

Analyst: Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Steuerrecht

Analyse vom: 02.07.2009

Gericht/Behörde: BMF

Art/Datum der Entscheidung: 23.06.2009

AZ: IV B 9 – S 7160-f/08/10004

Überschrift:

Umsatzsteuerliche Behandlung von Vermittlungsleistungen der in § 4 Nr. 8 und § 4 Nr. 11 UStG bezeichneten Art – Konsequenzen aus dem BFH-Urteil vom 30. Oktober 2008, V R 44/07

Leitsatz:

Auch BMF-Schreiben vom 23.06.2009 - wie schon Urteil des BFH vom 2009 – weicht von Vorgaben des BFH ab

Kurzzusammenfassung:

Das BMF legt den Vermittlungsbegriff in § 4 Nr. 8 und 11 UStG einheitlich aus. Zweck der Vermittlungstätigkeit ist, das Erforderliche zu tun, damit 2 Parteien einen Vertrag abschließen, an dessen Inhalt der Vermittler kein Eigeninteresse hat. Keine Vermittlungstätigkeit sind

- die Übernahme eines Teils der mit dem zu vermittelnden Vertragsverhältnis verbundenen Sacharbeit bzw.
- die Zuführung und Betreuung von Vermittlern bzw.
- bloße Beratungsleistungen.

Die Betreuung, Überwachung oder Schulung nachgeordneter selbständiger Vermittler kann zur berufstypischen Vermittlungstätigkeit gehören, wenn der diesebzügliche Unternehmer durch Prüfung eines jeden Vertragsangebotes mittelbar auf eine der Vertragsparteien einwirken kann.

Entscheidungsanalyse:

Das BMF-Schreiben weicht wie auch die Rechtsprechung des BFH von der Rechtsprechung des EuGH in folgenden 3 Punkten ab:

- dazu bereits *Loritz/Wagner DStR 2009, 666* -

- (1) Der EuGH nimmt bei Anteilsvermittlungsprovisionen eine Umsatzsteuerpflicht nur dann an, wenn die Tätigkeit auf Sacharbeit „beschränkt“ ist.

- EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 38 -

Wie schon beim BFH wird dies auch beim BMF dies negiert.

- (2) Soweit der BFH fordert, beim Strukturvertrieb sei ein persönlicher Kundenkontakt erforderlich, indem Voraussetzung für eine umsatzsteuerfreie Vermittlungsleistung sowohl der Nachweis von Gelegenheiten zum Vertragsabschluss als auch die Kontaktaufnahme oder das Verhandeln über Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen Voraussetzung sei (BFH 30.10.2008 – V R 44/07, DStR 2008, 2474, 2475), weicht auch dies ganz offensichtlich von der Rechtsprechung des EuGH ab, wo es im Gegenteil heißt:

„Der Begriff der Vermittlung setzt daher nicht unbedingt voraus, dass der Vermittler als Untervertreter eines Hauptvertreter 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).

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

Das BMF fordert statt dessen, dass der Vermittler durch Prüfung eines jeden Vertragsangebotes mittelbar auf eine der Vertragsparteien einwirken kann. Weder im deutschen UStG noch in der 6. MwSt-RiL und auch nicht in der Rechtsprechung des EuGH ist dazu auch nur andeutungsweise etwas zu finden.

- (3) Die Rechtsprechung des EuGH bezüglich der umsatzsteuerfreien Nebenleistung ist eindeutig.

„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 -**

Das BMF fordert statt auch hier statt dessen, dass der Vermittler durch Prüfung eines jeden Vertragsangebotes mittelbar auf eine der Vertragsparteien einwirken kann. Weder im deut-

schen UStG noch in der 6. MwSt-RiL und auch nicht in der Rechtsprechung des EuGH ist dazu auch nur andeutungsweise etwas zu finden.

Bedenkt man, daß der Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland in Sachen Umsatzsteuerbefreiung nicht eine Befugnis zur Steuerbefreiung hat, sondern mit dem EuGH eine diesbezügliche Verpflichtung

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

dann können die nach wie vor vorhandenen Abweichungen von BFH und BMF von EU- Gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben Anlass sein, sich seitens Betroffener wie folgt dagegen zu wehren:

- Unabhängig von einer Rechtswegerschöpfung Anrufung der EU-Kommission, um ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland anzulegen (Art. 226 EG).
- Nach Erschöpfung des finanzgerichtlichen Rechtsweges incl. dem BFH und einem erfolglos verlaufenen Verfassungsbeschwerdeverfahren Durchführung eines zivilgerichtlichen Verfahrens aufgrund EU-Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.

Denn:

- Aufgrund des Anwendungsvorranges des EU-Gemeinschaftsrechts gehört es bereits zur Amtspflicht von Finanzämtern

**- EuGH 15.10.1987 – Rs. 222//86 , NJW 1989, 657, 658;
EuGH 22.06.1989 – Rs. C-103/88 (Fratelli Constanzo), Slg.
1989, I-1839; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu
BFH/NV 10/2002, 144, 146; EuGH 13.01.2004 – Rs. C-
453/00 (Kühne & Heitz), EWS 2004, 86 Rdn. 22; dazu auch
Iglesias NJW 2000, 1889, 1893; Wagner ZSteu 2004, 168,
169 -**

und auch der Finanzrechtsprechung incl. dem BFH, dem EU- Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch zu verhelfen und sei es gegen das nationale Recht, was durch BFH und BMF nach wie vor grundlegend missachtet wird.

„Daraus folgt, daß die Gerichte der Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens einer Richtlinie es so weit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde.“

**- EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER),
NJW 2006, 2465 Rdn. 123 f.; Wagner ZSteu 2004, 168, 171 f.**

- Und der EuGH hat in

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

im Zusammenhang mit der die Umsatzsteuerpflicht vertretenden Finanzverwaltung der Bundesrepublik Deutschland eindeutig entschieden hat, daß auch beim Strukturvertrieb von einer Umsatzsteuerfreiheit auszugehen ist, wenn eine Vermittlungsleistung gegeben ist und keine Beschränkung auf Sacharbeit gegeben ist.

Und der EuGH hat weiter entschieden, daß eine vom EuGH ausgelegte Bestimmung des EU-Gemeinschaftsrechts von einer Verwaltungsbehörde auch auf Rechtsbeziehungen anzuwenden, die schon vor Erlass einer Vorabentscheidung des EuGH entstanden sind.

**- EuGH 12.02.2008 – Rs. C-02/06 (Willy Kempter KG),
NVwZ 2008, 870 Rdn. 36 -**

Handlungsbedarf:

Soweit die Finanzverwaltung und der BFH sich nicht an den Vorgaben des EuGH ausrichten, wird es weiterhin notwendig sein, sich dagegen zu wehren. Das BMF-Schreiben vom 23.06.2009 hat nicht die erhoffte Erleichterung gebracht.

Fundstellen:

- BFH 30.10.2008 – V R 44/07, DStR 2008, 2474
- *Loritz/Wagner*, Die Umsatzsteuerfreiheit von Kredit- und Anteilsvermittlungsprovisionen – Unstimmigkeiten bei der Umsetzung von EuGH-Rechtsprechung durch den BFH, DStR 2009, 666
- *Wagner*, Gemeinschaftswidrige Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen – Der EuGH hat entschieden ! – Urteil vom 21.06.2007, Rs. C-453/05, ZSteu 2007, 278
- *Wagner*, Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen, ZSteu 2005, 345
- *Wagner*, Gemeinschaftswidrige Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen, ZSteu 2005, 66
- *Wagner*, Der Finanzgerichtsprozess – Umgang mit EU-Gemeinschaftsrecht, ZSteu 2004, 168