

Sebastian Althaus

Juristische und steuerliche Aspekte geschlossener Immobilienfonds

Diplomarbeit

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de/> abrufbar.

Dieses Werk sowie alle darin enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsschutz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlanges. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen, Auswertungen durch Datenbanken und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme. Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe (einschließlich Mikrokopie) sowie der Auswertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, vorbehalten.

Copyright © 2004 Diplom.de
ISBN: 9783832477844

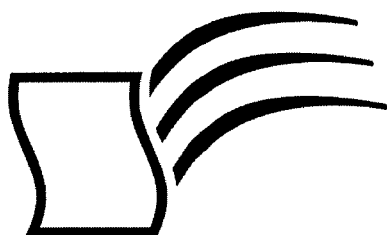
Sebastian Althaus

Juristische und steuerliche Aspekte geschlossener Immobilienfonds

Sebastian Althaus

Juristische und steuerliche Aspekte geschlossener Immobilienfonds

**Diplomarbeit
Fachhochschule Münster
Fachbereich Wirtschaft
Abgabe Februar 2004**



Diplom.de

Diplomica GmbH _____
Hermannstal 119k _____
22119 Hamburg _____

Fon: 040 / 655 99 20 _____
Fax: 040 / 655 99 222 _____

agentur@diplom.de _____
www.diplom.de _____

ID 7784

Althaus, Sebastian: Juristische und steuerliche Aspekte geschlossener Immobilienfonds

Hamburg: Diplomica GmbH, 2004

Zugl.: Fachhochschule Münster, Fachhochschule, Diplomarbeit, 2004

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Die Informationen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt erarbeitet. Dennoch können Fehler nicht vollständig ausgeschlossen werden, und die Diplomarbeiten Agentur, die Autoren oder Übersetzer übernehmen keine juristische Verantwortung oder irgendeine Haftung für evtl. verbliebene fehlerhafte Angaben und deren Folgen.

Diplomica GmbH

<http://www.diplom.de>, Hamburg 2004

Printed in Germany

1. Einleitung

Ein direkter Erwerb einer Immobilie ist mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand und einem hohen Finanzierungsvolumen verbunden. Geschlossene Immobilienfonds erfreuen sich daher großer Beliebtheit. Der Erwerb einer Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds ist für den Investor eine reine Kapitalanlage. Wird eine entsprechende Entwicklung eines Fonds vorausgesetzt, partizipiert ein Anleger von zukünftigen Gewinnen und Wertsteigerungen. Der Investor erhält laufende Ausschüttungen bzw. durch die Entschuldung steigt der Vermögenswert seines Anteils entsprechend.

Der Gedanke, sich zusammenzuschließen und gemeinsam planmäßig Immobilieneigentum zu erwerben, ist in der Bundesrepublik Deutschland nicht alt. Im Anschluss an das Wirtschaftswunder der 50er und 60er Jahre, als Immobilieneigentum in privater Hand als Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung eine größere Verbreitung gefunden hatte, verstärkte sich der Wunsch nach Immobilieneigentum als Kapitalanlage. Die Wiedervereinigung Deutschlands am 03. Oktober 1990 machte es notwendig und politisch ratsam, die Lebensverhältnisse im Beitrittsgebiet möglichst schnell jenen der alten Bundesrepublik anzupassen. Die Anlageform „Immobilienfonds“ wurde zum Zwecke von Investitionen in den neuen Bundesländern steuerlich begünstigt.

Nach den rezessiven Tendenzen im Immobilienmarkt muss eine Investition in einen geschlossenen Immobilienfonds genau geprüft werden. Die Initiatoren haben sorgfältig entscheiden, welche Immobilienart, welche rechtliche und steuerliche Ausgestaltung sie für ihren aufgelegten geschlossenen Immobilienfonds auswählen. Im Gegenzug sollten Investoren die verschiedenen Fondsangebote vergleichen. Es muss entschieden werden, ob eine langfristige, gewinnbringende Anlage oder eine Investition aus steuerlichen Gründen erfolgen soll. Unternehmerische Risiken müssen ebenfalls beachtet werden. Nur durch einen Vergleich der Fondsangebote kann festgestellt werden, ob das Ziel des Fonds auch dem Ziel des Investors entspricht.

Zielsetzung der Diplomarbeit ist es, die Aspekte deutscher geschlossener Immobilienfonds aus rechtlicher und steuerlicher Sicht darzustellen. Die Ausführungen werden auf die Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Kommanditgesellschaft begrenzt. Steuerlich werden schwerpunktmäßig die möglichen Einkunftsarten,

der umstrittene § 2 b EStG und die Entwicklung zum neuen sog. „5. Fonds-Erlass“ dargestellt. Einem interessierten Anleger soll eine Hilfestellung für seine Investitionsentscheidung gegeben werden. Des Weiteren werden Haftungsaspekte aufgeführt, die bei einer gescheiterten Investition relevant sind. Dabei wird auch eine richtungsweisende EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt. Am Ende der Ausführungen erfolgt die Beurteilung einiger ausgewählter Emissionsprospekte.

2. Fondsgedanke

2.1 Begriffsbestimmung

Das Wort „Fonds“ kommt aus dem französischen und bedeutet wortwörtlich übersetzt „Bestand“ im Sinne von „Geldmittel“ oder „Geldvorrat“. Ebenso wird eine bestimmte Vermögensmasse bezeichnet. Mittels eines Fonds sollen Gelder vieler Investoren gesammelt und zur Finanzierung bestimmter Güter eingesetzt werden. Diese Güter können ganz unterschiedlicher Art sein, beispielsweise kann es sich um Aktien, Rentenpapiere oder Immobilien handeln. Derjenige, der die Gelder eingesammelt hat, verfolgt eine bestimmte Idee. Der Initiator möchte seine Ziele mit der Unterstützung anderer verwirklichen. Was der einzelne nicht alleine kann, soll durch den Zusammenschluss vieler, deren Gelder in einen großen Topf zusammenfließen, ermöglicht werden.¹ Immobilienfonds können als offene oder geschlossene Modelle organisiert werden. Diese Konzeptionen unterscheiden sich erheblich voneinander.

2.2 Offener Immobilienfonds

Bei einem offenen Immobilienfonds wird das Fondsvermögen in Zertifikaten verbrieft. Damit sind diese handelbar, was dem Investor die Möglichkeit der jederzeitigen teilweisen oder vollständigen Trennung erlaubt. Die Zahl der Investoren kann zudem durch das Fondsmanagement per Emission neuer Zertifikate jederzeit vergrößert werden.² Offene Immobilienfonds unterliegen den Vorschriften des Gesetzes

¹ Klumpe/Nastold, Immobilienfonds, 1997, S. 1.

² Bestmann, Finanz- und Börsenlexikon, 1997, S. 326.

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Inhaltsverzeichnis	II
Abkürzungsverzeichnis	VII
Abbildungsverzeichnis	XI
1. Einleitung	1
2. Fondsgedanke	2
2.1 Begriffsbestimmung	2
2.2 Offener Immobilienfonds	2
2.3 Geschlossener Immobilienfonds	3
3. Rechtliche Konzeptionen geschlossener Immobilienfonds	5
3.1 Gesellschaft bürgerlichen Rechts	5
3.1.1 Rechtsform	5
3.1.2 Gründung	6
3.1.3 Gesellschaftsvertrag	7
3.1.4 Inhalt des Gesellschaftsvertrags	8
3.1.4.1 Geschäftsführung	8
3.1.4.2 Gesellschafterversammlung	8
3.1.4.3 Beirat	9
3.1.4.4 Haftung der Gesellschafter	10
3.1.4.5 Kündigung und Liquidation	12
3.1.4.6 Treuhandverhältnisse	13
3.1.4.6.1 Beteiligungstreuhänder	13
3.1.4.6.2 Grundstückstreuhänder	14
3.2 Kommanditgesellschaft	14
3.2.1 Rechtsform	14
3.2.2 GmbH & Co. KG	15
3.2.3 Gründung	15
3.2.4 Gesellschaftsvertrag	16
3.2.5 Inhalt des Gesellschaftsvertrags	16
3.2.5.1 Geschäftsführung	16
3.2.5.2 Gesellschafterversammlung	17
3.2.5.3 Beirat	17

3.2.5.4 Haftung der Gesellschafter.....	17
3.2.5.5 Kündigung und Liquidation.....	18
3.2.5.6 Treuhandkommanditist.....	18
3.3 Sonderformen geschlossener Immobilienfonds.....	19
3.3.1 Hamburger Modell.....	19
3.3.2 Ansparfonds.....	20
3.3.3 Modernisierungsfonds.....	20
3.3.4 Blind-Pools.....	21
4. Steuerliche Aspekte geschlossener Immobilienfonds.....	21
4.1 Einkunftsarten.....	21
4.1.1 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.....	22
4.1.1.1 Grundlagen.....	22
4.1.1.2 Vermögensverwaltung einer Fondsgesellschaft.....	22
4.1.1.3 Anwendung der „Drei-Objekt-Grenze“.....	23
4.1.1.3.1 Ebene der Gesellschaft.....	23
4.1.1.3.2 Ebene der Gesellschafter.....	24
4.1.1.3.3 Einschränkung.....	24
4.1.1.4 Weitere Fondstätigkeiten.....	25
4.1.1.5 Veräußerungen.....	25
4.1.1.6 Gewerbesteuer.....	26
4.1.2 Einkünfte aus Gewerbebetrieb.....	26
4.1.2.1 Grundlagen.....	26
4.1.2.2 Gewerblicher Grundstückshandel.....	27
4.1.2.3 Weitere Fondstätigkeiten.....	27
4.1.2.4 GmbH & Co. KG.....	27
4.1.2.5 Veräußerung.....	28
4.1.2.6 Gewerbesteuer.....	28
4.1.3 Einkünfte aus Kapitalvermögen.....	28
4.1.3.1 Gewinne.....	28
4.1.3.2 Umqualifizierung von Einkünften.....	28
4.2 Entwicklung zum sog. „5. Bauherren-Erlass“.....	29
4.2.1 Ausgangssituation.....	29
4.2.2 Eigenkapitalvermittlungsprovision.....	30
4.2.3 Vertragsgeflecht-Kriterium.....	31

4.2.4 BFH-Rechtsprechung in 2001.....	32
4.2.5 „5. Bauherren-Erlass“.....	33
4.2.6 Auswirkungen.....	34
4.2.7 Vermeidung der Modellhaftigkeit.....	34
4.3 Verlustzuweisungsgesellschaft (§ 2 b EStG).....	35
4.3.1 Grundlage.....	35
4.3.2 Anwendbarkeitsprüfung.....	37
4.3.3 Verfassungsmäßigkeit.....	38
4.4 Verlustausgleichbeschränkung (§ 15 a EStG).....	39
4.4.1 Kommanditgesellschaft.....	39
4.4.2 Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	40
4.5 Liebhaberei.....	41
4.6 Abschreibungen.....	41
4.7 Umsatzsteuer.....	41
4.7.1 Unternehmereigenschaft.....	41
4.7.2 Umsatzsteueroption.....	42
4.7.3 Ausgabe von Gesellschaftsanteilen.....	42
4.7.4 Verwaltungsleistungen.....	43
4.7.5 Treuhandkommanditist.....	43
4.8 Erbschafts- und Schenkungsteuer.....	44
4.9 Grunderwerbsteuer.....	45
5. Emissionsprospekt.....	46
5.1 Grundsatz.....	46
5.2 Formelle Prospekterfordernisse.....	46
5.3 Inhaltliche Prospekterfordernisse.....	47
5.3.1 Angaben über den Herausgeber des Prospekts.....	47
5.3.2 Darstellung des Anlageobjektes.....	47
5.3.3 Gesellschaftsrechte.....	48
5.3.4 Rechtliche Verhältnisse.....	48
5.3.5 Finanzierung und Kosten der Investition.....	48
5.3.6 Angaben über Verträge.....	50
5.3.7 Nutzung der Kapitalanlage.....	50
5.3.8 Mietverhältnisse.....	51
5.3.9 Garantien.....	51

5.3.9.1	Erstvermietungsgarantie	52
5.3.9.2	Mietgarantie	52
5.3.10	Kapitalmäßige und personelle Verflechtungen	53
5.3.11	Steuerliche Konzeption	53
5.3.12	Chancen und Risiken	54
5.3.13	Wirtschaftliche Situation der Beteiligungsgesellschaft und des Geschäftsführers	54
5.3.14	Rückabwicklung der Kapitalanlage	55
5.3.15	Wesentliche Änderungen	55
5.4	Prospekthaftung	56
5.4.1	Grundlagen	56
5.4.2	Anspruchsgegner	57
5.4.2.1	Prospekthaftung im engeren Sinne	58
5.4.2.2	Prospekthaftung im weiteren Sinne	58
5.4.3	Beschränkte Haftungsverantwortung	59
5.4.4	Schadensersatzanspruch	59
5.4.5	Haftungsbegrenzung	61
5.4.6	Mitverschulden des Anlegers	61
5.4.7	Verjährung der Prospekthaftung	62
6.	Vertrieb der Kapitalanlage	63
6.1	Anlagevermittlung	63
6.2	Anlageberatung	64
6.2.1	Grundlagen	64
6.2.2	Anlagegerechte Aufklärung	64
6.2.3	Anlegergerechte Aufklärung	65
6.2.4	Zeitpunkt der Aufklärung	65
6.3	Schadensersatz und Verjährung	66
7.	Haftungsverantwortung einzelner Funktionsträger	66
7.1	Treuhänder	66
7.1.1	Mittelverwendungstreuhänder	67
7.1.2	Volltreuhänder	67
7.2	Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte	68
7.3	Beirat	70

8. Ansprüche gegenüber Kreditinstituten	71
8.1 Projektunbeteiligtes Kreditinstitut	71
8.1.1 Finanzierendes Kreditinstitut	71
8.1.2 Anlagevermittlung	72
8.2 Projektbeteiligtes Kreditinstitut	73
8.2.1 Kreditinstitut als Anlagevermittler oder Anlageberater	73
8.2.2 Kreditinstitut als Treuhänder	73
8.2.3 Einwendungsdurchgriff	74
8.2.3.1 Verbundgeschäft	74
8.2.3.2 Gesellschaftsrechtliche Abwicklung	75
8.2.3.3 Rückabwicklung des Kredits	75
8.2.4 Widerrufsrechte	76
8.2.4.1 Bisherige Rechtsprechung	77
8.2.4.2 Neue Rechtsentwicklung	78
8.2.4.2.1 „Heininger-Urteil“	78
8.2.4.2.2 Nachfolgende BGH-Entscheidungen	80
8.2.4.3 Europarechtswidrigkeit des Widerrufsrechtes	81
8.3 Prospekthaftung des Kreditinstituts	82
9. Untersuchung von Emissionsprospekten	83
9.1 Checkliste	83
9.2 Fazit	93
10. Zusammenfassung und Ausblick	94
Anhang I: BMF-Schreiben	96
Anhang II: EG-Richtlinien	148
Anhang III: Internetseiten	166
Quellenverzeichnis	187
Eidesstattliche Erklärung	194

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
Afa	Abschreibung für Abnutzung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVI	Bundesverband Investment und Asset Management e. V., Frankfurt am Main
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
Dr.	Doktor
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft

ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuer-Richtlinien
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
e. V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ff.	fortfolgende
FinSen.	Senator für Finanzen
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
GBO	Grundbuchordnung
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GbR-mbH	Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung
gem.	gemäß
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., Düsseldorf
i. H. v.	in Höhe von
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
Jb.	Jahrbuch
JP	Juristische Praxis (Zeitschrift)

KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kdg.	Kündigung
KG	Kommanditgesellschaft
lat.	lateinisch
lt.	laut
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
mögl.	möglich
Mrd.	Milliarde
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
o. g.	oben genannt
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasser
Prof.	Professor
Pkt.	Punkt
R	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
sog.	so genannt
StBerG	Steuerberatungsgesetz
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
StuB	Steuer- und Bilanzpraxis (Zeitschrift)
telef.	telefonisch
Tz.	Textziffer
u.	und
u. a.	unter anderen
UR	Umsatzsteuer-Rundschau (Zeitschrift)
URL	Uniform Resource Locator
UStG	Umsatzsteuergesetz
UStR	Umsatzsteuer-Richtlinien

usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	von
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Vertr.	Vertrag
VGI	Verband geschlossene Immobilienfonds e. V., Berlin
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
z. B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

Abbildungsverzeichnis

		<u>Seite</u>
Abbildung 1:	Aufteilung der Publikumsfonds in Deutschland	3
Abbildung 2:	Geschlossene Fonds nach Arten 2001	3
Abbildung 3:	Investitionen in geschlossene Immobilienfonds	4
Abbildung 4:	Beteiligungstreuhänder	14
Abbildung 5:	Treuhandkommanditist	19
Abbildung 6:	Anwendbarkeitsprüfung § 2 b EStG	37

über Kapitalanlagegesellschaften und dürfen nur in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft betrieben werden. Die Kapitalgesellschaft legt das bei ihr eingelegte Geld als Sondervermögen im eigenen Namen und für Rechnung der Anleger in Immobilien an.³

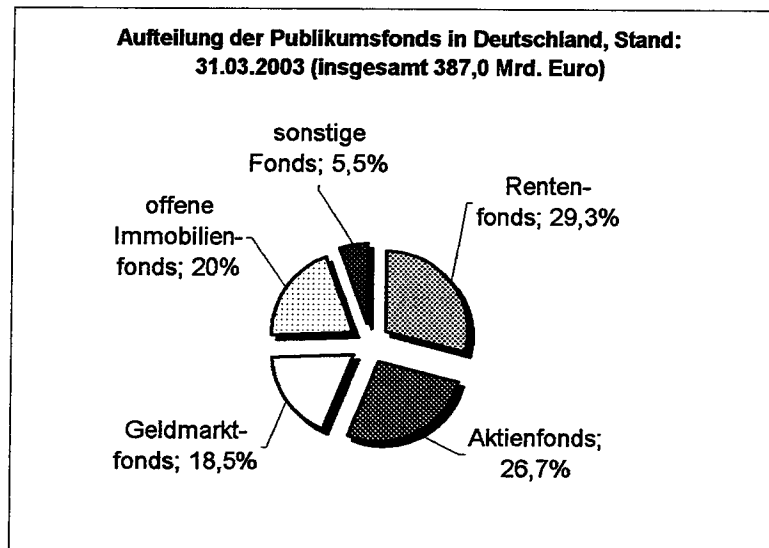


Abb. 1

Quelle: BVI, <http://www.bvi.de> (21.01.2004).

2.3 Geschlossener Immobilienfonds

Beim geschlossenen Immobilienfonds beteiligt sich eine begrenzte Anzahl von Anlegern an einem Immobilienobjekt. Meist handelt es sich hierbei um gewerbliche Immobilien, die langfristig vermietet sind bzw. vermietet werden sollen. Zu diesen Fondsobjekten zählen z. B. Einkaufszentren, Büro- und Verwal-

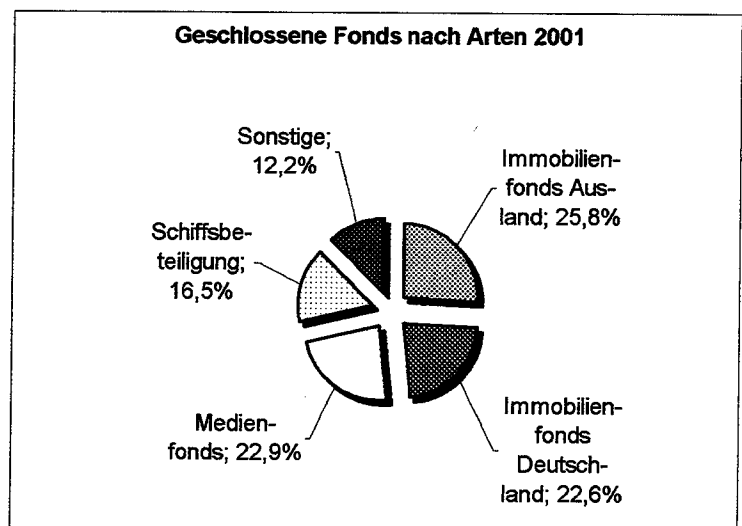


Abb. 2

Quelle: Balzlie/Bott, Der Spiegel, 06/2003, S. 79.

³ Machnunsky, Immobilienfonds und Erwerbermodelle, 1997, S. 1.

tungsgebäude sowie Spezialimmobilien. Einzelinvestoren stoßen bei der Finanzierung der Projekte häufig an ihre Leistungsgrenzen. Sachgerecht konzipierte und wirtschaftlich vernünftige geschlossene Fonds werden von einem breiten Anlegerkreis als eine sinnvolle Immobilienbeteiligung angesehen. Für diese Investitionsangebote besteht eine hohe Aufnahmebereitschaft des Marktes. Rechtlich sind geschlossene Immobilienfonds als Kommanditgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder vereinzelt als Bruchteilsgemeinschaft ausgestaltet. Dieser Gesellschaft tritt der Anleger als Gesellschafter bei. Mit dem Beitritt übernimmt er die Verpflichtung, die von ihm gezeichnete Einlage an die Gesellschaft zu erbringen. Je nach Konzeption des Fonds ist diese Einlage als Einmalbetrag oder durch Ratenzahlungen zu leisten. Die Kündigung der Ge-

sellschaftsbeteiligung ist meist auf einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen. Der Gesellschaftsvertrag regelt die Höhe des Gesellschaftskapitals sowie die zu erwerbenden Immobilienobjekte.⁴ Der ge-

schlossene Fonds gilt

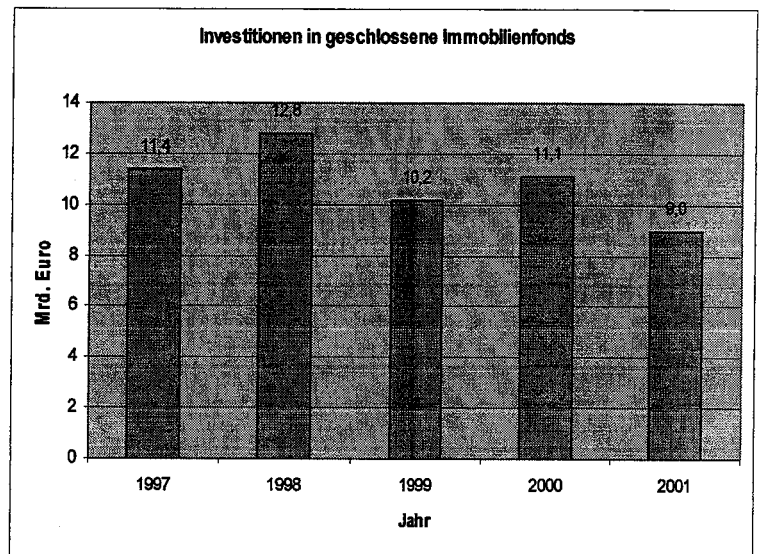


Abb. 3

Quelle: Balzlie/Bott, Der Spiegel, 06/2003, S. 79.

mit der vollständigen Zeichnung des notwendigen Kapitals zum Erwerb einer oder mehrerer der ex ante⁵ im Emissionsprospekt definierter Immobilien als geschlossen. Zusätzliche Gesellschaftsanteile können vom Fondsmanagement nicht mehr emittiert werden.⁶ Die Immobilie eines Fonds ist von zentraler Bedeutung. Makrolage (Verkehrsanbindung an Autobahnen/Eisenbahnen/Luftverkehr, Verwaltungsstrukturen, industrielle Entwicklung, Kaufkraft etc.) und Mikrolage (Verkehrsanbindung an Straßen/Straßenbahn/S-Bahn/Busverbindung/örtliche Straßenführung, Umfeld, Fußgängerzonen, Parkplatzsituation, Käuferverhalten etc.), Nutzungsart, Standort, Bauqualität, Architektur, Infrastruktur, professionelles Management und die flexible Nutzungsstruktur einer Immobilie erleichtern Anschlussvermietungen. Ebenso ver-

⁴ Machnunsky, Immobilienfonds und Erwerbermodelle, 1997, S. 1.

⁵ lat.: im Vorhinein.

⁶ Bestmann, Finanz- und Börsenlexikon, 1997, S. 327.

größert sich, bei einer Veräußerung des Objektes, der potenzielle Käuferkreis. Spezialimmobilien wie Kinos, Musicalgebäude, Freizeiteinrichtungen, Senioreneinrichtungen und Logistikzentren weisen grundsätzlich höhere Risiken auf, da der Interessenkreis sowohl bei Veräußerungsabsichten als auch bei Anschlussvermietungen begrenzt ist (Fungibilität, d. h. Zweitmarktfähigkeit). Bei Spezialimmobilien sind besondere Anforderungen an die fachliche Qualifikation und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betreiber zu stellen.⁷

3. Rechtliche Konzeptionen geschlossener Immobilienfonds

Geschlossene Immobilienfonds können als Bruchteilsgemeinschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, BGB-Gesellschaft), Kommanditgesellschaft (KG), Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) oder Aktiengesellschaft (AG) organisiert werden.⁸ Im Folgenden beschränken sich die Ausführungen auf die GbR und die KG.

3.1 Gesellschaft bürgerlichen Rechts

3.1.1 Rechtsform

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, BGB-Gesellschaft) ist die Grundform der Personengesellschaften. Die §§ 705 ff. BGB bilden die gesetzliche Grundlage. Für das Auseinandersetzungsverfahren (Ausscheiden eines Gesellschafters) gelten wegen der starken Ähnlichkeiten die Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft (§ 738 i. V. m. §§ 741 ff. BGB). Alle Gesellschafter verfolgen einen gemeinsamen Zweck, der seine Kodifizierung im Gesellschaftsvertrag findet. Der Zweck einer Immobilienfonds-GbR besteht in der Anschaffung einer Immobilie sowie ihrer Vermietung und Verwaltung. Immobilien und sonstiges Vermögen gehören bei der Immobilienfonds-GbR allen Gesellschaftern gemeinsam. Es handelt sich um Gesamthandsver-

⁷ Hünnscheid, Geschlossene Immobilienfonds, Jb. 2002/2003, S. 10.

⁸ Vgl. lt. telef. Auskunft von Herrn Mark Hamilton, 07.01.2004.

mögen.⁹ Seit dem BGH Urteil vom 29.01.2001 ist die GbR rechts- und parteifähig. Sie kann als Teilnehmerin (Gesamthandsgemeinschaft) am Rechtsverkehr eigene (vertragliche) Rechte und Pflichten begründen. Diese Rechte muss sie selber (vertreten durch den oder die jeweiligen geschäftsführenden Gesellschafter) geltend machen. Tritt die GbR vor Gericht als Klägerin auf, spricht man von der „aktiven Parteifähigkeit“. Wird sie auf Erfüllung ihrer Pflichten verklagt, so spricht man von der „passiven Parteifähigkeit“.¹⁰

In der Literatur gibt es die Auffassung, dass die GbR auch grundbuchfähig ist. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Thematik ist jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht getroffen. Bislang erfolgt die erstmalige Grundbucheintragung einer BGB-Gesellschaft durch Eintragung aller Gesellschafter. Dazu muss jeder Gesellschafter mit beglaubigter Urkunde nachgewiesen werden. Wird die Grundbuchfähigkeit der GbR bestätigt, so kann sie direkt als Grundstückseigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden. Lediglich die Vertretungsbefugnis des oder der für die GbR Handelnden müsste nachgewiesen werden. Dies kann durch die öffentliche Beurkundung des Geschäftsbesorgungsvertrags für den Geschäftsführer oder die Vertretungsvollmacht für den Vertreter geschehen. Die Arbeitsbelastung und Kostenbelastung aller Beteiligten kann so wesentlich verringert werden.¹¹

3.1.2 Gründung

Bei der Auflage von geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform der GbR gibt es zwei Gestaltungsformen. Eine Möglichkeit kann sein, dass zunächst mindestens zwei Gründungsgesellschafter eine GbR gründen. Danach erfolgt der Erwerb einer Immobilie. Die weiteren anzuwerbenden Gesellschafter werden dann in die bestehende Gesellschaft im Wege der Kapitalerhöhung aufgenommen. Die Gründungsgesellschafter sind im Grundbuch mit dem Zusatz „GbR“ einzutragen. Durch die Annahme einer privatschriftlichen Erklärung zum Beitritt werden die Anleger Mitgesellschafter und gleichzeitig Miteigentümer der Immobilie.

⁹ Gast, Die Problematik der Fremdfinanzierung von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds, 1997, S. 22.

¹⁰ BGH, Urteil v. 29.01.2001, Az. II ZR 331/100, DB 2001, S. 423 (S. 423 ff.).

¹¹ Demuth, BB 2002, S. 1558, 1559.