

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

Von

Martin Kapitza



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einleitung und Darstellung der Struktur und der Problematik eines geschlossenen Immobilienfonds

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

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

Zweites Kapitel

Grundlagen der Untersuchung der Rechtsstellung der Treugeber

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

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

Drittes Kapitel

Rechtsstellung des Treugebers in treuhandrechtlichen Rechtsbeziehungen

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

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

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

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

Viertes Kapitel

Die gesellschaftsrechtliche Stellung der Treugeber

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

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

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

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