

Eigenkapitalvermittlungsprovisionen bei geschlossenen Immobilienfonds nach Veröffentlichung des 5. Bauherrenerrlasses – weiterhin „versteckte Steuerbomben“ für Kapitalanleger?

I. Beteiligung an Immobilien mit mehreren Anlegern

Die Kapitalanlage in Immobilien ist beliebt, weil sie Sicherheit und langfristigen Wertzuwachs symbolisiert und zugleich das gute Gefühl gibt, etwas Fassbares mit seinem Geld geschaffen zu haben und einen Steuervorteil zu erzielen. Wenn die Finanzkraft eines einzelnen Finanziers nicht ausreicht, um eine Immobilie zu bauen oder zu erwerben, so bietet sich regelmäßig der Zusammenschluss von Anlegern in der rechtlichen Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR oder auch BGB-Gesellschaft genannt) oder der Kommanditgesellschaft (KG) an. Während vor Jahren die inzwischen nicht mehr am Markt befindlichen Bauherrenmodelle Konjunktur hatten, bietet sich der seit etwa 15 Jahren am Markt befindliche geschlossene Immobilienfonds als Anlageobjekt an. Die beiden verbreiteten rechtlichen Beteiligungsformen sind – was besonders motivierend für eine derartige Anlageform ist – steuerlich als Mitunternehmerschaft i. S. d. §§ 15 f. Einkommensteuergesetz (EStG) zu werten. Um eben diese steuerliche Behandlung von geschlossenen Immobilienfonds hat sich die Finanzverwaltung aufgrund geänderter Finanzrechtsprechung erneut Gedanken gemacht und im vergangenen Herbst den fünften Bauherrenerrlass verfasst (Schreiben des Bundesministerium der Finanzen [= BMF] vom 20.10.2003; IV C 3 – S 2253 a – 48/03).

Anlass für die Überarbeitung des aus dem Jahre 1990 stammenden vierten Bauherrenerrlasses (vom 31.08.1990, BStBl. I S. 366) samt seinen Ergänzungen in den späteren Jahren (vom 01.03.1995 (BStBl. I S. 167), 24.10.2001 (BStBl. I S. 780) und vom 29.11.2002 (BStBl. I S. 1388)) war die Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes [= BFH]. Dabei ist festzustellen, dass nicht nur etwa die ersten 10 Seiten des neuen Erlasses mit der Verwaltungsanweisung von vor 13 Jahren nahezu identisch sind, sondern auch, dass die Finanzverwaltung in punkto Eigenkapitalprovision in Widerstreit zur Rechtsprechung tritt.

II. Eigenkapitalvermittlungsprovisionen

Im besonderen Spannungsfeld zwischen der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung stehen die Eigenkapitalprovisionen. Keine Bedeutung hat die Eigenkapitalvermittlungsprovision allerdings für den Investor, der alleine – also ohne weitere Geldgeber – sein Geld in eine Immobilie oder einen Immobilienkomplex anlegt, da diese Aufwandsposition für ihn aus der Natur der Sache heraus nicht anfallen kann; er kann zwangsläufig für seine eigene Beteiligungsvermittlung kein provisionsorientiertes Geschäft generieren.

1. Bedeutung der Eigenkapitalvermittlungsprovision

Die Leistung, die von dem Provisionsberechtigten im Rahmen der Eigenkapitalvermittlung erbracht werden soll, ist zivilrechtlich einfach zu beschreiben. Denn die Provision wird für die Einwerbung von Gesellschaftern für den Immobilienfonds dem Vermittler ausgelobt und war schon zu Zeiten der klassischen Bauherrenmodelle anzutreffen. In der Praxis sind die Provisionsberechtigten aus dem Vermittlungsgeschäft regelmäßig eng oder gar sehr eng mit der Initiatorseite verwoben.

2. Wertung durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung bewertet in einer Art generalisierender Gesamtschau alle Verträge, die von Initiatorenseite dem Kapitalgeber als ein Paket angeboten werden und auf deren Abschluss von diesem kein Einfluss ausgeübt werden kann, als eine Einheit. Diese Betrachtungsweise des Paketangebots von Verträgen zur Beteiligung an einer Immobilie galt im Wesentlichen auch schon zu Zeiten der vorerwähnten Bauherrenmodelle (BFH, Urteil vom 22.04.1980 - VIII R 149/75; BFH, Urteil vom 14.11.1989 - IX R 197/84). Zur Argumentation formuliert das Gericht: *Bei der einkommensteuerrechtlichen Beurteilung der Aufwendungen eines Anlegers im Bauherrenmodell ist ebenfalls davon auszugehen, dass erst die Verbindung der Verträge des Modells (Vertragsgeflecht) zu dem von den Beteiligten angestrebten Ziel führt, nämlich dem Anleger ein bebautes Grundstück zu verschaffen. Der einzelne Vertrag hat im Rahmen des gesamten Vertragsgeflechts regelmäßig keine selbständige Bedeutung, sondern ist nur im Zusammenhang mit den anderen Verträgen wirtschaftlich sinnvoll. Die wirtschaftliche Verknüpfung entspricht dem Willen der Vertragsparteien. Wer sich an einem Bauherrenmodell auf der Seite der Projektanbieter oder der Anleger beteiligt, will regelmäßig sämtliche Leistungen im Rahmen des Modells anbieten oder annehmen, weil nur dann der Modellzweck, ein bebautes Grundstück bei möglichst hoher Steuerersparnis und möglichst geringem Risiko und Eigenkapital zu übertragen bzw. zu erhalten, erreicht werden kann. Die Verbindung der Verträge zu einem einheitlichen Vertragswerk mit einheitlichem Vertragsgegenstand ist indes nicht nur wirtschaftlicher Natur. Die Verknüpfung der Verträge kann auch zivilrechtlich dazu führen, sie als einheitliches Rechtsgeschäft zu beurteilen, soweit sie nach dem Parteiwillen untrennbar miteinander verbunden sind, mit der Folge, dass sich die Beurkundungspflicht nach § 313 BGB nicht nur auf den Grundstückskaufvertrag, sondern auch auf weitere Verträge des Modells erstreckt.*

Auch für sogenannte Modernisierungsfonds bei Immobilien wurde der sofortige Abzug von Eigenkapitalvermittlungsprovisionen negiert (BFH Beschluss vom 04.02.1992 - IX B 39/91) Bestätigt für Immobilienfonds ist diese Sichtweise durch das maßgebliche Urteil des BFH vom 11.01.1994 worden (IX R 82/91). In jedem dieser Fälle betrachtet das Gericht die Aufspaltung der Gesamtleistung Immobilie in Vertragsabschnitte, die von ihrem eigentlichen Ursprung her zu sofort abzugsfähigen Werbungskosten / Betriebsausgaben führen würden, als ein Umgehen von steuerlichen Vorschriften nach § 42 AO, auch wenn die Aufspaltung nach handelsrechtlichen Bilanzierungsvorschriften nicht zu beanstanden ist. Auch in den letzten maßgeblichen Urteilen der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung sind Eigenkapitalprovisionen als Anschaffungs- bzw. Herstellkosten zu behandeln, weil diese Kosten nach seiner Ansicht ausdrücklich nicht als Kosten der Eigenkapitalbeschaffung der Gesellschaft anzusehen sind, sondern im direkten Zusammenhang mit dem Erwerb und der Bebauung der Immobilie zusammen zu sehen sind (BFH Urteil vom 08.05.2002 – IX R 10/96; Urteil vom 28.06.2001 – IV R 40/97). Gerade in dem Urteil vom Juni 2001 wird nochmals darauf hingewiesen, dass in der Sondierung einzelner Leistungen im Paket mehrerer Verträge bei einem Immobilienfonds die Aufspaltung im Wesentlichen den Zweck hat, steuerlich negative Konsequenzen zu umgehen (§ 42 AO).

3. Sichtweise der Finanzverwaltung

Auf die Rechtsprechung hat die Finanzverwaltung mit insgesamt vier hier einschlägigen Schreiben reagiert. Dabei ist Ausgangspunkt für die Einstellung der Finanzbehörden der vierte Bauherrenerelass aus dem Jahre 1990 (BMF – Schreiben vom 31.08.1990 – S 2253a 49/90). In dem Erlass geht das BMF davon aus, dass regelmäßig die Provision für die Einwerbung von Gesellschaftern aufgewendet werden, Werbungskosten darstellen. Dabei zieht die Finanzverwaltung eine Maximalgrenze von 6 % als Provisionshöhe.

Als Reaktion auf die oben genannte Entscheidung des BFH vom 11.01.1994 befindet das BMF, dass die Rechtsprechung nicht anzuwenden sei, und geht davon aus, dass zwischen der Beteiligung an einer Immobilie in Form der Bauherrengemeinschaft und an einem geschlossenen Immobilienfonds der Unterschied in der gesamthänderischen Verbundenheit im Bauherrenmodell besteht. Aus diesem Grunde betrachtet das BMF die Kosten für die Eigenkapitalprovision gerade nicht als Anschaffungs- oder Herstellkosten für die Immobilie.

Als Reaktion auf die beiden maßgeblichen Urteile des BFH im Mai und Juni 2001 sah sich die Finanzverwaltung veranlasst, zum Einen mit dem Schreiben vom 29.11.2002 (IV C 3 – S 2253a – 95/02) zu reagieren, um Vertrauensschutz für bereits im Vertrieb befindliche Fonds zu signalisieren, und zum Weiteren den Bauherrenerlass zu überarbeiten und mit Schreiben vom 20.10.2003 zu publizieren (IV C 3 – S 2253 a 48/03). Sie legt darin ihre Ansicht etwas differenzierter nieder, als sie es als Beigeladene in dem Verfahren vor dem BFH (Urteil vom 28.06.2001) geäußert hat. Zunächst unterscheidet sie bei den geschlossenen Immobilienfonds zwischen denen ohne wesentliche Einflussnahme durch den Anleger und denen, die dem Anleger einen wesentlichen Einfluss bei der Realisierung des Immobilienprojektes zubilligen. So kann man jetzt vom Grundsatz her sagen, dass nach Vorlage des Erlasses feststeht, dass bei einem Immobilienfonds ohne wesentliche Einflussmöglichkeiten der Anleger schlechter gestellt ist, da die Eigenkapitalprovisionen nicht sofort abgesetzt werden können im Gegensatz zum Fonds mit wesentlichen Einflussmöglichkeiten. Sofern die in dem Erlass geschilderten Einflussnahmen gegeben sind kann die Eigenkapitalprovision bis zu 6 % sofort in Abzug gebracht werden.

III. Konsequenzen

Für den Anleger, der sich an einem derartigen geschlossenen Immobilienfonds beteiligt hat, bedeutet diese Entscheidungsrichtung des BFH, dass er mit verminderten Steuervorteilen zu rechnen hat, wenn eine Eigenkapitalvermittlungsprovision vereinbart worden war. War die seit Jahren bereits abzusehende Richtung der Rechtsprechung und deren Auswirkungen in dem Beteiligungsprospekt nicht angegeben, so stellt sich für den enttäuschten Anleger die Frage nach Regressansprüchen wegen der Unvollständigkeit des Prospektes.

Für den Steuerpflichtigen besteht außerdem die Gefahr, dass er oder die Fondsgesellschaft mit der Finanzverwaltung wegen eines anderen Punktes streitet, diesen Streit vor das Finanzgericht trägt und diese dann die steuerliche Anerkennung der sofortigen Abzugsfähigkeit der Eigenkapitalvermittlungsprovision verneint, weil sich das Gericht der „großzügigen“ Auslegung der Finanzbehörde nicht anschließen vermag.

Hartmut Göddecke, Siegburg
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Bankkaufmann