

## **Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von nicht sanierungsbereiten Fonds-Gesellschaftern**

Der nachfolgende Artikel stellt keine Rechtsberatung im Sinne des Rechtsdienstleistungsgesetzes dar. Sollte in einer konkreten Angelegenheit Beratungsbedarf bestehen, empfehlen wir die Konsultation eines Rechtsanwaltes.

**Paul Damerou und Haike Opitz, Rechtsanwälte der Kanzlei Damerou, Berlin, fassen für Sie das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. Oktober 2009 - Az. II ZR 240/08 - wie folgt zusammen:**

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. Oktober 2009 lag ein Fall zugrunde, in welchem eine Fondsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. OHG infolge des Wegfalls der Anschlussförderung sanierungsbedürftig geworden ist. Die zwischen Fondsgesellschaft und finanzierenden Banken abgeschlossene Sanierungsvereinbarung sah sowohl Sanierungsbeiträge der Fondsgesellschafter in Höhe von ca. 4,6 Millionen Euro als auch Erlasse der Gläubigerbanken in Höhe von ca. 2,1 Millionen Euro vor.

Zum Zwecke der Umsetzung des Sanierungskonzeptes beschlossen die Gesellschafter der Fondsgesellschaft mit satzungsändernder Mehrheit eine Kapitalherabsetzung und eine gleichzeitige Kapitalerhöhung. Den Gesellschaftern der Fondsgesellschaft war es freigestellt, sich an der Kapitalerhöhung zu beteiligen. Für den Fall der Nichtbeteiligung sah der Gesellschafterbeschluss einen automatischen Ausschluss der betreffenden Gesellschafter vor. Nur zwei der vier Beklagten hatten diesem Gesellschafterbeschluss zugestimmt. Alle vier Beklagten hatten sich jedoch nicht an der Kapitalerhöhung beteiligt. Die Fondsgesellschaft hat die vier Beklagten aufgrund des daraus folgenden Ausschlusses auf Zahlung des jeweiligen Auseinandersetzungsfehlbetrages in Anspruch genommen.

Das Landgericht Berlin und das Kammergericht als Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Die Revision der Fondsgesellschaft hatte Erfolg und führte zur Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht, das nunmehr die Höhe des geschuldeten Auseinandersetzungsfehlbetrages zu klären haben wird.

Der Bundesgerichtshof hat den mit satzungsändernder Mehrheit gefassten Beschluss über das automatische Ausscheiden der Gesellschafter, die sich an der Kapitalerhöhung nicht beteiligt haben, als wirksam angesehen. Dabei basierte die sogenannte formelle Wirksamkeit des Beschlusses auf der satzungsändernden Mehrheit der Gesellschafter-Stimmen. Die materielle Wirksamkeit des Beschlusses ergab sich im Hinblick auf zwei Beklagte aus deren ausdrücklicher Zustimmung zum Beschluss und im Hinblick auf die beiden übrigen Beklagten aus dem Umstand, dass diese aufgrund sogenannter gesellschafterlicher Treuepflicht als zur Zustimmung verpflichtet angesehen wurden.

Diese Verpflichtung zur Zustimmung schlussfolgerte der Bundesgerichtshof aus vier Überlegungen:

1. Die Sanierung der sanierungsbedürftigen Fondsgesellschaft wurde als wirtschaftlich sinnvoll angesehen, da die im Rahmen der Kapitalerhöhung zu leistenden Sanierungsbeiträge geringer als die Beiträge waren, die die Gesellschafter im Fall der Nichtsanierung und Liquidation der Fondsgesellschaft zu zahlen gehabt hätten.
2. Zwar bestand entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Verpflichtung für den einzelnen Gesellschafter, sich an der Fondssanierung durch Leistung von Sanierungsbeiträgen zu beteiligen. Diesem Umstand haben die Gesellschafter jedoch Rechnung getragen, indem sie die Teilnahme an der Kapitalerhöhung als freiwillige Leistung in Form einer nachträglichen Beitragsleistung ausgestaltet haben.
3. Es war den sanierungsbereiten Gesellschaftern nicht zuzumuten, die Fondsgesellschaft mit den Gesellschaftern fortzusetzen, die sich an der Sanierung nicht beteiligt haben. Dies deshalb, weil diese ohne eigenes Risiko und eigenen finanziellen Beitrag die Früchte der Sanierung in Gestalt der Befreiung von Verbindlichkeiten genossen hätten. Dieser nicht zu rechtfertigende wirtschaftliche Vorteil jener Gesellschafter konnte nur durch deren Ausschluss verhindert werden.
4. Die Gesellschafter, die in Folge ihrer Nichtteilnahme an der Sanierung automatisch aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden sind, sind besser gestellt, da der von diesen zu leistende Auseinandersetzungsfehlbetrag geringer als der Fehlbetrag ist, den sie im Falle der Liquidation der Fondsgesellschaft zu zahlen gehabt hätten. Dies basiert darauf, dass im Falle der Liquidation sogenannte Zerschlagungs-, ansonsten aber sogenannte Fortführungswerte der Fehlbetragsberechnung zugrunde gelegt werden.

Die vorgenannten Überlegungen des Bundesgerichtshofs lassen sich auch auf sanierungsbedürftige Fondsgesellschaften in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts übertragen. Sowohl bei der OHG als auch bei der GbR handelt es sich um Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber persönlich mit ihrem Privatvermögen haften. Sowohl bei der OHG als auch bei der GbR sind die Gesellschafter grundsätzlich nicht zur Leistung von Nachschüssen verpflichtet.

Demzufolge dürften auf Basis dieses neuen Urteils des Bundesgerichtshofes auch Sanierungen von Fondsgesellschaften in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts möglich sein, wenn die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, das heißt

1. die Sanierung einer sanierungsbedürftigen Fondsgesellschaft sich als wirtschaftlich sinnvoll darstellt, mithin der von den Gesellschaftern zu leistende Sanierungsbeitrag geringer ist als der Fehlbetrag, der im Falle der Nichtsanierung bzw. Liquidation der Fondsgesellschaft zu leisten gewesen wäre,
2. die Beteiligung an der Sanierung als freiwillige Leistung ausgestaltet ist,
3. ein Beschluss mit satzungsändernder Mehrheit über das automatische Ausscheiden der Gesellschafter, die sich nicht an der Sanierung beteiligen, gefasst worden ist,

4. der Fehlbetrag, den die automatisch ausgeschiedenen Gesellschafter zu leisten haben, geringer ist als der Fehlbetrag, den diese im Fall der Nichtsanierung bzw. Liquidation der Fondsgesellschaft zu leisten gehabt hätten.

Im Ergebnis ist diese Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu begrüßen. In der Vergangenheit zeigte sich der Bundesgerichtshof, insbesondere in seinen diversen Nachschusentscheidungen, sehr restriktiv und hat den Umstand, dass die erforderlichen Sanierungsbeiträge der Gesellschafter geringer als die im Fall der Nichtsanierung und Liquidation der Gesellschaft zu leistenden Fehlbeträge sind, gerade nicht als ausreichend angesehen, um aus gesellschaftlicher Treuepflicht eine Zahlungspflicht zu begründen.

Nunmehr stellt der Bundesgerichtshof genau auf diese wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit ab und leitet hieraus eine gesellschafterliche Treuepflicht her. Zwar ist die Teilnahme an der Sanierung, d.h. die Erbringung von Sanierungsleistungen nach wie vor freiwillig. Allerdings werden nun erstmals an die Nichterbringung dieser freiwilligen Leistung nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche Folgen geknüpft, indem die Gesellschafter, die sich nicht an der Sanierung beteiligt haben, infolge ihres automatischen Ausscheidens aus der Fondsgesellschaft zur Leistung eines Auseinandersetzungsfehlbetrages verpflichtet werden.

Darüber hinaus haben die Gesellschafter, die sich an der Sanierung beteiligt haben, erstmals die Möglichkeit, selbst den Sanierungserfolg zu genießen und diesen nicht mit den übrigen nichtleistenden Gesellschaftern teilen zu müssen.

Zwar sind auch nach Erlass des Urteils noch Fragen offen. Diese wird jedoch die richterliche Praxis in den kommenden Entscheidungen (hoffentlich) Stück für Stück beantworten.