

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

F. G. JACOBS

vom 24. Februar 2005¹

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen möchte die Außenstelle Linz des österreichischen Unabhängigen Finanzsenats wissen, ob i) eine Gesellschaft, die neue Aktien ausgibt und zu diesem Zweck einen Börsengang durchführt, im mehrwertsteuerrechtlichen Sinne eine Lieferung gegen Entgelt erbringt und ob ii) je nach der Antwort auf diese Frage ein Abzug der Mehrwertsteuer möglich ist, die auf im Zusammenhang mit dem Börsengang und der Aktienaussgabe empfangene Dienstleistungen gezahlt wurde.

Einschlägige gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen über die Mehrwertsteuer

2. Nach Artikel 2 der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie² sind „Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen, die ein Steuerpflichtiger als solcher im Inland gegen Entgelt ausführt“, und die Einfuhr von Gegenständen Umsätze, die der Mehrwertsteuer unterliegen.

3. Als Steuerpflichtiger gilt nach Artikel 4 Absatz 1, wer eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, gleichgültig, zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis. Wirtschaftliche Tätigkeiten sind nach Artikel 4 Absatz 2 „alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden“ sowie die „Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen“.

4. Die Lieferung eines Gegenstands wird in Artikel 5 Absatz 1 im Wesentlichen definiert als „die Übertragung der Befähigung, wie ein Eigentümer über einen körperlichen Gegenstand zu verfügen“, und als Dienstleistung gilt nach Artikel 6 Absatz 1 „jede Leistung, die keine Lieferung eines Gegenstands ... ist“. Weiter heißt es dort, dass eine Dienstleistung u. a. in der „Abtretung eines unkörperlichen Gegenstands [bestehen kann], gleichgültig, ob in einer Urkunde verbrieft oder nicht“.

5. Bestimmte Umsatzarten, die nach diesen Bestimmungen der Mehrwertsteuer unterliegen würden, sind davon jedoch nach Artikel 13 befreit.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1, im Folgenden: Sechste Richtlinie).

6. Insbesondere befreit Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 „die Umsätze — einschließlich der Vermittlung, jedoch mit Ausnahme der Verwahrung und der Verwaltung —, die sich auf Aktien, Anteile an Gesellschaften und Vereinigungen, Schuldverschreibungen oder sonstige Wertpapiere beziehen“, mit Ausnahme von Warenpapieren sowie von Rechten und Wertpapieren an Grundstücken.

7. Damit die Steuer nicht kumulativ auf eine Kette von Umsätzen innerhalb der wirtschaftlichen Sphäre erhoben wird, was je nach der Zahl der Umsätze in dieser Kette zu einer variablen und möglicherweise hohen Steuerlast führen würde, gehört es zum Mehrwertsteuersystem dazu, dass ein Steuerpflichtiger berechtigt ist, bei der Abrechnung von Mehrwertsteuer gegenüber den Steuerbehörden den Steuerbetrag, der auf die ihm erbrachten Leistungen (Eingangslieferungen oder -umsätze) gezahlt wurde, von dem Steuerbetrag abzuziehen, den er seinen Kunden für seine Absätze (Ausgangslieferungen oder -umsätze) in Rechnung gestellt hat. Die wesentlichen Züge dieses Rechts auf Vorsteuerabzug sind in Artikel 17 der Sechsten Richtlinie dargelegt.

8. Artikel 17 Absatz 2 sieht vor: „Soweit die Gegenstände und Dienstleistungen für Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet werden, ist der Steuerpflichtige befugt, von der von ihm geschuldeten Steuer folgende Beträge abzuziehen: a) die geschuldete oder entrichtete Mehrwertsteuer für Gegenstände und Dienstleistungen, die ihm von einem anderen Steuerpflichtigen geliefert wurden oder geliefert werden bzw. erbracht wurden oder erbracht werden ...“ Nach Artikel 17 Absatz 1 entsteht dieses Recht, wenn der Anspruch auf die abziehbare Steuer entsteht.

9. Da das Recht auf Vorsteuerabzug nur bei Lieferungen entsteht, die für besteuerte Umsätze verwendet werden, entfällt es, wenn die Lieferungen nur für andere Ausgangsumsätze wie die in Artikel 13 aufgeführten befreiten Umsätze oder aber für Lieferungen verwendet werden, die nicht von der Mehrwertsteuer erfasst werden, weil sie z. B. nicht gegen Entgelt oder nicht von einem als solchen handelnden Steuerpflichtigen im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne von Artikel 4 erbracht werden.

10. Artikel 17 Absatz 5 der Sechsten Richtlinie regelt Situationen, in denen Gegenstände oder Dienstleistungen von einem Steuerpflichtigen sowohl für Umsätze verwendet werden, für die ein Recht auf Vorsteuerabzug besteht, als auch für Umsätze, für die dieses Recht nicht besteht. In diesen Fällen „ist der Vorsteuerabzug nur für den Teil der Mehrwertsteuer zulässig, der auf den Betrag der erstgenannten Umsätze entfällt“.

Nationales Verfahren und Vorabentscheidungsersuchen

11. Die Kretztechnik AG (im Folgenden: Kretztechnik) ist eine österreichische Aktiengesellschaft, die sich mit der Entwicklung und dem Vertrieb von elektromedizinischen Geräten aller Art, insbesondere von Ultraschallgeräten für Medizin und Technik, und

anderen medizinischen Geräten befasst. Ihre Verkäufe unterliegen der Mehrwertsteuer, und sie ist deshalb zum Abzug der Vorsteuer auf Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen berechtigt, die sie für diese Verkäufe bezieht.

12. Im Januar 2000 beschloss Kretztechnik, ihr Grundkapital durch die Ausgabe von 2 500 000 auf den Inhaber lautenden Stückaktien zum Ausgabepreis von 1,00 Euro je Aktie um 25 % zu erhöhen. Zu diesem Zweck wurde die Gesellschaft ab 23. März 2000 an der Frankfurter Wertpapierbörse am Neuen Markt notiert. Um dort zugelassen zu werden, hatte sie für bestimmte Dienstleistungen zu zahlen, auf die Mehrwertsteuer erhoben wurde.

13. Im Umsatzsteuerbescheid für dieses Jahr erkannte die Steuerbehörde den von Kretztechnik vorgenommenen Abzug der Vorsteuer auf mit dem Börsengang der Gesellschaft in Deutschland verbundene Kosten nicht an, da die Aktienumsätze, für die die Kosten angefallen seien, steuerbefreit seien.

14. Kretztechnik griff diesen Bescheid vor dem Unabhängigen Finanzsenat, einem Gericht für Steuer- und Zollsachen, an.

15. In ihrer Berufung verwies Kretztechnik auf Artikel 17 Absatz 2 der Sechsten Richtlinie und trug vor, dass Vorsteuer abgezogen werden könne, soweit die damit belasteten Dienstleistungen letztlich für Zwecke besteufter Umsätze verwendet würden.

16. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes müssten Dienstleistungen nicht direkt für steuerbare Umsätze verwendet werden, um einen Abzug zu ermöglichen, und Kosten der fraglichen Art seien Bestandteil der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit einer Gesellschaft³. Außerdem sei das Urteil Kap-Hag⁴ anwendbar, wonach die Aufnahme eines Gesellschafters in eine Personengesellschaft gegen Zahlung einer Bareinlage nicht vom Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer erfasst werde; der vorliegende Fall betreffe nicht die — nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 der Sechsten Richtlinie von der Umsatzsteuer befreite — Veräußerung, sondern die Begründung von Anteilen, und eine Kapitalgesellschaft sei insoweit genauso wie eine Personengesellschaft zu behandeln.

17. Nach Ansicht des Finanzsenats dienten die den streitigen Vorsteuerbeträgen zugrunde liegenden Dienstleistungen ausschließlich der Vorbereitung, Unterstützung

3 — Urteile vom 5. Mai 1982 in der Rechtssache C-15/81 (Schul, Slg. 1982, 1409) und vom 22. Februar 2001 in der Rechtssache C-408/98 (Abbey National, Slg. 2001 I-1361).

4 — Urteil vom 26. Juni 2003 in der Rechtssache C-442/01 (Slg. 2003, I-6851).

und Durchführung des Börsengangs der Gesellschaft; sie könnten daher nicht ihrer gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit zugerechnet werden.

18. Wenn die Ausgabe von Aktien an (künftige) Aktionäre eine vom Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer erfasste Dienstleistung sei, handele es sich um eine steuerbefreite Lieferung, und bei Dienstleistungen, die für Zwecke dieser Lieferung erhalten worden seien, könne keine Vorsteuer abgezogen werden.

19. Wenn dieser Umsatz dagegen analog zum Urteil KapHag nicht als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Sechsten Richtlinie anzusehen sei, so ist sich der Finanzsenat nicht sicher, ob ein Recht auf Vorsteuerabzug entstehen könne. Im Urteil in dieser Rechtsache habe sich der Gerichtshof nicht zu diesem Punkt geäußert, aber Generalanwalt Ruiz-Jarabo⁵ habe angenommen, dass kein Recht auf Vorsteuerabzug bestehe.

20. Der Unabhängige Finanzsenat hat daher den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen ersucht:

1. Erbringt eine Aktiengesellschaft bei Durchführung eines Börsengangs und

der damit zusammenhängenden Ausgabe von Aktien an neue Aktionäre gegen Zahlung eines Ausgabepreises eine Leistung gegen Entgelt im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Sechsten Richtlinie?

2. Falls Frage 1 zu bejahen ist: Sind Artikel 2 Nummer 1 und Artikel 17 der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass im Zusammenhang mit einem Börsengang bezogene Dienstleistungen zur Gänze einem steuerbefreiten Umsatz zuzurechnen sind und aus diesem Grund ein Vorsteuerabzug nicht zusteht?
3. Falls Frage 1 zu verneinen ist: Steht nach Artikel 17 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie ein Recht auf Vorsteuerabzug zu, weil die sonstigen Leistungen (Werbung, Anwaltskosten, rechtliche und technische Beratung), welche den Vorsteuerabzug begründen sollen, für Zwecke der besteuerten Umsätze des Unternehmens verwendet werden?

21. Schriftliche Erklärungen haben eingereicht die beklagte Steuerbehörde, die österreichische, die dänische, die deutsche und

⁵ — Nr. 50 der Schlussanträge.

die italienische Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission. In der mündlichen Verhandlung haben Kretztechnik, die deutsche Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs und die Kommission Stellung genommen.

Beurteilung

Zulässigkeit des Ersuchens

22. In seinem Vorlagebeschluss führt der Unabhängige Finanzsenat überzeugend aus, dass er ein zur Vorlage eines Ersuchens nach Artikel 234 EG befugtes Gericht eines Mitgliedstaats sei.

23. Außerdem hat der Gerichtshof seit der Vorlage des Ersuchens ohne Bedenken Fragen in einem anderen Verfahren vor dieser Einrichtung beantwortet⁶ — im Gegensatz zu einem früheren Ersuchen⁷ eines Berufungssenats der Finanzlandesdirektion, der Vorgängerin des Unabhängigen Finanzsenats, aber funktional und organisatorisch mit der Steuerbehörde, deren Entscheidungen er überprüfte, verbunden.

24. Es bestehen daher keine Zweifel an der Zulässigkeit des Ersuchens.

Aufgeworfene Fragen

25. Kretztechnik möchte die Vorsteuer abziehen, die sie auf die Kosten verschiedener Dienstleistungen entrichtet hat, die sie für die Zulassung an der Frankfurter Wertpapierbörse und die Ausgabe neuer, an dieser Börse notierter Aktien in Anspruch nahm. Das vorlegende Gericht hat festgestellt, dass die fraglichen Dienstleistungen ausschließlich diesen Vorgängen zuzuordnen waren.

26. Damit Vorsteuer abgezogen werden kann, müssen die entsprechenden Eingangsumsätze direkt und unmittelbar mit besteuerten Ausgangsumsätzen zusammenhängen⁸.

27. Der Gerichtshof hat allerdings ausgeführt, dass die Gemeinkosten eines Steuerpflichtigen grundsätzlich Kostenelemente seiner gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit darstellten und damit mit dieser Tätigkeit direkt und unmittelbar zusammenhängen. Soweit die Ausgangsumsätze besteuert würden, könne daher Vorsteuer auf diese Gemeinkosten abgezogen werden⁹.

6 — Urteil vom 24. Juni 2004 in der Rechtssache C-278/02 (Handbauer, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 23; vgl. Nrn. 24 bis 37 der Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano).

7 — Urteil vom 30. Mai 2002 in der Rechtssache C-516/99 (Schmid, Slg. 2002, I-4573).

8 — Vgl. Urteil vom 27. September 2001 in der Rechtssache C-16/00 (Cibo Participations, Slg. 2001, I-6663, Randnr. 28 und die dort zitierte Rechtsprechung).

9 — Vgl. Urteile vom 6. April 1995 in der Rechtssache C-4/94 (BLP Group, Slg. 1995, I-983, insbesondere Randnr. 25) sowie Abbey National (zitiert in Fußnote 3, insbesondere Randnrn. 35, 36 und 40).

28. Es besteht Einigkeit darüber, dass die Ausgabe von Aktien keine besteuerte Lieferung ist.

teilt sind, stellt sich die Frage, ob eine Dienstleistung vorliegt. Es ist klar, dass ein Börsengang als solcher keine Dienstleistung sein kann, sondern, wenn überhaupt, nur eine Entgegennahme von Dienstleistungen.

29. Wenn es sich um eine steuerbefreite Lieferung handelt, kann kein Recht auf Abzug der Vorsteuer bestehen, die für Dienstleistungen, die dieser Lieferung direkt und unmittelbar zuzuordnen sind, entrichtet wurde.

32. Die erste Frage ist daher die, ob eine Gesellschaft mit der Ausgabe neuer Aktien eine Dienstleistung gegen Entgelt erbringt.

30. Kretztechnik trägt jedoch vor, dass es sich bei einer Aktienaussgabe überhaupt nicht um eine Lieferung der ausgebenden Gesellschaft handle und dass daher eine andere Analyse geboten sei. Die Aktienaussgabe sei bloß eine Kapitalerhöhung, bei der die mit dieser Erhöhung verbundenen Kosten zu den Gemeinkosten der Gesellschaft gehörten und daher in Zusammenhang mit ihrer gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit stünden.

33. Es ist klar, dass Umsätze mit Aktien oder Anteilen an Gesellschaften oder Vereinigungen Lieferungen gegen Entgelt darstellen können, die von der Mehrwertsteuer erfasst werden, da sie sonst nicht nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 befreit sein könnten; auf jeden Fall werden sie eindeutig vom Begriff „Abtretung eines unkörperlichen Gegenstands“ in Artikel 6 Absatz 1 erfasst. Zu den befreiten Umsätzen gehört die Vermittlung von Aktien, nicht aber ihre bloße Verwahrung oder Verwaltung.

Die erste Frage

Die Sechste Richtlinie

31. Das nationale Gericht fragt, ob ein Börsengang und die Ausgabe von Aktien an neue Aktionäre eine Lieferung gegen Entgelt im Sinne von Artikel 2 der Sechsten Richtlinie darstellen. Da keine Gegenstände be-

34. Der Gerichtshof hat sich an diese Bestimmung und an die Definition in Artikel 4 Absatz 2 gehalten, wonach die „Nutzung“ von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten gehört, und in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass der bloße Erwerb, das bloße Halten oder der bloße Verkauf von Aktien keine wirtschaftliche

Tätigkeit im Sinne der Sechsten Richtlinie darstellen könne; im Gegensatz dazu könnten Umsätze im gewerblichen Handel mit Wertpapieren von der Mehrwertsteuer erfasst werden¹⁰.

35. Demnach kann eine Veräußerung bestehender Aktien eine mehrwertsteuerpflichtige Lieferung gegen Entgelt im Sinne von Artikel 2 Nummer 1 der Sechsten Richtlinie darstellen, wenn sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit erfolgt, die den Handel mit Aktien zum Gegenstand hat. In diesem Fall handelt es sich um einen nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 steuerbefreiten Umsatz. Wenn die Veräußerung jedoch nicht in diesem Rahmen erfolgt, fällt sie nicht in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer.

36. Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang bisher jedoch nur den Fall geprüft, dass ein Steuerpflichtiger Anteile an einer anderen Gesellschaft veräußert. Wenn eine Gesellschaft neue Aktien an sich selbst ausgibt, kann eine andere Analyse geboten sein. Kretztechnik hebt z. B. hervor, dass Aktien, die eine Gesellschaft an einer anderen hält, zum Vermögen der erstgenannten Gesellschaft gehören; deren eigene Aktien würden dagegen als Verbindlichkeiten gegenüber ihren Aktionären angesehen.

37. Während der Gerichtshof den Status der Ausgabe neuer Anteile durch eine Kapitalgesellschaft noch nicht zu beurteilen hatte, hat er im Urteil KapHag¹¹ ausgeführt, dass die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Personengesellschaft gegen eine Bareinlage in deren Vermögen keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Sechsten Richtlinie und keine Dienstleistung gegen Entgelt gegenüber dem Gesellschafter darstelle.

38. Die maßgebende Begründung des Gerichtshofes im Urteil KapHag, die im Wesentlichen in den Randnummern 36 bis 42 enthalten ist, lässt sich wie folgt zusammenfassen¹². Obwohl der Begriff „Nutzung von körperlichen und nicht körperlichen Gegenständen“ weit reiche, umfasse er nicht den bloßen Erwerb oder das bloße Halten von Aktien, weil eine etwaige Dividende als Ergebnis dieser Beteiligung Ausfluss des bloßen Innehabens des Gegenstands sei. Ein neuer Gesellschafter, der einer Personengesellschaft gegen Bareinlage in ihr Gesellschaftsvermögen beitrete, übe deshalb keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Sechsten Richtlinie aus. Wenn der Erwerb einer Beteiligung als solcher keine entsprechende wirtschaftliche Tätigkeit darstelle, müsse dasselbe auch für die Veräußerung solcher Beteiligungen gelten. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Personengesellschaft sei daher keine ihm gegenüber erbrachte Dienstleistung.

10 — Vgl. zuletzt Urteil vom 21. Oktober 2004 in der Rechtssache C-8/03 (Banque Bruxelles Lambert, Slg. 2004, I-10157, Randnrn. 36 bis 41 und die dort zitierte Rechtsprechung).

11 — Zitiert in Fußnote 4.

12 — Vgl. auch Nrn. 24 bis 36 der Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer.

39. Diese Begründung beruhte auf der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofes¹³, die sie, wie die dänische Regierung hervorhebt, logisch erweitert hat. Kürzlich ist sie im Urteil *Banque Bruxelles Lambert*¹⁴ bestätigt worden.

40. Kretztechnik, die dänische und die italienische Regierung sowie die Kommission gehen sämtlich im Wesentlichen davon aus, dass sich das Urteil *KapHag* auf den Fall übertragen lasse, dass eine Kapitalgesellschaft zur Erhöhung ihres Gesellschaftskapitals neue Anteile ausgibt.

41. Es gibt offensichtliche Parallelen zwischen den beiden Fällen.

42. Die beklagte Steuerbehörde, die österreichische und die deutsche Regierung sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs sind jedoch der Auffassung, dass zwischen den beiden Fällen unterschieden werden müsse und dass die Anteilsausgabe eine vom Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer erfasste Lieferung gegen Entgelt darstelle (die aber nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 steuerbefreit sei).

13 — Der Gerichtshof bezog sich vor allem auf die Urteile vom 20. Juni 1991 in der Rechtssache C-60/90 (*Polysar Investments Netherlands*, Slg. 1991, I-3111, Randnr. 12), vom 6. Februar 1997 in der Rechtssache C-80/95 (*Harnas & Helm*, Slg. 1997, I-745, Randnrn. 13 bis 15) und vom 20. Juni 1996 in der Rechtssache C-155/94 (*Wellcome Trust*, Slg. 1996, I-3013, Randnr. 33).

14 — Zitiert in Fußnote 10.

43. Die beklagte Steuerbehörde und die österreichische Regierung meinen, dass ein wesentlicher Unterschied in der jeweiligen Natur einer Personen- und einer Kapitalgesellschaft liege. Anders als eine Kapitalgesellschaft müsse eine Personengesellschaft z. B. keine Rechtspersönlichkeit haben.

44. Ich denke nicht, dass die Unterschiede in Bezug auf die rechtlichen Merkmale hier von Bedeutung sind. Wie die Regierung des Vereinigten Königreichs in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, weichen diese Merkmale in den einzelnen Mitgliedstaaten erheblich voneinander ab. Sowohl der Anteil an einer Personen- als auch der an einer Kapitalgesellschaft bedeuten aber ein Teileigentum an der jeweiligen Einheit — soweit diese in der Rechtsordnung, der sie unterliegt, als solche anerkannt ist — und damit indirekt an ihrem Vermögen. Die Ausgabe neuer Anteile gegen eine Bareinlage, die das Kapital einer Gesellschaft erhöht, ist in wirtschaftlicher Hinsicht kaum anders zu beurteilen als die Aufnahme eines neuen Gesellschafters gegen eine Bareinlage in das Vermögen einer Personengesellschaft.

45. Außerdem trägt die Steuerbehörde vor, dass die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Personengesellschaft den Abschluss eines Vertrages zwischen den Altgesellschaftern und den neuen Gesellschaftern erfordere, während bei der Ausgabe neuer Anteile an einer Kapitalgesellschaft die Altgesellschafter als solche nicht einbezogen würden.

46. Wie der Gerichtshof im Urteil KapHag ausgeführt hat¹⁵, kommt es jedoch, wenn die Aufnahme eines neuen Gesellschafters keine Lieferung gegen Entgelt ist, nicht darauf an, ob sie als eine Handlung der Gesellschaft oder der Altgesellschafter anzusehen ist.

47. Auch halte ich die insbesondere von der österreichischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs angeführte Tatsache nicht für relevant, dass eine Kapitalgesellschaft, die neue Anteile an der Börse ausgibt, im Gegensatz zu einer Personengesellschaft, die einen neuen Gesellschafter aufnimmt, nicht weiß, an wen die Anteile verkauft werden, und dass einige oder alle Käufer möglicherweise Händler sind, die als Steuerpflichtige im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit handeln.

48. Es ist klar, dass sich die mehrwertsteuerrechtliche Einordnung eines Umsatzes nur nach der Eigenschaft, in der der Liefernde handelt, und nicht nach der richten kann, in der der Erwerber handelt. Andernfalls wäre eine Lieferung an einen privaten Endverbraucher kein steuerbarer Umsatz, was in völligem Gegensatz zur Natur der Mehrwertsteuer als „eine[r] allgemeine[n] ... Verbrauchssteuer ... bis auf die Einzelhandelsstufe einschließlich“¹⁶ stünde.

49. Die Eigenschaft, in der der Verbraucher handelt, ist nur für sein späteres Abzugsrecht in Bezug auf das relevant, was möglicherweise an Mehrwertsteuer auf den Umsatz erhoben wurde¹⁷. Ob Mehrwertsteuer erhoben wird, hängt davon ab, ob der Liefernde ein „Steuerpflichtiger [ist, der] als solcher [handelt]“, und ob, wenn dies der Fall ist, der Umsatz besteuert wird oder steuerbefreit ist.

50. Das Argument beruht aber auf jeden Fall auf der Annahme, dass eine Anteilsausgabe eine Lieferung an den neuen Anteilseigner darstellen kann.

51. Die wesentliche Feststellung im Urteil KapHag ist jedoch die, dass keine Lieferung an den neuen Gesellschafter erfolgt, und zwar weder durch die Altgesellschafter noch durch die (Personen-)Gesellschaft, und die erhebliche Frage in der vorliegenden Rechtsache ist die, ob die Anteilsausgabe überhaupt als Lieferung der (Kapital-)Gesellschaft zu betrachten ist. In dieser Hinsicht finde ich die Analyse, die die italienische Regierung und weitgehend die Kommission, aber besonders treffend Kretztechnik vorge-tragen haben, äußerst überzeugend.

52. Obwohl Artikel 6 Absatz 1 der Sechsten Richtlinie eine Dienstleistung als Leistung definiert, die keine Lieferung eines Gegen-

15 — In Randnr. 42.

16 — Artikel 2 der Ersten Richtlinie 67/227/EWG des Rates vom 11. April 1967 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuer (ABl. 1967, Nr. 71, S. 1301).

17 — Vgl. Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache C-97/90 (Lennartz, Slg. 1991, I-3795, Randnr. 8).

stands ist, kann diese Definition eindeutig nicht extrem wörtlich genommen werden. Vernünftiger dürfte es sein, sie so zu verstehen, als sollte als Dienstleistung alles das gelten, was geliefert wird und kein Gegenstand ist.

er fällt. Selbstverständlich nimmt eine Person keine Lieferung vor, wenn sie Gegenstände oder Dienstleistungen erhält.

53. Die Mehrwertsteuer ist eine Steuer auf Umsatz und Verbrauch¹⁸. Nur Lieferungen, die zum Umsatz eines Steuerpflichtigen gehören und Abschnitte in einer Kette darstellen, die normalerweise mit dem Verbrauch durch einen Endverbraucher enden, können dieser Steuer unterliegen.

56. Was ist bei einer Anteilsausgabe die Lieferung und was der Erwerb?

54. Die Anteilsausgabe lässt sich nicht als Teil des Umsatzes einer Gesellschaft ansehen. Auch ist sie keine Dienstleistung, die der neue Anteilseigner, der kein Verbraucher, sondern Eigentümer eines Anteils an der Gesellschaft ist, in Anspruch nimmt.

57. Das Eigentum an einem Anteil an einer Kapitalgesellschaft bedeutet das (Rest- und Eventual-)Eigentum an einem Teil des Vermögens der Gesellschaft und gibt dem Anteilseigner normalerweise das Recht auf einen Teil der ausgeschütteten Gewinne und des Restwerts der Gesellschaft bei deren Liquidation.

55. Wichtig ist außerdem, sich daran zu erinnern, dass ein Umsatz zwischen zwei Parteien zwei Aspekte hat: Er ist zum einen eine Lieferung und zum anderen ein Erwerb¹⁹. Doch kann nur die Lieferung und nicht der Erwerb einen — besteuerten oder steuerbefreiten — Umsatz darstellen, der in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer

58. Wenn ein Anteilseigner einen Anteil veräußert, stellt dies eindeutig eine Dienstleistung in Form der Abtretung eines bestehenden unkörperlichen Gegenstands im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Sechsten Richtlinie dar. Der Erwerber investiert nicht in die Gesellschaft im Sinne eines Kapitalbeitrags, sondern erwirbt eher bestimmte Rechte in Bezug auf das bereits eingelegte Kapital. Dies ist die Art von Umsätzen, mit der sich die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes zur mehrwertsteuerrechtlichen Behandlung von Umsätzen mit Anteilen befasst hat.

59. Wenn aber eine Gesellschaft neue Anteile ausgibt, veräußert sie keine bestehenden unkörperlichen Gegenstände und kein Recht an einem Teil ihres vorhandenen Vermö-

18 — Vgl. die Titel aller mehrwertsteuerrechtlichen Richtlinien und Artikel 2 der in Fußnote 16 zitierten Ersten Richtlinie.

19 — Bei Umsätzen in Form von Tauschgeschäften gibt es zwei Lieferungs- und zwei Erwerbsvorgänge.

gens. Sie vergrößert ihr Vermögen durch den Erwerb von Kapital und die Anerkennung der Rechte der neuen Anteilseigner als (am Restwert beteiligte) Eigentümer eines zuvor nicht vorhandenen, von ihnen in Form von Kapital zugeführten Teils des vergrößerten Vermögens.

60. Ein solcher Schritt lässt sich nicht als Dienstleistung der Gesellschaft einordnen. Vom Standpunkt der Gesellschaft aus liegt ein Erwerb von Kapital und nicht eine Lieferung und damit kein Umsatz vor, der mit der Mehrwertsteuer besteuert werden oder von ihr befreit sein könnte. Vom Standpunkt des Anteilseigners aus handelt es sich um eine Investition, eine Kapitalanlage, und nicht um einen Erwerb²⁰.

Die Gesellschaftsteuerrichtlinie

61. Ist die Ausgabe neuer Anteile durch eine Kapitalgesellschaft keine Lieferung, die der Mehrwertsteuer unterliegt, so kann sie doch einer anderen Steuerform unterliegen, die auf Gemeinschaftsebene mit der Gesellschaftsteuerrichtlinie harmonisiert wurde²¹.

62. Auch trifft es zu, worauf die italienische Regierung hinweist, dass nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe f dieser Richtlinie die Mitgliedstaaten auf die in den Artikeln 10 und 11 aufgeführten Umsätze, darunter die Ausgabe von Anteilen, Mehrwertsteuer erheben können.

63. Jedoch kann nichts in der Gesellschaftsteuerrichtlinie bewirken, dass irgendein Umsatz, der nach den Mehrwertsteuerrichtlinien nicht in den Anwendungsbereich dieser Steuer fällt, mit Mehrwertsteuer belastet wird. Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe f kann sich daher nur auf solche anderen von den Artikeln 10 und 11 erfassten Umsätze beziehen, die nach der Sechsten Richtlinie der Mehrwertsteuer unterliegen können — wie der gewerbliche Handel mit Anteilen.

64. Außerdem lässt ein Vergleich zwischen der Gesellschaftsteuerrichtlinie und den Mehrwertsteuerrichtlinien annehmen, dass Kapitalumsätze überhaupt nicht in den Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer fallen, ob sie nun als Eingangs- oder als Ausgangsumsätze anzusehen sind.

65. Die ersten beiden Begründungserwägungen der Ersten Mehrwertsteuerrichtlinie²² lauten:

„Hauptziel des Vertrages ist es, im Rahmen einer Wirtschaftsunion einen gemeinsamen

20 — Vgl. auch Nrn. 32 und 33 der Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo in der Rechtssache KapHag.

21 — Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (ABl. L 249, S. 25).

22 — Zitiert in Fußnote 16.

Markt zu schaffen, auf dem ein gesunder Wettbewerb herrscht und der ähnliche Merkmale aufweist wie ein Binnenmarkt.

Voraussetzung für die Verwirklichung dieses Zieles ist es, dass in den Mitgliedstaaten zuvor Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern angewandt werden, durch welche die Wettbewerbsbedingungen nicht verfälscht und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr im Gemeinsamen Markt nicht behindert werden.“

66. Die erste Begründungserwägung der Gesellschaftsteuerrichtlinie dagegen lautet:

„Ziel des Vertrages ist die Schaffung einer Wirtschaftsunion mit ähnlichen Eigenschaften wie ein Binnenmarkt; eine der wesentlichen Voraussetzungen zur Erreichung dieses Zieles ist die Förderung eines freien Kapitalverkehrs.“

67. Diese Passagen würden den Standpunkt stützen, dass die beiden Richtlinien(komplexe) — und die beiden Abgaben — zwei verschiedene Kategorien von Umsätzen betreffen. Beide zielen darauf ab, ein gleichmäßiges Spielfeld innerhalb des Binnenmarktes zu sichern, aber die Mehrwertsteuer betrifft den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, während die Gesellschaftsteuer den freien Kapitalverkehr betrifft. Ebenso

wie die Gesellschaftsteuer nicht auf die Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen erhoben werden kann, lässt sich annehmen, dass die Mehrwertsteuer — eine Steuer auf Umsatz und Verbrauch — nicht auf die Ansammlung von Kapital angewandt werden kann.

Ergebnis zur ersten Frage

68. Es lässt sich daher der Schluss ziehen, dass die Ausgabe neuer Anteile durch eine Gesellschaft überhaupt keine Lieferung der Gesellschaft darstellt und/oder dass es sich um eine Umsatzart handelt, die von der Mehrwertsteuer nicht erfasst wird. Auf jeden Fall sind die verschiedenen Argumente zu ihrer Einordnung, die von der Annahme ausgehen, es handele sich um eine Lieferung im Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer, irrelevant.

69. Die erste Frage des nationalen Gerichts ist daher zu verneinen, was eine Beantwortung der zweiten Frage erübrigt.

Die dritte Frage

70. Wenn sich die Aktienausgabe nicht als Lieferung von Kretztechnik ansehen lässt,

die innerhalb des Mehrwertsteuersystems steuerbar oder steuerbefreit ist, muss die Feststellung des vorlegenden Gerichts, dass die Kosten der streitigen Dienstleistungen allein der Zulassung zur Börse zum Zweck der Aktienaussgabe zuzurechnen sind, unter diesem Gesichtspunkt betrachtet werden.

71. Das in Artikel 17 der Sechsten Richtlinie geregelte Recht auf Vorsteuerabzug beruht auf der Zuordnung von Eingangskosten zu Ausgangsumsätzen.

72. 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.

73. Wenn z. B. ein Händler beim Erwerb einer Ware die Dienstleistungen eines Maklers oder eines Taxators in Anspruch nimmt, lässt sich von den Kosten dieser Dienstleistungen sagen, dass sie direkt, unmittelbar und ausschließlich mit dem Erwerb zusammenhängen. Danach bestimmt sich aber nicht, ob die Mehrwertsteuer auf diese Dienstleistungen abgezogen werden kann. Das Recht auf Vorsteuerabzug muss sich nach den Ausgangsumsätzen richten, für die die Dienstleistungen verwendet werden. Bei den fraglichen Umsätzen wird es sich in der Regel um die Weiterlieferung der Ware oder der Gegenstände oder Dienstleistungen han-

deln, für die sie verwendet wurde oder in die sie eingegangen ist. Das Recht auf Vorsteuerabzug hängt davon ab, ob diese Lieferung besteuert wird oder nicht.

74. Wenn also der Umsatz, mit dem der Eingangsumsatz am engsten zusammenhängt, ganz aus dem Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer herausfällt, weil er jedenfalls keine Lieferung von Gegenständen oder Dienstleistungen darstellt, ist er für die Feststellung der Abzugsfähigkeit ohne Bedeutung. Was zählt, ist der Zusammenhang — wenn vorhanden — mit den genannten Ausgangsumsätzen und ob diese besteuert werden oder steuerbefreit sind²³.

75. Im Fall von Kretztechnik ist daher zu fragen, ob das mit der Aktienaussgabe aufgenommene Geld für einen oder mehrere besteuerte Ausgangsumsätze verwendet wurde.

76. Wahrscheinlich lässt sich die Verwendung des Kapitals — und der mit der Kapitalaufnahme verbundenen Dienstleistungen — nicht mit speziellen Ausgangsumsätzen verknüpfen, sondern muss eher der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft im Ganzen zugerechnet werden. Es kann keinen vernünftigen Zweifel daran geben, dass eine Handelsgesellschaft, die Kapital aufnimmt, dies für ihre wirtschaftliche Tätigkeit tut.

23 — Vgl. auch meine Schlussanträge in der in Fußnote 3 zitierten Rechtssache *Abbey National*, insbesondere Nrn. 35 und 46.

77. Es besteht offenbar Einigkeit darüber, dass Kretztechnik ausschließlich besteuerte Ausgangslieferungen erbringt, so dass sie das Kapital in ihrer Eigenschaft als Steuerpflichtige, die als solche handelt, aufgenommen hat. In diesem Fall kann die Mehrwertsteuer auf Eingangsumsätze, die als Gemeinkosten ihrer gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit

zuzurechnen sind, nach der oben in Nummer 27 angeführten Rechtsprechung vollständig abgezogen werden. Sollte sie dagegen auch andere Lieferungen vornehmen, so wäre nur ein nach Artikel 17 Absatz 5 der Sechsten Richtlinie festzulegender Anteil abziehbar.

Ergebnis

78. Ich bin daher der Ansicht, dass der Gerichtshof die vom Unabhängigen Finanzsenat vorgelegten Fragen wie folgt beantworten sollte:

1. Eine Aktiengesellschaft erbringt bei Durchführung eines Börsengangs und der damit zusammenhängenden Ausgabe von Aktien an neue Aktionäre gegen Zahlung eines Ausgabepreises keine Lieferung gegen Entgelt im Sinne des Artikels 2 Nummer 1 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage.
2. Die Vorsteuer auf Dienstleistungen, die für eine derartige Aktienaussgabe bezogen wurden, kann nach Artikel 17 Absätze 1, 2 und 5 der Sechsten Richtlinie abgezogen werden, soweit die Gesellschaft für ihre Ausgangsumsätze Mehrwertsteuer in Rechnung stellt.