

**Titel:**

**Nachweis des Aktienbesitzes im Freigabeverfahren**

**Normenkette:**

AktG § 246a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2

ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 291

**Leitsätze:**

- 1. Der Freigabeantrag ist dann hinreichend bestimmt, wenn er den Wortlaut des gefassten Beschlusses wiedergibt; die überflüssige Wiedergabe einer Überschrift des Beschlussantrags ändert daran nichts. (Rn. 5) (redaktioneller Leitsatz)**
- 2. Eine nach Ablauf der Wochenfrist gem. § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG vorgelegte Bescheinigung über den Aktienbesitz muss auch dann außer Betracht bleiben, wenn der Nachweis auf einen Hinweis des Gerichts hin erfolgt. (Rn. 9) (redaktioneller Leitsatz)**
- 3. Auf die Frage, ob der hinreichende Aktienbesitz zwischen den Beteiligten des Freigabeverfahrens streitig ist, kommt es für die Erforderlichkeit des Nachweises nicht an. (Rn. 13 – 16) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Aktienbesitz, Aktiengesellschaft, Ausgabebetrag, Ausschlussfrist, Nachweis, Eintragung, Handelsregister, Hauptversammlungsbeschluss, Kapitalerhöhung, Zustellung, Freigabe, gerichtskundig

**Fundstellen:**

EWiR 2019, 459

ZIP 2019, 568

AG 2019, 525

BeckRS 2019, 635

LSK 2019, 635

**Tenor**

1. Es wird festgestellt, dass die beim Landgericht München I erhobene Klage des Antragsgegners vom 5.11.2018 (Az.: 5 HK O 15381/18) gegen den Beschluss der Hauptversammlung der Antragstellerin vom 4. Oktober 2018 zu TOP 1 nachfolgenden Inhalts: Das Grundkapital der Gesellschaft wird von € 1.916.200 eingeteilt in 36.850 Aktien um bis zu € 958.100 auf bis zu € 2.874.300 durch Ausgabe von bis zu 18.425 neuen, auf den Namen lautenden Stückaktien mit einem rechnerischen Betrag am Grundkapital in Höhe von € 52 je Stückaktie zum Ausgabebetrag von € 52 je Stückaktie gegen Bareinlage erhöht. Die neuen Aktien sind in Höhe eines Viertels des Ausgabebetrages nach Zeichnung und Übernahme sofort in Bar auf ein anzugebendes Konto einzuzahlen, im Übrigen unverzüglich nach Aufforderung durch den Vorstand der Gesellschaft. Die neuen Aktien sind ab dem 01.11.2018 gewinnberechtigt. Den Aktionären steht das gesetzliche Bezugsrecht im Verhältnis 2 : 1 zu, wobei die Durchführung der Kapitalerhöhung vollständig oder teilweise nach § 186 Abs. 5 AktG erfolgen kann. Nicht von Aktionären im Rahmen deren Bezugsrechts bezogene Aktien können von anderen Aktionären gezeichnet werden. Der Vorstand wird ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats die weiteren Einzelheiten der Kapitalerhöhung und ihrer Durchführung und der Bedingungen für die Ausgabe der Aktien festzusetzen. Gem. § 36 a AktG muss der eingeforderte Betrag (§ 36 Abs. 2 AktG) mindestens ein Viertel des geringsten Ausgabebetrags und bei der Ausgabe der Aktien für einen höheren als diesen auch den Mehrbetrag umfassen. Der Aufsichtsrat wird ermächtigt, die Fassung der Satzung entsprechend dem Umfang der Durchführung der Kapitalerhöhung zu ändern. Der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals wird ungültig, wenn bis zum 31.12.2018 nicht mindestens 1.000 Aktien gezeichnet sind oder wenn die Durchführung der Kapitalerhöhung nicht bis zum 31.3.2019 in das Handelsregister eingetragen ist. der Eintragung des vorgenannten Beschlusses in das Handelsregister des Sitzes der Antragstellerin nicht entgegen steht und Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses die Wirkung der Eintragung unberührt lassen.

2. Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

3. Der Streitwert für das Verfahren wird auf 191.620,- € festgesetzt.

## **Gründe**

I.

**1**

Die Hauptversammlung der Antragstellerin beschloss am 4.10.2018 die aus dem Beschlusstenor ersichtliche Kapitalerhöhung unter TOP 1 der Tagesordnung, die mit der Einberufung im Bundesanzeiger vom 21.8.2018 bekannt gemacht wurde. Gegen diese Beschlussfassung erhob der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 5.11.2018 Klage vor dem Landgericht München I, welche dort unter dem Aktenzeichen 5 HK O 15381/18 geführt wird.

**2**

Die Antragstellerin beantragt,

Es wird festgestellt, dass die beim Landgericht München erhobene Klage der Antragsgegnerin vom 5.11.2018 (Az.: 5 HK O 15381/18) gegen den Beschluss der Hauptversammlung der Antragstellerin vom 4. Oktober 2018 zu TOP 1 nachfolgenden Inhalts:

Beschlussfassung über die Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft gegen Bareinlage Die Konsortium Aktiengesellschaft schlägt vor zu beschließen:

Das Grundkapital der Gesellschaft wird vom € 1.916.200 eingeteilt in 36.850 Aktien um bis zu € 958.100 auf bis zu € 2.874.300 durch Ausgabe von bis zu 18.425 neuen, auf den Namen lautenden Stückaktien mit einem rechnerischen Betrag am Grundkapital in Höhe von € 52 je Stückaktie zum Ausgabebetrag von € 52 je Stückaktie gegen Bareinlagen erhöht.

Die neuen Aktien sind in Höhe eines Viertels des Ausgabebetrages nach Zeichnung und Übernahme sofort in Bar auf ein anzugebendes Konto einzubezahlen, im Übrigen unverzüglich nach Aufforderung durch den Vorstand der Gesellschaft.

Die neuen Aktien sind ab dem 01.11.2018 gewinnberechtigt. Den Aktionären steht das gesetzliche Bezugsrecht im Verhältnis 2 : 1 zu, wobei die Durchführung der Kapitalerhöhung vollständig oder teilweise gemäß § 186 Abs. 5 AktG erfolgen kann. Nicht von Aktionären im Rahmen ihres Bezugsrechts bezogene Aktien können von anderen Aktionären gezeichnet werden. Der Vorstand wird ermächtigt, mit Zustimmung des Aufsichtsrats die weiteren Einzelheiten der Kapitalerhöhung und ihrer Durchführung und der Bedingungen für die Ausgabe der Aktien festzusetzen. Gem. § 36 a AktG muss der eingeforderte Betrag (§ 36 Abs. 2 AktG) mindestens ein Viertel des geringsten Ausgabebetrag und bei Ausgabe von Aktien für einen höheren als diesen auch den Mehrbetrag umfassen.

Der Aufsichtsrat wird ermächtigt, die Fassung der Satzung entsprechend dem Umfang der Kapitalerhöhung zu ändern. Der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals wird ungültig, wenn bis zum 31.12.2018 nicht mindestens 1.000 Aktien gezeichnet sind oder wenn die Durchführung der Kapitalerhöhung nicht bis zum 31.3.2019 in das Handelsregister eingetragen ist der Eintragung des vorgenannten Beschlusses in das Handelsregister des Sitzes der Antragstellerin nicht entgegen steht und Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses die Wirkung der Eintragung unberührt lassen.

II.

**3**

Dem Antrag war zu entsprechen, da er sich als zulässig und begründet erweist.

**4**

1. Der Antrag ist zulässig. Er ist unproblematisch statthaft nach § 246 a Abs. 1 AktG, da er die Freigabe eines Hauptversammlungsbeschlusses über eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung betrifft. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners in der Antrag auch hinreichend bestimmt.

**5**

Richtig ist zwar, dass der Antragsteller gemäß § 253 Abs. ZPO einen bestimmten Antrag stellen muss, weil das Verfahren den Grundsätzen der ZPO unterliegt (§ 246 a Abs. 1 S. 2 AktG). Diesem Erfordernis wird aber durch den vorliegenden Antrag genügt. Der Antrag gibt den Wortlaut des gefassten Beschlusses

wieder. Dass er daneben noch die Überschrift „Beschlussfassung über die Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft gegen Bareinlage. Die Konsortium Aktiengesellschaft schlägt vor zu beschließen.“ enthält (also wohl aus der Tagesordnung abgeschrieben wurde), ist überflüssig (weshalb der Senat diesen Einschub bei der Tenorierung weggelassen hat) und daher unschädlich. Durch wörtliche Wiedergabe des Beschlusstextes wird klar, welcher Beschluss zur Eintragung freigegeben werden soll. Dass etwas anderes beschlossen worden wäre als der in der Tagesordnung enthaltene Beschlussantrag, ergibt sich aus der vorgelegten notariellen Niederschrift über die Hauptversammlung nicht; vielmehr wurde hiernach der angekündigte Beschlussantrag (unverändert) angenommen. Eine Gefahr, dass das Registergericht aufgrund des im vorliegenden Verfahrens gestellten Antrags einen nicht gefassten Beschluss einträgt, kann hiernach ausgeschlossen werden.

## 6

2. Der Antrag ist begründet gemäß § 246 a Abs. 2 Nr. 2 AktG. Der Antragsgegner hat nicht binnen Wochenfrist ab Zustellung des Antrags nachgewiesen, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von mindestens 1.000,- € hält. Auf die Zulässigkeit oder offensichtliche Unbegründetheit der Klage (5 HK O 15381/18) bzw. auf die Frage eines überwiegenden Vollzugsinteresses der Antragstellerin (§ 246 a Abs. 2 Nrn. 1, 3 AktG) kommt es somit nicht an.

## 7

a) Gemäß § 246 a Abs. 2 Nr. 2 AktG hat der Kläger (des Anfechtungsverfahrens, also der Antragsgegner des Freistellungsverfahrens) binnen einer Woche ab Zustellung des Freigabeantrags durch Urkunden nachzuweisen, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Aktienbetrag von mindestens 1.000,- € hält. Der Freigabeantrag wurde den Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners ausweislich der Postzustellungsurkunde am Freitag, den 21.12.2018 zugestellt. Der urkundliche Nachweis musste daher bis Freitag, den 28.12.2018 erfolgen und sich auf den Aktienbesitz des Antragsgegners ab Einberufung der Hauptversammlung, also ab dem 21.8.2018 (Veröffentlichung im Bundesanzeiger) beziehen.

## 8

Innerhalb dieser Frist ging mit Schriftsatz vom 21.12.2018 nur ein Depotauszug der Raiffeisenbank M. vom 19.12.2018 ein. Dieser stellt keinen hinreichenden Nachweis dar. Denn er bescheinigt zwar für das Datum des Auszugs einen Aktienbesitz von 13.289 Stück. Über den Aktienbesitz der Antragstellerin ab dem 21.8.2018 trifft er jedoch keine Aussage. Dies gilt umso mehr, als sich aus dem Depotauszug als Datum der letzten Bewegung der 6.12.2018 ergibt. Damit trifft der Depotauszug nur Aussagen über den Aktienbesitz des Antragsgegners für die Zeit zwischen dem 6.12.2018 und dem 19.12.2018 und gerade nicht für die Zeit ab dem 21.8.2018.

## 9

Weitere Bestätigungen der Raiffeisenbank M., die erst mit Schriftsatz vom 21.1.2019 und damit weit nach Ablauf der Wochenfrist vorgelegt wurden, haben außer Betracht zu bleiben. Nach ganz allgemeiner Auffassung stellt die Frist des § 246 a Abs. 2 Nr. 2 AktG eine materielle Ausschlussfrist dar, die weder einer Verlängerung noch einer Wiedereinsetzung zugänglich ist (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.7.2012 - 12 AktG 778/12, Rz. 35; Spindler / Stilz / Dörr, AktG, 3. Aufl., § 246 a Rz. 26; Hüffer / Koch, AktG, 13. Aufl., § 246 a Rz. 20 f.; Bürgers / Körber / Göz, AktG, 4. Aufl., § 246 a Rz. 4 b; Verse, FS Stilz, 651/663; jeweils m.w.Nachw.). Damit haben nicht binnen der Frist nachgereichte Bestätigungen auch dann außer Betracht zu bleiben, wenn sie auf einen Hinweis des Gerichts auf den bisher nicht erbrachten Nachweis erfolgen.

## 10

Der Senat verkennt insoweit nicht, dass Heiligabend und die Weihnachtsfeiertage (an denen depotführende Stellen nicht geöffnet sind) in den Fristlauf fielen und daher den fristgemäßen Nachweis erschwerten. Diese kalendermäßige Konstellation führt jedoch, da das rechnerische Fristende nicht auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fiel, nicht zu einer konstruktiven Fristverlängerung nach § 193 BGB. Dieses Ergebnis ist für den Antragsgegner auch deshalb hinnehmbar, weil er als Kläger gegen einen freigabefähigen Hauptversammlungsbeschluss mit einem Freigabeantrag rechnen musste (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.7.2012, a.a.O Rz. 41; Verse, a.a.O S. 664). Die Klageschrift im Verfahren 5 HK O 15381/18 stammt vom 5.11.2018. Der anwaltlich beratene Antragsgegner hätte daher genügend Zeit gehabt, vorsorglich eine ausreichende Bankbestätigung bereitzuhalten.

## 11

b) Aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen unzutreffend ist die Auffassung des Antragsgegners, ein Nachweis seines Aktienbesitzes sei nicht erforderlich, da unstreitig.

## 12

aa) Der Aktienbesitz des Antragsgegners ab Bekanntmachung der Einberufung (21.8.2018) ist nicht unstreitig. Zwar hatte die Antragstellerin in der Antragsschrift vorgetragen, dass der Antragsgegner in der (nicht streitgegenständlichen - späteren) Hauptversammlung vom 23.11.2018 13.289 Stückaktien hielt (Antragsschrift S. 10). Dies besagt aber nichts über den Aktienbesitz des Antragsgegners ab dem 21.8.2018. Folglich hat die Antragstellerin einen Aktienbesitz des Antragsgegners von 13.289 Stück ab dem 21.8.2018 nicht zugestanden.

## 13

bb) Auf die Frage, ob ein hinreichender Aktienbesitz des Antragsgegners im fraglichen Zeitraum streitig ist, kommt es aber für die Erforderlichkeit eines Nachweises im Sinne von § 246 a Abs. 2 Nr. 2 AktG aus Rechtsgründen ohnehin nicht an. Denn der (fehlende) urkundliche Nachweis im Sinne der genannten Vorschrift ist nicht lediglich eine Beweisanforderung, die nur bei streitigem Sachverhalt relevant würde, sondern ein (negatives) materielles Tatbestandsmerkmal im Sinne einer materiellrechtlichen Freigabevoraussetzung. Ein fehlender oder nicht fristgemäß erbrachter Nachweis begründet daher den Freigabeantrag auch dann, wenn der Antragsteller den Aktienbesitz des Antragsgegners nicht bestritten hat.

## 14

Der Senat folgt insoweit der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Nürnberg, a.a.O. Rz. 29 ff.; KG, Beschluss vom 6.12.2010 - 23 AktG 1/10, Rz. 23 ff.; OLG Hamm, Beschluss vom 6.6.2011 - 8 AktG 2/11, Rz. 30 f; Spindler / Stilz / Dörr, a.a.O. Rz. 22; Hüffer / Koch, a.a.O. Rz. 20 e; Hüffer / Schäfer, in MünchKommAktG, 4. Aufl., § 246 a Rz. 24). Die vor allem vom OLG Frankfurt (Beschluss vom 30.3.2010 - 5 Sch 3/09, Rz. 34; Beschluss vom 20.3.2012 - 5 AktG 4/11, Rz. 23 f.) vertretene Gegenauffassung überzeugt den Senat dem gegenüber nicht.

## 15

Schon die Formulierung der Nr. 2 des § 246 a Abs. 2 AktG spricht dafür, dass der urkundliche Nachweis des Aktienbesitzes ein Tatbestandsmerkmal ist. Wenn unstreitiger Aktienbesitz ausreichen sollte, hätte es nahegelegen zu formulieren, dass der Aktienbesitz „dargelegt“ oder „erklärt“ wird oder „besteht“ (OLG Nürnberg, a.a.O. Rz. 32). Diesem Verständnis korrespondiert, dass auch die (alternativen) übrigen Freigabevoraussetzungen in den Nrn. 1 und 3 des § 246 a Abs. 2 AktG (unbezweifelbar) materiellrechtlicher Natur sind (OLG Nürnberg, a.a.O. Rz. 34).

## 16

Die vom OLG Frankfurt (a.a.O.) gezogene Parallele zu den Regeln des Urkundsverfahrens zwingt nicht zu einer anderen Sichtweise. Richtig ist, dass im Urkundsverfahren unstreitige Tatsachen nicht durch Urkunden belegt werden müssen (vgl. nur Thomas / Putzo / Reichold, ZPO, 38. Aufl., § 593 Rz. 6). Vom Urkundsverfahren unterscheidet sich die vorliegende Konstellation aber dadurch, dass der Nachweis an eine Frist geknüpft ist. Beim Ablauf der knapp bemessenen Wochenfrist kann in der Regel noch nicht beurteilt werden, ob der Aktienbesitz des Antragsgegners ab Bekanntmachung der Einberufung unstreitig ist bzw. bleibt; denn häufig wird der Antragsteller in seiner Antragsschrift nichts zum Aktienbesitz des Antragsgegners vortragen und diesen (was prozessual zulässig ist) erst später bestreiten (oder auch nicht). Wollte man daher unstreitigen Aktienbesitz genügen lassen, könnten die Voraussetzungen der Nr. 2 des § 246 a Abs. 2 AktG bei Ablauf der Wochenfrist häufig noch nicht beurteilt werden, was dem offenbaren Zweck der knapp bemessenen Frist, nämlich Beschleunigung und Straffung des Verfahrens eindeutig zuwider laufen würde (vgl. OLG Nürnberg, a.a.O. Rz. 36; OLG Hamm, a.a.O. Rz. 31).

## 17

c) Da der urkundliche Nachweis des hinreichenden Aktienbesitzes ein materielles Tatbestandsmerkmal und nicht lediglich eine Beweisfrage darstellt, ist es auch rechtlich irrelevant, ob der hinreichende Aktienbesitz als solcher gerichtskundig im Sinne von § 291 ZPO ist. Im übrigen kann eine Gerichtskundigkeit des Aktienbesitzes des Antragsgegners schon deshalb nicht aus früheren Verfahren (etwa 7 U 2752/17, 7 U 3442/17) folgen, weil diese Verfahren andere Streitgegenstände im Hinblick auf andere Hauptversammlungen betrafen und deshalb über den Aktienbesitz des Antragsgegners ab dem 21.8.2018 keine Aussage treffen (vgl. dazu auch KG, Beschluss vom 8.6.2010, a.a.O. Rz. 26)

**18**

d) Der Senat hat den Antragsgegner durch Verfügung des Vorsitzenden vom 2.1.2019 auf die vorstehend dargestellte Rechtslage hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 21.1.2019 gegeben. Unter diesem Datum hat der Antragsgegner auch eine schriftsätzliche Stellungnahme abgegeben.

**19**

Weiteres rechtliches Gehör war dem Antragsgegner nicht zu gewähren. Insbesondere war es nicht erforderlich, die genannte Stellungnahmefrist auf Antrag des Antragsgegners über den 21.1.2019 hinaus zu verlängern. Die mit Verfügung vom 2.1.2019 gesetzte Frist von beinahe drei Wochen war im Hinblick darauf, dass nur zu einer einzigen Rechtsfrage (ausreichender Nachweis des Quorums des § 246 a Abs. 2 S. 2 AktG) Stellung zu nehmen war, ausreichend dimensioniert, zumal das Freigabeverfahren nach § 246 AktG vom Gesetzgeber als Eilverfahren ausgestaltet wurde.

**20**

Dem kann der Antragsgegner nicht entgegen halten, dass die Frist des § 246 a Abs. 3 S. 5 AktG nur eine Soll-Vorschrift darstelle. Denn allein schon die Tatsache, dass das Gericht hier eine Dreimonatsfrist einhalten „soll“, folgt der Charakter des Eilverfahrens. Unter den Umständen des Falles erscheint die Eilbedürftigkeit umso plausibler, als der gegenständliche Hauptversammlungsbeschluss nach seinem Inhalt unwirksam würde, wenn die Kapitalerhöhung nicht bis 31.3.2019 ins Handelsregister eingetragen ist.

III.

**21**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

**22**

Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf § 247 AktG. Das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin an dem gegenständlichen Beschluss besteht in den durch die Kapitalerhöhung zu erlangenden Mitteln, also bei 18.425 neuen Aktien zu einem Ausgabekurs von 52,- € in einem Betrag von 958.100,- €. Die genannte Vorschrift deckelt den Streitwert jedoch auf 10 Prozent des ins Handelsregister eingetragenen (vgl. Spindler / Stilz / Dörr, a.a.a. § 247 Rz. 14), also des bisherigen Grundkapitals.