

§ 1 EINLEITUNG

„Tausende Anleger vor Gericht“¹, „Massenklagen gegen Bankgesellschaft per Laster zum Gericht“², „Schrottimmobilien: Europarichter klären die Fronten“³, „Banken drohen Milliardenrisiken durch Schrottimmobilien“⁴, „Immobilienfonds: BGH verschärft Regeln für Anleger“⁵, „BGH verhandelt erneut über „Schrottimmobilien““⁶. Diese und ähnliche Schlagzeilen überziehen seit mehreren Jahren immer wieder sowohl Fachzeitschriften, aber auch Anlegermagazine und die Tagespresse und sorgen dafür, dass sich mit Immobilienfondsbeteiligungen in der Rückabwicklung eine breite Öffentlichkeit auseinandersetzt.

Hinter den Artikeln steht in vielen Fällen folgender typischer Sachverhalt: Ein Anleger erwarb in den neunziger Jahren im Rahmen eines Bauherrenmodells eine Immobilie oder investierte in den Anteil an einem geschlossenen Immobilienfonds. Der Anleger versprach sich von einem solchen Investment neben einer attraktiven Rendite auch bestimmte steuerliche Vorteile trotz Investition in einen vermeintlich sicheren Vermögenswert. Diese Erwartungen wurden durch Aussagen von Initiatoren und Vermittlern geweckt bzw. bekräftigt, die Anlage und der hierfür aufgenommene Kredit finanzierten sich durch die Einnahmen aus der Fondsbeteiligung bzw. Immobilie quasi von selbst. In nicht wenigen Fällen wurde zur Finanzierung der als Vermögensanlage gedachten Investition ein Kredit aufgenommen.

Doch die Immobilien, in die investiert wurde, entwickelten sich in der Folgezeit in vielen Fällen nicht wie erwartet – Mietpreise sanken und die versprochenen Einkünfte aus der Fondsbeteiligung konnten nur zu Bruchteilen an die Anleger ausgezahlt werden. Viele Investitionsobjekte sind seit dem Erwerb noch nicht vermietet gewesen oder stehen jedenfalls mittlerweile leer. Hierdurch gerieten selbst größere Fonds in ernste finanzielle Schwierigkeiten und mussten teilweise bereits Insolvenz anmelden. Für den Anleger bedeutet dies, dass sich die erhofften Renditeträume nicht realisieren lassen und auch die angestrebten steuerlichen Vorteile vakant werden. Hinzu kommt, dass Anteile an geschlossenen Immobilienfonds kaum veräußerbar sind und die Anleger an das Investment entsprechend lange gebunden. Gleichzeitig müssen jedoch eventuell aufgenommene Kredite weiter bedient werden, so dass die oft als Altersvorsorge gedachte Investition in manchem Fall zu einer ernsten finanziellen Belastung des Anlegers geworden ist.

-
- 1 Manager Magazin vom 28.12.2004.
 - 2 Berliner Morgenpost vom 29.12.2004.
 - 3 Manager Magazin vom 25.10.2005.
 - 4 Handelsblatt vom 26.10.2005.
 - 5 Manager Magazin vom 25.04.2006.
 - 6 Tagesspiegel vom 19.03.2007.

Das Ziel vieler Anleger ist daher darauf gerichtet, sich möglichst schadensfrei aus den eingegangenen Engagements zu lösen. Gestärkt durch eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen und motiviert von verschiedenen Anlegerschutzvereinigungen beschreitet ein großer Teil der betroffenen Anleger⁷ den gerichtlichen Weg, um sich von den Beteiligungen zu lösen.

I. Untersuchungsgegenstand

Im Rahmen dieser Arbeit soll untersucht werden, welche rechtlichen Möglichkeiten für den Anleger bestehen, die am „grauen Kapitalmarkt“⁸ erworbenen Kapitalanlage wieder loszuwerden und welche Folgen sich aus der Rückabwicklung der Beteiligung ergeben. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf den Fall der Rückabwicklung einer Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds, wohingegen die eingangs erwähnten Fälle der Direktinvestition in eine Immobilie keine eigenständige Beachtung finden sollen.

Der Begriff Fonds stammt aus dem Französischen und bedeutet wörtlich übersetzt Geldmittel bzw. Geldvorrat. Im juristisch-wirtschaftlichen Sprachgebrauch wird die Bezeichnung verwendet, um ein bestimmtes Sondervermögen zu bezeichnen, das der Finanzierung vorher definierter Zwecke dient.⁹ So gibt es – benannt nach dem jeweiligen Finanzierungsgegenstand – Leasingfonds, Schifffonds, Windkraftfonds, Venture Capital-Fonds, Medien- und Filmfonds und die hier zu betrachtenden Immobilienfonds.¹⁰ Diese sprachliche Einordnung hilft allerdings bei der Bewältigung der rechtlichen Probleme, die i.R.d. Rückabwicklung der Beteiligung an einem solchen Fonds auftreten, kaum weiter.

Entscheidend ist hingegen die Differenzierung zwischen offenen und geschlossenen Fonds. Trotz der Ähnlichkeiten, die der Name suggeriert, sind die Fonds vom Konzept her grundverschieden. Gemein ist den Konzepten allein, dass sich über den Fonds private Anleger an renditeträchtigen Gewerbeimmobilien beteiligen können, die für einen einzelnen Investor kaum erschwänglich wären. Wirtschaftlich unterscheidet sich der offene Immobilienfonds von einem geschlossenen Immobilienfonds dadurch, dass bei letzterem das zu erwerbende bzw. zu errichtende Immobilienobjekt i.d.R. von vornherein feststeht, weshalb sich eine nach oben begrenzte Investitionssumme ergibt. Ist das benötigte Eigenkapital von den Anlegern aufgebracht, werden keine weiteren Objekte mehr erworben

7 *Schulte-Nölke*, ZGS 2004, 81 spricht von ca. 100.000 Anlegern, die durch „Schrottimmobilien“ geschädigt wurden; nach Schätzungen von *Derleder*, NZM 2006, 449, 450 seien es gar etwa 300.000 Anleger.

8 So wird im Allgemeinen der Teil des Kapitalmarkts bezeichnet, der außerhalb spezialgesetzlicher Grundlagen entstanden ist. Vgl. hierzu: *Assmann*, in: *Assmann/Schütze*, § 1 Rn. 8 ff.

9 *Schlenker*, in: *Rechtslexikon*, S. 1667.

10 Siehe auch die Übersicht mit Angaben zu Investitionsvolumina bei *Bertram*, *Anwendung*, S. 25 ff.; *Loipfinger*, *Marktanalyse*, Kap. 9, S. 50 f.

und keine neuen Anleger aufgenommen, der Fonds wird „geschlossen“.¹¹ Die Mindestbeteiligungssumme an einem solchen Fonds beträgt regelmäßig zwischen 5.000 und 10.000 Euro und die Anleger sind an den Fonds häufig für zehn bis zwanzig Jahre gebunden. Dem gegenüber ist eine Beteiligung an einem offenen Immobilienfonds i.d.R. bereits ab 100 Euro möglich, es werden ständig neue Anteile ausgegeben, die von den Anlegern jederzeit wieder zurückgegeben werden können. Auch beteiligt sich ein offener Immobilienfonds an mehreren Grundstücksprojekten,¹² wohingegen sich geschlossene Immobilienfonds oftmals auf eine einzige Immobilie beschränken.

Neben den wirtschaftlichen Unterschieden ist die Unterscheidung von offenen und geschlossenen Fonds aber vor allem in rechtlicher Hinsicht relevant, da die offenen Immobilienfonds von den Regeln des Investmentgesetzes¹³ erfasst werden. Das Investmentgesetz enthält für offene Immobilienfonds, wie für sämtliche Investmentgeschäfte, weit reichende Anlegerschutzvorschriften und genaue gesetzliche Vorgaben hinsichtlich Rechtsform, Anlegerzahl, Transparenz, Risikomischung und Publizität.¹⁴ Ferner besteht für die Gesellschaft, die einen offenen Immobilienfonds aufgelegt hat, eine Rücknahmeverpflichtung für die ausgegebenen Fondsanteile, auf die sich der Anleger jederzeit berufen kann. Darüber hinaus sieht § 126 Abs. 1 InvG ein zweiwöchiges Widerrufsrecht für den Käufer vor, sofern dieser durch mündliche Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Anteilsverkäufers zum Erwerb des Anteils bestimmt wurde. Schließlich ist in § 127 InvG bei Herausgabe fehlerhafter Prospekte die Haftung der Kapitalanlagegesellschaft bzw. der ausländischen Investmentgesellschaft und desjenigen vorgesehen, der die Anteile im eigenen Namen gewerbsmäßig verkauft hat. Die detaillierten Vorgaben des Investmentgesetzes sind auf geschlossene Immobilienfonds allerdings nicht anzuwenden.

Ein geschlossener Fonds ist in der Regel als Personengesellschaft konzipiert, an der sich der Anleger mit einer bestimmten Einlage beteiligt und so an dem Ergebnis der Gesellschaft partizipiert. An einer solchen Gesellschaft beteiligen sich oft hunderte oder auch tausende Anleger kapitalistisch, bis das benötigte Fondskapital eingesammelt ist. Der Anleger wird hierzu auf dem freien Kapitalmarkt mithilfe eines Prospekts geworben und muss bei Beitritt einen fertig formulierten Beitrittsvertrag akzeptieren, wobei er weder Einfluss auf die Zusammensetzung der Gesellschaft noch persönlichen Kontakt zu anderen Anlegern hat. Da eine solche Gesellschaft mit dem typischen, personalistisch geprägten Leitbild der Personengesellschaft nicht viel gemein hat, hat sich auch eine eigene Terminologie für entsprechende Gesellschaften herausgebildet. So

11 Vgl. statt vieler nur BGH, Urt. v. 21.01.2002 – II ZR 2/00, NJW 2002, 1642; *Bartelsperger u.a.*, Immobilienfonds, S. 65 ff.; *Söll*, Probleme, S. 17.

12 Die Risikomischung ist dabei in § 73 InvG gesetzlich vorgeschrieben.

13 Vor dem 1.1.2004 (Inkrafttreten des Investmentgesetzes) unterlagen offene Immobilienfonds den Regeln des Kapitalanlagegesellschaftsgesetzes (KAGG).

14 Siehe hierzu den Überblick bei *Bartelsperger u.a.*, Immobilienfonds, S. 65 ff.

spricht man hier von Publikumspersonengesellschaften.¹⁵ Typische Rechtsform für eine Publikumspersonengesellschaft sind dabei die Kommanditgesellschaft, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, aber auch die stille Gesellschaft. Meist hat der Anleger außerdem die Wahl zwischen einer direkten Beteiligung als Gesellschafter und einer mittelbaren Beteiligung über einen Treuhänder (kupierte Publikumspersonengesellschaft).¹⁶

Aus Anlegersicht ist vor allem der gesetzlich unzureichend ausgestaltete Schutz des Anlegergesellschafters ein wesentliches Problem bei der Investition in Anteile an einem geschlossenen Immobilienfonds in Form einer Publikumspersonengesellschaft. Die gesellschaftsrechtlichen Regeln des BGB und des HGB sind nämlich – orientiert am gesetzlichen Leitbild der Personengesellschaft – auf eine enge Arbeits-, Risiko- und Haftungsgemeinschaft zugeschnitten, in der sich die Gesellschafter persönlich kennen und vertrauen. Bei einer solchen Gesellschaft begegnet insbesondere die durch den Gesetzgeber gewährte Freiheit bei der Vertragsgestaltung keinen Bedenken. Bei Publikumsgesellschaften hingegen birgt dieser Umstand die Gefahr, dass die Initiatoren die Gestaltungsfreiheit zu ihren Gunsten missbrauchen. Ferner fehlt es bei einer Publikumspersonengesellschaft im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, als der vom Gesetzgeber vorgesehenen Publikumsgesellschaft, an einer obligatorischen Überwachung der Geschäftsführung.¹⁷ Versuche, den Vertrieb und die Beteiligung an geschlossenen Fonds in einem Vermögensanlagegesetz¹⁸ zu regeln, sind bisher ergebnislos geblieben.

Durch Ausweitung der Prospektpflicht auf den Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Fonds durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz¹⁹ besteht allerdings seit dem 1.7.2005 eine gesetzliche Prospekthaftung gem. §§ 13, 13a VerkProspG. Darüber hinaus wurde durch die Rechtsprechung zur Sicherung eines gewissen Schutzniveaus seit den siebziger Jahren in zahlreichen Entscheidungen ein Sonderrecht für Publikumspersonengesellschaften herausgearbeitet.²⁰ Hierzu gehören die Auslegung der Gesellschaftsverträge nach dem ob-

15 Zu den Merkmalen einer Publikumspersonengesellschaft vgl. nur: BGH, Urt. v. 14.4.1975 – II ZR147/73, BGHZ 64, 238, 241; *Wagner*, in: Assmann/Schütze, § 16 Rn. 8 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 1 II 1., S. 21 ff.

16 Zu den Rechtsformen der Publikumspersonengesellschaft sogleich noch ausführlich unter § 4, S. 71 ff.

17 *Eden*, Treuhandschaft, S. 322 f.; vgl. auch *Schiefer*, DStR 1997, 119, 120 ff.; *Schneider*, ZHR 142, 228, 238 ff.

18 Vgl. hierzu den Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Anteilen an Vermögensanlagen v. 2.1.1978, BT-Drucks. 8/1405.

19 Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (Anlegerschutzverbesserungsgesetz – AnSVG) v. 28.10.2004, BGBl. I 2004, S. 2630.

20 *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Anh. nach § 177a Rn. 52 ff.; *Strohn*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Anh. nach § 177a Rn. B 17 ff.; vgl. ferner *Schiefer*, DStR 1997, 119, 123 f.; *dies.*, DStR 1997, 164 ff.; *Schneider*, ZHR 142, 251 ff.

jektiven Erklärungswert,²¹ die Inhaltskontrolle von vorformulierten Gesellschaftsverträge,²² die Anforderungen an Gründungsgesellschafter begünstigende Klauseln²³ und die Anerkennung eines außerordentlichen Kündigungsrechts des Kommanditisten, das auch ohne vertragliche Regelung an die Stelle der Auflösungsklage nach § 133 HGB tritt²⁴. Erwähnt sei bereits hier ferner die allgemeinzivilrechtliche Prospekthaftung, die vor allem für Fondsbeitritte vor dem 1.7.2005 weiter relevant bleibt.²⁵

Sofern im weiteren Verlauf der Arbeit von einem Immobilienfonds bzw. der Fondsgesellschaft gesprochen wird, ist damit stets ein geschlossener Fonds in der Form einer Publikumpersonengesellschaft gemeint. Die vorliegende Arbeit untersucht die Probleme, die mit der Rückabwicklung einer solchen Beteiligung einhergehen.²⁶ Dass sich die Untersuchung auf die Rückabwicklung der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds konzentriert, ist dem Umstand geschuldet, dass Immobilienfondsbeteiligungen den weitaus größten Marktanteil innerhalb der Beteiligungsmodelle einnehmen²⁷ und diese in den vergangenen Jahren vermehrt in wirtschaftliche Schieflage geraten sind,²⁸ weshalb die Rückabwicklungsfrage für Anleger dieser Fonds i.d.R. besonders brisant ist. Dennoch treten die behandelten Probleme auch bei Beteiligungen an Schiffs-, Medien- oder sonstigen geschlossenen Fonds auf. Die im Verlauf der Arbeit entwickelten Grundsätze und Lösungen lassen sich auf diese Fallgestaltungen allerdings weitgehend übertragen. Entscheidend für die Rückabwicklung ist nämlich nicht das finanzierte Objekt, welches dem Fonds den Namen gibt, sondern die dahin-

21 BGH, Urt. v. 28.9.1978 – II ZR 218/77, NJW 1979, 419, 420; Urt. v. 30.4.1979 – II ZR 57/78, NJW 1979, 2102 f.; Urt. v. 16.11.1981 – II ZR 213/80, NJW 1982, 877, 878; Urt. v. 10.6.1991 – II ZR 247/90, NJW 1991, 2906; OLG Hamburg, Urt. v. 24.11.1995 – 11 U 174/93, NJW-RR 1996, 1436, 1437.

22 BGH, Urt. v. 14.4.75 – II ZR 147/73, NJW 1975, 1318 f.; Urt. v. 22.3.1982 – II ZR 74/81, NJW 1982, 2495, 2496; Urt. v. 3.5.1982 – II ZR 78/81, NJW 1982, 2303; Urt. v. 9.11.1987 – II ZR 100/87, NJW 1988, 969, 971; Urt. v. 21.3.1988 – II ZR 135/87, NJW 1988, 1903, 1904.

23 Diese bedürfen zur Wirksamkeit der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag oder in einen ordnungsgemäß zustande gekommenen und protokollierten Gesellschafterbeschluss: BGH, Urt. v. 24.11.1975 – II ZR 89/74, NJW 1976, 958, 959; Urt. v. 4.3.1976 – II ZR 178/74, NJW 1976, 1451; Urt. v. 7.11.1977 – II ZR 105/76, NJW 1978, 755 f.; Urt. v. 6.12.1982 – II ZR 70/82, NJW 1983, 1117, 1118; Urt. v. 10.10.1994 – II ZR 95/93, NJW 1995, 130 f.

24 BGH, Urt. v. 19.12.1974 – II ZR 17/73, NJW 1975, 1022, 1024; Urt. v. 27.2.1975 – II ZR 77/73, NJW 1975, 1700, 1701; Urt. v. 12.5.1977 – II ZR 89/75, NJW 1977, 2160 f.; Urt. v. 28.11.1977 – II ZR 235/75, NJW 1978, 376, 377 f.; Urt. v. 17.11.1980 – II ZR 242/79, WM 1981, 452, 453; OLG Hamm, Urt. v. 7.3.1977 – 8 U 194/76, NJW 1978, 225.

25 Hierzu ausführlich unter § 15, S. 317 ff.

26 Hierzu sogleich der Aufriss unter § 1 II., S. 34 ff.

27 Zur wirtschaftlichen Bedeutung von Immobilienfonds noch § 2, S. 45 ff.

28 Nach Schätzungen in der Literatur sind hiervon etwa 100.000 – 300.000 Anleger betroffen (vgl. Fn. 7).

ter stehende rechtliche Ausgestaltung des Fonds, die aber bei sämtlichen geschlossenen Fonds ähnlich ist.²⁹

II. Problemaufriss

Mit den Problemen, die die Konzeption und der Vertrieb von Beteiligungen an Publikumpersonengesellschaften mit sich bringen, haben sich seit Aufkommen des „Phänomens“ Publikumpersonengesellschaft bereits zahlreiche Publikationen beschäftigt.³⁰ Viele der hierbei auftretenden Probleme sind daher durch Literatur und Rechtsprechung bereits weitgehend geklärt. Vor allem aber sind die Abläufe bis zum Beitritt des Anlegers und auch die während der Beteiligung auftretenden Fragen durch umfassende Vertragswerke nahezu lückenlos geregelt. Hingegen fehlen in den Verträgen meist Regelungen für den Fall, dass die Beteiligung auf einer fehlerhaften Grundlage erfolgte und daher eine Rückabwicklung derselben erforderlich wird. Wie die Flut von Entscheidungen der vergangenen Jahre verdeutlicht, zeigen sich viele Probleme „atypischer“ Personengesellschaften aber gerade erst bei der Rückabwicklung der Beteiligungen.

Die hierzu in Rechtsprechung und Literatur los getretene Diskussion wird dabei oft von ideologischen Schlagabtauschen zwischen Verbraucherschützern auf der einen und Lobbyisten, sowie Bankenvertretern auf der anderen Seite,³¹ statt von einer juristisch und dogmatisch geprägten Auseinandersetzung mit den zugrunde liegenden Problemen beherrscht. Wertungsbereinigte Stellungnahmen, die sich den komplexen Fragestellungen unvoreingenommen annehmen, finden sich hingegen selten. Bezeichnend ist dabei, dass juristische Methodik der oberen Gerichte solange nicht hinterfragt wird, wie sie die eigene – rechtspolitische – Empfindung stützt.

1. Schwerpunkte in der Rückabwicklung

Beschäftigt man sich mit der Rückabwicklung, wird schnell klar, dass die vom Gesetzgeber im Personengesellschaftsrecht bereitgestellten Möglichkeiten zur

29 Zu den für Filmfonds verwendeten Rechtsformen vgl. beispielsweise *Lang*, Filmfonds, S. 35 ff.

30 Genannt seien hier nur *Dietrich*, Die Publikums-Kommanditgesellschaft und die gesellschaftsrechtlich geschützten Interessen, 1988; *Färber*, Die Publikums-Gesellschaft, 1990; *Heid*, Mehrheitsbeschluß und Inhaltskontrolle als Instrumentarien des Kapitalanlegerschutzes in der Publikums-GmbH & Co.KG, 1984; *Hüffer*, Die Publikumpersonengesellschaft und das Problem des Anlegerschutzes, JuS 1979, 457 ff.; *Kaligin*, Die spezifischen Risiken und Rechtsschutzmöglichkeiten des Kommanditisten bei Beteiligungen an Abschreibungsgesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG, 1983; *Sauer*, Die Publikums-Kommanditgesellschaft, 1989; *Schneider*, Sonderrecht für Publikumpersonengesellschaften, ZHR 142 (1978), 228 ff.; *Stimpel*, Anlegerschutz durch Gesellschaftsrecht in der Publikums-Kommanditgesellschaft, Festschrift für Robert Fischer, 1979, 771 ff.

31 Ähnlich auch *Benedict*, AcP 204 (2004), 697, 698 f.

Beendigung gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen kaum geeignet sind, die hierbei auftretenden Probleme zu bewältigen.

So kann zwar der Gesellschafter eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft gem. § 132 HGB grundsätzlich unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zum Schluss eines Geschäftsjahrs kündigen, was nach § 131 Abs. 3 Nr. 3 HGB³² den Ausschluss des Gesellschafters aus der Gesellschaft zur Folge hat. Allerdings ist in den Beitrittsverträgen die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung innerhalb der ersten Jahre regelmäßig ausgeschlossen,³³ was trotz § 723 Abs. 3 BGB zulässig ist, sofern dies nicht einem Ausschluss des Kündigungsrechts gleichkommt.³⁴ Mit dem gesetzlichen Austrittsrecht wird dem Anleger daher in der Regel kaum gedient sein. Hinzu kommt, dass momentan noch nicht von dem Bestehen eines funktionierenden Zweitmarkts für Anteile an geschlossenen Fonds ausgegangen werden kann, an dem sich der Anleger seiner Beteiligung begeben könnte.³⁵ Für den Anleger ist daher von besonderem Interesse, unter welchen Voraussetzungen er außerordentlich aus der Gesellschaft ausscheiden kann und welche Folgen die Beendigung der Beteiligung hat. Eine solche außerordentliche Lösung von der Beteiligung kommt – wie zu zeigen sein wird – regelmäßig dann in Betracht, wenn der Beitritt auf fehlerhafter Grundlage erfolgte.

Es hat sich gezeigt, dass es bestimmte Fehlerquellen gibt, die besonders oft zu einer fehlerhaften Beteiligung führen. Relativ früh gerieten Fälle in den Fokus, in denen die Anleger bei den Beitrittsverhandlungen über wesentliche Fragen im Zusammenhang mit der Beteiligung nicht ausreichend informiert wurden.³⁶ Hier stellt sich die Frage, welche der Aussagen im Vorfeld einer Anlageentscheidung eine zur Rückabwicklung berechtigende Täuschung darstellen können, sofern sie sich später als falsch herausstellen. Ferner ist zu klären, über welche verschwiegenen Umstände hätte aufgeklärt werden müssen. Daneben treten Zurechnungsprobleme, sofern – wie durchaus üblich – die Vertragsverhandlungen eigenständigen Vertriebsunternehmen übertragen wurden. Nicht zuletzt gilt es zu beantworten, ob einem getäuschten Anleger die Anfechtung gegenüber den weiteren Anlegern gestattet werden kann, die weder rechtlich noch tatsächlich auf die Beitrittsverhandlungen Einfluss nehmen konnten und u.U. ebenfalls mittels Täuschung zum Beitritt bewegt wurden.

32 Der über § 161 Abs. 2 HGB auch für die KG gilt.

33 Siehe hierzu *Kaligin*, Risiken, S. 48 f.; *Lüdicke/Arndt*, Fonds, S. 52 f.; auch *Strohm*, in: *Assmann/Schütze*, § 21 Rn. 168 weist darauf hin, dass bei der Konzeption eines Immobilienfonds die Kündigung erst nach dem Ablauf längerer Beteiligungsfristen zugelassen werden sollte.

34 Allgemeine Auffassung, siehe nur *K.Schmidt*, in: *Schlegelberger*, § 132 Rn. 23; *Piehler/Schulte*, in: *MünchHdbOHG*, § 74 Rn. 21 ff. m.w.N.

35 Hierzu noch unter § 2 III.2., S. 49 f.

36 Vgl. § 6, S. 93 ff.

Später stellte sich die Frage, wie es zu beurteilen ist, dass sich die rechtsgeschäftliche Betätigung vieler Anleger auf den Abschluss eines Treuhandvertrags mit Bevollmächtigung zur Vornahme der Beitrittsgeschäfte beschränkte. Der BGH hat mit Urteil vom 11.10.2001³⁷ entschieden, dass eine solche Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoße und daher nichtig sei.³⁸ Die von dem Treuhänder abgeschlossenen Verträge wären folglich mangels Vertretungsmacht schwebend unwirksam. Hieran schließen sich umstrittene Fragen nach einer „Rettung“ der Not leidenden Verträge über die Annahme von Rechtsscheinvollmachten der Rechtsbesorger an. Bei der hierzu geführten Diskussion finden sich maßgeblich interessengeprägte Ausführungen zu Anwendbarkeit und Unanwendbarkeit von Rechtsscheingrundsätzen auf die betrachteten Fallkonstellationen. Dabei wird aber der entscheidenden Grundsatzfrage, ob nämlich das Rechtsberatungsgesetz überhaupt für den Anlegerschutz instrumentalisiert werden kann, kaum nachgegangen. Dies muss allerdings verwundern, wurde doch vor der zitierten Entscheidung im Jahr 2000 – soweit ersichtlich – weder von Rechtsprechungsseite, noch von der Literatur die Wirksamkeit derartiger Geschäftsbesorgungsverträge angezweifelt.

Hat sich der Anleger als stiller Gesellschafter an einer Immobiliengesellschaft beteiligt, stellt sich die Frage, inwieweit ein solcher Vertrag bei Qualifikation als Unternehmensvertrag i.S.d. § 291 f. AktG besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterliegt.

Schließlich wurden die Anleger nicht selten in einer Haustürsituation geworben, so dass ein Widerruf nach § 312 BGB³⁹ in Betracht kommt. Soweit das Verbraucherschützende Widerrufsrecht auf den Fondsbeitritt Anwendung findet, stellt sich die Frage, wie sich die Beteiligung Dritter am Vertragsschluss auswirkt und welche Rechtsfolgen ein ausgeübter Widerruf zeitigt. Besondere Brisanz erhält die Problematik dadurch, dass infolge der „Heininger“-Entscheidung des EuGH⁴⁰ § 355 Abs. 3 S. 3 BGB nunmehr bestimmt, dass bei fehlender oder fehlerhafter Belehrung ein bestehendes Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht erlischt. Der Anleger hätte damit die Möglichkeit, bei mangelhafter Belehrung auch Jahre nach dem Beitritt die Beitrittserklärung ohne Angabe von Gründen zu widerrufen und sich so von einem Investment zu trennen, das sich mittlerweile als unwirtschaftlich erwiesen hat.⁴¹ Obwohl der Widerruf des Fondsbeitritts nach den Haustürgeschäftsregeln die Rechtsprechung und Literatur seit nunmehr

37 III ZR 182/00, NJW 2002, 66, 67.

38 Bereits zuvor hatte der BGH für die in vieler Hinsicht vergleichbaren Bauherren-, Bau-träger und Erwerbmodelle entschieden, dass die Einschaltung eines mit umfassenden Vollmachten versehenen Treuhänders mit dem Rechtsberatungsgesetz unvereinbar sei, Urt. v. 28.9.2000 – IX ZR 279/99, NJW 2001, 70.

39 Für Altfälle gem. § 1 HWiG.

40 Urt. v. 13.12.2001 – Rs. C-481/99, NJW 2002, 281.

41 Zu dem mit der wirtschaftlichen Entwicklung von Immobilienanlagen verbundenen Risiko sogleich noch unter § 1 II.2., S. 38 ff.

mehr als einem Jahrzehnt beschäftigt, sind viele der hiermit zusammenhängenden Fragen nicht abschließend geklärt. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass sich der BGH erst kürzlich erneut an den EuGH mit der Bitte um Klärung zweier grundlegender Fragen betreffend der Anwendbarkeit der Haustürgeschäftsregeln auf den Fondsbeitritt gewandt hat.⁴²

Wurde der Fondsbeitritt fremdfinanziert, sind darüber hinaus Mängel des Darlehensvertrags denkbar, die bei einem gemeinsamen Vertrieb von Fondsbeteiligung und Finanzierungsvertrag u.U. auf die Beteiligung durchschlagen und eine Rückabwicklung der Beteiligung zur Folge haben können.

Sofern ein Fehler vorliegt, der den Anleger zur Rückabwicklung der Anlage nach allgemeinen Grundsätzen berechtigen würde, stellt sich die Frage, inwieweit die Rückabwicklung von gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, insbesondere der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, überlagert wird. Hat der Anleger seine Beteiligung über ein Kreditinstitut fremdfinanziert und wurden ihm sowohl der Beitrittsvertrag als auch der Darlehensvertrag gemeinsam angeboten, so kommen u.U. die Regeln über verbundene Geschäfte zum Tragen, wobei problematisch ist, inwieweit der Darlehensgeber in die Rückabwicklung der Beteiligung einzubeziehen ist. Dabei wird nicht selten das Bedürfnis betont, den Anleger von den Pflichten aus dem Darlehensvertrag und damit von den mit der Anlage verbundenen Risiken freizustellen. Ziel dieser Argumentation ist offenbar, dem Anleger unabhängig von einer, im konkreten Fall mitunter schwer zu beweisenden, Pflichtverletzung, die Möglichkeit einzuräumen, das Anlagerisiko auf die finanzierenden Banken abzuwälzen.⁴³ Ob sich die Verbundregeln allerdings zur Erreichung dieses Zieles fruchtbar machen lassen, erscheint fraglich.

Da ein Ausstieg des Anlegers bei Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft i.d.R. nur durch eine außerordentliche Kündigung mit anschließender Ermittlung des auf den Anleger entfallenden Auseinandersetzungsguthabens zuzulassen ist und der Anleger daher i.E. auf den während der Beteiligung erzielten Verlusten „sitzen“ bleibt, stellt sich ferner die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine komplette Lösung von der Fondsbeteiligung aufgrund einer schadensersatzrechtlichen Rückabwicklung der Beteiligung in Betracht kommt. Dabei sind zunächst die relevanten Haftungstatbestände hinsichtlich Anwendbarkeit und Voraussetzungen voneinander abzugrenzen und schließlich zu untersuchen, welche Beteiligten als Haftungsschuldner des Anlegers in Betracht kommen. Problematisch ist auch, inwieweit sich aufgrund der Einführung der spezialgesetzlichen Prospekthaftung für den Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds Unterschiede zu der bisher anzuwendenden allgemeinzivilrechtlichen Prospekthaftung ergeben.

42 BGH, Beschl. v. 5.5.2008 – II ZR 292/06, ZIP 2008, 1018; hierzu noch ausführlich unter § 9, S. 161 ff. und § 12 IV.3.d), S. 264 ff.

43 In diesem Sinne auch *Peters/Bräuninger*, WM 2004, 2294, 2295; kritisch auch *Milbert/Hoger*, WM 2004, 2281.

Hinzu treten steuerliche Probleme bei der Rückabwicklung, da unklar ist, wie die Finanzverwaltung „in die Schieflage“ geratenen Fonds behandeln wird. Hier können sich für die Anleger u.U. Nachforderungen der Finanzämter ergeben, sofern diese die verrechneten Verluste im Nachhinein aberkennen. Auch hat sich bisher noch keine überzeugende Praxis durchsetzen können, wie Abfindungsansprüche und Schadensersatzansprüche bei der Rückabwicklung im Jahr ihrer Realisierung steuerrechtlich zu behandeln sind. Im Zusammenhang hiermit steht die Frage, ob sich der Anleger realisierte Verluste im Wege der Vorteilsanrechnung entgegenhalten lassen muss.

Betrachtet man die Fülle der aufgeworfenen Fragen, wird schnell deutlich, dass sich das Augenmerk in den letzten Jahren nicht mehr so sehr auf die Vertragsgestaltung und die praktische Führung einer Fondsgesellschaft, sondern eher auf die Rückabwicklung einzelner Beteiligungen und deren Folgen richtet. Die Bewältigung der Rückabwicklung wird schließlich dadurch weiter kompliziert, dass die Fragen um Anwendbarkeit und Rechtsfolgen der einzelnen außerordentlichen Lösungsrechte von einer kaum mehr überschaubaren Flut von Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur begleitet wird.

2. Anlagerisiko und Anlegerschutz

Nimmt man sich der Beantwortung der soeben aufgeworfenen Fragen an, fällt auf, dass zwei Begriffe häufig bemüht werden, um bestimmte Rechtsfolgen zu begründen bzw. auszuschließen. Dies ist auf der einen Seite das mit jeder Anlage, wie überhaupt mit jeder wirtschaftlichen Betätigung, verbundene Risiko, das eingesetzte Kapital teilweise oder auch ganz zu verlieren. Dieses Anlagerisiko besteht allerdings nicht allein bei der Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds, sondern ebenso bei der Aktienanlage und auch bei jedem anderen Investments.

Aber gerade Immobilienanlagen haben sich in den letzten zwei Jahrzehnten oft nicht in der Weise entwickelt, wie dies erwartet wurde. Geirrt haben sich über die Chancen eines Immobilieninvestments oftmals nicht nur die Anleger, sondern auch Initiatoren, Banken, die Fachpresse und nicht zuletzt die Politik. An dieser Stelle sei auf eine Passage eines Urteils des OLG Münchens verwiesen, in der die Situation für Immobilienfondsbeteiligungen am Beispiel Berlin proklamatisch wie folgt zusammengefasst wird:

„Nach der Entscheidung des Bundestags für Berlin als Bundeshauptstadt war nach den damaligen Einschätzungen der Entwicklung des Immobilienmarkts in der künftigen Bundeshauptstadt eine hohe Rendite verbunden mit hohen Abschreibungsmöglichkeiten zu erwarten. Davon gingen Politik und Wirtschaft allgemein aus. Dass sich die wirtschaftliche Entwicklung insbesondere die Entwicklung des Immobilienmarkts in Berlin in den Folgejahren anders darstellte, war nicht abzusehen. Damit hat sich die Fragwürdigkeit der kalkulierten Mieteinnahmen im Zeitpunkt der Anlageentscheidung des Kl. im Jahr 1991 keinesfalls aufgedrängt. Die Rendite der Anlage hing wesentlich von der Entwicklung

des Immobilienmarkts in Berlin ab, die zum damaligen Zeitpunkt insgesamt als äußerst positiv bewertet wurde. Auf Grund der euphorischen Wachstums- und Bedarfsprognosen erwuchs der Stadt Berlin unterstützt durch Wohnungsbauförderung und Sonderabschreibungen ein beispielloser Bauboom im privat finanzierten Mietwohnungsbau, der dazu führte, dass im Zeitraum von 1991 bis 1999 in der Metropolregion Berlin ca. 234000 neue Wohnungen fertig gestellt wurden (vgl. Bundesamt für das Bauwesen und Raumordnung 2002, S. 55). Dies hatte Folgen für den gesamten Wohnungsmarkt, so dass im Frühjahr 1998 in Berlin rund 155000 Wohnungen leer standen (vgl. Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung 2002, S. 56). Die zu Beginn des Baubooms prognostizierten Mieteinnahmen und Renditen haben sich - entgegen den allgemeinen Erwartungen - in der Folgezeit nicht erzielen lassen, dies gilt allgemein, nicht nur bezogen auf das streitgegenständliche Anlageobjekt [...].⁴⁴

Das Risiko, dass sich ein Investment nicht in der avisierten Weise entwickelt, ist nun aber typischerweise von dem zu tragen, der bei einer positiven Entwicklung auch die Chancen aus dem Investment nutzen könnte. Dies ist jedoch weder der Initiator, noch die die Fondsbeteiligung finanzierende Bank, der Anlagevermittler oder der eingeschaltete Treuhänder, sondern der Anleger.⁴⁵ Ausgehend von diesem Grundsatz hat die Rechtsprechung Regeln zur Gefahrtragung durch Investoren, Anleger und Kreditnehmer entwickelt. Danach haben diese grundsätzlich die Vertragsrisiken⁴⁶, das Darlehensverwendungsrisiko⁴⁷, die steuerlichen Auswirkungen⁴⁸ sowie die wirtschaftlichen Risiken⁴⁹ eines Investments zu tragen.

Bei der hier zu untersuchenden Rückabwicklung von Immobilienfondsbeteiligungen kommt hinzu, dass sämtliche Anleger eine Risikogemeinschaft bilden. Dies führt dazu, dass beim Ausscheiden einzelner Anleger dafür Sorge zu tragen ist, dass diese das unternehmerische Risiko nicht auf die verbleibenden Anleger abwälzen können.⁵⁰ Es würde dem im Gesellschaftsrecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz⁵¹ zuwider laufen, würde der zuerst ausscheidende Gesell-

44 UrT. v. 11.1.2006 – 7 U 3183/05, NJOZ 2006, 2746, 2748 f.

45 Von Heymann, NJW 1990, 1137, 1138; von Heymann/Edelmann, in: Assmann/Schütze, § 5 Rn. 63; van Look, in: Vortmann, § 1 Rn. 1; Schulenburg, Bankenhaftung, S. 223.

46 BGH, UrT. v. 18.11.1976 – VII ZR 150/75, NJW 1977, 294, 295.

47 BGH, UrT. v. 27.1.2004 – XI ZR 37/03, NJW 2004, 1376, 1378; UrT. v. 26.10.2004 – XI ZR 255/03, NJW 2005, 664, 667.

48 BGH, UrT. v. 18.11.1985 – II ZR 51/85, NJW-RR 1986, 708; UrT. v. 7.4.1992 – XI ZR 200/91, NJW 1992, 1820.

49 BGH, UrT. v. 6.10.1980 – II ZR 60/80, NJW 1981, 1449, 1451; UrT. v. 25.3.1982 – I-II ZR 198/80, NJW 1982, 1694, 1696; UrT. v. 15.10.1987 – III ZR 235/86, NJW 1988, 697, 699; UrT. v. 31.3.1992 – XI ZR 70/91, NJW-RR 1992, 879, 881.

50 Vgl. nur BGH, UrT. v. 12.5.1977 – II ZR 89/75, BGHZ 69, 160, 163; UrT. v. 18.11.1985 – II ZR 51/85, NJW-RR 1986, 708; Machunsky, Immobilienfonds, S. 24.

51 Zum Gleichbehandlungsgrundsatz statt aller Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 109 Rn. 29 ff. m.w.N.

schafter besser stehen als die übrigen Anleger. Es bleibt mithin festzuhalten, dass das Anlagerisiko grundsätzlich von dem Anleger zu tragen ist, ohne dass dieser das Risiko auf Vermittler, Banken oder Initiatoren abwälzen kann.⁵²

Der zweite Begriff, der bei der Rückabwicklung einer Fondsbeteiligung geradezu paradigmatisch genutzt wird, ist der des Anlegerschutzes. Dabei ist dieser Begriff selbst relativ konturenlos und bedarf einer Konkretisierung. Üblicherweise wird zwischen dem Schutz der Anlegerschaft als Teilaspekt des Funktionsschutzes des Kapitalmarkts und dem Schutz der Individualinteressen des einzelnen Anlegers differenziert.⁵³ Hier soll nur der zweite Aspekt und auch nur im Stadium der Entscheidungsfindung interessieren.

Losgelöst von allen Fragen im Detail und der unterschiedlichen Systematisierung von Anlegerrisiken in der Literatur, entspricht es einhelliger Auffassung, dass allein die Benennung einzelner Risiken noch nichts darüber besagt, in welchem Umfang die damit verbundenen Anlegerinteressen auch schutzwürdig sind.⁵⁴ Einigkeit besteht ferner darüber, dass Anlegerschutz jedenfalls nicht dazu führen darf, dass der Anleger vor der Verwirklichung eines bewusst eingegangenen, wirtschaftlichen Risikos geschützt wird.⁵⁵ Vielmehr soll Anlegerschutz nur eingreifen, um bestimmte strukturelle Defizite und ein bestehendes Informationsdefizit auszugleichen, da sich sämtliche Risiken, vor denen der Anleger zu schützen ist, im Wesentlichen auf ein übergeordnetes „Informations- und Überwachungsrisiko“ zurückführen lassen.⁵⁶ Im Bezug auf Vermögensanlagen ist Aufgabe eines vertriebsbezogenen Anlegerschutzes daher i.d.R. die Sicherstellung einer zutreffenden und umfassenden Informationsgrundlage des Anlegers bei gleichzeitiger Androhung einer Sanktionierung, werden die erforderlichen Informationen nicht erteilt.⁵⁷ Dies machen auch spezialgesetzliche Regeln wie § 44 Abs. 1 BörsG⁵⁸, § 127 InvG, §§ 37b, 37c WpHG und § 12 WpÜG deutlich.

Auch bei der Rückabwicklung von Immobilienfondsbeteiligungen ist daher Sorge dafür zu tragen, dass die mit der Anlage verbundenen Risiken grundsätzlich von demjenigen getragen werden, dem sie nach der soeben beschriebenen Risikoverteilung zugewiesen sind. Sodann konzentriert sich die Frage darauf, in welchen Fällen im Hinblick auf die vertraglichen und gesetzlichen Regeln eine Risikoverlagerung in Betracht kommt. Der Schutz des Anlegers vor der Verwirklichung des wirtschaftlichen Risikos darf dabei erst dort ansetzen, wo dieser

52 *Schiefer*, DStR 1997, 164, 165.

53 *Hopt*, Kapitalanlegerschutz, S. 51 f.; *Kümpel*, Kapitalmarktrecht, Rn. 8.388; *Veltmann*, Instrumente des Anlegerschutzes, S. 7.

54 Vgl. nur *Fleischer*, Gutachten, F 23; *Schwark*, Anlegerschutz, S. 11; *Veltmann*, Instrumente des Anlegerschutzes, S. 8 f.

55 *Fleischer*, a.a.O., F 23 f.; *Veltmann*, a.a.O., S. 8 f.

56 *Fleischer*, a.a.O. (Fn. 54), F 33.

57 *Assmann*, in: Großkomm AktG, Einl. Rn. 375; *Fleischer*, a.a.O. (Fn. 54), F 23.

58 Der über § 13, 13a VerkProspG auch auf den Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds Anwendung findet. Ausführlich hierzu noch unter § 15 I.2., S. 331 ff.

aufgrund bestimmter Umstände die Risiken, die mit der eingegangenen Anlage verbunden sind, nicht ausreichend erkennen und abwägen konnte.

III. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit möchte einen Gesamtüberblick verschaffen, wie die soeben skizzierten Probleme bei der Rückabwicklung von Immobilienfondsbeteiligungen zu bewältigen sind und welche rechtlichen Instrumente genutzt werden können, um einen Anlegerschutz sicherzustellen, ohne hierbei die Zuweisung des Anlagerisikos aufzuweichen. Denn trotz der überaus zahlreichen Stellungnahmen, die Teilaspekte der Rückabwicklung – mal mehr mal weniger umfassend – würdigen und dabei teilweise die von der Rechtsprechung favorisierten Lösungen stark kritisieren, fehlt es bisher an einer zusammenhängenden, wissenschaftlichen Aufarbeitung dieses Themas.

Zur Schaffung einer gemeinsamen Basis werden in *Kapitel 1* die Grundlagen der Beteiligung an einem Immobilienfonds dargestellt. Dabei soll zunächst überblicksartig der wirtschaftliche Hintergrund für Immobilienfondsbeteiligungen umrissen werden. Sodann sind die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen, die seit jeher eine entscheidende Rolle für die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds gespielt haben, zu erörtern. Entscheidend für die Rückabwicklung ist schließlich, wie die Beteiligung rechtlich gestaltet ist. Von der Rechtsform des Trägers des Fondsvermögens und der Art der Beteiligung des Anlegers hängt im Wesentlichen auch die Rückabwicklung der Beteiligung ab. Schließlich ist es unverzichtbar, sich klar zu machen, wie die „Zeichnung“ eines Fondsanteils rechtlich einzuordnen und wer an dem Beitrittsvertrag beteiligt ist, da bereits diesbezüglich teilweise missverständlich argumentiert wird.

Als erster Hauptteil schließt sich in *Kapitel 2* die Darstellung der einzelnen Fehler an, die einer Fondsanlage anhaften und damit dem Anleger ein außerordentliches Austrittsrecht bieten können. Dabei wird zwischen eigen- und fremdfinanzierten Beteiligungen unterschieden. Bei den eigenfinanzierten Beteiligungen liegt der Fokus auf den bereits umrissenen Fehlerquellen, wohingegen bei der fremdfinanzierten Fondsanlage beleuchtet werden soll, unter welchen Voraussetzungen der Darlehensvertrag rückabgewickelt werden kann und inwieweit sich Fehler im Darlehensverhältnis auf die Beteiligung auswirken.

Darauf folgt in *Kapitel 3* die Betrachtung, wie sich die Rückabwicklung, d.h. der Ausstieg des Anlegers aus dem Fonds, gestaltet. Auch hier wird an der Unterscheidung zwischen eigen- und fremdfinanzierten Fondsanteilen festgehalten. Dabei gilt es zunächst, die Rückabwicklung mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen – insbesondere der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – in Einklang zu bringen. Bei der fremdfinanzierten Beteiligung konzentriert sich die Frage hingegen darauf, welche Vorgaben den Regeln über verbundene Verträge im Hinblick auf die Auseinandersetzung mit dem finanzierenden Kreditinstitut zu entnehmen sind. Sodann ist darauf einzugehen, wie sich die Rückabwicklung

vollzieht, wenn zwischen Anleger und Fondsgesellschaft ein Treuhänder geschaltet ist, der die Beteiligung für den Anleger hält.

Schließlich ist in *Kapitel 4* aufzuzeigen, unter welchen Voraussetzungen der Anleger die Fondsbeteiligung im Wege des Schadensersatzes rückabwickeln kann. Die Darstellung erfolgt dabei praxisorientiert und zeigt zunächst die maßgeblichen Anspruchsgrundlagen auf, um dann zu untersuchen, gegenüber welchen der an Fondskonzeption und -vertrieb Beteiligten die einzelnen Ansprüche unter welchen Voraussetzungen geltend gemacht werden können.

Nicht zuletzt soll ein Überblick über die oft vernachlässigte bzw. auf die Frage einer möglichen Vorteilsanrechnung beschränkte, steuerrechtliche Problematik der Rückabwicklung gegeben werden (*Kapitel 5*). Dabei soll untersucht werden, ob dem Anleger bei einer vorzeitigen Rückabwicklung der Fondsbeteiligung die erzielten Steuervorteile verbleiben oder ob er mit entsprechenden Nachforderungen des Finanzamtes rechnen muss. Anschließend ist die Steuerbarkeit von Zahlungen i.R.d. Rückabwicklung zu untersuchen, um letztlich die Frage zu beantworten, wie sich erzielte Steuervorteile auf die Berechnung der in *Kapitel 4* behandelten Schadensersatzansprüche auswirken.

Es folgt in *Kapitel 6* die Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung, bei der die unter § 1 II.1. (S. 34 ff.) aufgeworfenen Fragen beantwortet und damit Leitlinien für die Rückabwicklung fehlerhafter Immobilienfondsbeteiligungen zusammengestellt werden. Abschließend soll ein Ausblick auf die in Zukunft zu erwartenden Rückabwicklungen fehlerhafter Fondsbeteiligungen gegeben werden.

Die vorliegende Arbeit richtet sich gleichermaßen an den wissenschaftlich interessierten Leser wie auch an den Rechtsanwender. Daher wird im Fortgang der Untersuchung Wert darauf gelegt, dass die Behandlung der aufgeworfenen Fragen durch Literatur und Rechtsprechung ausführlich geschildert wird, selbst wenn der Verfasser zu abweichenden Ergebnissen gelangt. Aufgrund des Umfangs des zu bewältigenden Stoffes wird die Darstellung problemorientiert erfolgen und insbesondere den dogmatischen Rahmen für eine Rückabwicklung aufzeigen, wohingegen bestimmte Einzelprobleme bewusst ausgeklammert und hier entsprechende, weiterführende Literaturhinweise gegeben werden.

IV. Betrachtete Rechtslage

Da sich in den letzten Jahren die für die Untersuchung maßgeblichen rechtlichen Vorschriften zum Teil erheblich geändert haben, soll hier ein kurzer Überblick zu der betrachteten Rechtslage gegeben werden.

Grundsätzlich wird sich die Betrachtung am geltenden Recht orientieren; insbesondere wurden die Änderungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁵⁹ vollständig berücksichtigt. Die Ausführungen beanspruchen daher für die aktu-

59 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I 2001, S. 3138 ff.

elle Rechtslage uneingeschränkt Geltung. Allerdings ist zu beachten, dass ein Großteil der sich jetzt in der Rückabwicklung befindenden Fondsbeteiligungen bereits in den achtziger oder neunziger Jahren eingegangen wurde und für diese Vertragsschlüsse gem. Art. 229 § 5 EGBGB die bis zum 31.12.2001 bestehende Rechtslage weiterhin maßgeblich ist. Auch ist die Kenntnis der damals herrschenden Streitstände für das Verständnis der Rückabwicklung nach aktuellem Recht oftmals unumgänglich. Daher wird es nötig sein, an einigen Stellen auf die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform einzugehen und die sich im Vergleich zur geltenden Rechtslage ergebenden Abweichungen darzustellen.

Insbesondere im Verbraucherschutzrecht, das einen Schwerpunkt der Arbeit ausmachen wird, haben sich durch die Schuldrechtsmodernisierung die relevanten Vorschriften teilweise erheblich geändert. So haben diese Regelungen zunächst eine redaktionelle Neuordnung erfahren, indem die Verbraucherschutzgesetze anlässlich der Schuldrechtsreform zusammengefasst und in das BGB überführt wurden.⁶⁰ Hierbei kam es aber neben der systematischen Neuordnung auch zu inhaltlichen Änderungen, die – teils vom Gesetzgeber beabsichtigt, teils unbeabsichtigt – in bestimmten Fragen eine neue Bewertung erforderlich machen.

Auch nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform kam es gerade in den hier relevanten Bereichen des Verbraucherschutzrechts zu inhaltlichen Änderungen, die insbesondere auf europarechtliche Vorgaben zurückzuführen sind. Zu nennen ist insbesondere die „Heininger“-Entscheidung⁶¹, in der der EuGH entschieden hatte, dass die Subsidiaritätsregel des § 5 Abs. 2 HWiG (bzw. § 312a BGB a.F.) so auszulegen sei, dass sie nur dann eingreife, wenn tatsächlich ein Widerrufsrecht nach anderen Vorschriften gegeben sei und nicht bereits dann, wenn der Vertrag dem Anwendungsbereich einer der genannten Gesetze unterliege. Ferner verstöße die Höchstgrenze des § 355 Abs. 3 S. 1 BGB, nach der das Widerrufsrecht auch bei fehlender Belehrung spätestens nach sechs Monaten erlosch, gegen die Haustürgeschäfte-Richtlinie⁶². Der Gesetzgeber hat hierauf reagiert, was zu einer erneuten Änderung der frisch in das BGB eingeführten und zusammengefassten Verbraucherschutzregeln durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz⁶³ führte. Dabei wurde § 312a BGB i.S.d. EuGH-Vorgaben neu gefasst und § 355 Abs. 3 BGB um Satz 3 ergänzt, nach dem das Widerrufsrecht nicht erlischt, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß belehrt wurde.

60 So wurden insbesondere das hier interessierende Verbraucherkreditgesetz (im Folgenden: VerbrKrG) v. 17.12.1990 (BGBl. I 1990, S. 2840) und das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (im Folgenden: Haustürwiderrufsgesetz bzw. HWiG), v. 16.1.1986 (BGBl. I 1986, S. 122) mit Wirkung vom 1.1.2002 aufgehoben.

61 Urt. v. 13.12.2001 – Rs. C-481/99, NJW 2002, 281.

62 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372 v. 31.12.1985, S. 31 ff.

63 Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten v. 23.7.2002, BGBl. I 2002, S. 2850.

Auch im Verbraucherkreditrecht ist es durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz zu Neuerungen gekommen, die sich auf die zu untersuchenden Rückabwicklungsfragen auswirken. Zu nennen ist hier insbesondere die Streichung des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB, womit ein bis dahin heftig geführter Streit zu Anwendungsbereich und Voraussetzungen dieser Ausschlussvorschrift für Immobiliendarlehensverträge obsolet geworden ist.⁶⁴ Insbesondere aufgrund der bis zum 30.6.2005 bestehenden Möglichkeit der Abbedingung des Widerrufsrechts für Immobiliendarlehensverträge durch schriftliche Vereinbarung (§ 506 Abs. 3 BGB a.F.) ist dieser Streit für Altfälle jedoch weiter relevant.

Darüber hinaus haben sich die Vorschriften über die Befugnis, außergerichtliche Rechtsdienstleistungen zu erbringen, durch Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes⁶⁵ zum 1.7.2008 mittlerweile geändert, was bei den unter § 1 II.1., S. 34 ff. erwähnten „Treuhandfällen“ zu berücksichtigen ist.

Eine wesentliche Neuerung ist schließlich die bereits erwähnte Einführung einer spezialgesetzlichen Prospekthaftung für den Vertrieb von Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz⁶⁶.

64 Vgl. zu diesem Streit, der maßgeblich auf unterschiedlichen Auffassungen verschiedener Zivilsenate des BGH zurückzuführen ist, die Ausführungen unter § 10, IV.1.b), S. 230 ff.

65 BGBl. I 2007, S. 2840.

66 Fn. 19.