

Mag. Dr. Roman Thunshirn, StB/WP

Vorsteuerabzug und Umsatzsteuerpflicht für Bankspesen – Bestandsprovisionen im Lichte der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH hat im Urteil „Deutsche Bank“ (19.7.2012 – C-44/11) die umfassende Umsatzsteuerpflicht von Provisionen für die Vermögensverwaltung bejaht. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der damit zusammenhängenden Frage der Umsatzsteuerpflicht bzw. des Vorsteuerabzugs für Bestandsprovisionen auf Investmentfondsanteilen und bejaht die Umsatzsteuerpflicht. Außerdem wird die Frage der Besteuerung von an den Kunden weiter- oder herausgegebenen Bestandsprovisionen (§ 39 WAG) beleuchtet.

I. Rechtscharakter der Bestandsprovision

Bestandsprovision¹ ist eine Provision, die die Depotbank bzw. der WPDL neben dem Fonds-Ausgabeaufschlag² laufend auf das gesamte von ihnen vermittelte oder verwaltete Anlagevolumen erhält. Die Höhe ist vom Bestand bzw. dem Wert der in allen Kundendepots befindlichen Fondsanteile abhängig. Die Bestandsprovisionen werden vom Fondsmanager aus den dem Fonds verrechneten Verwaltungsgebühren getragen. Sie betragen zwischen 0,3 % und 1,5 % pro Jahr. Sie werden von manchen auch als Kick-Back bezeichnet.³

§ 39 (österr.) Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG, die analoge Regelung findet sich in § 31d dt. WpHG) enthält eine Verhaltenspflicht für WPDL für sog. „Vorteile“. Demnach ist es für einen WPDL grundsätzlich unzulässig, i. Z. m. der Erbringung von Wertpapier- oder Nebendienstleistungen einen Vorteil anzunehmen. „Vorteile“ sind Gebühren, Provisionen, sonstige Geldleistungen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen. Davon bestehen Ausnahmen. Neben den vom Kunden oder auf seine Rechnung an den WPDL geleisteten Entgelten darf der WPDL von Dritten insb. einen Vorteil annehmen „der darauf ausgelegt ist, die Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen zu verbessern, und der Vorteil den Rechtsträger nicht dabei beeinträchtigt, pflichtgemäß im besten Interesse des Kunden zu handeln“, sofern „die Existenz, die Art und der Betrag des Vorteiles dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise offen gelegt werden“. Die Frage, welche Kriterien für eine qualitätssteigernde Wirkung erforderlich sind, wird teils kontrovers diskutiert. Nach h. M.⁴ ergeben sich für Bestandsprovisionen folgende Erwägungen: Die Qualitätssteigerung ergibt sich neben der Erweiterung der Produktpalette aus der laufenden Betreuung der Kunden im Zusammenhang mit dem jeweiligen Produkt.⁵ Die Bestandsprovision stellt im Unterschied zur Depotgebühr eine „aftersales“-Leistung dar, welche die über die bloße Verwahrung hinausgehende Betreuung der Kunden hinsichtlich der betroffenen Fonds und auch weitere Leistungen gegenüber dem Emittenten umfassen kann. Dies wird vom Markt bestätigt. In der von der Uni-credit veröffentlichten Zusammenfassung der Leitlinien für den Um-

gang mit Interessenkonflikten und Offenlegung von Vorteilen⁶ lautet es etwa: „Diese Provisionen dienen der Beratung und auch der sonstigen Verbesserung bzw. Sicherung der Qualität der für die Kunden erbrachten Dienstleistungen.“ Raiffeisen⁷ formuliert dies so: „Die Bank erhält für laufende Kundenbetreuung, Weiterbildungsmaßnahmen und Informationsaufbereitung von einigen Partnern, deren Produkte die Bank vertreibt, Vergütungen. Diese werden benötigt, um die Qualität der Beratung und Information an den Kunden hoch zu halten bzw. weiter zu steigern. Die Höhe der laufenden Provisionen hängt von der Art des Produktes und vom Emittenten oder Zwischenhändler ab. Die Bank legt hohen Wert auf eine bedarfsgerechte Kundenberatung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Risikostreuung. Aus diesem Grunde ist gewährleistet, dass auch bei unterschiedlichen Vergütungen für Produkte ein bedarfsgerechtes Angebot des Beraters erfolgt.“

Der OGH⁸ hat sich mit der Frage der Folgen der unterlassenen Aufklärung über Provisionszahlungen insb. hinsichtlich des Anspruchs des Kunden auf Ausfolgung solcher Provisionen beschäftigt und Schadenersatzansprüche wegen Unterlassung der Information bejaht. Auch der BGH⁹ hat entschieden, dass sich die Bank, die dem Kunden vor Verkauf von Fondsanteilen nicht offenlegt, was sie aus dem Verkauf der Veranlagung an Provision lukriert, gegenüber dem Kunden wegen Verletzung der aus dem Beratungsvertrag bestehenden Aufklärungspflichten schadenersatzpflichtig mache. Seitdem werden Herausgabeansprüche mit folgendem Fokus diskutiert: Wird eine qualitätssteigernde Provision offengelegt, wird der Verpflichtung (§ 39 WAG, § 31d WpHG) entsprochen.¹⁰ Andernfalls fehle die Grundlage für die nach § 1009 ABGB notwendige Zustimmung des Kunden, so dass der Herausgabeanspruch zu bejahen sei.¹¹ Die Zulässigkeit von

1 Bestandspflegeprovision, Retrozessionen.

2 Der Ausgabeaufschlag wird bei Erwerb bezahlt und dient der Abgeltung der Vertriebskosten des Anlageberaters bzw. Vermittlers; (vgl. BNP Paribas, abrufbar unter www.cortalconsors.de/euroWebDe/services/embeddedSourcesServlet?contentType=pdf&contentExtId=denps37719009&iFrame=yes, Abruf: 15.1.2013) zur Höhe der Bestandsprovisionen.

3 BGH: „Kick-Backs“: Was sind Rückvergütungen? Hinweisbeschl. 9.3.2011 – XI ZR 191/10, VuR 2011, 295; LMK 2007, 220857, Entscheidungsbesprechung von Wenninger/Möllers zum Urteil 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BB 2007, 627 m. BB-Komm. Elixmann, BB 2007, 904.

4 Assmann, ÖBA 2007, 40; Koch, ÖBA 2008, 475; Baum, ÖBA 2010, 278; Gruber, wbl 2010, 6; Ludger-Overbeck, in: Heidel, Aktienrecht- und Kapitalmarktrecht I, 3. Aufl. 2011, Kap 1, Rn. 23–28; Eisele/Faust, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 109, Rn. 72–75a.

5 Assmann, ÖBA 2007, 40, 54; Koch, ÖBA 2008, 475; krit. Mülbart, WM 2009, 481 sowie LSK 2009, 110617.

6 Abrufbar unter www.bankaustria.at/produktpdfs/MIFID_Leitlinien_D.pdf (Abruf: 15.1.2013).

7 Abrufbar unter www.raiffeisen.at/eBusiness/services/resources/media/326542569915825463-NA-434881057292905696-1-1-NA.pdf (Abruf: 15.1.2013).

8 OGH, 7.11.2007 – 6 Ob 110/07, Retrozessionen, ÖBA 2008/1486(OGH); Koziol, ÖBA 2003, 483; Koch, ÖBA 2008, 475; Wendehorst, ÖBA 2010, 562.

9 BGH, 19.12.2006 – XI ZR 56/05, WM 2007, 487; s. auch Koch, BKR 2010, 177; Löff/Hahne, WM 2012, 1512; Assmann/Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 23 Rn. 51; Entscheidungsbesprechung von Wenninger/Möllers zum Urteil 19.12.2006 – XI ZR 56/05, BB 2007, 627 m. BB-Komm. Elixmann, BB 2007, 904, LMK 2007, 220857.

10 Baum, ÖBA 2010, 278; Gruber, wbl 2010, 6; Koch, ÖBA 2008, 475.

11 Baum, ÖBA 2010, 278; Gruber, wbl 2010, 6; Koch, ÖBA 2008, 475.

Retrozessionen scheitern aber schon generell dann, soweit ihnen das eindeutige Potential zur Qualitätsverbesserung fehle. Ihre Vereinbarung verstoße daher gegen § 39 WAG (§ 31d WpHG), sodass es auf die Offenlegung gar nicht ankomme. Nach allgemeinem Auftragsrecht hat der Kunde gem. § 1009 ABGB einen Anspruch auf Herausgabe der vom Vermögensverwalter zu Unrecht vereinnahmten Provision. Nach h.M.¹² hat der Dritte (Fondsmanager), der dem Auftragnehmer (anlageberatende Bank) Zuwendungen zukommen lässt, keinen Rückforderungsanspruch. Nach h.M. entspricht es dem Zweck der Verbotsnorm des § 39 WAG (§ 31d WpHG), dass die Provision nach § 879 ABGB als nichtig anzusehen ist.¹³

II. Umsatzsteuerliche Qualifikation der Bestandsprovision

1. Die gesetzliche Grundlage für die Befreiung

Das öUStG enthält i. Z. m. Bankgeschäften in § 6 Abs. 1 Z. 8 (analog: § 4 Nr. 8 dt. UStG) folgende Befreiungen:¹⁴

- Umsätze im Geschäft mit Wertpapieren und Vermittlung dieser Umsätze, ausgenommen die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren
- Umsätze und Vermittlung von Anteilen an Gesellschaften und anderen Vereinigungen
- die Verwaltung von Sondervermögen nach dem Investment(fonds)-gesetz.

Nicht unter die Befreiung fallen:

- die Vermögensverwaltung¹⁵
- die Verwahrung und Verwaltung („Depotgeschäft“ i. S. d. § 1 Abs. 1 Z. 5 Bankwesengesetz (BWG); ebenso § 1 Abs. 1 Nr. 5 dt. KWG)
- sonstige Beratungsleistungen
- von einer Vermittlung losgelöste (nicht als Nebenleistung anzusehende) Anlageberatung
- eigenständige Informationstätigkeiten im finanzwirtschaftlichen Bereich oder entscheidungsunterstützende Beratungsleistungen, durch welche nicht unmittelbar Rechte und Pflichten in Bezug auf Wertpapiere begründet, geändert oder zum Erlöschen gebracht werden.¹⁶

Für die Bestimmung, welcher Art die Leistung ist, ist nicht die Bezeichnung oder der äußere Ablauf der Ausführung, sondern allein der wirtschaftliche Gehalt der Leistung maßgeblich.¹⁷ Der wirtschaftliche Gehalt ist im Zweifel unter Rückgriff auf die zu Grunde liegende Vereinbarung unter Bedachtnahme des Parteiwillens und der Verkehrsauffassung zu ermitteln. Dabei ist zu beachten, dass insb. die Begleitumstände des Leistungsaustausches, vor allem die Entgeltsvereinbarung und die Entgeltsbemessung Rückschlüsse auf den Leistungsinhalt zulassen.¹⁸

2. Umsatzsteuerliche Qualifikation der Bestandsprovision

Die Frage der Umsatzsteuerpflicht von Bestandsprovisionen erfordert die Beurteilung, wofür diese gewährt werden, was also sprichwörtlich die Gegenleistung ist. Insb. ist festzustellen, ob deren Zweck folgender ist:

- Vermittlungsentgelt zusätzlich zum Ausgabeaufschlag?¹⁹
- Entgelt von dritter Seite für die laufende Kundenbetreuung, für Weiterbildungsmaßnahmen sowie für Informationsaufbereitung (vgl. Fn. 6 und 7)?

- Abgeltung von „aftersale“-Leistungen für die über die Verwahrung hinausgehende Betreuung der Kunden hinsichtlich der betroffenen Fonds (vgl. Fn. 4)?
- zusätzliches Entgelt für Depotgeschäft?²⁰
- Abgeltung der von der Vermittlung losgelösten (laufenden) Anlageberatung (Portfoliosteuerung durch die Bank)?²¹
- Treueprämie/Abgeltung der Bank dafür, dass der Kunde den Fondsanteil nicht verkauft, sondern weiterhin behält oder in andere Fonds umschichtet (wäre letztlich auch als Entgelt dritter Seite für laufende Kundenbetreuung oder aber als Entgelt für eine eigenständige Vertriebsleistung der Bank gegenüber dem Fondsmanager zu verstehen)?

Es gibt mehrere Gründe, die Bestandsprovision wirtschaftlich als Entgelt von dritter Seite für die laufende Beratungstätigkeit bzw. als Leistung eigener Art anzusehen:

- Die Bestandsprovision wird auch im Falle bezahlt, dass die Depotbank den Fonds gar nicht vermittelt hat (z. B. bei Depotübertrag auf eine neue Bank erhält die neue Bank die Bestandsprovision weiter).²² Der Vermittlung ist nach allgemeinem Verständnis die „Verdienstlichkeit“ eigen. Es ist mit dem Charakter einer Vermittlungsprovision nicht zu vereinbaren, wenn diese auch ohne Verdienstlichkeit (weiter)bezahlt wird.
- Die Banken halten selbst (in Erfüllung der Pflicht nach § 31d WpHG bzw. § 39 WAG) fest, dass die Provisionen für die laufende Betreuung und Informationsaufbereitung bzw. zur Finanzierung von „aftersales-Leistungen“ dienen.
- Der Kunde akzeptiert diese ja nur, weil die WPDL sich dabei auf die laufende qualitätsverbessernde Wirkung berufen.
- Gegen eine Nebenleistung zum Depotgeschäft spricht, dass der Umfang des Depotgeschäfts gesetzlich definiert ist (Fn. 29 und 37). Gegen eine Vermittlungsleistung spricht insb.:
- Das WpHG (ebenso das WAG) verlangen eine qualitätsverbessernde Wirkung, was in Richtung laufender Beratung geht und unmittelbare Vermittlung ausschließt.
- Zur Abdeckung der Vertriebskosten ist der Ausgabeaufschlag (einmalig 3 bis 6%) vorgesehen. Zählt man die Bestandsprovisionen zum Vermittlungsentgelt, so würde dieses bei mehrjähriger Dauer insg. häufig mehr als 10% betragen, was wohl unangemessen wäre.²³

Die Bestandsprovision dient offenkundig – was sich auch aus den veröffentlichten Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten und Offenlegung von Vorteilen ergibt – der Abgeltung der beratenden

¹² Koch, ÖBA 2008, 475.

¹³ Koch, ÖBA 2008, 475.

¹⁴ Basierend auf der RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006.

¹⁵ EuGH 19.7.2012 – C-44/11, Deutsche Bank, RdF-Entscheidungsreport Hammer, RdF 2012, 418, RIW 2012, 644; Umsätze aus Portfolioverwaltung mehrwertsteuerpflichtig; Kunschke, DStR 2007, 1431; Haunold/Tumpel/Widhalm, SWI 9/2012, 426.

¹⁶ öUStR, Rn. 766.

¹⁷ Scheiner/Kolacny/Caganeck, Kommentar zur Mehrwertsteuer – UStG 1994, 53. Erg.-Lfg. Stand: Dezember 2012, § 1 Abs. 1 Ziff. 1, Tz. 44 f.

¹⁸ Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 1, Tz. 28, 72.

¹⁹ Dem nicht bestätigten Vernehen nach sieht das öBMF die Bestandsprovision als zeitlich erstreckte steuerfreie Vermittlungsprovision.

²⁰ Nach den praktischen Erfahrungen geben manche Banken bei Anfrage des Kunden über die qualitätsverbessernde Wirkung die Auskunft, dass damit Mehrkosten im Bereich der laufenden Kundenbetreuung wie Erstellung von Duplikatsauszügen u. Ä. abgedeckt werden.

²¹ FG Rheinland-Pfalz, 24.3.2011 – 6 K 2456/09, BeckRS 2011, 95212, anhängig beim BFH.

²² BFH 19.4.2007 – V R 31/05, BeckRS 2007, 25011773; der BFH sieht im Fall, dass die Provision bei Depotwechsel weitergeleistet wird, eine Umsatzsteuerpflicht (das war im konkreten Fall nicht zutreffend); Hahn, UStG, 2012, § 4 Nr. 8 UStG, Rn. 75; mit Hinweis UStAE 4.8.8. Abs. 6.

²³ Eventuell als Wucher zu qualifizieren. Zur Bestandsprovision im Versicherungsbereich als nachhinkende Vermittlungsprovision s. BMF, 28.2.2000 – IV D 2-5 7167-2/00, BB 2000, 812, DStR 2000, 473; allerdings ist die Befreiung im Versicherungsbereich von jener im Finanzbereich abweichend (Umsätze aus der „Tätigkeit“, s. § 6 Abs. 1 Ziff. 13 öUStG = § 4 Nr. 11 dt. UStG).

Bank für die Aufwendungen, die ihr aus der Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung in Bezug auf die von ihr verwahrten Fondsanteile entstehen. Die Mehrkosten liegen in der zusätzlichen Kundenberatung, in der Schulung ihrer Mitarbeiter, in der Erstellung von Informationsmaterial (Auswertungen Fondsrentabilität, Rankings etc.)²⁴ und in der laufenden Beratung des Kunden hinsichtlich der Gestion seines Fondvermögens. Das Verhältnis des Wertes der Leistungen ist zusätzlich nach h.M. ein Indiz für die Frage, ob eine Nebenleistung vorliegt oder nicht.²⁵ Die Bestandsprovisionen betragen zwischen 0,25 und 1,50% p.a., der Ausgabeaufschlag zwischen 3 und 6% einmalig. Die beiden Entgelte stehen also wertmäßig gleich gegenüber. Dies spricht gegen eine Nebenleistung und für eine eigene Dienstleistung.

Zur umsatzsteuerlichen Beurteilung der Provision sind die Befreiungen näher zu betrachten: Der Ausdruck „Umsätze, die sich auf Wertpapiere beziehen“ betrifft²⁶ Umsätze, 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“ betrifft nach dem EuGH keine Dienstleistungen, 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. Demnach sind als „Umsätze, die sich auf Wertpapiere beziehen“ neben Vermittlungsprovisionen Gebühren im Zusammenhang mit dem Kauf/Verkauf von Wertpapieren u.a.²⁷ steuerfrei. Als Depotgeschäft steuerpflichtig sind Depotprovision, Gebühren für Ertragnisaufstellungen, Erstellung von Depotauszügen, sonstigen Übersichten und Aufstellungen u.a.²⁸ Das DepotG beschreibt den Leistungsumfang abschließend.²⁹

Eine Vermittlungsleistung liegt vor, wenn ein Unternehmer gegen Entgelt im Namen und für Rechnung eines anderen tätig wird. Der Vermittler führt einen Leistungsaustausch zwischen seinem Auftraggeber und einem Dritten herbei.³⁰ Die Vermittlungstätigkeit besteht nach der Rechtsprechung des EUGH darin, „einer Vertragspartei die Gelegenheiten zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder im Namen und für Rechnung des Kunden über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu verhandeln, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse an seinem Inhalt hat“. Der Vermittlungsbegriff ist ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts, durch den eine von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Anwendung des Befreiungstatbestands vermieden werden soll.³¹ Auch aus der Freiheit des Organisationsmodells ergibt sich jedoch keine über die Vermittlung von Einzelabschlüssen hinausgehende Steuerfreiheit für Vertriebstätigkeiten allgemeiner Art.³² Das FG Rheinland-Pfalz³³ hat daher die sog. „Bestandspflegeprovision“ der Umsatzsteuerpflicht unterworfen. Zwar könne nach dem FG die Vermittlung in verschiedene einzelne Dienstleistungen zerfallen, die dann ihrerseits als Vermittlung steuerfrei wären. Dies gilt jedoch nach der nunmehr ständigen Rechtsprechung des EuGH nur dann, wenn es sich bei der einzelnen Leistung „um ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes handelt, das die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Vermittlung erfüllt“.³⁴ Gerade das ist bei den hier in Frage stehenden Bestandsprovisionen m.E. gerade nicht der Fall, da damit die laufende Kundenbetreuung, Weiterbildungsmaßnahmen und Informationsaufbereitung vergütet werden soll. Es kann auch wohl den Banken in Anbetracht des § 31d WpHG (§ 39 WAG) nicht unterstellt werden, einerseits in ihren veröffentlichten Leitlinien

die vorzitierten Hinweise über den Zweck der Bestandsprovision („aftersales“-Leistung, über die bloße Verwahrung hinausgehende Betreuung der Kunden hinsichtlich der betroffenen Fonds, laufende Beratung und sonstige Verbesserung, Sicherung der Qualität, Weiterbildungsmaßnahmen und Informationsaufbereitung, [s. Fn. 7 und 8]) zu veröffentlichen, andererseits jedoch zu behaupten, von der Beratung losgelöste „nachhinkende“ Vermittlungsprovisionen zu meinen.³⁵

Zumindest in Österreich stehen einzelne Banken auf dem Standpunkt, dass die im Falle des Depotwechsels auf die neue Depotbank übergehende Bestandsprovision weiterhin ihren Charakter als Vermittlungsprovision behält. Dies ist jedoch verfehlt, da der neuen Depotbank die der Vermittlung eigentümliche³⁶ „Verdienstlichkeit“ (vgl. § 6 öMaklerG) fehlt.

Auch das BWG bzw. KWG unterscheidet übrigens klar zwischen dem Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KWG bzw. § 1 Abs. 1 Z. 5 BWG) und der Wertpapiervermittlung (§ 1 Abs. 1a Nr. 1 KWG bzw. § 1 Abs. 1 Z. 7 und 7a BWG). Der steuerrechtliche Begriff „Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren“ ist unter Bezug auf das KWG (BWG) auszulegen. Der VwGH hat für die Abgrenzung des Depotgeschäfts von der Vermittlung Kriterien aufgestellt.³⁷ Das Gericht hat zwei getrennte Rechtsbeziehungen hervorgehoben: Die Vermittlungsvereinbarung, welche nur auf die Verschaffung des Eigentums an den Wertpapieren gerichtet ist, sei klar von der Gestion bezüglich der Wertpapiere zu unterscheiden.

Für die Abgrenzung der Vermittlung von anderen nicht befreiten Leistungen ist weiter darauf hinzuweisen, dass eine weitergehende Steuerfreiheit für Leistungen, die keinen spezifischen und wesentlichen Bezug zu einzelnen Vermittlungsgeschäften aufweisen, sondern allenfalls dazu dienen, einen anderen Unternehmer, der Vermittlungsleistungen erbringt, zu unterstützen, nicht besteht.³⁸ Eine Steuerfreiheit für „ver-

24 Abrufbar unter www.bankdirekt.at/eBusiness/bankdirekt_template2/629215710240591926-609775160315927089614859815801410623_61535555_2796370184-615355552796370184-NA-NA-NA.html (Abruf: 15.1.2013).

25 VwGH, 5.4.1984 – 83/15/0045; öUStR, Rn. 347.

26 EuGH, 13.12.2001 – C-235/00, CSC Financial Services Ltd., BB 2002, 559 Ls m. BB-Komm. Lohse; EuGH, 5.6.1997 – C-2/95, SDC, EWS 1997, 279, RIW 1997, 705; EuGH, 5.7.2012 – C-259/11, DTZ Zadelhoff, Rn. 22.

27 Börse- und Lieferspesen, Ordergebühren, Devisenprovisionen, Ausübung von Bezugsrechten, Optionsgeschäft mit Wertpapieren, in- und ausländische Börsespesen, Ordergebühr, Zahlstellen- und Zahlungsvermittlung für Überweisungen ausländischer Erträge/Tilgungserlöse.

28 Besorgung von Zins- und Ertragnisscheinen, Verlosungskontrolle, Beschaffung von Ersatzurkunden, Ausstellung von Lieferbarkeitsbescheinigungen, Erlag, Behebung, Übertrag inkl. Versand, Umschreiben von Namensaktien, sonstige Bearbeitungsgebühren, Sperren, Notariatsanfragen, KEST-Abgrenzung und -Aufrollung und ausländischen Quellensteuern, Finanzamtsbescheinigungen, Besorgung von Stimm-, Besucher-, Teilnehmerkarten, Ausbuchung wertlos gewordener Werte, Bezugsrechte, Duplikatsbelege, Namensumschreibung, Bearbeitung von Verlustfällen, Aufgebot, Sperren, Gebühren für Inkasso von Kupons/Tilgungserlöse.

29 Fülbier, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz: KWG, 2012, § 1, Tz. 62 ff.; Kunschke, DStR 2007, 1431.

30 EuGH, 21.6.2007 – C-453/05, Ludwig, DStR 2007, 1160, Rn. 28 (Kreditvermittler); Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 3a; Tz. 113; Baumann-Söllner/Melhardt, Umsatzsteuergesetz, Kommentar, 2012, Kap. 2.3.2.2.; öUStR Rn. 753a.

31 BFH, 3.10.2008 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens; FG Neustadt, 24.3.2011 – 6 K 2456/09, FD-DStR 2011, 321029, mit Hinweis auf Philipovski, in: Rau u. a., UStG, 2012, § 4 Nr. 8 UStG, Rn. 90.

32 FG Rheinland-Pfalz, 24.3.2011 – 6 K 2456/09, BeckRS 2011, 95212; BFH, XI R 13/11 (anhängig) unter Berufung auf die Definition des Begriffes der Vermittlung durch den EuGH (21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160).

33 FG Rheinland-Pfalz, 24.3.2011 – 6 K 2456/09, BeckRS 2011, 95212 (BFH XI R 13/11, anhängig).

34 BFH, 30.10.2008 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens; EuGH 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160.

35 Dies würde m. E. eine wohl auch strafrechtliche Verletzung des § 39 WAG bedeuten und damit die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche verlängern.

36 OGH, 13.5.1987 – 1 Ob 539/87, MietSlg 39711; OGH, 18.11.1999 – 2 Ob 308/98b, MietSlg 51602.

37 VwGH, 25.9.2012 – 2012/17/0135, ÖBA 2013/125 = RdW 2012/762; Karas/Traxler/Waldherr, in: Dellinger, Bankwesengesetz, 7. Erg.-Lfg. 2012, § 1, Rn. 49; Laurer, in: Laurer u. a., BWG (Bankwesengesetz), 3. Aufl. 2011, § 1, Rn. 12.

38 BFH, 30.10.2008 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens, mit Hinweis auf EuGH, 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160; FG Rheinland-Pfalz, 24.3.2011 – 6 K 2456/09, BeckRS 2011, 95212.

triebsunterstützende Aufgaben“ wie etwa „Administration einer Vertriebsorganisation“ ohne „Beteiligung an der konkreten einzelfallbezogenen Maklertätigkeit der angeschlossenen Vermittler“, und somit für „administrative Tätigkeiten ohne ... unmittelbaren Bezug zu konkreten steuerfreien Wertpapierumsätzen“ kommt nicht in Betracht, da dies eine über den Vermittlungsbegriff der RL 77/388/EWG hinausgehende Steuerbefreiung für allgemeine Vertriebstätigkeiten voraussetzen würde, die die Richtlinie aber nicht vorsieht.³⁹ Im Übrigen reicht es für die Steuerfreiheit nicht aus, dass es sich bei der Tätigkeit um ein für die Bewirkung der steuerfreien Leistung unerlässliches Element handelt,⁴⁰ sodass die Steuerfreiheit lediglich vertriebsunterstützender oder administrativer Tätigkeiten nicht auf deren Unerlässlichkeit für den Eintritt des Vermittlungserfolgs gestützt werden kann. Schließlich widerspräche ein weitergehender Vermittlungsbegriff auch dem Erfordernis einer rechtssicheren und einfachen Anwendung des Vermittlungsbegriffs.⁴¹ Sofern sich Leistungen im Rahmen einer arbeitsteiligen Vermittlung als eigenständiges Ganzes darstellen, die die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Vermittlung erfüllen, sind sie nur steuerfrei, wenn der jeweilige Vermittler eine Mittlertätigkeit ausübt, die sich auf einzelne Wertpapier- oder Anteilsumsätze bezieht.⁴²

Abgesehen von diesen offenkundigen Fällen ist im Einzelfall zu klären, welche Leistung vorliegt. Im Finanzbereich gibt es eine Reihe von Leistungen, deren Umsatzsteuerpflicht unklar ist. Zu beachten ist, dass nach der Rsp.⁴³ Steuerbefreiungen eng auszulegen sind, da sie Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz darstellen, dass jede Dienstleistung, die ein Steuerpflichtiger gegen Entgelt erbringt, der Umsatzsteuer unterliegt. Zu klären ist daher, ob die Bestandsprovision als eine der folgenden Leistungen anzusehen bzw. ihr umsatzsteuerlich gleichwertig ist.

Anlageberatung: Darunter versteht man die Beratung für eine zu tätige Investition am Kapitalmarkt. Sie umfasst lediglich die Beratung. Den Anlageentscheid trifft im Gegensatz zur Vermögensverwaltung immer der Kunde selbst. Sofern sie unselbstständige Nebenleistung der Vermittlung ist, ist sie steuerfrei,⁴⁴ andernfalls steuerpflichtig. Nebenleistungen gelten nur dann als solche, wenn sie keinen selbstständigen Dienstleistungsgehalt haben, der losgelöst von der Vermittlung für den Kunden aus seiner Sicht relevant wäre.⁴⁵ Der BFH⁴⁶ hat zur Abgrenzung zwischen Anlageberatung als Nebenleistung (zur Vermittlung) und als eigene Leistung festgestellt, dass mit den fortlaufend erbrachten Betreuungsaktivitäten der Zweck verfolgt wird, einen gewissen Anlageerfolg des Kunden sicherzustellen.⁴⁷ Nur der fortlaufenden und nicht der einmaligen Beratungs- und Betreuungsaktivität kommt ein eigenständiger wirtschaftlicher Gehalt zu, die eine steuerbare Hauptleistung begründet. Wird eine Betreuungsaktivität entfaltet, die nicht nur auf die Besorgung des Wertpapiers für den Kunden beschränkt ist, da neben der eigentlichen Besorgung (Wertpapierkauf) weitere Leistungen mit eigenem wirtschaftlichem Gewicht erbracht werden, so ist in diesem Fall die Besorgungsleistung nur unselbstständiger Teil einer einheitlichen sonstigen Leistung.⁴⁸ Dies bestätigen auch der EuGH sowie jüngst der österr. Unabhängige Finanzsenat (UFS).⁴⁹ Die Anlageberatung eines Investmentfonds ist nicht befreit! Befreit wäre sie nur dann, wenn die von dem Außenstehenden erbrachten Dienstleistungen „ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes“⁵⁰ sind, das die spezifischen und wesentlichen Funktionen der Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften erfüllt.“ Auch eine umfassende Anlageberatung des Investmentfonds im Bereich des Portfoliomanagements erfüllt nicht die Vorausset-

zungen für die Steuerbefreiung, wenn die finale Entscheidung über die Durchführung von Portfolioumschichtungen der beratenen Kapitalanlagegesellschaft obliegt.⁵¹ Eine reine Anlageberatung stellt daher kein „im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes“ dar, welches „für die Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalgesellschaften spezifisch und wesentlich“ war.

Vermögensberatung: Der EuGH⁵² hat zur Vermögensverwaltung festgestellt, dass die Leistung der Portfolioverwaltung eine eigene Leistung sei, die sich aus zwei Elementen zusammensetzt und zwar zum einen aus der Leistung der Analyse und Beaufsichtigung des Vermögens des Anlegers und zum anderen aus der Leistung des eigentlichen Kaufs/Verkaufs von Wertpapieren. Für eine Nebenleistung oder einen Leistungssplit sei kein Raum. Der EuGH betont, dass bei einem Umsatz, der verschiedene Einzelleistungen und Handlungen umfasst, eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen sei, um zu bestimmen, ob dieser Umsatz zwei oder mehr getrennte Leistungen oder eine einheitliche Leistung umfasse.⁵³ Der EuGH hat entschieden, dass eine einheitliche Leistung insb. dann vorliegt, wenn ein Teil die Hauptleistung, ein anderer Teil aber eine Nebenleistung darstellt, die das steuerliche Schicksal der Hauptleistung teilt.⁵⁴ Demnach liegt eine einheitliche Leistung auch dann vor, wenn der Unternehmer für den Verbraucher zwei oder mehr Elemente liefert oder Handlungen vornimmt, die so eng miteinander verbunden sind, dass sie objektiv eine einzige untrennbare wirtschaftliche Leistung bilden, deren Aufspaltung wirklichkeitsfremd wäre. Nimmt man eine Gesamtbetrachtung der Vermögensverwaltung vor, wird nach dem EuGH deutlich, dass sie im Wesentlichen eine Verbindung aus der Leistung der Analyse und Beaufsichtigung des Vermögens des Anlegers zum einen und der Leistung des eigentlichen Kaufs und Verkaufs von Wertpapieren zum anderen darstellt. Es ist unerheblich, dass diese beiden Teile auch getrennt erbracht werden könnten. Das Urteil bestätigt die Haltung des BMF⁵⁵ nur teilweise. Das österr. BMF vertritt (noch) die Ansicht, dass bei Vermögensverwaltungsverträgen eine einheitliche Leistung vorliegt, deren Schwerpunkt in der Vermögensverwaltung liegt und die steuerpflichtig sei. Werden jedoch unter Anwendung der banküblichen Tarife die grundsätzlich steuerfreien Leistungen der Bank für den Kunden erkennbar gesondert abgerechnet, bestehen keine Bedenken, wenn diese Teilleistungen steuerfrei behandelt werden. Aufgrund des jüngsten EuGH-Urteils erscheint es nicht mehr vertretbar, dies

39 BFH, 30.10.2008 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens, mit Hinweis auf EuGH 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160.

40 EuGH, 5.6.1997 – C-2/95, SDC, EWS 1997, 279, RIW 1997, 705.

41 EuGH, 26.6.2003 – C-305/01, EWS 2004, 531 Ls, RIW 2004, 307, MKG.

42 BFH, 30.10.2008 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens; BFH 20.12.2007 – V R 62/06, BB-Entscheidungsreport Hölzerkopf, BB 2008, 1439.

43 EuGH, 19.7.2012 – C-44/11, RdF-Entscheidungsreport Hammer, RdF 2012,418, RIW 2012, 644, Rn. 42 mit Hinweis auf die Urteile 20.11.2003 – C-8/01, EWS 2004, 531 Ls, RIW 2004, 553, sowie 5.7.2012 – C-259/11, FD-DStR 2012, 334750.

44 öUStR, Rn. 766 i.V.m. Rn. 753.

45 EuGH, 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160; Franz, BB 2010, 536.

46 BFH, 18.5.1994 – XII R 62/93, BB 1994, 1628 Ls.

47 Analog im Reiseversicherungsrecht, BFH, 13.7.2006 – V R 24/02, BB 2006, 2010 Ls: Ein vom Reiseveranstalter obligatorisch angebotener Abschluss einer Reiserücktrittskostenversicherung für die Kunden kann eine selbstständige steuerfreie Leistung neben der unter § 25 d UStG fallenden Reiseleistung sein.

48 BFH, 18.5.1994 – XI R 62/93, BB 1994, 1628 Ls.

49 UFS, 13.6.2012 – RV/1325-W/09, FINDOK 59642; FG Nürnberg, 3.8.2010 – 2 K 472/2009, BB-Entscheidungsreport Hahne, BB 2011, 1319.

50 EuGH, 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160.

51 EuGH, 4.5.2006 – C-169/04, Abbey National, RIW 2006, 471; BFH, 5.5.2011 – V R 51/10, BB 2011, 1827 m. BB-Komm. Hahne; EuGH, C 275/11, GfBK (anhängig); dt. UStAE, Abschn. 4.8.13 Abs. 14 S. 2.

52 EuGH, 19.7.2012 – C-44/11, Deutsche Bank, RdF-Entscheidungsreport Hammer, RdF 2012,418, RIW 2012, 644, Rn. 23.

53 EuGH 27.10.2005 – C-41/04, Levob Verzekeringen und OV Bank, RIW 2006, 70, Rn. 19; EuGH, 10.3.2011 – verb. Rs. C-497/09, C-499/09, C-501/09 und C-502/09, Bog u. a., BeckEuRS 2011, 571476, Rn 52.

54 EuGH, 15.5.2001 – C-34/99, Primback, EWS 2001, 286, RIW 2001, 545, Rn. 45 und die dort angeführte Rspr.; s. auch de Weerth, DB 2008, 550.

55 USt-Protokoll 2008, öBMF-010219/0416-V14/2008.

weiterhin aufrechtzuerhalten.⁵⁶ Daraus ergibt sich: Soweit der Kunde selbst entscheidet, ob und welche Transaktionen getätigt werden, liegen mehrere selbstständige Hauptleistungen vor, die umsatzsteuerlich gesondert zu beurteilen sind und je nach Art der erbrachten Leistung umsatzsteuerpflichtig oder -steuerfrei sind.⁵⁷ Demnach sei daher die Frage, ob die an den Anleger erbrachten Leistungen teilbar sind oder ein untrennbares Ganzes bilden, nicht entscheidungserheblich.⁵⁸

Informationsleistungen: Nicht befreit sind eigenständige Informationsleistungen oder entscheidungsunterstützende Beratungsleistungen, durch welche nicht unmittelbar Rechte und Pflichten in Bezug auf Wertpapiere begründet, geändert oder zum Erlöschen gebracht werden.⁵⁹ Nur unter folgenden engen Voraussetzungen können etwa die Analyse der Vermögenssituation eines potenziellen Kreditwerbers sowie dessen Beratung als unselbstständige Nebenleistungen zur steuerfreien Kreditvermittlung angesehen werden: (i) wenn die vom Vermittler erbrachten Leistungen nur vergütet werden, wenn die akquirierten Kunden einen Kreditvertrag abschließen und (ii) die Kreditvermittlung sich für Kreditnehmer und -geber als die entscheidende Leistung darstellen. Nach dem EuGH⁶⁰, dem BFH⁶¹ und den UStR⁶² gilt: Führt ein Vertriebs- bzw. Vermittlungsunternehmen im Zusammenhang mit der Einführung neuer Finanzprodukte für den Emittenten gegen gesondertes Entgelt eigenständige Marketingaktivitäten und Werbeaktivitäten durch, die der allgemeinen Produktinformation dienen (z.B. die Gestaltung der Emissionsprospekte, die Imagewerbung und die Kontaktpflege zu Journalisten und Verlagen sowie die Information und Schulung von Anlageberatern), liegt diesbezüglich mangels Handelns gegenüber individuellen Vertragsinteressenten keine steuerfreie Vermittlung und – wegen des eigenständigen Charakters derartiger Dienstleistungen – auch keine unselbstständige Nebenleistung zu einer (späteren) Vermittlung vor.

Zur Frage der Nebenleistung: Gem. dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistung sind mehrere gleichrangige Leistungen als eine Leistung zu beurteilen, wenn sie ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach als Einheit aufzufassen sind. Dazu ist ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang erforderlich, ein „Ineingreifen der Leistungen, sodass die einzelne Leistung als Teil einer Gesamtleistung erscheint, die gegenüber den Einzelleistungen nach der Verkehrsauffassung eine andere Qualität besitzt“.⁶³ Die Frage, ob ein Umsatz, der aus mehreren Teilen besteht, als einheitliche Leistung oder als zwei oder mehrere voneinander unabhängige Leistungen zu betrachten sei, ist wegen der Vielfalt gewerblicher Umsätze nicht einheitlich beurteilbar.⁶⁴ Der EuGH stellt fest, dass jede Dienstleistung grundsätzlich als eigene, selbstständige Leistung zu betrachten sei und im Interesse eines funktionierenden Mehrwertsteuersystems nicht künstlich aufgespalten werden dürfe.⁶⁵ Um festzustellen, ob der steuerpflichtige Unternehmer dem Verbraucher mehrere selbstständige Hauptleistungen oder eine einheitliche Leistung, bestehend aus einem Bündel mehrerer unselbstständiger Leistungen, erbringt, sei das Wesen des fraglichen Umsatzes zu ermitteln, wobei auf die Sicht des Durchschnittsverbrauchers abzustellen sei.⁶⁶ Nebenleistungen teilen das Schicksal der Hauptleistung und sind umsatzsteuerlich nicht gesondert zu erfassen. Eine Nebenleistung sei eine Leistung, die für die Kundschaft keinen eigenen Zweck besitze, sondern das Mittel darstelle, um die Hauptleistung des Leistungserbringers unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen.⁶⁷ Ob eine Leistungseinheit vorliegt, ist stets von der Leistungsseite her zu beurteilen. Die dem Leistungsempfänger aufgezwungene Koppelung mehrerer Leistungen allein führt nicht zu einer einheitlichen Leistung.⁶⁸ Nicht

entscheidend sind dabei die Entgeltsbemessung und die Abrechnung. Nebenleistungen teilen umsatzsteuerrechtlich das Schicksal der Hauptleistung. Das gilt auch dann, wenn für die Nebenleistung ein besonderes Entgelt verlangt und entrichtet wird.⁶⁹ Ist daher die Leistung als einheitlich zu beurteilen, kann auch eine getrennte Bemessung des Entgeltes und eine getrennte Rechnungslegung nicht zu einer Aufspaltung der Leistung führen.⁷⁰ Eine unselbstständige Nebenleistung ist anzunehmen, wenn sie im Vergleich zur Hauptleistung untergeordnete Bedeutung besitzt, mit der Hauptleistung eng zusammenhängt und in ihrem Gefolge üblicherweise vorkommt.⁷¹ Die Merkmale der Nebensächlichkeit und des engen Zusammenhanges sind als erfüllt anzusehen, wenn die Nebenleistung die Hauptleistung ermöglicht, abrundet oder ergänzt.⁷² Im Zusammenhang mit Leistungen eines Vermögensberaters ist hier die Entscheidung des FG Baden-Württemberg⁷³ interessant: Die Umsätze aus den von der Bank erhaltenen Provisionen waren geringfügig höher als die Umsätze aus der (reinen) Vermögensverwaltung. Dies solle eher für eine weitere Haupttätigkeit bei der Erteilung von Ankaufs/Verkaufsaufträgen an die Bank sprechen. Entscheidend für die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung als Nebenleistung sei aber der Umstand, dass die Leistung unauflösbar durch die Vermögensverwaltung bedingt war. Ohne diese Vermögensverwaltung hätte es die sonstigen Leistungen überhaupt nicht geben können, insofern bestätigt durch BFH vom 18.7.2002 – V R 44/01.

Anreizprovisionen: Provisionen, die ein mit einer Bankvollmacht seines Kunden ausgestatteter Vermögensverwalter von den Banken dafür erhält, dass er bei der jeweiligen Bank Vermögenstransaktionen (Wertpapierankäufe/-verkäufe) für seinen Kunden durchführt bzw. für diesen Kunden Depots unterhält, sind nicht steuerfrei. Die sonstige Leistung des Vermögensverwalters teilt als Nebenleistung zur Hauptleistung „Vermögensverwaltung“ deren umsatzsteuerliches Schicksal.⁷⁴

Unterstützung von Schulungen: Über die Vermittlung von Finanzanlagen hinausgehende unterstützende Leistungen (hier: Schulungen von Untervermittlern, Aufbau von Vertriebsstrukturen) sind nach h.M. umsatzsteuerpflichtig.⁷⁵

Marketingaktivitäten und Werbeaktivitäten, die darin bestehen, dass sich ein Vertriebsunternehmen nur in allgemeiner Form an die Öffentlichkeit wendet, sind mangels Handelns gegenüber individuellen Vertragsinteressenten keine Vermittlung. Marketing, Werbung und

56 Bauer, UStaktuell 2011, H 80, 1; Haunold/Tumpel/Widhalm, SWI-Hef-Nr. 9/2012, 426.

57 Bauer, UStaktuell 2011, H 80.

58 de Weerth, DB 2008, 550.

59 BFH, 6.12.2007 – V R 66/05, DStRE 2008, 443, sowie 30.10.2008 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens; öUStR, Rn. 766.

60 EuGH, 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160.

61 BFH, 6.12.2007 – V R 66/05, DStRE 2008, 443.

62 öUStR, Rn. 766.

63 EuGH, 25.2.1999 – C-349/96, Card Protection Plan Ltd., EWS 1999, 152, RIW 1999, 800; VwGH, 17.9.1990 – 89/15/0048, Abschn. 3.10. dt UStAE.

64 EuGH, 25.2.1999 – C-349/96, EWS 1999, 152, RIW 1999, 800; BFH, 24.11.1994 – V R 30/92, BStBl. II 1995, 151; BFH, 13.7.2006 – V R 24/02, BStBl. II 2006, 935, BB 2006, 2010 Ls.

65 EuGH, 25.2.1999 – C-349/96, EWS 1999, 152, RIW 1999, 800, Rn. 29.

66 S. Fn. 48.

67 S. Fn. 48; EuGH, 21.6.2007 – C-453/05, Volker Ludwig, DStR 2007, 1160; EuGH, 22.10.1998 – C-308/96, Madgett und Baldwin, EWS 1999, 34, RIW 1999, 471.

68 BFH, 13.7.2006 – V R 24/02, BStBl. II 2006, 935, BB 2006, 2010 Ls; Abschn. 3.10. dt UStAE.

69 BFH, 28.4.1966 – V 58/63, BStBl. III 1966, 476; Abschn. 3.10. dt UStAE.

70 EuGH, 22.10.1998 – C-308/96, EWS 1999, 34, RIW 1999, 471, und 22.10.1998 – C-94/97, The Howden Court Hotel, ADASUR Dok. Nr. 33070 (Ls.); EuGH, 25.2.1999 – C-349/96, Card Protection Plan, EWS 1999, 152, RIW 1999, 800; VwGH, 27.8.1990 – 89/15/0128, ÖStZB 1991, 107; 5.4.1984 – 83/15/0045, RdW 1985, 96; 17.9.1990 – 89/15/0048 (0051, 0055), ÖStZB 1991, 82 = SWK 1991, R 61; 17.12.1996 – 96/14/0016, BeckRS 2001, 21010435.

71 VwGH, 17.12.1996 – 96/14/0016, SWK 1997, R 111, und die dort zitierte Judikatur.

72 VwGH, 28.11.2000 – 97/14/0007, SWK 2001, R 62.

73 FG Baden-Württemberg, 6.4.2001 – 11 K 16/92, EFG 2001, 999.

74 S. Fn. 54 und 55.

75 öUStR, Rz 766; BFH 30.10.2007 – V R 44/07, BB 2009, 256 m. BB-Komm. Behrens, sowie 6.12.2007 – V R 66/05, IStRE 2008, 443; Niedersächsisches FG 11.12.2008 – 5 K 330/07.

Vermittlung sind nicht aufgrund des bloßen Ziels, den Verkauf von Fondsanteilen zu fördern, Teil einer einheitlichen Leistung, wenn der Marketingtätigkeit und Werbetätigkeit durch die Gestaltung von Emissionsprospekten und durch Schulungstätigkeiten und Auskunftstätigkeiten, die der allgemeinen Produktinformation dienen, eigenständiger Charakter zukommt.⁷⁶

3. Bestandsprovision als Entgelt von dritter Seite

Zum Entgelt gehört auch, was ein anderer (der Fondsmanager) als der Leistungsempfänger (Kunde) dem Unternehmer (Bank) für die Lieferung oder sonstige Leistung gewährt (§ 10 Abs. 1 (dt.) UStG).⁷⁷ Es muss ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Leistungsaustausch, der zwischen dem Leistenden (Bank) und dem Leistungsempfänger (Kunde) stattfindet, gegeben sein.⁷⁸ Zahlungen von dritter Seite sind dann Entgelt, wenn sie der Unternehmer (Bank) (dafür erhält, dass er eine Leistung an eine vom Zuschussgeber (Fondsmanager) verschiedene Person erbringt. Der Zuschussgeber muss die Zahlung deshalb gewähren, damit oder weil der Unternehmer eine Leistung erbringt. Ein Einzelzusammenhang zwischen dem Zuschuss und einer bestimmten Leistung ist nicht erforderlich.⁷⁹ Ein Interesse des Zuschussgebers am Zustandekommen der Leistung ändert nichts daran, sondern ist typisch.⁸⁰ Gewährt der Dritte den Zuschuss deshalb, weil er vom Unternehmer (Zuschussempfänger) eine Leistung erhält, stellt die Zahlung hingegen ein steuerbares Entgelt dar. Dies ist der Fall, wenn die Leistung ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Zuschussgebers befriedigt oder dem Zuschussgeber ein eigener wirtschaftlicher Nutzen zukommt.⁸¹ Sofern die Bestandsprovision der Abgeltung der beratenden Bank für die Aufwendungen, die ihr aus der Verbesserung der Qualität der Leistungserbringung in Bezug auf die von ihr verwahrten Fondsanteile entstehen, dient (Kap. II.2, Anfang), erbringt die Bank eine Leistung an den Fondsinhaber und liegt ein Entgelt dritter Seite vor.

Die in *öUStR* Rn. 769 enthaltene Aussage, wonach grundsätzlich darauf abzustellen sei, wem gegenüber die Entgeltsabrechnung erfolgt, ist nur eine Hilfsregel. Erfolgt die Abrechnung gegenüber dem Emittenten könne i. d. R. angenommen werden, dass es sich um (allenfalls Folge-)Leistungen i. Z. m. der Emission handelt, die von der Umsatzsteuer befreit ist. Erfolgt die Entgeltsabrechnung gegenüber dem Kunden, so könne (ausgenommen es handelt sich um Kosten im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Veräußerung von Wertpapieren) angenommen werden, dass es sich um Leistungen im Depotgeschäft handelt. Dies ändert nichts an der obigen Qualifikation.

4. Zwischenzusammenfassung

Bestandsprovisionen dienen nach den von den Banken selbst veröffentlichten Richtlinien der Abgeltung der beratenden Bank für die Aufwendungen, die ihr aus der Verbesserung der Qualität der laufenden Leistungserbringung gegenüber dem Fondsanteilsinhaber in Bezug auf die von ihr für ihn verwahrten Fondsanteile, entstehen. Sie gelten somit keine unselbstständige Nebenleistung zur Wertpapieranschaffung ab. Eine Nebenleistung liegt nur vor, wenn die Leistung nach dem Willen der Parteien so eng mit der anderen verbunden ist, dass die eine nicht ohne die andere erbracht werden kann.⁸² Da die Provisionen auch bezahlt werden, wenn die Bank das Wertpapier nicht vermittelt hat, liegt jedenfalls keine Nebenleistung zur Vermittlung vor.

Es fehlt auch ganz klar der Wille und die Kenntnis des Kunden und somit die vertragliche Vereinbarung, dass die Provision als „nachhin-

kende“ Vermittlungsleistung zum ursprünglichen Wertpapierkauf vereinbart sei. Dies widerspräche auch den eigenen Angaben der Banken (Fn. 6 und 7) sowie dem § 31d WpHG (§ 39 WAG). Möglicherweise hat der in Österr. im Jahr 2007 eingeführte § 39 WAG hier eine Richtungsänderung gebracht: War es bis dahin zumindest argumentierbar, Bestandsprovisionen ohne Rechtfertigung bzw. Aufklärung und somit als zusätzliche Vermittlungsprovision zu halten, so ist dies seit dem WAG m. E. unzulässig. Wenn nun aber als Begründung für die Annahme der Bestandsprovision vereinfacht gesagt die „aftersale“-Betreuung als mit dem Kunden vereinbart gilt, so ergibt sich daraus, dass die Bestandsprovision eine eigenständige Leistung abgelten soll. Für eine vereinbarte „nachhinkende“ Vermittlungsprovision besteht kein Raum.

Diese Sicht deckt sich auch mit der Tatsache, dass manche Fondsdiskonter die Bestandsprovision ganz oder teilweise an den Kunden weitergeben, da sie keine zusätzlichen „aftersale“-Leistungen erbringen und somit in der Lage sind, diese Provisionen abzugeben (vgl. *Wallstreet Online*: <http://www.wallstreet-online.de/nachricht>, Suchbegriff „Fondsdiskonter gibt Bestandsprovision an Kunden weiter“). Diese Ansicht entspricht im Übrigen auch der Rechtsprechung des BGH.⁸³

In den Fällen, in denen Bestands(Kontinuitäts-)provisionen auch dann bezahlt werden, wenn bezogen auf den einzelnen Kunden keinerlei Wertpapiere vermittelt wurden, ist jedenfalls von einer steuerpflichtigen Bestandspflegeleistung auszugehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine Bank von einer Fondsgesellschaft Provisionen hinsichtlich eines Kundendepots erhält, aber die in diesem Depot befindlichen Fondsanteile nicht vermittelt wurden, sondern durch Depotumschichtungen in ein Depot der Bank gelangten. In diesem Fall hat die Bank dem Anleger die Fondsanteile nicht vermittelt, sondern die ursprünglich über einen anderen Vermittler erworbenen Fondsanteile nachträglich durch Depotumschichtung des Kunden in ihre Verwaltung genommen.

Sachverhalte, in denen neben der Vermittlungsleistung noch weitere Leistungen erbracht werden, die ihrerseits gesonderte Hauptleistungen darstellen, sind umsatzsteuerpflichtig. Zu nennen sind hier Bemühungen des Vermittlers, um den Anleger als Fondsinvestor zu erhalten und zu betreuen sowie über die Produkte der Fondsgesellschaft zu informieren, soweit diese Elemente Gegenstand einer besonderen Leistungsverpflichtung sind. Insoweit handelt es sich auch hier um steuerpflichtige Bestandspflegeleistungen.⁸⁴

Liegt keine Vermittlungstätigkeit vor, kann sich die Steuerfreiheit der Vermittlung auch nicht aus einer von Vermittlungserfolgen abhängigen Vergütungsregelung ergeben.⁸⁵ Die Bank erbringt daher eine eigenständige Dienst- und Beratungsleistung, welche von der ursprünglichen Wertpapieranschaffung/-vermittlung zu unterscheiden sind. Die vom Fondsmanager an den WPDL geleistete Bestandsprovision

76 *öUStR*, Rn. 766; BFH, 6.12.2007 – V R 66/05, DStRE 2008, 443.

77 *Sölch/Ringleb*, Umsatzsteuer, 68. Erg.-Lfg., Stand: September 2012, § 10, Kap. B. III.; Abschn. 10.2 UStAE.

78 *öUStR*, Rn. 652.

79 VwGH, 20.1.1992 – 91/15/0055, SWK 1992, R. 66.

80 *öUStR*, Rn. 652.

81 *öUStR*, Rn. 652.

82 EuGH, 12.6.1979 – 126/78, Nederlandse Spoorwegen, BeckEuRS 1979, 74727.

83 BFH, 19.4.2007 – V R 31/05, BeckRS 2007, 25011773 = LSK 2007, 340337 (Ls.): die Steuerfreiheit wird nur für den Fall bestehen, dass keine über die Vermittlungsleistung hinausgehende Leistungsverpflichtung vorliegt; UStAE 4.8.8.; Bayer. Landesamt für Steuern, 19.12.2007 – S 7160e – 5 St 35 N, DStR 2008, 677; *Heidner/Bunjes*, UStG, 11. Aufl. 2012, § 4 Nr. 11, Rn. 2–4 zum Versicherungsvertreter.

84 Rn. 83.

85 BFH, 6.12.2007 – V R 66/05, BeckRS 2007, 25011 773 = LSK 2007, 340337 (Ls.); FG Rheinland-Pfalz, 24.3.2011 – 6 K 2456/09, BeckRS 2011, 95212.

gilt als Entgelt von dritter Seite für die Dienstleistung des WPDL gegenüber dem Kunden.

Dies geht übrigens auch konform mit der Beurteilung im Falle des in Deutschland diskutierten „Zuwendungskontos“, wenn also die Bestandsprovision dem Kunden gutgeschrieben wird und gleichzeitig an den WPDL zur Abdeckung seiner Kosten geht. Daraus ergibt sich, dass die Bestandsprovision Entgelt für eine eigenständige Leistung ist. Umsatzsteuerlich ist die Weiterreichung der Zahlungen vom Zuwendungskonto des Kunden an den WPDL als zusätzliches Entgelt für die umsatzsteuerpflichtige Vermögensverwaltungsleistung zu erfassen.⁸⁶

III. Steuerliche Beurteilung einer an den Fondsinhaber herausgegebenen Provision

1. Ertragsteuern

Eine an den Kunden herausgegebene Provision hat häufig den Charakter einer Schadenersatzzahlung. Im betrieblichen Bereich liegen Betriebseinnahmen vor.⁸⁷ Im Übrigen ist darauf abzustellen, ob der Ersatz den Vermögensnachteil oder die entgangenen Einnahmen ausgleichen soll.⁸⁸ Schadenersatz, der den Ausfall von Einnahmen ausgleicht, ist steuerpflichtig.⁸⁹ Auch Schadenersatzleistungen, die mit dem Mietobjekt zusammenhängen, gehören zu den Einkünften,⁹⁰ es sei denn, sie stellen ein Entgelt für die Minderung der Vermögenssubstanz dar (z. B. Versicherungsentschädigungen wegen Zerstörung eines Mietobjektes). Wird die Bestandsprovision wegen eingetretener Kapitalverluste zurückgezahlt, so ist diese steuerfrei. Andernfalls liegen § 27-(ö)EStG-Einkünfte vor.

Ähnlich sind von vornherein herausgegebene Bestandsprovisionen zu beurteilen. Die gutzuschreibenden Beträge dürften wohl einen Zufluss steuerpflichtiger Erträge auslösen.⁹¹ Zwar stammen sie typischerweise nicht unmittelbar aus den zugrunde liegenden Kapitalanlagen. Deshalb liegen weder laufende Einkünfte aus Kapitalvermögen noch Veräußerungsgewinne vor. Allerdings gehören zu den Kapitaleinkünften auch besondere Entgelte oder Vorteile, die neben den Einkünften oder an deren Stelle gewährt werden. Da die relevanten Zuwendungen in einem Kausalverhältnis zu dem Erwerb/Halten der zugrundeliegenden Finanzinstrumente stehen, gelten sie als besondere Entgelte oder Vorteile.

2. Umsatzsteuer

Umsatzsteuerlich ist nach h.M. zu prüfen, ob ein Leistungsaustausch oder echter, nicht steuerbarer Schadenersatz vorliegt. Echter Schadenersatz wird auf Grund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, für einen Schaden eintreten zu müssen, geleistet.⁹² Er ist nicht Entgelt für eine Lieferung oder sonstige Leistung. Die herausgegebene Provision gilt m.A. als echter Schadenersatz. Sie ist daher nicht steuerbar. Anders liegt der Fall, wenn die Herausgabe von vornherein vereinbart ist. Dann stellt sie eine Entgeltminderung dar.

IV. Vorsteuerabzug für Bestandsprovisionen

Ist der Kunde (Fondsinhaber) Unternehmer, so ist unter den übrigen Voraussetzungen des § 15 UStG (§ 12 öUStG) ein Vorsteuerabzug möglich. Der Vorsteuerabzug ist u. a. dann möglich, wenn der Umsatz für das Unternehmen ausgeführt wurde.⁹³ Voraussetzung ist weiters das Vorliegen einer Rechnung. Sofern der Unternehmer (hier: der die Provision empfangende WPDL) Umsätze an einen anderen Unter-

nehmer für dessen Unternehmen oder an eine juristische Person, soweit sie nicht Unternehmer ist, ausführt, ist er zur Ausstellung einer Rechnung schon aufgrund des (ö) UStG (ebenso § 14 dt. UStG) verpflichtet.⁹⁴ Andernfalls ergibt sich die Verpflichtung zur Rechnungsausstellung aus dem Zivilrecht. Die Erleichterungsbestimmung des § 15 Abs. 6 UStG (§ 10 Abs. 15 öUStG) kommt hier nicht zum Tragen. Anspruch auf Ausstellung einer Rechnung hat nur der Unternehmer, für dessen Unternehmen die Leistung ausgeführt wird. Das gilt auch dann, wenn Leistungsempfänger und Zahlungsverpflichteter auseinanderfallen (Entgelt von dritter Seite). Zum Entgelt gehört auch, was ein anderer als der Leistungsempfänger dem Unternehmer gewährt (Entgelt von dritter Seite). Voraussetzung für den Vorsteuerabzug des Entgelts von dritter Seite ist, dass der leistende Unternehmer (WPDL) in der Rechnung auch die auf das zusätzliche Entgelt entfallende Umsatzsteuer ausweist.⁹⁵

Sofern die Wertpapiere im Zusammenhang mit einer unternehmerisch bedingten Wertpapierhaltung anfallen (Liquiditätshaltung, u. Ä.), handelt es sich um allgemeine Kosten des Unternehmers. Die für solche Gebühren in Rechnung gestellte Umsatzsteuer kann als Vorsteuer abgezogen werden, sofern es sich bei den Umsätzen, die der Unternehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit bewirkt, um steuerpflichtige Umsätze handelt.⁹⁶ Sofern sie i. Z. m. mit unecht steuerbefreiten Umsätzen stehen, ist kein Abzug zulässig. Allenfalls ist eine Aufteilung vorzunehmen. Nach § 15 Abs. 4 UStG (§ 12 Abs. 4 öUStG) sind die Vorsteuern grundsätzlich nach Maßgabe ihrer Zurechenbarkeit aufzuteilen, d. h. sie sind danach aufzuteilen, wie sie den unecht steuerfreien Umsätzen und den übrigen Umsätzen bei wirtschaftlicher Betrachtung ganz oder teilweise zuzurechnen sind. Eine bestimmte Form der Aufteilung ist nicht vorgeschrieben. Es ist daher jede Methode, die im Einzelfall eine wirtschaftlich zutreffende Zuordnung der Vorsteuerbeträge ermöglicht, zulässig.⁹⁷ Eine Aufteilung hat auch zu erfolgen, wenn Vorsteuerbeträge, die sowohl mit Umsätzen, die den Vorsteuerabzug ausschließen, als auch mit Umsätzen, die zum Vorsteuerabzug berechtigen, in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.⁹⁸

V. Zusammenfassung

Die von Investmentfondsmanagern an Depotbanken laufend bezahlten Bestandsprovisionen (0,25 % bis 1,5 % p. a.) unterliegen der Umsatzsteuer. Sie stellen aus Sicht des Bankkunden Entgelt von dritter Seite für die Leistungen der Depotbank bzw. des Anlageberaters ge-

86 Loff/Hahne, WM 2012, 1512.

87 öEStR, Rn. 1060, 4014, 6409.

88 Verzugszinsen: werden als Zinsen dafür bezahlt, dass dem Gläubiger die Möglichkeit der Kapitalnutzung entzogen ist, daher Steuerpflicht gem. § 27 Abs. 2 Ziff. 2 öEStG (VwGH, 19.3.2002 – 96/14/0087, ARD 5368/26/2003; Aigner/Kofler, SWK-Heft 29/2002, 759, sowie BFH, 24.5.2011 – VIII R 3/09, BB-Entscheidungsreport Hahne, BB 2012, 948; Schadenersatz für zwangsweise eingeräumte Dienstbarkeit: VwGH, 29.7.2010 – 2006/15/0317, BBi 2010, 3 (ist im Entgelt auch Abgeltung der durch die Nutzungseinräumung eintretenden Wertminderung des Gebäudes enthalten, unterliegt dieser Teil nicht der Einkommensteuer) mit Hinweis auf VwGH, 26.2.1969 – 0115/68, www.ris.bka.grat, GZ 0115/68, sowie 30.5.1972 – 2245/71, 222. www.ris.bka.grat, GZ 2245/71.

89 VwGH, 14.10.1981 – 3087/79, ÖJZ 1982/342 F; öEStR, Rn. 6410.

90 VwGH, 21.3.1972 – 2123/71, www.ris.bka.grat, GZ 2123/71.

91 Loff/Hahne, WM 2012, 1512.

92 Abschn. 1.3 UStAE; VwGH, 8.2.1963 – 0126/62, www.ris.bka.grat; GZ 0126/62; 27.4.1972 – 1698/71, www.ris.bka.grat, GZ 1698/71; öUStR, Rn. 1; auch wenn als Gewährleistung (auch Rn 10); Berger/Wakounig, Umsatzsteuer kompakt, 4. Aufl 2010, Kap. 2.2.5.; Caganeck, SWK Heft-Nr. 7/2012, 381; Oelmaier, in: Sölch/Ringleb, Umsatzsteuer, 68. Erg.-Lfg. Stand: September 2012, § 1, Kap. 4, D.

93 öEStR, Rn. 1802.

94 öEStR, Rn. 1501.

95 öUStR, Rz. 1513

96 öUStR, Rz. 1992 ausdrücklich zu Depotgebühren.

97 öUStR, Rz. 2013.

98 öUStR, Rz. 2017.

genüber dem Kunden dar. Diese Leistungen bestehen in der über die Wertpapierverwahrung und Wertpapiervermittlung hinausgehenden laufenden Kundenbetreuung, der Informationsaufbereitung und der von der Vermittlung losgelösten (laufenden) Anlageberatung bzw. Portfoliosteuerung. Sie stellen jedenfalls „aftersale“-Leistungen dar. Sofern die Bestandsprovision jedoch nur zur Veranlassung von Weiterbildungsmaßnahmen oder zum Zweck der Kundenbindung bezahlt wird, stellt sie zwar kein Entgelt von dritter Seite dar, jedoch Entgelt für eine umsatzsteuerpflichtige sonstige Vertriebsleistung der Bank gegenüber dem Fondsmanager. Die Leistung stellt keine Nebenleistung zur Vermittlung dar, wie auch die Vermittlung keine Nebenleistung zur „aftersale“-Leistung darstellt. Diese Qualifikation ergibt sich nicht nur aus § 31d WpHG (§ 39 WAG) und den darauf referenzierenden von verschiedenen Banken selbst veröffentlichten Leitlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten und Offenlegung von Vorteilen, sondern auch daraus, dass die Bestandsprovision auch im Falle eines Depotwechsels weiterhin an die (nunmehr nicht mehr vermittelnde) Bank bezahlt wird. Die Qualifikation als zeitlich erstreckte Vermittlungsprovision, wie dies häufig argumentiert wird, scheidet nicht nur daran, dass eine Vermittlungsprovision logischerweise Verdienstlichkeit voraussetzt, sondern auch daran, dass für die Fondsvermittlung der Ausgabeaufschlag dient. Steuerbefreiungen wie auch der Begriff der Vermittlung ist nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der Gerichte eng auszulegen. Die Vermittlungstätigkeit besteht nach dem EUGH darin, „einer Vertragspartei die Gelegenheiten zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen, mit der anderen Partei Kontakt aufzunehmen oder im Namen und für Rechnung des Kunden über die Einzelheiten der gegenseitigen Leistungen zu verhandeln, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse an seinem Inhalt hat“. Der Ver-

mittlungsbegriff ist ein autonomer Begriff des Gemeinschaftsrechts, durch den eine von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Anwendung des Befreiungstatbestands vermieden werden soll. Auch aus der Freiheit des Organisationsmodells ergibt sich keine über die Vermittlung von Einzelabschlüssen hinausgehende Steuerfreiheit für Vertriebstätigkeiten allgemeiner Art. Diese Qualifikation ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sich bei Analyse der absoluten Höhe der Provisionen (Summe Ausgabeaufschlag (i. d. R. 3%–5%) und Bestandsprovision (i. d. R. 0,25%–1,5% p. a., bei fünfjähriger Behaltedauer ergibt sich häufig eine Gesamtprovision von mehr als 10%.) zeigt, dass deren Höhe für eine Vermittlungsprovision andernfalls unangemessen und wohl sittenwidrig wäre. Sofern die Bestandsprovision als Entgelt von dritter Seite für eine Leistung der Depotbank gegenüber dem Kunden anzusehen ist, hat dieser falls er Unternehmer ist Anspruch auf eine Rechnung und gegebenenfalls das Recht auf Vorsteuerabzug. An den Kunden herausgegebene Bestandsprovisionen gelten abhängig vom Rechtsgrund der Herausgabe entweder als echter Schadenersatz oder als Entgeltsminderung. Einkommensteuerlich stellen an den Kunden herausgegebene Bestandsprovisionen steuerpflichtige Erträge oder Ersatz für Kapitalverluste dar.

Mag. Dr. Roman Thunshirn, StB/WP, Partner der Merkur Treuhand-Gruppe, Wien. Mitglied des Fachsenats der österreichischen Kammer der Wirtschaftstreuhänder. Fachliche Schwerpunkte: Besteuerung von Real Estate und Kapitalanlagen, Unternehmenstransaktionen, Privatisierungen, Verkehrssteuern. Fachautor sowie Fachvortragender mit Lehrtätigkeit an einer Fachhochschule.



BFH: Keine Anwendung des StraBEG auf Veranlagungsfehler des FA nach fehlerfreier Steuererklärung

BFH, Urteil vom 4.12.2012 – VIII R 50/10

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2013-853-5](#)
unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Wer eine fehlerfreie Steuererklärung abgegeben hat, begeht keine Steuerhinterziehung, wenn er in einem Folgejahr einen vom FA zu Unrecht bestandskräftig festgestellten Verlustvortrag geltend macht.
2. Hat das FA die erforderlichen Informationen durch die Steuerklärung erhalten, scheidet die Annahme einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen aus, weil der Steuerpflichtige nicht verpflichtet ist, Fehler des FA richtig zu stellen.
3. Ein Veranlagungsfehler des FA ist kein Anlass für die Abgabe einer strafbefreienden Erklärung im Sinne des StraBEG vom 23.12.2003 (BGBl. I 2003, 2928).

StraBEG § 1 Abs. 1; AO § 370 Abs. 1 Nr. 1, 2; § 153; EStG § 10d

SACHVERHALT

Zwischen den Beteiligten ist die Wirksamkeit einer strafbefreienden Erklärung im Sinne des Gesetzes über die strafbefreiende Erklärung vom 23.12.2003 (BGBl. I 2003, 2928) – StraBEG – streitig.

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) betrieb in den Streitjahren 1999 bis 2001 als selbständiger Internist eine Facharztpraxis. Er gab zunächst keine Steuerklärungen für die Jahre 1999 und 2000 ab. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) schätzte deshalb die Besteuerungsgrundlagen und setzte – jeweils unter Vorbehalt der Nachprüfung – mit Bescheiden vom 23.7.2001 die Einkommensteuer für 1999 auf 305 540 DM und für 2000 auf 165 039 DM fest.

Mit dem dagegen erhobenen Einspruch legte der Kläger für die beiden Jahre Einkommensteuererklärungen vor. Die Erklärung für 1999 wies Einkünfte des Klägers aus seiner freiberuflich ausgeübten ärztlichen Tätigkeit in Höhe von 1 054 011 DM aus.

Aufgrund dieser Erklärung änderte das FA die Einkommensteuerfestsetzung für 1999 mit Bescheid vom 20.3.2002 und erfasste dabei die vom Kläger erklärten (positiven) Einkünfte irrtümlich als negative Einkünfte in Höhe von 1 047 588 DM.

Dieser Eingabefehler führte unter Einbeziehung weiterer negativer Einkünfte des Klägers und seiner Ehefrau insgesamt zu einem negativen Gesamtbetrag der Einkünfte in Höhe von 1 732 909 DM, sodass die Einkommensteuer für 1999 auf 0 DM festgesetzt wurde. Die in der Folgezeit vorgenommenen Änderungen der Einkommensteueranlagung für 1999 führten im Ergebnis nicht zu einer höheren Festsetzung, aber – durch Be-