

IFSt

SCHRIFT NR. **477**
Berlin, Dezember 2011

Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Anteilsveräußerung

Prof. Dr. Joachim Englisch
StB Dr. Heidi Friedrich-Vache

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Zitierhinweis:

Englisch/Friedrich-Vache, Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der
Anteilsveräußerung, IFSt-Schrift Nr. 477 (2011)

ISBN 978-3-89737-019-7

15,00 € inkl. USt. zzgl. Versandkosten

© Institut Finanzen und Steuern e.V.

Gertraudenstraße 20, 10178 Berlin

In Medienkooperation mit DER BETRIEB

Einzelbezug über www.fachverlag-shop.de/ifst

E-Mail: kundenservice@fachverlag.de

Tel.: (0800) 0001637; Fax: (0800) 0002959

Abonnenten von DER BETRIEB wird ein Rabatt in Höhe
von 20 % eingeräumt.

IFSt

SCHRIFT NR. **477**
Berlin, Dezember 2011

Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Anteilsveräußerung

Prof. Dr. Joachim Englisch

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht, Universität Münster

Dr. Heidi Friedrich-Vache

Steuerberaterin, München

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Das Institut Finanzen und Steuern überreicht Ihnen
die IFSt-Schrift Nr. 477:

Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Anteilsveräußerung

Zur umsatzsteuerlichen Behandlung von Anteilsveräußerungen kann auf eine nuncierte jüngere EuGH-Rechtsprechung sowie erst- und letztinstanzliche nationale Finanzrechtsprechung zurückgegriffen werden. Die Entwicklung der Rechtsprechung wirft allerdings eine Vielzahl rechtsdogmatischer wie rechtspraktischer Fragen auf. Verschiedene Sachverhaltskonstellationen und die Perspektiven von Veräußerer, Erwerber und Beteiligungsunternehmen sind auseinander zu halten. Die systematischen Grundlinien geraten aus dem Blick, der vage Entwicklungspfad der Rechtsprechung und darin wurzelnde Divergenzen führen für den Rechtsanwender zu einem kaum mehr zu überblickenden Regelungs-Dickicht.

Zum einen geht es um die richtige umsatzsteuerliche Behandlung von Anteilsveräußerungen nach derzeitigem Recht – aber auch um die Frage, wie die Mehrwertsteuersystemrichtlinie *de lege ferenda* fortzuentwickeln ist. Dass eine Notwendigkeit zur Überarbeitung der Richtlinie mit Blick auf Holdingtransaktionen besteht, hat nach der jüngeren EuGH-Rechtsprechung auch die EU-Kommission erkannt und dies in ihrem Grünbuch zur Zukunft der Mehrwertsteuer als einen strategischen Ansatzpunkt zur Verbesserung der Funktionsweise des EU-Mehrwertsteuersystems aufgeführt. Die Konsultationsergebnisse zum Grünbuch stützen das Reformanliegen in diesem Bereich: Fast sämtliche Rückmeldungen bescheinigen den derzeitigen Regelungen zur umsatzsteuerlichen Behandlung von Holdinggesellschaften, unangemessen und höchst komplex in der Anwendung für Unternehmen, Finanzverwaltung wie auch Gerichtsbarkeit zu sein.

Hier setzt die vorliegende Schrift an. Sie erarbeitet klar und systematisch Kriterien und Reichweiten der Steuerbarkeit und ggf. Steuerpflicht einer Beteiligungsveräußerung sowie des Vorsteuerabzugs beim Veräußerer wie auch Erwerber. Sie setzt sich eingehend mit der komplexen und verästelten Rechtsprechung auseinander und unterzieht sie im Lichte der Systematik und der grundlegenden Prinzipien des harmonisierten Mehrwertsteuersystems einer kritischen Würdigung. Damit gibt sie rechtspraktisch und gestalterisch Antworten für die Anwendung der derzeitigen umsatzsteuerlichen Regelungen für Anteilsveräußerungen, aber auch wichtige Hinweise und Ansatzpunkte für eine Fortentwicklung *de lege ferenda*.

Mit freundlicher Empfehlung
INSTITUT FINANZEN UND STEUERN
Prof. Dr. Johanna Hey

Berlin/Köln, im Dezember 2011

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	7
II. Steuerbarkeit der Anteilsveräußerung	8
1. Allgemeine Voraussetzungen	8
2. Erwerb und Halten der Beteiligung für Zwecke steuerbarer Umsätze	12
a. Die Sicht von EuGH und Finanzverwaltung	12
b. Kritik	15
c. Eigener Ansatz	18
aa. Anteilsveräußerung als Hilfsgeschäft	18
bb. Voraussetzung: Unternehmenszugehörigkeit der Beteiligung	20
cc. Zuordnungswahlrecht des Unternehmers?	23
3. Geschäftsveräußerung im Ganzen?	26
a. Grundsätzliche Erwägungen und Streitstand	26
b. Übertragung eines „Beteiligungsmanagementunternehmens“	29
c. Übertragung des Unternehmens der Beteiligungsgesellschaft	30
4. Leistungsort steuerbarer Anteilsveräußerung	35
III. Steuerfreiheit der steuerbaren Anteilsveräußerung	39
1. Reichweite der Befreiungsvorschriften des § 4 Nr. 8 Buchst. e und f UStG	39
2. Verzicht auf die Befreiung	40
IV. Vorsteuerabzug beim Veräußerer	42
1. Vorüberlegungen de lege ferenda	42
2. Der Rechtsprechungsansatz des EuGH	45
3. Nach allgemeinen Grundsätzen nicht steuerbare Anteilsveräußerung	47
a. Vorsteuerabzug nach den Grundsätzen der Zuordnung zu Gemeinkosten	47
b. Bedeutung der sog. Securenta-Doktrin	50
c. Einzelfragen bei der Anwendung der Securenta-Doktrin	55
4. Nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen	67
a. Zuordnung der Aufwendungen zu den Gemeinkosten	68

b. Notwendigkeit einer Kostenzuordnung?	75
5. Steuerfreie Anteilsveräußerung	77
6. Steuerpflichtige Anteilsveräußerung.....	86
V. Vorsteuerabzug des Erwerbers	87
VI. Fazit	90

I. Einleitung

Zu der umsatzsteuerlichen Erfassung bestimmter Umsätze im Zusammenhang mit Gesellschaftsanteilen ergingen bereits mehrere EuGH-Urteile, die zwar von den Vorlagefragen her und infolge der divergierenden Sachverhalte verschiedene Schwerpunkte betrafen, aber im Kern immer wieder die Frage nach der unternehmerischen Zuordnung von Gesellschaftsanteilen und deren Folgen aufgegriffen haben. Bereits Mitte der 90er Jahre wurde mit den Urteilen *Wellcome Trust* und *BLP Group* zu diesem Themenkomplex vom EuGH Stellung genommen. Seither sind zahlreiche Entscheidungen ergangen, dennoch sind viele Fragen nach wie vor offen bzw. umstritten. Die Urteile des EuGH zur Anwendung der Umsatzsteuer auf bestimmte Umsätze von Holdinggesellschaften haben dabei auch nach Ansicht der EU-Kommission gezeigt, dass einige Bestimmungen der *MwStSystRL* zweideutig und unvollständig sind. Die in diesem Bereich bestehende Unsicherheit hat die Kommission wohl dazu veranlasst, eine Überarbeitung der *MwStSystRL* mit Blick auf Transaktionen von Holdings als künftige Priorität in der Strategie zur Verbesserung der Funktionsweise des Mehrwertsteuersystems im Binnenmarkt anzuführen.¹

Nunmehr bildet die Entscheidung *AB SKF* vom 29.10.2009² zu der im Rahmen von Umstrukturierungsmaßnahmen erfolgenden Beteiligungsveräußerung den vorläufigen Abschluss in der Rechtsprechung des EuGH bezüglich der Diskussion um die umsatzsteuerliche Einordnung von Gesellschaftsanteilen. Sie wirft jedoch eine Vielzahl sowohl rechtsdogmatischer als auch rechtspraktischer Fragen auf. Das zeigt exemplarisch die nachfolgende Entscheidung des BFH vom 27.1.2011 zum Vorsteuerabzug bei steuerfreier Anteilsübertragung, in der sich der BFH die vage Begründung des Urteils *AB SKF* und seine mangelnde Abgrenzung von früheren Entscheidungen des EuGH zunutze macht, um ein den erkennbaren Intentionen des Urteils zuwiderlaufendes Ergebnis als vermeintlich unionsrechtskonform zu rechtfertigen³.

¹ Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 7.6.2000, KOM(2000) 348 endgültig, S. 12 und 13; ebenso Grünbuch über die Zukunft der Mehrwertsteuer – Wege zu einem einfacheren, robusteren und effizienteren *MwSt-System* v. 1.12.2010, KOM(2010) 695 endgültig, S. 11 f.

² EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (*AB SKF*), Slg. 2010, I-228.

³ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727.

Dies bietet Anlass genug, sich eingehend mit der „komplexen und verästelten“ Rechtsprechung⁴ auseinanderzusetzen und sie im Lichte der Systematik und der grundlegenden Prinzipien des harmonisierten Mehrwertsteuersystems einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Im Einzelnen wird sich der nachfolgende Beitrag mit der Steuerbarkeit und ggf. der Steuerpflicht einer Beteiligungsveräußerung ebenso befassen wie mit der regelmäßig im Vordergrund stehenden Frage, ob und wie sich ihre umsatzsteuerrechtliche Beurteilung auf den Vorsteuerabzug beim Veräußerer bzw. Erwerber auswirkt. Dabei wird auch auf eine mögliche Qualifizierung des „share deal“ als Geschäftsveräußerung im Ganzen im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG eingegangen.

II. Steuerbarkeit der Anteilsveräußerung

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die Steuerbarkeit einer Beteiligungsveräußerung beurteilt sich im Ausgangspunkt nach den allgemeinen Grundsätzen für die Annahme steuerbarer Umsätze. Diese sind in § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG bzw. in Art. 2 der MwStSystRL niedergelegt.

Grundvoraussetzung ist danach die Veräußerung durch einen Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 UStG bzw. Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL. In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, dass Beteiligungsveräußerungen für sich genommen nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Unternehmereigenschaft zu begründen vermögen⁵, solange nicht die Schwelle zum gewerblichen Wertpapierhandel überschritten wird⁶. Dieses Paradigma wurde vor allem durch die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Wellcome Trust fundiert. Darin führte der Gerichtshof aus, die Verwaltung eines Wertpapiervermögens sei ihrer Natur nach grundsätzlich als pri-

⁴ Vgl. R. de la Feria, EC Tax Review 2008, 24 (25): „extremely complex case law riddled with factual minutiae“.

⁵ Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 57; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, I-4357, Rz. 19; EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (Investrand), Slg. 2007, I-1315, Rz. 25. Siehe dazu auch C. Wäger, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (91 f.).

⁶ Vgl. EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, I-4357, Rz. 20; EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 59; EuGH v. 21.10.2004, Rs. C-8/03 (BBL), Slg. 2004, I-10157, Rz. 41; BFH v. 15.1.1987 – V R 3/77, BStBl. II 1987, 512 (515). Kritisch zu dieser Abgrenzung R. de la Feria, EC Tax Review 2008, 24 (27).

vate Kapitalanlage einzustufen⁷. Auf den Umfang des Wertpapiervermögens und etwaiger Wertpapierverkäufe soll es dabei ebenso wenig ankommen wie auf deren Begleitumstände oder die Rechtsform des Veräußerers⁸. Diese unter Gleichbehandlungsaspekten vordergründig eingängige, gemessen am Belastungsgrund der Umsatzsteuer aber wenig überzeugende Rechtsprechungslinie⁹ dürfte die Trennlinie zum gewerblichen Wertpapierhandel dabei nach ähnlichen Grundsätzen wie das nationale Ertragsteuerrecht ziehen¹⁰. Dieser Art von Handel gleichzuachten sein dürfte ferner die Tätigkeit eines Finanzinvestors, der sich auf den Erwerb, die nachfolgende Sanierung oder Umstrukturierung und die abschließende Veräußerung von Unternehmen spezialisiert hat¹¹. Unterhalb dieser Schwelle kann die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen hingegen nach derzeitiger Rechtsprechungspraxis nur dann steuerbar sein, wenn der Veräußerer wegen anderweitiger gewerblicher oder beruflicher Betätigung als Unternehmer zu qualifizieren ist¹². Insbesondere Beteiligungsveräußerungen durch eine nach umsatzsteuerrechtlichen Maßstäben „passive“

⁷ Vgl. EuGH v. 20.6.1996, Rs. C-155/94 (Wellcome Trust), Slg. 1996, I-3013, Rz. 36.

⁸ Vgl. EuGH v. 20.6.1996, Rs. C-155/94 (Wellcome Trust), Slg. 1996, I-3013, Rz. 37; bestätigt durch EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 61.

⁹ Ausweislich des Art. 1 Abs. 2 MwStSystRL handelt es sich bei der harmonisierten Umsatzsteuer ihren intendierten Belastungswirkungen nach um eine Verbrauchsteuer; dies ist inzwischen auch allgemein anerkannt. Der Erwerb und das Verwalten von Gesellschaftsbeteiligungen sind aber nicht als konsumtive, sondern als investive Tätigkeit zu werten, vgl. etwa *J. Frink*, Der Ausschluss des Vorsteuerabzugs bei der Ausführung steuerfreier Umsätze im Umsatzsteuerrecht, 2002, S. 145; *S. Heidemann*, Die Umsatzsteuerbefreiungen von Finanzdienstleistungen, 2008, S. 57 ff.; *O. Henkow*, Financial Activities in European VAT, 2008, S. 163; *P. Hoffsummer*, Steuerbefreiungen für Inlandsumsätze, 2009, S. 151; *J. Kraeusel*, in *Reiß/Kraeusel/Langer*, UStG, § 4 Nr. 8 (März 2010) Rz. 27; *H.-G. Ruppe*, in *FS Tipke*, 1995, S. 457 (464); Eine solche investive Tätigkeit ist daher soweit als praktikabel von Umsatzsteuer zu entlasten; mit Blick auf einen möglichen Vorsteuerabzug würde das mindestens bei professioneller Vermögensverwaltung die Zuerkennung der Unternehmereigenschaft nahelegen. Kritisch auch *M. Winter*, in *FS Schaumburg*, 2009, S. 1213 (1221 f.).

¹⁰ Siehe zur einkommensteuerlichen Abgrenzung von privaten Veräußerungsgeschäften und gewerblichem Wertpapierhandel statt aller *H. Glenk*, in *Blümich*, EStG, 105. Aufl. 2010, § 23 Rz. 32 ff.

¹¹ Ebenso *BMF v. 26.1.2007*, BStBl. I 2007, 211, Tz. 14; kritisch hingegen *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (638).

¹² A.A. offenbar *W. Tiedtke*, UR 2008, 373 (375).

Holding bzw. sog. reine Finanzholding¹³ sind aus diesem Grunde von vornherein nicht steuerbar¹⁴.

Zweitens ist für die Steuerbarkeit zu verlangen, dass sich die Veräußerung als entgeltliche Leistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG bzw. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a oder c MwStSystRL qualifizieren lässt. Die Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften ist dabei nach zutreffender Auffassung als eine sonstige Leistung gemäß § 3 Abs. 9 UStG zu qualifizieren¹⁵. Zwar vollzieht sich die Übertragung bei Verbriefung dieser Rechte nach den §§ 929 ff. BGB¹⁶. Indes zielt der Vorgang seinem wirtschaftlichen Gehalt nach¹⁷ auf die Einräumung einer immateriellen Rechtsposition und nicht primär auf die Verschaffung der Verfügungsmacht an einer körperlichen Urkunde, welche besagte Rechtsposition lediglich dokumentiert und verkehrsfähig macht. Entgeltlich erbracht ist die (sonstige) Leistung nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur dann, wenn zwischen dem Leistenden und dem Leistungs-

¹³ Zu deren mangelnder Unternehmereigenschaft vgl. statt aller EuGH v. 20.6.1991, Rs. C-60/90 (Polysar), Slg. 1991, I-3111; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne Berginvest), Slg. 2000, I-9567; BFH v. 16.5.2002 – V R 15/00, BFH/NV 2002, 1346 (1349); FG Hessen v. 15.3.2007 – 6 K 1476/02, EFG 2007, 1381; *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7042); *J. Englisch*, UR 2007, 290 (291) m.w.N.; a.A. *H. Stadie*, in Rau/ Dürrwächter, UStG, § 2 UStG (Feb. 2004) Rz. 207; *H. Stadie*, Umsatzsteuerrecht, 2005, Rz. 5.47.

¹⁴ Ständige Rspr. des EuGH, vgl. etwa EuGH v. 20.6.1991, Rs. C-60/90 (Polysar Investments Netherlands), Slg. 1991, I-3111, Rz. 17; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 17; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 18.

¹⁵ Wie hier EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, I-4357, Rz. 22; *J. Kraeusel*, in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 4 Nr. 8 (Dez. 2007) Rz. 84; *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (64); *R. Korf*, UVR 2010, 74 (75); *C. Wäger*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 8 (Sept. 2008) Rz. 176. Widersprüchlich hingegen *P. Handzik*, in Offerhaus/Söhn/Lange, Umsatzsteuer, § 4 Nr. 8 (Sept. 2007) Rz. 112 einerseits und Rz. 125a, 125c und 126 andererseits. A.A. für Aktien (nicht für GmbH-Anteile) *W. Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuer-Handbuch, § 93 (Okt. 2005) Rz. 473: Lieferung.

¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf v. 30.7.2003 – 11 U 3/03, IPRspr 2003, Nr 53, 154; *J. Oechsler*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 5. Auflage 2009, § 929 Rz. 15; sowie speziell für girosammelverwahrte Aktien BGH v. 16.7.2004 – IXa ZB 24/04, BGHZ 160, 121; *C. Claussen*, Bank- und Börsenrecht, 4. Aufl. 2008, § 6 Rn. 260.

¹⁷ Zur Relevanz einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Abgrenzung zwischen Lieferung und sonstiger Leistung vgl. auch *H. Stadie*, Umsatzsteuerrecht, 2005, Rz. 7.57.

empfänger ein zweiseitiges Rechtsverhältnis besteht, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden. Dabei muss die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bilden¹⁸. Überholt ist damit die frühere Rechtsprechung des BFH, wonach jegliche „innere Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung“ aus Sicht des Leistenden für die Annahme der Entgeltlichkeit ausreichen sollte¹⁹. Bei einem Share Deal ist dieses Erfordernis regelmäßig unproblematisch erfüllt.

Von zentraler Bedeutung für die Steuerbarkeit einer Beteiligungsveräußerung ist sodann das in § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG niedergelegte Kriterium eines Umsatzes „im Rahmen des Unternehmens“. Art. 2 MwStSystRL spricht in diesem Zusammenhang von einer Leistungserbringung durch den Steuerpflichtigen „als solchem“²⁰. Da Beteiligungsveräußerungen, wie oben dargelegt, für sich genommen regelmäßig kein umsatzsteuerlich relevantes Unternehmen begründen, müssen sie folglich in einem hinreichend engen Zusammenhang zu sonstigen, im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 UStG unternehmerischen Aktivitäten stehen²¹. In diesem Zusammenhang wird auch die Streitfrage akut, ob juristische Personen oder Personenvereinigungen überhaupt eine „außerunternehmerische Sphäre“ aufweisen können²². Schließlich muss die Beteiligungsveräußerung nach den einschlägigen Ortsbestimmungsregeln „im Inland“ zu besteuern sein. Auch dann ist ein Share Deal aber nicht steuerbar, wenn er als

¹⁸ Vgl. EuGH v. 3.9.2009, Rs. C-37/08 (RCI Europe), Slg. 2009, I-7533, Rz. 24.

¹⁹ Vgl. BFH v. 7.5.1981 – V R 47/76, BStBl. II 1981, 495 (496); siehe nunmehr BFH v. 27.11.2008 – V R 8/07, DStR 2009, 476 (477) m.w.N. Die frühere Rechtsprechung war insofern verfehlt, als sie die Entgeltlichkeit verkehrsteuertheoretisch aus der Perspektive des leistenden Unternehmers zu bestimmen suchte. Ihrem Belastungsgrund nach ist die USt jedoch eine Steuer auf Konsumausgaben der Verbraucher, weshalb es entscheidend auf deren Veranlassung für die Zahlung ankommen muss. Dies spiegelt sich allerdings auch in der neuen Rechtsprechungslinie mitunter nicht hinreichend wider, vgl. etwa EuGH v. 20.10.2009, Rs. C-246/08 (Kommission/Finnland), Slg. 2009, I-10605, Rz. 47 ff.

²⁰ Siehe dazu *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (452).

²¹ In der Terminologie des Gemeinschaftsrechts muss ein hinreichender Nexus zu „wirtschaftlichen Tätigkeiten“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL bestehen.

²² Vgl. vorerst nur *F. Klenk*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 2 (Sept. 2010) Rz. 184 ff.; a.A. *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 317; ablehnend auch *R. Korff / D.-C. Kurtz*, UR 2010, 86 (103); *J. Eggers / R. Korff*, DB 2008, 719 (721).

Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG zu klassifizieren sein sollte.

2. Erwerb und Halten der Beteiligung für Zwecke steuerbarer Umsätze

a. Die Sicht von EuGH und Finanzverwaltung

Die in diesem Abschnitt angestellten Überlegungen fokussieren auf die Problemstellung, unter welchen Voraussetzungen ein Share Deal im Rahmen des Unternehmens des Veräußerers erfolgt, sofern dieser keinen gewerblichen Wertpapierhandel betreibt.

Der EuGH hat hierzu in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz aufgestellt, dass die Beteiligungsverwaltung und -veräußerung keinen spezifischen Bezug zu sonstigen unternehmerischen Tätigkeiten aufweisen und ihrer Art nach eher Vermögensverwaltung darstellen, und argumentiert dabei zweigleisig: Zum einen stelle der „bloße Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen (...) [grundsätzlich] keine Nutzung eines Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen dar²³, da eine etwaige Dividende als Ergebnis dieser Beteiligung auf dem bloßen Eigentum an dem Gegenstand beruht und keine Gegenleistung für eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der 6. EG-Richtlinie ist.“²⁴ Wenn der Erwerb nicht steuerbar sei, so der EuGH, dann „muss dassel-

²³ Vgl. EuGH v. 6.2.2007, Rs. C-80/95 (Harnas & Helm), Slg. 1997, I-745, Rz. 15; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 21; EuGH v. 12.7.2001, Rs. C-102/00 (Welthgrove), Slg. 2001, I-05679, Rz. 14; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-06663, Rz. 19; EuGH v. 22.6.1993, Rs. C-333/91 (Sofitam), Slg. 1993, I-3513, Rz. 13; EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 57; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, S. I-4357, Rz. 18.

²⁴ Siehe dazu eingehend EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 20-23; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 42 f.; zustimmend *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7042); *O. Henkow*, Financial Activities in European VAT, 2008, S. 181 f.; *C. Wäger*, in FS Reiß, 2008, S. 229 (236). Dem kann jedenfalls im Ergebnis gefolgt werden, weil das vom Anteilseigner bereitgestellte Eigenkapital seitens des Kapitalnehmers stets zu investiven Zwecken verwendet wird und darum im Kontext einer allgemeinen indirekten Verbrauchsteuer nicht belastet werden sollte. Davon zu unterscheiden ist dann freilich die Frage des Vorsteuerabzugs für die mit der Eigenkapitalüberlassung bzw. -beschaffung zusammenhängenden Eingangsleistungen des Investors und der Gesellschaft (Beratungsleistungen

be auch für die Veräußerung solcher Beteiligungen gelten.²⁵ Neben dieser hier sog. Symmetriethese verweist der Gerichtshof auch in diesem Zusammenhang darauf, dass sich ein Unternehmen bei der Veräußerung von Beteiligungen ungeachtet von deren Zuordnung zum Betriebsvermögen „wie ein privater Anleger auf die Verwaltung eines Wertpapiervermögens beschränkt.“²⁶

Zugleich erkennt der Gerichtshof aber seit jeher gewisse Ausnahmen an. Dies betrifft erstens die Veräußerung von Beteiligungen durch den professionellen Verwalter eines Investmentvermögens, das ihm zum Zwecke der kontinuierlichen Renditeoptimierung von Dritten zu treuen Händen übertragen worden ist. Ein solcher Vermögensverwalter erbringt steuerbare Ausgangsleistungen an den oder die jeweiligen Anleger und ist darum als Unternehmer im Sinne des Art. 9 MwStSystRL bzw. des § 2 Abs. 1 UStG anzusehen²⁷. Die Veräußerung von Beteiligungen im eigenen Namen – wenn auch für Rechnung der Anleger – ist dabei ein essentieller Teilaspekt dieses unternehmerischen Hauptgeschäfts und darum wie auch im Rahmen eines gewerblichen Wertpapierhandels steuerbar²⁸.

Die übrigen aus seiner Sicht gegebenen Konstellationen einer steuerbaren Beteiligungsveräußerung hat der EuGH unlängst in der Entscheidung AB SKF²⁹

etc.); siehe dazu unter IV. und V. Zu den vermeintlichen Besonderheiten der inkongruenten Gewinnausschüttung vgl. C. Wäger, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (94 ff.).

²⁵ Vgl. EuGH v. 20.6.1996, Rs. C-155/94 (Wellcome Trust), Slg. 1996, I-3013, Rz. 33; EuGH v. 26.6.2003, Rs. C-442/01 (KapHag), Slg. 2003, I-6851, Rz. 38 und 40; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, S. I-4357, Rz. 19; EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 57. Zustimmung O. Henkow, Financial Activities in European VAT, 2008, S. 158 u. S. 164 f.; ablehnend R. de la Feria, EC Tax Review 2008, 24 (27).

²⁶ Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 60.

²⁷ Siehe dazu EuGH v. 21.10.2004, Rs. C-8/03 (BBL), Slg. 2004, I-10157, Rz. 36; BFH v. 10.12.1981 – V R 75/76, BStBl. II 1982, 178 (180), OFD FfM v. 16.6.2009, DStR 2009, 1699; C. Wäger, in Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 8 (Sept. 2009) Rz. 209.

²⁸ Siehe dazu EuGH v. 21.10.2004, Rs. C-8/03 (BBL), Slg. 2004, I-10157, Rz. 39–43 (aussagekräftiger als die leicht missverständlich übersetzte deutsche Urteilsfassung ist dabei die französische Originalfassung). Siehe dazu ferner BFH v. 11.10.2007 – V R 22/04, BStBl. II 2008, 993 (994); a.A. noch J. Englisch, UR 2008, 219 (220).

²⁹ EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228; ähnlich argumentierte bereits C. Wäger, in FS Reiß, 2008, S. 229 (242).

zusammengefasst und präzisiert. Etwas anderes gelte nämlich erstens dann, wenn die Beteiligung zum Zwecke „qualifizierter“, d.h. umsatzsteuerbarer „Eingriffe“ in die Verwaltung der Gesellschaft erworben werde³⁰. In diesem Fall seien der Erwerb und die Verwaltung der Beteiligung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 9 Abs. 1 S. 2 MwStSystRL zu erachten, was in der Folge (Symmetriethese) auch die Qualifizierung des Beteiligungsverkaufs als umsatzsteuerbaren Vorgang nach sich ziehe³¹. Zweitens könne sich der Share Deal als eine unmittelbare, dauerhafte und notwendige Erweiterung der steuerbaren Tätigkeit des Steuerpflichtigen darstellen, namentlich wenn der Veräußerungserlös zur Umstrukturierung der Unternehmensgruppe eingesetzt werde³². Diese hier sog. Komplementärthese lässt sich letztlich auf die Judikatur zur Parallelproblematik der Umsatzsteuerbarkeit einer Darlehensvergabe zurückverfolgen³³. Drittens schließlich könne die Veräußerung als eigenständiger „Eingriff in die Verwaltung der beherrschten Gesellschaft“ zu qualifizieren sein, der über eine normale Beteiligungsverwaltung hinausgehe und darum umsatzsteuerbar sei³⁴. Es wird allerdings nicht ganz klar, ob der EuGH diesem Aspekt gegenüber der vorstehend an erster Stelle genannten Argumentationslinie eine eigenständige Bedeutung zumisst.

³⁰ Siehe zu dieser sog. „Holding-Rechtsprechung“ des EuGH die Urteile v. 20.6.1991, Rs. C-60/90 (Polysar), Slg. 1991, I-3111, Rz. 14; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 18; EuGH v. 12.7.2001, Rs. C-102/00 (Welthgrove), Slg. 2001, I-5679, Rz. 15 und EuGH v. 27.9.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 20; EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 30.

³¹ Vgl. EuGH v. 20.6.1991, Rs. C-60/90 (Polysar), Slg. 1991, I-3111, Rz. 14; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 18; EuGH v. 12.7.2001, Rs. C-102/00 (Welthgrove), Slg. 2001, I-5679, Rz. 15; EuGH v. 27.9.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 20; EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 30, 31 u. 34; zustimmend C. Bates / J. Lloyd, British Tax Review 2010, 31 (35). Anders noch FG München v. 28.1.2009 – 3 K 3141/05, EFG 2009, 1153 (1154); FG Düsseldorf, Ur. v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072).

³² Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 33; siehe auch schon GA Léger 12.9.2002, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295; Rz. 81; EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 67.

³³ Siehe dazu EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01, (EDM), Slg. 2004, I-4295.

³⁴ EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 52; siehe dazu auch die Schlussanträge von GA Mengozzi v. 12.2.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-10413, Rz. 33.

Die deutsche Finanzverwaltung hat diese Rechtsprechungsentwicklung bislang erst zum Teil nachvollzogen. Das insoweit einschlägige BMF-Schreiben aus dem Jahre 2007 nennt lediglich die erste der vorstehend geschilderten Varianten – Erbringung umsatzsteuerbarer Leistungen an die Gesellschaft, an der die veräußerten Anteile gehalten werden – als Grundlage für die Umsatzsteuerbarkeit der Beteiligungsveräußerung³⁵. Die übrigen beiden Konstellationen werden nicht erwähnt. Insbesondere konstruiert das BMF nicht über die Verwendung des Veräußerungserlöses einen Bezug zum Unternehmen des Veräußerers, sondern stellt stattdessen darauf ab, ob schon das Halten der Beteiligung der Förderung einer bestehenden oder beabsichtigten unternehmerischen Tätigkeit dient³⁶. Beispielhaft hervorgehoben werden die Sicherung günstiger Einkaufskonditionen, die Verschaffung von Einfluss bei potenziellen Konkurrenten und die Sicherung günstiger Absatzkonditionen³⁷.

b. Kritik

Die vom EuGH angestellten Erwägungen zur ausnahmsweisen Steuerbarkeit der Beteiligungsveräußerung vermögen ganz überwiegend nicht zu überzeugen.

Zunächst ist festzustellen, dass die Steuerbarkeit jedenfalls nicht mit einem vermeintlichen „Eingriff in die Verwaltung der beherrschten Gesellschaft“ durch die Veräußerung selbst begründet werden kann. Diese Argumentation lehnt sich ersichtlich an die oben schon erwähnte Holding-Rechtsprechung des Gerichtshofs an, wonach bestimmte „Eingriffe“ in die Verwaltung des abhängigen Unternehmens eine wirtschaftliche und deshalb umsatzsteuerbare Tätigkeit darstellen können³⁸. Indes differenziert der EuGH in diesem Zusammenhang zu Recht zwischen qualifizierten Eingriffen einerseits, die in der entgeltlichen Erbringung steuerbarer Leistungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1

³⁵ Vgl. BMF v. 26.1.2007 – IV A 5-S 7300-10/07, BStBl. I 2007, 211, Tz. 7.

³⁶ Auch nach Auffassung des BFH sind Beteiligungen bereits dann dem unternehmerischen Bereich zuzurechnen, wenn sie begründet und eingesetzt werden, um den Zwecken eines Unternehmens zu dienen, BFH v. 20.7.1988 – X R 46/81, BFH/NV 1989, 326.

³⁷ Vgl. BMF v. 26.1.2007 – IV A 5-S 7300-10/07, BStBl. I 2007, 211, Tz. 7.

³⁸ Vgl. EuGH v. 20.6.1991, Rs. C-60/90 (Polysar), Slg. 1991, I-3111, Rz. 14; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 18; EuGH v. 12.7.2001, Rs. C-102/00 (Welthgrove), Slg. 2001, I-5679, Rz. 15; EuGH v. 27.9.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 20; EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 30.

S. 1 UStG bzw. Art. 2 MwStSystRL bestehen, und sog. „einfachen Eingriffen“ andererseits, die keine umsatzsteuerbaren Vorgänge darstellen³⁹. Nur die erstgenannte Art von Transaktionen führt zur Einbeziehung des Sachverhalts in den Anwendungsbereich des harmonisierten Umsatzsteuerrechts. Selbst wenn man dem EuGH also darin folgen wollte, dass mit der Übertragung der Gesellschaftsanteile ein Eingriff in die Verwaltung der Gesellschaft verbunden sei⁴⁰ – was außer in Sonderfällen wie dem des Management-Buy-In fragwürdig ist, weil die Veräußerung regelmäßig allein die Anteilseignerebene berührt – so ließe sich daraus für die Umsatzsteuerbarkeit des Share Deal nichts herleiten: Denn im Verhältnis zur beherrschten Gesellschaft ist der Eingriff jedenfalls kein entgeltlicher und folglich nicht dazu angetan, die Veräußerung als wirtschaftliche und somit potenziell umsatzsteuerbare Tätigkeit erscheinen zu lassen.

Auf Bedenken stoßen muss auch der Standpunkt, wonach die Verwendung des Veräußerungserlöses für unternehmerische Aktivitäten auf den vorgelagerten Veräußerungsvorgang selbst ausstrahlen und dessen Umsatzsteuerbarkeit begründen soll. Fraglich ist schon, inwiefern eine einmalige oder auch gelegentliche Beteiligungsveräußerung, wie vom EuGH angenommen, als eine „dauerhafte“ Erweiterung der steuerbaren Tätigkeit zu qualifizieren sein soll⁴¹. In jedem Fall ist eine hinreichend unmittelbare Verbindung zwischen der Veräußerung und den künftigen steuerbaren Ausgangsumsätzen abzulehnen; allein die Reinvestition des Veräußerungserlöses in solchen Umsätzen dienen-

³⁹ Besonders deutlich EuGH v. 12.7.2001, Rs. C-102/00 (Welthgrove), Slg. 2001, I- 5679, Rz. 17; EuGH v. 14.11. 2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 19; ebenso GA *Stix-Hackl* v. 6.3.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 14-18; Hess. FG v. 15.3.2007 – 6 K 1476/02, EFG 2007, 1381 (1382) m.w.N.; *B. Terra / J. Kajus*, A Guide to the European VAT Directives 2009, S. 996; *O. Henkow*, Financial Activities in European VAT, 2008, S. 159; *S. Nattkämper*, EU-UStB 2008, 41; vgl. auch *R. A. Wolf*, IVM 2004, 251 (252). Siehe dazu auch schon EuGH v. 1.4.1982, Rs. C-89/81 (Hong-Kong Trade Development Council), Slg. 1982, I-1277, Rz. 10. *H.-J. Tehler*, in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 2 Rn. 43.2, der ein besonders qualifiziertes Eingreifen in die Verwaltung der Beteiligungsgesellschaft letztlich als überflüssig ansieht, da bei nachhaltiger Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt ohnehin die Unternehmereigenschaft begründet wird.

⁴⁰ So wohl *J. Watson / T. Cartwright / E. Dixon*, IVM 2010, 183 (184).

⁴¹ Kritisch schon im Vorfeld der Entscheidung *J. Englisch*, UR 2007, 290 (299); nunmehr auch *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (64).

de Geschäftsbereiche genügt hierfür nicht⁴². Wollte man anders entscheiden, so müsste auch der Verkauf von Privatvermögen wie Eigenheimen, privaten Kunstsammlungen etc. als umsatzsteuerbar erachtet werden, sofern die Erlöse anschließend in ein neu begründetes oder ein bestehendes Unternehmen des Veräußerers eingelegt würden. Auch die Grundsatzentscheidung des EuGH *Régie dauphinoise*⁴³ gibt nichts für eine solch extensive Sichtweise her, weil sie auf die Umsatzsteuerbarkeit vorangegangener Transaktionen abstellt und im Übrigen eng auszulegen ist⁴⁴.

Schließlich weist auch die vom EuGH aufgestellte Symmetriethese bei näherer Betrachtung erhebliche argumentative Schwächen auf, weil sie von unhaltbaren Prämissen ausgeht: Verfehlt ist nämlich die Annahme, umsatzsteuerbare „Eingriffe“ in die Verwaltung der beherrschten Gesellschaft im Sinne der Holding-Rechtsprechung verliehen dem Erwerb und dem Halten der Anteile an dieser Gesellschaft eine „wirtschaftliche Natur“⁴⁵, weshalb dann auch ihre Veräußerung gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL als steuerbare wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren sei. Wie nämlich der Gerichtshof selbst in der Entscheidung *Cibo Participations* überzeugend herausgearbeitet hat, haben nur die „Eingriffe“ in die Verwaltung der beherrschten Gesellschaft als steuerbare Umsätze einen wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Charakter im Sinne des Art. 9 Abs. 1 MwStSystRL, nicht aber der Erwerb und das Halten der Anteile⁴⁶. Nur Ausgangsumsätze im Rahmen eines zweiseitigen Rechtsverhältnisses stellen eine der Umsatzsteuer un-

⁴² A.A. S. *Nattkämper*, EU-UStB 2008, 41 (45).

⁴³ Vgl. EuGH v. 11.7.1996, Rs. C-306/94 (*Régie dauphinoise*), Slg. 1996, I-3695, Rz. 18.

⁴⁴ Siehe dazu näher GA *Léger* 12.9.2002, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 58 ff.; ebenso O. *Henkow*, *Financial Activities in European VAT*, 2008, S. 163.

⁴⁵ Siehe dazu EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 31, unter Verweis auf EuGH v. 6.2.1007, Rs. C-80/95 (*Harnas & Helm*), Slg. 1997, I-745, Rz. 16.

⁴⁶ Vgl. EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 21. Ebenso C. *Wäger*, in *Sölch/Ringleb*, UStG, § 4 Nr. 8 (Sept. 2010), Rz. 178. Ebenso B. *Terra / J. Kajus*, *Introduction to European VAT 2010*, S. 1002; wohl auch M. *Feldt*, UR 2007, 161 (169); G. *Ruppe*, UStG, Wien 2005, § 1 Rz. 45. Jedenfalls für das Halten der Anteile gl.A. auch W. *Tiedtke*, UR 2008, 373 (375). A.A. J. H. *Eggers / R. Korf*, DB 2001, 298 (302).

terliegende unternehmerische Tätigkeit dar⁴⁷ und eignen sich damit als Bezugspunkt für die Frage, ob sonstige Aktivitäten, wie in § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG gefordert, einen hinreichend engen Bezug zum „Unternehmen“ des Leistenden (hier: des Veräußerers der Beteiligung) aufweisen. Weder der Beteiligungserwerb noch – mangels Entgeltcharakters von Dividendenzahlungen⁴⁸ – das Halten der Beteiligung implizieren solche Ausgangsumsätze⁴⁹; bei ihnen dürfte die Symmetriethese also nicht ansetzen⁵⁰.

c. Eigener Ansatz

aa. Anteilsveräußerung als Hilfsgeschäft

Nach hier vertretener Ansicht kann die Steuerbarkeit eines Share Deal jenseits der Ausnahmekonstellationen des gewerblichen Wertpapierhandels und der professionellen Fondsverwaltung nur nach den allgemeinen Grundsätzen für unternehmerische Hilfsgeschäfte hergeleitet werden⁵¹. Zu den steuerbaren Hilfsgeschäften gehört jede Tätigkeit, die die unternehmerische Haupttätigkeit mit sich bringt⁵². Infolge der wirtschaftlichen Zurechnung der Hilfsgeschäfte zu der unternehmerischen Haupttätigkeit (d.h. infolge ihres notwendigen Bezugs zum Unternehmen) kann auf ihre nachhaltige Erbringung verzichtet werden, wenn sie selbst gegen Entgelt erbracht werden. Unter diesen Voraussetzungen erfolgt die (nicht nachhaltig) bewirkte entgeltliche Ver-

⁴⁷ Sehr klar EuGH v. 12.2.2009, Rs. C-515/07 (VNLTO), Slg. 2009, I-865, Rz. 34 m.w.N. So auch zuvor schon *J. Englisch*, UR 2007, 290 (295 f.); *F. Giesberts*, UR 1993, 279 (282).

⁴⁸ Vgl. EuGH v. 22.6.1993, Rs. C-333/91 (Sofitam), Slg. 1993, I-3513, Rz. 12 u. 13.

⁴⁹ Siehe dazu auch vgl. *F. Giesberts*, UR 1993, 279 (282); *H. Stadie*, UStG, 2009, § 2 Rz. 45, Insoweit zutreffend auch FG Niedersachsen v. 4.2.2010 – 16 K 17/09, BB 2010, 1768 (1769 f.).

⁵⁰ So im Vorfeld der AB SKF-Entscheidung auch zu Recht *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (725).

⁵¹ A.A. *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (64): stets Haupttätigkeit.

⁵² Vgl. BFH v. 28.10.1964 – V 227/62 U, BStBl. III 1965, 34; *U. Probst*, in Hartmann/Metzenmacher, UStG, E § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 188; *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, Bd. I, § 33 Rz. 111; *H.-J. Tehler*, in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 1 Rn. 471.

äußerung oder Übertragung von Rechten im Rahmen des Unternehmens und daher steuerbar⁵³.

Der EuGH selbst wie auch die einhellige Ansicht in der deutschen Rechtsprechung, Finanzverwaltung und Literatur geht zutreffend davon aus, dass ein Unternehmer, der einen dem Unternehmen zugeordneten Gegenstand veräußert, ein derartiges Hilfsgeschäft tätigt und folglich „als solcher“, d.h. im Rahmen seines Unternehmens handelt⁵⁴. Die Veräußerung von Gegenständen, welche die Erbringung umsatzsteuerbarer Ausgangsleistungen ermöglichen oder fördern, weist anerkanntermaßen einen hinreichend engen Bezug zur gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des Unternehmers im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 1 UStG auf. Dies ergibt sich mittelbar auch aus Art. 174 Abs. 2 Buchst. a MwStSystRL sowie Art. 288 S. 2 MwStSystRL. Derartige Geschäfte lassen sich daher als eine unmittelbare und notwendige Erweiterung der unternehmerischen Tätigkeit begreifen; auf ihre Nachhaltigkeit kommt es insoweit nicht an⁵⁵. Diese Grundsätze sind auch bei Beteiligungsveräußerungen fruchtbar zu machen⁵⁶; in diese Richtung tendiert auch die jüngste Entscheidung des BFH zur Steuerbarkeit der Anteilsveräußerung⁵⁷. Es müssen lediglich besondere Kriterien für die Klassifizierung als Unternehmensgegenstand entwickelt werden.

⁵³ Vgl. *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, Bd. I, § 33 Rn. 92 f.; *H.-J. Tehler*, in *Reiß/Kraeusel/Langer*, UStG, § 1 Rz. 471.

⁵⁴ Vgl. EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-415/98 (Bakcsi), Slg. 2001, I-1831, Rz. 37; EuGH v. 4.10.1995, Rs. C-291/92 (Armbrecht), Slg. 1995, I. 2775, Rz. 24; *F. Klenk*, in *Sölch/Ringleb*, UStG, § 2 (Sept. 2010) Rz. 185.

⁵⁵ Vgl. *F. Klenk*, in *Sölch/Ringleb*, UStG, § 2 (Sept. 2010) Rz. 185.

⁵⁶ Wie hier – und insoweit zutreffend – BMF v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Rz. 8; ebenso *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7043); *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (103); *ders.*, in FS *Reiß*, 2008, S. 229 (239 u. 242 f.). Ablehnend auf Basis der damaligen Rspr. des EuGH aber noch *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 24.2.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, S. I-4357, Rz. 35; *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (725); *M. Feldt*, UR 2007, 161 (169); *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (453): nur im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels. Ebenso restriktiv jüngst auch FG Düsseldorf v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2071 f.); weiterhin ablehnend auch *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 1002.

⁵⁷ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (728).

bb. Voraussetzung: Unternehmenszugehörigkeit der Beteiligung

Zu weitgehend ist dabei der Ansatz, der eine Übereinstimmung von ertragsteuerrechtlich definiertem Betriebsvermögen und umsatzsteuerrechtlich relevantem Unternehmensvermögen annimmt⁵⁸. Diese „Kongruenzthese“ kann schon deshalb nicht befriedigen, weil sie die gebotene unionsweit einheitliche Anwendung des harmonisierten Mehrwertsteuerrechts⁵⁹ nicht zu gewährleisten vermag; insbesondere die Anerkennung von gewillkürtem Betriebsvermögen divergiert angesichts der fehlenden Harmonisierung des Ertragsteuerrechts je nach Mitgliedstaat. Auch der EuGH hat die bloße Zugehörigkeit eines immateriellen Wirtschaftsguts zum Betriebsvermögen als nicht ausreichend für die Feststellung eines direkten und unmittelbaren Zusammenhangs darauf bezogener Vorgänge mit der unternehmerischen Haupttätigkeit erachtet⁶⁰.

Jedenfalls im konzeptionellen Ansatz überzeugender ist demgegenüber der Standpunkt des BMF, wonach es darauf ankommen soll, ob die Beteiligung der Förderung einer bestehenden oder beabsichtigten unternehmerischen Tätigkeit dient⁶¹. Dies ist mit dem BMF unproblematisch dann anzunehmen, wenn die beherrschte Gesellschaft in die Vorbereitung oder Durchführung eines vom Anteilseigner bewirkten steuerbaren Absatzes von Waren oder Dienstleistungen gegenüber Dritten eingebunden ist. Das gilt namentlich in den Fällen, in denen die Beteiligung der Sicherung günstiger Einkaufs- oder Absatzkonditionen dienen soll, und darüber hinaus regelmäßig dann, wenn das beherrschte Unternehmen einen Teil der Lieferkette (supply chain) bildet, in die auch das herrschende Unternehmen integriert ist⁶². Der unternehmerischen Tätigkeit dient eine Beteiligung auch, wenn sie zwecks Ausschaltung konkurrierender Angebote auf dem Markt für steuerbare Ausgangsleistungen des Anteilseigners oder zur Ergänzung von dessen Produktpalette erworben

⁵⁸ Vgl. *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, § 93 (Okt. 2005) Rz. 432 u. 461.

⁵⁹ Siehe dazu Erwägungsgrund 4 der MwStSystRL sowie EuGH v. 29.10.2009, Rs.C-174/08 (NCC Construction Danmark), Slg. 2009, I-10567, Rz. 24 m.w.N.

⁶⁰ Vgl. EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (Investrand), Slg. 2007, I-1315, Rz. 31 u. 34. Dazu kritisch *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 995.

⁶¹ Vgl. BMF v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Rz. 7 Variante 2 in Verbindung mit Rz. 13.

⁶² Siehe dazu auch BFH v. 20.1.1988 – X R 48/81, BStBl. II 1988, 557; FG Düsseldorf, Urt. v. 10.6.2009, 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072); *H. Rüth / M. Hüllmann*, EU-UStB 2008, 9 (13 f.).

wird⁶³. Speziell bei einer Holding genügt es auch, wenn die Beteiligung den ökonomischen Nutzen und folglich den Wert von entgeltlichen Managementdienstleistungen steigert, die gegenüber anderen Tochtergesellschaften erbracht werden⁶⁴.

In jedem Fall kommt es – anders als eventuell hinsichtlich des Vorsteuerabzugs⁶⁵ – nur auf einen hinreichend engen Förderungszusammenhang an; irrelevant ist demgegenüber, ob durch die Beteiligung veranlasste Aufwendungen als Kostenelemente in steuerbare Ausgangsumsätze eingehen⁶⁶. Im Übrigen dient eine Beteiligung nicht schon deshalb dem Unternehmen des Anteilseigners, wenn dieser entgeltliche Dienstleistungen an die jeweilige Beteiligungsgesellschaft erbringt. Dies ist vielmehr erst dann anzunehmen, wenn nach den plausiblen Angaben des Unternehmers erst die Beteiligung am Leistungsempfänger die Begründung oder Aufrechterhaltung der betreffenden Leistungsbeziehung ermöglicht hat. Bedeutendste Fallgruppe innerhalb dieser Kategorie ist der vom EuGH sog. „Eingriff in die Verwaltung der beherrschten Gesellschaft“ durch Vornahme von steuerbaren Umsätzen⁶⁷ wie etwa der Erbringung von entgeltlichen Verwaltungs-, Buchhaltungs- und EDV-Dienstleistungen⁶⁸. Neben diesen eher administrativen Tätigkeiten kommen ferner auch solche kaufmännischer Natur wie beispielsweise ein zentrales Controlling, Rechts- und Steuerberatung, Personalgestellung, die Übernahme bestimmter Manage-

⁶³ Vgl. BFH v. 20.1.1988 – X R 48/81, BStBl. II 1988, 557 (560); *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (723).

⁶⁴ Vgl. *J. Englisch*, UR 2007, 290 (295).

⁶⁵ Siehe dazu unten bei IV.1 und IV.5.

⁶⁶ Dies verkennt das BMF v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 8.

⁶⁷ So jetzt auch BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727, Rz. 16.

⁶⁸ Vgl. insbes. EuGH v. 20.6.1996, Rs. C-155/94 (Wellcome Trust), Slg. 1996, I-3013, Rz. 35: “transactions in shares (...) may fall within the scope of VAT (...) where such transactions are effected in order to secure („pour réaliser“) a direct or indirect involvement in the management of the companies in which the holding has been acquired” (Hervorhebung nur hier). Siehe ferner GA *Mengozzi*, Schlussanträge v. 29.2.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-10413, Rz. 30, wonach solche entgeltlichen Eingriffe demonstrieren, dass der Anteilseigner „finanzielle Interessen an der abhängigen Gesellschaft besitzt, die über die eines bloßen Aktionärs hinausgehen“.

mentleistungen oder z.B. die Vermietung von Wirtschaftsgütern in Betracht⁶⁹. Dies wird auch vom BMF so gesehen⁷⁰.

Allerdings sind derartige entgeltliche Leistungsbeziehungen meist nur notwendige Begleiterscheinung, nicht Hauptgrund für den Erwerb der Beteiligung⁷¹; auch ist davon auszugehen, dass sie von Holdinggesellschaften mitunter bewusst konzipiert werden, um eine Unternehmereigenschaft reklamieren zu können⁷². Besonders nahe liegt diese Vermutung, wenn sich die entgeltliche Dienstleistung der Muttergesellschaft auf den zentralen Einkauf von Beratungsleistungen im Wege der Leistungskommission beschränkt⁷³ oder ein offensichtliches Missverhältnis zwischen mit Vorsteuerbeträgen behafteten Eingangsleistungen und steuerbaren (und steuerpflichtigen) Ausgangsumsätzen besteht⁷⁴. Dessen ungeachtet lässt sich aber eine zumindest – neben dem Dividendenbezug bzw. der Realisierung von Wertsteigerungen als bloßem Ausfluss von Eigentumsrechten – teilweise Verwendung der Beteiligung für unternehmerische Zwecke in diesen Konstellationen nicht in Abrede stellen⁷⁵.

Ob die Beteiligung originär oder gar primär zum Zwecke der Erbringung steuerbarer Umsätze an das abhängige Unternehmen erworben wurde, spielt für eine etwaige – auch nachträgliche – Unternehmenszuordnung im Übrigen keine Rolle; die Problematik ist insofern anders gelagert als beim Vorsteuerabzug aus dem Beteiligungserwerb⁷⁶. Auch die Vergabe verzinslicher Darlehen an das abhängige Unternehmen kann daher zur Steuerbarkeit einer späteren Beteiligungsveräußerung führen, sofern die Darlehensgewährung als steuer-

⁶⁹ Vgl. *K. Feil / C. Roscher*, BB 2007, 1079 (1081).

⁷⁰ Vgl. BMF v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 7 Variante 3; zustimmend *P. Handzik*, in Offerhaus/Söhn/Lange, Umsatzsteuer, § 4 Nr. 8 (Sept. 2007) Rz. 128; *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7042); ders., Umsatzsteuer-Handbuch, § 180 (März 2008) Rz. 125.

⁷¹ Vgl. *J. Englisch*, UR 2007, 290 (295 f.).

⁷² Vgl. *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (634 u. 636).

⁷³ Siehe dazu *J. Eggers*, Wpg 2007, 616 (617).

⁷⁴ Derartige Gestaltungen mit geringfügigen Ausgangsumsätzen bei vergleichsweise hohen Vorsteuerbeträgen sind gleichwohl nicht stets als missbräuchlich anzusehen, vgl. z.B. *W. C. Lohse*, BB 2006, 2222; *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (724).

⁷⁵ So i.E. auch *S. Behrens*, EU-UStB 2009, 62 (64); a.A. *B. Terra / J. Kajus*, A Guide to the European VAT Directives 2009, S. 1005, m.w.N. aus der niederländischen Rechtsprechung.

⁷⁶ Siehe dazu unten bei V. sowie *C. Wäger*, in FS für Reiß, 2008, S. 229 (241).

bar zu qualifizieren ist⁷⁷. Umgekehrt vermag allerdings die Finalität des Beteiligungserwerbs durchaus die unternehmerische Verhaftung der Anteile zu begründen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Leistungsbeziehung zwischen beherrschtem und herrschendem Unternehmen schon vor dem Beteiligungserwerb bestand und selbiger nachweislich erfolgte, um diese Beziehung auszubauen oder um ihren drohenden Wegfall – etwa durch Hinwendung zur Konkurrenz – abzuwenden⁷⁸.

cc. Zuordnungswahlrecht des Unternehmers?

Auf Basis der hier vertretenen Rechtsauffassung stellt sich eine Folgefrage, die der andersartige Ansatz des EuGH in der Rechtssache AB SKF nicht aufwirft: Ist bei Annahme einer Verwendung der Beteiligung für unternehmerische Zwecke nicht gleichwohl mit Blick auf den weiterhin nicht steuerbaren Dividendenbezug⁷⁹ ein Zuordnungswahlrecht des Unternehmers dahingehend gegeben, die Beteiligung anteilig oder vollumfänglich der nichtunternehmerischen Sphäre zuzuordnen?

Das BMF lehnt ein solches Zuordnungswahlrecht ohne Begründung ab und plädiert für eine zwingende Unternehmenszuordnung⁸⁰. Nach allgemeinen Grundsätzen wäre es indes durchaus (auch im Hinblick auf die Rechtsformneutralität zwischen z.B. Einzelunternehmer und Kapitalgesellschaft) in Erwägung zu ziehen: Denn nach ständiger Rechtsprechung des EuGH hat der steuerpflichtige Unternehmer für Umsatzsteuerzwecke die Wahl, ein gemischt – sowohl unternehmerisch als auch für nicht wirtschaftliche Zwecke im Sinne des Art. 9 MwStSystRL – genutztes „Investitionsgut“ entweder in vollem Umfang dem Unternehmensvermögen zuzuordnen oder aber in vollem Umfang im Privatvermögen zu belassen, oder nur im Umfang der tatsächlichen unternehmerischen Verwendung in sein Unternehmen einzubeziehen⁸¹. Ent-

⁷⁷ Siehe zu dieser Streitfrage eingehend unten bei IV. 3. c.

⁷⁸ Aus diesem Grund könnte sich beispielsweise ein Automobilzulieferer veranlasst sehen, eine Beteiligung an einem Automobilhersteller zu erwerben.

⁷⁹ Siehe dazu EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 29 f.

⁸⁰ Vgl. BMF-Schreiben v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 9; Abschnitt 15.2. UStAE. Zustimmend *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7043); a.A. hingegen *J. Eggers*, Wpg 2007, 616 (619).

⁸¹ Vgl. EuGH v. 4.10.1995, Rs. C-291/92 (Armbrecht), Slg. 1995, I-2775, Rz. 20; EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-415/98 (Bakcsi), Slg. 2001, I-1831, Rz. 25 f.; EuGH

stehungsgeschichtlicher Hintergrund dieses Zuordnungswahlrechts ist die Versagung eines nachträglich erhöhten Vorsteuerabzugs bei späterer Ausweitung der Verwendung eines Investitionsgutes für steuerbare Zwecke, wenn dieses zunächst (im Besteuerungszeitraum des Bezugs der Eingangsleistung) nur anteilig dem Unternehmen zugeordnet wurde⁸². Der Vorsteuerabzug kann nach der – verfehlten⁸³ – Auffassung des EuGH nur sofort im Umfang der beim Leistungsbezug gegebenen bzw. geplanten Verwendung für steuerbare Umsätze in Anspruch genommen werden, was bei einer dem Steuerpflichtigen freizustellenden vollständigen Unternehmenszuordnung über die Steuerbarkeit der privaten Verwendung vorsteuerentlasteter Gegenstände nach Art. 26 MwStSystRL erreicht werde⁸⁴. Zugleich müsse der Steuerpflichtige aber auch die Möglichkeit haben, ein gemischt genutztes Investitionsgut durch eine gegenläufige Zuordnung vollständig der Anwendbarkeit des Mehrwertsteuersystems zu entziehen⁸⁵. Dabei rechnen auch Beteiligungen als immaterielle Wirtschaftsgüter jedenfalls nach deutschem, von Art. 189 Buchst. a MwStSystRL gedeckten Verständnis zu den „Investitionsgütern“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung⁸⁶.

v. 8.5.2003, Rs. C-269/00 (Seeling), Slg. 2003, I-4101, Rz. 40; EuGH v. 21.4.2005, Rs. C-25/03 (HE), Slg. 2005, I-3123, Rz. 46; EuGH v. 14.7.2005, Rs. C-434/03 (Charles-Tijmens), Slg. 2005, I-7037, Rz. 23; EuGH v. 14.6.2006, Rs. C-72/05 (Wollny), Slg. 2006, I- 8297, Rz. 21; EuGH v. 23.4.2009, Rs. C-460/07 (Sandra Puffer), Slg. 2009, I-3251, Rz. 39.

⁸² Vgl. EuGH v. 11.7.1991, Rs. C-97/90 (Lennartz), Slg. 1991, I-3795, Rz. 8 ff.; bestätigt durch EuGH v. 23.4.2009, Rs. C-460/07 (Sandra Puffer), Slg. 2009, I-3251, Rz. 44.

⁸³ Zu Recht kritisch *W. Reiß*, UR 2010, 797 (813); *H. Stadie*, in Rau/Dürrwächter, UStG, Einf. Rz. 326 f., § 15 UStG (Okt 2009) Rz. 970 f.; *M. Tumpel*, in FS Ruppel, 2007, S. 664 (667).

⁸⁴ Vgl. zu dieser – zirkelschlüssigen, aber gefestigten – Argumentation EuGH v. 14.7.2005, Rs. C-434/03 (Charles-Tijmens), Slg. 2005, I-7037, Rz. 25; EuGH v. 11.7.1991, Rs. C-97/90 (Lennartz), Slg. 1991, I-3795, Rz. 26; EuGH v. 4.10.1995, Rs. C-291/92 (Armbrecht), Slg. 1995, I-2775, Rz. 27 f.; EuGH v. 14.6.2006, Rs. C-72/05 (Wollny), Slg. 2006, I-8297, Rz. 23 f.; EuGH v. 23.4.2009, Rs. 460/07 (Sandra Puffer), Slg. 2009, I-3251, Rz. 40-42; EuGH v. 12.2. 2009, Rs. C-515/07 (VNLTO), Slg. 2009, I-865, Rz. 38-40. Zustimmung – und den Zirkelschluss in Abrede stellend – *M. Tumpel*, in FS Reiß, 2008, S. 123 (125).

⁸⁵ Vgl. EuGH v. 08.03.2001, Rs. C-415/98 (Bakcsi), Slg. 2001, I-1831, Rz. 26 ff.

⁸⁶ Vgl. *H. Stadie*, UStG, 2009, § 15a Rz. 11 u. 15; *W. Wagner*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 15a (April 2005) Rz. 81 ff.

Allerdings hat der EuGH in der Rechtsache VNLTO vor kurzem entschieden, dass nicht jede Verwendung eines Gegenstandes für außerunternehmerische Zwecke – also für andere Zwecke als die Ausführung steuerbarer Umsätze – eine „private“ Verwendung im Sinne des Art. 26 MwStSystRL darstellt. Ist die außerunternehmerische Verwendung noch vom Geschäftsgegenstand umfasst, so falle sie vielmehr gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Umsatzsteuersystems einschließlich der Entnahmebesteuerung heraus⁸⁷. In eben diese Kategorie von gemischt genutzten Investitionsgütern fallen mit Blick auf den Dividendenbezug regelmäßig auch die im Sinne des UStG „unternehmerisch“ verwendeten, wesentlichen Beteiligungen, die zu den Finanzanlagen des betreffenden Unternehmens zählen. Nach zutreffender, obschon umstrittener Ansicht gelten aber auch in diesen „VNLTO“-Fallgruppen die allgemeinen Grundsätze zum Zuordnungswahlrecht fort⁸⁸. Es müsste daher an sich auch eine vollständige Zuordnung von (auch) für unternehmerische Zwecke erworbenen bzw. gehaltenen Beteiligungen zum „nicht im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 2 UStG unternehmerischen“ Bereich (bzw. in der Diktion des EuGH: dem nicht im Sinne des Art. 9 MwStSystRL wirtschaftlichen Bereich) möglich sein. Ob der Gerichtshof dies allerdings tatsächlich so konsequent handhaben würde, sollte eine entsprechende Vorlagefrage an ihn herangetragen werden, bleibt abzuwarten: Denn er blendet bei derartigen Beteiligungen für die Zwecke des Vorsteuerabzugs den – an sich nach allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätzen abzugsschädlichen – nicht steuerbaren Dividendenbezug aus⁸⁹ und würde darum u.U. auch eine gemischte Verwendung der entsprechenden Anteile negieren.

Nimmt man ein Zuordnungswahlrecht an, würde je nach dessen Ausübung⁹⁰ die Veräußerung der jeweiligen Beteiligung zur Gänze, nur teilweise⁹¹ oder

⁸⁷ Vgl. EuGH v. 12.2.2009, Rs. C-515/07 (VNLTO), Slg. 2009, I-865, Rz. 38-40, insbes. in der französischen sowie in der englischen Fassung.

⁸⁸ Siehe dazu eingehend und m.w.N. auch zur Gegenansicht *J. Englisch*, in Nieskens/Englisch (Hrsg.), Umsatzsteuer-Kongress-Bericht 2010, S. 25 (75 ff.).

⁸⁹ Siehe dazu unten bei IV. 3. c.

⁹⁰ Siehe dazu Abschnitt 15.2 Abs. 16 UStAE und eingehend *J. Englisch*, in Nieskens/Englisch (Hrsg.), Umsatzsteuer-Kongress-Bericht 2010, S. 25 (87 f.).

⁹¹ Dies wäre jedenfalls auf Basis der EuGH-Rechtsprechung möglich, vgl. EuGH v. 4.10.1995, Rs. C-291/92 (Armbrecht), Slg. 1995, I-2775, Rz. 19 ff. Siehe aber auch – überzeugend – *H. Stadie*, UStG, 2009, § 15 Rz. 80 und 85: mangels feststehender Nutzungsanteile im Zeitpunkt des Leistungsbezugs ist regelmäßig nur vollständige Zuordnung zum Unternehmen oder zum nichtunternehmerischen

gar nicht „im Rahmen des Unternehmens“ erfolgen⁹². Sie wäre also eventuell ungeachtet der (auch) unternehmerischen Verwendung der Beteiligung ganz oder teilweise nicht steuerbar. Dies wäre nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH für den Vorsteuerabzug aus Eingangsleistungen im Zusammenhang mit Beteiligungserwerb und -verwaltung ohne Bedeutung⁹³, kann sich aber positiv auf den Vorsteuerabzug bzgl. der Veräußerungskosten auswirken⁹⁴. Wie noch darzulegen sein wird⁹⁵, hat der EuGH in der Rechtssache AB SKF versucht, dieselben Ergebnisse auf andere Art und Weise zu erreichen.

3. Geschäftsveräußerung im Ganzen?

a. Grundsätzliche Erwägungen und Streitstand

Eine Geschäftsveräußerung im Ganzen im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG setzt in Übereinstimmung mit der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH voraus, dass ein Geschäftsbetrieb oder selbstständiger Unternehmensteil übertragen wird, mit dem eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 9 MwStSystRL fortgeführt werden kann. Die Übertragung muss sich auf alle wesentlichen materiellen und ggf. immateriellen Wirtschaftsgüter beziehen, die zum Betriebsvermögen des übertragenen Unternehmens(teils) gehören und die zusammengenommen ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil

Bereich möglich; dementsprechend wäre auch die Veräußerung entweder ein zur Gänze steuerbarer oder nichtsteuerbarer Vorgang.

⁹² Vgl. EuGH v. 11.7.1991, Rs. C-97/90 (Lennartz), Slg. 1991, I-3795, Rz. 17; EuGH v. 4.10.1995, Rs. C-291/92 (Armbrecht) Slg. 1995, I-2775, Rz. 20; EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-415/98 (Bakcsi), Slg. 2001, I-1831, Rz. 24 ff.; sowie überblicksartig *R. Korf*, DB 2009, 758 (759 ff.).

⁹³ Vgl. EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-415/98 (Bakcsi), Slg. 2001, I-1831, Rz. 33 und eingehend unten bei IV.1. Die in der Rs. Bakcsi vom EuGH aufgestellten Grundsätze werden allerdings von der Finanzverwaltung bislang nicht hinreichend zur Kenntnis genommen, vgl. BMF-Schreiben v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 12. Richtigerweise wäre nur etwaige im Kaufpreis der Beteiligung selbst enthaltene Vorsteuer theoretisch nicht abzugsfähig; mit der Zuordnung zum nicht-unternehmerischen Bereich entfele indes faktisch die Möglichkeit für den Veräußerer, für die Besteuerung der grundsätzlich entweder nicht steuerbaren oder steuerfreien Beteiligungsveräußerung zu optieren.

⁹⁴ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 72; eingehend unten bei IV. 3.

⁹⁵ Vgl. unten bei IV. 2. und IV. 5.

bilden, mit dem eine wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann.⁹⁶ Die bloße Übertragung einzelner Gegenstände (wie z.B. der Verkauf eines Warenbestands) genügt hierfür nach zutreffender Ansicht des EuGH nicht. Auch muss der Erwerber beabsichtigen, mit dem übernommenen Geschäft, wenn auch in veränderter Form, weiterhin unternehmerisch tätig zu sein⁹⁷.

Inwiefern auch eine Beteiligungsveräußerung als Share Deal diesen Anforderungen entspricht, ergibt sich aus den vorstehenden Rechtsprechungsgrundsätzen nicht eindeutig. Auch die historische Auslegung liefert keinen eindeutigen Befund⁹⁸. Die deutsche Finanzverwaltung⁹⁹ hat es bislang in Übereinstimmung mit Generalanwalt *Jacobs*¹⁰⁰ sowie der herrschenden Meinung im Schrifttum¹⁰¹ ausgeschlossen, die Übertragung von Beteiligungen – sollten diese im unternehmerischen Bereich gehalten werden – als nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen zu werten. Nach der Gegenansicht ist bei der Qualifikation als Geschäftsveräußerung im Ganzen eine rein wirtschaftli-

⁹⁶ Vgl. EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (*Zita Modes*), Slg. 2003, I-14393, Rz. 40. Der Begriff der Geschäftsveräußerung entspricht inhaltlich dem Übergang des Gesamtvermögens oder eines Teilvermögens nach Art. 19 MwStSystRL, vgl. auch *H.-J. Tehler*, in *Reiß/Kraeusel/Langer*, UStG, § 1 Rn. 514.1; *H.-J. Bülow*, in *Vogel/Schwarz*, UStG, § 1 Rn. 255.

⁹⁷ Vgl. EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (*Zita Modes*), Slg. 2003, I-14393, Rz. 46; *W. Reiß*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 14 Rz. 85.

⁹⁸ Die Vorläuferbestimmung zu Art. 29 MwStSystRL, wonach das für die Mitgliedstaaten optionale Steuerregime für die Geschäftsveräußerung im Ganzen „unter den gleichen Voraussetzungen für Dienstleistungen gilt“, ist aufgrund des Änderungsvorschlags der Kommission vom 26.7.1974, KOM(74) 795 endg., ABl. EG 1974, Nr. C 121, 34 (35) in die 6. EG-Richtlinie aufgenommen worden. Dies zielte auf die Übertragung von Rechten ab; es ist aber unklar, ob selbige auch schon für sich genommen eine Geschäftsübertragung begründen können sollte.

⁹⁹ Vgl. BMF-Schreiben v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 13.

¹⁰⁰ Vgl. GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 13.4.2000, Rs. C-408/98 (*Abbey National*), Slg. 2000, I-1361, Rz. 26.

¹⁰¹ Vgl. z.B. *E. Husmann*, in *Rau/Dürrwächter*, UStG, § 1 Rz. 1123; gegen die Annahme einer Geschäftsveräußerung im Ganzen bislang auch *H. Stadie*, UStG, 2009, § 1 Rz. 131; *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, § 93 (Okt. 2005) Rz. 461, Beispiel 1 u. Rz. 491; *F. Huschens*, in *Vogel/Schwarz*, UStG, § 4 Nr. 8f, Rn. 12 f.; *C. Wäger*, DStR 2009, 2292; nach wie vor ablehnend auch *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (69). Für möglich hielt dies hingegen *O. Zugmaier*, DStR 2009, 882 (887); *U. Probst*, in *Hartmann/Metzenmacher*, UStG, § 1 Abs. 1a Rn. 51.

che Betrachtungsweise geboten, weshalb es keine Rolle spielen dürfe, ob die übertragenen Wirtschaftsgüter „in der Hülle einer GmbH oder AG stecken“.¹⁰²

Der letztgenannten Ansicht hat sich der EuGH nun in der Rechtssache AB SKF angenähert. Er hat erstmals nicht nur für den Asset Deal, sondern auch für den Share Deal die Möglichkeit erwähnt, dass dieser als nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen zu qualifizieren sein könnte. Der EuGH ließ die hierfür erforderlichen Voraussetzungen zwar offen und enthielt sich *expressis verbis* einer abschließenden Beurteilung.¹⁰³ Er hat aber zu erkennen gegeben, dass „eine Aktienveräußerung, die auf die Übertragung eines Gesamtvermögens hinausläuft, keine der Mehrwertsteuer unterliegende wirtschaftliche Tätigkeit“ darstellt, wenn ein Mitgliedstaat – wie Deutschland – das optionale¹⁰⁴ Besteuerungsregime der nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen implementiert hat¹⁰⁵. Im Lichte dieser Vorgaben hat der BFH vor kurzem judiziert, seine Rechtsprechung zum Ausschluss von Beteiligungsveräußerungen vom früheren Tatbestand der Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 10 Abs. 3 UStG a.F.¹⁰⁶ könne mit Blick auf die richtlinienrechtlich inspirierte und darum auch richtlinienkonform auszulegende Neufassung des § 1 Abs. 1a UStG nicht aufrecht erhalten werden¹⁰⁷.

Es ist daher anzunehmen, dass die Übertragung jedenfalls einer 100%igen Beteiligung nach Ansicht des Gerichtshofs gemäß § 1 Abs. 1a UStG regelmäßig nicht steuerbar ist. Auch die kürzlich ergangene Entscheidung des BFH vom 27.1.2011 bejaht eine Geschäftsveräußerung im Ganzen bzw. eine „Geschäftsveräußerung von Unternehmensvermögen“, wenn im Rahmen eines Share Deal sämtliche Anteile einer Gesellschaft veräußert werden.¹⁰⁸ Ob auch

¹⁰² Vgl. *M. Feldt*, UR 2007, 161 (163) zu EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (*Zita Modes*), Slg. 2003, I-14393.

¹⁰³ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 38.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 19 u. 29 MwStSystRL.

¹⁰⁵ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 35 ff. u. 40. Teilschritte bei der Übertragung schaden dabei nicht, aber es muss wohl ein einheitlicher, von vornherein bestehender Willensentschluss nachweisbar sein, 100% der Anteile zu übertragen.

¹⁰⁶ Vgl. BFH v. 29.10.1987 – X R 33/81 u.a., BStBl. II 1988, 92 (94 f.).

¹⁰⁷ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (728).

¹⁰⁸ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (729), wo eine Übertragung von 99% der Anteile explizit für nicht ausreichend erachtet wird. Vom gedanklichen Ansatz her folgt das Wirtschaftsgut, das von einer 100%igen Tochtergesellschaft gehalten wird, dem Verkauf ihrer Anteile mittelbar nach.

unterhalb der Schwelle des Verkaufs sämtlicher Anteile an einer Tochtergesellschaft eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt, geht aus der Entscheidung des EuGH in Sachen AB SKF nicht klar hervor, während der BFH eine Anteilsveräußerung unter 100% (bei Mehrheitsbeteiligung ohne weitere Betrachtung der Leistungsbeziehungen zwischen den Gesellschaften) grundsätzlich ablehnt¹⁰⁹. Tatsächlich ist insoweit eine differenzierte Betrachtung angezeigt, insbesondere im Hinblick auf den später noch zu erörternden Vorsteuerabzug.

b. Übertragung eines „Beteiligungsmanagementunternehmens“

Zum einen ist es denkbar, dass sich der Share Deal aus umsatzsteuerrechtlicher Warte tatsächlich als Asset Deal darstellt: Zählt die Beteiligung beim Veräußerer (zumindest auch) deshalb zum Unternehmensvermögen, weil er mittels steuerbarer Umsätze „qualifizierte Eingriffe“ in die Verwaltung der abhängigen Gesellschaft vornimmt, so betreibt er ein „Beteiligungsmanagementunternehmen“. Einziges wesentliches Wirtschaftsgut dieses abgrenzbaren Unternehmensteils ist regelmäßig die jeweilige Beteiligung. Tritt nun der Erwerber der veräußerten Beteiligung anstelle des Veräußerers in die bislang zwischen diesem und der Beteiligungsgesellschaft bestehenden Leistungsbeziehungen ein¹¹⁰ oder greift er in nahtlosem Übergang auf andere Art und Weise „qualifiziert“ in die Verwaltung der Beteiligungsgesellschaft ein¹¹¹, so führt er das übertragene „Managementunternehmen“ fort, wenn auch eventuell in veränderter Form. Damit liegt eine Geschäftsveräußerung im Ganzen im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG vor¹¹². Im Übrigen würde die Übernahme der bestehenden Verträge oder die unverzügliche Begründung anderweitiger administrativer oder kaufmännischer, entgeltlicher Leistungsbeziehungen zur

¹⁰⁹ Zur Ausnahme bei Organgesellschaften siehe nachfolgend unter II. 3. c; vgl. dazu auch *C. Wäger*, DStR 2011, 433 (435).

¹¹⁰ Aus Sicht von *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (71) ist dies die einzig mögliche Variante.

¹¹¹ Vgl. zu dieser Möglichkeit *R. Korf*, UVR 2010, 74 (80).

¹¹² So auch *C. Bates / J. Lloyd*, British Tax Review 2010, 31 (37); *J. Eggers / R. Korf*, DB 2009, 2685 (2688). Auch nach *C. Wäger* liegt eine Geschäftsveräußerung wohl dann vor, wenn eine Managementholding, die entgeltliche Leistungen an eine Tochtergesellschaft erbringt, die Anteilsmehrheit an der Tochter und die den entgeltlichen Leistungen zugrunde liegenden Verträge auf den Anteilserwerber überträgt, vgl. *C. Wäger*, DStR 2009, 2292 (2293).

abhängigen Gesellschaft die in § 1 Abs. 1a UStG geforderte Unternehmereigenschaft eines Erwerbers, der noch nicht Unternehmer ist, begründen¹¹³.

Ist eine Geschäftsveräußerung im Ganzen der vorstehend erörterten Art gegeben, so spielt die Größe des übertragenen Gesellschaftsanteils grundsätzlich keine Rolle. Es kommt insbesondere auch nicht darauf an, ob eine hundertprozentige Beteiligung an einer Tochtergesellschaft oder sämtliche vom Veräußerer gehaltenen Anteile an einer nur mehrheitlich beherrschten Gesellschaft übertragen werden¹¹⁴. In der unternehmerischen Praxis werden die vom EuGH geforderten „qualifizierten Eingriffe“ allerdings regelmäßig nur bei Mehrheitsbeteiligungen möglich sein. Außerdem kann nach dem obigen Argumentationsansatz eine Geschäftsveräußerung bei einem Beteiligungsverkauf unter Umständen auch dann noch vorliegen, wenn ihm auf Ebene der beherrschten Gesellschaft eine Unternehmensaufgabe vorausgeht, sofern im Zuge der Abwicklung noch administrative Dienste geleistet werden; es kommt dann darauf an, ob die Übertragung dieser unternehmerischen Managementdienste nebst Beteiligung erfolgt. Ansonsten aber führt die Unternehmensaufgabe dazu, dass das ursprüngliche „Managementunternehmen“ nicht weiterbetrieben werden kann.¹¹⁵

c. Übertragung des Unternehmens der Beteiligungsgesellschaft

Die Ausführungen des EuGH zielen eher auf eine andere Form der Begründung einer Geschäftsübertragung im Ganzen in Gestalt einer Beteiligungsveräußerung: Nach den relevanten Urteilspassagen soll die Veräußerung von Anteilen an einer Gesellschaft funktional äquivalent sein zur Veräußerung aller für die Unternehmensfortführung wesentlichen Vermögenswerte dieser Gesellschaft. Eine solche Wertung ist gerade dem deutschen Steuerrecht nicht fremd, wie § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zeigt. Im Lichte des gleichheitsrechtlich fundierten Neutralitätsgrundsatzes, der auch die Neutralität hinsichtlich

¹¹³ Der Wortlaut des § 1 Abs. 1a UStG ist entsprechend weit auszulegen, vgl. dazu generell EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (Zita Modes), Slg. 2003, I-14393, Rz. 45 f. *F. Husmann*, in Rau/Dürrwächter, UStG, § 1 Rn. 1103.1 ff.; *H.-J. Tehler*, in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 1 Rn. 506 f.; *U. Probst*, in Hartmann/Metzenmacher, UStG, E § 1 Abs. 1a Rn. 32; *H.-J. Bülow*, in Vogel/Schwarz, UStG, § 1 Rn. 261.

¹¹⁴ So tendenziell auch *C. Wäger*, DStR 2009, 2292 (2293).

¹¹⁵ So auch im Ergebnis *C. Wäger*, DStR 2009, 2292 (2293).

der Organisationsform der unternehmerischen Aktivitäten mit einschließt¹¹⁶, ist sie auch im Umsatzsteuerrecht jedenfalls im Ansatz gut vertretbar und auch vom Wortlaut der Art. 19 und 29 MwStSystRL noch gedeckt.

Zwar ist der mit diesen Regelungen bezweckte Vereinfachungs- und Entlastungseffekt¹¹⁷ bei der Beteiligungsveräußerung von geringerer Bedeutung, weil selbige ansonsten jedenfalls nach Art. 135 Abs. 1 Buchst. f MwStSystRL steuerfrei wäre¹¹⁸. Es ergäbe sich also weder für den Erwerber der Beteiligung ein nachteiliger Liquiditätseffekt durch eine vorübergehende Belastung mit Umsatzsteuer noch würde der Veräußerer aus Anlass der Anteilsübertragung einer Vielzahl von umsatzsteuerrechtlichen Aufzeichnungs- oder Mitteilungspflichten unterliegen. Indes hat Generalanwalt Jacobs zu Recht darauf hingewiesen, dass die in Art. 19 und 29 MwStSystRL vorgesehene Behandlung der Geschäftsveräußerung im Ganzen als Nichtleistung den Fiskus auch vor betrügerischen Machenschaften schützt¹¹⁹. Denn bei solchen Transaktionen wird sich typischerweise eine sehr hohe Mehrwertsteuerschuld ergeben¹²⁰, die regelmäßig entsprechende Vorsteuervergütungsansprüche seitens des Übernehmers nach sich ziehen, aber möglicherweise vom Veräußerer nie abgeführt würde¹²¹. Eine solche Gefahr bestünde auch im Falle der Veräußerung von strategischen Beteiligungen jedenfalls in denjenigen Mitgliedstaaten, die auf der Grundlage des Art. 137 Abs. 1 Buchst. a MwStSystRL dem Unternehmer erlauben, auf die Steuerfreiheit der Beteiligungsveräußerung zu verzichten.

Allerdings sind einer solchen wirtschaftlichen Äquivalenzwertung Grenzen gesetzt, die aus dem Urteil AB SKF nicht hinreichend klar hervorgehen. Die dort verwendete Formulierung von der „Aktienveräußerung, die auf die Übertragung eines Gesamtvermögens hinausläuft“¹²², lässt im Dunkeln, ob eine

¹¹⁶ Vgl. EuGH v. 21.06.2007, Rs. C-453/05 (Ludwig), Slg. 2007, I-5083, Rz. 35.

¹¹⁷ Siehe dazu EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (Zita Modes), Slg. 2003, I-14393, Rz. 39.

¹¹⁸ So der – im Ansatz zutreffende – Einwand von *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (69); siehe auch *R. Korf*, UVR 2010, 74 (78).

¹¹⁹ Ebenso *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 426.

¹²⁰ Siehe dazu auch EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (Zita Modes), Slg. 2003, I-14393, Rz. 41.

¹²¹ Vgl. *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 26.9.2002, Rs. C-497/01 (Zita Modes), Slg. 2003, I-14393, Rz. 28.

¹²² Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 40.

hundertprozentige Beteiligung veräußert werden muss, ob auch die Veräußerung des gesamten vom Veräußerer gehaltenen Aktienpakets bei einer Anteilsquote von weniger als 100% genügt, oder ob lediglich eine bestimmte Mindestgröße des Anteils verlangt wird¹²³. Es ist aber zu beachten, dass der im Vorabsatz beschriebene Ansatz nur auf Basis einer gleichheitsrechtlich angeleiteten Transparenzbetrachtung der Beteiligungsgesellschaft im Kontext einer wirtschaftlich als Unternehmensübertragung konzipierten Anteilsveräußerung tragfähig ist. Dabei muss diese Transparenzhypothese wegen des vom EuGH zu Recht postulierten Fortführungserfordernisses¹²⁴ sowohl aus Sicht des Veräußerers als auch aus Sicht des Erwerbers plausibel sein.

Vor diesem Hintergrund kann von funktionaler Äquivalenz der Beteiligungsveräußerung zur unmittelbaren Übertragung der wesentlichen Einzelwirtschaftsgüter grundsätzlich nur dann die Rede sein, wenn die Vermögenswerte der Beteiligungsgesellschaft dem Erwerber bei gedachter Vereinigung von Gesellschafts- und Gesellschafterebene vollständig und nicht lediglich teilweise zuzurechnen wären. Es bedarf also der Übertragung sämtlicher Anteile an der betreffenden Gesellschaft¹²⁵. Mit „anteiligen Wirtschaftsgütern“ lässt sich eine unternehmerische Tätigkeit nicht, wie von § 1 Abs. 1a UStG vorausgesetzt, selbstständig fortführen. Eine schrittweise Übertragung schadet entgegen der zu großzügigen Sichtweise des EuGH¹²⁶ daher nur dann nicht, wenn sie auf einem einheitlichen Willensentschluss beruht und sich innerhalb einer sehr kurzen Zeitspanne vollzieht¹²⁷. Die vorstehenden Erwägungen finden eine gewisse Bestätigung auch im – obschon nicht unmittelbar maßgeblichen

¹²³ Hierauf könnte die Formulierung in EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 38, hindeuten, wonach der Aktienverkauf die „vollständige oder teilweise“ Übertragung der Vermögenswerte der Gesellschaft, deren Anteile veräußert werden, nach sich ziehen muss.

¹²⁴ Vgl. EuGH v. 27.11.2003, Rs. C-497/01 (Zita Modes), Slg. 2003, I-14393, Rz. 44: Der begünstigte Erwerber muss beabsichtigen, „den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben“.

¹²⁵ So auch C. Bates / J. Lloyd, *British Tax Review* 2010, 31 (37); „jh“, *StuB* 2011, 235; S. Nattkämper / J. Scholz, *ISr* 2010, 515 (517); C. Wäger, *DStR* 2011, 433 (435); im Ergebnis gl.A. auch A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden, *EC Tax Review* 2010, 62 (71); a.A. bei strategischen Beteiligungen wohl R. Korf, *UVR* 2010, 74 (79): Anteilsmehrheit genügt.

¹²⁶ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 74 ff.

¹²⁷ So tendenziell auch GA Mengozzi, *Schlussanträge* v. 12.2.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-10413, Rz. 85. Vgl. dazu auch BFH v. 1.8.2002 – V R 17/01, *BStBl.* II 2004, 626 (627); R. Korf, *UVR* 2010, 74 (79).

– Vergleich mit den Wertungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG¹²⁸. Auch der BFH hat sie sich inzwischen zu eigen gemacht¹²⁹. Im Übrigen muss die Beteiligungsgesellschaft auch selbst unternehmerisch tätig sein¹³⁰. Allerdings wird speziell für das deutsche Umsatzsteuerrecht vertreten, dass bei Veräußerung sämtlicher Anteile einer umsatzsteuerlichen Organgesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG auch schon die Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung¹³¹ für die Annahme einer Geschäftsveräußerung im Ganzen ausreicht¹³². Zuzugestehen ist dieser Ansicht, dass eine Organgesellschaft umsatzsteuerrechtlich transparent wie ein in der Gliederung des Organträgers gesondert geführter Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG behandelt wird. Indes wird dieser „Unternehmensteil“ nur dann auch durch den Erwerber im Sinne der doppelten Transparenzhypothese als solcher fortgeführt, wenn dieser im unmittelbaren Nachgang zur Übertragung der Anteile die nunmehr von ihm beherrschte Gesellschaft ebenfalls nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG als Organge-

¹²⁸ Vgl. *G. Stuhmann*, in Blümich, EStG, § 16 Rz. 138: Eine fiktive Teilbetriebsveräußerung liegt nur vor, wenn die gesamte Beteiligung einheitlich gegen Entgelt an einen Erwerber veräußert wird.

¹²⁹ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (728); dazu kritisch *S. Heinrichshofen*, UStB 2011, 102.

¹³⁰ Siehe zur Problematik der nichtunternehmerischen Zwischenholding auch *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (71).

¹³¹ Eine finanzielle Eingliederung i.S. des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG liegt vor, wenn der Organträger in der Weise an der Organgesellschaft beteiligt ist, dass er seinen Willen (durch Mehrheitsbeschlüsse) durchsetzen kann. Erforderlich ist die Stimmenmehrheit, also regelmäßig mehr als 50% der Stimmen an der Organgesellschaft, sofern keine höhere qualifizierte Mehrheit für Beschlüsse in der Organgesellschaft erforderlich ist, vgl. *F. Klenk*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 2 (Sept. 2010) Rz. 110; BFH v. 20.10.1999 – IX R 69/97, BFH/NV 1990, 1136; BFH v. 22.1.2001 – V R 50/00, DStR 2002, 214; BFH v. 19.5.2005 – V R 31/03, BStBl. II 2005, 671 (674); Abschnitt 2.8 Abs. 5 UStAE; *W. Reiß*, in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 2 (August 2010) Rz. 111; *H. Stadie*, in Rau/Dürrwächter, UStG, § 2 (Mai 2008) Rz. 683.

¹³² Vgl. FG Düsseldorf, Urt. v. 10.6.2009, 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072); *M. Feldt*, UR 2007, 161 (162); *Korf* sieht eine Geschäftsveräußerung im Ganzen zumindest bei einer Übertragung von mehr als 50% der Anteile (sofern auch mehr als 50% der Stimmrechte übertragen werden) als gegeben, vgl. *R. Korf*, UVR 2010, 74 (78); *O. Zugmaier*, DStR 2009, 882 (887). Skeptisch hingegen *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (70).

sellschaft eingliedert¹³³. Zu Recht verlangt der BFH daher nunmehr¹³⁴ für die Annahme einer Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG in Organschaftsfällen, dass der Erwerber im Zeitpunkt der Anteilsübertragung sowohl die Möglichkeit als auch die objektiv erkennbare Absicht hat, die übertragene Organgesellschaft auch in seinem Unternehmen als solche zu führen. Demgegenüber reicht „eine Anteilsübertragung, durch die lediglich die finanzielle Eingliederung beim bisherigen Organträger beendet wird, ohne dass es zugleich zu einer Organschaft zum neuen Mehrheitsgesellschafter kommt, (...) nicht aus.“¹³⁵

Nach Auffassung des EuGH muss für die Annahme einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen die Veräußerung von Anteilen außerdem „die (...) Übertragung der Vermögenswerte der Beteiligungsgesellschaft nach sich ziehen“.¹³⁶ Zivilrechtlich ist dies nicht möglich, weil die Beteiligungsgesellschaft, deren Anteile veräußert werden, selbst Rechtsträgerin und darum unverändert Eigentümerin der ihr zugeordneten Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens ist. Bei wirtschaftlicher Betrachtung wiederum, die im Sinne einer Fiskaltransparenz durch die Kapitalgesellschaft hindurchsieht, wäre besagtes Kriterium stets erfüllt und damit ohne eigenständige Bedeutung. Sinn macht die vom EuGH formulierte Bedingung daher nur, wenn man sie auf das generelle Erfordernis einer Befähigung des übertragenen Unternehmens(teils) zur selbständigen Fortführung einer unternehmerischen Tätigkeit bezieht. Es stellt keine Geschäftsübertragung im Ganzen dar, wenn die Gesellschaft nur noch eine „leere Hülle“ bildet, weil sie im Zeitpunkt der Übertragung bereits abgewickelt wurde, ihre Vermögenswerte anderweitig veräußert worden sind oder wenn ihre wesentlichen Vermögenswerte unmittelbar nach der Übertragung veräußert werden¹³⁷.

¹³³ Zutreffend *S. Behrens*, EU-UStB 2009, 62 (67); *R. Korf*, UVR 2010, 74 (78 f.).

¹³⁴ So auch schon zuvor *J. Englisch*, *The Share Deal as a Non-Taxable Transaction*, in *Ecker/Lang/Lejeune* (Hrsg.), *The Future of Indirect Taxation: Recent Trends in VAT and GST Systems Around the World*, im Erscheinen, unter III.3.

¹³⁵ BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (729); zustimmend *C. Wäger*, DStR 2011, 433 (435). Im Entscheidungsfall scheiterte dies teils am mangelnden Inlandsbezug, teils an Nachweisen zur beabsichtigten wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung.

¹³⁶ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 38: Die deutsche Übersetzung „vollständige oder teilweise Veräußerung“ beruht auf einer missverständlichen Übersetzung der französischen Originalfassung des Urteils („cession totale ou partielle“).

¹³⁷ Siehe dazu *J. Eggers / R. Korf*, DB 2009, 2685 (2688).

Zu beachten ist schließlich noch, dass eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen nur angenommen werden kann, wenn der Erwerber die 100%ige Beteiligung für sein Unternehmen erwirbt. Dies kann nicht ohne weiteres unterstellt werden; insbesondere kann insoweit keine Transparenzbetrachtung mehr greifen, weil ansonsten Wertungswidersprüche zur allgemeinen Regel aufträten, wonach die Unternehmereigenschaft der Gesellschaft nicht auf den Gesellschafter ausstrahlt bzw. abfärbt¹³⁸. Die Beteiligung muss daher entsprechend den oben unter II. 2. erörterten Kriterien für den unternehmerischen Bereich erworben werden¹³⁹. Der Erwerber muss aber nicht schon im Vorfeld des Erwerbs Unternehmer sein, da für die Zwecke des § 1 Abs. 1a UStG schon die bloße Absicht genügt, mit dem Erwerb die Unternehmereigenschaft zu begründen¹⁴⁰. Daher kann sich beispielsweise eine reine Finanzholding als unternehmerische Erwerberin qualifizieren, wenn sie nachweislich im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Erwerb ein „Beteiligungsmanagementunternehmen“ zu begründen gedenkt¹⁴¹.

4. Leistungsort steuerbarer Anteilsveräußerung

Erfolgt die Beteiligungsveräußerung durch einen Unternehmer „im Rahmen seines Unternehmens“, so ist sie steuerbar, wenn sich der Leistungsort im Inland befindet. Dies richtet sich nach den Ortsbestimmungsregeln des § 3a UStG, die ihrerseits richtlinienkonform im Sinne der Art. 43 ff. MwStSystRL auszulegen sind¹⁴². Einfach gelagert sind dabei nur die Fallkonstellationen, in denen der Erwerber eine nicht unternehmerisch tätige Person ist. Handelt es sich um eine natürliche Person und hat diese ihren Wohnsitz innerhalb der EU, so ist nach alter wie nach der seit 1.1.2010 geltenden neuen Rechtslage gemäß

¹³⁸ Siehe dazu *F. Klenk*, in Sölch/Ringleb, UStG, 2010, § 2 (Sept. 2010) Rz. 180 (Beteiligung an Gesellschaften); a.A. *H. Stadie* in Rau/Dürrwächter, UStG, § 2 (Mai 2008) Rz. 436 ff.; *H. Stadie* UStG, 2009, § 2 Rz. 121 f.

¹³⁹ Vgl. zu möglichen Varianten näher *R. Korf*, UVR 2010, 74 (79).

¹⁴⁰ Vgl. *A. Oelmaier*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 1 (Sept. 2010) Rz. 475; vgl. auch *R. Korf*, UVR 2010, 74 (79).

¹⁴¹ Siehe dazu auch *R. Korf*, UVR 2010, 74 (80).

¹⁴² Vgl. zum Gebot richtlinienkonformer Auslegung und seinen Grenzen statt aller grundlegend zum Gebot richtlinienkonformer Auslegung und seinen Grenzen EuGH v. 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), Slg. 2008, I-2483, Rz. 98 ff.; *M. Ruffert*, in Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der EU, 2007, (ex) Art. 249 EGV, Rz. 113 ff.; *J. Marly*, in Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, 2009, Art. 22, Rz. 9 f. m.w.N.

§ 3a Abs. 1 S. 1 UStG der Unternehmenssitz¹⁴³ des Veräußerers maßgeblich. Die vorrangige¹⁴⁴ Ortsbestimmung anhand einer die Veräußerung „ausführenden“ Betriebsstätte wird kaum je relevant werden¹⁴⁵. Hat die natürliche Person ihren Wohnsitz im Drittlandsgebiet, so ist stattdessen gemäß 3a Abs. 4 S. 1 u. S. 2 Nr. 6 Buchst. a UStG deren Ansässigkeit für die Ortsbestimmung maßgeblich¹⁴⁶; d.h. die Transaktion ist in Deutschland nicht steuerbar. Ist der Erwerber hingegen eine nicht unternehmerisch tätige juristische Person¹⁴⁷, kommt es nach § 3a Abs. 2 S. 3 UStG darauf an, ob ihr eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer erteilt worden ist¹⁴⁸. Bejahendenfalls richtet sich der Leistungsort analog § 3a Abs. 2 S. 1 UStG nach ihrem Sitz; anderenfalls ist nach § 3a Abs. 1 UStG die Ansässigkeit des Veräußernden maßgeblich. Von Bedeutung ist dies vor allem für eine reine Finanzholding als Erwerberin¹⁴⁹.

Bei einem unternehmerisch tätigen Erwerber greift demgegenüber grundsätzlich die neue „B2B-Grundregel“ des § 3a Abs. 2 UStG für den zwischenunternehmerischen Handel¹⁵⁰. Danach ist Leistungsort der Unternehmenssitz des

¹⁴³ Zu den für die Bestimmung des Unternehmenssitzes maßgeblichen Kriterien vgl. EuGH v. 28.6.2007, Rs. C-73/06 (Planzer Luxembourg), Slg. 2007, I-5655, Rz. 51 ff; *C. Wäger*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 3a (Sept. 2010) Rz. 54 ff. Siehe auch *H. Stadie*, in Rau/Dürrewächter, UStG, § 3a (Juli 2010) Rz. 275.

¹⁴⁴ Zum Vorrangverhältnis siehe die (nunmehr) eindeutige Regelung in Art. 45 S. 2 MwStSyst-RL. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des sog. „MwSt-Paketes“ zum 1.1.2010 und der damit einhergehenden Änderung des § 3a UStG siehe *J. Englisch*, DStJG 32 (2009), S. 165 (208 ff.) m.w.N.

¹⁴⁵ Die für die sonstige Leistung „Beteiligungsveräußerung“ maßgeblichen Handlungen (hierauf stellt die Finanzverwaltung ab, vgl. BMF v. 4.9.2009 – IV B 9-S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 3), nämlich die Übertragung der Anteile, bzw. die dahingehenden Erklärungen gegenüber dem Erwerber werden bei wesentlichen Beteiligungen regelmäßig von Unternehmensvertretern im Stammhaus vorgenommen werden.

¹⁴⁶ Siehe dazu *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (637).

¹⁴⁷ Auch dieser Begriff ist richtlinienkonform, d.h. im Sinne des Art. 43 Nr. 2 MwStSystRL und damit weit auszulegen; vgl. *H. Stadie*, in Rau/Dürrewächter, UStG, § 3a n. F. (Okt 2010) Rz. 247 ff.

¹⁴⁸ Zu Einzelheiten vgl. BMF-Schreiben v. 4.9.2009 – IV B 9 – S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 13.

¹⁴⁹ So auch BMF-Schreiben v. 4.9.2009 – IV B 9 – S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 13.

¹⁵⁰ Für die Bestimmung des Leistungsortes kommt es dann entscheidend darauf an, ob der Erwerber die Anteile für seinen „unternehmerischen Bereich“ bezieht. Hier kann gem. Abschnitt 15.2. Abs. 17 S. 4 UStAE die im Zeitpunkt des Er-

Erwerbers; eine an sich vorrangige Betriebsstättenzuordnung nach § 3a Abs. 2 S. 2 UStG spielt bei der Veräußerung von wesentlichen Beteiligungen faktisch keine Rolle¹⁵¹. Nach dem Wortlaut des § 3a Abs. 2 S. 1 UStG ist diese Ortsbestimmungsregel allerdings nur anwendbar, wenn der unternehmerisch tätige Erwerber die Beteiligung auch „für sein Unternehmen“ verwendet¹⁵². Danach käme es bei vordergründiger Betrachtung entsprechend der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 UStG darauf an, ob die Beteiligung beim Erwerber nachweislich die Erbringung steuerbarer Umsätze fördern bzw. ermöglichen soll¹⁵³. Die Finanzverwaltung versteht die Bestimmung des § 3a Abs. 2 S. 1 UStG aber abweichend von der wortlautgleichen Formulierung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG¹⁵⁴ offenbar so, dass darunter auch der Leistungsbezug für „die Erbringung von der Art nach nicht steuerbaren Umsätzen“ fällt¹⁵⁵. Ob diese extensive Auslegung auch den nichtunternehmerischen Dividendenbezug erfasst mit der Konsequenz, dass für zwischenunternehmerische Beteiligungsveräußerun-

werbs beabsichtigte Verwendung maßgeblich sein, vgl. *K. Feil / C. Roscher*, BB 2007, 1079 (1083).

¹⁵¹ Wesentliche Beteiligungen sind in der Regel nicht ausschließlich oder überwiegend für die Betriebsstätte bestimmt (siehe zu diesem Erfordernis zutreffend BMF v. 4.9.2009, IV B 9-S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 10; sowie seit 1.7.2011 auch Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 MwSt-DVO 282/2011/EU), weil sie normalerweise dem Stammhaus bzw. Unternehmenssitz zuzuordnen sind, vgl. dazu auch aus dem Ertragssteuerrecht BMF-Schreiben v. 24.12.1999, IV B 4-S 1300-111/99, BStBl. I 1999, 1076, Tz. 2.4 Abs. 5; *E. Wied*, in Blümich, EStG/KStG, § 49 (Mai 2009) Rz. 80.

¹⁵² Vgl. dazu auch *K. Feil / C. Roscher*, BB 2007, 1079 (1083); BMF-Schreiben v. 4.9.2009, IV B 9 – S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 19. Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 3a Abs. 2 UStG n.F. sind auch Leistungen, die im Zusammenhang mit nicht steuerbaren Ausgangsumsätzen (z.B. Geschäftsveräußerung im Ganzen) anfallen, „für das Unternehmen bestimmt“, vgl. *B. Kossack*, in Offerhaus/Söhn, UStG, § 3a (April 2011) Rz. 21; *C. Wäger*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 3a (Sept. 2010) Rz. 68 ff.

¹⁵³ „Unternehmer“ i.S.d. § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG ist bei richtlinienkonformer Auslegung anerkanntermaßen nur, wer im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit i.S.d. Art. 9 MwStSyst-RL steuerbare Umsätze i.S.d. Art. 2 MwStSyst-RL realisiert, vgl. BFH v. 12.12.1996 – V R 23/93, BStBl. II 1997, 368 (370); BFH v. 11.4.2008 – V R 10/07, BStBl. II 2009, 741 (743); *R. Korf*, DB 2009, 758 (762); *W. Reiß*, UR 2010, 797 (805). Dementsprechend ist die Legaldefinition des „Unternehmens“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 UStG zu interpretieren.

¹⁵⁴ Siehe dazu Abschnitt 15.12. Abs. 1 S. 1 UStAE.

¹⁵⁵ Vgl. BMF-Schreiben v. 4.9.2009, IV B 9-S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 14.

gen stets die Ortsbestimmungsregel des § 3 Abs. 2 UStG einschlägig ist, wird jedoch nicht deutlich¹⁵⁶.

Richtigerweise ist dies bei Erwerbern, die keine natürlichen Personen sind, bei primärrechts- und richtlinienkonformer Auslegung¹⁵⁷ des § 3a Abs. 2 S. 1 UStG stets zu bejahen. Zunächst ist festzustellen, dass nach Art. 43 Nr. 1 MwStSystRL für die Zwecke der Ortsbestimmungsregeln diejenigen steuerpflichtigen Unternehmer, die auch nicht steuerbaren Tätigkeiten nachgehen bzw. nicht steuerbare Umsätze bewirken, in Bezug auf alle an sie erbrachten sonstigen Leistungen als Steuerpflichtige anzusehen sind. Diese Regelung dient der Verwaltungsvereinfachung und der Rechtssicherheit¹⁵⁸ und soll darum zur Anwendung der Besteuerung am Ansässigkeitsort des unternehmerisch tätigen Leistungsempfängers auch dann führen, wenn er die betreffende sonstige Leistung für andere Zwecke als die Erbringung steuerbarer Umsätze empfängt¹⁵⁹. Es wird also für die Anwendung des Art. 44 MwStSystRL fingiert, dass der Unternehmer beim Leistungsbezug „als solcher handelt“. Etwas anderes gilt ausweislich der Präambel zur einschlägigen Änderungsrichtlinie¹⁶⁰ nur bei der Verwendung der Eingangsleistung für „persönliche

¹⁵⁶ In der Praxis mag sich die Frage vielfach in geringerer Schärfe stellen, denn nach Ansicht der Finanzverwaltung soll der Veräußerer bei Verwendung einer USt-IDNr. durch den Erwerber auf die Verwendung für unternehmerische Zwecke vertrauen dürfen, vgl. dazu allgemein BMF-Schreiben v. 4.9.2009, IV B 9 – S 7117/08/10001, BStBl. I 2009, 1005, Tz. 13; siehe auch *F. Becker / J. Müller-Lee*, UStB 2009, 320 (324).

¹⁵⁷ Zum Zusammenspiel von primärrechts- und richtlinienkonformer Auslegung vgl. *J. Englisch*, in *Schön / Beck*, Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts, 2009, S. 45 m.w.N.

¹⁵⁸ So die Begründung des zugrunde liegenden Richtlinienvorschlag v. 23.12.2003, KOM(2003) 822 endg., S. 12; siehe auch EuGH v. 6.11.2008, Rs. C-291/07 (TRR), Slg. 2008, I-8255, Rz. 31, zur Auslegung der weniger deutlich formulierten Vorläuferfassung in der 6. EG-Richtlinie.

¹⁵⁹ Vgl. Richtlinienvorschlag v. 23.12.2003, KOM(2003) 822 endg., S. 12.

¹⁶⁰ Vgl. den vierten Erwägungsgrund zur Präambel der Änderungs-RL 2008/8/EG des Rates v. 12.2.2008, ABl. EG Nr. L 44, 11; die darin zum Ausdruck kommende eingeschränkte Zielsetzung des Art. 43 Nr. 1 MwStSystRL ist bei dessen Auslegung zu berücksichtigen, zumal sie im Richtlinienvorschlag in die Norm selbst mit aufgenommen war, vgl. den Entwurf des Art. 9 Abs. 3 im Richtlinienvorschlag v. 23.12.2003, KOM(2003) 822 endg.

Zwecke“ des Unternehmers¹⁶¹, was bei juristischen Personen jedoch nicht in Betracht kommt.

Im Lichte des Unionsrechts hindert eine Verwendung der erworbenen Beteiligung für andere Geschäftszwecke als die Erbringung steuerbarer Umsätze die Anwendung der Ortsbestimmungsregel des § 3a Abs. 2 UStG für den zwischenunternehmerischen Handel somit jedenfalls dann nicht, wenn der Erwerber eine juristische Person ist. Anderenfalls bestünde auch ein gleichheitssatzwidriger Wertungswiderspruch zur generellen Anwendbarkeit des § 3a Abs. 2 UStG auf nichtunternehmerisch tätige juristische Personen, denen eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer erteilt wurde. Der Wortlaut des § 3a Abs. 2 S. 1 UStG ist für eine solche Auslegung auch weit genug, wenn auch ersichtlich missglückt. Bei einer unternehmerisch tätigen natürlichen Person als Erwerberin wird hingegen im Falle einer beabsichtigten Verwendung (nur) für nicht steuerbare Zwecke darauf abzustellen sein, ob der Beteiligungserwerb im Zusammenhang mit dem Geschäftsgegenstand des von ihr betriebenen Unternehmens steht. Nur falls dies zu verneinen ist, erfolgt der Erwerb zu „privaten“ Zwecken ähnlich denen eines privaten Anlegers, so dass § 3a Abs. 1 UStG statt § 3a Abs. 2 S. 1 UStG einschlägig ist.¹⁶²

III. Steuerfreiheit der steuerbaren Anteilsveräußerung

1. Reichweite der Befreiungsvorschriften des § 4 Nr. 8 Buchst. e und f UStG

Das EuGH-Urteil AB SKF bestätigt die Auffassung der deutschen Finanzverwaltung, wonach die steuerbare Veräußerung von unternehmerisch gehaltenen Anteilen als steuerfreier Vorgang zu werten ist. Der auf Gemeinschaftsrechtsebene einschlägige Befreiungstatbestand des Art. 135 Abs. 1 Buchst. f MwStSystRL betreffend Umsätze mit Aktien und sonstigen Gesellschafts-

¹⁶¹ Siehe nunmehr auch Art. 19 MwSt-DVO 282/2011/EU: bei Verwendung „ausschließlich zum privaten Gebrauch“.

¹⁶² Nach klarstellendem BMF-Schreiben v. 18.3.2010, IV D 3 – S 7117/08/10001-03, UR 2010, 318 ist v.a. – im Gegensatz zu gemischten Holdings – bei ausschließlich nichtunternehmerisch tätigen juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts als Erwerber (z.B. reine Finanzholding) deren Ansässigkeit entscheidend, sofern sie eine ihnen erteilte USt-IDNr. verwenden; vgl. BR-Drucksache 318/1/10 v. 28.6.2010, Tz. 43 zum Entwurf des JStG 2010, worin eine gesetzliche Grundlage der von der Finanzverwaltung angenommenen Fiktion des Leistungsbezugs für das Unternehmen bei Verwendung einer USt-IDNr. gefordert wird.

anteilen ist nach überzeugender Darlegung des EuGH in seiner Anwendung nicht auf den gewerblichen Wertpapierhandel beschränkt¹⁶³. Entsprechend richtlinienkonform auszulegen sind § 4 Nr. 8 Buchst. e und f UStG¹⁶⁴; dem folgt jetzt auch der BFH¹⁶⁵. Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Befreiung: Entsprechende Umsätze sollen steuerfrei sein, weil der An- und Verkauf von Wertpapieren und Gesellschaftsanteilen im Ergebnis nichts anderes darstellt als den bloßen Austausch finanzieller Mittel gegen andere, „verbriefte“ finanzielle Mittel und damit einen (besteuerungswürdigen) Konsum allenfalls vorbereitet¹⁶⁶.

2. Verzicht auf die Befreiung

Der Veräußerer kann gemäß § 9 Abs. 1 UStG auf die Steuerbefreiung verzichten und zur Steuerpflicht optieren, wenn die Anteilsveräußerung im Inland steuerbar ist und der Erwerber die Beteiligung für sein Unternehmen erwirbt bzw. diese im oben unter II. 2. dargelegten Sinne in seinen unternehmerischen Bereich integriert. Von Interesse kann dies sein, soweit ihm infolgedessen die in direktem Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung stehenden Vorsteuerbeträge aus Eingangsleistungen wie z.B. anwaltlichen Beratungsleistungen zu vergüten sind. Will der Veräußerer die Option in Anspruch nehmen, muss er prüfen, ob der Erwerber die Beteiligung seinem unternehmerischen Bereich zuordnet. Da eine diesbezügliche Beurteilung in der Praxis für den Veräußerer häufig nur schwer durchführbar sein dürfte, sollte eine entsprechende Bestätigung vom Erwerber eingeholt werden. Ergänzend oder alternativ wären im

¹⁶³ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 48 ff.

¹⁶⁴ Die steuerbare Beteiligungsveräußerung ist von beiden Befreiungsvorschriften erfasst, vgl. *W. Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuer-Handbuch, § 93, Rz. 441; *C. Wäger*, DStR 2011, 433 (435); insoweit zutreffend auch *P. Handzik*, in *Offenhaus/Söhn/Lange*, Umsatzsteuer, § 4 Nr. 8 Rz. 125c und 126; *F. Huschens*, in *Vogel/Schwarz*, UStG, § 4 Nr. 8f Rn. 5, wonach Buchst. f) im Gegensatz zu Buchst. e) im Wesentlichen auf Anteile abstellt, die nicht in Wertpapieren verbrieft sind, z.B. GmbH-Anteile, Anteile an einer Personengesellschaft, an einer Genossenschaft und Beteiligungen als stiller Gesellschafter. Eine Differenzierung zwischen Wertpapieren und Anteilen an Gesellschaften ist nach zutreffender Ansicht von *Wäger* nicht erforderlich, vgl. *C. Wäger*, in *Sölch/Ringleb*, UStG, § 4 Nr. 8 Rn. 174.

¹⁶⁵ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (729). Der BFH verweist insoweit allerdings nur auf § 4 Nr. 8 Buchst. e UStG.

¹⁶⁶ Vgl. *H. Friedrich-Vache*, UR 2006, 207 (211) sowie die Nachweise aus Fußnote 9.

Kaufvertrag Klauseln aufzunehmen, die für den Fall einer von der Finanzverwaltung nachträglich nicht anerkannten Option eine Änderung des Kaufpreises regeln sowie ggf. etwaige Zinsrisiken für beide Parteien abfangen¹⁶⁷.

Schwierigkeiten bereitet die Abwendung etwaiger nachteiliger Konsequenzen der Steuerbefreiung für den Vorsteuerabzug beim Veräußerer durch Option nach § 9 Abs. 1 UStG, wenn der Leistungsort im Ausland liegt¹⁶⁸. Nicht relevant wird dies allerdings bei einem Leistungsort im Drittstaatsgebiet. Der Verzicht auf die Steuerbefreiung bringt hier dem Veräußerer hinsichtlich des Vorsteuerabzugs keine Vorteile, weil auch eine steuerfreie Beteiligungsveräußerung hier den Vorsteuerabzug aus Transaktionskosten gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2b UStG nicht ausschließt¹⁶⁹. Anders verhält es sich jedoch bei der grenzüberschreitenden Veräußerung an einen unternehmerischen Erwerber mit Sitz in der EU. Hier hat der Veräußerer vorbehaltlich der durch das EuGH-Urteil AB SKF angestoßenen Entwicklungen¹⁷⁰ gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 2 UStG kein Vorsteuerabzugsrecht für Eingangsleistungen im Zusammenhang mit dem Share Deal, soweit und weil der Umsatz steuerbefreit wäre, wenn er im Inland ausgeführt würde. Eine Optionsmöglichkeit des § 9 UStG besteht hier an sich nicht, weil sie ihrem Wortlaut nach auf in Deutschland steuerbare und steuerfreie Umsätze begrenzt ist¹⁷¹.

Allerdings wird im EU-Ausland teilweise eine fiktive Option zwecks Erlangung des Vorsteuerabzugs aus Transaktionskosten für den Veräußerer zugelassen, zumindest in den Ländern, in denen nach Art. 137 Abs. 1a MwStSystRL eine Option für Finanzdienstleistungen vorgesehen ist. Eine Option kommt dann gemäß Abschnitt 15.13. Abs. 1 UStAE auch seitens der deutschen Finanzverwaltung in Betracht, wenn der im EU-Ausland steuerbare Umsatz auch dort infolge der Option als steuerpflichtig behandelt wird und die Voraussetzungen des deutschen § 9 UStG vorliegen. Im Mitgliedstaat des Leistungsempfängers liegt dann ein steuerbarer und steuerpflichtiger Umsatz vor, auf den grundsätzlich die nationalen Regelungen des Reverse-Charge-Verfah-

¹⁶⁷ Zu weiteren Praxisfragen und Problemen siehe *S. Behrens*, UVR 2010, 174 (178 f.); *O. Zugmaier*, DStR 2009, 882 (885).

¹⁶⁸ Vgl. auch *J. Eggers*, Wpg 2007, 616 (619 f.); *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (637).

¹⁶⁹ Vgl. *O. Zugmaier*, DStR 2009, 882 (886).

¹⁷⁰ Siehe dazu eingehend unten bei IV. 5.

¹⁷¹ Vgl. *F. Klenk*, in *Sölch/Ringleb*, UStG, § 9 (Sept. 2010) Rz. 21; *W. Wenzel*, in *Rau/Dürrwächter* UStG, § 9 (Juni 2003) Rz. 65.

rens Anwendung finden; der Erwerber entrichtet damit – wie im Fall der Steuerbefreiung – einen Nettobetrag¹⁷².

IV. Vorsteuerabzug beim Veräußerer

Die bislang erörterte Qualifizierung einer Beteiligungsveräußerung als nicht steuerbar, als steuerbar aber steuerfrei, oder als ausnahmsweise steuerpflichtig hat nach herkömmlichem Verständnis unterschiedliche Implikationen für den Vorsteuerabzug beim Veräußerer.

1. Vorüberlegungen de lege ferenda

Dazu ist allerdings vorab kritisch anzumerken, dass nach den Fundamentalprinzipien des harmonisierten Mehrwertsteuerrechts an sich stets eine Vergütung für Vorsteuern aus Eingangsleistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Veräußerung von Beteiligungen zu gewähren wäre:

Die Beteiligung an einer Erwerbsgesellschaft stellt unabhängig von ihrer etwaigen unternehmerischen Verwendung eine Finanzanlage dar, die nicht dem Konsum dient. Denn sie verschafft dem Beteiligungsinhaber keinen konsumierbaren Nutzen, und die damit verbundenen Akquisitionskosten mindern nicht das verfügbare Einkommen bzw. Vermögen, sondern konvertieren bzw. speichern es lediglich in Gestalt eines andersartigen Vermögensgegenstandes. Damit zusammenhängende Aufwendungen sind somit im Kontext der Umsatzsteuer als einer allgemeinen Verbrauchsteuer¹⁷³ bzw. einer allgemeinen Steuer auf Verbrauchsaufwendungen und die darin aufscheinende Leistungs-

¹⁷² Vgl. Art. 196 MwStSystRL; vgl. auch BFH, Urt. v. 6.5.2004 – V R 73/03, BStBl. II 2004, 856. Für Grundstücksvermietungen bereits Abschnitt 15.14. Abs. 1 UStAE; so auch im Bereich der Finanzumsätze *O. Zugmaier*, DStR 2009, 882 (885). Siehe dazu im Einzelnen IBFD, EU VAT Compass, 2010/2011, S. 529 ff.

¹⁷³ Siehe dazu Art. 1 Abs. 2 MwStSystRL sowie im Schrifttum statt aller *K. Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Band II, 2. Aufl. 2003, S. 975 ff.

fähigkeit¹⁷⁴ nicht belastungswürdig¹⁷⁵. Sie sind darum auch von jeglichen Vorsteuern zu entlasten, jedenfalls soweit dies praktikabel ist¹⁷⁶.

Die vorstehenden Erwägungen gelten unabhängig davon, ob dem Veräußerer anderenfalls eine implizite Überwälzung von bei ihm anlässlich der Anteilsübertragung anfallenden Vorsteuern im Kaufpreis der Anteile gelänge oder nicht, so dass er die entsprechende Belastung selbst zu tragen hätte: Ersterenfalls würde der Erwerber der Anteile mit – mangels offenen Rechnungsausweises nicht abziehbarer – Umsatzsteuer belastet, obwohl die Transaktion bei ihm, wie oben dargelegt, eine investive und keine konsumtive Einkommensverwendung darstellt. Müsste hingegen der Veräußerer die ihm entstandenen Vorsteuern tragen, so würde bei ihm ebenfalls eine Aktivität umsatzsteuerlich belastet, die – hier sogar unmittelbar – der Einkommenserzielung dient. Die Vorsteuer würde also auf Erwerbssaufwendungen statt auf Konsumaufwendungen lasten. Dies wäre wertungswidersprüchlich, wenn man berücksichtigt, dass die Mehrwertsteuer letztlich ihren Belastungswirkungen nach nicht anders als eine konsumorientierte Einkommensteuer (bzw. persönliche Ausgabensteuer) wirken sollte¹⁷⁷; einkommensteuerlich aber mindern Erwerbssaufwendungen in allen Mitgliedstaaten der EU zumindest grundsätzlich die Steuerlast. Jedenfalls steht ein solcher Belastungseffekt nicht im Einklang mit dem gesetzlichen und in Art. 1 Abs. 2 MwStSystRL ausdrücklich niedergelegten Verbrauchsteuerkonzept der harmonisierten Mehrwertsteuer.

¹⁷⁴ Siehe dazu eingehend *J. Englisch*, in Lang/Melz/Kristoffersson, Value Added Tax and Direct Taxation, 2009, S. 1 (22 ff.) m.w.N.

¹⁷⁵ Wie hier *H. Grubert / R. Krever*, VAT and Financial Supplies: What should be taxed? (Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper 10/18, Oxford 2010, S. 9 m.w.N., einsehbar unter http://www.sbs.ox.ac.uk/centres/tax/Documents/working_papers/WP1018.pdf); *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 986 u. 1002; tendenziell auch *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (65).

¹⁷⁶ Vgl. *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (65); *H. Friedrich-Vache*, UR 2006, 207 (217); siehe ferner *W. Reiß*, in FS Schaumburg, 2009, S. 1165 (1168 f.) betreffend die grds. gebotene Vermeidung einer definitiven USt-Belastung anlässlich einer Unternehmensumstrukturierung.

¹⁷⁷ Vgl. *S. Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, S. 126 ff.; *J. Stiglitz*, Economics of the Public Sector, 3. Aufl. 2000, S. 503; vgl. auch *R. van Brederode*, Systems of General Sales Taxation, 2009, S. 26.

Im Mehrwertsteuersystem der EU ist dies ebenso wie im deutschen UStG de lege lata nur unzureichend berücksichtigt¹⁷⁸. Zunächst wird ein Vorsteuerabzug überhaupt nur denjenigen Vorsteuerbelasteten zugestanden, die im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG unternehmerisch bzw. im Sinne des Art. 9 MwStSystRL wirtschaftlich tätig sind. Private Investoren, reine Holdinggesellschaften ohne operatives – umsatzsteuerbares – Geschäft, vermögensverwaltende Stiftungen etc. erfahren daher von vornherein keine Vorsteuerentlastung. Sodann gestattet Art. 168 MwStSystRL einen Vorsteuerabzug auch Unternehmern nur, wenn Eingangsleistungen für Zwecke besteuert Umsätze verwendet werden; § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG spricht etwas weniger präzise von einer Verwendung „für das Unternehmen“. Der EuGH hat darum angenommen, dass ein steuerfreie Umsätze bewirkender Unternehmer insoweit wie ein Endverbraucher behandelt würde¹⁷⁹. Mit Blick auf nicht steuerbare Umsätze wiederum hat der Gerichtshof den auf dasselbe Ergebnis hinauslaufenden Grundsatz postuliert, dass unmittelbar mit nicht dem Anwendungsbereich des Mehrwertsteuersystems unterfallenden Vorgängen zusammenhängende Vorsteuern nicht abziehbar seien¹⁸⁰. Das stimmt ausweislich der Begründung des ersten Kommissionsvorschlages der 6. EG-Richtlinie mit den ursprünglichen Vorstellungen der EG-Kommission überein¹⁸¹.

Zumindest bei vordergründiger Betrachtung dürfte damit weder die nicht steuerbare noch die steuerfreie Anteilsveräußerung ein Recht auf Abzug der damit zusammenhängenden Vorsteuern begründen. Abgesehen davon, dass dies Fragen zur Primärrechtskonformität des geltenden Rechts aufwirft¹⁸², muss es

¹⁷⁸ Zu Recht sehr kritisch *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 896.

¹⁷⁹ Vgl. dazu – jeweils ohne nähere oder gar überzeugende Rechtfertigung – EuGH v. 23.4.2009, Rs. C-460/07 (Puffer), Slg. 2009, I-3251, Rn. 59 m.w.N.; vgl. auch EuGH v. 19.1.1982, Rs. C-8/81 (Becker), Slg. 1982, 53, Rn. 44; siehe auch GA *Saggio* v. 30.9.1999, Rs. C-98/98 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4179, Rz. 18.

¹⁸⁰ Vgl. EuGH v. 30.3.2006, Rs. C-184/04 (Udenkaupungin Kaupunki), Slg. 2006, I-3039, Rz. 24; EuGH v. 14.9.2006, Rs. C-72/05 (Wollny), Slg. 2006, I-8297, Rz. 20; EuGH v. 12.2.2009, Rs. C-515/07 (VNLTO), Slg. 2009, I-839, Rz. 28. Siehe dazu auch BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727, Rz. 31.

¹⁸¹ Vgl. Explanatory memorandum to the Proposal for a Sixth Council Directive on the harmonization of Member States concerning turnover taxes, KOM(1973) 950, S. 18.

¹⁸² Siehe dazu eingehend *J. Englisch*, The Share Deal as a Non-Taxable Transaction, in Ecker/Lang/Lejeune (Hrsg.), The Future of Indirect Taxation: Recent Trends in VAT and GST Systems Around the World, im Erscheinen, unter IV. 1. 1.

bei dessen Anwendung im Lichte der vorstehenden Erwägungen aber zumindest darum gehen, durch extensive Auslegung der bestehenden Regeln zum Vorsteuerabzug diesen möglichst weitgehend sicherzustellen. Auf dieser Linie bewegt sich auch das EuGH-Urteil AB SKF¹⁸³, jedoch nicht das jüngste Urteil des BFH vom 27.1.2011¹⁸⁴; es zeigt sich damit, dass eine eingehende Analyse der spezifisch beteiligungsbezogenen Rechtsprechung des EuGH geboten ist.

2. Der Rechtsprechungsansatz des EuGH

Vor einer Einzelanalyse der Vorsteuerabzugsmöglichkeiten in den verschiedenen umsatzsteuerrechtlichen Kategorien einer Beteiligungsveräußerung und den insoweit durch die neue höchstrichterliche Rechtsprechung angestoßenen Entwicklungen ist es angezeigt, sich kurz die allgemeinen Grundsätze des Vorsteuerabzugs zu vergegenwärtigen. Ausgangspunkt ist Art. 168 MwStSystRL, wonach ein Vorsteuerabzug nur in Betracht kommt, wenn Eingangsleistungen für Zwecke besteuerten Umsätze verwendet werden; § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG spricht etwas weniger präzise von einer Verwendung „für das Unternehmen“.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH erfordert dies einen „direkten und unmittelbaren Zusammenhang“ zwischen einem bestimmten Eingangsumsatz und einem oder mehreren besteuerten Ausgangsumsätzen¹⁸⁵. Dieser Zusammenhang wiederum soll nach Ansicht des Gerichtshofs nur anzunehmen sein, wenn die Aufwendungen für die Eingangsleistungen zu Kostenelementen der zu versteuernden Ausgangsumsätze werden¹⁸⁶. Der EuGH lehnt sich dabei erkennbar an die ursprünglich in Art. 2 der 1. MwSt-Richtlinie niedergelegte und

¹⁸³ EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228.

¹⁸⁴ BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727. Kritisch hierzu *M. Eldagsen / J. Röhrbein*, BB 2011, 1696 (1698 f.).

¹⁸⁵ Vgl. z.B. EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 24; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (Abbey National), Slg. 2001, I-1361; Rz. 26; EuGH v. 3.3.2005, Rs. C-32/03 (Fini H), Slg. 2005, I-1599, Rz. 26; EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (Investrand), Slg. 2007, I-1315, Rz. 23.

¹⁸⁶ Allgemein dargestellt durch EuGH v. 6.4.1995, Rs. C-4/94 (BLP Group), Slg. 1995, I-983, Rz. 19; EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 30; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (Abbey National), Slg. 2001, I-1361, Rz. 28; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 31; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, I-4357, Rz. 35; EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (Investrand), Slg. 2007, I-1315, Rz. 23. Zu Recht kritisch *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to Euro-

nunmehr in Art. 1 Abs. 2 MwStSystRL enthaltene Formulierung an. Dabei hat der EuGH ein Recht auf Vorsteuerabzug zugunsten des Steuerpflichtigen auch bei Fehlen einer direkten und unmittelbaren Zurechenbarkeit von Eingangsleistungen zu bestimmten Ausgangsumsätzen angenommen, wenn die Kosten für die fraglichen Eingangsleistungen zu den allgemeinen Aufwendungen des steuerpflichtigen Unternehmers gehören und – als Gemeinkosten – Bestandteile des Preises von steuerpflichtigen Ausgangsumsätzen sind.¹⁸⁷

Von entscheidender Bedeutung für das Recht auf Vorsteuerabzug sind in der Praxis die Kriterien, anhand derer die vom EuGH geforderte Kostenträgereigenschaft der besteuerten Ausgangsumsätze eines Unternehmers festzustellen sind. Traditionell lässt sich der Gerichtshof dabei von der Vorstellung leiten, dass sich die Zuordnung als Kostenelement nach dem Kausalzusammenhang zwischen Ausgangsumsätzen einerseits und den zu ihrer Ausführung verwendeten Eingangsumsätzen andererseits richtet¹⁸⁸. Eine ebenso tradierte Ausnahme hat der EuGH jedenfalls bis vor kurzem mit Blick auf nicht steuerbare Tätigkeiten und Umsätze gemacht, die nicht der Privatsphäre des Unternehmers zuzuordnen sind: Der Kausalzusammenhang von Eingangsleistungen mit solchen, für sich genommen nicht zum Vorsteuerabzug berechtigenden Aktivitäten wurde ausgeblendet¹⁸⁹; stattdessen wurden sie routinemäßig als allge-

pean VAT 2010, S. 435, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des heutigen Art. 1 Abs. 2 MwStSystRL.

¹⁸⁷ Vgl. u.a., EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-98/98 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 23 and 31; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, I-4357, Rz. 36; EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (Investrand), Slg. 2007, I-1315, Rz. 24.

¹⁸⁸ Vgl. etwa EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (Investrand), Slg. 2007, I-1315, Rz. 33: „(...) Daher kann nicht angenommen werden, dass die Kosten dieser Beratungsdienste (...) für die Zwecke ihrer steuerpflichtigen Tätigkeiten aufgewendet wurden. Da sie ihren ausschließlichen Entstehungsgrund nicht in diesen Tätigkeiten haben, stehen diese Kosten demnach auch in keinem direkten und unmittelbaren Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten; EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (Securenta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 29: „(...) Im Ausgangsverfahren waren, worauf das vorlegende Gericht hingewiesen hat, die Aufwendungen für Leistungen im Rahmen der Ausgabe von Aktien und Kapitalbeteiligungen nicht ausschließlich wirtschaftlichen Ausgangstätigkeiten von *Securenta* zuzurechnen, so dass sie nicht allein zu den Kostenelementen der auf diese Tätigkeiten entfallenden Umsätze gehörten.“ Siehe dazu auch GA *Saggio*, Schlussanträge v. 30.9.1999, Rs. C-98/98 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 29.

¹⁸⁹ Siehe dazu auch GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 13.4.2000, Rs. C-408/98 (Abbey National), Slg. 2000, I-1361, Rz. 35; G. *Kofler*, in Achatz/Tumpel, Vorsteuerabzug, 2005, S. 105 (109 f.).

meine Aufwendungen bzw. Gemeinkosten des Unternehmens klassifiziert¹⁹⁰. Den Anwendungsbereich dieses sog. „look through-approach“¹⁹¹ hat der Gerichtshof dann allerdings in der kürzlich ergangenen *Securenta*-Entscheidung begrenzt¹⁹², wobei die Auffassungen über die genauen Implikationen dieser *Securenta*-Doktrin auseinandergehen. Seit jeher keine Anwendung gefunden hat der „look-through approach“ zudem im Kontext steuerfreier Ausgangsumsätze¹⁹³; hier blieb es bislang bei einer Kostenzuordnung nach Kausalzusammenhang¹⁹⁴. Wie im Folgenden darzulegen sein wird, hat das Urteil *AB SKF* aber erneut Bewegung in diese dogmatischen Strukturen gebracht.

3. Nach allgemeinen Grundsätzen nicht steuerbare Anteilsveräußerung

a. Vorsteuerabzug nach den Grundsätzen der Zuordnung zu Gemeinkosten

Vor dem Hintergrund des vom EuGH herkömmlich praktizierten Ansatzes, für die Zwecke des Vorsteuerabzugs den Kausalzusammenhang zwischen vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen einerseits und nicht steuerbaren Umsätzen oder Vorgängen andererseits auszublenden, konnte seit jeher davon ausgegangen werden, dass bei nicht steuerbarer Veräußerung einer Beteiligung durch einen Unternehmer die damit zusammenhängenden Kosten umsatzsteu-

¹⁹⁰ Vgl. EuGH v. 6.4.1995, Rs. 4/94 (*BLP Group*), Slg. 1995, I-983, Rz. 25; EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (*Midland Bank*), Slg. 2000, I-4177, Rz. 31; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35 f.; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 33; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (*Kretztechnik*), Slg. 2005, S. I-4357, Rz. 36; siehe dazu auch BFH v. 1.7.2004 – V R 32/00, BStBl. II 2004, 1022 (1024).

¹⁹¹ Vgl. *C. Bates / J. Lloyd*, *British Tax Review* 2010, 31 (34); *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, *EC Tax Review* 2010, 62 (73).

¹⁹² Vgl. EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (*Securenta*), Slg. 2008, I-1597, Rz. 26 ff.; bestätigt durch EuGH v. 12.2. 2009, Rs. C-515/07 (*VNLTO*), Slg. 2009, I-865, Rz. 35 ff.; siehe dazu eingehend nachfolgend unter IV. 3. b.

¹⁹³ Siehe auch hierzu GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 13.4.2000, Rs. C-408/98 (*Abbey National*), Slg. 2000, I-1361, Rz. 35: “(...) the chain-breaking effect which is an inherent feature of an exempt transaction will always prevent VAT incurred on supplies used for such a transaction from being deductible from VAT to be paid on a subsequent output supply (...)” (Hervorhebung nur hier).

¹⁹⁴ Besonders deutlich EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (*Midland Bank*), Slg. 2000, I-4177, Rz. 20.

errechtlich als Gemeinkosten zu behandeln sind¹⁹⁵. Diese Sichtweise ist indirekt durch das EuGH-Urteil *Investrand* bestätigt worden¹⁹⁶; und auch die jüngste Entscheidung *AB SKF* hat sie zum Ausgangspunkt genommen¹⁹⁷. Das FG Düsseldorf hat sie sich unlängst ebenfalls zu Eigen gemacht¹⁹⁸. Nach der tradierten Formel des EuGH¹⁹⁹ sind dann an sich die vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen der gesamten wirtschaftlichen Betätigung bzw. sämtlichen Umsätzen des Steuerpflichtigen im Veranlagungszeitraum der Veräußerung zuzuordnen²⁰⁰.

Dieser Ansatz führt zu eindeutigen Ergebnissen, sofern sich die Geschäftstätigkeit des veräußernden Unternehmers auf die Erbringung steuerbarer Umsätze beschränkt. Sind diese zur Gänze steuerpflichtig, ist hinsichtlich der für die nicht steuerbare Beteiligungsveräußerung verwendeten Eingangsleistungen ein voller Vorsteuerabzug zu gewähren. Tätigt der Veräußerer ausschließlich steuerfreie Umsätze, ist ein Vorsteuerabzug in der Regel ausgeschlossen.

¹⁹⁵ Vgl. insbes. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 34 f. zur Geschäftsveräußerung im *Asset Deal*; so auch schon BFH, Urt. v. 1.7.2004 – V R 32/00, BStBl. II 2004, 1022.

¹⁹⁶ Vgl. EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (*Investrand*), Slg. 2007, I-1315, Rz. 36, wo der EuGH die Abziehbarkeit der mit einer nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung zusammenhängenden Vorsteuern nur deshalb ablehnt, weil der Veräußerer im Zeitpunkt des *closing* noch überhaupt keiner unternehmerischen Tätigkeit nachgegangen war.

¹⁹⁷ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (*AB SKF*), Slg. 2009, I-228, Rz. 66 u. 68, wo der EuGH zu erkennen gibt, dass nach seiner Auffassung die bisherige Rechtsprechung zum Vorsteuerabzug bei Eingangsleistungen im Zusammenhang mit nicht steuerbaren Vorgängen auch auf die – im Anlassfall nicht einschlägige – nicht steuerbare Beteiligungsveräußerung Anwendung findet.

¹⁹⁸ Vgl. FG Düsseldorf v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072); ebenso *M. Feldt*, UR 2007, 161 (167 f.).

¹⁹⁹ Vgl. EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (*Midland Bank*), Slg. 2000, I-4177, Rz. 31; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35f.; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 33 und 35; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (*Kretztechnik*), Slg. 2005, I-4357, Rz. 36; EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (*Securita*), Slg. 2008, I-1597, Rz. 29 und 31.

²⁰⁰ So auch *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (453), der in diesem Zusammenhang allerdings den vom EuGH konstruierten „unmittelbaren“ Zusammenhang mit sämtlichen wirtschaftlichen Aktivitäten als „verwirrende Diktion“ kritisiert; tendenziell gl.A. auch *J. Eggers*, Wpg 2007, 616, 619; *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (637).

Bei teils steuerpflichtiger, teils steuerfreier unternehmerischer Betätigung ist eine Aufteilung nach den allgemeinen Grundsätzen des § 15 Abs. 4 UStG vorzunehmen.

Umstritten war aber seit längerem, wie zu verfahren sei, wenn die bisherige Geschäftstätigkeit des Unternehmers auch Umsätze und Tätigkeiten beinhaltet, die außerhalb des Anwendungsbereichs der harmonisierten Mehrwertsteuer angesiedelt sind. Diese Streitfrage wird insbesondere bei der nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung relevant, da ihr regelmäßig eine nicht steuerbare Beteiligungsverwaltung nebst Dividendenbezug vorangegangen ist. Überwiegend wurde auch hinsichtlich der insoweit in Rede stehenden Gemeinkostenzuordnung für einen „look through-approach“ plädiert, so dass entsprechende Aktivitäten auszublenden und nicht vorsteuerabzugsschädlich sein sollten²⁰¹. Auch einige Passagen in Urteilen des Gerichtshofs konnten so verstanden werden²⁰². Es gab allerdings auch gewichtige Gegenstimmen insbesondere unter den Generalanwälten beim EuGH, die sich für einen anteiligen Ausschluss des Vorsteuerabzugs in solchen Konstellationen aussprachen²⁰³.

²⁰¹ Vgl. GA *Jacobs*, Schlussantrag v. 24.2.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, S. I-4357, Rz. 71 f.: „Das in Artikel 17 der Sechsten Richtlinie geregelte Recht auf Vorsteuerabzug beruht auf der Zuordnung von Eingangskosten zu Ausgangsumsätzen. Jeder Zusammenhang, der zwischen diesen Kosten und anderen Vorgängen bestehen mag, etwa anderen Eingängen, rein internen Umsätzen innerhalb des Geschäftsbetriebs des Steuerpflichtigen oder anderen Vorgängen als Lieferungen, die überhaupt nicht in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer fallen, ist in dieser Hinsicht schlichtweg irrelevant.“ Ebenso *O. Henkow*, *Financial Activities in European VAT*, 2008, S. 296; *R. A. Wolf*, *IVM* 2004, 251 f.; *M. Feldt*, *UR* 2007, 161 (166); *W. Birkenfeld*, *Umsatzsteuer-Handbuch*, § 180 (März 2008) Rz. 122; *W. Reiß*, *IStR* 2004, 450 (453). So auch jetzt noch *B. Terra / J. Kajus*, *A Guide to the European VAT Directives*, 2010, S. 1008.

²⁰² Vgl. EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 33; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35; EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (*Investrand*), Slg. 2007, I-1315, Rz. 28 u. 29. Siehe dazu auch *J. Englisch*, *UR* 2007, 290 ff.; *R. Korf / D.-C. Kurtz*, *UR* 2010, 86 (91); *W. Reiß*, *IStR* 2004, 450 (453).

²⁰³ Vgl. GA *Fennelly*, Schlussanträge v. 4.4.2000, Rs. C-142/99 (*Floridienne und Berginvest*), Slg. 2000, I-9567, Rz. 4 und 37 f.; Schlussanträge GA *Léger* v. 12.9.2002, Rs. C-77/01 (*EDM*), Slg. 2004, I-4295, Rz. 35: „(...) kann der Steuerpflichtige nicht die Steuer abziehen, die er für Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen entrichtete, die nicht in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie fallende Tätigkeiten betreffen, denn in Bezug auf diese Steuer befindet er sich in der Stellung eines Endverbrauchers.“ Zustimmend *F. J. Sánchez Gallardo*, *Impuesto sobre el Valor Añadido*, 8. Aufl. 2006, S. 706 u. 709.

b. Bedeutung der sog. Securenta-Doktrin

Der EuGH hat diesbezüglich inzwischen in der Rechtssache Securenta eine Grundsatzentscheidung gefällt, die auch auf die Beteiligungsveräußerung ausstrahlt. Im Ausgangsfall beehrte eine AG als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 1 UStG den Vorsteuerabzug aus Aufwendungen im Zusammenhang mit einem für sich genommen nicht steuerbaren Vorgang der Kapitalbeschaffung²⁰⁴ (Ausgabe von Aktien und stillen Beteiligungen), wobei sich die Geschäftstätigkeit der Securenta AG sowohl auf die Erbringung steuerbarer Ausgangsumsätze als auch auf eine nicht steuerbare Vermögensverwaltung erstreckte. Nach Auffassung des Gerichtshofs können die durch nicht steuerbare Umsätze oder Tätigkeiten – hier die Kapitalbeschaffungsmaßnahmen – veranlasste, vorsteuerbelastete Eingangsleistungen nur insoweit als potenziell zum Vorsteuerabzug berechtigende „allgemeine Kosten des Unternehmens“ qualifiziert werden, als die Erlöse aus den in Rede stehenden nicht steuerbaren Vorgängen zur Förderung unternehmerischer Aktivitäten verwendet werden. Soweit sie hingegen auch nichtunternehmerischen Geschäftstätigkeiten zugute kommen, d.h. in der Diktion des harmonisierten Mehrwertsteuerrechts: soweit sie sich auf Tätigkeiten beziehen, „die aufgrund ihres nichtwirtschaftlichen Charakters nicht in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie fallen“, sei ein Vorsteuerabzug ausgeschlossen²⁰⁵.

Aus diesem Urteil ist vereinzelt und leider auch in der deutschen Finanzgerichtsbarkeit der Schluss gezogen worden, dass ein Veranlassungszusammenhang zwischen vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen und einer nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung stets eine Zurechnung dieser Aufwendungen zu unternehmerischen Aktivitäten und damit von vornherein jeglichen Vorsteuerabzug ausschließt²⁰⁶, ähnlich wie dies herkömmlich für steuerfreie Be-

²⁰⁴ Siehe dazu auch EuGH v. 26.6.2003, Rs. C-442/01 (KapHag), Slg. 2003, I-6851, Rz. 38 ff.; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, S. I-4357, Rz.18 ff.

²⁰⁵ Vgl. EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (Securenta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 28–31; bestätigt in EuGH v. 12.2.2009, Rs. C-515/07 (VNLTO), Slg. 2009, I-865, Rz. 37. Vgl. dazu auch *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 999.

²⁰⁶ Vgl. FG München, Urt. v. 28.1.2009, 3 K 3141/05, EFG 2009, 1153 (1154); ebenso *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7045, 7047). Siehe ferner – generalisierend – *C. Korn*, DStR 2009, 327 (373).

teilungsveräußerungen angenommen wurde²⁰⁷. Eine solche, allein auf die mangelnde Steuerbarkeit der unmittelbar kostenverursachenden Tätigkeit gestützte Schlussfolgerung ist offensichtlich verfehlt. Denn der EuGH selbst hat in seinem Urteil den unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Eingangskosten und nicht steuerbarer Kapitalbeschaffungsmaßnahme entsprechend seinem traditionellen Ansatz weiterhin ausgeblendet; er hat lediglich bei der sodann nach seinen Rechtsprechungsgrundsätzen gebotenen Gemeinkostenzurechnung eine Abkehr von diesem „look through-approach“ vollzogen mit der Folge einer teilweisen Versagung des Vorsteuerabzugs.

Die durch *Securenta* hervorgerufene Verwirrung ist allerdings insofern nachvollziehbar, als der EuGH keine Begründung für seine uneinheitliche Vorgehensweise hinsichtlich der Ausblendung nicht steuerbarer Tätigkeiten für die Zwecke des Vorsteuerabzugs geliefert hat. Bei isolierter Analyse nur der *Securenta*-Entscheidung könnte man erwägen, dass die Trennlinie entlang der Kategorien direkte bzw. variable Kosten einerseits und allgemeine Aufwendungen bzw. Gemeinkosten andererseits verlaufen soll. Für eine solche Differenzierung wäre indes kein sachlich legitimierender Grund ersichtlich.²⁰⁸ Stellt man die *Securenta*-Doktrin des EuGH hingegen in den Gesamtkontext seiner Rechtsprechung zu Vorsteuern im Zusammenhang mit nicht steuerbaren Geschäftstätigkeiten, liegt eine andere, in der Sache überzeugendere Unterteilung nahe:

Sämtliche Fallgestaltungen, in denen der EuGH bislang einen „look through-approach“ praktiziert hat, betrafen nicht steuerbare Umsätze oder sonstige Einnahmen generierende Vorgänge, die – nicht nur entfernt – der Vorbereitung, Förderung oder Abwicklung unternehmerischer Tätigkeiten dienen²⁰⁹.

²⁰⁷ So wird dies faktisch auch im jüngsten Urteil des BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (729), angenommen, der eine Motivinterpretation im Hinblick auf den Vorsteuerabzug gerade nicht berücksichtigt. Der BFH lässt die Frage, warum die Beteiligung veräußert wird, nicht zu und nimmt die Zuordnung der Vorsteuern kausal zur Beteiligungsveräußerung vor. Siehe dazu eingehend unten bei IV. 5.

²⁰⁸ Vgl. auch *B. Terra / J. Kajus*, A Guide to the European VAT Directives, 2010, S. 1008.

²⁰⁹ Konkret handelte es sich um Eingangsleistungen im Zusammenhang mit nicht steuerbaren Maßnahmen zur Kapitalaufbringung für die Zwecke des Unternehmens, vgl. EuGH v. Ur. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (*Kretztechnik*), Slg. 2005, I-4357, um Eingangsleistungen für die Durchführung einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen, vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, EuGH v. 29.04.2004, Rs. C-137/02 (*Faxworld*),

Die vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen standen also bei funktionaler Betrachtung in einem wenn auch nicht unmittelbaren, so doch noch hinreichend engen Veranlassungszusammenhang mit steuerbaren Ausgangsumsätzen. Demgegenüber diente der nicht steuerbare Vorgang der Kapitalbeschaffung im Fall *Securenta* u.a. zur Verfolgung ebenfalls nicht steuerbarer Aktivitäten, die einen eigenständigen Geschäftsgegenstand des Unternehmens bildeten. Ein Zusammenhang der Eingangsleistungen mit der Umsatzsteuer unterliegenden Ausgangsumsätzen bestand daher allenfalls ganz entfernt. Ebenso verhielt es sich auch in der Rechtssache *VNLTO*, wo ein Vorsteuerabzug gleichfalls unter Verweis auf *Securenta* ausgeschlossen worden war²¹⁰. In der Zusammenschau sind „look through-approach“ und *Securenta*-Doktrin somit als ein Versuch des EuGH zu verstehen, dem Neutralitätsprinzip im Rahmen des – unzulänglichen – Systems des geltenden Mehrwertsteuerrechts einen möglichst weitgehenden Anwendungsbereich zu verschaffen, ohne die mangelnde Vorsteuerentlastung von „als oder wie ein Privatanleger“ getätigten Finanzinvestitionen und damit das Konzept der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie selbst grundsätzlich in Frage zu stellen.

Eine Brücke zwischen einer so verstandenen *Securenta*-Doktrin und der Behandlung von Vorsteuern aus Aufwendungen im Zusammenhang mit einer nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung schlägt nun das Urteil *AB SKF*. Allerdings wird die Beteiligung selbst und damit auch die Veräußerung als solche in diesen Fällen – vom Sonderfall einer Geschäftsveräußerung im Ganzen abgesehen – keinen hinreichend konkreten Bezug zu den bisherigen unternehmerischen Aktivitäten des Veräußerers aufweisen. Denn ansonsten wäre die Beteiligung ja nach den oben diskutierten Kriterien dem Unternehmensvermögen zuzuordnen und ihre Veräußerung damit – wie erwähnt vorbehaltenlich des § 1 Abs. 1a UStG – ein steuerbarer Umsatz. Indes kam es nach Ansicht des EuGH in der Rechtssache *AB SKF* unter Verweis auf die *Securenta*-Entscheidung für den Vorsteuerabzug maßgeblich darauf an, inwieweit der Erlös aus einer Beteiligungsveräußerung den „wirtschaftlichen“, d.h. in der Diktion des UStG: den „unternehmerischen“ Tätigkeiten des Veräußerers zugeführt

Slg. 2004, I-5547 sowie um Eingangsleistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Beteiligung an einer Tochtergesellschaft, an die entgeltliche Dienstleistungen („qualifizierte Eingriffe“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung, vgl. oben bei Fußnote 9) erbracht werden sollten, vgl. EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663.

²¹⁰ Vgl. EuGH v. 12.2.2009, Rs. C-515/07 (*VNLTO*), Slg. 2009, I-865, Rz. 35 ff.

wird²¹¹. Die entsprechenden Ausführungen bezogen sich zwar unmittelbar nur auf eine steuerfreie Beteiligungsveräußerung. Sowohl die Inbezugnahme des *Securenta*-Urteils wie auch die vorangehenden Urteilspassagen²¹² verdeutlichen aber, dass dies auch für den Vorsteuerabzug bei einer nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung ausschlaggebend sein soll²¹³.

Diese großzügige Sichtweise zum hinreichenden Veranlassungszusammenhang zwischen Vorsteuerbelastung und steuerbaren Ausgangsumsätzen ist auch aus übergeordneter steuersystematischer Warte zu befürworten²¹⁴, weil sie dem Charakter der Umsatzsteuer als einer Steuer nur auf den privaten Endverbrauch besser Rechnung trägt als eine rigide Fokussierung auf unmittelbare Kausalität. Wie einleitend unter IV. 1. dargelegt wurde, sind die bestehenden Regeln der *MwStSystRL* im Falle der Beteiligungsveräußerung extensiv, d.h. „abzugsfreundlich“ auszulegen, weil eine umsatzsteuerliche Belastung von Umsätzen mit Gesellschaftsanteilen gemessen an dem – auch gleichheitsrechtlich relevanten – Belastungsgrund der harmonisierten Mehrwertsteuer generell verfehlt ist²¹⁵.

²¹¹ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 72, unter Verweis auf EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (*Securenta*), Slg. 2008, I-1597, Rz. 28 f.; vgl. auch *M. Eldagsen / J. Röhrbein*, BB 2011, 1696 (1698). So auch schon zuvor FG Düsseldorf v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072); *R. Korf*, DB 2009, 758 (762). Kritisch bzw. zweifelnd hingegen *S. Behrens*, EU-UStB 2009, 62 (66); ders., UVR 2010, 174 (177).

²¹² Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 66: „Es liefe auf eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von objektiv ähnlichen Umsätzen entgegen dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität hinaus, würde das Recht auf Vorsteuerabzug für Kosten versagt, die sich auf eine steuerbefreite Veräußerung von Aktien beziehen, dieses Recht auf Vorsteuerabzug aber für solche Kosten anerkannt, die sich auf eine Veräußerung beziehen, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Mehrwertsteuer liegt (...)“. Nichts anderes kann im umgekehrten Fall gelten.

²¹³ Vgl. auch *W. Birkenfeld*, Das große Umsatzsteuer-Handbuch, § 180 (März 2008) Rz. 124: Umsatzsteuer auf Eingangsleistungen im Zusammenhang mit einer nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung ist als Vorsteuer abziehbar, wenn und soweit damit steuerpflichtige Ausgangsumsätze gefördert werden. Ebenso bereits im Vorfeld der AB SKF-Entscheidung *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (725); *R. Korf*, DB 2009, 758 (762).

²¹⁴ Ablehnend hingegen *J. Watson / T. Cartwright / E. Dixon*, IVM 2010, 183 (185).

²¹⁵ Für einen durchgängigen „look through-approach“ unter Ausblendung jeglicher nicht steuerbarer Ausgangsumsätze oder sonstiger einnahmengenerierender Vorgänge daher *J. Englisch*, UR 2007, 290 (295); i.E. ebenso *R. A. Wolf*, International VAT Monitor 2004, 251 (252).

Darin liegt auch kein Widerspruch zu den strengeren Anforderungen an den Veranlassungszusammenhang zwischen dem Halten der Beteiligung und dem Anwendungsbereich des Mehrwertsteuersystems unterliegenden Aktivitäten des Unternehmers bei der Beurteilung der Steuerbarkeit der Anteilsveräußerung²¹⁶. Denn während Aufwendungen für Eingangsleistungen auch nur mittelbar zu Kostenelementen der mit diesem Leistungsbezug zusammenhängenden Umsätze werden und damit einen Vorsteuerabzug nach der Systematik der Art. 1 Abs. 2, 168 MwStSystRL rechtfertigen können, vermögen zeitlich nachfolgende steuerbare Umsätze nicht den Schlussakt einer vorherigen, nicht im Sinne des Art. 9 MwStSystRL wirtschaftlichen Aktivität – d.h. den Akt der Anteilsveräußerung nach nicht mit steuerbaren Vorgängen zusammenhängenden Beteiligungsbesitz – im Nachhinein als unternehmerisch zu qualifizieren²¹⁷.

Schließlich darf aus eben diesem Grund die *Securenta*-Doktrin auch keine Anwendung finden, wenn die mangelnde Steuerbarkeit der Beteiligungsveräußerung allein aus ihrer Einstufung als eine Geschäftsveräußerung im Ganzen im Sinne des § 1 Abs. 1a UStG folgt. Denn hier besteht der für den Vorsteuerabzug erforderliche Nexus von mit der Veräußerung zusammenhängenden Eingangsleistungen einerseits und steuerbaren Ausgangsumsätzen andererseits nach den allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätzen zu diesem Rechtsinstitut schon darin, dass die Geschäftsveräußerung den letzten Akt im Rahmen einer unternehmerischen Geschäftstätigkeit bildet²¹⁸. Auf die Verwendung des Veräußerungserlöses kommt es daher nicht mehr an.

Fällt kein Veräußerungserlös an, weil die geplante, nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbare Beteiligungsveräußerung scheitert, so beurteilt sich ein Vorsteuerabzug hinsichtlich der „vergeblichen“ Aufwendungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Anteilsübertragung (Beratungsleistungen, Unternehmensbewertung etc.) grundsätzlich nach der beabsichtigten Verwendung des Veräußerungserlöses. Falls dieser objektiv nachvollziehbar und nachweislich dem Auf- oder Ausbau unternehmerischer, auf die Erbringung steuerbarer Umsätze gerichteter Geschäftsfelder dienen sollte, sind die

²¹⁶ Siehe dazu oben bei II. 2.

²¹⁷ Vgl. dazu auch EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (*Investrand*), Slg. 2007, I-1315, Rz. 30-33.

²¹⁸ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35 ff., sowie die vorbereitenden Schlussanträge des GA *Jacobs*, Schlussantrag v. 13.4.2000, Rs. C-408/98 (*Abbey National*), Slg. 2000, I-1361, Rz. 43 ff. u. 48 ff. Siehe dazu eingehend unter II. 3.

Leistungsbezüge durch eine (ggf. nur beabsichtigte) unternehmerische Tätigkeit veranlasst gewesen; dies genügt für die Zuerkennung des Vorsteuerabzugs²¹⁹. Wäre die geplante Anteilsübertragung als Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG zu qualifizieren gewesen, so ist stattdessen auf den Zusammenhang der Eingangsleistungen mit denjenigen Unternehmensfeldern abzustellen, denen die betreffende Beteiligung dient²²⁰.

c. Einzelfragen bei der Anwendung der Securenta-Doktrin

Kann ein für den Vorsteuerabzug hinreichender Zusammenhang zwischen Eingangsleistungen, die anlässlich einer nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung bezogen wurden, und steuerbaren Umsätzen im Sinne einer Verwendung der Eingangsleistungen „für das Unternehmen“ des Veräußerers (vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG) entsprechend den vorstehend erörterten Grundsätzen nur über die Verwendung des Veräußerungserlöses konstruiert werden, so ist zunächst zu prüfen, ob die Securenta-Doktrin überhaupt relevant wird. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der Veräußerungserlös zumindest auch in Geschäftsbereiche fließt, die der Generierung nicht steuerbarer Umsätze bzw. Einnahmen dienen oder aus anderen Gründen nicht wirtschaftlicher Natur im Sinne des Art. 9 MwStSystRL sind. Dabei sind regelmäßig nur bestimmte Geschäftsbereiche auf ihre wirtschaftliche bzw. unternehmerische Ausrichtung hin zu prüfen, also nur ein Ausschnitt aus der Gesamtbetätigung des Unternehmens²²¹. Problematisch sind in diesem Zusammenhang der Erwerb neuer Gesellschaftsbeteiligungen und die Vergabe von Darlehen.

Abzugsschädlich ist im Fall des Anteilserwerbs nur die Reinvestition in Beteiligungen, die im Veranlagungszeitraum ihres Erwerbs nach den oben entwickelten Maßstäben²²² keinen bzw. noch keinen belegbaren Zusammenhang mit einer unternehmerischen Tätigkeit des Steuerpflichtigen aufweisen²²³. Anders

²¹⁹ Vgl. EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-98/98 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 22 f. Siehe in diesem Zusammenhang auch EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-400/98 (Breitsohl), Slg. 2000, I-4321, Rz. 35; EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-396/98 (Schloßstraße), Slg. 2000, I-4279, Rz. 37; *H. Stadie*, in Rau/Dürrwächter, UStG, § 15 (Okt. 2009) Rz. 212.

²²⁰ Siehe dazu näher unten bei IV. 4.

²²¹ Vgl. *C. Wäger*, in FS Reiß, 2008, S. 229 (233).

²²² Siehe dazu oben unter II. 2. c.

²²³ A.A. *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (723): Es soll ausreichend sein, wenn die Beteiligungen als Finanzanlagen erworben und die dadurch gewonnenen Kapi-

verhält es sich bei Anschaffung bzw. Aufstockung einer Beteiligung an einer Gesellschaft, an die der Veräußerer entgeltliche und damit umsatzsteuerbare Managementdienstleistungen oder andere Leistungen erbringen will. Dasselbe gilt, wenn die neue Beteiligung aus anderen Gründen einen unmittelbaren und direkten Bezug zum Unternehmen des Veräußerers aufweist. Derartige Varianten einer Wiederanlage in Beteiligungen tangieren nach Auffassung des EuGH offenbar nicht im Sinne der *Securenta*-Doktrin die Berechtigung zum Abzug der Vorsteuerbeträge²²⁴. Es wird also deren gleichzeitige Nutzung zur Generierung nicht steuerbarer Dividendenbezüge ausgeblendet. Im deutschen Schrifttum und in der deutschen Rechtsprechung wird allerdings nach wie vor überwiegend der gegenteilige Standpunkt eingenommen²²⁵. Diese restriktive Handhabung des Vorsteuervergütungsausschlusses ist im Ergebnis zu befür-

talerträge für die Finanzierung unternehmerischer Aktivitäten verwendet werden. Indes hat der EuGH einen so fernliegenden Zusammenhang mit steuerbaren Ausgangsumsätzen in der *Securenta*-Entscheidung gerade nicht mehr in Betracht gezogen.

²²⁴ Der EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (*Securenta*), Slg. 2008, I-1597, Rz. 29, verweist im Zusammenhang mit seinen Erwägungen zum möglichen Vorsteuerabzug aus Eingangsleistungen im Zusammenhang mit einer nicht steuerbaren Anteilsausgabe bei einer letztlich angestrebten Verwendung des eingeworbenen Kapitals für die Zwecke steuerbarer Umsätze u.a. auf EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 33. In dieser Entscheidung aber hatte der EuGH seinerzeit einer Holding die vollumfängliche Zuordnung von Eingangsleistungen anlässlich eines Beteiligungserwerbs zu ihrer wirtschaftlichen Gesamttätigkeit (in der deutschen Terminologie: zum Unternehmen bzw. zur unternehmerischen Sphäre) zugestanden, obwohl diese Gesamttätigkeit allein aus der Erbringung von entgeltlichen Dienstleistungen an die beherrschten Gesellschaften bestand (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 10 u. 22). Der EuGH hat hier also den damit untrennbar verbundenen nichtsteuerbaren Dividendenbezug für unbeachtlich angesehen und hält daran wohl auch in seiner *Securenta*-Entscheidung noch fest.

²²⁵ Wie hier soweit ersichtlich nur *J. Eggers*, Wpg 2007, 616 (617); *F. Klenk*, in *Sölch/Ringleb*, UStG, § 2 (Sept. 2010) Rz. 194; a.A. *FG München v. 28.1.2009 – 3 K 3141/05*, EFG 2009, 1153 (1155); ebenfalls a.A. – wenn auch jeweils nicht im Kontext einer schon nach den Maßstäben des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung – *C. Wäger*, DStR 2009, 2292 (2293); vgl. demgegenüber noch den andersartigen Standpunkt in *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (101). A.A. schon vor der *Securenta*-Entscheidung *GA Fennelly*, Schlussanträge v. 4.4.2000, Rs. C-142/99 (*Floridienne und Berginvest*), Slg. 2000, I-9567, Rz. 4 und 37 f.; *F. J. Sánchez Gallardo*, *Impuesto sobre el Valor Añadido*, 8. Aufl. 2006, S. 702; wohl auch *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7046).

worten, weil der *Securenta*-Ansatz nach hier vertretener Ansicht ohnehin eine primärrechtlich bedenkliche Beschränkung der Abzugsberechtigung bedeutet²²⁶ und eine Begrenzung seiner Reichweite daher zu begrüßen ist. Im Übrigen genügt für die Abwendung der *Securenta*-Doktrin schon der plausible Nachweis, dass alsbald – jedenfalls bis zum ersten Dividendenbezug – eine Verwendung der neu erworbenen Beteiligung für unternehmerische Zwecke vorgesehen ist²²⁷.

Wird der Veräußerungserlös vom Unternehmer dazu verwendet, von ihm gewährte verzinsliche Darlehen zu valutieren, ist hinsichtlich der Einordnung als steuerbarer oder aber als nicht in den Anwendungsbereich des Umsatzsteuerrechts fallender Vorgang auf die Grundsatzentscheidung EDM des EuGH zu rekurrieren. Danach gilt die Darlehensvergabe als steuerbarer Umsatz, sofern der Kreditgeber dabei wie ein professioneller Finanzdienstleister agiert oder wenn eine hinreichend enge Verbindung zur sonstigen unternehmerischen Tätigkeit vorliegt²²⁸, insbesondere wenn die betreffenden Umsätze im Rahmen eines Unternehmensziels oder zu einem geschäftlichen Zweck erfolgen, die auf eine Rentabilisierung des investierten Kapitals abzielen. Letzteres soll unter anderem bei Gewährung verzinslicher Darlehen durch eine Holdinggesellschaft an ihre Beteiligungsgesellschaften anzunehmen sein, und zwar unabhängig von dem damit verfolgten Zweck²²⁹. Dies überzeugt insoweit, als diese Tätigkeit bei einer Holding regelmäßig geschäftsmäßig organisiert ist und nachhaltig betrieben wird; sie unterscheidet sich dann hinreichend von einer privaten Kapitalanlage²³⁰. Die Qualifizierung als unternehmerische Aktivität wird dann nach geläuterter Ansicht des EuGH auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass vermittels des Darlehens Finanzüberschüsse der Muttergesell-

²²⁶ Siehe dazu oben bei IV. 1. b.

²²⁷ Vgl. zu den dahingehenden Dokumentationsanforderungen auch *S. Nattkämper / J. Scholz*, IStR 2010, 515 (519).

²²⁸ Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 66 ff.; siehe dazu auch *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (96 f.); *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, Bd. I, § 33a Rn. 148 f., wonach es dann unerheblich ist, ob die Darlehen als wirtschaftliche Unterstützung der Beteiligungsgesellschaft, als Anlage von Finanzüberschüssen oder aus anderen Gründen gewährt werden.

²²⁹ Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 68.

²³⁰ Siehe insoweit auch schon EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 28. Skeptisch aber *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (97).

schaft bei der abhängigen Gesellschaft angelegt werden²³¹. Damit ist die in einer früheren Entscheidung des Gerichtshofs geäußerte Auffassung²³² obsolet, wonach die Vergabe von Darlehen an eine beherrschte Gesellschaft nicht steuerbar sei, wenn die Mittel hierfür aus den Erträgen einer außerunternehmerischen Tätigkeit – seinerzeit nicht steuerbare Dividendenbezüge – stammen²³³.

Hingegen weist die Verwendung des Erlöses aus einer nicht steuerbaren Veräußerung für den Unterhalt eines Bankguthabens, für den Erwerb von Schuldverschreibungen dritter Emittenten oder eine sonstige Form der verzinslichen Portfolioanlage keinen hinreichenden Bezug zur unternehmerischen Tätigkeit auf. Sie unterscheidet sich weder ihrer Natur nach von einer Finanzanlage durch einen privaten Investor, noch ist sie die „logische Folge“ einer steuerbaren Tätigkeit²³⁴. Die gegenteilige Auffassung des EuGH in der Rechtssache EDM²³⁵ vermag nicht zu überzeugen²³⁶. Diese Form der Anlage ist daher auf Basis der *Securenta*-Doktrin grundsätzlich vorsteuerabzugsschädlich. Eine Ausnahme dürfte für bloße Sichteinlagen gelten. Denn das „Parken“ des Veräußerungserlöses als verzinsliche Sichteinlage o.ä. bei einem Kreditinstitut stellt kein eigenständiges Geschäftsfeld des Unternehmers dar und hindert daher nicht im Sinne der *Securenta*-Doktrin die Zurechnung zu den gesamten geschäftlichen Aktivitäten des Unternehmers²³⁷. Ist die Verwendung zur Schaffung eines Bankguthabens nur vorübergehend und erfolgt zeitnah eine definitive Investition des Veräußerungserlöses, so hat zudem eine dementsprechende Zurechnung Vorrang.

²³¹ Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 68.

²³² So nach EuGH v. 14.11.2000, Rs.C-142/99 (*Floridienne und Berginvest*), Slg. 2000, I-9567, Rz. 30; siehe dazu auch die Argumentation von GA *Fennelly*, Schlussanträge v. 4.4.2000, Slg. 2000, S. I-9567, Rz. 34.

²³³ Wie hier *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (452): Aufgabe der „orakelhaften“ *Floridienne*-Rechtsprechung. Im Ergebnis gl.A. *C. Wäger*, in FS Reiß, 2008, S. 229 (238) unter Aufgabe seines gegenteiligen Standpunktes in USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (97); *R. A. Wolf*, IVM 2004, 251 (253), nach deren Auffassung die Darlehensvergabe aus Mitteln des Unternehmens immer unternehmerisch ist. A.A. *O. Henkow*, *Financial Activities in European VAT*, 2008, S. 172 ff.

²³⁴ Vgl. dazu auch GA *Léger*, Schlussanträge v. 12.9.2002, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 60.

²³⁵ Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 69.

²³⁶ A.A. *S. Behrens / R. Schmitt*, BB 2010, 2074 (2076); *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (452).

²³⁷ So tendenziell auch *M. Robisch*, UR 2008, 881 (883).

Wollte man hingegen dem EuGH folgen und auch in der Unterhaltung eines verzinslichen Bankguthabens einen steuerbaren Umsatz sehen, so dürfte dessen Steuerfreiheit nach § 4 Nr. 8 Buchst. a UStG bzw. Art. 135 Abs. 1 Buchst. b MwStSystRL einen Vorsteuerabzug gleichwohl nicht hindern. Ist die Sichteinlage nur eine unter mehreren Verwendungsarten, so ergibt sich dies aus dem Rechtsgedanken des Art. 174 Abs. 2 Buchst. c MwStSystRL, der auch bei einer Vorsteueraufteilung nach einem Investitionsschlüssel einschlägig ist. Denn angesichts des geringen dafür zu betreibenden Aufwandes und nach der untergeordneten Bedeutung derartiger Geschäfte für die Erreichung der Unternehmensziele handelt es sich bei der Sichteinlage um einen bloßen Hilfsumsatz, der bei der Berechnung des abziehbaren Vorsteueranteils außer Betracht zu lassen ist²³⁸. Bei ausschließlicher Verwendung des Veräußerungserlöses zur Unterhaltung eines verzinslichen Bankguthabens wiederum sollte eine Zurechnung der Veräußerungskosten zu den gesamten geschäftlichen Aktivitäten des Unternehmers nach den Grundsätzen des Urteils AB SKF erfolgen, weil besagte Kosten ersichtlich nicht in den von der Bank gezahlten Zinssatz einkalkuliert werden²³⁹. Bei nur vorübergehender Sichteinlage gelten die Ausführungen im Vorabsatz entsprechend.

Als abzugsschädlich dürfte sich die Ausschüttung des Veräußerungserlöses an die Gesellschafter der veräußernden Gesellschaft erweisen, weil es dann an jeglichem Bezug der Beteiligungsveräußerung zu einer geschäftlichen Aktivi-

²³⁸ Siehe dazu auch EuGH v. 29.04.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, S. I-4295, Rz. 76 f.; die Einschränkung aus EuGH v. 11.07.1996, Rs. C-306/94 (Régie dauphinoise), Slg. 1996, S. I-3695, Rz. 18 u. 22, für Geldanlagen, die eine „unmittelbare, dauerhafte und notwendige Erweiterung der steuerbaren Tätigkeit“ darstellen – kein Hilfsumsatz; bestätigt z.B. durch EuGH v. 6.3.2008, Rs. C-98/07 (Nordania Finans), Slg. 2008, I-1281, Rz. 21 ff.; EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-174/08 (NCC Construction), Slg. 2009, I-10567, Rz. 14, 29 ff. – wird vom EuGH nicht in Bezug genommen. Vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, S. I-4295, Rz. 69, wo nur auf Rz. 17 des Régie dauphinoise-Urteils verwiesen wird; für eine enge Auslegung der „Régie-Doktrin“ auch GA Léger, Schlussanträge v. 12.9.2002, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 61; R. A. Wolf, IVM 2004, 251 (254). Die jährliche Gewährung von Darlehen durch eine Holding an die Beteiligungsgesellschaften und die Anlage der Holding in Form von Bankeinlagen oder in Titel wie Schatzanweisungen oder Zertifikate gelten – soweit sie in geringem Umfang erfolgen – als Hilfsumsätze, vgl. W. Birkenfeld, Umsatzsteuer-Handbuch, Bd. I, § 33a Rn. 93.

²³⁹ Zur Bedeutung dieses Umstandes siehe EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 60 ff. u. Rz. 71 f. sowie eingehend unten bei IV. 4. a.

tät fehlt²⁴⁰. Falls der Veräußerungserlös hingegen lediglich nicht zeitnah reinvestiert wird, sondern allgemein die Liquiditätsreserven des Unternehmers erhöht oder dem Schuldenabbau dient, hat eine anteilige Zuordnung zu allen – steuerbaren wie nichtsteuerbaren²⁴¹ – Aktivitäten des Steuerpflichtigen zu erfolgen²⁴². Die zeitliche Grenze, nach deren Überschreiten entsprechend zu verfahren ist, wird von den Umständen des Einzelfalls abhängen; spätestens nach Ablauf eines Jahres seit dem Zufluss des Erlöses beim Veräußerer wird sich ein schon im Veräußerungszeitpunkt bestehender hinreichender Zusammenhang mit künftigen Investitionen allerdings wohl nur noch ausnahmsweise plausibel darlegen lassen. Soweit dieser in seinem Unternehmen auch Beteiligungen hält, sind entsprechend den obigen Erwägungen nur Beteiligungen ohne unmittelbaren und direkten Bezug zu unternehmerischen Aktivitäten des Veräußerers vorsteuerabzugsschädlich. Anderenfalls ist ein nicht steuerbarer Dividendenbezug unbeachtlich; falls man wie hier ein Zuordnungswahlrecht hinsichtlich der Beteiligung bejaht, kommt es insoweit auch nicht auf dessen Ausübung an²⁴³.

Regelmäßig wird im Steuer(vor-)anmeldungszeitraum des Bezugs der vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen, die im Zusammenhang mit einer – evtl. erst geplanten – nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung stehen, noch nicht feststehen, ob und ggf. wie der Veräußerungserlös reinvestiert wird. Für den Vorsteuerabzug ist dann vorübergehend auf die vom Veräußerer nachvollziehbar dargelegte²⁴⁴ Reinvestitionsabsicht abzustellen²⁴⁵; ein etwaiger daraus sich

²⁴⁰ Wie hier – wenn auch in anderem Zusammenhang – *C. Wäger*, DStR 2011, 433 (434 f.); a.A. *S. Behrens*, UVR 2010, 174 (177).

²⁴¹ Siehe dazu auch oben bei II. 2.

²⁴² Siehe in diesem Zusammenhang auch *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7048). Jedenfalls im Ansatz entspräche dies der Tz. 10 des BMF-Schreibens v. 26.1.2007 – IV A 5 – S-7300/10/07, BStBl. I 2007, 211.

²⁴³ Siehe dazu EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-415/98 (Bakcsi), Slg. 2001, I-1831, Rz. 28 f.

²⁴⁴ Vgl. zu den dahingehenden Dokumentationserfordernissen auch *S. Nattkämper / J. Scholz*, IStR 2010, 515 (519).

²⁴⁵ Vgl. zum Ausreichen der bloßen Absicht einer zum Vorsteuerabzug berechtigenden Verwendung im Zeitpunkt des Leistungsbezugs EuGH v. 14.2.1985, Rs. 268/83 (Rompelman), Slg. 1985, 655, Rz. 23 f.; EuGH v. 11.7.1991, Rs. C-97/90 (Lennartz), Slg. 1991, I-3795, Rz. 14; EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-396/98 (Schloßstraße), Slg. 2000, I-4279, Rz. 37. Siehe dazu auch *U. Probst*, in Hartmann/Metzenmacher, UStG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rz. 215; *W. Wagner*, in Sölch/Ringelb, UStG, § 15 Rz. 599 ff. m.w.N.

ergebender Vorsteuervergütungsanspruch ist bis zur Gewissheit über die endgültige Verwendung nur vorläufig festzusetzen.

Besteht nach den vorstehend erörterten Grundsätzen über die Verwendung des Veräußerungserlöses ein abzugsschädlicher Zusammenhang zwischen den anlässlich der Veräußerung bezogenen Eingangsleistungen einerseits und einem nichtunternehmerischen Geschäftsfeld bzw. nicht steuerbaren Umsätzen des Unternehmens andererseits, so ist zu differenzieren: Sind die vorsteuerbelasteten Leistungsbezüge infolgedessen vollumfänglich Aktivitäten zuzurechnen, die nicht mehr in den Anwendungsbereich des Umsatzsteuerrechts fallen, so sind sie insgesamt nicht „für das Unternehmen“ bezogen worden und darum zur Gänze nicht abziehbar²⁴⁶. Anderenfalls, d.h. bei nur teilweise abzugsschädlicher Verwendung des Veräußerungserlöses, muss eine Aufteilung des in Rede stehenden Vorsteuerbetrags erfolgen²⁴⁷. Die apodiktische Aussage des Investrand-Urteils²⁴⁸, wonach ein Vorsteuerabzug auf Gemeinkostenbasis im Sinne des „look through-approach“ eine „ausschließliche“ Zuordnung der unterstellten Gemeinkosten zu unternehmerischen Tätigkeiten des Steuerpflichtigen voraussetze, wurde in der *Securenta*-Entscheidung – zu Recht – nicht mehr aufgegriffen und war wohl nur den Besonderheiten des entschiedenen Einzelfalles geschuldet²⁴⁹.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH können allerdings die in den Art. 173 ff. *MwStSystRL* vorgesehenen Aufteilungsgrundsätze für den Fall einer gemischten Verwendung von vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen nicht herangezogen werden, soweit es um eine etwaige Verwendung für nicht steuerbare Aktivitäten geht. Denn besagte Grundsätze gelten nach Ansicht des Gerichtshofs nur im Verhältnis von abzugsschädlichen steuerfreien Umsätze zu steuerpflichtigen Umsätzen, nicht jedoch für die Vorsteueraufteilung bei teilweiser Verwendung der vorsteuerbelasteten Leistungen für steuerbare Umsätze und teilweiser Verwendung für Umsätze und Aktivitäten, die nicht in den Anwendungsbereich des harmonisierten Mehrwertsteuersystems fallen. Letztere sollen vielmehr bei der Berechnung des pro-rata-Satzes abzugsfähiger Vorsteuern nach Art. 174 *MwStSystRL* keine Berücksichtigung fin-

²⁴⁶ Vgl. *M. Robisch*, UR 2008, 881 (882).

²⁴⁷ Vgl. *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 1008.

²⁴⁸ Vgl. EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (*Investrand*), Slg. 2007, I-1315, Rz. 33 u. 36.

²⁴⁹ So auch *O. Henkow*, Financial Activities in European VAT, 2008, S. 296, wonach das Ausschließlichkeitskriterium nicht streng gemeint war; anders wohl *C. Wäger*, in FS Reiß, 2008, S. 229 (233).

den können²⁵⁰. Stattdessen reduziert sich nach Ansicht des Gerichtshofs bei teilweiser Zurechenbarkeit von Eingangsleistungen zu nicht steuerbaren Geschäftsaktivitäten schon vorab der Anteil abzugsfähiger Vorsteuern²⁵¹. Mangels einschlägiger Richtlinienvorgaben obliege es dabei den Mitgliedstaaten, unter Beachtung der dem harmonisierten Mehrwertsteuersystem zugrunde liegenden Prinzipien die hierfür geeigneten Methoden und Kriterien festzulegen²⁵². Der EuGH hat in diesem Kontext zu erkennen gegeben, dass er insbesondere einen Investitionsschlüssel ebenso wie einen Umsatzschlüssel für akzeptabel erachtet, wobei die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet seien, sich auf diese Methoden oder auf eine einzige der geeigneten Methoden zu beschränken²⁵³.

Die deutsche Finanzverwaltung hat sich insoweit entgegen dem Auftrag des EuGH noch nicht festgelegt. Tatsächlich braucht sie dies auch nicht, wenn man zutreffend davon ausgeht, dass § 15 Abs. 4 UStG insoweit analog anzuwenden ist²⁵⁴. Es ist schon nicht einsichtig, warum der Gerichtshof auf Ebene der Mehrwertsteuersystemrichtlinie eine solche Vorgehensweise hinsichtlich des Art. 174 MwStSystRL nicht in Erwägung gezogen hat. Denn es liegt of-

²⁵⁰ Siehe dazu auch EuGH v. 22.6.1993, Rs. C-333/91 (Sofitam), Slg. 1993, I-3513, Rz. 13 f.; EuGH v. 14.11.2000, Rs. C-142/99 (Floridienne und Berginvest), Slg. 2000, I-9567, Rz. 21 f.; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 44; EuGH v. 26.6.2003, Rs. C-442/01 (KapHag), Slg. 2003, I-6851, Rz. 38; EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 54; EuGH v. 21.10.2004, Rs. C-8/03 (BBL), Slg. 2004, I-10157, Rz. 38; *R. Philipowski*, UR 2004, 647. Siehe dazu auch *J. H. Eggers / R. Korf*, DB 2002, 1238 (1240); speziell gegen die Einbeziehung von Dividendenzahlungen in den pro-rata-Satz des Art. 174 MwStSystRL auch *K. Feil / C. Roscher*, BB 2007, 1079 (1083).

²⁵¹ Vgl. EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (Securenta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 30 f.; siehe dazu insbes. FG München, Urt. v. 28.1.2009 – 3 K 3141/05, EFG 2009, 1153 (1155). So schon zuvor *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (451 f.); *F. J. Sánchez Gallardo*, Impuesto sobre el Valor Añadido, 8. Aufl. 2006, S. 704, nach deren Auffassung die Aufteilungsregeln der Art. 173 ff. MwStSystRL bzw. des § 15 Abs. 4 UStG erst eingreifen, wenn Eingangsumsätze jedenfalls zur Ausführung von steuerbaren Umsätzen des Steuerpflichtigen verwendet werden. Ebenso nun auch FG Niedersachsen v. 4.2.2010 – 16 K 17/09, BB 2010, 1768 (1769 f.).

²⁵² Vgl. EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (Securenta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 34; dazu kritisch *H. Rüth / M. Hüllmann*, EU-UStB 2008, 9 (14 f.).

²⁵³ Vgl. EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (Securenta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 38.

²⁵⁴ Wie hier i.E. *W. Reiß*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 14 Rz. 155; *M. Robisch*, UR 2008, 881. A.A. wohl *S. Nattkämper*, EU-UStB 2008, 41 (43 f.).

fensichtlich eine unbeabsichtigte Regelungslücke vor, und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb für die Berücksichtigung einer vorsteuerabzugsschädlichen Verwendung von Eingangsleistungen unterschiedliche Grundsätze zum Tragen kommen sollten, je nachdem ob eine Zurechnung der Eingangsleistungen zu nicht steuerbaren oder zu nicht steuerpflichtigen Ausgangsumsätzen erfolgt²⁵⁵. Doch ungeachtet der auch sonst zu beobachtenden Scheu des Gerichtshofs vor Analogieschlüssen, die Hand in Hand geht mit seiner generellen Zurückhaltung bei der Entwicklung einer gemeineuropäischen Methodenlehre, zeichnet dies jedenfalls den nationalen Rechtsanwender nicht frei von entsprechenden innerstaatlichen Bindungen. Wenn den Mitgliedstaaten sekundärrechtlich ein – vermeintlicher – Gestaltungsspielraum zukommt, haben deutsche Hoheitsträger ihn unter Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben auszufüllen²⁵⁶; damit ist ihnen im Lichte des gleichheitsrechtlichen Folgerichtigkeitsgebotes der Analogieschluss aber vorgegeben²⁵⁷. Dieser Sichtweise hat sich inzwischen auch der BFH im Ergebnis angeschlossen²⁵⁸; auch für die Besteuerungspraxis ist damit eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 4 UStG vorgegeben.

Ausgehend hiervon ist analog § 15 Abs. 4 S. 1 UStG grundsätzlich maßgeblich, inwieweit die in Rede stehenden Vorsteuern den nicht steuerbaren Geschäftsaktivitäten des Unternehmers wirtschaftlich zuzurechnen sind²⁵⁹. Eine Besonderheit besteht aber insofern, als es nach der *Securenta*-Doktrin gerade nicht auf eine Zurechnung auf Basis einer Kostenträgerrechnung ankommen kann²⁶⁰; es ist also nicht relevant, inwiefern die Aufwendungen im Zusam-

²⁵⁵ Vgl. allgemein zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 373.

²⁵⁶ Vgl. BVerfG v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (95 ff.); BVerfG v. 14.10.2008, 1 BvF 4/05, BVerfGE 122, 1 (20); *S. Schmahl*, EuR 2008 – Beiheft 1, 7 (17).

²⁵⁷ Vgl. *C.-W. Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 45 ff.

²⁵⁸ Vgl. BFH v. 3.3.2011 - V R 23/10, BFH/NV 2011, 1261 (1263 f.).

²⁵⁹ Dabei wird hier davon ausgegangen, dass der vom Regelmaßstab des Art. 174 MwStSystRL abweichende Aufteilungsmaßstab des § 15 Abs. 4 S. 1 UStG von der Ermächtigung nach Art. 173 Abs. 2 Buchst. c MwStSystRL gedeckt ist, was insbesondere die klarer gefasste englische Sprachfassung nahelegt. Wie hier FG Düsseldorf v. 11.9.2009 – 1 K 996/06 U, EFG 2010, 178 (179); *H. Stadie*, UStG, 2009, § 15, Rz. 285; a.A. FG Münster v. 8.12.2009 – 15 K 1271/06 U, SteuK 2010, 171.

²⁶⁰ A.A. *M. Robisch*, UR 2008, 881 (884).

menhang mit der Veräußerung vollumfänglich in den Preis von Ausgangsumsätzen eingehen oder aber Kostenelemente von Maßnahmen zur Erzielung nichtunternehmerischer Einnahmen werden. Ansonsten müsste nämlich auch geprüft werden, inwieweit die im Zusammenhang mit der Veräußerung bezogenen Eingangsleistungen als Kostenelemente in den Veräußerungspreis eingegangen und darum der nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung zuzurechnen sind; gerade diese Prüfung ist aber nach dem „look through approach“ und der damit verbundenen Negation einer Charakterisierung als direkte Veräußerungskosten ausgeschlossen.

Vielmehr wird der Zusammenhang mit etwaigen, potenziell zum Vorsteuerabzug berechtigenden steuerbaren Ausgangsumsätzen allein über die Verwendung des Veräußerungserlöses hergestellt; dementsprechend kann es dann nur darauf ankommen, inwieweit dieser in Geschäftsfelder investiert wird, die zur unternehmerischen Sphäre des Veräußerers zählen. Maßgeblich ist nach alledem grundsätzlich ein Investitions-, kein Umsatzschlüssel²⁶¹. Zwar wird dagegen teilweise eingewendet, dass „eine Investition in eine nichtunternehmerisch gehaltene Beteiligung große Beträge bindet und insofern nach dem Investitionsschlüssel zu einer hohen Zurechnung von Vorsteuern führen würde, [auch wenn] gemessen an der sonstigen Aktivität des Unternehmens relativ wenig Ressourcen und Infrastruktur des Unternehmens für diesen Bereich verwendet werden.“²⁶² Eine solche Argumentation übersieht jedoch, dass es auf den letztgenannten Aspekt nicht ankommt, weil es bei der hier in Rede stehenden Vorsteuervergütung um die Aufwendungen bzw. den Ressourcenaufwand für die Kapitalbeschaffung geht, die dann eben ggf. in hohem Umfang für ein nicht dem Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer unterliegendes Geschäftsfeld angefallen sind.

Im Gegenteil könnte gerade die Zulassung eines Umsatzschlüssels willkürliche und gestaltungsanfällige Rechtsfolgen zeitigen. Würde etwa der Veräußerungserlös u.a. in Beteiligungen ohne Bezug zu einer unternehmerischen Tätigkeit reinvestiert, was sich nach der *Securenta*-Doktrin vorsteuerabzugsschädlich auswirken müsste, so könnte bei Zugrundelegen eines Umsatz-

²⁶¹ Wie hier *J. Swinkels*, IVM 2008, 343 (347 f.); kritisch gegenüber einem Umsatzschlüssel auch *R. Korf/S. Wieser-Duyfjes*, UVR 2009, 58 (59) sowie *M. Robisch*, UR 2008, 881 (883); letzterer wendet sich allerdings auch gegen einen Investitionsschlüssel. Gegenteilige Ansicht *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 1000: Investitionsschlüssel ist einer Verbrauchsteuer grds. unangemessen.

²⁶² Vgl. *M. Robisch*, UR 2008, 881 (883).

schlüssels die Vorsteuervergütung gleichwohl in voller Höhe zu gewähren sein, falls im Veranlagungszeitraum des Anfalls der vorsteuerbelasteten Veräußerungskosten keine Dividenden ausgeschüttet werden. Auch das spricht dafür, einen Umsatzschlüssel als inadäquat auszuschneiden. Anders verhält es sich nur, wenn keine zeitnahe Reinvestition des Veräußerungserlöses beabsichtigt ist und die anlässlich der Anteilsveräußerung bezogenen Eingangsleistungen darum sämtlichen Geschäftsbereichen des Unternehmers gleichermaßen zuzurechnen sind. In diesem Fall kann dann nur auf eine Zurechnung entsprechend den Umsatz- bzw. Einnahmeverhältnissen zwischen den jeweiligen Geschäftsfeldern zurückgegriffen werden.

Zu klären ist abschließend, inwieweit das Urteil in Sachen AB SKF über die bisher erörterten Implikationen hinaus die mit der *Securenta*-Doktrin eingeleitete Begrenzung des „look through-approach“ nochmals verschärft. Denn für die steuerbare, aber nicht steuerpflichtige (steuerfreie) Beteiligungsveräußerung soll es für die Klassifikation von dadurch veranlassten Eingangsleistungen als Gemeinkosten darauf ankommen, ob die entsprechenden Aufwendungen tatsächlich nicht als Kostenelemente in den Kaufpreis der veräußerten Anteile eingeflossen sind²⁶³. Im unmittelbaren Nachgang leitet der EuGH dann wie schon erwähnt – und im Ansatz durchaus überzeugend – aus dem mehrwertsteuerlichen Neutralitätsprinzip ein Gebot der Gleichbehandlung von nicht steuerbarer Veräußerung einerseits und nicht steuerpflichtiger Veräußerung andererseits ab²⁶⁴. Dies könnte so zu verstehen sein, dass nunmehr auch bei einer nicht steuerbaren Veräußerung die dadurch veranlassten Kosten nicht mehr ohne weiteres unter Ausblendung des Veranlassungszusammenhangs mit der Veräußerung als allgemeine Aufwendungen des Steuerpflichtigen zu qualifizieren sind. Dann wäre künftig auch in diesen Konstellationen zu prüfen, ob die Veräußerungskosten (für Beratungsleistungen u.ä.) in den Kaufpreis der Anteile eingegangen sind²⁶⁵.

²⁶³ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 62.

²⁶⁴ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 64 ff., insbes. Rz. 68. Siehe zu dieser Gleichsetzung bereits den Vorschlag der Kommission für die 6. EG-Richtlinie v. 20.6.1973, KOM(73) 950, S. 18.

²⁶⁵ Siehe in diesem Zusammenhang auch schon GA *Stix-Hackl* v. 6.3.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 38, sowie *F. J. Sánchez Gallardo*, *Impuesto sobre el Valor Añadido*, 8. Aufl. 2006, S. 701. Ebenso nunmehr wohl *R. Korf / D.-C. Kurtz*, UR 2010, 86 (93).

Im Ergebnis wäre eine solche Sichtweise abzulehnen²⁶⁶, da schon die mit der Securenta-Doktrin bewirkte Begrenzung des „look through-approach“ gemessen am Konsumsteuercharakter der harmonisierten Mehrwertsteuer auf eine Missachtung des gleichheitsrechtlich fundierten²⁶⁷, nicht lediglich einfachgesetzlich relevanten²⁶⁸ Neutralitätsprinzips hinausläuft²⁶⁹. Es besteht darum kein Anlass und keine Berechtigung für eine weitere Verschärfung²⁷⁰. In der Tendenz ging es dem EuGH in der Rechtssache AB SKF auch eher darum, die in den Schlussanträgen des Generalanwalts angeführte²⁷¹ frühere Rechtsprechungslinie zu überwinden, wonach bei steuerfreien Umsätzen anders als bei nicht steuerbaren Umsätzen hinsichtlich des Vorsteuerabzugs nie auf einen mittelbaren Zusammenhang mit besteuerten Umsätzen abgestellt werden könne, ein „look through-approach“ also von vornherein ausscheide²⁷². Getragen waren die Ausführungen des EuGH also vom Bemühen um eine Annäherung der Behandlung der steuerfreien Beteiligungsveräußerung an die vorsteuerabzugsfreundlicheren Grundsätze für nicht steuerbare Veräußerungen; deren Verschärfung war ersichtlich nicht intendiert. Gleichheitsrechtlich wäre eine Differenzierung ebenfalls aufrechtzuerhalten, wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, dass – nur – ein unmittelbarer (kalkulatorischer) Bezug von vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen zu unternehmerischen Aktivitäten (d.h. zu umsatzsteuerbaren Ausgangsumsätzen) einen Rekurs auf – weitere – mittelbare Bezüge zu anderen unternehmerischen Tätigkeiten ausschließt. Ein solch unmittelbarer Bezug kommt beim Leistungsbezug anlässlich einer

²⁶⁶ So auch *S. Behrens*, EU-UStB 2009, 62 (67); ders., UVR 2010, 174 (176).

²⁶⁷ Vgl. EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-498/03 (*Kingscrest Associates*), Slg. 2005, I-4427, Rz. 54 f.; EuGH v. 27.4.2006, verb. Rs. C-443 und 444/04 (*Solleveld u.a.*), Slg. 2006, I-3617, Rz. 35; EuGH v. 8.6.2006, Rs. C-106/05 (*L.u.P.*), Slg. 2006, I-5123, Rz. 48; siehe ferner mit umfassenderem Begründungsansatz *J. Englisch*, in Schön/Beck, *Zukunftsfragen des deutschen Steuerrechts*, 2009, S. 39 (56 ff.).

²⁶⁸ So aber EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-174/08 (*NCC Construction*), Slg. 2009, I-10567, Rz. 42; siehe dazu die Kritik von *J. Englisch*, in Weber (Hrsg.), *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration*, 2010, S. 231 (241).

²⁶⁹ Siehe dazu oben IV. 3. b.

²⁷⁰ Tendenziell ebenso *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, *EC Tax Review* 2010, 62 (68).

²⁷¹ Vgl. Schlussanträge *GA Mengozzi* v. 12.2.2009, Rs. C-29/08 (*AB SKF*), Slg. 2009, I-10413, Rz. 59 ff.

²⁷² Vgl. dazu insbes. EuGH v. 6.4.1995, Rs. C-4/94 (*BLP Group*), Slg. 1995, I-983, Rz. 19.

nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung von vornherein nicht in Betracht, muss aber bei einer steuerfreien Veräußerung geprüft werden.

Allerdings wird sich erst in Zukunft zeigen, ob der EuGH ebenfalls diese pragmatische und ergebnisorientierte Betrachtungsweise pflegt und ob seine Ausführungen in Sachen AB SKF in erster Linie als Distanzierung von seiner früheren Rechtsprechung betreffend steuerfreie Beteiligungsveräußerungen verstanden wissen will. Wird diese Zweifelsfrage in einem finanzgerichtlichen Verfahren entscheidungserheblich, ist somit eine Vorlage an den Gerichtshof angezeigt. Die Beratungspraxis sollte vorsichtshalber auch bei der nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung eine vertragliche Dokumentation dahingehend anregen, dass Veräußerer wie Erwerber ihre jeweiligen Transaktionskosten selbst tragen und dass diese keine Einfluss auf die Kaufpreisfindung gehabt haben.

4. Nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen

Ist die Beteiligungsveräußerung nach den oben erörterten Kriterien²⁷³ als gemäß § 1 Abs. 1a UStG nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen anzusehen, so sind für den Vorsteuerabzug, wie bereits angedeutet, andere Zurechnungszusammenhänge maßgeblich als bei der schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung.

Losgelöst von der speziellen Problematik einer Beteiligungsveräußerung werden in der Literatur verschiedene Ansätze zum Vorsteuerabzug aus Eingangsleistungen im Zusammenhang mit einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung vertreten. So spricht sich *Reiß* dafür aus, für den Vorsteuerabzug des Veräußerers auf die Verwendung des übertragenen Unternehmens bzw. Unternehmensteils beim Erwerber abzustellen²⁷⁴. Das liegt insbesondere dann nahe, wenn der Veräußerer sein gesamtes Unternehmen überträgt und die Veräußerungskosten bei ihm darum nicht mehr als Preisbestandteile in steuerbare Umsätze eingehen können, ein – im Sinne der Systematik des Art. 168 MwStSystRL nach dem Kostentragsprinzip nur vom Veräußerer gel-

²⁷³ Siehe dazu oben bei II. 3.

²⁷⁴ Vgl. *G. Ammann*, UR 1998, 98; *F. Klenk*, in Sölch/Ringleb, UStG, § 1 Rn. 482; *W. Reiß*, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 14 Rz. 85. Hinsichtlich des Abstellens auf die Verhältnisse beim Veräußerer und auf dessen wirtschaftliche Betätigung vgl. Sächsisches FG v. 8.2.2000 – 2 K 908/97, EFG 2000, 827; *B. Meyer*, in Offerhaus/Söhn, UStG, § 1, Rn. 387; *W. Widmann*, in Plückerbaum/Malitzky, UStG, § 1 Abs. 1a Rn. 46.

tend zu machender – Vorsteuerabzug entsprechend dem Belastungsgrund der Mehrwertsteuer aber als geboten erscheint. Eine solche Konstellation könnte auch im Rahmen einer Beteiligungsveräußerung eintreten, insbesondere wenn eine reine Holding ohne operativen Geschäftsbereich sämtliche ihrer „aktiv“ bzw. entgeltlich gemanagten Beteiligungen veräußert. Es wäre dann darauf abzustellen, ob der Erwerber die jeweilige(n) Beteiligung(en) ebenfalls für unternehmerische Zwecke einsetzt.

Nach anderer Ansicht muss bei der Entscheidung über den Vorsteuerabzug der Sinn und Zweck des Sonderregimes der Geschäftsveräußerung im Ganzen berücksichtigt werden. Die Art. 19 und 29 MwStSystRL und dementsprechend auch § 1 Abs. 1a UStG dienen im Sinne der steuerneutralen Abwicklung lediglich der Steuervereinfachung und der Liquiditätsschonung des Erwerbers²⁷⁵. Es wird darum vertreten, dass sie sich nicht auf den von dieser Zielsetzung nicht tangierten Vorsteuerabzug auswirken sollten; die mit der Geschäftsveräußerung zusammenhängenden Vorsteuerbeträge sollten stets so abziehbar sein, als ob die Übertragung steuerbar wäre²⁷⁶. Diese Sichtweise hat vor allem dann einiges für sich, wenn der Veräußerer weiterhin unternehmerisch tätig ist. Bei einer Beteiligungsveräußerung würde das regelmäßig bedeuten, dass die nachfolgend noch zu erörternden Grundsätze für den Vorsteuerabzug bei steuerfreier Beteiligungsveräußerung entsprechend zur Anwendung gelangen würden²⁷⁷.

a. Zuordnung der Aufwendungen zu den Gemeinkosten

Der EuGH hat indes in der Rechtssache *Abbey National* beide der vorstehenden Ansätze zurückgewiesen²⁷⁸. Stattdessen hat der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung zum „look through-approach“ bei nicht steuerbaren

²⁷⁵ Siehe dazu auch schon den Kommissionsvorschlag für die 6. EG-Richtlinie v. 20.6.1973, KOM(73) 950, S. 10, zu einer ersten Entwurfsfassung der entsprechenden Bestimmungen. Nach *J. Swinkels*, *International VAT Monitor* 2007, 93 (98) können die Vorteile einer Regelung zu einem „Nicht-Umsatz“ auch durch andere Möglichkeiten, z.B. das Reverse-Charge-Verfahren erzielt werden.

²⁷⁶ Vgl. *B. Terra / J. Kajus*, *A Guide to the European VAT Directives*, 2010, S. 450 f.

²⁷⁷ Siehe sogleich unter IV. 4.

²⁷⁸ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 31 ff.

Vorgängen rekurriert²⁷⁹ und die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Geschäftsveräußerung als Gemeinkosten des Übertragenden klassifiziert. Er geht dabei von der unwiderlegbaren Vermutung aus, dass diese Aufwendungen zu den allgemeinen Kosten des Steuerpflichtigen gehören und als solche in den Preis der Produkte seines Unternehmens eingehen²⁸⁰. Dabei ist für die Zwecke des Vorsteuerabzugs grundsätzlich auf die Geschäftstätigkeit bzw. Verwendungsumsätze vor bzw. bis zum Zeitpunkt der Veräußerung abzustellen²⁸¹. Dies gilt auch für Transaktionskosten, die unmittelbar mit der Geschäftsveräußerung zusammenhängen, z.B. Beratungs- oder Beurkundungskosten²⁸². Ferner hat der EuGH festgestellt, dass statt einer Zurechnung der zur Durchführung der Übertragung getätigten Aufwendungen zur gesamten Geschäftstätigkeit des Unternehmers auch ihre Behandlung als Gemeinkosten eines klar abgegrenzten Unternehmensteils in Betracht kommt, wenn die Aufwendungen zu diesem Teilbereich einen „direkten und unmittelbaren“ Zusammenhang aufweisen²⁸³. Die Bedeutung dieser kryptisch anmutenden Aussage²⁸⁴ erhellt sich im Lichte der zugehörigen Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs*, die der Gerichtshof offenbar aufgegriffen, aber nur verkürzt wiedergegeben hat: Vorrang vor einer Qualifizierung als allgemeine Aufwendungen der gesamten Geschäftstätigkeit des Unternehmers hat eine Zuordnung zum veräußerten Unternehmensteil, sofern selbiger im Vorfeld der Über-

²⁷⁹ Siehe dazu oben in Fn. 195.

²⁸⁰ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35 f. so wohl auch die deutsche Finanzverwaltung in Abschnitt 1.5. Abs. 7 US-tAE. Aus dem Schrifttum ebenso *H. Stadie*, in *Rau/Dürrwächter*, UStG, § 15 (Dez. 2009) Rz. 822; *M. Feldt*, UR 2007, 161 (164); *F. J. Sánchez Gallardo*, *Impuesto sobre el Valor Añadido*, 8. Aufl. 2006, S. 709; *W. Birkenfeld*, *Umsatzsteuer-Handbuch*, § 180 (März 2008) Rz. 123.

²⁸¹ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35.

²⁸² Vgl. auch *H.-J. Tehler*, in *Reiß/Kraeusel/Langer*, UStG, § 1 Rn. 538, 538.1.

²⁸³ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 40.

²⁸⁴ Die Klassifizierung der Aufwendungen im Kontext der Geschäftsveräußerung als Gemeinkosten basiert an sich auf einer Betrachtung mittelbarer Zurechnungskriterien, während die unmittelbare Veranlassung durch die nicht steuerbare Übertragung ausgeblendet wird.

tragung steuerbare Umsätze realisiert hat, als deren Kostenbestandteile die Eingangsleistungen dann fingiert werden können²⁸⁵.

Für eine (nur) nach § 1 Abs. 1a UStG nicht steuerbare Beteiligungsveräußerung implizieren diese richterrechtlichen Grundsätze eine Differenzierung nach den beiden insoweit in Betracht kommenden Kategorien der Geschäftsveräußerung im Ganzen²⁸⁶: Resultiert die entsprechende Qualifizierung der Beteiligungsveräußerung daraus, dass die übertragenen Anteile als einziges wesentliches „asset“ eines eigenständigen Beteiligungsmanagementbetriebs anzusehen sind, wird regelmäßig ein vollumfänglicher Vorsteuerabzug zu gewähren sein: Der übertragene Unternehmensteil – der bei einer reinen Holding evtl. auch das gesamte Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 2 UStG ausmachen kann – war dann nämlich als organisatorische Einheit darauf ausgerichtet, steuerbare Umsätze in Gestalt von entgeltlichen Beratungsleistungen oder sonstigen administrativen bzw. kaufmännischen Dienstleistungen zu erbringen. Die Veräußerungskosten sind daher entsprechend den vorstehend dargelegten Rechtsprechungsgrundsätzen allein diesem Unternehmenssegment zuzuordnen²⁸⁷. Die betreffenden Dienstleistungen unterfallen meist auch keinem vorsteuerabzugsschädlichen Befreiungstatbestand. Zwar hat die übertragene Beteiligung im Regelfall auch dazu gedient, nicht steuerbare Dividendenbezüge zu generieren. Wie oben schon erörtert, wird dieser Aspekt nach der – im Ergebnis zu begrüßenden, obschon nicht unbestrittenen – Auffassung des EuGH von den steuerbaren Transaktionen im Zusammenhang mit der „aktiven“ Beteiligungsverwaltung überlagert und wirkt sich daher auf den Vorsteuerabzug nicht aus²⁸⁸. Bei der Übertragung einer Organgesellschaft wiederum ist auf deren bisherige Geschäftstätigkeit abzustellen, da sie dem Veräußerer im Vorfeld der Anteilsübertragung als eigener Bereich unternehmerischer Aktivität zugerechnet wurde²⁸⁹.

²⁸⁵ Vgl. GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 13.4.2000, Rs. C-408/98 (*Abbey National*), Slg. 2000, I-1361, Rz. 49.

²⁸⁶ Siehe dazu eingehend oben unter II. 3.

²⁸⁷ So auch *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (72). Zur Bedeutung einer solchen Zurechenbarkeit siehe auch generell *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 429.

²⁸⁸ Siehe dazu oben bei Fn. 228.

²⁸⁹ Ebenso *C. Wäger*, DStR 2011, 433 (435 f.); a.A. *M. Eldagsen / J. Röhrbein*, BB 2011, 1696 (1699).

Probleme ergeben sich nur dann, wenn die Einordnung des Share Deal als Geschäftsveräußerung im Ganzen allein daraus resultiert, dass 100 % der Anteile an einer unternehmerisch tätigen Tochtergesellschaft übertragen werden. In diesem Fall wird (mittelbar) ein Unternehmen transferiert, das keine dem Veräußerer zurechenbaren Umsätze getätigt hat. Es kann darum von vornherein nicht unterstellt werden, dass die beim Übertragenden angefallenen Veräußerungsaufwendungen als absehbare Kostenelemente kalkulatorisch bereits in den Preis zuvor vom übertragenen Unternehmensteil realisierter Umsätze eingegangen sind²⁹⁰. An sich wäre es dann naheliegend und auch im Vergleich zu den Wertungen der Urteile *Securenta* sowie *AB SKF* stimmig, eine Zurechnung (nur) zu denjenigen Unternehmensbereichen vorzunehmen, welche die Unternehmenszugehörigkeit der übertragenen Beteiligung begründet haben. Denn nach den vorstehend erwähnten EuGH-Entscheidungen reicht es aus, wenn ein nicht ganz fernliegender und auch nicht durch Zwischenschaltung nachhaltiger und eigenständiger außerunternehmerischer Geschäftstätigkeiten unterbrochener Veranlassungszusammenhang zwischen den anlässlich eines nicht steuerbaren Vorgangs bezogenen, vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen einerseits und steuerbaren Ausgangsumsätzen andererseits besteht. Es käme demnach für den Vorsteuerabzug nur noch darauf an, ob und ggf. inwieweit die betreffenden unternehmerischen Aktivitäten in der Erbringung abzugsschädlicher steuerfreier Umsätzen bestehen.

Es lässt sich allerdings nicht mit Gewissheit prognostizieren, ob der EuGH bei sich bietender Gelegenheit tatsächlich derart konsistent urteilen und damit auch dem übergeordneten Anliegen Rechnung tragen würde, einen Vorsteuerabzug soweit als nach geltendem Mehrwertsteuerrecht vertretbar auch zu gewähren²⁹¹. Möglicherweise bleibt er in diesen Konstellationen auch bei seinem Grundsatz, dass die zur Durchführung der Veräußerung getätigten Aufwendungen als Gemeinkosten der gesamten Geschäftstätigkeit des Unternehmers vor der Anteilsübertragung zu behandeln sind²⁹². Dieselben Zweifel bestehen im Übrigen auch hinsichtlich der „vergeblichen“ Aufwendungen

²⁹⁰ A.A. C. *Wäger*, DStR 2011, 433 (435 f.), der dafür plädiert, für den Vorsteuerabzug hinsichtlich der Eingangsleistungen im Zusammenhang mit der Anteilsübertragung auch in diesen Konstellationen auf die „wirtschaftlichen Gesamttätigkeit abzustellen, welche die Gesellschaft ausübt, an der die veräußerte Beteiligung besteht“, weil der EuGH die Übertragung einer derartigen Beteiligung der Übertragung des Vermögens der Gesellschaft, an der diese Beteiligung besteht, im Urteil *AB SKF* gleichstellt habe.

²⁹¹ Siehe dazu nochmals oben bei IV. 1. und IV. 3. b.

²⁹² Hierfür plädieren etwa auch *M. Eldagsen / J. Röhrbein*, BB 2011, 1696 (1699).

anlässlich einer letztlich gescheiterten Beteiligungsveräußerung, bei denen ebenfalls eine Zuordnung entweder – vorzugsweise – zu den unternehmerischen Aktivitäten, denen die betreffende Beteiligung selbst dient, oder aber zu allen Geschäftsbereichen des Unternehmers angenommen werden könnte. Im letztgenannten Falle könnte eine Vorab-Aufteilung der Vorsteuern mit Blick auf nicht dem Anwendungsbereich des Mehrwertsteuersystems unterfallende Geschäftsbereiche und geschäftliche Aktivitäten einerseits und unternehmerische Aktivitäten andererseits entsprechend der *Securenta*-Doktrin erforderlich werden. Anders als bei der nach allgemeinen Grundsätzen nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung wäre dann aber nicht auf die künftige Verwendung des Veräußerungserlöses, sondern auf die vergangene Geschäftstätigkeit des die Anteile übertragenden Unternehmers abzustellen²⁹³. Einzig sachgerechter Aufteilungsmaßstab ist daher ein umsatz- bzw. einnahmenbasierter Schlüssel²⁹⁴, denn die Alternative einer Zuordnung nach objektiven wirtschaftlichen Zusammenhängen ließe sich nur über eine exakte Kostenträgerrechnung realisieren. Eine solche scheidet aber aus, weil die vom EuGH postulierte Zurechnung zur gesamten Geschäftstätigkeit des Unternehmers schon dem Grunde nach auf einer Fiktion beruht.

Unter der vorstehenden Prämisse gilt dann hinsichtlich der etwaigen weiteren vom Unternehmer gehaltenen Beteiligungen nach den bereits herausgearbeiteten Grundsätzen des *Securenta*-Urteils, dass sie nur bei ausschließlich nicht-unternehmerischer Verwaltung zwecks Generierung nicht steuerbarer Dividendeneinnahmen abzugsschädlich sind; ansonsten bleiben die Dividenden außer Betracht²⁹⁵.

Noch vom EuGH zu klären wäre, ob für den Fall einer Realisierung von Veräußerungserlösen aus einer nicht steuerbaren – oder evtl. sogar aus einer steuerbaren, aber steuerfreien – Veräußerung anderer Beteiligungen im Vorfeld der

²⁹³ So auch *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, *EC Tax Review* 2010, 62 (71). Speziell bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (jPdöR) wäre der Bereich hoheitlicher und nach Art. 13 *MwStSystRL* (unter Berücksichtigung der darin statuierten Rückausnahmen) nicht dem Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer unterliegende Bereich hoheitlicher Tätigkeiten nicht als (nicht steuerbares, ergo abzugsschädliches) „Geschäftsfeld“ zu berücksichtigen, weil er nach dieser Vorschrift der jPdöR nicht mehr in ihrer Eigenschaft als Unternehmerin zuzurechnen ist.

²⁹⁴ Insoweit zutreffend *J. Eggers / R. Korf*, *DB* 2009, 2685 (2690).

²⁹⁵ Für die übertragene Beteiligung selbst scheidet dies in der hier erörterten Fallgruppe von vornherein aus.

nunmehr in Rede stehenden Anteilsübertragung eine doppelte Transparenzbeurteilung greift: Soweit Vorsteuern aus Eingangsleistungen, die unmittelbar durch jene vorangegangenen Veräußerungen veranlasst würden, im Rahmen des durch die Securenta-Doktrin begrenzten und durch AB SKF modifizierten „look through-approach“ steuerbaren Ausgangsumsätzen zugeordnet werden könnten²⁹⁶, ließe sich nämlich vertreten, dass dieselbe Betrachtungsweise auch noch für Aufwendungen greift, die ihrerseits nach den in Abbey National aufgestellten Grundsätzen solchen nicht steuerbaren (oder steuerfreien) Vorgängen nur mittelbar als unterstellte Gemeinkosten zuzurechnen sind. Das wäre an sich konsequent und würde sich auch auf der primärrechtlich gebotenen Linie vorsteuerabzugsfreundlicher Interpretation der einschlägigen Richtlinienbestimmungen bewegen. Entsprechend wäre dann auch bezüglich der Einnahmen aus einer vorangegangenen nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen zu verfahren. Schließlich wären diese Überlegungen auch auf die Zinserträge aus der nicht steuerbaren Vergabe von (insbes. konzerninternen) Darlehen zu übertragen.

Folgt man diesem Ansatz nicht, wären hingegen die Erlöse aus den vorstehend erörterten nicht steuerbaren Vorgängen als Einnahmen aus einem eigenständigen, nicht dem Mehrwertsteuerregime unterliegenden Geschäftsbereich bei der Berechnung des abziehbaren Vorsteueranteils nach der Securenta-Doktrin an sich zum Nachteil des vorsteuerbelasteten Unternehmers zu berücksichtigen²⁹⁷. Demgegenüber wäre der Umsatz aus einer vorangegangenen steuerbaren aber steuerfreien Beteiligungsveräußerung richtigerweise regelmäßig als Hilfsumsatz gemäß Art. 174 Abs. 2 Buchst. c MwStSystRL bei der Ermittlung des abziehbaren Vorsteueranteils außer Betracht zu lassen²⁹⁸. Dies wäre dann

²⁹⁶ Siehe dazu oben bei II. 2. zur nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung und oben bei III. zur steuerfreien Beteiligungsveräußerung.

²⁹⁷ Der nicht steuerbare Veräußerungserlös wäre also nicht (erst) im Rahmen der Berechnung des pro-rata-Satzes des Vorsteuerabzugs durch *direkte* Anwendung des Art. 174 Abs. 1 MwStSystRL bzw. des § 15 Abs. 4 UStG zu berücksichtigen; siehe dazu EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 54; EuGH v. 25.6.1997, Rs. C-45/95 (Kommission / Italien), Slg. 1997, I-3605, Rz. 20; ebenso FG Düsseldorf v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072); *M. Feldt*, UR 2007, 161 (167 f.). Nach hier vertretener Ansicht macht dies allerdings im Ergebnis grds. keinen Unterschied, weil zumindest die nationale Vorschrift des § 15 Abs. 4 UStG für die Vorsteueraufteilung hinsichtlich der nicht steuerbaren Vorgänge analog heranzuziehen ist; siehe dazu oben bei Fn. 257.

²⁹⁸ Vgl. FG Düsseldorf v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072) unter Berufung auf *J. Englisch*, UR 2007, 290 (299). Skeptisch insoweit aber *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (66 f.).

auch im Kontext des § 15 Abs. 4 S. 3 UStG beachtlich, weil der nach dieser Bestimmung subsidiär heranzuziehende – in den hier erörterten Konstellationen aber alternativlose – Umsatzschlüssel auf den Vorgaben des Art. 173 Abs. 1 MwStSystRL gründet, der seinerseits u.a. auf Art. 174 Abs. 2 Buchst. c MwStSystRL verweist²⁹⁹. Eine Beteiligungsveräußerung ist nach Wortlaut und Telos dieser Vorschrift jedenfalls dann als Hilfsumsatz zu charakterisieren, wenn derartige Umsätze nur gelegentlich getätigt werden und wenn die für die konkrete Veräußerung eingekauften Eingangsleistungen im Vergleich zum sonstigen Aufwand des Unternehmens relativ gering ausfallen³⁰⁰. Dabei ist auch die Wertung des § 174 Abs. 2a MwStSystRL zu berücksichtigen, wonach die Umsätze aus der Veräußerung körperlicher Anlagegüter keinesfalls berücksichtigt werden dürfen.

Die auf Grundlage der Erwägungen des vorstehenden Absatzes zu konstatierende Diskrepanz zwischen den Auswirkungen einer (vorangegangenen) nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung auf den Vorsteuerabzug einerseits und denjenigen einer steuerbaren, aber nicht steuerpflichtigen Veräußerung andererseits stünde allerdings im Widerspruch zu dem vom EuGH – grundsätzlich zu Recht – für die Zwecke des Vorsteuerabzugs postulierten Gebot der Gleichbehandlung beider Veräußerungsvarianten.³⁰¹ Es wäre daher zu erwägen, Art. 174 Abs. 2 Buchst. c MwStSystRL analog auch auf die nicht steuerbare Veräußerung anzuwenden, zumal wenn man wie hier vertreten eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 4 UStG im Rahmen der *Securenta*-Doktrin für geboten hält³⁰². Es ist allerdings vor dem Hintergrund der Entscheidung in der Rechtssache AB SKF nicht auszuschließen, dass der EuGH den umgekehrten Weg einer Annäherung beschreiten wird: In den von ihm anerkannten Fall-

²⁹⁹ Vgl. *H. Stadie*, in Rau/Dürrwächter, UStG, § 15 (Okt. 2009) Rz. 887; *A. Forgách*, in Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 15 (Juni 2007) Rz. 428 und 435.

³⁰⁰ Der EuGH hält das letztgenannte Kriterium für ausschlaggebend, vgl. EuGH v. 29.4.2004, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I- 4295, Rz. 76; ebenso GA *Lenz*, Schlussantrag v. 15.2.1996, Rs. 306/96 (Regie dauphinoise), Slg. 1996 I-3697, Rz. 42 f.; GA *Léger*, Schlussanträge v. 12.9.2002, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 87 ff. Siehe ferner FG Düsseldorf, Urt. v. 10.6.2009, 5 K 150/06 U, EFG 2009, 2070 (2072) unter Berufung auf *J. Englisch*, UR 2007, 290 (299). Ein Hilfsumsatz, der inhaltlich weitgehend übereinstimmt mit dem Begriff Hilfsgeschäft, liegt nach *Birkenfeld* vor, wenn dieser Umsatz die übrigen Umsätze unterstützt oder ergänzt und durch die übrigen Umsätze veranlasst wird, vgl. *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, Bd. I § 33 Rn. 116.

³⁰¹ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 36 ff.

³⁰² Siehe dazu oben bei IV. 3. c.

konstellationen einer steuerbaren (aber steuerfreien) Beteiligungsveräußerung sieht er selbige wohl regelmäßig als „unmittelbare, dauerhafte und notwendige Erweiterung der steuerbaren Tätigkeit“ an³⁰³. Eine solche Tätigkeit kann aber nach dem Grundsatzurteil *Régie dauphinoise* – betreffend die Kreditgewährung – von vornherein nicht die Merkmale eines Hilfsumsatzes aufweisen³⁰⁴, weil sie als eine systematische Folge der den eigentlichen Geschäftsgegenstand bildenden unternehmerischen Tätigkeit anzusehen ist³⁰⁵.

b. Notwendigkeit einer Kostenzuordnung?

Abschließend ist festzuhalten, dass es in keiner der vorstehend erörterten Varianten einer möglichen Zurechnung von durch die Geschäftsübertragung veranlassten Aufwendungen zu vorangegangenen unternehmerischen Aktivitäten des Veräußerers darauf ankommt, ob und ggf. inwieweit diese Aufwendungen tatsächlich bzw. nachweislich als Kostenelemente in den Preis von steuerbaren Ausgangsumsätzen eingegangen sind. Die Auffassung des FG München, wonach die Höhe potenziell zum Vorsteuerabzug berechtigender, weil der Unternehmenssphäre zuzuordnenden Eingangsleistungen durch die Höhe der steuerbaren Ausgangsumsätze begrenzt werde³⁰⁶, steht daher nicht mit den Vorgaben des EuGH im Einklang³⁰⁷. Zwar wäre eine solche Analyse plausibel und angezeigt, wenn man nur den theoretischen Grundansatz der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in den Blick nähme³⁰⁸: Danach soll ein Zusammenhang von vorsteuerbelasteten Aufwendungen und steuerbaren Ausgangsumsätzen bekanntlich voraussetzen, dass erstere als Kostenelemente bei

³⁰³ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 31 u. 33.

³⁰⁴ Insoweit zutreffend *B. Terra / J. Kajus*, Introduction to European VAT 2010, S. 1004.

³⁰⁵ Vgl. EuGH v. 11.7.1996, Rs. C-306/94 (*Régie dauphinoise*), Slg. 1996, I-3695, Rz. 22. Dies ist nach *Meyer* keine Frage des Leistungsbegriffs, sondern des Unternehmerbegriffs. Das Unterhalten derartiger Geldanlagen ist damit unternehmerisch, soweit diese Tätigkeit im Rahmen einer anderen unternehmerischen Tätigkeit erfolgt, vgl. *B. Meyer*, in Offerhaus/Söhn, UStG, § 2 Rn. 117.

³⁰⁶ Vgl. FG München, Urt. v. 28.1.2009 – 3 K 3141/05, EFG 2009, 1153 (1154).

³⁰⁷ Wie hier *S. Behrens / R. Schmitt*, BB 2009, 2074 (2075); *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (724). A.A. *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, EC Tax Review 2010, 62 (66); tendenziell a.A. auch *S. Behrens*, EU-UStB 2009, 62 (69).

³⁰⁸ Zu den aus einer solch strikten Sichtweise resultierenden Umsetzungsschwierigkeiten in der Praxis vgl. *M. Winter*, in FS Schaumburg, 2009, S. 1213 (1220 f.).

letzteren Preisbestandteile werden³⁰⁹. Es darf indes nicht übersehen werden, dass der Gerichtshof diesen Ansatz inzwischen zum Teil nur noch rhetorisch als Ausgangspunkt seiner eigentlichen Prüfung statuiert, weil selbiger sich seit jeher als abstrakte Vorgabe in den jeweils einschlägigen Mehrwertsteuer-Richtlinien findet³¹⁰. Demgegenüber sind die den Abzug konkret regelnden Richtlinienbestimmungen³¹¹ seit jeher final formuliert, weshalb der Gerichtshof, wie oben dargelegt³¹², teilweise einen Kostenzusammenhang anhand eines bestimmten Veranlassungszusammenhangs unwiderlegbar vermutet.

Ebenso verhält es sich auch bei der Klassifikation von vorsteuerbelasteten Aufwendungen anlässlich einer Geschäftsveräußerung im Ganzen als Gemeinkosten der wirtschaftlichen Gesamtbetätigung des Unternehmers: Der EuGH geht in seinem Urteil *Abbey National* in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen seines Generalanwaltes³¹³ davon aus, dass besagte Aufwendungen „als Bestandteil der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens vor der Übertragung anzusehen“ sind und damit ohne weiteres zu unterstellen ist, dass sie als allgemeine Kosten in den Preis der Produkte des Unternehmens eingehen³¹⁴. Völlig zu Recht verweist der EuGH darauf, dass

³⁰⁹ Vgl. EuGH v. 6.4.1995, Rs. 4/94 (*BLP Group*), Slg. 1995, I-983, Rz. 19; EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (*Midland Bank*), Slg. 2000, I-4177, Rz. 30; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 28; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 31; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (*Kretztechnik*), Slg. 2005, I-4357, Rz. 35; EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (*Investrand*), Slg. 2007, I-1315, Rz. 23.

³¹⁰ Vgl. Art. 2 der Ersten MwStRL sowie Art. 1 Abs. 2 der derzeit geltenden MwStSystRL.

³¹¹ Vgl. Art. 168 f. MwStSystRL, ehemals Art. 17 Abs. 2 der 6. EG-Richtlinie.

³¹² Vgl. oben IV. 3.

³¹³ Vgl. GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 13.4.2000, Rs. C-408/98 (*Abbey National*), Slg. 2000, I-1361, Rz. 49: „Soweit die Mehrwertsteuer für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung abzugsfähig ist, ist sie es deshalb, weil sie – wegen eines direkten und unmittelbaren Zusammenhangs – Leistungen des Unternehmensteils zugeordnet werden kann, dessen Vermögensgegenstände übertragen werden. Wenn sämtliche Leistungen steuerpflichtig sind, ist sie somit voll abzugsfähig und eine weitere Prüfung erübrigt sich.“ (Hervorhebung nur hier).

³¹⁴ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35 (Hervorhebung nur hier); siehe dazu – obschon weniger deutlich – auch die affirmative, nicht etwa konditionale – Formulierung in EuGH v. 8.2.2007, Rs. C-435/05 (*Investrand*), Slg. 2007, I-1315, Rz. 24 m.w.N. Die vordergründig gegenteiligen Ausführungen in EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (*AB SKF*), Slg. 2009, I-228, Rz. 60, sind ersichtlich auf den Ausnahmefall einer direkten

eine solche, gemessen an der Kostenelemente-Rhetorik des Art. 1 Abs. 2 MwStSystRL großzügige Interpretation der Regelungen zum Vorsteuerabzug durch das Neutralitätsprinzip geboten ist³¹⁵. Zwar sind die entsprechenden Überlegungen vom EuGH im Kontext des Verhältnisses von unmittelbarer Veranlassung durch den nicht steuerbaren Vorgang einer Geschäftsveräußerung und mittelbarer Veranlassung durch unternehmerische Aktivitäten angestellt worden; sie müssen dann aber erst recht für die nachgelagerte, auf dieser Kostentragungsfiktion aufbauende Abgrenzung von mittelbarer Zurechnung zu Geschäftstätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs der Mehrwertsteuer einerseits und zu unternehmerischen Aktivitäten andererseits anhand der *Securenta*-Doktrin gelten.

5. Steuerfreie Anteilsveräußerung

War eine Beteiligungsveräußerung als steuerbar, aber nach § 4 Nr. 8 Buchst. e und f UStG nicht steuerpflichtig zu behandeln, konnte der Veräußerer bislang regelmäßig keinen Vorsteuerabzug hinsichtlich der durch die Anteilsübertragung veranlassten Eingangsleistungen erlangen. Denn nach bisher herrschender Ansicht³¹⁶ und Verwaltungspraxis³¹⁷ wurde für die Zwecke des Vorsteuerabzugs bislang ausschließlich auf die direkte Veranlassung der Kosten durch die steuerfreie Veräußerung abgestellt³¹⁸. In der Folge wurde eine Vorsteu-

Veranlassung durch eine steuerbare, aber steuerfreie Beteiligungsveräußerung zugeschnitten, um mit der diesbezüglichen, bislang wesentlich restriktiveren Rechtsprechungstradition brechen zu können, und dürften keine Verschärfung der Anforderungen in den übrigen Fallkonstellationen bewirken; siehe dazu auch oben bei Fn. 210 (zur nach allgemeinen Grundsätzen nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung). Dies gilt umso mehr, als sie in den nachfolgenden Urteils-passagen (vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 72) wieder relativiert werden.

³¹⁵ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35.

³¹⁶ Vgl. EuGH v. 6.4.1995, Rs. C-4/94 (*BLP Group*), Slg. 1995, I-983, Rz. 24 ff. sowie BMF-Schreiben v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 13; *W. Birkenfeld*, Umsatzsteuer-Handbuch, Bd. I, § 33a Rn. 51; so auch *C. Wäger*, DStR 2009, 2292 (2292) und *W. Reiß*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 2010, § 14 Rz. 172, jeweils unter Verweis auf EuGH in Sachen *BLP Group*; sowie *W. Birkenfeld*, NWB Fach 7, 7041 (7043); a.A. schon bislang *J. Englisch*, UR 2007, 290 (295, dort Fn. 40).

³¹⁷ Vgl. BMF-Schreiben v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, S. 211.

³¹⁸ So auch jüngst ungeachtet der zwischenzeitlich ergangenen EuGH-Entscheidung AB SKF durch den BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (729) angenommen.

erabzugberechtigung nach Art. 164 MwStSystRL bzw. durch § 15 Abs. 2 UStG ausgeschlossen, sofern der Leistungsort nicht im Drittlandsgebiet lag. Es wurde also, wie schon oben dargelegt, die vom EuGH traditionell postulierte Prüfung der Vorsteuerabzugsberechtigung auf Basis einer Kostenzurechnung faktisch anhand des Kausalzusammenhangs zwischen dem (steuerfreien) Ausgangsumsatz einerseits und der zu seiner Ausführung verwendeten Eingangsleistung andererseits vorgenommen; es galt die Fiktion: Kosten folgen der unmittelbaren Veranlassung. Ein „look through-approach“ war somit bei der steuerfreien Beteiligungsveräußerung bislang ausgeschlossen. Wiesen Eingangsleistungen eine direkte und unmittelbare Verbindung mit einer steuerfreien Beteiligungsveräußerung auf, sollte „der vom Steuerpflichtigen verfolgte endgültige Zweck unerheblich“ sein³¹⁹. Dem folgt auch nach wie vor die Rechtsprechung des BFH³²⁰, wobei der BFH im Hinblick auf die scheinbaren Unterschiede zwischen MwStSystRL und UStG³²¹ zum Teil unmittelbar auf Art. 168 MwStSystRL verweist und nicht (auch) § 15 UStG prüft.

Diesen Ansatz hat der EuGH mit dem Urteil AB SKF indes jedenfalls für die steuerfreie Beteiligungsveräußerung, entgegen dem Plädoyer seines Generalanwalts³²², aufgegeben³²³. Stattdessen soll es in diesem Kontext ausnahmsweise auf einen realen Kostentragezusammenhang ankommen³²⁴: Mit Blick auf den Vorsteuerabzug entscheidend für die Klassifizierung der durch die Veräußerung veranlassten Aufwendungen als direkte Veräußerungskosten oder aber als allgemeine Aufwendungen des Unternehmers soll nunmehr sein, ob besagte Aufwendungen als Kostenelemente in den Preis des steuerfreien Ausgangsumsatzes, d.h. in den Kaufpreis für die übertragenen Anteile eingeflossen sind³²⁵. Die Art und Weise der Formulierung der einschlägigen Urteils-passagen durch den EuGH deutet dabei darauf hin, dass nach seiner Ansicht sogar eine Vermutung für die Zuordnung der Veräußerungskosten zur gesam-

³¹⁹ Vgl. EuGH v. 6.4.1995, Rs. C-4/94 (BLP Group), Slg. 1995, I-983, Rz. 19.

³²⁰ Vgl. zuletzt BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (729); zustimmend auch jetzt noch C. Wäger, DStR 2011, 433 (434).

³²¹ So diesbezüglich C. Wäger, DStR 2011, 433.

³²² Vgl. GA Mengozzi, Schlussantrag v. 12.2.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-10413, Rz. 59 ff.

³²³ A.A. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (731); dazu sogleich.

³²⁴ So auch die Interpretation durch S. Behrens, BB 2010, 229 (231); sehr kritisch H. Hundt-Eßwein, UStB 2010, 83 (88 f.).

³²⁵ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 60 ff.

ten Geschäftstätigkeit sprechen soll³²⁶. Denn der Vorsteuerabzug sei nur ausgeschlossen, wenn „ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen den bezogenen Eingangsdienstleistungen und der befreiten [Anteilsveräußerung] belegt wird.“³²⁷ Damit besteht in Abweichung zur bisherigen, EU-weiten Verwaltungspraxis³²⁸ die Möglichkeit der „steuerfreien Veräußerung mit Vorsteuerabzug“ innerhalb der EU.

Die Rechtsprechungsänderung auf europäischer Ebene ist vom fünften Senat des BFH allerdings kürzlich in Abrede gestellt worden³²⁹. Mit Urteil vom 27.1.2011 entschied der BFH, dass es bei steuerfreier Beteiligungsveräußerung faktisch keinen Vorsteuerabzug geben kann. Damit ist der BFH den Erwartungen nach dem EuGH-Urteil in Sachen AB SKF nicht gerecht geworden. Die Argumentation des BFH in diesem Zusammenhang konzentriert sich erstaunlich einseitig auf diejenigen Urteilspassagen der Entscheidung AB SKF, die (nur) bei isolierter Betrachtung ein Festhalten am status quo ante als möglich erscheinen lassen könnten, und blendet einige in die gegenteilige Richtung weisende, dezidierte Vorgaben des EuGH vollständig aus: Der BFH weist zunächst darauf hin, dass der EuGH in AB SKF an seinem bisherigen Standpunkt festgehalten habe, wonach ein etwaiger Zusammenhang von Eingangsleistungen und wirtschaftlicher Gesamttätigkeit nur zu berücksichtigen sei, wenn es an einem direkten und unmittelbaren Zusammenhang zwischen

³²⁶ So ausgehend von den typischen realen Gegebenheiten auch *C. Bates / J. Lloyd*, *British Tax Review* 2010, 31 (37). Im Ergebnis tendenziell gl. *A. J. Eggers / R. Korf*, *DB* 2009, 2685 (2689). Sehr skeptisch diesbzgl. aber *C. Wäger*, *DStR* 2009, 2292 (2294): Klärung durch erneute Vorlage an den EuGH geboten; ähnlich *A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden*, *EC Tax Review* 2010, 62 (68).

³²⁷ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), *Slg.* 2009, I-228, Rz. 71 (Hervorhebung nur hier).

³²⁸ Vgl. BMF-Schreiben v. 26.1.2007, *BStBl. I* 2007, S. 211, Tz. 13.; siehe ferner EP Written Question E-3729/00, 30. Nov. 2000 (recherchierbar unter <http://www.europarl.europa.eu/RegWeb/application/registre/advancedSearch.faces>), Answer given by Mr Bolkestein on behalf of the Commission on 2 Feb. 2001: “The Commission can confirm that delegations at the July 1990 meeting of the VAT Committee were unanimous in the view that VAT on costs relating to share transactions is not deductible, such transactions being exempt under Article 13(B)(d)(5) of the Sixth Council Directive 77/388/EEC(...)”.

³²⁹ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, *BFH/NV* 2011, 727 (730); siehe ferner auch BFH v. 9.12.2010 – V R 17/10, *UR* 2011, 313 (315); BFH v. 13.1.2011 – V R 12/08, *UR* 2011, 295 (298). Zustimmend die beiden an der Entscheidung beteiligten Richter *S. Martin*, *BFH/PR* 2011, 196 f.; *C. Wäger*, *DStR* 2011, 433 (435).

Eingangs- und Ausgangsumsatz fehle³³⁰. Eine Abkehr von der vorerwähnten BLP-Rechtsprechung, wonach der unmittelbare Veranlassungszusammenhang mit steuerfreien Umsätzen stets abzugsschädlich sei, habe der EuGH in AB SKF nicht vollzogen, weil er auf die BLP-Entscheidung „wenn auch in anderem Zusammenhang“ ausdrücklich Bezug nehme³³¹.

Indes hat der EuGH unmittelbar im Nachgang zu der von ihm postulierten Möglichkeit eines direkten Zusammenhangs der Veräußerungskosten mit der steuerfreien Veräußerung betont, „[f]ür die Feststellung eines derartigen (...) Zusammenhangs kommt es (...) darauf an, ob die getätigten Ausgaben in den Preis der Aktien (...) Eingang finden“³³². Damit hat er deutlich gemacht, dass es nicht (mehr) auf eine rein an Veranlassungszusammenhängen orientierte Betrachtungsweise ankommen sollte, sondern auf den konkreten kalkulatorischen Kostenzusammenhang³³³. Diese eindeutige Aussage wird auch nicht durch die Inbezugnahme des Urteils BLP Group in Frage gestellt, weil selbige in einem völlig andersartigen Kontext – bei der Prüfung der Steuerfreiheit der Veräußerung – erfolgte³³⁴. Es muss im Gegenteil als beredtes Schweigen gewertet werden, dass der EuGH bei seiner Entscheidung der Rechtssache AB SKF in den für den Vorsteuerabzug entscheidenden Urteilspassagen trotz ausdrücklicher Vorhaltung durch Generalanwalt *Mengozzi*³³⁵ auf seinen im Urteil BLP Group formulierten gegenteiligen Standpunkt mit keinem Wort eingegangen ist. Der EuGH formuliert ausdrücklich, dass ein vorsteuerabzugsschädlicher Zusammenhang zur Beteiligungsveräußerung (nur) gegeben ist, wenn der Kaufpreis der Anteile sich entsprechend den in Rede stehenden Kosten erhöht hat. Damit stellt der EuGH für den Vorsteuerabzug auf die Absicht bzw. das Motiv des Steuerpflichtigen ab, den durch die Beteiligungsveräußerung erzielten Erlös zu reinvestieren bzw. zur Förderung der sonstigen Geschäftstätigkeit zu verwenden.

Zudem zeigt der Gesamtkontext des Urteils AB SKF, dass der Gerichtshof über das – in seiner sonstigen Judikatur, wie oben dargelegt, oft nur rhetorisch

³³⁰ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (730 f.), unter Verweis auf EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 59.

³³¹ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (730 f.).

³³² Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 62.

³³³ A.A. ohne nähere Begründung C. *Wäger*, DStR 2011, 433 (435).

³³⁴ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 47.

³³⁵ Vgl. GA *Mengozzi*, Schlussantrag v. 12.2.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-10413, Rz. 65 ff.

bemühte – Kriterium der Kostenträgerschaft eine Annäherung der mehrwertsteuerlichen Behandlung von steuerfreien Anteilsveräußerungen an diejenige der nicht steuerbaren Anteilsveräußerung hat vollziehen wollen. Eine solche Gleichbehandlung im Sinne einer prinzipiellen Möglichkeit des Vorsteuerabzugs hielt der EuGH aus Gründen der Neutralität der Mehrwertsteuer für zwingend geboten³³⁶. Eine andere Auslegung „belastete den Wirtschaftsteilnehmer mit den Mehrwertsteuern seiner wirtschaftlichen Tätigkeit, ohne dass er sie abziehen könnte“³³⁷. Durch die ausdrückliche Inbezugnahme zahlreicher Entscheidungen zur Abziehbarkeit von Vorsteuern bei Beratungsleistungen im Zusammenhang mit nicht steuerbaren Finanztransaktionen³³⁸ hat der EuGH keinen Zweifel daran gelassen, dass nach seiner Ansicht der dort praktizierte „look through“ approach³³⁹ auch bei der steuerfreien Anteilsveräußerung Anwendung finden muss, falls sich dies über den Kostentragungsgedanken als mit dem restriktiven Wortlaut des Art. 168 MwStSystRL in Einklang stehend verbrämen lässt³⁴⁰. Dabei versteht der Gerichtshof seine dahingehenden Ausführungen explizit als „sachdienliche“ Konkretisierung des „Kriteriums des direkten und unmittelbaren Zusammenhangs“³⁴¹, und zwar angesichts der abweichenden Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* erkennbar unter bewusster Abweichung von der BLP-Entscheidung, in der ein

³³⁶ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 64 ff.

³³⁷ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 70.

³³⁸ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 64, wo auf folgende Entscheidungen verwiesen wird: EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-89/89 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 31; EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (Abbey National), Slg. 2001, I-1361, Rz. 35 und 36; EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (Cibo Participations), Slg. 2001, I-6663, Rz. 33 und 35; EuGH v. 26.5.2005, Rs. C-465/03 (Kretztechnik), Slg. 2005, I-4357, Rz. 36, und EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (Securenta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 29 und 31.

³³⁹ Siehe dazu oben bei IV. 2.

³⁴⁰ Bezeichnend sind insofern die Ausführungen des EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 71: „(...) zwar [eröffnet] die von der Mehrwertsteuer befreite Aktienveräußerung (...) kein Recht auf Vorsteuerabzug, doch ändert dies nichts daran, dass es hierauf nur dann entscheidend ankommt, wenn ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen den bezogenen Eingangsdienstleistungen und der befreiten Ausgangsveräußerung von Aktien belegt wird.“

³⁴¹ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 63 f.

Gleichlauf von steuerfreier und von nicht steuerbarer Anteilsveräußerung mit Blick auf den Vorsteuerabzug noch als ausgeschlossen angesehen wurde³⁴².

Der BFH stellt diese Gedankenführung auf den Kopf, wenn er argumentiert, der EuGH habe in AB SKF „die Gleichbehandlung zwischen nichtsteuerbarer und steuerfreier Anteilsübertragung unter de[n] Vorbehalt eines fehlenden unmittelbaren Zusammenhangs zur steuerfreien Anteilsübertragung“ gestellt³⁴³. Im Lichte der vorstehenden Urteilsanalyse lässt sich eindeutig feststellen, dass dieser Vorbehalt von den mitgliedstaatlichen Finanzverwaltungen gerade nicht wie vom BFH propagiert schon unter Verweis auf das herkömmliche Kriterium eines unmittelbaren Veranlassungszusammenhangs mit der steuerfreien Anteilsübertragung geltend gemacht werden darf. Wenn der BFH der Auffassung war – wofür manches spricht – die neue Rechtsprechungslinie des EuGH stehe im Widerspruch zum restriktiver angelegten Richtlinienkonzept des Vorsteuerabzugs und füge sich auch nicht stimmig in seine generelle Judikatur zum Vorsteuerabzug ein, so hätte er diese Bedenken offen äußern und zum Anlass für ein weiteres Vorlageverfahren an den EuGH nehmen sollen³⁴⁴. Dabei wäre allerdings auch zu bedenken gewesen, dass dem Gerichtshof mit seinem Urteil eine Annäherung an die aus den Fundamentalprinzipien des Mehrwertsteuerrechts abzuleitenden Forderungen nach umsatzsteuerrechtlicher Entlastung von Erwerbсаufwendungen³⁴⁵ gelingt.

Auch wenn der BFH auf den EuGH in Sachen AB SKF verweist, fällt in diesem Zusammenhang der abweichende Ansatz in der Argumentation auf. Der EuGH (in Rn. 62) stellt auf den „Zusammenhang“ der Kosten ab, womit es für den unmittelbaren Zusammenhang darauf ankommt, ob die getätigten Ausgaben in den Preis der Aktien Eingang finden oder ob sie nur zu den Kostenelementen der Produktpreise des Steuerpflichtigen gehören.³⁴⁶ Der BFH bewegt sich in seiner Begründung zunächst im Rahmen dieser an der

³⁴² Vgl. die vom EuGH aufgegriffenen Überlegungen des GA Lenz, Schlussanträge v. 26.1.1995, Rs. C-4/94 (BLP Group), Slg. 1995, I-983, Rz. 47 f.

³⁴³ Vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (731) unter Verweis auf EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 71.

³⁴⁴ Dies hat der BFH jedoch mit einer Begründung, die bei allem gebotenen Respekt nur als – möglicherweise bewusst – oberflächlich und begriffsjuristisch bezeichnet werden kann, abgelehnt, vgl. BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (731).

³⁴⁵ Siehe dazu oben bei Fn. 180.

³⁴⁶ So sieht dies im Übrigen auch die Finanzverwaltung, Abschnitt 213a Abs. 4 und 6 UStAE.

Kostenträgerschaft orientierten Argumentationslinie, schwenkt dann aber auf eine veranlassungsbezogene Betrachtung um und prüft, ob nach den objektiven Umständen die Leistungen speziell für die Anteilsveräußerung oder für allgemeine Zwecke des Unternehmens bezogen wurden³⁴⁷. In gewissem Maße ist es allerdings auch auf Basis der BFH-Rechtsprechung in praktischer Hinsicht eine Frage der Abgrenzung und Dokumentation des Steuerpflichtigen, ob die Eingangsleistungen in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit der Beteiligungsveräußerung stehen.

Folgt man der hier zugrunde gelegten Urteilsinterpretation der Entscheidung AB SKF, so ergibt sich daraus für den Vorsteuerabzug bei der steuerfreien Anteilsveräußerung folgendes Bild: Gehen die vorsteuerbelasteten Veräußerungskosten nachweislich in den Kaufpreis der Anteile ein oder werden sie anderweitig dem Erwerber weiterbelastet³⁴⁸, erfolgt für die Zwecke des Vorsteuerabzugs eine Zurechnung der Eingangsleistungen zur Beteiligungsveräußerung. Bei einem Leistungsort innerhalb der EU hat das gemäß Art. 15 Abs. 2 UStG einen vollständigen Ausschluss des Abzugs zur Folge. Liegt der Leistungsort hingegen im Drittlandsgebiet, so ist umgekehrt nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b UStG in Verbindung mit § 4 Nr. 8 Buchst. e und f UStG der Vorsteuerabzug vollumfänglich zu gewähren³⁴⁹. Werden die Veräußerungskosten hingegen nicht nachweislich Bestandteil des Kaufpreises der veräußerten Anteile, so ist für den Vorsteuerabzug alternativ zu prüfen, inwieweit sie Kostenelemente bzw. Preisbestandteile sonstiger steuerbarer Umsätze des Unternehmers geworden sind³⁵⁰. In jedem Fall greift die vorerwähnte Vermutung zugunsten einer Zuordnung der Veräußerungskosten zur gesamten Ge-

³⁴⁷ Dies wurde im zu entscheidenden Sachverhalt unterstützt durch die Leistungsbeschreibung in der Eingangsrechnung, womit als Auslöser bzw. Anlass der Eingangsleistungen die Anteilsveräußerung angenommen wurde.

³⁴⁸ Entgegen BFH v. 27.1.2011 – V R 38/09, BFH/NV 2011, 727 (731) lässt sich dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen des EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 62 ff., sehr wohl das Erfordernis einer nachweislichen Weiterbelastung im konkreten Einzelfall entnehmen.

³⁴⁹ Siehe auch *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (637). Die Ausnahmebestimmung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b UStG ist durch Art. 169 Buchst. c MwStSystRL gedeckt. Das Gesetz stellt zwar auf die Ansässigkeit des Leistungsempfängers im Drittlandsgebiet und nicht auf die entsprechende Lokalisierung des Leistungsortes ab; wie sich aus den Ausführungen oben unter II. 4. ergibt, fällt aber beides zusammen; siehe dazu auch *H. Stadie*, UStG, 2009, § 15 Rz. 250.

³⁵⁰ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 62 u. 71.

schäftstätigkeit des Unternehmers bei einer Veräußerung von börsennotierten Anteilen zum aktuellen Kurswert³⁵¹. Das dürfte insbesondere bei der treuhänderischen Verwaltung eines Investmentvermögen oder sonstigen Wertpapierportfolios häufiger der Fall sein.

Vorsorglich sollte der veräußernde Unternehmer aber auf Basis der EuGH-Rechtsprechung dokumentieren und anhand seiner Dokumentation selbst nachweisen, dass die Aufwendungen für Beratungsleistungen, Expertisen, Notarkosten und sonstige Eingangsleistungen nicht in den Preis der veräußerten Anteile eingegangen sind. Damit hätte er zugleich dargelegt, dass die betreffenden Vorsteuerbeträge im Zusammenhang mit seiner allgemeinen Geschäftstätigkeit stehen. In der Praxis kann diese Dokumentation etwa – wie üblich – durch Zuordnung der Transaktionskosten (als ggf. über Zuschlagsätze ermittelte Gemeinkosten) im Rahmen einer verursachungsgerechten bzw. beanspruchungsgerechten Gemeinkostenverteilung zu einer Auffangposition im Jahresabschluss geführt werden. Nach dem in der Regel angewandten Gesamtkostenverfahren (§ 275 HGB) ist dies die Sammelposition „sonstige betriebliche Aufwendungen“, die wiederum buchhalterisch mittels einzelner Konten abgrenzbar ist und somit die Dokumentation zu den allgemeinen Kosten ermöglicht.³⁵² Ergänzend sollten die Kaufvertragsparteien schriftlich festhalten, dass Veräußerer wie Erwerber ihre jeweiligen Transaktionskosten selbst tragen und dass diese keinen Einfluss auf die Kaufpreisfindung gehabt haben. Bei der Veräußerung an drittstaatsansässige Erwerber empfiehlt sich die gegenteilige Vorgehensweise. Ist davon auszugehen, dass die Veräußerungskosten nicht in den Kaufpreis der Anteile eingeflossen sind, so muss unter Beachtung der *Securita*-Doktrin³⁵³ eine Zuordnung der Aufwendungen zu

³⁵¹ Siehe dazu auch GA *Mengozi*, Schlussanträge v. 12.2.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Rz. 64 (dort Fn. 29).

³⁵² Vgl. *H. Adler / W. Düring / K. Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl. 1995, HGB § 275) Rz. 140 f. Kosten, die den Kostenträgern, d.h. den abzusetzenden Produkten oder Dienstleistungen, nicht direkt zuzurechnen sind, sind sog. Gemeinkosten. Da nur die Einzelkosten den Kostenträgern direkt zugerechnet werden können, müssen die nicht zurechenbaren Gemeinkosten mittels verschiedener Zuschlagsätze verrechnet werden. Um eine möglichst verursachungsgerechte Gemeinkostenzurechnung zu erreichen, ist im Rahmen der Kostenträgerrechnung eine Differenzierung der Zuschlagsätze für Gemeinkosten durchzuführen, die z.B. in den Material-, Verwaltungs- und Vertriebskostenstellen entstehen. Für die Frage der Vorsteueraufteilung anhand einer betrieblichen Kostenrechnung siehe auch *S. Heinrichshofen*, in *Hartmann/Metzenmacher*, UStG, E §15 Abs. 4 Rn. 89.

³⁵³ Siehe dazu den Verweis in EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 72 auf das Urteil des EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (*Secu-*

den übrigen Geschäftstätigkeiten des Unternehmers erfolgen. Dabei gibt der Gerichtshof zu erkennen, dass es dann für die Zuordnung zu einzelnen Geschäftsfeldern (nicht steuerbarer, steuerfreier oder steuerpflichtiger Umsätze) letztlich doch wieder maßgeblich auf einen über die Verwendung des Veräußerungserlöses indizierten Veranlassungszusammenhang ankommen soll, der dann auch – zumindest für Umsatzsteuerzwecke – eine Kostenträgerrechnung determinieren würde³⁵⁴. Stimmiger wäre es allerdings, eine Zurechnung zu denjenigen unternehmerischen Aktivitäten vorzunehmen oder zumindest zu erlauben, welche die Steuerbarkeit der Beteiligungsveräußerung begründen³⁵⁵, weil im Lichte der allgemeinen Rechtsprechungsgrundsätze³⁵⁶ – und auch der Entscheidungen zum Vorsteuerabzug bei der Geschäftsveräußerung im Ganzen³⁵⁷ – insoweit ein vorrangiger Anknüpfungspunkt gegeben sein kann.

Im Grundsatz gelten damit dieselben Abgrenzungskriterien, wie sie oben zur nicht steuerbaren Veräußerung entwickelt wurden, zumal der EuGH sich ausdrücklich für eine dahingehende Gleichbehandlung beider Arten von Transaktionen ausgesprochen hat.³⁵⁸ Bei einer Verwendung des Veräußerungserlö-

renta), Slg. 2008, I-1597, Rz. 28 f.

³⁵⁴ Vgl. EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (AB SKF), Slg. 2009, I-228, Rz. 72: „(...) ist daran zu erinnern, dass das Recht auf Vorsteuerabzug (...) besteht (...), wenn das durch [Finanztransaktionen] erworbene Kapital den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Betroffenen zugeführt worden ist. Im Übrigen stehen die mit Eingangsleistungen verbundenen Ausgaben dann in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten des Steuerpflichtigen, wenn sie ausschließlich wirtschaftlichen Ausgangstätigkeiten zuzurechnen sind und somit allein zu den Kostenelementen der auf diese Tätigkeiten entfallenden Umsätze gehören.“ (Hervorhebung nur hier). Es gilt also die Fiktion: Kosten folgender Veranlassung, sofern sie nicht nachweislich in den Kaufpreis der veräußerten Anteile eingegangen sind. A.A. wohl *S. Behrens*, BB 2010, 229 (231); wie hier hingegen *J. Eggers / R. Korf*, BB 2009, 2685 (2689) und *S. Behrens*, BB 2010, 228 (231), nach dem anhand des Urteils AB SKF wohl nicht der inhaltliche Bezug der den Transaktionskosten zugrunde liegenden Eingangsleistungen (zur Anteilsveräußerung) für den Vorsteuerabzug entscheidend ist, sondern das kalkulatorische Eingehen der Kosten in den Veräußerungspreis der Anteile oder in die allgemeinen Ausgangsumsätze.

³⁵⁵ Siehe dazu oben bei IV. 3. a.

³⁵⁶ Vgl. EuGH v. 8.6.2000, Rs. C-98/98 (Midland Bank), Slg. 2000, I-4177, Rz. 31 f.

³⁵⁷ Siehe dazu oben bei IV. 4.

³⁵⁸ So im Einzelnen auch *R. A. Wolf*, IVM 2004, 251 (252); vgl. ferner FG Düsseldorf v. 10.6.2009 – 5 K 150/06 U, Rz. 46.

ses für die Vergabe von konzerninternen Darlehen spielt hier allerdings der Streit um den wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Charakter einer Kreditgewährung aus Mitteln, die aus nicht steuerbaren Vorgängen stammen³⁵⁹, keine Rolle. Wird der Veräußerungserlös bei einem Kreditinstitut verzinslich „geparkt“, so ändert seine Herkunft aus einer steuerbaren Transaktion bei zutreffender Einschätzung nichts am Charakter der damit verbundenen Kreditgewährung als Hilfssatz des Unternehmens, soweit es hierauf für den Vorsteuerabzug ankommt³⁶⁰. Im Übrigen ist die Veräußerung selbst nicht als vorsteuerabzugsschädlicher Umsatz zu berücksichtigen³⁶¹, wenn man zutreffend eine Zurechnung entsprechend der Verwendung des Veräußerungserlöses vornimmt.

6. Steuerpflichtige Anteilsveräußerung

Ist die Beteiligungsveräußerung steuerbar und infolge eines nach § 9 Abs. 1 UStG zulässigen Verzichts auf die Steuerfreiheit auch steuerpflichtig, so kann hinsichtlich der Veräußerungskosten an sich unproblematisch ein Recht auf Vorsteuerabzug nach Art. 168 MwStSystRL bzw. § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG geltend gemacht werden. Das ist im Lichte der eingangs angestellten Erwägungen gebotenen vollständigen steuerlichen Entlastung von Transaktionen im Zusammenhang mit Finanzanlagen auch sachgerecht³⁶².

Möglicherweise wird sich der EuGH allerdings auf den Standpunkt stellen, es müssten für die Zuordnung der vorsteuerbelasteten Eingangsleistungen zu einer nur infolge der Ausübung eines Optionsrechts steuerpflichtigen, originär aber steuerfreien Beteiligungsveräußerung dieselben Grundsätze gelten wie bei einer definitiven Steuerbefreiung. Dann käme es für den Vorsteuerabzug primär darauf an, ob die anlässlich der Veräußerung getätigten Aufwendungen auch in den Kaufpreis der Anteile eingegangen sind; anderenfalls wäre der abziehbare Anteil nach der Zuordnung zur übrigen Geschäftstätigkeit des Unternehmers zu bestimmen. Sofern letztere nicht ausschließlich auf die Erbringung abzugsunschädlicher Ausgangsumsätze gerichtet ist, muss die praktische Empfehlung da-

³⁵⁹ Siehe dazu oben bei Fn. 306.

³⁶⁰ Siehe dazu GA Léger, Schlussanträge v. 12.9.2002, Rs. C-77/01 (EDM), Slg. 2004, I-4295, Rz. 88 ff.

³⁶¹ A.A. A. van Doesum / H. van Kesteren / G.-J. van Norden, EC Tax Review 2010, 62 (66).

³⁶² Siehe dazu oben bei IV. 1.

her lauten, vorsorglich einen direkten Zusammenhang von Transaktionskosten und Anteilsveräußerung im obigen Sinne zu dokumentieren.

V. Vorsteuerabzug des Erwerbers

Abschließend soll nun noch kurz der Abzug von Vorsteuern aus Transaktionskosten sowie evtl. aus dem Beteiligungserwerb selbst beim Käufer der Anteile erörtert werden. Auch insoweit ist im Einklang mit den Feststellungen zum Vorsteuerabzug beim Veräußerer zunächst festzuhalten, dass Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung an sich keinen besteuertungswürdigen Letztverbrauch darstellen³⁶³. Geboten wäre folglich die vollumfängliche Entlastung des Erwerbers von den dadurch veranlassten Vorsteuern³⁶⁴. De lege lata ist dies allerdings zumindest für einen nicht unternehmerisch tätigen Erwerber – insbesondere Privatinvestoren und reine Finanzholdings – nicht vorgesehen³⁶⁵; insofern kann allenfalls die Primärrechtswidrigkeit der dafür verantwortlichen Bestimmungen der MwStSystRL gerügt werden.

Im Vorfeld der EuGH-Urteile *Securenta*, *VNLTO* und *AB SKF* ließ sich aber überzeugend vertreten, dass dann zumindest die im Rahmen des geltenden Umsatzsteuerrechts bestehenden Möglichkeiten extensiv ausgelegt werden sollten. Ein hinreichender, potenziell zum Vorsteuerabzug berechtigender Veranlassungszusammenhang von Anschaffungskosten und -nebenkosten zu steuerbaren Ausgangsumsätzen sollte daher auch dann nicht von vornherein ausgeschlossen sein, wenn die betreffende Beteiligung nicht im oben unter IV. 5. dargelegten Sinne unmittelbar für unternehmerische Zwecke verwendet wird. Es müsste ausreichen, wenn der Erwerb der Anteile eine signifikante Einflussnahmemöglichkeit (z.B. Mehrheitsbeteiligung) auf die Geschäftsführung der Beteiligungsgesellschaft im Sinne des Art. 49 AEUV³⁶⁶ eröffnet oder ausbaut und wenn dies letztlich auch der unternehmerischen Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens förderlich ist, was im Regelfall zu vermuten wäre³⁶⁷.

³⁶³ Siehe dazu ausführlich oben bei IV. 1.

³⁶⁴ So auch *S. Mühleisen / S. Trapp*, UR 2007, 633 (634).

³⁶⁵ Siehe dazu näher *J. Englisch*, UR 2007, 290 (291 f.) m.w.N. auch zur vereinzelt geäußerten Gegenansicht.

³⁶⁶ Siehe dazu etwa EuGH v. 13.04.2000 Rs. C-251/98 (*Baars*), Slg. 2000, I-2787, Rz. 22.

³⁶⁷ Vgl. dazu *J. Englisch*, UR 2007, 290 (295); *O. Henkow*, *Financial Activities in European VAT*, 2008, S. 297 f.; a.A. *J. H. Eggers / R. Korf*, DB 2002, 1238

Diese Rechtsansicht hat vor dem Hintergrund der inzwischen eingetretenen Rechtsprechungsentwicklung zwar nicht an Überzeugungskraft verloren; für die Praxis ist jedoch einstweilen ein etwas restriktiverer Ansatz maßgeblich: Nach Auffassung der Finanzverwaltung kommt ein Vorsteuerabzug aus Aufwendungen, die im Zusammenhang mit einer im nichtunternehmerischen Bereich gehaltenen Beteiligung anfallen, nicht in Betracht³⁶⁸. Das dürfte sich mit der *Securenta*-Doktrin des EuGH³⁶⁹ decken, weil das Halten solcher Beteiligungen danach als eigenständige Geschäftstätigkeit außerhalb des Anwendungsbereichs des Mehrwertsteuersystems zu beurteilen ist, die dadurch veranlasste Aufwendungen von einer Zurechnung zu sonstigen unternehmerischen Aktivitäten abschirmt³⁷⁰.

Demgegenüber sind Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Erwerb einer gesellschaftlichen Beteiligung, die unternehmerisch genutzt wird oder nachweislich alsbald so genutzt werden soll³⁷¹, grundsätzlich nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG abziehbar. Ausgeschlossen ist der Vorsteuerabzug dann nur insoweit, als die relevanten – d.h. die Zugehörigkeit der Beteiligung zum Unternehmensvermögen begründenden – unternehmerischen Tätigkeiten in der Erbringung abzugsschädlicher steuerfreier Umsätze bestehen³⁷². Im speziellen

(1243); *T. Stapperfend*, UR 2006, 112, 118; *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (102 f.); zweifelnd *A. Lohbeck / G. Specker*, in Birk (Hrsg.), *Transaktionen Vermögen Pro Bono*, 2008, S. 233 (249).

³⁶⁸ Vgl. BMF v. 26.01.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 12.

³⁶⁹ Siehe dazu eingehend oben bei IV. 1. b.

³⁷⁰ A.A. offenbar *B. Terra / J. Kajus*, *A Guide to the European VAT Directives 2010*, S. 1008, nach deren Auffassung die Bedeutung des *Securenta*-Urteils offenbar auf die Ausgabe von Beteiligungsrechten sowie die Beteiligungsveräußerung und die damit jeweils verbundenen Kosten beschränkt ist, wohingegen es beim Erwerb von Beteiligungen keine Anwendung finde. Wiederum a.A. *S. Behrens*, EU-UStB 2009, 62 (69), nach dessen Auffassung es allein auf eine kalkulatorische Zuordnung der Erwerbs(neben)kosten in den Preis steuerpflichtiger Umsätze des Erwerbers ankommen soll.

³⁷¹ Näher zur Dokumentation der Verwendungsabsicht *J. Eggers / R. Korf*, DB 2008, 719 (720 f.). Vgl. zum Sonderfall des Beteiligungserwerbs durch eine Akquisitionsgesellschaft, auf welche die unternehmerisch tätige Zielgesellschaft deren Anteile erworben wurden alsbald verschmolzen werden soll, auch *T. Pyszka*, DStR 2011, 1013 (1014).

³⁷² Vgl. EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 35. So wohl auch die Finanzverwaltung, vgl. BMF v. 26.1.2007, BStBl. I 2007, 211, Tz. 10. Wie hier *O. Henkow*, *Financial Activities in European VAT*, 2008, S. 297 f.; *W. Reiß*, IStR 2004, 450 (453); ders., in *Reiß/Kraeusel/Langer*, UStG, § 2 (Juli 2010) Rz. 43.2 und tendenziell auch *W. Jakob*, *Umsatzsteuer*,

Fall des Erwerbs von Anteilen an einer Organgesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG impliziert dies eine Zuordnung zu den gesamten steuerbaren Umsätzen des Organkreises³⁷³. Für den Vorsteuerabzug unbeachtlich ist demgegenüber stets der Umstand, dass die erworbenen Beteiligungen regelmäßig auch nicht steuerbare Dividendenbezüge generieren³⁷⁴.

Letzteres entspricht auch der Sichtweise des EuGH in der Rechtssache *Cibo Participations*³⁷⁵. Abzulehnen ist aber die dort seinerzeit geäußerte Ansicht, wonach Eingangsleistungen im Zusammenhang mit dem Kauf einer zu unternehmerischen Zwecken erworbenen Beteiligung nicht dem entsprechenden Unternehmenssegment, sondern der Gesamttätigkeit des Steuerpflichtigen zuzuordnen seien³⁷⁶. Es ist nicht einsichtig, warum der maßgebliche Zurechnungszusammenhang so weit und dementsprechend auch eher locker gefasst werde sollte, obwohl ein relativ direkterer Veranlassungszusammenhang zu denjenigen unternehmerischen Tätigkeiten besteht, zu deren Förderung die Beteiligung erworben wurde. Das vor nunmehr fast 10 Jahren ergangene EuGH-Urteil steht damit auch in einem gewissen Wertungswiderspruch zu den jüngeren Entscheidungen *Abbey National*, *Securenta* sowie *AB SKF*, in denen sich der Gerichtshof bei der Zurechnung von Aufwendungen im Zusammenhang mit als solchen nicht der Mehrwertsteuer unterliegenden Vorgängen für einen Vorrang der Zuordnung zu denjenigen geschäftlichen Aktivitäten des Unternehmers ausgesprochen hat, deren Abwicklung oder Förderung der nicht steuerbare Vorgang unmittelbar diente³⁷⁷. Es ist daher durchaus fraglich,

4. Aufl. 2009, Rz. 934. Grundsätzlich ebenso *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (100 f.); ders., in FS Reiß, 2008, S. 229 (240 f.), allerdings unter de minimis-Vorbehalt hinsichtlich entgeltlicher Managementtätigkeiten. A.A. *H. Stadie*, UStG, 2009, § 15 Rz. 260 f.; ders., in Rau/Dürrwächter, UStG, § 15 (Dez. 2009) Rz. 807: Beim Erwerb von Beteiligungen an beherrschten Unternehmen müsste es für den Vorsteuerabzug auf deren Umsätze ankommen.

³⁷³ Vgl. *C. Wäger*, in FS Reiß, 2008, S. 229 (241 f.).

³⁷⁴ Wie hier *C. Wäger*, USt-Kongress-Bericht 2004, S. 87 (101).

³⁷⁵ Vgl. EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 35.

³⁷⁶ Vgl. EuGH v. 27.11.2001, Rs. C-16/00 (*Cibo Participations*), Slg. 2001, I-6663, Rz. 32-34. Insoweit zu Recht kritisch *W. Reiß*, RIW 2002, 286 (294); *H. Stadie*, in Rau/Dürrwächter, UStG, § 15 (Okt. 2009) Rz. 805 f.

³⁷⁷ Vgl. EuGH v. 22.2.2001, Rs. C-408/89 (*Abbey National*), Slg. 2001, I-1361; EuGH v. 13.3.2008, Rs. C-437/06 (*Securenta*), Slg. 2008, I-1597; EuGH v. 29.10.2009, Rs. C-29/08 (*AB SKF*), Slg. 2009, I-228.

ob der Gerichtshof überhaupt noch an seinen in *Cibo Participations* aufgestellten Grundsätzen festhält.

VI. Fazit

Nach den durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen sind Beteiligungen an anderen Unternehmen dem sog. nichtunternehmerischen Bereich des Unternehmens zuzuordnen. Das Erwerben sowie Halten und damit auch die Veräußerung einer Beteiligung stellt für den Veräußerer für sich genommen noch keinen steuerbaren Vorgang dar und begründet noch nicht dessen Unternehmereigenschaft.

Nur unter besonderen Voraussetzungen werden die Beteiligungen vom EuGH dem unternehmerischen Bereich zugeordnet. Dies ist namentlich der Fall bei entgeltlichen „Eingriffen“ in die Verwaltung der Beteiligungsgesellschaft, wozu der EuGH letztlich jede Form der entgeltlichen Leistungserbringung rechnet. Nach Ansicht des EuGH genügt es aber auch, wenn der Veräußerungserlös letztlich dem Aufbau oder der Stärkung unternehmerischer Geschäftsfelder zugute kommen soll. Der vom EuGH eingenommene Standpunkt ist jedoch hinsichtlich des Begründungsansatzes abzulehnen, und er erweist sich dementsprechend im Ergebnis teilweise als zu weit, teils aber auch als zu eng. Nach hier vertretener Ansicht kann die Steuerbarkeit eines Share Deal jenseits der Ausnahmekonstellationen des gewerblichen Wertpapierhandels und der professionellen Fondsverwaltung nur nach den allgemeinen Grundsätzen für unternehmerische Hilfsgeschäfte hergeleitet werden. Jedenfalls im konzeptionellen Ansatz überzeugender als die EuGH-Rechtsprechung ist daher der bisherige Standpunkt des BMF, wonach es darauf ankommen soll, ob die Beteiligung der Förderung einer bestehenden oder beabsichtigten unternehmerischen Tätigkeit dient.

Eine Zuordnung der Beteiligung zum unternehmerischen Bereich führt dazu, dass deren Veräußerung steuerbar erfolgt. Nur ausnahmsweise verhält es sich anders, wenn der Share Deal die Voraussetzungen einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen erfüllt. Eine solche Möglichkeit ist durch den EuGH zuletzt im Urteil *AB SKF* vom 29.10.2009 angedeutet und vom BFH mit Urteil vom 27.1.2011 (nur) für die Veräußerung einer 100%igen Beteiligung oder sämtlicher Anteile an einer Organgesellschaft (mit Fortführung der umsatzsteuerlichen Organshaft durch den Erwerber) bestätigt worden. Dem ist im Ansatz zuzustimmen; es ist darüber hinaus aber auch in Betracht zu ziehen, dass sich der Share Deal aus umsatzsteuerlicher Perspektive auch als Asset Deal im Rahmen der Veräußerung eines „Beteiligungsmanagementunternehmens“ dar-

stellen und auch unter diesem Aspekt die Anwendbarkeit der Regeln betreffend die nicht steuerbare Geschäftsveräußerung begründen kann. Liegt keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vor, greift für die steuerbare Beteiligungsveräußerung aus dem unternehmerischen Bereich regelmäßig eine Steuerbefreiung.

Im Hinblick auf den Vorsteuerabzug aus Eingangsleistungen, die in unmittelbarem Zusammenhang zur Anteilsveräußerung stehen, wäre für den Veräußerer die Option zur Steuerpflicht vorteilhaft. Eine solche Option ist eingeschränkt möglich, nämlich bei Leistung an einen anderen, in Deutschland ansässigen Unternehmer für dessen Unternehmen. Darüber hinaus kommt bei einer Veräußerung mit Leistungsort im EU-Ausland nach der Rechtsprechung des BFH u.U. eine fiktive Option in Betracht; liegt der Leistungsort in einem Drittstaat, ist die Steuerfreiheit ohnehin nicht abzugsschädlich.

Auch ansonsten sollte ein zumindest teilweiser Vorsteuerabzug für Eingangsleistungen im Zusammenhang mit einer Beteiligungsveräußerung nach Ergehen des EuGH-Urteils AB SKF an sich den Regelfall darstellen, jedenfalls bei vorausschauender Gestaltung der Parteien. Der EuGH erachtet in dieser Entscheidung den Vorsteuerabzug für den Veräußerer auch bei steuerbarer und steuerfreier Anteilsveräußerung für möglich, wenn die Kosten der Eingangsleistungen nicht in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung stehen. Richtigerweise ist das Urteil so zu verstehen, dass dies vor allem dann anzunehmen ist, wenn die Kosten nicht in den Kaufpreis der Anteile eingeflossen sind, sondern zu Kostenbestandteilen der gesamten Geschäftstätigkeit des Steuerpflichtigen werden. Der Umfang des Vorsteuerabzugs richtet sich dann nach den für diese Gesamttätigkeit geltenden Grundsätzen, unter Beachtung der sog. Securenta-Doktrin, die im Einzelnen noch zahlreiche Zweifelsfragen aufwirft. Darüber hinaus ließ schon die bisherige Rechtsprechung des EuGH erkennen, dass eine solche Gemeinkostenklassifikation von Eingangsleistungen im Zusammenhang mit einer Beteiligungsveräußerung generell vorzunehmen ist, wenn diese nicht steuerbar ist. Allerdings unterscheiden sich die geschäftlichen Bezugspunkte einer solchen Zurechnung je nach den Gründen für die Nichtsteuerbarkeit des Vorgangs; insbesondere ist zwischen einer (nur) als Geschäftsveräußerung im Ganzen nicht steuerbaren Beteiligungsveräußerung und sonstigen Gründen einer mangelnden Einbeziehung in das Mehrwertsteuersystem zu unterscheiden.

Allerdings versagt der BFH dieser Rechtsprechungsentwicklung jedenfalls mit Blick auf die steuerfreie Beteiligungsveräußerung faktisch die Gefolgschaft, wie er jüngst in einer Grundsatzentscheidung deutlich gemacht hat. Darin wird weiter auf die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung ver-

wiesen, wonach das Motiv bzw. die Fernziele der Anteilsveräußerung – namentlich eine geplante Reinvestition des erlösten Kapitals in eine unternehmerische Geschäftstätigkeit – für die Zwecke des Vorsteuerabzugs unbeachtlich seien. Seien Transaktionskosten kausal durch die Anteilsveräußerung veranlasst, so sollen sie dieser für die Zwecke des Vorsteuerabzugs auch automatisch zuzuordnen sein. Bei steuerbarer und steuerfreier Anteilsveräußerung ist nach Auffassung des BFH somit ein Vorsteuerabzug für den Veräußerer nicht möglich; dieser besteht dann nur bei ausgeübter Option zur Steuerpflicht oder bei Veräußerung an einen Drittlandserwerber. Dem BFH ist zwar zuzugestehen, dass die Argumentationslinie des EuGH einige Schwächen und Brüche aufweist. Abgesehen davon, dass diese nicht einseitig bzw. ergebnisorientiert interpretiert werden sollten, ist aber auch zu bedenken, dass der EuGH mit seiner Rechtsprechung letztlich zu mit dem Richtlinienwortlaut noch eben zu vereinbarenden und rechtssystematisch jedenfalls gebotenen, verbrauchersteuerekonformen Ergebnissen gelangt. Es erscheint daher auch in der Sache verfehlt, ohne erneute Vorlage an den EuGH einen restriktiveren als den ersichtlich vom Gerichtshof selbst vertretenen Standpunkt einzunehmen.

Auf Basis der Entscheidung des BFH verbleiben dem unternehmerischen Veräußerer nur vergleichsweise wenige Gestaltungsoptionen, sofern die veräußerte Beteiligung im umsatzsteuerlichen Sinne unternehmensverhaftet ist: Der Veräußerer erlangt einen Vorsteuerabzug für Transaktionskosten mit hinreichender Gewissheit nur 1) bei einer Veräußerung einer hundertprozentigen Beteiligung oder sämtlicher Anteile an einer Organgesellschaft, sofern auch der Erwerber darauf aufbauend wieder eine Organschaft begründet; 2) bei Anteilsveräußerung mit Option zur Steuerpflicht oder 3) bei Veräußerung an einen im Drittland ansässigen Kunden. Im Fall der Anteilsveräußerung mit Option ist darauf zu achten, dass die Veräußerung an den anderen Unternehmer und der Erwerb für dessen unternehmerischen Bereich entsprechend dokumentiert bzw. vom Erwerber bestätigt wird. Folgt man dagegen dem EuGH, ist bei steuerbarer und steuerfreier Anteilsveräußerung darauf zu achten, dass – sollte keine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegen – die Transaktionskosten, die im Rahmen der Anteilsveräußerung anfallen, nicht in den Kaufpreis der Anteile einfließen. Eine entsprechende Dokumentation (Kostenzuordnung) ist hier zu empfehlen; mindestens ein Hinweis darauf, dass jede Partei ihre Transaktionskosten selbst trägt.

Beim Erwerber einer Beteiligung schließlich bestimmt sich der Vorsteuerabzug richtigerweise danach, ob die betreffende Beteiligung für Zwecke des Unternehmens erworben wird; zur Klärung dieser Fragestellung sind die in diesem Beitrag entwickelten Kriterien heranzuziehen. Bejahendenfalls sind

die Aufwendungen grundsätzlich nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG abziehbar, ohne dass es insoweit auf die umsatzsteuerliche Beurteilung der Gesamttätigkeit des Unternehmers ankäme. Auch insoweit besteht allerdings in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch keine hinreichende Klarheit.

IFSt-Schriften 2010 / 2011

2010

- Nr. 460 *Dornbusch*, Zur Struktur familienpolitischer Maßnahmen in Deutschland
- Nr. 461 *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung – Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung
- Nr. 462 *Albert*, Schiedsverfahren im Internationalen Steuerrecht
- Nr. 463 *Franke/Kügler*, Steuerliche Behandlung grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen
- Nr. 464 *Stapperfend*, Bilanzberichtigung und Bindung der Finanzverwaltung an die eingereichte Bilanz – Subjektiver Fehlerbegriff auf dem Prüfstand
- Nr. 465 *Beland*, Entwicklung der Realsteuerhebesätze der Gemeinden mit 50.000 und mehr Einwohnern im Jahr 2010 gegenüber 2009
- Nr. 466 *Dornbusch*, Entwicklung wesentlicher Daten der öffentlichen Finanzwirtschaft in Deutschland von 1999–2009

2011

- Nr. 467 *Dahlmanns*, Tagungsbericht, Kolloquium zur Beschleunigung der Betriebsprüfung
- Nr. 468 *Hemmelgarn*, Steuern und Abgaben im Finanzmarktsektor – Abgabenrechtliche Regulierung und neue Finanzmarktsteuern in der Europäischen Union
- Nr. 469 *Drüen*, Modelle und Rechtsfragen zeitnaher Betriebsprüfung
- Nr. 470 *Ernst*, Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel – Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG
- Nr. 471 *IFSt-Arbeitsgruppe*, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag

- Nr. 472 *Rublack*, Berücksichtigung finaler Auslandsverluste – Ein Vorschlag zur Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen im deutschen Steuerrecht
- Nr. 473 *Blumenberg/Kring*, Europäisches Beihilferecht und Besteuerung
- Nr. 474 *Scheffler*, Das Maßgeblichkeitsprinzip nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – Bestandsaufnahme nach Auffassung der Finanzverwaltung und Alternativen zum Maßgeblichkeitsprinzip
- Nr. 475 *Beland*, Realsteuern 2011
- Nr. 476 *Houben/Baumgarten*, Haushalts- und Verteilungswirkungen einer Tarifreform
- Nr. 477 *Englisch/Friedrich-Vache*, Umsatzsteuerrechtliche Aspekte der Anteilsveräußerung

ISBN: 978-3-89737-019-7