

Umsatzsteuerliche Unschärfen bei Anteilsvermittlung mit Untervermittlern

von Dr. Klaus – R. Wagner, Wiesbaden*
Rechtsanwalt und Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

I. Einleitung

Durch die Entscheidung des BFH vom 14.05.2014¹⁾ hat es den Anschein, als ob Vermittlungsleistungen von Hauptvermittlern im Kapitalanlagevertrieb, die sich des Einsatzes von Untervermittlern bedienen, stets umsatzsteuerpflichtig seien. Dieserhalb sind Zweifel anzumelden.

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

Die deutsche Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung vertrat/vertritt die Auffassung, die Anlage- und Kreditvermittlung mit eingeschalteten Untervermittlern sei ein umsatzsteuerpflichtiger Vorgang. Diese Auffassung erreichte auf Vorlage des FG Brandenburg²⁾ den EuGH, der dazu in seiner Ludwig-Entscheidung vom 21.06.2007 eine gegenteilige Auffassung vertrat, die allerdings bis heute von der Finanzverwaltung und Finanzrechtsprechung bis hin zum BFH negiert wird.

1. Zur EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH in seiner Ludwig-Entscheidung hatte die Umsatzsteuerfreiheit einer Kreditvermittlung eines Kapitalanlagevertriebs zu beurteilen, der seine Vermittlungsleistung durch von ihm jeweils eingeschaltete Untervermittler erbrachte.

* RAuN FAFSt Dr. Wagner ist Rechtsanwalt und Notar in eigener Praxis in Wiesbaden (www.raun-wagner.de)

1) BFH 14.05.2014 – XI R 13/11, BStBl II 2014, 734

2) FG Brandenburg 23.11.2005 – 1 K 692/05

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich

Bankverbindungen

Rechtsanwalt
Wiesbadener Volksbank eG
BIC: WIBADE5W
IBAN: DE78 5109 0000 0000 2347 10

Notar
Wiesbadener Volksbank eG
BIC: WIBADE5W
IBAN: DE10 5109 0000 0000 2532 00

(1) Zum Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht gilt der Grundsatz des **Anwendungsvorrangs** des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht.³⁾ Der Anwendungsvorrang verpflichtet die Mitgliedstaaten⁴⁾ und ihre Organe - also auch das FA und das FG sowie den BFH - zu zweierlei:

- Einerseits das mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare nationale Recht nicht anzuwenden⁵⁾
- und andererseits dem Gemeinschaftsrecht im nationalen Recht zum Durchbruch zu verhelfen.⁶⁾

Ferner hat der EuGH u.H.a. seine frühere Rechtsprechung wiederholt iudiziert, daß **alle** Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten - also auch Gerichte und Behörden, folglich auch das FG, der BFH und FA - verpflichtet sind, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu *garantieren*.⁷⁾ Nach der Rechtsprechung des EuGH waren/sind folglich bereits das Finanzamt und FGs sowie der BFH verpflichtet (gewesen), bei belastenden Verwaltungsakten (spätestens in der Einspruchsentscheidung) und im Urteil des FG sowie des BFH Gründe dafür anzugeben, warum die getroffene Entscheidung auch unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsrecht negativ für den Betroffenen bleibt. Denn mit dem EuGH ist eine ausgelegte Bestimmung des EU- Gemeinschaftsrechts von einer Verwaltungsbehörde - hier dem FA – und dem FG und BFH auch auf Rechtsbeziehungen anzuwenden, die schon vor Erlass einer Vorabentscheidung des EuGH i.S. Ludwig entstanden sind.⁸⁾ Also müssen sich FA bzw. FGs und der BFH an Regelungen des EU-Rechts sowie an der Rechtsprechung des EuGH⁹⁾ orientieren. Der EuGH weist darauf hin, daß eine Auslegung von Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG einen autonomen gemeinschaftsrechtlichen Begriff zum Gegenstand hat, der eine unterschiedliche Anwendung des MwSt-Systems von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat vermeiden soll.¹⁰⁾ Dies hat zur Folge, daß die Auslegung von Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG *alleine* dem EuGH vorbehalten ist und weder der BFH noch das FG noch das FA eine Auslegungsbefugnis betreffend von Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG hatten. Dies einerseits aus Gründen des beschriebenen Anwendungsvorrangs nicht und weil BFH, FG und FA mit einer eigenen Auslegung nicht anderen Mitgliedstaaten vorschreiben können, wie Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG auszulegen war. Und wegen des beschriebenen Anwendungsvorrangs des von Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG vor nationalem Recht konnten BFH, FG und FA § 4 Nr. 8 f) UStG nicht in einer Weise auslegen, die im Widerspruch zu Art. 13 B d) Nr. 5 der 6.

3) *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 *Cordewener* DStR 2004, 6, 9; *Wagner* ZSteu 2010, 355 (Anlage NZB 1)

4) *Herdegen* WM 2006, 1921, 1926

5) *Cordewener* DStR 2004, 6, 10; *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4 f.

6) *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1

7) EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 122 m.w.N.

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

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

10) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 22

MwSt-RiL 77/388/EWG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH¹¹⁾ stand. Und so hat der EuGH zur umsatzsteuerfreien Vermittlungstätigkeit unter Einschaltung von Untervermittlern folgende Grundsätze zu Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG iudiziert:

- Die Vermittlungstätigkeit wird von einer Mittelsperson ausgeübt, die nicht die Vertragspartei des Finanzprodukts ist.¹²⁾
- Zweck der Tätigkeit ist,

„das Erforderliche zu tun, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne daß der Vermittler ein Eigeninteresse am Inhalt des Vertrags hat.“¹³⁾

Dies war/ist dann der Fall, wenn die Leistung des Vertriebspartners auf die Vermittlung des Produkts beschränkt war/ist Und der EuGH¹⁴⁾ hat dazu iudiziert:

„Zum anderen hat der Gerichtshof in Rdn. 39 [von EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237] dieses Urteils einleitend ausgeführt, daß es nicht erforderlich ist, die genaue Bedeutung des Begriffs „Vermittlung“ zu ermitteln.“

- Der EuGH weist ausdrücklich darauf hin, daß der Vermittler in keiner Vertragsbeziehung zu einer der Vertragsparteien stehen muß,¹⁵⁾ da es alleine auf das erforderliche Tun ankommt. Also kann es auch nur auf das erforderliche Tun ankommen, wenn der Vermittler Untervermittler eingeschaltet hat und nicht, ob Untervermittler an den Hauptvermittler vertraglich angebunden sind. Die gegenteilige Meinung der deutschen Bundesregierung wies der EuGH¹⁶⁾ schon damals zurück, denn:

„Unter diesen Umständen folgt aus dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität, dass die Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein müssen, das Organisationsmodell zu wählen, das ihnen, rein wirtschaftlich betrachtet, am besten zusagt, ohne Gefahr zu laufen, dass ihre Umsätze von der in Art. 13 Teil B d Nr. 1 der 6. MwSt-RiL [und für Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG gilt entsprechendes] vorgesehenen Steuerbefreiung ausgeschlossen zu werden ...“

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

12) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 23

13) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 23, 28

14) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 32

15) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 29

16) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 30

Es muß nur im Großen und Ganzen von dem Vermittler i.V.m. seinen Untervermittlern eine Vermittlungstätigkeit erfüllt werden.¹⁷⁾ Dem folgte zunächst der BFH.¹⁸⁾

- Und in diesem Zusammenhang hat der EuGH ausdrücklich iudiziert, daß Art. 13 B der 6. MwSt-RiL einer Aufteilung der Vermittlungsleistung auf Haupt- und Untervermittler *nicht* entgegensteht, indem z.B. der Hauptvermittler den Kontakt zu den Vertragsparteien pflegte und die Untervermittler zu den Kunden, denen die Finanzanlageprodukte vermittelt wurden.¹⁹⁾ Und in diesem Zusammenhang hat der EuGH²⁰⁾ weiter entschieden, daß eine Vermittlung es nicht erfordert, daß es zwischen dem Vermittler und den Vertragsparteien zu einem unmittelbaren Kontakt gekommen ist. Im Gegenteil hat er iudiziert:

„Der Begriff der Vermittlung setzt daher nicht unbedingt voraus, dass der Vermittler als Untervertreter eines Hauptvertreters in unmittelbaren Kontakt mit den beiden Vertragsparteien tritt, um alle Klauseln des Vertrages auszuhandeln;..“

Und diese zuvor hiermit aufgezeigten und vom EuGH entschiedenen *Grundsätze* haben dazu geführt, daß diese EuGH-Rechtsprechung im Fachschrifttum²¹⁾ dahingehend interpretiert wurde, die Vermittlung mit Untervermittlern sei **grundsätzlich umsatzsteuerfrei**.

Folglich ist (auch) die Anteilsvermittlung gem. Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG im Grundsatz umsatzsteuerfrei, ob mit oder ohne Untervermittler durchgeführt und nur im Ausnahmefall ist Umsatzsteuerpflicht gegeben.

- (2) Um dieser Rechtsprechung des EuGH aus dem Wege zu gehen, gingen im Anschluss daran Finanzämter dazu über, zusätzliche – im Gesetz nicht enthaltene – Erfordernisse zu reklamieren. So wurde für den Hauptvermittler gefordert, er müsse seine Mittlertätigkeit auf ein *einzelnes* Geschäft beziehen. Der EuGH²²⁾ aber hat in seiner Ludwig-Entscheidung solches nicht gefordert, sondern statt dessen lediglich darauf abgestellt, ob die Vermittlungstätigkeit

„ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes ist, das die spezifischen und wesentlichen Funktionen einer Vermittlungsleistung erfüllt.“

Und dazu *kann* mit dem EuGH gehören, daß die Beschwerdeführerin mit einer der Vertragsparteien des Hauptvertrages Kontakt hat und ihre Untervermittler mit den Kunden, denen Investmentfondsanteilen vermittelt werden.²³⁾ Mit vorgenannter Ludwig-Entscheidung des EuGH ist folglich ein solcher Einzelbezug weder Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL

17) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 35 - 36

18) BFH 28.05.2009 – V R 07/08, BStBl. II 2010, 80 Rdn. 20

19) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 37

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

21) *Maunz/Zugmaier* DStR 2007 1163, 1164

22) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 36

23) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 37

77/388/EWG noch der Ludwig-Entscheidung der EuGH und auch nicht § 4 Nr. 8 f) UStG zu entnehmen. Statt dessen kann eine Umsatzsteuerfreiheit der Vermittlungstätigkeit des Hauptvermittlers bei von ihm eingeschalteten Untervermittlern nur dann verneint werden, wenn festgestellt wird, daß sich die Tätigkeit Hauptvermittlers auf Sacharbeit *beschränkt* ist.²⁴⁾

Indem in der Praxis Finanzämter und Finanzgerichte diese vorgenannten Grundsätze aus der Ludwig-Entscheidung des EuGH immer wieder negieren, wird dadurch gegen folgendes verstoßen:

Finanzämter und FGs war/sind von Amts wegen verpflichtet, dem Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch zu verhelfen.²⁵⁾ Dazu gehörte auch die Amtspflicht, eine bereits bekannte Rechtsprechung des EuGH – hier die Ludwig-Rechtsprechung – anzuwenden.²⁶⁾ Hinzu kommt, daß die Bundesrepublik Deutschland und ihre Gerichte und Behörden i.S. Umsatzsteuerbefreiung nicht die Befugnis der Steuerbefreiung sondern eine diesbezügliche Verpflichtung haben.²⁷⁾

- (3) Soweit Finanzämter und FGs in der Praxis nach wie vor die Meinung vertreten, der Hauptvermittler müsse nachweisen, in welchen Einzelfällen er an der Vermittlungstätigkeit der von ihr eingeschalteten Untervermittlern mitgewirkt habe, ist solches weder Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG noch der Ludwig-Entscheidung der EuGH und auch nicht § 4 Nr. 8 f) UStG zu entnehmen. Im Gegenteil weist der EuGH²⁸⁾ auf folgendes hin:

- Zweck der Tätigkeit eines Vermittlers ist,

*„das Erforderliche zu **tun**, damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne daß der Vermittler ein Eigeninteresse am Inhalt des Vertrags hat.“²⁹⁾*

Dazu kann, wenn der Vermittler Untervermittler einschaltet, auch die Administration der Vertriebsorganisation gehören.

- Denn mit der oben dargestellten Ludwig-Entscheidung des EuGH kann eine Aufteilung sehr wohl so vorgenommen werden, daß der Hauptvermittler mit mit einer der Parteien des zu vermittelnden Hauptvertrages zu tun hatte und die Untervermittler mit den zu vermittelnden Kunden.

Ferner muß zwischen dem Hauptvermittler und dem vom Untervermittler vermittelten einzelnen Kunden kein Kundenkontakt bestanden haben, um zur Umsatzsteuerfreiheit für den Hauptvermittler zu gelangen wie oben ausgeführt.

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

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

26) EuGH 28.01.1999 – C-181/96, HFR 1999, 419

27) EuGH 11.07.1985 – C-187/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, I-2655 Rdn. 10

28) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 23, 28

29) EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 23, 28

Zur Erinnerung:

Finanzämter und FGs waren/sind von Amts wegen verpflichtet, dem Gemeinschaftsrecht zum Durchbruch zu verhelfen.³⁰⁾ Dazu gehört auch die Amtspflicht, eine bereits bekannte Rechtsprechung des EuGH – hier die Ludwig-Rechtsprechung – anzuwenden.³¹⁾ Hinzu kommt, daß die Bundesrepublik Deutschland und ihre Gerichte und Behörden i.S. Umsatzsteuerbefreiung nicht die Befugnis der Steuerbefreiung sondern eine diesbezügliche Verpflichtung haben.³²⁾

- (4) Das zuvor Ausgeführte bedeutet, daß (auch) die Anteilsvermittlung mit Untervermittlern im Grundsatz umsatzsteuerfrei und nur im Ausnahmefall umsatzsteuerpflichtig ist. Daß eine Vertriebstätigkeit eine solche Ausnahme wäre, ist weder Art. 13 B d) Nr. 5 der 6. MwSt-RiL 77/388/EWG noch der Ludwig-Entscheidung der EuGH und auch nicht § 4 Nr. 8 f) UStG zu entnehmen.

Der Ludwig-Entscheidung des EuGH³³⁾ ist dagegen als Ausnahme zu entnehmen, daß Umsatzsteuerpflicht dann gegeben ist, wenn sich die Tätigkeit des Vermittlers auf die Übernahme eines Teils der mit dem Vertrag verbundenen Sacharbeit *beschränkt*. Wenn die Tätigkeit des Hauptvermittlers z.B. nicht auf die Schulung der von ihm eingeschalteten Untervermittler *beschränkt* ist, kann die Schulungstätigkeit nicht umsatzsteuerschädlich sein. Zudem bedarf es bei Schlungstätigkeiten der Frage, ob es sich dabei nicht um eine umsatzsteuerfreie Nebenleistung i.S.d. Ludwig- Entscheidung des EuGH handelt.³⁴⁾

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

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

In der Praxis ist leider festzustellen, daß Finanzämter und FGs sich nicht an vorgenannten Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH orientieren, sondern davon abweichen. Dies geschieht in der Weise, daß einfach behauptet wird, die Aufgabe des Hauptvermittlers habe darin bestanden, selbständige Abschlussvermittler anzuwerben, zu schulen und im Rahmen ihres Einsatzes zu unterstützen sowie die von den Abschlussvermittlern eingereichten Unterlagen auf Vollständigkeit und Plausibilität zu prüfen. Und daraus wird dann eine Umsatzsteuerpflicht der Vermittlungsprovision des Hauptvermittlers abgeleitet.

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

31) EuGH 28.01.1999 – C-181/96, HFR 1999, 419

32) EuGH 11.07.1985 – C-187/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, I-2655 Rdn. 10

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

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

Mit einem solchen Fall hatte sich der BFH in seiner neuesten Entscheidung vom 14.05.2014³⁵⁾ zu befassen. Und statt seitens des BFH diese These an den vorgenannten Grundsätzen der Ludwig-Entscheidung des EuGH abzugleichen, macht der BFH einfach kurzen Prozess und iudiziert, er befinde sich angeblich im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH; einer Vorlage zum EuGH bedürfe es daher nicht. Dabei iudiziert der BFH im Gegensatz zur Ludwig- Rechtsprechung des EuGH, es sei das eine Vermittlung kennzeichnendes Handeln gegenüber individuellen Vertragsinteressenten des Hauptvermittlers nicht nachgewiesen worden,³⁶⁾ obwohl mit oben ausgeführtem es darauf mit der EuGH-Rechtsprechung gerade nicht ankommt.

Es hätte damit dem BFH sehr wohl angestanden, sich intensiver mit der Rechtsprechung des EuGH zu befassen und ggf. gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH vorzulegen. Indem der BFH eine solche Vorlagepflicht verneinte,³⁷⁾ lag darin ein Entzug des EuGH als gesetzlichem Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

III. Folgen für die Praxis

Mit dieser Rückendeckung des BFH werden Finanzämter und FG sich darin bestätigt sehen, eine Umsatzsteuerpflicht der Tätigkeit des Hauptvermittlers anzunehmen, wenn dieser Untervermittler einschaltet und in diesem Zusammenhang schult und im Rahmen des Einsatzes Untervermittler unterstützt sowie die von den Abschlussvermittlern eingereichten Unterlagen auf Vollständigkeit und Plausibilität prüfen. Die Ludwig-Rechtsprechung des EuGH läuft in diesen Fällen leer.

Davon betroffene Hauptvermittler können dies finanzgerichtlich bis hin zum BFH angreifen, ehe sie dann nach erfolgloser Erschöpfung des Rechtsweges Verfassungsbeschwerde erheben können (zur Erschöpfung des Rechtsweges des Primärrechtsschutzes). Würde das BVerfG einer Verfassungsbeschwerde nicht entsprechen, könnte alsdann im Wege des sekundären Rechtsschutzes vor der Zivilgerichtsbarkeit ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrengt werden.

35) BFH 14.05.2014 – XI R 13/11, BStBl II 2014, 734

36) BFH 14.05.2014 – XI R 13/11, BStBl II 2014, 734 Rdn. 34

37) BFH 14.05.2014 – XI R 13/11, BStBl II 2014, 734 Rdn. 40