

Festschrift
für
Josef Aicher

Herausgegeben von

Florian Schuhmacher
Peter Stockenhuber
Manfred Straube
Ulrich Torggler
Christian Zib

 VERLAG
ÖSTERREICH

Beschlussfassungen bei mehreren Aktiengattungen

Susanne Kalss

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Mehrere Aktiengattungen mit Stimmrecht
 - 1. Allgemeines
 - 2. Bestehen mehrere Aktiengattungen
 - a) Sonderbeschluss bei bestimmten Beschlussfassungen
 - b) Beeinträchtigung einer Gattung
 - 3. Nachträgliche Etablierung einer zweiten Gattung
- III. Gattungsbezogenes Höchststimmrecht
 - 1. Höchststimmrecht
 - 2. Höchststimmrecht bezogen auf eine Gattung
 - 3. Nachträgliche Einführung
- IV. Ausgabe und Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien
 - 1. Ursprüngliche Gestaltung
 - 2. Erstmalige Ausgabe von Vorzugsaktien neben Stammaktien
 - 3. Umwandlung von Stammaktien
 - a) Satzungsänderung
 - b) Zustimmung der betroffenen Aktionäre
 - c) Zustimmung der sonstigen Aktionäre
 - d) Sonderbeschluss der Aktiengattung
 - e) Sachliche Rechtfertigung
- V. Die weitere Ausgabe von Aktien bei Bestehen von Stamm- und Vorzugsaktien
 - 1. Mehrere stimmrechtstragende Aktien
 - 2. Vorzugsaktien
- VI. Resümee

I. Einleitung

§ 11 AktG stellt klar, dass Aktien einer Gesellschaft mit unterschiedlichen Rechtspositionen ausgestattet werden können. Der Begriff Aktie ist in diesem Zusammenhang als Mitgliedschaft zu verstehen. Die Aktien, die mit gleichen Rechtspositionen versehen werden, bilden gem § 11 Satz 2 AktG eine Gattung. Nicht nur Rechte begründen eine eigene Aktiengattung, vielmehr können auch Pflichten gattungsbegründend sein.

Gattungen sind durch die unterschiedlichen mitgliedschaftlichen Rechtspositionen ihrer Inhaber gekennzeichnet. Der Unterschied liegt vor allem im Umfang oder Gehalt der gesetzlichen Vermögens- oder Verwaltungsrechte der Aktionäre zugunsten oder zulasten eines Teils der Aktien. Nicht nur Geldwerte, Rechte und Pflichten können damit verbunden sein, sondern auch Nutzungsrechte.

In einer Aktiengesellschaft bestehen unterschiedliche Aktiengattungen, wenn nicht alle Aktien mit denselben mitgliedschaftlichen Rechten oder Pflichten ausgestattet sind und wenn diese unterschiedlichen Rechte nicht – ausnahmsweise – individuelle Einzel- oder Sonderrechte zugunsten bestimmter Aktionäre sind. Ausdrücklich normiert etwa § 88 AktG, dass die satzungsmäßige Zuerkennung eines Sonderrechts an einen Aktionär oder den Inhaber einer Namensaktie gerade nicht gattungsbegründend ist.¹ Das Gesetz gestattet aber auch noch an anderen Stellen die Zuerkennung individueller Rechte, welche einzelne Aktionäre von den anderen abhebt, etwa individuelle Präsenzrechte bei Beschlussfassungen in der Hauptversammlung oder auch Zustimmungsrechte zu einer Satzungsänderung² bzw zu Kapitalerhöhungen oder ähnlichen Strukturentscheidungen, wie Verschmelzungen oder Spaltungen.³ Ein derartiges Präsenzrecht bewirkt etwa, dass ein Beschluss nicht wirksam gefasst werden kann, wenn der berechtigte Aktionär tatsächlich nicht anwesend oder in der Hauptversammlung vertreten ist. Der Aktionär hat derart ein Blockierungsrecht.

Trotz dieser Einsprenkelungen zugunsten individueller Ausgestaltung der Mitgliedschaftsposition einzelner Aktionäre ist das Aktienrecht konzeptionell darauf ausgelegt, nicht einzelnen Aktionären verschiedene Rechtspositionen zuzuordnen, sondern sie jeweils einer Gruppe von Inhabern gleicher Mitgliedschaftsrechte zu verschaffen. Die unterschiedliche Gestaltung zielt primär nicht auf den individuellen Aktionär, sondern auf Aktien mit denselben mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten, wobei die Aktien unterschiedlich ausgestattet wer-

¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 88 Rz 9.

² Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 146 Rz 13, 16; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 50.

³ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 221 AktG Rz 13.

den können. Dennoch genügt es, wenn nur eine Aktie mit anderen Rechten oder Pflichten ausgestattet ist als die übrigen Aktien, um eine eigene Aktiengattung zu begründen.⁴

Die unterschiedliche Gestaltung der Mitgliedschaftspositionen für einzelne Aktiengattungen konkretisiert den Gleichbehandlungsgrundsatz gem § 47a AktG. § 11 AktG ist Ausdruck dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nur eine willkürliche Ungleichbehandlung, nicht aber eine Differenzierung aus sachlichen Gründen verbietet.⁵ Wenn die Satzung mehrere Gattungen festschreibt, haben die Mitgliedschaften einen unterschiedlichen Inhalt, sodass ihre unterschiedliche rechtliche Behandlung das Gleichbehandlungsgebot gar nicht berührt.⁶

Die Etablierung von Aktiengattungen verlangt die Festlegung der unterschiedlichen Mitgliedschaftspositionen in der Satzung, schlichte Hauptversammlungsbeschlüsse oder Ausgestaltungen durch Vorstand oder Aufsichtsrat reichen nicht aus.

In der Praxis finden sich unterschiedliche Differenzierungen. Die häufigste Form ist die Ausgabe stimmrechtsloser, mit Gewinnvorrechten ausgestatteter Vorzugsaktien. Zum Teil machen Familiengesellschaften von dieser Möglichkeit der Eigenkapitalfinanzierung Gebrauch. Bei börsennotierten Gesellschaften ist eher ein Trend zur Umwandlung von Vorzugsaktien in Stammaktien oder bei Neuemissionen zum Verzicht auf ihre Ausgabe zu beobachten, weil sie international betrachtet in der Form unüblich oder unbekannt sind und vom internationalen Kapitalmarkt nicht geschätzt werden. In ähnlicher Weise zeigt sich auch eine Vereinfachung der Titelstruktur im Verhältnis mitgliedschaftlicher und schuldrechtlicher Beteiligungen. Partizipationskapital und Genusskapital haben sich als kapitalmarktorientiertes Massenspapier nicht durchgesetzt.⁷ Je unterschiedlicher die angebotenen und gehandelten Titel eines einzigen Emittenten sind, desto schwieriger und aufwendiger wird ein Vergleich, wodurch dem Anleger Transaktionskosten erwachsen.⁸

Obwohl eine Tendenz zur Bereinigung der Aktiengattungen bzw Beteiligungstitel besteht, existieren gar nicht so wenige Gesellschaften mit unterschiedlichen Aktiengattungen. Im Folgenden sollen daher einige ausgewählte Fragen zur Beschlussfassung bei Bestehen mehrerer Aktiengattungen, insbesondere auch bei Bestehen von Vorzugsaktien neben Stammaktien, erörtert werden.

⁴ Vatter in Spindler/Stilz, AktG² § 11 Rz 3; Westermann in Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar zum AktG § 11 Rz 7.

⁵ Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 11.

⁶ OLG Hamm, NZG 2008, 914, 915.

⁷ Kalss, Die nachträgliche Ausstattung von Genussrechten mit einem Wandlungsrecht nach österreichischem Recht, in FS Goette (2011) 219, 224.

⁸ Hirte in Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht (1998) 61, 79; Kalss in FS Goette 217, 224.

II. Mehrere Aktiengattungen mit Stimmrecht

1. Allgemeines

Generell ist zwischen dem Bestehen mehrerer stimmrechtstragender Aktiengattungen sowie dem Nebeneinander von Stimm- und Vorzugsaktien zu unterscheiden. Das aktienrechtliche Regelungsregime zeigt einige Unterschiede bei Bestehen mehrerer stimmberechtigter Aktiengattungen im Verhältnis zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien. Ausdrücklich spricht etwa § 221 AktG von stimmberechtigten Aktien, während die Sonderregelungen für Vorzugsaktien ohne Stimmrecht sowie das Verhältnis zwischen Stamm- und Vorzugsaktien primär in § 129 AktG geregelt sind. An verschiedenen Stellen meint das Gesetz stimmrechtstragende Aktien, wenn es von mehreren Gattungen spricht, wie etwa in § 146 oder § 149 AktG.

Verschiedene Stimmrechtsaktiengattungen können in der Ursprungssatzung enthalten sein oder erst nachträglich eingeführt werden. Für die Gründungssatzung reicht das Einvernehmen aller Gründer, sonstige Zustimmung- oder Sonderbeschlussanforderungen aus Anlass der Feststellung der Satzung sind nicht erforderlich.⁹

2. Bestehen mehrere Aktiengattungen

a) Sonderbeschluss bei bestimmten Beschlussfassungen

Die Satzung kann unterschiedliche Aktiengattungen mit Stimmrecht vorsehen, die nebeneinander bestehen und sich etwa in der Höhe des Dividendenanspruchs oder des Liquidationserlöses unterscheiden. Derartige Aktien vermitteln – anders als stimmrechtslose Vorzugsaktien – jedenfalls das Stimmrecht. Eine Gattung kann sogar auch nur aus einer einzigen Aktie bestehen, wodurch diese Aktie ein besonderes Stimmgewicht erlangt.

Eine wesentliche Rechtsfolge des Bestehens mehrerer Aktiengattungen liegt darin, dass damit eine deutliche Einflussgewichtung vorgenommen werden kann. Das Gesetz sieht bei Vorliegen mehrerer stimmrechtstragender Gattungen für eine Reihe von Maßnahmen, nämlich etwa bei der Kapitalerhöhung (ordentliche Kapitalerhöhung, bedingte Kapitalerhöhung, genehmigtes Kapital), bei der Veräußerung eigener Aktien an bestimmte Personen, bei der ordentlichen und vereinfachten Kapitalherabsetzung, bei der Ausgabe von Wandelanleihen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten sowie bei der Verschmelzung, Spaltung und verschmelzenden Umwandlung, jeweils die Notwendigkeit eines

⁹ Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 11 Rz 19; Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 11 Rz 18.

Sonderbeschlusses jeder einzelnen Gattung vor. Der Sonderbeschluss der Aktiengattungen ist bei den genannten Maßnahmen jedenfalls zu fassen; es reicht die abstrakte Gefährdung aus, eine konkrete Beeinträchtigung muss nicht gegeben sein.

Das Prozedere der Entscheidungsfindung in der Hauptversammlung wird dadurch *komplizierter* und verlangt mindestens *zwei Beschlussfassungen*. Die einzelnen Gattungen müssen nicht in gesonderter Versammlung entscheiden, sondern können in der gleichen Versammlung gesondert abstimmen. Bloß eine nochmalige Zählung der Stimmen reicht nicht. Die Beschlussfassung jeder einzelnen Aktiengattung ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Hauptversammlungsbeschlusses.¹⁰

Die Notwendigkeit der gesonderten Beschlussfassung jeder einzelnen Aktiengattung gibt jeder Aktiengattung ein maßgebliches Einflussrecht. Die Aktionäre einer Gattung können durch das Nichtzustandekommen des Beschlusses oder die Unterlassung des Beschlusses die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses verhindern. Sie haben daher ein Veto- oder Blockierungsrecht und können derart ihren Einfluss in der Gesellschaft entsprechend geltend machen, nämlich in dem Sinn, dass zusätzlich zum allgemeinen Hauptversammlungsbeschluss jeder Aktiengattung dieses Hemmrecht eingeräumt wird.¹¹ Einer bestimmten Gruppe von Aktionären kann daher neben den allgemeinen Stammaktien noch eine weitere stimmberechtigte Aktiengattung zugeteilt werden, wodurch diese Gruppe eine besondere Hemmkraft aufgrund der Notwendigkeit des Sonderbeschlusses entfalten kann.

Damit kann den Inhabern von Aktien einer Gattung, die im Verhältnis zum Grundkapital nur relativ wenige Aktien erfasst, ein erhöhter Einfluss, nämlich ein Blockierungsrecht, eingeräumt werden.¹² Zulässig ist auch eine Satzungsregelung, die über die gesetzlich genannten Maßnahmen hinausgeht und alle oder auch nur bestimmte, explizit aufgezählte Beschlüsse der Hauptversammlung dem Erfordernis eines zusätzlichen Beschlusses jeder einzelnen Aktiengattung unterwirft.¹³

Ein Sonderbeschluss jeder einzelnen Aktiengattung ist auch erforderlich, wenn der Hauptversammlungsbeschluss einstimmig gefasst wird.¹⁴ Dem zusätz-

¹⁰ S etwa zur Verschmelzung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 221 AktG Rz 24.

¹¹ *Kalss*, Das Höchststimmrecht als Instrument zur Wahrung des Aktionäreseinflusses (1992) 68 f; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 221 AktG Rz 24; *Fuchs*, Aktiengattungen, Sonderbeschlüsse und Treuepflicht, in FS Immenga (2004) 589, 591.

¹² *Kalss*, Höchststimmrecht 84; *Schopper* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 11 Rz 10.

¹³ *Kalss*, Höchststimmrecht 84; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/110; *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 11 Rz 10.

¹⁴ *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 146 Rz 20.

lichen Beschluss kommt Warnfunktion zu und gibt dem bereits einmal Mitwirkenden ein zusätzliches zeitliches Moment in die Hand.

b) Beeinträchtigung einer Gattung

Gem § 146 Abs 2 AktG bedarf der Beschluss der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit eines Sonderbeschlusses der benachteiligten Aktionäre, sofern das bisherige Verhältnis mehrerer Gattungen von Aktien zum Nachteil einer Gattung geändert werden soll. Während sonst der Eingriff in die Rechtsposition eines Aktionärs typischerweise seine Individualzustimmung verlangt, erleichtert die Regelung die Veränderung zulasten einer Aktiengattung. Ohne die Sonderregelung würde die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs erforderlich sein.¹⁵ Zugleich würde auch in das Gleichbehandlungsgebot der Aktionäre gem § 47a AktG eingegriffen werden.¹⁶ Die Mitglieder der jeweiligen Aktiengattungen können sich mittels der erforderlichen gesonderten Abstimmung, somit des Sonderbeschlusses selbst, vor einer Beeinträchtigung ihrer Rechtsposition schützen. Sie erhalten aber durch § 146 Abs 2 AktG keinen Individual-, sondern lediglich einen Gruppenschutz.¹⁷ Die Erleichterung dient der Durchführbarkeit, würde doch bei einer Publikumsgesellschaft die Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs praktisch nicht eingeholt werden können. § 146 Abs 2 AktG fördert die Flexibilisierung und Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten der Aktiengesellschaft, da der Beschluss mit qualifizierter Mehrheit der betroffenen Aktionäre einer Gattung genügt.

Das Sonderbeschlusserfordernis ist auch eine Erweiterung im Verhältnis zum Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt nämlich nur das Vorliegen eines sachlichen Grundes für eine unterschiedliche Behandlung. Selbst wenn aber eine benachteiligende Behandlung einer Aktiengattung sachlich gerechtfertigt ist, bedarf diese Veränderung nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung gem § 146 Abs 2 AktG neben den allgemeinen satzungsändernden Beschluss zusätzlich des Sonderbeschlusses der von der Benachteiligung betroffenen Aktiengattung. Das Sonderbeschlusserfordernis wird nur ausgelöst, wenn bei einer Gattung ein unmittelbarer Nachteil gerade im Verhältnis zu ihrem bisherigen Status eintritt.¹⁸ Dabei muss es um die konkrete nachteilige Veränderung einer individuellen Rechtsposition gehen. Eine abstrakte Gefährdung allein reicht nicht aus.

¹⁵ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 146 Rz 15; Hüffer, AktG⁹ § 179 Rz 41.

¹⁶ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 146 Rz 15.

¹⁷ Fuchs in FS Immenga 589, 593; Wiedemann in GroßKomm zum AktG⁴ § 179 Rz 138.

¹⁸ OLG Celle, AG 2003, 505, 506.

3. Nachträgliche Etablierung einer zweiten Gattung

Wird eine – stimmrechtstragende – Aktiengattung erst nachträglich eingeführt, bestehen zwei Möglichkeiten, nämlich die Ausstattung der bereits vorhandenen Stammaktien mit besonderen mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten¹⁹ oder die Neuausgabe einer weiteren Gattung neben den Stammaktien.

Die nunmehrige Neuausstattung von Aktien bedarf eines satzungsändernden Beschlusses der Hauptversammlung gem § 146 Abs 1 AktG, dh der aktuell beteiligten Inhaber von Stammaktien. Nur wenn durch die Einführung einer neuen Aktiengattung in die mitgliedschaftliche Position einzelner Aktionäre eingegriffen wird, ist neben dem satzungsändernden Beschluss auch die Einzelzustimmung der direkt oder indirekt betroffenen Aktionäre erforderlich.²⁰

Notwendig ist schlicht ein satzungsändernder Beschluss, somit die qualifizierte Mehrheit. Die Stammaktionäre beschließen allein in der Hauptversammlung darüber.

III. Gattungsbezogenes Höchststimmrecht

1. Höchststimmrecht

Der Effekt der ungleichen Einflussverteilung auf die einzelnen Aktiengattungen kann durch eine entsprechende satzungsmäßige Gestaltung eines Höchststimmrechts noch verstärkt werden. Generell wird bei der satzungsmäßigen Festlegung eines Höchststimmrechts die Stimmkraft eines Aktionärs unabhängig von der Höhe seiner kapitalmäßigen Beteiligung eingeschränkt. Bis zum Erreichen einer bestimmten Grenze steigt die Stimmkraft des Aktionärs linear mit der Anteilshöhe. Überschreitet seine Kapitalbeteiligung die in der Satzung festgelegte Grenze, ruhen die darüber hinausgehenden Stimmrechte.²¹ Mit dem Höchststimmrecht gewinnen jene Aktionäre, die über einen Anteil verfügen, der unterhalb der festgelegten Grenze liegt. Insofern werden gering Beteiligte von einer Stimmrechtsschwelle begünstigt. Kein Aktionär erlangt aber unmittelbar mehr Stimmrechte. Dies ist bei einem Mehrstimmrecht anders, das im österreichischen Recht in der GmbH bei entsprechender Vertragsgestaltung zulässig ist, nicht aber in der AG.

Eine Höchststimmrechtsregelung beeinflusst die Berechnung der Stimmkraft eines betroffenen Aktionärs: Die Höhe des Stimmrechts, das der jeweilige Aktionär

¹⁹ OGH SZ 68/144.

²⁰ *Schmidt-Pachinger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 11 Rz 19; *Schopper* in Jabornegg/Strasser, AktG³ § 11 Rz 20.

²¹ *Kalss*, Höchststimmrechte 58; *Schmidt-Pachinger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 12 Rz 23.

unter Berücksichtigung des Höchststimmrechts ausüben kann (x), ist durch die Summe der Zahl der von der Höchststimmrechtsregelung betroffenen Aktionäre (y) multipliziert mit der Höchststimmrechtsquote (h) und dem Prozentsatz der von der Stimmkraftbeschränkung nicht betroffenen Anteile (z) zu dividieren. In einer Formel lässt sich diese Rechnung so ausdrücken: $x : [Z + (y \cdot h)]^{22}$. Hält etwa ein Aktionär eine kapitalmäßige Beteiligung von 50 %, ist aber in der Satzung eine Höchststimmrechtsgrenze von 25 % vorgesehen, so verfügt dieser eine Aktionär über ein Drittel aller Stimmrechte insgesamt, wenn alle übrigen Aktionäre unter der 25 % Grenze bleiben: $25 : [50 + (1 \cdot 25)]\%$.

Stimmrechtsbeschränkungen mittels eines Höchststimmrechts oder einer vergleichbaren Stimmrechtsabstufung²³ wirken sich nur auf die Berechnung der Stimmenmehrheit, nicht aber auf die Kapitalmehrheit aus.²⁴ Sie schlagen daher voll auf einen Gewinnverteilungsbeschluss oder auf die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder oder des Abschlussprüfers durch, nicht aber auf Kapitalmaßnahmen oder Satzungsänderungen.

2. Höchststimmrecht bezogen auf eine Gattung

Während die Etablierung von Höchststimmrechten oder Stimmrechtsabstufungen für einzelne namentlich benannte Aktionäre oder individuelle Inhaber von einzelnen Aktien unzulässig ist,²⁵ darf eine Stimmrechtsbeschränkung für eine bestimmte Aktiengattung sehr wohl angeordnet werden. Eine Stimmrechtsgattung wird durch ein Höchststimmrecht nicht begründet, dh das Höchststimmrecht bildet kein konstituierendes Element für eine Aktiengattung. Allerdings ist es zulässig, die Rechte nur auf eine Gattung zu beziehen. Daher kann auch der mangelnde Zuwachs an Stimmgewicht, dh die Beschränkung der Stimmkraft, nur auf die Aktien einer Gattung bezogen werden.²⁶ Eine derartige Gestaltung bewirkt kein echtes Mehrstimmrecht der von der Beschränkung ausgenommenen Aktionäre. Allein ein mehrstimmrechtsähnlicher Effekt zugunsten der nicht vom Höchststimmrecht betroffenen Aktiengattungen wird erkennbar.

Das Stimmgewicht steigt, weil die Stimmkraft der anderen Gesellschafter gekappt wird. Damit erlangen die vom Höchststimmrecht nicht erfassten Aktio-

²² Vgl. Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 17 Rz 24.

²³ Zur Zulässigkeit Thierly, NZ 1989, 81, 84; Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 12 Rz 25.

²⁴ Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 12 Rz 26, § 121 Rz 24.

²⁵ Kalss, Höchststimmrechte 60; Reich-Rohrwig/Thierly, ecolex 1990, 26; Thierly, NZ 1989, 81, 82; Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 12 Rz 28.

²⁶ Kalss, Höchststimmrechte 64 ff; Volhard in MünchKomm zum AktG² § 134 Rz 12; Hüffer, AktG⁹ § 134 Rz 14; aA Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 12 Rz 39; Thierly, NZ 1989, 81, 82; Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 12 Rz 28.

näre eine erhöhte Stimmkraft. Während sonst nur jene Aktionäre profitieren, die Anteile unter der Stimmrechtsschwelle halten, »gewinnen« in dieser Gestaltung auch die Aktionäre der befreiten Gattung, die selbst Anteile in einem Ausmaß halten, das über die allgemeine Stimmrechtsschwelle hinausgeht. Neben diesem Zugewinn an Stimmkraft für den allgemeinen Hauptversammlungsbeschluss behalten die Aktionäre auch ihr Einfluss- und Blockierungsrecht kraft des Sonderbeschlussrechts für besondere Beschlussfassungen wie Kapitalerhöhung, Verschmelzung etc (vgl Punkt 2. a), die in der Satzung ausgedehnt werden können.

Da das Höchststimmrecht nur eine Beschränkung von Rechten bewirkt, sich nur auf die Stimmkraft auswirkt und daher auch das gattungsbezogene Höchststimmrecht nur eine eingeschränkte Wirkungskraft hat, sind derartige Gestaltungen zwar zulässig, verwirklichen aber wohl nur in besonderen Situationen den Effekt der Einflussbündelung.

3. Nachträgliche Einführung

Die nachträgliche Einführung eines Höchststimmrechts ist durch eine Satzungsänderung möglich und im Lichte des Gleichbehandlungsgebots zulässig, sofern alle Gesellschafter – potentiell – gleich betroffen sind, einer Einzelzustimmung aller möglichen bzw betroffenen Gesellschafter bedarf es nicht. Allein wenn einzelne Gesellschafter durch die Maßnahme unmittelbar betroffen sind und ihr Stimmrecht gekappt wird (zB von 23 % auf 5 %), müssen sie der Maßnahme einzeln zustimmen.²⁷ Auch bei der Einführung des gattungsbezogenen Höchststimmrechts gilt dieses Zustimmungsregime.

IV. Ausgabe und Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien

1. Ursprüngliche Gestaltung

Bereits die ursprüngliche Satzung kann verschiedene Aktiengattungen, somit Stammaktien und parallel dazu Vorzugsaktien vorsehen, was ohne weiteres durch die Einstimmigkeit und das notwendige Zusammenwirken aller Gründer sanktioniert ist.²⁸ Wird die Aktiengattung erst nachträglich eingeführt, so bedarf die nachträgliche Einführung einer Satzungsänderung.

²⁷ Kalss, Höchststimmrecht 84; Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 20.

²⁸ Schmidt/Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 11 Rz 18.

2. Erstmalige Ausgabe von Vorzugsaktien neben Stammaktien

Die erstmalige Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht bedarf – ebenso wie die Ausgabe sonstiger Aktiengattungen – nur eines satzungsändernden Beschlusses der Stammaktionäre gem § 146 Abs 1 AktG. Solange nur eine einzige Aktiengattung, nämlich die der Stammaktien, besteht, greift § 146 Abs 2 AktG nicht, wonach ein Sonderbeschluss bei Bestehen mehrerer Gattungen erforderlich ist. Der Beschluss auf Neubildung einer Gattung unterliegt nicht der Sonderabstimmung gem § 146 Abs 2 AktG.²⁹

Für die Satzungsänderung gelten die allgemeinen Voraussetzungen gem § 146 Abs 1 AktG. Nach der dispositiven gesetzlichen Regelung ist für eine Satzungsänderung eine Mehrheit erforderlich, die mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst (qualifizierte Mehrheit). Da die Satzung die Mehrheit durch eine andere Kapitalmehrheit ersetzen kann, ist es zulässig, das Kapitalerfordernis zu erhöhen oder herabzusetzen.

Das geltende Aktienrecht sieht – anders als die deutsche Parallelbestimmung – weder für die Satzungsänderung noch für die Kapitalerhöhung zur Ausgabe von Vorzugsaktien eine zwingende qualifizierte Mehrheit vor, die nur erhöht werden kann.³⁰ In Deutschland ist bei einer Kapitalerhöhung eine Herabsetzung der qualifizierten Mehrheit für die Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht hingegen nicht möglich. Die Regelung von § 182 Abs 2 dAktG verbietet dies ausdrücklich. Für eine schlichte Satzungsänderung bei der Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien fehlt auch im deutschen Recht gem § 179 dAktG eine derartige »Sperrklausel«. Nach österreichischem Recht bleibt es daher jedenfalls für die erstmalige Ausgabe, aber auch für die Umwandlung bei der einfachen Mehrheit.

3. Umwandlung von Stammaktien

Zum Teil soll die Gattung der Vorzugsaktien nicht erst neu geschaffen werden, sondern sollen schon existierende Aktien in Vorzugsaktien gewandelt werden. Auch die Umwandlung bestehender Stammaktien in Vorzugsaktien ist eine zulässige Gestaltungsmöglichkeit in einer Aktiengesellschaft.³¹ Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von § 129 Abs 2 Satz 2 AktG, wonach nach dem zweiten Halbsatz das Stimmrecht auch später ausgeschlossen werden kann. Das Gesetz spricht ausdrücklich den Fall an: »falls das Stimmrecht später ausgeschlossen ist«.

²⁹ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 146 Rz 17; Hüffer, AktG⁹ § 179 Rz 43; Stein in MünchKomm AktG³ § 179 Rz 185; Krieger, Vorzugsaktien und Umstrukturierung in FS Lutter (2000) 97, 508.

³⁰ Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 49.

³¹ Bormann in Spindler/Stilz, AktG² § 139 Rz 36.

Das Gesetz anerkennt damit, dass die Ausgestaltung von Aktien bei der Ausgabe nicht endgültig festgelegt sein muss, sondern auch nachträglich geändert werden kann.

a) Satzungsänderung

Eine derartige Änderung bedarf wiederum der Satzungsänderung. Vorzugsaktien ohne Stimmrecht sind dadurch gekennzeichnet, dass sie eine eigene Aktiengattung bilden. Die Aktiengattung ist dadurch charakterisiert, dass eine Gruppe von Aktien mit bestimmten mitgliedschaftlichen Rechtsinhalten ausgestaltet wird, die andere mitgliedschaftliche Rechte vermitteln als Aktien einer anderen Gruppe.³² Vorzugsaktien ohne Stimmrecht stellen den Hauptanwendungsfall von Aktiengattungen dar. Sie werden bei der Gewinnverteilung oder bei der Verteilung des Liquidationserlöses gegenüber den sonstigen Aktien bevorzugt behandelt. Wie bereits angeführt, sind keine Sonderbestimmungen für die Satzungsänderung, die die Umwandlung der Aktien zum Gegenstand hat, anzuwenden; das Gesetz macht anders als die deutsche Parallelregelung keine Einschränkungen (vgl Punkt 2)

b) Zustimmung der betroffenen Aktionäre

Zusätzlich zu dem satzungsändernden Beschluss durch die Hauptversammlung ist die Zustimmung jedes einzelnen vom Stimmrechtsausschluss kraft Vorzugsaktie Betroffenen erforderlich. Ein Stammaktionär, dessen Anteile in Vorzugsaktien ohne Stimmrecht umgewandelt werden, muss daher individuell dem satzungsändernden Beschluss zustimmen. Der Grund liegt darin, dass das Stimmrecht ein gegen den Willen des Einzelnen unentziehbares Mitgliedschaftsrecht darstellt, weshalb ein Entzug dieses Mitgliedschaftsrechts nur mit Zustimmung des betroffenen Aktionärs möglich ist.³³

Dies zu erkennen ist von ganz entscheidender Bedeutung: Stimmt nämlich der unmittelbar betroffene Aktionär der Umwandlung seiner Stammaktien in Vorzugsaktien nicht zu, so ist dieser satzungsändernde Beschluss der Hauptversammlung schwebend unwirksam. Stimmt er dem Beschluss endgültig nicht zu, so wird der Beschluss endgültig unwirksam.³⁴ Die Zustimmung kann der Aktionär auch schon durch seine Stimmabgabe für den satzungsändernden Beschluss

³² *Schmidt-Pachinger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 11 Rz 5 f.

³³ *M Doralt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² §12a Rz 40; *Bormann* in Spindler/Stilz, AktG² § 139 Rz 36; *G Bezzenberger* in GroßKomm AktG⁴ § 139 Rz 41; *Brändel* in GroßKomm AktG⁴ § 11 Rz 29; *Holzborn* in Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar AktG § 139 Rz 3.

³⁴ *Volhard* in MünchKomm AktG² § 139 Rz 5; *Zöllner* in KölnKomm AktG¹ § 139 Rz 22.

der Hauptversammlung erteilen. Einer gesonderten expliziten Zustimmungserklärung bedarf es in einem derartigen Fall nicht.

c) Zustimmung der sonstigen Aktionäre

Die sonstigen Aktionäre, deren Stammaktien nicht in Vorzugsaktien umgewandelt werden, sind durch den Beschluss nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar betroffen. Wird nur ein Teil der Stammaktien in Vorzugsaktien umgewandelt und steht die Möglichkeit der Umwandlung nur bestimmten Aktionären und nicht allen Aktionären zu, werden diese Aktionäre ungleich behandelt.³⁵ Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes bewirkt die Anfechtbarkeit – und nicht die Unwirksamkeit – des Beschlusses.³⁶ Da in der bloß partiellen Einräumung der Wandlungsmöglichkeit von Stammaktien in Vorzugsaktien eine Ungleichbehandlung von Aktionären vorliegt, stellt sich die Frage der Bewältigung dieser Ungleichbehandlung. Sie ist auf zwei Wegen möglich:

- Durch die gebotene Zustimmung der ungleich behandelten Aktionäre. Dabei ist der Frage nachzugehen, ob die Zustimmung in Form der Einzelzustimmung oder einer gruppenbezogenen Zustimmung der mittelbar betroffenen Aktionäre, somit in Form eines Sonderbeschlusses zu erteilen ist.
- Die ungleiche Behandlung der Aktionäre kann aber auch dadurch bewältigt und gerechtfertigt werden, dass eine ausreichende sachliche Differenzierung der einzelnen Aktionäre gegeben ist und daher eine sachlich gerechtfertigte und gebotene ungleiche Behandlung der Aktionäre vorliegt, die im Lichte von § 47a AktG gerechtfertigt ist. In einem derartigen Fall ist eine Zustimmung der ungleich behandelten Aktionäre überhaupt nicht erforderlich.

d) Sonderbeschluss der Aktiengattung

Von einem Teil der Literatur wird zur Bewältigung der ungleichen Behandlung der Aktionäre gem § 47a AktG die Einzelzustimmung der mittelbar betroffenen Aktionäre, denen die Umwandlung ihrer Stammaktien in Vorzugsaktien nicht eingeräumt wird, verlangt.³⁷ Für die Beantwortung dieser Frage ist es von entscheiden-

³⁵ Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG¹ § 115 Rz 32; Bormann in Spindler/Stilz, AktG² § 139 Rz 36; Spindler in Schmidt/Lutter, AktG² § 139 Rz 9; Volhard in MünchKomm AktG² § 139 Rz 5.

³⁶ Volhard in MünchKomm AktG² § 139 Rz 5; allgemein Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 47a Rz 22.

³⁷ Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG² § 139 Rz 9; Volhard in MünchKomm AktG² § 139 Rz 5; Bormann in Spindler/Stilz, AktG² § 139 Rz 36. G Betzenberger in GroßKomm AktG⁴ § 139 Rz 41.

der Bedeutung, Folgendes zu erkennen: Das Recht der mangelnden Umwandlung wird nicht einzelnen Aktionären genommen, vielmehr der Gruppe der Stammaktionäre mit Ausnahme eines einzigen Aktionärs. Daher ist es naheliegend, dass das Zustimmungsrecht nicht jedem einzelnen – bloß mittelbar betroffenen – Aktionär zukommt, zumal dieser nur in der Gruppe mitbetroffen ist, vielmehr reicht die Zustimmung in Form eines Sonderbeschlusses der mittelbar Betroffenen.³⁸

Das Erfordernis eines schlichten Sonderbeschlusses der nicht umwandlungsberechtigten Stammaktionäre folgt aus einer Analogie zu § 146 Abs 2 AktG.³⁹ Bei einer Aktienumwandlung eines Teils einer Gattung kann kein strengerer Maßstab angelegt werden, als etwa bei einer Satzungsänderung zu Lasten einer bestimmten Aktiengattung, die die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses gem § 146 Abs 2 AktG verlangt. Dies zeigt etwa der Fall, dass eine Aktiengattung, die bereits mit einem Liquidationsvorrecht ausgestattet ist, in volle Vorzugsaktien mit Gewinnvorzug und Liquidationsvorzug umgewandelt wird, jedenfalls nur ein Zustimmungsrecht qua Sonderbeschluss und nicht qua Einzelzustimmung hat.⁴⁰ Bei Vorliegen von Aktiengattungen dient der Sonderbeschluss gerade der Neutralisierung und Sanktionierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gem § 47a AktG.⁴¹

Maßgeblich ist, dass es hierbei – anders als beim unmittelbar betroffenen Aktionär – nicht um den Entzug eines Rechts bzw von Sonderrechten geht, sondern nur um die Neutralisierung oder Sanktionierung der Gleichbehandlung.⁴² Das Instrument zur Bewältigung der Gleichbehandlung durch Zustimmung ist – bezogen auf Aktiengattungen – nicht die Einzelzustimmung, sondern der Sonderbeschluss. Genau diese Wertung ist auch auf das Entstehen der Gattung und die gruppenbezogene mittelbare Andersbehandlung zu übertragen.

Der Gedanke ist einfach: Wenn schon bei Bestehen von Aktiengattungen Ungleichbehandlungen der Gattungen zueinander, die mittelbar jeden einzelnen Angehörigen der verschiedenen Gattungen betreffen, durch Sonderbeschluss sanktioniert werden können, gilt dies auch für die erstmalige – gruppenbezogene – ungleiche Behandlung durch Etablierung dieser Gruppe selbst und wird insofern auch bei der Bildung der verschiedenen Gruppen dh den Aktiengattungen, der Regelungsmechanismus gem § 146 Abs 2 AktG vorgezogen.⁴³

³⁸ Ausdrücklich *Schmidt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG¹ § 115 Rz 33; *Godin/Wilhelmi*, AktG² § 115 Rz 1.

³⁹ *Schmidt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG¹ § 115 Rz 33.

⁴⁰ Ausdrücklich *Schmidt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG¹ § 115 Rz 33.

⁴¹ Ausdrücklich *Dauner-Lieb* in KölnKomm AktG³ § 11 Rz 33.

⁴² *Dauner-Lieb* in KölnKomm AktG³ § 11 Rz 33.

⁴³ *Schmidt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG¹ § 115 Rz 33; ferner *Dauner-Lieb* in KölnKomm AktG³ § 11 Rz 33; *Vatter* in Spindler/Stilz, AktG² § 11 Rz 23 (für die quantitative Verschiebung mehrerer Gattungen).

e) Sachliche Rechtfertigung

Der Hinweis auf das Gebot der Einhaltung der Gleichbehandlung gem § 47a AktG weist den Weg. Gleichbehandlung bedeutet nicht schematische Gleichmacherei aller Aktionäre, sondern Gleichbehandlung für jene Aktionäre, die sich in vollkommen gleichen Verhältnissen befinden, umgekehrt eine ungleiche Behandlung für die Aktionäre, die sich nicht in gleichen Verhältnissen befinden.⁴⁴

Da die Zustimmung jeweils dazu dient, das Gleichbehandlungsgebot zu neutralisieren, bedarf es der Zustimmung naturgemäß nicht, wenn ohnehin eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegeben ist, die einer Neutralisierung überhaupt nicht bedarf. Daher ist es erforderlich, das Element der Zustimmung durch das Neutralisierungselement der sachlichen Differenzierung zu ersetzen.

Eine Ungleichbehandlung von Aktionären liegt gem § 47a AktG überhaupt nur vor, wenn eine ungleiche Behandlung der Aktionäre gegeben ist, ohne dass diese ungleiche Behandlung der Aktionäre gerechtfertigt wäre.⁴⁵ Die Gleichbehandlung der Aktionäre ist – umgekehrt formuliert – daher nur geboten, wenn die gleichen Voraussetzungen vorliegen.⁴⁶ Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann immer nur innerhalb der Gattung zum Tragen kommen.⁴⁷

Eine Differenzierung, die eine Ungleichbehandlung erlaubt, muss generell folgenden Kriterien unterliegen: Für eine Ungleichbehandlung muss ein schützenswertes Interesse der Gesellschaft vorliegen, die Maßnahme muss zur Verfolgung dieses Interesses geeignet sein und das gelindeste Mittel darstellen und schließlich muss der Eingriff im Vergleich zum Gewicht der zu verfolgenden Interessen verhältnismäßig sein.⁴⁸ Dabei kommt es nicht auf die Betrachtung isolierter Maßnahmen, sondern um das Maßnahmenbündel in seiner Gesamtheit an. Es bedarf somit einer Gesamtbetrachtung.⁴⁹

Im konkreten Einzelfall ist daher die sachliche Differenzierung zugunsten des einen Aktionärs im Verhältnis zu den anderen Aktionären herauszuarbeiten.

⁴⁴ *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47a Rz 11; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/175.

⁴⁵ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/175.

⁴⁶ *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47a Rz 11; *Doralt/Winner* in *MünchKomm AktG*³ § 53a Rz 40, Rz 42.

⁴⁷ *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47a Rz 12.

⁴⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/175; *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 47a Rz 11; *Doralt/Winner* in *MünchKomm AktG*³ § 53a Rz 52.

⁴⁹ *Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 47a Rz 11; *Doralt/Winner* in *MünchKomm AktG*³ § 53a Rz 42; *Bungeroth* in *MünchKomm AktG*³ § 53a Rz 14; *Cahn/von Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 53a Rz 18 f.

Durch die schlichte Umwandlung der Stammaktien in Vorzugsaktien wird eine weitere Verschiebung der vermögensmäßigen Beteiligung nicht vorgenommen, vielmehr wird eine Verbesserung der Stimmrechtsquote der sonstigen Stammaktionäre vollzogen, da ihre Aktien durch die Nichtumwandlung in Vorzugsaktien relativ an Stimmgewicht gewinnen. Insofern wird – solange das Stimmrecht der Vorzugsaktionäre wegen Nichtbedienung des Vorzugs nicht auflebt – keine Quotenverschiebung zu Lasten ihrer Beteiligungsquote, sondern umgekehrt eine Verbesserung ihres Stimmgewichts durch Stärkung ihrer Stimmrechtsquote herbeigeführt.⁵⁰ Die Stimmrechtsquote wird nur bei Aufleben des Stimmrechts verschoben. Sonst kommt es zu einer Verschiebung zugunsten der sonstigen Aktionäre.

Insofern besteht einerseits eine geringere Gefahr in der vermögensmäßigen Verwässerung der Aktionäre und zugleich ein Zugewinn an Stimmgewicht zugunsten der von der Umwandlung ausgeschlossenen Stammaktionäre.

Sofern eine Ungleichbehandlung der Aktionäre mit sachlicher Rechtfertigung vorliegt ist kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gem § 47a AktG gegeben. Daher braucht § 47a AktG nicht neutralisiert zu werden, sodass es überhaupt keiner Zustimmung der mittelbar betroffenen Aktionäre bedarf.

Die nachträgliche Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien ist zulässig. Die nachträgliche Umwandlung von Stamm- in Vorzugsaktien bedarf eines satzungsändernden Beschlusses.

Der unmittelbar betroffene Aktionär muss dem satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung der Autobank AG zustimmen, widrigenfalls ist der Beschluss nicht wirksam.

Zum Ausgleich der ungleichen Behandlung der Stammaktionäre bei bloß teilweiser Einräumung der Umwandlung der Stammaktien in Vorzugsaktien bedarf es nicht der Einzelzustimmung der nicht wandlungsberechtigten Aktionäre, sondern bloß eines Sonderbeschlusses der nicht wandlungsberechtigten Stammaktionäre. § 146 Abs 2 AktG, der bei Verschiebung der Beziehungen der Aktiengattungen einen Sonderbeschluss vorsieht, ist zur Neutralisierung der Gleichbehandlung auch für die Entstehung der Aktiengattung heranzuziehen.

Sofern eine sachliche Differenzierung der Aktionäre gegeben ist und daher das Gleichbehandlungsgebot wegen sachlicher Differenzierung der Aktionäre eingehalten wird, bedarf es der Neutralisierung durch Zustimmung – sei es als Einzelzustimmung, sei es als Sonderbeschluss der übrigen nur mittelbar betroffenen Aktionäre – überhaupt nicht.

⁵⁰ Siehe zum Einfluss auf die Stimmrechtsquote allgemein *Kals* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/761.

V. Die weitere Ausgabe von Aktien bei Bestehen von Stamm- und Vorzugsaktien

1. Mehrere stimmrechtstragende Aktien

Sind mehrere stimmrechtstragende Aktien vorhanden, bedarf der Hauptversammlungsbeschluss zur Ausgabe weitere Aktien gem § 149 AktG nicht nur der Beschlussfassung der Hauptversammlung, sondern zusätzlich der Sonderbeschlüsse der beiden Gattungen in gesonderter Abstimmung. Nicht erforderlich sind dafür eigene Versammlungen.

Soll der Gesellschaft bei Vorliegen von zwei stimmrechtstragenden Aktiengattungen weitere Eigenmittel durch Ausgabe neuer Aktien zugeführt werden, ist auf das Verhältnis der beiden Aktiengattungen zu achten.

Von einem Teil der Lehre wird für den Fall von zwei oder mehreren Aktiengattungen, wie insbesondere für den Fall des Nebeneinanders von Stamm- und Vorzugsaktien vertreten, dass den Inhabern der jeweiligen Aktien der beiden Aktiengattungen ein proportionaler Mischanspruch auf Aktien der jeweils anderen Gattung zukommen soll.⁵¹ Mit der zunehmenden Literatur ist aber davon auszugehen, dass die Aktionäre der jeweiligen Gattung jeweils nur Aktien ihrer eigenen Gattung erhalten, ohne dass ein wechselseitiger Bezugsrechtsausschluss vorgenommen werden muss.⁵² Der Grund liegt darin, dass ohnehin das Verhältnis der Aktiengattungen zueinander gleich bleibt und damit der Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls gattungsbezogen eingehalten wird.⁵³ Nur bei einer Verschiebung des Verhältnisses der Aktiengattungen zueinander durch eine unverhältnismäßige Ausgabe der Aktien der verschiedenen Gattungen läge ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Dieser könnte nur durch einen Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre der einen Gattung gegenüber der anderen Gattung vermieden, dh sanktioniert werden, was aber wohl nur in Sonderfällen sachlich zu rechtfertigen ist.⁵⁴ Vorstellbar ist dies etwa bei Sanierungskapitalerhöhungen oder bei der Einbringung von unverzichtbarem Know-how oder sonstiger Sacheinlagen in das Unternehmen.

⁵¹ Hüffer, AktG⁹ § 186 Rz 30; Lutter in KölnKomm zum AktG² § 186 Rz 68.

⁵² Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 153 Rz 147; Frey/Hirte, Vorzugsaktionäre und Kapitalerhöhung, DB 1989, 2465.

⁵³ Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 153 Rz 21.

⁵⁴ Lutter in KölnKomm zum AktG² § 186 Rz 86; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 153 Rz 147.

2. Vorzugsaktien

Soll der Gesellschaft nach der Schaffung von Stamm- und Vorzugsaktien weiteres Kapital durch Ausgabe von neuen Aktien zugeführt werden, ist auf das Verhältnis der nunmehr beiden bestehenden Aktiengattungen zu achten.

Wie bereits für das Verhältnis von mehreren Stimmrechtsgattungen ausgeführt (vgl. Punkt 1), besteht auch im Verhältnis Stammaktien und Vorzugsaktien kein wechselseitiger Mischbezugsanspruch der Aktionäre der jeweiligen Gattung. Die Aktionäre der jeweiligen Gattung haben nur einen Bezugsanspruch auf Aktien ihrer eigenen Gattung, was wiederum die gleichmäßige Erhöhung des Kapitals voraussetzt. Dadurch wird das Verhältnis der Gattungen zueinander nicht geändert und erleiden die Vorzugsaktionäre gegenüber den Stammaktionären keinen Nachteil (vgl. Punkt 1). Wie auch im Verhältnis mehrerer stimmrechtstragender Aktien ist ein Bezugsrechtsausschluss nur bei ungleichmäßigem Aktienbezugsrecht notwendig, der den gleichen Voraussetzungen folgt wie bei mehreren stimmrechtstragenden Aktien.

Gem § 129 Abs 2 AktG bedarf der Beschluss über die Ausgabe neuer Aktien mit vorgehenden oder gleichstehenden Rechten der Zustimmung der Vorzugsaktionäre. Allein in dem Fall, in dem bei Einräumung des Vorzugs die weitere Ausgabe von vorgehenden oder gleichstehenden Aktien vorbehalten wurde, bedarf es eines derartigen Beschlusses nicht.

Sind im Zeitpunkt der Schaffung des genehmigten Kapitals bereits stimmrechtslose Vorzugsaktien vorhanden, kann der Vorstand neue Aktien nur bei gesonderter Ermächtigung gem § 171 Abs 2 AktG ausgeben. Der Hauptversammlungsbeschluss, der den Vorstand ermächtigt, Stamm- und Vorzugsaktien auszugeben, bedarf zu seiner Wirksamkeit eines Sonderbeschlusses der Vorzugsaktien gem § 129 Abs 2 Satz 1 in gesonderter Versammlung.⁵⁵

Sollen nur Stammaktien angeboten werden, ist § 129 Abs 2 AktG nicht anwendbar und ist ein Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre für diese Beschlussfassung nicht erforderlich.

Ebenso wenig ist ein Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre für die Ausgabe von aktienähnlichen Genussrechten oder von Partizipationskapital erforderlich. Zwar wird in der Literatur wegen der dort angenommenen Parallelität der Sachverhaltskonstellation teilweise die Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses durch analoge Anwendung von § 129 Abs 2 AktG auf die Ausgabe des schuldrechtlichen Beteiligungskapitals vertreten.⁵⁶ Ausdrücklich wird aber anerkannt, dass

⁵⁵ *Nagele/Lux* in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 171 Rz 9; *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 171 Rz 49; *M Doralt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 129 Rz 38.

⁵⁶ *Zollner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 174 Rz 39; *Winner* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 407.

der Gesetzgeber diese Anwendung gerade nicht beabsichtigte.⁵⁷ Zu bedenken ist jedenfalls, dass für Genussrechte oder Partizipationskapital das Stimmrecht nie auflebt und daher nie derartige Einflussrechte entstehen können. Die Gleichbehandlung der Aktionäre und damit auch der Vorzugsaktionäre ist durch Gewährung des Bezugsrechts gem § 174 Abs 3 AktG zu befürworten. Die Notwendigkeit der Beschlussfassung ergibt sich daher nur bei unterschiedlicher Gestaltung von aktienrechtlichem Beteiligungskapital und nicht bei Ausgabe von schuldrechtlichem Beteiligungskapital.⁵⁸

VI. Resümee

Die Etablierung von unterschiedlichen Aktiengattungen ermöglicht die Einflussbündelung und Einbringung von Kapitaleinsatz und Einflussnahme in der Gesellschaft. Nicht zu unterschätzen ist die Zunahme der Komplexität der Entscheidungsfindung.

⁵⁷ *Winner* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 407 FN 1101; *Karollus* in Geßler/Hefermehl, AktG § 221 Rz 337.

⁵⁸ *M Doralt* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 129 Rz 41; *Karollus* in Geßler/Hefermehl, AktG § 221 Rz 337, 64; *Volhard* in MünchKomm AktG² § 141 Rz 27.