

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.:** 176808**letzte Aktualisierung:** 15. Dezember 2020**AktG §§ 133, 135****Abgabe und Zugang von Stimmen in der Hauptversammlung; Stimmabgabe vor Eröffnung des Abstimmungsvorgangs****I. Sachverhalt**

Bei Hauptversammlungen insbesondere börsennotierter AGs ist es nicht selten so, dass die Bankenvertreter ihre Stimmabgaben bereits zu Beginn der Hauptversammlung elektronisch vorerfassen lassen, damit sie nach Eröffnung der Abstimmung durch den Versammlungsleiter bereits im System hinterlegt sind und vom jeweiligen Bankenvertreter nur noch „freigegeben“ werden müssen. Diese Freigabe geschieht in der Weise, dass der Bankenvertreter gesondert bestätigt, seine Stimmen so abgeben zu wollen, wie er dies zuvor angekündigt hatte und wie sie zuvor bereits erfasst wurden.

**II. Frage**

Wäre es auch möglich, dass eine Freigabe der vorerfassten Stimmen nach Eröffnung des Abstimmungsverfahrens nicht mehr gesondert erfolgte, sondern der Bankenvertreter gleich zu Beginn der Hauptversammlung, wenn seine Stimmen vorerfasst werden (also vor Eröffnung der Abstimmung) verbindlich erklärt, er werde so abstimmen, wie die Stimmen vorerfasst wurden?

**III. Zur Rechtslage****1. Ablauf der Abstimmung in der Hauptversammlung**

Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft entscheidet durch Beschluss. Dabei ist der Beschluss keine Erklärung, die die Hauptversammlungsmehrheit in formulierter Form ausspricht, sondern die Beschlussfassung vollzieht sich durch bejahende oder verneinende Stellungnahme der Abstimmung zu einem gestellten Beschlussantrag (KölnKommAktG/Tröger, 3. Aufl. 2017, § 133 Rn. 75). Für die Beschlussfassung zu einem bestimmten Gegenstand sind daher grundsätzlich ein Beschlussantrag, das Zur-Abstimmung-Stellen des Beschlussantrags und die Stimmabgabe selbst erforderlich.

**a) Beschlussantrag**

Dem **Beschlussantrag** wird dabei keine eigenständige Rechtsqualität beigemessen (KölnKommAktG/Tröger, § 133 Rn. 76; Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, 4. Aufl. 2020, § 133 Rn. 10; Spindler/Stilz/Rieckers, AktG, 4. Aufl. 2019, § 133 Rn. 12). Dem Beschlussantrag kommt insbesondere nicht die Rechtsnatur einer Willenserklärung zu.

Er stellt vielmehr nur den Bezugspunkt und damit eine Determinante des Erklärungsinhalts der Stimmabgaben dar (KölnKommAktG/Tröger, § 133 Rn. 76; Spindler/Stilz/Rieckers, § 133 Rn. 12).

### **b) Zur-Abstimmung-Stellen eines Beschlussantrags**

Von der eben erwähnten Antragstellung strickt zu trennen ist der dem Versammlungsleiter obliegende Akt des **Zur-Abstimmung-Stellens eines Beschlussantrags** (KölnKommAktG/Tröger, § 133 Rn. 84). Diese Aufforderung des Versammlungsleiters zur Abgabe der Stimmen bedeutet die formale Einleitung des eigentlichen Abstimmungsvorgangs und damit die Klarstellung, worüber konkret abgestimmt wird (vgl. KölnKommAktG/Tröger, § 133 Rn. 84; Ziemons/Binnewies/Ziemons, Handbuch Aktiengesellschaft, Std.: Juli 2014, Rz. I 10.1135).

### **c) Konkrete Stimmabgabe**

Hieran schließt sich die **konkrete Stimmabgabe** an. Die Stimmabgabe ist die Zustimmung oder Ablehnung eines zur Abstimmung gestellten Antrags oder die Enthaltung. Bei den Ja- und Nein-Stimmen handelt es sich hierbei um empfangsbedürftige Willenserklärungen (BGH NJW 1952, 98, 99; BGHZ 14, 264, 267; GroßkommAktG/Grundmann, 5. Aufl. 2020, § 133 Rn. 67; Max, AG 1991, 77, 87; Schmidt/Lutter/Spindler, § 133 Rn. 16). Die Stimme ist gegenüber dem Versammlungsleiter abzugeben. Für die Stimmabgabe gelten grundsätzlich die §§ 104 ff., 119 ff., 130 BGB (BGH NJW 1952, 98, 99; BGHZ 14, 264, 267; GroßkommAktG/Grundmann, § 133 Rn. 67; Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 133 Rn. 19). Abgegeben ist die Erklärung nach allgemeinen Grundsätzen, wenn der Erklärende seinen rechtsgeschäftlichen Willen erkennbar so geäußert hat, dass an der Endgültigkeit der Äußerung kein Zweifel möglich ist. Bei – wie vorliegend – empfangsbedürftigen Erklärungen muss hinzukommen, dass sie mit Willen des Erklärenden in den Verkehr gebracht worden sind (BGHZ 65, 13; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 130 Rn. 4). Wirksam wird die abgegebene Stimme mit Zugang beim Versammlungsleiter.

## **2. Stimmabgabe vor Eröffnung des Abstimmungsvorgangs**

### **a) Stimmabgabe mit „Aktivierung“ der Stimmen**

Das Verfahren, wonach die Depotbanken ihre Stimmen zu Beginn der Hauptversammlung beim Versammlungsleiter einreichen und diese nach Eröffnung der Abstimmung „aktivieren“, stößt u. E. auf keine rechtlichen Bedenken. Die „**Aktivierung der Stimmen**“ kann dogmatisch als **Abgabe der Willenserklärung** verstanden werden. Die **Vorverfassung der Stimmen** der Depotbanken durch den Versammlungsleiter kann demgegenüber nur als **Mitteilung zu Informationszwecken** vorab angesehen werden. In solchen Fällen ist die Erklärung, wenn sie erkennbar nur zu Informationszwecken vorab mitgeteilt wird, noch nicht als abgegeben anzusehen (BGH DNotZ 1983, 624; Palandt/Ellenberger, § 130 Rn. 4).

### **b) Stimmabgabe ohne „Aktivierung“ in der Hauptversammlung**

Problematisch ist allerdings, ob die Stimmabgabe durch die Depotbanken auch ohne den oben beschriebenen Aktivierungsvorgang in der Hauptversammlung möglich ist.

Die Depotbanken würden dann lediglich vor Zur-Abstimmung-Stellen eines Beschlussgegenstandes ihre konkrete Stimmrechtsausübung dem Versammlungsleiter mitteilen und hierauf nach Eröffnung des Abstimmungsvorgangs nicht mehr Bezug nehmen. Soweit ersichtlich, wird zu dieser Frage in der Kommentarliteratur kaum Stellung bezogen.

Zugelassen wird aber ein **vergleichbares Verfahren** von *Ziemons* bei der Frage der **Teilnahme des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters an Abstimmungen** (sog. Proxy-Voting, inzident vorausgesetzt in § 134 Abs. 3 S. 5 AktG, vgl. Hüffer/Koch, § 134 Rn. 26a; Schockenhoff, NZG 2015, 657, 659). Danach soll es möglich sein, dass die Stimmen aus Aktien, für die im Vorfeld der Hauptversammlung bereits Vollmachten und Weisungen erteilt wurden, entsprechend den Weisungen bereits vor Beginn der Hauptversammlung eingelesen oder auf einem sog. Multi-Voter, einer Stimmkarte, auf der die Ja- und Nein-Stimmen aller Vollmachtgeber hinterlegt sind, vermerkt werden. *Ziemons* meint, dass im Hinblick auf die in der Hauptversammlung erteilten Vollmachten dann unterschiedlich verfahren werden kann: **Entweder** werden auch diese **Stimmen unmittelbar vor Beginn der Abstimmung eingelesen, oder** sie werden **vom Stimmrechtsvertreter im Saal abgegeben** (*Ziemons/Binnewies/Ziemons*, Rz. I 10.1162). Sie führt weiter aus, sofern und soweit die Stimmabgabe des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters nicht im Saal erfolge, sei darauf vom Versammlungsleiter hinzuweisen (*Ziemons/Binnewies/Ziemons*, Rz. I 10.1163). *Ziemons* geht daher davon aus, dass in diesen Fällen eine Aktivierung der Stimmen nach Eröffnung des Abstimmungsvorgangs nicht erforderlich ist.

**Dogmatisch** ist allerdings unklar, wie die Stimmabgabe begründet werden kann, wenn sie „vor“ Beginn der Abstimmung erfolgen soll. Die **Stimme** muss als **empfangsbedürftige Willenserklärung** – um wirksam zu werden – **abgegeben und zugegangen** sein. Der Bezugspunkt der Stimmabgabe ist der konkrete Beschlussantrag (s. o.). Daher wird in der Literatur häufig lediglich formuliert, dass die Stimmabgabe nach Aufforderung des Versammlungsleiters erfolgt (KölnKommAktG/Tröger, § 133 Rn. 84, 90; GroßkommAktG/Grundmann, § 133 Rn. 67; *Ziemons/Binnewies/Ziemons*, Rz. I 10.1135; Hüffer/Koch, § 133 Rn. 18; Schmidt/Lutter/Spindler, § 133 Rn. 15).

Denkbar wäre es **zunächst** daher, solchen Stimmen, die vor dieser Aufforderung abgegeben wurden, mangels Bezugsgegenstand **keinen tauglichen Erklärungsinhalt** zuzusprechen. Denn die Stimmabgabe erschöpft sich gerade in der Zustimmung oder Ablehnung eines zur Abstimmung gestellten Antrages. Ohne entsprechenden Antrag und entsprechende Aufforderung zur Stimmabgabe könnte die Stimmabgabe ins Leere gehen.

Dogmatisch wäre **zweitens** allerdings auch zu erwägen, dem **Schweigen der Depotbanken** in dieser bestimmten Situation **objektiven Erklärungswert** beizumessen (**beredtes Schweigen**). Dann müsste das Schweigen als Erklärungszeichen vereinbart worden sein (vgl. Max, AG 1991, 77, 87; Palandt/Ellenberger, Einf. Vor § 116 Rn. 7). In diesen Fällen wäre das Schweigen ein echter Erklärungsakt, da es alle Voraussetzungen einer Willenserklärung erfüllt (Palandt/Ellenberger, Einf. Vor § 116 Rn. 7 a. E.). Im konkreten Fall könnte man in der Mitteilung der Depotbanken, wie in der Hauptversammlung abgestimmt werden soll, ein Angebot zu einem sog. beredeten

Schweigen sehen. Der Versammlungsleiter könnte dieses durch Entgegennahme der Mitteilung zur Stimmrechtsausübung annehmen.

**Zuletzt** wäre zu überlegen, ob die „Stimmabgabe“ vor Eröffnung des Abstimmungsvorgangs als **Briefwahl** eingeordnet werden könnte. Eine solche müsste nach § 118 Abs. 2 AktG in der Satzung vorgesehen sein. Die Stimmabgabe durch die Briefwahl ist grundsätzlich auch während der Hauptversammlung möglich (Beck'sches Notar-Handbuch/Heckschen, 7. Aufl. 2019, § 23 Rn. 364; Noack, WM 2009, 2289, 2291) und ist in der notariellen Urkunde zu vermerken (Herrler, NJW 2018, 585, 586). Die Briefwahl ist allerdings ein Instrument der Abgabe von Stimmen von nicht bei der Hauptversammlung anwesenden Personen. Daher wird teilweise vertreten, dass das persönliche Erscheinen einer Person, die von der Briefwahl Gebrauch gemacht hat, diese Briefwahlstimmen ungültig macht (Schaaf/Slowinski, ZIP 2011, 2444, 2446; Arnold/Carl/Götze, AG 2011, 349, 359). Die vorliegend geschilderte Konstellation ist u. E. aufgrund der Anwesenheit der Depotbanken in der Hauptversammlung wohl nicht als Stimmabgabe durch Briefwahl einzuordnen. Jedenfalls bestünden insoweit erhebliche rechtliche Unsicherheiten der Handhabung.

### 3. Ergebnis

U. E. hat die Stimmabgabe in der Hauptversammlung zwischen Eröffnung und Schließung des Abstimmungsvorgangs zu erfolgen. Sofern auf Stimmen Bezug genommen werden soll, die vor diesem Zeitfenster dem Versammlungsleiter mitgeteilt worden sind, könnte u. E. die Willenserklärung durch sog. beredtes Schweigen dogmatisch konstruiert werden. In der Literatur ist dieser Weg bislang allerdings nicht beschritten worden.