

### **Rückenwind vom BGH für Gesellschafter geschlossener Immobilienfonds, die im Rahmen sogenannter „Sanierungen“ schlechtem Geld kein gutes hinterherwerfen wollen**

Viele Immobilienfonds, insbesondere des Emissionshauses Dr. Görlich, die in den Berliner sozialen Wohnungsbau investiert haben, sehen sich gegenwärtig aufgrund der Streichung der Anschlussförderung durch den Berliner Senat im Jahre 2003 vor einer erheblichen Schieflage, weil die Erstförderung von 15 Jahren entweder bereits ausgelaufen ist oder in den nächsten Jahren ausläuft.

Die Geschäftsführungen dieser Fondsgesellschaften, die entweder noch aus den „alten Seilschaften“ der früheren Initiatoren bestehen oder als gewerblich tätige neue Geschäftsbesorger verpflichtet worden sind, bemühen sich vor diesem Hintergrund zur Zeit intensiv um sogenannte „Sanierungen“, die gewährleisten sollen, dass die Fondsgesellschaften auch nach Auslaufen der Grundförderung weiter lebensfähig bleiben und die Annuitäten der erstrangigen Hypothekenbanken weiter bedienen können. Hieran haben die Fondsgeschäftsführungen ein existenzielles Interesse, weil aufgrund des Wegfalls der steuerlichen Rahmenbedingungen solche Kapitalanlagemodelle der vergangenen Zeit heute nicht mehr aufgelegt und erfolgreich vertrieben werden können. Die alten „Seilschaften“ und die neuen, gewerblichen Geschäftsbesorger ernähren sich deshalb ausschließlich von der Verwaltung dieser Fondsgesellschaften. Sie würden diese Verwaltungen verlieren, wenn keine Einigung mit den Banken zustande kommen und die Banken in die Fondsimmobilien vollstrecken würden. Aus diesem Grunde besteht ein erheblicher Interessengegensatz zwischen den Fondsgeschäftsführungen, die an der Fortführung interessiert sind und den Gesellschaftern, die verständlicherweise Verlustbegrenzung betreiben und dem bereits verlorenen Geld nicht weiteres Geld hinterherwerfen wollen.

Dieser Interessengegensatz realisiert sich dadurch, dass die vorgeschlagenen „Sanierungskonzepte“ ihren Namen deshalb nicht verdienen, weil sie ausschließlich auf dem Rücken der Fondsgesellschafter ausgetragen wer-

den und die Banken überhaupt nicht bereit sind, irgendwelche eigenen Sanierungsbeiträge (z. B. durch Kapitalverzicht) zu leisten. Die erforderlichen Beträge für die notwendige Entschuldung der Fondsgesellschaften müssen also ausschließlich von den Gesellschaftern aufgebracht werden. Um die Gesellschafter insoweit gefügig zu machen, wird ein enormer psychologischer Druck auf diese ausgeübt, in dem von den Fondsgeschäftsführungen ein Horrorszenario aufgebaut, die Gesellschafter mit Schreiben überschüttet und sogar telefonisch bedrängt werden.

Eine (scheinbare) „Feierstunde“ für diese Fondsgeschäftsführungen verursachte das am 19.10.2009 vom II. Zivilsenat des BGH verkündete Urteil mit dem Aktenzeichen II ZR 240/08. Im dortigen Falle hatte die Mehrheit der Gesellschafter zum Zwecke der Durchführung der Sanierung beschlossen, eine Herabsetzung des Kapitals mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung vorzunehmen. An der Kapitalerhöhung sollten sich die sanierungsbereiten Gesellschafter beteiligen. Diejenigen Gesellschafter, die sich an der Sanierung nicht beteiligen wollten, sollten aus der Gesellschaft vollständig ausscheiden.

Der II. Senat des BGH hat entschieden, dass dieser tief in die Rechte der Gesellschafter eingreifende Beschluss zwar ein sogenanntes „Grundlagengeschäft“ sei, das nicht mit einer qualifizierten Mehrheit, sondern nur einstimmig beschlossen werden könne, jedoch hat er die nichtsanierungsbereiten Gesellschafter aus den Grundsätzen der gesellschafterlichen Treuepflicht für verpflichtet gehalten, diesem Beschluss zuzustimmen, ihren Hinauswurf aus der Gesellschaft also hinzunehmen. Dem ausgeschlossenen Gesellschafter wurde dann gleichzeitig eine Auseinandersetzungsbilanz präsentiert, die einen erheblichen Auseinandersetzungsfehlbetrag auswies, den der ausgeschlossene Gesellschafter zu zahlen hätte.

Nach diesem Urteil schritten die hocheifreuten Fondsgeschäftsführungen massenhaft dazu, dass dort gelebte Prozedere nachzuzahlen, also Kapitalherabsetzungs- und Kapitalerhöhungsbeschlüsse fassen zu lassen mit gleichzeitiger Bestimmung, dass die nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmenden Gesellschafter unter Zahlung des auf sie entfallenden Auseinandersetzungsfehlbetrages aus der Gesellschaft auszuschneiden haben.

Übersehen wurde bereits hier in der Euphorie, dass die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 19.10.2009 auf einem besonderen „Ausnahme-

fall“ beruht, wie der BGH unter TZ 23 dieses Urteils auch ausdrücklich betont hat. Der dortige Fall unterschied sich insbesondere dadurch, dass die Gläubigerbanken sich im Umfang von € 2,1 Mio. an dem auf € 6,7 Mio. geschätzten Gesamtanierungsbedarf beteiligen wollten. Unter diesen Umständen war es den sanierungswilligen Gesellschaftern besonders unzumutbar, die Sanierung scheitern zu lassen. Ganz anders ist die Frage der „Treuepflicht“ nicht zahlungsbereiter Gesellschafter also zu beurteilen, wenn die Bank, wie in den „Sanierungsmodellen heutiger Strickart“, überhaupt nicht bereit ist, irgendeinen Sanierungsbeitrag zu leisten.

Übersehen wurde von den Fondsgeschäftsführungen auch ein faktisches Problem: Wenn ein Gesellschafter aus der Fondsgesellschaft ausgeschlossen wird und er den auf ihn entfallenden Auseinandersetzungsfehlbetrag zahlen soll, muß er dies nur tun, wenn alle Mitgesellschafter, denen anteilig der Gesellschaftsanteil des ausgeschlossenen Gesellschafters kraft Gesetzes zuwächst, ihm durch rechtsgeschäftliche Erklärungen gegenüber der Bank von seiner 5 Jahre dauernden Nachhaftung (nach seinem Ausscheiden) befreien. Diese Schuldbefreiung kann nicht die Fondsgeschäftsführung vornehmen, sondern jeder einzelne Gesellschafter, dem ja der Anteil anteilig zuwächst, muß insoweit tätig werden. Da die Befreiung von den Schulden im Außenverhältnis Zug um Zug zu leisten ist, muß der ausgeschlossene Gesellschafter seinen Anteil nicht hergeben, bevor diese Befreiung erfolgt ist. Haben sich die Fondsgesellschaften in diesem Zusammenhang schon einmal überlegt, wie sie es faktisch realisieren wollen, dass bei Fondsgesellschaften mit 100 und mehr Gesellschaftern jeder einzelne Mitgesellschafter zu Vereinbarungen mit der Bank über die Schuldbefreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters herangezogen wird? Dies wird in der Praxis nie gelingen. Also wird auch der Ausschluss des nicht zahlungsbereiten Gesellschafters nicht gelingen, jedenfalls aus faktischen Gründen.

Am 25.01.2011 ist nun ein neues Urteil desselben II. Zivilsenats (II ZR 122/09) ergangen mit genau dem entgegengesetzten Ergebnis: Der dortige, aus der Fondsgesellschaft ausgeschlossene Gesellschafter durfte in der Gesellschaft verbleiben und musste daher keinen negativen Auseinandersetzungsfehlbetrag zahlen.

In diesem brandneuen Urteil vom 25.01.2011 hat der BGH die Abgrenzung zu seinem Urteil vom 19.10.2009 wie folgt vorgenommen: Es kommt entscheidend darauf an, ob der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Schiefla-

ge des Fonds und die sich daraus ergebende Sanierungsnotwendigkeit Bestimmungen enthält oder nicht. Im Falle des Urteils vom 19.10.2009 enthielt der Gesellschaftsvertrag keine solchen Bestimmungen, wohl aber im Falle des Urteils vom 25.01.2011. Dort enthielt er sogar die konkrete Bestimmung, dass die sanierungswilligen Gesellschafter den Sanierungsbedarf mittels Kapitalerhöhung aufbringen können und die nicht sanierungswilligen Gesellschafter eine Verringerung („Verwässerung“) ihrer Anteile hinnehmen müssen.

Diese konkrete Regelung, die dem dortigen Gesellschafter zu seinem Verbleib in der Gesellschaft verhalf, findet sich allerdings nicht in den Gesellschaftsverträgen des Emissionshauses Dr. Görlich. Jedoch findet sich – anders als in dem Fall des Urteils vom 19.10.2009 – in den Gesellschaftsverträgen des Emissionshauses Dr. Görlich sehr wohl eine Regelung darüber, welche Rechtsfolgen sich im konkreten Falle ergeben, wenn ein Gesellschafter an einer beabsichtigten Sanierung nicht teilnehmen will. Diese Rechtsfolgen führen im Ergebnis genauso wie im Falle des neuen Urteils des BGH vom 25.01.2011 – zumindest faktisch – dazu, dass ein Ausschluss des sanierungsunwilligen Gesellschafters aus der Fondsgesellschaft nicht möglich ist.

Entscheidend ist also nach dem neuen Urteil des BGH vom 25.01.2011, ob der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall eine Regelung enthält oder nicht. Nur wenn er, wie im Falle des Urteils vom 19.10.2009 keine Regelung enthält, kann subsidiär die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zur Auffüllung dieser Regelungslücke herangezogen werden. Enthält der Gesellschaftsvertrag jedoch eine Regelung – wie auch in den Fonds des Emissionshauses Dr. Görlich –, ist eine Heranziehung der gesellschaftlicher Treuepflicht nicht möglich, sondern es muß dann so verfahren werden, wie es der Gesellschaftsvertrag vorsieht, auf den sich alle Gesellschafter, als sie die Beteiligung zeichneten, eingelassen haben.

Gern beraten wir unsere Mandanten, die an einem Immobilienfonds des Emissionshauses Dr. Görlich beteiligt und mit einem Ausschluss aus der Gesellschaft konfrontiert sind, über die näheren Details und die Möglichkeiten, diesem Ausschluss zu begegnen.