## Landgericht Hamburg

Az.: 411 HKO 42/17

Verkeindet am 10.10.2017

Verkeindet am 10.10.2017

Verkeindet am 10.10.2017



EINGEGANGEN

11. OKT. 2017 ES

JUEST+OPRECHT

Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Juest+Oprecht, Goetheallee 6, 22765 Hamburg, Gz.: 012-17-H

gegen -

NORDCAPITAL Immobilienfonds Niederlande 6 GmbH & Co. KG i.L., vertreten durch d. persönl. haft. Gesellschafterin Verwaltung NORDCAPITAL Immobilienfonds Niederlande 6 GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Florian Wagner, Hohe Bleichen 12, 20354 Hamburg - Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Zenk, Hartwicusstraße 5, 22087 Hamburg, Gz.: GO 476/17

erkennt das Landgericht Hamburg - Kammer 11 für Handelssachen - durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Schlichting auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 08.08.2017 für Recht:

- 1. Es wird festgestellt, dass der Beschluss der Gesellschafter der Beklagten im Umlaufverfahren vom Dezember 2016 mit dem Inhalt: "Die Geschäftsführung der NORDCAPITAL Immobilienfonds Niederlande 6 GmbH & Co KG wird ermächtigt, die Fondsimmobilie in Amsterdam zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 15.000 und die Fondsimmobilie in Capelle zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 3.000 bis zum 31. März 2017 zu verkaufen und die Gesellschaft im Anschluss aufzulösen." nichtig ist.
- Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- 3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

## Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob ein im Umlaufverfahren getroffener Gesellschafterbeschluss, durch den der Verkauf des gesamten Immobilienbestands eines Fonds und die anschließende Auflösung des Fonds beschlossen wurden, wirksam ist.

Der Kläger ist seit dem Jahre 2006 als Treugeber über die Treuhandkommanditistin NORDCAPITAL Treuhand GmbH & Cie. KG an der Beklagten, einer Publikumsgesellschaft in Form der GmbH & Co. KG, mit einer Pflichteinlage von EUR 575.000 beteiligt. Er erhielt von der Beklagten bis zum Jahre 2009 Ausschüttungen i.H.v. insgesamt EUR 131.436,00.

Bei der Beklagten handelt es sich um einen geschlossenen Immobilienfonds mit einem Investitionsvolumen von EUR 46.915.000, der zwei Immobilien in den Niederlanden (in Amsterdam und in Capelle aan den Ijssel) in seinem Asset-Bestand hielt und sich nach dem Verkauf der Immobilien im Dezember 2016 seit Januar 2017 in Liquidation befindet.

Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten aus dem Jahre 2005 (Anlage K2; im Folgenden "GesV") beinhaltet u.a. folgende Regelungen:

- § 3 Nr. 2 GesV: "[...]. Alle Kommanditisten werden mit Hafteinlagen von jeweils 10% der Pflichteinlagen in das Handelsregister eingetragen."
- § 4 Nr. 3 GesV: "Das Widerspruchsrecht der Kommanditisten gem. § 164 HGB ist ausgeschlossen. Alle Geschäfte, die nach Art, Umfang oder Risiko den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes überschreiten, bedürfen jedoch der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter vorzugsweise im schriftlichen Verfahren oder eines gem. § 14 bestellten Beirats, soweit nicht gem. lit. b die Zustimmung erforderlich ist.

- a) Der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter im schriftlichen Verfahren oder des Beirats bedürfen insbesondere folgende Geschäfte: [...]
- b) Der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter bedürfen folgende Geschäfte:
- aa) Veräußerung der Immobilie in Amsterdam und/oder Capelle aan den Ijssel;
- bb) Aufgabe des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft
- c) [...]"
- § 13 Nr. 1 GesV: "Die Gesellschafter entscheiden über die Angelegenheiten der Gesellschaft in der Regel im schriftlichen Verfahren gem. Nr. 12."
- § 13 Nr. 2 GesV: "Gesellschafterversammlungen als Präsenzversammlungen sind von der persönlich haftenden Gesellschafterin einzuberufen, wenn es das Interesse der Gesellschaft nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen erfordert, insbesondere wenn eine Angelegenheit wegen ihrer besonderen Bedeutung eine Erörterung erfordert, oder wenn Kommanditisten, die zusammen mindestens 20 % des Kommanditkapitals auf sich vereinigen, dies schriftlich unter Übersendung einer Tagesordnung und einer Begründung verlangen."
- § 13 Nr. 5 GesV: "Sind in einer Gesellschafterversammlung nicht die persönlich haftende Gesellschafterin und Kommanditisten, die zusammen mindestens zwei Drittel des stimmberechtigten Kommanditkapitals auf sich vereinen, anwesend oder vertreten, so ist unverzüglich eine neue Gesellschafterversammlung in gleicher Form und Frist einzuberufen, welche ohne Rücksicht auf die Zahl der dann anwesenden oder vertretenen Gesellschafter beschlussfähig ist."
- § 13 Nr. 7 GesV: "[...]. Die Treugeber des Treuhänders sind berechtigt, das rechnerisch auf sie entfallende Stimmrecht in Gesellschafterversammlungen selbst auszuüben [...]. Der Treuhänder wird sich insoweit der Stimmrechtsausübung enthalten."
- § 13 Nr. 11 GesV: "Die Gesellschafter sind in allen nach dem Gesetz oder diesem Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Fällen zur Entscheidung berufen. Insbesondere sind sie in folgenden Fällen zur Beschlussfassung berufen:

[...]

h) Auflösung und Liquidation der Gesellschaft;

[...]

l) Zustimmung zu den in § 4 Nr. 3 lit. b genannten Rechtsgeschäften und Maßnahmen."

§13 Nr. 12 GesV: "Soweit nach dem Gesetz und diesem Vertrag die Zuständigkeit der Gesellschafter gegeben ist, entscheiden sie in der Regel durch Gesellschafterbeschlüsse im schriftlichen Verfahren. […]"

§ 13 Nr. 13 GesV: "Die Unwirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses kann nur geltend gemacht werden, wenn binnen einer Ausschlussfrist von drei Monaten nach […] der schriftlichen Mitteilung Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit gegen die Gesellschaft erhoben wird. Nach Ablauf der Frist gilt ein Mangel als geheilt."

Im Übrigen wird auf den gesamten Vertragstext des GesV Bezug genommen.

Im Jahr 2016 spitzte sich die schon seit Jahren finanziell schwierige Lage der Beklagten stark zu. Die mitfinanzierende Bank gewährte der Gesellschaft Mitte des Jahres 2016 eine Verlängerung des zur Finanzierung der Immobilien aufgenommenen Darlehens über EUR 23.420.000,00 (Stand 1.1.2016), welche allerdings unter der Bedingung stand, dass entweder die Darlehensablösung bis Jahresende 2016 vorgenommen oder sofort mit der Vermarktung der Immobilien begonnen würde.

In einer Information der Geschäftsführung (Anlage K4) – der Kläger erhielt dieses Schreiben am 11.11.2016 – informierte die Geschäftsführung die Anleger über die finanzielle Situation der Gesellschaft sowie die begonnenen Verkaufsbemühungen, nachdem vergeblich nach Investoren oder anderen Finanzierungslösungen gesucht worden sei. Auch die Möglichkeit einer Eigenkapitalerhöhung durch die Gesellschafter sei dabei von der Geschäftsführung erwogen worden. Diese habe aber zur Ablösung des Darlehens mindestens EUR 12.546.000,00 betragen müssen, und es sei nicht sicher, dass sie vollständig an die Kommanditisten zurückgeführt oder hätte verzinst werden können. Mit dem Beirat habe sich die Geschäftsführung deshalb gegen solche Lösungen entschieden. In dem angestoßenen Verkaufsprozess habe sie mehrere Kaufangebote erhalten. Das höchste Angebot liege mit insgesamt EUR 18.800.000,00 zwar unter der zur erfüllenden Darlehensforderung, aber noch über dem durch ein Bankgutachten bescheinigten Immobilienwert von insgesamt EUR 14.590.000,00. Ein Totalausfall des Kommanditkapitals sei damit unausweichlich. Gegenüber einer Insolvenz der Gesellschaft habe der Verkauf aber u.a. noch den Vorteil, dass wohl die durch die Gesellschaft verauslagte (klägerseits bestrittene) Anlegersteuer von EUR 255.000 nicht durch den Insolvenzverwalter von den Gesellschaftern zurückgefordert werden könne.

Mit der Information der Geschäftsführung wurde folgender Beschluss im schriftlichen Verfahren bis zum 02.12.2016 zur Abstimmung gestellt (Anlage K5): "Die Geschäftsführung der NORDCA-PITAL Immobilienfonds Niederlande 6 GmbH & Co. KG wird ermächtigt, die Fondsimmobilie in Amsterdam zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 15.000 und die Fondsimmobilie in Capelle zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 3.000 bis zum 31. März 2017 zu verkaufen und die Gesellschaft im Anschluss aufzulösen."

Der Kläger lehnte den Beschluss am 15.11.2016 ab. Gleichzeitig rügte er gegenüber der Treuhänderin die fehlende Offenlegung des Kaufinteressenten und der Vertragsdetails sowie die Beschlussfassung im Umlaufverfahren (Anlage K7). Mit E-Mail vom 16.11.2016 legte die Treuhänderin ihre abweichende Rechtsauffassung hinsichtlich eines Umlaufverfahrens dar (Anlage K8). Nach Unterzeichnung einer Verschwiegenheitserklärung wurden dem Kläger am 30.11.2016 per E-Mail die Namen und Anschriften der Kaufinteressenten offen gelegt (Anlage K9).

Mit Schreiben vom 2.12.2016 (Anlage K11) forderte der Klägervertreter die Treuhänderin dazu auf, die persönlich haftende Gesellschafterin zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu veranlassen. Dies lehnte der Bevollmächtigte der Treuhänderin, der in diesem Verfahren auch die Beklagte vertritt, mit Schreiben vom 15.12.2016 ab (Anlage K 12). Ebenfalls mit Schreiben vom 15.12.2016 (Anlage K6), eingegangen am 22.12.2016, teilte die Treuhänderin dem Kläger das Ergebnis der schriftlichen Beschlussfassung mit. Der Beschluss wurde mit 85,6 % Ja-Stimmen gegen 14,4% Nein-Stimmen gefasst; ca. 47 % der Stimmen enthielten sich.

Der Klägervertreter kündigte mit Schreiben vom 18.1.2017 (Anlage K13) die Erhebung einer Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage an, vorausgesetzt der Bevollmächtigte der Treuhänderin gebe keine befriedigende Stellungnahme gegenüber seinem gesprächsbereiten Mandanten ab. Hierauf reagierte der Bevollmächtigte der Treuhänderin unter abermaliger Darlegung seiner Rechtsauffassung mit Schreiben vom 3.2.2017 (Anlage K15).

In der Zwischenzeit hatte die Treuhänderin den Kläger am 24.1.2017 bereits über die erfolgreiche Veräußerung der Immobilien am 15. und 22. Dezember 2016 und über den Eintritt der Gesellschaft in Liquidation ab 1.1.2017 informiert (Anlage K10). Ebenso wurden die Namen der Käufer sowie die Verkaufssumme von insgesamt EUR 18.050.000 mitgeteilt.

Der Kläger ist der Ansicht, der Beschluss sei wegen Verfahrensmängeln nichtig bzw. unwirksam. Es sei eine Präsenzveranstaltung einzuberufen gewesen. Bei einem Beschluss mit diesem Inhalt habe es sich nämlich um eine Sache mit besonderer Bedeutung gehandelt, bei der gemäß § 13 Nr. 2 GesV eine Erörterung alternativer Handlungsmöglichkeiten erforderlich gewesen sei. Die Pflicht zur Einberufung einer Präsenzversammlung habe sich zudem aus § 4 Nr. 3 des GesV so-

wie § 179a AktG analog ergeben. Außerdem sei der getroffene Beschluss zu unbestimmt und wegen unzureichender Information über etwaige Kaufinteressenten und Vertragsdetails nichtig. Hierfür spreche auch der Rücktritt des Beirats.

Der Kläger beantragt,

festzustellen, dass der Beschluss der Gesellschafter der Beklagten im Umlaufverfahren vom Dezember 2016 mit dem Inhalt: "Die Geschäftsführung der NORDCAPITAL Immobilienfonds Niederlande 6 GmbH & Co. KG wird ermächtigt, die Fondsimmobilie in Amsterdam zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 15.000 und die Fondsimmobilie in Capelle zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 3.000 bis zum 31. März 2017 zu verkaufen und die Gesellschaft im Anschluss aufzulösen." nichtig, hilfsweise unwirksam ist.

Hilfsweise beantragt er,

den Beschluss der Gesellschafter der Beklagten im Umlaufverfahren vom Dezember 2016 mit dem Inhalt: "Die Geschäftsführung der NORDCAPITAL Immobilienfonds Niederlande 6 GmbH & Co. KG wird ermächtigt, die Fondsimmobilie in Amsterdam zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 15.000 und die Fondsimmobilie in Capelle zu einem Mindestverkaufspreis von T€ 3.000 bis zum 31. März 2017 zu verkaufen und die Gesellschaft im Anschluss aufzulösen." für nichtig, hilfsweise für unwirksam zu erklären.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, es fehle bereits das Feststellungsinteresse. Der Verkauf der Immobilien und der Eintritt der Beklagten in die Liquidation seien nicht reversibel. Zudem sei auch die spezielle Situation der Gesellschaft zu beachten gewesen. Die Beklagte habe sich im Jahre 2016 in einer finanziellen Notsituation befunden, die neben dem gefassten Beschlussergebnis keine realistische und wirtschaftlich sinnvolle Beschlussalternative zugelassen habe. Ein etwaiger Verfahrensmangel habe sich daher nicht auswirken können, in einer Präsenzversammlung wäre dasselbe Beschlussergebnis zu Stande gekommen. Es sei zudem höchst unwahrscheinlich gewesen, dass noch im Jahre 2016 eine Präsenzversammlung mit beschlussfähiger Mehrheit zu Stande gekommen wäre. Wegen der Bedingungen der darlehensprolongierenden Bank sei eine Entscheidung zum Jahresende aber unumgänglich gewesen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe (abgekürzt gemäß § 313 ZPO):

Die zulässige Klage ist begründet.

- I. Die Klage ist zulässig.
- 1. Die gerichtliche Geltendmachung eines Beschlussmangels erfolgt in diesem Fall zu Recht im Wege der Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. Diese ist nicht gegenüber der aktienrechtlichen Gestaltungsklage subsidiär.

Die Beklagte ist mit ihrer typengemischten Rechtsform der GmbH & Co. KG der Gesellschaftsform der Personengesellschaften zuzuordnen. Fehler in der Beschlussfassung einer Personengesellschaft werden grundsätzlich mit der Feststellungsklage gerichtlich angegriffen. Mit der bisher noch herrschenden Auffassung gilt dies auch für die Sonderform einer Publikums-KG, es gelten hier weitestgehend die allgemeinen Regeln (Schäfer, in: Großkommentar HGB, 5. Auflage 2009, § 119 Rn. 95; Grunewald, in: Münchner Kommentar zum HGB, 3. Auflage 2012, § 161 Rn. 137; Kindler, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Auflage 2015, § 119 Rn. 15; Timm, in: FS Fleck, S. 365, 370ff.). Eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Gestaltungsklagen kommt abweichend dann in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag der Publikums-KG dies deutlich regelt und körperschaftliche Strukturen aufweist (vgl. u.a. Oetker, in: Oetker Handelsrecht, 6. Aufl. 2010, § 161 Rn. 138; K.Schmidt, AG 1977, 243, 251ff).

Vorliegend lässt der Gesellschaftsvertrag der Beklagten nicht in ausreichendem Maße auf den Willen der Beklagten schließen, das kapitalgesellschaftsrechtliche Klagesystem übernehmen zu wollen. Zwar bestimmt der Gesellschaftsvertrag für die Geltendmachung von Beschlussmängeln eine Klagefrist und die Gesellschaft als Klagegegnerin (§ 13 Nr. 13 GesV). Dies erfordert regelmäßig schon die Praktikabilität bei einer Publikumsgesellschaft. Maßgebend ist hier jedoch, dass in § 13 Nr. 13 GesV explizit und ausschließlich von "Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit" die Rede ist. An der Statthaftigkeit der erhobenen Feststellungsklage besteht danach gesellschaftsvertraglich kein Zweifel.

2. Der Kläger ist prozessführungsbefugt. Er hat an dem in Frage stehenden Beschluss mitgewirkt. Dem Kläger kam bei der Stimmrechtsausübung wegen Beschlüssen gem. § 13 Nr. 7 GesV, § 2 Nr. 3 TreuhV eine gesellschafterähnliche Stellung zu, da er hiernach unwiderruflich selbst und damit eigenständig das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung ausüben durfte (und nicht nur "im Namen" der Treuhänderin, vgl. OLG München vom 06.04.2005, 7 U 4782/04). Nach BGH widerspricht eine solche Ausgestaltung bei Publikumsgesellschaften nicht dem Ab-

spaltungsverbot (§ 717 BGB), wenn Gesellschafts- und Treuhandvertrag verzahnt sind und das Innenverhältnis der Gesellschaft so gestaltet ist, als ob der Treugeber selbst Gesellschafter wäre. Dies ist Ausdruck der im Innenverhältnis bestehenden Vertragsfreiheit (vgl. BGH, Urt. v. 05.02.2013, II ZR 134/11, NZG 2013, 379).

Die Verzahnung der Verträge wird u.a. aus § 3 Nr. 3 GesV und § 10 Nr. 1 TreuhV ersichtlich. Insbesondere wegen der unwiderruflichen Bevollmächtigung der Treugeber zur Stimmrechtsausübung (§ 2 Nr. 3 TreuhV) rücken die Treugeber im Zusammenhang mit Beschlussfassungen in die Position von Gesellschaftern. Der Kläger muss daher befugt sein, selbst mitgestaltete Beschlüsse gerichtlich anzugreifen. Dies wird von der Beklagten auch nicht in Zweifel gezogen.

3. Das erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers liegt vor.

Wegen der gesellschafterähnlichen Stellung des Klägers bei der Stimmrechtsausübung (s.o.; vgl. § 13 Nr. 7 GesV) muss er bei damit zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten unter denselben Voraussetzungen wie ein Gesellschafter Rechtsschutz wahrnehmen können. Für den Gesellschafter einer Personengesellschaft ist grundsätzlich ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 | ZPO an der Feststellung der Unwirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses anzunehmen (BGH, Urt. v. 21.10.1991, || ZR 211/90, NJW-RR 1992, 227; BGH, Urt. v. 7.6.1999, || ZR 278/98, NZG 1999, 935; BGH, Urt. v. 7.2.2012, || ZR 230/09, NZG 2012, 625; BGH, Urt. v. 9.4.2013, || ZR 3/12, NZG 2013, 664). Der Gesellschafter ist prinzipiell nicht dazu verpflichtet eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses hinzunehmen und zwar laut BGH selbst dann nicht, wenn die Gesellschaft nicht mehr besteht oder der Gesellschafter mittlerweile aus der Gesellschaft ausgeschieden ist (BGH, Urt. v. 21.10.1991, || ZR 211/90, NJW-RR 1992, 227; BGH, Urt. v. 7.2.2012, || ZR 230/09, NZG 2012, 625).

Nach der BGH-Rechtsprechung kommt es mithin nicht darauf an, ob sich die Gesellschaft bereits in Liquidation befindet oder ob die Immobilien inzwischen verkauft sind. Auch war der Kläger nicht auf die Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage im Rahmen einer Schadensersatzklage beschränkt. Vielmehr ist dem Kläger ein grundsätzliches Feststellungsinteresse bezüglich der Wirksamkeit des Beschlusses zuzusprechen.

4. Die in § 13 Nr. 13 GesV vorgesehene dreimonatige Ausschlussfrist zur Klagerhebung ist zulässig und gilt bei der Klageerhebung als noch nicht abgelaufen.

Angelehnt an das Kapitalgesellschaftsrecht ist im GesV der Beklagten eine Klagefrist für die Geltendmachung von Beschlussmängeln bestimmt worden. Die Frist beträgt drei Monate und ist jedenfalls nicht zu kurz bemessen, da sie die sich aus dem Leitbild des § 246 Abs. 1 AktG erge-

bende einmonatige Mindestfrist überschreitet (vgl. BGH, Urt. v. 13.2.1995, ll ZR 15/94, NJW 1995, 1218; Grunewald, in: Münchner Kommentar zum HGB, 3. Auflage 2012, § 161 Rn. 35).

Trotz des leicht verspäteten Zeitpunkts der Rechtshängigkeit ist die Klage gem. § 167 ZPO "demnächst" zugestellt und damit als fristgerecht erhoben anzusehen. Die schriftliche Mitteilung über das Ergebnis des Gesellschafterbeschlusses ist auf den 15.12.2016 datiert und laut Kläger bei diesem am 22.12.2016 eingegangen. Die Klagefrist lief somit am 22.03.2017 ab. Die Klage wurde am 07.03.2017 bei Gericht anhängig. Aufgrund der Gerichtskostenrechnung vom 13.03.2017 ging der Gerichtskostenvorschuss am 17.3.2017 ein, wonach die Klage der Beklagten am 24.3.2017 zugestellt wurde. Dem Kläger zuzurechnende Verzögerungen der Zustellung liegen danach nicht vor.

## II. Die Klage ist begründet.

- Der am 2.12.2016 im Umlaufverfahren getroffene Beschluss ist nichtig. Wegen der besonderen Bedeutung des Beschlussgegenstandes hätte es einer Beschlussfassung in einer Präsenzversammlung bedurft.
- a) Der Beschluss ist zwar zu Recht von den Gesellschaftern bzw. den berechtigen Treugebern und nicht etwa vom Beirat getroffen worden. Die Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter ergibt sich aus § 4 Nr. 3 lit. b, § 13 Nr. 11 lit. h und j GesV. Im vorliegenden Fall haben die Gesellschafter dem Beschluss im Umlaufverfahren mit einer Mehrheit von 85,6 % zugestimmt (vgl. Anlage K6).
- b) Die Beschlussfassung hätte allerdings in einer Präsenzversammlung getroffen werden müssen. Es liegt ein Verfahrensmangel vor.
- aa) Nach der Satzung entscheiden die Gesellschafter in der Regel und vorzugsweise im schriftlichen Verfahren über die Angelegenheiten der Gesellschaft (§ 13 Nr. 1 und Nr. 12 GesV, § 4 Nr. 3 und Nr. 3 lit. a GesV).
- bb) Im vorliegenden Fall waren die Beschlussgegenstände allerdings derart bedeutend, dass eine Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren nicht ausreichte. Für besondere Geschäfte sieht der Gesellschaftsvertrag in § 13 Nr. 2 GesV die Möglichkeit einer Präsenzversammlung vor. Diese ist von der persönlich haftenden Gesellschafterin einzuberufen, wenn es das Interesse der Gesellschaft nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen erfordert, insbesondere wenn eine Angelegenheit wegen ihrer besonderen Bedeutung eine Erörterung erfordert.

Das ist bei den vorliegenden Beschlussgegenständen anzunehmen.

aaa) Der Verkauf des gesamten Immobilienbestands eines Fonds sowie dessen Auflösung sind Beschlussgegenstände mit ganz besonderer Bedeutung. Sie entscheiden über die Existenz des gesamten Fonds in der Zukunft. Eine bedeutsamere Entscheidung für die Zukunft der streitgegenständlichen Fondsgesellschaft ist kaum vorstellbar.

bbb) Eine Erörterung der Angelegenheiten war zugunsten der Gesellschaft erforderlich und in einem derart bedeutsamen Fall besonders wichtig. Insbesondere waren die vorgeschlagenen Entscheidungen mit anderen Handlungsmöglichkeiten abzuwägen. Neben dem Verkauf der Immobilien und der anschließenden Auflösung der Gesellschaft kamen nämlich noch der Erwerb der Immobilien durch die Gesellschafter bzw. Treugeber, eine Kapitalerhöhung oder der Eintritt in ein Insolvenzverfahren in Betracht.

Im Gegensatz zu einem Umlaufverfahren hätten die Anleger in einer Präsenzversammlung die schriftliche Darstellung der Geschäftsführung kritisch hinterfragen und in einer offenen Debatte Argumente des Für und Wider austauschen können. Hierdurch wäre es den Teilnehmern möglich gewesen, sich einen umfassenderen Eindruck der vorliegenden Situation zu verschaffen und eine demensprechende, der Wesentlichkeit des Beschlusses angemessene informierte Entscheidung zu treffen.

- c) Der vorliegende Verfahrensmangel führt zur Nichtigkeit des gesamten Beschlusses, da die Beeinflussung des Beschlussergebnisses durch den Verfahrensmangel nicht ausgeschlossen werden kann.
- aa) Im Personengesellschaftsrecht führt ein Verfahrensmangel grundsätzlich zur Nichtigkeit des Beschlusses und nicht lediglich zur Anfechtbarkeit desselben (vgl. Henze/Notz, in: Ebenroth/Boujong/ Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 177a Anh. A Rn. 179). Allerdings tritt nur dann die Nichtigkeit des Beschlusses ein, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Zustandekommen des Beschlussergebnisses durch den Fehler beeinflusst ist (BGH, Urt. v. 16.10.2012, II ZR 251/10, NZG 2013, 57; Schäfer, in: MüKo, BGB, 7. Auflage 2017, § 709 Rn. 106).

Während der Kläger die Darlegungslast für die Nichtigkeitsgründe trägt, ist es an der Gesellschaft, darzulegen und zu beweisen, dass dieser Verfahrensfehler bei wertender Betrachtung schlechthin nicht relevant geworden sein kann (BGH, Urt. v. 20.09.2004, II ZR 334/02; BGH, Urt. v. 11.3.2014, II ZR 24/13; vgl. auch BGH, Urt. v. 19.1.1987, II ZR 158/86, NJW 1987, 1262). Dies wäre der Fall, wenn in einer hypothetischen Präsenzversammlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit derselbe Beschluss getroffen worden wäre.

bb) Dieser Darlegungslast ist die Beklagte nicht in ausreichendem und überzeugendem Maße nachgekommen. Es kann nach ihrem Vortrag nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die Beschlussfassung in einer Präsenzversammlung in jedem Fall zu demselben Beschlussergebnis wie im Umlaufverfahren geführt hätte. Vielmehr geht das Gericht davon aus, dass es eine erstzunehmende Handlungsalternative für die Gesellschaft gab, für deren Annahme die Gesellschafter in einer Präsenzversammlung hätten überzeugt werden können.

Ob der Erwerb der Immobilien durch die Gesellschafter bzw. Treugeber oder eine Kapitalerhöhung eine realistische Option gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben. Zumindest ein möglicher Eintritt in ein Insolvenzverfahren musste seitens der Gesellschafter ernsthaft in Erwägung gezogen werden.

Zwar sprachen gewichtige Argumente gegen den Eintritt ins Insolvenzverfahren: Die Geschäftsführung hätte die Geschicke der Gesellschaft zugunsten eines Insolvenzverwalters aus der Hand geben müssen, um in ein zeit- und kostenintensives Insolvenzverfahren überzuleiten. Der Insolvenzverwalter hätte dann hauptsächlich die Interessen der Gläubiger vertreten, was möglicherweise die Gefahr einer Haftbarmachung der Gesellschafter und der Geschäftsführung mit sich brachte. Möglicherweise wäre von den Gesellschaftern dann auch eine verauslagte Anlegersteuer in Höhe von EUR 255.000 zurückzuzahlen gewesen (die tatsächliche Verauslagung bleibt klägerseits bestritten).

Allerdings erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sich die Anleger nicht doch hätten von dieser Möglichkeit überzeugen lassen. Für sie barg eine Insolvenz keine wesentlichen zusätzlichen Risiken, sondern bot durchaus Chancen. Eine Haftbarmachung durch den Insolvenzverwalter hatten sie mangels Rückzahlung der Einlagen (§ 172 Abs. 4 HGB) nicht zu befürchten. Auch ein ggf. erhobenes Rückzahlungsverlangen der bestrittenen Anlegersteuer würde lediglich 1,364 % der ursprünglichen Anlage ausmachen, wie der Klägervertreter auf S. 36 der Akte vorrechnet. Demgegenüber bestand die Möglichkeit, dass der Insolvenzverwalter den Fonds weiter führte und der Totalverlust zunächst nicht eintrat. Weiterhin hätten die Anleger darauf spekulieren können, dass ein neutraler Insolvenzverwalter früher oder später einen höheren Verkaufspreis der Immobilien erzielt hätte, als die von der Geschäftsführung angestrebten TEUR 18.000. Hierfür sprechen der Kaufpreis der Immobilien von TEUR 41.688 im Jahre 2005 und der von der Geschäftsleitung im Jahre 2013 angegebene Wert der Immobilien von TEUR 26.960 (vgl. Bl. 36 d. A.). Der Richtigkeit des beklagtenseits erwähnten Bankgutachtens, wonach lediglich ein Verkehrswert von insgesamt TEUR 14.590 bestehe (vgl. Anlage K4), durften die Anleger vor diesem Hintergrund durchaus

misstrauen.

Im besten Fall hätte dies für die Gesellschafter bedeutet, dass sie Teile ihrer Einlagen zurückerhalten hätten, der Totalverlust also ausgeblieben wäre. Wie die Beklagte allerdings zu Recht anführt, hätte sich ein höherer Verkaufspreis erst dann zugunsten der Anlegereinlagen ausgewirkt, wenn er höher als die Summe des primär zu tilgenden Bankdarlehens gewesen wäre. Hierfür wäre eine Differenz zum tatsächlich realisierten Kaufpreis von mehr als 4 Mio. Euro notwendig gewesen. Wie realistisch diese Differenz ist, kann dahin gestellt bleiben. Auch ein nur leicht höherer Kaufpreis würde sich zumindest positiv zugunsten der Gesellschaft auswirken, die dadurch einen größeren Teil ihrer Verbindlichkeiten tilgen könnte.

Das Gericht hatte nicht zu entscheiden, welche Handlungsalternative die bessere oder richtigere gewesen wäre. Die Gesellschafter mussten nicht nur den sicheren Totalverlust wählen, sondern hätten auch mit Risiken "pokern" dürfen. Die Entscheidung hierüber oblag der Befugnis der Gesellschafter.

Es erscheint dem Gericht möglich, dass die Mehrheit der Anleger in einer Präsenzversammlung - bei kollektivem Misstrauen gegen in die Geschäftsführung und da ihnen dadurch keine wesentlichen Nachteile drohten – bewusst gegen einen Verkauf durch die Geschäftsführung gestimmt hätten. Hierzu hätte auch der Beirat beitragen können, der wegen des intransparenten Verkaufsvorgangs seitens der Geschäftsführung bereits zurückgetreten war (vgl. Anlage K3) und ggf. in der Präsenzversammlung abermals seinen Unmut über das Vorgehen der Geschäftsführung kundgetan hätte.

Vermutlich hätte sich in einer Präsenzversammlung ggf. auch der Kläger kritisch und wortgewandt gegenüber dem Verhalten der Geschäftsführung geäußert, wie er es auch in der mündlichen Verhandlung in energischer Weise tat. Seiner Meinung nach sei der Geschäftsführung nicht zu trauen, da sie bereits in der Vergangenheit nicht die vollen Möglichkeiten ausgeschöpft habe: Im Jahre 2013 sei wegen der schlechten wirtschaftlichen Situation der Beklagten bereits eine Präsenzversammlung durchgeführt worden, welche seiner Auffassung nach keine Reaktion der Geschäftsführung nach sich zog, was 2016 den Totalverlust der Einlagen bedingt habe.

cc) Der Einwand der Beklagten, eine Präsenzversammlung wäre höchstwahrscheinlich wegen der Voraussetzung des § 13 Nr. 5 GesV nicht beschlussfähig gewesen, greift nicht durch und vermag die mögliche Ursächlichkeit des Verfahrensmangels nicht zu beseitigen. Es konnte im Vorhinein nicht ausgeschlossen werden, dass nicht doch eine beschlussfähige Mehrheit von Anlegern bei einer unverzüglich einberufenen Präsenzversammlung zusammen gekommen wäre. Immerhin handelte es sich um eine für den Fonds und im Übrigen auch für das Anlegerkapital exi-

stenzielle Entscheidung.

- d) Da nach § 13 Nr. 2 GesV ein Verfahrensmangel gegeben ist, der zur Nichtigkeit des Beschlusses führt, kann dahin stehen, ob sich eine Pflicht zur Einberufung einer Präsenzversammlung auch aus § 4 Nr. 3 des GesV oder § 179a AktG ergab. Zum anderen kann auch offen bleiben, ob ein weiterer Beschlussmangel wegen der vom Kläger gerügten mangelnden Bestimmtheit vorlag.
- III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO.
- IV. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.

gez.

Schlichting Vorsitzender Richter am Landgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift Hamburg, 10.10.2017

Krause, JHSekr'in Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt - ohne Unterschrift gültig