

UNTERSUCHUNGEN ÜBER DAS
SPAR-, GIRO- UND KREDITWESEN

Herausgegeben von Fritz Voigt

Band 38

Die rechtliche Einordnung der
Immobilienfondsgesellschaften und das
Erfordernis einer gesetzlichen Sonderregelung

Von

Dr. Norbert Kruhme



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

NORBERT KRUHME

**Die rechtliche Einordnung der Immobilienfondsgesellschaften
und das Erfordernis einer gesetzlichen Sonderregelung**

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen

**Schriften des Instituts für das Spar-, Giro- und Kreditwesen
an der Universität Bonn**

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. Fritz Voigt

Band 38

**Die rechtliche Einordnung der
Immobilienfondsgesellschaften und das
Erfordernis einer gesetzlichen Sonderregelung**

Von

Dr. Norbert Kruhme



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
Erster Teil: Rechtliche Konstruktionsmöglichkeiten	13
A. <i>Problem</i>	13
B. <i>Konstruktionsmöglichkeiten</i>	15
I. <i>Körperschaftliche Lösung</i>	15
II. <i>iii-Lösung</i>	17
III. <i>HB-Lösung</i>	18
IV. <i>KG-Lösung</i>	20
C. <i>Rechtliche Einordnung der einzelnen Konstruktionsmöglichkeiten</i>	21
I. <i>iii-Lösung</i>	21
1. <i>Miteigentumlösung</i>	22
a) <i>Dingliche Zuordnung</i>	23
aa) <i>Rechtliche Beziehungen der Anteilsinhaber untereinander</i>	23
bb) <i>Anteilsübertragung auf Ersterwerber</i>	27
α) <i>Rechtsnatur der Anteilscheine</i>	28
β) <i>Vorgänge bei der cash method</i>	32
αα) <i>Einzahlung</i>	32
ββ) <i>Erwerb des Fondsvermögens</i>	34
<i>Aktien</i>	34
<i>Barbestände</i>	38
<i>Grundpfandrechtl. gesicherte Forderungen</i>	39
<i>Sonstige Gegenstände</i>	40
<i>Zusammenfassung</i>	40
γ) <i>Vorgänge bei der appropriation method</i>	41
cc) <i>Anteilsübertragung auf Zweiterwerber</i>	41
b) <i>Schwierigkeiten bei der Verwaltung des Fondsvermögens</i>	41
c) <i>Vergleich zu den Wertpapierinvestmentsfonds</i>	45
d) <i>Zusammenfassung</i>	46
2. <i>Treuhandlösung</i>	46
a) <i>Vollstreckungsproblem</i>	46
aa) <i>Unmittelbarkeitsprinzip</i>	47
bb) <i>Surrogationsverbot</i>	51
cc) <i>Wahrnehmung der Rechte</i>	52

b) Erwerberproblem	52
c) Sonstige Probleme	53
d) Treuhand nach Schweizer Recht	54
3. Zusammenfassung	55
II. HB-Lösung (insbesondere das Verhältnis der Anteilshaber untereinander	55
III. KG-Lösung	58
1. Rechtliche Zulässigkeit der KG-Lösung	58
2. Rechtliche Stellung der Zertifikatsinhaber	58
a) Abgrenzung zwischen BGB-Innengesellschaft und stiller Gesellschaft	59
b) Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und Treuhandverhältnis	60
c) Rechtsverhältnisse der Anteilshaber untereinander	62
Zweiter Teil: Schutz der Sparer	
	63
A. <i>Fondsleitung</i>	64
I. Gründung und Organisation	64
1. Erlaubnispflicht	64
2. Rechtsform	65
II. Eigenkapital	67
III. Geschäftsbereich	67
IV. Vertragsbedingungen	70
V. Pflichten der Verwaltungsgesellschaft	72
1. Verwaltungs- und Treuepflicht	72
2. Rechenschaftspflicht	72
B. <i>Sondervermögen</i>	73
C. <i>Depotbank</i>	75
D. <i>Expertenkomitee</i>	77
E. <i>Anleger</i>	78
I. Recht auf Anteilscheine	78
II. Recht auf Widerruf	78
III. Recht auf Auskunft	79
IV. Recht auf Erfüllung und Schadensersatz	80
V. Gerichtsbarkeit	80
F. <i>Auflösung</i>	81

Inhaltsverzeichnis	7
<i>G. Revision und Aufsicht</i>	81
I. Revision	82
II. Aufsicht	82
<i>H. Strafbestimmungen</i>	83
<i>J. Zusammenfassung und Würdigung</i>	84
Dritter Teil: Steuerrechtliche Behandlung der Immobilienfonds	86
<i>A. iii-Lösung</i>	86
<i>B. HB-Lösung</i>	89
<i>C. KG-Lösung</i>	91
Ergebnis	93
Anhang	95
<i>Verzeichnis der Vertragsbedingungen von Immobilienfondsgesellschaften</i>	97
<i>Vertragsbedingungen</i>	99
Literaturverzeichnis	116

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
AcP	= Archiv für die zivilistische Praxis
a.E.	= am Ende
AFG	= (Schweizer) Bundesgesetz über Anlagefonds vom 1. 7. 1966
AktG	= Aktiengesetz vom 6. 9. 1965
a.M.	= anderer Meinung
AO	= Reichsabgabenordnung
arg.	= argumentum
AT	= Allgemeiner Teil
BA	= Bank Archiv
BB	= Der Betriebsberater
bearb.	= bearbeitet
BewG	= Bewertungsgesetz
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
B St Bl	= Bundessteuerblatt
DepotG	= Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. 2. 1937
Erl.	= Erläuterung
ESTG	= Einkommensteuergesetz in der Fassung vom 10. 12. 1965
ESTR	= Einkommensteuer-Richtlinien für das Kalenderjahr 1963
FN	= Fußnote
GBI	= Gesetzblatt
GenG	= Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889 in der Fassung von der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898
Ges.	= Gesetz
GewStDV	= Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung vom 30. 5. 1962
GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898.
grds.	= grundsätzlich
GrESTG	= Grunderwerbssteuergesetz
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
i.d.F.v.	= in der Fassung vom
i.d.R.	= in der Regel
i.V.m.	= in Verbindung mit
i.Zw.	= im Zweifel

IherJb	= Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KAG	= Kapitalanlagegesellschaft(en)
KAGG	= Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. 4. 1957
KO	= Konkursordnung
KStG	= Körperschaftssteuergesetz in der Fassung vom 24. 5. 1965
KuT	= Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KVStG	= Kapitalverkehrssteuergesetz in der Fassung vom 24. 7. 1959
KWG	= Gesetz über das Kreditwesen vom 10. 7. 1961
Lb.	= Lehrbuch
lit.	= litera, Buchstabe
LZ	= Leipziger Zeitschrift
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
OGHZ	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Zivilsachen
OLG	= Oberlandesgericht
OR	= Schweizerisches Obligationsrecht vom 30. 3. 1911
RFH	= Entscheidungen des Reichsfinanzhofes
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RN	= Randnummer
SeuffA	= Seufferts Archiv für Entscheidungen
sfrs.	= Schweizer Franken
SchR	= Schuldrecht
StAnpG	= Steueranpassungsgesetz
StS	= Strafsenat
TH	= Treuhänder
unm.	= unmittelbar
u.zw.	= und zwar
Verw.O.	= Verwaltungsordnung
VO	= Verordnung
VStG	= Vermögenssteuergesetz in der Fassung vom 10. 6. 1954
Warn	= Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WEG	= Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15. 3. 1951
WID	= Wirtschafts- und Investment Digest
WM	= Wertpapiermitteilungen
WoPG	= Gesetz über die Gewährung von Prämien für Wohnbausparer (Wohnbau-Prämien-Gesetz) in der Fassung vom 25. 8. 1960
WP	= Wertpapiere
ZinsVO	= Verordnung über die Bedingungen, zu denen Kreditinstitute Kredite gewähren und Einlagen entgegennehmen dürfen (Zinsverordnung) vom 5. 2. 1965
ZGB	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht

Einleitung

Unter der Bevölkerung Deutschlands verbreitete sich nach dem zweiten Weltkrieg mehr und mehr das Bedürfnis, Ersparnisse nicht in Sparguthaben, sondern in Sachwerten anzulegen. Dem Einzelnen fehlte es aber meist an dem nötigen Kapital, um das Risiko der Anlage durch Streuung zu mindern, es mangelte ihm an der nötigen Fachkenntnis, sichere und rentable Objekte zu erwerben und sie geschickt zu verwalten. Hier fiel der Investmentgedanke auf fruchtbaren Boden. Sparbeträge aller Größenordnungen werden bei einer Stelle gesammelt, Fachkräfte erwerben dann nach dem Grundsatz der Risikomischung Anlageobjekte und verwalten sie im Interesse der Anleger.

Im Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. April 1957 (KAGG) fand das deutsche Investmentrecht dann eine eingehende Regelung. Das Gesetz definiert die Kapitalanlagegesellschaften (KAG), enthält Bestimmungen über deren Gründung, Organisation und Tätigkeit und stellt eine Fülle von Schutzbestimmungen zugunsten der Sparer auf. Rechtliche Unklarheiten wurden beseitigt. Insbesondere wurde dem Anleger ein Aussonderungsrecht bei Konkurs der Verwaltungsgesellschaft zugebilligt. Für das Sondervermögen wurde eine umfassende Surrogationsvorschrift eingeführt. Wichtig ist ferner, daß eine weitgehende staatliche Aufsicht für nötig befunden wurde. Besondere steuerrechtliche Vorschriften verhindern nicht nur jegliche Doppelbesteuerung, sondern wollten darüber hinaus die Spartätigkeit fördern.

Das KAGG umfaßt aber nur Unternehmen, die die bei ihnen eingelegten Gelder in Wertpapieren anlegen (§ 1 Abs. I KAGG). Die Anlage in sonstigen Sachwerten, insbesondere in Immobilien, ist nicht geregelt. Dies mag daran liegen, daß im Jahre 1957 in Deutschland noch kein Sachwertfonds bestand und das Anlagerisiko bei Wertpapierfonds im Gegensatz zu anderen Anlagefonds besonders gering zu sein schien, da die Fonds stark gemischt, die Papiere über die Börse schnell ausgetauscht und Kursgewinne realisiert werden können.

Damit sind die Immobilienfonds in Deutschland aber nicht verboten¹, nur

¹ *Baum*, Günther, Schutz und Sicherung des Investmentsparers bei Kapitalanlage-Gesellschaften und Investment-Trusts, Diss. Mainz 1959, S. 15.

1. die rechtlichen Sonderregelungen des KAGG treffen für sie nicht zu;
2. für die Sparer bestehen keine besonderen Schutzvorschriften;
3. die günstigen steuerrechtlichen Vorschriften des KAGG finden keine Anwendung.

Trotz dieser Nachteile sind mittlerweile auch in Deutschland einige Immobilienfondsgesellschaften entstanden, nachdem sie sich in der Schweiz schon seit längerem einer allgemeinen Beliebtheit erfreuten, da einerseits der Wohnungsbau nach wie vor starke Geldmittel benötigt und andererseits das Publikum ein Interesse am wertsteigenden Sachwertsparen hat. Immobilien sind immer noch die sicherste Kapitalanlage. Ferner ist bei ihnen erfahrungsgemäß die Wertsteigerung und bei bebauten Anlagen — sofern steuerliche Vorteile in Anspruch genommen werden können — die Rendite besonders groß. Dem einzelnen Sparer fehlt es jedoch meist an den nötigen Mitteln, um ein ertragreiches Grundstück zu erwerben. Errichtung, Verwaltung und Finanzierung von Bauvorhaben erfordern ferner eine weitgehende Fachkenntnis, über die die Anlagesuchenden meist nicht verfügen. Der Investmentgedanke drängte sich daher bei Immobilien geradezu auf.

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob sich eine befriedigende Ausgestaltung der Immobilienfonds auch ohne eine besondere gesetzliche Regelung finden läßt, oder ob nicht vielmehr das KAGG auf Immobilienfonds ausgedehnt werden sollte oder sonstige Sondergesetze nötig sind.

Erster Teil

Rechtliche Konstruktionsmöglichkeiten

A. Problem

Der Investmentgedanke entwickelte sich aus dem angelsächsischen Trustrecht¹, das nicht ohne weiteres auf kontinentale Rechtskreise übertragen werden kann.

Seit den Normannenkönigen gilt in England das strenge und formalistische „Common law“. Daneben entwickelte sich durch die Befugnis des Kanzlers, an Stelle des Königs in die Rechtsordnung einzugreifen, sei es aus Billigkeitserwägungen oder weil das Common law Lücken aufwies, ein zweiter selbständiger Rechtskreis, das „Equity“.

Der moderne „trust“ ist durch die Equity-Rechtsprechung herausgebildet worden. Ein „settlor“ oder „donor“ übergibt einem „trustee“ Vermögensgegenstände mit der Auflage, sie für bestimmte Personen, den „beneficiaries“, oder für einen bestimmten Zweck zu verwalten. Die Übertragung erfolgt, um die Schwierigkeiten zu überwinden, die sich ergeben, wenn die Eigentümer der Gegenstände zur Verwaltung nicht in der Lage sind, weil sie von den zu treffenden Maßnahmen zuwenig verstehen, weil sie nicht bekannt sind oder weil das Vermögen einer zu großen Zahl von Personen gemeinsam zusteht². Der Investmenttrust liefert hierfür ein typisches Beispiel.

Eine Übertragung des Trustrechtes auf kontinentale Rechtskreise gestaltet sich deshalb schwierig, weil hier die dem trust eigentümliche „Eigentumsspaltung“ unbekannt ist. Nach Common law wird der trustee „legal owner“ der erhaltenen Sachen. Der beneficiary wird oder bleibt aber ebenfalls Eigentümer, nämlich „equitable owner“. Das Equity verpflichtet den trustee, der Auflage einer ordnungsgemäßen Verwaltung nachzukommen. Verletzt er diese Pflicht („breach of trust“), macht er sich gegenüber den beneficiaries schadensersatzpflichtig. In-

¹ Zur geschichtlichen Entwicklung im einzelnen:
Kötz, Hein, Trust und Treuhand, Diss. Hamburg 1963, S. 14 ff.

² Kötz, Hein, a.a.O., S. 40 f.;
Salmond, John, On Jurisprudence, 11. Aufl., London 1957, S. 369.