

## Weiche Kosten bei geschlossenen Fonds – der BFH bleibt hart

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht\*, Köln.

### I. Sog. weiche Kosten im Spannungsfeld zwischen Sofortabzug und Aktivierungspflicht

Wendet eine Beteiligungsgesellschaft als Mitunternehmer-schaft i.S.v. § 15 EStG Finanzmittel für Dienstleistungen auf, kommt eine ertragsteuerliche Behandlung als sofort aufwandswirksame Betriebsausgabe (bzw. Werbungskosten) in Betracht. Die Alternative besteht in einer Aktivierungspflicht. Sie führt zu einer Aufwandswirksamkeit (nur) über mehrere Jahre hinweg im Wege der AfA. Bei den sog. geschlossenen Fonds (z.B. Immobilien-, Medien- oder sonstigen Fonds) wird hierbei branchenüblich zwischen den „weichen“ und den „harten“ Kosten unterschieden. Letztere sind – soweit sie nicht das Investitionsobjekt ohnehin unmittelbar betreffen – im Regelfall Anschaffungs- bzw. Herstellungs(neben)kosten. Dabei kann manchmal die tatsächliche Abgrenzung in der Praxis schwierig sein; grundsätzlich steuerrechtlich kontrovers behandelt wird sie allerdings nicht.

Ganz anders war und ist dies indes bei den weichen Kosten. Solche Kosten stehen typischerweise im Zusammenhang mit der Konzeption, dem Vertrieb und der (anfänglichen) laufenden Verwaltung des Fonds. Auch insoweit sei allerdings angemerkt, daß selbst die phänotypische Einordnung nicht immer zweifelsfrei ist. Geht man z.B. von einem Medienfonds aus, wird die rechtliche oder steuerliche Beratung bei der Konzeption dieses Fonds zunächst unabhängig von der steuerlichen Bewertung als Teil der weichen Kosten verstanden werden. Was ist aber z.B. mit den Kosten der Rechtsberatung, die im internationalen Bereich projektbegleitend für den Erwerb der Stoffrechte bis hin zur Aushandlung von Verwertungsverträgen des fertigen Films anfallen. Sind dies auch „weiche“ Kosten, weil es sich „lediglich“ um begleitende Dienstleistungen handelt? Besteht dann aber nicht sogar der komplette Investitionsaufwand eines Medienfonds aus weichen Kosten, da – auch bei anerkannter Herstellereigenschaft<sup>1</sup> – vereinfacht ausgedrückt eine Summe von Dienstleistungen erworben und „lediglich“ zu einem Gesamtwerk zusammengefügt wird, das nicht stofflich ist? Handelt es sich bei einem Schiff-fonds hingegen wieder um „harte“ Kosten, wenn anwaltliche Dienstleistungen sich auf die konkrete Aushandlung oder Prüfung eines Chartervertrages für das Schiff beziehen, nicht aber auf die Konzeption der Beteiligungsgesellschaft?

Der BFH hatte zunächst mit zwei Urteilen vom 08.05.2001<sup>2</sup> und vom 28.06.2001<sup>3</sup> entschieden, daß weiche Kosten bei Immobilienfonds grundsätzlich zu den Anschaffungskosten einer Immobilie gerechnet werden müssen, woraus eine entsprechende Aktivierungspflicht mit lediglich zeitanteiliger Abschreibung folgt. Bei Medienfonds wurden durch Schreiben des BMF vom 05.08.2003, in welchem der seinerzeitige Medienerlaß in seiner ursprünglichen Fassung vom 23.02.2001 abgeändert wurde, die beiden vorgenannten BFH-Urteile auch als auf Filmfonds anwendbar erklärt. Schließlich erfolgte im Rahmen des sog. 5. Bauherrenerrlasses<sup>4</sup> eine Erstreckung auch auf alle anderen geschlossenen Fonds unabhängig vom Investitionsobjekt.

Die Rechtsprechung und ihr folgend die Finanzverwaltung haben diese rigorose und jedenfalls an zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Maßstäben gemessene fragwürdige Behandlung stets mit der Anwendung des steuerlichen Grundgedankens des § 42 AO gerechtfertigt. Die steuerliche Beurteilung der Aufwendungen solle nicht davon abhängig sein können, ob die Gegenleistung aufgrund eines einheitlichen Vertrages in einer Summe gezahlt wurde oder aufgrund mehrerer Verträge, in der der einheitliche Vorhang aus steuerlichen Gründen aufgespalten würde. Dabei hätten die einzelnen „Teilverträge“ keine selbstständige Bedeutung und ließen sich nur aus der gewünschten Schaffung sofort steuerlich abziehbarer Ausgaben erklären.<sup>5</sup> Immerhin kam die Finanzverwaltung der Praxis insoweit in Teilen etwas entgegen, als sie im 5. Bauherrenerrlaß einerseits bis zu bestimmten prozentualen Obergrenzen i. d. S. eigentlich kritische weiche Kosten doch zum sofortigen Abzug zuließ,

Die mit ►► gekennzeichneten Entscheidungen können unter [www.steuernrecht.org](http://www.steuernrecht.org) in der Online-Variante dieses Hefts abgerufen werden.

\* Rechtsanwälte Zacher&Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Belgisch Gladbach.

1 Auf diese spezifische Problematik wird im vorliegenden Betrag nicht eingegangen.

2 ►► IX R 10/96, BStBl. II 2001, S. 720.

3 ►► IX R 40/97, BStBl. II 2001, S. 717.

4 BMF vom 20.10.2003, IV C 3-S 2253a-48/03.

5 Vgl. BFH, Ur. v. 28.06.2011, a. a. O.

andererseits aber auch bei eigentlich sofort abziehbaren Kosten – wie insbesondere Vertriebsprovisionen – gleichwohl einen max. anzuerkennenden Prozentsatz festschrieb.<sup>6</sup>

Die grundsätzliche Kritik an diesen Regelungen verstummte jedoch ebenso wenig wie der Zweifel an Detailregelungen, sowohl in der steuerrechtlichen Fachliteratur<sup>7</sup> wie auch aus dem betroffenen Wirtschaftskreisen. Während zum Teil nach wie vor Fundamentalkritik an den grundsätzlichen Wertungen des BFH geübt wurde, versuchten andere Stimmen insbesondere aus der Praxis bei geschlossenen Fonds mit anderen Investitionsgegenständen als bei den höchstrichterlich bereits behandelten Immobilienfonds, die diesbezüglichen Unterschiede und Besonderheiten herauszustreichen.<sup>8</sup> Dies wohl z. T. auch von der Hoffnung geleitet, den BFH argumentativ, wenn nicht zu einer Umkehr insgesamt, so doch zu einer differenzierten Betrachtungsweise im Einzelfall führen zu können.

## II. Der BFH bleibt hart

Beiden Ansätzen hat der BFH mit seinem Urt. v. 14.04.2011 eine deutliche Abfuhr erteilt.<sup>9</sup> Zunächst betont der BFH dabei die eingangs kurz dargestellten Grundüberlegungen, daß die steuerliche Behandlung nicht von der „künstlichen Aufspaltung“ in mehrere Einzelverträge abhängig sein dürfe. Auch für den Fall gewerblicher Mitunternehmer-schaften bezieht sich der BFH ausdrücklich auf seine bisherige Rechtsprechung und bekräftigt diese. Zwar räumt er ein, daß insoweit der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz zu beachten wäre und aus der Sicht der Gesellschaft weiche Kosten durchaus sofort abzugsfähige Betriebsausgaben darstellen könnten. Weiterhin wird eingeräumt, daß die steuerliche Behandlung nicht allein davon abhängen könne, ob aus der Sicht der einzelnen Gesellschafter bzw. Mitunternehmer solche Betriebsausgaben Bestandteil eines von ihnen zu tragenden Gesamtaufwands wären. Jedoch würden diese durchaus beachteten Aspekte durch den letztlich vorrangigen §42 AO überspielt. Wenn der Zweck der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit darin liege, einen Investitionsgegenstand zu erwerben – und dies steuergünstig zu tun –, so könne die Schaffung von Teilverträgen keine selbstständige Bedeutung haben und lasse sich nur aus der Schaffung sofort steuerlich abziehbarer Ausgaben erklären.

Schon bei rein fiskalischer Betrachtung relativiert sich – jedenfalls heute – dieser Gedanke. Im Zeitalter von §15 b EStG liegt es nicht fern, davon auszugehen, daß in dieser Hinsicht mißbräuchliche Gestaltungen ohnehin durch diese Norm mit umfaßt werden, so daß für eine zusätzliche „Ahndung“ das Bedürfnis inzwischen weggefallen ist. Der vom BFH jetzt entschiedene Fall betraf allerdings das Jahr 2003. Auch dogmatisch würde sich nun die Frage stellen, ob – gerade wenn man den Gedanken der Spezialität des §42 AO vor den allgemeinen handelsrechtlichen und steu-

errechtlichen Regelungen bemüht, wie dies der BFH tut –, inwieweit durch den noch „spezielleren“ §15 b EStG (welcher eine mißbräuchliche Gestaltung gerade nicht fordert) von dieser Norm nicht erfaßte Sachverhalte überhaupt noch eine Würdigung nach §42 AO zugänglich sind. Umgekehrt würde es ja aktuell auch für „Steuersparwütige“ wenig Sinn machen, die Restriktion des 5. Bauherrenenerlasses nicht beachten zu müssen, wenn die danach „gewonnenen“ sofort abziehbaren Betriebsausgaben wiederum zur Anwendbarkeit zu §15 b EStG führten. Gerade deshalb verwundert es, wenn sich der BFH jetzt noch – wenn auch in einem Altfall – derart auf die Anwendung des §42 AO festlegt.

Auch unabhängig von dieser Grundfrage erscheint es jedoch fraglich, ob §42 AO so selbstverständlich und generalisierend auf den Ausweis gesonderter weicher Kosten anzuwenden ist. Es wurde schon eingangs angesprochen, daß der Begriff der weichen Kosten ein wirtschaftlich-phänotypischer ist, der im Steuerrecht zur Abgrenzung von sofort abziehbaren Betriebsausgaben gegenüber aktivierungspflichtigen Anschaffungs- oder Herstellungskosten wenig taugt. Im nunmehr entschiedenen Fall des BFH waren folgende Betriebsausgaben streitig:

- Gebühren für Jahresabschlußprüfung,
- Gründungskosten,
- Platzierungskosten,
- Geschäftsbesorgungshonorar in der Investitionsphase,
- Prospektkosten,
- Finanzierungsvermittlungsgebühren Endfinanzierung,
- Gebühren Mittelverwendungskontrolle.

Nachdem die klagende Fondsgesellschaft im finanzgerichtlichen Verfahren auch noch zusätzlich ursprünglich aktivierte Platzierungskosten sowie Kosten für die steuerliche und wirtschaftliche Konzeption als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben behandelt wissen wollte, hatte das Finanzgericht nur die Gründungskosten der Klägerin als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben anerkannt. Der BFH hob das finanzgerichtliche Urteil wegen Verfahrensmängeln auf, entschied aber selbst in der Sache und wies die Klage vollumfänglich ab.

Selbst wenn man den Mißbrauchsgedanken des §42 AO im Grundsatz folgen mag, ergeben sich jedoch mindestens bei einigen der nicht zum Sofortabzug zugelassenen Kosten Zweifel. Der Grundgedanke des BFH, daß die eigentlich angemessene Gestaltung in der Vereinbarung eines Gesamtkaufpreises wäre, der nicht künstlich und aus rein steuerlich motivierten Gründen aufgespalten werden dürfe, trifft mindestens für die Gebühren für die Jahresabschlußprüfung,

6 BMF vom 20.10.2003, a. a. O., Rz. 43 ff.

7 Vgl. z. B. Lüdicke/Arndt, Geschlossene Fonds, 5. Aufl., S. 81 ff.

8 Vgl. z. B. Meyer-Scharenberg, DStR 2004, S. 1729 zu Blindpools.

9 ►► IV R 8/10.

die Gründungskosten, das Honorar für die Geschäftsbesorgung in der Investitionsphase und die Gebühren für die Mittelverwendungskontrolle nicht zu. Gerade bei dem Investitionsvolumen eines Schifffonds ist offenkundig, daß sich im Regelfall für einen einzelnen Anleger die Alternative des Erwerbs eines „eigenen“ Schiffs überhaupt nicht stellt. Entscheidet er sich deshalb zusammen mit anderen Anlegern – wobei durchaus eingeräumt werden kann, daß dies im Regelfall auf der Grundlage eines vorgegebenen Beteiligungskonzeptes durch einen externen Anbieter geschieht – dazu, ein entsprechend großes Investitionsvorhaben gemeinsam mit anderen in der Form einer Gesellschaft und Mitunternehmerschaft durchzuführen, entstehen z.B. die eben genannten zusätzlichen Kosten als laufender Aufwand. Diese haben gerade keine Entsprechung in der Alternative eines – gedachten – unmittelbaren Einzelerwerbs. Die Entscheidung für ein derartig gebündeltes Vorgehen ist auch wirtschaftlich vernünftig und außersteuerlich begründet, da in aller Regel gerade nur hierdurch die Möglichkeit zu einer Investition in einen derart großvolumigen Investitionsgegenstand überhaupt besteht. Jedenfalls bei prognosegemäßer Entwicklung werden die insoweit zusätzlich entstehenden Kosten auch regelmäßig durch die besonders hohen Ertragsaussichten bei einem derartigen Investitionsgegenstand überkompensiert. Schon deshalb trägt das Argument der „künstlichen Aufspaltung“ bei vielen Kostenpositionen, die allgemein unter dem Begriff der weichen Kosten zusammengefaßt werden, nicht.<sup>10</sup>

Bei anderen Kosten wie etwa den reinen Prospektkosten und den Vermittlungsprovisionen mag der Gedanke der Aufspaltung eines – gedachten – einheitlichen Kaufpreises näherliegen. Auch hier wäre meines Erachtens im Einzelfall immer die Frage zu stellen, ob überhaupt die Alternative eines gedachten Direkterwerbs besteht, wenn man § 42 AO heranziehen möchte. Bei Flugzeugen und Schiffen, aber auch bei größeren Immobilienprojekten oder einer Filmproduktion dürfte dies kaum der Fall sein.

Der BFH spricht einen Teilaspekt dieser Grundproblematik in seinen Urteilsgründen durchaus an. Er verneint einen Widerspruch zu den Beschlüssen des großen Senates des BFH vom 10. 11. 1980<sup>11</sup> und vom 25. 06. 1984<sup>12</sup> mit folgendem Gedankengang: Grundsätzlich sei zwar dort und in weiteren Beschlüssen statuiert worden, daß für die Zuordnung der Aufwendungen zu den Anschaffungskosten und zu den sofort abzugsfähigen Betriebsausgaben auf die Sicht der Gesellschaft abzustellen sei. Deshalb wäre zunächst das, was aus der Sicht der Gesellschaft laufende Betriebsausgabe und dementsprechend sofort abzugsfähig sei, auch auf der Ebene des Gesellschafters als solche zu qualifizieren. Allerdings müsse diese Betrachtung „gegenüber dem Gedanken der Vielheit der Gesellschaft zurücktreten, wenn andernfalls eine sachlich zutreffende Besteuerung des Gesellschafters nicht möglich wäre.“<sup>13</sup> Deshalb müsse die Anwendung des § 42 AO zum Vorrang der gesellschaftsbezogenen Betrachtung führen. Um ein Auseinanderfallen von gesellschafts-

und gesellschaftsbezogener Betrachtung zu vermeiden, müsse dann eben auch bei einem geschlossenen Fonds der im Urteilsfall vorliegenden Art bereits auf der Ebene der Gesellschaft von Anschaffungskosten ausgegangen werden.

Der Verdacht eines Zirkelschlusses liegt hier nahe; jedenfalls führt auch dieser Gedanke über den Begründungsansatz des steuerlichen Mißbrauchs i. S. v. § 42 AO nicht hinaus. Auf dessen Grundlage erscheint allerdings tatsächlich nur eine sehr einzelfallbezogene und restriktive Umqualifizierung von weichen Kosten in „eigentlich“ aktivierungspflichtige Anschaffungskosten möglich, wie oben skizziert.

### III. Auch keine sofortige Teilwertabschreibung

Aus den Reihen der Kritiker der BFH-Rechtsprechung wurde vielfach auch vorgebracht, daß auch eine allgemeine Umqualifizierung von weichen Kosten zu lediglich abschreibungsfähigen Anschaffungskosten im Ergebnis nichts ändere, da diese dann ohnehin einer sofortigen Teilwertabschreibung auf einen Erinnerungswert unterlägen. Auch dieser Überlegung erteilt der 4. Senat des BFH eine Absage und weist darauf hin, daß er insoweit an seiner Auffassung in einem Vorlagebeschluß aus 1999<sup>14</sup> nicht mehr festhalte. Hiergegen spräche die Teilwertvermutung. Diese schlosse auch die im Rahmen eines einheitlichen Vertragswerks entstandenen Anschaffungskosten ein, da davon auszugehen sei, daß jeder Anleger diese tragen müßte, um sich an dem Anlageobjekt beteiligen zu können. Es sei anzunehmen, daß auch ein alternativ gedachter Erwerber dem Veräußerer die gesamten als Anschaffungs- und Herstellungskosten behandelten Aufwendungen im Rahmen des Vertragswerkes vergüten würde. Auch insoweit gelten die oben angesprochenen Zweifel. Bei einem unmittelbaren Direkterwerb des Investitionsgegenstandes (so er denn überhaupt praktisch möglich wäre) würde ein Großteil der entsprechenden Kosten nicht anfallen. Aber auch bei einem derivativen Erwerb der Beteiligung selbst ist die Hypothese des BFH sehr fraglich, wie sich z.B. auch an Zweitmarktnotierungen für geschlossene Fonds zeigt. Ein Erwerber einer entsprechenden Beteiligung wird die bei der Gründung und Emission entstandenen besonderen Kosten gerade nicht in seiner Kalkulation einpreisen, weil sie für ihn im Hinblick auf das Investitionsobjekt nicht „wertbildend“ sind. Ganz besonders gilt dies für die oben angesprochenen laufenden Kosten in der Gründungs- und Erstinvestitionsphase.

10 Zur Frage der hypothetischen Alternative des Erwerbs lediglich eines Anteils vgl. unten III.

11 GrS 1/79, BStBl. II 1981, S. 164 ff.

12 GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751 ff.

13 Unter Verweis auf den Beschluß des Großen Senats vom 03. 07. 1995, GrS 1/1993, BStBl. II 1995, S. 617 ff.

14 BFHE 188, 374, BStBl. II 1999, S. 828 ff.

#### IV. Harte Linie auch beim AfA-Zeitraum

Vor diesem Hintergrund wurde das „letzte Gefecht“ bei der Frage des AfA-Zeitraums entschieden – und ebenfalls verloren. Im Rahmen der Betonung der Grundsätze zur Bemessung der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer eines Wirtschaftsgutes betonte der BFH, daß die allgemeinen AfA-Tabellen zwar als Hilfsmittel für die Schätzung die Vermutung der Richtigkeit in sich tragen, aber für die Finanzgerichte nicht bindend seien. Auch der Gedanke der Selbstbindung der Verwaltung müsse jedenfalls dann zurücktreten, wenn die Anwendung der AfA-Tabellen zu einer offensichtlich unzutreffenden Besteuerung führen würde.

Im zu entscheidenden Fall war ein gebrauchtes Tankschiff erworben worden, für das die Klägerin eine 12-jährige Nutzungsdauer entsprechend den geltenden Angaben in der AfA-Tabelle für den Wirtschaftszweig „Hochsee-, Küsten- und Binnenschiffahrt“ angewendet wissen wollte. Der BFH legt zunächst ausführlich dar, daß sowohl nach den aktuellen Veröffentlichungen der betreffenden Wirtschaftskreise als auch aufgrund der technischen Besonderheiten – streitgegenständlich war ein moderner Doppelhüllen-Tanker, wohingegen die geltende AfA-Tabelle von Einhüllen-Öltankschiffen ausgeht – jedenfalls von einer tatsächlich deutlich längeren Nutzungsdauer von Schiffen dieses Typs auszugehen wäre. Unabhängig von diesen schiffstypspezifischen Besonderheiten ist zu bemerken, daß der BFH als zweiten Begründungsstrang für die Anwendung eines längeren AfA-Bemessungszeitraums die eigenen Berechnungen und Prognosen der Fondsgesellschaft heranzieht. Er bezog sich dabei auch auf ein Rechtsgutachten der Klägerin selbst, das von einer Nutzungsdauer von 20 Jahren ausging. Darüber hinaus wurden der Klägerin ihre eigenen Angaben im Fondsprospekt vorgehalten, nach denen prognosegemäß das Tankschiff nach 17 Jahren noch einen Verkaufspreis von fast 20% des ursprünglichen Kaufpreises sollte erzielen können. Dieser Gedanke ist sicher verallgemeinerungsfähig und sollte zur Vorsicht beim Vertrauen auf die Gültigkeit von AfA-Tabellen mahnen. Wird selbst (deutlich) von den dortigen Angaben abgewichen, um einen wirtschaftlich vorteilhaften Verlauf der Investitionen

(und implizit auch Steuerspareffekte wegen einer „vorzeitigen“ Abschreibung) darstellen zu können, kann dies gerade zum Verlust der scheinbar gesicherten Grundlage der jeweils nach den AfA-Tabellen geltenden Abschreibungsdauer führen.

#### V. Fazit

Der BFH wird bis auf weiters „weiche Kosten“ bei geschlossenen Fonds und ähnlich modellhaften Gestaltungen generell nicht mehr als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben anerkennen. Dies wird für die Praxis mit dem Urte. v. 14.04.2011 mit deutlichen Worten unterstrichen. Auch außerhalb der Eingriffsschwelle von § 15 b EStG gibt es danach keine liberalere oder nach den jeweiligen Verhältnissen des Einzelfalls oder jedenfalls des Investitionsobjekts differenzierte Handhabung.

Die Begründung für diese Haltung mit § 42 AO ist zweifelhaft und abzulehnen. Gerade § 42 AO würde – soweit man ihn hier überhaupt heranziehen könnte – eine stark differenzierte Betrachtung je nach Investitionsgegenstand, aber auch nach der Art der in Rede stehenden Kosten, nötig machen. Daß dies im Hinblick auf die Veranlagungspraxis wie auch die Prognostizierbarkeit bei der Gestaltung von geschlossenen Fonds zu Unsicherheiten führen würde, ist richtig, aber bei der Anwendung einer Vorschrift zur Verhinderung von Mißbräuchen geradezu wesensimmanent. Wohl auch um dies zu vermeiden, setzt der BFH § 42 AO als Hebel an, um letztlich die gesellschaftsbezogene Betrachtungsweise zu einer gesellschaftsbezogener abzuändern und darauf aufbauend weiche Kosten als aus fiskalischer Sicht stets „künstlich“ zu qualifizieren.

Weiterhin wird auch dem „Kompromiß“ einer gesonderten Teilwertabschreibung solcher demnach aktivierungspflichtiger Kosten der Weg versperrt. Bei der Bemessung des insoweit einheitlich geltenden Abschreibungszeitraums ist zusätzlich zu berücksichtigen, daß der BFH die Bedeutung der AfA-Tabellen deutlich relativiert und demgegenüber geschlossene Fonds anhand ihrer eigenen Prognosen „beim Wort nimmt“.