

Umsatzsteuer auf Anteilsvermittlungsprovision – Der BFH weicht vom EuGH ab, ohne ihm vorzulegen

von Dr. iur. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

In seiner neuesten Entscheidung vom 20.12.2007 hat der BFH den ersten Anschein erweckt, als ob er entsprechend dem EuGH eine Umsatzsteuerpflicht auf Anteilsvermittlungsprovisionen verneine. Dem war jedoch nicht so und in Wirklichkeit ist er von den Vorgaben des EuGH abgewichen. Gegen diese Entscheidung des BFH wurde vom dortigen Kläger Verfassungsbeschwerde eingelegt. Ferner ist zur Zeit bei der EU-Kommission ein Beschwerdeverfahren zwecks Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens anhängig, weil die Bundesrepublik Deutschland in Sachen Umsatzsteuerfreiheit auf Anteilsvermittlungsprovision und auch der BFH und Finanzämter noch immer gegen geltendes EU-Recht verstoßen.

Hier werden die EU-gemeinschaftsrechtlichen Gründe zusammengefaßt:

1. In der Rechtsprechung des EuGH ist folgendes entschieden:

In der Entscheidung

EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160

hat der EuGH im Zusammenhang mit der Umsatzsteuerfreiheit von Kreditvermittlungsprovisionen u.a. folgendes entschieden:

- (1) Die steuerbefreiten Umsätze würden durch „die Art der erbrachten Dienstleistung und nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert“ (Rdn. 25). Dies gelte auch für „die Art der Beziehungen zwischen dem Vermittler und den Vertragsparteien“ (Rdn. 26).
- (2) Die geleisteten Dienste müßten „ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes (sein), das die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Vermittlungsleistung erfüllt“ (Rdn. 27, 36). „Zweck dieser Tätigkeit ist, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne daß der Vermittler ein Eigeninteresse an seinem Inhalt hat“ (Rdn. 28). Es sei daher nicht unbedingt erforderlich, daß die Vermittlungstätigkeit „vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Erbringer der Vermittlungsleistung und einer der Parteien des Kreditvertrages abhängt“ (Rdn. 29).
- (3) Vermittler könnten ihr Organisationsmodell selbst wählen (Rdn. 35). Es stünde folglich nicht entgegen, daß zwei Leistungen erbracht würden: Einerseits der Hauptvertreter im Rahmen der Verhandlungen mit dem Kreditgeber und andererseits Untervertreter als

Vermögensberater im Rahmen der Verhandlungen mit den Kreditnehmern (Rdn. 37).
Und der EuGH wird noch deutlicher:

*„Der Begriff der Vermittlung setzt daher nicht unbedingt voraus, dass der Vermittler als Untervertreter eines Hauptvertreters in unmittelbarem Kontakt mit den beiden Vertragsparteien tritt, um alle Klauseln des Vertrages auszuhandeln; Voraussetzung ist jedoch, dass sich seine Tätigkeit nicht auf die Übernahme eines Teils der mit dem Vertrag verbundenen Sacharbeit **beschränkt**“* (Rdn. 38).

2. Inzwischen hat der Bundesfinanzhof (BFH) in seiner Entscheidung

BFH 20.12.2007 - V R 62/06, DStR 2008, 403

zur umsatzsteuerlichen Einordnung der Anteilsvermittlungsprovision folgendes entschieden:

- (1) Der BFH gibt in Anbetracht der vorgenannten EuGH-Rechtsprechung anscheinend seine bisherige Rechtsprechung auf und entscheidet nun ebenfalls, daß die Steuerfreiheit der Vermittlungstätigkeit nicht voraussetze, daß zwischen dem Vermittler und einer der Parteien des zu vermittelnden Vertrages ein Vertrag bestehen müsse (Rdn. 11).
- (2) Der BFH entscheidet nunmehr ebenso wie der EuGH, der Wirtschaftsteilnehmer sei berechtigt, sein eigenes Organisationsmodell zu wählen. Dies gelte aber nur, wenn es sich bei der einzelnen Leistung „um ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes handelt, das die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Vermittlungsleistung erfüllt.“ Eine solche Vermittlungsleistung liege auch dann vor, wenn die Vermittlungsleistung durch einen Hauptvertreter gegenüber dem Kreditgeber und einen Untervertreter gegenüber dem Kreditnehmer erfolge, ohne daß deshalb der jeweilige Vertreter im direkten Kontakt zu den beiden Parteien des zu vermittelnden Vertrages stehen müsse (Rdn. 12 - 13). Dies gilt nach dieser neuen Rechtsprechung des BFH auch dann, wenn ein Vermittler durch einen anderen Vermittler beauftragt worden sei (Rdn. 13).
- (3) ABER:

Der BFH setzt sich mit diesen eigenen Ausführungen in seinen nachfolgenden Ausführungen unter Rdn. 15 und 16 in Widerspruch, wenn er dort für die Vermittlungstätigkeit von Haupt- und Untervermittlern doch wieder fordert:

- Selbst den Nachweis der Abschlussgelegenheit zu führen,
- Kontaktaufnahme mit einer Partei,
- Verhandeln, damit eine Partei einen Vertrag abschließt.

„Der Kläger hat weder dem Verkäufer der Kapitalanlagen Gelegenheiten zum Abschluss des Vertrages nachgewiesen noch mit Interessenten Kontakt aufgenommen oder über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen verhandelt.“

Diese Aussage in der Entscheidung des BFH (Rdn. 15) widerspricht nicht nur seinen vorangegangenen Ausführungen, sondern auch vorgenannten Aussagen des EuGH unter Rdn. 38 wie oben wörtlich zitiert. Denn eine Kontaktaufnahme und ein Verhandeln wird dort gerade nicht gefordert.

- (4) Und auch in folgendem weicht die Entscheidung des BFH von vorgenannter Entscheidung des EuGH ab:

Der EuGH hat in seiner vorgenannten Entscheidung unter Rdn. 38 ausgeführt, Voraussetzung für eine umsatzsteuerfreie Vermittlungsleistung sei jedoch, dass sich seine Tätigkeit nicht auf die Übernahme eines Teils der mit dem Vertrag verbundenen Sacharbeit „**beschränkt**“. Der EuGH hat folglich die Umsatzsteuerfreiheit der Vermittlungsleistung gerade nicht daran scheitern lassen, daß neben der Vermittlungsleistung auch Sacharbeit erbracht werde, sofern die Tätigkeit sich nicht auf Sacharbeit „beschränkt“.

Davon weicht der BFH insoweit ab, als er dem Wort „beschränkt“ in Rdn. 38 der vorgenannten EuGH-Entscheidung keine Bedeutung beimißt und statt dessen unter Rdn. 17 der BFH-Entscheidung auf den „Kern der ... übernommenen Tätigkeit“ abstellt. Und in diesem Zusammenhang führt er weiter aus, „die Steuerfreiheit der von einer Vermittlungsorganisation im Außenverhältnis gegenüber Dritten erbrachten Leistung schlägt nicht auf Leistungen durch, die im Innenverhältnis für den Aufbau, die Führung und Leitung dieser Vermittlungsorganisation erbracht werden.“

Tätigt folglich ein Untervermittler, der seinerseits wieder Untervermittler einschaltet, auch Koordinations- und Schulungsaufgaben für die von ihm eingeschaltete Untervermittler, weil Fortbildung zu jeder Vermittlungstätigkeit dazu gehört, dann „beschränkt“ er seine Untervermittlungstätigkeit mit vorgenannter Entscheidung des EuGH zu Rdn. 38 nicht auf Sacharbeit und mit dem EuGH würde diese die Umsatzsteuerfreiheit seiner Vermittlungsprovisionen nicht tangieren. Anders dagegen in hier aufgezeigter neuer Rechtsprechung des BFH, weil dieser nach dem Kern der Tätigkeit sucht, womit die Frage der Umsatzsteuerfreiheit bzw. Umsatzsteuerpflicht von Vermittlungsprovisionen von Untervermittlern in das freie Belieben der Finanzverwaltung bzw. Finanzrechtsprechung gestellt wird, nach Belieben frei zu gewichten.

Der BFH hat mithin in seiner neuen Entscheidung unter Rdn. 9 – 13 nur den Anschein erweckt, der vorgenannten Rechtsprechung des EuGH zu folgen. Er hat jedoch diesen Anschein insbesondere in Rdn. 15 – 17 seiner Entscheidung in das gerade Gegenteil verkehrt, indem er sich nicht nur zu seinen Ausführungen unter Rdn. 9 – 13 sondern auch zur vorgenannten Entscheidung des EuGH und dort zu Rdn. 38 in Widerspruch gesetzt hat wie zuvor ausgeführt.

Dies zeigt, daß die deutsche Finanzrechtsprechung noch immer nicht gewillt ist, die Rechtsprechung des EuGH zur Umsatzsteuerfreiheit von Anteilsvermittlungsprovisionen so im deutschen Recht umzusetzen, wie es der Rechtsprechung des EuGH entspricht, um damit Rechtssicherheit entstehen zu lassen.

Und in diesem Zusammenhang ist an folgendes zu erinnern:

Der BFH war/ist von *Amts* wegen verpflichtet, europäischem Recht zur Geltung zu verhelfen.

- **EuGH 13.01.2004 – Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), EWS 2004, 86 Rdn. 20** -

Dazu gehört auch die Amtspflicht, eine bereits bekannte Rechtsprechung des EuGH anzuwenden

- **EuGH 28.01.1999 – Rs. C-181/96, HFR 1999, 419** -

Ersichtlich ist dies wie oben aufgezeigt, nicht geschehen.

3. Das zuvor Ausgeführte soll nachfolgend vertieft werden, wobei an dieser Stelle bereits auf folgendes hinzuweisen ist:

- Gegen die Bundesrepublik Deutschland ist ein Beschwerdeverfahren gem. Art. 226 EG bei der EU-Kommission anhängig, in welchem die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens i.S. **Anteilsvermittlungsprovision** angeregt worden ist. Dort wurde nicht nur auf das Verhalten deutscher Finanzämter sondern auch darauf hingewiesen, daß der BFH sich partout weigert, sich an der Rechtsprechung des EuGH auszurichten wie zuvor und nachfolgend verdeutlicht.
- Gegen die Entscheidung

BFH 20.12.2007 - V R 62/06, DStR 2008, 403

wurde inzwischen zudem Verfassungsbeschwerde eingelegt. Dies u.a. deshalb, weil der BFH wie oben zu Ziff. 2. verdeutlicht, von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen ist, ohne dem EuGH entgegen Art. 234 Abs. 3 EG dieserhalb vorzulegen, wodurch u.a. gegen die Grundrechte aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2, 19 Abs. 4 GG verstoßen wurde.

4. Nachfolgend ist ergänzend zu dem oben zu Ziff. 2. Ausgeführten zu vertiefen, daß und warum die Entscheidung des BFH eklatant gegen die Rechtsprechung des EuGH verstößt:

Ursprünglich hatte der BFH in seiner Entscheidung vom 09.10.2003 (V R 05/03) entgegen Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG – und entgegen der deutschen Vorschrift des § 4 Nr. 8 a) UStG - eine Umsatzsteuerpflicht der **Kreditvermittlungsprovision** vertreten. Er vertrat die Meinung, der Begriff der „Vermittlung“ setze für eine Umsatzsteuerfreiheit der Kreditvermittlungsprovision voraus, daß zwischen dem Kreditvermittler einerseits und dem Kreditgeber oder dem Kreditnehmer andererseits ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen worden sei und dieser Grundlage der Vermittlungstätigkeit und der Provisionszahlung sei.

Weder Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG noch § 4 Nr. 8 a) UStG ließ sich dies entnehmen. Folglich konnte der BFH auch nicht im Sinne der von ihm vertretenen Meinung § 4 Nr. 8 a) UStG richtlinienkonform auslegen, denn dies hätte zunächst einmal erfordert, daß Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG eine solche Auslegung zugelassen hätte wie die vom BFH definierte. Nur war für eine Auslegung des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG der BFH überhaupt nicht befugt, da dies in der alleinigen Zuständigkeit des EuGH lag. Folglich hätte schon damals der BFH im Verfahren V

R 05/03 dieserhalb dem EuGH vorlegen müssen, um vom EuGH klären zu lassen, wie der EuGH den Begriff der Vermittlung in Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend **Kreditvermittlungsprovision** auslegen würde. Dies unterließ der BFH und verstieß damit schon damals eindeutig gegen Art. Art. 234 Abs. 3 EG.

Die Klärung der vom BFH entgegen Art. 234 Abs. 3 EG unterlassenen Vorlage erfolgte erst, als das FG Brandenburg durch Beschluss vom 03.08.2006 (2 V 40/06) gem. Art. 234 Abs. 2 EG diese vorgenannte Frage wegen der von ihm vorzunehmenden Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG im Hinblick auf Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend **Kreditvermittlungsprovision** dem EuGH vorlegte. Und der EuGH entschied unter Hinweis auf die Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung am 21.06.2007 in der Rechtssache Ludwig (Rs. C-453/05) in der Weise, wie ich dies oben zu Ziff. 2. zusammenfaßt habe.

Damit ist mithin durch den EuGH verbindlich (auch) für den Mitgliedstaat Deutschland und seine Institutionen – wozu auch Gerichte und Finanzämter gehören - für Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und in Folge dessen auch für § 4 Nr. 8 a) UStG verbindlich in Sachen **Kreditvermittlungsprovision** geklärt, wie der Begriff der Vermittlung auszulegen ist:

- (1) Die steuerbefreiten Umsätze werden durch „die Art der erbrachten Dienstleistung und nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert“ (Rdn. 25). Dies gilt auch für „die Art der Beziehungen zwischen dem Vermittler und den Vertragsparteien“ (Rdn. 26).
- (2) Die geleisteten Dienste müssen „ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes (sein), das die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Vermittlungsleistung erfüllt“ (Rdn. 27, 36). „Zweck dieser Tätigkeit ist, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne daß der Vermittler ein Eigeninteresse an seinem Inhalt hat“ (Rdn. 28). Es ist daher nicht unbedingt erforderlich, daß die Vermittlungstätigkeit „vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Erbringer der Vermittlungsleistung und einer der Parteien des Kreditvertrages abhängt“ (Rdn. 29).
- (3) Vermittler können ihr Organisationsmodell selbst wählen (Rdn. 35). Es steht folglich nicht entgegen, daß zwei Leistungen erbracht werden: Einerseits der Hauptvertreter im Rahmen der Verhandlungen mit dem Kreditgeber und andererseits Untervertreter als Vermögensberater im Rahmen der Verhandlungen mit den Kreditnehmern (Rdn. 37). Und der EuGH wird noch deutlicher:

*„Der Begriff der Vermittlung setzt daher nicht unbedingt voraus, dass der Vermittler als Untervertreter eines Hauptvertreters in unmittelbaren Kontakt mit den beiden Vertragsparteien tritt, um alle Klauseln des Vertrages auszuhandeln; Voraussetzung ist jedoch, dass sich seine Tätigkeit nicht auf die Übernahme eines Teils der mit dem Vertrag verbundenen Sacharbeit **beschränkt**“ (Rdn. 38).*

Dem hat für die **Kreditvermittlungsprovision** und in diesem Zusammenhang auch für Vermittlungsprovisionen von Untervermittlern inzwischen die deutsche Finanzverwaltung Rechnung getragen wie das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 29.11.2007 zeigt.

**- BMF 29.11.2007 – IV A 6 – S 7160a/0001, DOK 2007/0544325,
DStR 2007, 2263 -**

5. Gegenstand der Beschwerde bei der EU-Kommission ist aber nicht die Umsatzsteuerfreiheit der Kreditvermittlungsprovision. Gegenstand der Beschwerde war/ist vielmehr von Anfang an die Rechtstatsache gewesen, daß die deutsche Finanzverwaltung und der BFH in Sachen Umsatzsteuerfreiheit der **Anteilsvermittlungsprovision** bis heute sich nach wie vor nicht an den Vorgaben des Art. 13 B. 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH ausrichten Und dies ist nochmals wie folgt verdeutlichen:

Bei der Umsatzsteuerfreiheit der **Anteilsvermittlungsprovision** geht es um den Vermittlungsbegriff in Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und § 4 Nr. 8 f) UStG. Das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 29.11.2007 befaßt sich damit nicht. Mit keinem Wort ist dort davon die Rede, daß das, was das Bundesministerium der Finanzen zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und in Folge dessen auch für § 4 Nr. 8 a) UStG betreffend die Kreditvermittlungsprovision ausführt, entsprechend auch für Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und § 4 Nr. 8 f) UStG betreffend die **Anteilsvermittlungsprovision** gelten soll. Und folglich ziehen deutsche Finanzämter aus der EuGH- Entscheidung in Sachen Ludwig auch keine Konsequenzen für eine Umsatzsteuerfreiheit der **Anteils - Vermittlungsprovision**. Es hat sich folglich für Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und § 4 Nr. 8 f) UStG betreffend die **Anteilsvermittlungsprovision** in Deutschland gegenüber dem Zeitpunkt, als am 22.04.2005 die Beschwerde wegen Umsatzsteuerpflicht von **Anteilsvermittlungsprovisionen** eingeleitet wurde, bis heute nichts geändert.

Und daran hat auch die Entscheidung des BFH vom 20.12.2007 (V R 62/06) geändert wie ich nochmals verdeutlichen möchte:

- a) Zunächst einmal halte ich nochmals fest, daß der BFH in dieser Entscheidung im zweiten Teil derselben sich in einen grundlegenden Widerspruch zu seinen Ausführungen im ersten Teil der Entscheidung setzt wie oben zu Ziff. 2. bereits verdeutlicht. Während nämlich der BFH zunächst dem EuGH folgt (siehe oben zu Ziff. 2. und dort zu (1) und (2)), stellt sich der BFH mit diesen seinen Ausführungen im zweiten Teil seiner Entscheidung in einen offenen Widerspruch zum ersten Teil seiner Entscheidung und zur Rechtsprechung des EuGH (siehe oben zu Ziff. 2. und dort zu (3) und (4)).

Im einzelnen:

- Einerseits iudiziert der BFH in Übereinstimmung mit dem EuGH, es müsse im Rahmen des frei gewählten Organisationsmodells zu keinem direkten Kontakt des Vermittlers zu den Parteien des vermittelten Vertrages gekommen sein. Und andererseits hält der BFH dem Kläger vor, dieser habe zu den Vertragsparteien keinen Kontakt aufgenommen.
- Einerseits iudiziert der BFH in Übereinstimmung mit dem EuGH, eine Vermittlungsleistung liege auch dann vor, wenn der Hauptvermittler einen Untervermittler

eingeschaltet habe. Und andererseits hält der BFH dem Kläger vor, dieser habe nicht selbst den Nachweis der Abschlussgelegenheit geführt und nicht selbst verhandelt.

Der BFH hat folglich wie oben zu Ziff. 2. verdeutlicht, nur den Anschein erweckt, dem EuGH gefolgt zu sein. In Wirklichkeit ist er aber vom EuGH abgewichen, indem der BFH für die Umsatzsteuerfreiheit einer Anteilsvermittlungsprovision in Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG und § 4 Nr. 8 f) UStG entgegen dem EuGH folgendes fordert:

- Der Anteilsvermittler muß selbst dem Verkäufer der Kapitalanlagen Gelegenheiten zum Abschluss des Vertrages nachgewiesen haben.
- Der Anteilsvermittler muss selbst mit Interessenten Kontakt aufgenommen haben oder
- der Anteilsvermittler muss selbst über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen verhandelt haben.
- Ferner hat der EuGH entschieden, daß dann, wenn z.B. ein Untervermittler Sacharbeit verrichte, dies nur dann zur Umsatzsteuerpflicht seiner Provision führe, wenn dessen Tätigkeit auf diese Sacharbeit „**beschränkt**“ sei (EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), Rdn. 38). Der BFH dagegen geht von einer Umsatzsteuerpflicht der Provisionen schon dann aus, wenn der „Kern der Tätigkeit“ Sacharbeit sei, worauf ich oben zu Ziff. 2. zu (4) hingewiesen habe.

Und in diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß der Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland in Sachen Umsatzsteuerbefreiung nicht eine Befugnis zur Steuerbefreiung hat, sondern eine diesbezügliche **Verpflichtung**

- EuGH 11.07.1985 - C-107/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, I-2655 Rdn. 10 -

da weder Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG noch § 4 Nr. 8 f) UStG auf die Erfindung des BFH vom „Kern der Tätigkeit“ abstellen. Auf weitere Folgen im Zusammenhang mit dieser Abweichung des BFH von der Rechtsprechung des EuGH gehe ich nachfolgend noch ein.

- b) Ich habe zuvor auf folgenden Unterschied in der Rechtsprechung des EuGH und BFH hingewiesen: Der EuGH hat entschieden, daß dann, wenn z.B. ein Untervermittler Sacharbeit verrichte, dies **nur** dann zur Umsatzsteuerpflicht seiner Provision führe, wenn dessen Tätigkeit auf diese Sacharbeit „**beschränkt**“ sei (EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), Rdn. 38). Der BFH dagegen geht von einer Umsatzsteuerpflicht der Provisionen schon dann aus, wenn der „Kern der Tätigkeit“ Sacharbeit sei.

Dieser Unterschied wirkt sich insbesondere dort aus, wo es um die Beurteilung der Umsatzsteuerfreiheit von Nebenleistungen geht:

Die Rechtsprechung des EuGH ist bezüglich der Umsatzsteuerfreiheit eindeutig. Die Rechtsprechung des BFH dagegen nicht, weil das, was „Kern der Tätigkeit“ ist, keine eindeutige Aussage ist, sondern es in die Bewertung der Finanzverwaltung stellt, wo die

Grenze zu ziehen ist. Und damit übergeht der BFH zugleich die Rechtsprechung des EuGH zur Umsatzsteuerfreiheit von Nebenleistungen, wozu der EuGH iudiziert hat:

„Eine Leistung ist als Nebenleistung zu einer Hauptleistung anzusehen, wenn sie für die Kundschaft keinen eigenen Zweck, sondern das Mittel darstellt, um die Hauptleistung des Leistungserbringers unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen ist.“

**- EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/ 96 (CPP), Slg. 1999, I-973
Rdn. 30 u.H.a. EuGH 22.10.1998 - Rs. C-308/96 und C-94/97
(Madgett und Baldwin), Slg. 1998, I-6229 Rdn. 24 -**

Außerdem nimmt der EuGH im Gegensatz zum BFH keine Gesamtbetrachtung nach dem „Kern der Tätigkeit“ vor, sondern iudiziert im Gegenteil folgendes:

Wenn ein Fall zu beurteilen sei, bei dem nicht eine umsatzsteuerfreie Leistung und eine ebenfalls umsatzsteuerfreie Nebenleistung vorläge, sondern zwei Leistungen, von denen eine umsatzsteuerfrei und die andere umsatzsteuerpflichtig sei, dann zieht der EuGH diese gerade nicht zu einer umsatzsteuerpflichtigen Leistung zusammen, sondern weist darauf hin, daß der umsatzsteuerfreie Teil herauszurechnen sei und dabei die einfachstmögliche Berechnungs- und Bewertungsmethode zu verwenden sei.

- EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/96 (CPP), Slg. 1999, I-973 Rdn. 31 -

- c) Eine Vorlagepflicht des BFH aufgrund seiner Entscheidung vom 20.12.2007 (V R 62/06) wäre mithin gemäß Art. 234 Abs. 3 EG aus folgenden Gründen gegeben gewesen:

Der EuGH hat bisher zum Vermittlungsbegriff des Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend die **Anteilvermittlungsprovision** noch nicht entschieden. Er hat lediglich in seiner Entscheidung Ludwig (C-453/06) zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend die **Kreditvermittlungsprovision** entschieden. Es handelte sich aber um eine vergleichbare Rechtsfrage. Und da der BFH in denen zuvor zu Ziff. 5. a) bezeichneten Punkten von der EuGH-Rechtsprechung abwich, wäre eine Vorlage geboten gewesen.

Und da der BFH einer geboten gewesen Vorlage zum EuGH trotz Art. 234 Abs. 3 EG nicht entsprochen hat, wurde auch deshalb die EU-Kommission im Rahmen des Art. 226 EG angerufen.

- EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Rdn. 29 -

- d) Da der BFH mit seiner Entscheidung vom 20.12.2007 (V R 62/06) wie zuvor nochmals verdeutlicht, von den Vorgaben des EuGH abgewichen ist, statt gemäß Art. 234 Abs. 3 EG dem EuGH vorzulegen, hat der BFH dem dortigen Kläger den EuGH als gesetzlichen Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des deutschen Grundgesetzes (GG) entzogen. Deshalb wurde vom deutschen Kläger gegen die Entscheidung des BFH Verfassungsbeschwerde eingelegt.