
Datum: 19.10.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 18 W 53/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:1019.18W53.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 91 O 3/16
Schlagworte: Klagezulassungsverfahren
Normen: § 148 AktG

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 11.05.2017 – 91 O 3/16 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

Gründe:

- I. 2
1. 3
- Die Antragstellerin begehrt die Zulassung gemäß § 148 AktG, Ersatzansprüche der Beigeladenen als deren Aktionärin im eigenen Namen gegen die Antragsgegner, die Vorstandsmitglieder der Beigeladenen sind, im Wege einer Stufenklage geltend zu machen. 4
- Die Antragsgegner gaben in einer vom 20.08.2007 datierenden Geschäftspräsentation an, das geplante Ziel für die Beigeladene sei der „Aufbau eines granularen Portfolios aus Immobilien- und Kreditinvestments (mit Immobilienbesicherung)“ (Anlage AS17, S.14, Anlagenheft I [im Folgenden: AH I]). Hierfür sollten Immobilien und immobiliengesicherte Kredite gekauft und wieder verkauft werden. Diese Geschäftspräsentation erhielt auch Herr A zur Kenntnis. Am 28.11.2007 schlossen die Antragsgegner, die zu diesem Zeitpunkt jeweils 5

50 % der Aktien der Beigeladenen hielten, mit Herrn A eine als „Eckpunkte der Partnerschaft“ überschriebene schriftliche Vereinbarung, in der Absprachen einer künftigen gemeinsamen Zusammenarbeit niedergelegt wurden, die u.a. die Beteiligung von Herrn A oder einer von ihm beherrschten Unternehmensstruktur an der Beigeladenen durch Aktienwerb nach einer Kapitalerhöhung vorsah (Anlage AG2, Bl. 102 AH IV).

Am 29.11.2007 fand eine außerordentliche Hauptversammlung der Beigeladenen statt, die bis dahin unter der Firma B firmiert und die Herstellung und den Vertrieb von Waren zum Unternehmensgegenstand hatte. Auf der Hauptversammlung wurde neben der Änderung der Firma auch die des Unternehmensgegenstands beschlossen und in § 2 Abs. 1 der Satzung der Beigeladenen wie folgt festgelegt (Anlage E-3, Bl. 143 f.; Anlage E-4, Bl. 157, 159 AH II): 6

Gegenstand des Unternehmens ist die Beratung von Banken und Grundpfandrechtsgläubigern bei der Umsetzung und Sanierung von Krediten, soweit hierfür keine staatliche Genehmigung erforderlich ist. 7

Am selben Tag wurden die Antragsgegner zum Vorstand der Beigeladenen bestellt. Zu diesem Zeitpunkt gingen die Antragsgegner auch anderen Tätigkeiten nach. Feste Vergütungen für ihre Vorstandstätigkeit wurden nicht vereinbart, die Antragsgegner sollten der Beigeladenen vielmehr ihre tatsächlich geleisteten Tätigkeiten bis zu einem festgelegten jährlichen Höchstbetrag in Rechnung stellen können. 8

Am 07.12.2007 beschloss die Hauptversammlung der Beigeladenen die Erhöhung des Grundkapitals um 25.000,00 € auf 75.000,00 € durch Ausgabe von 25.000 neuen Namensaktien. Am 20.12.2007 unterzeichnete Herr A einen Zeichnungsschein für die 25.000 neuen Aktien, wobei er neben seinen Namen in Klammern die Firma der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegründeten Antragstellerin setzte. Die Antragstellerin wurde am 27.12.2007 in der Schweiz gegründet und am Folgetag in das Handelsregister eingetragen, deren Aktien wurden für Herrn A treuhänderisch gehalten. Am 18.01.2008 wurde der am 29.11.2007 beschlossene Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen ins Handelsregister eingetragen. Am 23.01.2008 überwies die Antragstellerin den Ausgabebetrag für die jungen Aktien an die Beigeladene, die Durchführung der Kapitalerhöhung wurde jedoch erst am 11.03.2009 ins Handelsregister eingetragen. 9

Am 26.02.2008 gründete die Beigeladene als hundertprozentige Tochtergesellschaft die Objektgesellschaft Börsenhotel C GmbH, deren Unternehmensgegenstand der „Erwerb und die Verwaltung von Immobilien und Immobilienkrediten, insbesondere der Erwerb des Immobilienkredits betreffend das Börsenhotel D, Estraße 19 und die Verwaltung des Börsenhôtels“ war (Anlage AS7, AH I). Einige Wochen, nachdem die Tochtergesellschaft einen durch das Börsenhotel grundpfandrechtlich gesicherten Immobilienkredit erworben hatte, erfolgte planmäßig dessen gewinnbringender Weiterverkauf. 10

Ab 2008 gründeten die Antragsgegner allein oder gemeinsam mehrere eigene Gesellschaften und übernahmen darin oder in anderen Gesellschaften Geschäftsführer- oder Vorstandsposten. 11

Nachdem die Antragstellerin geltend machte, die Antragsgegner hätten ihre Pflichten als Vorstandsmitglieder nachhaltig verletzt, wurde in der Hauptversammlung der Beigeladenen vom 02.02.2015 ein Sonderprüfer sowie ein besonderer Vertreter zur Geltendmachung eventueller Schadensersatzansprüche bestellt (Anlage AS5, AH I). Der Sonderprüfer sollte Vorgänge bei der Geschäftsführung sowie Überwachung durch den Aufsichtsrat seit dem Geschäftsjahr 2008 prüfen (Anlage AS5, AH I). Dem ursprünglich tätigen Sonderprüfer wurde 12

der Auftrag später entzogen und statt seiner am 24.04.2016 ein neuer Sonderprüfer bestellt (Anlagen B15, B16, Bl. 96 ff AH II). Das Ergebnis der Sonderprüfung liegt bislang nicht vor.

Die Antragstellerin forderte den Aufsichtsrat der Beigeladenen mit Schreiben vom 20.07.2015, 30.09.2015, 20.10.2015 und 25.11.2015 (Anlagen AS10 bis AS13, AH I) auf, Schadensersatzansprüche gegen die Antragsgegner im Klagewege geltend zu machen. Die Antragsgegner erklärten mehrfach Verjährungsverzichte, zuletzt bis zum 31.12.2016 (Anlagen B14, B 15, Bl. 94 f. AH II). Im Laufe des vorliegenden Verfahrens forderte die Antragstellerin den Aufsichtsrat mit Schreiben vom 29.08.2016 erneut auf, Klage zu erheben, nunmehr unter Mitteilung der beabsichtigten Klageanträge (Anlage 259, Bl. 292 ff. AH V).

13

Die Antragstellerin hat behauptet, die zahlreichen verfahrensgegenständlichen Gesellschaften, die die Antragsgegner entweder selbst gegründet oder in denen sie Geschäftsführer- oder Vorstandsposten übernommen hätten, seien sämtlich im Geschäftsfeld der Beklagten tätig geworden. Eine wirksame Einwilligung hierfür sei ihnen vom Aufsichtsrat nicht erteilt worden, auch habe es in den Jahren 2008 bis 2015 keinen ordnungsgemäß gewählten Aufsichtsrat gegeben. Die Antragsgegner hätten in schwerwiegender Weise gegen das in § 88 Abs. 1 AktG normierte Wettbewerbsverbot verstoßen. Die Antragstellerin hat den Standpunkt vertreten, maßgeblich sei insoweit nicht der in der Satzung festgelegte, sondern der tatsächliche Unternehmensgegenstand der Beigeladenen, und behauptet, dieser sei der Aufbau eines granularen Portfolios aus Immobilien- und Kreditinvestments, wie er in der im Jahr 2007 erfolgten Präsentation dargestellt gewesen sei. Dieser Geschäftsplan habe sie veranlasst, die Aktien zu zeichnen. Dass in die Satzung der Beigeladenen entgegen vorheriger Absprachen nur eine beratende Tätigkeit aufgenommen worden sei, sei weder ihr noch Herrn A mitgeteilt worden. Das satzungsmäßige Beratungsgeschäft der Beigeladenen sei nie betrieben worden. Sie hat gemeint, es läge auf der Hand, dass das gewinnbringende Geschäft der Konkurrenzunternehmen ohne das pflichtwidrige Handeln der Antragsgegner von der Beigeladenen selbst getätigt worden wäre. Es komme aber gar nicht darauf an, ob der Beigeladenen tatsächlich ein Schaden entstanden sei, weil § 88 Abs. 2 Satz 2 AktG eine davon unabhängige Gewinnabschöpfung erlaube. Ebenso wenig komme es darauf an, ob die Antragsgegner im Geschäftsfeld der Beigeladenen tätig geworden seien, weil § 88 Abs. 1 AktG auch den Betrieb branchenfremder Handelsgewerbe sowie die Stellung als Vorstand, Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter in solchen ohne Einwilligung verbiete.

14

Des Weiteren hat die Antragstellerin behauptet, die Antragsgegner hätten Gelder sowohl der Beigeladenen als auch der Objektgesellschaft Börsenhotel C GmbH in treuwidriger Art und Weise für sich vereinnahmt.

15

2.

16

Die Antragstellerin hat zunächst beantragt zuzulassen, dass sie im eigenen Namen gegen die Antragsgegner jeweils Ersatzansprüche der Beigeladenen in Höhe von mindestens 100.000,00 € geltend macht, die der Beigeladenen durch Wettbewerb und Geschäftsführung für Dritte durch die Antragsgegner gemäß § 88 AktG in den namentlich aufgeführten Gesellschaften entstanden sind. Diese Anträge hat sie mit Schriftsätzen vom 30.08.2016 konkretisiert und die Klageanträge formuliert, deren Zulassung sie begehrt.

17

Sie begehrt zuzulassen, dass sie im eigenen Namen gegen die Antragsgegner im Wege der Stufenklage zunächst umfangreich Auskunft und Rechnungslegung in Bezug auf die einzelnen Gesellschaften geltend machen kann, insbesondere über die Jahresergebnisse,

18

die Kosten und Einnahmen, den Immobilienbestand und die Unternehmensbeteiligungen, Bankkredite zur Finanzierung der Immobilien, Zahlungen und Darlehensgewährungen an die Antragsgegner, ihnen nahestehende Personen und Familienangehörige, Verkaufspreise und Nebenabreden bezüglich Anteilsübertragungen sowie auf zweiter Stufe die Klage auf Zahlung des nach Erteilung der Auskünfte noch zu beziffernden Betrages. Ferner hat sie die Zulassung des Antrags auf Verurteilung der Antragsgegner begehrt, der Beigeladenen jeweils bis zum 31.03. des Folgejahres Auskunft über die mit den zuvor gestellten Klageanträgen geltend gemachten Auskünfte zu erteilen sowie festzustellen, dass die Antragsgegner verpflichtet seien, den der Beigeladenen entstandenen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Tätigkeit der Antragsgegner in den genannten Objektgesellschaften entstanden sei.

Wegen der Anträge im Einzelnen wird Bezug genommen auf die Schriftsätze vom 30.08.2016 (Bl. 140 bis 251 GA und Bl. 729 bis 919 GA). 19

Die Antragsgegner und die Beigeladene haben beantragt, die Anträge zurückzuweisen. 20

3. 21

Die Antragsgegner haben in Abrede gestellt, dass die Antragstellerin Aktionärin der Beigeladenen geworden und somit antragsberechtigt sei. Jedenfalls habe diese ihre Antragsbefugnis zeitweilig verloren, weil sie ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 20 Abs. 1 AktG nicht genügt habe. An einer den Anforderungen des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG genügenden Aufforderung zur Klageerhebung fehle es ebenfalls. Die Antragstellerin lege zudem weder den Verdacht von Pflichtverletzungen noch den Verdacht daraus resultierender Schäden begründende Tatsachen im Sinne des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG schlüssig dar. Die Antragsgegner haben bestritten, mit den anderen Gesellschaften Geschäfte im Geschäftszweig der Beigeladenen getätigt zu haben. Diese hätten sämtlich einen anderen als den statutarischen Unternehmensgegenstand der Beigeladenen, eine Konkurrenztätigkeit liege nicht vor. Die Antragsgegner haben behauptet, es habe ihrer Vereinbarung mit Herrn A entsprochen, dass die Beigeladene nur Beratungstätigkeiten erbringe und Immobilientransaktionen über im Jahr 2008 unstreitig gegründete Gesellschaften in F (G-Gesellschaften) erfolgen würden, dies sei in der Folge auch so gehandhabt worden. Der Erwerb der mit der Immobilie Börsenhotel besicherten Forderung durch die Tochtergesellschaft der Beigeladenen sei eine einmalige Ausnahme gewesen. Der Aufsichtsrat habe ihnen bereits im Jahr 2007 und auch später ihre Tätigkeiten in den anderen Gesellschaften gestattet. 22

Die Beigeladene hat gemeint, eine Konkurrenztätigkeit und einen Schaden habe die Antragstellerin nicht schlüssig dargelegt. Der beabsichtigten Klage stünden zudem Gründe des Gesellschaftswohls entgegen. Die Klage würde der Beigeladenen schaden, weil sie mangels Schlüssigkeit abgewiesen werden und die Beigeladene mit erheblichen Kosten belastet würde. 23

4. 24

Das Landgericht Köln hat die Verfahren gegen die beiden Antragsgegner am 15.12.2016 verbunden (Bl. 579 GA) und nach mündlicher Verhandlung die Anträge mit Beschluss vom 11.05.2017 abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, es könne offen bleiben, ob die Antragstellerin Aktionärin sei und ihre Aktionärsrechte geltend machen könne. Jedenfalls habe sie nicht dem Erfordernis des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG genügend dargetan, dass Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigten, der Beigeladenen sei durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden 25

entstanden. Es lasse sich nicht feststellen, dass die Antragsgegner mit der Gründung der verfahrensgegenständlichen Gesellschaften im Geschäftszweig der Beigeladenen tätig geworden seien. Zwar komme es nicht allein auf den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand, sondern auf den tatsächlichen Geschäftszweig an. Jedoch sei nicht anzunehmen, dass der tatsächliche über den in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand hinausgegangen sei. Eine Änderung des Unternehmensgegenstands durch die Gründung der Objektgesellschaft Börsenhotel C GmbH sei nicht erfolgt. Dies sei lediglich eine einmalige Abweichung vom satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand gewesen. Ferner habe die Antragstellerin keine ausreichenden verdachtsbegründenden Tatsachen dafür dargelegt, dass der Beigeladenen aus den behaupteten Verstößen gegen das Wettbewerbsverbot ein Schaden entstanden sei. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses (Bl. 1604 ff. GA) Bezug genommen.

Die Antragstellerin hat mit am 24.05.2017 beim Landgericht eingegangenen Schriftsatz sofortige Beschwerde eingelegt (Bl. 1612 f. GA). Zur Begründung vertieft sie im Wesentlichen ihr Vorbringen zu den behaupteten Wettbewerbsverstößen und trägt vor, eine Satzungsänderung habe sie nicht beantragt, weil sie davon ausgegangen sei, dass die Festlegung des Satzungszwecks, wie er gemäß der Geschäftspräsentation aus dem Jahr 2007 vereinbart worden sei, auf Ebene der für die Durchführung der einzelnen Projekte zu gründenden Tochtergesellschaften ausreiche, und sie zudem einen langwierigen Rechtsstreit besorgt habe. Sie behauptet, die Antragsgegner unterschritten dauerhaft den statutarischen Satzungszweck, gelebt worden sei hingegen der gemäß Geschäftspräsentation vereinbarte Unternehmensgegenstand. Selbst wenn hilfsweise auf das im Internetauftritt der Beigeladenen als Tätigkeitsbereich aufgeführte „H“ und/oder die Beratungstätigkeit abgestellt werde, handele es sich bei den aufgeführten Unternehmen um Konkurrenzunternehmen, weil „H“ das Halten und Verwalten von Immobilien umfasse und die Konkurrenzunternehmen teilweise auch Beratungstätigkeiten anböten. Der Beigeladenen sei ein Schaden in Form entgangenen Gewinns entstanden, weil die Geschäfte sämtlich hätten mit dieser durchgeführt werden müssen. Darüber hinaus liege der Schaden der Beigeladenen darin, dass die Antragsgegner ihre Arbeitskraft der Beigeladenen nicht mehr zur Verfügung stellten, so dass keine weiteren Projekte mehr durchgeführt worden seien. Hinzukomme, dass die Antragsgegner zulasten der Beigeladenen Scheingeschäfte zur Finanzierung eigener privater Interessen vorgenommen hätten.

26

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 23.08.2017 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde vorgelegt (Bl. 1705 ff. GA). In den Gründen hat es ausgeführt, auch die Geschäftsgegenstände „Verwaltung von Immobilien“ und „H“ unterfielen nicht dem Unternehmensgegenstand der Beigeladenen. Soweit die I Vermögensverwaltung GmbH und die J AG auch Beratungsleistungen als Gegenstand ihrer Unternehmungen aufführten, könne dahinstehen, ob eine Konkurrenzsituation gegeben sei, denn es fehle jedenfalls an der Darlegung eines daraus resultierenden Schadens. Soweit die Antragstellerin zu etwaigen Ersatzansprüchen wegen Untreue und sittenwidriger Schädigung vortrage, seien diese Ansprüche von den Anträgen nicht umfasst und nicht Gegenstand der angefochtenen Entscheidung.

27

Die Antragsgegner und die Beigeladene haben zur Beschwerdebegründung Stellung genommen.

28

II.

29

1.	30
Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Köln vom 11.05.2017 ist zulässig. Insbesondere ist sie gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, § 148 Abs. 2 Satz 7 AktG statthaft und die Frist des § 569 Abs. 1 ZPO während eingelegt worden.	31
In der Sache bleibt die sofortige Beschwerde ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Anträge zu Recht abgelehnt.	32
Der Senat kann ebenso wie das Landgericht offen lassen, ob die formalen Voraussetzungen gemäß § 148 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 und 2 AktG für die beantragte Klagezulassung erfüllt sind. Die Anträge auf Klagezulassung sind jedenfalls unbegründet, weil die Antragstellerin keine Tatsachen dargetan hat, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Beigeladenen durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist, wie dies gemäß § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG erforderlich wäre.	33
a)	34
Zwar erfolgt im Zulassungsverfahren keine abschließende Prüfung, ob der Gesellschaft der nach zugrunde liegendem Lebenssachverhalt und Person des Ersatzpflichtigen bestimmt zu bezeichnende Ersatzanspruch im Sinne von §§ 148 Abs. 1 Satz 1, 147 Abs. 1 Satz 1 AktG zusteht, weil diese dem eigentlichen Klageverfahren vorbehalten ist. Erforderlich ist jedoch eine Prüfung der Erfolgsaussichten der zuzulassen begehrten Klage, für die § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG den Maßstab bestimmt. In dieser Regelung kommt die gesetzgeberische Intention zum Tragen, nach der das Gericht einem Antrag auf Klagezulassung nur dann stattgeben darf, wenn die Klage eine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (BT-Drucks. 15/5092, S. 22; vgl. <i>Arnold</i> in: MünchKomm zum AktG, 4. Auflage 2018, § 148 Rn. 1). Dies erfordert zweierlei:	35
Zum einen bedarf es einer schlüssigen Darlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs, wobei zu berücksichtigen ist, dass gemäß § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG nur für bestimmte Verhaltensweisen – Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung – eine Klagezulassung in Betracht kommt. Es müssen mithin Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, den geltend gemachten Anspruch als entstanden erscheinen zu lassen. Denn die zuzulassen beantragte Klage kann – wie jede andere Klage auch – nur dann Erfolg haben, wenn sie schlüssig ist. Dabei kommt es für die Beurteilung, ob ein Sachvortrag schlüssig und damit erheblich ist, nicht darauf an, für wie wahrscheinlich die Darstellung zu erachten ist (BGH, Urteil vom 07.03.2001, X ZR 160/99, NJW-RR 2001, 887 f., zitiert nach: juris, Rn. 10).	36
Über die schlüssige Darlegung der den Anspruch begründenden Umstände hinaus erfordert § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG das Vorliegen von Tatsachen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft tatsächlich durch Verhaltensweisen der bezeichneten Art ein Schaden entstanden ist (vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 22; <i>Spindler</i> in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 148 Rn. 28). Ein Verdacht in diesem Sinne ist erst dann gegeben, wenn diese Tatsachen die behaupteten Verhaltensweisen und den behaupteten Schaden nicht bloß möglich, sondern wahrscheinlich erscheinen lassen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 22.02.2010, 18 W 1/10, AG 2010, 414 ff., zitiert nach: juris, Rn. 28 zu § 142 Abs. 2 AktG). Dieses Erfordernis ist sachgerecht, weil die Regelung des § 148 AktG als Sonderregelung einer Aktionärsminorität die Möglichkeit geben soll, im Wege gesetzlicher Prozessstandschaft einen Anspruch der Gesellschaft geltend zu machen (BT-Drucks. 15/5092, S. 22) und es sich damit um eine gesetzlich kodifizierte Form der <i>actio pro socio</i>	37

handelt (*Spindler* in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 148 Rn. 2). Ein gerechtfertigtes Interesse, einer Aktionärsminorität die Prozessführungsbefugnis zuzusprechen, besteht aber nur dann, wenn der zu führen beabsichtigte Prozess aussichtsreich ist.

Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin nicht Genüge getan. Nach ihrem Vorbringen ist nicht davon auszugehen, dass sie mit der zugelassen beantragten Klage obsiegen könnte. 38

b) 39

Umstände, aufgrund derer davon auszugehen wäre, dass der Beigeladenen gegen die Antragsgegner ein Schadensersatzanspruch gemäß § 88 Abs. 2 Satz 1 AktG zusteht, weil die Antragsgegner im Geschäftszweig der Beigeladenen im Sinne des § 88 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG Geschäfte gemacht haben, und der lediglich hinsichtlich seiner konkreten Höhe noch nicht bezifferbar ist, hat die Antragstellerin nicht dargetan. 40

aa) 41

Nach Vorstellung des Gesetzgebers handelt es sich bei der Unredlichkeit im Sinne des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG vor allem um „ins Kriminelle reichende Treuepflichtverstöße“ (BT-Drucks. 15/5092, S. 22). Darunter sollen auch Verstöße gegen Wettbewerbsverbote fallen können (*Arnold* in: MünchKomm zum AktG, 4. Auflage 2018, § 148 Rn. 35; *Spindler* in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 148 Rn. 25), so dass grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch gemäß § 88 Abs. 2 Satz 1 AktG wegen Geschäftemachens im Sinne des § 88 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG in Betracht käme. Bei dem „Geschäftemachen“ dient das Verbot des § 88 Abs. 1 AktG wegen seiner Beschränkung auf den Geschäftszweig der Gesellschaft der Konkurrenzverhütung (BGH, Urteil vom 02.04.2001, II ZR 217/99, NJW 2001, 2476 f., zitiert nach: juris, Rn. 4). Wann die Wettbewerbsverstöße eine solche Qualität erreichen, dass sie von § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG erfasst werden, bedarf vorliegend keiner Erörterung. Denn die Antragstellerin hat keine Umstände dargetan, aufgrund derer der Verdacht begründet wäre, dass die Antragsgegner mit den Unternehmen, an denen sie beteiligt oder deren Organ sie sind, überhaupt im Sinne des § 88 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG im Geschäftszweig der Beigeladenen tätig geworden sind. 42

bb) 43

Maßgeblich für die Frage, ob die Antragsgegner gegen das in § 88 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG normierte Wettbewerbsverbot verstoßen haben, ist der den Pflichtenkreis des Vorstands gegenüber der Gesellschaft determinierende Unternehmensgegenstand der Gesellschaft. 44

Gemäß § 82 Abs. 2 AktG hat der Vorstand im Verhältnis zur Gesellschaft die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben. 45

Gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG gehört der Gegenstand des Unternehmens zum Mindestinhalt der Satzung einer Aktiengesellschaft. Zweck dieser Regelung ist es, die Grenze der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands zu bestimmen sowie außenstehende Dritte über den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft zu informieren und damit Schaffung der notwendigen Publizität (OLG Köln, Urteil vom 15.01.2009, 18 U 205/07, AG 2009, 416 ff., zitiert nach: juris, Rn. 101). Bei der Satzung handelt es sich im Schwerpunkt um einen Organisationsvertrag, der die Grundlagen der Gesellschaft objektiv festlegt. Mit Errichtung der Satzung verselbständigt sich diese gegenüber den Gesellschaftern und objektiviert das rechtliche Wollen der Gesellschaft (*Limmer* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Auflage 2015, § 23 Rn. 12; vgl. 46

BGH, Entscheidung vom 06.03.1967, II ZR 231/64, WM 1967, 606 ff., zitiert nach: Rn 38 zur Satzung des Vereins). Änderungen können nur im Wege der Satzungsänderung gemäß § 179 AktG durch die Hauptversammlung beschlossen werden.

Aus der Bindung des Vorstands an die Satzung der Gesellschaft folgt, dass der Vorstand den in der Satzung bestimmten Unternehmensgegenstand zu beachten hat und sich seine Maßnahmen innerhalb dessen bewegen müssen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.01.2015, 6 U 48/14, AG 2016, 410 ff., zitiert nach: juris, Rn. 39; *Landwehrmann* in: Heidel, Aktienrecht, 3. Auflage 2011, § 93 Rn. 72). Maßnahmen, die den in der Satzung angegebenen Unternehmensgegenstand überschreiten, sind ihm verboten (OLG Köln, Urteil vom 15.01.2009, 18 U 205/07, AG 2009, 416 ff., zitiert nach: juris, Rn. 101). Nimmt er sie dennoch vor, handelt er pflichtwidrig (BGH, Urteil vom 15.01.2013, II ZR 90/11, NJW 2013, 1958 ff., zitiert nach: juris, Rn. 16). Je präziser der Unternehmensgegenstand gefasst ist, desto genauer ist seine Geschäftsführungsbefugnis begrenzt (*Koch* in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 82 Rn. 9). Ist der tatsächliche unternehmerische Tätigkeitsbereich der Gesellschaft von den Satzungsbestimmungen dauerhaft nicht mehr gedeckt, trifft den Vorstand die Verpflichtung, diesen satzungswidrigen Zustand zu beenden und grundsätzlich den tatsächlichen Tätigkeitsbereich der Gesellschaft wieder an die Satzungsvorgaben anzupassen (OLG Stuttgart, Urteil vom 13.07.2005, 20 U 1/05, AG 2005, 693 ff., zitiert, nach: juris, Rn. 82). Wenn der statutarische Unternehmensgegenstand jedoch die Grenze seiner ihm bei der Führung der Gesellschaft eingeräumten Befugnisse bestimmt und eine Überschreitung rechtswidrig wäre, kann es dem Vorstand andererseits nicht unter Wettbewerbsgesichtspunkten im Sinne des § 88 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG verwehrt sein, in jenseits dieses Unternehmensgegenstands liegenden Geschäftsfeldern Geschäfte zu tätigen. Der von der Rechtsordnung bezweckte Schutz der Gesellschaft vor geschäftlichen Handlungen, die der Gesellschaft nachteilig sein können (vgl. BGH, Urteil vom 21.02.1978, KZR 6/77, NJW 1978, 1001 f., zitiert nach: juris, Rn. 14 zum insoweit vergleichbaren § 112 HGB), kann nur so weit reichen, wie die Gesellschaft diese Geschäfte selbst tätigen dürfte. Aus der Nichtvornahme eines Geschäfts, das sie ohnehin nicht hätte vornehmen dürfen, kann ihr kein Nachteil erwachsen, den es zu verhüten gilt.

Soweit in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vorherrscht, maßgeblich für die Bestimmung des Geschäftszweigs im Sinne des § 88 Abs. 1 AktG sei nicht der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand, sondern der tatsächliche Geschäftszweig der Gesellschaft (OLG Frankfurt, Urteil vom 05.11.1999, 10 U 257/98, AG 2000, 518 ff., zitiert nach: juris, Rn. 59; *Koch* in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Auflage 2018, § 88 Rn. 3; *Mertens/Cahn* in: KölnKomm zum AktG, 3. Auflage 2010, § 88 Rn. 13; *Oltmanns* in: Heidel, Aktienrecht, 3. Auflage 2011, § 88 Rn. 4), vermag dies mit Blick auf die bestehende Bindung des Vorstands an den statutarischen Unternehmensgegenstandes nach Auffassung des Senats jedenfalls nicht zu gelten, wenn und soweit sich die tatsächlichen Geschäfte der Gesellschaft nicht mehr im Rahmen des durch die Hauptversammlung beschlossenen Unternehmensgegenstands halten, sondern darüber hinausgehen (so auch *Mertens/Cahn* in: KölnKomm zum AktG, 3. Auflage 2010, § 88 Rn. 13). Ob es auf das tatsächliche Geschäftsfeld ankommt, wenn dieses enger ist als der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand, bedarf mangels Entscheidungsrelevanz keiner Erörterung.

Dem stehen die von den Vertretern der Auffassung, die auch dann auf den tatsächlichen Unternehmensgegenstand der Gesellschaft abstellt, wenn die tatsächlichen Aktivitäten der Gesellschaft über ihren satzungsmäßigen Geschäftszweig hinausgehen (*Spindler* in: MünchKomm zum AktG, 4. Auflage 2014, § 88 Rn. 16; *Bürgers* in: Bürgers/Körber, AktG, 4. Auflage 2017, § 88 Rn. 6), in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs,

in denen dieser für das Personengesellschaftsrecht ausgesprochen hat, für das Wettbewerbsverbot im Sinne der §§ 112, 113 HGB sei der im Gesellschaftsvertrag festgelegte Gegenstand des Unternehmens allein nicht entscheidend (BGH, Urteil vom 05.12.1983, II ZR 242/82, NJW 1984, 1351 ff., zitiert nach: juris, Rn. 31; BGH, Urteil vom 21.02.1978, KZR 6/77, NJW 1978, 1001 f., zitiert nach: juris, Rn. 12), nicht entgegen. In diesen Entscheidungen, auf die sich auch die Antragstellerin bezieht, wird ausgeführt, auf den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Gegenstand des Unternehmens allein könne es nicht ankommen, weil dieser nachträglich eingeschränkt oder erweitert werden könne (BGH, jeweils a.a.O.). Auch der Bundesgerichtshof stellt mithin auf den vereinbarten Unternehmensgegenstand ab, der jedoch deshalb nicht mit dem im Gesellschaftsvertrag niedergelegten übereinstimmen muss, weil in einer Personenhandelsgesellschaft eine Änderung des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich jederzeit formfrei möglich ist (*Hopt* in: Baumbach/Hopt, HGB, 38. Auflage 2018, § 105 Rn. 62; vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1972, II ZR 169/69, BGHZ 58, 115 ff., zitiert nach: juris, Rn. 16). Eine solche formfreie Änderung des Unternehmensgegenstandes ist mit Blick auf § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG und § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG in einer Aktiengesellschaft aber gerade nicht möglich, so dass die Erwägungen des Bundesgerichtshofs sich nicht übertragen lassen und den Unternehmenszweck überschreitende tatsächliche Geschäfte für den vom Schutzbereich des § 88 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. AktG umfassten Geschäftszweig nicht maßgeblich sein können. Für diese Auffassung spricht zudem, dass der Bundesgerichtshof in einer weiteren Entscheidung ausgesprochen hat, dass eine GmbH, die einen nichtigen Beschluss über die Erweiterung eines Unternehmensgegenstands gefasst hat, diesen Unternehmensgegenstand nicht betreiben dürfe und Erwerbschancen der Gesellschaft auf diesem Gebiet damit nicht berührt sein könnten (BGH, Urteil vom 13.02.1995, II ZR 225/93, NJW 1995, 1358 ff., zitiert nach: juris, Rn. 8, 10).

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 05.11.1999 (OLG Frankfurt, Urteil vom 05.11.1999, 10 U 257/98, AG 2000, 518 ff., zitiert nach: juris, Rn. 59) steht der vom Senat vertretenen Auffassung ebenfalls nicht entgegen. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat in seiner Entscheidung eine Wettbewerbslage mit der Erwägung abgelehnt, die Gesellschaft habe nicht dargetan, dass sie im maßgeblichen Zeitraum auch in den Ländern tatsächlich Geschäfte gemacht habe, in denen die angeblichen Wettbewerbshandlungen vorgenommen wurden (OLG Frankfurt, a.a.O., Rn. 60). Dass die dort verfahrensgegenständlichen Geschäfte über den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand der Gesellschaft hinausgingen, ergibt sich aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt nicht.

cc) 51

Unternehmensgegenstand der Beigeladenen ist gemäß § 2 Abs. 1 ihrer Satzung die Beratung von Banken und Grundpfandrechtsgläubigern bei der Umsetzung und Sanierung von Krediten. 52

Ohne Relevanz für die Bestimmung des Unternehmensgegenstandes ist, ob die Antragsgegner und Herr A, bevor die Hauptversammlung diesen Unternehmensgegenstand beschlossen hat, sich darauf verständigt und vereinbart hatten, der Gegenstand des Unternehmens solle der Aufbau eines granularen Portfolios aus Immobilien- und Kreditinvestments (mit Immobilienbesicherung) sein. Selbst wenn diese streitige Vereinbarung getroffen worden sein sollte, konnte diese den maßgeblichen statutarischen Unternehmensgegenstand nicht festlegen. Die Änderung der Satzung der bereits existenten Gesellschaft erforderte gemäß § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG einen Beschluss der Hauptversammlung. Nur dieser beschlossene und in das Handelsregister eingetragene 53

Unternehmensgegenstand ist maßgeblich. Ob die Antragstellerin die Änderung dieses Unternehmensgegenstandes hätte erwirken können und aus welchen Erwägungen sie unterlassen hat, eine Änderung anzustreben, bedarf keiner Erörterung. Ohne Entscheidungsrelevanz ist auch, ob, wie die Antragstellerin behauptet, sie oder Herr A über den zu beschließen beabsichtigten Unternehmensgegenstand getäuscht worden sind. Selbst wenn sich aufgrund dessen Rechte oder Ansprüche der Antragstellerin ergäben, sind diese jedenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Soweit die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung ausführt, ein Verstoß gegen das Konkurrenzverbot läge auch dann vor, wenn auf das „H“ als Geschäftsbereich der Beigeladenen abgestellt würde, verhilft dies ihrer Beschwerde nicht zum Erfolg. Auf den Bereich des „Hs“ kann es bereits deshalb nicht ankommen, weil dieser nicht vom statutarischen Unternehmensgegenstand der Beigeladenen umfasst ist. 54

Eine spätere Änderung des Unternehmensgegenstandes, namentlich eine Erweiterung ist nicht erfolgt. Insbesondere konnte die Gründung der Objektgesellschaft C Börsenhotel GmbH keine Änderung des Unternehmensgegenstands der Beigeladenen bewirken. Der Unternehmensgegenstand der Objektgesellschaft C Börsenhotel GmbH vermag auch im Übrigen bereits deshalb nicht maßgeblich für die Bestimmung des Geschäftszweigs zu sein, innerhalb dessen den Antragsgegnern gemäß § 81 Abs.1 Satz 1, 2. Alt. AktG untersagt ist, Geschäfte zu machen, weil die Gründung der Objektgesellschaft ihrerseits nicht vom Unternehmensgegenstand der Beigeladenen gedeckt war und demgemäß nicht hätte erfolgen dürfen. Der Unternehmensgegenstand der Beigeladenen sieht das Halten von Beteiligungen an anderen Unternehmen nicht vor. Zwar ist die Beigeladene gemäß § 2 Abs. 2 ihrer Satzung zu allen Geschäften und Maßnahmen berechtigt, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks notwendig oder nützlich erscheinen, was ausdrücklich die Gründung von Tochtergesellschaften einschließt. Die Gründung war jedoch kein zulässiges Neben- oder Hilfsgeschäft. Auch unter Berücksichtigung dessen, dass nicht lediglich Geschäfte, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand laut Satzung stehen, als Neben- oder Hilfsgeschäfte zulässig sind, liegt ein solches nicht vor. Für die Beurteilung, ob ein vom Unternehmensgegenstand gedecktes Hilfsgeschäft vorliegt, ist entscheidend, ob die Geschäfte dem Unternehmensgegenstand gedient haben oder ob sie auf eine selbstständige Gewinn-erzielung gerichtet waren (vgl. BGH, Beschluss vom 14.01.2014, II ZB 5/12, AG 2014, 402 ff., zitiert nach: juris, Rn. 48; [BGH, Urteil vom 15.01.2013, II ZR 90/11](#), NJW 2013, 1958 ff., zitiert nach: juris, Rn. 19). Die Objektgesellschaft C Börsenhotel GmbH sollte erkennbar und nach dem übereinstimmenden Vortrag der Verfahrensbeteiligten nicht die Beratungstätigkeit der Beigeladenen unterstützen, sondern ein eigenständiges auf Gewinnerzielung gerichtetes singuläres Geschäft abwickeln, wie es tatsächlich auch umgesetzt wurde. 55

dd) 56

Die Antragstellerin hat keine Umstände dargetan, die den gemäß § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG vorausgesetzten Verdacht begründen würden, dass die Antragsgegner Geschäfte im durch den statutarischen Unternehmenszweck umgrenzten Tätigkeitsbereich gemacht haben. 57

Soweit die Antragstellerin die Unternehmensgegenstände der Gesellschaften, mit denen die Antragsgegner Geschäfte im Geschäftszweig der Beigeladenen getätigt haben sollen, vorgetragen hat, vermag dies einen solchen Verdacht nicht zu begründen. Diesen lässt sich nicht entnehmen, dass die anderen Unternehmen Geschäftstätigkeiten zum Gegenstand haben, die auch nur teilweise im maßgeblichen Geschäftsfeld der Beigeladenen liegen. Die meisten der Gesellschaften führen in ihrem Unternehmensgegenstand überhaupt keine 58

Beratungstätigkeit auf. Soweit die Unternehmen als Unternehmensgegenstand auch Beratungstätigkeiten aufführen, wird weder von der Antragstellerin aufgezeigt noch ist sonst ersichtlich, dass es sich um solche handelt, die im Geschäftsfeld der Beigeladenen liegen:

Die im den Antragsgegner zu 1) betreffenden (beabsichtigten) Klageantrag zu 16) aufgeführte J H GmbH hat als Unternehmensgegenstand die „Beteiligung als Komplementär oder Kommanditist oder Gesellschafter an Kommanditgesellschaften oder Gesellschaften sowie die Bereitstellung von Beratungs- und anderen Dienstleistungen an Beteiligungsunternehmen und Dritte“. Dem lässt sich mit Blick auf die Gesamtstruktur des Unternehmensgegenstandes nicht entnehmen, dass dieser auch die Beratung von Banken und Grundpfandrechtsgläubigern bei der Umsetzung und Sanierung von Krediten umfasst. 59

Die im den Antragsgegner zu 1) betreffenden Klageantrag zu 10) aufgeführte K Transfer AG, die mit der L Gesellschaft für Immobilientransfer AG verschmolzen worden ist, hat den „Erwerb und die Veräußerung von Immobilien im In- und Ausland, insbesondere die Vermittlung und Verwertung von Immobilien, die Projektentwicklung und Bebauung von Grundstücken, die Vermietung, Verpachtung und Verwaltung von Grundbesitz“ zum Gegenstand. Soweit die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung vorträgt, bei der Geschäftspräsentation im Jahr 2007 sei die L Gesellschaft für Immobilientransfer AG als Gesellschaft vorgestellt worden, die im Auftrage von Grundrechtspfandrechtsgläubigern und Insolvenzverwaltern immobilienbesicherte Darlehen aus Insolvenzverfahren verwerte und diesbezüglich berate, vermag der Senat nicht zu erkennen, dass es sich um Beratungstätigkeiten handelt, die die Beigeladene nach ihrem Unternehmensgegenstand erbringt. Deren Beratungsleistungen zielen nicht auf Verwertung, sondern auf Umsetzung und Sanierung von Krediten. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, dass eine solche Beratungstätigkeit von der L Gesellschaft für Immobilientransfer AG im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ab 2010 durchgeführt wurde. Der von der Antragstellerin vorgetragene, eine Beratungstätigkeit nicht aufführende Unternehmensgegenstand begründet keinen solchen Verdacht. Dafür dass das ebenfalls in der Präsentation genannte Unternehmen I H e.K., auf das sich der den Antragsteller zu 1) betreffende Klageantrag zu 26) bezieht, im verfahrensgegenständlichen Zeitraum Beratungsleistungen, die im Bereich des Unternehmensgegenstands der Beigeladenen lägen, erbracht hat, sind ebenfalls keinerlei Anhaltspunkte erkennbar. 60

Den Unternehmensgegenstand der im den Antragsgegner zu 1) betreffenden Klageantrag zu 11) aufgeführte I Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH hat die Antragstellerin mit „Verwaltung eigenen Vermögens“ angegeben. Zwar hat die Antragstellerin ergänzend vorgetragen, auf der Website dieser Gesellschaft würden auch „Beratungstätigkeiten im Immobiliensegment“ angeboten. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass dieses Angebot Beratungsleistungen für Banken und Grundpfandrechtsgläubiger bezüglich Umsetzung und Sanierung von Krediten umfasst. Wie die Antragstellerin selbst zitiert, wirbt die Gesellschaft in erster Linie damit, sie führe ein Immobilienportfolio, welches durch An- und Verkäufe stetige Optimierung erfahre. Die in dem Internetauftritt (Anlage AS 272, Bl. 117 f. AH VI) benannten und erläuterten Schwerpunkte Consulting, Akquise, Veräußerung und Equity legen ebenfalls nicht nahe, dass das Unternehmen Beratungsleistungen erbringt, die im maßgeblichen Geschäftsbereich der Beigeladenen liegen. 61

Den Unternehmensgegenstand der J AG, die im den Antragsgegner zu 1) betreffenden Klageantrag zu 13) genannt ist, hat die Antragstellerin mit „Erwerb von Beteiligungen und von Immobilien und die Verwaltung eigenen Vermögens“ vorgetragen. Soweit diese Gesellschaft in ihrem Internetauftritt (Anlage AS 273, Bl. 119 AH VI) angibt, sie widme besondere 62

Aufmerksamkeit der Beratung von Insolvenzverwaltern und Grundpfandgläubigern, ergibt sich aus dem Kontext dieser Passage, dass die Beratung Verwertungsszenarien im Auge hat. Die Beratungsleistungen der Beigeladenen zielen hingegen nicht auf Verwertung von Immobilien, sondern auf Umsetzung und Sanierung von Krediten. Auch bezüglich der J AG fehlt es mithin an geeigneten Anhaltspunkten, die hinreichend wahrscheinlich erscheinen ließen, dass diese Gesellschaft Geschäfte im Geschäftszweig der Beigeladenen getätigt hat.

Soweit die im den Antragsgegner zu 2) betreffenden Klageantrag zu 4) aufgeführte M Gesellschaft mbH als Unternehmensgegenstand die „Verwaltung von Vermögen und Beteiligungen an anderen Unternehmen sowie den Erwerb von Immobilien auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und die Beratung beim An- und Verkauf von Immobilien und Unternehmen“ hat, handelt es sich erkennbar um andersartige Beratungsleistungen und damit um eine andere Ausrichtung des Unternehmensgegenstandes. 63

Die im den Antragsgegner zu 2) betreffenden Klageantrag zu 15) aufgeführte M Advisory GmbH weist die „Beratung in den Bereichen Erwerb von Immobilien und Strukturierung von Immobilientransaktionen“ als Unternehmensgegenstand aus. Dies bietet ebenfalls keinen Anhaltspunkt für die Annahme, diese werde im Tätigkeitsbereich der Beigeladenen tätig. Nach dem Wortlaut liegt die Ausrichtung auf dem Gebiet der Immobilientransaktionen, nicht der Umsetzung und Sanierung von Krediten. 64

Dafür, dass diese Gesellschaften außerhalb ihrer Unternehmensgegenstände im maßgeblichen Geschäftszweig der Beigeladenen tätig geworden sind, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. 65

c) 66

Tatsachen, aufgrund derer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden könnte, dass der Beigeladenen gegen die Antragsgegner ein Schadensersatzanspruch gemäß § 88 Abs. 2 Satz 1 AktG zustünde, weil die Antragsgegner gegen § 88 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., Satz 2 AktG verstoßen haben, hat die Antragstellerin nicht dargetan. 67

Sinn und Zweck dieser Verbotsnormen ist der Schutz der Gesellschaft vor anderweitigem Einsatz der Arbeitskraft ihrer Vorstandsmitglieder (BGH, Urteil vom 02.04.2001, II ZR 217/99, NJW 2001, 2476 f., zitiert nach: juris, Rn. 4; BGH, Urteil vom 17.02.1997, II ZR 278/95, NJW 1997, 2055 f., zitiert nach: juris, Rn. 9). Offen bleiben kann, ob oder inwieweit ein solcher Verstoß überhaupt gegeben ist, wenn – wie hier – von vornherein bekannt ist, dass das Vorstandsmitglied im Zeitpunkt seiner Bestellung bereits andere Tätigkeiten ausübt und dass er diese weiterhin auszuüben beabsichtigt. Offen bleiben kann ebenfalls, ob für die Tätigkeiten der Antragsgegner wirksame Einwilligungen des Aufsichtsrats in die Fortsetzung dieser und die Aufnahme weiterer Tätigkeiten vorliegen. Denn jedenfalls fehlt es an Umständen, die den hinreichenden Verdacht begründen könnten, der Beigeladenen sei ein Schaden dadurch entstanden, dass ihr die Antragsgegner ihre Arbeitskraft nicht – im geschuldeten Umfang – zur Verfügung gestellt haben. 68

Unstreitig haben die Antragsgegner keine feste Vergütung für ihre Vorstandstätigkeit erhalten, sondern waren berechtigt, der Beigeladenen ihre Tätigkeiten bis zu einer zuvor festgelegten Höchstbetragsgrenze in Rechnung zu stellen. Ein durch die Zahlung fester Bezüge entstandener Schaden scheidet damit von vornherein aus. Einen anderweitig entstandenen Schaden hat die Antragstellerin ebenfalls nicht dargetan. Namentlich hat sie keine tatsächlichen Umstände vorgetragen, die den Verdacht begründeten, der Beigeladenen seien aufgrund des anderweitigen Einsatzes der Arbeitskraft der Antragsgegner Geschäfte 69

entgangen, die sie bei Einsatz der Arbeitskraft für sie innerhalb ihres eigenen unternehmerischen Tätigkeitsbereichs hätte tätigen können. Die bloße Möglichkeit ist hierfür nicht ausreichend. Vielmehr hätte es der konkreten Darlegung bedurft, dass die Beigeladene Beratungsmandate tatsächlich hätte akquirieren können und die Beratungen nur deshalb nicht erfolgt sind, weil die Antragsgegner diese zu leisten aufgrund ihrer Tätigkeit für andere Unternehmen unterlassen haben.

d)

70

Die Antragstellerin kann ihren Antrag nicht mit Erfolg darauf stützen, die Beigeladene sei gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2 AktG berechtigt, statt des Schadensersatzanspruchs zu verlangen, dass die Antragsgegner die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Beigeladenen eingegangen gelten lassen und die aus den Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgeben. Nach Auffassung des Senats kommt eine Zulassung dieses Anspruchs gemäß § 148 AktG nicht in Betracht.

71

Ob das sog. Eintrittsrecht, das heißt die Befugnis, aus verbotener Tätigkeit ihrer Vorstandsmitglieder erzielten Geschäftsgewinn an sich zu ziehen, einen Ersatzanspruch im Sinne des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG darstellt, ist umstritten (bejahend: *Mock* in: *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Auflage 2015, § 147 Rn. 12; *Koch* in: *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Auflage 2018, § 147 Rn. 2; *Spindler* in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 3. Auflage 2015, § 147 Rn. 3; ablehnend: *Arnold* in: *MünchKomm zum AktG*, 4. Auflage 2018, § 147 Rn. 25). Welcher der Auffassungen der Vorzug zu geben ist, bedarf keiner Erörterung. Denn § 148 AktG lässt die Geltendmachung der in § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG bezeichneten Ersatzansprüche nicht generell zu, sondern knüpft die Zulassung gemäß § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG an weitere Voraussetzungen, weshalb die Geltendmachung auf Ersatzansprüche beschränkt ist, die durch bestimmte schwerwiegende Verhaltensweisen – Unredlichkeit und grobe Verletzungen des Gesetzes – entstanden sind und durch die der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Der Eintritt eines Schadens ist mithin erforderliches Element der in Betracht kommenden Ansprüche (vgl. *Arnold* in: *MünchKomm zum AktG*, 4. Auflage 2018, § 148 Rn. 38, 42; *Holzborn/Jänig* in: *Bürgers/Körper*, AktG, 4. Auflage 2017, § 148 Rn. 7; *Rieckers/Vetter* in: *KölnKomm zum AktG*, 3. Auflage 2015, § 148 Rn. 324). Dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Regelung Schadensersatzansprüche im Blick hatte, wird auch aus der Begründung des Gesetzentwurfs deutlich, in der die sich der Zulassung anschließende Klage als „Haftungsklage“ bzw. „Schadensersatzklage“ bezeichnet und als einer der in Betracht kommenden, der Geltendmachung des Ersatzanspruchs entgegen stehenden Gründe des Gesellschaftswohls eine sehr geringe Schadenssumme genannt wird (BT-Drucks. 15/5092, S. 22).

72

Der Vorteil des Eintrittsrechts gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2 AktG liegt aber gerade darin, dass die Gesellschaft die Ergebnisse der verbotswidrig geschlossenen Geschäfte an sich ziehen kann, ohne den für den Schadensersatzanspruch erforderlichen Nachweis eines Schadens führen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 22.01.1988, 2 StR 133/87, NJW 1988, 2483 ff., zitiert nach: juris, Rn. 40 f.; BGH, Urteil vom 06.12.1962, KZR 4/62, BGHZ 38, 306 ff., zitiert nach: juris, Rn. 15 zu § 113 HGB; *Spindler* in: *MünchKomm zum AktG*, 4. Auflage 2014, § 88 Rn. 32). Der Gesellschaft fallen, weil diese nur das wirtschaftliche Ergebnis der unzulässigen Beteiligung beanspruchen kann, einerseits die Vorteile des Geschäfts zu, andererseits hat sie auch die Nachteile zu tragen, insbesondere die dem Vorstand bei dem unzulässigen Geschäft entstandenen Aufwendungen zu ersetzen (*Spindler* in: *MünchKomm zum AktG*, 4. Auflage 2014, § 88 Rn. 36; vgl. auch BGH, Urteil vom 05.12.1983, II ZR 242/83, NJW 1984, 1351 ff., zitiert nach: juris, Rn. 36 zu § 113 HGB). Der Anspruch gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2

73

AktG ist kein Schadensersatzanspruch, sondern kann stattdessen geltend gemacht werden. Mit Blick auf das in § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG normierte Erfordernis (des Verdachts) eines Schadens ist die Möglichkeit, eine Klage gemäß § 148 AktG zuzulassen, die ein Eintrittsrecht zum Gegenstand haben soll, deshalb abzulehnen.

Offen bleiben kann vor diesem Hintergrund, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 88 Abs. 2 Satz 2 AktG vorliegen und ob die Antragstellerin nicht ihr bestehendes Wahlrecht zwischen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 88 Abs. 2 Satz 1 BGB und der Geltendmachung eines Eintrittsrechts gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2 AktG bereits zugunsten des Schadensersatzanspruchs ausgeübt hat oder für die gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderliche Bestimmtheit der zu erheben beabsichtigten Klage hätte ausüben müssen. 74

e) 75

Soweit die Antragstellerin hilfsweise darauf abstellt, die Antragsgegner hätten seit Jahren kein operatives Geschäft mehr für die Beigeladene betrieben und damit den statutarischen Satzungszweck unterschritten, hat sie nicht aufgezeigt, welcher konkrete Schaden der Beigeladenen dadurch entstanden sein soll, der mit einer Klage geltend gemacht werden könnte. Dies gilt ungeachtet dessen, ob die Antragstellerin die Ansprüche auf § 88 Abs. 2 Satz 1 AktG, auf § 93 Abs. 2 AktG oder auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB stützen zu können meint. Hierzu hätte es der Antragstellerin obliegen darzulegen, welche Geschäftsmöglichkeiten bestanden haben und von der Beigeladenen hätten wahrgenommen werden können. Die beabsichtigten Klageanträge führen insoweit nicht weiter, weil nicht dargetan ist, dass mit den Gesellschaften Geschäfte innerhalb des Unternehmensgegenstands der Beigeladenen getätigt worden sind. Nur solche hätte die Beigeladene jedoch selbst abschließen dürfen und nur insoweit bestand eine Geschäftsführungsbefugnis der Antragsgegner. 76

f) 77

Ohne Erfolg begehrt die Antragstellerin die Zulassung der Klagen zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 826 BGB. Bezüglich dieses Anspruchs fehlt es ebenfalls bereits an Tatsachen, die den Verdacht begründen, dass die Antragsgegner Geschäfte getätigt haben, die sie hätten für die Beigeladene tätigen müssen, und der Beigeladenen daraus ein Schaden entstanden ist, so dass es eines Eingehens auf die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen nicht bedarf. 78

g) 79

Ob die Behauptungen der Antragstellerin mit verdachtsbegründenden Tatsachen unterlegt sind, die Antragsgegner hätten Gelder und Ressourcen der Beigeladenen für eigene Zwecke und zum eigenen Vorteil genutzt sowie Gelder der Objektgesellschaft Börsenhotel C GmbH ohne diese beanspruchen zu können für sich vereinnahmt, kann dahinstehen. Einen beabsichtigten Klageantrag, der einen Ersatzanspruch aus einem solchen Lebenssachverhalt zum Gegenstand hätte, hat die Antragstellerin nicht zuzulassen begehrt. Die Anträge betreffen sämtlich andere Unternehmen und keine der Beigeladenen durch treuwidrige Entnahmen oder ihr treuwidrig belastete Kosten entstandenen Schäden. Da es sich um eigenständige und konkret bezifferbare Streitgegenstände handelt, sind diese auch nicht von der Stufenklage mitumfasst. 80

Selbst wenn die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren neue, darauf gerichtete Anträge gestellt hätte, wären diese, weil das Landgericht insoweit keine Entscheidung getroffen hat, nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und eine Entscheidung des Senats insoweit nicht veranlasst.

h) 82

Soweit die Antragstellerin geltend macht, sie oder Herr A seien von den Antragsgegnern über verschiedene Umstände – namentlich im Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck oder der Existenz und der personellen Zusammensetzung des Aufsichtsrats – getäuscht worden, kann sich daraus kein der Beigeladenen zustehender Ersatzanspruch im Sinne des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG ergeben, den die Antragstellerin im eigenen Namen geltend zu machen gemäß § 148 AktG begehren könnte. Auch etwaige sonstige Verletzungen von Aktionärsrechten sind ohne Entscheidungsrelevanz, weil diese einen Anspruch der Beigeladenen nicht zu begründen vermögen. 83

Unerheblich sind schließlich auch etwaige Versäumnisse oder Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats, weil die Klage, deren Zulassung begehrt wird, sich gegen dessen Mitglieder nicht richtet. 84

2. 85

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 86

3. 87

Über die Zulassung der Rechtsbeschwerde zu entscheiden war nicht veranlasst, weil diese gemäß § 148 Abs. 2 Satz 8 AktG ausgeschlossen ist. 88

Beschwerdewert: 89

Der Beschwerdewert wird gemäß § 3 ZPO, § 53 Abs. 1 Nr. 5 GKG im Hinblick auf die Bedeutung der Sache für die Parteien auf 200.000,00 € festgesetzt, sich zusammensetzend wie folgt: 90

Antrag gegen den Antragsgegner zu 1):	100.000,00 €	91
---------------------------------------	--------------	----

Antrag gegen den Antragsgegner zu 2):	100.000,00 €	92
---------------------------------------	--------------	----

gesamt:	200.000,00 €	93
----------------	---------------------	-----------