

---

**Datum:** 23.11.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-6 U 225/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2017:1123.I6U225.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 39 O 3/16

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 11.11.2016 verkündete Urteil der 9. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf (39 O 3/16) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das angefochtene und dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

---

**Gründe**

1

**I.**

2

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit eines in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gefassten Beschlusses.

3

Die Klägerin gehört zur A-Unternehmensgruppe, einer Initiatorin von zahlreichen Zweitmarktfonds, deren Geschäftsmodell darin besteht, auf dem sog. Zweitmarkt Anteile an geschlossenen Fonds von Ersterwerbern zu erwerben und am Ende der Laufzeit gewinnbringend zu veräußern. Die Klägerin ist als Zweitmarktfonds an zahlreichen sog. Zielfonds beteiligt, u.a. an der Beklagten.

4

Die Beklagte ist ein von der zur B Unternehmensgruppe gehörenden C AG konzipierter geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft. Gegenstand des Unternehmens der Beklagten ist nach § 2 Abs. 1 ihres Gesellschaftsvertrages (Anlage K 4) unter anderem der Erwerb und die Veräußerung von Grundbesitz sowie der Erwerb und

5

die Errichtung von Gebäuden, deren Vermietung, Verwaltung und Veräußerung. Einziges Anlageobjekt der Beklagten ist der Grundbesitz „.....“, welcher seit dem 01.03.1999 für die Dauer von zwanzig Jahren an die B1 AG verpachtet ist, die dort ein Hotel und den angrenzenden Golfplatz betreibt. Persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten sind Herr B3 sen., die Objekt D UG und die E Gesellschaft für Immobilienfonds mbH (Handelsregisterauszug der Beklagten, Anlage K 2). Die als Kommanditistin in das Handelsregister eingetragene C1 GmbH fungiert als Treuhandkommanditistin. Die Anleger konnten sich an der Beklagten entweder als Direktkommanditisten oder mittelbar über die Treuhandkommanditistin beteiligen. Die meisten der knapp 400 Anleger der Beklagten wählten die letztgenannte Variante. Auch die Klägerin ist nicht unmittelbar, sondern über die Registertreuhänderin als Treugeberin an der Beklagten beteiligt und zwar mit einem Kapitalanteil von nominal 10.225,84 EUR. Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten (im Folgenden: GV) enthält u.a. die folgenden Regelungen:

„§ 5 Rechtsstellung der treuhänderisch beteiligten Gesellschafter	6
1. Der Treuhandkommanditist erwirbt, hält und verwaltet seine Gesellschaftsbeteiligung treuhänderisch für die Treugeber, mit denen er Treuhandverträge geschlossen hat. Der Treuhandkommanditist wird seine Gesellschafterrechte im Interesse der Treugeber ausüben. Er wird dabei den Weisungen der Treugeber Folge leisten.	7
2. Im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander werden die Treugeber, für die der Treuhandkommanditist seine Gesellschaftsbeteiligung treuhänderisch hält, wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt. Dies gilt insbesondere für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, an einem Auseinandersetzungsguthaben, einem Liquidationserlös sowie für die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte.	8
3. Die Treugeber haben das Recht, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und das ihnen vom Treuhandkommanditisten durch Vollmacht überlassene Stimmrecht auszuüben.	9
§ 9 Informations- und Kontrollrechte	10
Die Kommanditisten/Treugeber haben das Recht, jederzeit die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft selbst oder durch einen Beauftragten, der von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, einzusehen sowie von den geschäftsführenden Gesellschaftern oder von den mit der Geschäftsführung beauftragten Dritten alle ihnen erforderlich erscheinenden Auskünfte zu verlangen. Entstehende Kosten trägt der Kommanditist/Treugeber.	11
§ 11 Gesellschafterversammlung	12
5. Die Gesellschafterversammlung wird durch den Vorsitzenden des Beirats, bei dessen Verhinderung durch ein anderes Beiratsmitglied geleitet. Der Leiter der Gesellschafterversammlung hat eine Versammlungsniederschrift zu bewirken und diese zu unterschreiben.	13
7. Die Gesellschafterversammlung beschließt über alle durch diesen Vertrag oder vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben. Hierzu gehören insbesondere:	14
g. Änderung des Gesellschaftsvertrages;	15
h. Änderung der Rechtsform des Unternehmens;	16

i. Übertragung des Unternehmens im Ganzen;	17
k. Auflösung des Unternehmens;	18
l. Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigen Gründen.	19
9. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung werden mit einfacher Mehrheit der anwesenden bzw. vertretenen Stimmen gefasst.... Die in Ziffer 7 Buchstabe g, h, i, k und l geregelten Maßnahmen können nur mit einer Mehrheit von drei Vierteln aller anwesenden bzw. vertretenen Stimmen gefasst werden und bedürfen außerdem der Zustimmung der Komplementäre.	20
§ 19 Auflösung der Gesellschaft	21
1. Die Gesellschaft kann mit Zustimmung der Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen der Gesellschafterversammlung zum Ende eines Geschäftsjahres aufgelöst werden, frühestens jedoch zum 31.12.2015. Im Falle einer Auflösung ist die Gesellschaft durch die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter abzuwickeln und das Gesellschaftsvermögen zu verwerten. Dabei ist der Beirat vor dem Abschluss von Verträgen über die Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis angemessen und das Interesse der Gesellschafter insgesamt gewahrt ist....	22
2. Der Erlös aus der Verwertung des Gesellschaftsvermögens wird nach Begleichung der Verbindlichkeiten den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft ihrem Kapitalkonto II gutgeschrieben. Jeder Gesellschafter erhält sodann den Saldo seiner Kapitalkonten ausgezahlt.“	23
Auch nach § 7 Ziffern 1. und 2. des Treuhandvertrages (Anlage K 3) war der Treugeber berechtigt, an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und das auf seine treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung entfallende Stimmrecht selbst auszuüben.	24
Die Beklagte finanzierte den Erwerb des Anlageobjekts u.a. mit Währungs-Hypothekendarlehen im Gegenwert von DM 25.000.000,00 auf Basis des Schweizer Franken. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird auf die Darstellung auf den Seiten 25 bis 26 in dem Verkaufsprospekt der Beklagten (Anlage K 1) verwiesen. Bei Auslaufen der vereinbarten Zinsbindung im Jahre 2008 konnte mit der Kreditgeberin (Landesbank X1) zunächst eine Prolongation mit einer Endfälligkeit bis 2009 erreicht werden. Eine Ablösung der bestehenden Darlehensverbindlichkeiten durch andere Kreditinstitute oder eine erneute Prolongation kamen aber nicht zustande. Die Landesbank X1 erklärte daraufhin die Kündigung des Darlehensvertrages. Die Darlehensverbindlichkeiten der Beklagten erhöhten sich durch eine Verschlechterung des Wechselkurses EUR/SFR nochmals um rund 15 % auf ca. 13 Mio. EUR. Die Kreditgeberin forderte die Beklagte und ihre persönlich haftenden Gesellschafter mit Schreiben vom 09.09.2015 (Bl. 63/64 GA) auf, das seit dem 12.05.2014 fällige Darlehen bis zum 23.09.2015 zurückzuzahlen. Ihre Forderung bezifferte die Kreditgeberin in diesem Schreiben auf 12.871.750,52 € zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über Basiszinssatz seit dem 10.06.2015. Das Anlageobjekt steht auf Antrag der Kreditgeberin unter Zwangsverwaltung. Der Geschäftsführung der Beklagten gelang es einen Investor zu finden, der bereit war, das Anlageobjekt zu einem Kaufpreis von 13 Mio. EUR zu erwerben.	25
Mit Schreiben vom 21.09.2015 (Anlage K 5), auf das im Einzelnen verwiesen wird, lud die Treuhandkommanditistin die Anleger zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung	26

der Beklagten am 13.10.2013 ein. Sie teilte darin unter anderem mit, dass weder eine Umfinanzierung des Objekts noch eine Einigung mit der finanzierenden Bank habe erreicht werden können und zur Vermeidung der Insolvenz entweder das Objekt verkauft oder das Bankdarlehen durch Gesellschafterdarlehen abgelöst werden müsse. Für den letztgenannten Fall habe die B1 AG einen neuen Pachtvertrag angeboten, eine entsprechende Modellrechnung war beigelegt. Die Darlehensverbindlichkeiten beliefen sich aktuell auf rund 13 Mio. EUR. Es liege ein bis zum 07.11.2015 befristetes notarielles Kaufangebot in Höhe von 13.000.000,00 EUR vor. Nach Verkauf und Ausgleich aller Verbindlichkeiten werde die verbleibende Liquidität an die Gesellschafter ausgeschüttet. Die in dem Einladungsschreiben angekündigten Tagesordnungspunkte waren:

- „1. Gesellschafterdarlehen 27
- 2. Beschluss über den Verkauf des Fondsobjekts“ . 28

Der Einladung war ein Antwortbogen (Anlage K 6) beigelegt, auf dem Vollmachten und Weisungen zur Abstimmung hinsichtlich der Beschlussfassung erteilt werden konnten und der jeweilige Gesellschafter sich dazu erklären sollte, ob er bereit sei, der Beklagten ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von mindestens 130 % der gehaltenen Nominalbeteiligung zur Ablösung der bestehenden Dauerfinanzierung zur Verfügung zu stellen. In der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten am 13.10.2015 stimmten ausweislich des Protokolls (Anlage K 7) 66,61 % der Gesellschafter gegen die Gewährung von Gesellschafterdarlehen und 8,29 % dafür. Die Zustimmung zum Objektverkauf erteilten 48,16 % der Gesellschafter, 47,17 % stimmten mit „Nein“, 4,67 % der Gesellschafter enthielten sich. 29

Die Beklagte verkaufte das Anlageobjekt in der Folgezeit an den erwähnten Investor, der sich jedoch mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befindet. Das Darlehen ist von der Kreditgeberin nochmals gestundet worden. 30

Wegen des Sachverhalts im Übrigen wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil verwiesen, soweit diese den in diesem Urteil getroffenen Feststellungen nicht widersprechen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. 31

Die Klägerin hat sich mit ihrer am 14.01.2016 bei Gericht eingegangenen Klage gegen den im Antrag näher bezeichneten Beschluss der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gewandt und ausgeführt, dieser sei formal und inhaltlich unwirksam. Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, aufgrund der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages als Treugeberin wie ein Gesellschafter zur Klage berechtigt zu sein. Die Beklagte habe ihr keine vollständige Einsicht in die Unterlagen gewährt. Da die Anlegerliste nicht vorgelegt worden sei, habe nicht überprüft werden können, ob alle Gesellschafter ordnungsgemäß geladen worden seien. Mit dem angegriffenen Beschluss würden die Vorschriften zur Liquidation der Gesellschaft, für die eine qualifizierte Mehrheit erforderlich sei, umgangen. Die Übertragung der Fondsanteile entspreche wirtschaftlich betrachtet einer Übertragung des Unternehmens als Ganzes. Wegen des Verkaufs des gesamten Gesellschaftsvermögens sei entsprechend § 179a AktG die einfache Mehrheit nicht ausreichend. Der Beschluss sei auch beurkundungsbedürftig gewesen. Dem Verkauf sei zudem keine ordnungsgemäße Wertermittlung vorangegangen; es liege weder ein Wertgutachten vor noch sei eine Ausschreibung erfolgt. Der Verkauf sei auch nicht alternativlos gewesen. Die Gesellschafter hätten vielmehr die Rückforderung von Ausschüttungen/Entnahmen beschließen können und müssen. Den Gesellschaftern hätte die Zustimmung zum Verkauf nicht durch die Verweisung auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs 32

aus dem Jahr 1959 abverlangt werden dürfen. Den Anwesenden sei der Eindruck vermittelt worden, sie würden sich persönlich schadenersatzpflichtig machen, wenn sie nicht so abstimmen wie die Geschäftsführung vorschläge. Das habe dazu geführt, dass Anleger mit Vollmachten von anderen Anlegern sich reihum unterbevollmächtigt hätten, weil niemand die Verantwortung und die persönliche Schadenersatzpflicht für vermeintliche FehlAbstimmungen habe übernehmen wollen.

Die Klägerin hat beantragt, 33

festzustellen, dass folgender zu Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen  
Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gefasste Beschluss nichtig ist: 34

„Die Geschäftsführung der F KG wird hiermit ermächtigt und angewiesen, das Fondsobjekt in  
X2 zu veräußern.“; 35

hilfsweise den oben bezeichneten, zu dem Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen  
Gesellschafterversammlung vom 13.10.2015 gefassten Beschluss für nichtig zu erklären. 36

Die Beklagte hat beantragt, 37

die Klage abzuweisen. 38

Die Beklagte hat im Wesentlichen geltend gemacht, die Klage sei unzulässig. Da die Klägerin 39  
nicht Gesellschafter sei, habe sie kein Klagerecht. Eine fehlerhafte Ladung zur  
Gesellschafterversammlung sei nicht dargelegt worden. Der Beschluss sei auch inhaltlich  
nicht zu beanstanden. Die einfache Mehrheit sei ausreichend gewesen, weil über den  
Beschluss nicht mittelbar über die Liquidation der Beklagten entschieden worden sei. Der  
Verkauf von Grundstücken entspreche ausdrücklich dem Gesellschaftszweck. Aus der  
analogen Anwendung von § 179a AktG folge lediglich die Notwendigkeit einer Entscheidung  
der Gesellschafterversammlung und keine qualifizierte Mehrheit. Jedenfalls seien die Nein-  
Stimmen nicht zu berücksichtigen, weil sie angesichts des aktuellen Liquiditätsbedarfs  
treuwidrig gewesen seien. Die Rückforderung von Einlagen hätte das Liquiditätsproblem nicht  
gelöst, weil die Entnahmen 13.000.000,00 € nicht erreicht hätten.

Das Landgericht hat die Feststellungsklage als zulässig, aber unbegründet abgewiesen und - 40  
soweit für das Berufungsverfahren von Bedeutung - ausgeführt, der Gesellschafterbeschluss  
vom 13.10.2015 sei weder formell noch materiell fehlerhaft. Ladungsmängel lägen nicht vor.  
Der Beschluss sei mit der erforderlichen Mehrheit gefasst worden. Er habe nicht mit einer  
Mehrheit von 3/4 aller anwesenden oder vertretenen Stimmen gefasst werden müssen, weil  
die Gesellschafter keinen Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft im Sinne des § 11  
Ziffer 7. k. gefasst hätten. Die Gesellschafter hätten weder über die Auflösung der  
Gesellschaft noch über die Verteilung des Liquidationserlöses abgestimmt. Beschlossen  
worden sei lediglich die Ermächtigung und Anweisung der Geschäftsführung zum Verkauf  
des Fondsobjekts. Beschlüsse über die Verteilung des Erlöses seien nicht gefasst worden.  
Die Geschäftsführung habe in der Ladung lediglich angekündigt, die nach Verkauf des  
Anlageobjekts und Ausgleich aller Verbindlichkeiten verbleibende Liquidität an die  
Gesellschafter auszuschütten, ohne dass dies zur Abstimmung gestellt worden sei. Der  
Verkauf der einzigen Fondsimmoblie sei weder rechtlich noch tatsächlich einer Auflösung der  
Gesellschaft oder einer Übertragung des Unternehmens im Ganzen gleich zu stellen, hierzu  
seien noch weitere Beschlüsse erforderlich. Aus § 8 Ziffer 4. in Verbindung mit § 11 Ziffer 9.  
GV sei zu schließen, dass der Beschluss über die Veräußerung der Fondsimmoblie mit  
einfacher Mehrheit möglich sein solle, da er ansonsten in die Aufzählung der Beschlüsse, die

einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, hätte aufgenommen werden müssen. Nach dem Verkaufsprospekt (Anlage K 1) habe die Beklagte trotz des weitergefassten Gesellschaftszwecks lediglich ein Anlageobjekt finanzieren und verwalten sollen, so dass auch nur der Verkauf dieses einen Objekts zu erwarten gewesen sei. Wenn für die Entscheidung hierüber eine qualifizierte Mehrheit gewünscht gewesen wäre, hätte es nahegelegen, dies in § 11 Ziffer 7. und 9. GV aufzunehmen. Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit ergebe sich auch nicht aus der entsprechenden Anwendung von § 179a AktG. Dieser sei zwar auf Personengesellschaften wie eine KG anwendbar, hieraus folge aber nicht, dass der Beschluss auch einer Dreiviertelmehrheit gemäß § 179 Abs. 2 AktienG bedürfe. Der BGH habe wegen der weitreichenden Auswirkungen einer solchen Veräußerung die Zustimmung der Gesellschafterversammlung für erforderlich gehalten, aber nicht dazu Stellung genommen, ob diese mit der Dreiviertelmehrheit des § 179 Abs. 2 AktienG zu erfolgen habe. Der BGH sei davon ausgegangen, dass die Veräußerung nicht von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer gedeckt sei. Daraus folge aber nicht, dass über die Zustimmung der Gesellschafterversammlung hinaus eine qualifizierte Mehrheit erforderlich wäre. Bei einem geschlossenen Immobilienfonds wie der Beklagten sei keine qualifizierte Mehrheit für die Zustimmung zur Veräußerung geboten. Nach dem Gesamtzusammenhang des Gesellschaftsvertrages und des Verkaufsprospekts seien der Erwerb und die Bewirtschaftung des Hotels von vornherein der Schwerpunkt der gesellschaftlichen Betätigung gewesen. Die Beklagte habe auch mit steuerlichen Vorteilen für die Anleger geworben. Dass nach einer gewissen Zeit die steuerlichen oder sonstigen Vorteile der Anlage erschöpft sein könnten und deshalb zu entscheiden sein würde, wie weiter zu verfahren ist, sei dieser Anlageform immanent. Ebenso sei von vornherein klar gewesen, dass eine der in Betracht kommenden Handlungsmöglichkeiten die Veräußerung der einzigen Immobilie sein würde und damit die weitere Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich werden würde. Wenn dennoch keine Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden sei, nach der die Entscheidung über die Veräußerung der Fondsimmoblie nur mit qualifizierter Mehrheit erfolgen könnte, folge daraus, dass alle Beteiligten die einfache Mehrheit für ausreichend gehalten hätten. Diese sei erreicht worden. Der Gesellschafterbeschluss habe nicht der notariellen Beurkundung bedürft. Eine dies rechtfertigende Grundlage fehle. Die von der Klägerin vorgelegten Entscheidungen enthielten keine Ausführungen dazu, dass dieser Vorgang beurkundungsbedürftig sei. Der Beschluss sei auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Er verstoße weder gegen das Gesetz noch gegen den Gesellschaftsvertrag.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihre Anträge weiterverfolgt und die Verletzung materiellen Rechts rügt. Die Klägerin meint, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, aus der - auch von ihm bejahten - analogen Anwendbarkeit des § 179a AktG ergebe sich nicht die Notwendigkeit einer qualifizierten Mehrheit. Die Frage, ob bei Grundlagenentscheidungen von Gesellschaftern einer Publikumsgesellschaft in analoger Anwendung von § 179a i.V.m. § 179 Abs. 2 AktG eine Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Gesellschafterstimmanteils erforderlich sei, sei strittig. Die analoge Anwendung sei jedenfalls dann geboten, wenn der Gesellschaftsvertrag zur Beschlussmehrheit keine konkrete Regelung enthalte. Soweit das Landgericht seine Würdigung mit dem Gesamtzusammenhang des Gesellschaftsvertrages und des Verkaufsprospekts begründet habe, fehle es an einer Auseinandersetzung mit den konkreten gesellschaftsvertraglichen Regelungen. Nach § 11 Ziffer 7 lit. i) i.V.m. Ziffer 9 müsse die Übertragung des Unternehmens im Ganzen mit einer Mehrheit von 75 % durch die Gesellschafterversammlung beschlossen werden. Es fehle auch eine Befassung mit dem in § 2 des Gesellschaftsvertrages geregelten Unternehmensgegenstand der Beklagten. Bei zutreffender Würdigung der Regelungen wäre das Landgericht, so die Klägerin, zu dem

Ergebnis gekommen, dass der einzige Unternehmensvermögenswert mit der Gesellschafterbeschlussfassung habe veräußert werden sollen und die Beklagte nach der Veräußerung als Vermögenswert nur noch Guthaben auf dem Bankkonto haben würde. Es sei auch nicht beabsichtigt gewesen, weiteres Grundvermögen zu erwerben. Es habe der einzige Vermögenswert liquidiert werden sollen. Der vereinbarte Gesellschaftszweck habe, wovon auch das Landgericht ausgegangen sei, nach der Beschlussfassung nicht mehr verwirklicht werden können. Die Veräußerung der einzigen Fondsimmoblie stelle damit einen Fall der Übertragung eines Unternehmens im Ganzen dar wie auch eine quasi-Änderung des Unternehmensgegenstandes. Mit der Entscheidung werde in den Kernbereich der Gesellschafter eingegriffen, da mit der Veräußerung der Immobilie auch die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und somit die Gewinnerzielung entfielen.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 130 AktG und 53 Abs. 2 GmbHG. Zwar stelle die Veräußerung eines Grundstücks keine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar. Aus § 53 Abs. 2 GmbHG folge jedoch, dass ein grundlegende Fragen betreffender Gesellschafterbeschluss notariell beurkundet werden müsse. Dies lasse sich auf Grundlagengeschäfte übertragen. Eine Gesellschaft sei unabhängig von ihrer konkreten Rechtsform vor solchen Grundlagengeschäften zu schützen, die ihren Bestand betreffen.

42

Unter Bezugnahme auf die mit Beschluss vom 23.10.2017 (Bl. 203 ff. GA) erteilten rechtlichen Hinweise führt die Klägerin ergänzend aus, die angebliche Alternativlosigkeit habe sich deswegen ergeben, weil die Fondsgeschäftsführung sich „schlafwandelnd“ in diese Situation begeben habe. In der Praxis sei festzustellen, dass Fondsgeschäftsführungen gerne auf Alternativlosigkeit der jeweiligen zur Entscheidung gestellten Abstimmungspunkte verwiesen und die Anleger zur Zustimmung „zwängen“. In der Rechtsprechung seien jedoch sehr wohl alternative Sanierungsmöglichkeiten wie das Ergreifen von Eigenkapitalmaßnahmen anerkannt, bevor über den Objektverkauf zugleich die Auflösung des Fonds betrieben werde. Auch wenn der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung dazu enthalte, so sei doch bei dessen verständiger Auslegung zur Regelung über die Beschlussfassung zur Ausschüttungsrückforderung ein gegenläufiger Beschluss als sog. actus contrarius möglich. Eine Rückforderungsmöglichkeit für die Fondsgesellschaft könne sich auch aus der Bilanzierung einer Forderung gegenüber dem Gesellschafter ergeben. Schließlich könne sich eine Sanierungsmöglichkeit aus den anerkannten Rechtsprechungsgrundsätzen zu „Sanieren oder Ausscheiden“ ergeben. Für eine Sanierungsverpflichtung und eine anteilige Fehlbetragshaftung des Kommanditisten habe sich etwa das OLG Karlsruhe (Urt. v. 22.04.2016 - 4 U 226/15) ausgesprochen. Nach Auffassung des Kammergerichts (Urt. v. 06.12.2016 – 21 U 110/14) sei der Gesellschafter nicht aus gesellschaftlicher Treue verpflichtet, dem „Sanieren oder Ausscheiden“ zuzustimmen, sondern greife die Treuepflicht erst ein, wenn dies durch satzungsändernde Mehrheit eingeführt sei. Auch sei zu berücksichtigen, dass ein Liquidator weitreichende Handlungsmöglichkeiten hätte, einen Verkauf optimal für die Gesellschaft zu gestalten. Nach alledem könne der dringende Kapitalbedarf anders als durch eine alsbaldige Veräußerung des Fondsobjekts an den Investor befriedigt werden. Die vergangenen zwei Jahre hätten mit den genannten alternativen Sanierungskonzepten erfolgreicher gestaltet werden können. Die Wahl der Geschäftsführung, den Verkauf (ohne Transparenz, ohne Ausschreibungsverfahren) zu betreiben, dies im Nachhinein als alternativlos darzustellen und von den Anlegern genehmigen zu lassen, sei wohl nicht die beste aller Möglichkeiten und jedenfalls nicht alternativlos gewesen.

43

44

Die Klägerin beantragt (sinngemäß),

unter Abänderung des am 11.11.2016 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf (39 O 45 3/16) festzustellen, dass folgender zu Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 gefasste Beschluss nichtig ist:

„Die Geschäftsführung der F KG wird hiermit ermächtigt und angewiesen, das Fondsobjekt in X2 zu veräußern.“; 46

hilfsweise den oben bezeichneten, zu dem Tagesordnungspunkt 2 in der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 13.10.2015 gefassten Beschluss für nichtig zu erklären. 47

Die Beklagte beantragt, 48

die Berufung zurückzuweisen. 49

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie nimmt Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und wiederholt ihre Auffassungen, wonach die Klage mangels 50  
Gesellschafterstellung der Klägerin bereits unzulässig sei und der Beschluss einstimmig gefasst worden sei, da die Nein-Stimmen wegen der Treuwidrigkeit dieser Stimmabgabe nicht zu zählen seien. Die Beklagte meint, es gebe keinen Beleg dafür, dass es „streitig“ sei, dass dann, wenn Regelungen in der Satzung der Personengesellschaft fehlten, automatisch eine  $\frac{3}{4}$  Mehrheit erforderlich sei. Zum anderen enthalte ihre Satzung eine Regelung, nach welcher Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst würden, sofern nicht besondere Beschlussgegenstände betroffen seien. Die Veräußerung der Immobilie falle nicht unter diese Beschlussgegenstände. Soweit die Klägerin rüge, das Landgericht habe die Satzung in § 2 nicht hinreichend gewürdigt, ergebe sich aus einer Würdigung, dass die Veräußerung der einzigen Immobilie vom Geschäftszweck mit umfasst sei. Die Auffassung der Klägerin zu der Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung habe das Landgericht zu Recht in sieben Zeilen zurückgewiesen. Es gebe soweit ersichtlich niemanden außer der Klägerin, der die Auffassung vertrete, ein solcher Beschluss müsse notariell beurkundet werden.

Zur Vervollständigung des Vorbringens der Parteien zum Sach- und Streitstand wird auf die 51  
gewechselten Schriftsätze samt Anlagen, den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 26.10.2017 und die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen verwiesen.

## II. 52

Die Berufung ist nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass die 53  
Nichtigkeit des zu Top 2 (Zustimmung zum Objektverkauf) gefassten Beschlusses der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 festgestellt wird. Die Klage ist zulässig (dazu unter 1.), aber unbegründet. Der Beschluss unterlag zwar nicht der allgemeinen gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel, sondern hätte einer Dreiviertelmehrheit bedurft (dazu unter 2.). Der Klägerin ist aber die Berufung auf die Unwirksamkeit des Beschlusses verwehrt, weil sie aufgrund ihrer gesellschafterlichen Treuepflicht verpflichtet gewesen wäre, für die Veräußerung des Fondsobjekts zu stimmen (dazu unter 3.). Der Beschluss ist auch nicht deshalb nichtig, weil er nicht notariell beurkundet worden ist (dazu unter 4.).

1. Die Berufung ist nicht schon deshalb unbegründet, weil die Klage unzulässig wäre. 54

a) Die Klägerin ist als sog. Quasi-Gesellschafterin aktivlegitimiert. Nach ständiger 55  
Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können im Falle einer offenen oder qualifizierten

Treuhand gerade bei der treuhänderischen Zusammenfassung zahlreicher Geldgeber die an der Gesellschaft Beteiligten ihr gesellschaftlicher Innenverhältnis so gestalten, als ob die Treugeber selbst Gesellschafter wären. Ein solches Vertragsverhältnis ist regelmäßig anzunehmen, wenn die mittelbare Beteiligung noch zu werbender Anleger und damit eine Verzahnung von Gesellschaft und Treuhand im Gesellschaftsvertrag von vorneherein vorgesehen ist und im Hinblick darauf bestimmte Rechte und Pflichten der Anleger schon im Gesellschaftsvertrag geregelt sind (BGH, Urt. v. 11.10.2011 – II ZR 242/09, WM 2011, 2327 ff., Tz. 16 m.w.N.). Aufgrund der Verzahnung von Gesellschafts- und Treuhandvertrag hat auch die Klägerin im Innenverhältnis zur Beklagten die Stellung einer unmittelbaren Gesellschafterin inne. Es handelt sich bei der Beziehung zwischen den Treugebern und der Gesellschaft nicht um ein einfaches Treuhandverhältnis, sondern um eine von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung. Dem Fondsprospekt (Anlage K 1) ist zu entnehmen, dass sich die Anleger mittelbar über die Treuhandkommanditistin oder unmittelbar als Direktkommanditist beteiligen können (Seite 9 des Prospekts unter „Rechtsstellung des Anlegers“). Dort wird auch darauf hingewiesen, dass die Treugeber im Innenverhältnis wie Direktkommanditisten behandelt werden und jederzeit die Eintragung in das Handelsregister verlangen können. Dem entsprechen die diesbezüglichen Bestimmungen im Gesellschafts- und im Treuhandvertrag. Nach § 5 Ziffer 2. GV (Anlage K 4) werden die Treugeber im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander wie unmittelbar beteiligte Gesellschafter behandelt, was insbesondere für die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, am Gewinn und Verlust, an einem Auseinandersetzungsguthaben, einem Liquidationserlös sowie für die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte gilt. Demgemäß wird im Gesellschaftsvertrag insoweit nicht zwischen Treugebern und Direktkommanditisten differenziert. So können Kommanditisten oder Treugeber, die insgesamt mehr als 10 % des eingezahlten Kommanditkapitals repräsentieren, nach § 11 Ziffer 2. GV die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung verlangen und erfolgen etwa die auf treuhänderisch gehaltene Beteiligungen entfallenden Ausschüttungen gemäß § 14 Ziffer 5. GV in Abstimmung mit dem Treuhandkommanditisten unmittelbar an den Treugeber. Dieser hat auch gemäß § 18 Ziffer 1. des GV im Falle des Ausscheidens das Auseinandersetzungsguthaben zu beanspruchen. Hinzu tritt, dass die Pflicht zur Einzahlung der Einlage gegenüber der Gesellschaft nach § 4 Ziffer 1. des Treuhandvertrages (Anlage K 3) den Treugeber unmittelbar trifft und dass die Treugeber nach den Regelungen unter § 7 des Treuhandvertrages berechtigt sind, ihre Rechte in der Gesellschafterversammlung selbst auszuüben.

**b)** Der Gesellschafter einer Personengesellschaft hat grundsätzlich ein Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses (vgl. nur BGH, Urt. v. 09.04.2013 – II ZR 3/12, ZIP 2013, 1021), sodass auch für die von der Klägerin als sog. Quasi-Gesellschafterin erhobene Klage das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist.

56

**c)** Das Landgericht ist zutreffend auch von der Passivlegitimation der Beklagten, die ihren diesbezüglichen Einwand im Berufungsverfahren nicht wiederholt hat, ausgegangen. Die Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung einer Personengesellschaft wird zwar grundsätzlich durch Feststellungsklage gegen die Mitgesellschafter geltend gemacht. Anderes gilt aber dann, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass der Streit mit der Gesellschaft auszutragen ist (kapitalgesellschaftsrechtliches System). Zwar enthält der objektiv auszulegende Gesellschaftsvertrag der Beklagten keine Regelung, die ausdrücklich besagt, dass eine Klage zur Überprüfung der Wirksamkeit eines Beschlusses gegen die Gesellschaft zu richten ist. Den Willen der Gesellschafter, einen solchen Streit nicht untereinander, sondern unmittelbar mit der Beklagten auszutragen, hat das Landgericht

57

allerdings mit Recht dem Umstand entnommen, dass nach § 15 Ziffer 3. des Gesellschaftsvertrages auch eine Kündigung unmittelbar an die Gesellschaft und nicht etwa an die Mitgesellschafter zu richten ist. Angesichts des gleichzeitigen Fehlens von Bestimmungen zur Überprüfbarkeit von Beschlüssen und der Vielzahl von einander persönlich unbekanntem knapp 400 Gesellschaftern dürfte dies für die Feststellung der Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Systems ausreichen (vgl. dazu etwa BGH, Urt. v. 19.07.2011 – II ZR 153/09, ZIP 2011, 1906; Urt. v. 01.03.2011 – II ZR 83/09, ZIP 2011, 806).

**2.** Der Beschluss der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 zu Top 2 konnte nicht wirksam mit einfacher Mehrheit gefasst werden, §§ 161, 119 Abs. 2 HGB i.V.m. § 11 des Gesellschaftsvertrages der Beklagten. Der Beschluss betraf keine der allgemeinen Mehrheitsklausel unterfallende Maßnahme [dazu unter **a)**], sondern hätte einer qualifizierten Mehrheit von drei Vierteln der anwesenden oder vertretenen Stimmen bedurft [dazu unter **b)**]. 58

**a)** Grundsätzlich gilt für alle Beschlussgegenstände, da das gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip (§ 119 Abs. 1 HGB) - auch für Vertragsänderungen und ähnliche die Grundlagen der Gesellschaft berührende oder in Rechtspositionen der Gesellschafter eingreifende Maßnahmen - grundsätzlich dispositiv ist (§ 119 Abs. 2 HGB), dass es den Gesellschaftern im Rahmen der Privatautonomie freisteht, sich dahin zu einigen, ob und in welchem Umfang das starre, praktischen Erfordernissen oftmals nicht gerecht werdende Einstimmigkeitsprinzip durch das Mehrheitsprinzip ersetzt wird (BGH, Urt. v. 21.10.2014 - II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Tz. 16). Entscheidend für das wirksame Fassen des Beschlusses ist demnach, ob im Gesellschaftsvertrag für den Beschlussgegenstand „Veräußerung des Fondsobjekts“ eine Entscheidung durch die Mehrheit vorgesehen ist. Dabei kommt dem sogenannten Bestimmtheitsgrundsatz für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zu, wie der Bundesgerichtshof in der soeben zitierten Entscheidung vom 21.10.2014 ausdrücklich und ausführlich klargestellt hat (BGH a.a.O. Tz. 14 unter Hinweis auf sein Urt. v. 16.10.2012 - II ZR 239/11, ZIP 2013, 65 Rn. 15). Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags ist der frühere Bestimmtheitsgrundsatz auch nicht in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen sind oder Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, jedenfalls von allgemeinen Mehrheitsklauseln, die außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurden, regelmäßig nicht erfasst werden. Eine solche Auslegungsregel findet im Gesetz keine Stütze (BGH a.a.O.). Da sich die durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags vorzunehmende Feststellung, ob im konkreten Fall für die formelle Legitimation eines Beschlusses eine Mehrheitsentscheidung genügt, nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen richtet, kann sich die Mehrheitsbefugnis aus jeder Vereinbarung der Gesellschafter ergeben, die einer dahingehenden Auslegung zugänglich ist, also von der ausdrücklichen Anführung des betreffenden Beschlussgegenstands in einem Katalog von Beschlussgegenständen über eine umfassende oder auslegungsfähige Mehrheitsklausel im (schriftlichen) Gesellschaftsvertrag bis hin zu einer konkludenten Vereinbarung der Mehrheitszuständigkeit (BGH a.a.O.). 59

**aa)** Die Beklagte ist eine Publikumsgesellschaft, da sie auf den (mittelbaren) Beitritt einer Vielzahl erst noch zuwerbender Geldanleger aufgrund eines vorformulierten Gesellschaftsvertrages angelegt ist und die schon erworbenen Anleger bei der Auswahl der weiteren Anleger nicht mitwirken. Die Auslegung ihres Gesellschaftsvertrages hat objektiv zu erfolgen (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 09.06.2015 – II ZR 420/13, NZG 2015, 995 Tz. 25). 60

**bb)** Nach dem bei der objektiven Auslegung des Gesellschaftsvertrags der Beklagten zugrunde zu legenden Sachverhalt bedurfte der Beschluss nicht der einfachen, sondern der qualifizierten Mehrheit. Zwar unterfällt der Beschlussgegenstand keinem der Katalogtatbestände des § 11 Ziffern 7. und 9. [dazu unter **aaa)**]. Nach dem Verständnis eines rechtlich nicht vorgebildeten Anlegers ist der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise aber so zu verstehen, dass eine Entscheidung über die Veräußerung des Fondsobjekts nicht unter die allgemeine Mehrheitsklausel fällt, sondern einer qualifizierten Mehrheit bedarf [dazu unter **bbb)**]. Jedenfalls ergibt sich dieses Mehrheitserfordernis aus einer analogen Anwendung von § 179a AktG [dazu unter **ccc)**]. 61

**aaa)** Nach dem Wortlaut der Mehrheitsklausel (§ 11 Ziffer 9. S. 1 und S. 3 GV), von dem bei der Auslegung auszugehen ist, erfolgen die Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der anwesenden bzw. vertretenen Stimmen, wenn der Beschluss keine der in Ziffer 7. aufgeführten Maßnahmen betrifft. Das dispositive gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip soll demnach in dem gesetzlich zulässigen Rahmen und - vorbehaltlich ausdrücklich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag - grundsätzlich durch das Mehrheitsprinzip ersetzt werden. Der Gesellschaftsvertrag enthält neben der allgemeinen Regelung in § 11 Ziffer 9. S. 1 aber auch Regelungen, die für eine Beschlussfassung ausdrücklich eine andere als die einfache Mehrheit verlangen, nämlich in § 11 Ziffer 9. S. 4 für die „in Ziffer 7. Buchstabe g, h, i, k und l geregelten Maßnahmen“. Danach bedürfen Beschlüsse zur Änderung des Gesellschaftsvertrags oder der Rechtsform des Unternehmens einer Mehrheit von drei Vierteln aller anwesenden bzw. vertretenen Stimmen. Gleiches gilt für Beschlüsse zur Übertragung des Unternehmens im Ganzen, die Auflösung des Unternehmens und den Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigen Gründen. 62

Mit dem Beschluss vom 13.10.2015 wird keine Änderung des Gesellschaftsvertrages i.S.v. § 11 Ziffer 7. lit. g. GV vorgenommen. Gegenstand des Unternehmens ist nach § 2 GV ungeachtet der auf ein bestimmtes Objekt hinweisenden Firma der Beklagten nicht ausschließlich das Halten des Eigentums an dem in X2 gelegenen Grundbesitz und die Verpachtung der Fondsimmoblie an die B1 AG. Die Veräußerung des Fondsobjekts führt daher nicht zwangsläufig zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks, die einer entsprechenden Zustimmung der Gesellschafter bedürfte. Daraus folgt auch, dass mit der Veräußerung des Fondsobjekts unabhängig davon, ob die Beklagte zur Fortführung ihrer auf das Objekt verweisenden Firma berechtigt wäre oder nicht, keine Übertragung des Unternehmens im Ganzen i.S.v. § 11 Ziffer 7 lit. i. GV verbunden ist. Anders als in der allseits in Bezug genommenen BGH-Entscheidung vom 09.01.1995 (II ZR 24/94, NJW 1995, 596), bei der es um den Betrieb eines bestimmten Nachtclubs ging, bedeutet die Veräußerung des Fondsobjekts hier (noch) nicht die Einstellung des Geschäftsbetriebs und ist auch (noch) nicht zwangsläufig mit dem Verlust der Eigenschaft als werbendes Unternehmen verbunden. Theoretisch könnten die Gesellschafter beschließen, eine andere Immobilie oder, was ebenfalls satzungskonform wäre, Wertpapiere zu erwerben. Mit Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass der Beschluss vom 13.10.2015 formal nicht die Auflösung der Gesellschaft i.S.v. § 11 Ziffer 7. lit. k. betrifft. Dass die Veräußerung des Fondsobjekts der Sache nach zwar mehr oder weniger zwangsläufig auf eine spätere Auflösung hinausläuft, hat zutreffend schon das Landgericht erkannt. Dies ändert aber nichts daran, dass die beabsichtigte Veräußerung weder rechtlich noch tatsächlich einer Auflösung der Beklagten gleichzustellen ist. 63

**bbb)** Daraus, dass der Gesellschaftsvertrag für die Beschlussfassung über die Veräußerung des Fondsobjekts - mit Ausnahme der die Auflösung der Gesellschaft betreffenden 64

Bestimmungen in § 19 - keine ausdrückliche Regelung enthält, lässt sich mit Blick auf die neuere BGH-Rechtsprechung aber auch nicht darauf schließen, dass der Beschluss dem gesetzlichen Einstimmigkeitsprinzip oder aber der allgemeinen Mehrheitsklausel unterworfen wäre. Die Regelungen sind vielmehr, insbesondere unter Berücksichtigung des Zusammenspiels von § 19 und § 11 Ziffer 7. GV, dahin auszulegen, dass die Zustimmung zu einer Veräußerung des Fondsobjekts stets einer drei Viertel-Mehrheit bedarf. Dieses Verständnis liegt umso näher, wenn die Vergleichbarkeit der Sachverhalte und der Intensität der mit den aufgeführten Maßnahmen verbundenen Eingriffe in Gesellschafterrechte und den Bestand der Gesellschaft bedacht wird. Gegen eine Auslegung in dem von der Beklagten genannten Sinn sprechen aber auch die sich bei einem von dem des Senats abweichenden Verständnis ergebenden Umgehungsmöglichkeiten. Ein verständiger Gesellschafter würde bei Lektüre des Gesellschaftsvertrages nicht annehmen, dass der Beschluss über die Veräußerung des einzigen Vermögensgegenstandes der Gesellschaft dann keiner qualifizierten Mehrheit bedürfen und nur der allgemeinen Mehrheitsklausel unterfallen soll, wenn er außerhalb des Auflösungsverfahrens nach § 19 des Gesellschaftsvertrages gefasst wird. Der Senat setzt sich mit diesem Verständnis auch nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des OLG Köln (Urt. v. 04.09.2012 – 15 U 27/12, zitiert nach juris), dem ausweislich der Gründe eine gänzlich anderslautende gesellschaftsvertragliche Bestimmung zugrunde liegt, nach welcher der Verkauf der dort in Aussicht genommenen Fondsimmoblie ausdrücklich nur der einfachen Mehrheit der Stimmen bedurfte.

**ccc)** Die Berufung beruft sich aber auch mit Erfolg auf eine analoge Anwendung von § 179a AktG, woraus sich ebenfalls das Erfordernis einer drei Viertel-Mehrheit ergibt. 65

**(1)** Die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung sind gegeben. Nach § 11 Ziffer 7. GV entscheidet die Gesellschafterversammlung auch über die ihr vom Gesetz zugewiesenen Aufgaben. Dass die Gesellschafter insofern eine abschließende Regelung ihrer Zuständigkeiten und der jeweils erforderlichen Mehrheiten treffen wollten, ist daher nicht anzunehmen. Eine analoge Anwendung von § 179a AktG auf Personengesellschaften, die ganz überwiegend angenommen wird (BGH a.a.O.; Seibt in Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rn. 4 m. w. N.; Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 126 Rn. 4 und § 114 Rn. 5 jeweils m. w. N.; HabersackGroßkomm. HGB, 5. Aufl. 2009, § 126 Rn. 16 m.w. N.; Leitzen NZG 2012, 491 u.a.), kommt nach dem Dafürhalten des Senats jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag, wie hier, zu den Mehrheitserfordernissen bei dem in Rede stehenden Beschlussgegenstand keine Regelung enthält. Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 09.01.1995 (II ZR 24/94) ist zu entnehmen, dass er den Rechtsgedanken von § 361 Abs. 1 AktG (heute § 179a AktG) in einem Fall der Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens i. S. d. (aufgehobenen) § 419 BGB für entsprechend anwendbar gehalten und daraus gefolgert hat, die mit der Veräußerung des von der dortigen Gesellschaft betriebenen Unternehmens verbundene Umgestaltung der Gesellschaft sei von der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter nicht gedeckt, es bedürfe deshalb zur Wirksamkeit des Vertrages eines Gesellschafterbeschlusses (Tz. 7). Der Entscheidung sind - ihrem Streitgegenstand geschuldet - Feststellungen zu dem Inhalt des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages zwar nicht zu entnehmen. Auch hat sich der Bundesgerichtshof nicht dazu geäußert, ob die von ihm für erforderlich gehaltene Beschlussfassung der Mehrheit des § 361 AktG (jetzt § 179a AktG) bedarf. Entgegen der Auffassung des Landgerichts, das sich insofern wohl der Ansicht des OLG Köln (Urt. v. 04.09.2012 – 15 U 27/12, Tz. 45/zitiert nach juris) angeschlossen hat, lässt dies aber nicht mit der zu fordernden Gewissheit darauf schließen, dass für einen solchen Beschluss generell keine qualifizierte Mehrheit erforderlich wäre. Nach dem Verständnis des Senats spricht die vom Bundesgerichtshof für geboten erachtete 66

Anwendung des Rechtsgedankens von § 361 Abs. 1 AktG a.F. auch ohne ausdrückliche Klarstellung dafür, das Mehrheitserfordernis auf das Personengesellschaftsrecht anzuwenden. Denn abgesehen davon, dass der dortige Sachverhalt eine Befassung mit Mehrheitserfordernissen nicht erforderte, weil es an einer Beschlussfassung gänzlich fehlte, lässt sich der Rechtsgedanke der Vorschrift nicht auf die bloße Befassung der Hauptversammlung beschränken. Er umfasst nach deren Sinn und Zweck vielmehr auch und gerade das darin statuierte qualifizierte Mehrheitserfordernis. Der Zweck der Vorschrift besteht im Schutz der Vermögensinteressen, der u.a. durch das Mitwirkungserfordernis verwirklicht werden soll. Daneben wird die Dispositionsfreiheit der Aktionäre geschützt, indem sie vor einer ungewollten Preisgabe des Gesellschaftsvermögens und damit der Grundlagen der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft durch deren Verwaltung bewahrt werden sollen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es des Weiteren, die Einbindung der Hauptversammlung auch dann sicherzustellen, wenn die Vermögensübertragung nicht schon aus anderen Gründen eines Hauptversammlungsbeschlusses mit qualifizierter Mehrheit bedarf (vgl. zu alledem nur Seibt in Schmidt, K./Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a AktG Rn. 2 u. 5). Da die Vermögensinteressen und die Dispositionsfreiheit der Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften in einer vergleichbaren Situation nicht minder schutzbedürftig sind, kann nicht zweifelhaft sein, dass sich die entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens der Vorschrift nicht auf die bloße Befassung der Gesellschafterversammlung mit der beabsichtigten Maßnahme beschränken kann. Jedenfalls ist dieses Verständnis mit Blick auf das unter bbb) Gesagte hier geboten. Denn eine Befassung der Gesellschafterversammlung der Beklagten mit der beabsichtigten Veräußerung war nach den Regelungen des GV bereits sichergestellt, sodass es eines ergänzenden Rückgriffs auf den Rechtsgedanken des § 179a AktG hier überhaupt nur wegen der erforderlichen Zustimmungsmehrheit bedürfte.

**(2)** Tatbestandlich liegt eine die entsprechende Anwendung rechtfertigende zustimmungsbedürftige Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens i.S.d. § 179a AktG vor. Der Zustimmung bedürfen nur solche Verträge, durch die sich die Aktiengesellschaft zur Übertragung ihres ganzen Vermögens im Wege der Einzelrechtsnachfolge verpflichtet. Das ist nicht erst dann der Fall, wenn das gesamte Unternehmen veräußert werden soll, sondern die Vorschrift greift auch dann ein, wenn das Gesellschaftsvermögen nur fast vollständig übertragen werden soll, der Gesellschaft also einzelne, verhältnismäßig unbedeutende Vermögensgegenstände verbleiben. Gleiches kann im Fall der Übertragung eines einzelnen Gegenstandes gelten und zwar dann, wenn er das (nahezu) ganze Gesellschaftsvermögen ausmacht (Seibt a.a.O. Rn. 8 m. w. N.). Entscheidend ist, ob die übertragende Gesellschaft in der Lage ist, mit dem zurückgehaltenen Betriebsvermögen ihren satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand selbständig weiterzuverfolgen, wenn auch in eingeschränktem Umfang (sog. qualitative Betrachtung). Ausgehend von dem bisherigen Unternehmensgegenstand, der nicht aus Anlass oder im Vorfeld des Veräußerungsvorgangs neu gefasst wurde, kommt § 179a AktG also auch bei Verbleib von wesentlichem Vermögen bei der Gesellschaft zur Anwendung, wenn der bisherige Unternehmensgegenstand nicht weiterverfolgt werden kann. Alternativ kann sich das Zustimmungserfordernis auch aus quantitativen Kriterien ergeben. Danach liegt eine Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens auch dann vor, wenn der Gesellschaft zwar die zur Verfolgung ihres satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes erforderlichen Vermögensgegenstände verbleiben, diese aber nur noch einen quantitativ geringfügigen Teil des gesamten Gesellschaftsvermögens ausmachen (Seibt a.a.O. Rn. 8).

Gemessen hieran liegt eine Zustimmungsbedürftigkeit, was nicht einmal erforderlich wäre, sowohl bei qualitativer als auch bei quantitativer Betrachtung vor. Ungeachtet der weiten

67

68

Fassung des Gesellschaftszwecks in § 2 Ziffer 1. GV beschränkte sich die unternehmerische Tätigkeit der Beklagten unstreitig auf das Halten der Fondsimmoblie und deren Verpachtung an die B1 AG zum Betrieb des „B1 & B2“. Weitere unternehmerische Tätigkeiten hat die Beklagte - soweit ersichtlich - nie entfaltet, insbesondere hat sie keinen weiteren Grundbesitz erworben und verfügt demzufolge über kein (nennenswertes) weiteres Vermögen. Demzufolge erzielt die Beklagte nur Einkünfte aus der pachtweisen Überlassung dieses einen Objekts. Anderes war weder in der Vergangenheit geplant noch ist beispielsweise der Erwerb einer neuen Immobilie zukünftig beabsichtigt. Weder ist der Darstellung der Kapitalanlage in dem Fondsprospekt (Anlage K 1) ebenso wenig wie der Akte ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, noch wird seitens der Beklagten geltend gemacht, dass von ihr mit dem erwarteten Veräußerungserlös oder anderen Mitteln anderweitiger Grundbesitz oder vergleichbare Vermögenswerte erworben werden soll. Der zu erwartende Veräußerungserlös wird wohl nur zur Tilgung der Darlehensverbindlichkeiten der Beklagten ausreichen. Auf welche Weise die Beklagte neue Geschäfte finanzieren will, ist nicht erkennbar. Dass der Unternehmensgegenstand nach der Veräußerung des Fondsobjekts weiterverfolgt werden könnte und auch weiterverfolgt werden soll, ist nach alledem nicht ersichtlich.

**3.** Der Feststellungsanspruch scheidet jedoch im Ergebnis daran, dass unter Treuepflichtaspekten angesichts der wirtschaftlichen Lage der Beklagten eine Pflicht der Gesellschafter bestanden hat, dem Verkauf zuzustimmen, sodass die Klägerin eine formale Unwirksamkeit des Beschlusses nicht mit Erfolg geltend machen kann. 69

**a)** Anerkannt ist, dass die Grundsätze über die gesellschaftlichen Treuepflichten auch bei Publikumspersonengesellschaften in der Rechtsform der KG gelten und auf qualifizierte Treugeber dann Anwendung finden, wenn deren Rechtsstellung aufgrund der engen Verzahnung von Gesellschaftsvertrag und Treuhand auf dem Gesellschaftsvertrag und nicht bloß auf einer schuldrechtlichen Abrede mit der Gesellschaft beruht (BGH, Urt. v. 05.02.2013 - II ZR 134/11, BGHZ 196, 131 = NZG 2013, 379 Tz. 21 u. 31; Urt. v. 05.02.2013 – II ZR 136/11, ZIP 2013, 619 Tz. 23 u. 32). Die Treuepflicht erlegt den Gesellschaftern eine Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft sowie auf die Belange der Mitgesellschafter auf. Grundlage solcher Treuepflichten ist die auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechnete Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter. Danach bildet vorrangig der Gesellschaftsvertrag die Grundlage der gesellschaftlichen Treuepflicht und bestimmt damit auch deren Inhalt und Umfang; der einzelne Gesellschafter ist nur insoweit verpflichtet, wie er es in dem Gesellschaftsvertrag versprochen hat (BGH, Urt. v. 09.06.2015 - II ZR 420/13, WM 2015, 1635 Tz. 23; Urt. v. 25.01.2011 - II ZR 122/09, NZG 2011, 510 Tz. 21). Die Konkretisierung der Treuepflicht erfolgt stets anhand der Umstände des Einzelfalles und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sowie der Abwägung der beteiligten Interessen einschließlich der eigenen schutzwürdigen Belange des betroffenen Gesellschafters (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 07.07.2007 - II ZR 181/06, ZIP 2077, 1988). Eine - auch über die ausdrücklichen vertraglichen Regelungen hinausgehende - Treuepflicht des einzelnen Gesellschafters kann auch in der Publikumsgesellschaft dadurch begründet werden, dass die Gesellschaft in eine unhaltbare wirtschaftliche Schieflage mit drohender Zahlungsunfähigkeit geraten ist, welche die Ergreifung von dringenden Maßnahmen zur Abwendung einer Insolvenzgefahr notwendig macht (BGH, Urt. v. 05.11.1984 - II ZR 111/84, WM 1985, 195 Tz. 11 – 12). Aus seiner gesellschaftlichen Treuepflicht kann auch den nur beschränkt haftenden Kommanditisten gegenüber den persönlich haftenden Mitgesellschaftern in besonders gelagerten Ausnahmefällen die Verpflichtung treffen, an der Ergreifung der notwendigen Maßnahmen mitzuwirken (BGH, Urt. v. 17.12.1959 - II ZR 81/59, NJW 1960, 434; vgl. zum Inhalt der Treuepflichten statt anderer Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 109 Rn. 15a m.N.). 70

Besteht im konkreten Fall eine Zustimmungspflicht, ist dem die Zustimmung verweigernden Gesellschafter die Berufung auf die Unwirksamkeit des Beschlusses verwehrt (u.a. BGH, Urt. v. 28.05.1979 - II ZR 172/78, DB 1979, 1836 Tz. 23) und werden die nicht oder pflichtwidrig abgegebenen Stimmen so behandelt, als ob sie entsprechend der bestehenden Verpflichtung abgegeben worden wären (BGH, Urt. v. 05.11.1984 - II ZR 111/84, WM 1985, 195 Tz. 9).

**b)** Die Klägerin wäre nach diesen Grundsätzen unter Berücksichtigung der hier gegebenen besonderen Umstände gehalten gewesen, dem Beschlussantrag der Geschäftsführung bezüglich des Objektverkaufs zuzustimmen. Es spricht - auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen der Klägerin - alles dafür, dass die Veräußerung an den Investor „alternativlos“ und der Klägerin auch zumutbar war. 71

**aa)** Dass sich die Beklagte in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befunden hat und daher dringender Handlungsbedarf bestand, steht außer Streit. Eine drohende Zahlungsunfähigkeit bestand wegen der persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten zwar nicht. Zumindest eine vergleichbare Schieflage war jedoch gegeben. Das Fondsobjekt stand bereits - und steht noch - auf Betreiben der Kreditgeberin unter Zwangsverwaltung. Der Darlehensvertrag ist gekündigt und das Darlehen war zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Beschlussfassung seit ca. 1,5 Jahren, nämlich seit dem 12.05.2014 zur Rückzahlung fällig. Prolongationsvereinbarungen mit der Landesbank X1 sind ebenso wenig zustande gekommen wie ein neuer Darlehensvertrag. Die lediglich mit Blick auf den angekündigten Verkauf des Fondsobjekts nochmals gestundeten Darlehensverbindlichkeiten der Beklagten gegenüber der Bank beliefen sich bereits im September 2015 auf rund 13 Mio. EUR. Eine Ablösung des Darlehens mit Drittmitteln scheidet mangels entsprechender Finanzierungsangebote anderer Kreditinstitute aus. Dem Schreiben der Treuhandkommanditistin vom 21.09.2015, welches die Klägerin als Anlage K 5 überreicht hat, ist zu entnehmen, dass eine Umfinanzierung „trotz intensiver Bemühungen“ nicht gelungen ist. Gleiches ist dem von ihr als Anlage K 7 überreichten Protokoll der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 zu entnehmen, in dem es heißt, die Geschäftsführung in Person von Herrn B4 habe die Anwesenden darüber informiert, dass eine „Ablösung der Finanzierung durch andere Banken nicht erreicht werden“ konnte. Über die zur Ablösung des Kredits erforderlichen Eigenmittel verfügt die Beklagte selbstredend nicht. Sie kann sich Eigenmittel in benötigtem Umfang auch nicht kurzfristig beschaffen. Im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die alternativ in Betracht gezogene (freiwillige) Darlehensgewährung seitens hierzu bereiter Gesellschafter (Top 1 der außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 13.10.2015) stellte sich heraus, dass auf diesem Wege wohl nur rund 1,3 Mio. EUR zu beschaffen gewesen wären. Dass dieser Betrag der Beklagten gegenüber Banken Handlungsspielräume eröffnen würde, macht die Klägerin selbst nicht geltend. 72

Ein Investor ist hingegen bereit, das Mitte bis Ende der 1990'er Jahre zu Gesamtkosten von rund 37 MIO. DM (Seite 24 des Prospekts) fertiggestellte und in Betrieb genommene Objekt für 13 Mio. EUR zu erwerben. Dass dieser Kaufpreis vollkommen unangemessen wäre, das Fondsobjekt also geradezu „verschleudert“ werde, behauptet die Klägerin nicht. Für ein „Verschleudern“ spricht angesichts der Erwerbs- und Errichtungskosten des Anlageobjekts sowie dessen Alter und Renovierungsbedarf in Höhe von ca. 3 Mio. EUR (vgl. Anlagen K 6 und K 7) auch nichts Konkretes. 73

Soweit die Klägerin die fehlende Transparenz des ohne Ausschreibungsverfahren betriebenen Verkaufs kritisiert, kann dies im Ergebnis nicht verfangen. Richtig ist zwar, dass § 19 GV für den Fall der Auflösung der Gesellschaft vorsieht, dass der Beirat der Beklagten 74

vor dem Abschluss von Verträgen über die Veräußerung von Grundbesitz darüber zu hören ist, ob der in Aussicht genommene Kaufpreis angemessen und das Interesse der Gesellschafter insgesamt gewahrt ist. Ist aber schon weder vorgebracht noch ersichtlich, dass der Kaufpreis von 13 Mio. EUR unangemessen niedrig ist, noch dass der einzigen ernsthaft in Betracht kommenden Alternative, d.h. der Auflösung der Beklagten unter Einhaltung des in § 19 GV geregelten Verfahrens, unter Berücksichtigung der Gesellschafts- und der Gesellschafterinteressen der Vorrang gebühren würde, vermag der Senat nicht anzuerkennen, dass allein die fehlende Transparenz des Verkaufsprozesses einer Zustimmungspflicht entgegensteht. Dies gilt umso mehr, wenn berücksichtigt wird, dass die Klägerin selbst nicht geltend macht, dass im Rahmen eines transparenten Ausschreibungsverfahrens ein Kaufinteressent für die - wie es das Beiratsmitglied G am 13.10.2015 ausgedrückt hat (Anlage K 7, Seite 1 letzte Zeile) - „Spezialimmobilie“ hätte gefunden werden können, der bereit gewesen wäre, einen deutlich höheren Kaufpreis zu zahlen. Nach alledem war der dringende Kapitalbedarf der Beklagten kurzfristig nicht anders als durch eine alsbaldige Veräußerung des Fondsobjekts an den bereits erwähnten Investor zu befriedigen. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang nicht zuletzt auch, dass die Beklagte für die Stundung der Rückerstattungsforderung nach unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten „einen erheblichen Überziehungszins“ zahlen muss, sodass jede Verzögerung der Rückführung des Darlehens ihr noch vorhandenes Restvermögen weiter verringert. Schließlich ist die Beschlussfassung über den Objektverkauf außerhalb der Auflösung der Gesellschaft auch im Fall des Fehlens ausreichender liquider Mittel, um die Auszahlung festgestellter Auseinandersetzungsguthaben zu ermöglichen, in § 18 Ziffer 8. GV (Anlage K 4) vorgesehen, was der Annahme einer berechtigten Erwartungshaltung der Klägerin, das Verfahren nach § 19 GV sei stets einzuhalten, entgegenstehen dürfte.

Hinzu kommt die Treuepflicht der Klägerin als Quasi-Kommanditistin gegenüber ihren persönlich haftenden Mitgesellschaftern, d.h. insbesondere gegenüber B3, nach Maßgabe der Grundsätze aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.12.1959 (II ZR 81/59). Lässt sich aus den genannten Gründen anders als durch eine alsbaldige Veräußerung des Fondsobjekts die dringend notwendige Rückführung der lediglich gestundeten und somit bei Widerruf der Stundung seitens der Bank wieder fälligen Verbindlichkeiten nicht realisieren und damit am Ende auch eine Inanspruchnahme der persönlich haftenden Gesellschafter nicht vermeiden, sind die Gesellschafter unter Treuepflichtgesichtspunkten zur Mitwirkung an der schnellstmöglichen Veräußerung durch Erteilung ihrer Zustimmung verpflichtet.

75

**bb)** Es mag zwar sein, dass die Regelungen in § 19 GV umgangen worden sein könnten. Unabhängig davon, dass die Klägerin, die dies im ersten Rechtszug gerügt hat, selbst nicht behauptet, dass die sofortige Auflösung und Liquidation dem Willen und den Interessen der Gesellschafter überhaupt entsprochen hätte, ist zu erwähnen, dass die Einhaltung der Bestimmungen in § 19 GV keinen Selbstzweckcharakter haben kann. Entscheidend ist indes, dass nach dem klägerischen Vorbringen nicht ansatzweise erkennbar ist, welche Vorteile eine Beschlussfassung über die Auflösung der Beklagten und die Verwertung des Fondsobjekts gegenüber derjenigen über die alsbaldige Veräußerung geboten hätte. Immerhin eröffnet die beanstandete Vorgehensweise den Gesellschaftern die Möglichkeit, ohne Zeitdruck darüber zu entscheiden, ob die Beklagte erhalten und fortgeführt oder aber aufgelöst werden soll.

76

**cc)** Alternative Sanierungsmöglichkeiten hat die Klägerin nicht schlüssig vorgetragen. Ihre auf die Rückforderung der gewährten Ausschüttungen gestützte Argumentation überzeugt tatsächlich wie rechtlich nicht. Die Klägerin behauptet selbst nicht, dass an die Gesellschafter Ausschüttungen in einer Gesamthöhe von 13 Mio. EUR erfolgt sind. Betrachtet man nur die

77

Prognoserechnung für die Jahre 1999 bis 2018 (Seiten 28 - 29 des Prospekts, Anlage K 1), ist eine solche Höhe bereits fraglich. Dass die Ausschüttungen tatsächlich wie prognostiziert erfolgt sind, wird seitens der Klägerin nicht vorgebracht. Berücksichtigt man, dass sich nach Lage der Akten die Fremdwährungsrisiken (DM bzw. EUR/SFR) teilweise realisiert haben, weshalb die Beklagte höhere Zinsaufwendungen als prognostiziert gehabt haben dürfte, wodurch sich bei ansonsten gleichbleibenden Parametern wie insbesondere der Höhe der Pachteinnahmen der zu verteilende Gewinn bzw. Liquiditätsüberschuss verringert haben muss, erscheint es nahezu ausgeschlossen, dass auf diese Weise überhaupt, erst recht kurzfristig, die benötigten 13 Mio. EUR zu beschaffen wären. Vor diesem Hintergrund scheidet eine Rückforderung der gewährten Ausschüttungen als alternative Sanierungsmöglichkeit schon deshalb aus, weil der akute Kapitalbedarf der Beklagten auf diesem Weg nicht zu befriedigen gewesen wäre.

In der demnach gebotenen Kürze gilt: Dass rechtlich eine Möglichkeit bestand, die gezahlten Ausschüttungen zurückzufordern, vermag der Senat auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Ausführungen der Klägerin nicht zu erkennen. Hat der Gesellschafter seine Einlage in voller Höhe eingezahlt, ist seine Einlagenverpflichtung im Innenverhältnis, also gegenüber der Gesellschaft, erloschen. Wird dem Kommanditisten seine Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt, gilt sie nur im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft als nicht geleistet. Im Innenverhältnis, also der Gesellschaft gegenüber, tritt die Wirkung, wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss ausgeführt hat, nicht kraft Gesetzes ein, sondern nur über einen gesondert geregelten Rückgewähranspruch aus einem anderen Rechtsgrund, insbesondere aus dem Gesellschaftsvertrag oder aber einer entsprechenden vertraglichen Abrede. Ein solcher Rückzahlungsanspruch entsteht nicht schon dann, wenn an einen Kommanditisten auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages von § 169 Abs. 1 HGB nicht gedeckte Auszahlungen zu Lasten seines Kapitalanteils geleistet werden. Der Gesellschafter schuldet die Rückzahlung vielmehr nur, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Dem Gesellschaftsvertrag der Beklagten lässt sich jedoch schon kein den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Urteile vom 12.03.2013, II ZR 73/11 und II ZR 74/11) genügender Vorbehalt der Rückforderung der Ausschüttungen entnehmen. Die von der Klägerin in Bezug genommenen gerichtlichen Entscheidungen sind ganz überwiegend schon nicht einschlägig, da sie anders gelagerte Sachverhalte und abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen betreffen und noch dazu für den Rechtsstandpunkt der Klägerin nichts Entscheidendes hergeben, da auch sie - soweit ersichtlich - auf den soeben genannten BGH-Entscheidungen beruhen. Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit eines sog. *actus contrarius* stellt sich im Übrigen vorliegend auch deshalb nicht, weil anhand des klägerischen Vorbringens bereits nicht erkennbar ist, dass die Kommanditisten der Beklagten alternativ zu der Veräußerung der Fondsimmoblie überhaupt bereit gewesen wären einen Beschluss zu fassen, nach welchem sie im Rahmen einer Sanierungsmaßnahme die empfangenen Ausschüttungen freiwillig zurückzuzahlen haben, zumal diese Maßnahme einen deutlich stärkeren Eingriff in ihre Mitgliedschaftsrechte dargestellt hätte und sie mehrheitlich bereits zur Gewährung von Gesellschafterdarlehen nicht bereit waren. Eine Verpflichtung der Kommanditisten, einen derartigen Beschluss zu fassen, nimmt selbst die Klägerin nicht an.

Soweit die Klägerin sodann auf die Rückforderungsmöglichkeit aus einer Bilanzierung abstellen will, ist anzumerken, dass bereits nicht dazu vorgetragen worden ist, wie die in Rede stehenden Ausschüttungen bilanziert worden sind, sodass schon nicht feststellbar ist, dass auch Forderungen der Beklagten bilanziell ausgewiesen worden sind, d.h. eine Buchung als Eigenkapital erfolgt ist. Noch dazu hatte der Bundesgerichtshof in der von der Klägerin genannten Entscheidung vom 11.07.2017 (II ZR 127/16), wie sie selbst ausführt, die

Frage der Anwendbarkeit des Rechtsgedankens auf eine Publikumsgesellschaft ausdrücklich offengelassen.

Bei ihrer weiteren Argumentation betreffend die sog. „Sanieren oder Ausscheiden“-Rechtsprechung berücksichtigt die Klägerin nicht genügend, dass den Kommanditisten wegen seiner begrenzten Verlustdeckungspflicht gemäß § 167 Abs. 3 HGB ohnehin nur modifizierte Treuepflichten treffen, weswegen eine Erhebung von über die (Pflicht-)Einlage hinausgehenden Sanierungsbeiträgen problematisch ist. Vor diesem Hintergrund hat auch das OLG Karlsruhe in seinem von der Klägerin in Bezug genommenen Urteil vom 22.04.2016 - 4 U 226/15 (Bl. 488 ff. GA) angenommen, eine Kommanditgesellschaft könne von ihren Kommanditisten auch im Sanierungsfall nur einen Betrag verlangen, der zusammen mit der geleisteten Pflichteinlage auf die Höhe der eingetragenen Haftsumme begrenzt ist (Seite 3 d. Urteils, Bl. 490 GA). Ausführungen der Klägerin dazu, welche Beträge demnach von den Kommanditisten der Beklagten hätten gefordert werden können, fehlen. 80

Ein Widerspruch zu dem Urteil des Kammergerichts vom 06.12.2016 (21 U 110/14, Bl. 495 ff. GA) ergibt sich nicht, weil es hier anders als dort gerade nicht um eine „Sanieren oder Ausscheiden“-Maßnahme und den Ausschluss sanierungsunwilliger Gesellschafter geht, sondern, wenn man so will, eher um deren Vermeidung. 81

Dass eine sofortige Liquidation der Beklagten vorzugswürdig gewesen wäre, ist schließlich nicht zu erkennen. Nicht unerwähnt bleiben kann allerdings, dass im Fall der Liquidation ohnehin besondere Voraussetzungen für eine positive Stimpfpflicht gelten würden. In der Phase der Abwicklung der Gesellschaft sind an die Pflicht der Gesellschafter, Beschlüssen über im Gesellschaftsvertrag nicht geregelte Zahlungen an die Gesellschaft aus gesellschaftlicher Treuepflicht zuzustimmen, nämlich höhere Anforderungen zu stellen als im Falle der werbenden Gesellschaft (vgl. etwa BGH, Beschluss v. 07.07.2007 - II ZR 181/06, ZIP 2077, 1988). 82

4. Der Beschluss der außerordentlichen Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2015 zu Top 2 vom 13.10.2015 ist auch nicht gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Die notarielle Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen ist nicht durch Gesetz vorgeschrieben [dazu unter **a**]). Der Beschluss bedurfte auch nicht aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der notariellen Beurkundung [dazu unter **b**]). 83

**a)** Rechtsgeschäfte bedürfen grundsätzlich keiner Form. Einschränkungen der Formfreiheit bedürfen daher, wie sich §§ 125 S. 1, 126, 126a, 126 b und 128 BGB entnehmen lässt, einer gesetzlichen Grundlage. Der Beschluss der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft unterliegt nicht der notariellen Beurkundung nach §§ 36, 37 BeurkG, wie sich aus §§ 161, 119 HGB ergibt, die keine Formerfordernisse enthalten. Eine Beurkundungsbedürftigkeit des Beschlusses vom 13.10.2015 ergibt sich auch nicht aus §§ 179a, 130 AktG oder aus § 53 Abs. 2 GmbHG jeweils in entsprechender Anwendung. § 179a AktG enthält selbst keine Formvorschriften. Das Beurkundungserfordernis ergibt sich, was die Berufung nicht übersieht, vielmehr aus § 130 Abs. 1 AktG. Diese Vorschrift sieht für Aktiengesellschaften eine Beurkundungspflicht für solche Beschlüsse der Hauptversammlung vor, die nach dem AktG einer Dreiviertel- oder größeren Mehrheit bedürfen. Gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG muss eine durch Beschluss der Gesellschafter erfolgende Abänderung des Gesellschaftsvertrages notariell beurkundet werden. Für eine analoge Anwendung von § 130 Abs. 1 AktG oder § 53 Abs. 2 GmbHG fehlt es jedenfalls an einer planwidrigen Regelungslücke. Hierfür sprechende Anhaltspunkte zeigt die Berufung nicht auf. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die für die Personenhandelsgesellschaften geltenden Bestimmungen in Bezug auf die Form von Gesellschafterbeschlüssen eine solche Lücke 84

enthalten. Hinzu kommt: Anders als der Gesellschaftsvertrag einer KG bedarf der Gesellschaftsvertrag der GmbH der notariellen Form, d.h. der notariellen Beurkundung gemäß §§ 8 ff. BeurkG. Dementsprechend muss auch eine durch Beschluss erfolgende Abänderung des Gesellschaftsvertrages gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundet werden, sei es gemäß §§ 36, 37 oder gemäß §§ 8 ff. BeurkG, und nach Maßgabe des § 54 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Vergleichbare Vorschriften fehlen in den §§ 105 ff., 161 ff. HGB.

Eine Beurkundungspflicht ist, was aus Gründen der Vollständigkeit zu erwähnen ist, schließlich auch § 311 b Abs. 3 BGB nicht zu entnehmen. Unabhängig von dem Verständnis des Beschlussinhalts ist anerkannt, dass die Vorschrift nicht gilt, wenn der Gegenstand angeführt ist und zwar auch dann nicht, wenn der Gegenstand praktisch das gesamte Vermögen ausmacht (BGH, Urt. v. 30.10.1990 – IX ZR 9/90, ZIP 1990, 1544 Tz. 36 unter Hinweis auf BGHZ 25, 4 u.a.). 85

**b)** Ein Formerfordernis der notariellen Beurkundung ist auch dem Gesellschaftsvertrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Dieser sieht in § 22 Ziffer 1. für Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages nur die Einhaltung der Schriftform vor. Auch Beschlüsse, die unmittelbar den Gesellschaftsvertrag berühren oder die Grundlagen der Gesellschaft konkretisieren, sind als normale Abänderungsverträge der Gesellschafter zu qualifizieren. Da schon Änderungen und Ergänzungen des Gesellschaftsvertrages der Beklagten nach § 22 Ziffer 2. nur der Schriftform bedürfen, fehlt es an Anhaltspunkten für den Willen der Gesellschafter, dass für einen Beschluss wie den im Streit stehenden das strengere Formerfordernis der notariellen Beurkundung gelten soll. 86

### III. 87

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 88

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 89

Gründe, die Revision zuzulassen, § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Entscheidung, die auf der tatrichterlichen Würdigung der Einzelfallumstände und der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung, von der nicht abgewichen wird, beruht. Grundsätzliche Bedeutung kommt den entscheidungserheblichen Rechtsfragen nicht zu. Die - abstrakten - Kriterien der gesellschafterlichen Treuepflicht im Zusammenhang mit der Beschlussfassung der Gesellschafter sind geklärt. Ob der Gesellschafter, gemessen an diesen abstrakten Kriterien, aus gesellschafterlicher Treuepflicht zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten verpflichtet ist, ist jeweils eine Frage des Einzelfalles. Der Zulassungsgrund der Divergenz liegt ebenfalls nicht vor. Abweichungen von den zitierten Entscheidungen der Instanzgerichte ergeben sich aus den jeweils genannten Gründen nicht. 90

**Streitwert des Berufungsverfahrens: 5.100,00 EUR** 91

Maßgeblich ist nach § 247 AktG analog die Bedeutung der Sache für die Parteien. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen in dem im Beschwerdeverfahren ergangenen Beschluss des Senats vom 23.10.2017 (6 W 66/16) verwiesen. 92

---

