn. 39; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 55; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 39 Rn. 86; Heckschen/Heidinger, § 8 Rn. 76 f.; Bäcker, S. 49; Eickhoff, Rn. 288; Wiester, GmbHR 2008, 189, 191.

*Angaben über die anwesenden und stimmberechtigten  
Personen enthalten.“*

### **3. Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht**

Ein Stellvertreter darf nur im Rahmen seiner Vertretungsmacht handeln (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Wie bei der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft wird lediglich die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht betrachtet.

#### **a) Inhalt und Umfang der Vollmacht**

Inhalt und Umfang der Vollmacht werden im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Weder im GmbHG noch im BGB finden sich Vorschriften über die Ausgestaltung der Vollmacht. Der Umfang der Vollmacht bestimmt sich vielmehr nach dem Willen des Vollmachtgebers.<sup>636</sup> Die im Innenverhältnis erteilten Weisungen (§ 662 BGB) legen den Rahmen der Vollmacht fest.<sup>637</sup>

Bei der Stimmrechtsvollmacht sind verschiedene Arten der Vollmacht zu unterscheiden. Der Gesellschafter kann den Stimmrechtsvertreter für eine einzelne Gesellschafterversammlung bevollmächtigen. Alternativ ist auch die Erteilung einer Dauervollmacht zulässig.<sup>638</sup> Bei der Stimmrechtsvertretung in der GmbH handelt es sich in der Regel um eine einmalige Stellvertretung für die Stimmrechtsausübung.<sup>639</sup> Anders hingegen bei der Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft. Hier ist die Dauervollmacht der häufigere Fall.<sup>640</sup>

---

<sup>636</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 96; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 400; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 47 Rn. 45; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 79 und Rn. 86.

<sup>637</sup> Nicht zu verwechseln mit dem Können des Stellvertreters im Außenverhältnis, siehe hierzu auch die Ausführungen zur Aktiengesellschaft, § 1 B. I. 2. b) bb).

<sup>638</sup> Michalski/Römermann, § 47 Rn. 401 f.; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 86.

<sup>639</sup> Siehe Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 86.

<sup>640</sup> So auch Becker, S. 12.

## **b) Erteilung der Vollmacht**

Die Bevollmächtigung (§ 167 Abs. 1 BGB) ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Gesellschaftsvertreters als Vollmachtgeber.<sup>641</sup> Der Gesellschafter kann die Vollmacht als Innenvollmacht gegenüber dem Bevollmächtigten erteilen, indem er die Vollmachtserklärung dem Stellvertreter gegenüber abgibt. Die Innenvollmacht stellt bei der Stimmrechtsvertretung in der GmbH wohl den Regelfall dar.<sup>642</sup>

Der Gesellschafter kann die Vollmacht alternativ als Außenvollmacht gegenüber dem Dritten erteilen. Fraglich ist, ob es für den Zugang beim Dritten ausreicht, wenn der Gesellschafter einen der übrigen Gesellschafter über die Vollmacht informiert.<sup>643</sup> Alternativ kann die Bevollmächtigung allen übrigen Gesellschaftern mitzuteilen sein.<sup>644</sup> Hat die Gesellschafterversammlung im Vorfeld einen Versammlungsleiter bestimmt, kann die Bevollmächtigung auch diesem gegenüber zu erklären sein.<sup>645</sup> Mangels gesetzlicher Vorschriften zu dieser Frage, sollten die Gesellschafter in ihrer Satzung eine klarstellende Regelung für die Bevollmächtigung des Stimmrechtsvertreters durch Außenvollmacht aufnehmen. Diese könnte wie folgt lauten:

*„Die Vollmacht kann gegenüber dem Stellvertreter erteilt werden. Der Gesellschafter kann die Erteilung der Vollmacht auch dem Versammlungsleiter mitteilen.“*

## **aa) Formerfordernis der Vollmacht**

### **(1) Gesetzliche Vorgaben für das Formerfordernis**

Nach den allgemein zivilrechtlichen Vorschriften für die Stellvertretung kann die Bevollmächtigung formfrei erfolgen (§ 167 Abs. 2 BGB). Ab-

---

<sup>641</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 51; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 97; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 85; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 15.

<sup>642</sup> So Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 51.

<sup>643</sup> Siehe hierzu MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 18.

<sup>644</sup> So Wiedemann, GesR II, § 3 III. 2. c) bb) (S. 217).

<sup>645</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 48 Rn. 32; Scholz/K. Schmidt/Seibt, § 48 Rn. 36; Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch, Kap. 6 Rn. 127.

weichend hiervon schreibt § 47 Abs. 3 GmbHG für die Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters im GmbH-Recht ausdrücklich das Erfordernis der Textform vor. Aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes verdrängt § 47 Abs. 3 GmbHG die Anwendung der allgemeineren Vorschrift.

§ 47 Abs. 3 GmbHG ist dispositives Recht (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG). Die Gesellschafter können daher eine vom Gesetz abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag vereinbaren.<sup>646</sup> Die gesellschaftsvertragliche Abweichung darf sowohl zu einer Erleichterung der gesetzlichen Form als auch zu einer Erschwerung der Textform führen.<sup>647</sup> Sogar die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der formfreien Bevollmächtigung ist zulässig.<sup>648</sup> Eine formfreie Bevollmächtigung ist aus Dokumentations- und Nachweisgründen jedoch nicht sinnvoll.

Möglicherweise reicht die in Textform erteilte Vollmacht für satzungsändernde Beschlüsse nicht aus. Ein satzungsändernder Beschluss bedarf der notariellen Beurkundung (§ 53 Abs. 2 GmbHG).<sup>649</sup> Das Erfordernis der notariellen Beurkundung kann auch für die Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters für die Abstimmung über eine Satzungsänderung gelten. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG fordert für satzungsändernde Beschlüsse die notarielle Beurkundung. Dem Wortlaut nach gilt das jedoch lediglich für den Beschluss, nicht hingegen für die Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters, der in die Beschlussfassung involviert ist. § 167 Abs. 2 BGB bestätigt dieses Ergebnis. Gem. § 167 Abs. 2 BGB bedarf eine Vollmacht ausdrücklich nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf welches die Vollmacht sich bezieht.

---

<sup>646</sup> E/F/S/B. *Schmidt*, § 47 Rn. 18, Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner*, § 47 Rn. 49; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 139; *Ludwig*, AG 2002, 433, 440.

<sup>647</sup> *Scholz/K. Schmidt*, § 47 Rn. 97; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 139.

<sup>648</sup> *Michalski/Römermann*, § 47 Rn. 445; *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 38 Rn. 19; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 139; *Begr. RegE. BT-Drucks. 14/4987*, S. 30.

<sup>649</sup> § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG ist nachgiebiges Recht, d. h. die Anforderungen dürfen verschärft, nicht aber erleichtert werden, siehe *Roth/Altmeyden/Roth*, § 53 Rn. 22; *Raiser/Veil*, § 33 Rn. 48.

Das Erfordernis der notariellen Beurkundung einer Vollmacht für satzungsändernde Beschlüsse kann sich jedoch aus § 2 Abs. 2 GmbHG analog ergeben. Das ist der Fall, wenn § 2 Abs. 2 GmbHG nicht nur für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags gilt, sondern auch auf die Änderung desselben anwendbar ist. § 2 Abs. 2 GmbHG regelt die notariell errichtete oder beglaubigte Bevollmächtigung für einen Stimmrechtsvertreter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung.<sup>650</sup> § 2 Abs. 2 GmbHG ist *lex specialis* gegenüber § 167 Abs. 2 BGB und somit vorrangig anzuwenden.<sup>651</sup> Dies gilt jedoch lediglich für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags, nicht hingegen für Satzungsänderungen.<sup>652</sup> Die für Satzungsänderungen zu berücksichtigenden Besonderheiten sind speziell in §§ 53 f. GmbHG geregelt. Diese Vorschriften weichen insgesamt von den Anforderungen an den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags ab. Die für eine analoge Anwendung erforderliche Gesetzeslücke besteht daher nach systematischer Auslegung nicht. Folglich kommt eine analoge Anwendung des § 2 Abs. 2 GmbHG auf Vollmachten für satzungsändernde Beschlüsse nicht in Betracht. Das Textformerfordernis des § 47 Abs. 3 GmbHG reicht folglich auch für die Stimmrechtsvollmacht im Rahmen des § 53 GmbHG aus.<sup>653</sup>

Bevollmächtigt ein Gesellschafter einen Dritten mit der Stimmrechtsausübung für einen satzungsändernden Beschluss, muss die Vollmacht somit

---

<sup>650</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 22; Michalski/Michalski, § 2 Rn. 28; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 54; Scholz/Emmerich, § 2 Rn. 23; MünchHdb.GmbH/Freitag/Riemenschneider, § 12 Rn. 30; Hamann/Sigle/Natterer, § 5 Rn. 91; Heckschen/Heidinger, § 2 Rn. 46.

<sup>651</sup> So auch E/F/S/Füller, § 2 Rn. 20; Michalski/Michalski, § 2 Rn. 28; MK-GmbHG/J. Mayer, § 2 Rn. 65; Scholz/Emmerich, § 2 Rn. 23; BeckHdb. GmbH/Schwaiger, § 2 Rn. 74; MünchHdb.GmbH/Riemenschneider/Freitag, § 2 Rn. 47.

<sup>652</sup> OLG Neustadt GmbHR 1952, 59, 59 f.; ebenso Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 8; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Zimmermann, § 53 Rn. 42; MünchHdb.GmbH/Marquardt, § 22 Rn. 20; Bärwaldt/Günzel, GmbHR 2002, 1112, 1112.

<sup>653</sup> So auch OLG Neustadt GmbHR 1952, 58, 59; E/F/S/Füller, § 53 Rn. 19; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 8; Roth/Altmeppen/Roth, § 53 Rn. 21a; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 77.

dem Textformerfordernis (§ 47 Abs. 3 GmbHG) oder einem im Gesellschaftsvertrag abweichend geregelten Formerfordernis genügen.

## **(2) Folgen bei Nichteinhaltung des Formerfordernisses**

Die Nichteinhaltung der gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Form kann gem. § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit der Vollmacht führen.<sup>654</sup> Das ist der Fall, wenn das Formerfordernis in § 47 Abs. 3 GmbHG eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vollmacht ist und nicht lediglich als Mittel für den Nachweis der Bevollmächtigung angesehen wird.<sup>655</sup> Für die erste Ansicht spricht der Wortlaut der Vorschrift. § 47 Abs. 3 GmbHG fordert für die Gültigkeit der Vollmacht die Vollmachtserteilung in Textform. Der Begriff der Gültigkeit ist ein Synonym für den Begriff der Wirksamkeit.

Auch nach systematischer Auslegung ist das Formerfordernis eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vollmacht. Das Fehlen sonstiger gesetzlicher Formerfordernisse hat die Unwirksamkeit der Vollmacht zur Folge (§ 125 S. 1 BGB). Nichts anderes kann für § 47 Abs. 3 GmbHG gelten. Die systematische Auslegung bestätigt somit das Ergebnis der Wortlautauslegung.

Dem Ergebnis der Wortlautauslegung und der systematischen Auslegung steht auch die historische Auslegung nicht entgegen. Der Begriff der Gültigkeit in § 47 Abs. 3 GmbHG ist seit über 100 Jahren unverändert. Es gab genügend Anlässe für den Gesetzgeber, eine Unklarheit oder ein Missverständnis in der Zwischenzeit zu beseitigen. Dies ist nie gesche-

---

<sup>654</sup> Wird die Stimme dennoch mitgezählt, so ist der Beschluss anfechtbar, siehe Roth/Altmeyen/Roth, § 47 Rn. 34; Ludwig, AG 2002, 433, 441 f.; a. A. Bärwaldt/Günzel, GmbHR 2002, 1112, 1112.

<sup>655</sup> Für Wirksamkeitsvoraussetzung die h. M., siehe BGHZ 49, 184, 194; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 51; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 99; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 25; so wohl auch Roth/Altmeyen/Roth, § 47 Rn. 32; BeckHdb.GmbH/Fischer/Gerber, § 4 Rn. 87; a. A. LG Berlin GmbHR 1996, 50, 51; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 29; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 413; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 47 Rn. 46; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 85; Eickhoff, Rn. 168; Bärwaldt/Günzel, GmbHR 2002, 1112, 1114 f.

hen. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber den Begriff der Gültigkeit in § 47 Abs. 3 GmbHG als korrekt ansieht.

Einzig der Normzweck des § 47 Abs. 3 GmbHG führt nicht zwingend zu dem Ergebnis, das Textformerfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Bevollmächtigung des Stimmrechtsvertreters anzusehen.<sup>656</sup> Die automatische Nichtigkeit der Vollmacht bei fehlender Einhaltung des Formerfordernisses ist nicht zwingend eine angemessene Konsequenz. So kann es im Ergebnis nicht gewollt sein, dass die Stimmabgabe eines Stellvertreters aufgrund unzureichender Form der Bevollmächtigung unwirksam ist, obwohl alle übrigen Gesellschafter von dem Bestehen der Vollmacht Kenntnis haben.<sup>657</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Formerfordernis keine Wirksamkeitsvoraussetzung sein kann. Vielmehr ist die Vollmacht in diesem Fall zwar formunwirksam und somit nichtig. Die übrigen Gesellschafter können sich aber aufgrund ihrer Kenntnis von der Bevollmächtigung nicht auf die Unwirksamkeit der Vollmacht berufen.<sup>658</sup> Die Kenntnis von der Vollmacht einerseits und die Rüge der fehlenden Form andererseits sind als widersprüchliches Verhalten anzusehen und verstoßen somit gegen § 242 BGB.<sup>659</sup> Ein Bedürfnis, den Wortlaut des § 47 Abs. 3 GmbHG einschränkend auszulegen, besteht somit nicht. Das Formerfordernis gem. § 47 Abs. 3 GmbHG ist somit eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vollmachtserteilung.

Um Missverständnisse über den Wortlaut des § 47 Abs. 3 GmbHG zu vermeiden, sollten die Gesellschafter in ihrer Satzung eine eindeutige Regelung für die Form der Vollmachtserteilung und für den Fall der Nichtbeachtung dieses Formerfordernisses aufnehmen. So können die Gesellschafter klarstellen, dass das gesetzliche oder ein abweichend ge-

---

<sup>656</sup> So auch Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 99.

<sup>657</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 99; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 89; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 17; GmbH-GF/Jaeger, § 19 Rn. 55.

<sup>658</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 99; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 89; Heckschen/Heidinger, § 8 Rn. 34.

<sup>659</sup> BGHZ 49, 183, 194; LG Berlin GmbHR 1996, 50, 51; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 52; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 25; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 32; a. A. Michalski/Römermann, § 47 Rn. 411.

regelte Formerfordernis eine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt. Die Satzungsklausel würde somit nicht nur den Gesetzestext wiederholen. Vielmehr käme ihr eine klarstellende Funktion zu.<sup>660</sup> Aus Praktikabilitätsgründen sollten die Gesellschafter in ihrer Satzung vereinbaren, dass die Erteilung einer Vollmacht in der Gesellschafterversammlung auch mündlich erteilt werden kann. Zum einen sind die in der Gesellschafterversammlung anwesenden Gesellschafter in Kenntnis von der Vollmacht. Zum anderen dokumentiert das Protokoll die Bevollmächtigung.

### **bb) Zeitpunkt der Vollmachtserteilung**

Der Zeitpunkt für die Vollmachtserteilung ist weder im GmbHG noch im BGB geregelt. Ein Gesellschafter kann einen Dritten somit grundsätzlich sowohl vor als auch während der Gesellschafterversammlung bevollmächtigen. Bei der Bevollmächtigung eines Stimmrechtsvertreters während der Gesellschafterversammlung ist die Auswahl der zu bevollmächtigenden Personen faktisch auf den bereits anwesenden und somit teilnehmenden Personenkreis begrenzt.

Die Satzung kann den Zeitpunkt der Bevollmächtigung grundsätzlich näher bestimmen (§ 45 Abs. 1 GmbHG). Die Gesellschafter können vereinbaren, dass die Vollmachtserteilung bis zum Beginn der Gesellschafterversammlung erfolgen muss. Durch eine solche Regelung engen die Gesellschafter sich jedoch unnötig in ihrer Entscheidungsfreiheit ein. Die Möglichkeit der Bevollmächtigung eines Dritten auch während der Gesellschafterversammlung führt zu einer größeren Flexibilität der Gesellschafter.

Der spätmöglichste Zeitpunkt für die Vollmachtserteilung ist der Moment, bevor die Abstimmung erfolgt.<sup>661</sup> Dies ergibt sich aus den tatsächlichen Umständen und bedarf keiner ausdrücklichen Regelung in der Satzung.

---

<sup>660</sup> So auch Michalski/Römermann, § 47 Rn. 445.

<sup>661</sup> A. A. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 26; Hartmann, DNotZ 2002, 253, 255 ff.

**c) Nachweis der Vollmacht**

Die Pflicht zum Nachweis der Bevollmächtigung kann sich aus dem Gesetz oder aus der Satzung der GmbH ergeben.<sup>662</sup>

**aa) Gesetzliche Regelungen**

Für die Pflicht zum Nachweis der Vollmacht kann § 47 Abs. 3 GmbHG als spezialgesetzliche Regelung in Betracht kommen. Gem. § 47 Abs. 3 GmbHG bedarf die Vollmacht zu ihrer Gültigkeit der Textform. Nach der Auslegung des § 47 Abs. 3 GmbHG ergibt sich aus § 47 Abs. 3 GmbHG jedoch lediglich die Pflicht zur Einhaltung der Formvorgaben für die Vollmacht und gerade nicht die Pflicht zum Nachweis der Vollmacht. Anderweitige Vorschriften, aus denen sich die Nachweispflicht der Vollmacht ergibt, finden sich im GmbHG nicht.

Rechtsgrundlage für die Nachweispflicht können jedoch die allgemein zivilrechtlichen Vorschriften sein. In Betracht kommt § 174 S. 1 BGB, wonach der Geschäftsgegner den Nachweis der Bevollmächtigung verlangen kann. Wird der Nachweis nicht erbracht, kann der vermeintliche Vertreter zurückgewiesen werden.<sup>663</sup> Dies gilt nur dann, wenn der Gesellschafter eine Innenvollmacht erteilt hat (vgl. § 174 S. 2 BGB).<sup>664</sup>

**bb) Satzungsgestaltung**

Um Unstimmigkeiten zu vermeiden, sollten die Gesellschafter in ihrer Satzung ausdrücklich regeln, dass der Stimmrechtsvertreter seine Bevollmächtigung nachweisen muss.<sup>665</sup> Die Satzungsklausel sollte ebenfalls ausdrücklich regeln, wem gegenüber der Nachweis zu erbringen ist. Da der Versammlungsleiter über die Zulassung von Gesellschaftern und

---

<sup>662</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 54; vgl. auch Michalski/Römermann, § 47 Rn. 426; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 97.

<sup>663</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 100; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 423 ff.; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 89 ff.; Eickhoff, Rn. 168; Heckschen/Heidinger, § 8 Rn. 34; vgl. zur Grenze des Zurückweisungsrecht OLG Brandenburg GmbHR 1998, 1037, 1038.

<sup>664</sup> Vgl. MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 18; siehe ausführlicher § 1 B. I. 2. b) bb) (3) (a).

<sup>665</sup> Siehe hierzu Ludwig, AG 2002, 433, 441.

Stellvertretern zur Gesellschafterversammlung entscheidet,<sup>666</sup> erfolgt der Nachweis der Vollmacht sinnvollerweise auch gegenüber dem Versammlungsleiter. Eine entsprechende Satzungsklausel kann wie folgt formuliert werden:

*„Erteilt ein Gesellschafter einem Stellvertreter für die Stimmrechtsausübung eine Vollmacht, so ist der Stellvertreter verpflichtet, seine Bevollmächtigung gegenüber dem Versammlungsleiter nachzuweisen.“*

#### **d) Pflicht der GmbH zur Aufbewahrung der Vollmacht**

Mangels gesetzlicher Regelung im GmbHG über eine Aufbewahrungspflicht der GmbH für die Vollmacht kann sich eine solche Pflicht nur aus der Satzung der Gesellschaft ergeben.<sup>667</sup> Schließlich führt § 175 BGB lediglich zu einer Aufbewahrungspflicht beim Bevollmächtigten und nicht zu einer Aufbewahrungspflicht der GmbH. Darüber hinaus gilt die Aufbewahrungspflicht des § 175 BGB nur für den Zeitraum der bestehenden Vollmacht.<sup>668</sup> Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 175 BGB ist eine Ausweitung des Wortlauts auf den Zeitraum nach Beendigung des Vollmachtsverhältnisses nicht möglich.<sup>669</sup>

Eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung der Gesellschaft zur Aufbewahrung der Vollmacht erscheint jedoch sinnvoll.<sup>670</sup> So kann in Streitfällen zwischen der GmbH und dem vertretenen Gesellschafter über die Wirksamkeit des Zustandekommens des Beschlusses oder die Wirksamkeit der Vertretungsmacht auch nachträglich noch die Wirksamkeit der Vollmacht überprüft werden.

Neben der Pflicht zur Aufbewahrung sollten die Gesellschafter ebenfalls die Art der Aufbewahrung in ihrer Satzung vorschreiben. Die Art der

---

<sup>666</sup> Michalski/Römermann, § 47 Rn. 423 ff.; Roth/Altmeppen/Roth, § 48 Rn. 9; Eickhoff, Rn. 247; Ludwig, AG 2002, 433, 441.

<sup>667</sup> So Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 54; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 90.

<sup>668</sup> So auch Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 90.

<sup>669</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 54.

<sup>670</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 54.

Aufbewahrung geht vernünftigerweise mit dem gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglich vereinbarten Formerfordernis einher.<sup>671</sup> Die Aufbewahrungspflicht der Vollmacht auf elektronischem Weg erscheint hierfür ausreichend und geeignet.<sup>672</sup>

Die gesellschaftsvertragliche Regelung einer Aufbewahrungsdauer ist darüber hinaus ebenfalls ratsam.<sup>673</sup> Die Vollmacht sollte auf jeden Fall solange aufbewahrt werden müssen, bis die Gesellschafter keine Beschlussmängel mehr geltend machen können. Ein Beschluss wird mit dem Ablauf der Anfechtungsfrist bestandskräftig.<sup>674</sup> Das GmbHG enthält keine Regelungen für die Behandlung fehlerhafter Gesellschafterbeschlüsse. Vielmehr gelten die Vorschriften des Aktiengesetzes (vgl. §§ 241 ff. AktG) analog, soweit dies mit den Besonderheiten des GmbH-Rechts vereinbar ist.<sup>675</sup> Die einmonatige Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG findet auf die Anfechtungsklage in der GmbH keine analoge Anwendung. Vielmehr kommt der Monatsfrist lediglich eine Leitbildfunktion zu.<sup>676</sup> Die Dauer von einem Monat erscheint für die Aufbewahrung der Vollmacht jedoch zu kurz, da gegen den Gesellschafterbeschluss neben der Erhebung einer Anfechtungsklage auch mit einer Nichtigkeitsklage vorgegangen werden kann. Die Erhebung einer Nichtigkeitsklage (§ 249 Abs. 1 AktG analog) ist an keine bestimmte Frist gebunden. Der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen kann im Einzel-

---

<sup>671</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Aktiengesellschaft, § 1 B. I. 2. b) bb) (4).

<sup>672</sup> *Eickhoff*, Rn. 147.

<sup>673</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 47 Rn. 54.

<sup>674</sup> *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 40 Rn. 71.

<sup>675</sup> BGHZ 101, 113, 117 f.; BGHZ 111, 224, 224 f.; siehe zur Dogmatik BGHZ 51, 209, 210 f.; *E/F/S/B. Schmidt*, § 47 Rn. 47; *HK-GmbH-Recht/Fichtelmann*, § 47 Rn. 98; *MK-GmbHG/Fleischer*, Einl. Rn. 158; *Fleischer*, *GmbHR* 2008, 673, 676 ff.

<sup>676</sup> BGHZ 137, 378, 386; *Bürgers/Körper/Göz*, § 246 Rn. 5; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, Anh § 47 Rn. 62 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, § 45 Rn. 142 ff.; *MünchHdb.GmbH/Wolff*, § 40 Rn. 72; *K. Schmidt*, *GesR*, § 36 III. 4. b) (S. 1102); zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung einer Anfechtungsfrist siehe BGHZ 101, 113, 117 f.; BGHZ 104, 66, 70 ff.; BGHZ 111, 224, 225 ff.; *BGH GmbHR* 2009, 1101, 1102; *OLG Düsseldorf NZG* 2005, 980, 981; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh § 47 Rn. 152; *GmbH-GF/Jaeger*, § 19 Rn. 133; *Fleischer*, *GmbHR* 2008, 673, 676; *Zöllner/Noack*, *ZGR* 1989, 525, 529.

fall jedoch die Verwirkung entgegen gehalten werden.<sup>677</sup> Die Verwirkung knüpft jedoch nicht lediglich an einen speziellen Zeitablauf. Vielmehr ist das Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen erforderlich.<sup>678</sup>

Für die Aufbewahrung der Vollmacht eines Stimmrechtsvertreters kann eine Aufbewahrungsdauer von drei Jahren sinnvoll sein. Dies kann sich aus dem Gedanken des § 242 Abs. 2 S. 1 AktG ergeben. Gem. § 242 Abs. 2 S. 1 AktG kann die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses zumindest bei bestimmten Nichtigkeitsgründen nur innerhalb von drei Jahren ab Eintragung des Hauptversammlungsbeschlusses ins Handelsregister geltend gemacht werden. Die Dreijahresfrist des § 242 Abs. 2 S. 1 AktG beginnt mit der Eintragung des Beschlusses ins Handelsregister. Aufgrund der fehlenden Eintragungspflicht der Beschlüsse in der GmbH sollte als Bezugszeitpunkt die Beschlussfassung selbst gelten. Diese Mindestdauer sollten die Gesellschafter in der Satzung der GmbH vereinbaren. Eine Satzungsklausel kann wie folgt lauten:

*„Die Gesellschaft hat die Vollmacht im Original oder auf andere Art nachweisbar für einen Zeitraum von drei Jahren ab dem Tag der Beschlussfassung festzuhalten.“*

#### **4. Zwischenergebnis**

Die Rechtsbeziehung zwischen Gesellschafter und Stimmrechtsvertreter besteht im Innenverhältnis in einem Schuldverhältnis und im Außenverhältnis in der Bevollmächtigung. Besonderheiten ergeben sich im Wesentlichen für individuelle Satzungen. So können die Gesellschafter ihren Bedürfnissen gerecht werden.

---

<sup>677</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, Anh § 47 Rn. 69; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Anh zu § 47 Rn. 29; Scholz/K. Schmidt, § 45 Rn. 146.

<sup>678</sup> Siehe hierzu allgemein Staudinger/Schmidt, § 242 Rn. 534; speziell siehe Baumbach/Hueck/Zöllner, Anh § 47 Rn. 69.

## § 2 Vertretungszwang

Die Verpflichtung einer Gruppe von Gesellschaftern zur einheitlichen Stimmrechtsausübung durch einen gemeinsamen Vertreter in der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann weitreichende Folgen für das Beschlussergebnis in der GmbH haben.<sup>679</sup> Wie die einheitliche Stimmabgabe des gemeinsamen Vertreters sich in der GmbH auf das Beschlussergebnis in der GmbH auswirken kann, soll an einem Beispiel aufgezeigt werden.

An einer GmbH sind unter anderem fünf Gesellschafter mit je 8 % beteiligt. Diese Gesellschafter sind im Wege einer Vertreterklausel zur gemeinsamen und einheitlichen Stimmrechtsausübung verpflichtet. Die fünf Gesellschafter haben daher einen GbR-Gesellschaftsvertrag geschlossen, nachdem es für die Beschlussfassung in der GbR der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf. Die übrigen 60 % an der GmbH gehören mehreren einzelnen Gesellschaftern. In der GmbH soll ein Beschluss über die Bestellung eines neuen Geschäftsführers gefasst werden. Hierfür bedarf es der einfachen Mehrheit (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Zwei der zur GbR zusammengeschlossenen Gesellschafter befürworten den Beschluss, drei lehnen ihn ab. Die Vereinbarung einer Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH für die fünf Gesellschafter mit jeweils 8 % der Anteile an der GmbH führt dazu, dass die zur GbR zusammengeschlossenen Gesellschafter sich zunächst in der GbR einigen müssen, wie ihr gemeinsamer Vertreter abstimmen soll. Zwei Gesellschafter stimmen für und drei Gesellschafter stimmen gegen den Beschluss in der GbR. Aufgrund der internen Einigung erteilen die Gesellschafter ihrem gemeinsamen Vertreter die Weisung, in der Gesellschafterversammlung der GmbH gegen den Beschluss zu stimmen. Der gemeinsame Vertreter ist verpflichtet, mit allen von ihm vertretenen Stimmen (40 %) gegen den Beschluss zu stimmen. Von den übrigen Gesellschaftern stimmen 35 % der gesamten Stimmen für und 25 % der ge-

---

<sup>679</sup> *Park*, S. 10; vgl. hierzu auch *König*, ZGR 2005, 417, 421 zur Wirkung von Vorabstimmungen im Stimmenpool.

samen Stimmen gegen den Beschluss. Insgesamt wird die Bestellung zum Geschäftsführer mit 65 % abgelehnt.

Hätten die Gesellschafter der GmbH keine Vertreterklausel vereinbart, könnte jeder Gesellschafter selbst entscheiden, ob er mit „ja“ oder mit „nein“ stimmt. Wird die Abstimmung in der GbR für den Beschluss in der GmbH nicht zugrundegelegt, hätten 51 % der Stimmen für den Beschluss gestimmt. Die Bestellung des Geschäftsführers wäre dann beschlossen.

### A. Gesetzlicher Vertretungszwang

§ 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG regeln einen gesetzlichen Vertretungszwang.<sup>680</sup> Steht ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zu, so können sie die Rechte aus demselben nur gemeinschaftlich ausüben (§ 18 Abs. 1 GmbHG). Ähnlich ist der Wortlaut des § 69 Abs. 1 AktG, der besagt, dass wenn eine Aktie mehreren Berechtigten zusteht, diese die Rechte aus der Aktie nur durch einen gemeinschaftlichen Vertreter ausüben können. Beide Vorschriften finden typischerweise auf den Fall der Erbengemeinschaft Anwendung.<sup>681</sup>

### I. Erbengemeinschaft

Scheidet ein Gesellschafter von Todes wegen aus der Gesellschaft aus, rücken seine Erben in die Rechtsstellung des Erblassers ein.<sup>682</sup> Die Betei-

---

<sup>680</sup> Die aktienrechtliche Vorschrift hat zwingenden Charakter, siehe KK-AktG/*Lutter/Drygala*, § 69 Rn. 14; MK-AktG/*Bayer*, § 69 Rn. 3; die Vorschrift für die GmbH ist satzungsdispositiv, siehe Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 18 Rn. 18; Michalski/*Ebbing*, § 18 Rn. 59; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 18 Rn. 52.

<sup>681</sup> MK-AktG/*Bayer*, § 69 Rn. 5; E/F/S/*Ensthaler*, § 18 Rn. 6; Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 18 Rn. 7; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 18 Rn. 2; Michalski/*Ebbing*, § 18 Rn. 24; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 18 Rn. 31; Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, § 15 Rn. 31; Scholz/*H. Winter/Seibt*, § 18 Rn. 6; BeckHdb.AG/*Reichert*, § 5 Rn. 147; *Goette*, § 5 IV. Rn. 61 (S. 165).

<sup>682</sup> *Park*, S. 7; E/F/S/*Ensthaler*, § 15 Rn. 8; Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 6; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 15 Rn. 11; Michalski/*Ebbing*, § 18 Rn. 24; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15 Rn. 442; Roth/*Altmeppen/Altmeppen*, § 15 Rn. 28; BeckHdb.AG/*Maul*, § 3 Rn. 19; BeckHdb.GmbH/*Schacht*, § 12 Rn. 211; MünchHdb.GmbH/*D. Jasper/Wollbrink*, § 25 Rn. 1; *Birle/Diehl*, Rn. 2717; *Heckschen/Heidinger*, § 4

ligungen an einer GmbH und einer Aktiengesellschaft gehören zum Nachlass des Erblassers.<sup>683</sup> Die Vererblichkeit der GmbH-Geschäftsanteile ist ausdrücklich in § 15 Abs. 1 GmbHG geregelt. Die Vererblichkeit eines Geschäftsanteils kann auch nicht gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden.<sup>684</sup> Für die Vererbung von Aktien gibt es keine vergleichbare gesetzliche Vorschrift. Dennoch gilt auch hier, dass die Vererblichkeit von Aktien in der Satzung nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>685</sup> Die Geschäftsanteile bzw. Aktien gehen im Wege der Universal-sukzession (§ 1922 Abs. 1 BGB) als Ganzes auf den Erben bzw. die Erbengemeinschaft über (§ 2032 BGB).

Die Erbengemeinschaft entsteht durch den Erbfall automatisch und zwangsweise. Sie ist somit zunächst kein freiwilliger Zusammenschluss.<sup>686</sup> Auch wenn die Erbengemeinschaft grundsätzlich auf die Aus-

---

Rn. 263; Rißmann/*Unger*, § 16 Rn. 159; Sudhoff/*Stracke*, Familienunternehmen, § 33 Rn. 37.

<sup>683</sup> *Ann*, S. 361; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15 Rn. 437; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 121; FA-ErbR/*Sarres*, S. 997; *Goette*, § 5 I. Rn. 6 (S. 145); Hamann/*Sigle/Demuth*, § 17 Rn. 129; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 259; Rißmann/*Kurze*, § 9 Rn. 125; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 344; anders bei lebzeitiger Übertragung aufschiebend bedingt auf den Tod, siehe hierzu *Langner/Heydel*, GmbHR 2005, 377, 378; *dies.*, GmbHR 2006, 291, 292.

<sup>684</sup> *Reuter*, S. 409; Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 9 und Rn. 12; E/F/S/*Ensthaler*, § 15 Rn. 9; Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbke*, § 15 Rn. 9; HK-GmbH-Recht/*H. Bartl*, § 15 Rn. 3; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 15 Rn. 11; Michalski/*Ebbing*, § 15 Rn. 6; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15 Rn. 437; Roth/*Altmeyden/Altmeyden*, § 15 Rn. 28; Scholz/*H. Winter/Seibt*, § 15 Rn. 27; BeckHdb.GmbH/*Schacht*, § 12 Rn. 210; MünchHdb. GmbH/*D. Jasper/Wollbrink*, § 25 Rn. 1; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 259; *Esch/Schulze zur Wiesche/Baumann*, S. 402; *Goette*, § 5 I. Rn. 6 (S. 145); *Kerscher/Krug/Spanke*, § 8 Rn. 370; *Lange/Kuchinke*, ErbR, § 5 V. 3. b) (S. 124 f.); *Raiser/Veil*, § 30 Rn. 40; *Langner/Heydel*, GmbHR 2006, 291, 291.

<sup>685</sup> *Ann*, S. 372; BeckHdb.AG/*Maul*, § 3 Rn. 119; *Kerscher/Krug/Spanke*, § 8 Rn. 373; *Lange/Kuchinke*, ErbR, § 5 V. 3. a) (S. 122).

<sup>686</sup> Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbke*, § 18 Rn. 7; MK-BGB/*Gergen*, § 2032 Rn. 4; *Werber*, S. 67; MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 18 Rn. 32; FA-ErbR/*Sarres*, S. 925; *Esch/Schulze zur Wiesche/Baumann*, S. 80; *Lange/Kuchinke*, ErbR, § 5 V. 3. b) (S. 123); Rißmann/*Rißmann*, § 4 Rn. 2 und Rn. 11; Sudhoff/*Stracke*, Familienunternehmen, § 33 Rn. 100; *Langner/Heydel*, GmbHR 2006, 291, 295.

einandersetzung ausgerichtet ist,<sup>687</sup> sind die Erben nicht zur Abwicklung verpflichtet. Sie können sich auch dazu entscheiden, den Geschäftsanteil oder die Aktie vorübergehend oder dauerhaft in der Erbengemeinschaft zu belassen und gemeinschaftlich zu verwalten.<sup>688</sup>

## II. Die Willensbildung in der Erbengemeinschaft

Für die Rechtsverhältnisse der Erben untereinander gelten in der Erbengemeinschaft die §§ 2032 ff. BGB sowie spezialgesetzliche Vorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts.

Der vererbte Geschäftsanteil bzw. die vererbte Aktie wird gemeinschaftliches Vermögen der Erbengemeinschaft (§ 2032 Abs. 1 BGB). Jeder Miterbe der Erbengemeinschaft wird Mitberechtigter an dem Geschäftsanteil bzw. der Aktie.<sup>689</sup> Die Erben können ihre Rechte und somit auch das Stimmrecht nur gemeinschaftlich ausüben (§ 69 AktG, § 18 GmbHG). Wie die Erben eines GmbH-Geschäftsanteils ihr Stimmrecht gemeinschaftlich ausüben, bleibt ihnen selbst überlassen. Denkbar ist zum einen eine vorherige Absprache der Erben, um in der Gesellschafterversammlung der GmbH übereinstimmend abzustimmen.<sup>690</sup> Zum anderen können die Erben einen gemeinsamen Vertreter bestellen, der für sie die Stimmrechte einheitlich ausübt.<sup>691</sup> § 69 Abs. 1 AktG hingegen schreibt die Ausübung der Rechte durch einen gemeinsamen Vertreter ausdrücklich

---

<sup>687</sup> MK-BGB/Ann, § 2042 Rn. 1; Staudinger/Werner, § 2042 Rn. 1; E/F/S/Ensthaler, § 15 Rn. 8; Brox/Walker, ErbR, Rn. 513; Esch/Schulze zur Wiese/Baumann, S. 80; Lange/Kuchinke, ErbR, § 43 I. 1. (S. 1107); Sudhoff/Stracke, Familienunternehmen, § 33 Rn. 97; Werber, S. 25.

<sup>688</sup> Erman/W. Schlüter, § 2042 Rn. 1; MK-BGB/Ann, § 2042 Rn. 1; ebenso Lange/Kuchinke, ErbR, § 43 I. 1. (S. 1107); Werber, S. 25.

<sup>689</sup> Seit dem MoMiG ist das Halten mehrerer Geschäftsanteile zulässig, vgl. § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Werden mehrere Geschäftsanteile an eine Erbengemeinschaft vererbt, so erhält jeder Miterbe eine Mitberechtigung an jedem Geschäftsanteil.

<sup>690</sup> Wenn sich einer der Mitberechtigten bei der Abstimmung in der GmbHG nicht an die Absprache hält, sind die abgegebenen Stimmen dennoch wirksam. Die Stimmabgabe entgegen der Absprache führt lediglich zu einer Pflichtverletzung im Innenverhältnis.

<sup>691</sup> Ann, S. 369; E/F/S/Ensthaler, § 18 Rn. 7; Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbke, § 18 Rn. 16 und Rn. 23; Michalski/Ebbing, § 18 Rn. 49 ff.; Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 18 Rn. 14; BeckHdb.GmbH/Schacht, § 12 Rn. 211; Reichert/Harbarth, S. 175.

vor.<sup>692</sup> Für eine einheitliche Darstellung wird daher im Folgenden angenommen, dass die Erben des GmbH-Geschäftsanteils ebenfalls einen gemeinsamen Vertreter für die Ausübung ihrer Stimmrechte bevollmächtigen.<sup>693</sup>

Die Gesellschafter müssen sich vor der Abstimmung in der GmbH bzw. der Aktiengesellschaft einigen, wie der gemeinsame Vertreter ihre Stimmrechte ausüben soll.<sup>694</sup> Andernfalls unterbleibt eine Stimmrechtsausübung.<sup>695</sup> Die Willensbildung der Miterben bemisst sich nach dem Recht, welches für das Innenverhältnis der Erbengemeinschaft gilt. § 18 GmbHG sowie § 69 AktG regeln lediglich das Verhältnis der Mitberechtigten zur GmbH bzw. zur Aktiengesellschaft. Den Vorschriften ist hingegen keine Aussage über die Beziehungen der Mitberechtigten untereinander zu entnehmen.<sup>696</sup> Hier gelten die allgemeinen Vorschriften für die Erbengemeinschaft.

Gem. § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB steht die Verwaltung des Nachlasses den Erben gemeinschaftlich zu. § 2038 Abs. 1 BGB spricht von der gemeinschaftlichen Verwaltung des Vermögens. Grundsätzlich ist somit Ein-

---

<sup>692</sup> Zur Abgrenzung von § 69 AktG zu § 18 GmbHG vgl. MK-AktG/Bayer, § 69 Rn. 24 f.

<sup>693</sup> Zur Frage, ob der GmbH-Gesellschaftsvertrag die Rechtsausübung durch einen gemeinsamen Vertreter vorsehen sollte siehe *Ann*, S. 369; Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe, § 18 Rn. 18; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 106; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 48 Rn. 4; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 18 Rn. 3; Michalski/Ebbing, § 18 Rn. 58; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 18 Rn. 53; Scholz/H. Winter/Seibt, § 18 Rn. 19; Heckschen/Heidinger, § 4 Rn. 263; Langner/Heydel, GmbHR 2005, 377, 380; dies., GmbHR 2006, 291, 295.

<sup>694</sup> *Ann*, S. 367 ff.; Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe, § 18 Rn. 21; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 47 Rn. 13; MK-GmbHG/Reichert/Weller, § 18 Rn. 55.

<sup>695</sup> E/F/S/Ensthaler, § 18 Rn. 7; Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe, § 18 Rn. 21; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 18 Rn. 4; MK-AktG/Bayer, § 69 Rn. 19; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 18 Rn. 2; BeckHdb.AG/Maul, § 3 Rn. 119; Langner/Heydel, GmbHR 2005, 377, 380; zum starken faktischen Zwang zu einer Einigung vgl. KK-AktG/Lutter/Drygala, § 69 Rn. 29.

<sup>696</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, § 18 Rn. 3; E/F/S/Ensthaler, § 18 Rn. 9; Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe, § 18 Rn. 17; HK-GmbH-Recht/Fichtelmann, § 48 Rn. 1; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 18 Rn. 4 und Rn. 7 f.; Michalski/Ebbing, § 18 Rn. 42; Roth/Altmeyden/Altmeyden, § 18 Rn. 14; *Ann*, S. 369.

stimmigkeit innerhalb der Erbengemeinschaft gefordert.<sup>697</sup> § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB durchbricht jedoch das Einstimmigkeitsprinzip, indem ausdrücklich auf die Anwendung des § 745 BGB verwiesen wird. Der Begriff der Verwaltung wird in § 2038 BGB und § 745 BGB einheitlich verwendet. Er umfasst alle Handlungen, die zur Erhaltung, Nutzung oder Mehrung des Nachlasses vorgenommen werden.<sup>698</sup> Die Wahrnehmung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der GmbH oder der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft fällt folglich unter den Begriff der Verwaltung i. S. v. §§ 2038 Abs. 2 S. 1, 745 BGB.<sup>699</sup> Gem. § 745 Abs. 1 S. 1 BGB bedarf es eines Beschlusses der Erbengemeinschaft. Für den Beschluss gilt das Mehrheitsprinzip. Jeder Mitberechtigte ist stimmberechtigt. Die Stimmkraft jedes einzelnen Mitberechtigten richtet sich nach der Größe der Erbanteile.<sup>700</sup>

### III. Zwischenergebnis

Ein gesetzlicher Vertretungszwang ergibt sich aus § 18 Abs. 1 GmbHG sowie § 69 Abs. 1 AktG. § 18 Abs. 1 GmbHG und § 69 Abs. 1 AktG ordnen von Gesetzes wegen eine zwangsweise Stimmrechtsbündelung an. Die gemeinschaftliche Ausübung des Stimmrechts tritt beispielsweise bei einer Erbengemeinschaft auf, wenn sich im Nachlass GmbH-Geschäftsanteile oder Aktien befinden. Solange die Erben die Erbengemeinschaft nicht auseinandersetzen, wird das Ziel der Bündelung des Stimmrechts des vererbten Geschäftsanteils oder der vererbten Aktie von Gesetzes wegen erreicht.

---

<sup>697</sup> Erman/*W. Schlüter*, § 2038 Rn. 4; MK-BGB/*Gergen*, § 2038 Rn. 24; Staudinger/*Werner*, § 2038 Rn. 9; RiBmann/*Unger*, § 16 Rn. 169; *Werber*, S. 27 ff.; *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 488; *Lange/Kuchinke*, ErbR, § 43 I. 2. (S. 1110).

<sup>698</sup> MK-BGB/*Gergen*, § 2038 Rn. 14 ff.; Staudinger/*Werner*, § 2038 Rn. 4; RiBmann/*RiBmann*, § 4 Rn. 51; *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 490; *Lange/Kuchinke*, ErbR, § 43 I. 3. (S. 1108 ff.); *Werber*, S. 26.

<sup>699</sup> So auch BGHZ 119, 346, 353 f.; Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 18 Rn. 19; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 18 Rn. 3; RiBmann/*RiBmann*, § 4 Rn. 52; *Werber*, S. 30 f.; die Fälle der nicht ordnungsgemäßen Verwaltung sowie der Notverwaltung werden an dieser Stelle mangels Relevanz nicht betrachtet; siehe hierzu *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 492 ff.

<sup>700</sup> Erman/*W. Schlüter*, § 2038 Rn. 5; MK-BGB/*Gergen*, § 2038 Rn. 35; Staudinger/*Werner*, § 2038 Rn. 36.

### **B. Durch Gesellschaftsvertrag vorgeschriebene Stimmrechtsvertretung**

Der gesetzliche Vertretungszwang im Rahmen der Erbengemeinschaft muss nicht von Dauer sein. Vielmehr ist regelmäßig zu erwarten, dass die Gesellschafter die Erbengemeinschaft auseinander setzen wollen. Schließlich sind die gesamthänderische Bindung der in der Erbengemeinschaft zusammengeschlossenen Gesellschafter und die Individualinteressen dieser Gesellschafter nicht zwingend deckungsgleich.<sup>701</sup> Die Erbauseinandersetzung bedeutet die Liquidation der Erbengemeinschaft. Alle Rechtsbeziehungen der Erbengemeinschaft müssen abgewickelt werden.<sup>702</sup> Das Gesetz sieht für die Auseinandersetzung verschiedene Verfahren vor,<sup>703</sup> welche an dieser Stelle jedoch keiner näheren Betrachtung bedürfen. Für die Stimmrechtsausübung in der GmbH bzw. der Aktiengesellschaft im Rahmen der Vertreterklausel sind lediglich die Beziehungen der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter nach erfolgreicher Erbauseinandersetzung von Interesse.

Setzen die Erben sich erbrechtlich auseinander, so bedingt dies die Teilung des Geschäftsanteils.<sup>704</sup> Die verbleibenden Gesellschafter stehen nach der Erbauseinandersetzung mehreren neuen Mitgesellschaftern gegenüber. Die Erhöhung der Zahl der Gesellschafter kann zu einer Vielzahl an neuen, insbesondere gegenläufigen Interessen in der Gesellschaft führen.<sup>705</sup> Die verbleibenden Gesellschafter wollen sich in der Regel nicht mit neuen Gesellschaftern auseinandersetzen, sondern unter sich bleiben<sup>706</sup> oder wenigstens nur einem neuen Gesellschafter gegenüber-

---

<sup>701</sup> Rißmann/Rißmann, § 4 Rn. 1; Esch/Schulze zur Wiese/Baumann, S. 80.

<sup>702</sup> Staudinger/Werner, § 2042 Rn. 1; Rißmann/Rißmann, § 4 Rn. 1; Sudhoff/Scherer, Unternehmensnachfolge, § 14 Rn. 14; Brox/Walker, ErbR, Rn. 512; Werber, S. 74.

<sup>703</sup> Siehe hierzu ausführlich Brox/Walker, ErbR, Rn. 517 ff.; FA-ErbR/Sarres, S. 939; Sarres, S. 33 f.; Werber, S. 74 ff.

<sup>704</sup> BeckHdb.GmbH/Schacht, § 12 Rn. 212; MünchHdb.GmbH/D. Jasper/Wollbrink, § 25 Rn. 17; Birle/Diehl, Rn. 2712; Rißmann/Unger, § 16 Rn. 163 ff.; Werber, S. 67; Langner/Heydel, GmbHR 2006, 291, 291.

<sup>705</sup> BGHZ 46, 291, 293 f.; Reuter, S. 211; Teichmann, S. 203; Klumpp, ZEV 1999, 305, 305; Schörnig, ZEV 2002, 343, 344 f.

<sup>706</sup> Dies ist durch Vereinbarung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung möglich, nach welcher der Anteil mit seiner Vererbung eingezogen werden kann

tehen.<sup>707</sup> Sie haben somit ein berechtigtes Interesse daran, die Stimmrechte aus dem vererbten Geschäftsanteil zu bündeln. Eine solche Bündelung des Stimmrechts aus dem vererbten Anteil kann im Wege der Vereinbarung einer Vertreterklausel erreicht werden,<sup>708</sup> die wie folgt formuliert werden kann.

*„Die Gesellschafter X, Y und Z sowie die jeweiligen Rechtsnachfolger in deren Anteile an der Gesellschaft bilden je eine Gruppe. Jede der Gruppen muss einen gemeinsamen Vertreter zur einheitlichen Stimmabgabe bestellen.“*

Eine Vertreterklausel führt nicht nur im vorgenannten Fall der Vererbung und Erbauseinandersetzung zur Bündelung der Stimmrechte aus diesen Anteilen. Bereits zu Lebzeiten der Gesellschafter kann die Bündelung der Stimmrechte aus mehreren Geschäftsanteilen bzw. Aktien im Interesse der Gesellschafter sein.<sup>709</sup> Häufig findet sich ein solches Interesse auch bei Gesellschaftern, die innerhalb der Gesellschaft einem von mehreren Familienstämmen zugeordnet werden.<sup>710</sup> Ziel ist es, den Einfluss des Familienstamms langfristig zu sichern.

---

(§ 34 Abs. 1 GmbHG); siehe hierzu *Ann*, S. 366 f.; *E/F/S/Ensthaler*, § 15 Rn. 9; *Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 11; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 15 Rn. 19; *Birle/Diehl*, Rn. 2727 ff.; *Esch/Schulze zur Wiesche/Baumann*, S. 403 f.; *Goette*, § 5 V. Rn. 65 ff. (S. 166 ff.); *Kerscher/Krug/Spanke*, § 8 Rn. 370 ff.; *Langner/Heydel*, GmbHR 2005, 337, 379.

<sup>707</sup> *Park*, S. 9 f.; *Birle/Diehl*, Rn. 2712 f.; *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 7; *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 345.

<sup>708</sup> BGHZ 64, 291, 298; BGHZ 119, 346, 354; *Park*, S. 9; *Reuter*, S. 210 f.; *Teichmann*, S. 203; *Vogel*, S. 42 f.; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 709 Rn. 53a; *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 48 Rn. 26; *Heymann/Horn*, § 164 Rn. 16; *BeckHdb.PG/Stengel*, § 3 Rn. 501; *MünchHdb.KG/Weipert*, § 12 Rn. 18; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 5. a) (S. 622); *Wiedemann*, GesR II, § 4 I. 6. b) (S. 326); *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 7; *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 528; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 345.

<sup>709</sup> *Heymann/Horn*, § 164 Rn. 16; *HK-GmbH-Recht/Fichtelmann*, § 47 Rn. 13; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 174; *Podewils*, BB 2009, 733, 734; *Rosiny*, GmbHR 1958, 174, 175; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 528.

<sup>710</sup> *Großkomm-GmbHG/Hüffer*, § 47 Rn. 104; *Heymann/Horn*, § 164 Rn. 21; *MünchHdb.GmbH/Schiessl*, § 31 Rn. 7; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch*,

Die Vereinbarung einer Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH führt dazu, dass die einem Familienstamm zugehörenden Gesellschafter ihre Stimmrechte nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben können. Die zu einem Familienstamm gehörenden Gesellschafter müssen folglich einheitlich abstimmen.<sup>711</sup> Hierfür bedarf es der Ermittlung eines einheitlichen Willens der zu dem Familienstamm gehörenden Gesellschafter vor der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung. Bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung übt dann ein Vertreter des Familienstamms die Stimmrechte für alle zu diesem Familienstamm gehörenden Aktionäre bzw. Gesellschafter einheitlich aus. Der gemeinsame Vertreter kann entweder für jede Versammlung neu oder aber dauerhaft bestimmt werden.

## **I. Zulässigkeit des Vertretungszwangs im Wege der Vertreterklausel**

### **1. Zulässigkeit einer Vertreterklausel in der Aktiengesellschaft**

Die Zulässigkeit einer Vertreterklausel in der Satzung einer Aktiengesellschaft ist am Maßstab des § 23 Abs. 5 AktG zu prüfen.

Gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG sind Abweichungen von der Gesetzeslage in der Satzung nur zulässig, wenn diese ausdrücklich im Gesetz zugelassen werden. Die Vereinbarung eines Vertretungszwangs muss somit zunächst eine vom Gesetz abweichende Regelung darstellen. Gem. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG kann das Stimmrecht eines Aktionärs durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Vereinbaren die Aktionäre in der Satzung eine Vertreterklausel, dann müssen die Aktionäre ihr Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausüben. Die Vereinbarung einer Vertreterklausel verändert somit den Wortlaut in § 134 Abs. 3 S. 1 AktG, indem das „kann“ durch ein „muss“ ersetzt wird. Das kann für eine Abweichung vom Gesetz sprechen. Jedoch begründet die Vereinbarung einer Vertre-

---

Kap. 6 Rn. 174; *Eickhoff*, Rn. 143; *König*, ZGR 2005, 417, 418; *Podewils*, BB 2009, 733, 734.

<sup>711</sup> *Park*, S. 9; *MK-HGB/Grunewald*, § 161 Rn. 164; *MünchHdb.BGB/Weipert*, § 34 Rn. 68; *Zöllner*, in: *Aktienrecht im Wandel II*, 462, 491; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 526 f.

terklausel keine Pflicht zur Stellvertretung.<sup>712</sup> Die Ausübung des Stimmrechts wird lediglich an die Bedingung geknüpft, dass die Stimmrechtsausübung nur durch den gemeinsamen Vertreter wahrgenommen werden kann.<sup>713</sup> Der Aktionär muss nicht zwingend einen Stellvertreter bevollmächtigen. Unterlässt er die Bevollmächtigung des gemeinsamen Vertreters, so hat das lediglich die Nichtausübung seines Stimmrechts zur Folge.<sup>714</sup> Die Formulierung „muss“ in der Satzung kann somit auch so verstanden werden, dass sie nur die Bedingung an die Stimmrechtsausübung regelt. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Abweichung“ i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG ist somit zweifelhaft. An dieser Stelle kann eine abschließende Klärung dieser Frage jedoch offen bleiben. Gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG können Abweichungen nur bei ausdrücklicher, gesetzlicher Zulassung vorgenommen werden. Eine derartige ausdrückliche Regelung der Vertreterklausel existiert im Aktiengesetz nicht.<sup>715</sup> Die Vereinbarung einer Vertreterklausel in der Satzung der Aktiengesellschaft ist somit gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG unzulässig.

Die Unzulässigkeit einer Vertreterklausel in der Satzung der Aktiengesellschaft ergibt sich ebenfalls aus § 23 Abs. 5 S. 2 AktG. Gem. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG sind ergänzende Bestimmungen in der Satzung zulässig, es sei denn, das Aktiengesetz enthält eine abschließende Regelung. Eine gesellschaftsvertragliche Ergänzung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG liegt vor, wenn das Gesetz die Vertreterklausel nicht regelt oder wenn die Satzung die gesetzliche Regelung weiterführt.<sup>716</sup> Das Aktiengesetz sieht eine Vertreterklausel nicht ausdrücklich vor.<sup>717</sup> Die Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung i. S. v. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG kann durch die ge-

---

<sup>712</sup> So auch *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 11; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 349 f.; vgl. hierzu auch *MK-AktG/Bayer*, § 69 Rn. 19.

<sup>713</sup> Siehe *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 11; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 349 f.

<sup>714</sup> Siehe auch *MünchHdb.KG/Weipert*, § 12 Rn. 21 f.; so auch *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 528.

<sup>715</sup> So auch *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, § 134 Rn. 54; *Spindler/Stilz/Willamowski*, § 134 Rn. 9; *Rißmann/Unger*, § 16 Rn. 209.

<sup>716</sup> *Bürgers/Körper/Körper*, § 23 Rn. 42; *Großkomm-AktG/Röhricht*, § 23 Rn. 186; *KK-AktG/Arnold*, § 23 Rn. 149; *MK-AktG/Pentz*, § 23 Rn. 157; *K. Schmidt/Lutter/Seibt*, § 23 Rn. 57.

<sup>717</sup> So auch *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 350.

sellschaftsvertragliche Vereinbarung einer Vertreterklausel aber weitergeführt werden und eine Ergänzung i. S. v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG darstellen. Gesellschaftsvertragliche Ergänzungen sind grundsätzlich zulässig. Ausnahmsweise ist eine Ergänzung unzulässig, wenn das Gesetz in § 134 Abs. 3 S. 1 AktG eine abschließende Regelung enthält.<sup>718</sup>

Für das ausnahmsweise Vorliegen einer abschließenden Regelung spricht der Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG regelt die Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung im Allgemeinen. Dies deutet auf die uneingeschränkte Wahlfreiheit des Aktionärs hin. Der Aktionär soll nicht nur frei entscheiden können, wen er bevollmächtigt.<sup>719</sup> Auch die Entscheidung, ob er sich eines Stellvertreters bedient oder er das Stimmrecht persönlich ausübt, gehört zu der Wahlfreiheit des Aktionärs.

Die Gesetzessystematik, die aus der Stellung einer Vorschrift innerhalb des gesamten Normensystems Schlüsse für die Bedeutung der auszulegenden Vorschrift zieht,<sup>720</sup> spricht ebenfalls für einen abschließenden Charakter des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG. § 134 Abs. 4 AktG, der im systematischen Zusammenhang zu Absatz 3 steht, fordert für die Form der Stimmrechtsausübung ausdrücklich eine Satzungsregelung. Im Umkehrschluss bedeutet dies, die Satzungsautonomie soll ausschließlich für die Form der Stimmrechtsausübung gelten. Die übrigen Regelungsbereiche der Stimmrechtsausübung sind folglich nicht in der Satzung regelbar, sondern abschließend im Gesetz enthalten.<sup>721</sup>

Das Ergebnis der historischen Auslegung des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG ist für die Frage des abschließenden Charakters des § 134 Abs. 3 S. 1 AktG wenig eindeutig. Nach dem Wortlaut des früheren § 114 Abs. 7 AktG i. d. F. von 1937<sup>722</sup> konnten sowohl die Form als auch weitere Beding-

---

<sup>718</sup> So Rißmann/Unger, § 16 Rn. 209; im Ergebnis auch Schörnig, ZEV 2002, 343, 350.

<sup>719</sup> Vgl. allgemein § 1 B. I. 1.

<sup>720</sup> Larenz, S. 324 ff.; Schmalz, Rn. 243; Staudinger-Eckpfeiler/Coing/Honsell, S. 31; Zippelius, § 10 III.

<sup>721</sup> OLG Stuttgart AG 1991, 69, 69 f.; so auch Schörnig, ZEV 2002, 343, 350.

<sup>722</sup> § 114 Abs. 7 AktG in der Fassung von 1937: „Im Übrigen richten sich die

ungen der Stimmrechtsvertretung durch die Satzung ausgestaltet werden. Die Vertreterklausel konnte als derartige Bedingung für die Stimmrechtsausübung angesehen werden.<sup>723</sup> Der Gesetzgeber hat diese Regelung 1965 jedoch dahingehend geändert, dass die Satzung nur noch für die Form der Stimmrechtsausübung Regelungen vorsehen kann (vgl. § 134 Abs. 4 AktG in der aktuellen Fassung). Diese Gesetzesänderung kann so gedeutet werden, dass weitere gesellschaftsvertragliche Beschränkungen nicht mehr gewollt sind. Andererseits heißt es in der Gesetzesbegründung von 1965, die Neuregelung des Aktiengesetzes solle nicht zu sachlichen Änderungen gegenüber der vorherigen Fassung führen.<sup>724</sup> Diese Aussage aus der Gesetzesbegründung von 1965 spricht für die fortwährende Zulässigkeit zusätzlicher, gesellschaftsvertraglicher Regelungen für die Stimmrechtsausübung. Es bestehen jedoch Bedenken gegen eine noch andauernde Aussagekraft der Gesetzesänderung von 1965. Die Tatsache, dass die Regelung des § 134 Abs. 4 AktG seit 1965 unverändert ist, führt nicht automatisch zu der Schlussfolgerung, der heutige Gesetzgeber sei noch immer dieser Auffassung. Der Gesetzgeber muss eine geänderte Ansicht bei der Auslegung einer Norm nicht explizit äußern. Die historische Auslegung führt somit zu keinem eindeutigen Ergebnis und kann das Ergebnis der Wortlautauslegung und der systematischen Auslegung folglich nicht entkräften.

§ 134 Abs. 3 S. 1 AktG ist folglich eine abschließende Regelung.<sup>725</sup> Die Vereinbarung einer Vertreterklausel in der Satzung einer Aktiengesellschaft ist daher unzulässig (§ 23 Abs. 5 AktG).<sup>726</sup>

Zulässig ist allerdings der freiwillige Zusammenschluss einer Gruppe von Aktionären, um ihre Stimmrechte einheitlich und durch einen ge-

---

Bedingungen und die Form der Ausübung des Stimmrechts nach der Satzung.“

<sup>723</sup> Schörnig, S. 239; ders., ZEV 2002, 343, 349 f.

<sup>724</sup> Begr. RegE bei Kropff, AktG 1965, S. 192.

<sup>725</sup> So auch Schörnig, S. 238 f.; Rißmann/Unger, § 16 Rn. 209.

<sup>726</sup> So im Ergebnis auch Michalski, S. 172; K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 54; Rißmann/Unger, § 16 Rn. 209; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 527; ders., GesR, § 21 II. 5. a) (S. 621).

meinsamen Vertreter auszuüben. In der Regel erfolgt ein freiwilliger Zusammenschluss in Form eines Stimmrechtskonsortiums oder eines Stimmrechtspools.<sup>727</sup> Die Teilnehmer verpflichten sich, von ihrem Stimmrecht in der Aktiengesellschaft einheitlich Gebrauch zu machen. Stimmrechtskonsortien oder -pools kommen häufig bei Aktionären vor, die zu einem gemeinsamen Familienstamm gehören. Ziel ist es, den Einfluss des gesamten Familienstamms zu nutzen.<sup>728</sup> Der freiwillige Zusammenschluss kann als ein Unterfall der Gruppenvertretung eingeordnet werden.<sup>729</sup> Gegenüber den vorgenannten Fällen grenzt sich der freiwillige Zusammenschluss jedoch durch den auf der Ebene der Aktiengesellschaft fehlenden gesellschaftsvertraglich Zwang zur einheitlichen Stimmrechtsausübung ab.<sup>730</sup> Darüber hinaus müssen die Aktionäre die Stimmrechte in der Aktiengesellschaft nicht zwingend durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben lassen. Vielmehr genügt eine schuldrechtlich vereinbarte Stimmbindung mit dem Ziel, das Stimmrecht in der Aktiengesellschaft so auszuüben wie nach vorheriger interner Abstimmung.<sup>731</sup>

## 2. Zulässigkeit einer Vertreterklausel in der GmbH

Die Zulässigkeit einer Vertreterklausel in der GmbH ergibt sich aus dem Grundsatz der Satzungsautonomie (§ 45 GmbHG).<sup>732</sup> Die Ausübung der Gesellschafterrechte und somit auch des Stimmrechts kann einem Dritten überlassen werden. Der Umfang der Überlassung kann nahezu vollständig durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden. Die Vertreterklausel kann im Gesellschaftsvertrag einer GmbH somit zulässig vereinbart

---

<sup>727</sup> BGHZ 48, 163, 166; *Schörnig*, S. 241 ff.; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 705 Rn. 184 f.; *Wiedemann*, GesR II, § 4 I. 4. d) (S. 312 f.); *Noack*, in: Aktienrecht im Wandel II, 660, 678; *Odersky*, FS Lutter, 557, 559; *König*, ZGR 2005, 417, 419 f.; zu den Begrifflichkeiten siehe Hamann/Sigle/Schuberth, § 8 Rn. 4; MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 6.

<sup>728</sup> *Zöllner*, in: Aktienrecht im Wandel II, 462, 491; *Odersky*, FS Lutter, 557, 557; Hamann/Sigle/Schuberth, § 8 Rn. 10; MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 11.

<sup>729</sup> K. Schmidt/Lutter/Spindler, § 134 Rn. 54.

<sup>730</sup> *Schörnig*, S. 242.

<sup>731</sup> Hamann/Sigle/Schuberth, § 8 Rn. 8.

<sup>732</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 48 Rn. 27; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 19 f.; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. a) (S. 621 f.); *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *Schörnig*, ZEV 2002, 343, 348 f.

werden.<sup>733</sup> Grenzen der Zulässigkeit können sich im Einzelfall jedoch aus allgemeinen Vorschriften oder Grundsätzen ergeben.<sup>734</sup>

**a) Unzulässigkeit wegen Einordnung als Vertrag zu Lasten Dritter**

Für den Fall, dass eine Person dauerhaft zum Vertreter der zusammengesetzten Gesellschafter bestimmt wird, kann die Vertreterklausel als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter anzusehen sein. Ein Vertrag zu Lasten Dritter begründet eine schuldrechtliche Verpflichtung eines Dritten ohne dessen Mitwirkung. Verträge zu Lasten Dritter verstoßen gegen die Privatautonomie und sind daher unzulässig.<sup>735</sup>

Ist die Bildung von Familienstämmen Anlass für die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung einer Vertreterklausel, so liegen die Voraussetzungen für den Vertrag zu Lasten Dritter nicht vor. Schließlich entscheiden diejenigen Gesellschafter über die Geltung der Vertreterklausel, die von ihr selbst betroffen sind.<sup>736</sup> Die Verpflichtung aus der Vertreterklausel trifft somit keinen außenstehenden Dritten.

Eine Vertreterklausel kann aber ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter sein, wenn die Vertreterklausel nicht den Gesellschafter selbst, sondern ausschließlich die Erben des vertragsschließenden Gesellschafters treffen soll.<sup>737</sup> Dem ist jedoch der Grundsatz der Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1 BGB) entgegen zu halten. Gem. § 1922 Abs. 1 BGB treten die Erben in alle Rechte und Pflichten des Erblassers ein. Die Erben werden mit den gleichen Rechten und Pflichten Inhaber des Geschäftsanteils wie der Erblasser. Eine Veränderung des Geschäftsanteils vollzieht sich durch den Erbgang nicht. Den Erben wird lediglich die eigenständi-

---

<sup>733</sup> So auch BGH GmbHR 1989, 120, 121; BGH GmbHR 1990, 75, 76; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 20; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. a) (S. 622); Schörnig, S. 216 ff.

<sup>734</sup> Schörnig, ZEV 2002, 343, 349.

<sup>735</sup> BVerfGE 73, 261, 270; BGHZ 54, 145, 147.

<sup>736</sup> So auch K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 532.

<sup>737</sup> So Reuter, S. 212 und S. 220 f.; a. A. Michalski, S. 173 ff.; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 532.

ge Ausübung ihrer Stimmrechte verwehrt.<sup>738</sup> Die Verpflichtung aus der Vertreterklausel trifft die Erben im gleichen Maße wie den Erblasser.<sup>739</sup> Durch die Vereinbarung einer Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag entsteht kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter.<sup>740</sup>

### b) Abspaltungsverbot als Zulässigkeithindernis

Wie bei der freiwilligen Stimmrechtsvertretung ist auch bei der Vereinbarung einer Vertreterklausel in der Satzung der GmbH das Abspaltungsverbot (vgl. § 717 S. 1 BGB) zu beachten.<sup>741</sup> Die Wahrnehmung des Stimmrechts durch einen Stellvertreter darf nicht zur Abspaltung des Stimmrechts von der Mitgliedschaft eines Gesellschafters führen.<sup>742</sup>

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Vertreterklausel schützt nicht davor, dass eine Vertreterklausel im Einzelfall gegen das Abspaltungsverbot verstoßen kann. Damit eine Vertreterklausel mit dem Abspaltungsverbot vereinbar ist, müssen bestimmte Anforderungen eingehalten werden.<sup>743</sup>

So darf es sich bei der Stimmrechtsvertretung nicht um eine verdrängende oder unwiderrufliche Vollmacht handeln.<sup>744</sup> Weiter darf die Vertreterklausel die betroffenen Gesellschafter nicht dazu zwingen, einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Vielmehr muss jeder Gesellschafter in dieser Entscheidung frei sein.<sup>745</sup> Zu bedenken ist dann jedoch, dass die Nichtbestellung eines Vertreters die Nichtausübung des Stimmrechts zur

---

<sup>738</sup> *Schörnig*, S. 59; MünchHdb.KG/*Weipert*, § 12 Rn. 22; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 532.

<sup>739</sup> *Michalski*, S. 173 ff.; *Schörnig*, S. 60; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 532.

<sup>740</sup> Eingehend *Michalski*, S. 173 ff.; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 532.

<sup>741</sup> BGHZ 46, 291, 296; *Michalski*, S. 177 ff.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 14 Rn. 15; MK-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 165; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 31 Rn. 30; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 8 f.; *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 18; *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 530 ff.

<sup>742</sup> *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 18; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 531.

<sup>743</sup> *Michalski*, S. 177 ff.; *Schörnig*, S. 65; ebenso *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306.

<sup>744</sup> Siehe *Schörnig*, S. 64 f.; *Heymann/Horn*, § 164 Rn. 16; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 54; *Schilling*, GmbHR 1962, 205, 207; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 531.

<sup>745</sup> *Schörnig*, S. 65; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 54 f.

Folge hat.<sup>746</sup> Das Abspaltungsverbot fordert auch die Möglichkeit eines jeden Gesellschafters, die Stimmrechtsausübung des gemeinsamen Vertreters zu beeinflussen. Somit ist eine Vertreterklausel nur dann zulässig, wenn die von ihr betroffenen Gesellschafter dem gemeinsamen Vertreter grundsätzlich Weisungen erteilen können und dieser an die Weisungen gebunden ist.<sup>747</sup>

### c) Sachlicher Geltungsbereich der Vertreterklausel

Die Unzulässigkeit einer Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ergibt sich auch nicht aus den Grundsätzen der Kernbereichslehre.<sup>748</sup> Die Kernbereichslehre regelt nur die Reichweite der Vertreterklausel.<sup>749</sup> Die Begrenzung der Vertreterklausel durch die Kernbereichslehre ist zwingend.<sup>750</sup> Eine Vertreterklausel findet ihre Grenze bei Beschlüssen, durch die in den unverzichtbaren Kernbereich der einzelnen Gesellschafter eingegriffen wird.<sup>751</sup> Die dem Kernbereich der Mitgliedschaft zugehörigen Mitgliedschaftsrechte sind einzig und allein dem Gesellschafter zugeordnet. Somit kann in diese Rechte eines Gesellschafters auch nicht durch eine Vertreterklausel eingegriffen werden.<sup>752</sup>

---

<sup>746</sup> *Park*, S. 19 f.; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 72; *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306.

<sup>747</sup> *Reuter*, S. 213 ff.; Großkomm-GmbHG/*Hüffer*, § 48 Rn. 27; *Heymann/Horn*, § 164 Rn. 16; MK-HGB/*Enzinger*, § 119 Rn. 54; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 31 Rn. 30; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 54; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 531; siehe jedoch zum weisungsfreien Handeln § 2 B. III. 2. b).

<sup>748</sup> Vgl. die allgemeinen Ausführungen zur Kernbereichslehre § 1 A. I. 1.

<sup>749</sup> So auch siehe auch *Michalski*, S. 181 f.; *Teichmann*, S. 205; *Vogel*, S. 43; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 709 Rn. 53a; MK-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 167; *Westermann-Hdb.PG/Westermann*, Rz. I 540; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 5. b) (S. 622); *ders.*, ZHR 146 (1982), 525, 533 f.

<sup>750</sup> Siehe BGHZ 46, 291, 297; *Teichmann*, S. 205; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 709 Rn. 53a; *Westermann-Hdb.PG/Westermann*, Rz. I 540; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 5. b) (S. 622); *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 14 f.

<sup>751</sup> Siehe BGHZ 46, 291, 297; *Schörnig*, S. 67 f.; *Vogel*, S. 43; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 30 ff.; *Heuking*, FS Lür, 2008, 231, 233.

<sup>752</sup> So *Schörnig*, S. 68 f. und S. 79; MK-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 167; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 43; *Westermann-Hdb.PG/Westermann*, Rz. I 540 f.; ebenso *Heuking*, FS Lür, 231, 233; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 533 f.

Als Folgeüberlegung stellt sich die Frage, ob ein Gesellschafter den gemeinsamen Vertreter für die Beschlüsse, die nicht der Vertreterklausel unterfallen, mit einer Einzelbevollmächtigung ausstatten darf. Eine Stellvertretung ist grundsätzlich zulässig, soweit es sich nicht um die Ausübung höchstpersönlicher Rechte handelt. Auch der Bevollmächtigung des gemeinsamen Vertreters steht grundsätzlich nichts entgegen. Aus der Bevollmächtigung des gemeinsamen Vertreters aufgrund der Vertreterklausel kann jedoch nicht automatisch auf eine Bevollmächtigung des gemeinsamen Vertreters für diejenigen Beschlussgegenstände geschlossen werden, die nicht der Vertreterklausel unterliegen. Dies wäre eine unzulässige Umgehung der Kernbereichslehre. Der Gesellschafter muss den gemeinsamen Vertreter somit eigens und ausdrücklich dazu bevollmächtigen, das Stimmrecht auch für die außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertreterklausel fallenden Beschlussgegenstände für ihn auszuüben.

### **3. Zwischenergebnis**

Die Vereinbarung einer Vertreterklausel in der Satzung einer Aktiengesellschaft stellt einen Verstoß gegen § 23 Abs. 5 AktG dar. Die Klausel ist unwirksam. Durch eine schuldrechtliche Stimmbindungsvereinbarung der Gesellschafter können diese sich jedoch freiwillig zur gemeinsamen Stimmrechtsausübung verpflichten.

Die Gesellschafter einer GmbH können aufgrund der Satzungsautonomie in ihrem Gesellschaftsvertrag eine Vertreterklausel vereinbaren. Bei der konkreten Ausgestaltung der Klausel sind die Anforderungen des Abspaltungsverbots sowie der Kernbereichslehre zu berücksichtigen.

## **II. Erbauseinandersetzung**

Die Rechte aus dem in Folge der Erbauseinandersetzung aufgeteilten Geschäftsanteil sollen durch die Vertreterklausel gebündelt werden. Die Vertreterklausel gilt auch nach der Erbauseinandersetzung über den Geschäftsanteil für jeden Gesellschafter. Um die Stimmrechte auszuüben müssen die durch die Vertreterklausel gebundenen Gesellschafter einen gemeinsamen Vertreter beauftragen (§ 662 BGB) und bevollmächtigen (§ 167 Abs. 1 BGB) und diesem Weisungen für die Abstimmung in der

Gesellschafterversammlung der GmbH erteilen.<sup>753</sup> Das Weisungsrecht ist Ausfluss des Auftrags zwischen Gesellschafter und dem gemeinsamen Vertreter (§§ 662, 665 BGB). Der Auftrag besteht zwischen jedem einzelnen Gesellschafter und dem gemeinsamen Vertreter. Grundsätzlich hat somit jeder Gesellschafter das Recht, dem gemeinsamen Vertreter Weisungen zu erteilen.

Bei dieser Vorgehensweise können jedoch Probleme auftreten. Um den Anforderungen an die Vertreterklausel gerecht zu werden, müssen alle Gesellschafter dieselbe Person mit der Wahrnehmung ihres Stimmrechts beauftragen und bevollmächtigen. Aufgrund möglicherweise differierender Interessen unter den von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschaftern ist der Fall der fehlenden Einigung über die Person des gemeinsamen Vertreters denkbar.<sup>754</sup> Können die Gesellschafter sich nicht darüber einigen, wer für sie als gemeinsamer Vertreter handeln soll, führt dieser Umstand dazu, dass die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter ihr Stimmrecht bei der Beschlussfassung in der GmbH nicht ausüben können.<sup>755</sup> Die Stimmrechtsausübung in der GmbH ist an die Bedingung der Ausübung durch einen gemeinsamen Vertreter geknüpft. Wird diese Bedingung nicht erfüllt, ruhen die Stimmrechte der einzelnen Gesellschafter.<sup>756</sup>

Können die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter sich auf einen gemeinsamen Vertreter einigen, müssen sie dem gemeinsamen Vertreter darüber hinaus alle dieselbe Weisung für die Abstimmung in der GmbH erteilen. Schließlich ist der gemeinsame Vertreter dazu verpflichtet, das Stimmrecht für alle Gesellschafter einheitlich auszuüben. Dieser Verpflichtung kann der gemeinsame Vertreter nicht zwingend nachkommen, wenn ihm jeder Gesellschafter einzeln Weisungen für die

---

<sup>753</sup> Vgl. MK-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 170 f.

<sup>754</sup> MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 72; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 5. c) (S. 623 f.).

<sup>755</sup> *Park*, S. 19 f.; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 72; *K. Schmidt*, GesR, § 21 II. 5. c) (S. 623 ).

<sup>756</sup> *Park*, S. 19 f.; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 72; MünchHdb.KG/*Weipert*, § 12 Rn. 21 f.; *Klumpp*, ZEV 1999, 305, 306.

Abstimmung in der GmbH erteilt. Aufgrund der unterschiedlichen Weisungen ist es dem Stimmrechtsvertreter unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), die Stimmen einheitlich auszuüben ohne im Innenverhältnis eine Pflicht zu verletzen. Dies führt letztlich zur Nichtausübung und somit zum Ruhen der Stimmrechte der zwangsweise zusammengeschlossenen Gesellschafter.<sup>757</sup>

Das Ruhen der Stimmrechte ist für die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter sehr unbefriedigend.<sup>758</sup> Die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter schließen sich faktisch von den Entscheidungen in der GmbH selbst aus und überlassen den Einfluss auf die Geschäfte der GmbH den übrigen Gesellschaftern. Für die übrigen Gesellschafter der GmbH, die nicht der Vertreterklausel unterliegen, kann die Nichtausübung der Stimmrechte einer größeren Gruppe an Gesellschaftern hingegen einen Vorteil mit sich bringen. In der GmbH wird ein Beschluss mit der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Die Nichtausübung eines Teils an Stimmen führt folglich zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten der abstimmenden Gesellschafter. Letztlich verstärkt sich der Einfluss der übrigen Gesellschafter.

Eine solche Situation ist für die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter nachteilig und sollte daher vermieden werden. Daher ist zu überlegen, ob die Beziehungen der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter nicht anderweitigen Regelungen unterliegen, die zu einer Einigung dieser Gesellschafter führt.

### **1. Rechtsbeziehungen der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter**

Wenn die Gesellschafter ihr Verhältnis zueinander nicht durch Vertrag regeln, bestimmen sich ihre Beziehungen untereinander nach den gesetz-

---

<sup>757</sup> OLG Zweibrücken OLGZ 1975, 402, 404; MünchHdb.KG/*Weipert*, § 12 Rn. 21 f.; Westermann-Hdb.PG/*Westermann*, Rz. I 544a; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 528 f.

<sup>758</sup> Bamberger/Roth/*Timm/Schöne*, § 709 Rn. 53a; HK-GmbH-Recht/*Fichtelmann*, § 18 Rn. 4 und Rn. 7; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 72.

lichen Vorschriften. Zwischen den von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter kann eine gesellschaftsähnliche Sonderverbindung bestehen,<sup>759</sup> mit der Folge, dass sich das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander nach den Vorschriften für die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) richten. Die Sonderverbindung kann durch die verpflichtende Zuordnung der betroffenen Gesellschafter zu einer Gruppe zustande kommen.<sup>760</sup> Die Vorschriften für die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) finden analoge Anwendung,<sup>761</sup> wenn die Voraussetzungen für eine Analogie vorliegen.

**a) Planwidrige Regelungslücke**

Der Gesetzgeber hat die Rechtsform der aufgrund einer Vertreterklausel zusammengeschlossenen Gesellschafter nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Eine Regelungslücke liegt somit vor.<sup>762</sup> Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber diesen Fall bewusst ungeregelt gelassen hat, sind nicht ersichtlich. Die Möglichkeit der Zwangsvertretung im Wege der Vertreterklausel ist nicht vom Gesetzgeber vorgesehen worden, sondern hat sich aus dem Bedürfnis der Praxis entwickelt.<sup>763</sup> Die Regelungslücke ist somit auch planwidrig.

**b) Vergleichbare Interessenlage**

Das Ziel der Vertreterklausel und des in §§ 741 ff. BGB geregelten Falls der Rechtsgemeinschaft müssen darüber hinaus vergleichbar sein.<sup>764</sup> Die Vorschriften für die Gemeinschaft finden immer dann Anwendung, wenn ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht. Das Recht kann nur einmal ausgeübt werden, so dass die Personen sich vorab über die konkrete Ausübung einigen müssen. Die Vereinbarung einer Vertreter-

---

<sup>759</sup> So bereits auch BGHZ 46, 291, 295; Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 106; Heymann/Horn, § 164 Rn. 18; MK-HGB/Enzinger, § 119 Rn. 53; MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 71 ff.; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 540 f.; ders., ZIP 1009, 737, 742.

<sup>760</sup> Schörnig, S. 106; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. c) (S. 624).

<sup>761</sup> K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. c) (S. 624); ders., ZHR 146 (1982), 525, 541; ders., ZIP 1009, 737, 742.

<sup>762</sup> So auch Schörnig, S. 108.

<sup>763</sup> MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 68 ff.

<sup>764</sup> Schörnig, S. 106 f.

klausel ist darauf gerichtet, die Stimmrechte der von der Vertreterklausel betroffenen Personen zu bündeln und einheitlich auszuüben. In beiden Fällen geht es also letztlich um die einheitliche Ausübung von Rechten. Dass es bei der Vertreterklausel um die Bündelung mehrerer, einzelner Rechte geht und bei den Regelungen in §§ 741 ff. BGB um die gemeinschaftliche Ausübung eines Rechts durch mehrere Personen, schadet der gleichgerichteten Zielsetzung nicht.<sup>765</sup>

### c) Zwischenergebnis

Setzen die Erben ihre Erbengemeinschaft auseinander, so entsteht eine gesellschaftsähnliche Sonderverbindung zwischen den von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschaftern. Auf das Innenverhältnis der Gruppe finden die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB analoge Anwendung.<sup>766</sup>

## 2. Stimmrechtsausübung in der gemeinschaftsähnlichen Sonderverbindung

Die Einordnung des Innenverhältnisses der durch die Vertreterklausel zusammengeschlossenen Gesellschafter als gemeinschaftsähnliche Sonderverbindung führt zu einer analogen Anwendung des § 745 BGB auf die Willensbildung der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter. Für die Geltung der §§ 745 ff. BGB analog kann auf die Ausführungen zur Erbengemeinschaft verwiesen werden.<sup>767</sup> Die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter müssen einen gemeinsamen Vertreter bevollmächtigen und diesem nach vorheriger Einigung eine einheitliche Weisung für die Stimmrechtsausübung erteilen. Für die vorherige Einigung gilt entsprechend § 745 Abs. 1 S. 1 BGB das Erfordernis der Stimmenmehrheit.

## III. Erbauseinandersetzung mit Abschluss eines GbR-Vertrags

Zur Ordnung der Rechtsverhältnisse im Inneren können die durch die Vertreterklausel zusammengeschlossenen Gesellschafter im Zusammenhang mit der Erbauseinandersetzung auch eine Gesellschaft bürgerlichen

---

<sup>765</sup> Schörnig, S. 107; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. c) (S. 624); ders., ZIP 1009, 737, 742.

<sup>766</sup> BGHZ 119, 346, 353 f.; Schörnig, S. 109 ff.

<sup>767</sup> Siehe § 2 A. I.

Rechts (§§ 705 ff. BGB) gründen.<sup>768</sup> Dies geschieht in der Regel auch bei der Stimmenbündelung durch eine Vertreterklausel zur Sicherung des Einflusses eines Familienstammes.<sup>769</sup> Durch die Gründung einer GbR verpflichten die Gesellschafter sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks (§ 705 BGB). Im konkreten Fall besteht dieser Zweck in der Wahrnehmung des Stimmrechts durch den gemeinsamen Vertreter sowie in der einheitlichen Ausübung des Stimmrechts.<sup>770</sup>

Gem. § 705 BGB setzt die Gründung einer GbR den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags voraus, d. h. die vertragliche Verpflichtung von zwei oder mehr Gesellschaftern, einen gemeinsamen Zweck in vertraglich vereinbarter Weise zu fördern.<sup>771</sup> Für das Eingehen eines Gesellschaftsvertrags gelten die allgemeinen Regeln über den Abschluss von Verträgen. Schließen die zur Stimmrechtsvertretung verpflichteten Gruppenmitglieder einen solchen Gesellschaftsvertrag ab, entsteht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts i. S. v. § 705 BGB.

Statt eines ausdrücklichen Vertragsschlusses ist grundsätzlich auch eine konkludente Vereinbarung der Gesellschafter denkbar.<sup>772</sup> Für einen konkludenten Vertragsschluss ist das wirtschaftliche Interesse der beteiligten Gesellschafter an der Transaktion erforderlich. Vom wirtschaftlichen Interesse der Beteiligten kann auf einen Rechtsbindungswillen der Gesellschafter und somit einen konkludenten Vertragsschluss geschlossen werden.<sup>773</sup> Hierfür kann das erstmalige Zusammenwirken der Gesell-

---

<sup>768</sup> Dies befürwortend HK-GmbH-Recht/*H. Bartl*, § 18 Rn. 4; MK-HGB/*Enzinger*, § 119 Rn. 53; MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 69; siehe hierzu auch *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 538 f.

<sup>769</sup> Bormann/*Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 175.

<sup>770</sup> *Schörnig*, S. 101 f.

<sup>771</sup> Siehe auch Bamberger/*Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn. 63 f.; Erman/*H. P. Westermann*, § 705 Rn. 1; MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 1; Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 1.

<sup>772</sup> Bamberger/*Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn. 19 und Rn. 44; Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 4; MünchHdb.BGB/*Hopp/Möhrle*, § 5 Rn. 2.

<sup>773</sup> BGHZ 17, 299, 301 f.; BGHZ 92, 259, 264 f.; MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 26; Staudinger/*Habermeier*, § 705 Rn. 4.

schafter durch Bestellung des gemeinsamen Vertreters genügen.<sup>774</sup> Für den Abschluss eines GbR-Gesellschaftsvertrags zur gemeinsamen Stimmrechtsausübung kann ein konkludenter Vertragsschluss jedoch nicht genügen. Schließlich ist Konsequenz der Behauptung, ein erstmaliges Zusammenwirken reiche für den Abschluss eines Vertrags aus, dass die Gesellschafter immer einen Gesellschaftsvertrag abschließen, außer sie verzichten auf die Ausübung ihrer Stimmrechte. Den Fall des fehlenden Gesellschaftsvertrags zwischen den durch die Vertreterklausel zusammengeschlossenen Gesellschafter gäbe es folglich nicht. Darüber hinaus ist der ausdrückliche Abschluss eines Gesellschaftsvertrags aus Gründen der Rechtssicherheit sinnvoll. Nur so können die Gesellschafter die Vereinbarung von vom Gesetz abweichenden Regelungen beweisen. Das bloße Zusammenwirken der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter stellt somit keinen konkludenten Abschluss eines Gesellschaftsvertrags dar.<sup>775</sup>

Der einzige Zweck der GbR ist die einheitliche Ausübung der Gesellschafterrechte, insbesondere des Stimmrechts, durch den gemeinsamen Vertreter. Die GbR tritt hierbei nur gegenüber der GmbH auf, indem der gemeinsame Vertreter die Rechte der Gesellschafter bei der Beschlussfassung in der GmbH ausübt. Ein anderweitiges Auftreten der GbR im Rechtsverkehr erfolgt nicht. Folglich ist davon auszugehen, dass die GbR als bloße Innen-GbR gegründet wird und nicht als rechtsfähige Außen-GbR.<sup>776</sup> Diese Annahme wird dadurch verstärkt, dass die zur Ausübung der Gesellschafterrechte gegründete GbR kein Gesellschaftsvermögen haben muss. Die GmbH-Geschäftsanteile gehören dann weiterhin den

---

<sup>774</sup> So MK-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 26; *Staudinger/Habermeier*, § 705 Rn. 4; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 13; *K. Schmidt*, ZHR 146 (1982), 525, 539; a. A. *Westermann-Hdb.PG/Westermann*, Rz. I 537; *Hurst*, DNotZ 1967, 6, 19; *Heuking*, FS Lürer, 231, 238 f. sieht den Vertragsschluss in der konkludenten Annahme der Erbschaft.

<sup>775</sup> *Schörnig*, S. 102 ff.; a. A. *Westermann-Hdb.PG/Westermann*, Rz. I 537; *Hueck*, ZHR 125 (1963), 1, 13.

<sup>776</sup> So auch BGHZ 126, 226, 234 – „SGV I“; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch*, Kap. 6 Rn. 175; *Westermann-Hdb.PG/Westermann*, Rz. I 138; *Odersky*, FS Lutter, 557, 560; siehe allgemein *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 705 Rn. 133 ff.;

einzelnen Gesellschaftern. Es erfolgt keine Übertragung der GmbH-Geschäftsanteile auf die GbR.

### **1. Person des gemeinsamen Vertreters**

Die Gesellschafter der GbR müssen einen gemeinsamen Vertreter bestellen. Im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft.<sup>777</sup> Dieser Grundsatz ergibt sich aus § 709 Abs. 1 BGB, wonach die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht und für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Der Grundsatz der Selbstorganschaft ist zwingend und kann daher nicht abbedungen werden.

Die Ermächtigung eines Gesellschafters zum gemeinsamen Vertreter ergibt sich aus dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag. § 714 BGB knüpft die Vertretungsbefugnis im Regelfall an die Geschäftsführungsbefugnis,<sup>778</sup> indem § 714 BGB vorschreibt, dass ein Gesellschafter, dem nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, im Zweifel auch ermächtigt ist, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten. Da gem. § 709 Abs. 1 BGB grundsätzlich alle Gesellschafter geschäftsführungsbefugt sind, sieht das Gesetz folglich grundsätzlich die Vertretungsbefugnis aller Gesellschafter vor. Aufgrund der Vertreterklausel darf es jedoch nur einen gemeinsamen Vertreter geben. Die Gesellschafter der GbR müssen die Vermutungsregelung des § 714 BGB folglich durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung widerlegen. Die gesellschaftsvertragliche Regelung muss dahingehend lauten, dass nur ein Gesellschafter vertretungsbefugt ist.<sup>779</sup> Die Vertretungsbe-

---

<sup>777</sup> BGHZ 33, 105, 106 f.; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 709 Rn. 2; Erman/H. P. Westermann, § 709 Rn. 3; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 709 Rn. 5; Staudinger/Habermeier, § 709 Rn. 12; MünchHdb.BGB/v. Dittfurth, § 7 Rn. 8 ff.; Westermann-Hdb.PG/Wertenbruch, Rz. I 41.

<sup>778</sup> Siehe Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 714 Rn. 5.

<sup>779</sup> Siehe hierzu auch MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 45; Arens/Uloth, § 2 Rn. 21; solange ein Gesellschafter vertretungsbefugt ist, wird dem Grundsatz der Selbstorganschaft genüge getan, siehe Westermann-Hdb.PG/Wertenbruch, Rz. I 42.

fugnis ist in Personengesellschaften Ausfluss der Mitgliedschaft.<sup>780</sup> Somit handelt es sich nicht um ein Sonderrecht i. S. v. § 35 BGB.

Die Gesellschafter der GbR können in ihrer Satzung namentlich festlegen, wer zum Geschäftsführer bestimmt ist. Die Person des Alleinvertretungsberechtigten kann jedoch auch nach abstrakten Kriterien in der Satzung bestimmt werden. Denkbar ist eine Regelung, nach der der älteste Gesellschafter die Gesellschaft nach außen vertritt. Daneben ist es auch möglich, die Alleinvertretungsbefugnis den Gesellschaftern abwechselnd und nacheinander zu erteilen. Vorgegeben wird dann eine bestimmte Amtszeit sowie die Reihenfolge, in der die Gesellschafter sich mit der Alleinvertretungsbefugnis abwechseln.

Wurde der Alleinvertretungsberechtigte in der Satzung namentlich genannt oder lassen die abstrakten Kriterien keine andere Person als Alleinvertretungsberechtigten zu, so bedarf es für eine vorzeitige Abberufung des Alleinvertretungsberechtigten der Änderung des Gesellschaftsvertrags. Etwas anderes gilt für die Abberufung der Vertreter aus wichtigem Grund (vgl. §§ 715, 712 Abs. 1 BGB). Der Beschluss über die Abberufung des Vertreters aus wichtigem Grund bedarf gem. §§ 715, 712 Abs. 1 BGB der Einstimmigkeit oder einer vom Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Mehrheit. Der gemeinsame Vertreter kann bei der Beschlussfassung über seine Abberufung vom Stimmrecht ausgeschlossen sein. Für die Abberufung des gemeinsamen Vertreters aus wichtigem Grund ergibt sich das Stimmverbot des betroffenen Gesellschafters aus §§ 715, 712 Abs. 1 BGB. §§ 715, 712 Abs. 1 BGB sieht bei der Abberufung des Vertreters der GbR aus wichtigem Grund ausdrücklich eine Beschlussfassung der „übrigen“ Gesellschafter vor.<sup>781</sup> Im Umkehrschluss aus § 712 Abs. 1 BGB folgt, dass der gemeinsame Vertreter im Fall der Beschlussfassung über die ordentliche Abberufung im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags mitstimmen darf. Hierfür spricht auch das

---

<sup>780</sup> So auch Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 709 Rn. 10;

<sup>781</sup> Staudinger/Habermeier, § 712 Rn. 9; MünchHdb.BGB/v. Diefurth, § 7 Rn. 69.

Argument, dass Beschlüsse über die innere Ordnung der GbR alle Gesellschafter betreffen und somit auch alle Gesellschafter an der Beschlussfassung mitwirken dürfen.<sup>782</sup>

Statt einer konkreten Bestimmung für die Person des Alleinvertretungsbefugten im Gesellschaftsvertrag kann der Gesellschaftsvertrag auch vorsehen, dass die Gesellschafter für jede Gesellschafterversammlung in der GmbH vorher einen gemeinsamen Vertreter ad-hoc durch Beschluss bestimmen. Wollen die Gesellschafter einen Gesellschafter zum gemeinsamen Vertreter bestellen, so unterliegt der betroffene Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Bestellung keinem Stimmverbot.<sup>783</sup> Da es sich bei der Beschlussfassung über die Bestellung des gemeinsamen Vertreters um einen innergemeinschaftlichen Organisationsakt handelt, muss die Willensbildung der Gesellschaft durch alle Gesellschafter erfolgen können.<sup>784</sup> Der betroffene Gesellschafter darf bei der Beschlussfassung über seine Bestellung zum gemeinsamen Vertreter folglich mitstimmen.<sup>785</sup>

## 2. Entscheidungsfindung in der GbR

In der Gesellschafterversammlung der GmbH tritt der gemeinsame Vertreter für die zu einer Gruppe zusammengeschlossenen Gesellschafter als deren Stellvertreter (§ 164 Abs. 1 BGB) auf. Bei der Stimmrechtsausübung ist der gemeinsame Vertreter im Außenverhältnis unbeschränkt. Anders kann das im Innenverhältnis aussehen.<sup>786</sup>

### a) Beschlussmehrheit

Gem. § 709 Abs. 1, 1. Halbs. BGB steht die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Somit sind alle

---

<sup>782</sup> Schörnig, S. 159.

<sup>783</sup> Westermann-Hdb.PG/Westermann, Rz. I 542; Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 12.

<sup>784</sup> So auch Schörnig, S. 141; siehe auch Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 12; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 548.

<sup>785</sup> Siehe auch Schörnig, S. 141; Hueck, ZHR 125 (1963), 1, 12; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 548.

<sup>786</sup> So auch K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 549; siehe hierzu allgemein MünchHdb.BGB/v. Dittfurth, § 7 Rn. 3 ff.

Gesellschafter geschäftsführungsbefugt. Für jedes Geschäft ist gem. § 709 Abs. 1, 2. Halbs. BGB die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Die Entscheidung über das Abstimmungsverhalten des gemeinsamen Vertreters in der Gesellschafterversammlung der GmbH dient der Förderung des Gesellschaftszwecks der GbR. Es handelt sich um eine Geschäftsführungsmaßnahme i.S. d. § 709 BGB. Die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter müssen sich folglich nach dem gesetzlichen Regelfall einstimmig darüber einigen, wie ihr gemeinsamer Vertreter in der Gesellschafterversammlung der GmbH abstimmen soll.

Das Einstimmigkeitsprinzip in der GbR ist jedoch nicht zwingend.<sup>787</sup> Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag vielmehr ein von der gesetzlichen Regelung abweichendes Mehrheitserfordernis an die Beschlussfassung stellen (vgl. § 709 Abs. 2 BGB). Durch geringere Anforderungen an die Mehrheit als der Einstimmigkeit kann eine höhere Flexibilität und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sichergestellt werden.<sup>788</sup> Vereinbaren die Gesellschafter eine geringere Mehrheit als die Einstimmigkeit im Gesellschaftsvertrag, so berechnet sich die Mehrheit nach der Zahl der Gesellschafter, soweit die Gesellschafter keine andere Berechnung vereinbaren (§ 709 Abs. 2 BGB). Hiervon abweichend kann die Satzung jedoch die Berechnung der Mehrheit nach dem Verhältnis der Anteile an der GmbH als Hauptgesellschaft regeln.<sup>789</sup>

Eine von den Gesellschaftern der GbR vereinbarte einfache Mehrheitsklausel für die Beschlussfassung über das Abstimmungsverhalten in der GmbH kann möglicherweise von einem strengeren Mehrheitserfordernis

---

<sup>787</sup> Siehe MünchHdb.BGB/v. Dittfurth, § 7 Rn. 48; Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 709 Rn. 11; Bormann/Kauka/Ockelmann/Koch, Kap. 6 Rn. 175; bei fehlender vertraglicher Vereinbarung des Mehrheitsprinzips kann sich dieses auch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergeben, siehe Heu-king, FS Lüer, 231, 242 ff.

<sup>788</sup> BGHZ 170, 283, 286 – „OTTO“; BGH NZG 2009, 183, 184; siehe hierzu auch MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 23 f.; Heu-king, FS Lüer, 231, 241 f.; Zöllner, FS Ulmer, 725, 726; Podewils, BB 2009, 733, 734 f.; König, ZGR 2005, 417, 421.

<sup>789</sup> So in BGH DB 1969, 1097, 1097; BGH NZG 2009, 183, 184; siehe auch Zöllner, FS Ulmer, 725, 728; K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 546; allgemein hierzu siehe Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 709 Rn. 21.

in der GmbH verdrängt werden. Das ist der Fall, wenn das Mehrheitserfordernis der Kapitalgesellschaft auf die Beschlussfassung in der GbR ausstrahlen würde.<sup>790</sup> Dieser Annahme steht jedoch der Grundsatz der Vertragsfreiheit auf der Ebene der GbR entgegen.<sup>791</sup> Diesem ist hier Vorrang einzuräumen. Schließlich ist zwischen der GmbH-Ebene, für die das GmbH-Recht gilt, und der Ebene der stimmrechtsgebündelten Gesellschafter zu unterscheiden.<sup>792</sup> Die Ebene der Gesellschafter richtet sich im Fall der Vertreterklausel nach dem Recht der GbR.<sup>793</sup> Die Wirksamkeit einer Mehrheitsklausel in der GbR bemisst sich an einer formellen und materiellen Beschlusskontrolle, die durch die Kernbereichslehre und die Treuepflicht geprägt werden.<sup>794</sup> Ein geringeres Mehrheitserfordernis in der GbR als in der GmbH stellt weder einen ungerechtfertigten Eingriff in die Rechte der einzelnen Gesellschafter der GbR dar noch wird gegen Vorschriften des GmbH-Rechts verstoßen.<sup>795</sup>

#### **b) Weisungsrecht der Gesellschafter**

Die nicht vertretungsbefugten Gesellschafter der GbR haben jedoch keine Erleichterung, wenn sie vor jeder GmbH-Gesellschafterversammlung zusammenkommen müssen, um dem Vertreter Weisungen für die Abstimmung in der Gesellschafterversammlung der GmbH zu erteilen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Gesellschafter der GbR auch vereinba-

---

<sup>790</sup> So MK-AktG/Pentz, § 23 Rn. 195; *Habersack*, ZHR 164 (2000), 1, 12 f.; a. A. BGH GmbHR 1990, 75, 75 f.; BGH NZG 2009, 183, 185 f.; *Eickhoff*, Rn. 220; *Odersky*, FS Lutter, 557, 559 f.; *Göz*, EWiR 2009, 173, 174; *Gottschalk*, GmbHR 2009, 310, 311; *König*, ZGR 2005, 417, 422 ff.; *Podewils*, BB 2009, 733, 734 f.; *Schäfer*, ZGR 2009, 768, 781 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2009, 737, 743.

<sup>791</sup> BGH NZG 2009, 183, 184; *Gottschalk*, GmbHR 2009, 310, 311; *König*, ZGR 2005, 417, 422.

<sup>792</sup> BGH NZG 2009, 183, 185; *Zöllner*, FS Ulmer, 725, 737; *Göz*, EWiR 2009, 173, 174; *König*, ZGR 2005, 417, 422 ff.; a. A. *Habersack*, ZHR 164 (2000), 1, 16, der eine Überlagerung der schuldrechtlichen Ebenen durch die kooperative Ebene sieht.

<sup>793</sup> *Göz*, EWiR 2009, 173, 174; *König*, ZGR 2005, 417, 422.

<sup>794</sup> *Schäfer*, ZGR 2009, 768, 775 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2009, 737, 738 ff.

<sup>795</sup> So BGH NZG 2009, 183, 185 f.; siehe hierzu auch *Zöllner*, FS Ulmer, 725, 729 ff.; *Odersky*, FS Lutter, 557, 559 f.; *König*, ZGR 2005, 417, 426 ff.; im Ergebnis auch *Podewils*, BB 2009, 733, 734 f.; *K. Schmidt*, ZIP 2009, 737, 743.

ren können dass der alleinvertretungsbefugte Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung der GmbH nach freiem Ermessen abstimmen kann.<sup>796</sup>

Grundsätzlich kann sich aus § 711 S. 1 BGB sowie aus § 713 i. V. m. § 665 BGB ein Weisungsrecht der übrigen Gesellschafter ergeben. Das setzt jedoch voraus, dass die übrigen Gesellschafter geschäftsführungsbefugt sind.<sup>797</sup> Ein weisungsfreier Entscheidungsspielraum des Vertreters kann somit dadurch erreicht werden, dass dem Vertreter nicht nur die alleinige Vertretungsbefugnis erteilt wird, sondern auch die alleinige Geschäftsführungsbefugnis.<sup>798</sup> Ein Weisungsrecht der übrigen Gesellschafter ist mit der Alleingeschäftsführungsbefugnis des Vertreters unvereinbar.<sup>799</sup>

### 3. Folgen der Kündigung eines GbR-Gesellschafters

Jeder Gesellschafter der GbR kann die bestehende GbR grundsätzlich kündigen. Ist für die Dauer der Gesellschaft eine bestimmte Zeit vereinbart, so ist die ordentliche Kündigung zwar ausgeschlossen (§ 723 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Recht, die Mitgliedschaft bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu kündigen (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB), steht einem Gesellschafter aber immer zu. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes setzt voraus, dass es dem Gesellschafter unter Abwägung aller Umstände nicht zumutbar ist, weiter in der Gesellschaft zu verbleiben.<sup>800</sup> Nur in diesem Fall ist die Kündigung mit sofortiger Wirkung gerechtfertigt.<sup>801</sup>

---

<sup>796</sup> Siehe hierzu auch MünchHdb.BGB/*Weipert*, § 34 Rn. 46 ff.

<sup>797</sup> Siehe hierzu Bamberger/Roth/*Timm/Schöne*, § 711 Rn. 3; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 711 Rn. 6; Westermann-Hdb.PG/*Wertenbruch*, Rz. I 369 und I 371d.

<sup>798</sup> Allgemein siehe Bamberger/Roth/*Timm/Schöne*, § 709 Rn. 22; Erman/*H. P. Westermann*, § 710 Rn. 2; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 710 Rn. 7; Staudinger/*Habermeier*, § 710 Rn. 7; speziell für die Gruppenvertretung siehe Arens/*Uloth*, § 2 Rn. 17.

<sup>799</sup> Allgemein siehe Bamberger/Roth/*Timm/Schöne*, § 709 Rn. 22; Erman/*H. P. Westermann*, § 713 Rn. 2; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 713 Rn. 7; Staudinger/*Habermeier*, § 713 Rn. 5; MünchHdb.BGB/*v. Diefurth*, § 7 Rn. 46.

<sup>800</sup> Siehe Bamberger/Roth/*Timm/Schöne*, § 723 Rn. 17; Erman/*H. P. Westermann*, § 723 Rn. 11; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 723 Rn. 28; Staudinger/

**a) Auflösung der GbR**

Kündigt ein Gesellschafter die GbR wirksam, so führt dies nach dem gesetzlichen Regelfall zur Auflösung der Gesellschaft. Die GbR muss gem. § 726 BGB abgewickelt werden (vgl. §§ 730 f. BGB), da der Zweck der Stimmrechtsausübung durch einen gemeinsamen Vertreter unmöglich ist. Dies entspricht dem Prinzip des höchstpersönlichen Zusammenschlusses der Gesellschafter.<sup>802</sup>

Die Beendigung der GbR wirkt sich auf die Binnenorganisation der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter dahingehend aus, dass sich die Rechte der Gruppenmitglieder nunmehr gem. § 731 S. 2 BGB nach den §§ 741 ff. BGB bestimmen. Gem. § 745 BGB ist jedoch auch hier eine vorherige mehrheitliche Einigung der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter erforderlich, da die Vertreterklausel weiterhin ihre Geltung entfaltet. Kündigt ein Gesellschafter mit dem Ziel, sich von den übrigen von der Gesellschafterklausel betroffenen Gesellschaftern zu trennen, so erreicht er dieses Ziel durch die Kündigung der GbR nicht. Die Kündigung führt lediglich zur Auflösung der GbR.

**b) Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters und Fortführungsklausel**

Die Auflösung der GbR als Folge der Kündigung eines Gesellschafters ist als innergesellschaftliche Regelung dispositiv.<sup>803</sup> Die Gesellschafter können die Rechtsfolge der Kündigung durch eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung abbedingen mit der Folge, dass die wirksame Kündigung eines Gesellschafters lediglich zu dessen Ausscheiden führt.<sup>804</sup> Die

---

*Habermeier*, § 723 Rn. 26; *Arens/Uloth*, § 2 Rn. 79; *K. Schmidt*, *GesR*, § 59 V. 1. g) bb) (S. 1760).

<sup>801</sup> *Erman/H. P. Westermann*, § 723 Rn. 11; *MK-BGB/Ulmer/Schäfer*, § 723 Rn. 26; *Staudinger/Habermeier*, § 723 Rn. 26 ff.; *Arens/Uloth*, § 2 Rn. 79.

<sup>802</sup> *Staudinger/Habermeier*, § 723 Rn. 4; *MünchHdb.BGB/Gummert*, § 21 Rn. 21.

<sup>803</sup> *Erman/H. P. Westermann*, § 730 Rn. 16; *MK-BGB/Ulmer/Schäfer*, § 723 Rn. 19; *Staudinger/Habermeier*, § 730 Rn. 2; *MünchHdb.BGB/Gummert*, § 21 Rn. 10; *Arens/Uloth*, § 2 Rn. 78; *K. Schmidt*, *GesR*, § 59 V. 2. (S. 1760).

<sup>804</sup> *Erman/H. P. Westermann*, § 736 Rn. 2 und Rn. 5; *MK-BGB/Ulmer/Schäfer*, § 736 Rn. 5 und Rn. 8; *Staudinger/Habermeier*, § 736 Rn. 5; *MünchHdb.*

GbR wird dann mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt (Fortführungsklausel, vgl. § 736 Abs. 1 BGB). Der betroffene Gesellschafter scheidet automatisch aus. Es bedarf keines Gesellschafterbeschlusses und keiner besonderen Erklärung.

**aa) Problem einer Fortführungsklausel im Zusammenhang mit der Vertreterklausel**

Normalerweise ist die Fortführung der GbR beim Ausscheiden eines Gesellschafters sinnvoll, um so die Handlungsfähigkeit der übrigen Gesellschafter zu gewährleisten.<sup>805</sup> Die Fortführung der GbR mit dem Zweck der einheitlichen Stimmrechtsausübung durch den gemeinsamen Vertreter ist jedoch nicht mehr möglich, wenn ein von der Vertreterklausel betroffener Gesellschafter aus der GbR ausscheidet.<sup>806</sup> Da die Vertreterklausel weiterhin bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung der GmbH für den aus der GbR ausgeschiedenen Gesellschafter Geltung entfaltet, können ab dem Ausscheiden eines Gesellschafters weder der ausgeschiedene Gesellschafter noch die verbleibenden Gesellschafter ihr Stimmrecht ausüben. Diese Situation ist für alle Beteiligten unbefriedigend.<sup>807</sup> Die Erreichung des gemeinsamen Zwecks wird unmöglich, was gem. § 726 BGB wiederum zur Beendigung der GbR führt.

Die Vereinbarung einer Fortführungsklausel im Gesellschaftsvertrag der GbR reicht alleine nicht aus, um dem ausscheidenden Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, sich der Wirkung der Vertreterklausel zu entziehen.

**bb) Lösungsmöglichkeit durch Gesellschaftsvertragsgestaltung in der GbR**

**(1) Ziel einer gesellschaftsvertraglichen Regelung**

Grund für die Kündigung seiner Mitgliedschaft in der GbR ist, dass der Gesellschafter im Regelfall nicht mehr mit den übrigen Gesellschaftern

---

BGB/Piebler/Schulte, § 10 Rn. 35 ff.; Arens/Uloth, § 2 Rn. 78; K. Schmidt, GesR, § 50 II. 4. a) (S. 1454).

<sup>805</sup> Erman/H. P. Westermann, § 736 Rn. 2; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 736 Rn. 5 f.

<sup>806</sup> Siehe bereits zur fehlenden Einigung § 2 B. II.

<sup>807</sup> Siehe hierzu auch K. Schmidt, ZHR 146 (1982), 525, 538.

zusammenarbeiten will oder kann. Das eigentliche Ziel des ausscheidenden Gesellschafters ist daher nicht lediglich sein Ausscheiden aus der GbR, sondern auch die Loslösung von der Wirkung der Vertreterklausel.

Diesem Ziel werden weder die gesetzliche Regelung noch eine im GbR-Gesellschaftsvertrag vereinbarte Fortführungsklausel gerecht. Das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters in Verbindung mit der Fortführung der GbR mit den verbleibenden Gesellschaftern ist nur dann zweckmäßig, wenn der ausscheidende Gesellschafter seinen GmbH-Anteil an die übrigen Gesellschafter der GbR überträgt.<sup>808</sup> Nur auf diese Weise können die übrigen von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter die einheitliche Ausübung ihrer Stimmrechte durch den gemeinsamen Vertreter sicherstellen. Und nur auf diese Weise ist eine vollständige Trennung des ausscheidenden Gesellschafters von den übrigen von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschaftern möglich. Der aus der GbR ausscheidende Gesellschafter muss folglich zugleich sein Ausscheiden aus der GmbH hinnehmen.<sup>809</sup>

## **(2) Umsetzung im GbR-Gesellschaftsvertrag**

Die Übertragung des GmbH-Anteils des aus der GbR ausscheidenden Gesellschafters an die in der GbR verbleibenden Gesellschafter wird erreicht, indem der GbR-Gesellschaftsvertrag eine Abtretungsverpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters enthält. Dies kann wie folgt formuliert werden:

*„Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so ist er dazu verpflichtet, seine Beteiligung an der GmbH auf die übrigen Gesellschafter zu übertragen.“*

Bei der Abtretung des Geschäftsanteils an die übrigen Gesellschafter können jedoch weitere Anforderungen zu beachten sein. Gem. § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Satzung der GmbH die Abtretung eines Ge-

---

<sup>808</sup> MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 134.

<sup>809</sup> Vgl. allgemein zu Interdependenzen verschiedener paralleler Mitgliedschaften BGHZ 126, 226, 226 f.; siehe auch MünchHdb.BGB/Weipert, § 34 Rn. 134.

schäftsanteils an weitere Voraussetzungen knüpfen. Die Satzung einer GmbH, deren Gesellschafter zu einzelnen Familienstämmen zusammengeschlossen sind, kann beispielsweise regeln, dass eine Abtretung nur innerhalb des Familienstamms möglich ist.<sup>810</sup>

Häufig regeln die Gesellschafter einer GmbH als zusätzliche Voraussetzung für die Abtretung die Zustimmungspflicht der Gesellschafter der GmbH.<sup>811</sup> Eine solche Vinkulierungsklausel dient dem Zweck, die Gesellschafter vor dem Eindringen Fremder in die GmbH zu schützen.<sup>812</sup> Außerdem können die Beteiligungsverhältnisse an der GmbH durch eine Vinkulierungsklausel nur mit Zustimmung der Gesellschafter verändert werden.<sup>813</sup>

Eine Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH kann der Abtretungsverpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag der GbR entgegenstehen. Schließlich kann der aus der GbR ausscheidende Gesellschafter seiner Abtretungsverpflichtung gegenüber den übrigen Gesellschaftern der GbR nicht nachkommen, wenn die Gesellschafter der GmbH der Abtretung nicht zustimmen. Jedoch ist zu bedenken, dass eine Vinkulierungsklausel oftmals ausdrücklich nur für die Abtretung des Geschäftsanteils an Fremde gilt. Sie kann dann wie folgt lauten.

---

<sup>810</sup> MK-GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15 Rn. 394; *Scholz/H. Winter/Seibt*, § 15 Rn. 116; vgl. auch *MünchHdb.GmbH/D. Jasper*, § 24 Rn. 181; *BeckHdb. GmbH/Schacht*, § 12 Rn. 58; siehe allgemein auch *Birle/Diehl*, Rn. 2474 ff.; *GmbH-GF/Oppenländer*, § 9 Rn. 59; *Raiser/Veil*, § 30 Rn. 14; zur Sicherstellung der familieninternen Nachfolge siehe *Langner/Heydel*, *GmbHR* 2005, 377, 377.

<sup>811</sup> *Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 220; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 15 Rn. 58; *GmbH-GF/Oppenländer*, § 9 Rn. 59; *Heckschen/Heidinger*, § 4 Rn. 158; *Reichert/Harbarth*, S. 130.

<sup>812</sup> *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 15 Rn. 58; *BeckHdb.GmbH/Schacht*, § 12 Rn. 55; *Birle/Diehl*, Rn. 2393; *GmbH-GF/Oppenländer*, § 9 Rn. 59; *Goette*, § 5 III. Rn. 38 (S. 159); *Reichert/Harbarth*, S. 130; *Raiser/Veil*, § 30 Rn. 9; *K. Schmidt*, *GesR*, § 35 II. 1. b) (S. 1047); *Liebscher*, *ZIP* 2003, 825, 826.

<sup>813</sup> *Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 221; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 15 Rn. 58; *Liebscher*, *ZIP* 2003, 825, 826.

*„Die Abtretung eines Geschäftsanteils an einen Nicht-Gesellschafter ist nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich.“<sup>814</sup>*

Ist lediglich die Abtretung an Nichtgesellschafter von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig, so kollidieren die Vinkulierungsklausel aus dem GmbH-Gesellschaftsvertrag und die Abtretungsverpflichtung aus dem GbR-Gesellschaftsvertrag nicht.

Regelt die Vinkulierungsklausel hingegen ein Zustimmungserfordernis der Gesellschafter für die Abtretung eines Geschäftsanteils ganz allgemein, so kann die Vinkulierungsklausel teleologisch zu reduzieren sein. Die Vinkulierungsklausel soll die Gesellschafter vor dem Eindringen Fremder sowie einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter zueinander schützen.<sup>815</sup> Da der Gesellschaftsvertrag der GbR ausschließlich die Übertragung des Geschäftsanteils an Gesellschafter der GbR, die gleichzeitig Gesellschafter der GmbH sind, vorsieht, sind die übrigen Gesellschafter der GmbH nicht schutzbedürftig. Ein Schutzbedürfnis der Gesellschafter ergibt sich auch nicht aufgrund der Veränderung der Beteiligungsverhältnisse der Gesellschafter. Zwar vergrößern sich die einzelnen Beteiligungen der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter durch die Übertragung des Geschäftsanteils des ausscheidenden Gesellschafters. Der Gesamteinfluss dieser Gesellschafter bleibt jedoch konstant. Die Beteiligungsquoten der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter verglichen mit den Beteiligungsquoten der übrigen Gesellschafter verändern sich nicht. Eine teleologische Reduktion der Vinkulierungsklausel ist somit gerechtfertigt.<sup>816</sup> Folglich steht eine allgemeine Vinkulierungsklausel in der Satzung der GmbH nicht der Ab-

---

<sup>814</sup> Siehe hierzu auch die Formulierungsvorschläge von Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 221; *Birle/Diehl*, Rn. 2467; GmbH-GF/*Oppenländer*, § 9 Rn. 59; *Reichert/Harbarth*, S. 125 ff.; *K. Schmidt*, GesR, § 35 II. 1. b) (S. 1047).

<sup>815</sup> Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 221 f.; MünchHdb.GmbH/*D. Jasper*, § 24 Rn. 181; *Birle/Diehl*, Rn. 2451; *Raiser/Veil*, § 30 Rn. 9; *K. Schmidt*, GesR, § 35 II. 1. b) (S. 1047); *Liebscher*, ZIP 2003, 825, 826.

<sup>816</sup> Vgl. hierzu auch Großkomm-GmbHG/*M. Winter/Löbbe*, § 15 Rn. 38.

tretungsverpflichtung eines Gesellschafters bei seinem Ausscheiden aus der GbR entgegen.

### **(3) Zulässigkeit einer gesellschaftsvertraglichen Regelung in der GbR**

Die soeben erarbeitete Regelung im Gesellschaftsvertrag der GbR ist jedoch nur dann zulässig, wenn sie mit den übrigen zwingenden gesetzlichen Vorschriften vereinbar ist.

Die Verpflichtung des ausscheidenden Gesellschafters zur Übertragung seines GmbH-Anteils an die übrigen Gesellschafter der GbR kann eine unzulässige Kündigungsbeschränkung i. S. v. § 723 Abs. 3 BGB darstellen.<sup>817</sup> Gem. § 723 Abs. 3 BGB ist eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder den Vorschriften der GbR zuwider beschränkt wird, nichtig. Neben Vereinbarungen, die das Kündigungsrecht als solches beschränken sind auch solche Vereinbarungen nichtig, die an die Kündigung wirtschaftlich benachteiligende, vermögensrechtliche Folgen für den Ausscheidenden knüpfen.<sup>818</sup>

§ 723 Abs. 3 BGB liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass das Eingehen einer persönlichen und wirtschaftlichen Bindung ohne Kündigungsmöglichkeit mit der allgemeinen Freiheit des Vertragsschließenden unvereinbar ist.<sup>819</sup> Die gleiche Konsequenz muss gezogen werden, wenn die vermögensrechtlichen Folgen einer Kündigung im Ergebnis faktisch zu einem Kündigungsausschluss für den Ausscheidenden führen.<sup>820</sup> Das Vorliegen einer solchen Einschränkung des Kündigungsrechts durch die oben genannte, gesellschaftsvertragliche Abtretungsverpflichtung eines ausscheidenden Gesellschafters ist jedoch zu verneinen. Dem kündigenden Gesellschafter wird durch die gesellschaftsvertragliche Klausel zwar

---

<sup>817</sup> Vgl. hierzu *Wälzholz*, GmbHR 2009, 1020, 1025.

<sup>818</sup> BGHZ 126, 226, 230; Erman/*H. P. Westermann*, § 723 Rn. 23; Staudinger/*Habermeier*, § 723 Rn. 41; MünchHdb.BGB/*Piehler/Schulte*, § 10 Rn. 41.

<sup>819</sup> Erman/*H. P. Westermann*, § 723 Rn. 22; MK-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 723 Rn. 61; Staudinger/*Habermeier*, § 723 Rn. 41.

<sup>820</sup> BGHZ 126, 226, 231; Erman/*H. P. Westermann*, § 723 Rn. 23; Staudinger/*Habermeier*, § 723 Rn. 42.

die Freiheit genommen, unabhängig vom Ausscheiden aus der GbR über das Festhalten an seinem GmbH-Anteil zu entscheiden. Jedoch erhält der Gesellschafter für die Übertragung seines Geschäftsanteils auf die übrigen Gesellschafter einen vollwertigen finanziellen Ausgleich. Somit stellt die Verpflichtung eines Gesellschafters, beim Ausscheiden aus der GbR seinen GmbH-Anteil auf die übrigen Gesellschafter der GbR zu übertragen, keine unzulässige Kündigungsbeschränkung i. S. v. § 723 Abs. 3 BGB dar.<sup>821</sup>

#### **IV. Beendigung der Vertreterklausel (auf GmbH-Ebene)**

Die obigen Ausführungen zur Kündigung der GbR durch einen Gesellschafter haben gezeigt, dass sich daraus lediglich Folgen für das Innenverhältnis der von der Vertreterklausel betroffenen Personen ergeben. Die Wirkung der Vertreterklausel bleibt unverändert. Weder das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GbR noch die Beendigung der GbR führen somit zur Beendigung der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Zwangsvertretung.

##### **1. Beendigung durch Zeitablauf**

###### **a) Vereinbarung einer bestimmten Geltungsdauer der Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH**

Der Vertretungszwang endet automatisch, wenn die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH für eine bestimmte Zeit vereinbart wurde und diese Zeit abgelaufen ist. Die Begrenzung der Geltung der Vertreterklausel durch eine auflösende Befristung (§§ 163, 158 Abs. 2 BGB) ist grundsätzlich zulässig.<sup>822</sup> Mit Ablauf der zeitlichen Begrenzung endet die Vertreterklausel automatisch. Ein zusätzlicher Aufhebungsakt ist nicht erforderlich. Die zunächst zu einer Gruppe zusammengeschlossenen Gesellschafter können nach der Beendigung der Vertreterklausel wieder selbst und unabhängig voneinander ihr Stimmrecht ausüben.

---

<sup>821</sup> So auch BGHZ 126, 226, 227 f.; *Wälzholz*, GmbHR 2009, 1020, 1025.

<sup>822</sup> Vgl. RGZ 21, 93, 94; BGHZ 10, 91, 98; BGH WM 1967, 315, 136; zur allgemeinen Zulässigkeit von auflösungsbedingten Befristungen siehe Erman/*C. Armbrüster*, § 163 Rn. 1.

**b) Begrenzung durch die analoge Anwendung des § 2210 S. 1 BGB auf die Vertreterklausel**

Die Dauer der Vertreterklausel ist nicht zwingender Bestandteil einer Vertretungsklausel. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH kann keine oder aber ausdrücklich eine unbestimmte Zeit für die Geltung der Vertreterklausel vorsehen. Für diese Fälle kann sich dennoch eine Begrenzung der Geltung der Vertreterklausel auf maximal 30 Jahre ergeben. Für eine solche Begrenzung kann die analoge Anwendung des § 2210 S. 1 BGB auf die Vereinbarung einer Vertreterklausel sprechen.<sup>823</sup> Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung liegt eine Regelungslücke vor. Die Planwidrigkeit dieser Regelungslücke ergibt sich daraus, dass keine Anhaltspunkte für eine bewusste und gewollte Lücke des Gesetzgebers ersichtlich sind.<sup>824</sup> Neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke muss die Interessenlage bei der Vertreterklausel mit der des § 2210 S. 1 BGB vergleichbar sein.

Gem. § 2210 S. 1 BGB wird eine Dauertestamentsvollstreckung unwirksam, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind. Der zulässige Zeitraum von dreißig Jahren beginnt gem. § 2210 S. 1 BGB mit dem Erbfall. Übertragen auf die Vertreterklausel bedeutet das einen Beginn der dreißig Jahre ab dem Zeitpunkt der Übertragung des Geschäftsanteils vom Erblasser auf den gruppengebundenen Erben. Der hinter § 2210 S. 1 BGB stehende Gedanke zielt darauf ab, eine dauerhafte Beschränkung der Erben zu vermeiden.<sup>825</sup> Der Wille des Erblassers soll nicht länger als 30 Jahren ab dem Erbfall anerkannt werden. Es sprechen gute Argumente für eine Anwendung der dreißigjährigen Obergrenze auch auf eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Vertreterklausel. Sowohl die testamentarische Beschränkung als auch die Vertreterklausel haben das Ziel, eine Aufteilung der Macht aus dem Geschäftsanteil zu verhindern. Die Vertreterklausel stellt somit eine gleichwertige Möglichkeit neben der Testamentsvollstreckung dar, dieses Ziel zu erreichen. Wäre die Vertreterklausel

---

<sup>823</sup> Siehe nur Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 709 Rn. 53b.

<sup>824</sup> Schmalz, Rn. 383 ff.; Schneider/Schnapp, S. 154.

<sup>825</sup> Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2210 Rn. 1; Erman/M. Schmidt, § 2210 Rn. 1; MK-BGB/Zimmermann, § 2210 Rn. 1; Staudinger/Reimann, § 2210 Rn. 5.

sel zeitlich unbegrenzt zulässig, könnte der Erblasser die dreißigjährige Frist des § 2210 S. 1 BGB umgehen. Indem der Erblasser statt der Testamentsvollstreckung eine Vertreterklausel regeln würde, könnte er seine Erben dauerhaft beschränken. Eine solche Umgehungsmöglichkeit der zwingenden Regelung des § 2210 S. 1 BGB ist nicht zulässig. § 2210 S. 1 BGB gilt folglich nicht nur für den Fall der Dauertestamentsvollstreckung, sondern ist auch analog auf die Vereinbarung einer Vertreterklausel anwendbar.

Richtigerweise gilt die analoge Anwendung des § 2210 S. 1 BGB auf die Vertreterklausel ausnahmsweise dann nicht, wenn die zu einer Gruppe zusammengeschlossenen Gesellschafter sich der längeren Dauer der Vertreterklausel selbst unterwerfen. Aufgrund der Privatautonomie unterliegt eine freiwillige gesellschaftsvertragliche Abrede nicht der dreißigjährigen Zulässigkeitsgrenze des § 2210 S. 1 BGB analog.

Die Vereinbarung einer überlangen Dauer der Gesellschaft kombiniert mit dem Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts für diese Dauer kann jedoch gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßen und nichtig sein.<sup>826</sup> Hierfür bedarf es einer Abwägung der schutzwürdigen Interessen des einzelnen Gesellschafters einerseits und dem Interesse der Gesellschaft an einer möglichst langfristigen Dauer der Gesellschaft andererseits.<sup>827</sup> Das Interesse der GmbH-Gesellschafter an einer Bündelung der Stimmrechte ist zwar grundsätzlich gerechtfertigt.<sup>828</sup> Eine übermäßig lange Bindung der Gesellschafter bringt aber eine unüberschaubare Entwicklung der Gesellschaft und unabsehbare Auswirkungen der Entwicklung der Gesellschaft für die Gesellschafter mit sich.<sup>829</sup> Im Laufe der Zeit ist folglich dem Interesse des Gesellschafters an einer freien Entscheidung Vorrang einzuräumen. Die zulässige Grenze für eine Zeitbestim-

---

<sup>826</sup> Vgl. MünchHdb.BGB/*Piebler/Schulte*, § 10 Rn. 41; *K. Schmidt*, GesR, § 50 II. 4. c) (S. 1456 f.); *Merle*, FS Bärmann, 631, 647.

<sup>827</sup> BGH NZG 2007, 65, 66.

<sup>828</sup> Siehe § 2 B.

<sup>829</sup> BGH NZG 2007, 65, 66.

mung ergibt sich aus den konkreten Umständen, liegt aber spätestens bei einem Zeitraum von dreißig Jahren.<sup>830</sup>

## 2. Beendigung durch Änderung des GmbH-Gesellschaftsvertrags

Die Geltung der Vertreterklausel kann durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags der GmbH beendet werden (vgl. §§ 53 f. GmbHG). Schließlich ist die Vertreterklausel ein Bestandteil des Gesellschaftsvertrags der GmbH.<sup>831</sup> Für eine wirksame Beendigung der Vertreterklausel sind die Voraussetzungen für die Änderung des Gesellschaftsvertrags gem. § 53 GmbHG einzuhalten. Es bedarf eines Beschlusses mit einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen (§ 53 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. GmbHG).<sup>832</sup> Die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter können folglich nur dann über die Geltung der Vertreterklausel alleine entscheiden, wenn sie ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter der GmbH die erforderliche Mehrheit erreichen. Weiter muss der Beschluss notariell beurkundet werden (§ 53 Abs. 2 S. 1, 1. Halbs. GmbHG).

Bei der Beschlussfassung über die Änderung des Gesellschaftsvertrags unterliegen die zur Gruppenvertretung zusammengeschlossenen Gesellschafter keinem Stimmverbot i. S. v. § 47 Abs. 4 GmbHG.<sup>833</sup> Eine Satzungsänderung ist ein innerkooperativer Akt, an dem kein Gesellschafter ausgeschlossen werden darf.<sup>834</sup> Dies gilt auch dann nicht, wenn die Sat-

---

<sup>830</sup> Vgl. BGH NZG 2007, 65, 65 f. für eine Grenze von dreißig Jahren; OLG Düsseldorf NJWE-WettBR 1999, 41, 43 f. zieht die Grenze in einem konkreten Fall bei fünfzehn Jahren; vergleichbar auch OLG Stuttgart NZG 2007, 786, 787 f.; siehe allgemein auch MünchHdb.BGB/Piebler/Schulte, § 10 Rn. 41.

<sup>831</sup> Großkomm-GmbHG/Hüffer, § 47 Rn. 104; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 80; MünchHdb.GmbH/Wolff, § 38 Rn. 19; K. Schmidt, GesR, § 21 II. 5. a) (S. 622).

<sup>832</sup> Zum einseitig zwingenden Charakter der Vorschrift siehe Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 62; Roth/Altmeppen/Roth, § 53 Rn. 22; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 78.

<sup>833</sup> Vgl. Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 63; Roth/Altmeppen/Roth, § 47 Rn. 67; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 100; MünchHdb.GmbH/Marquardt, § 22 Rn. 22.

<sup>834</sup> Großkomm-GmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 63; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 47 Rn. 72; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 100.

zungsänderung dem Interesse eines Gesellschafters besonders zu Gute kommt.<sup>835</sup> Die von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter dürfen an der Beschlussfassung mitstimmen.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Gesellschafter ihr Stimmrecht persönlich ausüben dürfen oder ob es durch den gemeinsamen Vertreter ausgeübt wird. Dies hängt davon ab, ob die Änderung des Gesellschaftsvertrags unter den Anwendungsbereich der Vertreterklausel fällt.<sup>836</sup> Die Vertreterklausel findet eine zwingende Grenze im Kernbereich der Mitgliedschaft. Die Gesellschafterstellung und somit auch der Gesellschaftsvertrag in der jeweils aktuellen Fassung gehören zum Kernbereich der Mitgliedschaft.<sup>837</sup> Insbesondere die Vereinbarung einer Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH greift in die Mitgliedschaft der einzelnen Gesellschafter ein und prägt diese.<sup>838</sup> Jeder Gesellschafter muss daher die Möglichkeit haben, Veränderungen an seiner Rechtsstellung abzuwehren. Für die Beschlussfassung über Satzungsänderungen entfaltet die Vertreterklausel folglich keine Geltung. Über die Aufhebung der Vertreterklausel im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrags der GmbH dürfen folglich alle Gesellschafter persönlich abstimmen.<sup>839</sup>

### C. Vorweggenommene Erbfolge

Unter der vorweggenommenen Erbfolge versteht man eine Verfügung unter Lebenden, die ein künftiger Erblasser im Vorgriff oder in Ersetzung der Erbfolge gegenüber seinen zukünftigen Erben vornimmt.<sup>840</sup> Ein Gesellschafter kann bereits zu Lebzeiten eine Übertragung seines Ge-

---

<sup>835</sup> Großkomm-GmbHG/*Ulmer*, § 53 Rn. 63; Scholz/*K. Schmidt*, § 47 Rn. 13; MünchHdb.GmbH/*Marquardt*, § 22 Rn. 22; a. A. Michalski/*Römermann*, § 47 Rn. 277.

<sup>836</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zum sachlichen Geltungsbereich der Vertreterklausel § 2 B. I. 2. c).

<sup>837</sup> Heymann/*Horn*, § 164 Rn. 17; MünchHdb.GmbH/*Schiessl*, § 31 Rn. 33.

<sup>838</sup> *Schörnig*, S. 70; E/B/J/S/*Weipert*, § 163 Rn. 20.

<sup>839</sup> Heymann/*Horn*, § 164 Rn. 17.

<sup>840</sup> FA-ErbR/*Krause*, S. 309; Hörger/*Stephan/Pohl/Pohl*, Rn. 14 und Rn. 500; Sudhoff/*Stracke*, Familienunternehmen, § 35 Rn. 1; Sudhoff/*Stenger*, Unternehmensnachfolge, § 19 Rn. 1; *Sarres*, S. 10; siehe hierzu auch *Langner/Heydel*, GmbHR 2006, 291, 291.

schäftsanteils auf seine Erben wünschen. So ist es dem Gesellschafter möglich, sein Vermögen und die damit verbundenen Pflichten und Verantwortung schrittweise an seine Erben abzugeben.<sup>841</sup> Sieht der Gesellschaftsvertrag der GmbH eine Vertreterklausel vor, gilt diese gleichermaßen für die Erben des Geschäftsanteils. Enthält der Gesellschaftsvertrag der GmbH hingegen keine Vertreterklausel, so kann der Erblasser bei der Anteilsübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge das Fehlen einer Vertretungsklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH ausgleichen. Indem der Erblasser seine Erben dazu verpflichtet, die Stimmrechte aus dem aufgeteilten Geschäftsanteil langfristig gemeinschaftlich auszuüben, kann er das gleiche Ziel wie mit einer Vertreterklausel erreichen.

### **I. Umsetzung der vorweggenommenen Erbfolge**

Bei der Übertragung eines Geschäftsanteils im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ist zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und der dinglichen Übertragung des Geschäftsanteils zu unterscheiden.

#### **1. Verpflichtungsgeschäft**

Als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft liegt der Übertragung des Geschäftsanteils in der Regel ein Schenkungsvertrag zwischen Erblasser und Erben zugrunde.<sup>842</sup> Wesentlicher Inhalt ist die Verpflichtung des Erblassers, seinen Geschäftsanteil an die Erben zu übertragen. Hauptpflicht der Erben ist der langfristige Erhalt der Beteiligung sowie dessen einheitliche Verwaltung. Um dieses Ziel zu sichern, enthält der Schenkungsver-

---

<sup>841</sup> Denkbar ist auch die Übertragung der Anteile und gleichzeitiger Abschluss eines Stimmbindungsvertrags zugunsten des Erblassers, um sich seine Einflussnahme auf die Gesellschaft zu bewahren, siehe FA-ErbR/Krause, S. 301 f.; Hamann/Sigle/Schuberth, § 8 Rn. 11; Hörger/Stephan/Pohl/Pohl, Rn. 504; Sudhoff/Stracke, Familienunternehmen, § 35 Rn. 5; Sudhoff/Stenger, Unternehmensnachfolge, § 19 Rn. 2 ff; Langner/Heydel, GmbHR 2006, 291, 291.

<sup>842</sup> Hörger/Stephan/Pohl/Pohl, Rn. 14 und Rn. 501; siehe zum schuldrechtlichen Rechtsgeschäft bei der Übertragung eines Geschäftsanteils E/F/S/Ensthaler, § 15 Rn. 2; Birle/Diehl, Rn. 2781; Sudhoff/Stracke, Familienunternehmen, § 35 Rn. 2; Sudhoff/Stenger, Unternehmensnachfolge, § 20 Rn. 1 ff.; zur den Motiven siehe FA-ErbR/Krause, S. 301 f.

trag gem. § 158 Abs. 1 BGB die aufschiebende Bedingung des Abschluss eines Vertrags zwischen den Erben. Dieser Vertragsabschluss führt zur Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die Erben des Geschäftsanteils sind. Die Anteile gehen erst mit Zustande kommen des GbR-Vertrags auf die Erben über. Zweck der GbR ist der langfristige Erhalt und die einheitliche Verwaltung der Beteiligungen an der GmbH.

Um die Erben langfristig an den Gesellschaftsvertrag der GbR zu binden, gibt der Erblasser den Gesellschaftsvertrag in der Regel vor. Der vom Erblasser vorgegebene Gesellschaftsvertrag muss dann eine Klausel über die Mindestdauer der GbR verbunden mit einer Vertragsregelung bei Ablauf der Mindestdauer enthalten. Die Vereinbarung einer Mindestdauer im Gesellschaftsvertrag einer GbR führt dazu, dass die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen wird und sich nach Ablauf dieser Zeit fortsetzt, soweit sie nicht wirksam gekündigt wird.<sup>843</sup> Während der Mindestdauer ist das ordentliche Kündigungsrecht ausgeschlossen.<sup>844</sup> Die Vereinbarung einer Mindestdauer für die GbR verstößt auch nicht gegen § 723 Abs. 3 BGB.<sup>845</sup> Es gilt zwar der Grundsatz, dass eine Bindung ohne zeitliche Begrenzung und ohne Kündigungsmöglichkeit nicht mit der persönlichen Freiheit der Gesellschafter vereinbar ist. Dieser Grundsatz wird jedoch in § 723 Abs. 1 S. 2 BGB durchbrochen. Ist eine Zeitdauer für die GbR bestimmt, so wie dies für den Zeitraum der vereinbarten Mindestdauer angenommen werden kann, so ist die Kündigung nur aus wichtigem Grund zulässig. Durch die Vereinbarung einer Mindestdauer kann der Erblasser die Erben für diese Mindestdauer zur Erhaltung der Beteiligung verpflichten. Die einheitliche Verwaltung kann der Erblasser dadurch sichern, dass die Erben im Gesellschaftsvertrag der GbR dazu verpflichtet werden, Modalitäten für die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters der GbR vorzusehen. Dieser gemeinsame Vertreter übt die

---

<sup>843</sup> Erman/H. P. Westermann, § 723 Rn. 3; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, Vor § 723 Rn. 14; siehe auch Merle, FS Bärmann, 631, 638.

<sup>844</sup> So bereits Merle, FS Bärmann, 631, 638.

<sup>845</sup> Erman/H. P. Westermann, § 723 Rn. 3; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, Vor § 723 Rn. 14.

Stimmrechte aus den Geschäftsanteilen in der Gesellschafterversammlung der GmbH einheitlich für alle aus.

Der Schenkungsvertrag zwischen Erblasser und den Erben bedarf gem. § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG der notariellen Form,<sup>846</sup> wobei das Fehlen der notariellen Form durch die formgerechte Erfüllung geheilt wird.

## **2. Verfügungsgeschäft**

Der Erblasser muss seinen Geschäftsanteil auf seine Erben übertragen. Die vorweggenommene Erbfolge unterliegt nicht dem Erbrecht, sondern den allgemein zivilrechtlichen Normen für die Anteilsübertragung unter Lebenden. Die Übertragung erfolgt nach §§ 398, 413 BGB.<sup>847</sup> Für die Form gilt § 15 Abs. 3 GmbHG. Die Abtretung des Geschäftsanteils des Erblassers an seine Erben kann der Zustimmung der Gesellschafter der GmbH oder der GmbH selbst bedürfen. Dies kann sich aus einer Vinkulierungsklausel in der Satzung der GmbH ergeben (vgl. § 15 Abs. 5 GmbHG).

## **II. Beendigung des Vertretungszwangs**

Bei der Übertragung eines Geschäftsanteils im Wege der vorweggenommenen Erbfolge schreibt der Erblasser den Erben den Inhalt des Gesellschaftsvertrags der GbR in der Regel vor. Die Erben sind verpflichtet, sich den Vorgaben des Erblassers und somit auch dem Vertretungszwang bei der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung der GmbH zu unterwerfen.

Die Überlegung, dass die Erben sich von diesem Vertretungszwang lösen wollen, liegt nahe. Schließlich ist die GbR für sie eine Zwangsvereinigung. Es stellt sich somit die Frage, ob und wie die Erben den Vertretungszwang beenden können.

Eine GbR wird grundsätzlich durch die Kündigung eines Gesellschafters beendet. Bezogen auf den Vertretungszwang hätte das zur Folge, die Ge-

---

<sup>846</sup> Vgl. hierzu auch BGH NJW 2007, 2117, 2118; BGHZ 21, 242, 247; *Birle/Diehl*, Rn. 2781.

<sup>847</sup> *E/F/S/Ensthaler*, § 15 Rn. 2.

sellschafter nicht mehr an die Verfolgung des ursprünglich gemeinsamen Zwecks gebunden wären. Jeder Erbe könnte das Stimmrecht aus seinem Geschäftsanteil in der Gesellschafterversammlung der GmbH frei und selbständig ausüben. Die ordentliche Kündigung der GbR ist jedoch für den Zeitraum der Mindestdauer der GbR ausgeschlossen. Folglich kommt erst nach dem Ablauf der Mindestdauer der GbR eine Kündigung und folglich eine Beendigung des Vertretungszwangs in Betracht.

Die Gesellschafter der GbR können auf die Idee kommen, den Gesellschaftsvertrag der GbR abzuändern. Indem die Gesellschafter durch einen Beschluss die GbR in eine auf unbestimmte Zeit dauernde GbR verändern, können sie die GbR jederzeit ordentlich kündigen. Gem. § 723 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine auf unbestimmte Zeit eingegangene GbR jederzeit kündbar. Solange der Erblasser noch lebt, führt die Änderung des Gesellschaftsvertrags der GbR jedoch zu einer Pflichtverletzung der Erben gegenüber dem Erblasser. Die Erben haben sich im Übertragungsvertrag gegenüber dem Erblasser dazu verpflichtet, die Beteiligungen an der GmbH langfristig zu erhalten sowie gemeinsam und einheitlich zu verwalten. Die Einhaltung dieser Pflicht ist nicht mehr sichergestellt, wenn die GbR jederzeit gekündigt werden kann.

Die Kündigung der GbR ist erst nach Ablauf der vereinbarten Mindestdauer möglich. Folglich können die Gesellschafter sich dem Vertretungszwang solange nicht entziehen.

#### **D. Zwischenergebnis**

Ein Vertretungszwang kann sich im Aktienrecht aus § 69 AktG ergeben. Ein gesellschaftsvertraglich vereinbarter Zwang der Gesellschafter zur Stimmrechtsvertretung verstößt hingegen gegen § 23 Abs. 5 AktG.

Im Recht der GmbH ist sowohl der gesetzliche Vertretungszwang als auch die Vereinbarung einer Vertreterklausel in der Satzung zulässig. Die auf das Innenverhältnis der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter anwendbaren Regelungen richten sich nach der Rechtsnatur dieses Innenverhältnisses.

Haben die Gesellschafter keine Vertreterklausel vereinbart, so kann ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil auf seine künftigen Erben im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen und diese dazu zwingen, ihre Stimmrechte gemeinschaftlich auszuüben.

**Zusammenfassung der Ergebnisse**

1. Das Stimmrecht eines Gesellschafters ist im Kapitalgesellschaftsrecht eines der wichtigsten Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter. Die Ausübung des Stimmrechts erfolgt grundsätzlich in der Gesellschafter- bzw. der Hauptversammlung.
2. Aufgrund der typischerweise kapitalistischen Struktur der Aktiengesellschaft ist das Stimmrecht im Aktienrecht kein höchstpersönliches Recht. Ein Aktionär kann sein Stimmrecht somit durch einen Stellvertreter ausüben lassen. §§ 134 Abs. 3 S. 1, 135 AktG sehen die Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung ausdrücklich vor. Davon abweichend kann die Aktiengesellschaft die Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung in ihrer Satzung weder ausschließen noch zwingend vorschreiben. Eine solche Satzungsklausel verstößt gegen § 23 Abs. 5 AktG und ist folglich nichtig.
3. Die Stimmrechtsvertretung in der Aktiengesellschaft ist hauptsächlich in §§ 134, 135 AktG geregelt. Abweichende oder zusätzliche Regelungen in der Satzung der Aktiengesellschaft sind aufgrund der Satzungsstrenge nur in engen Grenzen zulässig. Lediglich für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften wurden vereinzelt Satzungsspielräume erlassen, um eine optimale und individuelle Ausgestaltung zu ermöglichen.
4. Die gesetzlichen Regelungen des Aktienrechts wurden durch das ARUG erneut verändert. Das ARUG diente zum einen der Umsetzung der europäischen Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften und verfolgte das Ziel der Verbesserung und Erleichterung des Stimmrechtsausübung für die Aktionäre. Zum anderen sollte das ARUG zu einer Deregulierung der Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute führen, um so die Hauptversamm-

- lungspräsenzen zu steigern. Beide Ziele werden jedoch nur zum Teil erreicht.
5. Die Änderungen des § 118 Abs. 1 und 2 AktG eröffnen seit Inkraft-Treten des ARUG bei entsprechender Satzungsgestaltung die Möglichkeit der internetgestützten Online-Hauptversammlung und der elektronischen Stimmrechtsausübung. Zu erwarten ist, dass der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter aufgrund dieser aktienrechtlichen Neuerungen an Bedeutung verlieren wird.
  6. Der Gesellschaftsvertreter tritt wie ein Stimmbote auf der Hauptversammlung auf. Die Übermittlung der Stimmabgabe des Aktionärs durch den Gesellschaftsvertreter ist nur zulässig, soweit der Gesellschaftsvertrag dies gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG gestattet. Andernfalls ist der Gesellschaftsvertreter als Stellvertreter i. S. v. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen. Der Ermessensspielraum bei der Entscheidungsfindung wird durch die Weisungserteilungspflicht des Aktionärs gegenüber dem Gesellschaftsvertreter und die strenge Weisungsgebundenheit des Gesellschaftsvertreters auf Null reduziert.
  7. Für die Gesellschafter der GmbH ergibt sich die Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung indirekt aus § 47 Abs. 3 GmbHG. Ein gesellschaftsvertraglicher Ausschluss der Stimmrechtsvertretung ist gem. § 45 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich möglich, wobei sich die Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung im Zweifel aus der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander ergibt. Die Vereinbarung eines Vertretungszwangs in der Satzung im Wege einer Vertreterklausel ist aufgrund der Satzungsautonomie ebenfalls grundsätzlich zulässig.
  8. Um Probleme bei der Abstimmung und Beschlussfassung zu vermeiden, sollte die Satzung insbesondere Regelungen über den zulässigen Stellvertreterkreis enthalten. Die Gesellschafter sollten

hierbei versuchen, auf der einen Seite die grundsätzliche Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung zu gewährleisten und auf der anderen Seite sicherstellen, dass Dritte von den Interna der Gesellschaft keine Kenntnis erlangen. Darüber hinaus ist es sinnvoll, Vereinbarungen über die Form, den Nachweis sowie eine Aufbewahrungspflicht der Vollmacht zu treffen.

9. Ein Gesellschafter ist dazu verpflichtet, sein Stimmrecht durch einen Stellvertreter ausüben zu lassen, wenn der Gesellschaftsvertrag der GmbH dies vorschreibt. Eine Vertreterklausel ist zulässig, soweit die Anforderungen an das Abspaltungsverbot (§ 717 BGB) beachtet werden. Ziel einer Vertreterklausel ist die einheitliche Ausübung der Stimmrechte mehrerer Gesellschafter.
10. Da eine Vertreterklausel auch über die Vererbung von Geschäftsanteilen hinweg ihre Geltung entfaltet, können die Erben sich nicht durch Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft von dem Vertretungszwang lösen.
11. Die Anforderungen an das übereinstimmende Handeln der von der Vertreterklausel betroffenen Gesellschafter sind abhängig von der rechtlichen Ausgestaltung der Beziehungen der Gesellschafter. Durch die Gründung einer GbR mit dem Zweck der Stimmrechtsausübung in der GmbH durch einen gemeinsamen Vertreter sind die Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander sinnvoll ausgestaltet.
12. Eine Beendigung des Vertretungszwangs ist grundsätzlich durch die Änderung des Gesellschaftsvertrags der GmbH möglich. Weiter kann der Rechtsgedanke des § 2210 S. 1 BGB zu einer Beendigung der Geltung der Vertreterklausel führen.
13. Ein Gesellschafter kann seinen Geschäftsanteil bereits vor seinem Tod auf seine künftigen Erben im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen. Unabhängig vom Bestehen einer Vertreter-

klausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH kann der Gesellschafter seine künftigen Erben als Übernehmer des Geschäftsanteils dazu verpflichten, die Geschäftsanteile langfristig zu erhalten und das Stimmrecht aus diesen Geschäftsanteilen langfristig einheitlich auszuüben. Für diese Zwecke kann der Gesellschafter seinen künftigen Erben die Gründung einer GbR vorschreiben.

14. Die Erben verpflichten sich mit der Übernahme der Geschäftsanteile, die GbR für eine Mindestdauer einzugehen. Die Mindestdauer wird mit dem Ausschluss der ordentlichen Kündigung für diesen Zeitraum kombiniert. So kann eine langfristige Stimmrechtsausübung durch einen gemeinsamen Vertreter erreicht werden. Innerhalb der vereinbarten Mindestdauer können die Erben sich nicht von diesem Vertretungszwang loslösen.