

**letzte Aktualisierung:** 15.9.2022

OLG Schleswig, Urt. v. 8.6.2022 – 9 U 128/21

**UmwG §§ 4, 5 Abs. 1 Nr. 7, 8 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1, 62 Abs. 5; ZPO §§ 128 Abs. 2, 295 Abs. 1, 513 Abs. 1; AktG §§ 78 Abs. 4, 82 Abs. 1, 112, 241, 245 Nr. 1; WpHG §§ 33, 44 Abs. 1**

**Beschluss über Ausschluss der Minderheitsaktionäre unterliegt nicht Präsenzerfordernis aus § 13 UmwG; alleinige Anfechtungsbefugnis des Aktionärs in den Fällen des § 245 Nr. 1-3**

1. Die Anfechtungsklage nach § 245 Nr. 1-3 AktG kann nur von einem Aktionär erhoben werden. Mit der Eintragung eines Übertragungsbeschlusses in das Handelsregister verliert ein Minderheitsaktionär seine Stellung als Aktionär, weil die Aktien auf den Hauptaktionär übergehen. Durch den Übergang der Aktien verliert der Aktionär aber nicht die Befugnis, gegen den Übertragungsbeschluss selbst vorzugehen, weil er andernfalls rechtlos gestellt wäre.
2. Hat ein Legitimationsaktionär oder ein verdeckter Stellvertreter an der Hauptversammlung teilgenommen und Widerspruch erklärt, muss der wahre Aktionär, wenn er Anfechtungsklage erhebt, innerhalb der Anfechtungsfrist offenlegen, wer für ihn als Legitimationsaktionär oder verdeckter Stellvertreter in der Hauptversammlung Widerspruch erhoben hat.
3. Ein Beschluss nach § 62 Abs. 5 S. 1 UmwG über den Ausschluss der Minderheitsaktionäre unterliegt nicht dem Präsenzerfordernis des § 13 UmwG. Dies ergibt sich aus § 62 Abs. 5 S. 2 UmwG, der für die Hauptversammlung nicht auf § 13 UmwG, sondern auf die §§ 327a ff. AktG verweist.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

## Gründe

### I.

- 1 Der Berufungskläger wendet sich gegen die Zurückweisung seiner Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, die sich gegen einen Beschluss der ordentlichen Hauptversammlung der ursprünglichen Beklagten, der X bank AG (im Folgenden: X), vom ... Mai 2020 richtet, durch den die Aktien der Minderheitsaktionäre im Rahmen eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out von der aktuellen Beklagten übernommen wurden.
- 2 Am ... März 2020 schlossen die X und die Beklagte einen Verschmelzungsvertrag, in dem die X ihr Vermögen als Ganzes unter Auflösung ohne Abwicklung auf die Beklagte übertrug. Am ... April 2020 berief die X für den ... Mai 2020 eine Hauptversammlung ein, bei der unter anderem als Tagesordnungspunkt 6 eine Beschlussfassung über die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf die Beklagte gegen eine angemessene Barabfindung stattfinden sollte.
- 3 Auf der virtuell abgehaltenen Hauptversammlung wurde ausweislich der darüber angefertigten notariellen Niederschrift durch die Y GmbH mit der Stimmrechtskarte BBB, der 130.000 Stückaktien im Fremdbesitz zugeordnet waren, Widerspruch gegen sämtliche Tagesordnungspunkte eingelegt. Aus der Niederschrift ergibt sich kein Widerspruch mit der ebenfalls auf die Y GmbH im Fremdbesitz ausgestellten Stimmrechtskarte AAA über 75.000 Aktien.
- 4 Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 5. Juni 2020, der am gleichen Tag bei Gericht eingegangen ist, als Kläger zu 2 gemeinsam mit dem damaligen Kläger zu 1, Herrn L, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage erhoben. In dem parallel geführten Freigabeverfahren (Az. 9 AktG 1/20) hat der Senat mit Beschluss vom 14. September 2020 festgestellt, dass die Erhebung der vorliegenden Klage der Eintragung des angegriffenen Beschlusses in das Handelsregister nicht entgegensteht. Der Kläger zu 1 hat seine Klage mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2020 zurückgenommen. In der Folge ist die Verschmelzung in das Handelsregister eingetragen worden.
- 5 Der Kläger hat behauptet, mit der Stimmrechtskarte AAA, zählend für 75.000 Aktien, Widerspruch gegen die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 6 erklärt zu haben. Er habe am Tag der Einberufung der Hauptversammlung 75.000 Stückaktien gehalten und nach der Einberufung weitere Aktien erworben. Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2020 hat der Kläger vorgetragen, auch der Widerspruch der Y GmbH mit der Stimmrechtskarte Nr. BBB sei ihm zuzurechnen, da er Inhaber der dieser Stimmrechtskarte zugrunde liegenden Aktien gewesen sei.
- 6 Der Kläger hat beantragt,
- 7 festzustellen, dass der Beschluss der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 5. Mai 2020 zu Tagesordnungspunkt 6, mit dem die Hauptversammlung der Beklagten beschlossen hat: Die auf den Inhaber lautenden Stückaktien der übrigen Aktionäre der Beklagten (Minderheitsaktionäre) werden gemäß § 62 Abs. 5 Umwandlungsgesetz gegen Gewährung einer von der Z Aktiengesellschaft mit Sitz in Frankfurt am Main (Hauptaktionärin) zu zahlenden angemessenen Barabfindung in Höhe von ... € je auf den

Inhaber lautenden Stückaktie der Beklagten auf die Hauptaktionärin übertragen, nichtig ist, hilfsweise, den Beschluss für nichtig zu erklären.

- 8 Die Beklagte hat beantragt,
- 9 die Klage abzuweisen.
- 10 Sie hat die Auffassung vertreten, dem Kläger fehle bereits die Anfechtungsbefugnis. Nichtigkeitsgründe lägen nicht vor.
- 11 Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils Bezug genommen.
- 12 Das Landgericht hat mit Zustimmung der Parteien im schriftlichen Verfahren entschieden. Die Zustimmung des Klägers erfolgte - nach der entsprechenden Erklärung der Beklagten - mit Schriftsatz vom 8. April 2021. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 15. April 2021 Verkündungstermin auf den 8. Juni 2021 bestimmt. Mit Beschluss vom 8. Juni 2021 hat das Landgericht den Verkündungstermin auf den 22. Juni 2021 verlegt, mit Verfügung vom 21. Juni 2021 hat es den Verkündungstermin auf den 20. Juli 2021 verlegt.
- 13 Mit Urteil vom 20. Juli 2021 hat das Landgericht die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Kläger sei nicht gemäß § 245 Nr. 1 AktG anfechtungsbefugt, da er nicht schlüssig dargelegt und bewiesen habe, dass er als Aktionär der X gegen den Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6 Widerspruch zur Niederschrift erklärt habe. Er habe weder beweisen können, dass ein Widerspruch zur Stimmrechtskarte AAA erklärt worden sei, noch, dass er Inhaber der hinter dieser Stimmrechtskarte liegenden 75.000 Stückaktien gewesen sei. In Bezug auf die Stimmrechtskarte BBB, für die unstreitig ein Widerspruch erklärt worden sei, habe der Kläger nicht darlegen und beweisen können, dass er bereits zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Tagesordnung der Hauptversammlung Inhaber der hinter der Stimmrechtskarte liegenden 130.000 Stückaktien gewesen sei. Vielmehr ergebe sich aus den von ihm zur Akte gereichten Anlagen lediglich, dass er 75.000 Stückaktien bereits vor dem 31. Dezember 2019 erworben hatte. In Bezug auf die Nichtigkeitsklage hingegen sei der Kläger als Aktionär zwar klagebefugt, es liege jedoch kein Nichtigkeitsgrund aus § 241 AktG vor.
- 14 Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils Bezug genommen.
- 15 Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Das erstinstanzliche Urteil sei schon wegen eines Verstoßes gegen § 128 Abs. 2 ZPO aufgrund von §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO aufzuheben, da nach Ablauf der dreimonatigen Frist nach Zustimmung der Parteien nicht mehr im schriftlichen Verfahren hätte entschieden werden dürfen. Das Urteil beruhe auch auf diesem Verfahrensfehler, da das Landgericht ihn mangels mündlicher Verhandlung nicht darauf hingewiesen habe, dass es seinen Vortrag zu den seine Anfechtungsbefugnis begründenden Tatsachen für unschlüssig erachte. Ihm sei daher die Möglichkeit genommen worden, zu diesen Bedenken des Landgerichts ergänzend vorzutragen. Zudem sei das Landgericht rechtsfehlerhaft zu der Ansicht gelangt, er habe den Erwerb von 75.000 Stückaktien vor Bekanntmachung der Tagesordnung nicht ausreichend belegt. Dies ergebe sich bereits aus der von ihm vorgelegten Bescheinigung der ...-Bank AG vom 15. September 2020 (Anlage K2, Bl. 177 d.A.), worin es heiße, dass von 149.906 Stückaktien

75.000 Stück bereits vor dem 31. Dezember 2019 gekauft worden seien. Damit habe er nachgewiesen, dass er die in § 245 Nr. 1 AktG geforderte Anfechtungsbefugnis innegehabt habe, da er danach nachweislich am ... April 2020 Aktionär der X gewesen sei. Zudem habe er unbestritten behauptet, dass der Widerspruch für die Stimmrechtskarte Nr. BBB für ihn erklärt worden sei, so dass die Voraussetzungen des § 245 Nr. 1 AktG zu bejahen seien. Denn die Beklagte habe in Bezug auf die Stimmrechtskarte BBB lediglich bestritten, dass er die dieser zugrunde liegenden 130.000 Stückaktien bereits vor Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte, nicht aber, dass der Widerspruch für die Stimmrechtskarte Nr. BBB für ihn erklärt worden sei. Damit habe er die Einlegung eines Widerspruchs gegen sämtliche Beschlussfassungen der Hauptversammlung nachgewiesen. Da der Erfolg der Klage im Übrigen nur von Rechtsfragen abhängen müsse, müsse der Rechtsstreit zu seinen Gunsten entschieden werden.

- 16 Der Kläger beantragt, das am 20. Juli 2021 verkündete Urteil des Landgerichts Itzehoe aufzuheben und gemäß seinem Klageantrag zu entscheiden.
- 17 Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.
- 18 Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil. Wegen ihres Vortrags wird auf die Berufungserwiderung vom 2. November 2021 (Bl. 324 ff. d.A.) Bezug genommen.

## II.

- 19 Die zulässige Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat das Landgericht die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage abgewiesen. Auf die zutreffende Begründung wird vollumfänglich Bezug genommen. Auch die in der Berufungsschrift vorgebrachten Einwendungen des Klägers führen zu keinem anderen Ergebnis.
- 20 1. Das erstinstanzliche Urteil ist nicht schon wegen eines Verstoßes gegen § 128 Abs. 2 ZPO aufzuheben, da dieser Verfahrensverstoß bereits nicht rechtzeitig im Sinne des § 295 Abs. 1 ZPO gerügt wurde (a) und sich dieser Verstoß auch nicht auf das Urteil ausgewirkt hat (b).
- 21 a) Zwar ist das Urteil nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von drei Monaten ab Zustimmung der Parteien zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren und damit unter Verstoß gegen § 128 Abs. 2 ZPO ergangen. Der Kläger hat den Verstoß gegen die Regelung jedoch erst mit der Berufungsbegründung und damit nicht rechtzeitig im Sinne des § 295 Abs. 1 ZPO gerügt. Da der Grundsatz der Mündlichkeit kein der Disposition der Parteien entzogenes Prinzip ist, steht § 295 Abs. 2 ZPO der Heilung eines Verstoßes gegen § 128 Abs. 2 ZPO nicht entgegen (MüKo-Fritsche, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 128 Rn. 42; BGH, Urteil vom 30. März 2007 - VI ZR 254/05, NJW 2007, 2122, Rn. 9).
- 22 Die Rügemöglichkeit erlischt nach § 295 Abs. 1 ZPO, wenn die Parteien auf die Geltendmachung des Verfahrensfehlers ausdrücklich oder konkludent verzichten oder in Kenntnis des Mangels weiterverhandeln. Im schriftlichen Verfahren muss die Rüge, sofern keine Schriftsatzfrist gesetzt ist, bis zur nächsten gerichtlichen Entscheidung, vorliegend also bis zum Verkündungstermin, erfolgen (Zöller-Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 295 Rn. 6; BGH, Urteil vom 25. Februar 2021 - I ZB 78/20, WM 2021, 894 Rn. 25).

- 23 Die Parteien hatten zum Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung, mit dem der Verkündungstermin auf den 20. Juli 2021 und damit auf einen Zeitpunkt, der außerhalb des dreimonatigen Zeitraums des § 128 Abs. 2 ZPO verlegt wurde, Kenntnis von der Verletzung dieser Vorschrift. Dennoch hat keine der Parteien diese Verletzung bis zum Verkündungstermin gerügt.
- 24 b) Das angefochtene Urteil beruht im Übrigen auch nicht auf diesem Verfahrensfehler. Das wäre der Fall, wenn schriftlicher Vortrag des Klägers übergangen worden wäre oder er bei mündlicher Verhandlung weiteren Vortrag gehalten hätte, der zu einem anderen Ergebnis geführt hätte (Zöller-Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 128 Rn. 16a; BGH, Urteil vom 17. Januar 2012 - XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622 Rn. 34; Urteil vom 30. März 2007 - VI ZR 254/05, NJW 2007, 2122 Rn. 9; Urteil vom 28. April 1992 - XI ZR 165/91, NJW 1992, 2146, 2147). Der Kläger trägt jedoch auch mit der Berufungsbegründung nichts vor, was bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Vielmehr hat er innerhalb der mit Anordnung des schriftlichen Verfahrens gesetzten Frist nach eigenen Angaben „abschließend“ Stellung genommen und dabei auch weiter zu seiner von der Beklagten bestrittenen Anfechtungsbefugnis vorgetragen. Mit seiner in der Berufungsschrift erhobenen Rüge trägt er nicht vor, was er im Falle einer mündlichen Verhandlung erstinstanzlich zur Ergänzung seines Vortrags zu den Anfechtungsvoraussetzungen hätte vortragen wollen. Auch sein Sachvortrag in der weiteren Berufungsbegründung hätte erstinstanzlich zu keiner anderen Entscheidung geführt (dazu sogleich).
- 25 2. Die weiteren, mit der Berufung vorgebrachten Einwendungen gegen das erstinstanzliche Urteil führen nicht zu einem abweichenden Ergebnis.
- 26 Der Kläger hat auch mit der Berufungserwiderung nicht nachweisen können, dass er gegen einen Beschluss in der Hauptversammlung der X gemäß § 245 AktG einen Widerspruch eingelegt hat, der seine Anfechtungsbefugnis begründen könnte. In Betracht kommt hier allein ein Widerspruch nach § 245 Nr. 1 AktG. Die Anfechtungsbefugnis ist ein materiell-rechtliches privates Gestaltungsrecht und nicht lediglich eine Sachurteilsvoraussetzung der Beschlussmängelklage (BGH, Urteil vom 24. April 2006 - II ZR 30/05, NJW-RR 2006, S. 1110, 1112 Rn. 15; Drescher, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 245 Rn. 2). Die ordnungsgemäße Erklärung eines Widerspruchs hat der den Beschluss anfechtende Aktionär darzulegen und gegebenenfalls glaubhaft zu machen, weil der Widerspruch Voraussetzung der Anfechtungsbefugnis ist (OLG Jena, Beschluss vom 30. Juli 2014 - 2 U 920/13, ZIP 2014, S. 2501, 2503; Drescher, in: Henssler/Strohn, aaO, § 245 Rn. 8). Dem genügt das Vorbringen des Klägers nicht.
- 27 a) Dem Kläger fehlt es allerdings nicht bereits an der Anfechtungsbefugnis, weil er seit Verschmelzung der beiden Gesellschaften durch den Vollzug des von ihm angegriffenen Beschlusses nicht mehr Aktionär weder der X noch der Beklagten ist.
- 28 Mit der Eintragung des Übertragungsbeschlusses verliert ein Minderheitsaktionär zwar grundsätzlich seine Befugnis, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse zu erheben. Er muss zum Zeitpunkt der Klageerhebung durch Zustellung einer Beschlussmängelklage noch Aktionär sein. Die Anfechtungsklage nach § 245 Nrn. 1-3 AktG kann nur von einem Aktionär erhoben werden. Mit der Eintragung des Übertragungsbeschlusses in das Handelsregister verliert ein

Minderheitsaktionär seine Stellung als Aktionär, weil die Aktien auf den Hauptaktionär übergehen (§ 327 e Abs. 3 Satz 1 AktG).

- 29 Durch den Übergang der Aktien verliert der Aktionär aber nicht die Befugnis, gegen den Übertragungsbeschluss selbst vorzugehen. Um den Minderheitsaktionär nicht rechtlos gegen die zwangsweise Übertragung seiner Aktien zu stellen, ist seine Mitgliedschaft in der beklagten Aktiengesellschaft, deren Erhaltung letztlich das Ziel der Klage ist, für diese Klage als fortbestehend anzusehen (BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 229/09, NZG 2011, 669, Rn. 7 mwN; BeckOGK/Vatter, AktG, Stand: 1. Februar 2022, § 245 Rn. 23).
- 30 b) Dass der Kläger, wie er mit der Klageschrift behauptet hat, auf Grundlage der Stimmrechtskarte Nr. AAA Widerspruch eingelegt habe, hat das Landgericht mit zutreffender Begründung, auf die Bezug genommen wird, als nicht erwiesen erachtet. Insbesondere hat es mit zutreffender Begründung ausgeführt, dass die Vernehmung des für die Widerspruchseinlegung angebotenen Zeugen nicht geboten war. Hiergegen wendet sich die Berufung auch nicht.
- 31 c) Der Kläger hat nicht zur Überzeugung des Senats darlegen können, dass er aufgrund des mit der Stimmrechtskarte Nr. BBB durch die Y GmbH erhobenen Widerspruchs anfechtungsbefugt ist. Denn dafür müsste er nachgewiesen haben, dass er bereits vor der Bekanntgabe der Tagesordnung zur Hauptversammlung Inhaber der Stimmrechtskarte Nr. BBB zugrunde liegenden Bestands von 130.000 Stückaktien war. Dieses Erfordernis ergibt sich nach Auffassung des Senats unmittelbar aus dem Wortlaut des § 245 Nr. 1 AktG, wonach der den Widerspruch erklärende Aktionär die Aktien bereits vor der Bekanntgabe der Tagesordnung erworben haben muss.
- 32 Der Kläger hat durch Vorlage der Bankbestätigung (Anlage K2, Bl. 177 d.A.) lediglich nachgewiesen, dass er am Tag der Einberufung, am ... April 2020, Inhaber von 75.000 Stückaktien der X war. Diese Aktien waren jedoch der Stimmrechtskarte Nr. AAA zugeteilt, wie sich aus der vorgelegten Stimmrechtskarte Nr. AAA (Bl. 180 d.A.) ergibt. Daher müssen die der Stimmrechtskarte Nr. BBB (Bl. 179 d.A.) zugrunde liegenden 130.000 Stückaktien andere als die vor der Einberufung zur Hauptversammlung erworbenen 75.000 Stückaktien sein. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem ausgefüllten Formular der ...-Bank vom 14. April 2020 (Anlage K3, Bl. 178 d.A.). Darin wird die Bank angewiesen, eine Eintrittskarte nebst Stimmrecht über 130.000 Stückaktien aus dem Depot des Klägers auf die Y GmbH auszustellen. Daraus ergibt sich aber gerade nicht, dass der Kläger auch schon vor dem ... April 2020 Inhaber dieser 130.000 Stückaktien war. Vielmehr folgt im Umkehrschluss aus der Bankbestätigung (Anlage K2, Bl. 177 d.A.), wonach von den am 9. Juli 2020 im Depot des Klägers vorhandenen 149.906 Stückaktien nur 75.000 Stück bereits vor dem 31. Dezember 2019 gekauft wurden, dass die anderen zu einem späteren Zeitpunkt gekauft wurden. Hätte dieser Zeitpunkt vor dem ... April 2020 gelegen, wäre es dem Kläger möglich gewesen, dies durch eine entsprechend lautende Bankbestätigung nachzuweisen. Dies hat er nicht getan.
- 33 Auch wenn man mit dem Kläger davon ausgeht, dass er Inhaber der Stimmrechtskarte Nr. AAA war und die dieser zugrunde liegenden Stückaktien bereits vor dem ... April 2020 erworben hat und dass er zudem auch Inhaber der Stimmrechtskarte Nr. BBB war und der von der Y GmbH nachweislich erklärte Widerspruch daher ihm zuzurechnen ist, so begründen diese Annahmen doch keine Anfechtungsbefugnis, weil der Kläger nicht hat nachweisen können, dass er die der Stimmrechtskarte Nr. BBB zugrunde liegenden

Stückaktien bereits vor dem ... April 2020 erworben hat. Hierauf kommt es für die Annahme einer Anfechtungsbefugnis nach dem Gesetzeswortlaut jedoch an. Andernfalls könnte sich jeder Aktionär, der bereits vor der Bekanntgabe der Tagesordnung Inhaber von Aktien war, einem von einem anderen Stimmrechtskarteninhaber erklärten Widerspruch anschließen und dadurch seine Anfechtungsbefugnis begründen mit dem Argument, er sei vor Bekanntgabe der Tagesordnung auch bereits Aktionär gewesen. Sinn und Zweck des § 245 Nr. 1 AktG ist es, das Widerspruchsrecht an die Inhaberschaft von Aktien zu knüpfen, die bereits vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben wurden, um zu verhindern, dass Stimmrechtskarten erst durch nachträglichen Aktienerwerb mit dem Ziel der Widerspruchseinlegung erworben werden (vgl. die Gesetzesbegründung in Deutscher Bundestag - 15. Wahlperiode, Drucksache 15/5092, S. 27). Vorliegend wurden die dem Widerspruch zugrundeliegenden Stückaktien erst nach Bekanntgabe der Tagesordnung erworben, so dass dieser Widerspruch keine Anfechtungsbefugnis begründen kann (vgl. dazu OLG München, Urteil vom 31. Mai 2000 - 7 U 1927/99, juris Rn. 24 ff., wonach der Widerspruch Einlegende eindeutig klarstellen muss, zu welcher Stimmkarte (Aktien im Eigenbesitz oder im Fremdbesitz) der Widerspruch eingelegt werden soll). Es ist nicht zulässig, sich nachträglich aus verschiedenen Stimmrechtskarten und dem diesen jeweils zugrunde liegenden Aktienbesitz eine Anfechtungsbefugnis zu konstruieren (so sinngemäß auch Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 245 Rn. 15; Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl. 2020, § 245 Rn. 12, jeweils unter Bezugnahme auf OLG München, aaO).

- 34** Auch das Argument des Klägers, eine genaue Bezeichnung der ihm zugeordneten Aktien sei ihm im vorliegenden Fall nicht möglich gewesen, da er lediglich Miteigentumsanteile an einer girosammelverwahrten Globalurkunde über das Aktiendepot innegehabt habe, in der die Aktien nicht durchnummeriert gewesen seien, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn über die Stimmrechtskarten, die für ihn ausgestellt wurden, ist, wie oben ausgeführt, eine Zuordnung der Aktien durchaus möglich. Der Kläger wusste jedenfalls, wann er wieviele Aktien erworben hat und dass somit die Stimmrechtskarte über 130.000 Stückaktien zumindest auch solche Aktien umfasste, die er erst nach dem Stichtag erworben hatte.
- 35** d) Im Übrigen hat der Kläger auch erst nach Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist aus § 246 Abs. 1 AktG erstmalig erklärt, seine Anfechtungsbefugnis auf den für die Stimmrechtskarte Nr. BBB erklärten Widerspruch zu stützen. Hat - wie vorliegend - ein Legitimationsaktionär oder ein verdeckter Stellvertreter an der Hauptversammlung teilgenommen und Widerspruch erklärt, muss der wahre Aktionär, wenn er Anfechtungsklage erhebt, innerhalb der Anfechtungsfrist offenlegen, wer für ihn als Legitimationsaktionär oder verdeckter Stellvertreter in der Hauptversammlung Widerspruch erhoben hat (BeckOGK/Vatter, AktG, Stand: 1. Februar 2022, § 245 Rn. 33; vgl. für den umgekehrten Fall, dass der Legitimationsaktionär Klage einreicht: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage 2020, § 246 Rn. 32; OLG Stuttgart, Urteil vom 23. Juli 2003 - 20 U 5/03, NZG 2003, 1025). Das hat der Kläger vorliegend nicht getan, sondern in der Klageschrift vielmehr behauptet, selbst unter der Stimmrechtskarte AAA Widerspruch erklärt zu haben, ohne dies jedoch belegen zu können (vgl. Seite 4 der Klageschrift, Bl. 4 d.A.). Erst in der Replik (Schriftsatz vom 9. Dezember 2020, Bl. 167 f. d.A.), und damit nach Ablauf der Anfechtungsfrist, hat er behauptet, durch die Y GmbH mit der Stimmrechtskarte BBB Widerspruch eingelegt zu haben.
- 36** e) Selbst wenn man davon ausginge, der Kläger habe seine Anfechtungsbefugnis (rechtzeitig) belegt, so führen die von ihm vorgebrachten Umstände dennoch nicht zur Anfechtbarkeit des Beschlusses.

- 37 (1) In Bezug auf die erst mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2020 neu vorgebrachten Kritikpunkte sind diese bereits wegen Versäumung der einmonatigen Anfechtungsfrist aus § 246 Abs. 1 AktG präkludiert. Dies betrifft die Rüge eines Verstoßes gegen § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG, die erstmalig in diesem Schriftsatz erhoben wird.
- 38 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 229/09, NZG 2011, 669, 670 Rn. 13 mwN) muss bei der Anfechtungsklage der den Klagegrund bildende maßgebliche Sachverhalt, aus dem der Kläger die Anfechtbarkeit des Beschlusses herleiten will, innerhalb der Monatsfrist des Abs. 1 vorgetragen werden (BeckOGK/Vatter, AktG, Stand: 1. Februar 2022, § 246 Rn. 22 mwN; ebenso OLG Schleswig, Urteil vom 30. April 2009 – 5 U 100/08 –, juris Rn. 45). Die Wahrung der Anfechtungsfrist erfordert die rechtzeitige Klageerhebung. Die Klageerhebung ist ordnungsgemäß, wenn der Kläger in der Klageschrift den Streitgegenstand hinreichend bestimmt hat, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Hierfür bedarf es nicht nur der genauen Bezeichnung des angefochtenen Beschlusses; der Anfechtungskläger muss darüber hinaus die Gründe, auf die er seine Anfechtung stützt, darlegen. Dabei ist ausreichend, dass er die Anfechtungsgründe in ihrem wesentlichen Kern innerhalb der Frist in den Rechtsstreit einführt. Die Tatsachen, auf die die Anfechtungsklage gestützt wird, müssen so vorgetragen sein, dass der Streitgegenstand individualisiert und von anderen Anfechtungsgründen abgrenzbar ist. Weitere Substantiierungen während des Verfahrens sind möglich (BeckOGK/Vatter, AktG, aaO, § 246 Rn. 21; Drescher, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 246 Rn. 9).
- 39 Anfechtungsgründe, die nicht wenigstens im Kern innerhalb der Monatsfrist angesprochen werden, sind präkludiert (Schwab in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 246 AktG Rn. 15 mwN). Verspätet vorgebrachte Tatsachen können daher nur als Nichtigkeitsgründe Bedeutung gewinnen, weil für die Nichtigkeitsklage eine Klagefrist nicht einzuhalten ist. Wegen des zwingenden Charakters der Ausschlussfrist können nachgeschobene Anfechtungsgründe weder durch Sachdienlicherklärung seitens des Gerichts noch durch Einwilligung der beklagten Gesellschaft der Klage zum Erfolg verhelfen.
- 40 Vorliegend hat der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2020 vorgetragen, in der virtuell durchgeführten Hauptversammlung sei ein Verschmelzungsvertrag geschlossen worden, was einen Verstoß gegen § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG darstelle, wonach dieser Beschluss nur in einer Präsenzversammlung gefasst werden könne, so dass der Verschmelzungsvertrag unwirksam sei. Soweit er damit behaupten will, in der Hauptversammlung sei ein Beschluss über den Verschmelzungsvertrag gefasst worden, so handelt es sich dabei zum einen um neuen Vortrag, mit dem der Kläger nach dem oben Gesagten präkludiert ist. In der Hauptversammlung wurde im Übrigen kein Verschmelzungsbeschluss im Sinne des § 13 Abs. 1 UmwG gefasst, sondern ein Beschluss nach § 62 Abs. 5 Satz 1 UmwG über den Ausschluss der Minderheitsaktionäre, der nicht dem Präsenzerfordernis des § 13 UmwG unterliegt. Dies ergibt sich aus § 62 Abs. 5 Satz 2 UmwG, der für die Hauptversammlung nicht auf § 13 UmwG, sondern auf §§ 327a ff. AktG verweist (Habighorst, in: Böttcher/ Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Auflage 2019, § 62 UmwG Rn. 46).
- 41 (2) Auch in Bezug auf die innerhalb der Anfechtungsfrist gerügten Mängel liegt kein Anfechtungsgrund vor.



- 42 (a) Der Einwand, der Verschmelzungsvertrag sei unwirksam, weil die X nicht wirksam vertreten worden sei, trifft nicht zu. Die Rüge des Klägers zielt auf eine unzureichende oder fehlerhafte Bevollmächtigung nach § 112 AktG oder Ermächtigung nach § 78 Abs. 4 AktG des für die X handelnden Vorstandsmitglieds Wx ab (vgl. Klageschrift, Blatt 40 d.A.). Die Vertretung sei außerdem wegen des in den Vollmachtsurkunden vorgesehenen Haftungsausschlusses der Vertreter nicht wirksam. Zudem rügt der Kläger einen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 UmwG, wonach der Vertrag von den „Vertretungsorganen der (...) beteiligten Rechtsträger“ zu schließen ist.
- 43 (aa) Da es sich nicht um eine Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern handelt, ist § 112 Akt G schon nicht einschlägig ist.
- 44 (bb) Zwar ergibt sich eine Befugnis zur Ermächtigung eines Vorstandsmitglieds durch zur Gesamtvertretung befugte Vorstandsmitglieder aus § 78 Abs. 4 AktG. Vorliegend wurde jedoch ausweislich der dem Verschmelzungsvertrag beigelegten Urkunde (Anlage B11 im Anlagenband) eine „Vollmacht“ und keine Ermächtigung erteilt. Dies ist neben oder anstelle einer Ermächtigung ebenfalls möglich, da der Vorstand namens der Aktiengesellschaft unstreitig auch Vollmachten nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 167 ff. BGB; §§ 48 ff., 54 HGB) erteilen kann (Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Auflage 2020, § 78 Rn. 25 mwN). Das ist vorliegend erfolgt. Erkennbar hat der Vorstand der X sein handelndes Mitglied Wx mit der für einen Vertragsschluss notwendigen Rechtsmacht ausstatten wollen. Auch für den Abschluss eines Verschmelzungsvertrags kann der Vorstand eine Vollmacht erteilen, ohne dass dies gegen § 4 UmwG verstoßen würde. Dabei können sich die Vertretungsorgane auch bei Vornahme dieses Geschäfts ihrerseits aufgrund rechtsgeschäftlich erteilter Vollmachten vertreten lassen (Drygala in: Lutter, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 4 UmwG Rn. 9; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 4 UmwG Rn. 8, jeweils mwN). Es ist daher nicht erforderlich, auf § 78 Abs. 4 AktG und die Grundsätze der „falsa demonstratio non nocet“ zurückzugreifen, wie es die Beklagte in der Klageerwidern vom 3. August 2020 (Bl. 76, 102 d.A.) unternimmt.
- 45 Entgegen der Auffassung des Klägers verstößt eine Beschränkung der Vollmachtserteilung auf ein einzelnes Geschäft, nämlich den Abschluss des Verschmelzungsvertrags, auch nicht gegen § 82 Abs. 1 AktG, da die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einzelner Vorstandsmitglieder neben der in § 82 Abs. 1 AktG geregelten Gesamtvertretungsbefugnis des Vorstands möglich ist (vgl. Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Auflage 2020, § 82 Rn. 5 mwN). Die in § 82 Abs. 1 AktG geregelte Unbeschränkbarkeit der Gesamtvertretungsbefugnis wird durch die Ermächtigung einzelner Vorstandsmitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte ohne die anderen Mitglieder schließlich nicht eingeschränkt.
- 46 (cc) Es ist auch nicht ersichtlich, warum die in den Urkunden der X und der Beklagten vorgesehene Haftungsfreistellung der jeweils ermächtigten Personen unwirksam sein sollte. Vielmehr entspricht die erfolgte Haftungsfreistellung des Bevollmächtigten dem allgemeinen Grundsatz, dass die Haftung den Vertretenen trifft und nicht den Vertreter bzw. den Beauftragten, vgl. §§ 670, 675 BGB. Hierin liegt auch kein Verstoß gegen die Haftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG, da die Haftung der Vorstandsmitglieder, die die Vollmacht erteilen, unberührt bleibt.
- 47 (b) Auch der Einwand des Klägers, die Beklagte habe im Zeitpunkt ihres Übertragungsverlangens nicht die notwendige Anzahl an Aktien der X gehalten oder dies

nicht ausreichend glaubhaft gemacht, führt nicht zu einer Unwirksamkeit des angegriffenen Beschlusses. Vielmehr hat die Beklagte hinreichend substantiiert vorgetragen und durch Vorlage der entsprechenden Unterlagen (Anlagen B5 bis B9 im Anlagenband) nachgewiesen, dass der Aktienwerb vor Absendung des Übertragungsverlangens am 26. Februar 2020 erfolgt ist. So schloss die Z Holding GmbH mit der Beklagten am 26. Februar 2020 einen Aktienkauf- und Übereignungsvertrag über sämtliche von ihr gehaltenen X Aktien (Anlage B5), die Aktienübertragung erfolgte am gleichen Tag um 13:33 Uhr (Anlage B6) und die Kaufpreiszahlung um 13:36 Uhr (B7). Die Ankündigung der Verschmelzung und das Übertragungsverlangen gemäß §§ 62 Abs. 5 Satz 1 UmwG iVm § 327a Abs. 1 AktG wurden dem Vorstand der X am 26. Februar 2020 um 17:39 Uhr und damit nach Erwerb von über 90 % der Aktien der X durch die Beklagte übermittelt (Anlage B9). Diesem Vortrag ist der Kläger nicht entgegengetreten, auch im Übrigen bestehen keine Zweifel an dessen Richtigkeit.

- 48 Soweit der Kläger Anforderungen an wertpapierhandelsrechtliche Mitteilungen aus § 42 WpHG in Verbindung mit den §§ 33 Abs. 1 und 2, 38 Abs. 1 und § 39 Abs. 1 WpHG auf den Nachweis einer hinreichenden Beteiligung im Rahmen der umwandlungsrechtlichen Verschmelzung nach § 62 UmwG überträgt, ist dies nicht überzeugend. Die Beklagte hat ihre Mitteilungspflichten über den Erwerb der Aktienmehrheit nach § 33 WpHG nicht verletzt, da sie der X bereits am 8./9. Januar 2020 den mittelbaren Erwerb der Aktien durch die Z I. Holding GmbH mitgeteilt hatte, was ausreicht, um den Pflichten aus § 33 WpHG zu genügen. Der nachfolgende unmittelbare Erwerb löst keine Mitteilungspflicht mehr aus, so dass kein Rechtsverlust nach § 44 Abs. 1 WpHG eingetreten ist (vgl. HansOLG, Beschluss vom 14. Juni 2012 - 11 AktG 1/12, juris Rn. 55; Schneider, in: Assmann/Schneider/Mülbert, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, § 33 Rn. 80 mwN).
- 49 Soweit es dem Kläger um die grundsätzliche Eignung einer von der Z AG selbst erstellten Depotbescheinigung sowie die ordnungsgemäße Vertretung der Z AG bei Erstellung der Bescheinigung geht, sind seine Einwendungen ebenfalls unbeachtlich. Ein solcher Nachweis ist für die Wirksamkeit des Übertragungsverlangens nicht erforderlich; er ist vom Gesetz an keiner Stelle vorgesehen. Daher kann auch dahinstehen, wer die Bescheinigung unterschrieben hat. Die Depotbescheinigung diente nur der Überprüfbarkeit des Vorliegens der Voraussetzungen für einen Squeeze-out durch den Notar.
- 50 (c) Entgegen der klägerischen Auffassung muss das Übertragungsverlangen im Sinne des § 327a Abs. 1 AktG auch nicht schriftlich erfolgen. Vielmehr reicht ein mündliches oder konkludentes Verlangen, so dass die von der Beklagten nachgewiesene Übermittlung per Telefax (Anlage B9) jedenfalls ausreicht (vgl. MüKoAktG-Grunewald, 5. Aufl. 2020, § 327a Rn. 11 mwN).
- 51 (d) Auch die Einwendungen des Klägers zu einer angeblichen Unvollständigkeit des Verschmelzungs- (Anlage B12) und Verschmelzungsprüfungsberichts (Anlage B 13) im Sinne der §§ 8, 9 UmwG überzeugen nicht. Der Kläger hat bereits nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass und welche schuldrechtlichen Sondervorteile aktiven und ehemaligen Vorstandsmitgliedern anlässlich der Verschmelzung eingeräumt worden sein sollen. Daher war weder deren Genehmigung durch Aufsichtsrat und Vorstand noch eine Erwähnung im Verschmelzungsbericht erforderlich. Soweit der Kläger insoweit eine neue Funktion des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden als Leiter des Integrationsprojekts anführt, handelt es sich weder um einen Vorteil im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG noch wurde er auf Grundlage des Verschmelzungsvertrags gewährt; vielmehr erfolgte die Anstellung im

Zuge des Ausscheidens des Vorstandsmitglieds mit Ablauf des 31. Dezember 2019, also lange vor Vertragsschluss.

- 52** Im Übrigen begegnen die beiden Berichte keinen Bedenken, so dass die Frage, ob ein Verschmelzungsbericht überhaupt erforderlich war, vorliegend dahinstehen kann. Der Bericht und der Prüfungsbericht entsprechen den gesetzlichen Anforderungen; insbesondere waren entgegen der Auffassung des Klägers keine Ausführungen zu besonderen Schwierigkeiten bei der Bewertung nach § 8 Abs. 1 Satz 2 UmwG erforderlich.
- 53** (e) Auch die gegen die Wirksamkeit der im Vorfeld der Verschmelzung erfolgten Aktienübertragung von der A Ltd. auf die B GmbH gerichteten Einwände des Klägers führen zu keinem anderen Ergebnis. Durch dieses Geschäft erwarb die Z eine ausreichende Beteiligung für die geplante Verschmelzung nach § 62 UmwG. Der Sachverhalt wird jedoch nicht von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG erfasst, da die A Ltd. zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsvertrags nicht Aktionärin der X war. Sie hat durch den Vertrag vom 2. Januar 2020 auch keine besonderen Rechte gewährt bekommen. Fraglich ist hier allerdings die Rolle des an dem Vertrag beteiligten Aktionärs H, der sich darin zur Rücknahme seiner Anfechtungsklage verpflichtete. Es ist jedoch vom Kläger weder dargetan noch sonst erkennbar, welche Begünstigungen ihm gewährt wurden und was darüber im Verschmelzungsvertrag hätte erwähnt werden sollen. Vielmehr betraf die Anfechtungsklage Vorgänge, die nicht mit der Verschmelzung im Zusammenhang standen.
- 54** (f) Entgegen der Auffassung des Klägers genügt auch die Gewährleistungserklärung der C Bank AG, Filiale Deutschlandgeschäft den gesetzlichen Anforderungen. Berechtigt und verpflichtet aus der von den Prokuristen der Filiale Deutschland abgegebenen Garantieerklärung ist die C Bank AG, die auch unstreitig Erlaubnisträger im Sinne des § 32 KWG ist. Denn die Zweigniederlassung ist nicht selbständig rechtsfähig, sondern Teil des Unternehmensträgers, so dass ihr Handeln diesem zugerechnet und dieser aus Rechtsgeschäften verpflichtet und berechtigt wird (vgl. MüKoHGB/Krafka, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 19, 20; Koch, Aktiengesetz, 16. Auflage 2022, § 13 HGB Rn. 6).
- 55** Die Filialprokuristen haben mit der Unterzeichnung der Erklärung auch die C Bank AG wirksam vertreten, so dass die Gewährleistungserklärung den Aktionären einen einklagbaren Anspruch gewährt. Die beiden Prokuristen haben eindeutig im Rahmen ihrer Vertretungsmacht gehandelt, indem sie ausdrücklich unter der Firma Zweigniederlassung Filiale Deutschlandgeschäft und gerade nicht im Namen der C Bank AG unterschrieben haben. Dennoch wurde beim Abschluss des Rechtsgeschäfts der Unternehmensträger verpflichtet und berechtigt.
- 56** (g) Es ist auch nichts für das Vorliegen von etwaigen, vom Kläger behaupteten Einberufungs- und Durchführungsmängeln bei der Hauptversammlung ersichtlich. Insoweit nennt er zum einen die Bezeichnung die Stimmabgabe als Briefwahl, zum anderen die mangelnde Möglichkeit einer Stimmabgabe per SMS oder Messengerdiensten. Die Stimmabgabe war über elektronisches System (HV-Portal), per E-Mail, per Post oder per Telefax möglich, so dass der Begriff der „Briefwahl“ im Sinne des Gesetzes verwendet wurde, vgl. § 118 Abs. 2 Satz 1 AktG. Es ist nicht ersichtlich, woraus sich eine Pflicht zur Ermöglichung der Stimmabgabe per SMS oder Messenger ergeben sollte. Auch die vom Kläger kritisierten Sicherheitsvorkehrungen in Form einer regelmäßigen Bestätigung der fortdauernden Teilnahme per Mausklick begegnen keinen Bedenken.

- 57 (h) Schließlich hat die Beklagte auch korrekt auf die vom Kläger gestellten Fragen geantwortet. Im Übrigen ist die Anfechtung des Übertragungsbeschlusses wegen unzureichender Beantwortung von Fragen nach § 1 Abs. 7 iVm Abs. 2 Satz 2 Covid-19-Gesetz ausgeschlossen (Simons/Hauser, NZG 2020, 488, 498).
- 58 3. Gegen die Argumentation des Landgerichts, mit der das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen verneint wird, wendet sich die Berufung nicht. Der Senat schließt sich neben den obigen Ausführungen auch den überzeugenden Entscheidungsgründen zu den Einwendungen des Klägers an.
- 59 Hinzu kommt, dass Nichtigkeitsgründe bereits ersichtlich nicht vorliegen. Dieses sind in § 241 AktG abschließend aufgezählt (Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl. 2020, § 241 Rn. 10), in Betracht kämen vorliegend ein Verstoß des beanstandeten Beschlusses gegen die guten Sitten, eine Nichtvereinbarkeit mit dem Wesen der Aktiengesellschaft oder ein Verstoß gegen gläubigerschützende oder sonst im öffentlichen Interesse liegende Vorschriften (vgl. dazu BeckOGK/Vatter, AktG, Stand: 1. Februar 2022, § 249 Rn. 29). Aus den bisherigen Ausführungen ist erkennbar, dass der Kläger lediglich die Verletzung von Form- und Verfahrensvorschriften geltend macht, die diese Voraussetzung einer Nichtigkeit erkennbar nicht erfüllen.

### III.

- 60 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 ZPO.