

Gesellschaftsrechtliche Entwicklungen 2011 in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notlei- denden geschlossenen Fonds

- Halbzeit -

**von Dr. Klaus–R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Notar**

Fachschrifttum

<i>Beuthien</i>	Ist die Innengesellschaft nicht rechtsfähig ? NZG 2011, 161
<i>Beuthien</i>	Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht ? NZG 2011, 481
<i>Markwardt</i>	Keine Anonymität in der Gesellschaft bürgerlichen rechts, BB 2011, 643
<i>Paul</i>	Die datenschutzrechtliche Umsetzung der zivilrechtlichen Auskunftsansprüche in der Publikums-KG, GWR 2011, 225
<i>Priester</i>	Transparenz contra Anonymität bei Treugeber-Innengesellschaften, ZIP 2011, 697
<i>Römermann</i>	Einsichtsrecht von Vereinsmitgliedern in die Mitgliederliste, NZG 2011, 56
<i>K. Schmidt</i>	Struktur und Transparenz einer Treugeber-Innengesellschaft, NZG 2011, 361
<i>Schneider</i>	BGH unternimmt Abgrenzung zu „Sanieren oder Ausscheiden“, NZG 2011, 575
<i>Tebben</i>	Der Treuhandkommanditist, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2010, 2011, Seite 161
<i>Voigt</i>	Freier Zugang zu Anlegerdaten ? NZG 2011, 256
<i>Wagner</i>	Update 2010 gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen in Rechtsprechung und Fachschrifttum zu notleidenden geschlossenen Fonds, NZG 2011, 489
<i>Wolfer</i>	Anspruch auf Daten von Mitgesellschaftern in Personengesellschaften ? – Ein Überblick über die Rechtsprechung nach BGH, Az. II ZR 187/09, GWR 2011, 77

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Unmittelbare Beteiligungen
 - 1. Beitritt zu einer Publikums-KG
 - 2. Freistellungsanspruch eines Treuhandkommanditisten
 - 3. Freistellungsanspruch bei GbR-Beteiligung
 - 4. Freistellung-/Rückgriffsanspruch bei Liquidations-OHG
 - 5. Quotale Haftung
 - 6. Grundsatz der Selbstorganschaft, Verbot der Drittorganschaft
- III. Mittelbare Beteiligung
 - 1. Mittelbar Beteiligte als Innengesellschaft ?
 - 2. Auskunftsanspruch auf Namen und Anschrift mittelbar Beteiligter ?
- IV. Die Publikums-Personengesellschaft
 - 1. Kernbereich
 - 2. Sanieren oder Ausscheiden
 - 3. Nichtigkeitsfeststellungsklage gegen Beschlüsse
- V. Nichtige Gesellschaft
- VI. Zur Verjährung des gesetzlichen Freistellungsanspruchs
- VII. Steuerrecht
 - Geschlossene Fonds: Softkosten als Werbungskosten / Betriebsausgaben – oder Anschaffungskosten ?

I. Einleitung

Rund 1,9 Mio. Anleger sind an Immobilien-, Schiff-, Flugzeug-, Medien- und erneuerbare Energien- Fonds sowie Private Equity-Gesellschaften beteiligt,¹⁾ so daß geschlossene Fonds nach wie vor ihren Stellenwert haben. Aus notleidenden geschlossenen Fonds der Vergangenheit kann man lernen, wie von der Rechtsprechung beanstandete rechtliche Probleme gegenwärtig und künftig vermieden werden können.

II. Unmittelbare Beteiligungen

1. Beitritt zu einer Publikums-KG

Tritt jemand einer Personengesellschaft bei, dann bedarf dies grundsätzlich des Vertragsabschlusses mit allen Gesellschaftern.²⁾ Von diesem Grundsatz ist dann eine Ausnahme möglich,

1) *Markwardt* BB 2011, 643

2) BGH 01.03.2011 – II ZR 16/10, NZG 2011, 551 Rdn. 9

wenn z.B. im Gesellschaftsvertrag von vornherein dem Komplementär das Recht eingeräumt wird, für die Gesellschafter das Einverständnis zu erteilen.³⁾ Schließt in einem solchen Fall der Komplementär namens der Publikums-KG den Aufnahmevertrag ab, so ist mit dem BGH eine Auslegung dahingehend vorzunehmen, daß diese Erklärung für die KG und deren Gesellschafter abgegeben worden ist.⁴⁾

2. Freistellungsanspruch des Treuhandkommanditisten

Daß Gläubiger einer Personengesellschaft gegen mittelbar Beteiligte keinen direkten Haftungsanspruch haben, hat der BGH iüngst nochmals entschieden.⁵⁾ Aus diesem Grund kommt es immer wieder vor, daß Treuhandgesellschafter, soweit sie von Gläubigern der Publikums- Personengesellschaft direkt haftungsmäßig in Anspruch genommen werden, ihren (behaupteten) Freistellungsanspruch gegen den mittelbar Beteiligten an Dritte abtreten, die dann aus diesem abgetretenen Recht gegen mittelbar Beteiligte letztlich doch haftungsmäßig vorgehen. Dabei muß man vom Sachverhalt her unterscheiden, ob der Treuhandgesellschafter behauptet, gegen den mittelbar Beteiligten einen vertraglichen Freistellungsanspruch⁶⁾ oder einen gesetzlichen Freistellungsanspruch (§ 257 BGB)⁷⁾ zu haben. In diesem Zusammenhang hat nunmehr der BGH⁸⁾ diverse Fragen entschieden:

Der Treuhandvertrag mit einer Treuhandkommanditistin verstößt dann nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG, wenn diese für die Treugeber nur wirtschaftliche Belange wahrzunehmen hat und nicht auch bevollmächtigt war, Verträge abzuschließen.⁹⁾ Im Entscheidungsfall war eine vertragliche Freistellungsverpflichtung des mittelbar Beteiligten gegeben, von der der BGH, da ein Verstoß des Treuhandvertrages gegen Art. 1 Abs. 1 RBERG nicht gegeben war, ausging, ohne zu prüfen, ob diese vertragliche Freistellungsverpflichtungserklärung einer Inhaltskontrolle gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB, §§ 3, 9 AGBG¹⁰⁾ bzw. nach der VerbrRL¹¹⁾ stand hielt.¹²⁾ In der Abtretung eines solchen Freistellungsanspruchs durch die Treuhandkommanditistin sah der BGH¹³⁾ keinen Verstoß gegen § 399 BGB. Aber der BGH unterläßt die Klärung folgender Fragen: Wird ein haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft von einem Gläubiger der Personengesellschaft für Verbindlichkeiten derselben in Anspruch genommen, dann hat der in Anspruch genommene primär einen Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruch gegen die Personengesellschaft

3) BGH 01.03.2011 – II ZR 16/10, NZG 2011, 551 Rdn. 9

4) BGH 01.03.2011 – II ZR 16/10, NZG 2011, 551 Rdn. 10

5) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099 Rdn. 10; *Wagner* NZG 2009, 213; *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2009), Fach 7330 Rdn. 137 f.; *Wagner* WM 2010, 1684, 1689 m.w.N.

6) *Wagner* WM 2010, 1684, 1689 f.

7) *Wagner* NZG 2011, 489, 492

8) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099

9) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099 Rdn. 12

10) Dazu *Wagner* WM 2010, 1684, 1690 m.w.N.

11) Dazu *Wagner* NZG 2011, 489 f. m.w.N.

12) Dazu *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2009), Fach 7330 Rdn. 155 ff.

13) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099 Rdn. 14 – 15. Dazu *Wagner* WM 2010, 1684, 1690 m.w.N.

und subsidär gegen seine Mitgesellschafter.¹⁴⁾ In welchem Verhältnis stehen diese Freistellungs- bzw. Rückgriffsansprüche zu sich aus dem Treuhandvertrag ergebenden vertraglichen Freistellungsansprüchen, dies insbesondere auch dann, wenn letztere abgetreten worden sind? Und soweit der BGH einen abtretbaren vertraglichen Freistellungsanspruch des Treuhandgesellschafters bejaht, hat der BGH sich nicht mit der Frage befasst, warum für den Fall eines Freistellungsanspruches gegen den mittelbar beteiligten Anleger statt gegen die Gesellschaft bzw. unmittelbar beteiligte Mitgesellschafter dann die Gesellschaft bzw. unmittelbar beteiligte Gesellschafter haftungsmäßig auf Kosten des nur mittelbar Beteiligten entlastet werden sollen.

Die Besonderheit der Entscheidung des BGH¹⁵⁾ ist ferner darin begründet, daß an den Treuhandgesellschaftler Ausschüttungen erfolgt waren, die vom BGH als Einlagerückgewähr bezeichnet wurden und alsdann die Publikums-KG in die Insolvenz geraten war.¹⁶⁾ Damit ist aber noch nicht die Schlussfolgerung erlaubt, daß diese Rechtsprechung auf den Fall übertragbar ist, bei dem es um einen Treuhandgesellschaftler als OHG-Gesellschafter geht, bei dem von vornherein eine Haftung desselben besteht, eine Einlagerückgewähr nicht erfolgt ist und die Publikums-OHG sich nicht in der Insolvenz befindet.¹⁷⁾

3. Freistellungsanspruch bei GbR-Beteiligung

Der BGH iudizierte seit dem 30.04.1979,¹⁸⁾ GbR-Gesellschafter würden einer persönlichen Gesellschaftlerhaftung mit dem Privatvermögen nur im Falle

- des Schuldbeitritts zur Projektfinanzierung oder
- bei Mitwirkung am Vertragsabschluss oder
- dann ausgesetzt sein, wenn der geschäftsführende Gesellschafter bei Vertragsabschluss für Gesellschafter aufgrund einer entsprechenden Vertretungsmacht gehandelt habe.

In anderen Fällen gab es mithin keine analoge Anwendung des §§ 128, 130 HGB.¹⁹⁾ Auch wenn der BGH in seiner Entscheidung vom 29.01.2001²⁰⁾ der GbR Rechts- und Parteifähigkeit zuwies, und diesbezüglich auf die §§ 128 f. HGB verwies und erstmals in seiner Entscheidung vom 07.04.2003²¹⁾ die Einschlägigkeit des § 130 HGB bejahte, waren Anleger aufgrund der Vertrauensrechtsprechung des BGH von persönlicher Haftung mit ihrem Privatvermögen geschützt, wenn nicht einer der vom BGH iudizierten Ausnahmefälle²²⁾ gegeben war.²³⁾

14) Dazu *Wagner* WM 2010, 1684, 1686 m.w.N.. Ferner BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 40

15) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099 Rdn. 18

16) Zu der zu dieser Fallkonstellation vorhandenen Rechtsprechung siehe *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2009), Fach 7330 Rdn. 143 ff.

17) *Schmider/Wagner/Loritz*, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (10/2009), Fach 7330 Rdn. 167

18) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

19) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 242 f.; dazu *Wagner* ZNotP 2009, 101

20) BGH 29.01.2001 II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 358

21) BGH 07.04.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 372 f.

22) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

23) *Wagner* ZNotP 2009, 101

Von dieser Vertrauensrechtsprechung rückte inzwischen der BGH²⁴⁾ wieder ab, indem er nicht mehr darauf abstellt,

- womit (Privatvermögen) gehaftet werde, sondern
- weswegen (Kenntnis von vorhandenen Kreditverbindlichkeiten des Fonds) gehaftet werde.

Dies hat zur Folge, daß seitdem u.a. die Anleger der Berlin-Fonds *rückwirkend* samt und sonders außerordentlich hohen Haftungsrisiken mit ihren Privatvermögen selbst dort ausgesetzt sind, wo bis dahin aufgrund der Rechtsprechung des BGH vom 30.04.1979²⁵⁾ keine Haftung mit dem Privatvermögen gegeben war - ausgenommen in besagten Ausnahmefällen -. Daß der BGH damit rückwirkend in verfassungsrechtliches Eigentum und in den Vertrauensschutz besagter Anleger eingreift, hat er nicht einmal in Erwägung gezogen.²⁶⁾ Die Klärung damit zusammenhängender verfassungsrechtlicher Fragen obliegt derzeit dem BVerfG.

Bei Berlin-Fonds (GbR) werden in Anbetracht dieser rückwirkenden Änderung der BGH-Rechtsprechung vermehrt direkt beteiligte Anleger analog § 128 HGB haftungsmäßig für die Rückzahlung von Kreditverbindlichkeiten von GbR-Fonds in Anspruch genommen.²⁷⁾ Für diesen Fall hat ein solcher Gesellschafter schon dann, wenn er in Anspruch genommen werden soll²⁸⁾ und erst Recht, wenn er schon in Anspruch genommen wurde, gemäß §§ 713, 670 BGB²⁹⁾ einen Freistellungsanspruch gegen die Fonds-GbR. Diesen kann er dem Fonds gegenüber auch zu einem Zeitpunkt gerichtlich durchsetzen geltend machen, zu dem es gegenüber dem Haftenden noch zu keinem Haftungsprozess durch den Gläubiger des Fonds gekommen ist.³⁰⁾ Erfolgt eine diesbezügliche Freistellung durch die Fonds-GbR nicht, kann der haftungsmäßig in Anspruch genommene direkt beteiligte Anleger-Gesellschafter primär die Fonds-GbR und subsidiär seine Mitgesellschafter – jeweils beschränkt auf deren Verlustanteil – in Anspruch nehmen.³¹⁾

Dies gilt aber nur dort, wo es sich bei der Fonds-GbR noch um eine werbende GbR handelt. Denn würde es sich um eine Liquidations-GbR handeln, bestünde eine sog. Durchsetzungssperre. Denn bei einer Liquidations-GbR können Gesellschafter untereinander und gegeneinander keine Ansprüche gem. §§ 713, 670 BGB mehr durchsetzen, vielmehr werden diese dann unselbständige Rechnungsposten in der Schlussabrechnung der Gesellschaft.³²⁾ Hinzu kommt, daß bei einer Liquidations-GbR diese gesetzliche gemäß § 735 BGB Nachschussansprüche gegen ihre Gesell-

24) BGH 12.12.2005 – II ZR 283/03, WM 2006, 187, 188; BGH 18.07.2006 – XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, 1674
BGH 09.10.2006 – II ZR 193/05, WM 2007, 122, 123; BGH 17.10.2006 – XI ZR 19/05, NJW 2007, 1813
Rdn. 32

25) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 241

26) Dazu *Wagner* ZNotP 2009, 101 – 102; *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149

27) KG Berlin 22.12.2010 – 26 U 232/09, NZG 2011, 102

28) BGH 15.10.2007 – II ZR 136/06, WM 2007, 2289, 2291: „Denn die Pflicht zur Freistellung umfasst nicht nur die Verpflichtung, begründete Ansprüche zu erfüllen, sondern auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche von dem Freistellungsgläubiger abzuwehren. Der Gefahr, eine unbegründete Forderung zu erfüllen oder sich wegen einer begründeten Forderung mit einer Klage überziehen zu lassen, soll der Freizustellende nach dem Sinn der Freistellung gerade enthoben werden (BGH, Urt. v. 19. April 2002 - V ZR 3/01, ZIP 2002, 1299; Urt. v. 19. Januar 1983 - IVa ZR 116/81, NJW 1983, 1729, 1730, jeweils für den vertraglichen Befreiungsanspruch).“

29) Wegen des Streits um die zutreffende Anspruchsgrundlage siehe bei *Wagner* WM 2010, 1684, 1686 f. m.w.N.

30) BGH 22.02.2011 – II ZR 158/09, DB 2011, 932 Rdn. 14; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686 m.w.N.

31) BGH 22.02.2011 – II ZR 158/09, DB 2011, 932 Rdn. 14; *Wagner* WM 2010, 1684, 1686 m.w.N.

32) BGH 22.02.2011 – II ZR 158/09, DB 2011, 932 Rdn. 15

schafter in Höhe der Fehlbeträge hat, die erforderlich sind, um gemeinschaftliche Schulden der GbR zu begleichen, sofern gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen. Für den Fall dieser Abbedingung einer internen Fehlbetragshaftung gem. § 735 BGB bleibt davon aber die Frage der Außenhaftung unberührt mit der Folge der dargelegten Rückgriffsmöglichkeiten.

Dies alles ist auch bei einem quotall haftenden Gesellschafter nicht anders.³³⁾ ABER an die Stelle der gesamtschuldnerischen Außenhaftung tritt die akzessorische teilschuldnerische Außenhaftung³⁴⁾ mit der Folge, daß die Gesellschafter untereinander kein Ausfallrisiko tragen sondern dort, wo Gesellschafter ausfallen, z.B. die Gläubiger-Bank der GbR ein quotales Ausfallrisiko trägt.³⁵⁾

Soweit vom KG Berlin entschieden wurde, bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage der quotalen Außenhaftung werden die von der Gesellschaft erbrachten Leistungen angerechnet,³⁶⁾ ist dem der BGH nicht gänzlich gefolgt und hat eine solche Anrechnung davon abhängig gemacht, ob sich dies zumindest durch Auslegung der zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft getroffenen Vereinbarung entnehmen lasse.

Wurde die gegen einen direkt beteiligten Anleger-Gesellschafter gerichtete Klage eines Gläubigers der GbR rechtskräftig abgewiesen, so wirkt die Rechtskraft dieses Urteils nicht bindend für den vom Gläubiger daraufhin gegen die Fonds-GbR gerichteten Haftungsprozess.³⁷⁾ Denn die Rechtskraft des gegen den Anleger-Gesellschafter ergangenen Haftungsurteils erstreckt sich nicht gemäß § 325 ZPO auf die Gesellschaft.

4. Freistellungs-/Rückgriffsanspruch bei Liquidations-OHG

Hat eine Fonds-OHG ihre einzige Fonds-Immobilie veräußert und kein sonstiges Vermögen, ist aber noch im Handelsregister eingetragen,³⁸⁾ so besteht sie als Liquidationsgesellschaft fort, sofern der OHG deren Gesellschafter – also unmittelbar beteiligte Gesellschafter - gemäß § 735 BGB verlustausgleichspflichtig sind. Die Verwirklichung der Verlustausgleichspflicht der Gesellschafter gegenüber der OHG gehört zum Liquidationsverfahren.³⁹⁾ § 735 BGB ist dabei mit § 707 BGB vereinbar, weil § 707 BGB nur gegen Einlagenerhöhungen und nicht gegen Innenhaftung schützt.⁴⁰⁾ Und so lange, wie die OHG diese Forderungen noch gegenüber ihren direkt beteiligten Gesellschaftern hat, ist die OHG noch existent. Wird nun ein Gesellschafter einer solchen Liquidations-OHG von einem Gläubiger der Personengesellschaft für Verbindlichkeiten derselben in Anspruch genommen, dann hat der in Anspruch genommene auch in diesem Fall

33) KG Berlin 22.12.2010 – 26 U 232/09, NZG 2011, 102; zur subsidiären Inanspruchnahme von Gesellschaftern OLG München 16.09.2009 – 7 U 4297/08, ZIP 2010, 182, 184, wonach dieser Grundsatz auch in der Liquidation der Gesellschaft gilt.

34) KG Berlin 22.12.2010 – 26 U 232/09, NZG 2011, 102

35) KG Berlin 22.12.2010 – 26 U 232/09, NZG 2011, 102, 103

36) KG Berlin 22.12.2010 – 26 U 232/09, NZG 2011, 102, 103

37) BGH 22.03.2011 – II ZR 249/09, Rdn. 9 (Juris)

38) Für den Fall der Löschung einer vermögenslosen Liquidations-OHG im Handelsregister ist diese vollbeendet: **K. Schmidt**, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Seite 317

39) *K. Schmidt* ZHR 153 (1989), 297 f.

40) *K. Schmidt* DB 2010, 2093

primär einen Freistellungs- bzw. Rückgriffsanspruch gegen die noch existente Liquidations-OHG und subsidiär gegen seine Mitgesellschafter.⁴¹⁾

5. Quotale Haftung

Der BGH⁴²⁾ hält im Grunde an seiner bisherigen Rechtsprechung⁴³⁾ fest, daß der Umfang der quotalen Haftung sich nach dem Nominalbetrag des ausgerichteten Darlehens nebst Zinsen und Kosten als Bemessungsgrundlage richtet und nach der im Zeitpunkt der Inanspruchnahme noch offenen Darlehensschuld.⁴⁴⁾

Unzutreffend ist jedoch die Behauptung des BGH,⁴⁵⁾ mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR habe sich an der Haftung der Gesellschafter für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten der GbR nichts geändert; sie sei lediglich auf eine andere dogmatische Grundlage gestellt. Daß und warum dies in Anbetracht der Jahrzehnte geltenden Rechtsprechung des BGH vom 30.04.1979⁴⁶⁾ unzutreffend ist, wurde an anderer Stelle umfassend dargestellt.⁴⁷⁾ Und deshalb ist entgegen dem BGH⁴⁸⁾ die quotale Haftung mitunter nicht haftungsbegrenzend sondern haftungsbegründend.

Für den Fall einer quotalen Haftung von Gesellschaftern werden – so der BGH⁴⁹⁾ – Zahlungen und Erlöse aus dem Gesellschaftsvermögen nicht kraft Gesetzes auf die Haftungsanteile angerechnet (Grundsatz). Daran ändere – so der BGH⁵⁰⁾ – auch der Akzessorietätsgrundsatz nichts. Auch § 366 Abs. 2 BGB ist nicht mehr entsprechend anwendbar.⁵¹⁾

Wurde zwischen der GbR und ihrem Vertragspartner eine quotale Haftung der Gesellschafter der GbR vereinbart, so muß sich durch Auslegung dieser Vereinbarung ergeben, ob und inwieweit Tilgungen aus dem Gesellschaftsvermögen bzw. Verwertungen des Gesellschaftsvermögens zur anteiligen Haftungsminimierung der quotale Haftenden führen (Ausnahme).⁵²⁾ Auch die Frage, ob z.B. der Darlehensgläubiger der GbR zunächst aus dinglichen Sicherheiten oder gegen die Gesellschafter vorgehen könne, muß sich aus der Auslegung des zwischen dem Kreditinstitut und

41) Zum vergleichbaren Fall einer notleidenden GbR bzw. KG siehe *Wagner* WM 2010, 1684, 1686 m.w.N.. Ferner BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 40

42) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 22

43) Dazu siehe *Wagner* WM 2010, 1684, 1685 m.w.N.

44) Dazu siehe *Wagner* WM 2010, 1684, 1685 m.w.N.

45) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 23; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 14

46) BGH 30.04.1979 – II ZR 137/78, BGHZ 74, 240

47) *Wagner/Loritz* WM 2009, 2149, 2150 f.

48) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 24

49) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 26; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 16

50) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 28; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 119 f.

51) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 29; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 20

52) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 30; BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 15

der GbR geschlossenen Vertrag ergeben.⁵³⁾ Maßgebend für die Auslegung sind alleine die Darlehensverträge, nicht jedoch der Fondsprospekt und der darin abgedruckte Gesellschaftsvertrag bzw. Geschäftsbesorgungsvertrag, sofern nicht vom Darlehensvertrag abweichend.⁵⁴⁾

6. Grundsatz der Selbstorganschaft, Verbot der Drittorganschaft

Dieser bei Personengesellschaften geltende Grundsatz besagt, daß nicht alle Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ausgeschlossen werden dürfen, indem die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht alleine einem Nichtgesellschafter übertragen wird. Behalten dagegen Gesellschafter ihre organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht und betrauen durch Beschluss oder im Gesellschaftsvertrag einen Nichtgesellschafter zusätzlich mit Geschäftsführungsaufgaben und räumen ihm umfassende Vollmacht ein, so ist darin kein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstorganschaft und das Verbot der Drittorganschaft zu sehen.⁵⁵⁾

III. Mittelbare Beteiligung

1. Mittelbar Beteiligte als Innengesellschaft ?

In seiner Entscheidung vom 11.01.2011 hat der BGH⁵⁶⁾ darauf hingewiesen, daß die von mittelbar Beteiligten und dem Treuhandgesellschafter abgeschlossenen Verträge darauf hin auszulegen seien, ob die mittelbar Beteiligten untereinander eine GbR-Innengesellschaft bilden.⁵⁷⁾ Bei einer GbR-Innengesellschaft handelt es sich nicht um einen Schuldvertrag sondern um einen Organisationsvertrag.⁵⁸⁾ Eine Innen-GbR bejahte der BGH, weil folgendes gegeben war:

- Die Anleger verfolgten nicht nur einen gemeinschaftlichen Zweck sondern einen gemeinsamen Zweck.
- Im Treuhandvertrag waren nicht nur die jeweiligen Rechtsbeziehungen der Treugeber zum Treuhänder geregelt, sondern auch die Rechtsbeziehungen der Treugeber untereinander.
- Gemeinsam verfolgter Zweck der Anleger-Innengesellschaft ist die Wahrnehmung der Anlegerversammlung mit entsprechenden Beschlussfassungen dort, die von der Gesellschafterversammlung zu unterscheiden war.

Damit verdeutlichte der BGH, daß es eine Frage der Auslegung von Treuhandverträgen mittelbar Beteiligter ist, ob eine solche Innengesellschaft vorhanden ist oder nicht.

53) BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 21

54) BGH 08.02.2011 – II ZR 243/09, WM 2011, 889 Rdn. 34

55) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 21

56) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 348; dazu *Markwardt* BB 2011, 643; *Voigt* NZG 2011, 256; *Wolfer* GWR 2011, 77. Zur datenschutzrechtlichen Seite siehe *Paul* GWR 2011, 225

57) Zum Strukturunterschied von Außen- und Innen-GbR siehe *Beuthien* NZG 2011, 161

58) *Beuthien* NZG 2011, 161, 165

2. Auskunftsanspruch auf Namen und Anschrift mittelbar Beteiligter ?

Der BGH⁵⁹⁾ verweist darauf, daß bei direkt beteiligten Gesellschaftern gegenüber dem geschäftsführenden Gesellschafter bzw. gegenüber dem geschäftsführenden Organ ein Auskunftsanspruch auf Namen und Anschrift der Mitgesellschafter aufgrund § 716 BGB bestehe. Dies sei auch bei mittelbar Beteiligten nicht anders, *wenn* diese untereinander eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts bildeten, was der BGH an treuhandvertraglichen Regelungen wie Anlegerversammlung, Anleger-Beirat etc. festmachte. Das Recht, seinen Vertragspartner zu kennen, sei in jedem Vertragsverhältnis selbstverständlich⁶⁰⁾ und dies bei mittelbar Beteiligten deshalb, um die eigenen Pflichten und die Rechte aus dem Vertragsverhältnis effektiv wahrnehmen zu können.⁶¹⁾ Ein besonderer Anlass für einen Auskunftsanspruch müsse nicht gegeben sein.⁶²⁾ Ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse der Mitreugeber bestehe nicht, auch nicht aus datenschutzrechtlichen Gründen.⁶³⁾ Und seien Namen und Anschrift bei der Gesellschaft in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert, könne der Ausdruck dieser Informationen verlangt werden.⁶⁴⁾ Dieser Auskunftsanspruch könne bei einer GbR-Innengesellschaft nicht ausgeschlossen werden und gründe sich aus der gesellschaftlicher Treuepflicht.⁶⁵⁾ Ob ein sich aus §§ 666, 675 BGB ergebender Auskunftsanspruch außerhalb einer GbR-Innengesellschaft bei einem reinen Treuhandverhältnis ausgeschlossen werden kann, hat der BGH offen gelassen.⁶⁶⁾

Der Interessenkonflikt zwischen Anlegern, die anonym bleiben wollen, und solchen, die mit ihren Mitgesellschaftern kommunizieren wollen,⁶⁷⁾ wird damit vom BGH im Grundsatz zu Gunsten der letzteren aufgelöst und hat zu vielzähligen Reaktionen im Schrifttum geführt.⁶⁸⁾

IV. Die Publikums-Personengesellschaft

1. Kernbereich

Wird einem Geschäftsbesorger einer Fonds-GbR, der nicht Gesellschafter derselben ist, Vollmacht eingeräumt, umfassend für die Fonds-GbR tätig zu sein, und bezieht sich sein Aufgabenbereich auf die Wahrung wirtschaftlicher Interessen der Fondsgesellschaft, so unterfällt das Geschäftsbesorgungsverhältnis und diese Vollmacht nicht Art. 1 § 1 RBerG.⁶⁹⁾ Anders ist es dagegen, wenn der Schwerpunkt der geschuldeten Tätigkeit des Geschäftsbesorgers bzw. Treuhän-

59) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 347; kritisch *Altmeyen* ZIP 2011, 326 f.; *Markwardt* BB 2011, 643; *Wollenhaupt* BB 2011, 466 f.

60) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 347

61) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 349

62) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 349 f.

63) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 348 f.; *Altmeyen* ZIP 2011, 326

64) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 349

65) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 349

66) BGH 11.01.2011 – II ZR 187/09, DB 2011, 346, 349

67) *Voigt* NZG 2011, 256

68) Kritisch *Altmeyen* ZIP 2011, 326 ff.. Bejahend *K. Schmidt* NZG 2011, 361; *Priester* ZIP 2011, 697.

69) BGH 08.02.2011 – II ZR 263/09, DB 2011, 1102 Rdn. 19

ders *auch* auf rechtlichem Gebiet liegt, weil dieser z.B. bevollmächtigt wurde, *auch* die erforderlichen Verträge abzuschließen.⁷⁰⁾

Hat ein Geschäftsbesorger, der nicht zugleich Gesellschafter der Fonds-GbR ist, für diese einen Objektfinanzierungsvertrag geschlossen und verstieß dessen Handeln gegen Art. 1 § 1 RBERG, so war der geschlossene Objektfinanzierungsvertrag unwirksam (§ 134 BGB)⁷¹⁾ Und die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages führte dann nach der Rechtsprechung des III. Senates und später auch des XI. Senates des BGH zugleich auch zur Nichtigkeit der Vollmacht.⁷²⁾ Der kreditgebenden Bank stand allenfalls ein Bereicherungsanspruch gegen die Fonds-GbR zu. Aber wegen des Schutzzwecks des RBERG war/ist es gemäß § 242 BGB dem Darlehensgeber verwehrt, die Anleger-Gesellschafter der Fonds-GbR für Bereicherungsverbindlichkeiten der GbR entsprechend § 128 HGB persönlich in Anspruch zu nehmen.⁷³⁾

Vor diesem Hintergrund haben kreditgebende Banken vermehrt mit Fonds Vereinbarungen getroffen, um damit an die Stelle besagter Bereicherungsansprüche eine neue vertragliche Grundlage treten zu lassen und die akzessorische Gesellschafterhaftung der Anleger-Gesellschafter analog § 128 HGB wieder treten zu lassen. Damit stellt sich die Frage, ob eine solche neue Vereinbarung der Fonds-GbR mit der kreditgebenden Bank nicht eines vorherigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf und mit welcher Mehrheit ein solcher zu fassen ist. Wird ein Beschluss der Gesellschafterversammlung gefaßt, womit nachträglich Beiträge erhöht werden, bedarf es der Zustimmung eines jeden Gesellschafters, da damit in den Kernbereich der Gesellschafterrechte eingegriffen wird.⁷⁴⁾ Dies ist nicht anders, wenn eine Haftung neu begründet wird, wo vorher keine vorhanden war.⁷⁵⁾ Denn ein solcher Eingriff in den Kernbereich der gesellschaftlichen Mitgliedschaft unterfällt nicht der Geschäftsführung gemäß § 709 BGB,⁷⁶⁾ so daß ohne eine Zustimmung aller Gesellschafter auch keine Vertretungsmacht gem. § 714 BGB gegeben ist. Ist mithin ein Beschluss der Gesellschafterversammlung gefaßt worden, der den Abschluss einer Vereinbarung über die Objektfinanzierung auf eine neue vertragliche Grundlage stellen soll, ohne daß zudem den Gesellschaftern bewußt gemacht wurde, welche haftungsbegründende Wirkung dies für sie haben wird, dann ist ein solcher – nicht von *allen* Gesellschaftern gefaßter - Beschluss unwirksam und der Geschäftsbesorger nicht befugt, einen solchen Vertrag mit der finan-

70) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, DB 2011, 1099 Rdn. 12

71) BGH 28.09.2000 – IX ZR 279/99, BGHZ 145, 265, 269; BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274; BGH 25.03.2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 02.12.2003 – XI ZR 429/02, ZfIR 2004, 562 f.; BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374; BGH 21.06.2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521; BGH 22.05.2007 – XI ZR 338/05, MittBayNot 2008, 204, 205

72) BGH 11.10.2001 – III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2262; BGH 14.05.2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274; BGH 25.03.2003 – XI ZR 227/02, WM 2003, 1064; BGH 02.12.2003 – XI ZR 429/02, ZfIR 2004, 562 f.; BGH 02.12.2003 – XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375; BGH 21.06.2005 – XI ZR 88/04, WM 2005, 1520, 1521

73) BGH 17.06.2008 – XI ZR 189/07, Rdn. 19 (Juris); BGH 17.06.2008 – XI ZR 112/07, WM 2008, 1356; OLG Celle 17.05.2006 – 3 U 254/05, ZIP 2006, 2163; KG Berlin 06.06.2006 – 4 U 115/05, NZG 2006, 706; OLG Stuttgart 31.12.2005 – 6 U 115/05, ZIP 2006, 2364

74) BGH 23.01.2006 – II ZR 306/04, WM 2006, 577, 578; Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 709 Rdn. 25; Münchener Kommentar/Ulmer, BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 Rdn. 137; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl. 2010, § 707 Rdn. 3; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, Seite 473; Schöne in: Bamberger/Roth, BeckOK, (01.05.2010), BGB § 709 Rdn. 17; Soergel/Hadding, BGB, 12. Aufl. 2007, § 709 Rdn. 40; Staub/C. Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 109 Rdn. 35; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, Seite 361

75) Erman/Westermann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 709 Rdn. 25

76) Schöne in: Bamberger/Roth, BeckOK, (01.05.2010), BGB § 709 Rdn. 17

zierenden Bank abzuschließen. Geschieht dies gleichwohl, so handelt der Geschäftsbesorger als vollmachtloser Vertreter und die geschlossene Vereinbarung ist schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB).

Anleger-Gesellschafter sind auch nicht zur Hinnahme von diesbezüglichen Eingriffen in ihre Gesellschafterinteressen verpflichtet, weil es unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange nicht zuzumuten ist, eine existentielle Haftung mit ihrem Privatvermögen dort zu begründen, wo vorher eine solche Haftung nicht vorhanden war. Schließlich können Gesellschafter nicht zu neuen Vermögensopfern gezwungen werden.⁷⁷⁾

2. Sanieren oder Ausscheiden

Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 19.10.2009⁷⁸⁾ iudiziert, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung seien wirksam, wonach Gesellschafter automatisch aus der GbR ausscheiden würden, die an Sanierungsbeschlüssen nicht mitgewirkt hätten, da sie bei einer Mitwirkung im Ergebnis besser gestanden hätten als im Falle der Liquidation der GbR.⁷⁹⁾ In Abgrenzung dazu hat der BGH⁸⁰⁾ nunmehr einen Fall zu entscheiden, wonach im Gesellschaftsvertrag geregelt war, daß Gesellschafter, die dem Kapitalerhöhungsbeschluss nicht zustimmten, eine Verringerung der eigenen Beteiligungsverhältnisse hinzunehmen hatten. In einem solchen Fall könne der Gesellschafter, der einer Kapitalerhöhung nicht zustimme, davon ausgehen, Gesellschafter zu bleiben und zwar unter Inkaufnahme einer Verwässerung seiner Beteiligung, ohne ausscheiden zu müssen.⁸¹⁾

3. Nichtigkeitsfeststellungsklage gegen Beschlüsse

Möchte ein Gesellschafter einer Publikums-Personengesellschaft ein Klageverfahren auf Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung führen, so hängt die Beantwortung der Frage, ob dafür passivlegitimiert die Gesellschafter oder die Gesellschaft ist, zunächst vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages ab. Dieser ist ggf. auszulegen und zwar bei Gesellschaftsverträgen von Publikums-Personengesellschaften nach objektiven Gegebenheiten. Führt dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist die Feststellungsklage auf Feststellung der Nichtigkeit von Beschlüssen gegen die Mitgesellschafter zu richten.⁸²⁾

V. Nichtige Gesellschaft

Wurde eine GbR gegründet, deren alleiniger Zweck es war, Ansprüche von Anlegern, die diese an die GbR zu diesem Zweck abgetreten hatten, geltend zu machen, so verstieß dieser Gesell-

77) BGH 23.01.2006 – II ZR 306/04, WM 2006, 577, 578

78) BGH 19.10.2009 – II ZR 240/08, NZG 2009, 1347. Dazu *Wagner* NZG 2009, 1378

79) *Wagner* WM 2010, 1684, 1688

80) BGH 25.01.2011 – II ZR 122/09, NZG 2011, 510 Rdn. 16, 22 – 27; dazu *Schneider* NZG 2011, 575

81) *Schneider* NZG 2011, 575, 577

82) BGH 01.03.2011 – II ZR 83/09, DB 2011, 984

schaftszweck gegen Art. 1 § 1 RBERG, so daß der Gesellschaftsvertrag nichtig war.⁸³⁾ Dies hat nunmehr auch der BGH⁸⁴⁾ so entschieden. Damit sollten sog. Anlegerinteressengemeinschaften in der Rechtsform des Außen-GbR als Instrument einer „Sammelklage“ der Vergangenheit angehören.

VI. Zur Verjährung des gesetzlichen Freistellungsanspruchs (§ 257 BGB)

Die Verjährungsfrist für den Befreiungsanspruch des Treuhänders gemäß § 257 Satz 1 BGB beginnt gemäß § 199 BGB mit dem Ende des Jahres der Fälligkeit des Freistellungsanspruchs. Und die Fälligkeit tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die Verbindlichkeit entsteht, von der freizustellen ist.⁸⁵⁾ Diesen Grundsatz scheint der BGH relativieren zu wollen, ohne eindeutig zu formulieren,⁸⁶⁾ woran definitiv festgemacht werden soll.

VII. Steuerrecht

Geschlossene Fonds: Softkosten als Werbungskosten/Betriebsausgaben - oder Anschaffungskosten ?

Seit der Rechtsprechung des IX. Senates des BFH Ende der 80iger Jahre des vorigen Jahrhunderts⁸⁷⁾ wurden bei Bauherrenmodellen von Anlegern geleistete Aufwendungen als Anschaffungs- und nicht als sofort abzugsfähige Werbungskosten behandelt, wenn sich die Anleger an einem Modell beteiligten, dessen Vertragswerk vom Projektanbieter vorgegeben worden war.⁸⁸⁾ Dies wurde vom BFH auf Fonds-GbRs⁸⁹⁾ und KGs⁹⁰⁾ übertragen. Diese zur Einkunftsart Vermietung und Verpachtung ergangene Rechtsprechung des BFH erstreckte dieser alsdann auch auf gewerbliche KGs.⁹¹⁾ Dies begründete der BFH damit, daß eine angemessene Vertragsgestaltung in der Vereinbarung eines Gesamtkaufpreises gelegen hätte und nicht in einer vertraglichen Leistungs- und Vergütungsaufteilung, weshalb die Vergütungen wie Anschaffungskosten zu behandeln seien (§ 42 AO). Die einzelnen Teilverträge hätten steuerlich keine selbständige Bedeutung.⁹²⁾

Diese Rechtsprechung wendet der BFH⁹³⁾ nun auch auf Windkraftfonds in der Rechtsform einer Publikums-KG an.⁹⁴⁾ Aufwendungen für die Platzierungsgarantie, Prospekterstellung und –prü-

83) OLG Düsseldorf 14.04.2010 – I-15 U 01/09, 15 U 08/09, NZG 2010, 1106; *Wagner* NZG 2011, 489, 492; *Loritz/Wagner* WM 2007, 477, 481; a.A. *Koch* NJW 2006, 1469; *Mann* NJW 2010, 2391

84) BGH 12.04.2011 – II ZR 197/09, Rdn. 9 ff.

85) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, NZG 2011, 588 Rdn. 23. Dazu bereits *Wagner* NZG 2011, 489, 492

86) BGH 22.03.2011 – II ZR 271/08, NZG 2011, 588 Rdn. 23

87) BFH 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299

88) Dazu kritisch *Wagner/Loritz*, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Bd. 1, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1747 ff.

89) BFH 07.08.1990 – IX R 70/86, BStBl. II 1990, 1024

90) BFH 11.01.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166

91) BFH 28.06.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717, 719

92) BFH 28.06.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717, 719

93) BFH 14.04.2011 – IV R 15/09, DStR 2011, 1020 Rdn. 22 - 23

fung, für die Koordinierung und Baubetreuung sowie die Eigenkapitalvermittlung werden nicht als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben sondern als Anschaffungskosten der Windkraftanlagen behandelt,⁹⁵⁾ wenn die Gesellschafter sich an einem vorgegebenen Fonds-Vertragswerk beteiligen.⁹⁶⁾

Also stellt sich die Frage, wie Windkraftfonds steuerlich zu behandeln sind, die von einer sofortigen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen für die Platzierungsgarantie, Prospekterstellung und –prüfung, für die Koordinierung und Baubetreuung sowie die Eigenkapitalvermittlung ausgegangen waren und nunmehr durch die Finanzverwaltung in Anbetracht der Entscheidung des BFH vom 14.04.2011 damit rückwirkend konfontiert werden, es handele sich um Anschaffungskosten. Es stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob bei dem Finanzamt eine Billigkeitsmaßnahme gemäß § 163 AO analog dem BMF-Schreiben vom 24.10.2001⁹⁷⁾ eingeleitet werden könnte. Der BFH konnte darüber nicht entscheiden, da es sich bei dem Verfahren über eine Billigkeitsmaßnahme um ein gesondertes Verfahren handelt.⁹⁸⁾

94) BFH 14.04.2011 – IV R 15/09, DStR 2011, 1020 Rdn. 24

95) BFH 14.04.2011 – IV R 15/09, DStR 2011, 1020 Rdn. 21

96) BFH 14.04.2011 – IV R 15/09, DStR 2011, 1020 Rdn. 25

97) BMF 24.10.2001 – IV C 3 – S 2253 a – 15/01, BStBl. I 2001, 781

98) BFH 14.04.2011 – IV R 15/09, DStR 2011, 1020 Rdn. 30