

Erster Teil: Allgemeine Vorschriften

§ 3. Börsenotierung

Eine Aktiengesellschaft ist börsennotiert, wenn Aktien der Gesellschaft zum Handel an einer anerkannten Börse im Sinn des § 2 Z 32 BWG zugelassen sind.

Erläuterungen zur RV

[6] Diese neue Bestimmung definiert die börsennotierte Aktiengesellschaft durch Bezugnahme auf den Begriff der anerkannten Börse gemäß § 2 Z 32 BWG. Diese Bestimmung verweist ihrerseits zunächst auf § 1 Abs. 2 BörseG, mit dem Art. 4 Abs. 1 Nr. 14 der Richtlinie 2004/39/EG umgesetzt wurde. Damit ist die Börsenotierung in den Mitgliedstaaten des EWR (vgl. § 1 Abs. 5 BörseG in Verbindung mit § 2 Z 5 BWG; § 81a Z 14 BörseG) abgedeckt. Der anschließende Satzteil des § 2 Z 32 BWG („gleichwertige Märkte mit Sitz in Drittländern, die von einer staatlichen Stelle oder einer staatlich anerkannten Stelle geregelt und überwacht werden, regelmäßig stattfinden und für das Publikum unmittelbar oder mittelbar über einen Clearing-Teilnehmer zugänglich sind“) bezieht sich auf die Börsenotierung in Drittstaaten und ersetzt insofern die bisherige Wendung „anerkannter, für das Publikum offener, ordnungsgemäß funktionierender Wertpapiermarkt in einem Vollmitgliedstaat der OECD“.

Allgemeines: Die neue Begriffbestimmung der börsennotierten Gesellschaft in § 3 ersetzt jene in § 65 Abs 1 Z 8 aF und bringt zugleich eine inhaltliche Erweiterung. Demnach ist eine AG börsennotiert, wenn Aktien der Gesellschaft zum Handel an einer anerkannten Börse iSd § 2 Z 32 BWG zugelassen sind. Diese Bestimmung verweist ihrerseits auf § 1 Abs 2 BörseG, worin der „geregelt Markt“ iSd RL über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID)¹ definiert wird. § 1 Abs 2 BörseG bezieht sich nur auf geregelte Märkte innerhalb der EU. Jedoch erweitert § 2 Z 32 BWG den Begriff „anerkannte Börse“ um „gleichwertige Märkte mit Sitz in Drittländern“. Im Ergebnis gelten die auf börsennotierte Gesellschaften bezogenen Regelungen des AktG für für alle Gesellschaften, deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt in einem Mitgliedstaat der EU oder einem gleichwertigen Markt in einem Drittland zugelassen sind (was zwar über die Aktionärsrechte-RL hinausgeht, mit dieser aber vereinbar ist).² § 3 setzt nicht voraus, dass alle Aktien einer Gesellschaft zum Handel an einem derartigen Markt zugelassen sind. Insbesondere genügt es, dass von einer Gesellschaft nur Vorzugsaktien ohne Stimmrecht an einer Börse notieren (womit das AktG auch in diesem Punkt über die Aktionärsrechte-RL hinausgeht). Die Notierung allein von Genußscheinen oder Partizipationsscheinen macht deren Emittentin selbst dann nicht zu einer börsennotierten Gesellschaft iSd § 3, wenn den Inhabern durch sondergesetzliche Bestimmungen ein Recht auf Teilnahme an der HV eingeräumt wird.³

¹ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, ABI L 145 vom 30.4.2004, S 1.

² *Bachner/Brix*, RdW 2008, 632 (633).

³ Zu diesen Fällen *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 102 Rz 44.

- 2 **Wiener Börse:** § 3 erfasst Gesellschaften, deren Aktien zum Amtlichen Handel (§§ 64 ff BörseG) oder zum Geregelten Freiverkehr (§§ 67 f BörseG) zugelassen sind. Der Dritte Markt ist kein geregelter Markt gemäß § 1 Abs 2 BörseG. Aus Anlegersicht erscheint es problematisch, dass das Marktsegment „mid market“ der Wiener Börse sowohl Aktien im Geregelten Freiverkehr als auch Aktien des Dritten Markts umfasst, während in das darunter angesiedelte Segment „standard market“ alle Aktien aufgenommen werden, die zum Amtlichen Handel oder zum Geregelten Freiverkehr zugelassen sind, jedoch nicht die Kriterien des „prime market“ oder „mid market“ erfüllen.⁴ Das führt zu der paradoxen Situation, dass an der Wiener Börse im mittleren Marktsegment auch Gesellschaften notieren, die weniger strengen aktien- und kapitalmarktrechtlichen Regelungen unterliegen als die Gesellschaften im untersten Segment. Zudem entsteht so die Möglichkeit, dass eine Gesellschaft – durch einen einfachen Vorstandsbeschluss – innerhalb des Marktsegments „mid market“ vom Geregelten Markt in den Dritten Markt wechselt und sich auf diese Weise dem Anwendungsbereich sowohl der Aktionärsrechte-RL als auch der neuen Regelungen über die HV der börsennotierten Gesellschaft entzieht.⁵
- 3 **EU/EWR-Börsen:** Die RL über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID) sieht in ihrem Art 47 vor, dass die Europäische Kommission auf der Grundlage der Mitteilungen der Mitgliedstaaten ein Verzeichnis aller geregelten Märkte im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und es mindestens einmal jährlich aktualisiert⁶ und dass sie dieses Verzeichnis ferner auf ihrer Internetseite veröffentlicht und es dort nach jeder Änderungsmeldung eines Mitgliedstaats aktualisiert.

§ 10a. Nachweis der Aktionärserschaft bei Inhaberaktien

(1)¹Wenn Aktionäre bei depotverwahrten Inhaberaktien gegenüber der Gesellschaft zur Ausübung ihrer Rechte die Tatsache oder den Umfang ihres Aktienbesitzes nachweisen müssen, genügt anstelle der Vorlage der Aktienurkunden die Vorlage einer Bestätigung des Anteilsbesitzes, die vom depotführenden Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums oder in einem Vollmitgliedstaat der OECD ausgestellt wurde (Depotbestätigung).²In der Satzung oder in der Einberufung können weitere geeignete Personen oder Stellen festgelegt werden, deren Depotbestätigungen von der Gesellschaft entgegengenommen werden.

(2)¹Die Depotbestätigung hat folgende Angaben zu enthalten:

1. den Aussteller durch Angabe von Name (Firma) und Anschrift oder eines im Verkehr zwischen Kreditinstituten gebräuchlichen Codes;
2. den Aktionär durch Angabe von Name (Firma) und Anschrift, bei natürlichen Personen zusätzlich das Geburtsdatum, bei juristi-

⁴ Marktsegmentierung der Wiener Börse AG, 21.9.2009, S 6.

⁵ Wie dies kürzlich die Binder+Co AG getan hat: Wiener Zeitung vom 12.12.2009, S 33.

⁶ Zuletzt ABI C 158 vom 11.7.2009, S 3.

- schen Personen gegebenenfalls das Register und die Nummer, unter der die juristische Person in ihrem Herkunftsstaat geführt wird;
3. die Nummer des Depots, andernfalls eine sonstige Bezeichnung;
 4. die Anzahl und gegebenenfalls den Nennbetrag der Aktien des Aktionärs sowie bei mehreren Aktiegattungen die Bezeichnung der Gattung oder die international gebräuchliche Wertpapierkennnummer;
 5. den Zeitpunkt oder den Zeitraum, auf den sich die Depotbestätigung bezieht.

²Soll durch die Depotbestätigung der Nachweis der gegenwärtigen Eigenschaft als Aktionär geführt werden, so darf sie zum Zeitpunkt der Vorlage bei der Gesellschaft nicht älter als sieben Tage sein. ³Die Satzung kann diesen Zeitraum verkürzen, wenn sie vorsieht, dass die Gesellschaft oder eine von ihr benannte Stelle Depotbestätigungen über ein international verbreitetes, besonders gesichertes Kommunikationsnetz der Kreditinstitute entgegennimmt, dessen Teilnehmer eindeutig identifiziert werden können.

(3)¹Die Depotbestätigung bedarf der Schriftform, sofern die Satzung nicht die Textform genügen lässt. ²Eine börsennotierte Gesellschaft muss Depotbestätigungen jedenfalls über ein international verbreitetes, besonders gesichertes Kommunikationsnetz der Kreditinstitute entgegennehmen, dessen Teilnehmer eindeutig identifiziert werden können.

(4)¹Die Gesellschaft muss Depotbestätigungen in deutscher Sprache und, wenn sie börsennotiert ist, auch in englischer Sprache entgegennehmen. ²In der Satzung oder in der Einberufung können weitere Sprachen vorgesehen werden.

A. Allgemeines zum Nachweis der Berechtigung

Erläuterungen zur RV

[7] Inhaberaktien werden in der Praxis ganz überwiegend bei einem Kreditinstitut oder einem sonstigen Intermediär verwahrt – sind also „depotverwahrt“ – und werden auch dort nicht mehr als Einzelstücke, sondern in Form von Sammelurkunden gelagert. Die Ausfolgung von Aktienurkunden an den einzelnen Aktionär ist daher mit erheblichen Transaktionskosten verbunden, und sie wird in Zukunft nach dem neu gefassten § 10 Abs. 6 (s. oben) in vielen Fällen gar nicht mehr möglich sein. Damit stellt sich die Frage, wie der Aktionär bei depotverwahrten Inhaberaktien gegenüber der Gesellschaft seinen Aktienbesitz nachweisen kann, ohne die Aktienurkunden vorlegen zu müssen.

Das Problem ist bisher im AktG nur ansatzweise gelöst, nämlich durch die Ermächtigung an die Satzung, für den Nachweis der Berechtigung zur Stimmrechtsausübung eine Hinterlegung der Aktien vorzusehen (s. den bisherigen § 107 Abs. 2), verbunden mit der Vorlage einer Hinterlegungsbestätigung, die die Aktien vertritt. Die Abschaffung der Aktienhinterlegung bei börsennotierten Gesellschaften durch die Aktionärsrechte-Richtlinie (s. dazu die Erläuterungen zu § 111) erzwingt insoweit eine Neuregelung. Als Lösung bietet sich das Vorbild des deutschen Rechts an, wo für den Nachweis der Teilnahmeberechtigung an der Hauptversammlung

schon derzeit „ein in Textform erstellter besonderer Nachweis des Anteilsbesitzes durch das depotführende Institut“ ausreicht (§ 123 Abs. 3 dAktG). Dasselbe Nachweisproblem stellt sich jedoch auch bei Aktionärsrechten, die vor bzw. überhaupt außerhalb der Hauptversammlung ausgeübt werden können, und von denen einige nun auch in der Aktionärsrechte-Richtlinie vorgesehen sind (etwa die Rechte gemäß Art. 6 AR-RL; s. die §§ 109, 110 des Entwurfs). Deshalb schlägt der Entwurf in § 10a eine allgemeine Regelung vor, die sowohl für börsennotierte als auch für nicht börsennotierte Gesellschaften gelten soll, in beiden Fällen jedoch nur, soweit die Aktien „depotverwahrt“ sind.

Da der Aktionär mit Hilfe der Depotbestätigung den Nachweis seiner Rechtsstellung führt, obliegt es dem Aktionär sicherzustellen, dass die für ihn ausgestellte Depotbestätigung den – detaillierten – gesetzlichen Anforderungen entspricht. Das gilt insbesondere auch im Fall der Depotbestätigung als Nachweis der Teilnahmeberechtigung gemäß § 111 Abs. 1 und 2 des Entwurfs, da gerade hier – im Hinblick auf die große Anzahl einlangender Bestätigungen und den knappen Zeitrahmen – individuelle Rückfragen der Gesellschaft in aller Regel nicht zumutbar sind. Dafür muss die Gesellschaft die Anforderungen an die Depotbestätigung in der Einberufung im Detail auflisten (s. die Erläuterungen zu § 106 Z 7).

Abs. 1: Abs. 1 erster Satz schreibt für depotverwahrte Inhaberaktien den Grundsatz fest, dass immer dann, wenn Aktionäre gegenüber der Gesellschaft zur Ausübung ihrer Rechte die Tatsache oder den Umfang ihres Aktienbesitzes nachweisen müssen, anstelle der Vorlage der Aktienurkunden die Vorlage einer Bestätigung des Anteilsbesitzes durch das depotführende Kreditinstitut genügt. Die Formulierung „genügt“ stellt klar, dass die Gesellschaft keine strengeren Anforderungen an den Nachweis stellen kann (dies mit Ausnahme der spezielleren Norm in § 112 Abs. 2; s. die Erläuterungen dazu). Der Aktionär hingegen kann seine Rechtsstellung immer auch durch die Vorlage der Aktienurkunde(n) nachweisen, wenn solche ausgestellt worden sind. Da die gesamte Regelung des § 10a nur den Nachweis „gegenüber der Gesellschaft“ betrifft, bleiben prozessuale Regeln darüber, nach welchen Maßstäben das Gericht die in einem Verfahren maßgebliche Aktionärserschaft zu beurteilen hat, unberührt.

- 1 **Pflicht zur Legitimation:** Für die Ausübung von Aktionärsrechten gilt der allgemeine Grundsatz, wonach derjenige, der ein Recht ausüben will, sich als Berechtigter zu legitimieren hat, soweit nicht der andere Teil im Besitz der Legitimationsmittel ist oder sein muss.⁷ Das betrifft sowohl Rechte, die „im Rahmen der HV geltend zu machen sind“ (§ 111 Abs 1, § 112 Abs 1), als auch jene Rechte, die außerhalb der HV geltend zu machen sind (zB § 105 Abs 3, § 109, § 110)). Die beiden Typen von Aktionärsrechten unterscheiden sich nicht hinsichtlich der Art des Nachweises, die allein von der Art der Aktien abhängt, aber hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunkts, für den der Nachweis geführt werden muss.
- 2 **Zeitpunkt:** Die materielle Berechtigung zur Ausübung von Aktionärsrechten muss grundsätzlich **im Zeitpunkt der Ausübung** des Rechts vorhanden sein; die Legitimation bezieht sich daher auf diesen Zeitpunkt. Allein auf diesen Fall bezieht sich auch die Bestimmung in Abs 2 Satz 2, die nur zur Anwendung kommt, wenn durch eine Depotbestätigung der Nachweis der „gegenwärtigen Eigenschaft als Aktionär“ geführt werden soll (s auch Rz 27). Abweichend von diesem Grundprinzip sieht jedoch Art 7 Abs 2 AR-RL vor, dass sich „die Rechte eines Aktionärs auf Teilnahme an der Hauptversammlung und auf Ausübung des Stimmrechts [...] nach den Aktien bestimmen, die er zu einem bestimmten Zeitpunkt vor der Hauptversammlung [...]“

⁷ Hüffer, AktG⁸ § 123 Rz 3.

hält.“ Dieser „bestimmte Zeitpunkt“ ist das **Record Date** oder der **Nachweisstichtag**, den § 111 Abs 1 auf das Ende des zehnten Tages vor der HV festlegt. Gemäß § 111 Abs 1 und § 112 Abs 1 ist dies auch der maßgebliche Zeitpunkt für alle sonstigen Rechte, die im Rahmen der HV geltend zu machen sind.

Namensaktien, Zwischenscheine: Bei **Namensaktien** folgt die maßgebliche Eigenschaft als Aktionär im Verhältnis zur Gesellschaft aus der Eintragung im Aktienbuch (§ 61 Abs 2 Satz 1). Gerade darin liegt der entscheidende Vorteil von Namensaktien gegenüber Inhaberaktien, denn mit der Notwendigkeit, den Nachweis der Berechtigung individuell und aus Anlass jeder einzelnen Rechtsausübung zu führen, entfällt auch das damit verbundene Fehlerrisiko. Gemäß § 61 Abs 5 gelten die Vorschriften für die Legitimation bei Namensaktien sinngemäß für Zwischenscheine, die wegen § 10 Abs 4 stets auf Namen lauten müssen. Zwischenscheine eignen sich zwar für die Depotverwahrung (§ 1 Abs 1 DepotG), doch ist § 10a auf depotverwahrte Zwischenscheine selbst dann nicht anzuwenden, wenn diese Inhaberaktien vertreten.

Depotverwahrte Inhaberaktien: Bei Inhaberaktien erfolgt der Nachweis der Aktionärserschaft im gedanklichen Ausgangspunkt durch die Vorlage der Aktienurkunden. Inhaberaktien werden jedoch in der Praxis ganz überwiegend bei einem Kreditinstitut oder einem sonstigen Finanzintermediär verwahrt – sind somit „depotverwahrt“ – und werden auch dort nicht mehr als Einzelstücke, sondern in Form von Sammelurkunden gelagert. Der Aktionär hat in vielen Fällen gar keine Möglichkeit, an Aktienurkunden zu gelangen, wozu nicht zuletzt der durch § 10 Abs 6 nF erweiterte Ausschluss der Aktienverbriefung beiträgt. Um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, trifft § 10a eine generelle Regelung, die immer dann eingreift, wenn Aktionäre bei depotverwahrten Inhaberaktien gegenüber der Gesellschaft zur Ausübung ihrer Rechte die Tatsache oder den Umfang ihres Aktienbesitzes nachweisen müssen. Für diese Fälle sieht Abs 1 vor, dass „anstelle der Vorlage von Aktienurkunden“ die Vorlage einer Bestätigung des Anteilsbesitzes (Depotbestätigung) „genügt“. Damit wird klargestellt, dass die Gesellschaft die Vorlage von Aktienurkunden nicht verlangen darf; der Aktionär darf sich dieser Legitimationsmöglichkeit jedoch sehr wohl bedienen, wenn sein Anteil noch verbrieft ist. Gegenüber der Nachweisführung bei Namensaktien spiegelt die Depotbestätigung die dezentrale Registerführung durch die Depotbanken wider; zugleich kann die formale Ersetzung des Urkundennachweises durch die Depotbestätigung als weiterer Schritt von der Verkörperungstheorie zur Registertheorie gewertet werden.⁸

Abweichende Art des Nachweises: Die Gesellschaft ist nicht gezwungen, die Vorlage einer Depotbestätigung zu verlangen, etwa wenn ihr alle Aktionäre namentlich bekannt sind; doch wenn sie es tut, darf sie keine strengeren Anforderungen stellen als in § 10a festgelegt (ErlRV).⁹ Auch kann die Satzung – abgesehen vom Sonderfall des § 112 Abs 2 (s dort Rz 4) – für depotverwahrte Inhaberaktien keine abweichende Art des Nachweises, etwa die Hinterlegung bei der Gesellschaft oder bei einer in der Satzung benannten Stelle, vorsehen.¹⁰ Soweit ein Hinterlegungsersfordernis nach altem

⁸ *Zetzsche*, Konzern 2007, 251 (259).

⁹ *Dokalik*, GesRZ 2008, 329 (330).

¹⁰ In § 8 Abs 3 des MinEntw war eine solche Möglichkeit für nicht börsennotierte Gesellschaften noch vorgesehen.

Recht zulässig war¹¹ und der Text einer Satzung noch eine entsprechende Klausel enthält, ist diese durch das AktRÄG überlagert worden und nicht mehr anwendbar. Zum Nachweis des Aktienbesitzes während einer vom Gesetz vorgeschriebenen Haltefrist s Rz 28.

- 6 **Nachweis gegenüber dem Gericht:** In einer Reihe von Fällen muss der Aktionär seine Rechtsstellung gegenüber dem Gericht nachweisen. Das betrifft etwa Anträge auf gerichtliche Abberufung (§ 88 Abs 4) oder Bestellung (§ 89 Abs 1) eines AR-Mitglieds, die Bestellung eines Sonderprüfers (§ 130 Abs 2), die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft (§ 134 Abs 1), die Prüfung des Jahresabschlusses bei der Abwicklung (§ 211 Abs 3), die Einsicht in die Abwicklungsunterlagen (§ 214 Abs 3) oder die Überprüfung des Umtauschverhältnisses (§ 225c Abs 3 Z 1 lit a). Auf diese Fälle ist § 10a nicht unmittelbar anzuwenden, da die Bestimmung nur den Nachweis gegenüber der Gesellschaft regelt (Abs 1 Satz 1). Durch das AktRÄG 2009 wurde allerdings die bisher in manchen Fällen vorgesehene Hinterlegung der Aktien bzw eidesstattliche Versicherung der Inhaberschaft großteils¹² beseitigt. Das Gericht kann daher zum Nachweis des Aktienbesitzes eine Depotbestätigung verlangen.¹³ Der Unterschied zur direkten Anwendbarkeit des § 10a liegt in der Möglichkeit des Gerichts, im Zweifelsfall auch eine andere Form des Nachweises verlangen zu können.

B. Aussteller und Inhalt der Depotbestätigung (Abs 1 und 2)

Erläuterungen zur RV

[7] Abs. 1: Depotbestätigungen sollen grundsätzlich von allen Kreditinstituten ausgestellt werden können, die ihren Sitz entweder in einem Mitgliedstaat des EWR oder in einem Vollmitgliedstaat der OECD haben. Die Erweiterung gegenüber dem Ministerialentwurf, der nur Depotbestätigung von Banken aus dem EWR oder aus der Schweiz vorsah, vermeidet eine Diskriminierung von Investoren aus einigen wichtigen außereuropäischen Finanzmärkten, die auch für börsennotierte Gesellschaften in Österreich von großer Bedeutung sind. Die Änderung hängt auch damit zusammen, dass nach dem vorliegenden Entwurf (anders als noch im Ministerialentwurf) die Depotbestätigung ausschließlich vom „depotführenden Kreditinstitut“ ausgestellt werden darf, das ist jenes Kreditinstitut, bei dem der Aktionär sein Depot hat, nicht hingegen von einem Intermediär an einer anderen Stelle der Verwahrkette zwischen dem depotführenden Kreditinstitut und der Gesellschaft. Die Gleichstellung der Finanzmärkte in allen OECD-Vollmitgliedstaaten war dem AktG schon bisher bekannt (s. den derzeitigen § 65 Abs. 1 Z 8), und es kann hinsichtlich der Zuverlässigkeit von Depotbestätigungen ebenfalls von einem einheitlichen Standard ausgegangen werden. Darüber hinaus kann die Gesellschaft gemäß Abs. 1 zweiter Satz in der Satzung (also generell) oder in der Einberufung (bezogen auf eine konkrete Hauptversammlung) auch andere geeignete Personen oder Stellen bezeichnen, von denen sie Depotbestätigungen entgegennimmt, d.h. einerseits Kreditinstitute in Staaten,

¹¹ Unzulässig war dies jedenfalls für das Verlangen auf Einberufung einer HV oder Ergänzung der Tagesordnung gemäß § 106 aF: *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 106 Rz 10.

¹² Allerdings nicht zur Gänze: vgl § 270 Abs 3 UGB.

¹³ *S. Bydlinski/Potyka*, AktRÄG 2009, Anm zu § 130.

die weder EWR- noch OECD-Staaten sind, und andererseits [8] Personen, die nicht Kreditinstitute sind, etwa Wertpapiermakler. Die Satzung kann solche Kreditinstitute bzw. andere Personen auch individuell benennen.

Abs. 2: Während sich die Formvorschriften für Depotbestätigungen in den Abs. 3 und 4 finden, regelt Abs. 2 Z 1 bis 5, welchen Inhalt eine Depotbestätigung haben muss. Durch die gegenüber dem Ministerialentwurf neue Z 3 soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass ein Kreditinstitut für eine Person auch mehrere Depots führen kann. In einem solchen Fall kann die Gesellschaft nur anhand der angegebenen Depotnummer (oder, falls eine solche nicht existiert, anhand der sonstigen Bezeichnung des Depots) überprüfen, ob es sich tatsächlich um zwei verschiedene Aktienpakete handelt oder ob fälschlicher Weise zwei Bestätigungen für ein und denselben Anteilsbesitz ausgestellt wurden.

Der letzte Teil des Abs. 2 regelt, wie eine Person nachweisen kann, dass sie gegenwärtig Aktionär ist: Da sich eine Depotbestätigung – sofern sie nicht mit einer Sperre der Aktien verbunden ist – nur auf den Tag der Ausstellung (oder einen früheren Zeitpunkt oder -raum) beziehen kann und häufig erst später bei der Gesellschaft vorgelegt wird (z.B. bei postalischer Übersendung), bestünde an sich das Problem, dass die Bestätigung über den Anteilsbesitz im Zeitpunkt der Vorlage nicht mehr aktuell ist. Hier schafft die gesetzliche Anordnung Abhilfe, wonach auch eine maximal sieben Tage alte (dh. auf einen bis zu sieben Tage zurückliegenden Stichtag ausgestellte) Depotbestätigung als Nachweis der gegenwärtigen Aktionärsstellung ausreicht. Es handelt sich freilich nur um eine widerlegliche Vermutung: Wenn die Gesellschaft etwa weiß, dass die Person, die eine sieben Tage alte Depotbestätigung vorlegt, ihre Anteile mittlerweile bereits veräußert hat, so ist – sofern es sich nicht um Rechte handelt, die an die Aktionärsstellung am Nachweisstichtag anknüpfen (s. dazu den vorgeschlagenen § 111) – diese Person nicht mehr als Aktionär zu behandeln.

Sieht die Satzung der Gesellschaft die Entgegennahme von Depotbestätigungen über ein besonderes Kommunikationsnetz der Banken vor (s. dazu Abs. 3 zweiter Satz: in der Regel über SWIFT), so kann die sieben tägige Frist verkürzt werden, weil dann die Übermittlung der Depotbestätigung ohne den zuvor geschilderten Zeitverlust möglich ist.

Eine mehr als sieben Tage alte Depotbestätigung reicht für den Nachweis der gegenwärtigen Aktionärsstellung freilich dann aus, wenn darin zum Ausdruck kommt, dass der als Aktionär Genannte die Aktien nicht nur in der Vergangenheit gehalten hat, sondern auch weiterhin halten wird (z.B. durch die – der bisher üblichen Hinterlegung der Aktien nahekommende – Erklärung der ausstellenden Bank, die Gesellschaft von einer allfälligen Veräußerung der Aktien sofort zu verständigen).

Bericht des Justizausschusses

Hier [nämlich im letzten Satz des Abs. 2] wird ein redaktionelles Versehen berichtigt.

Überblick: Gemäß Abs 2 Satz 1 muss die Depotbestätigung folgende Angaben enthalten: 7

1. den Aussteller, der in Abs 1 näher geregelt ist (Rz 8 ff);
2. den Aktionär (Rz 16 ff);
3. die Nummer des Depots, andernfalls eine sonstige Bezeichnung (Rz 24);
4. die Anzahl und Bezeichnung der Aktien bzw deren Wertpapierkennnummer (Rz 25);
5. den Zeitpunkt oder den Zeitraum, auf den sich die Depotbestätigung bezieht (Rz 26 ff).

1. Aussteller

- 8 **Letzter Intermediär (*last intermediary*):** Als Aussteller der Depotbestätigung nennt Abs 1 Satz 1 das „depotführende Kreditinstitut“, und die ErlRV stellen ausdrücklich klar, dass damit einzig jenes Kreditinstitut gemeint ist, bei dem der Aktionär (Rz 17 ff) sein Depot unterhält, nicht hingegen ein Intermediär an einer anderen Stelle der Verwahrkette zwischen dem depotführenden Kreditinstitut und der Gesellschaft (Emittentin). Es handelt sich dabei um jenen Intermediär, für den sich international die Bezeichnung „*last intermediary*“ eingebürgert hat, wobei die Kette der Intermediäre von der Gesellschaft aus betrachtet wird.¹⁴ Dieses Abstellen auf den letzten Intermediär ist zwingend und unterliegt nicht der Disposition in der Satzung oder in der Einberufung. Die bewusste Änderung beim Übergang vom MinEntw zur RV soll verhindern, dass es gegenüber der Gesellschaft zu Doppelmeldungen desselben Bestandes durch verschiedene Intermediäre in der Kette kommt (s noch Rz 13, 15).
- 9 **Beschränkung auf EWR/OECD-Kreditinstitute:** Gemäß Abs 1 Satz 1 muss die Gesellschaft nur Depotbestätigungen akzeptieren, die von einem Kreditinstitut mit Sitz in einem Mitgliedstaat des EWR oder einem Vollmitgliedstaat der OECD¹⁵ ausgestellt worden sind. Diese Beschränkung dient der Rechtssicherheit im Hinblick auf die Gewährleistung der Authentizität von Depotbestätigungen (zu den Übermittlungswegen und dem Zusammenhang mit der Sicherstellung der Authentizität s Rz 30 ff). Allerdings hat die gesetzliche Beschränkung auch die Wirkung, dass ein Aktionär, dessen Depotführer (letzter Intermediär) kein Kreditinstitut ist oder sich außerhalb des EWR/OECD-Raums befindet, den vom Gesetz verlangten Nachweis de facto nicht führen kann, solange seine Anteile depotverwahrt sind. Abgesehen von der Möglichkeit, die Verbriefung seiner Aktien zu begehren, um sie dem Depot zu entnehmen (wenn das nicht gemäß § 10 Abs 6 ausgeschlossen ist), bleiben dem Aktionär zwei Optionen, nämlich entweder seine Aktien auf ein Depot bei einem Kreditinstitut innerhalb des EWR/OECD-Raums zu übertragen oder die Gesellschaft zu veranlassen, gemäß Abs 1 Satz 2 in der Satzung oder in der Einberufung auch seinen Intermediär als Aussteller zuzulassen.
- 10 **Erweiterung auf andere Intermediäre:** Gemäß Abs 1 Satz 2 können in der Satzung oder in der Einberufung weitere geeignete Personen oder Stellen festgelegt werden, deren Depotbestätigungen von der Gesellschaft entgegengenommen werden. Dafür kommen insbesondere in Betracht:
- Kreditinstitute, die ihren Sitz nicht in einem Mitgliedstaat des EWR oder einem Mitgliedstaat der OECD haben;

¹⁴ *Zetzsche*, Konzern 2007, 180 (183).

¹⁵ Mitgliedstaaten der OECD sind derzeit: Australien, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Italien, Japan, Kanada, Korea, Luxemburg, Mexiko, Neuseeland, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Schweiz, Slowakei, Spanien, Tschechien, Türkei, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Vereinigte Staaten (Stand 22.11.2009).