

Kick-Backs, Eigenprovisionen und Co. – steuerlich betrachtet

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

I. Verwirrung um Provisionen – (nicht nur) im Steuerrecht

Ein „heißes Eisen“ im Bank- und Kapitalmarktrecht sind seit geraumer Zeit die Provisionszahlungen. Zivil- und haftungsrechtlich geht es darum, ob und inwieweit bei verschiedenen Anlageprodukten und unterschiedlichen Finanzintermediären in der Vergangenheit oder jedenfalls nach neuer Rechtslage eine explizite Aufklärung des Anlegers über die von seinem Gegenüber für die Vermittlungs- oder Beratungsleistung empfangenen Provisionen erforderlich ist und ob ggf. eine mangelhafte Aufklärung hierüber zur Rückabwicklung der Kapitalanlage insgesamt berechtigt. Aufsichtsrechtlich sind im Zuge der – überwiegend EU-induzierten – Regulierungsbestrebungen entsprechende Angabepflichten bei zahlreichen Produktkategorien und auch Versicherungen nunmehr durch den Gesetzgeber statuiert worden. Auf politischer Ebene wird diskutiert, eine ausschließlich honorargestützte Vermittlungs- oder Beratungsleistung bei Kapitalanlagen und Versicherungen stärker zu fördern oder diese sogar mittelfristig als einzig zulässige Vergütungsform anstelle des bisherigen Provisionsmodells festzuschreiben. Die verschiedenen Diskussionssebenen und ihre einzelnen Streitpunkte können hier nicht vertieft werden.

Bei aller Aufregung um die „neue“ Rechtsprechung zu Provisionen und Kick-Backs und als teils überzogen, teils als angemessen empfundene rechtliche Rahmenbedingungen hierzu wird oft übersehen, daß auch die richtige steuerliche Behandlung tatsächlich empfangener Provisionen oder entsprechender Surrogate ein Dasein in der Grauzone fristet. Zwar gibt es durchaus Urteile des BFH und der Finanzgerichte hierzu, welche allerdings zum Teil nur dünne Schneisen in das Dickicht schlagen, welche allenfalls Einzelfälle erhellen. Manche vergleichbar erscheinenden Fälle werden zudem von verschiedenen Strahlen der Rechtsprechung unterschiedlich getroffen. Der BFH hat jüngst versucht, in einem Urteil¹ eine breitere Schneise zu schlagen – allerdings nur mit mäßigem Erfolg, wie nachfolgend dargestellt werden wird.

II. „Einfache“ Ausgangslage – die Grundfälle

1. Im Normalfall erscheint die ertragsteuerliche² Behandlung zunächst noch einfach und eindeutig. Wer Kapi-

talanlagen oder Versicherungen professionell vermittelt, erzielt gewerbliche Einkünfte im Sinne von § 15 EStG. Für die Praxis ist – gegenüber nicht selten verbreiteten Fehlvorstellungen – insoweit lediglich darauf hinzuweisen, daß für die steuerliche Zuordnung zu Einkünften im Sinne von § 15 EStG allein die steuerliche Beurteilung der Gewerblichkeit maßgeblich ist. Wer – z. B. angesichts der aktuell gestiegenen Berufszulassungsvoraussetzungen (vgl. oben) oder aus anderen Gründen – seine Gewerbeanmeldung „vergißt“ oder andere aufsichtsrechtliche Kriterien tatsächlich nicht erfüllt, bleibt insoweit steuerlich trotzdem Gewerbetreibender.

Letzteres gilt auch grundsätzlich für entsprechende Provisionen oder Vergütungen von Dritter Seite, welche an Freiberufler gezahlt werden, die an sich Tätigkeiten im Sinne von § 18 Abs. 1 EStG ausüben. Auch die qualifizierte Anlage- oder Versicherungsberatung ist eine gewerbliche Tätigkeit,³ so daß sich allenfalls im Einzelfall die Frage stellt, ob bei relativ geringfügigen Einnahmen aus diesem Bereich Hilfs- und Nebengeschäfte eines Freiberuflers vorliegen können. Dabei sind wiederum steuerrechtlich die strengen berufsrechtlichen Maßstäbe, die überwiegend derartige „Hilfstätigkeiten“ im Rahmen von rechts-, steuer- oder wirtschaftsberatender Tätigkeit (zu Recht) verbieten, unbeachtlich. Bei rein einkommensteuerlicher Betrachtung liegt ohnehin meist ein eher akademisches Problem vor. In der Praxis können allerdings im Einzelfall durchaus relevante Abgrenzungsprobleme entstehen, weil je nach Zuordnung einerseits nur eine entsprechende Einkommensteuerbelastung, andererseits eine zusätzliche Belastung mit Gewerbesteuer in Kombination mit der Steuerermäßigung gem. § 35 EStG in Betracht kommt. Bei Sozietäten etc. ist im besonderen Maße die Wirkung der sog. Abfärbetheorie zu beachten, nach der im Falle auch nur eines allzu cleveren Berufsträgers mit entsprechenden Nebeneinkünften aus der Anlagevermittlung allzu leicht insgesamt gewerbliche Einkünfte für alle Beteiligten entstehen können.

1 Urteil vom 14.03.2012, XR 24/10, DStRE 2012, S. 858 ff.

2 Die Diskussion um die umsatzsteuerliche Behandlung der letzten Jahre soll hier außer Betracht bleiben, vgl. hierzu Zacher, Steueranwaltsmagazin 2008, 128 ff.

3 Vgl. BFH, III R 58/85, BStBl II 1989, S. 24 ff.

3. Wer eindeutig außerhalb eines beruflichen Funktionszusammenhangs nur gelegentlich entsprechende Vermittlungsleistungen vornimmt, erzielt entsprechend dem ausdrücklichen Wortlaut von § 22 Nr. 3 EStG sonstige Einkünfte. Auch hier gilt der „normale“ Steuersatz entsprechend der individuellen Progression, soweit sie die Freigrenze von 256,00 € übersteigen. In der Praxis dürfte der Anwendungsbereich dieser Vorschrift beschränkter sein, als er oft – wenn überhaupt – wahrgenommen wird. Die singuläre Vermittlung im Familienkreis oder der – vergütete – Tip an einen professionellen Vermittler wegen eines entsprechenden Interessenten mag noch gelegentlich im Sinne von § 22 Nr. 3 EStG sein; auch hieraus kann sich aber leicht eine „nachhaltige“ Tätigkeit (wenn auch geringen Umfangs) ergeben, zumal manche Vertriebssysteme auch diese Effekte bewußt mit einbeziehen. Dann gilt das oben Gesagte zu „verdeckten“ gewerblichen Einkünften auch ohne entsprechende Berufszulassung etc.

III. „Eigenprovisionen“ in unterschiedlichem Gewand

1. Eigenprovisionen sind zivilrechtlich eigentlich ein Paradoxon. Eine Vermittlung oder auch Beratung setzt nach allgemeiner Vorstellung voraus, daß sie gegenüber einem anderen (der wiederum mit einem Dritten ggf. kontrahieren soll) erfolgt. Aber schon das Maklerrecht kennt als Ausnahme hiervon das sog. Selbsteintrittsrecht. In der Praxis des Kapitalanlage- und Versicherungsvertriebs sind derartige Eigenprovisionen gang und gäbe. Aus der Sicht von Produktgebern, Emissionshäusern, Versicherungen oder Generalvertrieben ist es letztlich egal, ob der Empfänger der (erfolgreich vermittelten) Leistung ein echter Dritter oder der „Finanzintermediär“ selbst ist. Auch das Steuerrecht folgt zwar grundsätzlich dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise, zieht aber im Einzelfall aus der „Eigenprovision“ andere Konsequenzen als aus der echten „Fremdprovision“.

2. Der BFH betont dabei in dem bereits eingangs genannten Urteil⁴ jetzt ganz besonders den Vorrang der gewerblichen Einkünfte vor allen anderen Einkunftsarten. Da der steuerliche Begriff der Betriebseinnahmen denkbar weit auszulegen wäre und immerhin ein hinreichender Zusammenhang zu einer ansonsten in casu gegenüber fremden Dritten ausgeübten gewerblichen Vermittlungstätigkeit bestehe, teile bei einem (ansonsten) gewerblich tätigen Vermittler auch die Eigenprovision das Schicksal der Fremdprovisionen und sei dementsprechend als Betriebseinnahme zu erfassen.⁵ Auf die zivilrechtlich immerhin zweifelhafte Frage der Rechtsgrundlage käme es im Rahmen der steuerlichen und wirtschaftlichen Be-

trachtungsweise nicht an. Auch wenn man diesen Aussagen noch zu folgen vermag, stellt sich doch eine weitere Frage, welche der BFH in seinem Urteil allerdings nicht thematisiert. Ist – selbst bei rein steuerlich-wirtschaftlicher Betrachtungsweise – eine gewerbliche Tätigkeit „gegenüber sich selbst“ denkbar? Was wäre, wenn die Eigenprovisionen den Hauptteil oder gar den Gesamtumfang der zugeflossenen Provisionen ausmachen würden? Daß hier noch zumindest einige Fragen offen bleiben, liegt auf der Hand, wenn man diesen Fall mit anderen – von der Rechtsprechung ebenfalls bereits unterschiedenen – Konstellationen vergleicht.

3. Den Eigenprovisionen wirtschaftlich eng verwandt sind Provisionsnachlässe, welche dem (Eigen-)Vermittler gewährt werden. Aus der Sicht des Produktgebers oder Hauptvertriebs ist es oft lediglich eine Frage der technischen Abwicklung, ob ein Hin- und Herzahlen in Form der vollen Gegenleistung für das Kapitalanlageprodukt und Rückzahlung eines Eigenprovisionsanteils erfolgt oder von vorne herein ein verminderter „Gesamtpreis“ gefordert wird. Gerade bei Produkten, die ein gesondertes Agio ausweisen, werden auf letzteres oft entsprechende Preisnachlässe gewährt.

Grundsätzlich geht hier die Rechtsprechung allerdings davon aus, daß – lediglich – verminderte Anschaffungskosten vorliegen. Zur Begründung wird u.a. das oben schon angesprochene (dort vom BFH aber nicht akzeptierte) Argument benutzt, daß eine selbständige Leistung an sich selbst kaum denkbar wäre und deshalb nicht zwei getrennte Leistungen mit unterschiedlicher Zielrichtung, sondern eine einheitliche (verminderte) Leistung des Eigenvermittlers im Hinblick auf das von ihm erworbene Kapitalanlageprodukt vorläge.⁶ Auch bei der Eigenvermittlung von Versicherungsverträgen hat der BFH bereits entsprechend judiziert.⁷ Dieses Beispiel zeigt allerdings, daß der Weg über die Minderung der Anschaffungskosten bei Eigenprovisionen nicht unbedingt nachteilig sein muss. So ergibt sich bei einem Versicherungsprodukt im privaten Bereich (ggf. außerhalb der Vorsorgeaufwendungen) bei einer Eigenprovision keine steuerlich belastende Wirkung, wogegen etwa bei einem Immobilienerwerb die AFA-Bemessungsgrundlage bei der sog. „Verrechnungslösung“ gemindert wird.

4 Vgl. FN 1.

5 A.a.O., T2 28.

6 Vgl. BFH, Urteil vom 26.02.2002, IX R 20/98 und FG Berlin-Brandenburg, 6 K 6534/03 B; zum Ganzen auch *Kithier*, DStR 2003, 19 ff.

7 Vgl. Urteil vom 02.03.2004, IX R 68/02.

IV. Auch kein Vorrang von Sonderbetriebseinnahmen

Im aktuellen BFH-Fall bestand darüber hinaus die Besonderheit, daß der Vermittler weiterhin geltend machte, bei den betreffenden geschlossenen Fonds als Mitunternehmenschaften im Sinne von § 15 Abs. 2 EStG auch selbst zum Teil beteiligt zu sein. Deshalb müsse der allgemeine Vorrang von Sonderbetriebseinnahmen bei der Einkunftsermittlung auf der Ebene der jeweiligen Fondsgesellschaft beachtet werden. Hier argumentierte der BFH durchaus spitzfindig: Die entsprechenden Vergütungen wären nicht von der jeweiligen Fondsgesellschaft selbst, sondern durch das Emissionshaus ausbezahlt worden, welches die Fonds aufgelegt hatte.⁸ Wirtschaftlich wurden die entsprechenden Beträge natürlich als sog. weiche Kosten aus dem Fondsvermögen beglichen.

Der BFH rechnete allerdings vor, daß die dem Vermittler zugeflossenen Provisionen nur ein Teil dessen gewesen wären, was das Emissionshaus seinerzeit von der Fondsgesellschaft erhalten habe. Deshalb könne von einer schlichten Durchleitung nicht die Rede sein. Offen blieb damit die Frage, ob im Falle einer direkten Provisionsvereinbarung mit der entsprechenden Fondsgesellschaft/Mitunternehmenschaft oder bei einem betragsmäßig eindeutigen „Durchleiten“ doch der Vorrang der Sonderbetriebseinnahmen zu gelten hätte. Auffallend ist allerdings, daß in diesem Zusammenhang der BFH sehr ausführlich argumentiert, weshalb er sich nicht im Widerspruch zu dem auch von ihm grundsätzlich betonten Vorrang der Erfassung von Einnahmen auf der Gesellschaftsebene befände.

Für die Praxis besteht hier ein großes Risiko, daß sich wohl auch in dem entsprechenden Fall zum Teil realisiert hatte. Aufgrund der unklaren Rechtslage können z.B. Fondsgesellschaften mit „problembewußter“ steuerlicher Beratung geneigt sein, im Zweifelsfall Sonderbetriebseinnahmen der an ihnen zugleich beteiligten Vermittler anzunehmen. Vielfach ist dies in der Vergangenheit so geschehen. Wenn dies entsprechend dem jüngsten BFH-Urteil unrichtig ist, ist der Vermittler gleichwohl gehalten, die entsprechenden Einnahmen im Rahmen seiner Steuererklärung – gleichsam „doppelt“ – anzugeben.

Der BFH sieht dieses Problem zwar, hält es aber nicht für durchgreifend. Eine ggf. rechtsirrigere Erfassung bei der Fondsgesellschaft könne die (zutreffende) „nochmalige“ Erfassung beim Eigenvermittler weder ausschließen noch suspendieren.⁹ Wenn hier einmal eine „Doppelbesteuerung“, ggf. aufgrund der Bilanzierung einerseits und des tatsächlichen Zuflusses andererseits in verschiedenen Perioden, eingetreten ist, kann wohl allenfalls der Gedanke der widerstreitenden Steuerfestsetzungen im Sinne von § 174 AO noch helfen. Dies gilt auch für die ähnlich gelagerten Fälle, in denen keine Sonderbetriebseinnahmen, aber bisher in gutem Glauben lediglich eine Minderung der Anschaffungskosten bei Eigenprovisionen angenommen wurde.

V. Fazit

Bad cases make bad law. Man kann dem BFH durchaus nachfühlen, daß er im Falle eines im großem Umfang gewerblich tätigen Vermittlers auch die Eigenprovision einheitlich erfasst wissen wollte und die Diskussion um Sonderbetriebseinnahmen auf Fondsebene, Minderungen der Anschaffungskosten oder mangels Leistung gar steuerfreie Zuflüsse nicht eröffnen wollte. Zu gefährlich schien wohl das Risiko, daß in diesem Dickicht doch letztlich substantielle Zuflüsse steuerlich überhaupt nicht erfaßt würden.

Allerdings ist es nicht zuletzt die Rechtsprechung selbst gewesen, welche die stark einzelfallbezogene Betrachtung favorisiert hat und so an der Entstehung dieses Labyrinths erheblich mitgewirkt hat. Dies kann manchen betroffenen Steuerpflichtigen durchaus hart treffen, der geglaubt hat, den steuerlich richtigen Weg zu beschreiten. Dies gilt gerade auch im Hinblick auf die letzte Facette des Falls, welche den BFH ebenfalls nicht milde stimmte. Der betroffene Vermittler war auch bei den echten Fremdprovisionen von dem Vorrang der Sonderbetriebseinnahmen ausgegangen und hatte dementsprechend die wiederum von ihm selbst an seine Kunden teilweise ausgereichten Eigenprovisionen nicht in seiner Buchhaltung erfasst. Damit blieben – im doppeltem Sinne – die „Kick-Backs“ für ihn ein schlechtes Geschäft.

⁸ Vgl. FN 1, T2 34.

⁹ Vgl. FN 1, T2 46.