

Irrungen und Wirrungen aufgrund des Bauherren- und Fondserlasses vom 20.10.2003

Dr. Klaus - R. WAGNER, Wiesbaden*
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

I. Einleitung

Mit dem neuen Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003¹⁾ - dem sog. 5. Bauherrenenerlass²⁾ - geht es dem BMF darum, zu klären, welche Vergütungsbestandteile zu Beginn einer Immobilien-, Schiffs-, Venture Capital- bzw. Windkraftinvestition als Werbungskosten sofort abzugsfähig sind und welche nur als Anschaffungs- oder Herstellungskosten über die Nutzungsdauer der Investition abgeschrieben werden dürfen. Inzwischen liegen die ersten Veröffentlichungen dazu vor, die ausloten, wie man steuerlich damit umzugehen hat.³⁾ Dem soll hier keine weitere hinzugefügt werden. Hier geht es um etwas anderes:

Politiker beschwören den Standort Deutschland. Es wird viel von Investitionen geredet. Folglich soll der Frage nachgegangen werden, ob ein solcher Erlass Investitionen befördert oder behindert. Es gilt ferner der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Wie kann es dann aber sein, daß die Verwaltung das Gesetz nunmehr bereits zum fünften Mal anders (restriktiver) handhabt (auslegt ?) ? Soweit an diesem Erlass die Verwaltung belastende Bescheide ausgerichtet wird, stellt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation. Und schließlich: Wenn Fondskonzeptionen sich am Erlass orientieren würden, wäre dies mit dem Gesellschaftsrecht überhaupt in Einklang zu bringen und welche Auswirkungen hätte dies z.B. die Prospektierung und den Kapitalanlagevertrieb ?

II. Der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 - in Kurzfassung dargestellt am Beispiel der Beteiligung an geschlossenen Fonds

Gibt ein Initiator ein einheitliches Vertragswerk vor, ohne daß die Gesellschafter darauf Einfluß nehmen können, soll der Fonds steuerlich als Erwerber zu behandeln sein.⁴⁾ Soll ein

* Veröffentlicht in ZSteu 2004, 30

- 1) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546
- 2) Zuvor schon 1. Bauherrenenerlass: BMF 31.08.1972 – F / IV B 4 – S 2253 – 133/72, BStBl. I 1972, 486; 2. Bauherrenenerlass: Koordinierte OFD-Verfügungen 02.10.1978 BB 1978, 1448; 3. Bauherrenenerlass: BMF 13.08.1981 – IV B 1 – S 2253 a – 03/81, BStBl. I 1981, 604; 4. Bauherrenenerlass 31.08.1990 - V B 3 -S 2253 a - 49/90, BStBl. I 1990, 366. Nunmehr 5. Bauherrenenerlass 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546. Zur Entwicklung *Loritz* in: Wagner/Loritz, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlagen, 2. Aufl. 1997, Rdn. 1742 – 172; *Goldbeck/Uhde*, Das Bauherrenmodell in Recht und Praxis, 1984, Rdn. 1483 - 1489
- 3) *Fleischmann/Meyer-Scharenberg* DStR 2004, 20; *Heß* DStR 2003, 1953; *Naujock* ZfIR 2004, 40; *Scharwies* BB 2004, 295
- 4) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33

geschlossener Fonds steuerlich die Herstellereigenschaft haben, so soll es erforderlich sein, daß die Gesellschafter des Fonds Mitwirkungsrechte haben, die über die eines Kommanditisten hinausgehen. Die Gesellschafter des Fonds sollen eine wesentliche Einflußnahmemöglichkeit haben. Dazu reicht eine Wahrnehmung durch *vorbestimmte* Dritte (Treuhand, Beiräte) nicht aus. Möglich sein soll jedoch, daß die Anleger-Gesellschafter aus ihrer Mitte einen Beirat oder ein „vergleichbares Gremium“ wählen, der/das sie bei der wesentlichen Einflußnahmemöglichkeit vertritt, dem weder der Initiator noch Personen aus dessen Umfeld angehören dürfen. Von dieser Möglichkeit dürfen Anleger-Gesellschafter jedoch erst zu dem Zeitpunkt Gebrauch machen, zu dem mindestens 50 % des prospektierten Kapitals von ihnen eingezahlt worden sind.⁵⁾

Für eine wesentliche Einflußnahmemöglichkeit soll ausreichend sein, daß die Anlage-Gesellschafter über wesentliche Vertragsgestaltungen und deren Umsetzung tatsächlich bestimmen können. Dazu müssen sie in der Lage sein, rechtlich und tatsächlich wesentliche Teile des Konzepts zu verändern, ohne daß dies faktisch ausgeschlossen ist.⁶⁾

III. Wie praxisorientiert ist der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 bei geschlossenen Fonds ?

Geschlossene Fonds sind Produkte des freien Kapitalanlagemarktes. Von einem geschlossenen Fonds spricht man, wenn eine Fondsgesellschaft – id.R. eine Personengesellschaft (GbR, KG, GmbH & Co. KG) – ganz bestimmte Investitionen tätigen soll bzw. schon getätigt hat. Eine darauf ausgerichtete begrenzte Investitionssumme (Gesamtaufwand) wird durch Eigen- und Fremdkapital aufgebracht.⁷⁾ Kapitalanleger können sich unmittelbar oder mittelbar⁸⁾ als Gesellschafter beteiligen und tragen zum Eigenkapital des Fonds durch ihre Einlagen bei. Geschlossene Fonds werden folglich nicht erst durch Anleger gegründet, sondern wurden bereits vor Beitritt der Anleger durch sogenannte Gründungsgesellschafter gegründet.

Die Beteiligung an einem geschlossenen Fonds ist rechtlich zwar eine unmittelbare bzw. mittelbare gesellschafterliche Beteiligung, wirtschaftlich aber eine Kapitalanlage. Folglich kommt es Anlegern nicht primär auf die Wahrnehmung von Rechten und die Innehabung von Pflichten an, sondern auf die wirtschaftlichen Perspektiven eines solchen Fonds, woran Anleger über ihre Beteiligung partizipieren wollen. Deshalb iudiziert der BGH,⁹⁾ der Anleger müsse richtig und vollständig alle die Informationen über diejenigen tatsächlichen Umstände erhalten, die für seinen Anlageentschluß von besonderer Bedeutung seien. Und dazu bedürfe es - jedenfalls grundsätzlich - vorab der Information hinsichtlich der *Wirtschaftlichkeit* der Kapitalanlage und der Bonität des Kapitalsuchenden. Denn ohne zutreffende Angaben über die hierfür maßgeblichen Umstände könne der Anlageinteressent sein Engagement nicht zuverlässig beurteilen und keine sachgerechte Anlageentscheidung treffen. Lügen dazu objektive Daten nicht vor oder verfüge der Anlagevermittler/-berater mangels Einholung entsprechender Informationen

5) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34

6) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 35 und 36

7) *Strohm* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 20 Rdn. 214

8) Zur mittelbaren Beteiligung *Wagner ZfIR* 1997, 199

9) BGH 13.05.1993 - III ZR 25/92, WM 1993, 1238; BGH 13.01.2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426

insoweit nur über unzureichende Kenntnisse, so müsse er dies dem anderen Teil zumindest offenlegen. Diese Information wird dem Anlegerinteressenten auf dreierlei Weise gegeben: Über den Prospekt, den Prospektprüfungsbericht und im Falle eines eingeschalteten Anlagevermittlers über Auskünfte und bei einem Anlageberater über eine entsprechende Anlageberatung.

Nimmt man das Beispiel eines geschlossenen Immobilienfonds, so ergibt sich dessen Wirtschaftlichkeit u.a. aus folgenden Eckdaten: Lage und Ausstattung der Immobilie und davon abgeleitet der Substanzwert der Immobilie. Bekanntheitsgrad und Bonität des/der Mieter, Langfristigkeit des Mietvertrages sowie Höhe des Mietzinses nebst Inexierung. Finanzierung mit langjähriger Zinsfestschreibung und günstigem Zinssatz. Professionelles Management. Überschaubare sonstige Kostenbelastungen. Aufbaumöglichkeit einer Revitalisierungsrücklage. After Sales Service.¹⁰⁾ Wertsteigerungspotential und Wiederveräußerlichkeit der Fondsimmobilie. Soll mithin gegenüber dem Anlageinteressenten eine Aussage über die Wirtschaftlichkeit eines Fonds getroffen werden, dann muß diesbezüglich bereits Klarheit bestehen. Bisher bedeutete dies: Die Fondsgesellschaft war bereits durch Gründungsgesellschafter gegründet worden und ein Fondsgesellschaftsvertrag geschlossen worden. Sie hatte bereits den Kaufvertrag über die Immobilie, den Mietvertrag geschlossen und die Fremdfinanzierung eingedeckt, im Prospekt über all dies Aussagen getätigt und dies per Prospektprüfungsbericht eines Wirtschaftsprüfers überprüfen lassen. Dies zusammen mit der Auskunft bzw. Beratung des Kapitalanlagevertriebes sollte dem Anlageinteressenten ermöglichen, sich mit den erhaltenen Informationen zu befassen, um dann eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können.

All dies wäre so nicht mehr möglich, wenn man für den Fall eines steuerorientierten Fonds von den Vorgaben des Bauherren- und Fondserlasses vom 20.10.2003 ausgehen müßte. Denn wenn Anlageinteressenten einem Fonds erst beitreten müßten, mindestens 50 % des prospektierten Kapitals (oder ist Eigenkapital gemeint ?) einzahlen müßten, um dann über einen aus dem Kreis der Anleger gewählten Beirat wesentliche Einflußnahmemöglichkeit zu dokumentieren, die nicht darin bestehen darf, schon Vorhandenes abzunicken, dann bedeutet dies, daß geschlossene Fonds so wie bisher konzipiert, keine Existenzberechtigung mehr haben. Dies geht zu Lasten eindeutiger Aussagen bezüglich der Wirtschaftlichkeit des Fonds wie folgendes verdeutlicht:

Die Mitwirkungsrechte der Anlegergesellschaften sollen weiter gehen als die eines Kommanditisten.¹¹⁾ Der Kommanditist einer Publikums-KG hat derzeit über das Widerspruchsrecht (§164 HGB) und Kontrollrecht (§ 166 HGB) hinaus ein Zustimmungsrecht für Geschäfte, die der Komplementär über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinaus vornehmen sollte.¹²⁾ Indem im Erlass davon die Rede ist, die wesentlichen Mitwirkungsrechte von Anlegergesellschaften müßten darüberhinausgehen, um tatsächlich wie rechtlich wesentliche Teile des Konzepts zu verändern, indem zumindest Entscheidungsalternativen für wesentliche Konzeptbestandteile angeboten worden sein müssen,¹³⁾ wird dadurch deutlich, daß die

10) Dazu, allerdings am Beispiel von Einzeleigentums-Kapitalanlagen, *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), Fach 8312

11) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34

12) *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 90 – 92 m.w.N.

13) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 35

wesentliche Einflußnahmemöglichkeit auf den Zeitpunkt vor eine *endgültige* Konzeption vorverlagert wird. Zudem können weitergehende Einflußnahmemöglichkeiten, um Konzeptbestandteile und Verträge zu ändern, gesellschaftsrechtlich nicht dem einzelnen Anleger-Gesellschafter zugeordnet werden, vielmehr bedarf es hierzu der Einflußnahme durch die Gesellschafterversammlung. Da von einer wesentlichen Einflußnahmemöglichkeit der Gesellschafter gesprochen wird, muß folglich der Anleger zunächst Gesellschafter werden, ohne daß das fertige Konzept bereits stehen darf, um über die Gesellschafterversammlung und Beschlussfassungen dort Einfluß zu nehmen. Folglich hat der Anleger bei Beitritt zum Fonds auch noch keine Gewissheit darüber, welches Konzept verwirklicht wird. Und darf die endgültige Konzeption noch nicht stehen, so dürfen auch noch keine den Fonds bindenden Verträge geschlossen worden sein, so daß zum Zeitpunkt des Fondsbeitritts noch keine sichere Aussage zur Wirtschaftlichkeit des Fonds gegeben sein kann.

Dies führt zu der Frage, wie realistisch Anlageinteressenten für einen Fondsbeitritt zu einem steuerorientierten geschlossenen Fonds gewonnen werden können, die eigentlich nur eine Kapitalanlage zeichnen wollen und dieserhalb über Sicherheit und Wirtschaftlichkeit informiert sein wollen, wenn ihnen statt dessen die Information zugemutet wird, das fertige Fondskonzept stehe noch nicht, der Anlageinteressent müsse erst beitreten, zahlen und entscheiden und welches Fondskonzept in Anbetracht von Mehrheitsentscheidungen letztlich herauskomme, könne man vorab nicht mit Gewißheit sagen. Sehr realitätsnah ist eine solche Betrachtung nicht, denn die Masse der Fonds werden diese Vorgaben nicht erfüllen können,¹⁴⁾ legen doch Anleger bei ihrem Beitritt Wert auf eine sichere Aussage zum Investitionsobjekt und dessen Wirtschaftlichkeit. Dies läßt nur folgende Schlußfolgerungen zu: Entweder fehlt es beim BMF an jedem Realitätssinn oder man unterstellt ihn. Im letzteren Falle bliebe als Schlußfolgerung dann nur, daß der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 letztlich ein Verhinderungserlass für prospektiv am freien Kapitalanlagemarkt angebotene steuerorientierte geschlossene Fonds sein soll. Es blieben dann solche Personengesellschaften übrig, bei denen ein überschaubarer Personenkreis z.B. auf Initiative eines gemeinsamen Steuerberaters sich zwecks Investition zusammenfinden würde, es im Grunde keine Initiatoeren gäbe und wesentliche Einflußnahmemöglichkeiten - wie vom BMF gewünscht - hätte. Mit dem vom BMF gewählten Begriff eines geschlossenen „Fonds“ hätte dies dann allerdings nichts mehr zu tun, ganz abgesehen davon, daß solche „Fonds“ nicht per Prospekt vertrieben werden.

Während folglich vom Standort Deutschland die Rede ist und allenthalben Investitionen erwünscht sind, zu denen der freie Kapitalmarkt beitragen könnte, fällt dem BMF nichts anderes ein, als mit Erlassvorgaben unrealistische Hürden aufzubauen, die steuerorientierte Fonds verhindern. Fällt aber die Steuerorientierung als Investitionsanreiz weg, wird sich dies maßgeblich auf das Investitionsvolumen auswirken und zwar nicht progressiv, sondern zurückhaltend, um es einmal vorsichtig auszudrücken.

14) So auch *Fleischmann/Meyer-Scharenberg* DStR 2004, 20, 21

IV. Verfassungsrechtliche Legitimation des Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003

1. Die Bundesauftragsverwaltung

Dies leitet zu der weiteren Frage über, ob und inwieweit es für diesen sog. 5. Bauherren- und Fondserlass eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage gibt. Kann die Finanzverwaltung per einem 5. Erlass die Kriterien steuerlicher Abzugsfähigkeit von im Gesetz nicht nachlesbaren Kriterien in einer Weise abhängig machen, daß letztlich als Ergebnis die Verhinderung einer steuerorientierten Investitionsmöglichkeit herauskommt? Diese Frage ist zunächst einmal unabhängig davon zu beantworten, daß der IV.¹⁵⁾ und IX.¹⁶⁾ Senat des BFH die steuerliche Einordnung von Anschaffungs- oder Herstellungskosten davon abhängig machen, ob sich Kapitalanleger an einem Fonds mit einem vom Projektanbieter vorformulierten Vertragswerk beteiligen. Denn während sich bei der Finanzverwaltung die Frage der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stellt, stellt sich bei der Rechtsprechung des BFH die gänzlich andere verfassungsrechtliche Frage, ob und inwieweit es sich dabei um verfassungsrechtlich zulässiges Richterrecht handelt,¹⁷⁾ der weiter unten nachzugehen sein wird.

Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz über die Einkommensteuer (Art. 105 Abs. 2, 106 Abs. 3 GG). Die Verwaltung der Einkommensteuer obliegt den Landesfinanzbehörden (Art. 108 Abs. 2 Satz 1 GG).¹⁸⁾ Es liegt folglich seitens der Landesfinanzbehörden eine Bundesauftragsverwaltung vor (Art. 108 Abs. 3 GG).¹⁹⁾ Art. 108 Abs. 3 Satz 2 GG verweist insoweit auf Art. 85 Abs. 3 und 4 GG mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Bundesregierung der Bundesfinanzminister tritt.²⁰⁾ Daraus wiederum folgt, daß die Landesfinanzbehörden den Weisungen des Bundesfinanzministers unterstehen. Weil im Gegensatz zu Art. 84 Abs. 5 GG, der von „Einzelweisungen“ spricht, in Art. 85 Abs. 3 Satz 1 GG nur von „Weisungen“ die Rede ist, entstand die Streitfrage, ob daraus ein generelles Weisungsrecht des BMF abgeleitet werden könne.²¹⁾ Da die Landesfinanzbehörden aber nur Einzelweisungen des Bundes anerkennen, einigten sich das Bundesfinanzministerium und die Landesfinanzbehörden in einer Vereinbarung vom 15.01.1970 darauf, daß das BMF erst dann einen *Erlaß* herausgibt, nachdem zuvor den Landesfinanzbehörden die Möglichkeit der

15) BFH 28.06.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717, 718

16) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721; dazu *Fleischmann* DB 2001, 2115

17) BVerfGE 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287 f.; BVerfG 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 324; BVerfG 02.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280; BVerfG 07.06.1993 – 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542; BVerfG 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 u.a. NJW 1998, 519, 521. Zu den Voraussetzungen rechtsfortbildenden Richterrechts BVerfG 20.01.1981 – 2 BvR 632/78, BVerfGE 59, 99, 108; BVerfG 07.07.1982 – 2 BvL 14/78 u.a., BVerfGE 61, 43, 72 f.; BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 191; BVerfG 14.05.1985 – 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 371 f.; BVerfG 14.08.1996 – 2 BvR 2088/93, NJW 1996, 3146

18) *Kirchhof*, EStG, 3. Aufl. 2003, Einleitung Rdn. 38, 40; *Loritz*, Einkommensteuerrecht, 1988, § 1 Rdn. 28

19) Zur Auftragsverwaltung BVerfG 22.05.1990 – 2 BvG 01/88, BVerfGE 81, 310, 331 f.

20) *Loritz*, Einkommensteuerrecht, 1988, § 1 Rdn. 28; *Schlette* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rdn. 67; *Siekmann* in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 108 Rdn. 23

21) *Schlette* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rdn. 69 f.; *Siekmann* in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 108 Rdn. 24

Stellungnahme gegeben worden war und die Mehrheit der Länder keine Einwendungen erhebt. Seitdem halten sich die Länder daran.²²⁾ Bei einem Erlass des BMF handelt es sich folglich um ein an die Landesfinanzbehörden gerichtetes, noch nicht verbindliches, Schreiben, das dann seitens der obersten Landesfinanzbehörden in eine für nachgeordnete Behörden verbindliche Weisung oder Verwaltungsvorschrift umgesetzt wird.²³⁾ Auf diese Weise ist ein Erlass Ausdruck einer Rechts- und Fachaufsicht sowie eines mittelbaren Weisungsrechts des BMF, um auf diese Weise durch einheitlichen Gesetzesvollzug eine einheitliche Besteuerung sicherzustellen.²⁴⁾ Sie umfaßt auch die Frage der Zweckmäßigkeit des Vollzugs von Bundesgesetzen und ist auf diese Weise Ausdruck einer Ermessensausübung.²⁵⁾ Diese Art der Weisung in Form eines Erlasses wirkt zunächst nur im Innenverhältnis.²⁶⁾

2. Das Gesetzesbindungsgebot

Diese rechtliche Ausgangslage macht erklärlich, daß es inzwischen zu 5 sich unterscheidenden Bauherrenerlassen gekommen ist. Im BMF hat man es eben im Rahmen eigener Ermessensausübung für zweckmäßig gehalten, den Gesetzesvollzug im Rahmen einer einheitlichen Besteuerung mal auf die eine und mal auf die andere Weise zu steuern, anscheinend je nachdem wie es beliebt. Diese nach dem Grundgesetz im Rahmen des Bundesauftragsverwaltung dem BMF einräumte Möglichkeit beantwortet aber noch nicht die Frage, ob und inwieweit sich die wechselvolle Geschichte von 5 unterschiedlichen und immer restriktiveren Bauherrenerlassen mit dem Gesetzesbindungsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG in Einklang bringen läßt.

Die Finanzverwaltung und damit auch das BMF sind als vollziehende Gewalt gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Man spricht insoweit von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.²⁷⁾ Dies bedeutet zweierlei: Einerseits ist die Finanzverwaltung an gesetzliche Vorgaben gebunden (Vorrang des Gesetzes) und andererseits darf sie nur dann tätig werden, wenn die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage es ihr erlaubt (Vorbehalt des Gesetzes).²⁸⁾ Im Rahmen des Vorrangs des Gesetzes ist es der Finanzverwaltung nicht gestattet, die Wertungen

22) *Loritz*, Einkommensteuerrecht, 1988, § 1 Rdn. 28; *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 108 Rdn. 44; *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 108 Rdn. 6 ; *Schmidt-Bleibtrew/Klein*, GG, 9. Aufl. 1999, Art. 109 Rdn. 14; *Schlette* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rdn. 73 f.

23) *Schlette* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rdn. 73; *Siekmann* in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 108 Rdn. 23. *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 108 Rdn. 44 sieht darin eine allgemeine Weisung des Bundesfinanzministers, das unter der Bezeichnung als Schreiben an die obersten Finanzbehörden der Länder herausgegeben werde. Es handele sich aber um eine „Zwischenform zwischen Weisung (gleich Einzelweisung) und allgemeiner Verwaltungsvorschrift“, um auf diese Weise steuerrechtliche Einzelfragen verhältnismäßig schnell durch Rundschreiben des Bundesfinanzministers zu klären.

24) *Schlette* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rdn. 66, 68

25) *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 108 Rdn. 45

26) *Schlette* in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 108 Rdn. 68

27) *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 20 Rdn. 110

28) *Herzog* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 Abs. 3 II. Abschnitt, VI. Rdn. 33

des Gesetzes durch eigene Wertungen zu ersetzen.²⁹⁾ Sie darf allerdings Gesetzesauslegung vornehmen. Einer solchen sind aber Grenzen gesetzt. Die Finanzverwaltung bewegt sich dann im Rahmen der Gesetzesbindung, wenn sie sich am Wortlaut bzw. am über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden Sinngehalt und Zweck einer gesetzlichen Regelung orientiert.³⁰⁾ Wird jedoch erkennbar, dass Verwaltung sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben hat und nicht bereit ist, sich am Gesetz zu orientieren, dann ist die Gesetzesbindung verlassen.³¹⁾ Und die Finanzverwaltung verlässt die sie betreffende Gesetzesbindung unter folgenden Voraussetzungen:

„Die Grundsätze des Rechtsstaates fordern, dass auch Ermächtigungen der Exekutive zur Vornahme belastender Verwaltungsakte *durch das ermächtigende Gesetz*³²⁾ nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so dass die Eingriffe messbar und in gewissem Umfang für den einzelnen voraussehbar und berechenbar werden (vgl. BVerfGE 8, 274 (325) = NJW 1959, 475; BVerfGE 13, 153 (160); 52, 1 (41) = NJW 1980, 985). Dieser Verfassungsgrundsatz gilt allgemein, mithin auch für Heranziehung zu öffentlichen Abgaben und für deren Beitreibung.“³³⁾

Mit dem Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 beabsichtigt das BMF, zur Frage der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von Einküften u.a. im Rahmen von sog. geschlossenen Fonds Stellung zu nehmen. Dazu wird auf § 180 Abs. 2 AO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 der dazu ergangenen Verordnung Bezug genommen.³⁴⁾ Dort wird aber zur Gesetzesauslegung nichts gesagt. Und auch im übrigen bemüht sich das BMF nicht um eine Gesetzesauslegung, sondern nimmt zum Ausgangspunkt der Definition einer steuerlichen Erwerbseigenschaft „BFH-Urteile zur ertragsteuerlichen Behandlung von Eigenkapitalvermittlungsprovisionen.“³⁵⁾ Wollte man darin eine mittelbare Gesetzesauslegung des BMF der eine Rechtsbindung i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG sehen wollen, dann würde dies voraussetzen, daß die vom BMF in Bezug genommenen BFH-Urteile verfassungsrechtlich zulässige Gesetzesauslegung oder verfassungsrechtlich zulässiges Richterrecht wären.

a) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720

Um verfassungsrechtlich zulässiges Richterrecht zu sein, an dem sich das BMF mangels eigener Gesetzesanwendung bzw. Gesetzesauslegung hätte orientieren können (sic. Art. 20 Abs. 3 GG und die dort angesprochene Bindung an „Recht“), ist von folgendem auszugehen:

29) Herzog in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 II. Abschnitt, VI. Rdn. 35

30) BVerfG 20.01.1981 – 2 BvR 632/78, BVerfGE 56, 99, 107 f.

31) BVerfG 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280; BVerfG 12.11.1997 – 1 BvR 479/92 und 307/94, BVerfGE 96, 375, 394

32) Kurisivsetzung durch den Autor

33) BVerfG 14.08.1996 - 2 BvR 2088/93, NJW 1996, 3146

34) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546

35) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33

Soweit das BMF zur Bestimmung der einkommensteuerlichen Erwerbseigenschaft zunächst auf diese Entscheidung verweist,³⁶⁾ hat der IX. Senat des BFH nicht etwa eine Gesetzesauslegung vorgenommen, sondern schlicht auf eigene frühere Rechtsprechung verwiesen.³⁷⁾ Es stellt sich damit die Frage, ob diese frühere Rechtsprechung des IX. Senates des BFH Gesetzesanwendung bzw. Gesetzesauslegung oder verfassungsrechtlich zulässiges rechtsfortbildendes Richterrecht darstellte. Für die Gesetzesbindung sowie die Gesetzesauslegung gelten für den BFH im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG die gleichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe wie sie zuvor an Hand der Rechtsprechung des BVerfG für die Verwaltung dargestellt wurden. Für die Frage verfassungsrechtlichen Richterrechts ist zudem von dem auszugehen, was der BFH im Rahmen der Gesetzesbindung zu beachten hat, da sich die Frage von Richterrecht erst dann stellen kann, wenn sich aufgrund des Gesetzes ergebende offene Fragen per Gesetzesauslegung nicht beantworten lassen.

Soweit Art. 20 Abs. 3 GG von der *Gesetzesbindung* der *Gerichte* spricht, sind Gerichte zunächst an den Gesetzeswortlaut, Gesetzessinn und Gesetzeszweck gebunden,³⁸⁾ um dem Grundsatz der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit von Gesetzen zu entsprechen,³⁹⁾ die eine dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit genügende Klarheit, Bestimmtheit und Vollständigkeit ausweisen.⁴⁰⁾ Dass richterliche Rechtsfortbildung sich stets am Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung orientieren muss, entspricht der Rechtsprechung des BVerfG.⁴¹⁾ Damit sind der Rechtsfortbildung Grenzen gezogen, die dann überschritten werden,

„wenn ein Gericht Rechtspositionen verkürzt, die der Gesetzgeber unter Konkretisierung allgemeiner verfassungsrechtlicher Prinzipien gewährt hat.“⁴²⁾

Davon werden in der Rechtsprechung des BVerfG zwei Ausnahmen gemacht:

(1) Gilt es nämlich eine *Gesetzeslücke* auszufüllen, dann muss das Gericht sich von Willkür freihalten und seine Entscheidung muss auf rationaler Argumentation beruhen.

„Es muss einsichtig gemacht werden können, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den „fundierte[n] allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft.“⁴³⁾

36) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33

37) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721 u.H.a. BFH 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299 und BFH 11.01.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166

38) BVerfG 20.01.1981 – 2 BvR 632/78, BVerfGE 56, 99, 108; BVerfG 07.07.1982 – 2 BvL 14/78, 02/79 und 07/82, BVerfGE 61, 43, 72 f.; BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 191

39) BVerfG 14.08.1996 – 2 BvR 2088/93, NJW 1996, 3146

40) BVerfG 20.01.1981 – 2 BvR 632/78, BVerfGE 56, 99, 109

41) BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 191; BVerfG 14.05.1985 – 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 371 f.

42) BVerfG 14.05.1985 – 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 372 u.H.a. BVerfG 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 319 f.

43) BVerfG 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 287

(2) Und zur *rechtsschöpferischen Rechtsfindung* judiziert das BVerfG:

„Fraglich können nur die Grenzen sein, die einer solchen rechtsschöpferischen Rechtsfindung mit Rücksicht auf den aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit unverzichtbaren Grundsatz der Gesetzesbindung der Rechtsprechung gezogen werden müssen.“⁴⁴⁾

Hiervon ausgehend iudiziert das BVerfG zum verfassungsrechtlich unzulässigen Richterrecht, daß dann, wenn bei der rechtsschöpferischen Rechtsfindung der sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebende Grundsatz der Gesetzesbindung aus dem Auge verloren werde und eine Rechtsfortbildung auch nicht von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung gestützt werde, es sich dann um *unzulässiges* Richterrecht handle.⁴⁵⁾ Und wann die Gesetzesbindung qua Richterrecht verlassen werde, beschreibt das BVerfG⁴⁶⁾ wie folgt:

„Die Auslegung von Gesetzen und die Fortbildung des Rechts gehören zu den anerkannten Aufgaben und Befugnissen der Gerichte (vgl. BVerfGE 34, 269 <287 f.>; 49, 304 <318 f.>; 71, 354 <362 f.>). Es ist allerdings erforderlich, sie gegenüber einer dem Gesetzgeber vorbehaltenen Gesetzeskorrektur abzugrenzen. Die vom Verfassungsrecht gezogene Grenze verläuft im allgemeinen dort, wo die Gerichte ohne das Vorhandensein einer sich aus Systematik und Sinn des Gesetzes ergebenden Lücke allein unter Berufung auf allgemeine Rechtsprinzipien, die konkrete rechtliche Ableitung nicht zulassen, oder aus rechtspolitischen Erwägungen Neuregelungen oder Rechtsinstitute schaffen (vgl. BVerfGE 34, 269 <290>; 65, 182 <194>).“

Verfassungsrechtlich unzulässiges Richterrecht setzt sich mithin im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG über die Gesetzesbindung nicht hinweg.⁴⁷⁾ Da nur *zulässiges* Richterrecht im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG Prüfungsmaßstab einer von Steuerpflichtigen hinzunehmenden richterlichen Rechtsfortbildung sein kann,⁴⁸⁾ geht das BVerfG⁴⁹⁾ von folgenden Maßstäben aus. Gerichte hätten bei

„der Rechtsfortbildung in besonderem Maße auf die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen Bedacht zu nehmen. Übersehen oder verkennen die Gerichte deren Ausstrahlungswirkung bei der Entscheidung eines konkreten Falles, so verletzen sie als Träger öffentlicher Gewalt die dadurch betroffene Prozeßpartei in ihren Grundrechten (vgl. BVerfGE 89, 214 [229 f.] = NJW 1994, 36, unter Bezugnahme auf BVerfGE 7, 198 [206 f.] = NJW 1958, 257).“

An vorgenannten verfassungsrechtlichen Vorgaben der Rechtsprechung des BVerfG sind mithin die vom BMF⁵⁰⁾ im Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 in Bezug genommene Entscheidung des IX. Senates des BFH und die wiederum von ihm in Bezug genommenen zwei Vorgänger-Entscheidungen⁵¹⁾ abzugleichen: Handelt(e) es sich bei dieser Rechtsprechung des

44) BVerfG 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269, 288

45) BVerfG 10.10.1983 – 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 194 f.

46) BVerfG 07.06.1993 - 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542

47) BVerfG 03.11.1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 280

48) BVerfG 11.10.1978 – 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304, 324

49) BVerfG 12. 11. 1997 - 1 BvR 479/92 u. 1 BvR 307/94, NJW 1998, 519, 521

50) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33

51) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721 u.H.a. BFH 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299 und BFH 11.01.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166

IX. Senates des BFH um Gesetzesanwendung, Gesetzesauslegung, verfassungsrechtlich zulässiges oder unzulässiges Richterrecht ?

a1) BFH 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299

Gegenstand dieser Entscheidung war eine GbR als Außengesellschaft, der Kapitalanleger beigetreten waren. Diese GbR errichtete Wohnungen im Bauherrenmodell. Der in diesem Zusammenhang geltend gemachte Werbungskostenabzug (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) wurde davon abhängig gemacht, ob steuerlich bezüglich der gesondert und einheitlich festzustellenden Einkünfte der GbR dieser eine Bauherren- oder Erwerbseigenschaft zuzuordnen war. Auf die Frage der Bauherreneigenschaft kam es deshalb an, weil – so der BFH – der sofortige Abzug von Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG) im Hinblick auf § 11c Abs. 3 EStDV 1975 (jetzt § 15 Abs. 1 EStDV) diese Eigenschaft voraussetzte. Und dort war geregelt, daß Bauherr derjenige sei, wer auf eigene Rechnung und Gefahr ein Gebäude baue oder bauen lasse. Der BFH nahm folglich insoweit eine Gesetzesauslegung des Begriffes „Bauherr“ vor und iudizierte, daß dann, wenn sich mehrere zusammenschließen würden, um gemeinsam einen Bau zu errichten, sie das Baugeschehen beherrschen müßten, was nach dem Gesamtbild zu ermitteln sei. Dies sei aber in der Regel nicht der Fall. Denn der Anleger übernehme i.d.R. das gesamte, vollständig vorformulierte Vertragsbündel incl. Bauplanung und Baudurchführung. Der Anleger habe nur die Wahl, entweder dies so zu übernehmen oder sich nicht zu beteiligen. Der Anleger könne nicht vor Beitritt Einfluß auf das bereits ausgearbeitete Konzept nehmen. Und dann kommt der bemerkenswerte und von Realitätssinn geprägte Satz des BFH: „Würde der einzelne Anleger oder die Gesamtheit der Anleger wesentlichen Einfluß auf die Vertragsgestaltung oder Vertragsdurchführung nehmen, wäre der Vertragszweck nicht zu erreichen.“⁵²⁾

Dies führt zu der Frage, ob dies im Hinblick auf die oben aufgezeigte Rechtsprechung des BVerfG eine zulässige Gesetzesauslegung des Begriffes „Bauherr“ war. Denn als Folge dessen schied seitdem de facto bei *Kapitalanlagemodellen* aus denen vom BFH genannten Gründen eine Bauherreneigenschaft aus. Handelte es sich bei dieser Art der Gesetzesauslegung durch den BFH um eine dem Gesetzgeber vorbehaltene Gesetzeskorrektur aufgrund einer aus rechtspolitischen Erwägungen heraus getroffenen Neuregelung, die spezifisch Kapitalanlagemodelle treffen sollte?⁵³⁾ Dafür spricht folgendes:

In der früheren Rechtsprechung des BFH, als Kapitalanlagemodelle noch keine Rolle spielten, nahm der BFH zum Bauherrenbegriff eine gänzlich andere Auslegung vor. Damals kam es darauf an, daß der Auftraggeber im eigenen Namen ein Gebäude errichtete oder errichten ließ, wobei es nicht darauf ankam, für wessen Rechnung das Gebäude errichtet wurde. Bauherr konnte steuerlich unschädlich einen "Betreuer" einschalten, der im fremden Namen und für fremde Rechnung die mit der Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens verbundenen technischen oder wirtschaftlichen Aufgaben übernehmen konnte. Und der Betreuer konnte sogar einzelne (Teilbetreuung) oder alle Bauherrenfunktionen (Vollbetreuung) übernehmen. Wesentlich war stets nur, daß der Betreuer nach außen als Vertreter des Bauherrn auftrat und der

52) BFH 14.11.1989 – IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299, 303

53) S.o. das zu BVerfG 07.06.1993 - 2 BvR 335/93, HFR 1993, 542 wörtlich wiedergegebene Zitat

letztere das Bauherrenwagnis trug.⁵⁴⁾ Die Übernahme des umfänglichen Bauherrenwagnisses war maßgeblich.⁵⁵⁾ Sie hatte im Hinblick auf die Bestimmung der Bauherreneigenschaft des § 18 Abs. 1 EStDV 1958 absoluten Vorrang vor der Frage der Einflußnahmemöglichkeit auf die bauliche Gestaltung.⁵⁶⁾

Es erstaunt nicht, daß ausgerechnet im Falle eines Kapitalanlagemodells (Bauherrenmodell) sich diese Rechtsprechung umkehrte, um aus rechtspolitischen Gründen den Werbungskostenabzug einzuschränken. In der Entscheidung des BFH vom 22.04.1980, auf die der BFH in seiner Entscheidung vom 14.11.1989 Bezug nimmt,⁵⁷⁾ liest man erstmals die heute vertraute Formulierung: „Schließen sich mehrere zusammen, um gemeinsam einen Bau zu erstellen, dann sind sie Bauherren, wenn sie selbst - im Wege der Arbeitsteilung oder durch unselbständige Arbeitskräfte - das Baugeschehen beherrschen.“⁵⁸⁾

Es wird folglich deutlich, daß die Definition der Bauherreneigenschaft in der Entscheidung des BFH vom 14.11.1989⁵⁹⁾ nicht Gesetzesauslegung war, sondern im Hinblick auf einen rechtspotisch als unerwünscht angesehenen Werbungskostenabzug bei steuerorientierten Kapitalanlagemodellen anzusehende Rechtsfortbildung qua Rechtsschöpfung. Und folglich stellt sich mit der oben aufgezeigten Rechtsprechung des BVerfG die Folgefrage, ob sich diese Art der richterlichen Rechtsfortbildung durch den IX. Senat des BFH noch am Grundsatz der Rechts- und Gesetzesbindung orientiert.⁶⁰⁾ Es spricht im Hinblick auf die oben aufgezeigte Rechtsprechung des BVerfG einiges dafür, dies zu verneinen. Würde man dies aber verneinen, dann würde diese Entscheidung des IX. Senates des BFH vom 14.11.1989⁶¹⁾ verfassungsrechtlich unzulässiges Richterrecht sein können und könnte damit keine Grundlage für die Entscheidung des IX. Senates des BFH vom 08.05.2001⁶²⁾ sein, so daß diese auch im Hinblick auf den Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003⁶³⁾ keine Rechtsbindung i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG erzeugen könnte. Der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003⁶⁴⁾ würde folglich gegen das Gesetzesbindungsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen.

54) BFH 02.09.1959 - II 66/57 U, BStBl III 1959, 453

55) BFH 28.11.1967 - II 102/63, BStBl II 1968, 186; BFH 13.05.1969 - II B 43/68, BFHE 95, 407

56) BFH 15.03.1973 - VIII R 150/70, BStBl II 1973, 593

57) BFH 14.11.1989 - IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299, 302

58) BFH 22.04.1980 - VIII R 149/75, BStBl II 1980, 441

59) BFH 14.11.1989 - IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299, 302 f.

60) BVerfG 10.10.1983 - 2 BvR 485, 486/80, BVerfGE 65, 182, 191; BVerfG 14.05.1985 - 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315, 371 f.

61) BFH 14.11.1989 - IX R 197/84, BStBl. II 1990, 299, 302 f.

62) BFH 08.05.2001 - IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

63) BMF 20.10.2003 - IV C 3 - S 2253 a - 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33

64) BFH 08.05.2001 - IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

a2) BFH 11.01.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166

Soweit der IX. Senat des BFH in seiner Entscheidung vom 08.05.2001⁶⁵⁾ auf seine eigene Entscheidung vom 11.01.1994 verweist, handelte es sich um einen Fonds, der ein bereits bebautes Grundstück erworben hatte, so daß sich die Frage der Bauherreneigenschaft schon deshalb nicht stellte.⁶⁶⁾ Diese Entscheidung eignete sich schon deshalb nicht, über die Entscheidung des IX. Senates des BFH vom 08.05.2001⁶⁷⁾ eine Rechtsbindung i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG für den Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003⁶⁸⁾ begründen zu können. Der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003⁶⁹⁾ würde folglich auch dieserhalb gegen das Gesetzesbindungsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen.

b) BFH 28.06.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717

Soweit der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003⁷⁰⁾ des weiteren auf diese Entscheidung des IV. Senates des BFH verweist, um damit den Eindruck zu erwecken, er folge der Rechtsbindung des Art. 20 Abs. 3 GG, ist auch dies nicht der Fall. Denn der IV. Senat des BFH schließt sich der vorgenannten Rechtsprechung des IX. Senates des BFH zur fehlenden Bauherreneigenschaft eines geschlossenen Fonds an⁷¹⁾ und nimmt damit an denen zuvor aufgezeigten verfassungsrechtlichen Unzuträglichkeiten teil.

3. Zwischenergebnis

Der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003⁷²⁾ ist nicht nur auf Investitionsverhinderung per steuerorientierten geschlossenen Fonds angelegt, sondern ihm ermangelt es auch mit zuvor Ausgeführtem an einer zweifelsfreien verfassungsrechtlichen Grundlage, weil er den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Gesetzes- und Rechtsbindungsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG nicht erfüllt. Vor diesem Ausgangspunkt ist es nun interessant, einmal aufzuzeigen, welche sonstigen rechtlichen Auswirkungen es hätte, wenn ein geschlossener Fonds so konzipiert würde, wie der Erlassgeber sich dies so vorstellt.

65) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

66) BFH 11.01.1994 – IX R 82/91, BStBl. II 1995, 166, 167

67) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

68) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

69) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

70) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

71) BFH 28.06.2001 – IV R 40/97, BStBl. II 2001, 717, 719

72) BFH 08.05.2001 – IX R 10/96, BStBl. II 2001, 720, 721

V. Konzeption eines geschlossenen Fonds nach der Vorstellungen des BMF und außersteuerrechtliche sowie praktischen Folgen

1. Fondskonzeption nach Vorstellung des BMF

Fassen wir noch einmal zusammen wie ein geschlossener Fonds nach den Vorstellungen des BMF⁷³⁾ konzipiert sein müßte, um nicht steuerlich als Erwerber sondern als Hersteller eingestuft werden zu können:

Die Mitwirkungsrechte der Anlegergesellschaften dürften sich nicht auf Widerspruchsrechte für den Fall ungewöhnlicher Geschäfte (§ 164 HGB) und Kontrollrechte (§ 166 HGB) beschränken, sie müßten vielmehr darüberhinausgehende Mitwirkungsrechte bzw. wesentliche Einflußnahmemöglichkeiten haben. Dazu müssen sie in der Lage sein, die wesentlichen Vertragsgestaltungen und deren Umsetzungen zu bestimmen und sie müssen in der Lage sein, rechtlich wie tatsächlich wesentliche Teile des Konzepts zu verändern. Dies kann der Fall sein, wenn sie Einfluß auf vorgelegte Entscheidungsalternativen haben. Die Umsetzung von Konzeptbestandteilen und Abweichungen hiervon müssen vollständig dokumentiert werden.

Diese vorgeannten Rechte und Einflußnahmemöglichkeiten können die Anlagegesellschaften erst dann auf einen aus ihrer Mitte bestimmten Beirat delegieren, dem von Initiatorenseite i.w.S. niemand angehören darf, nachdem mindestens 50 % des prospektierten Kapitals eingezahlt worden sind.

2. Propsektierung und Prospektprüfungsbericht

Da der Bauherren- und Fondserlass des BMF⁷⁴⁾ von 50 % des eingezahlten *prospektierten* Kapitals im Hinblick auf die Errichtung eines Beirates ausgeht, setzt er folglich einen Prospekt voraus. Dieser wird dem Anlageinteressenten im Vorfeld eines eventuellen Fondsbeitritts ausgehändigt. Der Prospekt muß wahr und vollständig sein,⁷⁵⁾ um dem Anlageinteressenten im Hinblick auf einen eventuellen Fondsbeitrag eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen.⁷⁶⁾ Dazu gehört, daß sämtliche Umstände, die für die Entschließung der mit dem Prospekt angesprochenen Anlageinteressenten von Bedeutung sind oder sein können, richtig und vollständig dargestellt sein müssen. Und ändern sich diese Umstände nach der Herausgabe des Prospekts aber vor Beitritt, so müssen die Verantwortlichen davon durch Prospektberichtigung oder durch entsprechende Hinweise bei Abschluß des Vertrages Mitteilung zu machen.⁷⁷⁾ Was müßte bei diesen Vorgaben der Rechtsprechung des BGH unter Berücksichtigung des Bauherren- und Fondserlass des BMF⁷⁸⁾ im Prospekt ausgewiesen sein ?

73) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33 - 37

74) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34

75) BGH 14.01.2002 - II ZR 41/00, NJW-RR 2002, 915

76) BGH 13.05.1993 - III ZR 25/92, WM 1993, 1238; BGH 13.01.2000 - III ZR 62/99, WM 2000, 426

77) BGH 05.07.1993 – II ZR 194/92, BGHZ 123, 106, 109 f.; BGH 14.01.2002 - II ZR 41/00, NJW-RR 2002, 915

78) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33 ff.

Würde bei einem steuerorientierten Fonds im Prospekt ein fertiges Konzept mit geschlossenen Verträgen ausgewiesen werden, müßte zugleich verdeutlicht werden, daß dies für eine steuerliche Herstellereigenschaft des Fonds schädlich wäre, wenn nicht die Anlegergesellschaften nach ihrem Beitritt auf die Vertragsgestaltung und Kozeptionsbestandteile wesentlichen Einfluß nehmen. Es müßte ferner darauf hingewiesen werden, daß und welche nichtsteuerlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken die Folge einer solchen Einflußnahme sein können wie auch die steuerliche Herstellereigenschaft keineswegs sicher sei; denn die Finanzrechtsprechung sei an einen Erlass der Finanzverwaltung nicht gebunden und die Erfahrung zeige, daß die Finanzverwaltung in der Praxis sich ebenfalls nicht nachhaltig an eigene Erlaßvorgaben halte. So bestehe z.B. die Gefahr, daß die Finanzverwaltung die Einflußnahme von Anlegergesellschaften für nicht wesentlich genug halte etc., zumal der Bauherren- und Fondserlass erhebliche belastende Interpretationsfreiräume gibt.

Würden bei einem steuerorientierten Fonds im Prospekt kein fertiges Konzept sondern Entscheidungsalternativen für wesentliche Konzeptbestandteile angesprochen,⁷⁹⁾ müßte zugleich verdeutlicht werden, daß für den Fall des Beitritts des Anlageinteressenten zum Fonds alleine die Zustimmung zu einer der vom Initiator dargestellten Alternativen noch keine ausreichende Einflußnahme wäre. Es müßte ferner darauf hingewiesen, daß die Frage der Wesentlichkeit der Einflußnahme auf vorgestellte Alternativen eine Wertungsfrage sei, die im Belieben der Finanzverwaltung stehe und folglich vertragliche, wirtschaftliche und steuerliche Risiken in sich berge.

Für beide Varianten wäre im Prospekt zu beschreiben, daß die Anleger, wenn sie erst einmal dem Fonds beigetreten wären, sich bei besagter wesentlicher Einflußnahme nach Meinung der Finanzverwaltung – die nicht zwingend von der Finanzrechtsprechung geteilt werden müsse – durch einen Treuhänder bzw. Beirat vertreten lassen könnten. Dabei sei allerdings nur klar, daß diesem niemand vom Initiator oder dessen Umfeld angehören dürfen (was immer das auch heißt), nicht aber, ob außer Anlegergesellschaften auch von diesen beigezogene Berater Mitglieder sein dürften. Es müßte auf Haftungsrisiken für diese Beiratsmitglieder hingewiesen werden und daß erst 50 % des prospektierten Kapitals (was immer auch das nun wieder heißt) von Anlegern eingezahlt worden sein müßten, ehe ein solcher Beirat konstituiert werden und wesentlichen Einfluß nehmen dürfte.

Schließlich wäre u.a. im Prospekt auszuweisen, daß unklar sei, ob sich die Anlegergesellschaften bzw. später der Beirat überhaupt auf eine wesentliche Einflußnahme einigen können, was passieren soll, wenn dies nicht der Fall ist und welche Folgen dies für überstimmte Gesellschafter habe könne. Auch daraus ableitbare denkbare rechtliche und wirtschaftliche Risiken wären im Prospekt zu beschreiben.

Der Prospekt würde mithin nicht mehr eine Kapitalanlage im Vordergrund haben, sondern eine denkbare Problembeschreibung. Und dies wäre dann auch Gegenstand des Prospektprüfungsberichtes. Und in Anbetracht einer extensiven Prospekthaftungsrechtsprechung und denkbarer Haftungsrisiken für Prospektprüfer würden Prospekt und Prospektprüfungsbericht zwecks eigener Haftungsentlastung sich eigentlich nur noch mit denkbaren nichtsteuerlicher Folgerisiken aufgrund der Vorgaben des Bauherren- und Fondserlasses vom 20.10.2003

79) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 35

befassen, die Kapitalanlage selbst, von der unklar wäre, ob und in welcher Weise sie mittels Fonds realisiert würde, bliebe im Hintergrund. Die Emission von Beteiligungen an geschlossenen steuerorientierten Fonds wird vor dem Hintergrund des Bauherren- und Fondserlasses vom 20.10.2003 keinen relevanten Stellenwert mehr haben. Steuerorientierte Investitionen sind politisch nicht erwünscht. Der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 ist folglich ein Verhinderungserlass, dem zudem mit oben Ausgeführtem die verfassungsrechtliche Legitimation fehlt.

3. Gesellschaftsrecht

Da der Bauherren- und Fondserlass des BMF⁸⁰⁾ vom Anlegergesellschafter ausgeht, muß es folglich bereits eine Fondsgesellschaft geben, der der Anleger beigetreten ist. Da der geschlossene Fonds i.d.R. eine Personen(handels)gesellschaft in der Rechtsform der GbR, KG oder GmbH & Co. KG ist, muß diese Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt bereits einen gemeinsamen Zweck (§ 705 BGB) bzw. eine Zweckbestimmung des Geschäftsbetriebes (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 1 HGB) ausweisen. Diese kann zwar allgemein gehalten sein, jedoch nicht zu allgemein, weil sich daran die gesellschafterlicher Förderpflicht in Form der Beiträge orientiert.⁸¹⁾ Dies müssen folglich die Anleger vorfinden, wenn sie der Fondsgesellschaft beitreten. Wenn mithin das BMF⁸²⁾ fordert, die Anlegergesellschafter müßten wesentlichen Einfluß im Hinblick auf eine Veränderung des Konzepts ausüben, dann kann dies zur Folge haben, daß dazu auch die gesellschaftsvertragliche Zweckbestimmung samt ihrer darauf bezogenen Förderpflicht geändert werden muß. Also bedarf es dazu einer Beschlussfassung über die Änderung des Gesellschaftsvertrages. Unterstellt, der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag sieht dafür eine Mehrheitsentscheidung vor,⁸³⁾ bleibt immer noch die Beantwortung der Frage offen, ob sich die Anlegergesellschafter denn überhaupt auf eine Mehrheitsentscheidung einigen können. Immerhin würde es sich um solche Anlegergesellschafter handeln, die trotz Problematisierung aufgrund des Prospekts beigetreten wären, nunmehr aber u.U. die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer solchen Beschlussfassung nicht mehr überblicken können, die bei GbR-Fonds zudem sich auf der Haftungsseite niederschlagen kann. Und zu diesem Zeitpunkt können sich Anlegergesellschafter auch noch nicht hinter einem Beirat zurückziehen, denn diese soll ja erst konstituiert werden dürfen, wenn 50 % des prospektierten Kapitals eingezahlt sind.⁸⁴⁾ Maßgebend für das von Anlegergesellschaftern einzuzahlende Kapital ist jedoch *gesellschaftsvertraglich* nicht der Prospekt, sondern die gesellschaftsvertragliche Einlagepflicht, die erst dann feststehen wird, nachdem zuvor ein Beschluss über die endgültige gesellschaftsvertragliche Zweckbestimmung gefaßt wurde.

80) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33 - 37

81) Münchener Kommentar/*Ulmer*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdn. 142; Münchener Kommentar/*Grunewald*, HGB, 2002, § 161 Rdn. 1

82) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 35

83) BGH 15.11.1982 - II ZR 62/82, BGHZ 85, 350, 359; *Wagner* in: Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 23 Rdn. 141 ff.

84) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34

Deshalb ist es auch unbehelflich, seitens des BMF⁸⁵⁾ darauf hinzuweisen, eine ausreichende Einflußnahmemöglichkeit könne auch dann bejaht werden, wenn Entscheidungsalternativen für die wesentlichen Teile des Konzepts angeboten würden (was immer dies auch heißen mag). Denn auch dann kann es geboten sein, daß die Anlegergesellschafter per Beschluss der Gesellschafterversammlung sich eindeutig auf eine Alternative zwecks Konkretisierung der gesellschaftsvertraglichen Zweckbestimmung festlegen müssen.

Und wenn dies alles durch einen entsprechenden Mehrheitsbeschluss nicht gelingen würde ? Dann wären die Anlegergesellschafter in einer Fondsgesellschaft gefangen und müßten sich um deren Liquidation kümmern. Kommt es dagegen zu einem Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung, stellt sich die Folgefrage, ob überstimmte Anlegergesellschafter dann gegen ihre Überzeugung mitwirken müssen und dazu finanziell beitragen müssen !? Immerhin kann sich bei einem GbR-Fonds ein solcher Mehrheitsbeschluss auch auf die Haftungsfolgen für überstimmte Gesellschafter in einer Weise auswirken, die diese nicht mitzugehen gewillt sind. Muß man in solchen Fällen nicht überstimmten Gesellschaftern ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund einräumen ? Und falls ja, wäre bei Wahrnehmung solcher Kündigungsrechte die Folge, daß dann der Fonds finanzierungsmäßig nicht mehr geschlossen wäre und die verbleibenden Anleger-Gesellschafter sich mit Frage der Liquidation des Fonds befassen müßten. Probleme über Probleme.

Unterstellt, alle vorgenannten Probleme - über die vorab zudem der Prospekt und Prospektprüfungsbericht aufklären müßte - würden gelöst oder würden nicht eintreten, indem die gesellschaftsvertragliche Zweckbestimmung samt finanzieller Förderpflicht per Beschluss geklärt worden wären, so daß damit auch das vom Fonds zu verfolgende Konzept *gesellschaftsrechtlich* festgelegt worden wäre, wären alsdann die vom Fonds geschlossenen bzw. zu schließenden Verträge auf dieses Konzept hin anzupassen bzw. auszurichten. Die vom BMF⁸⁶⁾ geforderte wesentliche Einflußnahmemöglichkeit der Anlegergesellschafter könnte nur auf die Weise sichergestellt werden, daß diesbezüglich *gesellschaftsvertraglich* die vertretungsberechtigten Gesellschafter des Fonds einem Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung unterstellt werden. Zustimmung alleine soll aber nach dem BMF⁸⁷⁾ nicht reichen. Folglich müßte die Gesellschafterversammlung eigene Vorstellungen entwickeln und darüber per Beschluss der Gesellschafterversammlung abstimmen lassen. Dabei stellt sich erneut die Frage, ob für den Fall diesbezüglich erforderlicher Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung die entsprechenden Mehrheiten überhaupt zusammenkommen samt entsprechenden Folgeproblemen, wenn dies nicht der Fall ist.

Delegieren die Anlegergesellschafter aufgrund Hinweises des BMF⁸⁸⁾ eine solche Aufgabe auf einen Beirat, müssen sie zuvor mindestens 50 % der prospektierten Kapitals eingezahlt haben, damit solches nicht steuerschädlich wäre. Auch die Einrichtung eines solchen Beirates zu einem solch späten Zeitpunkt würde wiederum – wenn dies im Gesellschaftsvertrag so vorgesehen ist –

85) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 35

86) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34 - 37

87) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 35

88) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34

einen Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung voraussetzen. Da das BMF⁸⁹⁾ vorgibt, daß ein solcher Beirat von den Anleger-Gesellschaftern aus ihrer Mitte bestimmt wird, bleibt offen, wer überhaupt sich für einen solchen Beirat zur Verfügung stellen würde, dessen Aufgabe es wäre, für die Anleger wesentlichen Einfluß durch Änderung von Konzeptbestandteilen bzw. Verträgen auszuüben, was erhebliche Haftungsrisiken mit sich bringen kann, die zudem nicht versicherbar sind. Auch bezüglich solcher Personen würde es wiederum – wenn im Gesellschaftsvertrag so vorgesehen – eines Mehrheitsbeschlusses der Gesellschafterversammlung erfordern.

Aus Raumgründen sollen weitere Überlegungen gesellschaftsrechtlicher Art. nicht fortgesetzt werden. Es wird jedenfalls deutlich, daß die Vorgaben des BMF, wenn Kapitalanleger sich trotz Propekt und Prspektprüfungsbericht als Gesellschafter beteiligt haben, spätestens dann, wenn sie Gesellschafter mit all den damit verbundenen Konsequenzen geworden sind, erkennen werden, daß dies alles mit einer Kapitalanlage in einem geschlossenen Fonds nichts mehr zu tun hat, was wohl vom BMF auch wohl beabsichtigt war.

4. Kapitalanlagevertrieb

Dessen Aufgabe wäre es, für den Fall eines steuerorientierten Fonds Anlageinteressenten darüber zu informieren, welche Folgen es haben kann, wenn die Anleger selbst – so das BMF⁹⁰⁾ - versuchen müßten, zwecks Erlangung steuerlicher Herstelleigenschaft des Fonds bei vorhandenen Interpretationsproblemen des Erlasses wesentliche Einflußnahmemöglichkeiten umzusetzen und zu dokumentieren. Möchte der Kapitalanlagevertrieb nicht zum Haftenden für dabei auftretenden – nicht nur steuerlichen – Problemen werden, weil ihm vorgeworfen wird, nicht alles vorhergesehen zu haben und darüber vorab informiert zu haben, so ist er gut beraten, vom Vertrieb steuerorientierter geschlossener Fondsprodukte besser die Finger zu lassen, was vom BMF und BFH wohl auch beabsichtigt war.

VI. Ergebnis

Der Bauherren- und Fondserlass vom 20.10.2003 sowie die BFH-Rechtsprechung, auf die er sich bezieht, ist verfassungsrechtlich fragwürdig und verfolgt rechtspolitisch motiviert Investitionsverhinderung ohne gesetzliche Grundlage. Dies alles in einer Zeit, in der man eigentlich jedem dankbar sein sollte, der sich für Investitionen bereit erklärt. Sowohl das rechtspolitisch verfolgte Ziel wie auch die dazu eingesetzten Mittel stehen weder der Executive noch der Judicativen zu, da es nicht deren Sache ist, Rechtspolitik zu betreiben. Diesen obliegt lediglich Gesetzes- und Rechtsanwendung.

89) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 34

90) BMF 20.10.2003 – IV C 3 – S 2253 a – 48/03, BStBl. I 2003, 546 Rdn. 33 - 37