
Datum: 15.11.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 182/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:1115.18U182.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 82 O 66/17

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 01.12.2017 (82 O 66/17) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die zu den Tagesordnungspunkten 2 und 6 anlässlich der der Hauptversammlung der Beklagten vom 24. Mai 2017 gefassten Beschlüsse werden für nichtig erklärt.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen des zweiten Rechtszuges zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt allerdings nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

- | | |
|---|---|
| I. | 1 |
| 1. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von zwei Hauptversammlungsbeschlüssen der Beklagten, nämlich eines die Entlastung der Vorstandsmitglieder der Beklagten für das | 2 |
| | 3 |

Geschäftsjahr 2016 betreffenden Beschlusses sowie eines Beschlusses über die Ermächtigung zu einer Kapitalerhöhung.

Die Beklagte gehört zur A Gruppe, die 1997 vom heutigen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten, Herrn Prof. Dr. B, gegründet wurde. Die Gesellschaft betreibt ein biopharmazeutisches Unternehmen. Sie entwickelte, produziert und vertreibt dabei insbesondere das verschreibungspflichtige, sowohl in Europa als auch in den USA zugelassene Medikament C, das der Behandlung bestimmter Hauterkrankungen dient, sowie verschiedene Wirk-Kosmetika. Das Grundkapital der Beklagten beträgt nach mehreren Kapitalerhöhungen in der Vergangenheit 38.416.428,- EUR. Es ist in eine entsprechende Anzahl von Namensaktien eingeteilt, die u.a. im Prime Standard an der Frankfurter Wertpapierbörse notiert sind. 4

Die Klägerin wiederum war und ist Aktionärin der Beklagten. Sie war bei der Hauptversammlung der Beklagten mit 2.866.958 Namensaktien vertreten. Die Klägerin gehörte allerdings nach eigenen Angaben schon damals zu einem Konzern. Dabei hielt und hält die D AG nach Angaben der Klägerin mittelbar mehr als 50% der stimmberechtigten Aktien der Klägerin. Zum betreffenden Konzern gehören nach Angaben der Klägerin außerdem die E AG, die mit 20.000 Aktien auf der Hauptversammlung der Beklagten vertreten war. Auch die Aktionärin F AG gehört nach den Angaben der Klägerin zu dem Konzern. Diese war mit 1.037.653 Stimmen vertreten. 5

Die Beklagte lud ihre Aktionäre und darunter die Klägerin sowie die vorgenannten beiden anderen Gesellschaften mit einer im Bundesanzeiger vom 12. April 2017 veröffentlichten Mitteilung zur ordentlichen Hauptversammlung am 24. Mai 2017 nach G sein. Sie ließ die Klägerin indessen nicht mit sämtlichen von der Klägerin gehaltenen Namensaktien zur Hauptversammlung zu, sondern lediglich mit den nach dem Aktienregister zum Zeitpunkt der Anmeldung auf den Namen der Klägerin lautenden 2.866.958 Aktien. Hinsichtlich weiterer 39.373 Aktien hatte die Klägerin innerhalb der mit der oben genannten Mitteilung gesetzten Frist den Nachweis ihrer Inhaberschaft nicht geführt. Insofern bat die Depotbank nach Ablauf der von der Beklagten mitgeteilten Frist vergeblich um eine nachträgliche Zulassung. An der Hauptversammlung nahmen Aktionäre der Beklagten teil, die 57,71% des Grundkapitals der Beklagten repräsentierten. 6

Anlässlich der Hauptversammlung der Beklagten am 24. Mai 2017 wurde – wie angekündigt - über Beschlussanträge zu den Tagesordnungspunkten (TOP) 2 und 6 abgestimmt. TOP 2 betraf dabei die Entlastung der Mitglieder des im Geschäftsjahr 2016 tätigen Vorstandes der Beklagten, mit TOP 6 sollte ein neuer § 7 Abs. 3 b in die Satzung der Beklagten eingefügt werden, der wiederum eine Ermächtigung des Vorstandes zur Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft um bis zu 4.000.000,- EUR mit der Möglichkeit eines gewissen Bezugsrechtsausschlusses vorsah. Der zur TOP 2 gefasste Beschluss kam mit einer Mehrheit von 75,0984 % der Stimmen der anwesenden bzw. vertretenen Aktionäre zustande, der Beschluss zu TOP 6 wurde mit einer Mehrheit von 75,3503% der Stimmen der anwesenden bzw. vertretenen Aktionäre gefasst. 7

An beiden Abstimmungen nahm die H GmbH mit Stimmen teil, die 23,59% des Grundkapitals der Beklagten bzw. 40,88% des anlässlich der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals entsprachen, wobei die H & Co. Ltd., Japan, zuvor eine Meldung über Aktienbesitz von 21,58% des Grundkapitals der Beklagten abgegeben hatte. 8

Die Klägerin ihrerseits erklärte anlässlich der Hauptversammlung nicht nur ihren Widerspruch hinsichtlich beider vorgenannter Beschlüsse zur Niederschrift, sondern sie machte sich dabei 9

ausdrücklich sämtliche Äußerungen der Aktionärin F AG zu Eigen, beantragte – wie diese – vergeblich eine Sonderprüfung und stellte ferner im Hinblick auf die vorherige Beschlussfassung nicht mehr zur Abstimmung gestellte Gegenanträge. Die im Hinblick auf ihren Aktienbesitz notwendige Stimmrechtsmitteilung hatte nicht sie selbst, sondern Herr I am 26. April 2016 als Konzernmitteilung abgegeben. Für die Klägerin hatte er eine Beteiligung von 8,28% des Grundkapitals gemeldet.

Zwischen der Klägerin einerseits und der D AG andererseits war jedoch am 16. Dezember 2009 ein Entherrschungsvertrag abgeschlossen worden, dessen Laufzeit am 27. Oktober 2014 auf unbestimmte Zeit, mindestens aber bis zum 16. Dezember 2019 verlängert worden war. Infolgedessen erfolgte auch eine Konsolidierung der Klägerin als Tochterunternehmen in der Bilanz der D AG als Mutterunternehmen nicht. 10

Die Beklagte arbeitet mit der Großaktionärin H & Co. Ltd. nicht lediglich aufgrund der mittelbaren Beteiligung der H & Co. Ltd. an der Beklagten zusammen, sondern seit Anfang 2015 hatten die Beklagte einerseits und die H & Co. Ltd. andererseits Verhandlungen über eine Kooperation zwecks gemeinsamer Entwicklung von J begonnen. Nachdem insofern Marktstudien und Vorversuche unternommen worden waren, unterrichtete der Vorstand der Beklagten am 7. April 2016 den Aufsichtsrat vom Stand der Angelegenheit. Am 13. Juli 2016 schloss die durch ihren Vorstand vertretene Beklagte sodann einen Vertrag mit der H & Co. Ltd. Im Rahmen der vereinbarten Kooperation unternimmt die Beklagte auf Kosten der H & Co. Ltd. Laborversuche und Entwicklungsarbeiten, um unter Verwendung der von ihr entwickelten Nanoemulsion und von frei verwendbaren Wirkstoffen neue Produkte herzustellen. Dabei sollen die Resultate und die Dokumentation der Laborversuche der H & Co. Ltd. zu., während den Vertragsparteien das geistige Eigentum an neu entwickelten Produkten gemeinsam zustehen, und jede Partei soll das in die Kooperation eingebrachte geistige Eigentum ungeschmälert erhalten bleiben. Die Kooperation soll in mehreren Phasen stattfinden und für den Fall der Weiterentwicklung bis zur Einreichung des Zulassungsantrages (Phase 2) ist vorgesehen, dass die H & Co. Ltd. der Beklagten Exklusivrechte in Europa einräumen wird. Allerdings besteht keine Verpflichtung, in Phase 2 einzutreten, und darüber hinaus ist es bisher nicht zur Anmeldung von Schutzrechten aufgrund der Kooperation gekommen. Die Beklagte erlöste im Jahr 1,177 Mio. EUR und im ersten Halbjahr 2017 weitere 785.000,- EUR aus der Kooperation. 11

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug die Auffassung vertreten, die angefochtenen Hauptversammlungsbeschlüsse zu den TOP 2 und 6 seien schon deshalb auf rechtswidrige Art und Weise gefasst worden, weil die H GmbH gemäß § 28 WpHG einem Stimmrechtsverbot unterlegen sei, aber gleichwohl abgestimmt habe. 12

Auch hätten nicht sämtliche Aktieninhaber – wie die Klägerin selbst – ihr Stimmrecht anlässlich der Hauptversammlung ausüben können, und zwar aufgrund eines Verschuldens der Beklagten. 13

Ferner hat die Klägerin behauptet, der mit der H & Co. Ltd. geschlossene Kooperationsvertrag sei für die Beklagte nachteilig und begünstige die H & Co. Ltd. einseitig. Sie hat gemeint, der Vertrag habe vom Vorstand unter Berücksichtigung der in § 93 AktG geregelten Pflichten nicht abgeschlossen werden dürfen. Das stehe seiner Entlastung entgegen. 14

Die Klägerin hat insofern behauptet, der Kooperationsvertrag sei seinem Inhalt nach nicht ausreichend bzw. nicht zutreffend dargestellt worden. 15

Außerdem hat sie die Ansicht vertreten, sein Abschluss habe der Zustimmung des Aufsichtsrates bedurft.	
Auch der die Kapitalerhöhung betreffende Hauptversammlungsbeschluss sei rechtswidrig.	17
Die Klägerin hat ferner hinsichtlich der Durchführung einer früheren Kapitalerhöhung im November 2016 behauptet, die Beklagte habe der H GmbH in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss des oben erwähnten Kooperationsvertrages unter Verletzung des § 53a AktG neue Aktien im Mehrbezug zugeteilt, und sie hat gemeint, die Beklagte habe der H GmbH damit einen Sondervorteil verschafft.	18
Die Klägerin hat ferner behauptet, die Beklagte habe anlässlich der Kapitalerhöhung im November 2016 nicht mitgeteilt, dass die Kapitalerhöhung garantiert gewesen sei. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihren Aktionären die Garantien und die Mehrbezugsberechtigten mitteilen müssen.	19
Die Beklagte hat gemeint, es habe insofern ein faktischer Ausschluss des Bezugsrechts vorgelegen, weil der Ausgabebetrag für neue Aktien im November 2016 über dem Börsenkurs gelegen habe.	20
Auch sei der Anhang des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2016 in diesem Zusammenhang fehlerhaft gewesen.	21
Die Klägerin hat behauptet, anlässlich der Hauptversammlung seien berechtigte Fragen nicht beantwortet worden.	22
Außerdem hat sie die Auffassung vertreten, der angefochtene Beschluss über die Kapitalerhöhung habe gegen § 186 Abs. 4 S. 3 AktG verstoßen, weil dessen ungeschriebene Tatbestandsmerkmale, etwa ein Finanzierungsinteresse der Beklagten, nicht vorgelegen hätten.	23
Schließlich hat die Klägerin gemeint, der Bericht zur Ermächtigung des Bezugsrechtsausschlusses sei unzureichend.	24
Die Klägerin hat sinngemäß beantragt,	25
die beiden angefochtenen Hauptversammlungsbeschlüsse zu den TOP 2 und 6 der Hauptversammlung der Beklagten vom 24. Mai 2017 für nichtig zu erklären, hilfsweise: ihre Nichtigkeit festzustellen und äußerst hilfsweise: festzustellen, dass die beiden Hauptversammlungsbeschlüsse unwirksam seien.	26
Die Beklagte hat beantragt,	27
die Klage abzuweisen.	28
Sie hat zunächst die Auffassung vertreten, dass der Klägerin schon die Anfechtungsbefugnis fehle, weil nicht Herr I, sondern sie selbst eine Stimmrechtsmitteilung habe abgegeben müssen. Das ergebe sich letztlich aus dem zu Gunsten der Klägerin geschlossenen Entherrschungsvertrag.	29
In diesem Zusammenhang hat die Beklagte ferner hilfsweise bestritten, dass Herr I bei der Stimmrechtsmitteilung Anteile an der F und - mittelbar oder unmittelbar - Anteile an der D AG hielt. Ebenso hat die Beklagte das Beteiligungsverhältnis zwischen der F und der D AG sowie	30

zwischen der D AG und der Klägerin bestritten. Dass es sich bei der Klägerin nicht um ein Tochterunternehmen handele, ergebe sich auch daraus, dass weder die F AG noch die D AG einerseits in der Vergangenheit Konzernabschlüsse erstellt hätten und dass andererseits die Klägerin auch keinen Abhängigkeitsbericht erstellt habe. Beide Umstände sind als solche nicht streitig gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug einschließlich der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (vgl. Bl. 500 R ff. GA). 31

2. Mit seinem am 1. Dezember 2017 verkündeten (vgl. Bl. 499 GA) Urteil hat das Landgericht die Klage vollumfänglich abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Klägerin fehle wegen einer unzutreffenden Konzernmitteilung nach § 21 WpHG gemäß § 28 WpHG die Anfechtungsbefugnis im Sinne des § 245 AktG. Denn die Klägerin sei mit Rücksicht auf den Entherrschungsvertrag nicht als Tochterunternehmen zu behandeln und habe deshalb eine eigene Mitteilung im Sinne der §§ 21 ff. WpHG vornehmen müssen. Insofern komme es weder auf einen abweichenden Inhalt des Ks an, noch sei es von ausschlaggebender Bedeutung, dass die L gestützt auf den K Entherrschungsverträge für die Frage ordnungsgemäßer Mitteilungen als unbeachtlich ansehe, noch komme es auf den entsprechenden Inhalt des Emittenten-Leitfadens 2013 der L an. Maßgebend sei zum einen, dass der hier fragliche Entherrschungsvertrag einem bestimmenden Einfluss auf die Klägerin effektiv Schranken setze, und zum anderen, dass er tatsächlich beachtet und demnach kein beherrschender Einfluss auf die Klägerin ausgeübt worden sei. Die Klägerin habe hinsichtlich der unterlassenen eigenen Stimmrechtsmitteilung auch schuldhaft gehandelt, und zwar ohne Rücksicht auf den K und die Behandlung entsprechender Sachverhalte seitens der L. Denn die Klägerin habe sich nicht ohne weiteres auf den Inhalt des Emittenten-Leitfadens der L verlassen dürfen, sondern sie habe entweder kompetenten Rechtsrat einholen oder vorsorglich alternative Stimmrechtsmeldungen veranlassen müssen. 32

Der weiteren Details der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des Landgerichts wegen wegen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (vgl. Bl. 504 R ff. GA). 33

3. a) Gegen dieses ihr am 11. Dezember 2017 zugestellte (Bl. 513 GA) Urteil hat die Klägerin mit einem hier am 21. Dezember 2017 eingegangenen Schriftsatz Berufung erhoben (Bl. 516 f. GA). Sie hat Ihr Rechtsmittel mit einem am 7. Februar 2018 eingegangenen Schriftsatz begründet und stellt die angefochtene Entscheidung dabei insgesamt zur Überprüfung (Bl. 522 ff. GA). 34

Zur Begründung des Rechtsmittels hält die Klägerin an dem aus dem ersten Rechtszug bekannten Vorbringen fest. Zu Unrecht habe sich das erkennende Gericht gegen die herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, nach der schuldrechtliche Vereinbarungen, wie etwa Entherrschungsverträge, für die Frage, wer nach den §§ 21 ff. WpHG welche Stimmrechtsmitteilung vorzunehmen habe, unbeachtlich seien, gewandt und einer Mindermeinung angeschlossen. Das führe insofern zu Schwierigkeiten, als die L erklärt habe, dass sie nicht nur eine gesonderte Stimmrechtsmitteilung der Klägerin für unzulässig halte, sondern auch gegen eine solche Meldung vorgehen würde. Es sei offensichtlich, dass eine Konzernmitteilung mit einer selbständigen Mitteilung kollidiere und die auf dem Kapitalmarkt erforderliche Transparenz und Klarheit konterkariere. Die Ausführungen des Landgerichts zur Frage des Verschuldens könnten nicht nur deshalb nicht hingenommen werden, weil die Kammer einem angestellten Rechtsanwalt ein geringeres Fachwissen unterstelle, sondern weil die Orientierung an die auch von der L vertretene herrschende 35

Auffassung in Rechtsprechung und Literatur als nicht entschuldbar bewertet worden sei. Schließlich hätte eine anderslautende Beratung eine langwierige Auseinandersetzung mit der L zur Folge gehabt, zumal die von dem Urteil und dem Entherrschungsvertrag in Kenntnis gesetzte L erklärt habe, dass sie bei ihrer Auffassung bleibe. Dementsprechend befinde sich die Klägerin insofern in einem Dilemma, als sie Sanktionen von der L zu fürchten habe, wenn sie dem Landgericht folgen wolle, ihre Rechte als Aktionärin aber nicht mehr auszuüben vermöge, wenn sie sich der L folgend für Konzernmitteilungen die Stimmrechte betreffend entscheide. Es könne nicht bei einer derartigen Diskrepanz zwischen gesellschaftsrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Pflichten bleiben.

Jedenfalls aber fehle es an einem Verschulden der Klägerin, weil sich nach den Vorgaben der L gerichtet habe, an der die L auch in Kenntnis des konkreten Entherrschungsvertrages festhalte. Die von der Kammer befürwortete alternative oder auch nur vorsorgliche Mitteilung sei jedenfalls nicht zulässig, weil sie nicht im Sinne des § 39 Abs. 2 WpHG richtig sei, sondern die Eigenschaft der Klägerin als Tochterunternehmen offen ließe. Mit § 24 WpHG habe der Gesetzgeber das Gegenteil bezweckt. Er habe das Ziel verfolgt, die bis dahin anhand einer Reihe von Einzelmeldungen der Tochterunternehmen nur schwer erkennbaren Einflussverhältnisse durch einheitliche Mitteilungen der Muttergesellschaften transparent zu machen. Alternative oder vorsorgliche Mitteilungen mit widersprüchlichen Inhalten stünden dem entgegen. Die L habe schließlich auch mitgeteilt, dass sie der Klägerin der Veröffentlichung einer alternativen oder vorsorglicher Mitteilung, wie sie das Landgericht der Klägerin angesonnen habe, gegebenenfalls untersagte. Soweit das Landgericht davon ausgegangen sei, dass die Klägerin keinen anwaltlichen Rat eingeholt habe, treffe das nicht zu. Vielmehr habe sie sich an den Zeugen M als Rechtsanwalt gewandt, der das Meldewesen und zahlreiche Wertpapierübernahmen im Hause der Klägerin über Jahre hinweg fachkundig begleitet und regelmäßigen Kontakt zur L gehalten habe. Rechtsanwalt M sei insofern spezialisiert und es habe nicht der Einholung des Rates eines externen Rechtsanwalts bedurft. Dem habe hier auch kein Interessenkonflikt entgegengestanden.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, 37

das angefochtene Urteil des Landgerichts Köln vom 1. Dezember 2017 – 82 O 66/17 – abzuändern und die zu den TOP 2 und 6 anlässlich der Hauptversammlung der Beklagten vom 24. Mai 2017 gefassten Beschlüsse für nichtig zu erklären, hilfsweise: ihre Nichtigkeit festzustellen und äußerst hilfsweise: ihre Unwirksamkeit festzustellen. 38

Die Beklagte beantragt, 39

die Berufung zurückzuweisen, 40

verteidigt die angefochtene Entscheidung und hält ebenfalls an ihrem Vorbringen aus dem ersten Rechtszug fest. 41

b) Der Senat hat mit einem Beschluss vom 13. Juni 2018 u.a. kurz auf seine Rechtsauffassung und die danach in Betracht kommende Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Klägerin hingewiesen (Bl. 672 f. GA). Wegen der Details wird auf den betreffenden Beschluss Bezug genommen. Hierzu haben beide Parteien, insbesondere aber die Beklagte eingehend Stellung genommen (vgl. Bl. 693 ff., 737 ff. GA). Die Beklagte hat im Wesentlichen das Folgende behauptet: 42

Wie alle anderen Aktionäre sei auch der Klägerin spätestens im April 2016 bekannt geworden, dass die Beklagte im Jahr 2016 noch weitere Kapitalmaßnahmen habe 43

durchführen müssen. Das habe sich aus dem im April 2016 veröffentlichten Jahresabschluss für 2015 ergeben. Auch anlässlich der Hauptversammlung der Beklagten am 31. Mai 2016 sei der dem zugrunde liegende Finanzierungsbedarf erörtert worden. Gleichwohl habe die Klägerin keine diesbezüglichen Zusagen gemacht oder auch nur in Aussicht gestellt. Mit einem Schreiben vom 19. August 2016 habe die Klägerin lediglich um ein Gespräch wegen der Finanzierung der Beklagten gebeten. Auch dem am 31. August 2016 veröffentlichten Halbjahresfinanzbericht der Beklagten habe sich schließlich der bestehende Finanzierungsbedarf entnehmen lassen. Der Vorstand der Beklagten habe den Aufsichtsrat am 21. September 2016 über Einzelheiten informiert. Dem Aufsichtsrat habe Herr N angehört, der seit 2014 auch Mitglied des Vorstandes der Klägerin sei. Herr N habe indessen weder ein Interesse der Klägerin an einer Mitwirkung an der notwendigen Finanzierung zu verstehen gegeben, noch habe er auch nur einen weiteren Gesprächsbedarf der Klägerin erwähnt. Nach Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Vereinbarung eines Gesprächstermins habe erst am 11. November 2016 ein Besprechungstermin mit weiteren Mitgliedern des Vorstandes der Klägerin und mit ihrem Aufsichtsratsvorsitzenden durchgeführt werden können. Demnach habe die Klägerin ihr Interesse an einer Teilnahme als Backstop-Investorin zu keinem Zeitpunkt zu verstehen gegeben und habe die Beklagte hiervon nicht ausgehen können. Noch im Frühjahr 2016 habe die Beklagte dagegen eine Backstop-Vereinbarung mit der Klägerin geschlossen, und hier sei die Klägerin aktiv auf die Beklagte zugekommen.

Demgegenüber habe die H GmbH im Oktober 2016 mitgeteilt, dass sie eventuell ein Interesse habe, anlässlich der bevorstehenden Kapitalerhöhung rund 14 Mio. EUR bereitzustellen. Diese Zusage sei für die Beklagte von besonderem Interesse gewesen, weil damit die Tilgung am 31. Dezember 2016 fälliger Verbindlichkeiten habe sichergestellt werden können, was im Ergebnis auch im Interesse der Klägerin gelegen habe. H habe sich mit der am 1. November 2016 unterzeichneten Backstop-Vereinbarung verpflichtet, 13,86 Mio. EUR zur Verfügung zu stellen, während sie bei einer ihrer vorherigen Beteiligung entsprechenden Bezug lediglich ca. 2,95 Mio. EUR habe bereitstellen müssen. H habe diese Bereitstellung selbstverständlich mit der Vorstellung verbunden, bei der Zuteilung neuer Aktien und Anleihen bis zur Höhe der Gesamtinvestition bevorzugt zu werden.

Unmittelbar nach der Unterzeichnung der Backstop-Vereinbarung habe die Beklagte eine ad-hoc-Mitteilung mit entsprechendem Inhalt veröffentlicht, so dass für jedermann erkennbar gewesen sei, dass bis dahin für einen Teilbetrag von ca. 5,24 Mio. EUR noch keine verbindlichen Zusagen vorlagen. Herr N habe ferner erkennen können, dass noch weiterer ungedeckter Finanzierungsbedarf bestanden habe. Selbst bei weiteren Beschlüssen des Aufsichtsrats der Beklagten habe Herr N indessen das Interesse der Klägerin nicht erwähnt. Stattdessen habe die Klägerin mit einer E-Mail vom 4. November 2016 nachgefragt, ob es - nach der ad-hoc-Mitteilung - bei dem für den 11. November 2016 vereinbarten Termin bleibe. Von einem interessierten Investor sei insbesondere angesichts des noch ungedeckten Finanzbedarfs der Beklagten anderes zu erwarten gewesen. Die Klägerin habe nicht einmal bestimmte Gesprächsthemen für den 11. November 2016 gewünscht.

Die Klägerin sei auch insofern nicht vor vollendete Tatsachen gestellt worden, als die Backstop-Vereinbarung mit H ausdrücklich eine Bevorzugung von H nur für den Fall vorsehe, dass nicht eine anderweitige Zuteilung zwingend vorzunehmen sei. Dementsprechend habe die Klägerin eine vergleichbare Vereinbarung mit der Beklagten abschließen können. Darin hätte dann ein zwingender Grund gelegen.

44

45

46

47

Die Klägerin habe einfach kein Interesse an dem Abschluss einer Backstop-Vereinbarung gehabt. Selbst am 11. November 2016 habe sie sich nicht entsprechend erklärt, sondern sie habe erst am 16. November 2016 eine Entscheidung über die Ausübung von Bezugsrechten getroffen.

II.

1. Das Rechtsmittel der Beklagten ist nach den hierfür maßgebenden §§ 511 ff. ZPO nicht nur statthaft und im Übrigen zulässig, sondern auch begründet.

Denn der seitens der Klägerin als anfechtungsbefugter Aktionärin der Beklagten gemäß § 245 Nr. 1 AktG (siehe unten Buchst. a) rechtzeitig innerhalb der Frist des § 246 Abs. 1 AktG (siehe unten Buchst. b) angefochtene Beschluss über die Entlastung des Vorstands der Beklagten für das Geschäftsjahr 2016 zu Tagesordnungspunkt 2 der Hauptversammlung der Beklagten vom 24. Mai 2017 ist wegen eines Gesetzesverstoßes gemäß § 243 Abs. 1 AktG für nichtig zu erklären. Der insofern maßgebende Gesetzesverstoß liegt in einer Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht im Hinblick auf einen vorangegangenen Verstoß gegen das in § 53a AktG vorgesehene Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre bei der Durchführung einer Kapitalerhöhung im Oktober bzw. November 2016 und im Zusammenhang mit dem Abschluss einer diesbezüglichen Backstop-Vereinbarung mit der H GmbH. Der zurückliegende Verstoß des Vorstandes gegen § 53a AktG hat unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zum einen zur Folge, dass die Hauptversammlung der Beklagten den zu TOP 6 gefassten Beschluss über eine genehmigte Kapitalerhöhung unter eventuellem Ausschluss des Bezugsrechts gemäß §§ 202, 203 AktG iVm. §§ 185 ff. AktG ohne gegen eine neuerliche Verletzung des § 53a AktG bei der Ausführung der Kapitalerhöhung durch den Vorstand sichernde Bestimmungen nicht hätte fassen dürfen. Mit Rücksicht auf die vorgenannte Gesetzesverletzung seitens des Vorstandes der Beklagten verstößt zum anderen auch der zu TOP 2 gefasste Beschluss gegen das Gesetz. Sowohl die Anfechtungsklage als auch die Berufung müssen danach Erfolg haben.

a) Anders als das Landgericht angenommen hat, fehlt der Klägerin keineswegs bereits die nach § 245 Nr. 1 AktG erforderliche Anfechtungsbefugnis wegen eines Verstoßes gegen eine aus § 28 WpHG a.F. bzw. § 44 WpHG n.F. folgende, der Klägerin obliegende Meldepflicht.

Dabei kann der Senat offen lassen, ob die Klägerin hier ihrer Meldepflicht zutreffend nachgekommen ist. Denn jedenfalls mangelt es im Hinblick darauf, dass das Vorgehen der Klägerin bzw. ihrer Konzernmutter sowohl dem Emittenten-Leitfaden der L, dem K und der ständigen, bis heute anhaltenden Praxis der L (vgl. dazu etwa Anlage K 18, Bl. 477 GA) als auch der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 14. November 2006 – 5 U 158/05 -, juris Rn. 79 und Urt. v. 22. Mai 2007 – 5 U 33/06 -, juris Rn. 60) zu dieser Frage entspricht und dass es zwar abweichende Stimmen in der Literatur gibt (vgl. LGU S. 17, Bl. 508 GA), aber keine entgegenstehende höchstrichterliche Rechtsprechung, an dem für den Rechtsverlust erforderlichen Verschulden (vgl. zu dieser Voraussetzung des Rechtsverlusts etwa *Zimmermann*, in: Fuchs, WpHG, 2. Aufl., § 28 Rn. 16 m.w.N.). Denn angesichts der für die Praxis der Aktiengesellschaften auch unter Berücksichtigung drohender Zwangsmaßnahmen maßgebenden Vorgaben der L und der für die gerichtliche Praxis bedeutsamen, wenn auch nicht klärenden obergerichtlichen Rechtsprechung durfte die Klägerin unter Berücksichtigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auf die Richtigkeit ihres der L und der Rechtsprechung entsprechenden Vorgehens vertrauen.

48

49

50

51

52

53

Soweit das Landgericht in diesem Zusammenhang die Abgabe zweier inhaltlich voneinander abweichender, ja hinsichtlich der Frage eines beherrschenden Einflusses einander widersprechender Mitteilungen erwogen hat, kommt das schon im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Mitteilungspflichten des Wertpapierhandelsrechts nicht in Betracht. Denn solche Mitteilungen würden nicht zu mehr Transparenz führen, sondern die Marktteilnehmer und Adressaten über den vorliegenden Sachverhalt einer trotz des schuldrechtlichen Entherrschungsvertrages und ungeachtet der darin vorgesehenen Sanktionen, rein tatsächlich fortbestehenden Einflussmöglichkeit im Unklaren lassen.

b) Indem die Anfechtungsklage der Klägerin am Montag, den 26. Juni 2017 beim Landgericht eingegangen ist (vgl. Bl. 1 GA), die Klägerin bereits in der Klageschrift nicht nur den oben genannten und sogleich zu erörternden Verstoß gegen § 53a AktG ausdrücklich gerügt hat, sondern auch den diesbezüglichen Sachverhalt bereits eingeführt hat (vgl. Klageschrift S. 15 f., Bl. 15 f. GA) und indem die Klägerin schließlich die Zustellung der Klageschrift am 4. August 2017 (vgl. EB, Bl. 188 GA) erwirkt hat, hat sie die Anfechtungsfrist gemäß § 246 Abs. 1 AktG eingehalten. Denn zu Gunsten der Klägerin greift § 167 ZPO ein, weil sie auf die Kostenvorschussrechnung des Landgerichts vom 6. Juli 2017 (vgl. Bl. Ia GA) hin den entsprechenden Vorschuss bereits am 14. Juli 2017 entrichtet hat (vgl. Bl. II GA) und dementsprechend die weitere, über die Zwei-Wochen-Frist hinausgehende Verzögerung der Zustellung nicht zu vertreten hat. 54

c) Zur Entlastung – Beschluss der Hauptversammlung zu TOP 2 55

aa) Ein Entlastungsbeschluss ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wegen seines Inhalts nur dann anfechtbar, wenn Gegenstand der Entlastung ein Verhalten ist, das eindeutig einen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt (vgl. BGH, Urte. v. 25. November 2002 – II ZR 133/01 -, NJW 2003, S. 1032 [1033] – Macotron). Erst bei einem eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß von Vorstand und Aufsichtsrat sind nämlich die Grenzen des der Hauptversammlung hinsichtlich der Entlastung zustehenden Ermessens überschritten (vgl. BGH, Beschl. v. 7. Februar 2012 – II ZR 253/10 -, NZG 2012, S. 347 – Commerzbank/Dresdner Bank). 56

bb) Ein eindeutiger und schwerwiegender Verstoß gegen das Gesetz im Sinne dieses rechtlichen Maßstabes in dem betreffenden Entlastungszeitraum liegt hier deshalb vor, weil der Vorstand der Beklagten nach dem unstreitigen Sachverhalt unter Verletzung des § 53a AktG nicht sämtlichen Alt-Aktionären dieselbe Chance gewährt hat, an der Durchführung einer Kapitalerhöhung im November 2016 auch durch Abschluss einer Backstop-Vereinbarung mitzuwirken. Denn der Vorstand der Beklagten hat in diesem Zusammenhang weder vor dem Abschluss einer Backstop-Vereinbarung mit der H GmbH das Interesse der Beklagten am Abschluss einer Backstop-Vereinbarung auch mit allen vorhandenen Aktionären allgemein bekannt gegeben, eingehende Angebote abgewartet, dieselben nach den angebotenen Konditionen bewertet und im erforderlichen Umfang angenommen (Ausschreibungsverfahren), noch hat der Vorstand der Beklagten vor dem Abschluss der Backstop-Vereinbarung mit der H GmbH allen Alt-Aktionären den Abschluss einer Backstop-Vereinbarung und den damit verbundenen Erwerb nicht bezogener Aktien aus der Kapitalerhöhung zu den mit der H GmbH vereinbarten Konditionen angeboten (gleichmäßiges Angebot einer bestimmten Backstop-Vereinbarung) . Sachlich rechtfertigende Gründe hierfür hat die Beklagte auch mit ihrer Stellungnahme zu dem kurzen Hinweis des Senats nicht dargetan, sondern sie hat sich einerseits mit der allgemeinen Frage der Zulässigkeit von Backstop-Vereinbarungen auseinandergesetzt und andererseits vergeblich darzutun versucht, dass der Klägerin eine Teilnahme als Backstop-Investorin durchaus 57

möglich, diese daran aber nicht interessiert gewesen sei.

Auf die hypothetische Frage, ob sich die Klägerin im Falle eines die nach § 53a AktG gebotene Gleichbehandlung aller Aktionäre gewährleistenden Verfahrens für eine Investition als Backstop-Investorin entschieden hätte, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob die Klägerin eventuell vermittelt durch ihr Vorstandsmitglied N frühzeitig Kenntnis vom Finanzbedarf der Beklagten hatte und ob von ihr nach den Umständen des Einzelfalles erwartet werden konnte, selbst die Initiative zu ergreifen. Maßgebend ist vielmehr ausschließlich, inwiefern die Beklagte all ihre Alt-Aktionäre in dem Zusammenhang mit der Durchführung der Kapitalerhöhung im November 2016 und hinsichtlich des Abschlusses von Backstop-Vereinbarungen hierbei gleich behandelte. Dass der Beklagte dies nicht gelang, folgt schon daraus, dass sie nicht sämtlichen Alt-Aktionären ihr Interesse am Abschluss einer Backstop-Vereinbarung mitteilte und dass deshalb nicht sämtlichen Alt-Aktionären wie H die Gelegenheit zum Abschluss einer Backstop-Vereinbarung entsprechenden Inhalts gegeben wurde. Dass es eines solchen Vorgehens nicht bedurfte, weil alle Alt-Aktionäre hinreichend informiert waren, aber keiner der Alt-Aktionäre ein Interesse am Abschluss einer Backstop-Vereinbarung hatte, behauptet die Beklagte nicht.

58

Dass die Klägerin, folgte man den Behauptungen der Beklagten, selbst nicht benachteiligt war, weil sie frühzeitig Kenntnis von dem Finanzbedarf hatte und weil ihr die Möglichkeit einer eigenen Initiative im Sinne einer Backstop-Vereinbarung bewusst war, mag zwar zutreffen, hindert die Klägerin aber keineswegs, den vorgenannten Verstoß gegen § 53a AktG als Entlastungshindernis geltend zu machen.

59

(1.) (a) § 53a AktG verpflichtet die Aktiengesellschaft und ihre Organe (vgl. zum Normadressaten etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 53a Rn. 4 m.w.N.) zur Gleichbehandlung ihrer Mitglieder und verbietet dementsprechend willkürliche Differenzierungen (vgl. dazu etwa *Koch*, a.a.O. Rn. 4). Allerdings schützt § 53a AktG nur die Mitgliedschaft. Dementsprechend sind nach § 53a AktG nur Aktionäre gleich zu behandeln und diese wiederum nur hinsichtlich ihrer Mitgliedschaft sowie der daraus folgenden Rechte. Dagegen muss die Gesellschaft das Gleichbehandlungsgebot grundsätzlich dann nicht beachten, wenn sie bloß in eine schuldrechtliche Beziehung zu dem betreffenden Aktionär tritt, also z.B. beim Abschluss von Kauf- und Mietverträgen (vgl. dazu etwa *Koch*, a.a.O. Rn. 4 m.w.N.). Denn hier tritt sie dem Aktionär wie einem Dritten gegenüber und diese Geschäfte betreffen nicht seine Mitgliedschaft oder daraus folgende Rechte. Lediglich § 57 AktG und § 243 Abs. 2 AktG können hier herangezogen werden (vgl. dazu etwa *Koch*, a.a.O. Rn. 4).

60

(b) Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar insofern um ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft im vorgenannten Sinne, als die Backstop-Investoren und darunter auch die H GmbH den Erwerb nicht bezogener und deshalb eventuell anders nicht platzierbarer Aktien zugesagt haben, es also um die Ansprüche auf Begründung weiterer Mitgliedschaftsrechte ging und nicht um eine Einwirkung auf die bereits begründeten Mitgliedschaftsrechte.

61

Jedoch muss hier Berücksichtigung finden, dass die H GmbH bei dem Abschluss der Backstop-Vereinbarung bereits als Aktionärin an der Beklagten beteiligt war und dementsprechend mit dem Erwerb weiterer Aktien über ihren Bezugsanteil hinaus eventuell in erheblichem Umfang an Einfluss gewinnen würde, während der Einfluss der nicht mit Backstop-Vereinbarungen beteiligten Aktionäre und darunter der Klägerin aufgrund eines Bezuges günstigstenfalls in dem vorher bestehenden Umfang erhalten blieb. Dementsprechend konnte eine Backstop-Vereinbarung nur mit der H GmbH eventuell einseitig begünstigende und umgekehrt ebenso einseitig benachteiligende Folgen für den mit

62

dem Stimmrecht verbundenen Einfluss der Aktionäre der Beklagten und insofern auch für die Mitgliedschaft der Aktionäre haben.

(c) Dieser Argumentation entsprechend wird auch in der einschlägigen Literatur die Problematik einer Privilegierung bestimmter Aktionäre gegenüber anderen Aktionären im Zusammenhang mit Backstop-Vereinbarungen durchaus gesehen und den Emittenten teilweise eine sorgfältige Begründung der Privilegierung nahe gelegt (vgl. Meyer, in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl., Rn. 7.40a; allgemein gegen willkürliche Zuteilung verbleibender Aktien Servatius, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 186 Rn. 21). Soweit sich in der Literatur im Übrigen kurze Hinweise auf die Möglichkeit von Backstop-Vereinbarungen auch mit Alt-Aktionären finden, stehen diese Äußerungen einer Anwendung des § 53a AktG im vorliegenden Zusammenhang keineswegs entgegen, sondern betreffen die allgemeine Frage der Zulässigkeit von Backstop-Vereinbarungen auch mit Alt-Aktionären und verhalten sich zu der Frage der Anwendung des Gleichbehandlungsgebots bei solchen Backstop-Vereinbarungen mit Aktionären nicht (vgl. etwa Apfelbacher/Niggemann, in: Hölters, AktG, 3. Aufl., § 186 Rn. 29). 63

(2.) (a) Oben ist bereits erwähnt worden, dass § 53a AktG nicht jede Ungleichbehandlung verbietet, sondern dass es sich um eine Ausprägung des Willkürverbots handelt. Gleichwohl vermag nicht jeder irgendwie auf die Sache bezogene Erwägung auch eine Ungleichbehandlung der Aktionäre zu rechtfertigen, sondern in Betracht kommen dafür lediglich solche Erwägungen, die zunächst im Interesse der Aktiengesellschaft wurzeln. Interessen Dritter oder Sonderinteressen einzelner Aktionäre können eine objektive Ungleichbehandlung ebenso wenig rechtfertigen wie ein etwaiges Bestreben des Vorstands, das Gemeinwohl zu fördern. Soweit ein Interesse der Aktiengesellschaft gegeben ist, kann es eine objektive Ungleichbehandlung von Aktionären ferner nur dann rechtfertigen, wenn die Grundsätze der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit, die ganz allgemein als Schranken für Eingriffe in Mitgliedschaftsrechte anerkannt werden, gewahrt sind (vgl. Bungereth, in: Münchener Kommentar zum AktG, 4. Aufl., § 53a Rn. 15 m.w.N.). 64

(b) Die Beklagte unternimmt es nicht einmal, sachliche Gründe dafür zu benennen, dass sie mit der H GmbH eine Backstop-Vereinbarung geschlossen hat, aber ein entsprechendes Angebot nicht sämtlichen Aktionären unterbreitet hat. Sie versucht in diesem Zusammenhang lediglich darzutun, dass sie ein vitales Interesse an der vollständigen Platzierung der Aktien aus der Kapitalerhöhung vom November 2016 hatte, dass es dazu einer Backstop-Vereinbarung bedurfte und dass ihre Vorgehensweise dem Bezugsangebot durchaus zu entnehmen war (vgl. etwa S. 13 ff. des SSes. v. 16. Oktober 2017, Bl. 435 ff. GA). Indessen steht im vorliegenden Zusammenhang nicht die sachliche Rechtfertigung von Backstop-Vereinbarungen im Zuge der Kapitalerhöhung vom November 2016 in Frage und ebenso wenig ist zweifelhaft, dass Backstop-Vereinbarungen grundsätzlich auch mit Aktionären geschlossen werden können, sondern der sachlichen Rechtfertigung bedarf hier die ungleiche Beteiligung der Aktionäre als potentielle Backstop-Investoren. 65

(3.) Insbesondere weil die hier vorliegende, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung nicht lediglich Verfahrensvorschriften betrifft und es auch nicht nur um den Werterhalt einer Kapitalbeteiligung geht, sondern der mehr oder weniger große Einfluss der Aktionäre der Beklagten im Vergleich zu der Großaktionärin H GmbH in Rede steht, handelt es sich auch um eine schwerwiegende Rechtsverletzung. 66

Die Eindeutigkeit der Rechtsverletzung ergibt sich daraus, dass sowohl die maßgebende Bestimmung des § 53a AktG in ihrer Bedeutung hinreichend klar ist, als auch der entscheidungserhebliche Sachverhalt - weder ein allgemeines Ausschreibungsverfahren 67

noch ein späteres allgemeines Angebot - unstreitig ist.

cc) Auch wenn die Klägerin selbst in der Vergangenheit von einem Mehrbezug oder gar von einem Bezug aufgrund von Backstop-Vereinbarungen profitiert haben mag, ist sie nicht durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht daran gehindert, sich im Rahmen der Anfechtungsklage auf die mit der Durchführung der Kapitalerhöhung vom November 2016 verbundene Verletzung des § 53a AktG zu berufen. Denn zum einen steht keineswegs fest, dass der Vorstand der Beklagten auch im Zusammenhang mit vorangegangenen Kapitalerhöhungen das Gleichbehandlungsgebot verletzt hat und dass die Klägerin selbst bewusst hieran mitgewirkt hat. Zum anderen sind nach den obigen Ausführungen lediglich die Aktiengesellschaft und ihre handelnden Organe Adressaten des Gleichbehandlungsgebots nach § 53a AktG, nicht dagegen die Aktionäre (vgl. auch *Solveen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl., § 53a Rn. 5). Diese trifft in diesem Zusammenhang lediglich eine Treuepflicht, und dass die Klägerin als Aktionärin mit Rücksicht auf die sie treffende Treuepflicht gehalten war, vor einer grundsätzlich zulässigen Backstop-Vereinbarungen zu ihren Gunsten zu überprüfen, ob der Vorstand das dazu mit Rücksicht auf § 53a AktG notwendige Verfahren eingehalten hatte, lässt sich aufgrund des Tatsachenvortrages der Beklagten hierzu nicht feststellen. 68

d) Zur Kapitalerhöhung – Beschluss der Hauptversammlung zu TOP 6 69

aa) Der Senat kann hier mit Blick auf die besonderen Umstände des Einzelfalles (Folgen der zurückliegenden Verletzung des § 53a AktG für künftige Kapitalerhöhungen mit Rücksicht auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht) offen lassen, ob der zu TOP 6 gefasste Beschluss über genehmigtes Kapital den formalen Anforderungen des Gesetzes und der Satzung (§ 243 Abs. 1 AktG) entspricht. 70

Vorsorglich merkt der Senat insofern lediglich an, dass dem Gesetz inhaltliche Anforderungen, wie z.B. ein hinter der Genehmigung stehendes, bereits mehr oder weniger konkretes Finanzierungsinteresse, fremd sind und dass die Berichtspflicht nach der Siemens/Nold-Entscheidung des Bundesgerichtshof bereits durch abstrakt und allgemein gehaltene Ausführungen erfüllt werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 23. Juni 1997 – II ZR 132/93 -, juris Rn. 18 ff.). 71

bb) Auch die Ausführungen der Klägerin zur Frage des Stimmrechts der H GmbH begegnen mit Blick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Anfechtungsprozess gewissen Bedenken. 72

Kurz: Will die Klägerin als anfechtender Aktionär den Anfechtungsgrund einer unrichtigen Berücksichtigung von Stimmen und eines deshalb unrichtigen Abstimmungsergebnisses geltend machen, muss sie die Gründe hierfür konkret darlegen und beweisen. Es mag zwar richtig sein, dass die Aktiengesellschaft und ihr Versammlungsleiter im Zuge der Hauptversammlung und im Zusammenhang mit der Berücksichtigung von Stimmen verpflichtet sind, die Stimmberechtigungen der abstimmenden Aktionäre zu prüfen. Das ändert indessen nichts daran, dass die Aktiengesellschaft eine ihr nicht bekannte Beherrschung mit Folgen für das Stimmrecht wegen § 28 WpHG a.F. bzw. § 44 WpHG n.F. bestreiten darf und es dann bei der Darlegungs- und Substantiierungspflicht des anfechtenden Aktionärs verbleibt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Aktiengesellschaft, wenn eine Beherrschung nicht zu ihrer Kenntnis besteht, im Prozess nichts anderes tun kann, als diese zu bestreiten. Der anfechtende Aktionär ist dann gehalten, seine pauschale Behauptung näher zu konkretisieren. Daran aber fehlt es hier. Denn die Klägerin hat eine Beherrschung der H & Co. Ltd. durch Herrn O P bzw. die Gründerfamilie P bloß pauschal behauptet, ohne die hierfür maßgebenden Beteiligungsverhältnisse im 73

Einzelnen darzutun.

cc) Vor dem Hintergrund der gegenüber der Klägerin bestehenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht einerseits und der gegen § 53a AktG verstoßenden Benachteiligung der Alt-Aktionäre der Beklagten im Zusammenhang mit der Durchführung der Kapitalerhöhung im November 2016 andererseits war die Hauptversammlung der Beklagten als Organ gehalten, dafür zu sorgen, dass eine gegen § 53a AktG verstoßende Benachteiligung von Aktionären in Zukunft unterbleiben würde. Weil die Hauptversammlung ihren Beschluss über das genehmigte Kapital unter eventuellem Bezugsrechtsausschluss nicht mit entsprechenden, den Handlungsspielraum des Vorstands begrenzenden Bestimmungen verbunden hat, verletzt er die gegenüber den Aktionären bestehende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. 74

(1.) Die oben erörterte Benachteiligung der Klägerin bei der Kapitalerhöhung vom November 2016 konnte mangels Bezugsrechtsausschlusses zwar nicht die Verwässerung des Aktienanteils der Klägerin zur Folge haben. Indem sie aber der H GmbH als Aktionärin einseitig die Möglichkeit eröffnete, ihre Aktienanteil und den mit den entsprechenden Stimmen verbundenen Einfluss als Aktionärin auf die Beklagten zu erhöhen, verringerte sie faktisch sehr wohl den Einfluss der Klägerin als bedeutende Aktionärin auf die Beklagte wie auch denjenigen anderer, nicht als Backstop-Investoren beteiligter Aktionäre. 75

Die mit der Ergänzung der Satzung verbundene Genehmigung der Hauptversammlung und der unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls genehmigte Bezugsrechtsausschluss eröffnen nun dem Vorstand die Möglichkeit, nicht nur – wie bereits geschehen – den Einfluss bestimmter Aktionäre durch anderweitige Vergabe von Aktien faktisch zu verringern, sondern sie ermöglichen unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Umfang darüber hinaus eine bei der zurückliegenden Kapitalerhöhung noch nicht mögliche Verwässerung der Beteiligung bestimmter Aktionäre, wie z.B. der Klägerin. 76

Es ist zwar richtig, dass der Vorstand der Beklagten bei der Ausübung der beschlossenen Ermächtigung § 53a AktG auch ohne weiteres zu berücksichtigen haben würde. Die Hauptversammlung der Beklagten und die abstimmenden Aktionäre der Beklagten mussten indes bei der Beschlussfassung berücksichtigen, dass der Vorstand sich anlässlich der Durchführung der Kapitalerhöhung vom November 2016 nicht an § 53a AktG gehalten und die H GmbH gegenüber anderen Aktionären sachlich nicht gerechtfertigt begünstigt hatte. Dementsprechend war anlässlich der Hauptversammlung nicht nur mit Blick auf die Vergangenheit die Entlastung zu verweigern (s.o.), sondern für die Zukunft war zu befürchten, dass der Vorstand sich auch bei dem Gebrauch der ihm erteilten, weitreichenden Ermächtigung zur Kapitalerhöhung nicht an die aus § 53a AktG folgenden Vorgaben halten und erneut bestimmte Aktionäre gegenüber anderen Aktionären benachteiligen würde. 77

Die Hauptversammlung der Beklagten und die stimmberechtigten Aktionäre waren gehalten, eine solche Verletzung des § 53a AktG zu Lasten bestimmter Aktionäre zu verhindern, weil es hier eventuell nicht lediglich um eine Kapitalbeteiligung der betroffenen Aktionäre, sondern auch um den von der Beteiligungshöhe abhängigen Einfluss auf die Beklagte ging und weil dementsprechend eine Entschädigung unter Umständen nicht zur vollständigen Kompensation geeignet sein würde. 78

Dementsprechend war die Hauptversammlung der Beklagten insbesondere dann, wenn sie durch ein weitreichende Ermächtigung des Vorstandes eine besondere Gefahr für den Einfluss bestimmter Aktionäre auf die Beklagte schuf und wenn sie nach den Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit nicht auf die Beachtung des § 53a AktG zu Gunsten aller Aktionäre vertrauen konnte, gehalten, die Gleichbehandlung aller Aktionäre im Sinne des § 53a AktG 79

durch den Vorstand bei der Durchführung künftiger Kapitalerhöhungen durch bestimmte Vorgaben sicherzustellen. Zwar stand in ihrem Ermessen, wie dies geschehen sollte. Jedoch hat die Hauptversammlung von der nach den vorstehenden Erwägungen gebotenen Sicherung gänzlich abgesehen, und darin liegen ein eindeutiger Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.

(2.) Schließlich ergibt sich auch aus dem Vortrag der Beklagten, dass die Klägerin zuvor durch Backstop-Vereinbarungen begünstigt worden sei, nichts anderes. Ganz im Gegenteil: Eine in der weiter zurückliegenden Vergangenheit unternommene Bevorzugung der Klägerin gegenüber anderen Aktionären im Zuge der Durchführung von Kapitalerhöhungen spricht insofern für die vom Senat bejahte Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, als darin gegebenenfalls weitere Verstöße des Vorstandes gegen das in § 53a AktG geregelte Gleichbehandlungsgebot lägen. Mit Rücksicht auf die dann zu berücksichtigende Mehrheit von Verletzungen des § 53a AktG durch den Vorstand in der Vergangenheit erschiene es erst recht geboten, durch bestimmte Vorgaben die Beachtung des § 53a AktG im Zusammenhang mit der Durchführung von Kapitalerhöhungen seitens des Vorstandes für die Zukunft zu gewährleisten. 80

e) Auch der Schriftsatz vom 12. November 2018 rechtfertigt nicht eine abweichende Beurteilung. 81

Denn mit Rücksicht auf die durch das Vorgehen der Beklagten begründete Ungleichbehandlung sämtlicher Aktionäre und die allgemeine Natur des hier unterlaufenen Verstoßes gegen § 53a AktG kann es insbesondere nicht auf die Bereitschaft und die Möglichkeit der Klägerin ankommen, eine Backstop-Vereinbarung abzuschließen und die dafür notwendigen Mittel bereitzustellen. Das Vorgehen der Beklagten wäre vielmehr nur dann unbedenklich, wenn es entweder eine die Begünstigung von H rechtfertigenden Grund gäbe oder von vornherein kein anderer Aktionär bereit und in der Lage gewesen wäre, eine Backstop-Vereinbarung vergleichbaren Inhalts zu schließen und die dafür notwendigen Mittel bereitzustellen. Die Beklagte legt aber weiterhin weder das eine noch das andere dar, sondern setzt sich vor allem mit der Klägerin auseinander. 82

Soweit der Senat in der mündlichen Verhandlung die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urt. v. 10. Juli 2018 - II ZR 120/16 -, NJW 2018, S. 2796) angesprochen hat, lässt sich dem für den zur Entscheidung stehenden Fall lediglich entnehmen, dass und wie streng der Bundesgerichtshof das in § 53a AktG verankerte Gleichbehandlungsgebot im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen zur Anwendung gebracht wissen will. Dagegen ergibt sich daraus keineswegs, welche Maßnahmen die betreffende Gesellschaft im Einzelnen zu ergreifen hat, und auch der Senat unternimmt es keineswegs, insofern zwingende Vorgaben aufzustellen, sondern kann sich mit der Feststellung begnügen, dass hier keine Vorkehrungen getroffen wurden und dementsprechend eine Aktionärin einseitig begünstigt wurde. 83

2. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 91 Abs. 1, § 543, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 84

Streitwert für den zweiten Rechtszug: 100.000,- EUR. 85
