Prof. Dr. Manfred J. Neumann
Rechtsanwalt, Notar, Fachanwalt für Steuerrecht
Kurfürstendamm 64, 10707 Berlin, Fax 884 201 20, Fon 884 20 11
www.kanzlei-neumann.com

Nachschusspflicht bei geschlossenen Immobilienfonds

(Stand Mai 2004)

Inhaltsangabe

1. Einleitung

2. Struktur geschlossener Immobilienfonds
2.1. Struktur eines Immobilienfonds als GbR
2.1.1. Gründer der GbR
2.1.2. Haftungsverfassung der GbR
2.1.3. Vereinbarungen über die Haftung
2.1.4. Auflösung und Liquidation der GbR

2.2. Struktur eines Immobilienfonds als KG
2.2.1. Gründung
2.2.2. Haftungsverfassung
2.2.3. Auflösung

3. Der Charakter der Nachschusspflicht – Abgrenzung der Nachschusspflicht von der (verlängerten) Betragspflicht

3.1. Begriffsbestimmung Nachschüsse
3.2. Begriffsbestimmung Beiträge
3.3. Bedeutung der Abgrenzung der (verlängerten) Beitragspflichten von Nachschusspflichten – Beitragspflicht einerseits, Verbot von Nachschüssen andererseits
3.4. Gesetzliche Reglung zum Nachschussverbot in Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR und OHG
3.5. Gesetzliche Regelung für Immobilienfonds in der Rechtform der KG
3.6. Nachschusspflicht bei einstimmigem Gesellschafterbeschluss
3.7. Nachschusspflicht bei wirksamer Regelung im Gesellschaftsvertrag
3.8. Voraussetzungen für die wirksame Begründung einer Nachschusspflicht, insb. Gesellschafterbeschluss
3.9. Die Durchsetzung der Nachschusspflicht
3.10. Ausschluss des säumigen Gesellschafters als Sanktionsmöglichkeit
3.11. Vollzug des Ausschlusses
3.12. Verjährung von Nachschussforderungen

4. Wege aus der Nachschusspflicht – die Beendigung der Fondsbeteiligung durch den Anleger

4.1. Die Anfechtung des Gesellschaftsbeitritts
4.2. Die Kündigung, ggf. aus wichtigem Grund
4.3. Die Geltendmachung der Nichtigkeit des Beitritts bei GbR und KG
4.3.1. Nichtigkeit des Beitritts zu einer GbR

4.3.1.1. Nichtigkeit wegen Formmangels
4.3.1.2. Nichtigkeit der Vollmacht des Geschäftsbesorgers bei Beitritt zum Fonds wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz
4.3.2. Nichtigkeit des Beitritts zu einer KG

5. Die Rechtsfolgen für den Anleger

5.1. Beendigung des Gesellschafterverhältnisses nur für die Zukunft nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft – Auseinandersetzung und Abfindungsanspruch
5.2. Das Schicksal der Nachschusspflicht
5.3. Anspruch auf Grundbuchberichtigung

5.4. Nachhaftung
5.4.1. Umfang der Nachhaftung
5.4.2. Beginn der Nachhaftung
5.4.3. Möglichkeiten zur Beschränkung der Nachhaftung

5.5. Haftung und unmittelbare vertragliche Verpflichtungen des Anlegers gegenüber den Banken
5.5.1. Die neuere Rechtsprechung des BGH bei nichtiger Vollmacht des Geschäftsbesorgers wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz
5.5.2. Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Vollmacht nach Rechtsscheinsgesichtspunkten
5.5.3. Die Prozessvollmacht als Sonderfall: Auswirkungen auf die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung

5.6. Steuerrechtliche Auswirkungen für den ausscheidenden Gesellschafter
5.6.1. Privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 EStG
5.6.2. Gewerblicher Grundstückshandel
5.6.3. Aberkennung der erwirtschafteten Verluste?

6. Die Rechtsfolgen für den Fonds und die verbleibenden Anleger

6.1. Anwachsung bei der GbR
6.2. Keine Anwachsung beim Kommanditisten
6.3. Berechnung des Abfindungsanspruchs

7. Sondersituation: Insolvenz des Fonds
8. Alternativen zur Nachschussverpflichtung bei Unterdeckung

1. Einleitung

"Die bluten alle ganz böse" titelte der Spiegel in Bezug auf die Anleger eines geschlossenen Immobilienfonds bereits im einer Ausgabe Anfang Februar 2003. Die hier Anwesenden werden wissen, dass diese Aussage für einen Großteil der geschlossenen Immobilienfonds mittlerweile seine Berechtigung hat. Die allgemeine wirtschaftliche Lage insb. am Berliner Markt, überzogene Ertragserwartungen, hohe Leerstandsquoten, häufig aber auch höhere Baukosten, als prospektiert, haben in den Fonds zu Unterdeckungen geführt, die die Fondsverwaltungen wiederum als Nachschussforderung gegen die Gesellschafter weiterreichten.

Gerade die Nachschussforderungen gegen die Gesellschafter, die existenzbedrohendes Ausmaß annehmen können, haben bereits zu gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt. Die wirtschaftliche Schieflage der Fonds wird sich zukünftig durch eine Austrittswelle der Gesellschafter infolge der jüngsten BGH-Rechtsprechung weiter verschärfen.

Ziel dieses Vortrag soll sein, darzustellen, unter welchen Voraussetzungen überhaupt Nachschusspflichten des Kapitalanlegers entstehen können und wie diese ggf. durchzusetzen sind.

Soweit sich Anleger durch eine Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung ihren Nachschusspflichten unter Bezugnahme auf die jüngere Rechtsprechung des BGH zur Nichtigkeit des Gesellschaftsbeitritts entziehen wollen, sollen im folgenden die Rechtsfolgen daraus für den Fonds und den ausscheidenden Anleger beleuchtet werden. Schließlich möchte ich Strategien vorstellen, wie der Fonds, anstatt mühsam die Nachschüsse von den Kapitalanlegern einzutreiben, sich ggf. im Außenverhältnis gegenüber den finanzierenden Banken von seinen Darlehensverpflichtungen teilweise entlasten kann und so Sanierungsmöglichkeiten mit der Bank als Hauptgläubiger entwickeln könnte.

2. Struktur geschlossener Immobilienfonds

Geschlossene Immobilienfonds sind Zusammenschlüsse einer Vielzahl von Kapitalanlegern, die den Erwerb und ggf. die Errichtung von Wohn- oder Gewerbebauten unter Inanspruchnahme steuerlicher Vorteile zum Ziel haben. Die insb. in der Vergangenheit gegebenen hohen Steuervorteile in den neuen Bundesländern führten dazu, dass ca. 40 Mrd. € in geschlossene Immobilienfonds in den neuen Bundesländern investiert wurden. Die starke Stückelung der Fonds gestattete es dabei auch z. T. unerfahrene Kapitalanlegern mit geringem oder mittlerem Einkommen als Anlager zu gewinnen - nicht zuletzt unter Hinweis auf Steuerersparnisse. Diese treffen die nun offenbar werdenden Unterdeckungen der Gesellschaften und etwaige Nachschusspflichten besonders hart.

Der geschlossene Immobilienfonds tritt in Deutschland in der Regel als Personengesellschaft auf, also entweder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), OHG oder Kommanditgesellschaft. Die Quasi-Rechtsform einer atypisch stillen Gesellschaft spielt insoweit kaum eine Rolle und wird daher hier auch nicht behandelt. Von geschlossenen Fonds sind die - hier nicht behandelten - sogenannten offenen Fonds zu unterscheiden. Diese erscheinen grundsätzlich in der Rechtsform einer Kapitalanlagegesellschaft für die das KAGG strenge Regelungen aufstellt. Eine solche Gesellschaft betreibt nach deutschem Recht immer Bankgeschäfte, so dass sie einer besonderen Genehmigung bedarf.

Der Regelfall eines geschlossenen Immobilienfonds ist demgegenüber als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gestaltet.

Dem Kapitalanleger, der sich vorwiegend an den prospektierten Renditen und Steuervorteilen orientiert hat, ist dabei häufig nicht bewusst, dass er damit als Gesellschafter einer GbR im Außenverhältnis Bauherr, Grundstückseigentümer und Vertragspartner geworden ist und das volle wirtschaftliche Gesamtrisiko aus der Immobilienbeteiligung trägt - also im Falle des Scheiterns - vorbehaltlich anerkannter Haftungsbegrenzungsvereinbarungen - auch gesamtschuldnerisch persönlich, unmittelbar und unbegrenzt haftet. Diese umfassende Haftung, also das übernommene Mitunternehmerrisiko ist u.a. gerade Voraussetzung für die Anerkennung der Verluste aus der Beteiligung und damit für die Steuervorteile, wie sie insb. aus § 4 Fördergebietsgesetz durch Sonderabschreibungen in Höhe von bis zu 50 % der Anschaffungs- oder Herstellungskosten möglich waren.

2. 1. Struktur eines Immobilienfonds als GbR

2.1.1. Gründung der GbR

Für eine GbR gilt grundsätzlich, dass sei formfrei, also auch mündlich abgeschlossen werden kann. Eine GbR liegt danach vor, wenn sich mindestens zwei Gesellschafter für einen gemeinsamen Gesellschaftszweck zusammenschließen und damit einen Gesllschaftsvertrag abschließen. Für geschlossene Immobilienfonds sind aber an dieser Stelle zwei Besonderheiten zu beachten: Zum einen ist der Gesellschaftsvertrag und die Beitrittserklärung des Kapitalanlegers regelmäßig notariell zu beurkunden, § 311 b BGB und zum anderen ist wegen der neueren Rechtsprechung des BGH zu beachten, dass die Beitrittserklärung des Anlagers nicht stellvertretend von einer Person abgegeben wird, deren Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig ist. Beides - Formnichtigkeit und unwirksame Vollmacht - können die Wirksamkeit des Gesellschaftsbeitritts beeinflussen. Dazu im einzelnen nachfolgend unter 4.3.

2.1.2. Haftungsverfassung der GbR

Die Vermögensmasse der GbR

Allgemein war bisher bekannt, dass das Gesellschaftsvermögen als Schuldmasse anerkannt wird, allerdings wurde dies immer so formuliert, dass die Gesellschafter einer GbR in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit haften. Prozessual ist dies an § 736 ZPO abzulesen. Dieser lautet:

> *„Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer nach § 705 BGB eingegangen Gesellschaft ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich.“*

Damit war in der Vergangenheit klar, dass alle Gesellschafter einer GbR im Grundbuch einzutragen sind und für die Vollstreckung ins Grundbuch eine Sicherungshypothek gegen alle Gesellschafter erwirkt werden musste.

Die Haftung der Gesellschafter

Von der Schuldnerschaft der GbR muss man die Haftung der Gesellschafter der GbR unterscheiden. Nach früherer Rechtslage war klar, dass die Gesellschafter einer GbR als Gesamtschuldner nach den Grundsätzen von § 421 BGB haften. Die alte Rechtsprechung der „Doppelverpflichtungstheorie“ ging davon aus, dass nicht die GbR Vertragspartner ist, sondern die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Dementsprechend wird das Vermögen jedes Gesellschafters als schuldende Masse verpflichtet und, weil der Gesellschaftsanteil an der GbR dazu gehört, mittelbar auch damit das Gesellschaftsvermögen.

Teilrechtsfähigkeit der GbR

Die GbR ist nach nunmehr neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, seit der grundlegenden Entscheidung vom 29.01.2001, als sogenanntes Teilrechtssubjekt anerkannt.

Ein aktueller Überblick findet sich in meiner Darstellung
www.kanzlei-neumann.com
Publikationen/GbR-teilrechtsfähig?

Dies bedeutet allerdings nicht mehr und nicht weniger, als dass die GbR im Rechtsverkehr als solche auftreten kann. Es hat zunächst keine weiteren Auswirkungen auf Geschäftsführungsbefugnisse u.s.w., insbesondere ist damit auch nicht eine besondere Grundbuchfähigkeit der GbR festgestellt. Es wird also zunächst weiterhin keine „GbR Wilmanndamm 9“ im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, auch nicht als Vormerkungsberechtigter. Die Details gerade im Grundbuchverkehr in Ansehung von § 47 GBO sind noch weitgehend unklar; die Praxis beharrt derzeit weiterhin auf Eintragung sämtlicher Gesellschafter. Die weitere Entwicklung wird abzuwarten bleiben.

Ob sich an der Frage der persönlichen Haftung der Gesellschafter nicht künftig etwas ändern könnte, ist ebenfalls unklar. So gibt es infolge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR Stimmen, die vertreten, dass infolge der anerkannten Teilrechtsfähigkeit die Gesellschafter nicht mehr persönlich haften, weil ja die Gesellschaft als solche aus den Rechtsgeschäften direkt verpflichtet wird. Die Auswirkungen dieser Ideen auf die Frage der Haftung der Gesellschafter ist derzeit noch vollkommen offen (vgl. Anmerkung von Brandani zum BGH Urteil vom 27.09.1999 – II ZR 371/98, DNotZ 2000, 135).

Durch die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt nunmehr wohl die sogenannte Akzessorietätshaftung, das soll dasselbe sein wie bei der OHG. Dazu betrachtet man §§ 128, 129 HGB:

§ 128 HGB „ Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.“

§ 129 HGB „(1) Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

> *(2) Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.*
>
> *(3) Die gleiche Befugnis hat der Gesellschafter, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.*
>
> *(4) Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt."*

Dementsprechend hat ein Gesellschafter einer GbR für die Schulden der GbR zu haften, § 128 HGB analog. Er kann jedoch die Einwendungen erheben, die der GbR zustehen, § 129 HGB analog.

Prozessual kann man eine GbR und ihre Gesellschafter, alle oder nur einige, als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen, dass heißt auch ggf. in einem gemeinsamen Prozess. In der Praxis taucht hier manchmal das Problem auf, dass die Gesellschafter unterschiedliche Gerichtsstände haben, weil sie an unterschiedlichen Orten wohnen. Insofern ist ggf. ein gemeinsames Gericht durch das zuständige Oberlandesgericht oder den Bundesgerichtshof bestimmen zu lassen, § 36 ZPO.

2.1.3. Vereinbarungen über die Haftung

Die neue Akzessorietätslehre, die praktisch seit 2002 unumstritten ist, geht davon aus, dass die GbR Vertragspartner ist und das Gesellschaftsvermögen zur Schuldmasse gehört.

Die alte Lehre hatte grundsätzlich angenommen, dass in der Regel allein durch den Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht eingeschränkt werden konnte mit der Folge, dass letztlich dadurch die beschränkte, insbesondere die quotale Haftung begründet wurde. Dies gilt heute nicht mehr.

Ich bin allerdings der Meinung, dass auch eine GbR eine Vereinbarung mit einem Vertragspartner schließen kann, die zugunsten der Gesellschafter der GbR eine solche quotale Haftungsbeschränkung vorsieht. Allerdings müsste diese Vereinbarung textlich anders gestaltet sein als die früheren Haftungsklauseln. Es bedarf einer ausdrücklichen (!) Regelung zwischen GbR und dem jeweiligen Vertragspartner.

Spannend bleibt dann natürlich die Frage, was mit den alten quotalen Haftungsklauseln passiert, wenn diese so jedenfalls heute nicht mehr greifen. Der BGH hat dazu kürzlich klar gestellt, dass die vereinbarte quotale Haftung aus den Jahren vor 2001 zugunsten der Gesellschafter auch unter Geltung der Akzessorietätslehre Geltung beanspruchen kann.

Die Leitsätze des BGH zur Kenntnis:

> *a) Aus Gründen des Vertrauensschutzes dürfen sich Anlagegesellschafter bereits existierender geschlossener Immobilienfonds, die als Gesellschafter bürgerlichen Rechts ausgestaltet sind, auch nach der durch die Entscheidung BGHZ 142, 315, BGHZ 146, 341 eingetretenen Änderung der Rechtsprechung des Senats für die davor abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der nach der*

früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung berufen, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war.

b) Für nach der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossene Verträge von geschlossenen Immobilienfonds in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt als Ausnahme von den Grundsätzen der Senatsurteile BGHZ 142, 315 und BGHZ 146, 341, dass die persönliche Haftung der Anlagegesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Immobilienfonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften auch durch wirksam in den Vertrag einbezogene formularmäßige Vereinbarung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, ohne dass darin grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 BGB n. F. (früher § 9 AGBG) gesehen werden kann."

BGH vom 21.01.2002 II ZR 2/00

2.1.4. Auflösung und Liquidation der GbR

Das BGB enthält verschiedene Gründe, die zur Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts führen können. Der einzig zwingende und nicht per Gesellschaftsvertrag ausschließbare Grund für eine Auflösung der Gesellschaft ist jedoch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen. Dies regelt § 728 Abs. 1 BGB.

Allerdings kann auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben, ebenso der Tod oder die Kündigung eines Gesellschafters. Diese Folge, geregelt in den §§ 727, 728 BGB tritt jedoch nur ein, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist, was regelmäßig der Fall sein wird.

Die Auflösung hat die Liquidation, also Auseinandersetzung, der Gesellschaft zur Folge. Dabei können die Gesellschafter grundsätzlich keine Einzelansprüche (Auszahlung von Einlagen, Erstattung von Aufwendungen etc.) geltend machen. Diese Ansprüche sind vielmehr Bestandteil der planmäßigen Abwicklung (ständige Rsp des BGH, vgl. nur statt vieler DStR 2002, 228).

Reihenfolge der Liquidationsmaßnahmen ist dabei folgende:

- Beendigung schwebender Geschäfte (§ 730 Abs. 2 BGB)

- Rückgabe von Gegenständen der Gesellschafter, die der Gesellschaft lediglich zur Nutzung überlassen waren (§ 732 BGB)

- Berichtigung gemeinschaftlicher Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen (§ 733 Abs.1 BGB)

- Rückerstattung der Einlagen in Geld (§733 Abs. 2 BGB)

- Verteilung des Überschusses (§734 BGB)

Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben wird ebenso wie eine etwaige Nachschusspflicht aus § 735 BGB grundsätzlich erst dann fällig, wenn die

Schlussabrechnung von den Gesellschaftern festgestellt und dadurch über ihren Inhalt Einigkeit erzielt worden ist.

Soweit das Gesellschaftsvermögen zur Aufbringung dieser Leistungen nicht ausreicht, sind die Gesellschafter zum finanziellen Ausgleich verpflichtet. Ist Gesellschaftsvermögen vorhanden, welches aber nicht liquide ist (das ist bei Immobilien ja regelmäßig der Fall), so wird dieses in Geld umgesetzt. So der aktuelle Stand der Literatur zur abstrakten Lösung dieser Frage (Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 59 V. 2.). Mit dem Problem, dass diese Art der Abwicklung bei geschlossenen Immobilienfonds mit Unterdeckung praktisch nicht realisierbar ist, hat sich offenbar noch niemand auseinander gesetzt.

Für die Fälle, in denen weder durch Vertrag noch Prospekt wirksam eine Nachschusspflicht begründet wurde, und auch die Gesellschafter nicht bereit sind, einen dahingehenden Gesellschafterbeschluss zu fassen, bleibt der Gesellschaft im Zweifel nur der Weg der Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrages, wenn die wirtschaftliche Situation dazu Anlass gibt.

Mit dem Hinweis auf diese gesetzliche Rechtsfolge könnten die Gesellschafter ggf. zur Zustimmung zu einem Beitragserhöhungsbeschluss bewegt werden, denn im Falle der Liquidation müssen sie ohnehin zahlen, wenn sich letztlich ein Verlust ergeben sollte.

2.2. Struktur eines Immobilienfonds als KG

Die Grundsituation einer Kommanditgesellschaft ist

- für den Komplementär gilt alles, was für den persönlich haftenden Gesellschafter in der OHG gilt,

- für das Innenverhältnis gelten die wenigen Vorschriften von §§ 161 bis 169 HGB, auch noch die §§ 110 ff HGB aus dem OHG-Recht, ansonsten gelten die Vorschriften über die GbR.

2.2.1. Gründung

Bei der Gründung der KG gelten dieselben Probleme, und sie kommen in der Praxis genügend vor, die sich aus § 311b BGB ergeben (Beurkundungsbedürftigkeit). Die erforderliche Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung oder die Beglaubigung der Unterschrift unter die Vollmacht zum Beitritt einer KG, § 12 HGB, heilen irgendwelche Beurkundungserfordernisse naturgemäß nicht. Andererseits heilt die Eigentumseintragung im Grundbuch „viele Wunden“, § 311 b, Satz 2 BGB.

2.2.2. Haftungsverfassung

Für den Komplementär gilt ganz einfach § 128 HGB.

Für die Kommanditisten gilt – das darf nicht vergessen werden – zunächst einmal auch § 128 HGB; diese unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung wird nur eingeschränkt, wenn und soweit eine Haftungsbeschränkung nach § 171 HGB im Handelsregister eingetragen ist. Es tauchen immer wieder im wirklichen Leben Fälle auf, wo der Vertragsschluss bereits zu einem Zeitpunkt erfolgt war, zu dem die Eintragung eines gewollten Kommanditisten in das Handelsregister noch nicht erfolgt

war; nach §§ 174, 176 HGB besteht hier immer die Befürchtung einer unbeschränkten Haftung nach § 128 HGB. Weiterhin gilt für den Kommanditisten eine gesamtschuldnerische Haftung (also keine quotale Haftung), soweit nichts anderes vereinbart wurde. Sofern die Kommanditgesellschaft in die Insolvenz gerät, macht der Insolvenzverwalter die Kommanditistenhaftung geltend, § 171 Abs. 2 HGB.

Hat der Kommanditist aber seine Einlage in Höhe der eingetragenen Haftsumme geleistet und wurde ihm diese nicht wieder (teilweise) zurück gewährt, wird er von der Haftung frei.

2.2.3. Auflösung

Im HGB, genau in § 131, sind verschiedene Gründe aufgeführt, die – im Unterschied zur GbR – bei Vorliegen zwingend zur Auflösung der Gesellschaft führen. § 131 HGB gilt gemäß § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft. Auch hier führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen zwingend zur Auflösung der Gesellschaft.

Der Tod eines Kommanditisten hat gemäß § 177 HGB hingegen nicht zwingend sein Ausscheiden zur Folge, die Gesellschaft wird vielmehr, soweit nicht anders vereinbart, mit seinen Erben fortgesetzt.

Die Auflösung der Gesellschaft hat - wie auch bei der GbR - die Liquidation der Gesellschaft zur Folge. Soweit im Gesellschaftsvertrag dazu nicht anderes geregelt ist, werden gemäß § 146 Abs. 1 HGB alle Gesellschafter Liquidatoren.

Auch hier ist gemäß § 155 HGB das nach Berichtigung aller Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen an die Gesellschafter zu verteilen. Im Gegensatz zur GbR haftet der Kommanditist jedoch, wenn er seine Einlage voll erbracht hat, grundsätzlich nicht für den Ausgleich eines sich ergebenden Verlustes.

3. Der Charakter der Nachschusspflicht - Abgrenzung der Nachschusspflicht von der (verlängerten) Beitragspflicht

Wichtig für den Kapitalanleger aber auch die Fondsverwaltung selbst ist die Klärung der Frage, ob der Anleger im Fall von Unterdeckungen während der Gesellschaftsbeteiligung zu Nachschüssen in die Gesellschaft herangezogen werden kann. Für die einen, um abschätzen zu können, ob sie unbegrenzt weiter in die defizitär laufenden Fonds einzahlen müssen, für die anderen, ob sie mit Nachschüssen der Gesellschaft wieder auf die Beine helfen können.

Besteht eine solche Nachschusspflicht nicht, bliebe der Gesellschaft andernfalls, wie oben bereits dargestellt, nur der Weg über die Liquidation und die Ausgleichspflicht des GbR-Anlegers bei Auseinandersetzung, andernfalls das Insolvenzverfahren. Nachfolgend soll nur der für den Immobilienfonds typische Fall untersucht werden, nämlich dass der Gesellschafter zunächst mit einer der Höhe nach genau bezifferten Beteiligung der Gesellschaft wirksam beigetreten ist.

Dabei sind zunächst Nachschüsse von Beitragpflichten zu unterscheiden:

3.1. Begriffsbestimmung Nachschüsse

Nachschüsse sind Zahlungsverpflichtungen der Gesellschafter gegenüber dem Gesellschaftsvermögen, die nachträglich begründet werden. Sie ergeben sich erst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses, etwa wenn die Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss eine wirtschaftliche Schieflage der Gesellschaft abwenden wollen.

3.2. Begriffsbestimmung Beiträge

Sie unterscheiden sich von den Beitragspflichten des Gesellschafters, die für den Gesellschafter bereits bei Eintritt in die Gesellschaft, also von Anfang an, begründet werden, §§ 705,706 BGB.

§ 705 BGB bestimmt:

> *"Durch den Gesellschaftszweck verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beträge zu leisten."*

Regelmäßig schulden die Gesellschafter bei Gesellschaftsgründung also Beiträge, d.h. Leistungen, die zur Förderung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks dienen. Auch wenn diese nicht grundsätzlich nur in Geld bestehen müssen, wird dies bei geschlossenen Immobilienfonds der Fall sein und in der Satzung entsprechend festgelegt werden, typischerweise in der Form:

> *" Jeder Gesellschafter hat eine Bareinlage von EUR... zu leisten."*

Dabei wird die Satzung üblicherweise bestimmen, dass der Beitrag bei Beitritt zu zahlen ist. Denkbar wäre aber grundsätzlich auch eine andere Zahlungsbestimmung, etwa in der Weise, dass zu Beginn der Investitionsphase ein bestimmter Teil des Beitrags als Bareinlagen geleistet werden und der Rest des Beitrags gestaffelt nach Baufortschritt zu zahlen ist (erweiterte oder verlängerte Beitragspflicht).

Eine erweiterte oder verlängerte Beitragspflicht ist also eine bereits ursprünglich angelegte und gesellschaftsvertraglich vereinbarte Zahlungspflicht, auch wenn sie erst später fällig wird, während die Nachschusspflicht - sofern sie in der Satzung oder durch wirksamen Gesellschafterbeschluss wirksam vereinbart wurde - später überhaupt erst entsteht.

Ist eine Kapitalleistung bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbart, darf vermutet werden, dass es sich insoweit um eine Beitragspflicht handelt (BGH, 93, 159). Da der Gesellschaftsvertrag die Beitragspflichten bereits festlegt, bedarf deren Geltendmachung keines weiteren Gesllschafterbeschlusses, sondern ist Sache der Geschäftsführer (MüKo-Ulmer § 707, Rdnr. 6).

3.3. Bedeutung der Abgrenzung der (verlängerten) Beitragspflichten von Nachschusspflichten - Beitragspflicht einerseits, Verbot von Nachschüssen andererseits

Sofern die Gesellschaft einen Gesellschafter nachträglich auf Zahlungen aus dem Gesellschaftsverhältnis in Anspruch nimmt, kommt der Unterscheidung danach, ob es sich um eine (verlängerte) Beitragspflicht oder um eine Nachschusspflicht handelt, deshalb besondere Bedeutung zu, weil die Voraussetzungen, unter denen wirksam eine Nachschussverpflichtung begründet werden kann, ungleich höher liegen als für eine Beitragspflicht. Während das Gesetz in § 705 BGB ausdrücklich von einer Beitragspflicht ausgeht, gilt für Nachschüsse bei einer "lebenden" GbR grundsätzlich ein Belastungsverbot. Der Gesellschafter soll so vor unübersehbaren finanziellen Risiken geschützt werden.

Mit anderen Worten: Nachträgliche Zahlungspflichten der Gesellschafter lassen sich nach der gesetzlichen Regelung allenfalls aus einer (erweiterten) Beitragspflicht herleiten.

Anders liegt es nur dann, wenn die Satzung wirksam Nachschusspflichten festlegt - dazu nachfolgend unter 3.7.

3.4. Gesetzliche Regelung zum Nachschussverbot in Immobilien-fonds in der Rechtsform der GbR und OHG

§ 707 BGB bestimmt grundsätzlich:

> *"Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet."*

Diese Regelung gilt für die Immobilienfonds in der Rechtsform einer OHG entsprechend, § 105 Abs. 3 HGB verweist auf § 707 BGB.

Die Kapitalanleger sind also aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 707 BGB grundsätzlich nicht zur Zahlung von Nachschüssen verpflichtet, auch nicht zu einer dem gleichkommenden Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage (Baumbach/Hopt, HGB, 30. Auflage 2000, § 109 Rdnr. 12).

Aufgrund dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung wird grundsätzlich auch keine Verpflichtung seitens der Gesellschafter zur Zustimmung zu Beschlüssen, mit denen Nachschusspflichten vereinbart werden sollen, angenommen - Belastungsverbot. Dies wird nur in ganz extremen Ausnahmesituationen von der Rechtsprechung anders gesehen. Dabei ist aber die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft für sich allein betrachtet kein ausreichender Grund, auch wenn die Gesellschafter zahlungskräftig sind (herrsche Auffassung schon seit dem Reichsgericht, RG JW 38,1522, BGH WM 61, 32, vgl. Baumbach/Hopt, HGB § 109 Rdnr. 12). Die Messlatte liegt hier extrem hoch. Im Zweifel soll die Gesellschaft aufgelöst werden!

Etwas anderes kann sich wegen des klaren Gesetzeswortlauts m. E. auch nicht aus der allgemeinen gesellschafterlichen Treuepflicht des Gesellschafters ergeben, da diese Regelung sonst im Ergebnis ausgehöhlt würde (anders aber MüKo -Ulmer, § 707, Rdnr. 6).

Diese strikte Regelung hinsichtlich der Nachschüsse beantwortet gleichzeitig die Frage nach einer zulässigen Geltendmachung der Gesellschaft von Vorschüssen auf Nachschüsse. Die Beitragspflicht ist eine der wesentlichen Pflichten des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Dass diese jedoch nicht beliebig erweitert werden kann, macht die strikte Regelung des § 707 BGB bereits deutlich. Wenn aufgrund dieser Regelung schon das Einfordern von Nachschüssen, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag anders vereinbart, ausgeschlossen ist, ist auch ein Fordern von Vorschüssen auf eine ggf. eintretende Unterdeckung des Fonds nichts durchsetzbar. Etwas anderes könnte unter Umständen gelten, wenn eine diesbezügliche Regelung bereits im Gesellschaftsvertrag angelegt ist, so dass der Gesellschafter mit entsprechenden Vorschüssen rechnen musste.

Zu beachten ist aber unbedingt, dass § 707 BGB die Beitragserhöhungen ohne Zustimmung der Gesellschafter nur während der Dauer der Gesellschaft ausschließt. Die Pflicht zur Verlustdeckung im Zuge der Liquidation oder des Ausscheidens des Gesellschafters, geregelt in §§ 735, 739 BGB wird durch diese Regelung nicht berührt.

3.5. Gesetzliche Regelung für Immobilienfonds in der Rechtsform der KG

Die Regelung des § 707 BGB findet auf die Kommanditbeteiligung in einer KG kraft Verweisung in § 161 Abs. 2 HGB gleichfalls Anwendung. Über seine Kapitalbeteiligung in Form der Einlage hinaus, ist der Kommanditist daher ebenfalls grundsätzlich nicht zur Leistung von Nachschüssen aus der gesetzlichen Regelung verpflichtet. Das oben Gesagte gilt hier entsprechend.

Gegenüber den BGB-Gesellschaftern und den Gesellschaftern der OHG ist er aber bei Ausscheiden bzw. Liquidation der Gesellschaft geschützt: Während BGB- und OHG-Gesellschafter dann zu Nachschüssen verpflichtet sind, nimmt er am Verlust der Gesellschaft nur bis zur Höhe seiner rückständigen Einlage teil, § 167 Abs. 3 HGB, und wird im übrigen frei. Für Verluste hat dann allein der persönlich haftende Gesellschafter, der Komplementär, einzustehen (BGH WM 86, 325; Baumbach/Hopt, HGB, § 167 Rdnr. 4).

3.6. Nachschusspflicht bei einstimmigen Gesellschafterbeschluss

§ 707 BGB stellt nach herrschender Rechtsmeinung eine dispositive, also nachgiebige Gesetzesregelung dar. Damit ist unstreitig, dass die Gesellschafter durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss auch davon abweichend eine Nachschusspflicht begründen können. Das Belastungsverbot dient nach seinem Gesetzeszweck dem Schutz des einzelnen Gesellschafters. Diesen Schutz müssen die Gesellschafter jedoch nicht gegen sich gelten lassen und können daher darauf einstimmig verzichten.

Liegt keine Einstimmigkeit vor, sind einzelne Gesellschafter jedoch nicht berechtigt, freiwillig ihren Beitrag durch Nachschüsse zu erhöhen, weil sich dadurch zu Lasten der anderen Gesellschafter auch ihre Beteiligung erhöhen würde. Teilweise wird jedoch vertreten, dass ein entsprechendes Angebot einzelner Gesellschafter ausnahmsweise bei einem dringenden, nicht anders deckbaren Kapitalbedarf von den anderen Gesellschaftern angenommen werden muß (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 109, Rdnr. 13 mwN).

3.7. Nachschusspflicht bei wirksamer Regelung im Gesellschaftsvertrag

Für einen geschlossenen Immobilienfonds sind einstimmige Gesellschafterbeschlüsse freilich illusorisch. Bei einer Publikumsgesellschaft, die aus einer Vielzahl untereinander nicht persönlich verbundener Gesellschafter besteht, stellt sich daher die Frage, wie Nachschusspflichten in der Satzung wirksam festgelegt werden können bzw. welche Anforderungen an die Geltendmachung dieser vertraglich festgelegten Nachschusspflichten zu stellen sind. Hierzu bedarf es einer klaren Regelung. Dies gilt erst recht, wenn die Gesellschafter durch Mehrheitsbeschluss zu Nachschüssen verpflichtet werden sollen (BGH, NJW 1993,164; K. Schmidt, GesR, 3. Aufl., S. 1746).

Eine abschließende und einheitliche Rechtsprechung hat sich hierzu noch nicht entwickelt, da in jedem Einzelfall unter Würdigung der Gesamtumstände die Wirksamkeit der Satzungsregelung betrachtet wird. Einige ober- und höchstrichterliche Entscheidungen liegen aber bereits vor, aus denen sich nachfolgender Kriterienkatalog entwickeln lässt:

1.) Die Satzung kann vorsehen, dass die Nachschusspflicht durch mehrheitlichen Gesellschafterbeschluss begründet wird. Diese vom Einstimmigkeitserfordernis abweichende Regelung muß jedoch zum Schutz des Anlegers aus dem Gesellschaftsvertrag in verständlicher, nicht nur in versteckter Weise hervorgehen (BGH, NJW, 1983, 164). Eine allgemeine auf Vertragsänderungen gerichtete Klausel reicht dazu nicht aus (Müko-Ulmer §707, Rdnr. 6).

2.) Eine angemessene Ausschlussfrist für Einwendungen gegen diesen Gesellschafterbeschluss ist grundsätzlich zulässig (BGHZ, 68, 212,216).

3.) Eine Obergrenze für die Beitragserhöhung braucht nicht festgelegt zu werden. (BGH, WM, 1978, 1399,1340; BGH NJW 1995,194,195)

4.) Der Gesellschaftsvertrag muß jedoch eine differenzierte, vertragliche Regelung treffen, die dem Gesellschafter eine präzise Kontrolle der Veranlassung und Angemessenheit der abverlangten Einlage ermöglicht. Darin sind die Kriterien, von denen eine Nachschussverpflichtung abhängig gemacht werden, aufzunehmen (BGH, wie vor).

Die Abgrenzung zwischen Nachschusspflicht und verlängerter Beitragspflicht bereitet in der Praxis dennoch im Einzelfall Probleme:

So hatte der BGH etwa zu entscheiden, ob eine nachträgliche Beitragspflicht vorliegt, wenn sich bereits bei Beitritt des Gesellschafters unter vernünftiger Würdigung der Prospektunterlagen eines Initiators ergibt, dass mit Unterdeckungen zu rechnen ist. Zur Veranschaulichung sei hier der Fall kurz in seinen wesentlichen Zügen wieder gegeben:

> Die Kläger und C waren Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds. Dabei wurde C mit einer Einlage von DM 500.000 mit einem Prospekt eingeworben, welches Aufwendungen der Gesellschaft von 16 Mio. DM und Eigenmittel von 4 Mio. DM vorsah. Des weiteren enthielt der Prospekt eine „Einnahme-Überschussrechnung“, in der unter der Überschrift „Liquidität ab Vollvermietung“ für einen Zeitraum von 15 Jahren bestimmte Beträge an „aufzuwendender Liquidität“ aufgeführt waren.
>
> Die Kläger wollten nunmehr auf der Grundlage der Zahlenwerte des Prospektes von C für die Jahre 01 und 02 entsprechende Liquiditätsbeiträge

von jeweils durchschnittlich 60.000 DM. Dabei waren sie der Ansicht, dies sei berechtigt, weil C aufgrund der Angaben im Prospekt habe erkennen müssen, dass die Beteiligung an der Gesellschaft mit jährlichen Beitragsleistungen verbunden sei. Außerdem habe es einen mehrheitlichen Gesellschafterbeschluss (C war daran nicht beteiligt) darüber gegeben, dass die Baumehrkosten von DM 380.000 letztlich aus den in den Prospektangaben aufgeführten „Liquiditätsbeiträgen“ der Gesellschafter zu erstatten sei.“

Die Kläger hatten mit ihrer Klage keinen Erfolg.

Der BGH hat zu dieser Frage in seinem Beschluss vom 15.01.1996 – II ZR 22/1995, DStR 1996, 879) ausgeführt, dass eine solche „gespaltene“ Beitragspflicht einer eindeutigen Aufnahme im Gesellschaftsvertrag bedarf. Dies wird besonders deutlich in der Anmerkung des BGH Richters Dr. Wulf Goette zu dieser Entscheidung, die an selbiger Stelle veröffentlicht ist.

Wenn die Gesellschafter also laufende weitere Beiträge über die ursprüngliche, der Höhe nach festgelegte Einlage hinaus zahlen sollen, so muss das bereits im Gesellschaftsvertrag, zumindest aber im dazugehörigen Prospekt, welchen die Gesellschafter dann aber auch erhalten haben müssen, deutlich niedergelegt sein. Eine bloß sich aus den Angaben im Prospekt ergebende und ansonsten allgemein im Gesellschaftsvertrag *angedeutete* spätere Beitragspflicht löst wegen der strengen gesetzlichen Wertung des § 707 BGB keine Zahlungspflicht der Gesellschafter aus.

Aus der Anmerkung von Goette wird jedoch deutlich, dass eine spätere **Zahlungspflicht** für die Gesellschafter durchaus durch eine mehrheitliche Beschlussfassung wirksam hätte begründet werden können. Gescheitert war dies im konkreten Fall an der Nichteinhaltung formaler Vorschriften zur Ladung zur Gesellschafterversammlung.

Im Einzelnen sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen für eine derartige Beschlussfassung aber sehr differenziert und vor allem einzelfallabhängig.

Darüber hinaus macht die Anmerkung des BGH Richters aber auch deutlich, dass eine erweiterte oder gespaltene Beitragspflicht zwar grundsätzlich wirksam durch den Gesellschaftsvertrag vereinbart werden kann. Dafür ist aber, was der BGH schon in seinem Urteil vom 27.09.1982 festgeschrieben hat (NJW 1983, 164) erforderlich, dass sich aus dem Vertrag deutlich und nicht nur versteckt die über die eigentliche Einlagenschuld hinausgehende Zahlungspflicht ergeben muss.

Fehlt diese klare unmissverständliche Regelung im Gesellschaftsvertrag, kann der Prospekt noch zur Begründung der späteren Zahlungspflichten herangezogen werden, soweit dieser bei objektiver Betrachtung die spätere Beitragspflicht <u>deutlich</u> macht und nicht nur Andeutungen in dieser Hinsicht enthält.

Die im konkreten Fall im Prospekt enthaltene Formulierung „aufzuwendende Liquidität“ in Verbindung mit den Zahlenangaben, aus denen sich eine Unterdeckung der Gesellschaft eigentlich unschwer ergab, reichte jedenfalls nicht aus, um die Anforderungen der hinreichenden Deutlichkeit einer Vereinbarung einer späteren Beitragspflicht zu begründen.

Als Fazit lässt sich also ziehen, dass sog. erweiterte Beiträge gegenüber dem Gesellschafter im Zweifel nur dann durchsetzbar sind, wenn es eine deutliche

Vereinbarung dazu gab oder dies durch einen wirksamen Gesellschafterbeschluss festgelegt wurde.

Prüfungsschema zur Abgrenzung Beitragspflicht - Nachschusspflicht

Praktisch müssen wir also folgende Arbeit leisten:

- im ersten Schritt müssen wir ermitteln, ob nach dem Gesellschaftsvertrag und seinen Grundlagen (hierzu würde ich auch Prospekte oder ähnliches Material rechnen) eine Unterdeckung auf der Ebene Gesellschafter zur Gesellschaft vorgesehen war. Wenn dies der Fall war, spricht dies für planungsgemäße nachträgliche Beiträge, nicht für Nachschüsse im Sinne von § 707 BGB

- die nächste Frage stellt sich dann, ob diese nachträglichen Beiträge nach dem konkreten Gesellschaftsvertrag nur dann fällig sind, also verlangt werden können, wenn die Unterdeckung bereits eingetreten ist, oder ob unter Berücksichtigung der entsprechenden Planzahlen bereits vorab – zur Vermeidung einer liquiden Unterdeckung des Fonds – die Zahlung von den Gesellschaftern verlangt werden kann.

- Erst wenn man zu dem Ergebnis, kommt dass die anzufordernde Unterdeckung gar nicht oder nur teilweise als Beitragspflichtig im Sinne von § 706 BGB zu qualifizieren ist, muss man sich dem Diskussionsproblem „Verbot der Nachschusspflicht“ stellen.

Es könnte beispielsweise durchaus sein, dass ein Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass zwar bei Beginn der Investitionsphase Bareinlagen geleistet werden müssen, aber auch später mit Unterdeckung zu rechnen ist und diese Unterdeckung als spätere verlängerte bzw. erweiterte Beitragspflichten im Sinne von §§ 705, 706 BGB behandelt werden.

Initiatoren von Immobilienfonds werden dies damals nicht so deutlich formuliert haben. Häufig war davon die Rede, dass Unterdeckungen nicht vorkommen, Nachschüsse also nicht erforderlich seien. In diesem Fall wird sich eine verlängerte Beitragspflicht wohl nicht begründen lassen.

Ich meine allerdings, dass gerade in Altbaufonds dies so nicht der Fall war. Typischerweise waren die Altbaumodernisierungen wirtschaftlich so konzipiert, dass die Mieteinnahmen zwar die Bewirtschaftungskosten und die Zinsen und Tilgungen von „Darlehen I“ abdeckten, nicht jedoch die Bedienung von „Darlehen II“. Wenn dies, wie so häufig, ein Fondsdarlehen war, dann sollten die Gesellschafter planungsgemäß die Tilgung und ggf. den ganzen Zinsdienst oder einen Teil davon für dieses „Darlehen II“ in die Gesellschaftskasse einschießen.

Marketingmäßig war nur dargestellt worden, dass wirtschaftlich betrachtet, nach Berücksichtigung der individuellen Steuervorteile, die natürlich niemals auf GbR-Ebene eintreten konnten, sondern immer auf Gesellschafterebene zu realisieren waren, vielleicht „keine Unterdeckung“ bestand. Diese kalkulatorische Darstellung setzt aber bei einigermaßen vernünftiger Betrachtungsweise voraus, dass die Gesellschafter nachträgliche Zahlungen zu erbringen hatten.

3.8. Voraussetzungen für die wirksame Begründung einer Nachschusspflicht, insb. Gesellschafterbeschluss

Liegt keine verlängerte Beitragspflicht vor und ist durch Gesellschaftsvertrag eine Nachschusspflicht wirksam vereinbart, kommt es auf die nähere Ausgestaltung dieser Regelung an, ob die Begründung dieser Nachschusspflicht noch eines wirksamen Gesellschafterbeschlusses bedarf. Hier sind sowohl Gestaltungen denkbar, wonach die Nachschusspflicht "automatisch" bei Eintritt gewisser Ereignisse in einer bereits festgelegten Höhe besteht (dann aber wohl eher verlängerte Beitragspflicht, siehe oben), aber auch Gestaltungen, bei denen die Nachschusspflicht erst durch einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter herbeigeführt werden kann. In diesem Fall bedarf es eines wirksamen Gesellschafterbeschlusses. Wegen der voraussichtlichen "Unwilligkeit" vieler Anleger, sich einer Nachschusspflicht zu unterwerfen, sollte dabei insb. den Satzungsbestimmungen zur Ladung besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden, um unwirksame Beschlüsse zu vermeiden.

3.9. Die Durchsetzung der Nachschusspflicht

Aber auch ein wirksamer Beschluss zur Begründung von Nachschusspflichten verhilft der Gesellschaft nicht unmittelbar zum dringend benötigten Kapital. Können oder wollen einzelne Gesellschafter nicht zahlen, stellt sich für den Fondsverwalter häufig die Frage, welche Maßnahmen zur Durchsetzung der Forderung ergriffen werden sollen. Im Zweifel wird er die Forderung gerichtlich durchsetzen müssen, wenn er sich nicht selbst dem Vorwurf der Verletzung seiner Vertragspflichten aussetzen will. Denkbar ist aber auch, dass einzelne Gesellschafter die Forderung gegen den säumigen Gesellschafter als "actio pro socio" durchsetzen.

Die Forderung gegen den Gesellschafter kann auch gerichtlich, von der GbR vertreten durch vertretungsberechtigte Gesellschafter, diese regelmäßig vertreten durch die bevollmächtigte Fondsverwaltung geltend gemacht werden. Wenn hierzu keine Aktivität durch die zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter erfolgt, kann unter Umständen mit der sogenannten „actio pro socio“ auch jeder andere Gesellschafter klageweise geltend machen, dass ein Gesellschafter seine Einlageverpflichtung in die Gesellschaftskasse zu erbringen hat. Dabei muss der klagende Gesellschafter die Umstände darlegen, die die Zulässigkeit seiner Klage begründen, die ja eine Abweichung vom Grundsatz, dass der geschäftsführende Gesellschafter die Rechte der Gesellschaft gegenüber den Gesellschafter wahrnimmt, ist (vgl. näher MüKo/Ulmer, BGB 3. Aufl. 1997, § 705 Rn. 172).

Es ist jedoch zu beachten, dass dieses Recht aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen im Einzelfall eingeschränkt, insbesondere von erschwerten Voraussetzungen abhängig gemacht sein kann. Es kann aber jedenfalls nicht vollkommen ausgeschlossen werden.

Voraussetzung einer erfolgreichen Klage eines Gesellschafters gegen einen anderen Gesellschafter auf Einzahlung des Nachschusses an die Gesellschaft ist unter anderem, dass er seine Gesellschafterstellung während des gesamten Prozesses innehat. Sollte die Gesellschafterstellung im laufenden Verfahren entfallen, ist die Klage unzulässig.

Beispiel:

A, B und C sind Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds. C ist der geschäftsführende Gesellschafter und A hat seine Nachschüsse im Gegensatz zu B bereits voll erbracht. Geht C nun nicht gegen B wegen der noch ausstehenden Nachschusszahlung vor, kann A Klage auf Einzahlung der Nachschusseinlage in die Gesellschaft ABC gegen den B erheben. Dafür müsste A zumindest schlüssig darlegen, dass die Gesellschaft ABC besteht und aus welchem Grund er als nicht geschäftsführender Gesellschafter gegen B klagt.

3.10. Ausschluss des säumigen Gesellschafters als Sanktionsmöglichkeit

Häufig wird auch erwogen, den säumigen Gesellschafter auszuschließen. Mit Ausschluss wird der säumige Gesellschafter aber für die Zukunft von der Nachschusspflicht frei, so dass sich die Zahlungspflichten der verbleibenden GbR-Gesellschafter nur weiter verschärfen werden. Dennoch kann ein Ausschluss insb. dort sinnvoll sein, wo ein Gesellschafter bei Gesellschafterbeschlüssen mit der Ausübung seines Stimmrechts beständig der wirtschaftlichen Gesundung des Fonds entgegensteht.

Ob ein Ausschluss solcher "unliebsamer" Gesellschafter möglich ist, richtet sich zunächst einmal nach dem Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit § 737 BGB. Dies kann in jedem Einzelfalle anders liegen.

§ 737 BGB setzt voraus, dass im Gesellschaftsvertrag eine sog. Fortführungsklausel besteht, dass also geregelt ist, dass die Gesellschaft im Falle des Kündigens oder Versterbens eines Gesellschafters fortgeführt wird oder, dass dies zumindest nachträglich durch Gesellschafterbeschluss entsprechend vereinbart wurde.

Weiterhin erfordert ein Gesellschafterausschluss einen wichtigen Kündigungsgrund im Sinne von § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieser Grund muss in der Person des auszuschließenden Gesellschafters vorliegen. Dieser müsste also vorsätzlich oder grob fahrlässig wesentliche ihm aus dem Gesellschaftsvertrag obliegende Pflichten verletzen. Es kann aber unter Umständen bereits genügen, wenn ihm die Erfüllung einer solchen wesentlichen Pflicht unmöglich geworden ist. (Palandt/Sprau, 62. Aufl. 2003, § 737 Rn.2)

Unabhängig davon, was im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, darf der Ausschluss eines Gesellschafters aber immer nur die „ultima ratio“ sein. Das bedeutet, dass wegen Nichtzahlung der Einlage grundsätzlich erst der Weg der Beitreibung genommen werden muss, bevor man ernsthaft einen Ausschluss des Gesellschafters in Erwägung ziehen kann. Nur dann, wenn dieser Gesellschafter bereits erklärt hat „Ich kann nicht zahlen und ich werde nicht zahlen“ oder wenn anderweitig nachgewiesen ist, z. B. durch Gerichtsvollziehermitteilung, Eintragung der eidesstattlichen Versicherung in der zentralen Schuldnerkartei o.ä., dass garantiert eine Zahlungsklage und Vollstreckung nichts erbringen wird, könnte an den Ausschluss gedacht werden.

Jedenfalls ist nur der Ausschluss des Gesellschafters möglich, es kann nicht beschlossen werden, dass der Gesellschafter, der hinaus soll, seinen Anteil an einen anderen Gesellschafter zu übertragen hat (so wäre die Praxis bei der GmbH).

Bei der Ausschließung ist zu berücksichtigen, dass der ausgeschlossene Gesellschafter grundsätzlich einen Anspruch auf Abfindung hat. Allerdings haftet er auch im Falle eines negativen Abfindungsanspruches, §§ 739, 735 BGB.

3.11. Vollzug des Ausschlusses

Der Ausschluss wird durch Beschluss vollzogen. Das ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit § 737 BGB. In der Praxis müssen hierauf noch verschiedene Vollzugshandlungen erfolgen, insbesondere

- Grundbuchberichtigung,
- Mitteilung des veränderten Gesellschafterbestandes an verschiedene Vertragspartner, z. B. Mieter.

Die Grundberichtigung hat nach §§ 19, 22 GBO in notariell beurkundeter oder notariell beglaubigter Form zu erfolgen; etwaige Vollmachten sind ebenfalls mindestens in beglaubigter Form vorzulegen, § 29 GBO. Eine Grundbuchberichtigung muss immer von sämtlichen Eigentümern, also allen im Grundbuch aufgeführten Personen, selbst oder durch Bevollmächtigte unterzeichnet sein. Auch der ausgeschlossene Gesellschafter muss an der Grundbuchberichtigung mitwirken.

Sofern eine notarielle Vollmacht besteht, z. B. für den geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR sind folgende Umstände zu berücksichtigen:

Wenn die Vollmacht einem geschäftsführenden Gesellschafter einer GbR erteilt ist, dann muss diese Person noch Gesellschafter sein, weil sie sonst nach deutschem Recht nicht geschäftsführender Gesellschafter im Sinne von § 710 BGB sein kann (Grundsatz der Selbstorganschaft). Wenn also beispielsweise gerade der geschäftsführende Gesellschafter der Nichtzahler ist und er ausgeschlossen wurde, ist seine Vollmacht ebenfalls erloschen, § 714 BGB (für die an die Geschäftsführungsbefugnis geknüpfte Vertretungsmacht).

Das zweite Problem bei Vollmachten ist sehr häufig – jedenfalls unter Berücksichtigung der restriktiven Praxis der Berliner Grundbuchrechtspfleger –, dass die Vollmacht nicht als ausreichend angesehen wird, was den ausscheidenden Gesellschafter betrifft. Insofern wird in Berlin grundsätzlich verlangt, dass der Vollmachtstext eine Klausel enthält wie:

> „Die Vollmacht umfasst auch die Grundbuchberichtigung im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters."

3.12. Verjährung von Nachschussforderungen

Eine etwaige Verjährung von Nachschussforderungen setzt zunächst voraus, dass selbige überhaupt geltend gemacht werden können. Dies ist, wie bereits erläutert, im Regelfall nur dann möglich, wenn Nachschusspflichten gesellschaftsvertraglich wirksam vereinbart wurden.

Der Anspruch auf Zahlung des Nachschusses stellt sich insoweit als Erfüllungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem einzelnen Gesellschafter dar. In Ermangelung konkreter Regelungen zur Frage der Verjährung dieser Forderungen

(gleiches gilt für die Einlageerbringung) finden die allgemeinen Regelungen zur Verjährung Anwendung.

Nach altem Recht, also für alle entstandenen Forderungen vor dem 31.12.2001, dürfte die Verjährungsregelung des § 195 BGB a.F. greifen. Danach gilt eine regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Entstehung des Anspruches.

Für die hier in Rede stehenden Problemfälle dürfte daher eine Verjährung der Zahlungsansprüche gegen die Gesellschafter noch nicht im Raume stehen. Zu beachten ist aber die komplizierte Übergangsregelung des Art. 229 § 6 EGBGB, wonach für jeden Einzelfall genau zu bestimmen ist, wann die Verjährung eintreten würde. Als Faustregel kann man aber wohl festhalten, dass grundsätzlich nunmehr die Erfüllungsansprüche in drei Jahren ab dem 01.01.2002 verjähren, wenn sie nicht nach der alten Regelung schon früher verjähren würden.

Etwas anderes gilt nach der seit dem 01.01.2002 geltenden Verjährungsregelung. § 195 BGB n. F. bestimmt die regelmäßige Verjährungsfrist nunmehr mit 3 Jahren. Also eine erheblich kürzere Verjährungsfrist als vor dem 31.12.2001. Für den Anspruchsinhaber erleichternd beginnt diese regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren jedoch nicht mehr wie ursprünglich nach der alten Regelung mit Entstehung des Anspruches. Die 3jährige Verjährungsfrist beginnt vielmehr mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch

a) entstanden ist

und

b) der Gläubiger von dem Anspruch und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

Regelmäßig ist zu beachten, dass Nachschussforderungen erst bei Erstellung des entsprechenden Jahresabschlusses der Gesellschaft zu Tage treten dürften. Folglich beginnt erst mit Ablauf des Jahres, in dem der Nachschussanspruch festgestellt worden ist, die 3jährige Frist zu laufen.

Wenn spätere Beitragszahlungen wirksam vereinbart wurden, dann gilt auch für sie – wie für die „ursprüngliche“ Beitragspflicht – die regelmäßige Verjährung.

4. Wege aus der Nachschusspflicht - die Beendigung der Fondsbeteiligung durch den Anleger

In der Vergangenheit haben sich viele der aufgelegten geschlossenen Immobilienfonds nicht so entwickelt, wie prospektiert. Die Ursachen sind vielfältig und haben ihre Ursachen in der allgemeinen wirtschaftlichen Lage, überzogenen Ertragserwartungen im Einzelfall aber auch u.a. höheren Baukosten, um nur die typischsten Fallbeispiele zu nennen. Bei satzungsgemäß vereinbarten Nachschusspflichten haben daher einige der Fonds bereits auf Druck der finanzierenden Banken, die Gesellschafter aufgefordert, die Unterdeckungen zur Vermeidung einer Insolvenz des Fonds durch Nachschüsse auszugleichen.

Fonds- Anleger suchen dann vermehrt nach Möglichkeiten, sich von der Gesellschaft zu lösen - häufig auch in der irrigen Vorstellung, sie könnten sich rückwirkend aus ihren Zahlungspflichten befreien, während sie sich tatsächlich allenfalls mit Wirkung für die Zukunft von der Gesellschaft lösen können (zu den Rechtsfolgen nachfolgend unter 5.)

Sie bemühen dabei regelmäßig folgendes rechtliches Instrumentarium:

- Anfechtung der Fondsbeteiligung wegen arglistiger Täuschung
- Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund
- Berufung auf die Nichtigkeit des Gesellschaftsbeitritts

4.1. Die Anfechtung des Gesellschaftsbeitritts

Grundsätzlich besteht für den Fondsanleger die Möglichkeit, seinen Beitritt zum Fonds wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB anzufechten, wenn er bei Beitritt zur Gesellschaft über Umstände, die seine Anlageentscheidung wesentlich beeinflussen können, getäuscht wurde.

Nicht jede subjektive Fehlvorstellung des Anlagers über die Werthaltigkeit des Renditeobjekts führt freilich zu einer arglistigen Täuschung. Der Anlager hat grundsätzlich auch - bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit oder des Wuchers - keinen Anspruch auf den Erwerb des Objekts zu dessen Verkehrswert. Nach stRspr des BGH besteht nicht einmal dann eine Pflicht zur Aufklärung, wenn der Wert des Objekts erheblich unter dem geforderten Preis liegt. Der Erwerber hat sich über Art und Umfang seiner Vertragspflichten grundsätzlich selbst Klarheit zu verschaffen (BGH, Urteil vom 14.03.2003 - V ZR 308/02 - NJW 2003, 1811 f; Urteil vom 12. 11.2002 - IX ZR 3/01 - NJW 2003,424).

Anders ist der Fall aber dann, wenn ihm im Prospekt unzutreffende Angaben gemacht werden oder dort keine Angaben gemacht werden, wo eine Aufklärungspflicht besteht.

Wie der BGH in seiner neuesten Entscheidung zu verschleierten Innenprovisionen (Urteil vom 12. 02. 2004 - III ZR 359/02) dargelegt hat, ist bei Anlagemodellen, wie einem geschlossenen Immobilienfonds, der Prospekt oft die einzige, jedenfalls aber die wichtigste Informationsquelle und damit die maßgebliche Grundlage für die Anlageentscheidung (BGHZ 145, 121, 125). Die Prospektverantwortlichen sind daher verpflichtet, sämtliche für die Anlageeentscheidung bedeutsamen Umstände wahrheitsgemäß und vollständig darzustellen (BGHZ 123,106,109 f). zu diesen für die Anlageentscheidung "bedeutsamen" Umständen gehört aber - im Hinblick auf die Verknüpfung mit der Werthaltigkeit des Objekts - auch die Information, wenn in dem Gesamtaufwand für eine Immobilienanlage , die im Prospekt als rentables Renditeobjekt dargestellt wird, die Information, dass darin erhebliche überdurchschnittliche Innenprovisionen stecken. Als überdurchschnittlich hat der BGH dabei Innenprovisionen angesehen, die 15 % überschreiten. In diesem Fall ist der Anlager darüber ausdrücklich und unmißverständlich zu unterrichten. Unvollständig und unrichtig und irreführend sind Prospektangaben insb. aber auch dann, wenn neben ausgewiesenen Kosten für Eigenkapitalbeschaffung und Agio weitere Provisionszahlungen in den „weichen Kosten“ versteckt werden (hier z. B. als "Werbungskostenzuschuss" deklariert). In jenem Fall seien die Prospektangaben geeignet, beim Anlageinteressenten Fehlvorstellungen über die geflossenen Innenprovisionen und damit über die Werthaltigkeit der Anlage hervorzurufen. Auch wenn der BGH im vorliegenden Fall nur zu Schadensersatzforderungen zu entscheiden hatte, sind diese Grundsätze seiner Rechtsauffassung nach auch für die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung anwendbar.

Danach gilt:

Verschleierte Innenprovisionen, die neben ausgewiesenen Innenprovisionen gewährt werden, berechtigen jedenfalls dann zur arglistigen Täuschung, wenn sie nicht völlig unwesentlich sind.

Innenprovisionen, die 15 % überschreiten sind ausdrücklich und unmißverständlich darzustellen. Ihr Verschweigen führt ebenfalls zur arglistigen Täuschung, weil die Prospektverantwortlichen hier eine Aufklärungspflicht trifft.

Hier bleibt aber auf die Anfechtungsfrist hinzuweisen: Anfechtungsberechtigt ist nur, wer innerhalb von einem Jahr ab Kenntnis von der arglistigen Täuschung anficht. Im übrigen ist auf die Verjährungsfrist für Prospekthaftungsansprüche hinzuweisen.

Falls der Anleger über Anlageberater oder Anlagevermittler dem Immobilienfonds beigetreten ist, könnte er aber möglicherweise Schadensersatzansprüche aus dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung gegen diese haben. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass er im Rahmen der bestehenden Beratung über die Risiken seines Gesellschaftsbeitritts, also auch mögliche spätere Zahlungspflichten oder die Renditetauglichkeit des Objekts, nicht ordnungsgemäß aufgeklärt wurde. Die Voraussetzungen sind auch hier wieder für jeden Einzelfall verschieden und daher im Zweifel einer genauen rechtlichen Prüfung zu unterwerfen.

Als Anhaltspunkt kann jedoch eine Feststellung des OLG Stuttgart in seinem Urteil vom 28.10.1998 - 9 U 69/98 – dienen. Dort heißt es wörtlich:

> *"(...) die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds ist wegen der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion des damit verbunden unternehmerischen Risikos des Anlegers und den steuerlichen Auswirkungen zu den kompliziertesten und damit beratungsintensivsten Anlageformen zu rechnen."*

4.2. Die Kündigung, ggf. aus wichtigem Grund

Die Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds ist nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen regelmäßig langfristig angelegt. Nach den üblichen gesellschaftsvertraglichen Modellen steht daher dem Anleger zumindest in den ersten ca. zehn Jahren kein ordentliches Kündigungsrecht zu. Das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund, § 723 BGB ist nicht dispositiv und läßt sich vertraglich nicht ausschließen. Was als wichtiger Grund gilt ist Gegenstand einer umfangreichen Einzelfallrechtsprechung. Als Faustregel kann gelten: Was zu einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung führt stellt immer auch einen wichtigen Grund dar.

4.3. Die Geltendmachung der Nichtigkeit des Beitritts bei GbR und KG

4.3.1 Nichtigkeit des Beitritts zu einer GbR

Zunehmend von Bedeutung für die Praxis ist auch der Versuch, sich von der Gesellschaft zu lösen, in dem man die Nichtigkeit der Beteiligung von Anfang an behauptet.

4.3.1.1. Nichtigkeit wegen Formmangels

Der Beitritt zu einer GbR ist grundsätzlich formfrei, also auch mündlich möglich. Wenn jedoch Gegenstand der Gesellschaft der Erwerb oder die Veräußerung eines Grundstücks im Ganzen oder teilweise ist - und das ist bei geschlossenen Immobilienfonds regelmäßig der Fall - besteht meist notarielle Beurkundungspflicht, § 311b BGB. Der Formzwang bei Grundstücksgeschäften soll zum Schutz des Einzelnen nicht dadurch umgangen werden können, dass er sich an einer Gesellschaft beteiligt, die sich ihrerseits zum Grundstücksgeschäft verpflichtet. § 311b BGB wird daher auf Gesellschaftsbeteiligungen entsprechend angewandt. Die Formnichtigkeit ist dabei in zwei Richtungen zu untersuchen: Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und die notarielle Beurkundung der Beitrittserklärung des Anlegers.

Wenn Beurkundungspflicht für den Gesellschaftsvertrag besteht, besteht auch Beurkundungspflicht für den Beitritt zu einem solchen Immobilienfonds. Ein beurkundungsbedürftiger Gesellschaftsvertrag, der nicht beurkundet wurde, sondern zu welchem beispielsweise nur die Unterschriften beglaubigt wurden oder der sonst nur privatschriftlich gefasst wird, ist nichtig. Ein Beitritt zu einer solchen Gesellschaft ist dann ebenfalls rechtsunwirksam (zu den gesellschaftsrechtlichen Folgen eines unwirksamen Beitritts – geregelt nach den „Grundsätzen des fehlerhaften Beitritts“ wird auf nachfolgende Ausführungen zu Ziff. 5.1. verwiesen). Bei welchem Gesellschaftszweck und bei welchem Erwerbsstadium des Grundstücks Formbedürftigkeit besteht oder wieder entfällt ist Gegenstand einer umfangreichen Einzelfallrechtsprechung.

Als Faustregel läßt sich zunächst festhalten: Wenn der Gesellschaftsvertrag unwirksam ist, macht auch ein beurkundeter Beitritt den Gesellschaftsvertrag nicht wirksam. Umgekehrt ist ein privatschriftlicher oder unterschriftsbeglaubigter Beitritt unwirksam, wenn Beurkundungspflicht für den Beitritt besteht, auch wenn der Gesellschaftsvertrag schon beurkundet war.

Auf die Formnichtigkeit kann sich der Anleger aber nur so lange berufen, so lange die Gesellschaft noch eine Erwerbs- oder Veräußerungspflicht in Bezug auf Grundstücksgeschäfte trifft. Liegt der Gesellschaftszweck in dem Erwerb eines konkreten Grundstücks und wird seine Verwertung allein durch dauerhafte Vermietung angestrebt, aber keine konkrete Veräußerung des Grundstücks vereinbart, ist die Formnichtigkeit mit Eintragung der Gesellschaft als Eigentümerin im Grundbuch geheilt § 311b Satz 2 BGB. (Zur Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR verweise ich auf mein Skript zur Teilrechtsfähigkeit der GbR im Internet unter www.kanzlei-neumann.com). Der Schutz des Anlegers durch die entsprechende Anwendung der Formvorschrift wegen seiner mittelbaren Verpflichtung zum Grundstückserwerb auf den Gesellschaftsvertrag uns seine Beitrittserklärung soll nicht weiter reichen, als der Schutz, den er hätte, wenn er sich direkt als Käufer des Grundstücks geriert hätte.

4.3.1.2. Nichtigkeit der Vollmacht des Geschäftsbesorgers bei Beitritt zum Fonds wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz

Bei Gesellschaftsgründung und auch bei Beitritt können sich die Personen vertreten lassen; für die Form gilt hier allerdings die Vereinfachung der §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB. Dies bedeutet, dass auch eine schriftlich erteilte Vollmacht grundsätzlich wirksam und ausreichend ist. Insb. bedarf sie auch bei formbedürftigen Gesellschaftsbeteiligungen regelmäßig nicht der notariellen Beurkundung

Allerdings kann eine erteilte Vollmacht auch unwirksam sein. Hier ist insb. wegen der neueren Rechtsprechung des BGH die Nichtigkeit der Vollmacht des Treuhänders zu nennen:

Häufig haben sich die Kapitalanleger nicht direkt, sondern mittelbar über Treuhänder an dem geschlossenen Immobilienfonds beteiligt. Der Treuhänder hat dazu stellvertretend für den Kapitalanleger eine Vielzahl von Erklärungen abgegeben - und zwar regelmäßig gegenüber der Gesellschaft selbst, gegenüber der finanzierenden Bank, gegenüber dem Grundbuchamt und gegenüber Vertragspartners, z.B. Mietern.

Wie der BGH in seiner neueren Rechtsprechung seit September 2000 entschieden hat, sind diese Beitritte, so sie nicht stellvertretend von Rechtsanwälten vorgenommen wurden, wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig.

Konkret hatte der BGH entschieden, dass die sogenannten Geschäftsbesorgungsverträge von Personen oder Gesellschaften mit Treuhändern oder ähnlichen Personen, die in der Regel Kaufleute, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer o. ä., jedenfalls aber keine Rechtsanwälte, waren, nichtig sind wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz, wenn sie ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauherrenmodells oder die Beteiligung an einem Immobilienerwerb für einen Erwerber besorgten. Daraus ergibt sich auch, dass grundsätzlich die Bevollmächtigungen aus solchen Verträgen oder im Zusammenhang mit solchen Verträgen ebenfalls nichtig sind. Diese Rechtsprechung muss als gefestigt gelten und wurde mittlerweile mehrfach bestätigt.(vgl. BGH, Urteil v. 28.09.2000 – IX ZR 279/99, ZNotP 2000, 497; BGH, Urteil v. 18.09.2001 – XI ZR 321/00, NJW 2001, 3774; BGH, Urteil v. 11.10.2001 – III ZR 182/00, NJW 2002, 66; BGH, Urteil v. 16.12.2002 – II ZR 109/01, DB 2003, 268; Ausnahme für Baubetreuer im engeren Sinne: OLG Karlsruhe, WM 2003, 1223, 1225). Letzteres muss jedenfalls nach wie vor für das Innenverhältnis zur Gesellschaft gelten, die regelmäßig den Treuhänder selbst bestimmt und dem Anleger die Unterzeichnung dieses Geschäftsbesorgungsvertrages, einschließlich Vollmachten im Rahmen ihrer Beitrittsformulare anträgt.

Für das Außenverhältnis, insb. der Verpflichtung des Anlegers durch so bevollmächtigte Treuhänder gegenüber Banken gilt dies nach der neueren Rechtsprechung nicht in gleicher Weise. Hier ist weiter zu differenzieren. (Dazu unten unter 5.5.).

Dies bedeutet aber nicht, dass das sog. „fehlerhafte Gesellschaftsverhältnis“ nun zu einer Rückabwicklung des Beitritts insgesamt führt. Der Gesellschafter, der sich auf diesen „fehlerhaften Beitritt“ beruft, ist allenfalls für die Zukunft, also ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung dieses Fehlers von seinen Rechten und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag befreit. Bis zu diesem Zeitpunkt gilt der Beitritt aber grundsätzlich als voll wirksam. Dazu nachfolgend unter 5.1.

4.3.2. Nichtigkeit des Beitritts zu einer KG

In der Zukunft werden wir uns sicherlich die Frage stellen müssen, wie es mit der Wirksamkeit von KG-Gründungen oder KG-Beitritten aussieht, die von Geschäftsbesorgern (Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Kaufleute) stellvertretend erklärt wurden. Wie bereits dargestellt, sind die bisher veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs alle zur GbR ergangen. Allerdings sind uns aus der Praxis genügend Fälle bekannt, wo auch Geschäftsbesorger im KG-Bereich tätig waren.

Hier wird es für die Praxis genauere Untersuchungen geben müssen, inwieweit ein Geschäftsbesorger oder ein Treuhandkommanditist rechtsberatende Tätigkeiten erbringt, welche die Nichtigkeitsfolge nach § 1 RBerG nach sich zieht.

5. Die Rechtsfolgen für den Anleger

Die Rechtsfolgen bei einer vorzeitigen Beendigung der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds werden häufig von den Anlegern falsch eingeschätzt. Sofern der Anleger seine Gesellschaftsbeteiligung anficht/kündigt oder sich auf die Nichtigkeit seines Beitritts von Anfang an beruft, ist ihm häufig nicht bekannt, dass

- er sich nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft nur für die Zukunft von der Gesellschaft lösen kann und damit insb. keinen Anspruch auf Rückgewähr seiner ursprünglichen Einlage gegen die Gesellschaft hat
- bis zu diesem Zeitpunkt entstandene Nachschusspflichten auch von ihm zu erfüllen sind
- er nicht nur für die in der Vergangenheit fällig gewordenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft ggf. mithaftet, sondern auch für Verbindlichkeiten, die in einem Zeitraum von fünf Jahren nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft fällig werden, wenn sie bis zu seinem Ausscheiden begründet wurden
- er aber ab seinem Ausscheiden mangels Stimmrecht die Geschicke der Gesellschaft nicht mehr mitbestimmen kann, so dass das wirtschaftliche Schicksal seines ggf. verbleibenden Abfindungsanspruchs in die Hände der übrigen Gesellschafter gelegt wird.
- er ggf. gegenüber den Banken weiterhin unmittelbar und persönlich haftet und verpflichtet bleibt
- steuerrechtlich für ihm unerwünschte Rechtsfolgen eintreten können

Diese Rechtsfolgen sollen nachfolgend untersucht werden.

5.1. Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses nur für die Zukunft nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft - Auseinandersetzung und Abfindungsanspruch

Unabhängig davon, ob ein Gesellschafter den Beitritt nachträglich anficht oder ob er sich auf die Nichtigkeit seines Beitritts von Anfang an beruft, kann er sich von der Gesellschaft wie bei einer Kündigung nur mit Wirkung für die Zukunft von der Gesellschaft lösen. Bis zu diesem Zeitpunkt gilt der vollzogene Beitritt aber grundsätzlich als voll wirksam, wenn der Beitretende Beiträge geleistet oder gesellschaftsvertragliche Rechte ausgeübt hat (vgl. BGH WM 1992, 492). Mit Beendigung verliert er sein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung.

Da die Gesellschaftsbeteiligung des Gesellschafters bis zum Zeitpunkt seiner Anfechtungs-/Beendigungserklärung wie eine wirksame Beteiligung behandelt wird, hat er auch keinen Anspruch auf Rückabwicklung und Durchsetzung eines auf Rückgewähr gerichteten Schadensersatzanspruchs aus vorvertraglichem Verschulden (BGH, WM 1993, 1277,1279). Er kann allenfalls die Erfüllung erst künftig entstehender Zahlungspflichten verweigern.

Beispiel
C ist in die GbR eingetreten und hat seine Einlage geleistet. Er wird von der B-Bank in Anspruch genommen. Erst danach stellt er fest, dass ihm von den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich hinsichtlich der Ertragsaussichten der Gesellschaft und der Schuldenlage geschönte Zahlen präsentiert worden sind. Er ficht seine Beitrittserklärung wegen arglistiger Täuschung an. Die B-Bank verlangt dennoch Zahlung.

In diesem Falle ist durch die Einlageleistung der Beitritt zur GbR vollzogen worden. Die Anfechtungserklärung kann nur für die Zukunft wirken und dem Anspruch der B-Bank nicht entgegengehalten werden. C muss also zahlen, wenn man die analoge Anwendung von § 130 HGB bejahen will. Er hat hier aber die Möglichkeit, sich bei den GbR-Gesellschaftern, die ihn ja gemeinschaftlich getäuscht haben, schadlos zu halten. Allerdings trägt C auch in diesem Falle das Insolvenzrisiko.

Statt der Rückgewähr seiner ursprünglichen Einlage, ist gem. §§ 738, 739 BGB eine Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen und dem Gesellschafter eine etwaige Abfindung - gemäß üblicher Satzungsvereinbarung ratierlich - auszuzahlen. Übersteigen die Verbindlichkeiten der Gesellschaft jedoch den Wert des Gesellschaftsvermögens hat der ausscheidende Gesellschafter, den Fehlbetrag quotal bezogen auf seinen Gesellschaftsanteil auszugleichen, §735 BGB.

5.2. Das Schicksal der Nachschusspflicht

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft sind dabei auch auf etwaige während seiner fehlerhaften Beteiligung entstandene Nachschusspflichten anwendbar. Der Gesellschafter kann also wirksam begründete Nachschussforderungen oder auch erweiterte Beitragsleistungen nicht mit dem Hinweis: „Mein Gesellschaftsbeitritt war nichtig, also muss ich hier gar nichts zahlen!“ verweigern. Er bleibt bis zur Beendigung der Gesellschaftsbeteiligung verpflichtet, wirksam begründete Nachschusspflichten zu erfüllen. Die Einlageverpflichtung kann von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern, hilfsweise als "actio pro socio" von einfachen Gesellschaftern gerichtlich durchgesetzt werden (siehe oben).

5.3. Anspruch auf Grundbuchberichtigung

Ist die Gesellschaft mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter beendet, hat er Anspruch darauf, im Außenverhältnis nicht mehr als Gesellschafter geführt zu werden. Für den Kommanditisten ist dies unproblematisch mit der Berichtigung im Handelsregister erledigt. Da es bei der GbR die Rechtswirkungen über die Publizität des Handelsregisters nicht gibt, muss der einmal begründete Rechtsschein im Außenverhältnis, dass der Ausgeschiedene weiterhin Gesellschafter der GbR ist, ausdrücklich zerstört werden. Daher ist zu seinen Gunsten eine Grundbuchberichtigung durchzuführen (siehe oben unter 3.11.). Gleichzeitig sind die Gläubiger von seinem Ausscheiden zu unterrichten, weil er - jedenfalls nach alter Rechtslage - andernfalls nach Rechtsscheinsgesichtspunkten weiterhin im Außenverhältnis für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft voll mithaftet.

5.4. Nachhaftung

Wie oben bereits angesprochen, haftet der ausgeschiedene Gesellschafter für die bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten, wenn sie

- vor Ablauf von 5 Jahren fällig werden (Ausschlussfrist)
- und daraus Ansprüche gegen den Gesellschafter gerichtlich geltend gemacht sind oder er den Anspruch schriftlich anerkannt hat.

Rechtsgrundlage für diese Nachhaftung ist § 160 HGB der für Personenhandelsgesellschaften unmittelbar gilt und für die GbR gemäß der Verweisung in § 736 Abs. 2 BGB Anwendung findet. Für den Kommanditisten, der seine Einlage geleistet hat, gilt dies selbstredend nur bis zur deren Höhe, § 160 Abs. 3 HGB. Diese Haftungsfolgen sollte „austrittswilligen“ Gesellschaftern vergegenwärtigt werden, so dass diese nicht den Eindruck gewinnen, durch „einfaches Verlassen“ des geschlossenen Immobilienfonds sämtlichen Haftungsrisiken aus dem Weg gehen zu können.

5.4.1. Umfang der Nachhaftung

Diese Nachhaftung betrifft alle Ansprüche aus der persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten, egal ob einmalig begründet, wie z. B. aus Delikt oder ob auf Dauer angelegt (sog. Dauerschuldverhältnisse).

Auch besteht bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen eine Nachhaftung nicht nur bis zum Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger der Gesellschaft frühestens kündigen konnte. An dieser sogenannten **Kündigungstheorie** hält die Rechtsprechung in Anbetracht der neuen Rechtslage nicht mehr fest. Die Nachhaftung wird durch § 160 HGB abschließend geregelt.

Beispiel:
Die A-Immobilien GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C schließt mit der X-Bank im Oktober 1998 einen Darlehensvertrag ab, der mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten kündbar ist. Das Darlehen wird valutiert. Am 31. August 1999 scheidet der C aus der Gesellschaft aus, X erhält hiervon Kenntnis. Ende 2000 nimmt X den C persönlich zur Zahlung ausstehender Zins- und Tilgungsraten für den Zeitraum Oktober 1999 bis März 2000 in Anspruch. C wendet ein, nicht mehr zahlen zu müssen, weil er aus der Gesellschaft ausgeschieden sei.

Hier kann C sich nicht auf sein Ausscheiden berufen. Die Forderungen des X waren schon durch den Vertragsschluss im Oktober 1998 unabhängig von der Fälligkeit einzelner Teilforderungen begründet und insofern Verbindlichkeiten im Sinne des § 160 Abs. 1 BGB. Auch kann sich C nicht auf die Kündigungsmöglichkeit zum frühesten Termin (mögliche Kündigung zum 1. Dezember 1999, 3 Monate ab Ausscheiden des C) berufen. § 160 I HGB regelt die Nachhaftung abschließend. C haftet ab Kenntnis des X fünf Jahre lang.

5.4.2. Beginn der Nachhaftung

Für den Beginn der Nachhaftungsfrist ist zwischen Personenhandelsgesellschaften und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu unterscheiden:

Für OHG und KG gilt § 160 Abs. 1 Satz 2 HGB:

> *"Die Frist beginnt mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gericht eingetragen wird."*

Da die GbR jedoch nicht ins Handelsregister einzutragen ist, beginnt dort die Frist bei Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters mit dem Zeitpunkt, in dem die Gläubiger von dem Ausscheiden eines Gesellschafters Kenntnis erlangen (allg. Meinung, vgl. Palandt, § 736 Rdnr. 14). Auf die Kenntniserlangung ist abzustellen, weil wegen der mangelnden Handelsregisterpublizität bei der GbR gegenüber Gläubigern und Rechtsverkehr ein ähnlicher Publizitätsschritt erforderlich ist. Dies kann in der Praxis durch Rundschreiben erfolgen, wobei der Gesellschafter den Zugang beim Gläubiger im Zweifel beweisen muß (vgl. MüKo-Ulmer, § 736 Rdnr. 23; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 II 5, 1315.)

Bei **Immobilienfonds** in der Rechtsform der GbR stellt sich die Frage, ob ggf. die Löschung eines Gesellschafters aus dem Grundbuch als maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn der fünfjährigen Ausschlussfrist herangezogen werden kann.

Da die Gesellschaft Eigentümerin eines Grundstücks sein kann, aber als solche nach allgemeiner Auffassung (noch) nicht grundbuchfähig ist, müssen alle Gesellschafter in das Grundbuch als Grundstückseigentümer eingetragen sein. Ein ausgeschiedener Gesellschafter ist aus dem Grundbuch zu löschen (Grundsatz der Grundbuchwahrheit, vgl. § 894 BGB). Hierfür spricht, dass sich derjenige, der ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme ins Grundbuch hat, sich auch den Inhalt des Grundbuchs entgegenhalten lassen muss. Andererseits ist zu bedenken, dass die Grundbucheintragung insofern nur deklaratorische Funktion hat, als dass keine zwingende gesellschaftsrechtliche Rechtsfolge daran geknüpft werden kann. Die Aussage des Grundbuchs hat keine ähnlich konstitutive Funktion, wie sie an entsprechende Eintragungen in das Handelsregister geknüpft wird (vgl. § 159 II HGB). Letztlich dürfte also die Löschung im Grundbuch allein zur Ingangsetzung der Ausschlussfrist nicht genügen und stellt keine rechtssichere Alternative zur direkten Mitteilung an die Gläubiger dar - jedenfalls dann nicht, wenn der Gläubiger keine Einsicht in das Grundbuch genommen hat.

5.4.3. Möglichkeiten zur Beschränkung der Nachhaftung

Für die Dauer von 5 Jahren muss der ausgeschiedene Gesellschafter folglich damit rechnen, im Umfang seiner vormaligen Gesellschaftsbeteiligung persönlich von „alten“ Gläubigern der Gesellschaft in Anspruch genommen zu werden. Daran kann sich für das Innenverhältnis bei Personenhandelsgesellschaften dann etwas ändern, wenn durch den Gesellschaftsvertrag **im Innenverhältnis** unter den Gesellschaftern eine Haftungsfreistellung vereinbart worden ist. Denn § 160 HGB ist insoweit abdingbar (herrschende Meinung, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, § 160, Rdnr. 8).

Für das Innenverhältnis gilt bei Fehlen einer anderweitigen vertraglichen Regelung für die GbR § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB: Die übrigen Gesellschafter sind verpflichtet, den ausgeschiedenen Gesellschafter von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien oder bei deren fehlender Fälligkeit Sicherheit zu leisten.

Rechtswirkungen **im Außenverhältnis** werden jedoch erst begründet, wenn die Haftungsfreistellung auch in dem Vertrag mit dem jeweiligen Gläubiger der

Gesellschaft vereinbart ist. Das ergibt sich aus der Regelung des § 128 Satz 2 HGB, der in Verbindung mit § 160 HGB für die Frage der Nachhaftung sinngemäß ebenfalls auf die GbR anzuwenden ist (vgl. § 736 Abs. 2 BGB).

Somit findet für die Dauer der Nachhaftung in Ansehung der bei dem Ausscheiden bereits begründeten Verbindlichkeiten eine Veränderung der Haftungsquote im Außenverhältnis erst einmal nicht statt. Abweichende Regelungen wären im Vertragsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gläubiger aufzunehmen.

Fall 3:

Die Immobilien-GbR „Vereinte Grundbesitz“ ist Eigentümerin mehrerer Mietobjekte. Zur GbR gehört auch Gesellschafter A. Dieser ist allerdings zum 1.1.1995 aus der Gesellschaft ausgeschieden, das Grundbuch wurde am 1.4.1995 berichtigt. Im Innenverhältnis hat A mit der Gesellschaft eine Haftungsfreistellung vereinbart. Das Ausscheiden wurde den Mietern durch Rundschreiben bekannt gegeben. Allein Mieter Z hat durch ein Postversehen eine Mitteilung nicht erhalten. Z hat vom Mai 1994 bis einschließlich Mai 2000 zuviel Miete gezahlt, die vereinbarte Miethöhe lag 20% über der ortsüblichen. Er wendet sich mit seinem Rückzahlungsverlangen in Höhe von 10.000 DM am 15.06.2000 an A, der allein für ihn als Gesellschafter greifbar ist. A wendet ein, er sei schon lange aus der Gesellschaft ausgeschieden, Z könne sich mithin nur noch an die übrigen Gesellschafter halten.

Lösung zu Fall 3:

Hier ist das Ausscheiden des A dem Z nicht positiv bekannt gemacht worden. Insofern konnte die 5-Jahres-Frist nicht in Gang gesetzt werden. Eine Anknüpfung an den Zeitpunkt der Austragung des A aus dem Grundbuch kommt wegen der insofern mangelnden Publizitätswirkung des Grundbuchs nicht in Betracht. A ist damit im Außenverhältnis zu Z weiterhin Schuldner des bereicherungsrechtlichen Anspruches. Es ist jedoch fraglich, für welche Zeiträume A haftet. Für Ansprüche aus dem Zeitraum vor dem 1.1.1995 ist seine Einstandspflicht klar, denn Verjährung des Nachhaftungsanspruchs ist nicht eingetreten. Die Ansprüche für den Zeitraum nach dem 1.1.1995 sind jedoch keine bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens entstandene Verbindlichkeiten. Bei der Miete handelt es sich zwar um ein Dauerschuldverhältnis, Rückforderungsansprüche wegen zuviel gezahlter Miete werden aber nicht bereits mit Vertragsschluss begründet, sondern entstehen erst mit der jeweiligen Mietzahlung und dem Umstand, dass diese – z.B. in Beziehung zur ortsüblichen Vergleichsmiete – zu hoch ausgefallen ist. Unabhängig von der Kenntnis des Z haftet A nicht mehr für die nach dem 1.1.1995 begründeten Verbindlichkeiten. Denn die Regelungen der §§ 159, 160 betreffen lediglich die Verjährung, konstituieren aber keinen Haftungsanspruch.

5.5. Haftung und unmittelbare vertragliche Verpflichtungen des Anlegers gegenüber den Banken

Den Abschnitt der Außenhaftung gegenüber Banken sollte man besonders behandeln, weil er auch für die Praxis der Immobilienfonds der wichtigste ist. Am Beginn eines Immobilienfonds werden viele Verträge abgeschlossen, auch mit großen Volumina, so zum Beispiel der Bauvertrag. Wesentlich ist jedoch die Fremdfinanzierung des Immobilienfonds. Diese Finanzierung war langfristig angelegt, auf 5, 10, vielleicht auch 25 Jahre. Das Risiko eines langfristigen Misserfolgs des Immobilienfonds wurde dabei von den Banken auf unterschiedliche Weise abgesichert.

Typischerweise war bei der Fremdfinanzierung zu unterscheiden zwischen den sogenannten Hypothekarkrediten (das waren allerdings auch nur Kredite, die durch Grundschulden, nicht durch Hypotheken abgesichert waren). Diese Kredite hatten den sogenannten ersten Rang, sie waren 1a-Darlehen; die Fremdfinanzierung belief sich auf ca. 30-50% des Wertes des Grundstücks. Bei Immobilienfonds waren das etwa 30% des Gesamtaufwandes, was ca. 50% des Grundstückswertes entsprochen hat (nach Bau, Modernisierung usw.).

Der zweitrangige Fremdfinanzierungsbereich, der sensible, der ca. 40-50% des Immobilienwertes, ca. 30-50% des Gesamtaufwandes ausgemacht hat, wurde besonders behandelt.

Wir müssen für die Praxis hier unterscheiden

- quotale Darlehen: d.h., dass diese Darlehen gar nicht von der GbR, sondern unmittelbar persönlich von den Gesellschaftern aufgenommen wurden (teilweise auch als Darlehen II bezeichnet). Die Besonderheit lag hier darin, dass die GbR „ihr“ Grundstück als Sicherheit für diese Darlehen zur Verfügung stellte.

Zivilrechtlich ist dies eine nicht ganz unproblematische Konstruktion, weil damit die GbR wie ein Dritter eine Haftung für fremde Verbindlichkeiten, nämlich die des GbR-Gesellschafters übernahm. Gegenüber Gläubigern wird daraus in einem Prozess wenig zu machen sein, weil dies planungsgemäß geschah (also alle Gesellschafter um diese Konstruktion wussten).

- die GbR-Darlehenskonstruktion: hier war die GbR der Vertragspartner des Kredites, die GbR war auch der Schuldner. Jedoch wurde mit den Banken vereinbart, dass die Gesellschafter der GbR damals schon nicht gesamtschuldnerisch hafteten, sondern nur teilschuldnerisch (quotal), also im Verhältnis ihrer Gesellschaftsanteile untereinander.

Teilweise wurden in diesem Zusammenhang auch Sicherungsverwertungsvereinbarungen getroffen. Danach wurde vereinbart, dass die Bank im Falle einer Darlehenskrise nicht sofort die Zwangsversteigerung betreibt, sondern erst ein bestimmtes Verständigungsverfahren mit der Geschäftsführung des Fonds und den Gesellschaftern durchlaufen sollte. Wenn dies überhaupt eine praktische Rolle gespielt haben sollte, auch im Rechtsleben, dann sind diese Zeiten offenbar vorbei. Wenn jetzt die Darlehen in der Krise sind, dann sind sie meist schon seit einigen Jahren betroffen. Mit dem technischen Problem der quotalen Haftung beschäftigt sich die bereits erwähnte juristische Abhandlung unter

www.kanzlei-neumann.com
unter Publikationen/Quotale Haftung

Soweit die Abstrakta zu diesem Thema geklärt sind, gibt es praktische Schwierigkeiten, weil die Banken in der Regel nicht so leicht aufgeben wollen. Es wird häufig eine Kombination von guter rechtlicher Beratung und praktischer Kommunikationstechnik gefordert sein.

5.5.1. Die neuere Rechtsprechung des BGH bei nichtigem Geschäftsbesorgungsvertrag und nichtiger Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz

Scheidet nun ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, stellt sich die Frage, inwieweit er im Außenverhältnis gegen über den Banken weiterhin haftet bzw. zur Rückzahlung des einmal eingegangenen persönlichen Darlehens ("Darlehen II") verpflichtet bleibt.

Diese Frage ist in letzter Zeit virulent geworden, weil der BGH dazu in den beiden letzten Jahren eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt hat.

Ausgangspunkt der Überlegungen des BGH war, dass, sofern der Darlehensvertrag und der Kaufvertrag über einen WEG-Anteil bzw. der Beitritt zu einem Immobilienfonds von einem nicht zur Rechtsberatung berechtigten Treuhänder oder Geschäftsbesorger als Stellvertreter vermittelt wurden, dieser Treuhandvertrag / Geschäftsbesorgungsvertrag häufig gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt und damit nach § 134 BGB nichtig ist.

Wird dem Treuhänder die umfassende rechtliche Betreuung von einigem Gewicht übertragen, die grundsätzlich einen erheblichen Beratungsbedarf mit sich bringt und geht diese über die Wahrung rein wirtschaftlicher Belange und einfache Hilfstätigkeiten deutlich hinaus, ist der Bereich der erlaubnispflichtigen Rechtsberatung berührt, wenn die sachgerechte Erbringung der konkret vereinbarten Leistungen erhebliche Rechtskenntnisse erfordert. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Treuhänder in der Hauptsache zur eigenverantwortlichen Abwicklung des Treuhandvertrages verpflichtet sein sollte, Verträge abwickeln und rückabwickeln durfte, bei Gerichten und Behörden vertreten durfte und alle mit dem Erwerbsvorgang verbundenen finanztechnische, wirtschaftlichen und steuerlichen Angelegenheiten übernehmen sollte (BGH, Urteil vom 26.03.2003 - IV ZR 222/02). Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages erstreckt sich dann aber auch auf die ihm zur Geschäftsbesorgung erteilte Vollmacht nach §§ 139,164 ff BGB.

Damit gilt: Durch die nichtige Bevollmächtigung konnte der Treuhänder den beitretenden Gesellschafter nicht wirksam vertreten (BGH, Urteil vom 16.12.2002 - II ZR 109/01). Gesellschaftsvertrag und Darlehensvertrag sind grundsätzlich nicht wirksam mit dem Beitretenden zustande gekommen, mit der Folge, dass die Gesellschaft aber dennoch nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft als vollzogen galt.

Der Darlehensvertrag mit der Bank bleibt damit aber gleichermaßen gegenüber dem fehlerhaft beigetretenen Gesellschafter schwebend unwirksam, sofern er sich – vermittelt durch den Geschäftsbesorger und unter Verstoß gegen das RBerG - gegenüber der Bank direkt und persönlich verpflichtet hat.

Wird der Darlehensvertrag daher nachträglich nicht ausdrücklich oder konkludent vom Darlehensnehmer genehmigt, wird er bei Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam.

Eine Genehmigung liegt dabei nicht schon im Vollzug des Darlehensvertrages, wenn der Darlehensnehmer fälschlich von der Wirksamkeit des Darlehensvertrages ausgeht. Sie setzt einen besonderen objektiven Erklärungswert voraus, also z.B. die Fortsetzung des Darlehensvertrages **trotz** Kenntnis von der Unwirksamkeit. Eine konkludente Genehmigung kann jedoch dann in Betracht kommen, wenn der Darlehensverpflichtete über mehrere Jahre hinweg Zins- und Tilgungsleistungen erbracht hat (BGH XI ZR 171/03 vom 20.04.2004).

5.5.2. Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Vollmacht nach Rechtsscheinsgesichtspunkten

Zugunsten der Bank können jedoch Rechtsscheinsaspekte greifen, wenn sie auf die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Vollmacht vertrauen durfte, §§ 171, 172 BGB. Dies ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Nach der neueren Rechtsprechung sind daran hohe Anforderungen geknüpft.

Nach Rechtsscheinsgesichtspunkten gilt eine Vollmacht dann gem. § 172 Abs. 1 BGB als wirksam, wenn der Bank spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (BGH, BGHZ 102, 60,63; WM 2004, 417,421).

Wie der BGH in seiner neuesten Entscheidung vom 20.04.2004 (XI ZR 171/03) entschieden hat, vermag eine bloße, allgemein gehaltene Notarbestätigung die Vorlage der Vollmachtsurkunde nicht zu ersetzen. Allerdings kann auch ohne Vollmachtsvorlage eine nicht wirksam erteilte Vollmacht nach den Rechtsscheinsgrundsätzen nach §§ 171, 172 BGB als wirksam gelten. Voraussetzung ist aber, dass der Geschäftspartner das Vertrauen auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde knüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint. Die Voraussetzungen der Duldungsvollmacht wären dabei dann erfüllt, wenn bei oder vor Vertragsschluss Umstände vorliegen, die auf einen solchen Rechtsschein schließen lassen. Das ist bei der Duldungsvollmacht dann der Fall, wenn der Vertretende es – regelmäßig über einen längeren Zeitraum - wissentlich geschehen lässt, das ein Anderer für ihn ohne eine Bevollmächtigung als Vertreter auftritt, und der Vertragspartner dieses bewusste Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben verstehen durfte, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist. Die Vorlage einer vom Anleger unterzeichneten Selbstauskunft oder einer Einzugsermächtigung reicht dazu aber nicht aus.

Welche anderen Umstände nun zu einer Duldungsvollmacht führen könnten, ist bisher noch nicht höchstrichterlich geklärt. Hier bleibt die weitere Rechtsprechung abzuwarten.

Wie das OLG Celle nun in einer beachtenswerten aktuellen Entscheidung dargelegt hat (OLG Celle vom 24.03.2004 – 3 U 210/03), sollen trotz Vorlage einer notariellen Vollmachtsurkunde die Voraussetzungen der Rechtsscheinsvollmacht dann nicht gegeben sein, wenn Inhalt und konkrete Ausgestaltung der Vollmachtsurkunde dem Entstehen eines Rechtsscheins widersprechen. Im zu entscheidenden Fall hatte das OLG Celle dies dann angenommen, wenn für die Bank der Verstoß gegen das RBerG offenkundig und unschwer erkennbar war, weil die Vollmacht auch ausdrücklich dazu bevollmächtigte, Rechtsmittel einzulegen oder auf solche zu verzichten. Eine solche Vollmacht erfasse erkennbar den Kernbereich anwaltlicher Tätigkeit. Die Bank könne sich daher auf ihren guten Glauben – trotz Vollmachtsvorlage - nicht berufen.

5.5.3. Die Prozessvollmacht als Sonderfall: Auswirkungen auf die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung

Wie der BGH bereits 2003 entschieden hat, lassen sich diese Grundsätze über die Wirksamkeit nach Rechtsscheinsgesichtspunkten nicht auf die dem Treuhänder erteilte Prozessvollmacht übertragen. Diese folgt nicht den allgemeinen Vertretungsregeln des §§164 BGB, sondern den § 78 ff ZPO. Rechtsscheinsgrundsätze nach §§ 171, 172 BGB finden darauf keine Anwendung.

Im konkreten Fall hatte der Treuhänder/Geschäftsbesorger eine Buchgrundschuld zugunsten der Bank auf dem Grundstück eintragen lassen und in Ausnutzung dieser Prozessvollmacht mit der Unterwerfungserklärung unter die Zwangsvollstreckung in der notariellen Urkunde zu Lasten des Vertretenen eine Vollstreckungstitel geschaffen. Die Bank hatte daher gegen den Gesellschafter unmittelbar aus der notariellen Urkunde als Titel gegen den Gesellschafter die Zwangsvollstreckung eingeleitet.

Mit Urteil vom 26.03.2003- IV ZR 222/02 - entschied der BGH zunächst, dass sich die Nichtigkeit des Treuhandvertrages auch auf die Prozessvollmacht erstreckt, sofern sie nicht nachträglich als genehmigt gilt. Der Treugeber eines nichtigen Treuhandvertrages müsse erst recht geschützt werden, wenn durch die Vollmacht - ungleich gefährlicher als der zugrundeliegende Vertrag - direkt ein Vollstreckungstitel geschaffen werden könne. Nur bei Unwirksamkeit auch der Vollmacht könne ein sachgemäßer, dem Ziel des Rechtsberatungsgesetzes entsprechender Schutz erreicht werden (vgl. auch BGH Urteil vom 25.03.2003 - XI ZR 227/02, ZIP 2003, 984; BGH Urteil vom 18.03.2003 – XI ZR 188/02, ZIP 2003 988) Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde wurde daher für unzulässig erklärt.

An dieser Rechtsprechung hält der BGH nun nicht mehr uneingeschränkt fest:

Mit Urteil vom 22.10.2003 - IV ZR 398/02 - entschied der BGH, dass sich der Darlehensnehmer gegenüber der kreditgebenden Bank auf die Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung nicht in allen Fällen berufen darf, wenn diese durch einen vollmachtlosen Vertreter (wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz) abgegeben wurde.

Dem Darlehensnehmer sei es verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der prozessualen Unterwerfungserklärung zu berufen, wenn er sich persönlich gegenüber der Bank im von ihm selbst unterzeichneten Darlehensvertrag verpflichtet hat, die persönliche Haftung zu übernehmen oder sich später der Zwangsvollstreckung in sein persönliches Vermögen zu unterwerfen. In diesem Fall müsse der Darlehensnehmer eine solche Unterwerfungserklärung auch unverzüglich abgeben. Er dürfe aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung keine Vorteile ziehen. (Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB). Damit sei er im Gegenteil verpflichtet, die unwirksame Unterwerfungserklärung nachträglich zu genehmigen.

Für die Außenhaftung gegenüber Banken bedeutet dies also für den ausscheidenden Gesellschafter:

War er nicht wirksam von einem Treuhänder bei Abgabe der Unterwerfungserklärung vertreten, kann er sich auch nach Ausscheiden aus der Gesellschaft wohl in vielen Fällen nicht aus der Darlehensverpflichtung lösen - und zwar weder nach dem Darlehen I noch nach dem Darlehen II. Es ist bankenüblich, die Verpflichtung zur Abgabe einer Unterwerfungserklärung bereits in den Darlehensvertrag aufzunehmen. Hier sind allerdings jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls zur Vollmacht und ihrer Genehmigung und zum Darlehensabschluss genau zu prüfen. Hat der Anleger

den Darlehensvertrag selbst unterzeichnet, muss er wohl meist die Zwangsvollstreckung dulden.

Hat dagegen der Treuhänder auch den Darlehensvertrag stellvertretend gegenüber der Bank abgeschlossen und ist dieser schwebend unwirksam, kann er sich der Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde möglicherweise erfolgreich widersetzen.

5.6. Steuerrechtliche Auswirkungen für den ausscheidenden Gesellschafter

Da der Gesellschafter sich regelmäßig nur dann von der Beteiligung lösen will, wenn er auf eine zeitnahe Gewinnerzielung nicht mehr vertraut und infolge Unterdeckungen zu Nachschüssen verpflichtet wurde, - seine Beteiligung also an Wert verloren hat - wird vom Kapitalanleger häufig übersehen, dass er mit der Kündigung der im Privatvermögen gehaltenen Fondsbeteiligung innerhalb der Spekulationsfrist steuerpflichtige Einnahmen auslösen kann.

Gleichzeitig gefährdet er seine Verlustzuweisungen, zumindest, wenn er innerhalb einer Frist von fünf Jahren seit Beitritt bzw. Fertigstellung/Anschaffung des Objekts kündigt.

5.6.1. Privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 EStG

Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG sind Grundstücksveräußerungen im Privatvermögen, bei denen zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre liegen, steuerpflichtig. Betroffen sind von dieser Spekulationsfrist (früher: zwei Jahre) alle Veräußerungsgeschäfte, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 31.12.1998 geschlossenen Vertrag beruht, § 52 Abs. 39 EStG. Innerhalb dieser Frist gilt auch die Anschaffung oder Veräußerung einer Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft als Spekulationsgeschäft i.Sd § 23 Abs. 1 S, 4 EStG.

Diese Grundsätze sind auch bei einer Kündigung einer GbR-Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds zu beachten, denn auch darin liegt ein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft iSd § 23 EStG.

Mit Kündigung wächst den übrigen Gesellschaftern der Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters an, § 738 Abs. 1 S. 1 BGB. Steuerlich sind die durch die Anwachsung eingetretenen Vermögensmehrungen wie eine Anteilsübertragung zu behandeln, weil die Anwachsung bei der Personengesellschaft wirtschaftlich gesehen der Anteilsübertragung entspricht (BFH, BStBl. 1995 II, 407), Daraus folgt:

Mit Ausscheiden des Gesellschafters und anteiliger Anwachsung seines Anteils am Gesellschaftsvermögen bei den übrigen Gesellschafters liegt auf Seiten des Ausscheidenden ein Veräußerungsgeschäft und auf Seiten der verbleibenden Gesellschafter ein Anschaffungsgeschäft vor, das, sofern es nicht unentgeltlich erfolgt, innerhalb der Spekulationsfrist zu versteuern ist (BFH BStBl. 1998 II 180,181). Da Fondsimmobilien aber regelmäßig mit Verbindlichkeiten belastet sind, liegt selbst dann ein entgeltliches Geschäft vor, wenn der ausscheidende Gesellschafter kein Abfindungsgutaben erhält: Dem Entgelt wird steuerrechtlich die Befreiung von den anteiligen Gesellschaftschulden gleichgestellt.

5.6.2 Gewerblicher Grundstückshandel

Bei der Veräußerung von mehr als drei Grundstücken oder Immobilienfondsanteilen innerhalb von fünf Jahren kann nach der Rechtsprechung des BFH (BFH, BStBl II 1988,244,245) ferner gewerblicher Grundstückshandel anzunehmen sein, mit der Folge dass die daraus erzielten Gewinne als im Betriebsvermögen gehalten gelten und damit stets zu versteuern sind (Schmidt, EStG § 15 Rdnr. 53).

5.6.3. Aberkennung der erwirtschafteten Verluste?

Für den Kapitalanleger von besonderer Bedeutung ist jedoch die Frage, ob die bisher erwirtschafteten Verluste anerkannt bleiben oder - ggf. auch für die zurückliegenden Veranlagungszeiträume aberkannt werden können. Hier kann nur teilweise "Entwarnung" gegeben werden:

Kündigt der Kapitalanleger seine Fondsbeteiligung fristlos aufgrund der neueren Rspr. zur Nichtigkeit der Beteiligung, wird dies regelmäßig für sich genommen nicht die Aberkennung seiner Verluste aus der Beteiligung bewirken können.

Gem. § 41 AO ist für die Besteuerung unerheblich, ob ein Rechtsgeschäft zivilrechtlich von Anfang an unwirksam war, wenn die Vertragsparteien das Rechtsgeschäft dennoch wirtschaftlich wirksam in Vollzug setzen. Damit gelten im Steuerrecht die Grundsätze über die fehlgeschlagene Gesellschaft entsprechend: Der Kapitalanleger wird wirtschaftlich so behandelt, als sei er wirksam beigetreten. Die Nichtigkeit führt als solche nicht zur Versagung der bisher erhaltenen Verlustzuweisung.

Grundsätzlich läßt die Kündigung der Beteiligung auch nicht die zur Anerkennung der Verluste erforderliche Gewinnerzielungsabsicht rückwirkend entfallen.

Als Mitunternehmer eines gewerblich geprägten geschlossenen Immobilienfonds erzielt er grundsätzlich Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 EStG. Ob dabei eine subjektive Gewinnerzielungsabsicht des Anlegers anzunehmen ist, richtet sich im wesentlichen nach einer langfristigen Prognoseentscheidung, die auf der Grundlage objektiver Kriterien, insb. der Prospektunterlagen und einer entsprechend realistischen Prognoserechnung zum Zeitpunkt der Beitrittsentscheidung zu treffen ist. Ergibt sich danach die realistische, objektive Chance auf einen Totalgewinn bzw. -überschuss, wird die Finanzverwaltung wohl die Gewinnerzielungsabsicht anerkennen müssen, auch wenn der Anleger bisher nur Verluste erzielte: Die Verluste sind gerade Konsequenz aus dem unternehmerischen Risiko das der Anleger zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 15 EStG eingegangen ist.

Dies gilt im Prinzip auch bei Fondsbeteiligungen im Privatvermögen, bei denen der Fonds ausschließlich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG erzielt. Hier sind allerdings dann nicht die Voraussetzungen der Gewinnerzielungsabsicht, sondern die der Überschusserzielungsabsicht zu prüfen.

Erfolgt der An- und Verkauf einer Fondsbeteiligung allerdings in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Investitionsentscheidung, insb. innerhalb einer Frist von fünf Jahren bei bisher erzielten Verlusten, geht die Finanzverwaltung auch hier in Berlin (OFD Berlin vom 13.06.1997, FR 1997, 790) im Wege des Anscheinsbeweises von bloßer Liebhaberei aus. Dem Anleger obliegt es dann, gegenüber der Finanzverwaltung die Vermutung, dass keine Gewinnerzielungsabsicht / Überschusserzielungsabsicht vorlag, zu entkräften (vgl. auch BFH, DStRE 2001, 1225) - etwa mit dem Hinweis auf die schlechtere wirtschaftliche Performance des Fonds und

wiederholter, nicht prospektierter Nachschussverpflichtungen. Eine Verfassungsbeschwerde zu dieser Rechtspraxis ist bereits anhängig, aber noch nicht entschieden.

Diese Rechtsunsicherheit geht zu Lasten des Anlegers, der hier ggf. den Rechtsweg beschreiten muß und das Prozesskostenrisiko trägt.

Sofern die Finanzverwaltung im Einzelfall die Gewinnerzielungsabsicht bzw. Überschusserzielungsabsicht verneint, wäre die Beteiligung am Fonds steuerrechtlich unbeachtlich, in den Vorjahren berücksichtigte Verluste würden rückwirkend entfallen. Davon wären nicht nur operative Verluste, sondern auch "Buchverluste" aufgrund von Sonder- und Regelabschreibungen betroffen. Im Einzelfall könnte dies zu beträchtlichen Steuernachzahlungen, einschließlich Verzugszinsen iHv 6 % p. a. führen.

6. Die Rechtsfolgen für den Fonds und die verbleibenden Anleger

6.1. Anwachsung bei der GbR

Fraglich ist, ob für den Fall der Ermangelung einer vertraglichen Regelung eine Pflicht der übrigen Gesellschafter zur Übernahme eines größeren Haftungsrisikos besteht, wenn BGB-Gesellschafter den Fonds verlassen.

Soweit eine quotale Haftung vereinbart ist, könnte man annehmen, die übrigen Gesellschafter haften grundsätzlich immer noch lediglich anteilig mit ihrer Beteiligungsquote.

Maßgeblich ist aber, dass sich die Beteiligungsquote des einzelnen Gesellschafters bei Ausscheiden eines anderen erhöht. Hierzu trifft § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB –unabhängig von einer quotalen Haftung - eine eindeutige Regelung: Der freiwerdende Anteil am Gesellschaftsvermögen fällt den übrigen Gesellschaftern zu (**Anwachsung**). Dieses Prinzip ist zwingende Folge des Ausscheidens (MüKo-Ulmer, § 738 Rn 5). Es ist Ausdruck der Struktur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthand (MüKo-Ulmer § 738 Rn 8) und als solches nicht dispositiv. Folglich erhöht sich automatisch die Beteiligungsquote der übriggebliebenen Gesellschafter anteilig um das Maß des freigewordenen Anteils. Da die quotale Haftung aber an die Beteiligungsquote anknüpft, ist mit dem gewonnen Mehr auf der Beteiligungsseite auch ein Mehr auf der Haftungsseite verbunden.

Die Pflicht zur Übernahme eines höheren Haftungsrisikos ergibt sich also quasi automatisch. Wollen die Gesellschafter ein höheres Beteiligungsrisiko nicht eingehen, ist für den ausgeschiedenen Gesellschafter Ersatz zu suchen. Entweder muss ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft eintreten und den freigewordenen Gesellschaftsanteil übernehmen, oder ein „alter“ Gesellschafter übernimmt diesen Anteil zusätzlich. Findet eine Anteilsübernahme durch einen neuen (oder alten) Gesellschafter nicht statt, könnte allenfalls eine vertragliche Regelung mit dem Gläubiger in dem Sinne getroffen werden, dass die alte Beteiligungsquote in Ansehung der persönlichen Haftungsquote beibehalten werden soll. Diese Regelung erscheint aber praxisfern, da kein Gläubiger freiwillig das Risiko auf sich nimmt, mit einem Teil seiner Forderung mangels Möglichkeit der insgesamt vollen – wenn auch bezüglich eines einzelnen Gesellschafters nur quotalen - Inanspruchnahme der persönlich haftenden Gesellschafter auszufallen.

Ist keine quotale Haftung vereinbart, so ergibt sich aus dem gesetzlichen Regelstatut nur, dass nach Ablauf von 5 Jahren der ausgeschiedene Gesellschafter nicht mehr für

während seiner Beteiligungszeit begründete Ansprüche in Anspruch genommen werden kann. Sollten dann noch Forderungen bestehen, müsste sich der Gläubiger an die übrigen Gesellschafter halten, die er ja unbeschränkt persönlich in Anspruch nehmen kann.

6.2. Keine Anwachsung beim Kommanditisten

Beim Kommanditisten ändert sich durch das Ausscheiden eines anderen Kommanditisten nichts. Er bleibt weiterhin in Höhe seiner Einlage beteiligt und haftet in Höhe der eingetragenen Haftungssumme. Die Anwachsung findet hier ausschließlich beim Komplementär statt.

6.3. Berechnung des Abfindungsanspruchs

Mit Ausscheiden hat der Gesellschafter, wie oben dargestellt, einen Anspruch auf Berechnung seines Abfindungsguthabens unter Berücksichtigung der Wertentwicklung seines rechnerischen Anteils an der Gesellschaft, seine Einlagen und Entnahmen. Das Nähere dazu ist jeweils in den Gesellschaftsverträgen geregelt. Zur Durchführung dieser Berechnung ist aber jedesmal eine Abschichtungsbilanz für den Gesellschafter zu erstellen. Dies bedeutet in der Praxis einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand, der nicht unterschätzt werden sollte. Nicht zuletzt deshalb sollte die Gesellschaft alles Erforderliche versuchen, um einen austrittswilligen Gesellschafter noch zu halten. Gerade bei kleineren Anlagesummen kann hier schnell ein Mißverhältnis zwischen finanziellem Aufwand und ursprünglicher Beteiligungssumme auftreten.

7. Sondersituation: Insolvenz des Fonds

Kann die Nachschusspflicht nicht oder nicht rechtzeitig durchgesetzt werden und scheitern auch andere Möglichkeiten zur Schließung etwaiger Deckungslücken bleibt in letzter Konsequenz nur der Weg zum Insolvenzgericht.

Antragsberechtigt sind dabei sowohl der Gläubiger der Fondsgesellschaft als auch der Fonds selbst, § 13 Abs. 1 Satz 1 InsO.

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist daher grundsätzlich jedes Mitglied des Vertretungsorgans zur Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermächtigt. Sind also, was im geschlossenen Immobilienfonds aber nicht der Fall sein wird, alle Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt, kann jeder von ihnen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen, ansonsten nur ein geschäftsführender Gesellschafter**.** Die KG wird auch bei der Antragsstellung durch ihre Komplementärin vertreten, §§ 170 HGB, 15 Abs. 1 InsO.

Dabei ist zu beachten, dass bei Personengesellschaften wie der GbR, OHG und KG als Eröffnungsgrund nur die Zahlungsunfähigkeit, bzw. bei Antrag für den Fonds die drohende Zahlungsunfähigkeit in Betracht kommt, also ein (drohender) dauernder Liquiditätsengpass, der die Gesellschaft außer Stande setzt die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, §§ 17, 18 InsO.

Nur Kapitalgesellschaften (§ 19 Abs. 1 InsO) und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, die über keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter verfügen, wie insb. die GmbH & Co. KG (§ 19 Abs. 3 InsO) haben

darüber hinaus ständig zu prüfen, ob nicht etwa der Insolvenzgrund der Überschuldung vorliegt, ob also das Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.

Die Wirkungen einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind in der InsO geregelt. Eine Einflussnahme der Gesellschafter auf die Art der „Auseinandersetzung“ ist ab diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich, es gelten dann ausschließlich die Vorschriften des Insolvenzverfahrens. Der Insolvenzverwalter ist dabei nach Sinn und Zweck der Insolvenzordnung gehalten, eine größtmögliche Insolvenzmasse zur Verteilung an die Gläubiger zu sichern. Er ist daher nicht berechtigt, einzelne Schuldner zu verschonen.

Die geleistete Einlage fällt dann in das Vermögen der Gesellschaft. Der Gesellschafter ist allenfalls nachrangiger Insolvenzgläubiger, § 39 InsO.

Die persönliche Haftung der Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft wird vom Insolvenzverwalter gem. § 93 InsO konkret dergestalt geltend gemacht, dass er die Gesellschafter zur Zahlung der Beträge auffordert, die zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger erforderlich sind.

Handelt es sich bei der Gesellschaft um eine KG, ist die Haftung des Kommanditisten auch in der Insolvenz auf seine im Handelsregister ausgewiesene Einlage beschränkt, § 171 Abs. 2 HGB. Ausstehende Einlagen sind noch einzuzahlen. Sofern ein Kommanditist seine Einlage in der Höhe erbracht hat, wie sie im Handelsregister ausgewiesen ist, haftet er nicht. Dies gilt nicht, soweit ihm Rückzahlungen gewährt wurden, z. B. so genannte liquide Ausschüttungen oder angebliche Gewinnausschüttungen.

Im Rahmen des Fördergebietsgesetzes tauchte immer wieder die Situation auf, dass aus steuerrechtlichen Gründen eine deutlich höhere Hafteinlage im Handelsregister eingetragen wurde als gesellschaftsrechtlich planungsgemäß eine Pflichteinlage vorgesehen war. Dies spielt für die Haftung nach außen, §§ 128, 171 HGB keine Rolle. Nach außen wird gehaftet, wie es im Handelsregister eingetragen ist. Die Pflichteinlage hingegen konkretisiert die Beitragspflicht nach §§ 705, 706 BGB. Von daher kann aus einer eingetragenen Kommanditistenhaftung nicht unmittelbar auf eine Zahlungsverpflichtung des Kommanditisten geschlossen werden. Auch insoweit stände § 707 BGB ggf. entgegen. Im Fall der Insolvenz wäre der Kommanditist daher im Innenverhältnis zum Insolvenzverwalter ggf. frei müsste aber ggf. im Außenverhältnis direkt gegenüber den Gläubigern persönlich haften. Sehr viel problematischer stellt sich die Haftungssituation des BGB-Gesellschafters gerade in der Insolvenz dar: Er haftet für die Beträge, die zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger erforderlich sind als Gesamtschuldner persönlich, unbeschränkt und unmittelbar. So jedenfalls nach der bisher geltenden Doppelverpflichtungslehre. Nach der Neueren Rechtsprechung haftet er wohl akzessorisch nach § 128 HGB. Der vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommene Gesellschafter trägt damit das Risiko der Durchsetzung und Vollstreckung seines quotalen Ausgleichsanspruchs gegen seine Mitgesellschafter.

8. Alternativen zur Nachschussverpflichtung bei Unterdeckung

Wie dargestellt, begegnet die Begründung und effektive Durchsetzung von Nachschussverpflichtungen zahlreichen Problemen. Da die Belastung mit Nachschussverpflichtungen regelmäßig auf wenig Gegenliebe stößt, werden sich Anlager anwaltlichen Rat einholen und anschließend die gerichtliche Auseinandersetzung suchen. Ein schneller Mittelzufluss ist also nicht zu erwarten. Im Gegenteil steht dann zu befürchten, dass Anleger vielmehr versuchen, aus der

Gesellschaft auszuscheiden. Hierzu gewährt die neuere Rechtsprechung des BGH den Kapitalanlegern kräftig Schützenhilfe.

Da insbesondere bei einem geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR dann für die in der Gesellschaft verbleibenden Anleger Anwachsung eintritt, kann dies zu einem Austrittswettlauf unter den Gesellschaftern führen, nach dem Motto: "Den Letzten beißen die Hunde".

Ein solcher Wettlauf führt in die Insolvenz und damit auch zu einem erheblichen Forderungsverlust der Gläubiger, insb. der finanzierenden Banken. Wie dargestellt, sind deren Ansprüche gegen die Gesellschafter häufig nicht rechtssicher durchsetzbar. Sie tragen daher auch bei persönlicher Haftung oder Darlehensübernahme der Gesellschafter ein hohes Ausfallrisiko.

Bei Unterdeckung sollte daher die Fondsverwaltung schnell und offensiv das Gespräch mit Gläubigern und anschließend den Anlegern suchen, **bevor** Nachschüsse erforderlich werden. In Anbetracht der neueren Rechtsprechung des BGH ist zu erwarten, dass sich Banken grundsätzlich kooperativ zeigen und mit dem Fonds ein Sanierungskonzept erarbeiten. Anleger wiederum werden dann dem Fonds erhalten bleiben, wenn die Gefahr existenzgefährdender Haftung gebannt ist. Denn wie oben dargestellt, ist der Austritt aus der Gesellschaft für den Anleger meist nicht attraktiv: Bei Unterdeckung hat er kein nennenswertes Abfindungsguthaben mehr zu erwarten, er unterliegt weiterhin der Nachhaftung und ggf. auch der persönlichen Haftung gegenüber den Banken. Erhoffte steuerliche Vorteile werden ggf. rückwirkend aberkannt.

Hier ist aber zu berücksichtigen, dass vielen GbR-Anlegern wohl bei ihrer Anlageentscheidung nicht ausreichend bewusst war, welche Haftungsrisiken sie eingehen. Voll aufgeklärt werden sich demnach einige nicht in der Gesellschaft halten lassen.

Eine Möglichkeit könnte hier - in Absprache mit den Gläubigern - die Umwandlung der GbR in eine KG sein. Die Gesellschafter hätten dann zumindest die Sicherheit, dass sie über die eingetragene Haftsumme hinaus für zukünftig begründeten Verbindlichkeiten nicht mehr in Anspruch genommen werden.

Stand Mai 2004