

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 94

**Die Rechtsstellung der Treugeber
in geschlossenen Immobilienfonds
in der Form der kupierten
Publikumskommanditgesellschaft**

Von

Martin Kapitza



Duncker & Humblot · Berlin

MARTIN KAPITZA

**Die Rechtsstellung der Treugeber
in geschlossenen Immobilienfonds in der Form der
küperten Publikumskommanditgesellschaft**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 94

**Die Rechtsstellung der Treugeber
in geschlossenen Immobilienfonds
in der Form der kuperten
Publikumskommanditgesellschaft**

Von

Martin Kapitza



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Kapitza, Martin:

Die Rechtsstellung der Treugeber in geschlossenen
Immobilienfonds in der Form der kuptierten
Publikumskommanditgesellschaft / von Martin Kapitza. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 94)

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08639-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-08639-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einleitung und Darstellung der Struktur und der Problematik eines geschlossenen Immobilienfonds

I.	Einleitung	17
1.	Die Bedeutung der geschlossenen Immobilienfonds.....	17
2.	Der geschlossene Immobilienfonds als Publikumsgesellschaft.....	18
a)	Die Publikumsgesellschaft als Sonderform einer Personengesellschaft.....	18
b)	Der geschlossene Immobilienfonds als kufierte Publikums-KG	22
II.	Grundsätzliche Überlegungen zur Behandlung einer Fondsgesellschaft	24
1.	Das einer Fondsgesellschaft zugrundeliegende Konzept.....	24
2.	Die Problematik der innerhalb der Fondsgesellschaft vereinigten Rechtsverhältnisse	29
a)	Das Austauschverhältnis zwischen Initiator und Anleger	30
aa)	Nebenpflichten des Initiators aus dem Austauschverhältnis	31
bb)	Verlagerung des Austauschverhältnisses ins Außenverhältnis	32
cc)	Auswirkungen im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern	33
b)	Das gesellschaftliche Rechtsverhältnis der Anleger untereinander.....	34
c)	Die kapitalgesellschaftsrechtliche Struktur der Fondsgesellschaft.....	34
d)	Das Verhältnis von Anlegern zum Initiator als geschäftsführendem Komplementär.....	35
e)	Zwischenergebnis.....	36

3.	Gang der Darstellung	38
III.	Grundsätzliches zum wirtschaftlichen Konzept einer Fondsgesellschaft ...	40
1.	Das besondere Kapitalerhaltungsinteresse einer Fondsgesellschaft ...	40
2.	Die Gefahr einer Haftung nach § 172 IV HGB bei einer Auszahlung seitens der Fondsgesellschaft	41

Zweites Kapitel

Grundlagen der Untersuchung der Rechtsstellung der Treugeber

I.	Grundsatz der Gleichstellung	43
1.	These: Grundaussage des Gleichstellungsgrundsatzes	45
2.	These: Einschränkungsmöglichkeiten der Treugeberrechtsstellung...	46
3.	These: Gleichstellung von Initiator und Treuhänder	46
a)	Keine Gleichstellung in treuhänderischen Rechtsbeziehungen.	47
b)	Gleichstellung im Austausch- und Geschäftsführungsverhältnis.....	48
c)	Gleichstellung bei der mittelbaren Gestaltung des Beteiligungsverhältnisses	48
d)	Bisherige Behandlung der Gleichstellung von Treuhänder und Initiator in der Rechtsprechung und der Literatur.....	50
4.	These: Keine Besserstellung der Treugeber gegenüber Kommanditisten	51
5.	These: Geltung des Gleichstellungsgrundsatzes bei einem Umwandlungsrecht des Anlegers	51
6.	These: Geltung des Gleichstellungsgrundsatzes im Außenverhältnis	52
7.	These: Nebenpflichten des Initiators aus dem Gleichstellungsgrundsatz	53
II.	Zulässigkeit der Abspaltung	54
1.	Darstellung der verwendeten Vertragskonstellationen	54
2.	Zulässigkeit der Abspaltung der vermögensrechtlichen Beziehungen	56
3.	Zulässigkeit der Abspaltung der nicht vermögensrechtlichen Rechtsbeziehungen	57
a)	Zulässigkeit der Abspaltung des Stimmrechts	57
aa)	Unterschiede zwischen den Abspaltungsgestaltungen.....	58

Inhaltsverzeichnis	7
bb) Zulässigkeit der Abspaltung entgegen dem Abspaltungs- verbot.....	60
cc) Zulässigkeit der Abspaltung unter Berücksichtigung der Rechtsstellung des Treuhänders.....	62
dd) Zulässigkeit der Abspaltung entgegen der Einheitlichkeit des Gesellschaftsanteils	64
b) Zulässigkeit der Abspaltung des Kontroll- und Auskunfts- rechts.....	65
c) Zulässigkeit der Abspaltung des Kündigungsrechts	67
d) Zulässigkeit der Abspaltung der gesellschaftsrechtlichen Klagerechte	68
e) Ergebnis zur Zulässigkeit der Abspaltung	69

Drittes Kapitel

Rechtsstellung des Treugebers in treuhänderrechtlichen Rechtsbeziehungen

I. Rechtsbeziehungen zwischen Treuhänder und Treugeber aufgrund des Treuhandvertrages	70
1. Rechtsbeziehungen im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang.....	72
2. Rechtsbeziehungen im treuhänderrechtlichen Zusammenhang.....	72
a) Der Vergütungsanspruch des Treuhänders.....	73
aa) Bestimmung des Schuldners der Vergütung.....	73
bb) Möglichkeit der Überprüfung der Treuhandvergütung nach § 138 BGB	75
cc) Ergebnis zum Vergütungsanspruch des Treuhänders	78
b) Der Aufwendungsersatz- oder Freistellungsanspruch des Treuhänders.....	79
aa) Umfang und Bestand des Freistellungsanspruches	79
(1) Freistellungsanspruch bei einer Inanspruchnahme des Treuhänders nach den §§ 171, 172 IV HGB....	79
(2) Freistellungsanspruch bei einer Inanspruchnahme des Treuhänders nach § 176 II HGB oder anderen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften	81
(3) Freistellungsanspruch für sonstige Aufwendungen	83

bb)	Einreden und Einwendungen gegen den Freistellungsanspruch, insbesondere Aufrechnung und Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.....	84
c)	Haftungsansprüche der Treugeber aufgrund Pflichtverletzung des Treuhänders	85
aa)	Haftungsansprüche aus dem Treuhandverhältnis	86
(1)	Umfang der Treuhänderpflichten	86
(2)	Haftungsmaßstab.....	89
bb)	Prospekthaftung des Treuhänders.....	89
(1)	Prospekthaftung des Treuhänders aufgrund seiner Mitwirkung bei der Prospekterstellung.....	90
(2)	Prospekthaftung des Treuhänders aufgrund seiner Treuhänderstellung.....	90
(3)	Prospekthaftung des Treuhänders aufgrund Pflichtverletzungen bei der Beitrittsverhandlung.....	93
d)	Beendigung des Treuhandverhältnisses	94
aa)	Ordentliche Kündigung des Treuhandvertrages	95
(1)	Bestehen eines ordentlichen Kündigungsrechts	95
(2)	Bewertung der vertraglichen Regelungen	97
bb)	Außerordentliche Kündigung des Treuhandvertrages	99
(1)	Außerordentliche Kündigungsgründe des Treugebers.....	100
(2)	Außerordentliche Kündigungsgründe des Treuhänders.....	103
(3)	Rechtsfolgen der außerordentlichen Kündigung des Treuhandvertrages.....	104
(a)	Allgemeine Rechtsfolgen.....	104
(b)	Anwendbarkeit des § 176 II HGB gegenüber den Treugebern bei Aufnahme als Gesellschafter der Fondsgesellschaft	107
II.	Die Rechtslage bei treuwidrigen Verfügungen, in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs des Treuhänders	110
1.	Verfügungen über das Treugut und über die damit zusammenhängenden Rechte	111
a)	Verfügungen des Treuhänders mit Dritten.....	112

aa)	Schutz des Treugebers bei Verfügungen über den gesamten Gesellschaftsanteil	112
	(1) Unwirksamkeit der Zustimmung des Initiators	112
	(2) Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts mit dem Dritten.....	115
	(3) Anwendung der Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht auf Verfügungen des Treuhänders	115
	(4) Vertraglicher Schutz der Treugeber vor Verfügungen des Treuhänders.....	117
bb)	Schutz des Treugebers bei Verfügungen über Einzelrechte	118
b)	Treuwidrige innergesellschaftliche Erklärungen des Treuhänders.....	119
aa)	Verfügungen durch die Stimmabgabe des Treuhänders in der Gesellschafterversammlung	120
	(1) Schutz der Treugeber nach § 138 I BGB bei weisungswidriger Stimmabgabe.....	120
	(2) Möglichkeit einer Wissenszurechnung im Rahmen des § 138 I BGB	122
	(a) Grundsätzliche Möglichkeit einer Wissenszurechnung	123
	(b) Weitere Voraussetzungen der Wissenszurechnung.....	125
	(c) Ergebnis zum Schutz der Treugeber bei weisungswidriger Stimmabgabe	125
	(3) Schutz der Treugeber beim Nichtvorliegen einer Weisung.....	126
bb)	Verfügungen durch anderweitige innergesellschaftliche Erklärungen des Treuhänders	127
2.	Treugut in Konkurs und Einzelzwangsvollstreckung.....	128
a)	Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder	128
aa)	Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder wegen Gesellschaftsschulden.....	129
bb)	Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder wegen Privatschulden	131

(1) Anwendbarkeit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bei der kupierten Publikums-KG	132
(2) Rechtfertigung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes ...	135
cc) Rechtsfolgen der Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treuhänder	138
(1) Rechtsfolgen beim Konkurs des Treuhänders	138
(2) Rechtsfolgen bei der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Treuhänder	139
(3) Schadensersatzansprüche der Treugeber bei Vollstreckungsmaßnahmen	140
b) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Treugeber	140
aa) Konkurs des Treugebers	140
(1) Konkurs des Treugebers als wichtiger Grund zur Erhebung der Auflösungsklage nach § 133 HGB durch den Treuhänder	142
(2) Der Konkurs des Treuhänders als wichtiger Grund zur Erhebung der Auflösungsklage nach § 133 HGB durch den Treugeber oder den Konkursverwalter	143
(3) Die analoge Anwendung des § 131 Nr. 5 HGB im Konkurs des Treugebers	144
(4) Ergebnis zum Konkurs des Treugebers	144
bb) Einzelzwangsvollstreckung gegen den Treugeber	145
III. Zusammenfassung der Ergebnisse des dritten Kapitels	146

Viertes Kapitel

Die gesellschaftsrechtliche Stellung der Treugeber

I. Das Stimmrecht	148
1. Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG	148
a) Abgrenzung zwischen Kernbereichslehre und Mehrheitsprinzip	148
aa) Eigener Lösungsansatz	150
bb) Literaturmeinung	154
cc) Definition des Kernbereichs des Anlegers	156

Inhaltsverzeichnis	11
(1) Der Kernbereich bei grundlegenden Eigenschaften des Immobilienfonds.....	157
(2) Kernbereichszuordnung bei Erhöhung des Gesamtaufwandes und bei Realisierung wirtschaftlicher Risiken.....	158
(3) Kernbereichszuordnung bei korporativen und anderen Entscheidungen gesellschaftsrechtlicher Art	159
(4) Ergebnis zum Kernbereich der Rechtsstellung der Anleger.....	161
dd) Definition der Treuepflicht des Anlegers.....	162
b) Ergebnis zur Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG....	165
2. Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG	167
II. Das Zustimmungsrecht bei außergewöhnlichen Maßnahmen nach § 164 S. 1 HGB	168
1. Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG	168
2. Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG	171
III. Kontroll- und Informationsrechte	172
1. Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG	172
2. Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG	174
IV. Kündigung und Auflösung der Fondsgesellschaft.....	175
1. Ordentliche Kündigung durch einen Anleger.....	175
a) Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG	175
aa) Zulässigkeit der ordentlichen Kündigung.....	175
bb) Zulässigkeit von Einschränkungen des Kündigungsrechts, insbesondere der Vereinbarung von Ausschlussfristen.....	178
cc) Konkludente Ausschlussfrist ohne ausdrückliche Vereinbarung.....	183
dd) Vereinbarung einer Ausschlussfrist durch Mehrheitsbeschluß.....	184
b) Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG	186
aa) Allgemeine Anforderungen	186
bb) Untersuchung der in der Praxis verwendeten Verträge....	188
2. Außerordentliche Kündigung durch einen Anleger.....	189

a)	Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG	189
aa)	Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung eines Anlegers bei einer arglistigen Täuschung.....	189
(1)	Behandlung der Täuschungsfälle durch die Rechtsprechung	190
(2)	Eigene Überlegungen zur Behandlung der Täuschungsfälle.....	191
bb)	Andere Kündigungsgründe für die außerordentliche Kündigung eines Anlegers.....	195
b)	Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG.....	198
3.	Auflösung der Fondsgesellschaft nach § 133 HGB.....	200
a)	Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG.....	200
b)	Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG.....	204
4.	Ausschluß eines Gesellschafters.....	204
a)	Rechtslage bei der klassischen Publikums-KG.....	204
b)	Rechtslage bei der kupierten Publikums-KG.....	206
V.	Verfügungen des Treugebers über den Treuhandanteil und die sich daraus ergebenden Rechte.....	207
1.	Verfügung über den Treuhandanteil durch den Treugeber.....	207
a)	Zulässigkeit einer Vertragsübernahme.....	207
b)	Einschränkungen der Verfügung durch Vertragsübernahme	211
c)	Anderweitige Verfügungen oder verfügungsähnliche Rechtsgeschäfte über den Treuhandanteil.....	214
2.	Verfügungen des Treugebers über Einzelrechte aus dem Treuhandanteil.....	215
VI.	Die Beitragsverpflichtung.....	216
1.	Indirekte Beitragszahlung der Treugeber über den Treuhänder	216
a)	Rechtslage im Innenverhältnis.....	217
aa)	Bestehen einer unabhängigen Beitragsverpflichtung des Treuhänders	217
bb)	Aufrechnungsmöglichkeiten des Treugebers.....	218
cc)	Befriedigungsmöglichkeiten des Treuhänders.....	220
dd)	Verteilung des Veruntreuungsrisikos.....	220
ee)	Ergebnis im Innenverhältnis.....	222

	Inhaltsverzeichnis	13
	b) Rechtslage im Außenverhältnis.....	223
	2. Direkte Beitragszahlung der Treugeber an die Fondsgesellschaft.....	225
VII.	Der Gewinnanspruch des Treuebers	225
VIII.	Prozessuale Rechtslage.....	228
	1. Prozessuale Rechtslage im Außenverhältnis	229
	a) Gesellschaftsprozesse.....	229
	b) Treugeberprozesse.....	230
	c) Treuhänderprozesse.....	231
	2. Prozessuale Rechtslage im Innenverhältnis	232
	a) Rechtsstreitigkeiten während des bestehenden Beteiligungsverhältnisses.....	232
	b) Rechtsstreitigkeiten bei Beendigung des Beteiligungsverhältnisses.....	234
IX.	Sonstige Rechtsfragen zur Publikums-KG	235
	1. Dokumentationspflicht des Initiators.....	236
	a) Eigener Lösungsansatz.....	237
	aa) Außenverhältnis.....	237
	bb) Innenverhältnis	237
	cc) Ergebnis.....	238
	b) Die Rechtsprechung und die Literatur zu den Dokumentationspflichten.....	239
	2. Schutz des Initiators	241
	a) Kernbereichsschutz des Initiators.....	241
	b) Veto- und Mehrstimmenrechte des Initiators	242
X.	Zusammenfassung der Ergebnisse	244
	1. Die Modifikation der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Anlegers	245
	2. Das in die Fondsgesellschaft integrierte Austauschverhältnis.....	245
	3. Die Besonderheiten bei der Einschaltung eines Treuhandkommanditisten	246
	4. Die Besonderheiten bei der Beteiligung weiterer Gesellschafter neben dem Treuhandkommanditisten und dem Initiator.....	247

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht, Ausführungsgesetz oder Aktiengesellschaft (je nach Zusammenhang)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
allg.M.	allgemeine Ordnung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B	Bundes-
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (mit Ziffern: amtliche Sammlung in Zivilsachen, Jahr und Seite)
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Beil.	Beilage
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (mit Ziffern: amtliche Sammlung in Zivilsachen Band und Seite)
BMFi	Bundesministerium für Finanzen
Bsp.	Beispiel(e)
BStBl	Bundessteuerblatt
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
d.h.	das heißt
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommensteuergesetz
ff.	und folgende
FS	Festschrift

gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr und Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
h.Rspr.	herrschende Rechtsprechung
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.ü.	im übrigen
JR	Juristische Rundschau (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
Rspr	Rechtsprechung
S.	Seite
sog.	sogenannte(r) (s)
std.	ständig(e)
Überl	Überleitung
Urt.	Urteil
v.	von(m)
vgl.	vergleiche
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Jahr und Seite)
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht (Jahr und Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung

Erstes Kapitel

Einleitung und Darstellung der Struktur und der Problematik eines geschlossenen Immobilienfonds

I. Einleitung

1. Die Bedeutung der geschlossenen Immobilienfonds

Die Suche nach Geld- und Vermögensanlagen zur Erzielung einer Rendite, zur Sicherung des Vermögens, zur Erzielung eines Wertzuwachses und auch zur Verminderung der Steuerbelastung hat in unserer hochentwickelten Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft eine große Bedeutung erlangt. Der Anleger hat im Bereich der Kapitalanlagen im wesentlichen die Auswahl zwischen Geldanlagen im engeren Sinne, wie Festgeld, Sparbuch, Kapitalversicherungen oder Schatzbriefe und Sachwertanlagen, wie Investmentfonds (z.B. Renten-, Aktien-, oder offenen Immobilienfonds) und der Immobilien in der Form des geschlossenen Immobilienfonds oder des Wohnungseigentums.

Der geschlossene Immobilienfonds als Kapitalanlage nimmt innerhalb dieser unterschiedlichen Möglichkeiten eine besondere Stellung ein. Die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds ist der Erwerb eines Gesellschaftsanteils an einer Personengesellschaft - der Fondsgesellschaft -, die ein Grundstück erwirbt, darauf ein Gebäude errichtet und dieses verwaltet und vermietet. Damit verfolgt der Anleger die klassischen Anlageziele Sachwertanlage, Renditeerzielung und Wertzuwachs. Der Hauptvorteil und -unterschied zu den anderen Kapitalanlagen besteht darin, daß durch die Investition in eine Immobilie steuerliche Vorteile erreicht werden können, die von Steuergesetzen für Immobilieninvestitionen gewährt werden und die zu einer weiteren Vermögensvermehrung ausgenutzt werden können, insbesondere auch zur Finanzierung der Anlageinvestition. Ein weiterer Vorteil der Immobilie als Kapitalanlage besteht gegenüber den reinen Geldanlagen in ihren Wertzuwachschancen. Gegenüber dem Erwerb einer klassischen Wohnimmobilie als Alternative der Immobilienanlage hat die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zwei Vorteile. Zum einen können sich Kapitalanleger mit einem Betrag an einer Immobilie beteiligen, der zum Erwerb einer selbständigen Immobilie nicht ausreichen würde; damit ist der Kreis der potentiellen Anleger wesentlich

größer geworden¹. Zum anderen ist es durch den geschlossenen Immobilienfonds möglich geworden, durch den Zusammenschluß vieler privater Kapitalanleger große Gewerbeimmobilien wie Bürohäuser und Einkaufszentren, die im Vergleich zu einer Wohnimmobilie im Regelfall eine wesentlich höhere Rendite erzielen, zu erwerben. Dies war ansonsten ausschließlich kapitalkräftigen institutionellen Investoren wie z.B. Versicherungen, Banken und Pensionskassen vorbehalten.

Im Jahre 1992 wurden rund 7,0 Milliarden DM in geschlossene Immobilienfonds angelegt. Im Jahre 1994 ist dieser Betrag auf ca. 9,5 Milliarden DM angestiegen². Damit hat der geschlossene Immobilienfonds als Möglichkeit der Kapitalanlage eine besondere Bedeutung erlangt.

2. Der geschlossene Immobilienfonds als Publikumsgesellschaft

a) Die Publikumsgesellschaft als Sonderform einer Personengesellschaft

Um die mit der Beteiligung an einem Immobilienfonds angestrebten Vorteile zu erreichen, müssen sich die Anleger an einer Personengesellschaft, die im eigenen Namen das Grundstück erwirbt und das Gebäude errichten läßt, beteiligen. Die Beschränkung auf die Personengesellschaften hängt mit den steuerlichen Zielen zusammen, die mit der Beteiligung verfolgt werden. Mit der Immobilieninvestition ergibt sich für die Fondsgesellschaft steuerlich gesehen ein Verlust durch Sonderabschreibungen und der Geltendmachung von Werbungskosten. Der Steuervorteil für den Anleger ist in dem Umstand zu sehen, daß eine Personengesellschaft nicht selbst Steuersubjekt ist, sondern das wirtschaftliche Ergebnis der Gesellschaft dem Anleger zugewiesen wird (§ 15 I Nr. 2 EStG) und dieser den Verlust mit seinen sonstigen positiven Einkünften verrechnen kann, um seine Einkommensteuerschuld insgesamt zu senken.

Zwischen den verschiedenen Rechtsformen von Personengesellschaften bestehen im Hinblick auf ihre Eignung für einen geschlossenen Immobilienfonds folgende Unterschiede, die hier jedoch wegen des fehlenden Themabezugs nur angedeutet werden. Eine OHG scheidet als Rechtsform für eine Publikumsgesellschaft grundsätzlich aus, weil der Anleger unbeschränkt für Gesellschaftsschulden haften würde (§ 128 HGB) und dies zu den Motiven eines Anlegers

¹ Der geschlossene Immobilienfonds wird auch als Immobilie des kleinen Mannes bezeichnet.

² Eine genaue Feststellung des Umsatzes wie beim Börsenhandel erfolgt bei geschlossenen Immobilienfonds nicht; die angegebenen Zahlen beruhen auf einer Erhebung des Münchener Instituts für Marktforschung.

bei der Wahl einer Kapitalanlage im Widerspruch steht. Eine GmbH und Co. KG gilt nach § 15 III EStG als Gewerbebetrieb und erzielt gewerbliche Einkünfte. Dies zieht verschiedene steuerrechtliche Nachteile nach sich: Die Gesellschaft ist gewerbesteuerpflichtig (§ 2 I S. 2 GewStG) und weil die Fondsimmoblie im Betriebsvermögen gehalten wird und die Fondsgesellschaft ihren Gewinn aus dem Betriebsvermögensvergleich ermittelt (§ 4 I S.1 EStG) ist bei einer Veräußerung der Fondsimmoblie der Veräußerungsgewinn zu versteuern. Diese erheblichen Nachteile haben dazu geführt, daß die GmbH und Co. KG als Fondsgesellschaft so gut wie keine Bedeutung mehr hat. Bei einer klassischen KG mit mindestens einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter, die als reine vermögensverwaltende Gesellschaften nicht gewerblich tätig sind³ werden demgegenüber Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt⁴ und damit bestehen die bei einer GmbH und Co. KG erwähnten steuerlichen Nachteile nicht. Ein weiterer Vorteil ist die nur beschränkte Haftung des Kommanditisten gegenüber Gesellschaftsgläubigern nach den §§ 171 ff. HGB. Diese beschränkte Haftung hat allerdings zur Folge, daß Verluste von den Anlegern nur bis zur Höhe der Einlage abgeschrieben werden können, § 15a EStG. Eine GbR bringt im Vergleich zu KG das Risiko der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter mit sich, das aber durch die Vereinbarung einer teilschuldnerischen Haftung, die zur Folge hat, daß der einzelne Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten entsprechend seiner Quote an dem Gesellschaftsvermögen haftet, gemindert werden kann. Darüber hinaus kann gesellschaftsvertraglich die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden⁵. Der Vorteil einer GbR liegt wegen der Nichtgeltung des § 15a EStG in der Möglichkeit, Verluste, die betragsmäßig über die Einlage hinausgehen, geltend zu machen. Für Immobilienfonds, für die gerade typisch ist, daß die Investition umfassend vorausgeplant und daher eine Erhöhung des Aufwandes und eine Inanspruchnahme der Gesellschafter unwahr-

³ L. Schmidt, EStG, § 15 Anm. 13. In der Regel fehlt eine gewerbliche Tätigkeit der Fondsgesellschaft (vgl. § 2 HGB) und es besteht auch kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB was zur Folge hat, daß die Fondsgesellschaft keine Handelsgesellschaft im Sinne des HGB ist und ihre rechtliche Vollkaufmannseigenschaft sich nur aus § 5 HGB ergibt (sog. Schein-KG). Gemäß § 5 HGB gilt aus Gründen der objektiven Rechtssicherheit eine als KG eingetragene Gesellschaft gegenüber jedermann unwiderruflich als Handelsgesellschaft; die Eintragung wirkt insoweit konstitutiv (Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 5 Anm. 1). Im Rahmen dieser Arbeit wird daher die Publikums-KG als KG im Sinne des HGB angesehen.

⁴ L. Schmidt, EStG, § 15 Anm. 45.

⁵ BGH, NJW 1985, 619; MünchKomm/Ulmer, BGB, § 714 Anm. 32.; Palandt/Thomas, BGB, § 714 Anm. 4.