

Not leidende geschlossene Immobilienfonds: Folgen für Aussteiger*

Dr. Klaus - R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

Literaturhinweise

| | |
|------------------------|---|
| <i>Assmann/Schütze</i> | Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997 |
| <i>Beck</i> | Änderung von Feststellungsbescheiden bei Rückerstattung von Eigenkapitalvermittlungsprovisionen an Anleger geschlossener Fonds (Kick-back), DStR 2003, 1564 |
| <i>Derleder</i> | Der Widerruf des Haustürgrundpfandkredits, ZBB 2002, 202 |
| <i>Elster</i> | Europäisches Kapitalmarktrecht, 2002 |
| <i>Franzen</i> | „Heininger“ und die Folgen: ein Lehrstück zum Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, 321 |
| <i>Geibel</i> | Der Kapitalanlegerschaden, 2003 |
| <i>Hoffmann</i> | Haustürwiderruf bei Realkredit und verbundenes Grundstücksgeschäft, ZIP 2002, 1066 |
| <i>Kleine-Cosack</i> | Restriktive Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes, NJW 2003, 3009 |
| <i>Kleine-Cosack</i> | Rechtsberatungsgesetz und Treuhandauftrag - Fragwürdige Rechtsprechung zu Bauherrenmodellen, BB 2003, 1737 |

* Dieser Beitrag schließt an die Veröffentlichungen von *Wagner/von Heymann* HdB, Fach 0304 = WM 2003, 2222 und 2257 zum gleichen Thema - aber anderen Schwerpunkten - an.

| | |
|----------------------|--|
| <i>Loritz/Wagner</i> | Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 2, 1995 |
| <i>Loritz/Wagner</i> | Zur Anrechnung von Steuervorteilen bei der „Rückabwicklung“ von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds, ZfIR 2003, 753 |
| <i>Wagner</i> | Mittelbare Beteiligungen bei geschlossenen Immobilienfonds als Publikums-KG, ZfIR 1997, 199 |
| <i>Wagner</i> | Krisenmanagement bei notleidenden geschlossenen Immobilienfonds, NZG 1998, 289 |
| <i>Wagner</i> | Krisenmanagement bei notleidenden geschlossenen Immobilienfonds, HdB Fach 0301 |
| <i>Wagner</i> | Kapitalanleger in notleidenden geschlossenen Immobilienfonds, NZG 1998, 657 |
| <i>Wagner</i> | Geschlossene Immobilienfonds: steuerliche Notwendigkeit von gesellschaftsrechtlichem Krisenmanagement, DStR 2001, 1529 |
| <i>Wagner</i> | Der stillschweigende Anlagevermittlungs-/beratungsvertrag, DStR 2003, 157 |
| <i>Wagner</i> | Zur Problematik von Kausalität und Schaden bei langfristigen Kapitalanlagen, NZG 2003, 897 |
| <i>Wagner</i> | Sind Kapitalanleger Verbraucher ? BKR 2003, 649 |
| <i>Wagner</i> | Die Praxis des Steuerprozesses, 2003 |
| <i>Wagner/Loritz</i> | Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997 |
| <i>Westermann</i> | Gesellschaftsbeitritt als Verbraucherkreditgeschäft ? ZIP 2002, 189 |

Inhaltsübersicht

| | | |
|------|--|----|
| I. | Einleitung | 3 |
| II. | Zum Verhältnis von Kapitalanlagerecht zum Verbraucherschutzrecht aus gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Sicht | 4 |
| III. | Kapitalanlagerecht | 9 |
| 1. | Der Beitritt zum Fonds – Ein Fall des RBerG ? | 11 |
| 2. | Zu (Nach-) Haftungsrisiken ausscheidender Fonds-Gesellschafter | 14 |
| a) | Ausscheiden aufgrund geltend gemachter Schadensersatzansprüche | 15 |
| b) | Ausscheiden aufgrund Kündigung aus wichtigem Grund | 15 |
| 3. | Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern Zug um Zug gegen Abtretung der eigenen Beteiligung oder Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der eigenen Beteiligung? | 18 |
| 4. | Gesellschafterliche Treuepflichten bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds | 21 |
| IV. | Steuerrecht | 24 |
| 1. | Verkauf von Leerständen und gewerblicher Grundstückshandel | 24 |
| 2. | Gewerblicher Grundstückshandel – Gefahren für Hamburger Modell ? | 24 |
| 3. | Der Finanzgerichtsprozess bei steuerorientierten Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds | 26 |
| V. | Fazit | 29 |

I. Einleitung

Die Anzahl Not leidender geschlossener Immobilienfonds ist nicht geringer geworden, die Anzahl damit im Zusammenhang stehender veröffentlichter Gerichtsentscheidungen und Fachveröffentlichungen hat explosionsartig zugenommen. Die Krise von Fonds, an denen Kapitalanleger sich beteiligt haben, wurde in vielen Fällen zum Anlass für Rechtsstreitigkeit genommen, die teilweise bis zu 10 Jahren nach Beitritt begonnen werden. Die Klagebegründung wird jedoch oft darin gesucht, man sei als Kapitalanleger vor Jahren unzureichend bis nicht aufgeklärt bzw. beraten worden,¹⁾ die Widerrufsbelehrung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt etc.. Rechtsstreitigkeiten werden gegen finanzierende Kreditinstitute, Anlagevermittler, Anlageberater, Vertriebsgesellschaften, Initiatoren, ja sogar mit der eigenen Fondsgesellschaft geführt. Und um davon abzulenken, warum einem dies alles erst Jahre später einfällt, wird in Presse und Fernsehen sowie via Internet von interessierten Kreisen, die in solchen Anlegerprozessen ein interessantes Geschäft sehen, von „Schrottimmobilen“, „drückervermittelten“ Immobilienbeteiligungen und „unseriösen“ Kapitalanlagen gesprochen, denen als *unmündig* dargestellte Kapitalanleger hilflos

1) Wagner DSrR 2003, 1757

ausgesetzt seien. Ziel solcher Rechtsstreitigkeiten, soweit von Kapitalanlegern angestrengt, ist i.d.R., aus der Fondsbeteiligung auszuschneiden, wirtschaftlich das wieder zurückzuerhalten, was man finanziell aufgewandt hat, in Anspruch genommene Kredite nicht mehr zurückzahlen zu müssen und in Anspruch genommene Steuervorteile behalten zu können.²⁾ Ein interessantes Steuermodell, wenn es gelingen würde, könnte man meinen.

Aber: Soweit Krisenmanagement nicht gewählt wird³⁾ und Kapitalanleger sich per Gerichtsverfahren von Beteiligungen zu trennen suchen, geschieht dies oft auch zu Lasten von Mit-Kapitalanlegern. Und, was mitunter verkannt wird: Das eigene diesbezügliche Vorgehen von Kapitalanlegern kann auch zu negativen steuerlichen Konsequenzen führen, für diese und Mit-Kapitalanleger wie zu zeigen sein wird. Es kann mithin dazu kommen, dass Kapitalanleger in gerichtliche Auseinandersetzungen mit dem Fonds, dem die Fondsinvestition finanzierenden Kreditinstitut und dem Finanzamt verwickelt sein können, ein teures und mit unsicherem Ausgang verbundenes Unterfangen, von dem auch das werbewirksame Verbreiten von Erfolgsmeldungen durch bestimmte Anwaltskanzleien betreffend einzelner gewonnener – nicht immer repräsentativer – Gerichtsentscheidungen nicht ablenken sollte, denn über negativ verlaufene Prozesse wird kaum berichtet, so dass ein statistischer Vergleich von Chancen und Risiken nicht möglich ist.

Nachfolgend sollen an Hand einzelner Themenkomplexe neuere Entwicklungen aufgezeigt werden.

II. Zum Verhältnis von Kapitalanlagerecht zum Verbraucherschutzrecht aus gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Sicht

Es wurde zuvor skizziert, dass die meisten Anlegerprozesse davon ausgehen, seitens der auf Seiten der Anleger tätigen Anwälte den eigenen Anleger-Mandanten als *unmündiges* Opfer darzustellen. Und viele Gerichtsentscheidungen tragen mehr oder weniger unausgesprochen diesem Ausgangspunkt Rechnung und orientieren daran ohne gesetzliche Grundlagen zu Lasten von Initiatoren, dem Kapitalanlagevertrieb und teilweise auch Kreditinstituten, gesteigerte und teilweise immer weitere neue Auskunfts-, Informations-, Aufklärungs-, Beratungs-, Warn- und Hinweispflichten zu postulieren. Da dieser Adressatenkreis solche Entwicklungen der Rechtsprechung nicht voraussehen konnte, wird er Leidtragender einer solchen dann rückwirkend auf ihn angewandten Rechtsprechung. Ob und inwieweit eine solche Entwicklung der Rechtsprechung verfassungsrechtlich zulässiges oder unzulässiges Richterrecht ist⁴⁾ bzw.

2) Zur Frage der Anrechnung von Steuervorteilen auf Schadensersatzansprüchen *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753

3) *Wagner* NZG 1998, 289; *Wagner* NZG 1998, 657; *Wagner* NZG 1999, 868; *Wagner* in: *Schmider / Wagner / Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), Fach 301; *Wagner* DSStR 2001, 1529

4) BVerfGE 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287 f.; BVerfG 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 324; BVerfG 02.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280; BVerfG 07.06.1993 – 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542; BVerfG 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 u.a. NJW 1998, 519, 521. Zu den Voraussetzungen rechtsfortbildenden Richterrechts BVerfG 20.01.1981 – 2 BvR 632/78, BVerfGE 59, 99, 108; BVerfG 07.07.1982 – 2 BvL 14/78 u.a., BVerfGE 61, 43, 72 f.; BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 191; BVerfG 14.05.1985 – 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 371 f.; BVerfG 14.08.1996 – 2 BvR 2088/93, NJW 1996, 3146

inwieweit im Falle eines zulässigen Richterrechts es verfassungsrechtlich unbedenklich ist, dieses rückwirkend zur Geltung zu bringen,⁵⁾ soll hier nicht vertieft werden und mag einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben. Hier wird darzustellen sein, dass der mehr oder weniger unausgesprochene Ausgangspunkt der Rechtsprechung vom *unmündigen* Kapitalanleger-*Verbraucher* mit dem durch den EuGH determinierten gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherleitbild/-begriff nicht konform geht wie auch das BMJ in seiner Reaktion auf den Vorschlag der EG-Kommission für die Modernisierung einer Verbraucherkredit-Richtlinie ebenfalls den *mündigen* den Verbraucher betont hat.⁶⁾

Die Heininger-Entscheidungen des BGH⁷⁾ und EuGH,⁸⁾ die Vorlage des LG Bochum⁹⁾ zum EuGH, die Vorlage des BGH¹⁰⁾ betreffend den Bauträgervertrag zum EuGH und obergerichtliche Entscheidungen sowie solche des BGH¹¹⁾ zu gemeinschaftsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG haben dazu geführt, gerade auch im Zusammenhang mit Prozessen von Anlegern betreffend Not leidender geschlossener Immobilienfonds auch das europäische Gemeinschaftsrecht immer stärker in die eigenen Betrachtungen einzubeziehen.¹²⁾ Dies gibt Veranlassung, für das Kapitalanlagerecht des freien Kapitalanlagemarktes, soweit geschlossene Immobilienfonds betreffend, etwas zur Systematisierung beizutragen.

5) BVerfG 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 u.a., BVerfGE 59, 128, 165 f.; BVerfG 25.01.1989 – 2 BvR 2058/83, HFR 1989, 395; BVerfG 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 221, 228

6) Nachweis bei *Rott* BKR 2003, 851, 852

7) BGH 30.11.1999 - XI ZR 91/99, WM 1999, 26 (Vorlage zum EuGH – *Habersack* WM 2000, 981; *Habersack* ZIP 2001, 353; *Pfeiffer* EWiR 2000, 307); BGH 09.04.2002 - XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248 = WM 2002, 1181 (*Bülow* WuB IV D § 5 HWiG 2.02; *Derleder* ZBB 2002, 202; *Edelmann* BKR 2003, 99; *Franzen* JZ 2003, 321; *Hoffmann* ZIP 2002, 1066; *Knott* WM 2003, 49; *Lang* ZBB 2002, 457; *Medicus* EWiR 2003, 481; *Pap* ZfR 2002, 523; *Schleicher* BKR 2002, 609; *Schwintowski* EWiR 2002, 525; *Staudinger* JuS 2002, 953; *Ulmer* ZIP 2002, 1080; *Volmer* MittBayNot 2002, 252)

8) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-481/99 (Heininger), Slg. 2001, I-9945 = WM 2001, 2434. Dazu ferner: *Roth* WuB IV D § 5 HWiG 1.02; *Tonner* WuB I E 2 § 3 VerbrKrG 3.02; *Edelmann* BKR 2002, 80; *Fischer* DB 2002, 727; *Franzen* JZ 2003, 321; *Frisch* BKR 2002, 84; *Häuser* EWiR 2003, 423; *Hoffmann* ZIP 2002, 145; *Kulke* ZBB 2002, 33; *Meinhof* NJW 2002, 2373; *Pfeiffer* EWiR 2002, 261; *Reich* EuZW 2002, 87; *Schmucker* DNotZ 2002, 510; *Staudinger* NJW 2002, 653; *Wagner* BKR 2002, 194; *Westermann* ZIP 2002, 189

9) LG Bochum 29.07.2003 – 1 O 795/02, WM 2003, 1609; a.A. BGH 16.09.2003 – XI ZR 447/02, WM 2003, 2184; BGH 23.09.2003 – XI ZR 325/02, WM 2003, 2186. Kritisch zur Entscheidung des LG Bochum: *Edelmann* BKR 2003, 710; *Paefgen* WuB IV D. § 3 HWiG 2.03.

10) BGH 02.05.2002 - VII ZR 178/01, WM 2002, 1506 = *Wagner* WuB I E 5 Bankbürgschaft/-garantie 5.02. Dazu: *Basty* DNotZ 2002, 567; *Hertel* NotBZ 2002, 255; *Vogel* EWiR 2002, 591; *Vollrath* MittBayNot 2002, 254; *Wagner* ZNotP Beilage 2002, Nr 1; *Wagner* BKR 2002, 193

11) § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG steht nicht im Einklang mit der Haust-RiL: OLG Bamberg 05.03.1999 – 6 U 73/98, EWiR 1999, 895; OLG Stuttgart 30.03.1999 – 6 U 141/98, WM 1999, 2305; OLG Stuttgart 04.05.1999 – 6 U 23/99, OLGR 1999, 288; OLG Stuttgart 26.05.1999 – 6 U 169/98, WM 1999, 2310; OLG Karlsruhe 16.05.2002 – 11 U 10/01, BKR 2002, 593; OLG Frankfurt 25.10.2000 – 9 U 59/00, WM 2002, 545; a. A. BGH 02.12.2003 – XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 420. Ferner BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21; BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, ZIP 2004, 303, 307, wonach selbst dann, wenn § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG hinter den Vorgaben der HaustRL zurückbliebe, eine richtlinienkonforme Auslegung wegen des eindeutigen Gesetzeswortlautes ausscheide

12) *Edelmann* BKR 2003, 710; *Hoffmann* ZIP 2004, 49

Im Gegensatz zum Kapitalmarktrecht des geregelten Marktes¹³⁾ ist das Recht des *freien* Kapitalmarktes weder gemeinschaftsrechtlich (nicht primär- und nicht sekundärrechtlich)¹⁴⁾ noch in Deutschland kodifiziert. Dass Kapitalanlagen des freien Kapitalanlagemarktes vom Europäischen Kapitalmarktrecht nicht erfaßt werden, hängt damit zusammen, dass man einen nennenswerten grenzüberschreitenden Handel nicht erwartet(e) und davon ausgeht, es handele sich hierbei um Anlagen, die eher auf den nationalen Markt zugeschnitten seien, so dass daher eine Harmonisierung im Bereich dieser Anlagen entbehrlich sei.¹⁵⁾ Die Folge davon ist, dass gemeinschaftsrechtlich für den freien Kapitalanlagemarkt kein Anschub zu entnehmen ist, für diesbezügliches Anlegerpublikum einen transparenten *freien* Kapitalanlagemarkt zu schaffen wie dies etwa das Grundanliegen des sekundärrechtlich geprägten Europäischen Kapitalmarktrechts für den geregelten Markt ist.¹⁶⁾ Statt dessen wirken europäische Richtlinien auf das Recht des freien Kapitalmarktes (derzeit) allenfalls insoweit ein, soweit sie sich mit Verbraucherschutzrecht befassen.¹⁷⁾ Dies hat Auswirkungen auf den Individualschutz von Anlegern, soweit man sie als Verbraucher ansieht.¹⁸⁾ Es ist aber die Frage bedeutsam, ob bzw. inwieweit Kapitalanleger des freien Kapitalmarktes überhaupt Verbraucher sind und falls ja, von welchem Verbraucherleitbild bei solchen Kapitalanlegern auszugehen ist.¹⁹⁾ Mit beidem hat sich die Rechtsprechung und das Fachschrifttum noch nicht (ausreichend) befasst. Diese Fragen sind für das hier behandelte Thema jedoch durchaus bedeutsam:

Der XI. Senat des BGH hat in seiner Entscheidung vom 23.10.2001²⁰⁾ ausgeführt, auch eine GbR könne Verbraucher sein.²¹⁾ Der EuGH²²⁾ dagegen hat nur wenige Tage später iudiziert, Verbraucher könne nur eine natürliche Person sein. Würde der XI. Senat des BGH ungeachtet dessen bei seiner Rechtsprechung bleiben und wäre auch ein Kapitalanleger als Verbraucher einzuordnen, dann würde z.B. ein Beitrittsvertrag zwischen einem GbR-Fonds und einem Kapitalanleger zwi-

13) Investment-RiL vom 20.12.1985 (85/611/EWG), geändert durch RiL 88/220/EWG vom 22.03.1988, geändert durch RiL 95/26/EG vom 29.06.1995; Beteiligungstransparenz-RiL vom 12.12.1988 (88/627/EWG); Insider-RiL vom 13.11.1989 (89/592/EWG); Wertpapierdienstleistungs-RiL vom 10.05.1993 (93/22/EWG); Anlegerentschädigungs-RiL vom 03.03.1997 (97/9/EG); RiL für im amtlichen Handel zugelassene Wertpapiere vom 28.05.2001 (2001/34/EG); Finanzsicherheiten-RiL vom 06.06.2002 (2002/47/EG); Richtlinie über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, vom 15.07.2003, WM 2003, 1831;

BörsG; BörsZulV; VerkaufsprospektG; VerkaufsprospektVO; 4. Finanzmarktförderungsgesetz vom 01.07.2002; dazu Entwurf einer VO zum Verbot der Kursmanipulation (*Rössner/Bolkart* AG 2003, R 394);

14) *Elster*, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2002, Seite 9

15) *Elster*, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2002, Seite 9. *Kritisch* Assmann AG 1993, 549, 558

16) *Elster*, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2002, Seite 324

17) Haustürgeschäfte-RiL vom 20.12.1985 (85/577/EWG); VerbrKr-RiL vom 22.12.1986 (87/102/EWG); Verbr-RiL vom 05.04.1993 (93/13/EG); Time-Sharing-RiL vom 26.10.1994 (94/47/EG); Fernabsatz-RiL vom 20.05.1997 (97/7/EG), geändert durch RiL 2002/65/EG vom 23.09.2002;

18) Dazu Wagner BKR 2003, 649

19) Dazu *Wagner* BKR 2003, 649

20) BGH 23.10.2001 – XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80 = WM 2001, 2379 = *Tonner* WuB I E 2 § 1 VerbrKrG 3.02

21) Zustimmung: *Röhrich* in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2002, 2003, Seite 3, 4 f. Verneinend: *Wagner* BKR 2003, 649 f.; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2227

22) EuGH 22.11.2001 – Rs. C-541/99 und C-542/99 (*Cape/Idealservice*), Slg. 2001, I-9049

schen zwei Verbrauchern geschlossen worden sein. Da aber ein Verbrauchervertrag nur dann vorliegt, wenn ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen wurde (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB, § 24a Satz 1 AGBGB bei Altfällen = § 310 Abs. 3 Satz 1 BGB für Neufälle), nicht aber bei einem Vertrag zwischen zwei Verbrauchern, könnte ein Kapitalanleger-Verbraucher seine Beitrittserklärung zu einem Not leidenden GbR-Fonds nicht gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB, § 1 Abs. 1 HWiG widerrufen. Denn mit dem Haustürwiderrufsgesetz ist die Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20. Dezember 1985 (im folgenden: Haustürgeschäftsrichtlinie) in nationales Recht umgesetzt worden,²³⁾ wobei weder diese Richtlinie noch das HWiG davon ausgehen, dass der Verbraucher vor dem Verbraucher geschützt werden müsse. Die Entscheidung des BGH vom 23.10.2001²⁴⁾ würde mithin im Ergebnis dazu führen, dass dann, wenn Kapitalanleger und GbR jeweils Verbraucher wären, Kapitalanleger der Rechte aufgrund Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB, § 1 Abs. 1 HWiG gegenüber dem GbR-Fonds verlustig gehen würden. Darauf könnte sich ein davon betroffener Kapitalanleger-Verbraucher berufen und reklamieren, dass die Rechtsprechung des BGH weder mit der Haustürgeschäftsrichtlinie 85/577/EWG noch mit der Rechtsprechung des EuGH²⁵⁾ in Einklang stünde. Würde dies weder vom LG noch OLG korrigiert, die von Amts wegen Gemeinschaftsrecht vor dem nationalen Recht anzuwenden haben,²⁶⁾ so kann dies auch zum Gegenstand der Begründung im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren beim BGH gemacht werden. Denn auch insoweit ist der BGH als letztinstanzliches Gericht verpflichtet, Gemeinschaftsrecht von Amts wegen anzuwenden.²⁷⁾

Eine ganz andere Frage ist, ob denn Kapitalanleger eines geschlossenen Immobilienfonds Verbraucher sind. Die Rechtsprechung und das Schrifttum gehen davon ohne weitere Thematisierung aus. Dies ist jedoch keineswegs selbstverständlich wie an anderer Stelle ausgeführt,²⁸⁾ besteht doch zwischen einem Konsumenten-Verbraucher und einem Kapitalanleger ein erheblicher Unterschied. Hinzu kommt die Frage, ob nicht ein durch die Rechtsprechung kreierte Kapitalanlageschutzrecht für Kapitalanleger das ist, was für Konsumentenverbraucher das Verbraucherschutzrecht darstellt²⁹⁾ So lange die Rechtsprechung nicht differenziert, wird man allerdings wohl davon ausgehen müssen, dass auch Kapitalanleger Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sind. Dann aber wäre im nationalen Recht zu berücksichtigen, dass in der Rechtsprechung des EuGH der gemeinschaftsrechtliche Verbraucherbegriff unter Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vom Verbraucherleitbild eines *mündigen*

23) BGH 26.11.2002 - XI ZR 10/00, WM 2003, 64

24) BGH 23.10.2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80 = WM 2001, 2379 = *Tonner* WuB I E 2 § 1 VerbrKrG 3.02

25) EuGH 22.11.2001 - Rs. C-541/99 und C-542/99 (*Cape/Idealservice*), Slg. 2001, I-9049

26) EuGH 13.11.1990 - Rs. C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1992 - Rs. C-334/92 (*Wagner Miret*), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 - Rs. C-62/00 (*Marks Spencer*), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 - 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749; *Wagner* BKR 2003, 649, 655 m.w.N.

27) EuGH 04.06.2002 - Rs. C-99/00 (*Kenny Roland Lyckeskog*) Rdn. 18: „Stellt sich eine Frage nach der Auslegung oder der Gültigkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, so ist das oberste Gericht nach Artikel 234 Absatz 3 EG verpflichtet, dem Gerichtshof entweder im *Stadium der Zulassungsprüfung* oder in einem späteren Stadium eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen.“ (Kursivsetzung durch den Autor)

28) *Wagner* BKR 2003, 649

29) *Wagner* BKR 2003, 649, 651

Verbrauchers und nicht – wie unausgesprochen in der derzeitigen deutschen Rechtsprechung – von einem unmündigen Verbraucher ausgeht.³⁰⁾ Deutsches Verbraucherschutzrecht aus gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien abzuleiten, bezüglich des Verbraucherleitbildes bzw. Verbraucherbegriffes jedoch in der deutschen Rechtsprechung hinter dem durch die Rechtsprechung des EuGH geprägten gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbegriff eines *mündigen* Verbrauchers zurückzubleiben, entbehrt einer Rechtsgrundlage und ist weder durch den gemeinschaftsrechtlichen noch durch den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gedeckt.³¹⁾ Immerhin sei daran erinnert, dass als Reaktion auf den Vorschlag der Kommission für die Modernisierung der Verbraucherkreditrichtlinie vom Oktober 2002³²⁾ das BMJ eine Entmündigung des Verbrauchers eingewandt hat³³⁾ und damit ebenfalls von einem *mündigen* Verbraucher ausgeht. Es ist folglich an der Zeit, seitens der Rechtsprechung gerade dann, wenn der Kapitalanleger als Verbraucher angesehen wird, ebenfalls vom mündigen Verbraucher auszugehen. Was aber kann und muss man dann von einem mündigen Kapitalanleger-Verbraucher erwarten? In von Kapitalanleger-Verbrauchern angestregten Prozessen im Zusammenhang mit Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds wäre dann bei einem mündigem Kapitalanleger-Verbraucher folgendes von Bedeutung, wenn es z.B. um die behauptete Schlechterfüllung eines Anlagevermittlungs-/beratungsvertrages geht:³⁴⁾

- Der Kapitalanleger, der sich an einem geschlossenen Immobilienfonds beteiligt, kann und muss wissen, dass er sich an einem Fonds mit Chancen *und Risiken* beteiligt.³⁵⁾ Dies bedarf bei einem mündigen Kapitalanleger keiner gesonderten Aufklärung, zumal in allen Prospekten Chancen- und Risikohinweise enthalten sind. Folglich müssen die einer solchen *Beteiligung* innewohnenden Risiken auch beim Kapitalanleger verbleiben.³⁶⁾
- Der Schutz des mündigen Kapitalanleger-Verbrauchers endet dort, wo die einer Kapitalanlage innewohnenden Risiken beginnen.³⁷⁾
- Der mündige Kapitalanleger-Verbraucher hat darzulegen und zu beweisen, worüber er informiert wurde und in welcher Weise er diese Informationen selbst geprüft hat bzw. warum er sich dieserhalb nicht fachkundiger Hilfe bedient hat.³⁸⁾
- Der mündige Kapitalanleger-Verbraucher hat darzulegen und zu beweisen, warum in Anbetracht erhaltener Informationen sich bei der von ihm mit fachkundiger Hilfe vorgenommenen Prüfung vor seiner Anlageentscheidung eine Nachfrage der Punkte nicht aufgedrängt hat, die

30) *Wagner* BKR 2003, 649, 651 f.

31) *Wagner* BKR 2003, 649, 655 f.

32) KOM (2002) 443 endg. vom 11.09.2002, ABl. EG Nr. C 331 E vom 31.12.2002, Seite 200

33) *Rott* BKR 2003, 851, 852

34) *Wagner* BKR 2003, 649, 654

35) BGH 06.10.1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344 = WM 1981, 483; *Wagner* NZG 2003, 897, 898

36) BGH 06.10.1980 - II ZR 60/80, BGHZ 79, 337, 344 = WM 1981, 483; *Wagner* NZG 2003, 897, 898

37) *Wagner* NZG 2003, 897, 898

38) *Wagner* BB 2002, 172; *Wagner* BKR 2003, 649, 654

er Jahre später anlässlich eines von ihm angestrebten Prozesses als bedeutsame Pflichtverletzungen behauptet.³⁹⁾

Folglich wurde von mir an anderer Stelle näher begründet, dass *mündige* Kapitalanleger-Verbraucher ihnen gegebene Informationen vor einer Anlageentscheidung beurteilen müssen – und nicht nur beurteilen können müssen –, um dann, wenn sie dazu nicht in der Lage sind, sich eigener Fachleute bedienen zu müssen.⁴⁰⁾

III. Kapitalanlagerecht

Bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds ist derzeit folgendes festzustellen: Finanzierende Kreditinstitute, die Fonds bzw. deren Anlegern das Fondsobjekt bzw. die Einlagen finanziert haben, greifen vermehrt zu vollstreckungsrechtlichen Maßnahmen, wenn die Finanzierungen nicht mehr (regelmäßig) bedient werden. Die Folgen sind, unterschiedlich:

Fonds versuchen sich durch das Einfordern von Nachschüssen bei den Anlegern zu helfen. Anleger verweigern immer öfter u.H.a. nicht eingehaltene Kriterien der Rechtsprechung, solche Nachschüsse zu zahlen und verkennen, dass sie dadurch – jedenfalls bei GbR-Fonds – verstärkt in die Außenhaftung geraten.⁴¹⁾ Ferner wird mitunter seitens Fonds gegenüber Kreditinstituten eingewandt, der mit dem Fonds geschlossene Kreditvertrag sei nicht wirksam zustande gekommen, da diejenigen, die den Fonds bei Vertragsabschluss vertreten hätten, wegen Verstoßes gegen das RBerG nicht zur Vertretung befugt gewesen seien, weshalb der betreffende Kreditvertrag nicht wirksam zustande gekommen sei.

Kapitalanleger-Gesellschafter verweigern Fonds eingeforderte Nachschüsse und geraten bei GbR-Fonds in die Außenhaftung.⁴²⁾ Soweit Kreditinstitute Einlagen finanziert haben und Anleger bedienen diese Finanzierungen nicht mehr, werden immer öfter aufgrund notarieller Zwangsvollstreckungsunterwerfungen Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet. Hier wenden Anleger mitunter Haustürwiderruf ein oder behaupten, wegen Verstoßes gegen das RBerG seien solche Kreditverträge über die Einlagefinanzierung nicht rechtswirksam zustande gekommen.

39) *Wagner* BKR 2003, 649, 654; *Wagner* NZG 2003, 897, 898

40) *Wagner* BKR 2003, 649, 653 m.w.N.. *Loipfinger/Boutonnet*, Der IMMOBILIEN *Brief* Nr. 48 vom 06.10.2003, Seite 14 f. weisen z.B. darauf hin, dass zu dieser eigenen Beurteilung einer Beteiligung durch einen Anleger zählen sollte: Prospekt-Analyse, Leistungsbilanz-Analyse, Prüfung von: Investitionsobjekt, Finanz- und Investitionsplan, Finanzierung, Prognoserechnung, steuerlichem Konzept, rechtliche Prüfkriterien.

41) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2260 f.

42) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2260 f.

Ob solche notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen mit Gemeinschaftsrecht konform gehen, wird derzeit diskutiert.⁴³⁾

Kapitalanleger-Gesellschafter versuchen ferner vermehrt, vorzeitig aus Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds auszuschneiden. Sei es, dass per Schadensersatzklagen gegen Anlagevermittler/-berater man sich Zug um Zug gegen Abtretung der eigenen Beteiligung zu trennen versucht, sei es, dass unter Behauptung einer fehlerhaften Beteiligung man aus wichtigem Grund die Mitgliedschaft kündigt oder u.H.a. einen Haustürwiderruf ausscheiden zu können glaubt. Außerdem sind bei vielen geschlossenen Immobilienfonds die Möglichkeiten gesellschaftsvertraglicher Kündigungsklauseln nach 10 Jahren genutzt worden. Dies wirft gerade bei GbR-Fonds vielfältige Fragen auf, insbesondere der Fehlbetragshaftung (§ 739 BGB), der Nachhaftung (§ 736 Abs. 2 BGB) und der Rückzahlung von Einlagefinanzierungen.

Fonds und *Kapitalanleger-Gesellschafter* haben aber nicht nur damit zu tun, sich mit Finanzierungslasten aufgenommener Finanzierungen auseinanderzusetzen, sondern mitunter auch mit dem Finanzamt.

Kapitalanleger-Gesellschafter Not leidender geschlossener Immobilienfonds können mithin bei schlechter Konstellation kumulativ folgenden Problemen ausgesetzt sein: Der akzessorischen Haftung bzw. Nachhaftung für die vom GbR-Fonds aufgenommene Finanzierung, Nachschussanforderungen des Fonds bzw. nach Ausscheiden der Fehlbetragshaftung gegenüber dem Fonds, Belastungen aus bzw. im Zusammenhang mit gerichtlichen Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit der Einlagenfinanzierung, Schadensersatz- bzw. Freistellungsklagen gegenüber dem Kapitalanlagevertrieb und finanzamtliche bzw. finanzgerichtliche Verfahren im Zusammenhang mit der Fondsbeteiligung.

Anwaltliche Beratung und Hilfestellung hat eine Kumulation solcher Belastungen beim Anleger zu vermeiden und findet im übrigen auf 3 Ebenen statt. Dabei kann bei Fonds und Kapitalanlegern jeweils Zivilrecht und Steuerrecht kumulieren: (1) Zivilrechtlich für *Kreditinstitute* gegenüber Fonds einerseits und Anlegern andererseits. In der Regel wird es sich um unterschiedliche Kreditinstitute handeln. (2) Zivilrechtlich für den *Fonds* gegenüber Kreditinstituten einerseits und säumigen Anlegern andererseits sowie steuerrechtlich gegenüber dem Betriebsstätten-Finanzamt. (3) Für *Kapitalanleger* zivilrechtlich gegenüber dem den Fonds finanzierenden Kreditinstitut einerseits und dem die Einlage finanzierenden Kreditinstitut andererseits. Ferner zivilrechtlich gegenüber dem Fonds und dem Kapitalanlagevertrieb und steuerlich gegenüber den Wohnsitz-Finanzamt.

43) Zu Bedenken gegen notarielle dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen gegenüber Verbrauchern aufgrund der VerbrRL *Quack* RpfStud 2002, 145. Dagegen *Knapp* MittBayNot 2003, 421. Zu gemeinschaftsrechtlichen Bedenken gegen dingliche und persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärungen gegenüber Verbrauchern aufgrund der VerbrRL auch *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261.

Ohne Auseinandersetzung mit gemeinschaftsrechtlichen Fragen wird keine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers in einer persönlichen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung gesehen: BGH 28.10.2003 – XI ZR 263/02, WM 2003, 2410, 2411. Zum Verstoß gegen § 242 BGB, wenn sich ein Verbraucher auf die Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel beruft, zu der er sich im Darlehensvertrag verpflichtet hat: BGH 22.10.2003 – IV ZR 398/02, WM 2003, 2372; BGH 22.10.2003 – IV ZR 33/03, WM 2003, 2375

1. Der Beitritt zum Fonds – Ein Fall des RBerG ?

Zur *mitgliedschaftlichen* Vertretung von Kapitalanlegern im Fonds und zur *rechtsgeschäftlichen* Vertretung von Kapitalanlegern eines GbR-Fonds wurde schon Stellung genommen.⁴⁴⁾ Nachzutragen bleibt, ob Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG bezüglich dem *Beitritt* zu einem Fonds einschlägig ist.

Es häufen sich die Fälle, in denen Kapitalanleger bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds behaupten, sei seien dem Fonds nicht wirksam beigetreten, denn der sie beim Beitritt vertretende Treuhänder sei im Hinblick auf das RBerG dazu nicht befugt gewesen. Folglich seien sie nicht verpflichtet, angeforderte Nachschüsse zu leisten. Oder Kapitalanleger haben von einem gesellschaftsvertraglich vereinbarten Kündigungsrecht erstmals nach 10 Jahren Gebrauch gemacht. Ergibt nun die Abschichtungsbilanz einen den Anleger treffenden Fehlbetrag, den z.B. ein GbR-Fonds von ihm gemäß § 739 BGB einfordert, so wird ebenfalls u.H.a. RBerG eingewandt, man sei dem Fonds ja niemals wirksam beigetreten.

Der Beitrittsvertrag ist rechtlich ein Vertrag mit allen schon vorhandenen Gesellschaftern, also eine verkürzte Form eines Gesellschaftsvertrages.⁴⁵⁾ Daran ändert sich nicht deshalb etwas, wenn bei einer Publikums-KG gesellschaftsvertraglich der Komplementär⁴⁶⁾ oder die KG⁴⁷⁾ - vertreten durch den Komplementär - ermächtigt wurde, mit Wirkung für die Gesellschafter einen solchen Vertrag zu schließen oder der Anleger sich durch jemanden - z.B. einen Geschäftsbesorger - hat vertreten lassen.⁴⁸⁾ Für die Publikums-GbR gilt vergleichbares.⁴⁹⁾ Wird nun seitens eines Anlegers einem Dritten (Treuhänder, Geschäftsbesorger, Steuerberatungsgesellschaft etc.) Vollmacht erteilt, für den Anleger den Beitritt zu erklären, so kann das Handeln des Dritten aufgrund eines solchen Geschäftsbesorgungsvertrages nach neuerer Rechtsprechung gegen Art. 1 § 1 RBerG verstoßen,⁵⁰⁾ was sich auch auf die seitens des Anlegers dem Dritten erteilte Vollmacht auswirkt.⁵¹⁾ Dies ändert aber nichts daran, dass für den Anleger eine Beitrittserklärung abgegeben wurde, allenfalls kann die Wirksamkeit derselben fraglich sein.⁵²⁾ Dies führt aber nicht dazu, dass der Anleger dem Fonds überhaupt nicht beigetreten ist, sondern nur dazu, dass sein erfolgter

44) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222 ff.

45) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 60

46) BGH 17.11.1995 - II ZR 120/74, WM 1976, 15; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 60

47) BGH 14.11.1997 - II ZR 95/76, NJW 1978, 1000; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 60

48) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 65

49) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 25 Rdn. 36 ff.

50) BGH 26.03.2003 - IV ZR 222/02, NJW 2003, 1594; OLG München 31.07.2003 – 6 U 2230/03, NZG 2003, 1110

51) Zum Immobilienfonds: BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, WM 2003, 247. Zur Einzelimmobilie als Kapitalanlage: BGH 18.03.2003 - XI ZR 188/02, NJW 2003, 2088; BGH 25.03.2003 - XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 26.03.2003 - IV ZR 222/02, NJW 2003, 1594; BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 23; BGH 03.06.2003 – XI ZR 289/02, WM 2003, 1710

52) Ob ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag samt Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG nichtig ist, muss allerdings im Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH, von Obergerichten und zahlreicher LG im Hinblick auf BVerfG 27.09.2002 – 1 BvR 2251/01, , NJW 2002, 449 bezweifelt werden. So *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2223 f.; *Kleine-Cosack* NJW 2003, 3009; *Kleine-Cosack* BB 2003, 1737; *Sauer/Wittemann* BKR 2003, 656

Beitritt nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft behandelt wird.⁵³⁾ Dies ermöglicht dem noch nicht aus dem Fonds ausgeschiedenen Gesellschafter, seine Mitgliedschaft im Fonds aus wichtigem Grund ex nunc zu kündigen, während sich dies auf den Anleger, der bereits zuvor aufgrund eines gesellschaftsvertraglichen Kündigungsrechtes und aufgrund ordentlicher Kündigung seiner Mitgliedschaft aus dem Fonds ausgeschieden ist, nicht auswirkt.

So lange aber ein Anleger nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft Gesellschafter ist, wird er gesellschaftsrechtlich wie ein normaler Gesellschafter behandelt. Besteht folglich z.B. eine wirksame gesellschaftsvertragliche Nachschusspflicht,⁵⁴⁾ so hat er dieser auch zu entsprechen.⁵⁵⁾ Und ist der Anleger z.B. aus einem GbR-Fonds ausgeschieden, einerlei ob vorzeitig aus wichtigem Grund oder aufgrund ordentlicher Kündigung, dann hat er einen aufgrund Abschichtungsbilanz ermittelten Fehlbetrag gemäß § 739 BGB der Fonds-GbR gegenüber auszugleichen.⁵⁶⁾ Das von vielen Anlegern bzw. deren Anwälten bemühte Argument des (angeblichen) Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG, § 134 BGB und des behaupteten nicht wirksamen Beitrittes wirkt sich folglich aus gesellschaftsrechtlichen Gründen *dieserhalb* nicht aus.

Die rechtlich nicht zwingende Argumentation⁵⁷⁾ mit einem Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG, § 134 BGB kann mithin dem sich noch im Fonds befindlichen Anleger bestenfalls ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund ermöglichen, um mit Kündigung ex nunc z.B. aus dem GbR-Fonds auszuschneiden. Gerade aber bei Not leidenden GbR-Fonds führt dies für den ausscheidenden Anleger dann aber zu der für ihn unangenehmen Folge der Fehlbetragshaftung gegenüber dem Fonds (§ 739 BGB), während zugleich die akzessorische Außenhaftung des Anlegers für Verbindlichkeiten des Fonds analog § 128 HGB bzw. die Nachhaftung des ausgeschiedenen Anlegers gemäß § 736 Abs. 2 BGB erhalten bleibt, sofern bei letzterem im Gesellschaftsvertrag keine Begrenzung auf das Gesellschaftsvermögen geregelt war.⁵⁸⁾ Wirtschaftliche Probleme kann man folglich *diesbezüglich* nicht durch Prozesse lösen. Und für den bereits ausgeschiedenen Anleger bewirkt eine nachträgliche Argumentation mit Art. 1 § 1 RBERG, § 134 BGB zwecks Abwehr von Ansprüchen gemäß § 739 BGB nichts.

Eine ganz andere Frage ist wie es rechtlich zu beurteilen ist, wenn ein Dritter, der nicht geschäftsführender Gesellschafter und nicht Rechtsanwalt ist, die *Beitrittserklärung* für z.B. die Fonds-GbR entgegennimmt oder unterschreibt. Hier muss man zwischen dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz und der Frage der rechtlichen Würdigung nach dem RBERG unterscheiden:

53) BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, WM 2003, 247 = *Wertenbruch* WuB VIII D Art 1 § 1 RBERG 4.03; OLG München 31.07.2003 – 6 U 2230/03, NZG 2003, 1110, 1111

54) Im einzelnen hierzu *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2260 m.w.N.

55) BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, WM 2003, 247

56) BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762

57) BVerfG 27.09.2002 – 1 BvR 2251/01, NJW 2002, 449. So *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2224; *Kleine-Cosack* NJW 2003, 3009; *Kleine-Cosack* BB 2003, 1737; *Sauer/Wittemann* BKR 2003, 656. Ferner zum aktuellen Meinungsstand *Henssler* NJW 2003, 241, 243; *Helm/Knütel* ZfBR 2003, 731, 733

58) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2260

Haben z.B. die Gesellschafter einer Publikums-GbR im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht für jeden Gesellschafter ausgeschlossen und sie einem Dritten übertragen, so verstößt dies gegen das Verbot der Drittorganschaft,⁵⁹⁾ so dass die Einräumung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Dritten schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen unwirksam ist und an deren Stelle die Gesamtgeschäftsführungsbefugnis und Gesamtvertretungsmacht aller Gesellschafter tritt (§§ 709, 714 BGB). Auf die Frage des RBerG kommt es in solchen Fällen schon deshalb nicht mehr an. Bei den Beitrittsverträgen von Kapitalanlegern handelt es sich in solchen Fällen um einen fehlerhaften Beitritt, wenn nicht eine Nachgenehmigung des Anlegers und der Gesellschafter der GbR vorliegt, für die diese aber einen Rechtsfolgewillen gehabt haben müssen. Anleger bleiben so lange Gesellschafter wie sie nicht ihre Mitgliedschaft kündigen. Auf das zuvor Ausgeführte wird verwiesen.

Davon zu trennen ist folgender, allerdings nur ähnlicher, Fall:

Für die Publikums-GbR hat der BGH⁶⁰⁾ entschieden, dass der Rechtsgrundsatz der Selbstorganschaft es nur verbietet, dass *sämtliche* Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden und diese auf Dritte übertragen wird. Damit vereinbar ist es jedoch, dass die Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss oder von vornherein im Gesellschaftsvertrag einen Dritten im weiten Umfange mit Geschäftsführungsaufgaben betrauen und mit einer umfassenden Vollmacht ausstatten. In einem solchen Fall erlangt der Dritte damit lediglich ein von den Rechten der Gesellschafter der Fondsgesellschaft *abgeleitetes* Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht und erlangt diese Befugnisse nicht etwa kraft eigenen Rechts. Die gesellschaftlicherliche Geschäftsführung und Vertretung bleibt bei denen im Gesellschaftsvertrag genannten geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschaftern.⁶¹⁾ *Gesellschaftsrechtlich* verstößt es mithin in diesem Fall nicht gegen das Verbot der Drittorganschaft, wenn besagter Dritter die Beitrittserklärung von Anlegern entgegennimmt. Im Hinblick auf das *RBerG* stellt sich aber die Frage, ob ein solcher Dritter befugt ist, für die GbR bezüglich der Entgegennahme von Beitrittserklärungen tätig zu werden. Wenn dem Dritten in der Vollmacht weitgehende Befugnisse eingeräumt wurden, Rechtshandlungen vorzunehmen, dann nimmt der BGH⁶²⁾ einen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG an. Ob dies vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG vom 27.09.2002,⁶³⁾ die der BGH in seiner Entscheidung vom 16.12.2002⁶⁴⁾ nicht berücksichtigt, den Ausführungen des I. Senates des

59) BGH 11.07.1960 – II ZR 260/59, BGHZ 33, 105, 108; BGH 22.01.1962 – II ZR 11/61, BGHZ 36, 292, 293; BGH 05.10.1981 – II ZR 203/80, NJW 1982, 1817; BGH 16.11.1981 - NJW 1982, II ZR 213/80, NJW 1982, 877; BGH 20.09.1993 - II ZR 204/92, WM 1994, 237

60) BGH 16.11.1981 - II ZR 213/80, DB 1982, 218 f.

61) BGH 16.11.1981 - II ZR 213/80, DB 1982, 218 f.; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlage-rechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 60

62) BGH 16.12.2002 – II ZR 109/01, WM 2003, 247, 248

63) BVerfG 27.09.2002 – 1 BvR 2251/01, NJW 2002, 449

64) BGH 16.12.2002 – II ZR 109/01, WM 2003, 247. Auch nicht außerhalb des Gesellschaftsrechts in BGH 18.03.2003 – XI ZR 188/02, WM 2003, 918; BGH 26.03.2003 – IV ZR 222/02, WM 2003, 914; BGH 29.04.2003 – XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 23; BGH 03.06.2003 – XI ZR 289/02, WM 2003, 1710; BGH 22.10.2003 - IV ZR 398/02, WM 2003, 2372; BGH 22.10.2003 – IV ZR 33/03, WM 2003, 2375; BGH 18.11.2003 – XI ZR 332/02, ZfIR 2004, 56

BGH in der Erbenermittlerentscheidung vom 13.03.2003⁶⁵⁾ sowie der kritischen Stimmen im Schrifttum⁶⁶⁾ bereits das letzte „Wort“ ist, ist nicht gesichert. Für den Fall einer Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages erstreckt sich dann diese auch auf die Vollmacht, nicht jedoch auf den Gesellschaftsvertrag einer Fonds-GbR.⁶⁷⁾ Der beigetretene Gesellschafter ist dann fehlerhaft beigetreten, so dass die oben dargestellten Grundsätze gelten.

Es wird mithin deutlich, dass der Versuch von Anlegern, bei Not leidenden Fonds mittels der Argumentation i.V.m. dem RBERG aus dem Fonds „aussteigen“ zu wollen, unsicher ist, zudem allenfalls eine Kündigung ex nunc und nicht ex tunc ermöglicht würde und für den Fall der Einschlägigkeit an einer Fehlbetragshaftung (§ 739 BGB) dem Fonds gegenüber nichts ändert. Und ob man einer akzessorischen Außenhaftung bzw. Nachhaftung (§ 736 BGB) entgehen kann, hängt von anderen Umständen ab.⁶⁸⁾

2. Zu (Nach-) Haftungsrisiken ausscheidender Fonds-Gesellschafter

*Ott*⁶⁹⁾ überschreibt seinen Veröffentlichungsbeitrag damit, es gebe im Hinblick auf den Ausstieg bei Immobilienfondsbeteiligungen nach neuerer Rechtsprechung Hoffnung für Kapitalanleger. Denn auf diese Weise könne sich der ausscheidende Kapitalanleger Nachschussanforderungen entziehen. In all dem liegt ein grundlegendes Mißverständnis, was hier am Beispiel des GbR-Fonds verdeutlicht werden soll.

Soweit Kapitalanleger aus geschlossenen Not leidenden Immobilienfonds ausscheiden könnten, würde dies zunächst einmal zu Lasten der verbliebenen Anleger geschehen, denen die Beteiligung des Ausscheidenden anwachsen würde und deren quotale Last im Innenverhältnis sich vergrößern würde. Warum dies für die verbliebenen Kapitalanleger ein Hoffnungsansatz sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Und der ausgeschiedene Kapitalanleger setzt sich der sofortigen Fehlbetragshaftung aus (§ 739 BGB) bzw. wenn er dieser nicht entspricht, der Nachhaftung (§ 736 Abs. 2 BGB) aufgrund akzessorischer Außenhaftung analog § 128 HGB. Warum dies Ausdruck großer Hoffnung sein soll, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar. Bezeichnenderweise befaßt sich *Ott*⁷⁰⁾ auch nicht mit diesen für ausgeschiedene Anleger höchst belastenden Folgen. Es soll daher nochmals zusammengefasst werden, welches die Folgen für ausgeschiedene Kapitalanleger sind:

65) BGH 13.03.2003 – I ZR 143/02, WM 2003, 2000

66) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2224; *Kleine-Cosack* NJW 2003, 3009; *Kleine-Cosack* BB 2003, 1737; *Sauer/Wittemann* BKR 2003, 656.

67) BGH 16.12.2002 – II ZR 109/01, WM 2003, 247, 248

68) z.B. ob eine fortwirkende wirksame gesellschaftsvertraglich Haftungsbegrenzung auf das Immobilienobjekt vereinbart worden war: BGH 21.01.2002 – II ZR 02/00, WM 2002, 958 = WuB II J. § 705 BGB 4.02 *Hadding*. Dazu ferner *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2262 f.

69) *Ott* DStR 2003, 2026

70) *Ott* DStR 2003, 2026

a) Ausscheiden aufgrund geltend gemachter Schadensersatzansprüche

Klagt ein Kapitalanleger gegen einen Dritten auf Schadensersatz Zug um Zug gegen Übertragung seiner Beteiligung, so stellt sich für den Fall der Begründetheit eines solchen Schadensersatzanspruches die Frage, ob er seiner Zug-um-Zug Verpflichtung der Übertragung seiner eigenen Beteiligung überhaupt entsprechen kann. Dies ist nur dann der Fall, wenn im Gesellschaftsvertrag eine *jederzeitige* Übertragung der eigenen Beteiligung zugelassen ist. Andernfalls ist die Übertragung der eigenen Beteiligung vinkuliert, indem sie von der Zustimmung aller Gesellschafter oder der Person/Institution abhängig ist, die im Gesellschaftsvertrag dazu benannt ist.⁷¹⁾ Hinzu kommt, dass ein solcher Anleger, wenn er denn aus der Gesellschaft Zug-um-Zug ausscheiden kann, den Gläubigern der GbR gegenüber im *Außenverhältnis* in der Nachhaftung des § 736 Abs. 2 BGB verbleibt. Ob er sich im *Innenverhältnis* davon von zum Schadensersatz Verpflichteten bzw. ehemaligen Mitgesellschaftern *werthaltig* freistellen lassen kann, wird eine Frage des Einzelfalles bleiben, berührt aber die Gläubiger der GbR bezüglich ihres Nachhaftungsanspruches gegenüber dem ausgeschiedenen Anleger im Außenverhältnis nicht.

Solchermaßen ausgeschiedene Gesellschafter müssen sich auf ihren Schadensersatzanspruch zudem eigene Steuervorteile anrechnen lassen, wobei unklar ist, ob unabhängig oder abhängig davon, ab der ausgeschiedene Gesellschafter das, was er als Schadensersatz erhält, wieder versteuern muss.⁷²⁾ Hinzu kommen die steuerlichen Risiken einer von der Finanzverwaltung u.U. vorzunehmenden rückwirkenden Aberkennung der Einkunfts- bzw. Überschusserzielungsabsicht auf Gesellschafts- oder Gesellschafterebene mit daraus denkbaren Rückzahlungspflichten bezüglich rückwirkend aberkannter und an das Finanzamt zurückzuzahlender Steuervorteile.⁷³⁾

Der per Schadensersatz mit Zug-um-Zug-Verurteilung ausgeschiedene Anleger hat mithin nicht nur Wohltaten zu erwarten, sondern auch Haftungs- und Belastungsrisiken, wozu die Kostenrisiken kommen können, die für den Anleger aufgrund damit zu führender Rechtsstreitigkeiten in Zivilprozessen und eventuellen Finanzgerichtsprozessen verbunden sein können. Anwälte von Anlegern, die ihren Mandanten raten, sich per Prozeß aus Fonds herauszuklagen, sind mithin gut beraten, mit den Mandanten nicht nur singularär die Erfolgsaussichten eines solchen Prozesses zu besprechen, sondern zusätzlich eine Gesamtfolgenabwägung der zuvor skizzierten Art vorzunehmen.

b) Ausscheiden aufgrund Kündigung aus wichtigem Grund

Bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds kann es zu Kündigungen aus folgenden wichtigen Gründen kommen:

(1) Die Behauptung des Kapitalanlegers, er sei aus Anlaß seines Beitrittes von Gründungsgesellschaftern arglistig getäuscht worden (§ 123 Abs. 1 BGB), setzt voraus, dass er die Anfechtung

71) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2266 m.w.N.

72) Zu Einzelheiten umfassend *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753

73) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2229 f. m.w.N.; *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753, 760 f. m.w.N.

erklärt hat. Diesbezüglich gilt nicht die Jahresfrist seit Entdeckung der Täuschung (§ 124 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB), vielmehr tritt an deren Stelle die Frage der Verwirkung.

„Er braucht daher nicht in einer bestimmten Frist nach Kenntniserlangung von dem Mangel geltend gemacht werden, sondern ist erst verwirkt, wenn sich die Gesellschaft wegen der Untätigkeit des getäuschten Anlegers über einen gewissen Zeitraum hinweg („Zeitmoment“ (bei objektiver Beurteilung darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dieser werde von seinem Recht nicht mehr Gebrauch machen („Umstandsmoment“), und die verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von treu und Glauben verstieße.“⁷⁴⁾

Erklärt er die Anfechtung seiner im Zuge des Beitritts abgegebenen Willenserklärung ohne Verwirkung gegenüber den/dem vertretungsberechtigten Gesellschafter der KG/GbR⁷⁵⁾ oder, wenn die Beteiligungsfinanzierung und der Beitritt ein verbundenes Geschäft darstellen, gegenüber dem Finanzierungsinstitut mit der Begründung, er sei getäuscht worden und biete diesem daher die eigene Beteiligung an,⁷⁶⁾ so wirkt dies nicht ex tunc. Vielmehr ist der Anleger auf der Grundlage einer fehlerhaften Beteiligung wirksam beigetreten, so dass sich dies auf die in Vollzug gesetzte Gesellschaft nicht auswirkt.⁷⁷⁾ Bei einer Publikums-KG/GbR hat eine solche berechtigte Anfechtung zur Folge, dass darin die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund gesehen wird und der betreffende Anleger-Gesellschafter sofort ausscheidet, ohne das Gesellschaftsverhältnis im Wege einer Gestaltungsklage dadurch beenden zu müssen, dass auf die Auflösung der Gesellschaft geklagt wird.⁷⁸⁾ Die Folge ist dann, dass seitens der Gesellschaft eine Abschichtungsbilanz aufzustellen ist und der Anleger im Wege der Fehlbetragshaftung (§ 739 BGB, 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB) anteilig für den sich daraus ergebenden Verlust gegenüber der Gesellschaft aufzukommen hat wie er sich aus der Zeit zwischen seinem Beitritt und seiner Kündigung zum Stichtag seines Ausscheidens angesammelt hat.⁷⁹⁾ Allerdings hat nicht der ausgeschiedene Anleger im Hinblick auf den von ihm aufzubringenden Fehlbetrag ein Zurückbehaltungsrecht bis die Gesellschaft ihm gegenüber eine Schuldbefreiung vorgenommen hat oder Sicherheit geleistet hat (§ 738 Abs. 1 Satz 3 BGB), vielmehr hat die Gesellschaft ihm gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich Schuldbefreiung bzw. Sicherheitengestellung, bis er den Fehlbetrag gezahlt hat.⁸⁰⁾ Denn es wäre unbillig, die Gesellschaft zur Freistellung bzw. Sicherheitsleistung zu zwingen, obgleich der Ausgeschiedene mit Rücksicht auf seine Verlustbeteiligung gerade für jene Fehlbeträge mit aufkommen muss, derentwegen die Freistellung erfolgen bzw. die Sicherheit gestellt werden soll.⁸¹⁾

74) BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1764

75) BGH 19.12.1974 - II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 346; BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1764

76) BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1764

77) BGH 19.12.1974 - II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 344 und 346; BGH 16.05.1988 – II ZR 316/87, NJW-RR 1988, 1379

78) BGH 19.12.1974 - II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 345

79) BGH 19.12.1974 - II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 346; BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1764

80) *Ulmer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, 3. Aufl. 1997, § 738 Rdn. 59; Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 738 Rdn. 77

81) BGH 14.02.1974 – II ZR 83/72, NJW 1974, 899, 900

(2) Behauptet der Kapitalanleger, er sei nicht von Gründungsgesellschaftern sondern von Initiatoren bzw. der Vertriebsorganisation arglistig getäuscht worden, so führt dies bezüglich des fehlerhaften Beitritts und dem Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu vergleichbaren Rechtsfolgen, sofern die Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 BGB gegeben waren.⁸²⁾

(3) Es häufen sich die Fälle, dass Kapitalanleger behaupten, die Gesellschaft (z.B: Geschäftsbesorger oder Treuhänder), die sie bei Fondsbeitritt vertreten habe, habe dazu keine entsprechend wirksame Vollmacht gehabt. Denn der Geschäftsbesorgungsvertrag und die dazugehörige Vollmacht wären wegen Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 RBERG unwirksam gewesen, so dass kein wirksamer Beitritt erfolgt sei. Der BGH geht von diesem Ansatz als zutreffend aus und bringt die Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft zur Anwendung.⁸³⁾ Dies ist nicht ganz zweifelsfrei, hat doch der BGH in seiner Entscheidung vom 16.12.2002 die Entscheidung des BVerfG vom 27.09.2002⁸⁴⁾ nicht verarbeitet.⁸⁵⁾ Ginge man jedoch von diesem Ergebnis in der Entscheidung des BGH vom 16.12.2002 einmal aus, dann würden sich die Rechtsfolgen eines Kündigungsrechts aus wichtigem Grund vergleichbar zu dem oben bei der arglistigen Täuschung Ausgeführten darstellen.

(4) Es häufen sich weiterhin die Fälle, in denen versucht wird, durch Haustürwiderruf der eigenen Beitrittserklärung im Hinblick auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG aus der Fondsgesellschaft ausscheiden zu wollen. Ob dies bei einer *direkten* GbR-Beteiligung überhaupt möglich ist, soll doch die GbR nach Meinung des XI. Senates des BGH⁸⁶⁾ Verbraucher sein, so dass es zwischen der GbR als Verbraucher und dem Verbraucher-Kapitalanleger an einem Verbraucher-Vertrag i.S.d. Art. 229 § 5 Satz 1, § 24a AGBG fehlen würde, ist mit oben ausgeführtem unklar.⁸⁷⁾ Jedenfalls für den Fall einer über einen Treuhänder vermittelten mittelbaren Beteiligung hat der II. Senat des BGH⁸⁸⁾ iudiziert, der Treuhandvertrag zwischen dem Treuhandgesellschafter und dem Kapitalanleger unterfalle dem Haustürwiderrufgesetz. Der BGH judizierte, zwar sei der Treuhandvertrag nur zwischen Treuhänder und dem Anleger zustande gekommen, so dass letzterer *rechtlich* nicht Gesellschafter des Fonds geworden sei, der Anleger habe aber *wirtschaftliches* Miteigentum am Fonds erhalten.⁸⁹⁾ Folglich sei die Fondsgesellschaft *wirtschaftlicher* Vertragspartner des Fonds. Dies habe zur Folge, dass ein vom Anleger gegenüber dem Treuhandgesellschafter ausgesprochener Haustürwiderruf gegenüber der Fondsgesellschaft wirke und dadurch im Verhältnis des mittelbar beteiligten Anlegers zur Gesellschaft die Grundsätze des fehlerhaft beitretenden Gesellschafters gelten würden. Dieser Fall sei daher nicht anders zu behandeln wie der des

82) Eine solche Konstellation lag wohl BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762 zugrunde.

83) BGH 16.12.2002 - II ZR 109/01, WM 2003, 247

84) BVerfG 27.09.2002 - 1 BvR 2251/01, ZIP 2002, 2048

85) Dazu *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2225

86) BGH 23.10.2001 – XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80 = WM 2001, 2379

87) S.o. zu II.

88) BGH 02.07.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 203 = WM 2001, 1464 = *Manowski* WuB IV D § 1 HWiG 1.01

89) BGH 02.07.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 205 = WM 2001, 1464; dazu siehe bereits *Wagner* ZfIR 1997, 199, 202 f.

arglistig getäuschten unmittelbar beteiligten Gesellschafters.⁹⁰⁾ Folglich steht dem Anleger bei berechtigter Ausübung der Widerrufsrechts eine Kündigung aus wichtigem Grund mit einem Recht des Ausscheidens ex nunc zu. Aber der BGH macht eine Einschränkung: Dies gelte dann, wenn die Gefahr einer Schädigung von Gesellschaftsgläubigern oder einer Ungleichbehandlung von Mitgesellchaftern nicht bestehe.⁹¹⁾ Dies legt den Umkehrschluss nahe, dass ein Anleger selbst bei berechtigtem Haustürwiderruf und damit erfolgter Kündigung aus wichtigem Grund dann gleichwohl nicht aus der Fondsgesellschaft ausscheidet, wenn mit seinem Ausscheiden eine Schädigung von Gesellschaftsgläubigern bzw. eine Ungleichbehandlung von Mitgesellchaftern die Folge sein könnte.⁹²⁾ Ob in Fällen des Haustürwiderrufs wegen des Konstrukts der fehlerhaften Gesellschaft nur eine Kündigung der Mitgliedschaft ex nunc (oder im letzteren Fall sogar kein Recht zum Ausscheiden aus der Gesellschaft) besteht, stellt *Tonner*⁹³⁾ u.H.a. das Gemeinschaftsrecht in Frage. Denn der Rechtsschutz des Verbrauchers werde dadurch verkürzt. Nur verkennt *Tonner* dabei, dass die im Fonds verbleibenden Anleger ebenfalls Verbraucher sind und dem Gemeinschaftsrecht kein Anhaltspunkt zu entnehmen ist, dass der ausscheidende Verbraucher zu Lasten der verbleibenden Verbraucher besser gestellt werden müsse. Es gibt keinen gemeinschaftsrechtlich determinierten Verbraucherschutz zu Lasten von Verbrauchern.

3. Schadensersatzansprüche von Kapitalanlegern Zug um Zug gegen Abtretung der eigenen Beteiligung oder Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus der eigenen Beteiligung?

Es wurde an anderer Stelle bereits dargelegt, dass bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eines einem Fonds beigetretenen Kapitalanlegers Zug um Zug gegen Übertragung der eigenen Beteiligung Probleme bestehen. Zum einen wird oftmals die gesellchafterliche Beteiligung des Anlegers vinkuliert sein oder von der Vinkulierung nicht ausdrücklich freigestellt sein, so dass der klagende Gesellchafter seine Zug-um-Zug-Verpflichtung nicht erfüllen kann.⁹⁴⁾ Zum anderen fehlt es im Hinblick auf § 249 BGB an einer gesetzlichen Grundlage für eine Übernahmepflicht durch einen Drittschädiger, weil die „Rückgängigmachung“ der Fondsbeteiligung durch Übertragung derselben auf einen Dritten (z.B. Initiator, Vertriebsorganisation, Anlagevermittler/-berater) erfolgen soll, der selbst diese Beteiligung nicht auf den Anleger übertragen hat; die Übernahmepflicht eines Drittschädigers ist nämlich keine Naturalrestitution.⁹⁵⁾ All dies bleibt derzeit in der Rechtsprechung des BGH ohne Erwähnung, wenn er beiläufig wie selbstverständ-

90) BGH 02.07.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 207 f. = WM 2001, 1464

91) BGH 02.07.2001 – II ZR 304/00, BGHZ 148, 201, 208 = WM 2001, 1464

92) *Loritz/Wagner ZfIR* 2003, 753, 758

93) *Tonner* WuB I E 2. § 9 VerbrKrG 2.03. Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft verneinen im übrigen in solchen Fällen *Bayer* NJW 2003, 2567; *Rohlfing* NZG 2003, 854; *Strube* BKR 2003, 802

94) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2265 f. m.w.N.

95) *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2003, Seite 111 ff., 114; *Geibel* ZBB 2003, 349, 357; *Loritz/Wagner ZfIR* 2003, 753, 758; *Wagner* NZG 2003, 897, 901.

Geibel, Der Kapitalanlegerschaden, 2003, Seite 116 will eine Zug-um-Zug-Übertragung auf den Drittschädiger nur dann über § 242 BGB zulassen, wenn der Drittschädiger über die Schwere der Verwertbarkeit der Anlage schuldhaft und rechtswidrig nicht aufgeklärt hat oder gerade dazu geraten hat, das Risiko der Schwere der Verwertbarkeit im Hinblick auf andere Vorteile einzugehen, die dann aber nicht eingetreten sind.

lich von der „Rückgabe einer Anlage“ bzw. der „Rückgängigmachung einer Beteiligung“ spricht.⁹⁶⁾ Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen die Fondsgesellschaft wird zudem in aller Regel ausscheiden,⁹⁷⁾ so dass auch deshalb eine Rückübertragung der eigenen Beteiligung auf die Fondsgesellschaft ausscheidet. Folglich bleibt nur die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen denjenigen, der den Kapitalanleger getäuscht oder nicht aufgeklärt hat, ohne Zug-um-Zug seine Beteiligung diesem aufbürden zu können.

Hier entstehen folgende Probleme, wobei der BGH⁹⁸⁾ nicht darauf abstellt, ob dem Kapitalanleger ein Schaden entstanden ist, ob also der Anlagebetrag höher als der Wert der Beteiligung ist,⁹⁹⁾ sondern ob der Kapitalanleger in Ausübung seines wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts, sich für oder gegen eine Kapitalanlage zu entscheiden, beeinträchtigt worden ist.¹⁰⁰⁾ Die Rechtsprechung¹⁰¹⁾ iudiziert, dem Kapitalanleger sei der Schaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten habe, dass er auf die ihm gemachten Angaben vertraut habe, aufgrund derer er seine Investition getätigt habe. Der Kapitalanleger sei so zu stellen, wie wenn er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre. Und hätte der Kapitalanleger sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht beteiligt, so seien ihm alle Aufwendungen zu ersetzen. Würden aber dem Anleger alle Aufwendungen – abzüglich anzurechnender vom Kapitalanleger „genossener“ Steuervorteile¹⁰²⁾ - ersetzt und müßte/könnte er mit dem zuvor Ausgeführten seine Beteiligung behalten, dann würde schadensersatzrechtlich der Anleger seine Investition (z.B. aufgewandtes Eigenkapital, Erstattung von aufgewandten Zinsen samt Tilgung einer Beteiligungsfinanzierung und Freistellung von künftigen Zins- und Tilgungslasten einer Beteiligungsfinanzierung) „zurückerhalten“, die Beteiligung und den darin enthaltenen Wert behalten, jedoch bei einem Not leidenden Fonds mit den liquiden Folgebelastungen (z.B. Nachschüsse, bei GbR Außenhaftung, im Falle des Ausscheidens Fehlbetragshaftung) weiterhin konfrontiert sein. Und würde sich der Schadensersatzanspruch nicht nur auf Ersatz der Investition sondern auch auf Befreiung von vorgenannten Folgebelastungen¹⁰³⁾ abzüglich Steuervorteilen¹⁰⁴⁾ richten, müßte der Anleger sich ferner, wenn er seine Beteiligung nicht Zug-um-Zug auf den Dritten übertragen kann, sich auch den Wert dieser Beteiligung an-

96) BGH 05.07.1993 – II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 110

97) Dem durch Gründungsgesellschafter arglistig getäuschten Anleger steht gegen die Gesellschaft oder Gesellschafter kein Schadensersatzanspruch aus Verhandlungverschulden zu: BGH 14.12.1972 – II ZR 82/70, NJW 1973, 1604 zu IV.; BGH 19.12.1974 - II ZR 27/73, BGHZ 63, 338, 348; BGH 21.07.2003 – II ZR 387/02, WM 2003, 1762, 1764. Schadensersatzansprüche können nur gegenüber denjenigen geltend gemacht werden, die den Kapitalanleger getäuscht haben

98) BGH 05.07.1993 – II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 ff.

99) Davon macht *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2003, Seite 116 die Möglichkeit der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches abhängig.

100) Kritisch *Wagner* NZG 2003, 897, 900 ff.

101) BGH 05.07.1993 – II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 112 ff.; kritisch dazu *Wagner* NZG 2003, 897, 900

102) *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753

103) *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2003, Seite 116

104) *Loritz/Wagner* ZfIR 2003, 753

rechnen lassen.¹⁰⁵⁾ Die Folge wäre, dass dem Anleger das Risiko der Verwertung der bei ihm verbliebenen Anlage bliebe.¹⁰⁶⁾

In der Praxis regen Gerichte mitunter an, den Antrag so zu stellen, dass nicht Schadensersatz Zug-um-Zug gegen Abtretung der Beteiligung begehrt wird, sondern Zug um Zug gegen Abtretung der *Rechte* – nicht etwa von Ansprüchen - aus der Beteiligung. Der Kapitalanleger behält mithin die Beteiligung, womit oben beschriebene Probleme, die mit der Abtretung der Beteiligung zusammenhängen, vermieden werden sollen. Fraglich ist jedoch, ob die mit der Beteiligung zusammenhängende *Rechte* abtretbar sind oder nicht doch gegen das Abspaltungsverbot¹⁰⁷⁾ verstoßen. Darunter wird verstanden, dass Mitgliedschafts*rechte* – anders als aus ihnen erwachsende *Ansprüche* – von der Mitgliedschaft nicht abspaltbar sind und folglich auf Nicht-Gesellschafter nicht übertragbar sind.¹⁰⁸⁾ Dieses Abspaltungsverbot hat der BGH¹⁰⁹⁾ bei Publikumpersonengesellschaften nur insoweit durchbrochen, als es darum ging, mittelbar Beteiligte wie Gesellschafter zu beteiligen. Eine Abspaltung von Mitgliedschaftsrechte für einen Schadensersatzanspruch eines Kapitalanlegergesellschafters gegenüber einem Drittschädiger verstößt jedoch weiterhin gegen das Abspaltungsverbot. Ein Schadensersatzanspruch könnte sich mithin insoweit allenfalls Zug-um-Zug auf Abtretung von *Ansprüchen* – statt Rechten - aus der Mitgliedschaft wie z.B. den Gewinnausschüttungsanspruch richten, was aber bei Not leidenden Fonds keinen realen Hintergrund hat.

Folglich wäre ein Schadensersatzanspruch eines Kapitalanlegers gegen einen Drittschädiger nur auf Ersatz seiner Investition und Freistellung von Folgelasten abzüglich anzurechnender Steuervorteile und anzurechnendem Wert der beim Anleger verbleibenden Beteiligung zu richten. Aber mit zuvor Ausgeführtem besteht sowohl bei der Frage der Anrechnung von Steuervorteilen¹¹⁰⁾ wie auch bei der Zug-um-Zug-Übertragung von Beteiligungen auf Drittschädiger und der Anrechnung des Werts der eigenen Beteiligung bei Nichtübertragung der eigenen Beteiligung auf Drittschädiger vielfältiger Klärungsbedarf.

105) *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2003, Seite 111

106) *Geibel*, Der Kapitalanlegerschaden, 2003, Seite 114. *Geibel* bezeichnet dies bei einem gegen einen Drittschädiger gerichteten Schadensersatzanspruch als sachgerecht, wenn die Kapitalanlage nicht aus der Sphäre des Drittschädigers stammt und die Entscheidung für die Anlage im wesentlichen eine Entscheidung des Anlegers selbst gewesen ist.

107) Dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Seite 560 ff. m.w.N.

108) BGH 10.11.1951 – II ZR 111/50, BGHZ 3, 354, 357 (Stimmrecht); BGH 14.05.1956 – II ZR 229/54, BGHZ 20, 363, 364 (Stimmrecht); BGH 25.02.1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 267 (Anfechtungsrecht); BGH 17.11.1986 - II ZR 96/86, WM 1987, 70 (Stimmrecht); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Seite 560 ff. m.w.N.

109) BGH 30.03.1987 – II ZR 163/86, NJW 1987, 2677; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlage-rechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 134 m.w.N., 172; *Wagner* in: Loritz/Wagner, Konzeptionshandbuch der steuer-orientierten Kapitalanlage, 1995, Rdn. 167; *Wagner ZfIR* 1997, 199, 203

110) *Loritz/Wagner ZfIR* 2003, 753

4. **Gesellschafterliche Treuepflichten bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds**

„Die Treuepflicht verlangt von den Gesellschaftern, die Belange der Mitgesellschafter nicht zu beeinträchtigen. Hierzu gehört es, Mitgesellschafter über Vorgänge vollständig und zutreffend zu informieren, die deren mitgliedschaftliche Vermögensinteressen berühren, ihnen aber nicht bekannt sein können.“¹¹¹⁾

Eine solche Treuepflicht besteht (auch) für Gesellschafter einer Personengesellschaft gegenüber ihren Mitgesellschaftern und zwar bis zur vollständigen Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses.¹¹²⁾ Aber auch nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters können für ihn gegenüber seinen bisherigen Mitgesellschaftern nachvertragliche Treuepflichten bestehen (sog. culpa post contractum finitum).¹¹³⁾ In der Rechtsprechung des BGH ist diese Frage allerdings noch ungeklärt und in Schrifttum sind noch keine gefestigten Konturen für Inhalt und Umfang nachvertraglicher Treuepflichten – insbesondere bei Publikumspersonengesellschaften – vorhanden. Bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds kann dieses Thema z.B. in folgendem Beispielfall bedeutsam werde:

Das BMF hatte in seinem Erlaß vom 31.08.1990¹¹⁴⁾ zu Gunsten von an geschlossenen Immobilienfonds beteiligten Anlegern die von diesen gezahlten Eigenkapitalvermittlungsprovisionen bis zu 6 % in der Regel als steuerliche Werbungskosten anerkannt. Bemessungsgrundlage war das vermittelte Eigenkapital und ein an die Gesellschaft zu zahlendes Agio bzw. ein gewährtes Darlehen, das Bindungen vergleichbar einer Einlage unterlag. Hieran hatte das BMF mit Schreiben vom 05.02.1992¹¹⁵⁾ festgehalten. Und als der BFH in seiner Entscheidung vom 11.01.1994¹¹⁶⁾ judizierte, entgegen dieser Meinung des BMF seien Eigenkapitalvermittlungsprovisionen nicht Werbungskosten sondern insgesamt Anschaffungskosten, reagierte die Finanzverwaltung darauf mit einem Nichtanwendungserlass.¹¹⁷⁾ Der BFH blieb jedoch in seiner neueren Rechtsprechung bei der Einordnung von Eigenkapitalvermittlungsprovisionen als Anschaffungskosten.¹¹⁸⁾ Das BMF¹¹⁹⁾ hat daraufhin seine bisherige Haltung aufgegeben, jedoch ausgeführt, diese BFH-Rechtsprechung nicht rückwirkend auf Fälle anzuwenden, soweit Steuerpflichtige dem Fonds vor dem 01.01.2003 beigetreten sind. Dies betrifft aber nur eine „Änderungssperre“ insoweit wie Fonds beigetretene Kapitalanleger nicht rückwirkend belastet werden sollen. Eine ganz andere Frage ist

111) BGH 09.09.2002 - II ZR 198/00, WM 2002, 2507, 2508

112) BGH 09.09.2002 - II ZR 198/00, WM 2002, 2507, 2508

113) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 738 Rdn. 7; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Seite 588

114) BMF 31.08.1990 – IV B 3 – S 2253a – 49/90, BStBl. I 1990, 366 Ziff. 7.1 „Damit sind sämtliche Vertriebsleistungen Dritter, die auf die Werbung von Gesellschaftern gerichtet und nicht den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zuzurechnen sind, abgegolten. Hierzu gehören insbesondere die Aufwendungen für die Prospekterstellung, Prospektprüfung und Übernahme der Prospekthaftung, für den Außenvertrieb, für Werbung und Marketing.“

115) BMF 05.02.1992 BStBl. I 1992, 585

116) BFH 11.01.1994 - IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166

117) BMF 01.03.1995 BStBl. I 1995, 167

118) BFH 08.05.2001 - IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720; BFH 28.06.2001 - IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717

119) BMF 24.10.2001 – IV C 3 – S 2253a – 15/01, BStBl. I 2001, 780

jedoch die steuerliche Behandlung, wenn es zu Provisionsrückflüssen an Kapitalanleger kommt bzw. gekommen ist.

Hatten Fondsgesellschaften an den Kapitalanlagevertrieb Eigenkapitalvermittlungsprovisionen bezahlt,¹²⁰⁾ zu dem die Anleger durch Zahlung eines Agios an die Fondsgesellschaft beigetragen hatten, dann wurden diese Eigenkapitalvermittlungsprovisionen vor diesem Hintergrund steuerlich als Werbungskosten in genannter Höhe anerkannt und waren mithin insoweit steuerlich abzugsfähig. Aber es häuf(t)en sich die Fälle, in denen Kapitalanleger insbesondere Not leidender geschlossener Immobilienfonds Dritte auf Schadensersatz verklag(t)en und mit der oben dargestellten Rechtsprechung sich per Schadensersatz ihre Aufwendungen ersetzen ließen, wozu auch im Agio enthalten gewesene Eigenkapitalvermittlungsprovisionen gehör(t)en. Da die Eigenkapitalvermittlungsprovisionen bis zu 6 % steuerlich sofort abzugsfähige Werbungskosten waren, behandelten Finanzämter den Rückfluss derselben aufgrund realisierten Schadensersatzes steuerlich als steuerpflichtige Sondereinnahmen.¹²¹⁾

Inzwischen hat jedoch der BFH entschieden, dass derartige Rückflüsse gemäß § 255 Abs. 1 Satz 3 HGB keine Sondereinnahmen seien, sondern zu einer Minderung der Anschaffungskosten führen.¹²²⁾ Dies deshalb, da nach seiner Rechtsprechung Eigenkapitalvermittlungsprovisionen keine Werbungskosten sondern Anschaffungskosten seien. Daran ändere sich materiellrechtlich nicht deshalb etwas, weil die Finanzverwaltung entgegen der Rechtsprechung des BFH Eigenkapitalvermittlungsprovisionen als Werbungskosten und daher Rückflüsse als Sondereinnahmen behandelt habe.

Es kann nun zu der Situation kommen, daß Kapitalanleger, die per Schadensersatz u.a auch die Zahlungen für das Agio erstattet erhalten, sich plötzlich der Situation ausgesetzt sehen, daß das Finanzamt diesen Rückfluss des Agios als steuerpflichtige Sondereinnahme ansetzt. Würde nun ein solcher Kapitalanleger gegen seinen Einkommensteuerbescheid deswegen Einspruch einlegen und geltend machen, es handele sich nicht um steuerpflichtige Sondereinnahmen sondern um zu mindernde Anschaffungskosten, so könnte dies folgenden Konsequenzen haben: Aufgrund dieser veränderten Situation prognostiziert *Beck*,¹²³⁾ dass Finanzämter nun dazu übergehen könnten, gegenüber den Fondsgesellschaften Feststellungsbescheide betreffend den festgestellten Gesamtüberschuss zu ändern, entweder gemäß § 164 AO oder wo dies nicht mehr möglich sei, über § 174 Abs. 4 AO. Dies könne dann passieren, wenn ein Bescheid über die Feststellung von Sondereinnahmen aufgrund eines Einspruchs oder Antrags des Steuerpflichtigen zu seinen Gunsten geändert worden sei, wenn nämlich an die Stelle von steuerpflichtigen Sondereinnahmen gekürzte Anschaffungskosten treten.

120) BMF 01.03.1995 BStBl. I 1995, 167

121) *Beck* DStR 2003, 1564

122) BFH 26.02.2002 – IX R 20/98, BFH/NV 2002, 854; BFH 26.02.2002 - IX R 33/98, BFH/NV 2002, 1024

123) *Beck* DStR 2003, 1564

Beispiel

Der Kapitalanleger, der im Wege des Schadensersatzes u.a. die Aufwendungen für Eigenkapitalvermittlungsprovisionen zurückerhalten hat, hatte dies seinem Finanzamt anzuzeigen und dies auch getan. Das Finanzamt hat daraufhin in dem Einkommensteuerbescheid diese – weil sie zuvor als Werbungskosten in Höhe von 6 % abzugsfähig gewesen waren - als steuerpflichtige Sondereinnahmen erfaßt. Aufgrund der neueren BFH-Rechtsprechung¹²⁴⁾ hat der Kapitalanleger gegen den Steuerbescheid Einspruch eingelegt und diesen damit begründet, die Rückgewähr der Provision sei als Minderung der Anschaffungskosten und nicht als steuerpflichtige Sondereinnahme zu berücksichtigen.

Es würde aber eine widersprüchliche Steuerfestsetzung sein, wenn der Anleger solchermassen argumentieren könnte, den Werbungskostenabzug der Vergangenheit aber behalten könnte. Deshalb prognostiziert *Beck*,¹²⁵⁾ dass dort, wo ein Anleger auf der Behandlung von Provisionsrückflüssen als Anschaffungskostenminderung statt Sondereinnahmen bestehen sollten, das Finanzamt ihm gegenüber den Werbungskostenabzug ganz streichen könnte und die gesamte Eigenkapitalvermittlungsprovision abzüglich des zurückgeflossenen Teil bei ihm als Anschaffungskosten ansehen könnte. Der entsprechende Anleger brauche dann den Rückfluss der Eigenkapitalvermittlungsprovision nicht mehr als Sondereinnahme versteuern, aber er verliere zugleich den bisherigen Werbungskostenabzug für die Provision. Die Anschaffungskosten würden sich dann um die Differenz zwischen dem Rückfluss und dem ursprünglich als Werbungskosten anerkannten Teil der Provision erhöhen. Ein solcher Kapitalanleger müsse eine solche von § 174 Abs. 4 AO gedeckte Verböserung hinnehmen,¹²⁶⁾ weshalb er auf diese Verböserungsgefahr seitens des Finanzamtes zuvor hinzuweisen sei.¹²⁷⁾

Sollte der Kapitalanleger als Einspruchsführer uneinsichtig bleiben, so könnte dies aber weitere Folgen nach sich ziehen: Die steuerliche Behandlung der Eigenkapitalvermittlungsprovision spielt nämlich im vorgenannten Fall nicht nur auf der Gesellschafterebene eine Rolle, sondern auch auf der Gesellschaftsebene bzw. Feststellungsbescheidesebene des Fonds. Es wäre widersprüchlich, wenn auf Gesellschafterebene des betreffenden Gesellschafters die Eigenkapitalvermittlungsprovision als Anschaffungskosten behandelt würden, auf der Gesellschaftsebene aber weiterhin als Werbungskosten. Folglich könnte das Finanzamt in dem von einem Kapitalanleger gegen einen wegen Provisionsrückflusses Sondereinnahmen berücksichtigenden Bescheid angestregten Einspruchsverfahren die Fondsgesellschaft hinzuziehen (§ 360 Abs. 1 AO), um gegebenenfalls später auf der Feststellungsbescheidesebene insgesamt eine Änderung von Werbungskosten in Anschaffungskosten vornehmen zu können. Hierauf weist die Senatsverwaltung Berlin hin.¹²⁸⁾ Und auf diese Weise könnte das zuvor angesprochene Ergebnis, bisher als Werbungskosten anerkannte Eigenkapitalvermittlungsprovisionen abzuerkennen und insgesamt als Anschaffungskosten einzuordnen, sich auf die gesamte Fondsgesellschaft und damit zu Lasten aller Fondsgesellschafter auswirken. Der Kapitalanleger, der sich in Anbetracht per Schadensersatz rückgeflossener Eigenkapitalvermittlungsprovision festgesetzter steuerpflichtiger Sonder-

124) BFH 26.02.2002 – IX R 20/98, BFH/NV 2002, 854; BFH 26.02.2002 - IX R 33/98, BFH/NV 2002, 1024

125) *Beck* DStR 2003, 1564, 1565 u.H.a. SenVerw. Berlin 28.03.2003 – III A 12 – S 2253 a – 3/97, DStR 2003, 1298

126) *Beck* DStR 2003, 1564, 1565; Klein/*Rüsken*, AO, 8. Aufl. 2003, § 174 Rdn. 51

127) *Beck* DStR 2003, 1564, 1565

128) SenVerw. Berlin 28.03.2003 – III A 12 – S 2253 a – 3/97, DStR 2003, 1298. Eine solche Möglichkeit bejaht ferner *Beermann/von Wedelstädt*, Steuerliches Verfahrensrecht, Erg.-Lfg. 04/2002, § 174 Rdn. 122

einnahmen dagegen per Einspruch wehren würde, würde mithin mit oben Ausgeführtem nicht nur sich selbst schädigen können sondern auch seine Mitgesellschafter. Dass das Finanzamt wegen dieser verbösernden Wirkungen aus *verfahrensrechtlichen* Gründen gehalten ist, den Einspruchsführer in angemessener Frist Gelegenheit zu geben, seinen Einspruch zu überdenken (§ 367 Abs. 2 Satz 2 AO),¹²⁹⁾ ist eine Sache. *Materiellrechtlich* stellt sich jedoch in diesem Beispielfall die weitere Frage, ob nicht auch aus Gründen gesellschaftlicher Treuepflicht besagter Kapitalanleger gehalten ist, steuerliche Schädigungen seiner Mitgesellschafter zu vermeiden, was diesseits bejaht wird.

Dieses Beispiel zeigt, wie ein Schadensersatzanspruch eines Kapitalanlegers sehr schnell auch für ihn selbst und seine Mitgesellschafter steuerliche Konsequenzen haben kann, was es jeweils zu bedenken gilt.

IV. Steuerrecht

1. Verkauf von Leerständen und gewerblicher Grundstückshandel

Bei Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds kann sich in der Krise insbesondere bei Wohnhäusern die Frage stellen, ob man in Anbetracht vorhandener Leerstände nicht seitens des Fonds eine Aufteilung in Wohnungseigentum vornimmt und alsdann die leer stehenden Einheiten versucht, an Eigennutzer als Eigentumswohnungen zu verkaufen. Steuerlich stellt sich die Frage, ob dann, wenn dies nicht von Anfang an konzeptionell vorgesehen war (wie beim Hamburger Modell), sondern sich diese Frage erst im Krisenfall *nachträglich* stellt, dies zu einem gewerblichen Grundstückshandel führen könnte. Der BFH¹³⁰⁾ hat nunmehr entschieden, dass dann, wenn „offensichtliche Sachzwänge“, etwa das Auftreten einer finanziellen Notlage, für die Veräußerung maßgebend sei, dies nicht einen gewerblichen Grundstückshandel begründe.

2. Gewerblicher Grundstückshandel – Gefahren für Hamburger Modell ?

Von Vorgenanntem unterscheidet sich das Hamburger Modell, bei welchem von *vornherein* konzeptionell vorgesehen ist, für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters diesen nicht in Geld abzufinden, sondern durch eine dem Fonds gehörende Eigentumswohnung, die dem Ausscheidenden zu Eigentum übertragen wird (Realteilung). Hier war zuletzt die Meinung vertreten worden, dass die gesellschaftsrechtlich – nicht rechtsgeschäftlich – veranlaßte Übertragung einer solchen Wohnung keinen gewerblichen Grundstückshandel des Fonds begründen könne.¹³¹⁾ Neuere Rechtsprechung des BFH gibt Veranlassung, dies zu überdenken.

Man muss unterscheiden: *Einerseits*, kann die konzeptionell von Anfang an vorgesehene Realteilung aufgrund Abfindung mittels Wohnungen beim Hamburger Modell dazu führen, bereits darin auf der Ebene der *Gesellschaft* einen gewerblichen Grundstückshandel zu sehen (dazu zu (1)) und *andererseits*, könnten Wohnungen, die ein ausscheidender Gesellschafter als Abfin-

129) So SenVerw. Berlin 28.03.2003 – III A 12 – S 2253 a – 3/97, DStR 2003, 1298; Beck DStR 2003, 1564, 1565

130) BFH 18.09.2002 – X R 28/00, BStBl. II 2003, 133, 139

131) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2264

dungen erhält, auf der Ebene des *Gesellschafters* Zählobjekt sein, um bei ihm als Gesellschafter zu prüfen, ob dieser die Voraussetzungen des Gewerblichen Grundstückshandels erfüllt (dazu zu (2)).

(1) Soweit diesseits die Meinung vertreten wurde, der gewerbliche Grundstückshandel setze einen rechtsgeschäftlichen Vorgang voraus, weswegen die gesellschaftsrechtliche Abfindung per Realteilung ebensowenig eine Veräußerung sein könne, wie die Einbringung ein Erwerb sein könne, ist dieser Vergleich brüchig (geworden). So hat der BFH entschieden, dass z.B. die Einbringung eines Wirtschaftsguts des Privatvermögens in eine Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als tauschähnlichen Vorgang anzusehen sei, der beim einbringenden Gesellschafter zu einer entgeltlichen Veräußerung führe.¹³²⁾ Dann aber könnte es nahe liegen, vergleichbares auch für die Abfindung per Realteilung zu vertreten. Wäre dies der Fall, dann käme es auf Indizien wie 3-Objekt-Grenze und „Veräußerung“ innerhalb von 5 Jahren nicht an, weil beim Hamburger Modell bereits konzeptionsbedingt von Anfang an mit der vorgesehenen Realteilung eine „Veräußerungs“-Absicht bestünde.¹³³⁾ Dies ist auch vor folgendem Hintergrund zu sehen: Gemäß § 719 Abs. 1 BGB kann *ein Gesellschafter* selbst nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und dazu gehörenden Gegenständen verfügen wie *er* auch nicht berechtigt ist, Teilung zu verlangen. Umgekehrt kann aber die Gesellschaft selbst sehr wohl solches in ihrem Gesellschaftsvertrag vorsehen und eine einvernehmliche Teilauseinandersetzung z.B. per Realteilung vorsehen.¹³⁴⁾ Wird folglich eine Fonds-GbR gegründet, der Anleger beitreten, um ein Grundstück zu erwerben, es zu bebauen, zu vermieten und dann per Realteilung den Anlegern als Gesellschaftern Wohnungen zuzuordnen, dann könnte darin eine gewerblich tätige Personengesellschaft gesehen werden. Denn der BFH läßt offen, ob der gewerbliche Charakter nicht schon dann bejaht werden kann, wenn von Anfang an eine konkrete Planung für die Bebauung sowie Aufteilung in Wohnungseigentum vorgesehen war,¹³⁵⁾ was ja beim Hamburger Modell in der Regel der Fall sein wird.

Würde sich die Rechtsprechung des BFH in diese Richtung entwickeln, so stellt sich die Frage, wie man damit umgehen könnte: Für Fonds als Hamburger Modell, die z.B. vor rund 10 Jahren oder länger aufgelegt wurden, könnte sich für den Fall dieserhalb belastender Bescheide – sofern nicht schon Verjährung gegeben wäre – im Rahmen eines finanzgerichtlichen Verfahrens verfas-

132) BFH 19.09.2002 – X R 51/98, BStBl II 2003, 394; dazu *Tiedtke/Wälzholz* MittBayNot 2004, 5, 11 f.

133) Andeutung in BFH 28.11.2002 – III R 01/01, NZG 2003, 741, 742 zum gewerblichen Grundstückshandel durch Veräußerung von Gesellschaftsanteilen, die über § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO einer anteiligen Grundstücksveräußerung gleichgestellt werden. Dort soll es dann für den gewerblichen Grundstückshandel nicht auf die Anzahl der veräußerten Anteile ankommen, sondern auf die im Gesamthandsvermögen zahlenmäßig vorhandenen Objekte.

134) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 719 Rdn. 12

135) Andeutung in BFH 28.11.2002 – III R 01/01, NZG 2003, 741, 743

sungsrechtlich die Thematik stellen, ob es sich dann um zulässiges rechtsfortbildendes Richterrecht handeln würde¹³⁶⁾ und falls ja, ob solches belastend rückwirkend angewandt werden darf.¹³⁷⁾

(2) Übernimmt ein Gesellschafter einer GbR im Wege der Realteilung Immobilienobjekte, die er später veräußert, so sind diese als Zählobjekte bei der Prüfung der sog. Drei-Objekt-Grenze zur Feststellung eines gewerblichen Grundstückshandels zu berücksichtigen.¹³⁸⁾

3. Der Finanzgerichtsprozess bei steuerorientierten Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds

Der Finanzgerichtsprozess¹³⁹⁾ bei steuerorientierten Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds kann sich bei *direkter* Beteiligung von Anlegern als Gesellschafter auf zwei Ebenen abspielen: Auf der Ebene der Gesellschaft und auf der Ebene des jeweiligen Gesellschafters. Auf der ersten Ebene kann es nach Durchlaufen des Einspruchsverfahrens zu einem Finanzgerichtsprozess kommen, wenn der Bescheid über die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung nicht dem entspricht, was Gegenstand der Feststellungserklärung war oder ein dementsprechender Bescheid nachträglich belastend geändert worden ist.

Weil es sich hier um unterschiedliche Ebenen und Verfahren handelt, ist es sinnvoll, dass der Fonds für den Fall der Durchführung eines finanzgerichtlichen Verfahrens durch einen in steuerorientierten Kapitalanlagen und im Finanzgerichtsprozess erfahrenen Anwalt vertreten wird. Davon unberührt bleibt, dass jeder einzelne Anleger für den Fall, dass es auf seiner Ebene zu belastenden Bescheiden kommt, sich dieserhalb durch seinen eigenen Anwalt oder Steuerberater vertreten läßt.

Für den Fall, dass Kapitalanleger an einem geschlossenen Immobilienfonds nur *mittelbar* über einen Treuhänder beteiligt sind, sind drei Ebenen zu beachten: Bezüglich der einheitlichen und gesonderten Feststellung ist ein 2-stufiges Verfahren durchzuführen.¹⁴⁰⁾ In der ersten Stufe und einem ersten Feststellungsbescheid wird auf der Ebene der Gesellschaft der Gewinn bzw. Verlust

136) Dass nur *zulässiges* Richterrecht Grundrechte gemäß Art. 2 Abs. 1 GG einschränken kann, siehe BVerfG 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 342; BVerfG 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 und 1 BvR 307/94, NJW 1998, 519, 521. Dass *unzulässiges* Richterrecht sich über die Gesetzesbindung des Art. 20 Abs. 3 GG hinwegsetzt, siehe BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485/, 486/80, BVerfGE 65, 182, 194 f.; BVerfG 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280. Zur Orientierung von Richterrecht an Rechts- und Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG), siehe BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 191; BVerfG 14.05.1985 – 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 371 f.. Zum Verlassen der Gesetzesbindung durch Richterrecht BVerfG 07.06.1993 – 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542.

137) Zur Zulässigkeit der *Rückwirkung* von Richterrecht siehe BVerfG 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 u.a., BVerfGE 59, 128, 165 f.. Zur noch offenen Frage, wann bei einer Fortentwicklung von Richterrecht in Anbetracht seiner Rückwirkung Vertrauensschutz gewährt werden muss, siehe BVerfG 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 221, 228

138) BFH 19.09.2002 – X R 160/97, BFH/NV 2003, 890

139) Dazu: *Dürr*, Der Steuerberater vor dem Finanzgericht, 5. Aufl. 2001; *Jesse*, Einspruch und Klage im Steuerrecht, 2. Aufl. 2002; *Sauer/Schwarz*, Wie führe ich einen Finanzgerichtsprozess ?, 5. Aufl. 2001; *Wagner*, Die Praxis des Steuerprozesses, 2003

140) BFH 20.09.1991 - IX B 12/91, BFH/NV 1992, 157

der Gesellschaft festgestellt und auf die unmittelbar beteiligten Gesellschafter aufgeteilt, u.a. auch auf den Treuhandgesellschafter. Dieser ist bindender Grundlagenbescheid (§ 182 Abs. 1 AO) für die 2. Stufe.¹⁴¹⁾ In einer zweiten Stufe und einem zweiten Feststellungsbescheid wird der Gewinnanteil des Treuhandgesellschafters auf die Treugeber aufgeteilt.¹⁴²⁾ Dieser ist bindender Grundlagenbescheid für den Einkommensteuerbescheid des Anlegers auf der ihn alleine betreffenden 3. Stufe. Hiervon ausgehend stellt sich die Klagebefugnis wie folgt dar:

Bei einem gegen die Personengesellschaft gerichteten Feststellungsbescheid ist/sind in erster Linie klagebefugt der/die zur Vertretung dieser Gesellschaft befugte(n) „Geschäftsführer“ (§ 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO). Der Treuhandgesellschafter und die mittelbar über ihn Beteiligten sind folglich auf dieser 1. Stufe i.d.R. nicht klagebefugt.¹⁴³⁾ Der BFH hat es ebenfalls § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO zugeordnet, wenn statt dessen die Gesellschaft, vertreten durch ihre vertretungsberechtigten Personen, für ihre Gesellschafter klagt und zwar in Prozessstandschaft.¹⁴⁴⁾ Ist bei einem gegen die Personengesellschaft gerichteten Feststellungsbescheid keine zur Vertretung bevollmächtigte Person und auch kein Empfangsbevollmächtigter i.S.d. § 48 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 FGO vorhanden, dann sind insoweit nur alle Gesellschafter gemeinsam klagebefugt (§ 48 Abs. 1 Nr. 2 FGO).¹⁴⁵⁾ Wird durch einen gegen die Personengesellschaft gerichteten Feststellungsbescheid ein Gesellschafter persönlich berührt, dann ist auch dieser selbst klagebefugt (§ 48 Abs. 1 Nr. 5 FGO).¹⁴⁶⁾ Da ein Feststellungsbescheid den Gesellschaftern gegenüber nur einheitlich ergehen kann, sind die Gesellschafter, also auch der Treuhandgesellschafter wie auch die mittelbar Beteiligten, vom Finanzgericht betreffend die 1. Stufe mangels Klagebefugnis notwendig beizuladen (§ 60 Abs. 3 FGO).¹⁴⁷⁾

Wie zuvor ausgeführt, ergeht bei mittelbar Beteiligten gegenüber dem Treuhandgesellschafter ein zweiter Feststellungsbescheid, der den Gewinnanteil des Treuhänders auf die mittelbar Beteiligten aufteilt. *Dieser* Feststellungsbescheid der 2. Stufe kann mit dem gegen die Personengesellschaft gerichteten Feststellungsbescheid verbunden werden,¹⁴⁸⁾ was aber an der Klagebefugnis nichts ändert.¹⁴⁹⁾ Die Klagebefugnis gegen einen solchermaßen zusammengefassten Feststellungsbescheid richtet sich dann danach, auf welcher Stufe der Feststellung der Rechtsstreit ausgetragen wird. Bei einer Klage gegen den Feststellungsbescheid, soweit er die 1. Stufe betrifft, richtet sich die Klagebefugnis nach dem zuvor Ausgeführten. Der Treuhandgesellschafter wie auch die mittelbar Beteiligten sind dort notwendig beizuladen.¹⁵⁰⁾

141) BFH 20.09.1991 - IX B 12/91, BFH/NV 1992, 157

142) BFH 30.04.1987 - IV R 164/84, BFH/NV 1988, 239; BFH 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283

143) BFH 20.09.1991 - IX B 12/91, BFH/NV 1992, 157

144) BFH 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283, 1284

145) BFH 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283, 1284. Zur Mitberechtigteneigenschaft (seinerzeit zu § 48 FGO a.F.) siehe BFH 03.04.1990 - IX R 48/85, BFH/NV 1991, 51

146) BFH 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283, 1284

147) BFH 20.09.1991 - IX B 12/91, BFH/NV 1992, 157

148) BFH 30.04.1987 - IV R 164/84, BFH/NV 1988, 239; BFH 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283, 1284

149) BFH 15.04.2003 - IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283, 1284

150) BFH 30.04.1987 - IV R 164/84, BFH/NV 1988, 239

Die Klagebefugnis des mittelbar Beteiligten wird sich dagegen in der Regel nur auf die 2. Stufe beziehen können – es sei denn für die 1. Stufe wäre in seiner Person ein Fall des § 48 Abs. 1 Nr. 5 FGO -, so dass der mittelbar Beteiligte in diesem Verfahren nach der Rechtsprechung des X. Senates des BFH nur geltend machen kann, durch die Verteilung des Gewinns auf der 2. Stufe in seinen Rechten verletzt worden zu sein.¹⁵¹⁾ Dagegen vertritt der IV. Senat des BFH die Auffassung, bei einem solchen Verfahren der 2. Stufe könne der mittelbar Beteiligte geltend machen, durch die Verteilung des Gewinns auf der 1. Stufe in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Der Treuhänder sei notwendig beizuladen.¹⁵²⁾ Mittelbar Beteiligten könnten sich durch den Treuhänder vertreten lassen können.¹⁵³⁾

Kommt es bei einem Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds der steuerlichen Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG) z.B. *nachträglich* zu Leerstand von Wohnungen, so dass die Werbungskosten die Mieteinnahmen des Fonds übersteigen und würde deshalb das Finanzamt in einem Feststellungsänderungsbescheid die Überschusserzielungsabsicht des Fonds verneinen, dann würde dies mit dem zuvor Ausgeführten die 1. Stufe betreffen. Im Einspruchsverfahren und eventuell sich anschließenden Finanzgerichtsverfahren würde sich dann die Frage stellen, ob diese Krise schon ein Beweisanzeichen gegen eine Überschusserzielungsabsicht sein könnte, mit der Folge einer Beweislastumkehr zu Lasten des Fonds.¹⁵⁴⁾ Hier kann argumentativ die Entscheidung des BFH vom 09.07.2003¹⁵⁵⁾ eine Hilfe sein. Danach können Aufwendungen für leerstehende Wohnungen weiterhin bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten abgezogen werden, so lange die Einkunftszielungsabsicht nicht aufgegeben worden ist. Und dies ist bei leer stehenden Wohnungen so lange der Fall, wie sich der Fonds nachweisbar – insoweit trägt der Fonds die Feststellungslast - ernsthaft und endgültig um die Vermietung bemüht, selbst wenn leer stehende Wohnungen wegen Vermietungsproblemen und einer finanziellen Notlage des Fonds gleichzeitig zum Verkauf angeboten werden.

151) BFH 13.07.1994 - X R 7/91, BFH/NV 1995, 303, 304: „Der dargestellten Aufteilung des Feststellungsverfahrens entsprechen die verfahrensrechtlichen Befugnisse von Treuhänder und Treugeber. Letztere können nur im Feststellungsverfahren zur Aufteilung des dem Treuhänder zugerechneten Gewinnanteils der Personengesellschaft geltend machen, dass die Verteilung auf sie in anderer Weise habe vorgenommen werden müssen. Sie können in diesem Verfahren jedoch nicht einwenden, der Gewinn der Personengesellschaft oder der Gewinnanteil des Treuhänders hätte anders ermittelt werden müssen. Sie können in das Gewinnfeststellungsverfahren der Personengesellschaft nicht eingreifen, um den Gewinn der Personengesellschaft [also auf der 1. Stufe] anders feststellen und auf die Gesellschafter verteilen zu lassen (vgl. zum offenen Treuhandverhältnis BFH-Urteil in BFHE 122, 400, 408 ff., BStBl II 1977, 737).“

152) BFH 15.04.2003 – IV B 188/01, BFH/NV 2003, 1283, 1284: „Klagt ... ein Treugeber-Gesellschafter, betrifft die Klage die zweite Stufe. Der Treugeber-Gesellschafter ... kann in diesem Verfahren nur geltend machen, durch die Verteilung des Gewinns des auf der ersten Stufe festgestellten Gewinns in seinen Rechten verletzt worden zu sein. In diesem Rechtsstreit ist der Treuhänder notwendig beizuladen.“

153) BFH 30.04.1987 - IV R 164/84, BFH/NV 1988, 239

154) *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222, 2230 m.w.N.

155) BFH 09.07.2003 – IX R 102/00, DB 2003, 2527, 2528

Soll auf der vorgenannten 1. Stufe im Zuge eines Einspruchsverfahrens gegen einen belastenden Feststellungsänderungsbescheid Aussetzung der Vollziehung beantragt werden (§§ 361 AO, 69 FGO), so ist antragsberechtigt für eine solche Aussetzung der Vollziehung nur derjenige, der mit zuvor Ausgeführtem auch klagebefugt wäre. Eine gewährte Aussetzung der Vollziehung auf der 1. Stufe hat dann automatisch zur Folge, dass auch die Vollziehung des Folgebescheides aussetzen ist (§§ 361 Abs. 3 AO, 69 Abs. 2 Satz 4 FGO).

V. Fazit

Der Umgang mit Not leidenden geschlossenen Immobilienfonds ist sehr Facettenreich. Die hier angesprochenen Themen sind nur ein kleiner Ausschnitt davon.¹⁵⁶⁾ Es empfiehlt sich kurz gefasst folgendes Vorgehen:

- Auf der Ebene des Fonds wirtschaftliches und ggf. steuerliches Krisenmanagement.
- Auf der Ebene des Anlegers sollte man nicht glauben, dass man sich durch Herausklagen aus dem Fonds bereits aller Probleme entledigen könnte, selbst wenn dies gelingt. Zumindest sollte man bei seinem Agieren stets auch bedenken, ob nicht Folgen der Nachhaftung und Fehlbetragshaftung Belastungen mit sich bringen könne und welche steuerlichen Folgen damit für den klagenden und die zurückbleibenden Anleger verbunden sein können.

Bedenkt man, dass neben wirtschaftlichem Verständnis für diese Materie und Krisenmanagement an Rechtsgebieten angesprochen sein können das europäische Gemeinschaftsrecht, nationales Verfassungsrecht, normales Zivilrecht, Personen(handels)gesellschafts-Sonderrecht für Fonds, Kapitalanlagerecht, Verbraucherschutzrecht, Bankrecht, Zivilprozessrecht, Steuerrecht, steuerliches Verfahrens- (AO) und Prozessrecht (FGO) etc., so wird deutlich, dass es sich bei dieser Materie um ein höchst anspruchsvolles Unterfangen handelt. Dies völlig unabhängig davon, ob man auf Seiten des Fonds, von Anlegern oder finanzierenden Kreditinstituten tätig ist. Eine *Gesamtfolgenbetrachtung* täte Anlegern, Kreditinstituten, Beratern aber auch Gerichten gut, ehe man Maßnahmen einleitet bzw. Entscheidungen trifft.

156) Siehe zu anderen Themen *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2222 und 2257