
Datum: 19.01.2017
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 35/15
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2017:0119.28U35.15.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 3 O 3/14

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger. Eine Erstattung der Kosten der Streithelfer findet nicht statt.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der C I H GbR (fortan: Schuldnerin). Er nimmt die Beklagten wegen angeblich unterbliebener Information über anstehende Änderungen eines Bebauungsplans und dadurch angeblich verursachte Schäden auf Schadensersatz in Anspruch. Die Schuldnerin, bestehend zu 0,5% aus ihrem Geschäftsführer C2 M und zu 99,5% aus der ES. X & Q GmbH, ist Eigentümerin des im Grundbuch des Amtsgerichts Neustadt am Rübenberge von H auf Bl. 2937 und 2923 verzeichneten Grundbesitzes. Die ES. X & Q GmbH agiert dabei als Treuhänder für eine Treuhandgesellschaft bzw. für eine Vielzahl von Bauherren, die von dieser Beteiligungen erworben haben. Der Beklagte zu 1) war auf Basis des Gesellschaftsvertrages vom

3

08.07.1994 bis zu seiner Ablösung am 30.06.2011 geschäftsführender Gesellschafter der Schuldnerin. Hinsichtlich der Einzelheiten des Gesellschaftsvertrages wird auf Anlage K1 (Bl. 1 ff. AH I) verwiesen. § 6 des Vertrages spricht dem Geschäftsführer Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse zu, wobei er u.a. für über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Geschäfte der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf. § 7 erlaubt Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit, wobei der Treuhänder das Recht zur gespaltenen Stimmabgabe für die einzelnen Treugeber hat. Nach § 8 Nr. 1 lit. c) unterliegt der Entscheidung der Gesellschafterversammlung u.a. die „Entlastung der Geschäftsführung und eines etwaigen Beirates.“ Die dort (oder in dem nach § 9 erlaubten schriftlichen Verfahren) getroffenen Beschlüsse können nach § 10 jeweils nur binnen Monatsfrist angefochten werden. Die Gesellschafterversammlung kann nach § 11 einen Beirat bestellen, dem *„die Beratung und Kontrolle der Geschäftsführung obliegt, soweit diese Rechte nicht der Gesellschafterversammlung vorbehalten sind.“* Dem Beirat stehen unter Ausschluss der Gesellschafterversammlung die in § 6 festgelegten Zustimmungs- und Mitwirkungsrechte im Rahmen der Geschäftsführung und Vertretung zu. Der Beirat ist von der Geschäftsführung *„regelmäßig über alle wesentlichen Geschäftsvorgänge zu unterrichten“* und hat ein umfassendes Einsichts- und Informationsrecht.

Zwischen der Schuldnerin und der Beklagten zu 2) bestand für die genannte Immobilie ein Objektberatungs- und Mietverwaltungsvertrag vom 05.07./25.11.1994. In § 1 dieses Vertrages wird das Aufgabenspektrum wie folgt beschrieben: *„Überwachung der Einhaltung des Mietvertrages und Veranlassung der erforderlichen Mietanpassungen, Mieteinzug, Nebenkostenabrechnung und Einzug der Umlagen, Veranlassung von Wartung und Instandhaltung des Mietobjektes, Führung des Rechnungswesens für das Mietobjekt einschließlich der erforderlichen Aufzeichnungen für steuerliche Belange, Aufstellung eines Jahresbudgets, Zahlungsverkehr, Fondsmanagement“*. Nach § 3 S. 2 sollen Ersatzansprüche gegen den Beklagten zu 2) „in zwei Jahren nach Entstehen, spätestens aber zwei Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses“ verjähren. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlage K 2 (Bl. 5 f. AH I) verwiesen. Der Umfang der tatsächlichen Aufgabenwahrnehmung ist umstritten.

Das im Eigentum der Schuldnerin stehende und von der Beklagten zu 2) verwaltete Grundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans Nr. X/16 Gewerbegebiet H T-X2 der Stadt H. Ankermieter im Objekt mit einem Anteil von ca. 75% der Mieteinnahmen war ein Q2-C. Die Nutzfläche des Baumarkts betrug rund 7.090 m², die eines Discounters rund 957 m², die einer Diskothek (bzw. später einer Spielhalle) rund 878 m² und außerdem waren im Obergeschoss des Gebäudes Büroflächen von rund 127 m² vorhanden. Das Mietverhältnis mit Q2 lief regulär zum 30.04.2012 aus, wobei die Mieterin das Recht hatte, den Vertrag zweimal durch Ausübung einer Option um 5 Jahre zu verlängern. Die Stadt H beabsichtigte eine Änderung des Bebauungsplans für das Gebiet. Hintergrund war, dass man im Rahmen eines in Entwicklung befindlichen sog. Zentrenkonzepts planerisch eine Konzentration des Einzelhandels in der Innenstadt und ein Freihalten bestimmter Gewerbegebiete vom Einzelhandel durchsetzen wollte. Das Konzept wurde schlussendlich am 20.03.2006 auf Basis eines Entwurfs vom 14.02.2006 beschlossen. Eine im Laufe des Jahres 2006 durchgeführte Vollerhebung der Bestandsflächen wurde bis April 2008 in das Konzept eingepflegt. Der Bebauungsplan war zuvor mit seiner 5. Änderung, ortsüblich bekannt gemacht am 15.11.2007, auf Basis des seinerzeit noch ohne diese Bestandsanalyse beschlossenen Konzepts dahingehend abgeändert worden, dass Einzelhandelsbetriebe im Plangebiet generell ausgeschlossen wurden. Ausnahmen waren nur für „untergeordnete“ Verkaufseinrichtungen im Zusammenhang mit „sonstigen Betrieben“ (was an % der Geschossfläche festgemacht wurde) und für eine „einmalige“ Erweiterung der Verkaufsfläche

4

5

vorhandener Einzelhandelsbetriebe um maximal 15 % geschaffen worden sowie für Nutzungsänderungen vorhandener Einzelhandelsbetriebe mit Beschränkungen des Sortiments auf insgesamt 13 im Einzelnen aufgeführte und als nicht-zentrenrelante Kernsortimente bezeichnete Sortimentsgruppen. Wegen der Einzelheiten wird auf Anlage K9a, Bl. 53 ff. d.A. verwiesen. Bei Aufstellung der 5. Änderung war eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung vom 07.12.2004 bis 21.12.2004 erfolgt und eine Offenlage in der Zeit vom 04.08.2005 bis 05.09.2005 durchgeführt und im Zeitraum vom 15.06.2007 bis 16.07.2007 aufgrund der zwischenzeitlichen Verabschiedung des Zentrenkonzepts und damit einhergehender Anpassungen wiederholt worden. Mit einer weiteren 6. Änderung des Bebauungsplans, ortsüblich bekannt gemacht am 04.02.2010, wurde später aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Anpassung an das im September 2008 abschließend beschlossene Einzelhandels- und Zentrenkonzept nach Einarbeitung der Bestandserhebung der Begriff der „sonstigen Betriebe“ aus der 5. Änderung näher bestimmt und eine Erweiterungsmöglichkeit für den auf dem Grundstück der Klägerin liegenden Discounter, hinsichtlich dessen zuvor noch eine Erweiterung genehmigt worden war, explizit ausgeschlossen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlage K 9b, Bl. 68 ff. d.A. Bezug genommen.

Die Schuldnerin war durch diese Änderungen betroffen, da insbesondere bei einem Wegfall ihres Ankermieters eine anderweitige Nutzung der Fläche deutlich eingeschränkt war. Die Schuldnerin war durch die Stadt über die Beklagten an beiden Planänderungsverfahren beteiligt worden. Die Streithelfer, die schon seit der Fondsauflegung im Jahr 1994 mit der Rechtsberatung der Schuldnerin beauftragt waren und die eine Schwestergesellschaft der ES. X & Q GmbH (= Treuhänderin) bildeten, hatten die Schuldnerin in den beiden Verfahren zumindest punktuell beraten und gegenüber der Stadt vertreten. Der konkrete Ablauf der Beratung, insbesondere der Inhalt und der Umfang der beklagtenseits an die Schuldnerin und deren Gesellschafter übermittelten Informationen, ist zwischen den Parteien streitig. 6

Im Rahmen der ersten Offenlage der 5. Planänderung hatten die Beklagten die Streithelferin eingeschaltet und dieser am 29.08.2005 die textlichen Festsetzungen für die beabsichtigte Planänderung – die zunächst noch einen weitergehenden generellen Einzelhandelsausschluss ohne Rückausnahmen im Bestand vorsah - zugeleitet unter Hinweis auf die Problematik eines Bestandschutzes nur für eine Nutzung als Baumarkt und ein dann bei einem Mieterwechsel drohendes „großes Problem“ (Anlage B 2, AH II). Die Streithelferin hatte am 01.09.2005 einen Entwurf einer Stellungnahme zurückgesandt und u.a. auf die Möglichkeit einer Normenkontrollklage gegen eine etwaige Planänderung mit einem vollständigen Einzelhandelsausschluss (Anlage B 3, AH II) verwiesen. Die Streithelferin hatte sich sodann für die Schuldnerin am 02.09.2005 entsprechend gegenüber der Stadt fristwährend geäußert, die Folgen für das Objekt und dessen Nutzbarkeit verdeutlicht und Planungsmängel mit Blick auf den Baubestand und mögliche Nutzungswechsel gerügt (Anlage B4, AH II). Mit Schreiben v. 11.11.2005 (Anlage B 5, AH II) hatte die Streithelferin auf Befragen der Sachbearbeitung mitgeteilt, dass das Planänderungsverfahren bei der Stadt nunmehr ruhe und die Stadt mit der Entwicklung eines Einzelhandelskonzepts als tragfähige Planungsgrundlage befasst sei. Es wurde u.a. auf die Möglichkeit eines Normenkontrollverfahrens gegen etwaige spätere Änderungen und die dafür geltenden Fristen hingewiesen, aber deutlich gemacht, dass Erfolgsaussichten solcher Klagen derzeit nicht absehbar seien. 7

In einer Gesellschafterversammlung vom 15.11.2005 (Protokoll Anlage B 6, AH II) war bei der Schuldnerin dann erstmals ein Beirat - allerdings ausdrücklich (nur) mit Beratungs- und Kontrollfunktionen und ohne Beschlusskompetenzen nach der Satzung - gewählt worden. Nachdem auf der Versammlung auch die Unzufriedenheit des Mieters Q2 mit der Entwicklung 8

und den Umsatzzahlen an dem Standort thematisiert worden war, hatte man seitens der Geschäftsführung darüber informiert, dass der Bebauungsplan durch die Stadt geändert werden soll und dies negative Auswirkungen auf anderweitige Nutzungsmöglichkeiten der Immobilie habe, während nur für die derzeitige Nutzung Bestandsschutz bestehe. Der Gesellschafterversammlung war mitgeteilt worden, dass über die Rechtsberatung aber bereits Einwände dagegen vorgebracht worden seien und nach Auskunft der Stadt das Verfahren derzeit ruhe. In dem mit der Einladung versandten Geschäftsbericht (Anlage B 7, AH II) hatte man zuvor ausgeführt, dass der Mieter Q2 mit der Geschäftsentwicklung unzufrieden sei, mit einer Fortführung seines Mietverhältnisses über 2014 nicht zu rechnen sei und deswegen zur Meidung eines Leerstandes frühzeitig

Anschlussvermietungsalternativen geprüft würden. Auch in einem ebenfalls mit der Einladung versandten Schreiben eines Gesellschafters (Anlage B 8, AH II), war auf diese Problematik hingewiesen und die Einrichtung eines Beirats zur weiteren Unterstützung des Geschäftsführers bei der Vorbereitung einer Anschlussnutzung ab 2014 verlangt worden – was in die Einrichtung des Beirats gemündet war.

In einem Schreiben vom 12.01.2006 (Anlage B 9, AH II) hatte die Streithelferin gegenüber der Verwaltung dann auf die ihr vorgelegte Anfrage eines der bestellten Beiratsmitglieder geantwortet und dabei Rechtsausführungen zur baurechtlichen Lage und zu den Voraussetzungen der geplanten Änderungen des Bebauungsplans mit einem Einzelhandelsausschluss gemacht. Es war mitgeteilt worden, dass etwaige Entschädigungsansprüche bei einer Änderung nicht in Betracht kämen; angeregt worden war u.a. eine frühzeitige Kontaktaufnahme mit der Stadt. Am 15.03.2006 war sodann der Entwurf des Zentrenkonzepts der Stadt an die Streithelferin übersandt worden (Anlage B 10, AH II) und mit Blick auf den Baumarktstandort um eine Kontaktaufnahme zur weiteren Abstimmung gebeten worden. 9

Nach der konstituierenden Sitzung des Beirats am 20.04.2006 hatte dessen nächste Sitzung am 14.06.2006 stattgefunden. Der dort anwendende stellvertretende Marktleiter des Baumarkts hatte über die schlechte Ertragslage des Baumarkts sowie der damals noch vorhandenen Diskothek und das Erfordernis des Hinzuerwerbs von Flächen für den Discounter berichtet. Der Beirat hatte sodann von der Fondsverwaltung weitere Informationen über das laufende Planänderungsverfahren verlangt und festgestellt, dass der Fonds nach Ablauf der Mietverträge „höchst gefährdet“ sei, da eine Nachvermietung nach den jetzt vorliegenden Informationen dann schwierig bzw. fast unmöglich werde. Deswegen waren Maßnahmen zur Zufriedenstellung der Mieter und weitere Informationen über Schritte in Sachen Planänderung (inklusive einer Analyse der politischen Rahmenbedingungen) verlangt worden. In einer weiteren Beiratssitzung vom 06.07.2006 (Anlage B 12, AH II) waren u.a. Perspektiven für die vorhandenen Mieter zur Verbesserung von deren Zufriedenheit, Möglichkeiten zur Anschlussnutzung und zu einem Verkauf der Immobilie erörtert worden und es war festgehalten worden, dass die bisherige Kommunikation der Verwaltung mit der Stadt in Sachen Planänderung „nicht professionell geführt“ sei. Der Beirat war darüber informiert worden, dass das Planverfahren z.Z. nur verwaltungsintern betrieben werde und auf eine entsprechende Anfrage seitens der Stadt noch nicht reagiert worden sei. 10

Die Stadt hatte sodann unter dem 10.07.2006 (Anlage B 13, AH II) mitgeteilt, dass dort zwischenzeitlich das Zentrenkonzept beschlossen worden war und man nach der Kommunalwahl im Dezember nunmehr auch die Planänderung vorantreiben werde. Das Schreiben war an die Streithelferin weitergeleitet worden mit der Bitte, ob hinsichtlich des Konzepts oder der anstehenden Planänderung etwas zu veranlassen sei. Am 21.11.2006 hatte ein Gespräch zwischen dem Bürgermeister und der Fondsverwaltung stattgefunden, in 11

dem u.a. Bauvoranfragen für eine geplante Erweiterung des Discounters besprochen worden waren und Perspektiven einer angedachten Planänderung, die jedenfalls eine Umnutzung der Flächen zum innenstandrelevanten Handel definitiv ausschließen würde. Der Bürgermeister hatte zugesagt, den ihm seitens der Verwaltung gemachten Vorschlag der Aufnahme der Immobilie in den Status eines SO-Gebiets mit einer Positivliste der Nutzungen zumindest zu prüfen (Anlage B 14, AH II).

Der Geschäftsbericht 2005 (Anlage B 15, AH II) zur Vorlage auf der nächsten Gesellschafterversammlung hatte sodann darüber informiert, dass die Stadt ihre Planänderungsvorstellungen wieder aufgenommen habe und man Gespräche zur Interessenvertretung führe. Am 25.01.2007 war eine weitere Gesellschafterversammlung der Schuldnerin durchgeführt worden, wegen deren Einzelheiten auf das Protokoll in Anlage K 7, Bl. 49 ff. d.A. = Anlage B16, AH II Bezug genommen wird. Mitgeteilt worden war dort, dass zu der von der Stadt vorgesehenen Bebauungsplanänderung, die zwischenzeitlich zurückgestellt wurde bzw. von der Stadt nicht vorangetrieben wurde, der Bürgermeister Bestandsschutz für den Baumarkt eingeräumt habe, aber eine Ansiedelung von großflächigem Einzelhandel weiter nicht genehmigungsfähig sei. Einer Erweiterung der Mietfläche des Discounters stehe die Stadt allerdings positiv gegenüber. Es war ferner darüber informiert worden, dass Q2 entgegen früherer Tendenzen doch keine Erweiterung des Baumarkts anstrebe, sich ansonsten weiter nicht positioniere und Mietvertragsverhandlungen mit potentiellen Interessenten daher schwierig seien. Ein Beiratsmitglied hatte in der Versammlung zudem Unmut über die Arbeit der Streithelferin geäußert und Beauftragung einer im öffentlichen Bauplanungsrecht spezialisierten Kanzlei – der nunmehrigen Prozessbevollmächtigten der Beklagten begehrt. Die Versammlungsleitung hatte klargestellt, dass die Gesellschafter eine solche Entscheidung treffen können – was im Folgenden aber nicht geschah.

12

In der nächsten Gesellschafterversammlung vom 30.06.2007 (Anlage B 18, AH II) war die zwischenzeitlich genehmigte Flächenerweiterung für den Discounter thematisiert worden sowie eine gelungene Weitervermietung der Diskothek an einem Spielhallenbetreiber. Mit Schreiben vom 29.10.2007 (Anlage B19, AH II) hatte die Stadt die Streithelferin darüber informiert, dass die 5. Änderung durch den Rat in der Sitzung vom 01.10.2007 beschlossen worden war und die Bekanntmachung im Amtsblatt bevorstehe. Die 2005 vorgebrachten Einwendungen waren mit Blick auf das zwischenzeitlich vorliegende Konzept zurückgewiesen worden. Mit Email vom 06.11.2007 hatte die Streithelferin diese Information an den Projektleiter bei der Beklagten zu 2) weitergegeben, der mitteilte, dass er mit dem Bürgermeister sprechen werde. Seitens der Beklagten zu 2) war unter dem 28.11.2007 der Streithelferin (Anlage B 20, AH II) mitgeteilt worden, dass angesichts der Festsetzungen bei einer Aufgabe des Nutzers ein Leerstand drohe und der Bürgermeister sein Wort nicht gehalten habe, das Objekt in ein SO-Gebiet zu legen. Es war nachgefragt worden, ob die Einlegung von Rechtsmitteln sinnvoll sei und um Abstimmung gebeten, ob die Angelegenheit abgeschlossen werden könne. Was daraufhin geschah – insbesondere auch auf einer Beiratsitzung am 20.12.2007 - , ist zwischen den Parteien umstritten.

13

Im Frühjahr 2008 hatte die Projektleitung jedenfalls dann nochmals Kontakt zum Bürgermeister aufgenommen, um diesen von den Vorteilen einer Überplanung des Baumarkts als SO-Gebiet zu überzeugen, mit der der status quo zwar nicht verändert werden sollte, dem Fonds bei einem Nutzerwechsel aber dennoch mit dem Innenstadtkonzept verträgliche Alternativen eröffnet werden sollten, wobei wegen der Einzelheiten auf die Emails in Anlage B 21, AH II Bezug genommen wird. Auf einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 14.02.2008 (Anlage B 22, AH II) war beschlossen worden, dass die Fondsgesellschaft die Chancen des Verkaufs der Immobilie noch im Jahr 2008

14

prüfen solle. Die Gespräche mit der Stadt hatten im Folgenden nicht zum gewünschten Ergebnis geführt. Im Nachgang an die Gesellschafterversammlung hatte sich ein Gesellschafter unter dem 04.03.2008 an den Beirat gewandt mit dem Ziel der Absetzung der Geschäftsführung, weil er mit deren Tätigkeit wegen Vermietungs- und Veräußerungsschwierigkeiten und der Unfähigkeit zur Prüfung veränderter Nutzungen unzufrieden war. Der Beirat hatte das Schreiben – wegen dessen Einzelheiten auf Anlage B 23, AH II Bezug genommen wird - u.a. mit der Bemerkung, die Eingabe nachvollziehen zu können, weitergeleitet, woraufhin die Schuldnerin unter dem 18.03.2008 mitgeteilt hatte, dass der Beirat die Aktivitäten in Sachen Discounter, Spielhalle und verändertem Baurecht begrüßt habe und man eigentlich gemeinsam in die Zukunft habe schauen wollen. Am 15.04.2009 war eine Ortsbegehung durchgeführt worden, bei der durch den Beirat festgestellt worden war, dass ein Verbleib von Q2 nach Mietvertragsende weiterhin nicht abschließend beurteilt werden könne (Anlage B 24, AH II).

Im Juni 2009 war die Streithelferin um Durchsicht der zur Erweiterung des Discounters erteilten Baugenehmigung und der - zu diesem Zeitpunkt wegen § 233 BauGB i.V.m. der Zweijahresfrist aus § 215 BauGB a.F. noch nicht bestandskräftigen - 5. Änderung des Bebauungsplans gebeten worden. Unter dem 08.06.2009 (Anlage B25, AH II) war mitgeteilt worden, dass die in der 5. Änderung vorgesehene einmalige 15%ige Erweiterung der Bestandsnutzungen angesichts des Inkrafttretens der Planänderung erst nach Erteilung der Genehmigung für den Discounter nicht erschöpft seien (also eine weitere Erweiterungsmöglichkeit bestehe). Es war zudem darauf hingewiesen worden, dass Zweifel an der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der 5. Änderung bestehen und zwar sowohl für die Festsetzungen zur ausnahmsweisen Zulässigkeit von Vorhaben als auch für den Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben im Übrigen. Es war um Mitteilung gebeten worden, ob eine weitergehende Prüfung von Rechtsschutzmöglichkeiten gewünscht sei. Ferner war darauf hingewiesen worden, dass die Stadt zwischenzeitlich noch eine 6. Änderung plane und empfohlen worden, Informationen dazu einzuholen. Die Streithelferin war daraufhin noch am gleichen Tag mit der weiteren Prüfung beauftragt und um Einholung weiterer Informationen gebeten worden (Anlage B 26, AH II). Mit Schreiben vom 17.08.2009 war der Streithelferin von der Stadt daraufhin eine Beschlussvorlage für den Satzungsbeschluss der 6. Änderung übermittelt worden. Daraus wurde bekannt, dass die Offenlegungsfristen bereits abgelaufen waren. Die Streithelferin hatte unter dem 19.08.2009 kurzfristig noch Stellung genommen und u.a. darauf hingewiesen, dass für einen generellen Ausschluss des Einzelhandels keine ausreichenden Feststellungen zu negativen Auswirkungen getroffen seien, der generelle Ausschluss nicht erforderlich sei und der Bestandsschutz nicht ausreichend gewährleistet sei. Der Schuldnerin wurde mitgeteilt, dass wegen der Fristversäumnis Einwendungen unberücksichtigt bleiben könnten und in einem Normenkontrollverfahren nicht mehr zu rügen seien, wobei die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Vorgehens etc. nochmals gesondert zu prüfen seien. Wegen der Einzelheiten der Schreiben wird auf Anlage B 27, AH II verwiesen. Die Stadt hatte die verspätet geltend gemachten Einwendungen noch in ihre Abwägung eingestellt. Sie übermittelte unter dem 05.02.2010 (Anlage B 29, AH II) den Satzungsbeschluss vom 07.12.2009 und verwies auf die bevorstehende öffentliche Bekanntmachung der Änderung unter Zurückweisung der Einwendungen und unter Mitteilung, dass somit eine weitere Erweiterung der Discounterfläche ausgeschlossen sei. Diese Informationen wurden am 17.02.2010 der Beklagten zu 2) weitergeleitet (Bl. 124 AH II).

15

Auf der Gesellschafterversammlung vom 16.06.2011 erfolgte – Details sind streitig – eine Aussprache zu den Gründen des zwischenzeitlich vom Beirat initiierten und befürworteten Wechsels der Verwaltung und es wurde sodann neben einem Ausscheiden des Beklagten zu 1) als geschäftsführendem Gesellschafter zum 30.06.2011 mehrheitlich die Entlastung des

16

geschäftsführenden Gesellschafters bis zum Tag seines Ausscheidens“ beschlossen (Anlage B 30, AH II). Zum 30.06.2011 endete auch der Objektberatungs- und Mietverwaltungsvertrag mit der Beklagten zu 2). Auf der Gesellschafterversammlung vom 28.03.2012, wegen deren Einzelheiten auf das Protokollauszug in Anlage K8, Bl. 51 f. d.A. verwiesen wird, wurde später dann auf den seit 2009 geltenden Bebauungsplan hingewiesen und die Tatsache, dass eine wegen der – deswegen problematischen - Anschlussvermietung wünschenswerte Änderung des Bebauungsplans bei der Stadt nicht mehr erreicht werden könne.

Nach Klageerhebung ist mit Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 10.07.2014 – 71 IN 17
155/14 - über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Dieser hat das Verfahren aufgenommen.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagten hätten es jedenfalls ab Januar 2007 18
versäumt, die Schuldnerin und/oder zumindest deren Beirat über die Verfahrensabläufe, den Verfahrensstand, die zu beachtenden Fristen (§ 215 BauGB) und etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten (§ 47 VwGO) rechtzeitig und ausreichend zu informieren. Ungeachtet der der Geschäftsführung vorliegenden Informationen von Seiten der Streithelferin sei so schon mangels ausreichender Information über die Bebauungsplanänderung jede sinnvolle Meinungsbildung und damit jede sinnvolle Rechtsverfolgung vereitelt worden. Der Kläger hat unter Bezugnahme auf das Urteil des OVG NRW v. 09.10.2003 – 10 D 126/04.NE die Ansicht vertreten, die 5. Änderung des Bebauungsplans sei wegen fehlender Planrechtfertigung i.S.v. § 1 Abs. 3 BauGB sowie wegen Verstoßes gegen das Abwägungsgebot i.S.v. § 1 Abs. 7 BauGB unwirksam, u.a. weil konkretere Angaben zur Zentrenschädlichkeit des betroffenen Einzelhandels erforderlich gewesen seien und die Anforderungen hier höher seien, weil es nicht um den Schutz eines gewachsenen Einzelhandels gegangen sei, sondern darum, im Rahmen eines bei Aufstellung noch nicht einmal als endgültiges Konzept vorliegenden Zentrenkonzepts die Einzelhandelskonzentration planerisch zu Lasten der bestandsgeschützten, etablierten Nutzung durchzusetzen. So sei insbesondere der bis auf Randsortimente generelle, also nicht nur zentrenrelevante Einzelhandelsausschluss (anstelle einer Negativliste) und die Beschränkung auf nur 15%ige Erweiterungsmöglichkeiten ohne Zulassung von Nutzungsänderungen ein Abwägungsmangel und die 5. Änderung hinsichtlich der textlichen Festlegung zu unbestimmt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf S. 6 f. und 10 f. der Klageschrift (Bl. 6 f./10 f. d.A.), S. 5 ff. der Replik (Bl. 42 ff. d.A.) und den Schriftsatz vom 16.01.2015 nebst Anlagen (Bl. 127 ff. d.A.) Bezug genommen.

Der Kläger hat zudem behauptet, es sei keinesfalls nach dem 28.11.2007 seitens der 19
Streithelferin ausdrücklich von einer Klage abgeraten worden, sondern die Streithelferin habe darauf verweisen, dass eine Prüfung Zeit in Anspruch nehmen würde – weswegen die Verwaltung ein Gespräch mit dem Bürgermeister zur Ausweisung als SO-Fläche habe führen wollen. Im Nachgang sei die Streithelferin nicht mehr um Prüfung gebeten worden, wobei wegen der Details auf den Schriftsatz der Streithelfer vom 25.09.2015 (Bl. 183 ff. d.A.) verwiesen wird. Ferner hat der Kläger behauptet, es den Beklagten seit 2003, spätestens 2004, aufgrund mündlicher Mitteilungen bekannt gewesen, dass das Mietverhältnis mit Q2 keinesfalls über den 30.04.2014 fortgesetzt werden würde. Auch dies sei verschwiegen worden – obwohl es wegen der Planänderungen und dem beschränkten Bestandsschutz besonders wesentlich gewesen sei.

Der Kläger hat zudem behauptet, dass man bei ordnungsgemäßer Aufklärung frist- und 20
formgerecht alle offenstehenden Rechtsschutzmöglichkeiten in Anspruch genommen hätte, wie im Details auf S. 4 f. der Replik (Bl. 41 f. d.A.) ausgeführt. Die unterschiedliche bauliche

Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks führe dazu, dass der Wert der Immobilie von einem Wert mit dem ursprünglichen Planungsrecht i.H.v. 6.000.000,00 EUR (am 01.06.2007) auf nunmehr 1.440.000,00 EUR (am 25.07.2013) abgesunken sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die zu den Akten gereichten Privatgutachten in Anlagen K3 und K4 (Bl. 7 ff. AH I) Bezug genommen. Die Differenz dieser Beträge bildet den Klagebetrag.

Der Kläger hat mit der am 21.12.2013 mit Gerichtskostenstempeln versehenen ein-gereichten 21
und am 10.01.2014 zugestellten Klage sinngemäß beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an ihn 4.460.000,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf 22
Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.01.2014 zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, jeden Schaden zu ersetzen, der dadurch 23
entsteht, dass die Beklagten die Insolvenzschuldnerin ab Februar 2007 nicht mehr über den
Stand des Verfahrens zur Änderung des Bebauungsplans Nr. X/16 Gemeindegebiet H T-X2
der Stadt H unterrichtet haben.

Die Beklagten haben beantragt, 24

die Klage abzuweisen 25

Die Beklagten haben die Zulässigkeit der Feststellungsklage gerügt und die Einrede der 26
Verjährung erhoben. Sie haben behauptet, die Schuldnerin sei über den Verfahrensstand
fortlaufend unterrichtet worden. Auf die Email vom 28.11.2007 habe die Streithelferin
telefonisch mitgeteilt, dass mit der Flächenerweiterung für den Discounter und der
Nutzungsänderung der Diskothek in eine Spielhalle mehr erreicht worden sei, als zu erwarten
gewesen sei und im Übrigen eine Klage gegen die Planänderung keine Aussicht auf Erfolg
habe. Darüber seien auch die Beiratsmitglieder in der Sitzung vom 20.12.2007 informiert
worden und hätten das Vorgehen und die erzielten Ergebnisse ausdrücklich begrüßt. Auch
nach dem Schreiben vom 05.02.2010 betreffend die 6. Änderung habe die Streithelferin bei
einer telefonischen Abstimmung mitgeteilt, dass Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg
hätten. Die Baurechtssituation sei entsprechend in der Gesellschafterversammlung vom
16.06.2011 vor der Entlastung erörtert worden.

Zudem haben die Beklagten die Ansicht vertreten, eine Normenkontrollklage gegen die 5. 27
und/oder 6. Bebauungsplanänderung wäre ohnehin erfolglos geblieben. Insbesondere sei die
5. Änderung auf zwei selbständig tragende Erwägungen (Freihalten der Flächen im
Gewerbegebiet einerseits und Entwicklung der Stadtmitte andererseits) gestützt, von denen
bereits die erste den Einzelhandelsausschluss rechtfertige mit Blick auf OVG Münster v.
07.05.2007 - 7 D 24/06, BeckRS 2007, 23495. Es sei ausreichend, wenn – wie hier – das
Zentrenkonzept im Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses vorliege und es sei unschädlich, dass
die Vollerhebung erst nachträglich eingepflegt worden sei. Insgesamt seien nur vorhandene
oder absehbare Nutzungsmöglichkeiten in die Abwägung einzustellen und nicht potentielle
Grundstücksnutzungen zu zementieren, während mit Blick auf BVerwG v. 27.03.2013 – 4 CN
7/11 schon eine – hier gegebene - „Förderlichkeit“ für die Standortentwicklung ausreiche.
Etwaige Bestimmtheitsbedenken führten nicht zur Gesamtnichtigkeit. Wegen der weiteren
Einzelheiten wird auf S. 5 f. der Klageerwidern (Bl. 30 f. d.A.), S. 16 – 19 der Duplik (Bl.
115 ff. d.A.) und den Schriftsatz vom 10.09.2015 (Bl. 169 ff. d.A.) Bezug genommen. Zudem
sei davon auszugehen, dass die Stadt bei einem erfolgreichen Normenkontrollverfahren eine
Heilung der Planungssituation angestrebt hätte.

Zur Schadenshöhe seien die Berechnungen nicht nachvollziehbar, wobei wegen der Details auf S. 21 ff. des Schriftsatzes vom 29.12.2014 (Bl. 120 ff. d.A.) verwiesen wird.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 03.11.2015 (Bl. 189 ff. d.A.), auf das wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen wird, die Klage abgewiesen. Ungeachtet der Frage, ob dem Beklagten zu 1) eine Pflichtverletzung vorzuwerfen sei, die kausal für den Eintritt eines Schadens gewesen sei, scheiterten Ansprüche gegen ihn jedenfalls an der erteilten Entlastung. Alle hier im Streit stehenden Schadensersatzansprüche seien bereits in den Jahren ab 2007 bis einschließlich zum 16.06.2011 dem Grunde nach erkennbar gewesen. Ansprüche gegen die Beklagte zu 2) kämen wegen des im Objektberatungs- und Mietverwaltungsvertrags festgelegten engen Aufgabenspektrums allenfalls mit Blick auf den Umstand in Betracht, dass Q2 das Mietverhältnis nicht fortsetzen wollte - worüber aber informiert worden sei. An der erforderlichen Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden fehle es weiter mit Blick darauf, dass jeglicher gegen die Planänderungen gerichtete Rechtsbehelf erfolglos geblieben wäre. Ungeachtet der Frage, ob haftungsrechtlich überhaupt zu unterstellen sei, dass die Schuldnerin von Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht hätte, wäre eine Normenkontrollklage jedenfalls mit Blick auf den Aspekt des Freihaltens von Gewerbeflächen nicht erfolgreich gewesen. 29

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgt. Hinsichtlich der Frage der Entlastung und der dafür gebotenen „Erkennbarkeit“ der Ansprüche hätte das Landgericht – so man den vagen Vortrag zu Erläuterungen der Baurechtssituation in der Gesellschafterversammlung vom 16.06.2011 und/oder der Beiratssitzung vom 20.12.2007 als ausreichend ansehe - den angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen. Hinsichtlich der Beklagten zu 2) habe das Landgericht verkannt, dass diese die Verwaltung des Fonds faktisch übernommen habe. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Weitergabe wesentlicher Informationen dann aber ebenso geschuldet sei wie die Vorbereitung von Rechtsschutzmöglichkeiten bei wesentlicher Änderung der rechtlichen Grundlagen. Mit Blick auf die Kausalität habe das Landgericht verkannt, dass im Plangebiet keine freien Flächen vorhanden gewesen seien und deswegen der von den Beklagten bemühte städtebauliche Grund keine Relevanz habe entfalten können. Es könne nicht unterstellt werden, die Stadt hätte bei einer erfolgreichen Klage einen „heilenden“ Bebauungsplan erlassen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf S. 7 ff. der Berufungsbegründung (Bl. 233 ff. d.A.) Bezug genommen. 30

Die Klägerin beantragt, 31

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 03.11.2015 – 3 O 3/14 nach den erstinstanzlich gestellten Anträgen zu erkennen, 32

Die Beklagten beantragten, 33

die Berufung zurückzuweisen. 34

Die Beklagten verteidigen die angegriffene Entscheidung unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und stellen klar, dass am 20.12.2007 der Beirat auch über das Ergebnis der anwaltlichen Beratung informiert worden sei. Die Beklagten sind der Ansicht, die Beklagte zu 2) sei nur im Rahmen der Delegationsmöglichkeit in § 6 des Gesellschaftsvertrages für den Beklagten zu 1) als Geschäftsführer aufgetreten; es könne so nicht eine eigene vertragliche Haftung konstruiert werden. Eine Normenkontrollklage hätte im Übrigen keine Aussicht auf Erfolg gehabt, wie auf S. 5 ff. der Berufungserwiderung (Bl. 262 ff. d.A.) weiter ausgeführt. Insbesondere gäbe es im Plangebiet bis heute unbebaute Flächen, 35

die von Einzelhandel freizuhalten ein zulässiges Planungsziel gewesen sei. Es habe auch kein Abweichen von den Sortimentslisten aus dem Zentrenkonzept gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die von den Parteien zu den Akten gereichten
Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 36

II. 37

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. 38

1. Dem Kläger steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen den Beklagten zu 1)
unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu. Insbesondere kommt hier kein
Ersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB unter dem Aspekt in Betracht, dass der
Beklagte zu 1) als damaliger geschäftsführender Gesellschafter die anderen Gesellschafter
nicht fortlaufend genügend über das Geschehen bei der Stadt informiert und so eine interne
Willensbildung über die mögliche Einleitung erfolgsversprechender rechtlicher Schritte wegen
der Änderungen des Bebauungsplans vereitelt haben soll. 39

Zwar spricht – was das Landgericht offen gelassen hat – nach Ansicht des Senats alles für
das Vorliegen einer entsprechenden Pflichtverletzung. Es kommt dabei auch dann nicht auf
die streitige Frage an, ob der Ankermieter bereits im Jahr 2003 mitgeteilt hatte, dass der
Mietvertrag auf jeden Fall nicht über 2014 hinaus verlängert würde und auch nicht auf die
ebenfalls streitigen Details der Telefonate mit den Streithelfern, weil insgesamt die
Informationspolitik schon nach Aktenlage ersichtlich unzureichend war. 40

Das Landgericht hat jedoch die Ablehnung eines Ersatzanspruchs im Ergebnis zutreffend mit
der Entlastung der Geschäftsführung begründet, die hier durch den nach der Satzung (§ 7 Nr.
2, § 8 Nr. 1 lit.c)) als Mehrheitsbeschluss zulässigen Gesellschafterbeschluss am 16.06.2011
erteilt worden ist. 41

Zudem fehlt es – was das Landgericht folgerichtig nur mit Blick auf die Beklagte zu 2) geprüft
hat – an der Kausalität einer etwaigen Pflichtverletzung für den hier geltend gemachten
Schaden, weil ein etwaiges gerichtliches Vorgehen gegen die Änderungen des
Bebauungsplans jedenfalls im Ergebnis erfolglos geblieben wäre. 42

a) Etwaige Ansprüche gegen den Beklagten zu 1) sind schon aufgrund der erteilten
Entlastung ausgeschlossen. 43

aa) Eine Entlastung ist ein traditioneller verbandsrechtlicher Vorgang, mit dem Tätigkeit der
Mitglieder von Verbandsorganen gebilligt wird. Es handelt sich um eine einseitige
körperschaftsrechtliche Erklärung, an die sich wegen der darin liegenden
Vertrauensbekundung anerkanntermaßen Präklusionswirkungen knüpfen. Insbesondere wird
die Gesellschaft (anders als im Aktienrecht, wo §§ 93 Abs. 4, 120 Abs. 2 S. 2 AktG eine
Verzichtswirkung ausschließen) durch eine Entlastung mit allen Ersatzansprüchen wegen
Pflichtverletzungen ausgeschlossen, die für das entlastende Organ auf Grund einer
Rechenschaftslegung und/oder sonst zugänglich gemachter Unterlagen und Informationen
bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Zeitpunkt der
Entlastungsentscheidung bereits „erkennbar“ waren (statt aller BGH v. 04.11.1968 - II ZR
63/67, NJW 1969, 131; v. 14.11.1994 – II ZR 160/93, NJW 1995, 1353, 1355;
Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 46 Rn. 41; K.Schmidt, in: Scholz,
GmbHG, 11. Aufl., § 46 Rn. 94 jeweils m.w.N.). Außerhalb des nach dem Informations- und
Erkenntnisstandes „Erkennbaren“ führt zur Verzichtswirkung bei einer Entlastung ansonsten 44

nur die konkrete positive Kenntnis bei allen Gesellschaftern - die hier ersichtlich nicht anzunehmen wäre.

Diese für GmbH, Verein und Genossenschaft entwickelten Grundsätze gelten - auch wenn das Thema in Rspr. und Literatur stiefmütterlich behandelt wird - entsprechend im Personengesellschaftsrecht, jedenfalls bei kapitalistisch strukturierten Publikumsgesellschaften, mit denen die hiesige Treuhandkonstellation gleichzusetzen ist (vgl. allg. *Podewils*, BB 2014, 2632, 2643; für Anspruch des GbR-Geschäftsführers auf Entlastung *Staudinger/Habermeier*, BGB, 2003, § 713 Rn. 8 und allgemein für Entlastungswirkungen *Ermann/H.P.Westermann*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 709 Rn. 26 für Entlastung eines Gesellschafters; siehe auch OLG Frankfurt v. 20.12.2007 – 1 U 189/06 –, juris – wo freilich im konkreten Fall eine Entlastung abgelehnt worden war). Dafür spricht im konkreten Fall vor allem auch, dass der Gesellschaftsvertrag in § 8 Nr. 1 lit. c) die Möglichkeit einer „Entlastung“ ausdrücklich vorsieht. 45

bb) Zwar hat das Landgericht nicht weiter thematisiert, auf welche *konkreten* Tatsachen sich eine „Erkennbarkeit“ bei der geltend gemachten Pflichtverletzung (= Nichtinformation der Gesellschafter) beziehen muss und auf *wessen Kenntnis/Kenntnismüssen* es ankommt, weil es nur ganz pauschal auf die Schuldnerin und deren Erkenntnismöglichkeiten abgestellt hat, die als GbR aber allenfalls über ihre Gesellschafter handlungsfähig ist. Dies ändert indes nichts daran, dass – wie im Termin erörtert – im konkreten Fall von einer umfassenden Entlastung für die hier eingeklagten Ansprüche auszugehen ist. 46

Nach Auffassung des Senats kam es darauf an, dass (a) die Erkennbarkeit zumindest der Gefahr des Verlustes des Ankermieters jedenfalls ab 2014 bestand (weil dadurch erst eine Planänderung richtig „gefährlich“ wurde), dass (b) die Gefahr einer Änderung des Bauplanungsrechts durch Stadt erkennbar war (also entsprechende Aktivitäten dort), dass (c) die möglichen Folgen daraus erkennbar waren, nämlich eine dauerhafte Festlegung auf einen Baumarkt ohne nennenswerte Entwicklungsmöglichkeiten für das Grundstück und ohne Chance auf einen Nutzungswechsel in der Zukunft und zuletzt (d) etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten und deren mögliche Erfolgsaussichten erkennbar waren, wobei die Erkennbarkeit der Möglichkeit der Beschreitung des Rechtsweges und der Einholung weiteren anwaltlichen Rats bei nicht offensichtlicher Ausweglosigkeit ausreichen dürfte. 47

(1) Nach diesen Prämissen bestand damals allerdings dann ersichtlich keine Erkennbarkeit für die Gesellschafterversammlung als solche im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Entlastung am 16.06.2011. Es fehlt an ausreichendem Sachvortrag des für die Entlastung und damit auch für die Erkennbarkeit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zu 1). Nach einer ersten „Vorwarnung“ zur Planänderung auf der Gesellschafterversammlung vom 15.11.2005 und einer Diskussion auf der Gesellschafterversammlung vom 25.01.2007 noch während der laufenden Planungsbemühungen der Stadt war es nämlich sehr still geworden um die Bemühungen der Stadt und ihre Folgen. Insbesondere auf der Gesellschafterversammlung 2008 war die zwischenzeitlich erfolgte Planänderung kein Thema, sondern man stritt eher nur über Verkaufsbemühungen für das Grundstück. Auch im Folgenden sind keine konkreten Gesellschafterinformationen erkennbar. Was zuletzt auf der maßgeblichen Gesellschafterversammlung vom 16.06.2011 zum Punkt „Aussprache zu den Gründen des vom Beirat initiierten und befürworteten Wechsels der Verwaltung“ erörtert worden sein soll und ob und wie sich daraus ggf. eine „Erkennbarkeit“ hätte ergeben können, ist – wie im Termin erörtert - dunkel geblieben. Jedenfalls genügt das vage Beklagtenvorbringen zur angeblichen Erläuterung der „aktuellen Baurechtssituation“ in dieser Versammlung (S. 14 des Schriftsatzes vom 29.12.2014 = Bl. 113 und S. 4 der 48

Berufungsbegründung = 261 d.A.) – was auch immer das heißen soll – mangels konkreter weiterer Angaben so nicht. Die Vernehmung des angebotenen Zeugen liefe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus, zumal es seinerzeit eine „Präsentation“ (Powerpoint?) gegeben haben soll, zu deren Inhalten ebenfalls nichts vorgetragen ist.

(2) Wie in der mündlichen Verhandlung erörtert, ist dies letztlich aber unerheblich und kann auch dahinstehen, da die Gesellschafterversammlung sich jedenfalls *rechtlich* so behandeln lassen muss, als hätte sie im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Entlastung Kenntnis gehabt bzw. als hätte ein Kennenmüssen vorgelegen. Denn jedenfalls der Beirat – zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es aber gerade gehörte, die Geschäftsführung zu überwachen – war hier, ohne dass es noch auf die umstrittenen und unter Zeugenbeweis gestellten Erörterungen auf der Beiratssitzung vom 20.12.2007 ankommen würde, schon nach Aktenlage selbst so weitgehend informiert, dass den Beiratsmitgliedern die unzureichende Transparenz/Information und die Gesamtproblematik zumindest klar erkennbar gewesen sein muss. Kenntnis und Kennenmüssen der Beiratsmitglieder sind dann jedoch entsprechend § 166 BGB der Gesellschafterversammlung zuzurechnen und somit bei der Frage nach der Reichweite der Entlastungsentscheidung für die Geschäftsführung zu berücksichtigen. 49

Diese Thematik wird – soweit ersichtlich – zwar in Rechtsprechung und Literatur speziell für den hier relevanten Fall einer Treuhandgesellschaft in Form der GbR oder einer sonstigen Personengesellschaft nicht explizit behandelt. Diskutiert werden vergleichbare Fragen allerdings zum Beirat einer Wohnungseigentümergeinschaft (§ 29 WEG): Dort soll nach h.M. entsprechend § 166 BGB eine Wissenszurechnung stattfinden und die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen der Beiratsmitglieder gerade Bedeutung bei der Bemessung der Reichweite einer Verwalterentlastung haben, wenn (wie etwa bei der Rechnungslegung) im konkreten Fall nur ein zu den gesetzlichen und/oder aus der Gemeinschaftsordnung abzuleitenden Aufgaben des Beirats gehörender Bereich der Tätigkeit des Verwalters betroffen ist (OLG Düsseldorf v. 09.11.2001 - 3 Wx 13/01, NZM 2002, 264; v. 30.10.2000 - 3 Wx 92/00, NJW-RR 2001, 949; OLG Köln v. 27.06.2001 - 16 Wx 87/01, NZM 2001, 862 = ZMR 2001, 914; einschränkend KG v. 31.03.2009 - 24 W 183/07, WuM 2010, 79 (Zurechnung erst nach einer Überlegungsfrist für Beirat) und als Vorinstanz LG Berlin v. 31.8.2007 - 85 T 327/06, Grundeigentum 2008, 611 (613); den zuerst genannten Judikaten uneingeschränkt folgend etwa BeckOGK-WEG/Herrmann, Stand: 01.07.2016, § 28 Rn. 211; Bärmann/Becker, WEG, 13. Aufl. 2015, § 28 Rn. 198; Geiben in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 26 WEG Rn. 68; Drasdo, Der Verwaltungsbeirat nach dem WEG, 4. Aufl. 2012, Rn. 319 ff.; Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl. 2012, § 26 Rn. 47; Staudinger/Bub, WEG, 2005, § 26 Rn. 399; MüKo-BGB/Engelhardt, 6. Aufl. 2013, § 28 WEG Rn. 60; Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. A 813, B 10 f.; einschränkend BeckOK-WEG/Bartholome, Ed. 28, § 28 Rn. 137 nur bei pos. Kenntnis und nur bis zur 4. Aufl. Jennißen/Hogenschurz, WEG, § 29 Rn. 31). Dabei wird teilweise sogar die Kenntnis/das Kennenmüssen nur eines Mitglieds des Beirats bereits für ausreichend erachtet (OLG Köln a.a.O.), während andere auf das Gremium abstellen wollen (so für den Aufsichtsrat etwa BGH 09.04.2013 – II ZR 273/11, MDR 2013, 730). Eine Zurechnung müsste mit Hogenschurz a.a.O. dabei folgerichtig in Anlehnung an BGH v. 23.01.2014 - III ZR 436/12, MDR 2014, 330 (zu § 199 Abs. 1 S. 2 BGB) nur scheitern, wo die Befürchtung besteht, der Beirat werde (etwa wegen Kollusion) nicht zu einer sachgerechten Verfolgung des Anspruchs beitragen (wofür hier aber ohnehin keine Anhaltspunkte bestanden). 50

Andere lehnen hingegen – sofern nicht ausnahmsweise eine gewillkürte Beauftragung des Beirats vorliegt – eine Zurechnung der Kenntnis bzw. (erst recht) eines Kennenmüssens von Beiratsmitgliedern ab. Argumentiert wird insbesondere damit, dass der Beirat nach dem WEG 51

nur (vage) gesetzliche Aufgaben wahrnehme und gar nicht (auch) als Vertreter/Repräsentant/Erfüllungsgehilfe der Wohnungseigentümer agiere, so dass es für die Entlastungswirkung stets nur auf den Kenntnisstand der in der Versammlung anwesenden Wohnungseigentümer ankommen dürfe (vgl. nunmehr *Hogenschurz*, ZfIR 2016, 820, 824; Jennißen/*ders.*, WEG, 5. Aufl. 2017, § 29 Rn. 30d und daneben *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 29 Rn. 7; BeckOGK-WEG/*Greiner*, Stand: 01.07.2016, § 26 Rn. 437.4; *Sauren*, WEG, 6. Aufl. 2014, § 28 Rn. 68; *Schmid*, ZWE 2010, 8, 9).

Ohne dass dieser Streitstand zu § 29 WEG vorliegend vom Senat zu entscheiden wäre, ist der Ansatz der h.M. jedenfalls auf den konkreten Fall zwanglos übertragbar, weil im konkreten Fall sogar eine ausdrückliche satzungsmäßige Aufgabenzuweisung an den Beirat erfolgt ist und jedenfalls diese Funktion des Beirats auch durch den bestandskräftigen Bestellungsbeschluss (der die satzungsmäßigen Aufgaben des Beirats teilweise etwas beschnitten hat) nicht berührt worden ist. Die Zurechnung ist dann nach Ansicht des Senats auch nur konsequent und folgerichtig – zumal eine eigene Haftung der Beiratsmitglieder in Betracht kommen mag, wenn sie ihren Kontrollaufgaben nicht nachkommen und erkennbare Ersatzansprüche vor einer Beschlussfassung über eine Entlastung – wie hier – dann schuldhaft nicht den Gesellschaftern transparent machen.

52

Etwas anderes folgt nicht aus der Entscheidung des BGH v. 14.12.1987 – II ZR 53/87, NJW-RR 1988, 745. Dort hat der Senat zwar für die Entlastung des Vorstandes eines eingetragenen Vereins ausgeführt, dass Erkenntnismöglichkeiten (nur) der Rechnungsprüfer hinsichtlich der Satzungswidrigkeit von Zahlungen aufgrund einer Geschäftsordnung zu Vorstandsvergütungen bei Entlastungsfragen nicht der Mitgliederversammlung zugerechnet werden können, da es – vorbehaltlich eines satzungsmäßig ausgewiesenen weiteren Prüfungsauftrages – im allgemeinen gerade nicht Aufgabe eines Rechnungsprüfers sein könne, vorgefundene Vereinsordnungen (hier: Vergütungsregelungen) auf ihre Vereinbarkeit mit Gesetz und Satzung zu überprüfen und diese damit regelmäßig überfordert seien. Diese Einschränkung ist aufgrund einer sachgerechten Auslegung des Pflichtenkanons eines Rechnungsprüfers aber nur verständlich und richtig, doch war im vorliegenden Fall der originäre Aufgabenbereich des Beirats betroffen, es lag eine satzungsmäßige Aufgabenzuweisung vor und die Umstände lagen auch klar und deutlich zutage.

53

Schließlich ergibt sich zuletzt nichts anderes aus der Rechtsprechung des BGH zur eingeschränkten Zurechnung von Aufsichtsratswissen (BGH v. 26.04.2016 – IX ZR 108/15, WM 2016, 1031 ff. u.a., dazu auch *Buck-Heeb*, WM 2016, 1469 ff.; *Werner*, WM 2016, 1474 ff.), bei der es vor allem um eine „gesellschaftsübergreifende“ Wissenszurechnung der der Verschwiegenheit unterliegenden Aufsichtsratsmitglieder ging - was hier keine Rolle spielt.

54

Am Kennen/Kennenmüssen des Beirats – auch als Gremium – hat der Senat schon nach Aktenlage dann aber - wie gesagt - keinerlei Zweifel: Der Beirat wusste bei der Beschlussfassung über die Entlastung positiv von der erfolgten 5. Planänderung und den Problemen des Ankermieters (Q2) und von der Beschränkung der künftigen Nutzungsmöglichkeiten des Grundstücks, die auf der Gesellschafterversammlung vom 15.11.2005 gerade auch mit Anlass war, den Beirat einzurichten und die Geschäftsführung in Sachen Anschlussvermietung näher zu beraten. Die Rechtsschutzmöglichkeiten und die an der Rechtmäßigkeit des planerischen Vorgehens der Stadt auftretenden Zweifel wurden im Folgenden gerade auf Drängen eines Beiratsmitglieds unter dem 12.01.2006 durch die Streithelferin aufgearbeitet. Der Beirat drängte in der Sitzung vom 14.06.2006 auf weitere Informationen zum laufenden Planänderungsverfahren und war sich ersichtlich bewusst, dass der Fonds nach Ablauf der Mietverträge „höchst gefährdet“ sei, da eine Nachvermietung nach

55

den jetzt vorliegenden Informationen äußerst schwierig sein wird bzw. fast unmöglich erscheint. Das erscheint auch plausibel, zumal ein Mitglied Diplom-Verwaltungswirt (FH) und hauptamtlicher Bürgermeister war und daher ausreichende Sachkunde im Beirat verfügbar gewesen sein muss. In der Sitzung vom 06.07.2006 war folgerichtig festgehalten worden, dass die bisherige Kommunikation der Verwaltung mit der Stadt in Sachen Planänderung „nicht professionell geführt“ sei und man unternahm dann jedoch dennoch nichts weiter, weil die Stadt das Planverfahren z.Z. nur verwaltungsintern betrieb. Das änderte sich sodann und war auch zumindest am Rande Thema auf der Gesellschafterversammlung vom 25.01.2007, wo ein Beiratsmitglied folgerichtig Unmut über die Arbeit der Streithelferin geäußert und die Beauftragung einer im öffentlichen Bauplanungsrecht spezialisierten Kanzlei gefordert hatte. Dies alles zeigt, dass man sich im Beirat der Brisanz der Thematik durchaus bewusst war und man zudem sah, dass man bei einer tatsächlich erfolgten Planänderung u.U. auch rechtliche Schritte einleiten müsste, wenn man den Fonds vor dem Schlimmsten bewahren wollte. Zwar ist im Detail dunkel, was der Beirat im Jahr 2007 von den Beklagten erfahren haben soll, doch spitzte sich Anfang Februar 2008 die Situation durch das Anschreiben eines Gesellschafters ersichtlich zu. Dabei ging es zwar – die Gesellschafter waren ja auch nicht informiert – weniger um die Planänderungen und ihre Folgen, sondern um eine allgemeine Unzufriedenheit mit der Arbeit der Beklagten, doch zeigt das in diesem Kontext versandte Schreiben vom 18.03.2008, dass der Beirat durchaus um die zwischenzeitlichen Aktivitäten in Sachen Discounter, Spielhalle und „verändertes Baurecht“ zumindest rudimentäre Kenntnisse erlangt haben musste. Dies zeigt zudem der Ortstermin 2009, bei dem vor allem der Verbleib des Ankermieters - der wegen des veränderten Baurechts essentiell war – thematisiert worden ist. Im Folgenden bleibt zwar wieder dunkel, was der Beirat im Detail in den Jahren 2009/2010 von den Beklagten an Informationen erhalten hat, doch musste dem Beirat fortlaufend vor Augen stehen, dass die Gesellschafter in der ganzen Zeit niemals vollends über die Probleme informiert worden waren und dass auch Rechtsschutzmöglichkeiten nicht wahrgenommen worden sind.

cc) Soweit anerkanntermaßen die Entlastungswirkung trotz einer Erkennbarkeit von Pflichtverletzungen entfällt, wenn die Geschäftsführer auf eine „Verschleierung“ hingewirkt und dadurch die Erkennbarkeit vermindert haben (statt aller Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 46 Rn. 41; K.Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 46 Rn. 94 jeweils m.w.N.), greift dies nicht zu Gunsten der Klägerin durch. Mögen die Gesellschafter nicht vollumfänglich und transparent informiert worden sein, sind Verschleierungsmaßnahmen aber auch nicht erfolgt, sondern gerade im Verhältnis zum Beirat wurden durchaus wesentliche Informationen herausgegeben. Selbst wenn – was streitig ist – die Fondsverwaltung den Beirat über das angebliche Abraten der Inanspruchnahme des Rechtswegs durch die Streithelfer informiert haben soll, läge auch darin keine Verschleierung, sondern mangels weiterer Anhaltspunkte nur eine Informationsweitergabe. Zudem hätte auch das den Beirat nicht davon abhalten müssen, die Gesellschafter zu informieren und eine anderweitige rechtliche Prüfung („2. Meinung“) anzustoßen.

56

dd) Die – nach der Satzung zulässig – mit einfachem Mehrheitsbeschluss beschlossene Entlastung ist auch nicht – was auch im Personengesellschaftsrecht denkbar ist (Podewils, BB 2014, 2632, 2635 f.) - wegen Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) unwirksam. Insbesondere ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Entscheidung der Mehrheit bewusst gegen die Interessen der Minderheit gerichtet war und/oder bewusst in einer die Interessen der Gesellschaft – gemessen an den in der Grundsatzentscheidung „ARAG/Garmenbeck“ (BGH, 21.4.1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244) aufgestellten Maßstäben – verletzen wollte. Eine Entscheidung über die Entlastung eines Geschäftsführers ist zwar auch dann treuwidrig (§

57

242 BGB), wenn sie zu einem Zeitpunkt erzwungen wird, zu dem die Gesellschafter zwar von der Pflichtverletzung erfahren haben, aber noch nicht in der Lage sind zu beurteilen, ob der Gesellschaft ein Schaden zugefügt wurde, und die Entlastung dann nur dazu dient, den Geschäftsführer der Verantwortung für sein Verhalten zu entziehen und eine weitere Untersuchung zu verhindern (BGH v. 04.05.2009 – II ZR 169/07, NJW-RR 2010, 49), Doch auch dafür ist nichts ersichtlich, zumal der Schaden dem Grunde nach jedenfalls dem Beirat klar erkennbar war.

b) Ungeachtet dessen scheidet ein Anspruch – wie eingangs gesagt – aber hier auch deswegen aus, weil nach den zutreffenden Erwägungen des Landgerichts ein rechtliches Vorgehen gegen die beiden Bebauungsplanänderungen im Ergebnis keinen Erfolg versprochen hätte und somit die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden, für deren Vorhandensein der Kläger darlegungs- und beweisbelastet ist, fehlt. 58

aa) Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass die Planänderungen in der 5. Änderung des Bebauungsplans (Anlage K 9a, Bl. 53 ff. d.A.) auf zwei *selbständig* tragenden Erwägungen beruht und der Einzelhandelsausschluss so schon allein mit dem beabsichtigten Freihalten der Gewerbeflächen gerechtfertigt werden konnte. Auf die zutreffenden Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung kann zur Meidung von Wiederholungen zunächst Bezug genommen werden. 59

(1) Die Änderung war insofern städtebaulich „erforderlich“. Denn das, was im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB städtebaulich „erforderlich“ ist, bestimmt sich maßgeblich nach der jeweiligen Konzeption der Gemeinde. Welche städtebaulichen Ziele die Gemeinde sich setzt, liegt in ihrem planerischen Ermessen. Der Gesetzgeber ermächtigt sie, die „Städtebaupolitik“ zu betreiben, die ihren städtebaulichen Ordnungsvorstellungen entspricht. Nicht erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind in aller Regel daher nur solche Bauleitpläne, die einer positiven Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des Baugesetzbuchs nicht bestimmt sind. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB ist ferner verletzt, wenn ein Bebauungsplan, der aus tatsächlichen oder Rechtsgründen auf Dauer oder auf unabsehbare Zeit der Vollzugsfähigkeit entbehrt, die Aufgabe der verbindlichen Bauleitplanung nicht zu erfüllen vermag. In dieser Auslegung setzt § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB der Bauleitplanung lediglich eine erste, wenn auch strikt bindende Schranke, die lediglich grobe und einigermaßen offensichtliche Missgriffe ausschließt. Sie betrifft die generelle Erforderlichkeit der Planung, nicht hingegen die Einzelheiten einer konkreten planerischen Lösung. Dafür ist das Abwägungsgebot maßgeblich, das im Hinblick auf gerichtliche Kontrollen, Fehlerunbeachtlichkeit und heranzuziehende Erkenntnisquellen abweichenden Maßstäben unterliegt. Deswegen kann die Abgewogenheit einer Bauleitplanung und ihrer Festsetzungen nicht bereits zum Maßstab für deren städtebauliche Erforderlichkeit gemacht werden (OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006; OVG Münster v. 12.02.2014 - 2 D 13/14.NE, BeckRS 2014, 51404; BVerwG v. 27.03.2013 – 4 C 13/11, NVwZ 2013, 1157 jeweils m.w.N.). 60

Der 5. Änderung liegt nach diesen Prämissen prinzipiell eine von städtebaulich legitimen Zielen getragene positive Planungskonzeption zugrunde, ein grober und einigermaßen offensichtlicher Missgriff liegt ersichtlich nicht vor. Die Planungskonzeption besteht der Planbegründung zufolge vornehmlich darin, den Bebauungsplan an das Zentrenkonzept anzupassen und dieses zum einen abzusichern (S. 2 der Begründung = Bl. 58 d.A.), aber die betroffenen Gewerbeflächen eben auch für etwaige Nichteinzelhandelsbetriebe zu reservieren (S. 6 der Begründung = Bl. 62 d.A.). Damit verfolgt die Antragsgegnerin mit der Änderungsplanung den städtebaulichen Belang des § 1 Abs. 6 Nr. 4 BauGB gepaart mit den 61

Belangen der (produzierenden) Wirtschaft des § 1 Abs. 6 Nr. 8 a) BauGB. Ob die Umsetzung des städtebaulichen Konzepts im Einzelnen schlüssig und nachvollziehbar gelungen ist, ist dann keine Frage der (allgemeinen) städtebaulichen Erforderlichkeit, sondern des Eingreifens der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage und der Beachtung des Abwägungsgebots (OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006).

Es fehlt hier - entgegen dem Klägervortrag - nicht etwa an der Vollzugsfähigkeit der Planung im Gewerbegebiet. Soweit dieser Aspekt sinngemäß mit der Berufungsbegründung auf S. 7 (Bl. 223 d.A.) aufgegriffen wird, weil im Plangebiet angeblich keine „freizuhaltenden“ Flächen mehr vorhanden seien, ist das (wie bereits in erster Instanz im Schriftsatz vom 22.09.2015, Bl. 173 d.A.) zum einen schon ersichtlich ins Blaue hinein vorgetragen (vgl. auch S. 6 der Begründung zur 5. Planänderung, Bl. 62 d.A.) und zudem auch deswegen unerheblich, weil es bei verständiger Würdigung gerade eben auch um etwaige Umnutzungen im vorhandenen Baubestand geht (vgl. S. 2 der Begründung der 5. Planänderung, Bl. 58 d.A.). 62

Der Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben in Gewerbegebieten mit einer Gegen Ausnahme für einen Annexhandel ist als solches von § 1 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 9 BauNVO gedeckt. Der von § 1 Abs. 5 BauNVO gestattete Ausschluss bestimmter Nutzungsarten z. B. von Einzelhandel - in einem - wie hier - festgesetzten Baugebiet ist zwar selbst wiederum nur wirksam, wenn er im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung „erforderlich“ und durch städtebauliche Gründe gerechtfertigt ist (vgl. auch BVerwG v. 27.03.2013 – 4 CN 7.11, BeckRS 2013, 51965). Wünscht eine Gemeinde an einem bestimmten Standort keine Einzelhandelsbetriebe, so ist es ihr unter dem Blickwinkel des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB aber nicht verwehrt, ein Gewerbegebiet unter Ausschluss dieser Nutzungstypen festzusetzen. Zeichnet sich nach ihrer Einschätzung in einem ohne nähere Maßgaben ausgewiesenen Gewerbegebiet eine Fehlentwicklung ab, weil etwa Einzelhandelsbetriebe dem produzierenden Gewerbe den Rang ablaufen, so hindert § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sie nicht daran, sich – wie hier - nachträglich des Mittels zu bedienen, das § 1 Abs. 5 BauNVO zur Sicherung einer standortangemessenen Nutzungsstruktur bereithält (OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006). Geht es ihr – wie hier – (auch) darum, das Gebiet davor zu bewahren, dass Einzelhandelsbetriebe auf Kosten von Betrieben des produzierenden Gewerbes überhandnehmen, bedarf es zur Rechtfertigung dieses Ziels nicht einmal des konkreten Nachweises, dass ohne diese Beschränkung andere Einzelhandelsstandorte gefährdet werden oder das Ortszentrum an Attraktivität verliert (OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006). Es muss auch nicht nachgewiesen werden, dass für die Sicherung der Entfaltungsmöglichkeiten des produzierenden Gewerbes ein unabweisbares Bedürfnis besteht, weil von Seiten dieses Gewerbebezugs ein spürbarer Nachfragedruck besteht (OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006) – den die Planbegründung hier aber mit plausiblen Gründen sogar annimmt. § 1 Abs. 5 BauNVO gilt dabei auch dann, wenn – wie hier - der vollständige Ausschluss einer Nutzungsart durch Gegen ausnahmen für bestimmte Arten von Anlagen der betreffenden Nutzungsart wie den sog. Annexhandel als Unterart des Einzelhandels wieder ein Stück zurückgenommen wird (OVG a.a.O.; siehe auch OVG Münster v. 12.12.2013 – 10 D 112/08. NE, BeckRS 2014, 45975). 63

Nach diesen Grundsätzen wird der Einzelhandelsausschluss in dem Gewerbegebiet von § 1 Abs. 5 BauNVO getragen. Er setzt im Einklang mit § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB folgerichtig das Zentrenkonzept der Stadt um und will zudem Einzelhandelsbetriebe grundsätzlich generell vom Gewerbegebiet fernhalten und so den städtischen Raum klarer und übersichtlicher gliedern. Es ist nachvollziehbar, dass die Stadt auf diese Weise nicht nur ihre zentralen Versorgungsbereiche schützen und entwickeln will, sondern zugleich erreichen will, dass u.U. 64

flächenintensive Einzelhandelsbetriebe nicht etwaige Gewerbeflächen besetzen, die dann dem (produzierenden) Gewerbe, das für Betriebsansiedlungen notwendig auf Gewerbegebiete angewiesen ist, nicht mehr zur Verfügung stehen würden. Dafür, dass die angesprochene Sicherung der überplanten Flächen für das produzierende Gewerbe nur „vorgeschoben“ wäre und nur dazu diene, eine ansonsten nicht tragfähige Planung im Zentrum abzusichern (vgl. nur den Fall OVG Münster v. 31.10.2012 - 10 A 2117/10, NVwZ-RR 2013, 403), fehlt nach Auffassung des Senats jeder Anhalt. Die u.a. im Schriftsatz vom 16.01.2015 (S. 4 f. = Bl. 130 f. d.A.) gerügten Aspekte einer Unwahrscheinlichkeit einer Durchsetzbarkeit des Zentrenkonzepts in der Gemeinde „ohne eindeutigen zentralen einzelhändlerischen Kristallisationspunkt“ tragen mangels weiteren Sachvortrages nicht, weil die Planungen der Stadt andererseits – mag es zunächst auch keine Kundenstromanalyse gegeben haben - nicht gänzlich unplausibel erscheinen und ein Einzelhandelsausschluss in Gewerbegebieten auch nicht generell ungeeignet ist, die Ansiedlung des Einzelhandels an den von den Planern gewünschten Orten zu fördern. Eine reine (unzulässige) Verhinderungsplanung (dazu etwa BVerwG v. 12.07.2006 - 4 B 49/06, ZfBR 2006, 679 = BeckRS 2006, 24484) liegt nicht vor. Die Stadt hat sich zudem durchaus dezidiert mit der Einzelhandelsvorprägung im Gebiet auseinandergesetzt. Die Gegen Ausnahme für einen sog. Annexhandel ist als solches beanstandungsfrei, wenn er – wie hier der Fall – in einem mit den Zielsetzungen der Planung verträglichem Umfang erfolgt (vgl. nur OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006). Auch die Ausnahme für Kfz-Handel als typische Nutzungsart in außenliegenden Gewerbegebieten steht mit der Generalplanung im Einklang. Soweit zuletzt aus Gründen des Bestandsschutzes weitere Ausnahmen geschaffen worden sind, ist auch das nicht zu beanstanden, zumal die Stadt auch dabei ausweislich der Planbegründung nachvollziehbar und stringent darauf geachtet hat, im Rahmen ihrer schlüssigen Gesamtkonzeption zu bleiben und das Zentrenkonzept so auch nicht konterkariert wird (zu diesem Aspekt etwa VGH Mannheim v. 27.10.2010 – 5 S 875/09, BeckRS 2010, 56284).

(2) Die Änderung verstößt zudem auch nicht gegen das Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB. Das dort normierte Gebot, die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, setzt neben einer sachgerechten Entscheidung voraus, dass in die Abwägung all das an Belangen eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss. Unbeachtlich sind Belange (nur), wenn sie für die Gemeinde bei der Entscheidung über den Plan nicht erkennbar waren oder wenn sie keinen städtebaulichen Bezug haben, geringwertig oder makelbehaftet oder solche sind, auf deren Fortbestand kein schutzwürdiges Vertrauen besteht. Des Weiteren darf die Bedeutung der Belange nicht verkannt und der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten Belangen nicht in einer Weise vorgenommen werden, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens ist dem Abwägungserfordernis schon dann genügt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde im Widerstreit verschiedener Belange für die Bevorzugung des einen und damit notwendigerweise für die Zurückstellung des anderen Belangs entscheidet (OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006 m.w.N.).

Gegen diese Abwägungsgrundsätze hat die Stadt nicht verstoßen. Sie hat insbesondere die Bestandsschutz- und Nutzungsinteressen der Grundstückseigentümer im Plangebiet nicht fehlgeachtet, so dass die Änderungen nicht gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verstoßen. Das private Eigentum gehört selbstverständlich und in hervorgehobener Weise zu den abwägungserheblichen Belangen. Insbesondere das private Interesse am Erhalt bestehender Nutzungsrechte ist unter Berücksichtigung des besonderen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes abwägend zu berücksichtigen. Will eine Gemeinde - wie hier - ein bereits

bebautes Gebiet in einem Bebauungsplan neu ordnen, setzt eine rechtmäßige Abwägung eine hinreichende Ermittlung der insoweit zu berücksichtigenden gegenläufigen (privaten) Belange durch eine sorgfältige Bestandsanalyse voraus. Im Rahmen der planerischen Abwägung muss das private Interesse am Erhalt bestehender baulicher Nutzungsrechte mit dem öffentlichen Interesse an einer städtebaulichen Neuordnung des Plangebiets abgewogen werden. In die Abwägung ist einzustellen, dass sich der Entzug baulicher Nutzungsmöglichkeiten für den Betroffenen wie eine (Teil-)Enteignung auswirken kann. Allerdings hat ein Grundstückseigentümer jenseits des Anspruchs darauf, dass der Plangeber bei einer Umplanung Bestandsschutzinteressen angemessen berücksichtigt, keinen Anspruch auf den Fortbestand einer bestimmten Planung (zum Vorgenannten etwa OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006 und VGH Mannheim v. 21.05.2001 – 5 S 901/99, NVwZ-RR 2002, 556 jeweils m.w.N.).

Nach diesen Prämissen steht Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG den Änderungen mit ihren Nutzungsausschlüssen und differenzierenden Nutzungsregelungen in dem Gewerbegebiet nicht entgegen. Die Stadt hat sich die Bestandssituation im Plangebiet und dessen Lage im Stadtgebiet genau vor Augen geführt. In der Planbegründung hat neben ihrem Zentrenkonzept gerade den baulichen Bestand herausgearbeitet. Dieser Bestandssituation hat sie ihr Planungsziel - die Anpassung des Plangebiets an das Zentrenkonzept und die Erhaltung der Standortqualität der Gewerbeflächen durch einen weitgehenden Einzelhandelsausschluss - gegenübergestellt. Mit den im Zuge des Verfahrens zum Schutze des Bestands geschaffenen weiteren Ausnahmen hat die Stadt dann erkennen lassen, dass sie die Eigentümern durchaus noch gewisse Erweiterungsmöglichkeiten offenhalten wollte, aber eben folgerichtig nur in einem Rahmen, der unter dem Strich nicht in Widerspruch zur Gesamtkonzeption steht. Das ist als solches erneut nicht zu beanstanden, da u.U. sogar ein vollständiger Ausschluss zum Zwecke des Freihaltens der Flächen mit einem nur passiven Bestandsschutz für die vorhandene Nutzung zu rechtfertigen gewesen wäre (vgl. nur OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006; v. 30.10.2015 – 7 A 2621/13, BeckRS 2015, 55386). Dass konkrete Grundstückseigentümer im Plangebiet *konkret* die Aufnahme einer nunmehr ausgeschlossenen und auch nicht ausnahmsweise zulässigen Einzelhandelsnutzung beabsichtigen und sie der Einzelhandelsausschluss oder die anderen Nutzungsausschlüsse daher angesichts des unmittelbaren Planungsstandes wirtschaftlich damals unzumutbar hart treffen, hat während des Aufstellungsverfahrens niemand - auch nicht die Klägerseite - vorgetragen. Das allgemeine Offenhalten einer planungsrechtlich günstigen Situation kann aber gerade nicht verlangt werden.

67

(3) Soweit die 5. Änderung des Bebauungsplans u.U. zu unbestimmt war und eine Normenkontrollklage insofern ggf. erfolgsversprechend gewesen sein mag, hat das Landgericht – worauf zur Meidung von Wiederholungen Bezug genommen wird - zutreffend auf die diese Fehler ersichtlich heilende 6. Änderung abgestellt und darauf, dass ein solcher Fehler ohnehin auch nur zur Teilunwirksamkeit geführt hätte. Ein kausaler Schaden kann jedenfalls auch so nicht konstruiert werden.

68

bb) Doch selbst wenn man das zu aa) Gesagte mit den Erwägungen der Klägerseite anders sehen wollte und man das Freihalten der Gewerbeflächen und die damit bezweckte Gliederung der verschiedenen Gemeindebereiche nur als untergeordnete Ergänzung der Beförderung des Zentrenkonzepts als dem eigentlichem Ziel der städtebaulichen Planung ansehen würde, gilt nichts anderes. Denn auch die Durchsetzung des Zentrenkonzepts würde im konkreten Fall dann jedenfalls im Zusammenspiel mit dem (auch) beabsichtigten Freihalten der Gewerbeflächen den Einzelhandelsausschluss rechtfertigen, wenn sie – wie hier – auf prinzipiell von städtebaulich legitimen Zielen getragenen positiven

69

Planungskonzeptionen aufsetzt (vgl. auch OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006).

(1) Dass gerade auch die (prognostische) Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche ein zulässiges städtebauliches Ziel ist, folgt dabei schon aus §§ 1 Abs. 6 Nr. 4, 9 Abs. 2a BauGB und wird - auch mit Blick auf einen Einzelhandelsausschluss - in der Rechtsprechung als solches nicht in Zweifel gezogen (BVerwG v. 06.08.2013 - 4 BN 9.13, BeckRS 2013, 54796; OVG Münster v. 29.01.2013 – 2 D 102/11.NE, BeckRS 2013, 48006). Entgegen dem Klägervortrag ist auch nicht per se zu beanstanden, dass die Bebauungsplanänderungen weniger zum Schutz eines vorhandenen Stadtzentrums als nur prognostisch zur weiteren städtebaulichen Entwicklung desselben erfolgt sein mögen, weil das BauGB gerade dafür den Städten Planungshoheit zubilligt, wenn dies – wie hier – nach der Begründung der Planänderung nur unter Berücksichtigung zulässiger städtebaulicher Belange erfolgt. Dies muss - entgegen S. 4 des Schriftsatzes vom 16.01.2015 (Bl. 130 d.A.) - gerade bei einer „polyzentralen“ Städtestruktur machbar sein, da die Begründung der Planänderungen belegt, dass es speziell um eine weitere Zentrenentwicklung in der zusammengelegten Gemeinde ging und gerade auch deswegen eine klarere städtebauliche Gliederung der einzelnen Baugebiete bezweckt war. Bauleitplanung erschöpft sich gerade nicht darin, bereits eingeleitete Entwicklungen zu steuern, sondern ist auch ein Mittel, um städtebauliche Ziele für die Zukunft zu formulieren und aktiv auf eine Änderung des städtebaulichen status quo hinzuwirken (vgl. etwa OLG Lüneburg v. 22.05.2012 – 1 KN 216/08, BauR 2013, 904 = BeckRS 2012, 58192). Es ist einer Gemeinde so auch z.B. gestattet, zentrumsbildende Nutzungsarten, die in Zentren bisher nicht oder nur in geringem Umfang vertreten sind, in anderen Gemeindegebieten mit dem Ziel auszuschließen, eventuelle Neuansiedlungen den Zentren zuzuführen, um so deren Attraktivität zu steigern (BVerwG v. 10.11.2004 - 4 BN 33/04, BeckRS 2004, 27048).

70

Bedenken am Vorliegen einer positiven Planungskonzeption der Stadt bestehen ebenfalls nicht. Hinsichtlich des Einzelhandelsausschlusses und des Zentrenkonzepts muss - entgegen dem Klägervortrag - im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan nicht einmal zwingend ein fertiges Zentrenkonzept vorliegen, wenn nur die wesentlichen abwägungsrelevanten Grundlagen ausreichend berücksichtigt worden sind und insgesamt eine willkürfreie gesamtstädtische Konzeption vorhanden war (so auch *Tünnesen-Harmes*, NVwZ 2012, 1298, 1299 = Bl. 141 R d.A.). Das kann aber letztlich dahinstehen, weil hier im maßgeblichen Zeitpunkt der Beschlussfassung über die 5. Änderung des Bebauungsplans das Zentrenkonzept zwischenzeitlich entwickelt und als solches verabschiedet war (dies fordernd wohl OVG Koblenz v. 01.06.2011 – 8 A 10399/11, BeckRS 2011, 52231). Gerade seine zwischenzeitliche Aufstellung hatte die Arbeiten an der 5. Planänderung nochmals maßgeblich verzögert und die erneute Offenlegung verursacht. Unschädlich ist nach Auffassung des Senats dabei, dass das erste Zentrenkonzept aus März 2006 nach einer Vollerhebung der Bestandsflächen im Jahr 2008 später nochmals angepasst worden sein mag und als solches der 6. Planänderung zugrundelag. Denn es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, welche späteren wesentlichen Erweiterungen es gegeben hat und dass dies von Relevanz für die tragenden Planungen und Abwägungen gewesen sein kann. Vielmehr sind nach Aktenlage von Anfang an die wesentlichen Leitlinien identisch geblieben – was sich auch daran zeigt, dass bei der 6. Planänderung letztlich nur inhaltliche Ausschärfungen und Klarstellungen wegen der Bestimmtheitsbedenken erfolgt sind.

71

(2) Bei einem Einzelhandelsausschluss zum Schutz des Zentrums müssen nach der Rechtsprechung (BVerwG v. 27.03.2013 – 4 CN 7.11, BeckRS 2013, 51965, siehe auch OVG Münster v. 14.10.2013 – 2 D 103/12. NE, BauR 2014, 213 = BeckRS 2013, 57622; v.

72

30.10.2015 – 7 A 2621/13, BeckRS 2015, 55386) zwar konkret zentrenschädliche Sortimente – in der Regel im Zentrenkonzept – ermittelt werden und der festgesetzte Einzelhandelsausschluss muss zudem auch geeignet sein, das vom Plangeber ins Auge gefasste städtebauliche Ziel zu fördern. Davon ist grundsätzlich auszugehen, wenn in einem Zentrenkonzept die für die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Zentren entscheidenden und mithin zentrenbildenden Sortimente festgelegt werden und (nur) diese Sortimente in einem Bebauungsplan für ein Gebiet außerhalb der Zentren ausgeschlossen werden. Etwas anderes kann nur in offensichtlichen Ausnahmefällen gelten, in denen der Ausschluss zentrenbildender Sortimente keinerlei Beitrag zum Zentrumschutz leisten kann (BVerwG a.a.O.).

Auch diesen Anforderungen wird nach Ansicht des Senats die Planung hier letztlich noch gerecht und erweist sich als städtebaulich „erforderlich“ im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Zwar ist – insofern atypisch - hier nicht nur der zentrenrelevante Einzelhandel ausgeschlossen worden ist, sondern pauschal jeder Einzelhandel, doch ist dies zumindest im konkreten Fall aufgrund des engen Zusammenspiels mit dem weiteren Planungsziel eines Freihaltens der Gewerbeflächen in sich so jedenfalls noch stimmig und plausibel. Zudem ist den vorstehenden Erwägungen - mag auch das Regel-Ausnahmeverhältnis verschoben sein - zumindest insofern noch bewusst Rechnung getragen worden, als es für nicht zentrenrelevante Sortimente zumindest Rückausnahmen (allein) für den Baubestand gab. Ansonsten sind die planerischen Überlegungen der Stadt schlüssig, dass auch durch nicht-zentrenrelevanten Einzelhandel die auf S. 6 der Begründung der 5. Planänderung (Bl. 62 d.A.) und S. 5 f. der Begründung zur 6. Planänderung (Bl. 73 f. d.A.) angeführten städtebaulich negativen Auswirkungen entstehen können, die die generelle gemeindliche Großplanung konterkarieren würden. Soweit vage vorgetragen worden ist, dass sich die Positivliste nicht mit den im Zentrenkonzept genannten Sortimentsgruppen decken soll, ist das schon nicht ausreichend substantiiert vorgetragen worden und im Übrigen jedenfalls nicht unter Beweis gestellt worden. Zudem wäre - entgegen der Berufungsbegründung – davon auszugehen, dass ein solcher zwangsläufig rein punktueller Fehler von der Stadt bei etwaigen Bedenken auch noch geheilt worden wäre

73

(2) Auch eine Verletzung des Abwägungsgebots (§ 1 Abs. 7 BauGB) vermag der Senat dann auf der zweiten Stufe nicht zu erkennen, wobei letztlich auf das oben Gesagte Bezug genommen werden kann.

74

cc) Dass bei der 6. Planänderung – die nach dem Vorstehenden als solches bedenkenfrei war – zudem eine (erneute) Erweiterung des Discounters auf dem klägerischen Grundstück planerisch ausgeschlossen wurde, obwohl allein auf Basis der 5. Planänderung möglicherweise hier nochmals eine Erweiterung hätte möglich sein können, ist mit den planerischen Konzepten schlüssig vereinbar, aus Bestandsschutzgesichtspunkten, die in der Planbegründung abgewogen wurden, nicht zu beanstanden und hätte daher auch nicht (isoliert) erfolgreich angegriffen werden können. Der streitgegenständliche Schaden wäre zudem mit dieser marginalen Verbesserung auch nicht ausgeschlossen worden.

75

2. Auch gegen den Beklagten zu 2) besteht nach dem Vorgenannten jedenfalls schon wegen der fehlenden Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt ein Zahlungsanspruch. Hinzukommt, dass die Beklagte zu 2) selbst bei tatsächlich umfassender Übernahme aller Verwaltungstätigkeiten über den Vertragswortlaut hinaus nach Auffassung des Senats allenfalls zur Information der *Schuldnerin* verpflichtet gewesen ist – und zwar über den geschäftsführenden Gesellschafter (= Beklagten zu 1) als deren Organ. Dass sie dem nicht nachgekommen sein soll, wird nicht

76

einmal behauptet. Ansonsten würde es zu weit führen und die binnengesellschaftlichen Beziehungen verzerren, wenn man mit dem Klagebegehren sogar *direkte* Informationspflichten der Beklagten zu 2) *auch gegenüber den einzelnen Gesellschaftern* der Schuldnerin konstruieren wollte. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, müsste - wie im Termin erörtert - folgerichtig zumindest der Entlastungsbeschluss als „Verzicht zugunsten Dritter“ auch für die Beklagte zu 2) gelten und insofern „durchschlagen“. Denn es würde nicht überzeugen, wenn der Beklagte zu 1) – wie gezeigt – voll entlastet würde, die seine ureigenen Aufgaben als eine Art „Erfüllungsgehilfin“ wahrnehmende Beklagte zu 2) für den gleichen Fehler (der eigentlich ein solcher des Beklagten zu 1) wäre) ihrerseits aber dennoch voll haften sollte. Da man dies bereits aus einer Auslegung des Entlastungsbeschlusses entnehmen kann, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Rechtsfigur des sog. hinkenden Gesamtschuldverhältnisses und seiner Rechtsfolgen.

Angesichts dessen kommt es dann auch nicht mehr darauf an, dass die vertragliche Verjährungsregelung schon nach ihrem äußeren Bild eindeutig AGB-Charakter hat, wegen Abweichens von der Leitbildfunktion der gesetzlichen Verjährungsregelungen (§§ 195, 199 BGB, § 43 GmbHG) nach § 307 BGB unwirksam ist und die erhobene Verjährungseinrede somit nicht durchgreifen kann. 77

3. Die Feststellungsklage (Klageantrag zu 2)) ist – worauf der Senat im Termin hingewiesen hat – entgegen dem Landgericht neben der bezifferten Leistungsklage schon unzulässig, weil weder vorgetragen noch ersichtlich ist, worin ein weiterer (unbezifferbarer) Schaden über die konkret bereits eingeklagte Verkehrswertminderung des Grundstücks hinaus liegen soll. Die bloße Behauptung auf S. 11 der Klageschrift (Bl. 11 d.A.) genügt nicht, worauf die Beklagten auf S. 7 der Klageerwidern (Bl. 32 d.A.) und S. 11 der Berufungserwidern (Bl. 268 d.A.) zutreffend hingewiesen haben. Durch die Abweisung als unzulässig statt als unbegründet wird der Kläger prozessual auch nicht schlechter gestellt, so dass das Verschlechterungsverbot (*reformatio in peius*) der Entscheidung nicht entgegensteht (statt aller Musielak/Ball, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 528 Rn. 18 m.w.N.). 78

III. 79

Die Kostenentscheidung basiert auf §§ 91, 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 80

IV. 81

Die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO ist - auch und gerade mit Blick auf die beiden selbständig tragenden Begründungsansätze (dazu Musielak/Ball, a.a.O., § 543 Rn. 9k) und den ersichtlichen Einzelfallcharakter der im Rahmen der Kausalitätsprüfung aufgeworfenen Fragen - nicht veranlasst. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, weil lediglich Rechts- und Tatsachenfragen in einem Einzelfall in Rede stehen. Eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten. 82

Streitwert für erste Instanz – insofern in Abänderung der Streitwertfestsetzung im angegriffenen Urteil des Landgerichts - und für die zweite Instanz: 4.800.000 EUR (= 4.460.000 EUR + Feststellungsantrag mit der Streitwertangabe aus der Klageschrift) 83
