

Dr. iur. Klaus - R. Wagner, Wiesbaden*

Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

Gemeinschaftswidrige Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen**

Literatur

- Birkenfeld* Das große Umsatzsteuerhandbuch, Stand 12/2004
- Bunjes/Geist* UStG, 7. Aufl. 2003
- Cordewener* Deutsche Unternehmensbesteuerung und europäische Grundfreiheiten - Grundzüge des materiellen und formellen Rechtsschutzsystems der EG, DStR 2004, 6
- Hamacher* Der Vermittlungsbegriff in § 4 Nr. 8 UStG – Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BFH vom 09.10.2003, UR 2005,
- Iglesias* Gedanken zum Entstehen einer europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1
- Jarass/Beljin* Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1
- Lohse/Madde* Rechtsprechungsänderungen des BFH bei Ertragsteuern und Umsatzsteuer im Jahre 2003, DStR 2004, 933
- Lohse/Peltner* 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999
- Rau/Dürrwächter* Umsatzsteuergesetz, Stand: 09/2004
- Ressos* Finanzvermittlung und Umsatzsteuer: Teilweise Klärung durch das BMF, BB 2005, 191
- Wagner* Die Praxis des Steuerprozesses, 2003
- Wagner* Der Finanzgerichtsprozess – Umgang mit EU - Gemeinschaftsrecht, ZSteu 2004, 168

Inhalt

I.	Einleitung	4
II.	BFH 09.10.2003 – V R 05/03	4
III.	Denkbare Folgerungen für den Kapitalanlagevertrieb	5
IV.	EU-Gemeinschaftsrecht	6
	1. Anwendungsvorrang des EU-Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht	6
	2. Amtspflicht der Finanzverwaltung und der Finanzgerichtsbarkeit zur Anwendung des EU-Gemeinschaftsrechts	8
	3. Auslegungskompetenz des EuGH für die Auslegung der Richtlinie	9
V.	Die umsatzsteuerliche Würdigung von Vertriebsprovisionen bei Anteilsvermittlungen nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	11
	1. Art. 13 B lit. d) Ziff. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG - Richtlinieninhalt / Richtlinienauslegung - Anteilsvermittlung	11
	a) Regelungsgegenstand des Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5. der 6. MwSt.-RiL	11
	b) EuGH	14
	b1) SDC-Entscheidung des EuGH	14
	b2) CSC Financial Services-Entscheidung	15
	b3) CPP-Entscheidung	17
	2. Deutsche Sichtweise	18
	a) BFH	18
	a1) BFH 25.06.1999 - V B 51/99, BFH/NV 1999, 1529	18
	a2) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608	19
	a3) BFH 23.10.2003 – V R 68/01, BStBl. II 2003, 618	19
	b) Fachschrifttum	19
	c) Finanzverwaltung	21
	3. Zwischenergebnis	21
VI.	Die umsatzsteuerliche Würdigung von Vertriebsprovisionen bei Kreditvermittlung nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	22
	1. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG - Kreditvermittlung	22
	a) Regelungsgegenstand des Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG	22
	b) EuGH	23
	2. Deutsche Sichtweise im Hinblick auf § 4 Nr. 8 a) UStG	24
	3. Zwischenergebnis	25
VII.	Die umsatzsteuerliche Würdigung von Vertriebsprovisionen bei Versicherungsvermittlung nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	26
	1. Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG - Versicherungsvermittlung	26
	a) Regelungsgegenstand des Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG	26
	b) EuGH	27
	b1) CPP-Entscheidung	27
	b2) Skandia-Entscheidung	28
	b3) Taksatorringen-Entscheidung	28

2.	Deutsche Sichtweise	29
a)	Regelungsgegenstand	29
b)	BFH	29
b1)	BFH 29.06.1987 – X R 11/81, BStBl. II 1987, 867	29
b2)	BFH 29.01.1998 – V R 41/96, HFR 1998, 670	30
c)	Finanzverwaltung	30
3.	Zwischenergebnis	30
VIII.	Die umsatzsteuerliche Würdigung von Geschäftsbesorgungsvertragsbeziehungen von Anbietern von Bausparverträgen nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht	30
1.	Europäisches Gemeinschaftsrecht	30
2.	Deutsche Sichtweise	31
a)	BFH	31
a1)	BFH 29.01.1998 - V R 41/96, BFH/NV 1998, 1004	31
a2)	BFH 09.07.1998 - V R 62/97, BStBl II 1999, 253	31
b)	Finanzverwaltung	31
3.	Zwischenergebnis	32
IX.	Umsatzsteuerliche Würdigung bei eingeschalteten Untervermittlern	32
X.	Fazit	34
XI.	Ausblick	35
1.	Die Finanzverwaltung	35
a)	Vorbemerkung	35
b)	Begriff der „Vermittlung“ ist in § 4 UStG nicht einheitlich auszulegen	37
c)	Steuerbefreiung von Vermittlungsprovisionen von Untervermittlern	38
d)	Fazit	39
2.	Was kann man tun ?	39

1 *Aufgrund Urteils des BFH vom 09.10.2003¹⁾ gehen Finanzämter vermehrt dazu über, Vertriebsprovisionen für Anteilsvermittlung, Versicherungsvermittlung, Kreditvermittlung und Vermittlung von Bausparverträgen rückwirkend und aktuell mit Umsatzsteuer zu belasten. Da Provisionen auf diese Vermittlungsleistungen bisher stets umsatzsteuerfrei waren, belastet dies Betroffene erheblich bis existentiell. Betroffen sind rd. 490.000 Anlagevermittler und tausende Vertriebsgesellschaften. Denn zivilrechtlich ist ein Nachschlag in aller Regel aufgrund der Rechtsprechung des BGH nicht möglich.²⁾ Das streitbefangene Umsatzsteuervolumen, auf das die Finanzverwaltung (auch) aufgrund ihres rückwirkenden Zugriffs in unverjährte Zeiträume und für die Zukunft einen begehrlichen Blick geworfen hat, ist beträchtlich. Für viele steht die Existenz auf dem Spiel. Zudem ist unsicher, wie man sich für die Zukunft verhalten soll. Das neue BMF-Schreiben vom 13.12.2004 gibt Veranlassung, auf die gemeinschaftsrechtliche Fragwürdigkeit dieser Vorgehensweise hinzuweisen.*

* www.raun-wagner.de

** Dieser Beitrag wird mit dankenswerter Zustimmung des Reschke Verlages per Internet veröffentlicht. Es handelt sich um leicht erweiterte Fassung des in ZSteu 2005, 66 veröffentlichten Beitrages.

1) BFH 09.10.2003 - V R 05/03, BStBl. II 2003, 958 = BB 2003, 2608

2) BGH 28.01.2002 - I ZR 318/99, NJW 2002, 2312 m.w.N. (st. Rspr.)

I. Einleitung

- 2 Die Mehrzahl aller Finanzdienstleister sind aufgrund oder im Rahmen eines Strukturvertriebes als (Unter-) Vermittler tätig und vertraglich an ein Unternehmen angebunden, das nicht Vertragspartei des zu vermittelnden Geschäfts ist. Ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zu einer der Vertragsparteien, die Gegenstand der Vermittlungstätigkeit sind, existiert(e) in aller Regel nicht. Vertriebsprovisionen wurde seit jeher bis in die Gegenwart als umsatzsteuerfrei behandelt und zwar in der Praxis der Finanzverwaltung und auch in der Rechtsprechung des BFH. Dies alles soll nun aufgrund einer Entscheidung des BFH vom 09.10.2003³⁾ nicht mehr gelten, ohne daß sich das Gesetz geändert hätte. Es wird zu zeigen sein, daß die Rechtsgrundlagen dafür mehr als zweifelhaft sind.

II. BFH 09.10.2003 – V R 05/03

- 3 Einer Einordnung dieser Entscheidung voranzustellen ist zunächst einmal die Klärung der Frage, welchen Sachverhalt der BFH entschieden hat und wie er ihn rechtlich behandelt hat.
- 4 Der Kläger war ein selbständiger Handelsvertreter, der Ende 1993 nicht mit einer Bank sondern mit einem Dritten einen Repräsentantenvertrag geschlossen hatte. Er sollte die Finanzierung von Bankkunden „vorbereiten.“ Zu diesem Zweck erhielt er von der Bank Informationen, an Hand deren er einen Finanzierungsplan (betreffend Höhe und Laufzeit der Finanzierung, Möglichkeit der Zwischentilgung, Eigenkapitaleinsatz, Zinsbindungen, Tilgungspläne) aufstellte. Die Software wurde ihm von der Bank zur Verfügung gestellt. Entsprechend den Vorstellungen von Bankkunden wählte er aus der Angebotspalette eine optimale Finanzierung aus. Wünschte ein Bankkunde den Abschluss eines Kreditvertrages, dann entwarf die Bank denselben i.d.R. entsprechend den Vorgaben des Klägers, übersandte den Vertragsentwurf an den Kläger, in dessen Büro er dann vom Kunden unterschrieben wurde. Teilweise erhielt der Kläger von der Bank auch erfolgsabhängige Provisionen. Und diese Provisionen behandelte der Kläger als steuerfreie Umsätze gemäß § 4 Nr. 8 a) UStG 1993.
- 5 Für diesen Sachverhalt entschied der BFH, es habe sich um keine steuerfreie Kreditvermittlung gehandelt, sondern um eine sonstige steuerpflichtige Leistung. Und er begründet dies wie folgt:

Gemäß § 4 Nr. 8 a) UStG sei die Gewährung und Vermittlung von Krediten umsatzsteuerfrei. Da § 4 Nr. 8 a) UStG die Umsatzsteuer-Richtlinie 77/88/EWG in das nationale Recht umgesetzt habe, sei der in § 4 Nr. 8 a) UStG vorhandene Begriff „Vermittlung“ nicht im Sinne des nationalen Rechts auszulegen, sondern sei richtlinienkonform auszulegen. Der in Art. 13 B. d) Nr. 1 RiL 77/88/EWG verwandte Begriff der „Vermittlung von Krediten“ sei vom EuGH in seiner Entscheidung vom 13.12.2001⁴⁾ ausgelegt worden. Dort hatte aber der EuGH sich nicht mit der Kreditvermittlung, sondern u.a. mit der Vermittlung von Aktien, Anteilen an Gesellschaften gemäß Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/88/EWG befaßt und dazu ausgeführt: *Diese Vermittlung beziehe sich auf eine Tätigkeit,*

3) BFH 09.10.2003 - V R 05/03, BB 2003, 2608

4) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39 - 41

6 „die von einer Mittelsperson ausgeübt wird, die nicht den Platz einer Partei eines Vertrages über ein Finanzprodukt einnimmt und deren Tätigkeit sich von den typischen vertraglichen Leistungen unterscheidet, die von den Parteien solcher Verträge erbracht werden. Denn die *Vermittlungstätigkeit* ist eine Dienstleistung, die einer Vertragspartei erbracht und von dieser als *eigenständige Mittlertätigkeit vergütet wird*.⁵⁾ Sie kann u. a. darin bestehen, der Vertragspartei die Gelegenheiten zum Abschluss eines solchen Vertrages nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder im Namen und für Rechnung des Kunden über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu verhandeln. Zweck dieser Tätigkeit ist es also, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse am Inhalt des Vertrages hat.

40. Dagegen handelt es sich nicht um eine Vermittlungstätigkeit, wenn eine der Vertragsparteien einen Subunternehmer mit einem Teil der mit dem Vertrag verbundenen Sacharbeit betraut, wie der Erteilung von Informationen an die andere Partei oder der Annahme und Bearbeitung der Anträge auf Zeichnung der Wertpapiere, die Gegenstand des Vertrages sind. In einem solchen Fall nimmt der Subunternehmer denselben Platz ein wie der Anbieter des Finanzprodukts und ist daher keine Mittelsperson, die nicht den Platz einer Vertragspartei einnimmt, im Sinne der fraglichen Bestimmung.

41. Nach alledem ist dem vorlegenden Gericht zu antworten, dass Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen ist, dass - der Ausdruck Umsätze, die sich auf Wertpapiere beziehen, Umsätze betrifft, die geeignet sind, Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf Wertpapiere zu begründen, zu ändern oder zum Erlöschen zu bringen, - der Ausdruck Vermittlung, die sich auf Wertpapiere bezieht, keine Dienstleistungen betrifft, die sich auf die Erteilung von Informationen über ein Finanzprodukt und gegebenenfalls die Annahme und Bearbeitung der Anträge auf Zeichnung der entsprechenden Wertpapiere beschränken und nicht deren Ausgabe umfassen."

7 Der BFH hat die Ausführungen des EuGH zu Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/88/EWG (Vermittlung u.a. von Aktien und Gesellschaftsanteilen) auf Art. 13 B. d) Nr. 1 RiL 77/88/EWG (Kreditvermittlung) übertragen und aufgrund dessen eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG vorgenommen, der sich im nationalen Recht mit der Umsatzsteuerfreiheit der Kreditvermittlung befaßt. Und vor dem Hintergrund des oben wiedergegebenen besonderen Sachverhaltes hat er eine umsatzsteuerfreie Kreditvermittlung mit folgender Begründung verneint:

8 - Es sei keine Vermittlungsleistung an eine der beiden Parteien des Kreditvertrages (Kreditgeber oder Kreditnehmer) erbracht worden und von einer der Parteien als eigenständiger Mittlertätigkeit vergütet worden. Denn dazu hätte ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit dem Kreditgeber oder Kreditnehmer abgeschlossen worden sein müssen. Dazu reiche es nicht, daß der Kläger *im Auftrag eines Dritten* das erforderliche getan habe, damit zwei Parteien einen Kreditvertrag abschließen.

9 - Der Kläger habe folglich seine Leistung nicht aufgrund eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages einer der beiden Parteien des Kreditvertrages erbracht, sondern gegenüber dem Dritten.

III. Denkbare Folgerungen für den Kapitalanlagevertrieb

10 In der Praxis sind Vertriebskonzeptionen vorhanden, bei denen z.B. Vertriebsgesellschaften mit einem Initiator oder einer Fondsgesellschaft in Vertragbeziehungen stehen und von dort auch vergütet werden, wobei diese Vertriebsgesellschaften ihrerseits freie und selbständige Vermittlungs- bzw. Vertriebsgesellschaften quasi als Subunternehmer einschalten, die ihrerseits wiederum sich selbständiger Mitarbeiter bedienen, welche letztlich die Vermittlungstätigkeit ausüben.

5) Kursivsetzungen durch den Autor

- 11 Diese Vermittlungstätigkeit ist z.B. bei einem geschlossenen Immobilienfonds darauf gerichtet, einen Treuhand- bzw. Beitrittsvertrag zu einem geschlossenen Immobilienfonds zu vermitteln. Bezahlt wird dieser (Unter-) Vermittler aber weder vom Anleger noch vom Fonds, sondern von seiner ihm vorgeschalteten Vertriebsgesellschaft, die ihrerseits wiederum von der (Ober-) Vertriebsgesellschaft bezahlt wird, welche ihrerseits wiederum z.B. entweder vom Initiator oder der Fondsgesellschaft selbst bezahlt wird. Es stellt sich folglich die Frage, ob die in die Hierarchie des Strukturvertriebes einer Vertriebsgesellschaft eingebundenen weiteren Zwischen- und Unter-Vertriebsgesellschaften sowie Vermittler eine umsatzsteuerbefreite Leistung erbringen oder eine umsatzsteuerpflichtige.
- 12 Zwar ist vorgenannte Entscheidung des BFH vom 09.10.2003⁶⁾ zur Frage der Umsatzsteuerfreiheit der Kreditvermittlung ergangen und nicht zu Frage der Umsatzsteuerfreiheit bei der Vermittlung von Gesellschaftsanteilen. Da aber der BFH bezüglich der Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf die von ihm in Bezug genommene Rechtsprechung des EuGH zur Umsatzsteuerfreiheit der Vermittlung von Gesellschaftsanteilen vorgenommen hat, ist zu hinterfragen, ob die von ihm so bezeichnete richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 f) UStG überhaupt zulässig und zudem zutreffend ist. Ferner wird der Frage nachzugehen sein, ob die von der Finanzverwaltung derzeit vertretene Auffassung eine rechtliche Grundlage hat, daß der Vermittlungsbegriff einheitlich auszulegen ist.

IV. EU-Gemeinschaftsrecht

- 13 Da der BFH in seiner Entscheidung vom 09.10.2003⁷⁾ auf eine von ihm vorgenommene richtlinienkonforme Auslegung verweist, bietet es sich an, zunächst einmal der Frage nachzugehen, ob der BFH dazu in der von ihm gewählten Weise überhaupt befugt war.

1. Anwendungsvorrang des EU-Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht

- 14 Der Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht – nicht die Nichtigkeit nationalen Rechts⁸⁾ - verpflichtet die Mitgliedstaaten und ihre Organe (dazu gehören die Finanzverwaltung und Gerichte) zu zweierlei: Einerseits das mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare und auch nicht (mehr) richtlinienkonform auslegbare nationale Recht nicht anzuwenden⁹⁾ und statt dessen Gemeinschaftsrecht anzuwenden¹⁰⁾ und andererseits dem Gemeinschaftsrecht im nationalen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, wenn dies mittels richtlinienkonformer Auslegung möglich ist.¹¹⁾ Letzteres folgt aus Art. 10 EG und dem dort geregelten Grundsatz der Gemeinschaftstreue, wonach das nationale Recht in seiner Anwendung soweit wie möglich in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts (richtlinienkonform) ausgelegt

6) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

7) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

8) *Jarass/Beljin NVwZ* 2004, 1, 4: Durch den Anwendungsvorrang bleibt das nationale Recht wirksam und gilt für die Fälle weiter, die nicht im Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. Ferner *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 14; *Cordewener DStR* 2004, 6, 9

9) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 6, 14; *Cordewener DStR* 2004, 6, 10; *Jarass/Beljin NVwZ* 2004, 1, 4 f.

10) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 6

11) *Jarass/Beljin NVwZ* 2004, 1; *Wagner ZSteu* 2004, 168

werden muss.¹²⁾ Der Vorrang kann sich wie folgt stellen: Einerseits im Falle der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtskreis (Anwendungsvorrang i.e.S.)¹³⁾ und andererseits im Falle der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts (Anwendungsvorrang i.w.S.).¹⁴⁾ Dieser von einem Finanzamt und der Finanzgerichtsbarkeit zu beachtende Anwendungsvorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts und damit auch von Richtlinienbestimmungen führt z.B. auch dazu, dass ein Steuerpflichtiger sich auf eine Richtlinienbestimmung dann unmittelbar berufen kann, wenn diese ihm eine gegenüber dem nationalen Recht (Gesetz, Rechtsprechung, Verwaltungspraxis) günstigere Rechtsposition einräumt,¹⁵⁾ vorausgesetzt, die Richtlinienbestimmung ist hinreichend genau und nicht an Bedingungen geknüpft.¹⁶⁾ Mithin geht das Gemeinschaftsrecht in der Auslegung des EuGH abweichendem nationalem Recht vor, wenn andernfalls die Ziele des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt werden.¹⁷⁾

- 15) Bei der *Umsetzung* von Gemeinschaftsrecht muss man unterscheiden zwischen der Amtspflicht nationaler Gerichte und der Finanzverwaltung, Gemeinschaftsrecht anzuwenden und der getrennt davon zu sehenden Frage, ob bzw. wann seitens Finanzgerichten bzw. dem BFH dem EuGH vorzulegen ist.¹⁸⁾ Nationale Gerichte – auch Instanzgerichte¹⁹⁾ – sind *von Amts* wegen verpflichtet, europäischem Recht zur Geltung zu verhelfen.²⁰⁾ Dies bedeutet, dass nationale Gerichte bei der richtlinienkonformen Auslegung keine mit der Rechtsprechung des EuGH unvereinbare Entscheidungen treffen dürfen.²¹⁾ Ist eine Richtlinie vom Mitgliedstaat ordnungsgemäß umgesetzt worden, dann ist gesetzliche Ermächtigungsgrundlage z.B. für einen Verwaltungsakt die deutsche Transformationsnorm. Der Einzelne kann sich dann zwar zunächst nicht direkt auf die Richtlinie berufen.²²⁾ Aber der Mitgliedstaat ist verpflichtet, mit allen Trägern öffentlicher Gewalt, wozu neben Behörden auch die nationalen Gerichte gehören, dafür zu sorgen, die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele in den Mitgliedstaaten zu erreichen.²³⁾ Folglich muss sich die Finanzverwaltung (konkret also das Finanzamt) bzw. ein nationales Gericht bei der Auslegung und Anwendung

12) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 6

13) *Cordewener* DStR 2004, 6, 9; Nach *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 3 f. ist dafür Voraussetzung: Die Rechtswirksamkeit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, zugleich aber ein Widerspruch zwischen beidem oder eine Anwendungskollision.

14) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 14; *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 2 f.

15) EuGH 04.12.1974 – Rs. 41/74 (van Duyn), Slg. 1997, 1337, 1348; BVerfG 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 244; BFH 29.08.1991 – V B 113/91, BStBl. II 1992, 267; BFH 19.02.2004 – V R 39/02, ZSteu 2004, R-118, R-120

16) EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (Soupergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 34; BFH 19.02.2004 – V R 39/02, ZSteu 2004, R-118, R-120

17) BVerfG 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 244; *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 15; *Wagner* ZSteu 2004, 168

18) Zur Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte *Pache/Knauff* NVwZ 2004, 16 m.w.N.; *Wagner*, Die Praxis des Steuerprozesses, 2003, Rdn. 269 ff. m.w.N.

19) Nach *Tramon/Tüllmann* NVwZ 2004, 43, 45 wurden z.B. in 1998 3/4 aller Vorlagefragen an den EuGH von unterinstanzlichen Gerichten gestellt.

20) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 9

21) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 6; *Wagner* ZSteu 2004, 168

22) EuGH 19.01.1982 – Rs. 08/81, Slg. 1982, 53 ff. Rdn. 17 ff.; BVerfG 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 238 f.

23) EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (BP Soupergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4705 Rdn. 41); EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24, 27

nationalen Rechts daran ausrichten, entsprechend dem Wortlaut und dem Zweck der Richtlinie den mit der Richtlinie verfolgten Zweck umzusetzen.²⁴⁾

- 16 Die 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG hat Anwendungsvorrang vor dem deutschen UStG.²⁵⁾ Folglich ist die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH zur *Inhaltsbestimmung* der Frage der Umsatzsteuerfreiheit für das Finanzamt und die Finanzrechtsprechung bindend, indem die jeweilige deutsche Transformationsnorm richtlinienkonform im Sinne der jeweiligen Richtlinienbestimmung der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG sowie die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH auszulegen ist.²⁶⁾ Im Folgenden ist daher zunächst darzulegen, wie die gemeinschaftsrechtliche Rechtslage ist, um daran abzugleichen, ob der deutsche Gesetzgeber die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben effektiv in deutsches Recht umgesetzt hat, ehe dann auf die Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben durch Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung einzugehen ist.

2. Amtspflicht der Finanzverwaltung und der Finanzgerichtsbarkeit zur Anwendung des EU-Gemeinschaftsrechts

- 17 Nach der Rechtsprechung des EuGH²⁷⁾ ist bereits das Finanzamt verpflichtet, bei belastenden Umsatzsteuerbescheiden, spätestens aber in einer Einspruchsentscheidung, sich in der getroffenen Entscheidung am Gemeinschaftsrecht und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zu orientieren.²⁸⁾ Dabei hat ein Finanzamt bereits im Verwaltungs- und Einspruchsverfahren sich an der Rechtsprechung des EuGH zur Inhaltsbestimmung der Steuerbefreiung des Art. 13 B der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG zu orientieren.²⁹⁾ Wenn diesbezüglich in Deutschland³⁰⁾ die Meinung vertreten wird, dies könne nicht das einzelne Finanzamt, dies obliege dem BMF in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder, dann ist dazu zweierlei anzumerken:
- 18 (1) *Einerseits*: Wenn das einzelne Finanzamt in der Auslegung des Gemeinschaftsrechts davon abhängig sein soll, was ihm das BMF in Abstimmung der obersten Finanzbehörden der Länder vorgibt, dann muss es auch möglich sein, eine gemeinschaftsrechtlich durch das Finanzamt zu beantwortende Frage ihm so vorzulegen, dass vor Ergehen eines belastenden Steuerbescheides das Finanzamt über „seine“ OFD eine entsprechende Klärung sucht. Dies würde die Möglichkeit eröffnen, dann, wenn Zweifelsfragen der umsatzsteuerlichen Einordnung des eigenen Geschäftsmodells verblieben, das eigene Geschäftsmodell nebst entsprechender gemeinschaftsrechtlicher und deutscher umsatzsteuerlicher Würdigung dem eigenen Finanzamt vorzutragen, um damit eine solche Klärung vor Ergehen eines belastenden Umsatzsteuerbescheides in Gang zu bringen.

24) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24

25) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rdn. 23

26) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rdn. 29

27) 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; dazu auch *Iglesias* NJW 2000, 1889, 1893

28) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rdn. 20; weitergehend *Wagner* ZSteu 2004, 168, 169 f. m.w.N.

29) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rdn. 20; *Wagner* ZSteu 2004, 168, 169

30) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rdn. 20

- 19 (2) *Andererseits* wäre eine Antwort für den Fall eines vorgenannten Verfahrens eine deutsche Meinungsäußerung des BMF, die sich an der gemeinschaftsrechtlichen Regelung und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH orientieren müsste und nicht an deutschen fiskalischen Interessen aufgrund einer „analogen“ Anwendung der Kreditvermittler-Entscheidung des BFH.³¹⁾ Im übrigen trifft nach der Rechtsprechung des EuGH die Amtspflicht zur Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben das einzelne Finanzamt originär.³²⁾
- 20 Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist es Sache von Gerichten, die Erheblichkeit europarechtlicher Fragen selbst zu beantworten und ggf. aufgrund richtlinienkonformer Auslegung selbst zu entscheiden.³³⁾ Dazu gehört die Amtspflicht, vorhandenes europäisches Recht oder bereits bekannte Rechtsprechung des EuGH anzuwenden.³⁴⁾ Denn Mitgliedstaaten sind verpflichtet, bezüglich der sich aus einer Richtlinie ergebenden Verpflichtungen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner und besonderer Art zu treffen, dass alle Träger öffentlicher Gewalt, wozu neben Finanzämtern auch die Gerichte gehören, die Ziele der Richtlinie verwirklichen.³⁵⁾ Folglich muss ein deutsches Finanzamt wie auch ein nationales Gericht nationales Recht bei dessen Anwendung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, damit der Zweck der Richtlinie erreicht werden kann.³⁶⁾ Und weil dem so ist, ist hier eine gemeinschaftsrechtliche Würdigung in der Weise zulässig, wie ein Finanzamt bzw. FG/BFH das nationale Recht im Wege richtlinienkonformer Auslegung nach zuvor genannten Maßstäben auszulegen hätte,³⁷⁾ was noch nichts mit einer europarechtlichen Begründung zwecks einer Vorlage eines FG bzw. des BFH zum EuGH zu tun hat. Denn das Finanzamt bzw. die Rechtsprechung müssen die Umsetzung einer Richtlinie und deren vollständige Anwendung gewährleisten.³⁸⁾ Dies insbesondere dann, wenn der Mitgliedstaat die Richtlinie entweder nicht oder nur unzureichend oder nur in einer Weise umgesetzt hat, dass als Folge davon die mit der Richtlinie verfolgten Ziele nicht ausreichend erreicht wurden.³⁹⁾ Und in diesem Zusammenhang könnte auch vor einem FG gerügt werden, wenn ein Finanzamt das nationale Recht in einer Weise anwenden würde, dass der Pflicht des Finanzamtes zur Durchsetzung der Ziele der Richtlinie nicht entsprochen wurde.⁴⁰⁾

3. Auslegungskompetenz des EuGH für die Auslegung der Richtlinie

- 21 Man muss unterscheiden zwischen
- der Auslegung einer Richtlinie - hier der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG -,
 - 22 - der Auslegung der deutschen Transformationsnorm – hier im UStG –,

31) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

32) *Wagner ZSteu* 2004, 168, 169

33) EuGH 19.09.2000 – C-454/98, Beilage zu BFH/NV 5/2001, 33, 35

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

35) EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95, Slg. I-4705 Rdn. 41; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu BFH/NV 10/2002, 144, 146

36) EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92, Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu BFH/NV 10/2002, 144, 146; BVerfG 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223; BFH 02.04.1998 – V R 34/97, BStBl. II 1998, 695

37) EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu BFH/NV 10/2002, 144, 146

38) EuGH 09.09.1999 – Rs. C-217/97, Slg. 1999, I-5087 Rdn. 31; EuGH 16.11.2000 – Rs. C-214/98, Slg. 2000, I-9601 Rdn. 49; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu BFH/NV 10/2002, 144, 146

39) EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu BFH/NV 10/2002, 144, 146

40) EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00, Beilage zu BFH/NV 10/2002, 144, 146; *Wagner ZSteu* 2004, 168, 170

- 23 - der Frage, ob die 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG durch Regelungen im UStG effektiv in deutsches Recht umgesetzt wurde und
- 24 - der effektiven Anwendung des Gemeinschaftsrecht - hier der 6. MwSt.-RiL 77/388/ EWG - im deutschen Recht, also im Rahmen des UStG durch die deutsche Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung.
- 25 Der EuGH ist für die Auslegung der Bestimmungen einer Richtlinie (sog. *Inhaltsbestimmung*) gemäß Artikel 234 EG auch dann zuständig, wenn der nationale Gesetzgeber sich bei der Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht dafür entschieden hat, rein innerstaatliche Sachverhalte und unter die Richtlinie fallende Sachverhalte gleich zu behandeln, und deshalb die für rein innerstaatliche Sachverhalte geltenden Rechtsvorschriften dem Gemeinschaftsrecht angeglichen hat.⁴¹⁾ Folglich ist der EuGH ist auch dann zuständig, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung eines innerstaatlichen Sachverhalts nach den im Gemeinschaftsrecht getroffenen Regelungen richten, um sicherzustellen, dass in vergleichbaren Fällen ein einheitliches Verfahren angewandt wird. Es besteht nämlich ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, dass die aus dem Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsdivergenzen zu verhindern. Diese Feststellung gilt erst Recht dann, wenn die nationalen Rechtsvorschriften, die einen in einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung enthaltenen Begriff verwenden, erlassen wurden, um die Richtlinie, zu der die Bestimmung gehört, in nationales Recht umzusetzen. Wenn folglich ein FG im Rahmen seiner zuvor angesprochenen Amtspflicht der Prüfung von der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG einerseits und Regelungen im UStG andererseits zu dem Ergebnis kommen würde, dass die hier angesprochenen Fragen die vorgenannten Kriterien ausfüllen, und im Hinblick auf eine gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts klärungsbedürftige und entscheidungserhebliche Fragen verblieben, dann wäre das FG gemäß Art. 234 Abs. 2 EG *gemeinschaftsrechtlich* berechtigt, dieserhalb dem EuGH vorzulegen.
- 26 Getrennt von dieser *gemeinschaftsrechtlichen* Frage des *Vorlageermessens* gemäß Art. 234 Abs. 2 EG besteht allerdings aus *verfassungsrechtlichen* Gründen für ein FG eine *Vorlagepflicht* zum EuGH, wenn das FG im Rahmen seiner zuvor angesprochenen Amtspflicht der Prüfung der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG einerseits und von Regelungen im UStG andererseits zu dem Ergebnis kommen würde, dass die hier angesprochenen Fragen die vorgenannten Kriterien ausfüllen, und im Hinblick auf eine gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts klärungsbedürftige und entscheidungserhebliche Fragen der *Inhaltsbestimmung* verblieben. Dies folgt daraus, dass der EuGH dafür gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gesetzlicher Richter wäre.⁴²⁾ Ein FG *müsste* folglich in einem finanzgerichtlichen Verfahren dem EuGH als gesetzlichem Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aus deutschen *verfassungsrechtlichen* Gründen u.a. dann vorlegen, wenn das FG einer bereits vorliegenden Rechtsprechung des EuGH nicht folgen möchte⁴³⁾ oder es einer vom EuGH vorzunehmenden weiteren *Inhaltsbestimmung* der Umsatzsteuerfreiheit aufgrund der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG bedarf.
- 27 Zum Verhältnis der 6. MwSt.-RiL zum nationalen Recht hat das BVerfG judiziert.⁴⁴⁾ Es hatte darauf hingewiesen, dass dann, wenn ein letztinstanzliches Gericht der Rechtsprechung des

41) EuGH 15.01.2002 – Rs. C-43/00 (Andersen og Jensen ApS/Skattministeriet), DStRE 2002, 456

42) BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749

43) EuGH 17.10.1990 – RS. C-10/89, NJW 1991, 626; *Iglesias* NJW 2000, 1889, 1891

44) BVerfG 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223

EuGH nicht folgen wolle, es dann dem EuGH hätte vorlegen müssen.⁴⁵⁾ Nicht anders wäre es, wenn ein FG der dargestellten Rechtsprechung des EuGH nicht würde folgen wollen, da aufgrund des Anwendungsvorranges der 6. MwSt.-RiL und dem alleinigen Recht des EuGH zur *Inhaltsbestimmung* der Steuerbefreiung aufgrund der 6. MwSt.-RiL der EuGH alleiniger gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Es würde mithin im Widerspruch dazu stehen, wenn seitens des BFH, eines FG oder eines Finanzamtes das eigene Rechtsverständnis vom Inhalt des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG vorgegeben würde, sofern eine Inhaltsbestimmung durch den EuGH geboten wäre, weil andernfalls dies im Ergebnis dazu führen würde, dass nationale Institutionen eine *Inhaltsbestimmung* einer Richtlinie vornehmen würden, die alleine dem EuGH vorbehalten ist.

V. Die umsatzsteuerliche Würdigung von Vertriebsprovisionen bei Anteilsvermittlungen nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

1. Art. 13 B lit. d) Ziff. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG - Richtlinieninhalt / Richtlinienauslegung - Anteilsvermittlung

a) Regelungsgegenstand des Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5. der 6. MwSt.-RiL

- 28 Regelungsgegenstand ist, dass die Mitgliedstaaten von der Umsatzsteuer befreien *müssen*, wenn es sich um Umsätze handelt, die sich u.a. auf Anteile an Gesellschaften bzw. sonstige Wertpapiere beziehen. Durch den in Parenthese erfolgten Einschub „- einschließlich der Vermittlung -“ wird verdeutlicht, dass die Vermittlung ein Erweiterungsfall nicht aber alleiniger Regelungsgegenstand von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL ist. Bei der Frage der Auslegung muss man unterscheiden zwischen
- der Auslegung einer *gemeinschaftsrechtlichen* Richtlinienbestimmung und
 - der richtlinienkonformen Auslegung des *nationalen* Rechts.
- 29 Soweit es um die Auslegung der Richtlinienbestimmung von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL geht, ist eine solche nicht aus einer „nationalen Brille“ vorzunehmen, sondern gemeinschaftsrechtlich autonom nach denen vom EuGH entwickelten Auslegungsgrundsätzen.⁴⁶⁾ Demnach sind für die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm nicht nur der Wortlaut der Vorschrift zu berücksichtigen, sondern auch ihr Kontext und die mit ihr verfolgten Ziele.⁴⁷⁾
- 30 Der EuGH judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass bereits aus Erwägungsgrund (11) der 6. MwSt.-RiL folgt, dass die Befreiungstatbestände dieser RiL *autonome Begriffe des Gemeinschaftsrechts* sind, die im Gesamtzusammenhang des durch die RiL eingeführten gemeinsamen Mehrwertsteuersystems zu sehen sind.⁴⁸⁾ Dazu gehört auch die Berücksichtigung folgenden Umstandes:

45) BVerfG 08.04.1987 – 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 234

46) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 10; *Lohse/Peltner*, 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999, Seite 3

47) EuGH 24.10.1996 – Rs. C-217/94 (Eismann), Slg. 1996, I-5287 Rdn. 16; *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 22 Rz. 10; *Iglesias* NJW 1999, 1, 3

48) EuGH 26.03.1987 – Rs. C-235/85 (Kommission/Niederlande), Slg. 1987, I-1471 Rdn. 18; EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 21

- 31 Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL enthält eine sog. unechte Steuerbefreiung, weil sie den Vorsteuerabzug grds. ausschließen. Dies deshalb, weil Art. 17 Abs. 2 der 6. MwSt.-RiL den Vorsteuerabzug von der Verwendung der Vorbezüge für „besteuerter Umsätze“ abhängig macht.⁴⁹⁾ Die Folge ist:
- „Nach dem System der 6. MwSt.-RiL verzichten die unter einen Steuerbefreiungstatbestand fallenden Steuerpflichtigen zwangsläufig auf das Recht auf Vorsteuerabzug; da sie von der Steuer befreit worden sind, sind sie auch nicht in der Lage, irgendeine steuerliche Belastung auf ihre Leistungsempfänger abzuwälzen“⁵⁰⁾
- 32 Folglich haben sich Anteilsvermittler im Hinblick auf die Umsatzsteuerfreiheit der Umsätze aus ihrer Vermittlungstätigkeit von jeher auf Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL verlassen dürfen und haben deshalb auch nicht Umsatzsteuern auf ihre Leistungsempfänger abgewälzt.
- 33 Wie der Wortlaut von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL zeigt, haben Mitgliedstaaten nicht die Befugnis der Steuerbefreiung, sondern eine diesbezügliche Verpflichtung.⁵¹⁾ Diese die Mitgliedstaaten betreffende Verpflichtung muss eine korrekte und einfache Anwendung der Bedingungen für eine Steuerbefreiung gewährleisten. Diese den Mitgliedstaaten auferlegten Verpflichtung können aber nicht die Bestimmung des *Inhalts* der vorgesehenen Befreiungen betreffen.⁵²⁾ Wenn aber die Bestimmung des Inhalts der von Mitgliedstaaten aufgestellten Bedingungen diesen nicht überlassen ist, so obliegt die Bestimmung des *Inhalts* der z.B. von der Bundesrepublik Deutschland in § 4 Nr. 8f) UStG geregelten Bedingung für die Steuerfreiheit im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL letztverbindlich dem EuGH. Folglich, so führt der EuGH⁵³⁾ fort, können Mitgliedstaaten – und damit auch die Bundesrepublik Deutschland – bei der Festlegung von Bedingungen für eine Steuerbefreiung bzw. Steuerfreiheit inhaltlich nicht die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verändern, hier also Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL betreffend. Und was für Mitgliedstaaten gilt, gilt nicht nur für den Fall der Transformation gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in nationale Gesetze, sondern ebenso für die Handhabung durch Behörden (z.B. Finanzamt) und Gerichte eines Mitgliedstaates. Folglich kann weder ein Finanzamt noch ein FG oder der BFH inhaltlich § 4 Nr. 8f) UStG abweichend von der Vorgabe des Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH anwenden bzw. auslegen.
- 34 Befreiungen erfolgen zugunsten von *Tätigkeiten*, die einem bestimmten Zweck dienen.⁵⁴⁾ Es werden folglich die Umsätze befreit, die durch die *Art* der Tätigkeit bzw. Dienstleistung und nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert werden.⁵⁵⁾ Denn Erbringer oder Empfänger von Leistungen sind in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL nicht angesprochen. Folglich sind personenbezogene Elemente in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL nicht geregelt. Maßgebend ist mithin für Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL alleine die *Natur*

49) *Lohse/Peltner*, 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999, Seite 7

50) *Lohse/Peltner*, 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999, Seite 19

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

52) EuGH 28.03.1996 – Rs. C-468/93 (Gemeente Emmen), Slg. 1996, I-1721 Rdn. 19 u.H.a. EuGH 13.07.1989 – Rs. C-173/88 (Heriksen), Slg. 1989, I-2763 Rdn. 20

53) EuGH 28.03.1996 – Rs. C-468/93 (Gemeente Emmen), Slg. 1996, I-1721 Rdn. 25

54) EuGH 15.06.1989 – Rs. C-348/87 (Stichting uitvoering Financiële Acties/Staatssecretaris van Financien), Slg. 1989, I-1737 Rdn. 12

55) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 22; *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 24 Rz. 335; *Lohse/Peltner*, 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999, Seite 20

der Dienstleistung nicht die Art ihrer Ausführung.⁵⁶⁾ Und weil dem so ist, hängt die Steuerbefreiung gemäß Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL nicht davon ab, dass die Leistung von einem Unternehmen erbracht wird, das mit Personen in irgendeiner rechtlichen oder tatsächlichen (unmittelbaren) Beziehung steht.⁵⁷⁾ Im SDC-Verfahren vor dem EuGH war dies übrigens auch die Rechtsauffassung der deutschen Regierung im Hinblick auf die Anwendung der Steuerbefreiung und Qualifizierung von *Finanzdienstleistungen*.⁵⁸⁾ Also werden vom Wortlaut des Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL Umsätze erfasst, die sich auch auf Beteiligungen an Investmentfonds beziehen, denn es handelt sich um Anteile an Wertpapier-Publikumsfonds. Dass auf dem Wertpapiermarkt **bewirkte** Umsätze von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL erfasst werden, hat der EuGH⁵⁹⁾ ausdrücklich entschieden, indem er zusätzlich darauf hinwies, dass nur die Verwahrung und die Verwaltung von Wertpapieren von der Umsatzsteuerfreiheit ausgenommen seien. Und der Einschub in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL „- einschließlich der Vermittlung ... -“ stellt klar, dass zu diesem Bewirken von Umsätzen auch eine Vermittlungstätigkeit gehören kann.

- 35 Fraglich ist, inwieweit auch die Bestandspflege hier einzuordnen ist. Hier gilt es, zunächst einmal zu bestimmen, welchem Zweck die Bestandspflege dient. In Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5. der 6. MwSt.-RiL ist sie nicht angesprochen. Unterschiedliche Zwecke sind denkbar:
- 36 Entweder kann damit verbunden sein, die Personen, denen Investmentanteile vermittelt werden, auch weiter zu betreuen, weil auch dadurch ermöglicht wird, weitere erfolgreiche Vermittlungstätigkeit bezüglich Investmentbeteiligungen zu generieren. Eine Bestandspflege würde in diesem Fall primär im Eigeninteresse des Vermittlers liegen, sekundär aber auch im Interesse desjenigen, in dessen rechtlichen bzw. wirtschaftlichem Interesse vermittelt wird. Oder es kann damit verbunden sein, zu verhindern, dass Anleger sich von vermittelten Investmentanteile zu schnell wieder trennen, weil damit zugleich die Chance schwindet, diese Anleger für zusätzliche Anteilsvermittlungen gewinnen zu können. Auch hier würde gelten: Eine Bestandspflege würde in diesem Fall primär im Eigeninteresse des Vermittlers liegen, sekundär aber auch im Interesse desjenigen, in dessen rechtlichen bzw. wirtschaftlichem Interesse vermittelt wird.
- 37 Die vertragliche Vereinbarung von Provisionen für Folgebetreuungen bei Handelsmaklern ist mithin aus vorgenannten zwei Gründen durchaus üblich. Und sie findet nicht nur bei Handelsmaklern (§ 93 HGB) als Versicherungsmaklern statt,⁶⁰⁾ sondern auch bei Handelsmaklern, die Anteilsvermittlung betreiben. Und dass dazu nicht nur die singuläre Anteilsvermittlung gehört, sondern auch das Bewirken der Erweiterung von Umsätzen aus Anteilsvermittlung, ist in der nationalen Rechtsprechung entschieden.⁶¹⁾ Dies führt zur Folgefrage, ob es sich bei der Vergütung für Bestandspflege dort, wo sie vertraglich vereinbart worden ist, umsatzsteuerlich um eine eigenständige Leistung oder um eine unselbständige Nebenleistung zur Vermittlung z.B. von gesellschaftlichen Beteiligungen handelt.

56) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 32 f.; *Lohse/Peltner*, 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999, Seite 20 f.

57) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 48

58) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 43

59) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 72

60) BGH 27.11.1985 – IVa ZR 68/84, DB 1986, 742 f.; v. *Hoyningen-Huene* in: Münchener Kommentar, HGB, Bd. 1, 1996, § 93 Rdn. 71

61) BGH 24.06.1971 – VII ZR 223/69, BGHZ 56, 290, 293; BGH 22.06.1972 – VII ZR 36/71, BGHZ 59, 87, 91

b) EuGH

- 38 Da mit zuvor Ausgeführten die Inhalte von Bedingungen der Steuerbefreiung in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL nicht vom Mitgliedstaat und folglich auch nicht von nationalen Behörden oder Gerichten bestimmt werden dürfen, sondern alleine vom EuGH, kommt es maßgeblich auf dessen Rechtsprechung an. An dessen Rechtsprechung haben sich Mitgliedstaaten und damit deren Behörden und Gerichte zu orientieren. Folglich ist nachfolgend die vorhandene Rechtsprechung des EuGH zu Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL darzustellen. Dem schließt sich eine EuGH-Entscheidung an, die sich mit der Frage befaßt, wann umsatzsteuerlich von getrennten Leistungen die Rede ist und wann von einer einheitlichen Leistung, was für die Bestandspflegeprovision von Interesse ist.

b1) SDC-Entscheidung des EuGH

- 39 In seiner Entscheidung vom 05.06.1997 hatte der EuGH⁶²⁾ zu dem für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 f) UStG maßgeblichen Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG (Vermittlung u.a. von Aktien und Gesellschaftsanteilen) ausgeführt, der von der Umsatzsteuer befreite Umsatz werde durch die *Art der erbrachten Dienstleistung* bestimmt und werde nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert.⁶³⁾ Denn Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG enthalte keine Bezugnahme auf diesen Letzteren. Und zu den Beziehungen zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Leistung führte der EuGH⁶⁴⁾ weiter aus, es sei ohne Bedeutung, wer die Leistung erbringe und wer sie empfangen. In der Entscheidung des EuGH⁶⁵⁾ zu Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG ging es u.a. um folgenden Sachverhalt:⁶⁶⁾
- 40 Bei der SDC handelte es sich um eine Vereinigung, deren mehrheitliche Mitglieder Sparkassen waren. Sie erbrachte nicht nur ihren Mitgliedern sondern auch anderen Personen (z.B. Banken oder deren Personen) Leistungen, wozu u.a. auch der in Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG geregelte Wertpapierhandel gehörte. Die von der SDC gegenüber den Banken erbrachten Dienstleistungen erfolgten ganz bzw. teilweise auf elektronischem Wege in einer Weise, wie sie größere Geldinstitute in einem eigenen Rechenzentrum ausführen.⁶⁷⁾ Dies in der Weise, dass auf elektronischem Wege an die SDC Informationen gegeben wurden, die bewirkten, dass Leistungen ausgeführt wurden.⁶⁸⁾ Wenn sie solche Leistungen für Personen der Banken erbrachte, wurde sie gleichwohl von den Banken bezahlt.⁶⁹⁾ Der Namen des SDC trat gegenüber den Kunden der Bank nicht in Erscheinung und die SDC übernahm gegenüber Kunden der Bank *keine rechtliche Verpflichtung*. Der SDC wurden die Unterlagen, die für den Wertpapierhandel erforderlich waren, den die SDC für solche Personen der Banken vornahm, von den Banken im Namen der jeweiligen Bank zugesandt.⁷⁰⁾ Und es stellte sich nun in diesem Zusammenhang die Frage, ob die SDC u.a. für diese von ihr erbrachten Leistungen von der Umsatzsteuer befreit war.

62) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 32

63) So auch *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 24 Rdn. 335

64) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 48

65) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017

66) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 7 ff.

67) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 9

68) Generalanwalt *Colomer* in EuGH 04.07.1996 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Nr. 17

69) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 10

70) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 11

- 41 Generalanwalt *Colomer* formulierte die Fragestellung in seinen Schlussanträgen dahingehend, ob es für die Umsatzsteuerbefreiung in Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG von Bedeutung sei, wenn der Steuerpflichtige die Vorgänge im Sinne dieser Vorschrift für Rechnung der Bank ausführe, in deren Namen die Leistung erbracht wurde.⁷¹⁾ Denn in der Sache handelte es sich ja um u.a. Wertpapierhandel für Personen der Banken. Und Generalanwalt *Colomer* weist darauf hin, dass u.a. Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG keinen Bezug zu personenbezogenen Elementen der befreiten Umsätze aufweist.⁷²⁾ Er wies darauf hin, dass die SDC ihre Leistungen gegenüber den Banken erbringe und zwischen der SDC und den Personen der Banken keine rechtlichen Beziehungen bestanden.⁷³⁾ Wenn die Banken sich der Leistungen der SDC bedienten, dann liege in diesem Verhältnis eine mehrwertsteuerpflichtige Leistung vor,⁷⁴⁾ es sei denn, die SDC betreibe für *ihre* Personen – nämlich die Banken – auf deren Rechnung Wertpapierhandel. Im letzteren Fall läge dann eine mehrwertsteuerbefreite Leistung vor.⁷⁵⁾
- 42 Und vor diesem Hintergrund entschied dann der EuGH in dieser SDC-Entscheidung u.a. zu Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG, für die befreiten Umsätze komme es auf die Art der erbrachten Dienstleistung an und nicht auf den Erbringer.⁷⁶⁾ Und die Steuerbefreiung von der Umsatzsteuer hänge nicht davon ab, dass die Leistungen von einem Unternehmen erbracht würde, das mit den Personen der Bank in einer *rechtlichen* Beziehung stehe. Dass der Vorgang von einem Dritten erbracht werde, stehe der Befreiung dieses Vorganges von der Steuer nicht entgegen.⁷⁷⁾

b2) CSC Financial Services-Entscheidung

- 43 In dieser Entscheidung des EuGH vom 13.12.2001⁷⁸⁾ ging es um folgenden Sachverhalt:
- Die CSC bot Finanzinstituten Dienstleistungen als „Call Center“ in der Weise an, dass sie zwar alle Außenkontakte von Finanzinstituten im Zusammenhang mit bestimmten Finanzprodukten gegenüber Verbrauchern, nicht aber den Verkauf, übernahm. Die CSC hatte dafür Vermittler eingeschaltet, die gegenüber Verbrauchern nur Informationen und Auskünfte erteilten und Antragsformulare versenden durften, nicht aber beraten durften. Alsdann überprüften diese Vermittler bei rücklaufenden Formularen, ob diese ordnungsgemäß ausgefüllt worden waren, ob der Interessent die geforderten Voraussetzungen erfüllte und ob ein ordnungsgemäßer Zahlungsbeleg beigefügt war. Mit den Formalitäten betreffend Ausgabe oder Übertragung der entsprechenden Wertpapiere hatten weder CSC noch ihre Vermittler zu tun.⁷⁹⁾ Bezahlt wurde die CSC von ihrem Auftraggeber nach einem Tarif, der sich aus einem festen Bestandteil und einem nach der Zahl der Anrufe und Verkäufe berechneten Anteil zusammensetzte.⁸⁰⁾
- 44 Vor diesem Sachverhalt war u.a. die Frage zu entscheiden, ob der in Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG (Vermittlung u.a. von Aktien und Gesellschaftsanteilen und sonstigen Wertpapie-

71) Generalanwalt *Colomer* in EuGH 04.07.1996 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I- 3017 Nr. 5

72) Generalanwalt *Colomer* in EuGH 04.07.1996 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I- 3017 Nr. 31

73) Generalanwalt *Colomer* in EuGH 04.07.1996 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I- 3017 Nr. 49

74) Generalanwalt *Colomer* in EuGH 04.07.1996 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I- 3017 Nr. 58

75) Generalanwalt *Colomer* in EuGH 04.07.1996 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I- 3017 Nr. 77

76) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Leitsatz 1.

77) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Leitsatz 2.

78) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237

79) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 6 -9

80) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 10

ren) enthaltene Ausdruck „Umsätze – einschließlich der Vermittlung -, die sich auf Wertpapiere beziehen,“ eine Dienstleistung umfasse,

„die darin besteht, potentielle Anleger zu informieren und ihre Anträge auf Ausgabe eines Wertpapiers entgegenzunehmen und zu bearbeiten, wenn diese Dienstleistung von einer Person, die keine Rechte oder Pflichten aus dem Wertpapier hat, an eine Person erbracht wird, die solche Rechte oder Pflichten hat?“⁸¹⁾

- 45 Der EuGH verweist bezüglich des Wertpapierhandels zunächst u.H.a. seine vorgenannte SDC-Entscheidung darauf, dass Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG für eine Steuerbefreiung erfordere, dass die rechtliche und finanzielle Lage zwischen Parteien geändert werde.⁸²⁾ Umsätze für Informationstätigkeiten im finanzwirtschaftlichen Bereich seien nicht von der Steuerbefreiung erfasst.⁸³⁾ Folglich umfasse der Ausdruck „Umsätze – einschließlich der Vermittlung -, die sich auf Wertpapiere beziehen,“ die Begründung, Änderung oder das Erlöschen von Rechten und Pflichten von Parteien im Hinblick auf Wertpapiere.⁸⁴⁾
- 46 Der weitere in Art. 13 B. d) Nr. 5 RiL 77/388/EWG verwandte Ausdruck „Vermittlung, die sich auf Wertpapiere bezieht“ solle den Anwendungsbereich von der Dienstleistung auf die Vermittlungstätigkeit *ausdehnen*.⁸⁵⁾ Der EuGH betont ausdrücklich, dass er in dieser CSC-Entscheidung die genaue Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ für Art. 13 B. d) Nr. 1 - 4 RiL 77/88/EWG *nicht abschließend entscheiden* müsse. Jedenfalls für die Nr. 5 des Art. 13 B. d) RiL 77/88/EWG gelte folgendes:
- 47 Die darin geregelte Vermittlung beziehe sich auf eine Tätigkeit,
- „die von einer Mittelsperson ausgeübt wird, die nicht den Platz einer Partei eines Vertrages über ein Finanzprodukt einnimmt und deren Tätigkeit sich von den typischen vertraglichen Leistungen unterscheidet, die von den Parteien solcher Verträge erbracht werden. Denn die Vermittlungstätigkeit ist eine Dienstleistung, die einer Vertragspartei erbracht und von dieser als eigenständige Mittlertätigkeit vergütet wird.“⁸⁶⁾ Sie kann u. a. darin bestehen, der Vertragspartei die Gelegenheiten zum Abschluss eines solchen Vertrages nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder im Namen und für Rechnung des Personen über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu verhandeln. Zweck dieser Tätigkeit ist es also, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse am Inhalt des Vertrages hat.
- 48 40. Dagegen handelt es sich nicht um eine Vermittlungstätigkeit, wenn eine der Vertragsparteien einen Subunternehmer mit einem Teil der mit dem Vertrag verbundenen Sacharbeit betraut, wie der Erteilung von Informationen an die andere Partei oder der Annahme und Bearbeitung der Anträge auf Zeichnung der Wertpapiere, die Gegenstand des Vertrages sind. In einem solchen Fall nimmt der Subunternehmer denselben Platz ein wie der Anbieter des Finanzprodukts und ist daher keine Mittelsperson, die nicht den Platz einer Vertragspartei einnimmt, im Sinne der fraglichen Bestimmung.
- 49 41. Nach alledem ist dem vorlegenden Gericht zu antworten, dass Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen ist, dass - der Ausdruck Umsätze, die sich auf Wertpapiere beziehen, Umsätze betrifft, die geeignet sind, Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf Wertpapiere zu begründen, zu ändern oder zum Erlöschen zu bringen, - der Ausdruck Vermittlung, die sich auf Wert-

81) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 14 zu lit. b)

82) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 28

83) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 31

84) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 33

85) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 38

86) Kursivsetzungen durch den Autor

papiere bezieht, keine Dienstleistungen betrifft, die sich auf die Erteilung von Informationen über ein Finanzprodukt und gegebenenfalls die Annahme und Bearbeitung der Anträge auf Zeichnung der entsprechenden Wertpapiere beschränken und nicht deren Ausgabe umfassen."

b3) CPP-Entscheidung

- 50 In dieser Entscheidung hatte sich der EuGH⁸⁷⁾ u.a. auch mit der Frage zu befassen, wann mehrwertsteuerlich – dort allerdings im Zusammenhang mit Versicherungsleistungen aufgrund von Art. 13 B. a) RiL 77/388/EWG – getrennt zu würdigende und wann eine einheitliche Leistung anzunehmen ist, eine Fragestellung, die für die gemeinschaftsrechtliche Einordnung von Bestandspflege und Bestandspflegeprovisionen bedeutsam sein kann. Der EuGH hatte einen Fall zu entscheiden, in welchem ein Kreditkartenunternehmen (CPP) mittels einer Kreditkarte nicht nur die damit üblicherweise verbundenen Leistungen anbot, sondern zugleich auch mehrere andere Leistungen, darunter auch die Beschaffung von Versicherungsschutz gegen finanzielle Verluste und sonstige Probleme.
- 51 Der EuGH weist zunächst darauf hin, dass gemäß Art. 2 Abs. 1 RiL 77/388/EWG jede Dienstleistung in der Regel als eigene, selbständige, Leistung zu betrachten sei und nicht künstlich aufgespalten werden dürfe.⁸⁸⁾ Gehe es um die Frage, ob ein Umsatz ein Leistungsbündel darstelle, so sei eine Gesamtbetrachtung erforderlich.⁸⁹⁾
- „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.“⁹⁰⁾
- 52 Der Inrechnungstellung eines Gesamtpreises komme keine entscheidende Bedeutung zu. Und sollte sich herausstellen, dass zwei gesonderte Dienstleistungen vorlägen, so sei der von der Steuer befreite Teil herauszurechnen, wobei die einfachstmögliche Berechnungs- und Bewertungsmethode zu verwenden sei.⁹¹⁾ Ob eine einheitliche Leistung - bestehend aus Haupt- und Nebenleistung, wobei letztere steuerlich das Schicksal der Hauptleistung teile - oder zwei selbständige Leistungen gegeben seien, sei von der nationalen Gerichtsbarkeit zu klären.⁹²⁾
- 53 Ob mithin Bestandspflege und Bestandspflegeprovision umsatzsteuerlich zwei selbständige Leistungen sind, oder ob die Bestandspflege eine Nebenleistung zur Vermittlungsleistung ist, die die Umsatzsteuerfreiheit der Vermittlungsleistung bzw. der dafür gezahlten Provision teilt, ist mithin eine rechtliche Wertungsfrage, die aufgrund eine Gesamtbildbetrachtung zu beantworten ist. Und hier können die oben angegebenen Gründe für Bestandspflege u.U. für eine Nebenleistung sprechen.

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

88) EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/96 (CPP), Slg. 1999, I-973 Rdn. 29

89) EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/96 (CPP), Slg. 1999, I-973 Rdn. 28

90) 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 (Mdgett und Baldwin), Slg. 1998, I-6229 Rdn. 24

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

92) EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/96 (CPP), Slg. 1999, I-973 Rdn. 32

2. Deutsche Sichtweise

- 54 Es wurde oben bereits darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf den Wortlaut von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL die Mitgliedstaaten und damit auch die Bundesrepublik Deutschland nicht die Befugnis der Steuerbefreiung, sondern eine diesbezügliche Verpflichtung haben.⁹³⁾ Diese die Bundesrepublik Deutschland treffende Verpflichtung muss eine korrekte und einfache Anwendung der Bedingungen für eine Steuerbefreiung gewährleisten. Und: Diese der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der EU auferlegte Verpflichtung betrifft allerdings nicht die Bestimmung des *Inhalts* der vorgesehenen Befreiungen,⁹⁴⁾ da diese dem EuGH vorbehalten ist. Folglich kommt es rechtlich alleine auf den Wortlaut Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH an, für die Inhaltsbestimmung kommt es aber nicht auf eine davon abweichende Sichtweise einer deutschen Finanzverwaltung oder deutscher Rechtsprechung bzw. abweichender Meinungen im Fachschrifttum an.

a) BFH

a1) BFH 25.06.1999 - V B 51/99, BFH/NV 1999, 1529

- 55 In einer in einem Eilverfahren ergangenen Entscheidung hat der BFH⁹⁵⁾ folgendes judiziert:
- „Im übrigen ist wegen der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Umsatzsteuerrechts (vgl. dazu z.B. BFH-Urteil vom 2. April 1998 V R 34/97, BFHE 185, 536, BStBl II 1998, 695, m.w.N.) rechtlich zweifelhaft, ob und ggf. in welchem Umfang diese Rechtsprechung im Rahmen des § 4 Nr. 8 Buchst. f UStG anzuwenden ist. Denn der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat entschieden, dass die in Art. 13 der Richtlinie 77/388/EWG aufgeführten Steuerbefreiungen "autonome Begriffe des Gemeinschaftsrechts darstellen, die im Gesamtzusammenhang des durch die Richtlinie eingeführten gemeinsamen Mehrwertsteuersystems zu sehen sind" (vgl. EuGH-Urteil vom 5. Juni 1997 Rs. C-2/95, SDC, Slg. 1997, I-3017, Umsatzsteuer-Rundschau --UR-- 1998, 64, Rn. 21). Dies könnte einem Rückgriff auf die bürgerlich-rechtliche Bestimmung des Begriffs "Vermitteln" entgegenstehen.
- 56 Zudem sind die nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 5 der Richtlinie 77/388/EWG befreiten Umsätze durch die Art der erbrachten Dienstleistungen und nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert (vgl. EuGH-Urteil in Slg. 1997, I-3017, UR 1998, 64, Rn. 32, 48). Dies spricht dafür, dass § 4 Nr. 8 Buchst. f UStG auch auf die von der Antragstellerin aufgrund des Kapitalvermittlungsvertrages vom ... als Untervertreterin der R-KG ausgeführten Umsätze anwendbar ist.
- 57 Der BFH erklärt mithin zum Anteilsvermittler, bezüglich Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 5 der Richtlinie 77/388/EWG von den Vorgaben der *Inhaltsbestimmung* auszugehen, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben und die oben dargelegt wurden. Und auch der BFH erklärt in Übereinstimmung mit der von ihm in Bezug genommenen Rechtsprechung des EuGH zum Anteilsvermittler ausdrücklich, dass die nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 5 der Richtlinie 77/388/EWG befreiten Umsätze durch die Art der erbrachten Dienstleistungen und nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert seien.

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

94) EuGH 28.03.1996 – Rs. C-468/93 (Gemeente Emmen), Slg. 1996, I-1721 Rdn. 19 u.H.a. EuGH 13.07.1989 – Rs. C-173/88 (Heriksen), Slg. 1989, I-2763 Rdn. 20

95) BFH 25.06.1999 - V B 51/99, BFH/NV 1999, 1529, 1530

a2) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

- 58 Was im übrigen die Kreditvermittler-Entscheidung des BFH vom 09.10.2003⁹⁶⁾ betrifft, so ist diese nicht zum Anteilsvermittler sondern zum Kreditvermittler und damit nicht zu Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 5 der Richtlinie 77/388/EWG ergangen, so dass auf diese deshalb an dieser Stelle nicht einzugehen ist. Wenn der BFH in dieser Entscheidung im übrigen meint, für das Vorliegen einer Vermittlungsleistung reiche es nicht aus, dass der leistende Unternehmer im Auftrag eines Dritten das Erforderliche tue, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ist dies für den von ihm in diesem Zusammenhang angesprochenen *Kreditvermittlungsvertrag* an dieser Stelle nicht zu kommentieren. Denn für den Anteilsvermittler hat sowohl der EuGH wie auch zuvor der BFH nur auf die Art der erbrachten Leistung abgestellt und nicht darauf, für wen sie erbracht werde. Und wenn der BFH weiter ausführt, in der SDC-Entscheidung sei es nicht um Vermittlungsleistungen gegangen – diese sei erst in der CSC-Entscheidung konkretisiert worden -, so ist hierzu folgendes anzumerken: Entgegen dem BFH hat der EuGH in seiner CSC-Entscheidung nicht etwa darauf abgestellt, wem gegenüber die Leistung erbracht wird, sondern auf seiner in Bezug genommenen SDC-Entscheidung aufgebaut.

a3) BFH 23.10.2003 – V R 68/01, BStBl. II 2003, 618

- 59 In der Entscheidung des BFH⁹⁷⁾ vom 23.10.2003 geht dieser im Hinblick auf Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 5 der Richtlinie 77/388/EWG von der oben dargelegten CSC-Entscheidung des EuGH⁹⁸⁾ aus, und führt aus:
- 60 „Demnach liegt --bei der Beteiligung von Kapitalanlegern an Emissionsgesellschaften-- eine "Vermittlung der Umsätze von Anteilen an Gesellschaften" i.S. des § 4 Nr. 8 Buchst. f UStG 1993 nur vor, wenn eine Mittelsperson der Gesellschaft oder dem zukünftigen Gesellschafter die Gelegenheit zum Abschluss des Vertrags über den Erwerb eines Gesellschaftsanteils nachweist oder sonst das Erforderliche tut, damit der Vertrag über den Erwerb der Gesellschaftsanteile zustande kommt.“⁹⁹⁾

b) Fachschrifttum

- 61 *Heidner*¹⁰⁰⁾ verweist im Zusammenhang mit Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL auf die Entscheidung des BFH vom 25.06.1999,¹⁰¹⁾ und meint, der BFH halte es für denkbar, dass die Vermittlung i.S.d. § 4 Nr. 8f) UStG auch die Tätigkeit von Untervermittlern umfasse, die nicht mit beiden Parteien des vermittelten Vertrages unmittelbar verhandelten. Soweit *Klenk*¹⁰²⁾ u.H.a. auf die BFH-Rechtsprechung zum Kreditvermittler meint, eine umsatzsteuerfreie Vermittlung von Gesellschaftsanteilen liege nur vor, wenn die Vermittlungsleistung an die Gesellschaft oder den Gesellschafter erbracht werde, so wird gleich mehreres verkannt:

96) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

97) BFH 23.10.2003 – V 68/01, BStBl. II 2003, 618, 619

98) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237

99) BFH 23.10.2003 – V 68/01, BStBl. II 2003, 618, 620

100) *Heidner* in: Bunjes/Geist, UStG, 7. Aufl. 2003, § 4 Nr. 8 Rdn. 30

101) BFH 25.06.1999 - V B 51/99, BFH/NV 1999, 1529, 1530 = UR 1999, 416

102) *Klenk* in: Söch/Ringleb, UStG, Stand: 09/2003, § 4 Nr. 8f) , Rdn. 86

- 62 - Bezüglich der Frage der Umsatzsteuerfreiheit von Vertriebsprovisionen des Anteilsvermittlers ist keine Gleichstellung zum Kreditvermittler erlaubt, weil für beides unterschiedliche gesetzliche Vorgaben in der Richtlinie und im nationalen Recht bestehen und zum Anteilsvermittler eine eigenständige Rechtsprechung von EuGH und BFH vorhanden ist.
- 63 - Wegen des Anwendungsvorranges von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL gegenüber dem nationalen Recht ist für den Anteilsvermittler von dieser Vorgabe auszugehen. Auch hier ist ein analoger Verweis auf den Kreditvermittler nicht angebracht.
- 64 - Die *Inhaltsbestimmung* der Bedingungen der Steuerbefreiung in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL obliegt mit oben Ausgeführtem alleine dem EuGH, folglich nicht der Rechtsprechung nationaler Gerichte. Die Meinung von *Klenk* läßt diesen Umstand unberücksichtigt.
- 65 - Der Wortlaut von Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH erfordern es – wie dargelegt – gerade nicht, dass die Vermittlungsleistung der Gesellschaft oder dem Gesellschafter gegenüber erbracht werden muss. Es kommt vielmehr alleine auf die tatsächliche Art der Leistung als Vermittlungsleistung an und nicht, wem gegenüber sie rechtlich erbracht wird.
- 66 - Und die dargelegte Rechtsprechung des BFH zum Anteilsvermittler orientiert sich ebenfalls an Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH.
- 67 *Birkenfeld*¹⁰³⁾ weist in Übereinstimmung mit der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass die in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL befreiten Umsätze durch die *Art* der erbrachten Leistung bestimmt seien und nicht durch den Erbringer oder den Empfänger der Leistung. Auf die Frage, wie die begünstigte Leistung erbracht werde, komme es nicht an. Dienstleistungen, die sich auf Umsätze im Zusammenhang mit Aktien und Gesellschaftsanteilen beziehen, könnten ebenfalls steuerfrei sein, wenn sie für die befreiten Umsätze wesentlich seien. *Birkenfeld* befindet sich mit seiner Meinung in Übereinstimmung mit der dargestellten Rechtsprechung des EuGH. *Lohse*¹⁰⁴⁾ weist ebenfalls in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH darauf hin, dass die in Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL befreiten Umsätze durch die *Art* der erbrachten Leistung bestimmt seien und nicht durch den Erbringer oder den Empfänger der Leistung. Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL enthielten keine Bezugnahme auf den Erbringer oder Empfänger der Leistung. Folglich seien personenbezogene Elemente nicht zu berücksichtigen. Auch komme es nicht darauf an, ob die Leistung von einem Unternehmen erbracht werde, das mit den Personen, denen gegenüber es tatsächlich vermittele, in einer rechtlichen Beziehung stehe.¹⁰⁵⁾ *Lohse/Madle*¹⁰⁶⁾ meinen, die neuen Auslegungsgrundsätze des BFH aus seiner Kreditvermittlerentscheidung würden in Anbetracht der vom BFH vorgenommenen richtlinienkonformen Auslegung „für alle Vermittlungen von Wertpapieren, Zahlungsmitteln, Gesellschaftsanteilen, Bürgschaftsübernahmen ...“ gelten. In der Tat ist in der Praxis bereits festzustellen, daß in der Finanzverwaltung dieses Verständnis besteht. Es wird aber aufgrund des bisher Ausgeführten deutlich, daß die Übertragung der Kreditvermittlerentscheidung des BFH auch auf andere Vermittlungsfälle allenfalls eine belastende Analogie darstellt und zudem die vom BFH

103) *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 24 Rz. 335 f.

104) *Lohse* in: Rau/Dürrwächter, Umsatzsteuergesetz, Stand: 03/1999, 6. MwSt.-RL Art. 13 Seite 20 f.

105) *Lohse* in: Rau/Dürrwächter, Umsatzsteuergesetz, Stand: 03/1999, 6. MwSt.-RL Art. 13 Seite 21

106) *Lohse/Madle* DStR 2004, 933, 934

vorgenommene richtlinienkonforme Auslegung grundlegend den dargestellten Inhalt der EuGH - Entscheidungen verkennt, auf die er sich bezieht.

c) Finanzverwaltung

- 68 Nimmt man mithin das oben zum Europäischen Gemeinschaftsrecht und zur EuGH-Rechtsprechung Ausgeführten zur Kenntnis, dann geht das BMF in seinem Schreiben vom 13.12.2003¹⁰⁷⁾ unzutreffenderweise davon aus, aufgrund der Kreditvermittler-Entscheidung des BFH¹⁰⁸⁾ sei der Begriff „Vermittlung“ in § 4 UStG einheitlich auszulegen, so daß die Aussagen des BFH zur Kreditvermittlung einfach auf Vertriebsprovisionen auch aus Anteilsvermittlung übertragen werden könnten. Denn das BMF übergeht die oben schon angesprochene Aussage des EuGH aus dessen CSC-Entscheidung zum Anteilsvermittler,¹⁰⁹⁾ dass er die genaue Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ für Art. 13 B. d) Nr. 1 - 4 RiL 77/ 88/EWG gerade *nicht abschließend entscheiden* müsse.
- 69 Bezüglich der Bestandspflege, die Fondsgesellschaften Banken vergüten, welche Anteilsvermittlung auf Provisionsbasis betreiben, ist hier nur eine Verfügung der OFD Frankfurt/Main vom 08.04.2003 bekannt.¹¹⁰⁾ Dort ist nicht von Bestandspflegeprovision sondern von Kontinuitätsprovision die Rede. Die OFD Frankfurt weist ihre Finanzämter an, die Meinung zu vertreten, es handle sich nicht um eine unselbständige Nebenleistung sondern um eine steuerpflichtige sonstige Leistung. Als Grund gibt sie an, Ziel der Leistung, die damit vergütet werde, sei die Einflußnahme auf Kunden, ihre Anteile zu halten. Der Zusammenhang mit der vorhergehenden Vermittlung sei von untergeordneter Bedeutung. Damit bleibt aber nicht erklärbar, warum die Bestandspflege von Versicherungsmaklern nach dem BMF¹¹¹⁾ umsatzsteuerfrei sein soll, nach Meinung der OFD Frankfurt¹¹²⁾ bei der Anteilsvermittlung dagegen nicht. Hinzu kommt, daß mit oben Ausgeführten die Bindung bzw. Betreuung von Anlegern sehr wohl im Hinblick auf die Vertragsbeziehungen zum Auftraggeber und die dort als Hauptleistung vereinbarte Anteilsvermittlung einen Bezug zur Anteilsvermittlung und deren Optimierung haben kann, so daß die Bestandspflege auf der vorhergehenden Vermittlung aufbaut, wenn z.B. nur die Anleger sollen gepflegt werden, denen man zuvor Anteile vermittelt hatte.

3. Zwischenergebnis

- 70 Gleicht man den Wortlaut des Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL und die dazu sowie zur Inhaltsbestimmung der Steuerbefreiung ergangene Rechtsprechung des EuGH mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ab, so ergibt sich folgendes Ergebnis, gemessen am europäischen Gemeinschaftsrecht:
- 71 Wird eine Anteilsvermittlungstätigkeit - ob ohne oder mit angebundenen Untervermittlern - ausgeübt, dann bewirkt der Anteilsvermittler ebenso wie angebundenen Untervermittler das Erfor-

107) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04

108) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

109) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 38

110) OFD Frankfurt/Main 08.04.2003 – S – 7160e A – 1 – St/22

111) BMF 28.02.2000 – IV D 2 – S 7167 – 2/00, UR 2000, 219; so auch *Heidner* in: Bunjes/Geist, UStG, 7. Aufl. 2003, § 4 Nr. 11 Rdn. 4

112) OFD Frankfurt/Main 08.04.2003 – S – 7160e A – 1 – St/22

derliche, damit zwischen Dritten ein Anteilsvermittlungserfolg zustande kommt. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung von EuGH zu Art. 13 B. lit. d) Ziff. 5 der 6. MwSt.-RiL und des BFH zu § 4 Nr. 8f) UStG ermöglicht dies eine Umsatzsteuerfreiheit der Vertriebsprovisionen, wenn es sich

- um einen wesentlichen Beitrag zum Vermittlungserfolg handelt und
- die Tätigkeit (Unter-)Vermittlers nicht als Sacharbeit einzustufen ist.

72 Denn mit dem EuGH ist davon auszugehen, dass für eine Umsatzsteuerfreiheit die *Art* der Leistung maßgeblich ist (hier Vermittlungsleistung) und nicht, ob die Partei, der gegenüber sie erbracht wird, Vertragspartei des vermittelten Geschäftes ist, wie es auch nicht darauf ankommt, in welcher Art und Weise die Vermittlungstätigkeit ausgeübt wird.

VI. Die umsatzsteuerliche Würdigung von Vertriebsprovisionen bei Kreditvermittlung nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

1. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG - Kreditvermittlung

a) Regelungsgegenstand des Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG

73 Der Wortlaut des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG erfasst auch die Kreditvermittlung durch Handelsvertreter oder Makler. Der Wortlaut gibt jedoch keine Anhaltspunkte, welche Anforderungen an eine umsatzsteuerfreie Kreditvermittlung gestellt werden. Mangels solcher Anhaltspunkte scheidet auch eine Auslegung des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG aus. Folglich bedarf es einer *Inhaltsbestimmung* des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG. Mit dem oben Ausgeführten ist die Inhaltsbestimmung einer Richtlinie alleine dem EuGH vorbehalten. Es ist folglich weder der BFH noch ein FG oder die Finanzverwaltung befugt, an Stelle des EuGH bzw. unter Ausblendung dessen eine Inhaltsbestimmung nach eigenem Grundverständnis vorzunehmen. Und es ist weder dem BFH, einem FG noch der Finanzverwaltung gestattet, im Rahmen einer vermeintlich richtlinienkonformen Auslegung der deutschen Norm des § 4 Nr. 8 a) UStG das eigene nationale Rechtsverständnis in das Kleid einer richtlinienkonformen Auslegung zu packen.¹¹³⁾ Denn dabei wird folgendes oben bereits Ausgeführte verkannt:

74 (1) Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG hat Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht und damit vor § 4 Nr. 8 a) UStG.

75 (2) Die Auslegung und Inhaltsbestimmung von Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG ist ausschließlich dem EuGH vorbehalten.

76 (3) Eine richtlinienkonforme Auslegung betrifft die Auslegung einer nationalen Vorschrift im Sinne der Richtlinie und nicht die Auslegung der Richtlinie. Um folglich eine richtlinienkonforme Auslegung z.B. des § 4 Nr. 8 a) UStG vorzunehmen, müßten zunächst eine ausreichende Inhaltsbestimmung des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG durch den EuGH vorliegen.

77 Es stünde mithin damit im Widerspruch, seitens des BFH, eines FG oder eines Finanzamtes das eigene Rechtsverständnis vom Inhalt des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG vorzugeben, wenn/soweit keine Inhaltsbestimmung durch den EuGH vorgegeben ist, weil dies im

113) So z.B. *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 09/2003, § 4 Nr. 8 (Buchst. a), Rdn. 17 ff.

Ergebnis dazu führen würde, dass nationale Institutionen eine Inhaltsbestimmung einer Richtlinie vornehmen würden, die alleine dem EuGH vorbehalten ist. Und da Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG zur Definition der „Vermittlung“ bei Kreditvermittlung nichts sagt, ist diesbezüglich auch keine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Norm möglich.¹¹⁴⁾ Folglich ist es falsch, im Hinblick auf Fragen der Inhaltsbestimmung von Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend den Kreditvermittler sich mit EuGH-Rechtsprechung zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend den Anteilsvermittler zu beschäftigen, wie dies in der Kreditvermittlerentscheidung des BFH,¹¹⁵⁾ im Schreiben des BMF vom 13.12.2004¹¹⁶⁾ und vereinzelt im Fachschrifttum geschieht.¹¹⁷⁾

b) EuGH

- 78 Da mit zuvor Ausgeführtem die *Inhalte* von Bedingungen der Steuerbefreiung in Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL nicht vom Mitgliedstaat und folglich auch nicht von nationalen Behörden oder Gerichten bestimmt werden dürfen, sondern alleine vom EuGH, kommt es maßgeblich auf dessen Rechtsprechung an. An dessen Rechtsprechung haben sich Mitgliedstaaten und damit deren Behörden und Gerichte zu orientieren. Folglich ist nachfolgend zu klären, ob der EuGH zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL sich geäußert hat.
- 79 In CSC-Entscheidung des EuGH¹¹⁸⁾ geht es zwar primär um den Anteilsvermittler und nicht um den Kreditvermittler. Allerdings tätigt der EuGH beiläufig zum Kreditvermittler und damit zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL folgende Aussage:
- 80 „Ohne dass die Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ ermittelt werden müßte, der auch in anderen Bestimmungen der Sechsten Richtlinie, und zwar in Art. 13 Teil B Buchstabe b Nr. 1 bis 4, auftaucht, ist festzustellen, dass sich dieser Begriff im Rahmen der Nummer 5 auf eine Tätigkeit bezieht“
- 81 Es wird folglich deutlich, dass der EuGH die Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ alleine für den Anteilsvermittler gemäß zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL behandelt hat, nicht aber für den Kreditvermittler im Hinblick auf Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL. Der vereinzelt im deutschen Fachschrifttum¹¹⁹⁾ erweckte Eindruck, aus der CSC-Entscheidung lasse sich für die Definition der Vermittlertätigkeit eines Kreditvermittlers etwas ableiten, ist folglich unzutreffend.
- 82 Diesseits ist keine EuGH-Entscheidung bekannt, die eine Inhaltsbestimmung dessen zum Gegenstand hätte, was unter der „Vermittlung von Krediten“ i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL zu verstehen ist. Dies führt mit dem zuvor Ausgeführten zu folgenden Feststellungen:
- 83 - Eine diesbezügliche fehlende Inhaltsbestimmung durch den EuGH darf nicht auf nationaler Ebene durch den BFH vorgenommen werden.
- 84 - Eine diesbezügliche fehlende Inhaltsbestimmung durch den EuGH zur „Vermittlung von Krediten“ i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL darf seitens des BFH und der Finanzverwaltung nicht dadurch „ersetzt“ werden, dass man statt dessen auf die Recht-

114) a.A. anscheinend *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 09/2003, § 4 Nr. 8 (Buchst. a), Rdn. 18

115) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

116) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04

117) So z.B. *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 09/2003, § 4 Nr. 8 (Buchst. a), Rdn. 18

118) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39

119) z.B. *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, Stand: 09/2003, § 4 Nr. 8 (Buchst. a), Rdn. 18

sprechung des EuGH betreffend die Inhaltsbestimmung der „Vermittlung“ beim Anteilsvermittler des Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL zurückgreift.

- 85 - Mangels einer Inhaltsbestimmung des EuGH zur „Vermittlung von Krediten“ i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL ist auch keine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG möglich, da es an konkreten Vorgaben des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL fehlt.
- 86 - Und ist eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG mangels einer Inhaltsbestimmung des EuGH zur „Vermittlung von Krediten“ i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL nicht möglich, dann wäre ein FG bzw. der BFH mit oben Ausgeführtem gehalten, dem EuGH gemäß Art. 234 EG, 101 Abs. 1 Satz 2 GG vorzulegen, um den EuGH zur entsprechenden Inhaltsbestimmung zu veranlassen. Dies seitens des BFH in seiner Kreditvermittlerentscheidung¹²⁰⁾ unterlassen zu haben, begründete einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Es verwundert daher nicht, daß gegen die Kreditvermittlerentscheidung des BFH Verfassungsbeschwerde erhoben wurde.¹²¹⁾

2. Deutsche Sichtweise im Hinblick auf § 4 Nr. 8 a) UStG

- 87 In der Kreditvermittlerentscheidung des BFH vom 09.10.2003¹²²⁾ ist der BFH wie folgt vorgegangen und hat dabei gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen:
- 88 (1) Der BFH stellt zunächst fest, § 4 Nr. 8 a) UStG habe Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL in nationales Recht transformiert. Dies ist zutreffend.
- 89 (2) Daraus aber seitens des BFH die Schlussfolgerung zu ziehen, folglich sei § 4 Nr. 8 a) UStG richtlinienkonform auszulegen, ist unzutreffend, weil mit zuvor ausgeführtem Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL zur „Vermittlung von Krediten“ keine ausreichend konkreten Vorgaben liefert. Folglich bedarf es zunächst einer Inhaltsbestimmung der „Vermittlung von Krediten“ in Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL, um damit ausreichend konkrete Vorgaben für eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts in § 4 Nr. 8 a) UStG zu liefern. Folglich hätte der BFH dem EuGH gemäß Art. 234 Abs. 3 EG, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vorlegen müssen und nicht selbst entscheiden dürfen. Schon wegen dieser Gemeinschaftswidrigkeit der Entscheidung des BFH kann diese keine Vorgabe sein, an der sich eine Orientierung für § 4 Nr. 8 a) UStG festmachen könnte. Macht ungeachtet dessen die Finanzverwaltung die Kreditvermittlerentscheidung des BFH¹²³⁾ zum Maßstab ihres Handelns - wie im BMF-Schreiben vom 13.12.2004¹²⁴⁾ geschehen -, besteht die Möglichkeit, dies vor dem FG zu beanstanden, um das FG zur Vorlage an den EuGH (Art. 234 Abs. 2 EG, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) zu veranlassen. Würden letztlich FG und BFH eine Vorlage verweigern, blieben 2 Alternativen:
- 90 - Im Anschluß an den BFH könnte Verfassungsbeschwerde zum BVerfG wegen Versagung des EuGH als gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) erhoben werden.¹²⁵⁾

120) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

121) BVerfG 1 BvR 28/05. Dazu *Hamacher*, Der Vermittlungsbegriff in § 4 Nr. 8 UStG – Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BFH vom 09.10.2003 (wird demnächst in UR 2005 veröffentlicht)

122) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

123) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

124) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04

125) BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749

- 91 - Es könnte gegen die Bundesrepublik Deutschland ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch gerichtlich geltend gemacht werden.¹²⁶⁾
- 92 In Anbetracht der Vorlagenotwendigkeit, die seitens des BFH unterblieben ist, und der bisher fehlenden Inhaltsbestimmung des EuGH zur „Vermittlung von Krediten“ in Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL lässt sich allerdings derzeit nicht mit Bestimmtheit sagen wie eine solche Inhaltsbestimmung durch den EuGH ausfallen würde.
- 93 (1) Es geht bei Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL um eine alleine vom EuGH vorzunehmende, bisher aber nicht vorgenommene, Inhaltsbestimmung der „Vermittlung von Krediten“. Diese durfte der BFH in seiner Kreditvermittlerentscheidung¹²⁷⁾ nicht dadurch umgehen, indem er den Begriff der „Vermittlung“ aus der Rechtsprechung des EuGH zum Anteilsvermittler betreffend Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL ableitete. Diese Analogie einer Inhaltsbestimmung ist alleine dem EuGH vorbehalten, wie ja der EuGH – wie oben bereits verdeutlicht – sich in der vom BFH in Bezug genommenen CSC-Entscheidung *ausdrücklich* zum Begriff der „Vermittlung“ bezüglich Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL *nicht* geäußert hat. Der BFH hatte folglich nicht die Kompetenz, den Punkt einer Inhaltsbestimmung des EuGH, den dieser im Hinblick auf Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL hat dahingestellt sein lassen, in eigener Entscheidung statt des EuGH selbst vorzunehmen.
- 94 (2) Wenn dann der BFH postuliert, für eine Vermittlungsleistung reiche es nicht aus, dass der leistende Unternehmer im Auftrag eines Dritten das erforderliche tue, damit zwei Parteien einen Kreditvertrag abschließen, es hätte vielmehr ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Vermittler und dem Kreditgeber oder dem Kreditnehmer zugrunde liegen müssen, dann ist dran folgendes zu beanstanden:
- 95 - Aus § 4 Nr. 8 a) UStG ist solches nicht zu entnehmen, so dass diese Meinung des BFH gegen die in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vorranges, Vorbehaltes des Gesetzes und der Gesetzesbindung verstößt.
- 96 - Mit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG lässt sich dies aus vorgenannten Gründen ebenfalls nicht begründen, weil Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL solches nicht ausweist und es keine Rechtsprechung des EuGH betreffend einer Inhaltsbestimmung des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL gibt, die solches hergibt. Und dass der BFH nicht die fehlende Inhaltsbestimmung des EuGH zur „Vermittlung“ bezüglich Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL durch eine eigene belastende analoge Anwendung der EuGH-Rechtsprechung zum Anteilsvermittler betreffend Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL ersetzen kann, wurde zuvor schon begründet.

3. Zwischenergebnis

- 97 Dies alles wird nicht nur vom BFH in seiner Kreditvermittler-Entscheidung¹²⁸⁾ verkannt, sondern auch vom deutschen Fachschrifttum, soweit es auf diese BFH-Entscheidung als Maßstab für § 4 Nr. 8 a) UStG abstellt.¹²⁹⁾ Und soweit das BMF in seinem Schreiben vom 13.12.2004¹³⁰⁾ von

126) EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539

127) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

128) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

129) *Lohse/Madde* DStR 2004, 933 ff.

130) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04

einer Umsatzsteuerpflicht von Vertriebsprovisionen ausgeht, steht auch diesem im Widerspruch zu dem zuvor ausgeführten.

VII. Die umsatzsteuerliche Würdigung von Vertriebsprovisionen bei Versicherungsvermittlung nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

1. Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG - Versicherungsvermittlung

a) Regelungsgegenstand des Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG

- 98 Von der Umsatzsteuer befreit sind Versicherungs- und Rückversicherungsumsätze sowie dazugehörige Dienstleistungen. Es ist folglich nicht von einer Vermittlungstätigkeit die Rede. Diese Dienstleistungen müssen allerdings von Versicherungsmaklern und –vertretern erbracht werden. Wer dazu gehört, kann der Richtlinie 77/92/EWG vom 13.12.1976 über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des Dienstleistungsverkehrs entnommen werden.¹³¹⁾ Und dort werden unter Art. 2 Abs. 1 der RiL 77/92/EWG genannt:
- 99 lit. a) „die Berufstätigkeit von Personen, die zum Zweck der Herstellung eines Versicherungs- oder Rückversicherungsschutzes als Vermittler zwischen Versicherungsnehmern und frei von ihnen gewählten Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen auftreten, den Abschluss von Versicherungsunternehmen vorbereiten und gegebenenfalls bei ihrer Verwaltung und Erfüllung insbesondere im Schadensfall mitwirken;
- 100 lit. b) die Berufstätigkeit von Personen, die aufgrund eines oder mehrerer Verträge oder von Vollmachten damit betraut sind, im Namen oder für Rechnung oder nur für Rechnung eines oder mehrerer Versicherungsunternehmen Versicherungsverträge anzubieten, vorzuschlagen und vorzubereiten oder abzuschließen oder bei deren Verwaltung und Erfüllung, insbesondere im Schadensfall, mitzuwirken;
- 101 lit. c) die Tätigkeit von Personen, die nicht unter den Buchstaben a) und b) fallen, jedoch für Rechnung der dort genannten Personen handeln und insbesondere mit der Durchführung von einzuführenden Arbeiten, der Vorlage der Versicherungsverträge oder der Einziehung der Prämien beauftragt sind, ohne dass sie dadurch Verpflichtungen gegenüber oder von der Öffentlichkeit übernehmen.“
- 102 Und in Deutschland werden damit „*insbesondere*“ folgende Tätigkeiten angesprochen:
- zu lit. a): In Art. 2 Abs. 2a) der RiL 77/92/EWG Versicherungsmakler, Rückversicherungsmakler;
- zu lit. b): In Art. 2 Abs. 2b) der RiL 77/92/EWG Versicherungsvertreter;
- zu lit. c): In Art. 2 Abs. 2c) der RiL 77/92/EWG Gelegenheitsvermittler, Inkassant.
- 103 Aus Art. 2 Abs. 1 lit. a) der RiL 77/92/EWG wird deutlich, daß für eine Vermittlungstätigkeit es nicht erforderlich ist, daß der Vermittler in einer Rechtsbeziehung zum Versicherer oder Versicherten stehen müsse.

131) Generalanwalt *Fennelly* EuGH 11.06.1998 – Rs. C-349/96 (CPP). Slg. 1999, I-973 Nr. 5

b) EuGH

b1) CPP-Entscheidung

- 104 Dieser Entscheidung des EuGH¹³²⁾ vorangegangen war die von Generalanwalt *Fennelly* aufgeworfene Frage, wann eine Vermittlungsleistung i.S.d. Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG durch Versicherungsmakler und -vertretern vorliege.
- 105 In der Entscheidung CPP¹³³⁾ ging es um die Frage, ob es für die Umsatzsteuerfreiheit darum gehe, ob ein Unternehmen, das im Zuge der Ausgabe von Kreditkarten auch Versicherungsschutz eines Versicherers verschaffte, bezüglich der Versicherungsleistung zum Kunden in einem Vertragsverhältnis stehen müsse oder ob es ausreichend sei, dass die Leistung darin begrenzt sei, dem Kunden die „Vermittlung der Bereitstellung von Versicherungen“ zu erbringen, wobei letzteres nur eine Teilleistung eines Dienstleistungspaketes war. Generalanwalt *Fenelly* vertrat dazu folgende Auffassung:
- 106 Die Befreiung erfasse nur Dienstleistungen von Versicherungsmaklern und -vertretern.¹³⁴⁾ Es sei zwar nicht erkennbar, welche Vorstellungen der Gemeinschaftsgesetzgeber in Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG dem „Versicherungsmakler und -vertreter“ beigemessen habe, es sei jedoch von der RiL 77/92/EWG auszugehen. Diese enthalte jedoch keine Hinweise, dass auch eine juristische Person, die einem Versicherungsmakler Versicherungspolizen zugunsten ihrer Kunden bereit stelle, als „Versicherungs“ „vertreter“ oder „makler“ zu betrachten wären. Immerhin sei in RiL 77/92/EWG kein allgemeiner Ausdruck wie z.B. der eines Versicherungs„vermittlers“ gebraucht worden, womit Personen beschrieben worden wären, die aufgrund beruflicher Tätigkeit Versicherungsunternehmen und Versicherungsverwerber umfaßt hätten. Folglich könne ein Unternehmen wie das der Klägerin nicht als Versicherungsmakler oder -vertreter angesehen werden. Andernfalls würde die in Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG vorgenommene Befreiung „dazugehöriger Dienstleistungen“ auf Versicherungsmakler und -vertreter bedeutungslos, „wenn jeder beliebige Vermittler, der nebenbei auch Versicherungen arrangiert, alleine deswegen unter diese Definition fiele.“¹³⁵⁾
- 107 Der EuGH¹³⁶⁾ hat die vorgenannten Fragen nicht beantwortet, weil aufgrund der Besonderheiten des Falles das dortige Unternehmen als Nehmerin einer Gruppenversicherung angesehen hatte; denn das Unternehmen habe den Kunden zugesagt, das Erforderliche zu veranlassen, damit ein Dritter Versicherungsschutz erbringe. Besagtes Unternehmen habe auf eigene Rechnung Versicherungsschutz durch Einschaltung eines Versicherers verschafft.¹³⁷⁾ Folglich bedürfe es nicht der Beantwortung der Frage, ob die Ausübung der Tätigkeit eines Versicherungsvertreters i.S.d. Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG gegeben sei.¹³⁸⁾

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

133) Generalanwalt *Fennelly* EuGH 11.06.1998 – Rs. C-349/96 (CPP). Slg. 1999, I-973 Nr. 13 f.

134) Generalanwalt *Fennelly* EuGH 11.06.1998 – Rs. C-349/96 (CPP). Slg. 1999, I-973 Nr. 28

135) Generalanwalt *Fennelly* EuGH 11.06.1998 – Rs. C-349/96 (CPP). Slg. 1999, I-973 Nr. 32

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

137) EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/96 (CPP). Slg. 1999, I-973 Rdn. 22

138) EuGH 25.02.1999 – Rs. C-349/96 (CPP). Slg. 1999, I-973 Rdn. 24; so auch später EuGH 08.03.2001 – Rs. C-240/99 (Skandia) Slg. 2001, I-1951 Rdn. 38 - 39

b2) Skandia-Entscheidung

- 108 In dieser Entscheidung¹³⁹⁾ ging es nur am Rande um von Versicherungsmaklern und -vertretern erbrachte Dienstleistungen i.S.d. Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG. Generalanwalt *Saggio*¹⁴⁰⁾ führte dazu beiläufig aus:
- 109 „Für den Begriff des Versicherungsmaklers und –vertreters läßt sich auf die Richtlinie 77/92/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 über Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für die Tätigkeit des Versicherungsagenten und des Versicherungsmaklers (aus ISIC-Gruppe 630), insbesondere Übergangsmaßnahmen für solche Tätigkeit (ABl. L 26, Seite 14), sowie auf die Empfehlung 92/48/EWG der Kommission vom 18. Dezember 1991 über Versicherungsvermittler (ABl. L 19, S. 32) verweisen. Aus ihnen geht hervor, daß die Makler und die Vermittler im Allgemeinen eine berufliche Tätigkeit ausüben, die darin besteht, Interessenten und Versicherungsunternehmen zum Zweck des Abschlusses von Versicherungsverträgen miteinander in Verbindung zu bringen oder die Öffentlichkeit mit Versicherungsprodukten bekannt zu machen oder auch Prämien einzuziehen. In allen Fällen tritt jedoch deutlich zu Tage, daß ein wesentliches Merkmal dieser Tätigkeit darin besteht, eine unmittelbare Beziehung zu den Versicherten herzustellen.“
- 110 Es wird mithin deutlich, daß nach Meinung von Generalanwalt *Saggio* die Tätigkeit eines Maklers bzw. Vermittlers bei Versicherungen darin besteht, unmittelbare Beziehungen zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer herzustellen. Nicht gefordert wird dazu, daß der Makler bzw. Vermittler dazu in einer Rechtsbeziehung zum Versicherer oder Versicherungsnehmer stehen müsse, sondern lediglich, daß zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer Vertragsbeziehungen hergestellt werden.
- 111 In der Skandia-Entscheidung des EuGH hatte ein Versicherer die von ihm zu erbringenden Leistungen an eine Tochtergesellschaft ausgelagert, so daß es zu Vertragsbeziehungen der Tochtergesellschaft und Versicherungsnehmern kam. Deshalb iudizierte der EuGH, da zwischen dem Versicherer und den Kunden der Tochtergesellschaft als Versicherungsnehmer keine Vertragsbeziehungen bestünden, tätige der Versicherer keine umsatzsteuerfreien Umsätze.¹⁴¹⁾ Im Hinblick auf Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG setze eine Versicherungsumsatz „seinem Wesen nach eine Vertragsbeziehung zwischen dem Erbringer der Versicherungsdienstleistung und der Person, deren Risiken von der Versicherung gedeckt werden, d.h. dem Versicherten, voraus.“¹⁴²⁾
- 112 In der Skandia-Entscheidung ging folglich um die Notwendigkeit einer Vertragsbeziehung zwischen Versicherer und Versichertem, es ging nicht um die Notwendigkeit einer rechtlichen Anbindung eines Makler bzw. Vermittlers an den Versicherer bzw. Versicherten.

b3) Taksatorringen-Entscheidung

- 113 In dieser Entscheidung¹⁴³⁾ ging es u.a. um die Frage, wann von einem Versicherungsmakler bzw. -vertreter auszugehen sei. Es ging folglich u.a. darum, inwieweit die aus Art. 2 Abs. 1 lit. a) der RiL 77/92/EWG ersichtlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

139) EuGH 08.03.2001 – Rs. C-240/99 (Skandia) Slg. 2001, I-1951

140) Generalanwalt *Saggio* EuGH 26.09.2000 – Rs. C-240/99 (Skandia) Slg. 2001, I-1951 Nr. 19 FN 10

141) EuGH 08.03.2001 – Rs. C-240/99 (Skandia) Slg. 2001, I-1951 Rdn. 40

142) EuGH 08.03.2001 – Rs. C-240/99 (Skandia) Slg. 2001, I-1951 Rdn. 41

143) EuGH 20.11.2003 – Rs. C-8/01 (Taksatorringen), n.V.

- 114 Hierzu ist zunächst auf den Wortlaut des aus Art. 2 Abs. 1 lit. a) der RiL 77/92/EWG zu verweisen, wonach dort für eine Vermittlungstätigkeit nicht gefordert wird, daß der Vermittler in einer Rechtsbeziehung zum Versicherer oder Versicherten stehen müsse.
- 115 Der EuGH¹⁴⁴⁾ läßt zunächst einmal offen, ob die Begriffe „Versicherungsmakler“ oder „Versicherungsvertreter“ in Art. 2 Abs. 2 zu Abs. 1 lit. a) der RiL 77/92/EWG genau so auszulegen seien wie in Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG. Er ließ dies deshalb offen, weil die Beantwortung dieser Frage in der Taksatorring-Entscheidung nicht entscheidungserheblich war. Statt dessen verweist er für auf Art. 2 Abs. 1 lit. a) der RiL 77/92/EWG und führt aus, gefordert werde (lediglich),
- „eine Verbindung zwischen den Versicherungsnehmern und den Versicherungsunternehmen herzustellen und den Abschluss der Versicherungsverträge vorzubereiten.“¹⁴⁵⁾
- 116 Diese Entscheidung des EuGH läßt folglich für eine weitere Inhaltsbestimmung von Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG durch den EuGH in künftigen Fällen viel Raum.

2. Deutsche Sichtweise

a) Regelungsgegenstand

- 117 Die entgeltliche Verschaffung von Versicherungsschutz in § 4 Nr. 10b) UStG wird als Fall des Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG angesehen.¹⁴⁶⁾ Voraussetzung für § 4 Nr. 10b) UStG ist jedoch, dass der Unternehmer selbst einen Versicherungsvertrag z.B. zu Gunsten Dritter schließen muss, also selbst Versicherungsnehmer werden muss.¹⁴⁷⁾ Mit zuvor ausgeführtem ist zweifelhaft, ob dies mit Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG in Einklang steht.
- 118 Was ferner in diesem Zusammenhang die umsatzsteuerliche Einordnung der Bestandsprovision betrifft, handelt es sich dem Wortlaut nach um Umsätze aus der Tätigkeit als Versicherungsmakler (§ 4 Nr. 11 UStG). Zwar ist § 4 Nr. 11 UStG keine Transformationsnorm des Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG wie auch der Wortlaut des § 4 Nr. 11 UStG weiter gefaßt ist als der von Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG, aber es wäre nicht einsichtig, dass eine Bestandspflegeprovision nach deutschem Recht umsatzsteuerpflichtig sein soll, wenn sie mit oben Ausgeführtem gemeinschaftsrechtlich umsatzsteuerfrei sein könnte.

b) BFH

b1) BFH 29.06.1987 – X R 11/81, BStBl. II 1987, 867

- 119 Der BFH führt aus, durch § 4 Nr. 11 UStG würden nicht bestimmte Berufsgruppen begünstigt sondern bestimmte berufstypische bzw. charakteristische Tätigkeiten von Angehörigen bestimmter Berufsgruppen. Ein Versicherungsmakler (§ 93 HGB) müsse sich nicht selbst um die Vermittlung und den Abschluss von Geschäften bemühen.

144) EuGH 20.11.2003 – Rs. C-8/01 (Taksatorringen), n.V. Rdn. 45

145) EuGH 20.11.2003 – Rs. C-8/01 (Taksatorringen), n.V. Rdn. 45

146) *Rau/Dürrwächter*, UStG, Stand: 09/2002, § 4 Nr. 10 Rdn. 106

147) *Heidner* in: *Bunjes/Geist*, UStG, 7. Aufl. 2003, § 4 Nr. 10 Rdn. 5; *Klenk* in: *Rau/Dürrwächter*, UStG, Stand: 09/2002, § 4 Nr. 10 Rdn. 198

b2) BFH 29.01.1998 – V R 41/96, HFR 1998, 670

- 120 Der BFH schließt eine Umsatzsteuerfreiheit von Vermittlungsprovisionen gemäß § 4 Nr. 11 UStG nicht deshalb aus, weil ein Strukturvertrieb tätig sei. Dies begründet er mit der Rechtsprechung des BGH zum Handelsvertreter.

c) Finanzverwaltung

- 121 Im BMF-Schreiben vom 13.12.2004¹⁴⁸⁾ geht das BMF von einer Umsatzsteuerfreiheit von Vermittlungsprovisionen aufgrund von § 4 Nr. 11 UStG aus. Das BMF¹⁴⁹⁾ vertrat ferner zuvor schon die Auffassung, dass Versicherungsmaklern gezahlte Bestandspflegeprovision gemäß § 4 Nr. 11 UStG umsatzsteuerfrei sei, weil es sich um berufstypische Umsätze handele.

3. Zwischenergebnis

- 122 Die Umsatzsteuerfreiheit der Vermittlungsprovision gemäß § 4 Nr. 11 UStG entspricht der gemeinschaftsrechtlichen Würdigung gemäß Art. 13 B. lit. a) der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG.
- 123 Was die Bestandspflegeprovision betrifft, ist diese eine Nebenleistung, die steuerlich das Schicksal der Vermittlungsleistung teilt, wenn sie nach dem Gesamtbild als Nebenleistung einzuordnen ist. Nach nationalem Recht ist die Bestandspflegeprovision bei Versicherungsmaklern nach Meinung des BMF umsatzsteuerfrei, so dass auf die dargestellten verbleibenden gemeinschaftsrechtlichen Fragen nicht zurückgegriffen werden muss.

VIII. Die umsatzsteuerliche Würdigung von Geschäftsbesorgungsvertragsbeziehungen von Anbietern von Bausparverträgen nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

1. Europäisches Gemeinschaftsrecht

- 124 Art. 13 B. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG enthält für Umsätze i.V.m. Bausparverträgen keine gesonderte Befreiungsvorschrift, folglich auch keine, die in deutsches Recht zu transformieren gewesen wäre. Bedenkt man aber, daß Bausparkassen Kreditinstitute sind, die Einlagen von Bausparern entgegennehmen und ihnen Gelddarlehen gewähren (§ 1 Abs. 1 BausparkG), so stellt ein Bausparvertrag die Gewährung eines Bauspardarlehens dar (§ 1 Abs. 2 BausparkG). Die Vermittlung von Bausparverträgen ist folglich eine besondere Form der Kreditvermittlung, so daß gemeinschaftsrechtlich Art. 13 B. lit. d) 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG einschlägig wäre. Andererseits kann auch wegen der Vermittlung von Einlagengeschäft Art. 13 B. lit. d) 3. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG angesprochen sein. Diese Zusammenhänge werden in der Literatur nicht angesprochen und vom BFH wie folgt angedeutet:
- 125 „Dabei kann dahinstehen, ob der Kläger Kredite vermittelt hat (Steuerbefreiung nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 1 der Sechsten Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern 77/388/EWG --Richtlinie 77/388/EWG--) oder "Umsätze - einschließlich der Vermittlung - im Einlagengeschäft" getätigt hat (Steuerbefreiung nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Richtlinie 77/388/EWG; vgl. Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften --EuGH-- vom 11. Juli 1996 Rs. C-306/94 - Regie dauphinoise, Slg. 1996, I-3695). Nach der Proto-

148) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04

149) BMF 28.02.2000 – IV D 2 – S 7167 – 2/00, UR 2000, 219

kollerklärung 5 zu Art. 13 der Richtlinie 77/388/EWG werden die Tätigkeiten der Bausparkassenvertreter von Art. 13 Teil B Buchst. d dieser Richtlinie erfaßt.“¹⁵⁰⁾

- 126 Der deutsche Gesetzgeber hat systematisch einen abweichenden Weg gewählt. Er hat die Umsatzsteuerfreiheit von Umsätzen im Zusammenhang mit Bausparverträgen incl. deren Vermittlung nicht etwa bei der Kreditvermittlung (§ 4 Nr. 8a) UStG) angesiedelt, sondern gesondert unter § 4 Nr. 11 UStG. Da der deutsche Gesetzgeber sich aber sachlich nicht in Widerspruch zur 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG gestellt hat, sind daraus zunächst keine rechtlichen Folgerungen zu ziehen. Erst und nur dann, wenn es auf die Frage ankäme, ob die Umsatzsteuerfreiheit im Zusammenhang mit Bausparverträgen nach nationalem Recht in Frage stehen könnte, käme es darauf an, zu hinterfragen, ob und inwieweit dies dann im Einklang mit Art. 13 B. lit. d) 1. bzw. 3. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG stehen würde.

2. Deutsche Sichtweise

- 127 Intensiv thematisiert wird für den Bausparkassenvertreter (§ 92 Abs. 5 HGB), ob die Umsatzsteuerfreiheit erhaltener Provisionen gemäß § 4 Nr. 11 UStG in Frage stehen kann, wenn er im Strukturvertrieb mittels eingeschalteter Untervermittler tätig wird.

a) BFH

a1) BFH 29.01.1998 - V R 41/96, BFH/NV 1998, 1004

- 128 Der BFH iudiziert unter Übernahme der Rechtsprechung des BGH, daß dann, wenn eine zwischengeschaltete Person nach dem wirtschaftlichen Erscheinungsbild der Vermittlung von Bausparverträgen diene, sie als Bausparkassenvertreter zu beurteilen sei. Daran ändere sich nicht deshalb etwas, weil sie ihre Tätigkeit durch unechte Untervertreter ausübe, sofern sie nur zu Abschlüssen von Verträgen Beiträge leiste und sie fördere.

a2) BFH 09.07.1998 - V R 62/97, BStBl II 1999, 253

- 129 „1. Steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 11 UStG 1980/1991 führt auch aus, wer nur mittelbar an der Vermittlung eines Versicherungsvertrages oder Bausparkassenvertrages mitwirkt. Dafür kann es genügen, daß der Versicherungsvertreter oder Bausparkassenvertreter durch Betreuung, Überwachung oder Schulung von nachgeordneten selbständigen Vermittlern sowie durch Prüfung eines jeden Vertragsangebots mittelbar auf den Kunden einwirken kann.“

b) Finanzverwaltung

- 130 In UStR Nr. 75 Abs. 2 Satz 6 ist für den Bausparkassenvertreter ausgeführt, daß zu dessen berufstypischer Tätigkeit „auch (gehöre), die Betreuung, Überwachung oder Schulung von nachgeordneten selbständigen Vermittlern. Die Bezahlung erfolgsabhängiger Vergütungen (sog. Superprovisionen) ist ein Beweisanzeichen, daß berufstypische Leistungen erbracht werden.“

150) BFH 10.06.1999 - V R 10/98, BStBl II 1999, 686

3. Zwischenergebnis

- 131 Die Umsatzsteuerfreiheit von Vermittlungsprovisionen bei Bausparkassenvertretern wird weder vom BFH – auch nicht im Strukturvertrieb - noch von der Finanzverwaltung in Zweifel gezogen, auch nicht im BMF-Schreiben vom 13.12.2004.¹⁵¹⁾

IX. Umsatzsteuerliche Würdigung bei eingeschalteten Untervermittlern

- 132 Mit dem zuvor Ausgeführten ist die Frage der Umsatzsteuerfreiheit von Vertriebsprovisionen davon abhängig, welcher Art die ausgeübte Tätigkeit ist und ob sie aufgrund gemeinschaftsrechtlicher und deutscher gesetzlicher Vorgaben zur Umsatzsteuerfreiheit führt. Es sind diesbezüglich keine Einschränkungen erkennbar, auf welcher Vertriebsstufe sich das/die entsprechende Unternehmen/Person befindet und ob diesbezüglich Untervermittler eingeschaltet werden oder nicht.
- 133 Zweifel könnten nur insoweit angebracht sein, als der BFH in seiner Kreditvermittlerentscheidung¹⁵²⁾ folgendes ausgeführt hat:
- 134 „Demnach liegt eine steuerfreie Kreditvermittlung nur vor, wenn die Leistung an eine Partei des Kreditvertrags (Kreditgeber oder Kreditnehmer) erbracht wird und von dieser als eigenständige Mittlertätigkeit vergütet wird (vgl. Randnr. 39 des EuGH-Urteils in Slg. 2001, I-10237); der Leistung muss also ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem leistenden Unternehmer und dem Kreditgeber oder Kreditnehmer zugrunde liegen. Für das Vorliegen einer Vermittlungsleistung reicht nicht aus, dass der leistende Unternehmer im Auftrag eines Dritten das Erforderliche tut, damit zwei Parteien einen Kreditvertrag schließen.“
- 135 Es stellt sich folglich die Frage, ob man diese zum Kreditvermittler ergangenen Aussagen auf die Anteilsvermittlung, Versicherungsvermittlung und Bausparvertragsvermittlung übertragen muss / darf.
- 136 (1) Zur Anteilsvermittlung wurde oben bereits dargelegt, daß diese Kreditvermittler-Entscheidung nicht im Einklang mit der Rechtsprechung von EuGH und BFH betreffend Anteilsvermittlung steht. Und da es zur Anteilsvermittlung entsprechende Rechtsprechung gibt, fehlen die rechtlichen Voraussetzungen dafür, die Kreditvermittler-Entscheidung des BFH *analog* auf die Anteils-, Versicherungs- und Bausparvermittlung übertragen zu müssen, denn es ist weder eine Regelungs- noch eine Anwendungslücke vorhanden.
- 137 (2) Im übrigen hat der BFH an anderer Stelle z.B. bezüglich Versicherungsmakler und Handelsvertreter wiederholt betont, daß keine Gleichschaltung mit seiner Rechtsprechung zum Kreditvermittler in Frage komme.
- 138 „Der Senat folgt dieser Auslegung für die in § 4 Nr. 11 UStG 1980 bezeichneten Bausparkassen- und Versicherungsvertreter.
- 139 b) Eine Abweichung von dem Urteil des Senats vom 26. Januar 1995 V R 9/93 (BFHE 177, 161, BStBl II 1995, 427) liegt nicht vor, da es dort nicht um das Tatbestandsmerkmal "Versicherungsvertreter" in § 4 Nr. 11 UStG 1980, sondern um die "Vermittlung von Krediten" i.S. des § 4 Nr. 8 Buchst. a UStG 1980 ging. Im übrigen hat der Senat in BFHE 177, 161, BStBl II 1995, 427 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Steuerbefreiung für Umsätze von Kreditvermittlern nach § 4 Nr. 8 Buchst. a UStG 1980 anders als die hier zu beurteilende Befreiung nach § 4 Nr. 11 UStG 1980 erfolgsbezogen ausgestaltet ist.“¹⁵³⁾

151) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04

152) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

153) BFH 29.01.1998 - V R 41/96, BFH/NV 1998, 1004

140 Und weiter:

„Im übrigen hat der Senat ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Steuerbefreiung für Umsätze von Kreditvermittlern nach § 4 Nr. 8 Buchst. a UStG 1980 anders als die hier zu beurteilende Befreiung nach § 4 Nr. 11 UStG 1980 erfolgsbezogen ausgestaltet ist.“¹⁵⁴⁾

141 Es wird folglich deutlich, daß der BFH in seiner umsatzsteuerlichen Rechtsprechung dem Kreditvermittler einen eigenen Stellenwert eingeräumt hat und (bisher) das dort Judizierte nicht auf andere Fälle übertragen hat. Irritierend an der zuvor auszugsweise wörtlich wiedergegebenen Kreditvermittlerentscheidung des BFH¹⁵⁵⁾ ist nur, daß er sich für seine Ausführungen auf die CSC-Entscheidung des EuGH bezogen hat. Irritierend deshalb, weil mit oben Ausgeführtem

- einerseits die Ausführungen des BFH zu den Ausführungen des EuGH nicht passen - auch nicht im Hinblick auf die SDC-Entscheidung des EuGH, auf die sich der EuGH in seiner CSC-Entscheidung bezieht - und
- andererseits es sich bei der CSC-Entscheidung des EuGH um keinen Kreditvermittlerfall handelte, sondern letztlich um Anteilsvermittlung.

142 Insoweit lassen sich der Stellenwert dieser Kreditvermittlerentscheidung des BFH und die zuvor wörtlich wiedergegebenen darin enthaltenen Aussagen nicht einordnen. Für die Frage, ob und inwieweit Provisionen für Vermittlung auch nachgeschalteten Untervermittlern umsatzsteuerfrei sind, läßt sich daher im Hinblick auf die Rechtsprechung des BFH keine eindeutige Aussage treffen:

143 - Wenn die Kreditvermittlerentscheidung des BFH¹⁵⁶⁾ auf den von ihm entschiedenen Fall des Kreditvermittlers begrenzt bleibt, dann folgt die umsatzsteuerliche Beurteilung von Provisionen, die nachgeschalteten Untervermittler erhalten, nach vergleichbaren Kriterien wie sie zuvor aufgezeigt wurden.

144 - Wenn dagegen die Kreditvermittlerentscheidung des BFH¹⁵⁷⁾ nicht auf den von ihm entschiedenen Fall des Kreditvermittlers begrenzt bliebe, sondern analog auch auf Anteilsvermittlung, Versicherungs- und Bausparvermittlung angewandt würden, dann würde damit die Umsatzsteuerfreiheit von erhaltenen Provisionen für Vermittlung – nebst Bestandprovisionen – sowohl bei Hauptvermittlern wie auch bei nachgeschalteten Vermittlern dort in Frage gestellt werden können, wo die Hauptvermittler bzw. eingeschalteten Untervermittler keinen Geschäftsbesorgungsvertrag zum Fonds, der den Versicherungsvertrag abschließenden Versicherungsgesellschaft bzw. der den Bausparvertrag abschließenden Bausparkasse oder denjenigen hat/haben, die Investmentanteile zeichnen bzw. Versicherungsverträge oder Bausparverträge abschließen.

145 Inzwischen wird von *Lohse/Madle*¹⁵⁸⁾ behauptet, die Ablehnung der Vermittlereigenschaft für Untervermittler und Subunternehmer in UStR 57 Abs. 8 entspreche der neuen Rechtsprechung des BFH. Dabei wird aber übersehen, daß UStR 57 Abs. 8 ausschließlich den Kreditvermittler anspricht wie auch die „neue Rechtsprechung“ alleine die *Kreditvermittler*-Entscheidung des BFH¹⁵⁹⁾ betrifft. Wenn *Lohse/Madle*¹⁶⁰⁾ ferner meinen, die Leistun-

154) BFH 09.07.1998 - V R 62/97, BStBl II 1999, 253

155) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

156) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

157) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

158) *Lohse/Madle* DStR 2004, 933, 934

159) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

gen der „Untervermittler“ im mehrstufigen bzw. Strukturvertrieb von möglicherweise sogar zusammengefaßten Finanzprodukten könnten allenfalls dann als steuerfreie Vermittlung beurteilt werden, wenn sie nicht nur als Subunternehmer echter Vermittler auftreten, sondern auch in deren Namen und für deren Rechnung tätig würden, dann ist dies deren Meinung, mehr nicht. Denn mit keinem Wort wird ausgeführt, woraus sich dies gemeinschaftsrechtlich bzw. in der Rechtsprechung des EuGH ableiten läßt und wo dies gesetzlich angesprochen sein kann. Es tritt nun das ein, was öfter festzustellen ist: An die Stelle von Gesetzesbezug werden persönliche Meinung gestellt, die aus der Kreditvermittlerentscheidung des BFH abgeleitet wird, die allerdings nur zum Kreditvermittler ergangen ist und zu mehr nicht.

- 146 Bedenkt man, daß mit oben Ausgeführtem nach der Rechtsprechung des EuGH Befreiungen zugunsten von *Tätigkeiten* erfolgen, die einem bestimmten Zweck dienen¹⁶¹⁾ und folglich die Umsätze befreit werden, die durch die *Art* der Tätigkeit bzw. Dienstleistung und nicht durch den Erbringer oder Empfänger der Leistung definiert werden,¹⁶²⁾ dann ist eine umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung bezüglich der Umsatzsteuerfreiheit von Vertriebsprovisionen bei Haupt- und Untervermittlern nicht nur nicht gerechtfertigt, sondern in Anbetracht einer Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH schlicht gemeinschaftswidrig. Und berücksichtigt man den oben dargestellten Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht, was die Finanzgerichtsbarkeit incl. dem BFH ebenso zu beachten haben wie die Finanzverwaltung, dann ist die sich derzeit anbahnende Rechtspraxis der Finanzverwaltung, Vertriebsprovisionen mit Umsatzsteuer zu belegen, rechtswidrig.

X. Fazit

- 147 Es ist deutlich geworden, daß die Frage der Umsatzsteuerpflicht auf Vertriebsprovisionen vom BFH und der Finanzverwaltung bereits im Ergebnis nicht einheitlich gehandhabt wird. Es ist aber auch deutlich geworden, daß Umsatzsteuer auf Vertriebsprovision – einerlei auf welcher Ebene eines Strukturvertriebes – gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt, welches zu achten und gegen nationales Recht durchzusetzen Amtspflicht der Finanzverwaltung und Finanzgerichtsbarkeit ist. Das Gegenteil geschieht jedoch.
- 148 Bedenkt man, daß mit oben Ausgeführtem Mitgliedstaaten nicht die Befugnis der Steuerbefreiung, sondern eine diesbezügliche Verpflichtung haben¹⁶³⁾ und diese die Mitgliedstaaten treffende Verpflichtung eine korrekte und einfache Anwendung der Bedingungen für eine Steuerbefreiung gewährleisten muss, dann ist die sich anbahnende (rückwirkende) Belastung von Vertriebsprovisionen durch Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung das exakte Gegenteil dessen. Dies sollte Veranlassung sein, die Europäische Kommission davon in Kenntnis zu setzen. Und bezüglich rückwirkender Belastungen aufgrund von Umsatzsteuerbescheiden wäre der Finanzrechtsweg zu beschreiten, um für den Fall des erfolglosen Ausgangs gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsansprüche ins Auge zu fassen.

160) *Lohse/Madler* DStR 2004, 933, 934

161) EuGH 15.06.1989 – Rs. C-348/87 (Stichting uitvoering Financiële Acties/Staatssecretaris van Financien), Slg. 1989, I-1737 Rdn. 12

162) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 22; *Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuerhandbuch, Bd. I, § 24 Rz. 335; *Lohse/Peltner*, 6. MwSt-Richtlinie und Rechtsprechung des EuGH, 2. Aufl. 1999, Seite 20

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

XI. Ausblick

1. Die Finanzverwaltung

a) Vorbemerkung

- 149 Rechtsunsicherheit ist aus folgenden Gründen gegeben, wenn man versuchen sollte, sich an Vorgaben der Finanzverwaltung zu orientieren, zumal die Finanzgerichtsbarkeit nicht an das gebunden ist, was die Finanzverwaltung sich als eigenes Rechtsverständnis ausgedacht hat:
- 150 - Im BMF-Schreiben vom 13.12.2004¹⁶⁴⁾ überträgt das BMF die Grundsätze der Kreditvermittlerentscheidung des BFH¹⁶⁵⁾ auf die Anteilsvermittlung.
- 151 - In den USt-Richtlinien UStR 2005 Nr. 66 Abs. 2 wird jedoch, anders als in der Kreditvermittlerentscheidung des BFH und das sich darauf beziehende BMF-Schreiben vom 13.12.2004, kein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Vermittler und Beteiligungsgesellschaft oder Anleger gefordert.
- 152 Es ist folglich unklar, die Position der Finanzverwaltung eindeutig zu bestimmen.
- 153 Soweit das BMF in seinem Schreiben vom 13.12.2004¹⁶⁶⁾ unterstellt, die Vorgaben des BFH würden auch für die Anteilsvermittlung gelten, gilt es aber folgendes zu berücksichtigen:
- 154 - Die Umsatzsteuerfreiheit würde einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Vermittler und einer der Beteiligungs-Vertragsparteien erfordern, also entweder zum Anleger oder zur Beteiligungsgesellschaft. *Und:*
- 155 - Es wäre nicht ausreichend, daß der Vermittler im Auftrag eines Dritten das Erforderliche *tut*, damit die Beteiligungsgesellschaft und der Anleger einen Beteiligungsvertrag schließen.
- 156 Wörtlich lautet das entscheidende Zitat des BFH:
„Demnach liegt eine steuerfreie Kreditvermittlung nur vor, wenn die Leistung an eine Partei des Kreditvertrags (Kreditgeber oder Kreditnehmer) erbracht wird und von dieser als eigenständige Mittlertätigkeit vergütet wird (vgl. Randnr. 39 des EuGH-Urteils in Slg. 2001, I-10237); der Leistung muss also ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem leistenden Unternehmer und dem Kreditgeber oder Kreditnehmer zugrunde liegen. Für das Vorliegen einer Vermittlungsleistung reicht nicht aus, dass der leistende Unternehmer im Auftrag eines Dritten das Erforderliche tut, damit zwei Parteien einen Kreditvertrag schließen.“
- 157 Der letzte Satz dieses Zitates ist nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig:
- Bedeutet dieser Satz, daß ein Untervermittler, der die Vermittlungsleistung gegenüber Beteiligungsgesellschaft bzw. Anleger erbringt, ohne über einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zur Beteiligungsgesellschaft oder dem Anleger zu verfügen, keine umsatzsteuerfreie Vermittlungsprovision reklamieren kann? Diese Frage dürfte zu bejahen sein.
- 158 - Und was soll gelten, wenn ein Vermittler einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zur Beteiligungsgesellschaft oder dem Anleger hat, selbst aber nicht das erforderliche tut,

164) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04, DB 2004, 2783

165) BFH 09.10.2003 - V R 05/03, BB 2003, 2608 = BStBl II 2003, 958

166) BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04, DB 2004, 2783

damit die Beteiligungsgesellschaft und der Anleger einen Beteiligungsvertrag abschließen, weil der Vermittler dieses Tun dem von ihm eingeschalteten Untervermittler überläßt? Der letzte Satz des zuvor wörtlich Zitierten gibt darauf bezüglich des Hauptvermittlers keine eindeutige Antwort. Das zuvor wörtlich Zitierte läßt sich u.U. dahingehend verstehen, daß der Vermittler, der über den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zur Beteiligungsgesellschaft oder dem Anleger verfügt, auch selbst und nicht mittels Dritter das Erforderliche tun muß, damit der Vermittlungserfolg zwischen Beteiligungsgesellschaft und Anleger eintritt, um eine umsatzsteuerfreie Vermittlungsprovision reklamieren zu können. Die *Vermittlungsleistung* müßte dann auf der *gleichen Ebene* stattfinden, auf der auch der *Vermittlungsvertrag* gegeben wäre. Die Einschaltung von Untervermittlern durch den Vermittler würde dann nicht nur die Provision des Untervermittlers sondern auch die eigene Provision umsatzsteuerpflichtig machen können.

Hinweis:

- 159 Diejenigen, die dem oben wörtlich Zitierten nicht eine so weitgehende Bedeutung für den Hauptvermittler beilegen, und meinen würden, *Vermittlungsvertragsbeziehung* und *Vermittlungsleistungsbeziehung* könnten auseinanderfallen, haben dann das Risiko, ob eine solche Auslegung bzw. Interpretation späteren eventuellen Anforderungen der Finanzverwaltung Stand halten würde. Denn man darf nicht vergessen: Es geht der Finanzverwaltung ersichtlich aus fiskalischen Interessen um Umsatzsteuereinnahmen und nicht um Gesetzesanwendung.
- 160 Folgt man dieser weitergehenden Auslegung/Interpretation, daß die *Vermittlungsleistungsbeziehungen* zwischen denselben Personen stattfinden müßten, zwischen denen auch eine *Vermittlungsvertragsbeziehung* besteht, müßte folglich der Vermittler nicht nur einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zu einer der Vertragsparteien des Beteiligungsvertrages vorweisen können, sondern auch *selbst* das Erforderliche *tun*, daß die Beteiligungsgesellschaft und der Anleger einen Beteiligungsvertrag schließen. Der Vermittler müßte folglich *selbst* seinem Vertragspartner den Beteiligungsvertrag *vermitteln* und zwar ohne Hinzuziehung von Untervermittlern, damit die eigene Provision umsatzsteuerfrei wäre.
- 161 Die Einschaltung von Untervermittlern würde folglich nicht nur zur Umsatzsteuerpflicht der an Untervermittler gezahlten Provisionen führen, sondern zugleich auch keine Umsatzsteuerfreiheit beim Hauptvermittler zulassen, da das „Tun“ - damit die Beteiligungsgesellschaft und der Anleger einen Beteiligungsvertrag schließen - nicht beim Hauptvermittler sondern beim Untervermittler stattfinden würde. Diese Konsequenz erschließt sich nicht unmittelbar aus dem BMF-Schreiben vom 13.12.2004, sondern nur mittelbar, indem das BMF-Schreiben auf die BFH-Entscheidung vom 09.10.2003 Bezug nimmt, aus der sich zuvor Ausgeführtes ergibt.
- 162 Läßt man sich erst einmal auf die Gedankenwelt des BMF im Schreiben vom 13.12.2004 ein, dann wird deutlich, daß diese ersichtlich vom Gesetzeswortlaut und europarechtlichen Vorgaben abweichende Auffassung der Finanzverwaltung nur ein Ziel zu haben scheint: Vertriebsprovision in Anbetracht der ihr bekannten Vertriebsstrukturen aus fiskalischen Gründen umsatzsteuerpflichtig zu machen.
- 163 Geht man dagegen von UStR 2005 Nr. 66 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 aus, würde ausreichen, daß ein Vermittler bzw. eine Vermittlungsgesellschaft das erforderliche tut, damit der Vertrag über den Erwerb von Gesellschaftsanteilen zustande kommt und es wäre dann hier festzustellen, daß es UStR 2005 Nr. 66 Abs. 3 Satz 2 – 4 an einer ausreichend gesetzlichen Grundlage fehlt, die Vermittlung von mittelbaren Beteiligungen umsatzsteuerpflichtig zu machen.

164 Warum das BMF-Schreiben vom 13.12.2004 und UStR 2005 Nr. 66 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 divergieren, könnte folgenden Hintergrund haben: Die UStR 2005 sollen nach Nr. 284 für die Umsätze gelten, die *nach* dem 31.12.2004 ausgeführt werden. Das BMF-Schreiben vom 13.12.2004 reicht dagegen *auch* in die *Vergangenheit*. Und soweit im BMF-Schreiben ausgeführt wird, es sei jedoch nicht zu beanstanden, wenn vor dem 01.07.2005 erbrachte Vermittlungsleistungen als steuerfrei beurteilt würden, wird mit dieser Formulierung den Finanzämtern freigestellt, ob sie von einer steuerfreien Beurteilung ausgehen oder nicht. Und so macht man in der Praxis die Erfahrung, daß Finanzämter trotz der im BMF-Schreiben vom 13.12.2004 angesprochenen Möglichkeit der Umsatzsteuerfreiheit betreffend die *Vergangenheit* davon gerade keinen Gebrauch machen. Und für die *Zukunft* gelangt die Finanzverwaltung bei Vermittlungsmodellen mit dem BMF-Schreiben vom 13.12.2004 dort zur Umsatzsteuerpflicht von Vertriebsprovisionen, wo gemäß UStR 2005 Nr. 66 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 eigentlich Umsatzsteuerfreiheit angesagt wäre.

b) Begriff der „Vermittlung“ ist in § 4 UStG nicht einheitlich auszulegen

165 Die Bedenken gegen das BMF-Schreiben vom 13.12.2004 werden wie folgt zusammengefaßt:

Es besteht Anwendungsvorrang des EU-Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht. In der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 13 B. 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG wird die „Vermittlung“ nicht einheitlich ausgelegt. Der EuGH betont, daß er den Begriff „Vermittlung“ nicht abschließend entscheiden müsse.¹⁶⁷⁾

166 (1) *Anteilsvermittlung*: Im Hinblick auf Art. 13 B. d) Nr. 5 der 6. MwSt.-RiL geht der EuGH von folgenden Vermittlungskriterien aus: Maßgebend ist alleine die Natur/Art der erbrachten Dienstleistung, nicht die Art ihrer Ausführung.¹⁶⁸⁾ Es ist ohne Bedeutung, wer die Leistung erbringt und wer sie empfängt.¹⁶⁹⁾ Zwischen dem Leistungserbringer und -empfänger muß keine rechtliche Beziehung bestehen. Es ist ausreichend, daß einer Vertragspartei eine Vermittlungstätigkeit erbracht wird.¹⁷⁰⁾

„Sie kann u. a. darin bestehen, der Vertragspartei die Gelegenheiten zum Abschluss eines solchen Vertrages nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder im Namen und für Rechnung des Personen über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu verhandeln. Zweck dieser Tätigkeit ist es also, das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse am Inhalt des Vertrages hat.“¹⁷¹⁾

167 Es steht der USt-Befreiung nicht entgegen, daß die Leistung von einem Dritten erbracht wird.¹⁷²⁾

168 Der BFH folgt dieser EuGH-Rechtsprechung.¹⁷³⁾

167) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 38; EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39

168) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 22, 32 f.

169) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Rdn. 48 und Leitsatz 1

170) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39

171) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39

172) EuGH 05.06.1997 – Rs. C-02/95 (SDC), Slg. 1997, I-3017 Leitsatz 2

173) BFH 25.06.1999 – V B 51/99, BFH/NV 1999, 1529

„Demnach liegt --bei der Beteiligung von Kapitalanlegern an Emissionsgesellschaften-- eine "Vermittlung der Umsätze von Anteilen an Gesellschaften" i.S. des § 4 Nr. 8 Buchst. f UStG 1993 nur vor, wenn eine Mittelsperson der Gesellschaft oder dem zukünftigen Gesellschafter die Gelegenheit zum Abschluss des Vertrags über den Erwerb eines Gesellschaftsanteils nachweist oder sonst das Erforderliche tut, damit der Vertrag über den Erwerb der Gesellschaftsanteile zustande kommt.“¹⁷⁴⁾

169 (2) *Kreditvermittlung*: Der EuGH hat sich zur Definition der Kreditvermittlung in Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL nicht abschließend geäußert:

„Ohne dass die Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ ermittelt werden müßte, der auch in anderen Bestimmungen der Sechsten Richtlinie, und zwar in Art. 13 Teil B Buchstabe b Nr. 1 bis 4, auftaucht, ist festzustellen, dass sich dieser Begriff im Rahmen der Nummer 5 auf eine Tätigkeit bezieht“¹⁷⁵⁾

170 Der BFH¹⁷⁶⁾ hätte folglich zur Klärung der Definition der Kreditvermittlung dem EuGH vorlegen müssen. Dies nicht getan zu haben, verstieß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Postulat des BFH, Kreditvermittlung erfordere einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Vermittler und Kreditgeber oder Kreditnehmer, folgt nicht aus Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL, nicht aus der Rechtsprechung des EuGH und nicht aus § 4 Nr. 8a UStG.

171 Die vom BFH in Bezug genommene Rechtsprechung des EuGH

- ist einerseits zum Anteilsvermittler und nicht zum Kreditvermittler ergangen und
- fordert entgegen dem BFH gerade *nicht* einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Vermittler und Kreditgeber oder Kreditnehmer (siehe zuvor zu (1)).

Fazit:

172 In der Rechtsprechung des EuGH gibt es keinen einheitlich definierten Begriff der Vermittlung. Selbst in der Rechtsprechung des BFH wird entgegen der Behauptung des BMF die Vermittlung bei Anteilsvermittlung und Kreditvermittlung unterschiedlich definiert wie zuvor zu (1) und (2) aufgezeigt.

c) Steuerbefreiung von Vermittlungsprovisionen von Untervermittlern

173 Aufgrund des zuvor zu Ziff. (1) Ausgeführten sind entgegen dem BMF nach der Rechtsprechung des EuGH und BFH Provisionen für Anteilsvermittlung - auch bei Untervermittlern - umsatzsteuerbefreit (s.o. (1)). Mitgliedstaaten haben nach der Rechtsprechung des EuGH nicht die Befugnis der Steuerbefreiung, sondern eine diesbezügliche *Verpflichtung*. Diese die Mitgliedstaaten treffende Verpflichtung muss eine korrekte und einfache Anwendung der Bedingungen für eine Steuerbefreiung gewährleisten.¹⁷⁷⁾ Das BMF-Schreiben steht dazu im Widerspruch.

174) BFH 23.10.2003 – V 68/01, BStBl. II 2003, 618, 620

175) EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39

176) BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608

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

d) Fazit

- 174 Jedenfalls für die Anteilsvermittlung ist durch die Rechtsprechung des EuGH vorgegeben, daß es auf die Natur/Art der erbrachten Dienstleistung und weder auf den Leistungserbringer noch auf den Leistungsempfänger ankommt.
- 175 Das BMF-Schreiben vom 13.12.2004 verkennt den Anwendungsvorrang der 6. MwSt.-RiL und der Umsetzungspflicht der Umsatzsteuerfreiheit bei Vermittlungsprovisionen für den deutschen Mitgliedstaat und seine Institutionen - wozu auch die Finanzverwaltung gehört -. Eine Finanzverwaltung, die von einer Umsatzsteuerpflicht von Vermittlungsprovisionen - auch bei Untervermittlern - ausgeht, verstößt gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht.

2. Was kann man tun ?

- 176 Ausgehend vom BMF-Schreiben vom 13.12.2004 dürften die Vermittler weiterhin umsatzsteuerfrei Vermittlungsprovision vereinnahmen, die einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag mit einer der beiden Vertragsparteien haben, die Gegenstand des Vermittlungsvorganges sind und wenn kein Untervermittler tätig ist. Bei denjenigen Vermittlern, die zwar einen solchen Geschäftsbesorgungsvertrag vorweisen können, aber mit einem Untervermittler arbeiten, kann u.U. mangels eigener Vermittlungstätigkeit der Untervermittler MwSt.-infizierend für den Hauptvermittler sein, unabhängig davon, ob der Untervermittler selbst umsatzsteuerpflichtige Provision vereinnahmt oder nicht.¹⁷⁸⁾ In allen anderen Fällen stellt sich aber die Frage, wie Vermittler mit der durch das BMF-Schreiben vom 13.12.2004 begründeten Situation umgehen sollen. Einfach Provision mit Umsatzsteuer auszuweisen, läßt sich am Markt i.d.R. nicht durchsetzen, zumal auch ein Vorsteuerabzug nicht sicher ist. Ehe man seitens des Finanzdienstleistungsvertrieb den eigenen Gewinn in Höhe der Umsatzsteuer schmälert, kann darüber nachgedacht werden, Umsatzsteuererklärungen abzugeben, ohne Umsatzsteuer auf Vermittlungs-/Bestandsprovision auszuweisen, wobei dies in einer Anlage zur Umsatzsteuererklärung zu begründen wäre, um für das Finanzamt Transparenz herzustellen und sich nicht dem Anfangsverdacht der Steuerhinterziehung auszusetzen. Ergehen dann gleichwohl belastende Umsatzsteuerbescheide, kann dagegen Einspruch eingelegt werden und nach negativer Einspruchsentscheidung der Finanzgerichtswege beschritten werden. Darüber hinaus bietet sich an, die Gesamtsituation der Europäischen Kommission vorzutragen.

178) Ab 1.7.2005 werden beim Untervermittler gemäß § 19 UStG keine USt erhoben, wenn die Summe des Umsatzes in 2004 nicht höher als 17.500 Euro gewesen ist und im laufenden Jahr 2005 voraussichtlich 50.000 Euro nicht übersteigen wird. Damit auch 2006 keine USt abgeführt werden müssen, wenn 2005 nicht mehr als 17.500 Euro an Umsatz angefallen ist und 2006 voraussichtlich nicht mehr als 50.000 Euro usw.