

Thomas Zacher¹⁾

Beteiligungsfinanzierung bei Wohnimmobilienfonds durch Bausparkassen

Die Einschaltung von Bausparkassen in die Finanzierung von Beteiligungen an geschlossenen Wohnimmobilienfonds wurde in den letzten Jahren vielfach diskutiert und im Einzelfalle auch praktiziert. Auf Grund des auslegungsfähigen Wortlautes des Bundesbausparkassengesetzes und der sonstigen Materialien zu diesem Thema blieb die Zulässigkeit derartiger Beteiligungsfinanzierungen allerdings unklar, was zur Entstehung einer gewissen Grauzone führte. Die jüngste Stellungnahme des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (abgedruckt in ZfIR 1997, 305 - in diesem Heft) hat nunmehr - aus der Sicht der Verwaltung - eine eindeutige Klärung herbeigeführt. Der Autor untersucht die dort und in der bisherigen Diskussion benutzten Argumente sowie die daraus resultierenden Gestaltungsmöglichkeiten.

I. Die gesetzliche Ausgangssituation

Nach § 1 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 BSpkG dürfen Bausparkassen grundsätzlich nur das Bausparkassengeschäft betreiben, das heißt Einlagen von Bausparern entgegennehmen und aus den angesammelten Beträgen den Bausparern für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen Gelddarlehen gewähren. Zu den wohnungswirtschaftlichen Maßnahmen im Sinne des Gesetzes gehören die Errichtung und Beschaffung von überwiegend zu Wohnzwecken bestimmten Gebäuden und Wohnungen, insbesondere von Eigenheimen und Eigentumswohnungen sowie der Erwerb von Rechten zur dauernden Nutzung von Wohnraum und auch die Errichtung, Beschaffung, Erhaltung und Verbesserung von anderen Gebäuden, soweit sie Wohnzwecken dienen (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BSpkG).

Darüber hinaus lässt der abschließende Katalog des Bausparkassengesetzes noch eine Anzahl von Hilfstätigkeiten zu. Neben dem klassischen Bauspargeschäft dürfen die Bausparkassen unter anderem gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 BSpkG auch für woh-

nungswirtschaftliche Maßnahmen sonstige Gelddarlehen gewähren. Es handelt sich hierbei um die sogenannten „Sofortdarlehen“, die von den Bausparkassen auch ohne einen bestimmten Bausparvertrag und ohne Abwarten der Zuteilungsreife vergeben werden können. Die zulässigen Gesamtvolumina von Sofortdarlehen sind allerdings in Abhängigkeit von den in § 4 Nr. 2 BSpkG niedergelegten Parametern begrenzt. Auch bei den sogenannten Sofortdarlehen ist es jedoch zwingende Voraussetzung, dass es für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen verwandt wird. Dieser Begriff spielt daher für die Beurteilung der Zulässigkeit von Finanzierungen von Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds eine zentrale Rolle.

II. Die bisherige Praxis

Derjenige, der bislang bei einer Bausparkasse wegen der Finanzierung von Beteiligungen an einem Immobilienfonds vorsprach, fand nicht selten ein offenes Ohr. Es war in der Branche kein Geheimnis, dass sich einige Bausparkassen an entsprechenden Finanzierungen beteiligten. Dies hat eine Anzahl von wettbewerbsrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Streitigkeiten mit verschiedenen Bausparkassen hervorgerufen.

Deshalb nahmen einige Bausparkassen gleichsam „unter der Hand“ derartige Finanzierungen vor, boten diese Leistungen offiziell aber nicht an. Teilweise wurde dies damit begründet, dass man die Einordnung der Immobilienfondsfinanzierung unter den Gesetzesbegriff „wohnungswirtschaftliche Maßnahmen“ für problematisch halte, weshalb man bei diesbezüglichen Geschäften auf besondere Vertraulichkeit angewiesen sei.

Es blieb aber offen, ob es einer derartigen Handhabung tatsächlich bedurfte, oder ob das Handeln in einer vermeintlichen Grauzone nicht durchaus einer kritischen Überprüfung standhalten konnte.

Dr. iur., Rechtsanwalt in Köln

Diese Frage stellte und stellt sich auch deshalb, weil gerade im Bereich der Wohnimmobilienfonds vielfach Arbeitnehmer als Anleger mit mittlerem Einkommen angesprochen werden, denen kraft tarif- oder individualvertraglicher Regelungen vermögenswirksame Leistungen nach dem Fünften Vermögensbildungsgesetz durch ihren Arbeitgeber zustehen. Nach dem insoweit eindeutigen Katalog des Fünften Vermögensbildungsgesetzes fallen jedoch Beteiligungen an den typischen (Wohn-)Immobilienfonds in der Rechtsform der KG oder auch GbR als solche nicht unter die geförderten Kapitalanlagen.¹ Bausparverträge können dagegen unzweifelhaft mit vermögenswirksamen Leistungen bespart werden (§2 Abs. 1 Nr. 4 5. VermBG i. V. m. §2 WoPG). Auch von daher liegt es auf der Hand, dass Bausparkassen und Fondsinstitute über Kombinationsmodelle unter Einbeziehung der vermögenswirksamen Leistungen nachdenken und nach deren rechtlicher Zulässigkeit fragen.

III. Die Auffassung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen

Eine konkrete und abschließende Stellungnahme des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen fehlte bislang, was unterschiedliche Interpretationen begünstigte. Nach Gesprächen mit Vertretern der beteiligten Interessengruppen sah sich das Bundesaufsichtsamtsamt für das Kreditwesen jedoch Anfang dieses Jahres zu einer schriftlichen Verlautbarung veranlasst. Mit Schreiben vom 12. Februar 1997 hat es zum Bedauern vieler Bausparkassen und Vertreter der Wohnungswirtschaft - insbesondere in den neuen Bundesländern - festgestellt, dass Beteiligungen an geschlossenen Immobilienfonds nicht unter den abschließenden Katalog des § 1 Abs. 3 BSpkG fallen.² Es handele sich bei derartigen Fonds in der Rechtsform von Personengesellschaften um primär gesellschaftsrechtliche Beteiligungen, welche nicht unmittelbar wohnungswirtschaftlichen Zwecken dienen. Eine Ausnahme sei lediglich im Falle der Zuordnung von Bruchteilseigentum zu machen. Im Übrigen wurde auch die Finanzierung von Beteiligungen an offenen Immobilienfonds generell für unzulässig erklärt.

Dem Vernehmen nach erfolgte diese Stellungnahme auch in Abstimmung mit dem Bundesministerium der Finanzen. Sie bringt für die Praxis zumindest zunächst eine klare Stellungnahme, wenn auch nicht unbedingt in dem erhofften Sinne.

Die Konzeption von Bruchteilsgemeinschaften für eine größere Zahl von Anlegern ist seit längerem bekannt, hatte vor etwa 15 Jahren eine gewisse Blüte und ist inzwischen auch bei Wohnimmobilien weit hinter KG- und GbR-Gestaltungen zurückgetreten, wenn auch einzelne Anbieter dieses Konzept mit durchaus beachtlichem wirtschaftlichen Erfolg weiterhin oder wieder anbieten. Das Für und Wider von Bruchteilsgemeinschaften ist an dieser Stelle nicht zu diskutieren. Es sei lediglich daraufhingewiesen, dass die §§741 ff BGB sicher nicht a priori ein Gestaltungsmodell für Publikumsanlagen abgeben und zum Beispiel die nicht zur Gänze abdingbaren Aufhebungsansprüche gemäß §§749 ff BGB sowohl im Falle „querulatorischer“ Gemeinschaften wie auch im Falle von Insolvenz oder Einzelzwangsvollstreckung auf Seiten eines der

Beteiligten problematisch sein können. Auch im Finanzierungsfalle fällt es vielen Kreditinstituten schwer, in dem Anteil an einer Bruchteilsgemeinschaft einen tauglichen Sicherungsgegenstand zu sehen und diesen wirtschaftlich richtig einzuschätzen. Durch eine durchdachte Vertragsgestaltung und damit verbunden auch eine wirtschaftliche Transparenz haben es allerdings durchaus einzelne qualifizierte Anbieter derartiger Beteiligungen bewiesen, dass diese spezifischen Probleme zumindest einzugrenzen, wenn schon nicht völlig ausschließbar sind.

Rechtskonstruktiv mag sich die Bruchteilseigentumsgemeinschaft von anderen Fondskonstruktionen dadurch unterscheiden, dass der einzelne Gemeinschaftler „unmittelbar“ einen Eigentumsanteil zugewiesen erhält. Allerdings wirkt sich diese Besonderheit finanzwirtschaftlich und wohnungswirtschaftlich im Vergleich zu KG- oder GbR-Fondsmodellen kaum aus, da auch bei den Bruchteilsgemeinschaften selbstverständlich die konkreten Nutzungs- und Verwaltungsrechte wiederum zentral bei einem Treuhänder oder Verwalter zusammengeführt werden und dieser allein gegenüber den fremden Dritten als Vermieter auftritt. Die einzelnen Gemeinschaftler haben in der Regel zu „ihrem“ Objekt keinen näheren Bezug als den, jährlich mehr oder weniger verständliche Abrechnungen und Berichte über den wirtschaftlichen Verlauf ihrer Beteiligung zu erhalten. Auch darin unterscheiden sie sich kaum von Gesellschaftern an einer Publikumspersonengesellschaft.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die nach der Auffassung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen zulässige Variante der Bruchteilsgemeinschaft zwar formal von den stärker gesellschaftsrechtlich geprägten Beteiligungen abweicht, sich gegenüber diesen aber rechtstatsächlich weder aus der Sicht der Wohnungsinhaber noch der tatsächlichen Nutzer in nennenswerter Weise unterscheidet. Die Bindung der Inhaber an das Objekt ist vorrangig wirtschaftlich geprägt, die Rechtsbeziehungen zwischen Inhaber und Nutzer werden letztendlich durch ein umfassend zuständiges Verwaltungsorgan mediatisiert, welches allein den Mietern als Dritten gegenübertritt.

IV. Fondsbeteiligungen mit „Nutzungsrechten“ - Ausweg oder Umgehung des Problems?

Da in dem bereits zitierten § 1 Abs. 3 Nr. 1 BSpkG unter anderem auch der „Erwerb von Rechten zur dauernden Nutzung von Wohnraum“ als wohnungswirtschaftliche Maßnahme dargestellt wird, sind - jedenfalls bis zur vorstehend wiedergegebenen Stellungnahme des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen - verschiedentlich Konzepte entwickelt worden, in denen den einzelnen Fondsanlegern zusammen mit ihrer Kapitalbeteiligung auch unterschiedlich ausgestaltete „Nutzungsrechte“ zugedacht werden. Dies sollte zumindest auch mit dem Zweck erfolgen, jedenfalls hierdurch dem Gesetzesbegriff „Wohnungswirtschaftliche Maßnahmen“ Genüge zu tun.

1) Vgl. den Katalog gemäß §2 Abs. 1 5. VermBG.

2) BAKred, Schreiben v. 12.2.1997 - III 3 - 22. 00.36, ZfIR 1997, 305 - in diesem Heft.

Die relativ unkomplizierteste Gestaltung besteht darin, dass dem Gesellschafter oder - bei Zwischenschaltung eines Beteiligungstreuhänders - Treugeber ein Recht zur Anmietung von freien oder frei werdenden Wohnungen des Fonds eingeräumt wird, wobei dieser gegebenenfalls Vorrang und/oder Sonderkonditionen gegenüber externen Mietinteressenten erhält. Im Rahmen eines solchen Modells sind gegebenenfalls auch Regelungen für die Prioritäten der Mietinteressenten aus dem Anlegerkreis untereinander („Wartelisten“, Bedürfnis- und Sozialklauseln etc.) vorgesehen. Dieses Konzept ist an sich rechtsformunabhängig, es kann sowohl bei KG-, GbR- als auch Beteiligungen an einer Bruchteilsgemeinschaft angewandt werden.

Vielfach findet hier eine Anlehnung an die amtliche Begründung der Novelle des Bausparkassengesetzes im Jahre 1990 statt, im Zuge derer § 1 Abs. 3 Nr. 1 BSpkG durch den Begriff der „Rechte zur dauernden Nutzung von Wohnraum“ erweitert wurde. In der amtlichen Begründung heißt es zu Nr. 1 ³⁾ „Dadurch wird den Bausparkassen insbesondere die Möglichkeit eröffnet, Bauspardarlehen auch für den „Einkauf in Altenwohnheime zu gewähren, auch wenn diese Rechte keinen dinglichen Charakter haben. Diese Aufgabe wird angesichts der geänderten Altersstruktur der Bevölkerung zunehmend an Bedeutung gewinnen. Der Erwerb von Anteilen an Wohnungsbaugenossenschaften fällt jedenfalls unter diese Bestimmung, sofern der Erwerb dieser Anteile eine Voraussetzung für die dauernde Nutzung von Wohnraum ist.“

Auch nach dem in der Praxis weit verbreiteten Kommentar von *Lehmann/Schäfer/Cirpka* soll die bausparkassenrechtliche Zulässigkeit von Beteiligung an geschlossenen Immobilienfonds davon abhängen, ob „die Fondsanteile der Beschaffung einer Wohnung dienen, mit den Anteilen also ein Miet-, Wohnungs- oder Dauerwohnrecht verbunden ist“. ^{4*)}

Die Verbindung von renditeorientierter Anlagebeteiligung an einem Wohnimmobilienfonds mit der Einräumung von Wohnrechten bleibt jedoch meist notgedrungen etwas inkonsequent. Wird die Nutzungsmöglichkeit der Anleger tatsächlich als substantielles (Vor-)Recht ausgestaltet, kann die auf eine möglichst hohe Rendite ausgerichtete Zielsetzung des Fonds als Kapitalanlage nur noch mit erheblichen Einschränkungen verfolgt werden. Ein Fonds, der in der Vermietungspolitik zugunsten seiner Anleger substantiell eingeschränkt wäre, könnte keine optimale Rendite erwirtschaften und wäre funktional einer Wohnungsbaugenossenschaft weitgehend angenähert.

Soll die Fondsgeschäftsführung in ihrer Tätigkeit dagegen letztlich doch nicht wesentlich eingeschränkt werden, können die Nutzungsrechte der Anleger im Wesentlichen nur so ausgestaltet sein, dass sie eine Priorität bei der Vergabe ohnehin leer stehender oder frei werdender Wohneinheiten genießen, im Übrigen aber eine Vermietung zu materiell gleichen Konditionen wie gegenüber unbeteiligten Dritten erfolgt. Eine solche Gestaltung dürfte aber kaum mehr dem „Erwerb von dauernden Rechten zur Nutzung von Wohnraum“ im Gesetzessinne dienen, da der Anleger im Hinblick auf die Nutzung praktisch nur die unverbindliche Chance des Abschlusses eines im Fremdvergleich üblichen Mietvertrages erhält. Dies ist

kaum mehr, als das, was auch jedem unbeteiligten Dritten eingeräumt würde. Derartige „weiche“ Nutzungs(vor)rechte sind daher kaum ein taugliches Kriterium für die Erfüllung einer „wohnungswirtschaftlichen Maßnahme“.

Um die Bedeutung des Nutzungsrechtes zu verstärken, sind teilweise Konstruktionen vorgeschlagen worden, die über rein schuldrechtliche Vereinbarungen hinausgehen und den Anlegern - formalrechtlich - dingliche Nutzungsrechte einräumen.

Der Nießbrauch gemäß §§ 1030 ff BGB bedarf der Einigung und Eintragung ins Grundbuch, so dass er meist bereits aus praktischen Gründen ausscheidet, wenn sämtliche Treugeber/ Gesellschafter als Berechtigte im Grundbuch eingetragen werden müssten. Zwar wäre denkbar, nur den häufig eingeschalteten Beteiligungstreuhänder als Berechtigten einzutragen, dieser könnte aber wiederum die dinglich gesicherte Nießbrauchposition nicht in gleichem Maße an die Anleger vermitteln, wenn nicht der unpraktikable Weg einer Grundbucheintragung aller Einzelberechtigungen gewählt würde.

Des Weiteren müssten selbstverständlich die durch den Nießbrauch gewährten Nutzungsrechte schuldrechtlich wiederum auf den Fonds zurückübertragen oder dieser zumindest entsprechend ermächtigt werden, da er über den Wohnraum zur Vermietung (vorwiegend) an Dritte tatsächlich verfügen können muss. Trotz der scheinbaren „dinglichen“ Nutzungsberechtigung, welche durch die Beteiligung vermittelt wird, erscheinen solche Gestaltungen eher „rechtskosmetischer“ Natur und dürften kaum das entscheidende Kriterium dafür sein, wohnungswirtschaftliche Maßnahmen im bausparkassenrechtlichen Sinne anzunehmen.

Entsprechendes gilt für die Einräumung eines Wohnungsrechts im Sinne von § 1093 BGB in Verbindung mit einer Gestattung zur Ausübung durch Dritte gemäß § 1092 BGB. Hier ist die konzeptionelle Einbindung eines Treuhänders sogar noch kritischer zu beurteilen.

Auch die Verbindung von Fondsbeteiligungen mit einem Dauerwohnrecht gemäß § 31 Abs. 1 WEG kann schließlich nicht überzeugen. Das Dauerwohnrecht entsteht durch Einigung und Eintragung im Grundbuch, kann also aus praktischen Gründen nicht für eine sehr große Anzahl von Publikumsanlegern begründet werden. Es ist jedoch grundsätzlich veräußerlich und vererblich und kann - nach allerdings bestrittener Meinung - für mehrere Berechtigte als Bruchteil- oder Gesamthandsberechtigte bestellt werden. ⁵⁾ Hier wäre es daher denkbar, dass ein Treuhänder dieses Recht für Dritte hält und dass diese gedanklich eine entsprechende Gemeinschaft bilden. Jedoch würde die Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Treugeber derart umfassender Regelungen bedürfen, dass eine für durchschnittliche Anlageinteressenten verständliche Darstellung im Emissionsprospekt kaum noch möglich erscheint. Im Übrigen müsste selbstverständlich auch

3) BSpkG-Novelle, BT -Drucks. 11/8089, Bes. Teil, zu § 1 Abs. 3 Satz 1.

4) Vgl. *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, BSpkG, 4. Aufl., § 1 Rz. 4, wobei dort im Übrigen deutlich auf die Trennung zwischen bausparkassenrechtlichen und prämiens- und steuerrechtlichen Anforderungen unterschieden wird, was leider in der diesbezüglichen Diskussion nicht immer voll berücksichtigt wird.

5) *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 31 WEG Rz. 3.

hier eine schuldrechtliche Rückübertragung von der Gesellschafterebene auf die Gesellschaftsebene stattfinden, damit die Fondsgesellschaft die Immobilie sachgerecht verwalten und die einzelnen Wohnungen den entsprechenden Interessenten zuführen kann.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich zwar schuldrechtliche und sogar dinglich abgesicherte Nutzungsrechte zugunsten der Anleger mit der Beteiligung im Übrigen verbinden lassen, solche Konstruktionen aber einen kaum mehr nachvollziehbaren Gestaltungsaufwand erfordern. Sie erscheinen überdies im Ergebnis zumindest bei klassischen, gewinnorientierten Immobilienfonds als gekünstelt, da letztendlich doch der Fondsgesellschaft als solcher die Dispositionsbefugnis und Vermietstellung hinsichtlich der in Rede stehenden Wohnungen zukommen soll. Derartige Gestaltungen sind daher weder hinreichend noch notwendig, um die Anerkennung als wohnungswirtschaftliche Maßnahme im Gesetzessinne herbeizuführen. Etwas anderes gilt allenfalls in den Fällen, in denen die individuelle Nutzungsfunktion zumindest gleichwertig neben der wirtschaftlichen Beteiligung steht, wie etwa bei dem in der Gesetzesbegründung genannten Beispiel des „Einkaufs in Altenheimen“ oder bei funktional genossenschaftsähnlichen Modellen.

V. Wohnimmobilienfonds als wohnungswirtschaftliche Maßnahme an sich

Auch ein klassischer Immobilienfonds in der Rechtsform der (GmbH & Co.) KG oder GbR kann den Katalog eines Investitionsobjektes derart definieren, dass er in gegenständlicher Hinsicht unzweifelhaft dem Katalog des § 1 Abs. 3, insbesondere Nr. 1 bis 3 BSpkG, entspricht. In der amtlichen Begründung zum Entwurf des Bausparkassengesetzes aus dem Jahre 1972 heißt es weiterhin: „Dazu zählt auch der Erwerb von Immobilienfondsanteilen, die dem Bausparer steuerlich anerkanntes Eigentum verschaffen.“^{6^}

Was die Verfasser dieser Begründung als „steuerlich anerkanntes Eigentum“ im Zusammenhang mit dem Bausparkassenrecht verstehen, wird nicht näher erläutert. Nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO werden Wirtschaftsgüter, die Mehreren in einer Gesamthandsgemeinschaft zustehen (wie es die Fondsgesellschaften regelmäßig darstellen), den Beteiligten anteilig zugerechnet, sobald eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Demgemäß erfolgte - bislang - auch hinsichtlich der Vermögensteuer, die den anteiligen Vermögenswert der jeweiligen Gesellschafter und Treugeber bei den Fondsgesellschaften erfasst, eine sogenannte einheitliche und gesonderte Feststellung gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 3 AO, bei der das jeweilige Fondsvermögen auf die Gesellschafter/Treugeber rechnerisch verteilt und diesen unmittelbar zugerechnet wird. Bei einer am Wortlaut der amtlichen Begründung orientierten Auslegung lässt sich also durchaus gesetzeskonform argumentieren, dass die Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds - der im Übrigen die gegenständlichen Anforderungen erfüllt - grundsätzlich eine wohnungswirtschaftliche Maßnahme ist, weil hierdurch den Gesellschaftern/Treugebern im steuerlichen Sinne (Miteigentum an den jeweiligen Immobilien verschafft wird.

Auch dem oft bemühten „Sinn und Zweck“ der besonderen gesetzlichen Regelungen des Bausparkassenwesens kann die Durchführung von Wohnungsbaumaßnahmen im Rahmen von Immobilienfonds dienen.

„Das Wesen des Bauspargeschäfts liegt seither in der Ansammlung von Kapital zur nachstehenden Finanzierung des Wohnungsbaus, vor allem von Eigenheimen, im Rahmen von Bausparverträgen, welche die Bausparkasse verpflichten, das angesammelte Sparkapital nicht beliebigen Darlehensnehmern zur Verfügung zu stellen, sondern es für Darlehen an die Anleger selbst zu verwenden. Das charakteristische Merkmal des Bausparens ist das ‚Kollektiv‘, das heißt, die Geschlossenheit des teilnehmenden Personenkreises, wobei dieselben Personen zunächst (bis zur Auszahlung des Bausparguthabens) Gläubiger und später (nach Zuteilung des Bauspardarlehens) Schuldner der Bausparkasse sind. Mit diesem System wird im Wege der Selbsthilfe ein in sich geschlossener Markt geschaffen, bei dem durch Verzicht auf marktgerechten Einlagezins ein niedriger Darlehenszins ermöglicht wird.“^{7^}

Hieraus geht hervor, dass das grundsätzliche Ziel in der Schaffung eines besonderen Finanzierungsinstrumentes für den Wohnungsbau liegt. Dieses volkswirtschaftlich gewünschte Ziel soll durch das Bausparkassenwesen unterstützt, dieses wiederum durch begleitende staatliche Maßnahmen (steuerliche Vorteile, Zuschüsse durch den Arbeitgeber, Bausparprämien etc.) gefördert werden. Zwar mag historisch die Schaffung von Eigenheimen im Vordergrund gestanden haben, selbst in der ursprünglichen Gesetzesbegründung aus dem Jahre 1972 ist dieser „Eigenheimgedanke“ jedoch nur als herausgehobenes Beispiel genannt worden. Generelles Anliegen ist die Förderung des Wohnungsbaus an sich. Auch der ausdrückliche Katalogtatbestand des § 1 Nr. 3 Nr. 5 BSpkG „Maßnahmen zur Erschließung und zur Förderung von Wohngebieten“ sowie die durch das Änderungsgesetz 1990 eingeführte gesetzliche Regelung, dass auch gewerbliche Bauvorhaben, wenn sie im Zusammenhang mit dem Bau von Wohnungen oder in Gebieten durchgeführt werden, die dem Wohnen dienen und deren Versorgung dienen, als wohnungswirtschaftliche Maßnahmen gelten, weisen darauf hin, dass generell Aktivitäten, die den Bau von Wohnungen fördern, bausparkassenrechtlich zulässig und anerkennenswert sind, selbst wenn sie unmittelbar weder einer einzelnen Wohnung noch einem einzelnen Bausparer zugeordnet werden können.

Demgegenüber wird im Hinblick auf Immobilienfonds eingewendet, dass diese eher eine Kapitalanlage- als eine Wohnnutzungsfunktion hätten und/oder dass derartige Beteiligungen nicht „unmittelbar“ der Schaffung von Wohnraum dienen.

Die eigene Nutzung des mit Bausparmitteln errichteten Objektes ist jedoch nicht konstitutives Merkmal des Bausparkassengedankens. Neben den bereits genannten Argumenten ist zum Beispiel darauf hinzuweisen, dass auch bei Wohnungsbaugenossenschaften die konkrete Zuteilung einer Wohnung in der Regel nicht gleichzeitig mit dem Eintritt des jeweiligen Genossen erfolgt. Vielmehr ist es auch hier so, dass oft bis zur

6) BSpkGE, BT-Drucks. VI/1900, Bes. Teil, zu § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2.

7) BSpkGE, BT-Drucks. VI/1900, Allg. Teil, II 1.

Inanspruchnahme genossenschaftlichen Wohnraums der betreffende Genösse lediglich an der gemeinsamen wirtschaftlichen Nutzung des der Genossenschaft zustehenden Wohnraums partizipiert und er diese genossenschaftliche Leistung gar nicht in Anspruch nimmt. Umgekehrt ist auch eine Vermietung an Personen denkbar, die keine Genossen sind. Entsprechendes gilt für die Fälle, in der die von der Genossenschaft zur Verfügung gestellte Wohnung aus individuellen Gründen aufgegeben wurde und die Beteiligung an einer Genossenschaft weiterhin aufrechterhalten bleibt.

Auch ist darauf hinzuweisen, dass etwa im Fall von Eigentümergemeinschaften die entsprechenden Instandhaltungsrücklagen unproblematisch in Bausparkassenverträge investiert und für Instandhaltungsmaßnahmen Bausparkassendarlehen in Anspruch genommen werden können, obwohl auch dort weder die Eigentümergemeinschaft noch die Eigentümer den Wohnraum zwingend persönlich nutzen und in dieser Hinsicht einen Nutzen aus der Instandhaltung ziehen. So dürfte es zutreffend sein, wenn davon gesprochen wird, dass es bausparkassenrechtlich nicht erforderlich sei, „dass der Bausparer mit dem von ihm in Anspruch genommenen Bausparkardarlehen eine wohnungswirtschaftliche Maßnahme selbst durchführt oder selbst, Konsument' der Maßnahme ist".⁸¹

Ein weiterer Hinweis darauf, dass der Vertragspartner der Bausparkasse die wohnungswirtschaftliche Maßnahme nicht zwingend selbst durchführen oder sie im tatsächlichen Sinne nutzen muss, findet sich in § 5 Abs. 3 Nr. 7 BSpkG. Dort wird festgelegt, dass die allgemeinen Bedingungen der Bausparverträge Bestimmungen darüber enthalten müssen, unter welchen Voraussetzungen die Ansprüche aus dem Bausparvertrag abgetreten oder verrügt werden können. Es müssen also durchaus zulässige Konstellationen denkbar sein, in denen der Bausparkassenkunde die Leistung aus dem Bausparkassenvertrag einem Dritten zur Verfügung stellt, zumindest wenn sie dort für wohnungswirtschaftliche Zwecke verwendet werden.

Auch das Kriterium der „Unmittelbarkeit" ist schließlich keine - ohnehin ungeschriebene - Voraussetzung einer im bausparkassenrechtlichen Sinne zulässigen Maßnahme. Dieser Begriff mag historisch durch die entsprechenden Gesetzesfassungen der Steuer- und prämierechtlichen Förderungsvorschriften eine Berechtigung haben. Heute dürfte jedoch allgemein anerkannt sein, dass der Rahmen der bausparkassenrechtlich zulässigen Betätigungsfelder weit größer zu ziehen ist als der Umfang derjenigen Maßnahmen, die im jeweils geltenden steuer- und prämierechtlichen Sinne als besonders förderungswürdig anerkannt sind. Es erscheint auch weder formalrechtlich noch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise verständlich, wa

rum bei Bruchteileigentum unmittelbar eine Beteiligung an einer wohnungswirtschaftlichen Maßnahme vorliegen soll, wohingegen das Gesamthandseigentum einer GbR oder KG „keine Beteiligung an dem betreffenden Grundstück", sondern „primär den Anteil an einer Personengesellschaft" gewähren soll. Verfolgt man die Genesis dieser Argumentation ein wenig zurück, so stößt man auf einen Aufsatz von Henke aus dem Jahre 1972,⁹¹ dessen Begründung in einem Erlass des Finanzministeriums Niedersachsen vom 27. Dezember 1984 wieder auftaucht¹⁰¹ und die schließlich wiederum beinahe wörtlich von der bereits oben zu III dargestellten Stellungnahme des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 12. Februar 1997 übernommen wird. Sowohl der Aufsatz von Henke wie auch der Erlass des Finanzministeriums Niedersachsen befassten sich jedoch mit der - nach der jeweils historischen Gesetzeslage - zweifelhaften Steuer- und Prämienschädlichkeit der Verwendung von Bauspargeldern für Immobilienfonds, was bei der späteren Tradierung dieser Auffassung etwas verloren gegangen zu sein scheint.¹¹¹

Aus bausparkassenrechtlicher Sicht gibt es daher keinen durchgreifenden Grund, die Verwendung von Bausparmitteln im Rahmen von Immobilienfonds, deren Investitionsobjekte im Übrigen die gegenständlichen Anforderungen des § 1 Abs. 3 BSpkG erfüllen, für unzulässig zu erachten. Dass es auch aus wohnungswirtschaftlicher Sicht im Hinblick auf die Förderung der Erstellung von Wohnraum keinen Unterschied machen dürfte, ob zum Beispiel einzelne Eigentumswohnungen erstellt und dann fremdvermietet werden oder der entsprechende Wohnraum den Mietern von einer Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt wird, liegt auf der Hand. Gerade wenn man auch den Kollektivgedanken als ein tragendes Element des Bausparwesens ansieht, dürfte es überdies nahe liegen, den gesamthänderischen Zusammenschluss mehrerer Personen, die aus eigener finanzieller Kraft keine eigenen Immobilien erwerben könnten, im Rahmen einer abgeschlossenen Fondsgesellschaft zum indet ebenso anzuerkennen wie die Einzelerichtung von Objekten durch finanzkräftigere Bezieher höherer Einkommen.

Den Bausparkassen sollte daher allgemein ein Engagement in der Finanzierung geschlossener Immobilienfonds nicht verwehrt werden. Wenn nicht de lege lata, dann doch de lege ferenda.

8) *Lehmann/Schäfer/Cirpka* (Fußn. 4), § 1 Rz. 6.

9) *Henke*, DB 1972, 2097.

10) FM Niedersachsen, DB 1985, 312.

11) Vgl. auch *Lehmann/Schäfer/Cirpka* (Fußn. 4), § 1 Rz. 4, trotz durchaus differenzierter Äußerungen bei den in den Fußn. 4 und 8 angegebenen Nachweisen.