

Gutachten
zu einigen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Insolvenzabsicherung
der Berlinovo-Gruppe
und zur Möglichkeit der Lösung der Beziehungen
zu noch verbliebenen Fondszeichnern

Der Präsident des Abgeordnetenhauses hat auf Grund einer entsprechenden Bitte der Piratenfraktion den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Insolvenzabsicherung der Berlinovo-Gruppe und mit der Abwicklung der Beziehungen zu den noch verbliebenen Fondszeichnern beauftragt. Im Rahmen des Gutachtens sollen folgende Punkte erörtert werden:

I. Auftrag

A. Beziehungen zwischen Berlin und Berlinovo

1. Ist die Insolvenzabsicherung/Risikoabschirmung des Landes Berlin gegenüber der Berlinovo hinreichend auf das sog. Altgeschäft begrenzt?
2. Besteht eine Möglichkeit oder sogar die Verpflichtung, die Höhe der Bürgschaft/Risikoabschirmungssumme des Landes Berlin für die Berlinovo zu reduzieren?

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

B. Beziehungen zwischen Berlinovo und Investor/innen (Altgeschäft)

1. Gibt es eine Möglichkeit, die noch bestehenden Verbindungen mit Zeichnern von geschlossenen Immobilienfonds, die von der Berlinovo und/oder ihren Gesellschaften betreut werden, gegebenenfalls gegen deren Willen zu lösen?
2. Haben ehemalige Fondszeichner im Falle einer Auflösung der aktuell noch bestehenden Beziehungen mit Fondszeichnern einen Anspruch auf Regress gegenüber der Berlinovo, ihren Gesellschaften oder dem Land Berlin?

II. Stellungnahme

A. Zu Frage A. 1.

Die Insolvenzabsicherung als Teil der Risikoabschirmung des Landes Berlin gegenüber der Berlinovo-Gruppe ist dann hinreichend auf das sog. Altgeschäft begrenzt, wenn eine Inanspruchnahme des Landes nur insofern möglich ist, als die drohende Insolvenz gerade auf dem Altgeschäft beruht. Zu prüfen sind demnach die Voraussetzungen, unter denen eine Leistungspflicht des Landes besteht.

1. Risikoabschirmung in Gesetz und Vertrag / Vorbemerkung

Um einen Zusammenbruch der aufgrund ihres Immobiliendienstleistungsgeschäfts in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Bankgesellschaft Berlin AG zu verhindern, übernahm das Land Berlin im Jahr 2002 im Rahmen der sog. Risikoabschirmung verschiedene Garantien für die Bankgesellschaft und ihre Tochtergesellschaften, so auch für die Berlinovo GmbH (Berlinovo), die zunächst als IBAG Immobilien Beteiligungen Aktiengesellschaft (IBAG) und dann bis zum Jahr 2012 als Berliner Immobilien Holding GmbH (BIH) firmierte. Da es sich bei den Verpflichtungen aus der Risikoabschirmung um die Übernahme von Garantien und Bürgschaften sowie um Erfüllungsübernahmen handelte, war nach Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin (VvB)¹, § 23 Abs. 1

¹ Verfassung von Berlin vom 23. November 1995 (GVBl. S. 779), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. Februar 2014 (GVBl. S. 38).

Haushaltsgrundsätze-gesetz (HGrG)², § 39 Abs. 1 Landeshaushaltsordnung Berlin (LHO)³ eine gesetzliche Ermächtigung für die vertraglichen Regelungen erforderlich.⁴

Dementsprechend wurde die Risikoabschirmung im Jahr 2002 durch das Risikoabschirmungsgesetz⁵ sowie durch die hierauf beruhende Detailvereinbarung vom 16. April 2002 geregelt. Parteien der Detailvereinbarung waren u. a. das Land Berlin, die IBAG (später Berlinovo) und die LPFV Finanzbeteiligungs- und Verwaltungs-GmbH (LPFV). In der Detailvereinbarung übernahm das Land Berlin u. a. gegenüber den kreditgebenden Banken die Kreditsicherung und stellte die LPFV von den Verpflichtungen u. a. aus Mietgarantien gegenüber den Fondsgesellschaften sowie den Anlegern frei (sog. Erfüllungsübernahme).

Zur Absicherung der mittlerweile reduzierten Risiken wurde am 30. September 2012 eine Neuordnungsvereinbarung aufgrund der Ermächtigungsgrundlage im Risikoabschirmungsgesetz-Neu vom 5. November 2012⁶ geschlossen. Parteien der Neuordnungsvereinbarung waren u. a. das Land Berlin, die Berlinovo Immobilien Gesellschaft mbH sowie die LPFV. Im Rahmen der Neuordnungsvereinbarung entfiel die sog. Erfüllungsübernahme. Stattdessen soll die LPFV nunmehr aus eigener Kraft – mit Hilfe ihrer Muttergesellschaft Berlinovo – die Ansprüche aus den Garantien erfüllen. Sie wurde zu diesem Zweck vom Land Berlin mit Finanzmitteln sowie einer Insolvenzabsicherung ausgestattet.

Nach Abschluss der Neuordnungsvereinbarung bestehen im Wesentlichen noch zwei Bereiche der Risikoabschirmung. Dies ist zum einen die – im Rahmen dieses Gutachtens unbeachtliche – Kreditsicherung gegenüber den kreditgebenden Banken; zum anderen betrifft die Risikoabschirmung die Insolvenzabsicherung der LPFV, welche hier zu begutachten ist.

² Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätze-gesetz – HGrG) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juli 2013 (BGBl. I S. 2398).

³ Landeshaushaltsordnung Berlin (LHO) in der Fassung vom 30. Januar 2009 (GVBl. S. 31, ber. S. 486), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. November 2013 (GVBl. S. 578).

⁴ Vgl. Gutachten des WPD vom 12. März 2002, S. 8 ff.

⁵ Gesetz über die Ermächtigung des Senats zur Übernahme einer Landesgarantie für Risiken aus dem Immobiliendienstleistungsgeschäft der Bankgesellschaft Berlin AG und einiger ihrer Tochtergesellschaften (hier: Risikoabschirmungsgesetz) vom 16. April 2002, GVBl. S. 121.

⁶ Gesetz über die Ermächtigungen im Zusammenhang mit der Abschirmung des ehemaligen Konzerns der Bankgesellschaft Berlin AG von den wesentlichen Risiken aus dem Immobiliendienstleistungsgeschäft (hier: Risikoabschirmungsgesetz-Neu) vom 5. November 2012, GVBl. S. 358.

Zunächst ist zu prüfen, aus welcher Anspruchsgrundlage sich ein möglicher Zahlungsanspruch der LPFV gegen das Land Berlin ergeben kann.

2. Anspruch aus dem Risikoabschirmungsgesetz-Neu

In § 2 des Risikoabschirmungsgesetzes-Neu wird die Senatsverwaltung für Finanzen ermächtigt, an die LPFV Leistungen zu erbringen, die der Vermeidung der Insolvenz der LPFV dienen.

In § 3 desselben Gesetzes ist eine Haftungsbegrenzung auf 3,8 Mrd. EUR enthalten. Die Begrenzung bezieht sich auf die Insolvenzabsicherung und die in § 1 des Gesetzes geregelten Kreditgarantien.

Eine Begrenzung der Insolvenzabsicherung auf das Altgeschäft der Berlinovo/LPFV ist nach dem Wortlaut der gesetzlichen Ermächtigung nicht vorgesehen. Die gesetzliche Vorschrift enthält auch keine konkrete Anspruchsgrundlage, nach der die Berlinovo oder die LPFV Zahlungen im Rahmen der Insolvenzabsicherung vom Land Berlin verlangen könnten.

3. Anspruch aus der Neuordnungsvereinbarung

Die auf der Grundlage der gesetzlichen Ermächtigung abgeschlossene Neuordnungsvereinbarung⁷ regelt in § 3 die Insolvenzabsicherung zu Gunsten der LPFV.

§ 3.4 der Neuordnungsvereinbarung lautet wörtlich wie folgt:

„3.4 Absicherung einer Mindestliquidität

*Droht nach einer bestätigten Planfortschreibung eine Unterschreitung der Liquiditätsuntergrenzen gemäß Anlage 3.4 („**Liquiditätsuntergrenzen**“), ist diese Unterschreitung nach Maßgabe der folgenden Regelungen abzuwenden:*

a) (...)

⁷ Die Neuordnungsvereinbarung Land Berlin – Berlinovo Gruppe vom 30. September 2012 ist abrufbar unter: „<http://ifg.piratenfraktion-berlin.de/2014/09/25/berlinovo-der-langeschatten-des-bankenskandals/>“.

b) *Die LPFV und die Berlinovo werden sich im Rahmen ihrer rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten nach besten Kräften bemühen, die Unterschreitung der Liquiditätsuntergrenzen innerhalb der Abwendungsfrist ohne zusätzliche Zahlungen des Landes abzuwenden oder zumindest zu reduzieren. Das Land wird dabei mit der LPFV und der Berlinovo vertrauensvoll und kooperativ zusammenwirken. Mit der Unterrichtung nach lit. a) wird die LPFV dem Land, soweit möglich, entsprechende Vorschläge unterbreiten.*

c) *Wenn und soweit die Unterschreitung der Liquiditätsuntergrenzen durch Maßnahmen nach lit. b) nicht abgewendet oder reduziert werden kann, wird das Land die zur Erreichung der Liquiditätsuntergrenzen erforderlichen Zahlungen spätestens mit Ablauf der Abwendungsfrist an die LPFV leisten.*

d) (...)“

Aus § 3.4 lit. c) der Neuordnungsvereinbarung ergibt sich unter den dort genannten Voraussetzungen eine Leistungspflicht des Landes zu Gunsten der LPFV.

4. Anspruchsvoraussetzungen

Nach § 3.4 der Neuordnungsvereinbarung besteht eine Zahlungspflicht des Landes, wenn nach einer bestätigten Planfortschreibung eine Unterschreitung der Liquiditätsuntergrenzen droht und die Unterschreitung nicht durch eigene Maßnahmen der LPFV und der Berlinovo abgewendet werden kann.

Die Liquiditätsuntergrenzen sind nach § 3.4 der Neuordnungsvereinbarung in dem der Neuordnungsvereinbarung beigelegten Liquiditätsmodell festgelegt. Das Liquiditätsmodell basiert nach § 1.1. der Neuordnungsvereinbarung auf einer Planungsrechnung der zukünftigen Zahlungsströme in der Berlinovo-Gruppe. Es handelt sich somit um eine Prognose.

Nach § 3.2 der Neuordnungsvereinbarung wird diese Planungsrechnung jährlich fortgeschrieben und von Wirtschaftsprüfern bestätigt. Die Planfortschreibung ist nach § 3.3 der Neuordnungsvereinbarung ausdrücklich auf das sog. Altgeschäft beschränkt und gilt nicht für das Neugeschäft.

§ 3.3 der Neuordnungsvereinbarung lautet wörtlich wie folgt:

„3.3 Keine Berücksichtigung von Neugeschäft

Die Planfortschreibung ist auf Altgeschäft („Altgeschäft“) beschränkt, Neugeschäft („Neugeschäft“) ist nicht zu berücksichtigen. Neugeschäft ist jede eigenständige geschäftliche Tätigkeit, die nach Abschluss dieser Vereinbarung aufgenommen wird. Immobilienwirtschaftliche Maßnahmen wie z.B. der Betrieb, die Bewirtschaftung, die Entwicklung, die Revitalisierung, die Modernisierung, die Restrukturierung oder die Arrondierung (im Sinne eines Hinzuerwerbs unmittelbar angrenzender Grundstücksflächen von geringer Größe) von Immobilien sind nur dann dem Altgeschäft zuzurechnen, wenn sie sich auf die in Anlage 3.3 aufgeführten Immobilien („Bestandsimmobilien“) beziehen; anderenfalls sind sie Neugeschäft. Die Parteien stellen klar, dass Maßnahmen, die bei einem Fortbestand der Erfüllungsübernahme von deren Anwendungsbereich erfasst würden, in jedem Fall dem Altgeschäft zuzurechnen (sind, Ergänzung durch den Verf.). Die Berlinovo wird das Neugeschäft durch Einrichtung separater Buchungskreise und, soweit möglich und sinnvoll, durch die Schaffung separater rechtlicher Strukturen, vom Altgeschäft separieren.“

Nach dem Wortlaut des Vertrages besteht somit ein Anspruch der LPFV auf Zahlung nur dann, wenn sich anhand der Planfortschreibung ein Liquiditätsengpass prognostizieren lässt. Da bei der Planfortschreibung, also bei der Prognoseberechnung der Liquidität, nach den Bestimmungen des Vertrages nur das sog. Altgeschäft Berücksichtigung findet, besteht ein Zahlungsanspruch nur dann, wenn sich der Engpass aus Altgeschäft ergibt. Etwaiges Neugeschäft bleibt bei der Prognoseberechnung insgesamt unberücksichtigt.

Da bei der Planfortschreibung nur das Altgeschäft berücksichtigt werden darf, besteht der Anspruch nicht, sofern in die Planfortschreibung – entgegen der vertraglichen Vereinbarung – auch Neugeschäft einfließt. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Vertrages ist die Haftung somit auf den Bereich des Altgeschäfts begrenzt.

Insofern ist bereits der Wortlaut der Vereinbarung eindeutig. Auch eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Vereinbarung ergibt kein anderes Ergebnis. Mit der Neuordnungsvereinbarung sollte die bislang in Form der Erfüllungsübernahme bestehende Absicherung abgeschafft und die LPFV in die Lage versetzt werden, die Verpflichtungen gegenüber den Fondsgesellschaften eigenständig zu erfüllen. Zu diesem Zweck wurde die

LPFV zum einen (einmalig) mit Liquidität ausgestattet, und es wurde zum anderen eine Insolvenzabsicherung in den Vertrag aufgenommen. Da beide Maßnahmen die Erfüllungsübernahme ersetzen und sich diese naturgemäß ausschließlich auf das Altgeschäft bezog, ergibt auch die Auslegung nach Sinn und Zweck, dass die Insolvenzabsicherung nur dann eingreift, wenn der Liquiditätsengpass gerade auf dem Altgeschäft beruht. Ein solches Verständnis der vertraglichen Vereinbarung ergibt sich zudem auch aus § 3.3 Satz 4 der Neuordnungsvereinbarung selbst.

Folglich besteht eine vertragliche Leistungspflicht des Landes nur dann, wenn sich der Liquiditätsengpass aus dem Altgeschäft ergibt.

5. Tatsächliche Trennung von Alt- und Neugeschäft

Zu prüfen bleibt, ob sich aus dem Umstand, dass Alt- und Neugeschäft möglicherweise buchhalterisch oder rechtlich nicht separat erfasst und abgewickelt werden, eine andere Beurteilung ergibt.

So kritisiert der Rechnungshof in seinem Jahresbericht 2014, dass in der Neuordnungsvereinbarung keine Regelungen enthalten seien, die eine Haftung für Risiken aus dem Neugeschäft hinreichend ausschließen. Zwar sei im Liquiditätsmodell kein Neugeschäft zu berücksichtigen; für die tatsächliche Mittelverwendung gebe es jedoch keine entsprechende Beschränkung. Es sei nicht auszuschließen, dass – insbesondere bei Fehlschlagen von Neugeschäft – auch der Cash-Pool der Berlinovo-Gruppe in Anspruch genommen und im Extremfall die in der Neuordnungsvereinbarung festgelegte Mindestliquidität unterschritten würde.⁸

Hingegen ist nach Auffassung des Senats mit den Festlegungen in der Neuordnungsvereinbarung sichergestellt, dass eine durch Neugeschäft ausgelöste Liquiditätsenge nicht zu einer Leistungspflicht des Landes im Rahmen der Insolvenzabsicherung führen kann.⁹

Die Bedenken des Rechnungshofes sind zwar insoweit berechtigt, als denkbar ist, dass in der geschäftlichen Praxis Alt- und Neugeschäft derart miteinander verbunden sind,

⁸ Jahresbericht 2014 des Rechnungshofs von Berlin gemäß Artikel 95 der Verfassung von Berlin und § 97 der Landeshaushaltsordnung, Abghs.-Drs. 17/1635, S. 158 ff.

⁹ Stellungnahme des Senats und der Bezirksämter zum Jahresbericht 2014 des Rechnungshofs über die Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung sowie der Haushaltsrechnung 2012, Abghs.-Drs. 17/1790, S. 161.

dass sich nicht eindeutig nachweisen lässt, ob die Liquiditätsunterschreitung durch Verluste in dem einen oder dem anderen Bereich begründet ist.

In diesem Fall besteht jedoch mangels Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen kein Anspruch der LPFV. Die vertraglichen Regelungen sind insoweit eindeutig: Eine Leistungspflicht des Landes besteht nur dann, wenn nach der Planfortschreibung eine Liquiditätsunterschreitung droht. Ebenfalls eindeutig ist festgelegt, dass die Planfortschreibung nur das Altgeschäft berücksichtigen darf. Sofern die Berlinovo/LPFV Alt- und Neugeschäft derart untrennbar miteinander verbindet, dass ein Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen nicht möglich ist, besteht gerade keine Leistungspflicht des Landes. Denn als Begünstigte ist die LPFV für die Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen verantwortlich. Sollte dies aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten nicht möglich sein, ginge dies zu ihren Lasten. Dafür spricht insbesondere auch, dass sich die Berlinovo in § 3.3 Satz 5 der Neuordnungsvereinbarung ausdrücklich verpflichtet hat, das Neugeschäft durch Einrichtung separater Buchungskreise vom Altgeschäft zu trennen.¹⁰

Eine hinreichende rechtliche Begrenzung der Insolvenzsicherung auf das sog. Altgeschäft ist somit durch die Neuordnungsvereinbarung sichergestellt, da der Zahlungsanspruch der LPFV nur dann begründet ist, wenn sie an Hand einer auf das Altgeschäft begrenzten Planfortschreibung den Liquiditätsengpass nachweisen kann.

B. Zu Frage A.2.

1. Möglichkeit der Anpassung

Grundsätzlich besteht für den Gesetzgeber die Möglichkeit, die Höhe einer gesetzlich festgelegten Haftungssumme zu reduzieren. Gesetze können geändert oder aufgehoben werden. Dies zeigt sich auch daran, dass im Jahr 2012 das Risikoabschirmungsgesetz außer Kraft gesetzt und im Risikoabschirmungsgesetz-Neu die Haftungssumme von 21,6 Mrd. EUR auf 3,8 Mrd. EUR herabgesetzt wurde.

Eine Vertragsänderung – wie in der Neuordnungsvereinbarung vorgenommen – ist jedoch naturgemäß nicht einseitig möglich, sondern erfordert den übereinstimmenden Willen der Vertragspartner.

¹⁰ Vgl. Neuordnungsvereinbarung (Fn. 7), § 3.3 Satz 5, S. 7 und oben S. 6.

Sofern Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Risiken weiter verringert haben, ist eine Anpassung der vertraglichen und gesetzlichen Regelungen daher grundsätzlich möglich. Ob und ggf. in welchem Umfang sich die Risiken tatsächlich verringert haben, ist dem WPD allerdings nicht bekannt.

2. Verpflichtung zur Anpassung

Fraglich ist, ob auch eine Verpflichtung zur Anpassung besteht, sofern sich die Risiken verringert haben. In diesem Fall könnte sich eine Verpflichtung zur Reduzierung unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten ergeben. Dies hängt davon ab, wie die Haftungssumme im Haushaltsplan zu berücksichtigen ist.

In Betracht kommt hier zunächst die Einordnung der Haftungssumme als Ausgabe oder Verpflichtungsermächtigung. Ausgaben im Sinne des Haushaltsrechts sind alle im Haushaltsplan ausgewiesenen Mittel, die im laufenden Haushaltsjahr kassenwirksam, also fällig werden.¹¹ Eine Verpflichtungsermächtigung ist die Übernahme von Verpflichtungen im laufenden Haushaltsjahr, für die die entsprechenden Ausgaben erst in künftigen Jahren anfallen, also fällig werden.¹² Bei der Insolvenzabsicherung wird jedoch lediglich eine Verpflichtung übernommen, die an den – ungewissen – Eintritt eines tatsächlichen Ereignisses, nämlich die Unterschreitung der Liquiditätsuntergrenzen, geknüpft ist.¹³ Es handelt sich somit weder um Ausgaben noch um Verpflichtungsermächtigungen (§ 6 LHO), sondern um eine Eventualverbindlichkeit, nämlich eine Gewährleistung im Sinne des § 39 LHO. Eine Gewährleistung als Eventualverbindlichkeit wird im Haushaltsplan jedoch nicht als Ausgabe oder Verpflichtungsermächtigung, sondern separat ausgewiesen.¹⁴

Wesensmerkmal einer Eventualverbindlichkeit ist die Ungewissheit, ob und wann der Verpflichtete in Anspruch genommen wird. Unmittelbare Belastungen des Haushalts bestehen hierbei nicht.¹⁵ Rücklagen werden hierfür in der Regel auch nicht gebildet.¹⁶ Künftige Haushalte werden nur in solchen Fällen belastet, in denen sich das

¹¹ *Gröpl*, in: ders., BHO/LHO, Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 3 Rn. 12.

¹² *Gröpl* (Fn. 11), § 3 Rn. 14; von Lewinski/Burbar, BHO, Kommentar, 1. Auflage, 2013, § 6 Rn. 11.

¹³ Vgl. die Ausführungen zur Erfüllungsübernahme im Gutachten des WPD vom 12. März 2002, S. 10 ff.

¹⁴ Vgl. für die Risikoabschirmung den Haushaltsplan von Berlin für die Haushaltsjahre 2014/2015, Anlage 5 (Übersicht über Bürgschaften, Garantien sowie sonstige Gewährleistungen und Einstandspflichten), Tabelle 1.

¹⁵ *Nebel*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Stand Februar 2014, § 39 BHO, Rn. 1.

¹⁶ *Nebel* (Fn.15), § 39 BHO, Rn. 2.

übernommene Risiko tatsächlich realisiert.¹⁷ Der Eintritt der Zahlungsverpflichtung ist ungewiss, ebenso die Höhe. Die tatsächliche Belastung kann je nach den tatsächlichen Umständen bei einer Gewährleistung von z. B. 3,0 Mrd. Euro faktisch größer sein als bei einer Gewährleistung von (theoretisch) 3,8 Mrd. Euro. Die Anpassung der Summe im Gesetz und im Vertrag ist demnach nicht entscheidend für die tatsächliche Belastung.

Eine etwa aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz¹⁸ herrührende haushaltsrechtliche Verpflichtung zur Reduzierung der Gewährleistungssumme in Gesetz und Vertrag besteht dementsprechend nicht.

Im Übrigen dürfte dies im vorliegenden Fall, in dem der Vertrag mit der gesetzlichen Regelung eine Einheit bildet, gegen den Willen des Vertragspartners nicht möglich sein. Auch aus diesem Grund kann von einer Verpflichtung zur Änderung des Gesetzes nicht ausgegangen werden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht, ob und in welcher konkreten Ausgestaltung er Gesetze erlässt oder ändert. Etwas anderes kann lediglich ausnahmsweise, z. B. aufgrund von europarechtlichen oder verfassungsgerichtlichen Vorgaben gelten. In diesen Fällen besteht u. U. eine Handlungspflicht. Beides ist – soweit bekannt – bei dem hier in Rede stehenden Sachverhalt nicht gegeben.

¹⁷ Rossi, in: Gröpl (Fn. 11), § 39, Rn. 6.

¹⁸ Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 LHO Bln sind bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

C. Zu Frage B.1.

Für die Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Verbindungen mit Fondszeichnern gelöst werden können, ist zunächst die gesellschaftsrechtliche Konstruktion der Fonds zu klären.

1. Rechtliche Beziehungen zwischen der Berlinovo bzw. dem Land Berlin und den Fondszeichnern

Die geschlossenen Immobilienfonds der ehemaligen Bankgesellschaft Berlin sind in der Rechtsform der GmbH & Co KG konzipiert.¹⁹ Die Fondszeichner sind über einen Treuhandkommanditisten an der Gesellschaft beteiligt. Sie sind Treugeber, der Treuhandkommanditist ist Treuhänder. Er ist mit den Zeichnern durch einen Treuhandvertrag verbunden und hält für die Zeichner die Kommanditanteile in entsprechender Höhe.

Nach Angaben der Senatsverwaltung für Finanzen beträgt die Beteiligungsquote (des Landes) zum 30.09.2014 für alle 24 Rückkauffonds der Neuordnungsvereinbarung im Durchschnitt 99,0 %.²⁰ An allen Fonds besteht inzwischen eine Landesbeteiligung in Höhe von mehr als 90% des Beteiligungskapitals, bei allen bis auf einen Fonds sogar in Höhe von mehr als 95 % des Beteiligungskapitals.²¹

Die Beziehungen mit den Zeichnern wären beendet, wenn der Treuhandkommanditist die verbliebenen von ihm noch treuhänderisch für die Zeichner gehaltenen Fondsanteile – mit oder gegen deren Willen – an das Land oder eine Gesellschaft der Berlinovo Gruppe übertragen würde.

¹⁹ Die auftraggebende Fraktion hat für dieses Gutachten u. a. die Datei des Fondsprospekts für den IBV Fonds Deutschland 2 zur Verfügung gestellt, in dem u. a. der Gesellschaftsvertrag sowie der Treuhandvertrag enthalten sind. Dieser Fondsprospekt wird der Prüfung beispielhaft zugrunde gelegt. Vgl. zur Fondskonstruktion auch den Bericht des 1. Untersuchungsausschusses des Abgeordnetenhauses von Berlin – 15. Wahlperiode – zur Aufklärung der Vorgänge bei der Bankgesellschaft AG, der Landesbank Berlin und des Umgangs mit Parteispenden, Abghs.-Drs. 15/4900, S. 273 ff.

²⁰ Mitteilung – zur Kenntnisnahme – Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Land Berlin und BIH-Gruppe, Abghs.-Drs. 17/1987, S. 2.

²¹ Abghs.-Drs. 17/1987 (Fn. 20), S. 3.

2. Möglichkeiten der Beendigung der Beziehungen

Denkbar ist grundsätzlich eine Entziehung gegen den Willen der Zeichner oder eine einvernehmliche Übertragung.

a) Verkauf der Anteile

Eine Übertragung käme im Rahmen einer vergleichswisen Einigung in Betracht, bei der die Zeichner sich verpflichten, die Anteile – in der Regel gegen Zahlung eines Entgelts – zu übertragen. Den Fondszeichnern wurden derartige Kaufangebote in der Vergangenheit unterbreitet.²² Viele Zeichner haben diese Angebote angenommen. Sofern bei den verbliebenen Zeichnern eine solche Bereitschaft nicht besteht, scheidet diese Möglichkeit jedoch aus.

b) Enteignung

Um die Beziehungen mit den Zeichnern gegen deren Willen zu beenden, käme eine Enteignung durch das Land in Betracht. Enteignung ist die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG^{23, 24}. Eine Enteignung ist nach Art. 14 Abs. 3 GG nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Rein fiskalische Interessen gehören nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu jedoch nicht.²⁵

Mit der Lösung der Beziehung zu den Fondszeichnern sollen die Zahlungen aus den gegenüber den Zeichnern abgegebenen Garantien vermieden werden. Es werden also rein fiskalische Interessen verfolgt. Eine Enteignung aus diesem Grunde kommt daher nicht in Betracht.

²² Vgl. Antwort des Senats auf die schriftliche Anfrage des Abg. Delius (Piraten), Abghs.-Drs. 17/14 808.

²³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Juli 2012 (BGBl. I S. 1478).

²⁴ *Wendt*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Auflage, 2011, Art. 14, Rn. 148.

²⁵ BVerfGE, Beschluss vom 18. November 1998, Az. 1 BvR 21-97, NJW 1999, 1176; vgl. auch *Wendt* (Fn. 24), Art. 14, Rn. 163.

c) Squeeze Out nach §§ 327 a ff. Aktiengesetz

In Betracht käme alternativ ein sog. Squeeze Out. Dieser Begriff stammt aus dem Aktienrecht und bezeichnet ein Verfahren, bei dem der Hauptaktionär einen oder mehrere Minderheitsaktionäre aus einer Aktiengesellschaft verdrängt.

In den §§ 327a ff. AktG²⁶ ist unter der Überschrift „Ausschluss von Minderheitsaktionären“ geregelt, dass die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft (AG) oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) auf Verlangen eines Aktionärs, dem Aktien in Höhe von 95 % des Grundkapitals gehören (Hauptaktionär), die Übertragung der Aktien der übrigen Aktionäre (Minderheitsaktionäre) auf den Hauptaktionär gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung beschließen kann.

Fraglich ist, ob diese Vorschriften auch auf die hier in Rede stehenden Fondsgesellschaften anwendbar sind.

Wie bereits ausgeführt, sind die Fonds in der Rechtsform der GmbH & Co KG konzipiert, während die §§ 327a ff. AktG nur auf Aktiengesellschaften oder Kommanditgesellschaften auf Aktien anwendbar sind. Eine direkte Anwendung scheidet demnach aus. Auch eine analoge Anwendung kommt hier mangels Regelungslücke nicht in Betracht.

Es wäre jedoch denkbar, dass die Fonds, die derzeit in Form der GmbH & Co KG organisiert sind, zunächst in eine Aktiengesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien umgewandelt werden, um sodann ein Verfahren nach §§ 327a ff. AktG durchführen zu können.

Eine Umwandlung einer GmbH & Co KG in eine Aktiengesellschaft oder in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist grundsätzlich möglich. Die Umwandlung einer Gesellschaft ist nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Umwandlungsgesetz²⁷ auch möglich durch Formwechsel der Gesellschaft. Nach §§ 191, 214 Abs. 1 UmwG können Personengesellschaften auch in Kapitalgesellschaften umgewandelt werden. Nach § 193 Abs. 1 Satz 1 UmwG ist ein Umwandlungsbeschluss erforderlich, der nach § 193 Abs. 3 UmwG notariell beurkundet werden muss.

²⁶ Aktiengesetz (AktG) vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586).

²⁷ Umwandlungsgesetz (UmwG) vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210, ber. 1995 S. 428) zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044).

§ 217 Abs. 1 Satz 1 UmwG sieht grundsätzlich einen einstimmigen Beschluss vor, lässt jedoch abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu.

In dem hier zur beispielhaften Prüfung vorliegenden Gesellschaftsvertrag²⁸ ist in § 16 Nr. 1 lit. f) in Verbindung mit Nr. 2 eine dahin gehende Regelung enthalten, dass Beschlüsse, die Änderungen des Gesellschaftsvertrages zum Inhalt haben, grundsätzlich einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der anwesenden Stimmen bedürfen, jedoch dann einstimmig gefasst werden müssen, sofern 90 % oder mehr aller Stimmen auf fünf oder weniger Personen vereinigt sind. Das Stimmrecht richtet sich dabei gemäß § 17 Nr. 5 des Gesellschaftsvertrages nach dem jeweiligen Kapitalanteil des Gesellschafters.

Da die Gesellschaftsform im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, würde der Umwandlungsbeschluss eine Vertragsänderung bedeuten und somit der Regelung in § 16 des Vertrages unterfallen.

Nach Informationen der Senatsverwaltung für Finanzen liegt die Beteiligungsquote des Landes Berlin bzw. landeseigener Gesellschaften bei sämtlichen Fonds bei über 90 % der Anteile.²⁹ Für einen Beschluss, der die Rechtsform ändert, wäre daher Einstimmigkeit nach § 16 des Gesellschaftsvertrages erforderlich. Die verbliebenen Zeichner können somit die Umwandlung verhindern. Gegen den Willen der verbliebenen Anleger ist eine Umwandlung und somit die Durchführung eines Squeeze Out daher hier nicht möglich.

Im Übrigen wird in Literatur und Rechtsprechung diskutiert, ob gegen einen Beschluss über den Formwechsel in engem zeitlichem Zusammenhang mit einem Beschluss über ein Squeeze Out der Einwand der Treuwidrigkeit vorgebracht werden kann. Die Verknüpfung von Formwechsel und Squeeze Out ist danach angreifbar, wenn sie zu dem Zweck geschieht, dem Hauptgesellschafter eine vor dem Formwechsel nicht bestehende Möglichkeit des Ausschlusses der Minderheit zu verschaffen.³⁰ Die hierauf gerichteten Beschlüsse sind nach teilweise vertretener Auffassung anfechtbar.³¹ So läge es auch im hier zu begutachtenden Fall. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs dürfte ebenfalls nahe liegend sein, sofern die derzeit vom Land gehaltenen Anteile auf mehrere

²⁸ Gesellschaftsvertrag des IBV Fonds Deutschland 2; in: Fondsprospekt vom 15. November 1999.

²⁹ Abghs.-Drs. 17/1987 (Fn. 20), S. 2.

³⁰ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack: Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Auflage, 2010, § 327a, Rn. 29; *Koch*, in: Hüffer, Aktiengesetz, 11. Auflage, 2014, § 327a, Rn. 21.

³¹ *Grunewald*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, 2010, § 327a, Rn. 24.

Gesellschaften oder natürliche Personen mit dem Ziel aufgeteilt werden, das Erfordernis der Einstimmigkeit aus § 16 des Gesellschaftsvertrages zu umgehen.

d) Auflösung der Gesellschaft

In Betracht kommt als weitere Möglichkeit die Auflösung der Gesellschaft nach § 131 Abs. 1 Handelsgesetzbuch³². Diese kann durch Beschluss der Gesellschafter (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB) oder aber durch gerichtliche Entscheidung (§ 131 Abs. 1 Nr. 4 HGB) herbeigeführt werden.

Ein auf die Auflösung gerichteter Beschluss der Gesellschafter scheitert an der hier ebenfalls geltenden Mehrheitsregelung im Gesellschaftsvertrag. Nach § 16 Abs. 1 lit. f) i.V.m. Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages bedarf es für einen Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft der Einstimmigkeit, wenn 90 % oder mehr aller Stimmen auf fünf oder weniger Personen vereinigt sind. Ohne die Zustimmung der verbliebenen Zeichner lässt sich ein Beschluss über die Auflösung somit nicht fassen. Überdies sieht § 32 des Gesellschaftsvertrages ausdrücklich vor, dass die Gesellschaft frühestens zum 31.12.2024 aufgelöst werden kann.

Voraussetzung für die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliche Entscheidung nach § 133 Abs. 1 HGB ist neben dem Antrag eines Gesellschafters das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ein wichtiger Grund ist jeder Umstand, der die Fortsetzung der Gesellschaft für alle Seiten unzumutbar macht. Die Betrachtung erfordert eine Interessenabwägung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalles.³³ Erfasst sind gesellschaftsbezogene oder gesellschaftsbezogener Gründe.³⁴ Ein wichtiger Grund ist nach § 133 Abs. 2 HGB insbesondere dann gegeben, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Beispielhaft sind als wichtige Gründe zu nennen: Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks, Veruntreuung, ungerechtfertigte Entnahmen, wiederholte und schwerwiegende Eigenmächtigkeiten in der Geschäftsführung, Beleidigungen oder

³² Handelsgesetzbuch (HGB) vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juli 2014 (BGBl. I S. 934).

³³ Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 36. Auflage 2014, § 133, Rn. 5; Klöhn, in: Hennsler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 2014, HGB 133, Rn. 7f.; Kamanabrou, in: Oetker, HGB, 3. Auflage 2013, § 133, Rn. 9.

³⁴ Klöhn (Fn. 33), HGB 133, Rn. 23.

Tätlichkeiten gegenüber Mitgesellchaftern.³⁵ Anhaltspunkte für das Vorliegen eines solchen oder vergleichbaren wichtigen Grundes in dem hier zu begutachtenden Sachverhalt sind nicht ersichtlich. Eine Auflösung der Gesellschaft durch Gerichtsbeschluss scheidet daher aus.

e) Ausscheiden eines Gesellchafter

In § 131 Abs. 3 HGB sind verschiedene Sachverhalte genannt, bei deren Vorliegen ein Gesellchafter aus der Gesellschaft ausscheidet, sofern gesellschaftsvertraglich keine abweichenden Regelungen getroffen sind. § 131 Abs. 3 Nr. 6 HGB nennt den Beschluss der Gesellchafter als eine der Möglichkeiten. Erforderlich ist jedoch zusätzlich eine entsprechende Grundlage im Gesellschaftsvertrag.³⁶ Nach § 27 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages kann ein Gesellchafter aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Als Beispiel wird in § 27 Abs. 1 Satz 2 insbesondere die Säumnis hinsichtlich der Kapitalerbringung genannt. Eine derartige oder ähnlich gelagerte Pflichtverletzung ist nach dem hier bekannten Sachverhalt nicht ersichtlich, so dass ein Ausschluss nach § 27 des Gesellschaftsvertrages nicht in Betracht kommt.

f) Ausschluss eines Gesellchafter (§ 140 HGB)

Nach § 140 HGB kann auf Antrag der übrigen Gesellchafter das Gericht die Ausschließung eines Gesellchafter aussprechen. Voraussetzung ist auch hierfür, dass in der Person des Gesellchafter ein wichtiger Grund im Sinne des § 133 HGB vorliegt. Ein solcher Grund, also ein irgendwie geartetes Fehlverhalten, ist hier, wie bereits ausgeführt, nicht zu erkennen. Der Ausschluss nach § 140 HGB kommt demnach ebenfalls nicht in Betracht.

Eine Möglichkeit, die Beziehungen zu den noch verbliebenen Fondszeichnern gegen deren Willen zu lösen, ist somit nicht ersichtlich.

³⁵ Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Auflage 2014, § 133, Rn. 17.; Klöhn (Fn. 33), HGB 133, Rn. 7f.; Roth (Fn. 33), § 140, Rn. 7.

³⁶ Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Auflage, 2011, § 131, Rn. 88.

D. Zu Frage B.2.

Für die Beantwortung der Frage, ob bereits „abgefundene“ Fondszeichner Anspruch auf Regress haben, sofern es zu weiteren Einigungen mit anderen Zeichnern kommen sollte, ist entscheidend, wie die Regelungen in dem jeweiligen Rückkaufvertrag ausgestaltet sind.

Durch einen Vertrag, der die abschließende Einigung hinsichtlich eines streitigen Rechtsverhältnisses zum Gegenstand hat, sollen grundsätzlich alle gegenseitigen Ansprüche abgegolten werden. In derartige Vereinbarungen wird daher üblicherweise eine allgemeine Abgeltungsklausel aufgenommen, die die Regelung enthält, dass die Parteien auf gegenseitige Ansprüche aus dem fraglichen Rechtsverhältnis verzichten. Wie die vertraglichen Rückkaufvereinbarungen im Einzelfall ausgestaltet sind, ist jeweils anhand des konkreten Vertragstextes zu prüfen.

Nach den von der auftraggebenden Fraktion zur Verfügung gestellten Informationen enthält das Muster des Kauf- und Übertragungsvertrages, das vermutlich den bisherigen und künftigen Rückkäufen zugrunde liegt, eine Klausel hinsichtlich des Verzichts des Verkäufers gegenüber dem Käufer im Zusammenhang mit der Beteiligung. Der Verkäufer verzichtet demnach u. a. gegenüber dem Käufer, sämtlichen Gesellschaften, die verbundene Unternehmen der Landesbank Berlin Holding AG sind, und gegenüber dem Land Berlin auf sämtliche etwaigen gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche, die mit der Beteiligung des Verkäufers oder der Finanzierung ihres Erwerbs im Zusammenhang stehen. Mit einer derartigen Abgeltungsklausel sind Ansprüche aus dem aufgelösten Rechtsverhältnis ausgeschlossen.

Vertragliche Ansprüche scheiden somit aus. Nach dem hier bekannten Sachverhalt sind auch gesetzliche Vorschriften, aus denen sich Ansprüche bereits abgefundener Fondszeichner ergeben könnten, nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

Zu Frage A.1.

Die in der Neuordnungsvereinbarung vom 30. September 2012 zwischen dem Land Berlin und der Berlinovo-Gruppe geregelte Insolvenzabsicherung zu Gunsten der LPFV ist hinreichend auf das sog. Altgeschäft begrenzt, da nach den vertraglichen Regelungen eine Inanspruchnahme des Landes nur dann in Betracht kommt, wenn die Berlinovo/LPFV eine Liquiditätsunterschreitung anhand einer bestätigten Planfortschreibung nachweisen kann. Diese Planfortschreibung darf nach den vertraglichen Vereinbarungen nur das sog. Altgeschäft berücksichtigen. Sollte der erforderliche Nachweis eines Liquiditätsengpasses anhand der Planfortschreibung nicht möglich sein, da in der geschäftlichen Praxis Neu- und Altgeschäft ggf. derart miteinander verwoben sind, dass eine separate Erfassung und Betrachtung nicht möglich ist, so geht dies zu Lasten der Berlinovo/LPFV mit der Folge, dass ein Zahlungsanspruch gegen das Land nicht besteht.

Zu Frage A.2.

Das Land Berlin hat aufgrund seines weiten Entscheidungsspielraums grundsätzlich die Möglichkeit, das Risikoabschirmungsgesetz-Neu vom 5. November 2012 sowie die Neuordnungsvereinbarung vom 30. September 2012 zu ändern. Eine Verpflichtung dazu besteht jedoch nicht. Die im Gesetz genannte Summe, die auch der Insolvenzabsicherung der LPFV dient, stellt haushaltsrechtlich weder eine Ausgabe noch eine Verpflichtungsermächtigung, sondern lediglich eine Eventualverbindlichkeit dar. Ob und in welcher Höhe sich das eingegangene Risiko realisiert, ist ungewiss. Die Anpassung der Summe hat daher auf die Frage, ob und in welcher Höhe das Land tatsächlich eintreten muss, keinen Einfluss. Eine Verpflichtung des Landes zur Änderung der im Gesetz genannten Summe etwa nach dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz besteht somit nicht. Eine Änderung der maßgeblichen vertraglichen Regelungen bedarf des übereinstimmenden Willens aller beteiligten Vertragspartner.

Zu Frage B.1.

Eine Lösung der noch bestehenden Verbindungen des Landes Berlin bzw. der Berlinovo-Gruppe mit den verbliebenen Fondszeichnern gegen deren Willen ist wegen der im Gutachten im Einzelnen genannten entgegenstehenden gesellschaftsrechtlichen sowie

gesellschaftsvertraglichen Vorschriften nicht möglich. Es besteht daher lediglich die Möglichkeit einer einvernehmlichen Lösung, wie sie in der Vergangenheit bereits vielfach praktiziert worden ist.

Zu Frage B.2.

Die Frage kann aus den unter B.1. genannten Gründen nur hinsichtlich der einvernehmlichen Auflösung der Beziehungen beantwortet werden. Das von der auftraggebenden Fraktion zur Verfügung gestellte Muster des Vertrages über den Rückkauf der verbliebenen Fondsanteile enthält die für diese Fälle typische Verzichtsklausel. Demnach verzichtet der Verkäufer u. a. gegenüber dem Käufer, d. h. dem Land Berlin, auf sämtliche etwaigen gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche, die mit der Beteiligung des Verkäufers oder der Finanzierung ihres Erwerbs im Zusammenhang stehen. Die Verwendung dieses Mustervertrages unterstellt, sind mit einer derartigen Abgeltungsklausel alle denkbaren gegenseitigen Ansprüche aus dem aufgelösten Rechtsverhältnis ausgeschlossen. Gesetzliche Ansprüche für eine „Nachforderung“ bereits abgefundener und auch künftiger Anteilsverkäufer sind ebenfalls nicht ersichtlich. Von Regressansprüchen bereits abgefundener und auch künftiger Anteilsverkäufer ist daher nach dem hier bekannten Sachverhalt nicht auszugehen.

Keßler

Baron