Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
Juliane Kokott
vom 20. Mai 2015 [1]

**Rechtssache C-595/13**

**Staatssecretaris van Financiën**
**gegen**
**Fiscale Eenheid X NV cs**

(Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Nederlanden [Niederlande])

„Steuerrecht — Mehrwertsteuer — Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG — Steuerbefreiung für die Verwaltung von Sondervermögen — Immobilien als Gegenstand eines Sondervermögens — Tatsächliche Bewirtschaftung einer Immobilie als Verwaltung des Sondervermögens“

## I – **Einleitung**

1. Im Mehrwertsteuerrecht der Union besteht seit fast 40 Jahren eine Steuerbefreiung für die Verwaltung von Investmentfonds, mit der sich der Gerichtshof wiederholt beschäftigt hat [2]. Erst jetzt erreicht den Gerichtshof jedoch mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen aus den Niederlanden die Frage, ob und in welchem Umfang auch Immobilienfonds – und nicht nur Wertpapierfonds – von dieser Befreiung profitieren.

## II – **Rechtlicher Rahmen**

### A – *Mehrwertsteuerrecht*

2. Für den Zeitraum, der im Ausgangsrechtsstreit relevant ist, wird das Mehrwertsteuerrecht der Union durch die 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 [3] in ihrer für das Jahr 1996 geltenden Fassung (im Folgenden: Sechste Richtlinie) geregelt.

3. Gemäß Art. 2 Nr. 1 der Sechsten Richtlinie unterliegen der Mehrwertsteuer u. a. „Dienstleistungen, die ein Steuerpflichtiger als solcher im Inland gegen Entgelt ausführt“.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Urteile Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289), JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391), Deutsche Bank (C-44/11, EU:C:2012:484), GfBk (C-275/11, EU:C:2013:141, Rn. 30), Wheels Common Investment Fund Trustees u. a. (C-424/11, EU:C:2013:144, Rn. 19) sowie ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 43); siehe auch die Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache BBL (C-8/03, EU:C:2004:309) und der Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache PPG Holdings (C-26/12, EU:C:2013:254).

3 — ABl. L 145, S. 1.

4. Nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie befreien die Mitgliedstaaten aber folgende Umsätze von der Steuer:

„6. die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften;“

5. Dieser Vorschrift entspricht Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der aktuell geltenden Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem [4]. Die hierzu ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs kann deshalb im vorliegenden Fall ebenfalls berücksichtigt werden.

6. Das niederländische Recht bestimmt in Art. 11 Abs. 1 Buchst. i Nr. 3 der Wet op de omzetbelasting (Umsatzsteuergesetz) 1968, dass die Verwaltung eines von Investmentfonds und Kapitalanlagegesellschaften für gemeinsame Anlagen angesammelten Vermögens von der Umsatzsteuer befreit ist.

B – *Aufsichtsrecht für Anlagevermögen*

7. Der Anwendungsbereich der Richtlinie 85/611/EWG vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) [5] in ihrer im Jahr 1996 geltenden Fassung (im Folgenden: OGAW-Richtlinie) wird in ihrem sechsten Erwägungsgrund wie folgt beschrieben:

„Die Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sollte zunächst auf Organismen für gemeinsame Anlagen des nicht geschlossenen Typs beschränkt werden, die ihre Anteile beim Publikum in der Gemeinschaft vertreiben und deren einziges Ziel die Anlage in Wertpapieren ist […]; die Regelung für Organismen für gemeinsame Anlagen, die nicht unter diese Richtlinie fallen, wirft verschiedene Probleme auf, die durch unterschiedliche Bestimmungen behandelt werden müssen; daher sollten solche Organismen Gegenstand einer späteren Koordinierung sein; […]“

8. Die Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds [6] (im Folgenden: AIFM-Richtlinie) hat gemäß ihrem Art. 1 folgenden Gegenstand:

„In dieser Richtlinie werden Vorschriften für die Zulassung, die laufende Tätigkeit und die Transparenz der Verwalter alternativer Investmentfonds (alternative investment fund managers – AIFM) festgelegt, die alternative Investmentfonds (AIF) in der Union verwalten und/oder vertreiben.“

9. Anhang I der AIFM-Richtlinie hat auszugsweise den folgenden Inhalt:

„1. Anlageverwaltungsfunktionen, die ein AIFM bei der Verwaltung eines AIF mindestens übernehmen muss:

   a) Portfolioverwaltung,

   b) Risikomanagement.

4 — ABl. L 347, S. 1.

5 — ABl. L 375, S. 3; mittlerweile gilt die Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (Neufassung) (ABl. L 302, S. 32), die zeitlich jedoch nicht auf den Ausgangsrechtsstreit anzuwenden ist.

6 — Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010 (ABl. L 174, S. 1).

2. Andere Aufgaben, die ein AIFM im Rahmen der kollektiven Verwaltung eines AIF zusätzlich ausüben kann:

a) administrative Tätigkeiten:

[…]

b) Vertrieb;

c) Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Vermögenswerten des AIF, worunter […] das Facility Management, die Immobilienverwaltung […] und […] fallen."

## III – **Ausgangsrechtsstreit**

10. Der Ausgangsrechtsstreit betrifft die Mehrwertsteuerschuld der Fiscale Eenheid X NV cs (im Folgenden: X) für das Jahr 1996.

11. X ist eine steuerliche Einheit, zu der mehrere Gesellschaften gehören, die im Rahmen der Mehrwertbesteuerung gemeinsam als ein Steuerpflichtiger behandelt werden. Zu X gehört auch die Gesellschaft A Beheer NV (im Folgenden: A).

12. A hat im Jahr 1996 Dienstleistungen gegenüber drei Gesellschaften erbracht, die durch mehrere Pensionsfonds gegründet wurden und sich mit dem Handel und der Bewirtschaftung von Immobilien befassen. Da diese Gesellschaften kein Personal beschäftigten, übernahm A vertraglich die folgenden Aufgaben:

a) die Tätigkeit als Geschäftsführerin der Gesellschaften;

b) alle vollziehenden Tätigkeiten, welche die Gesellschaften nach den Rechtsvorschriften, Gesellschaftsverträgen, Satzungen und Verwaltungsentscheidungen auszuführen haben;

c) die Verwaltung des Vermögens der Gesellschaften, insbesondere die Verwaltung ihrer Immobilien;

d) die Rechnungslegung, Datenverarbeitung und interne Buchprüfung;

e) Verfügungen über das Vermögen des Auftraggebers, einschließlich des An- und Verkaufs der Immobilien;

f) die Akquisition von Anteilseignern bzw. Aktionären.

13. X ist der Ansicht, dass sämtliche der aufgeführten Tätigkeiten der A unter die Steuerbefreiung für die Verwaltung von Kapitalanlagegesellschaften gemäß Art. 11 Abs. 1 Buchst. i Nr. 3 der Wet op de omzetbelasting 1968 fallen. Die Finanzverwaltung hält hingegen nur den An- und Verkauf der Immobilien sowie die Akquisition neuer Anteilseigner (Buchst. e und f) für steuerbefreit.

## IV – **Verfahren vor dem Gerichtshof**

14. Der mittlerweile mit dem Rechtsstreit befasste Hoge Raad der Nederlanden hält teilweise die Auslegung des Unionsrechts für entscheidend und hat dem Gerichtshof deshalb am 21. November 2013 gemäß Art. 267 AEUV die folgenden Fragen vorgelegt:

1. Ist Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass eine Gesellschaft, die durch mehr als einen Anleger mit dem alleinigen Ziel errichtet wurde, das angesammelte Vermögen in Immobilien anzulegen, als Sondervermögen im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden kann?

2. Falls Frage 1 bejaht wird: Ist Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass unter dem Begriff „Verwaltung" auch die von der Gesellschaft einem Dritten übertragene tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien der Gesellschaft erfasst ist?

15. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben X, das Königreich der Niederlande, das Königreich Schweden und die Europäische Kommission im März 2014 schriftlich Stellung genommen. An der mündlichen Verhandlung vom 4. März 2015 hat neben diesen Beteiligten auch das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland teilgenommen.

## V – **Rechtliche Würdigung**

16. Das vorlegende Gericht stellt zur Steuerbefreiung der Verwaltung von Sondervermögen gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie zwei Fragen. Die erste Frage betrifft den Begriff „Sondervermögen" (dazu unter A), die zweite den Begriff der „Verwaltung" (dazu unter B).

### A – *Zur ersten Vorlagefrage: „Sondervermögen"*

17. Gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie ist die Verwaltung „von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen" von der Mehrwertsteuer befreit. Mit seiner ersten Frage will das vorlegende Gericht im Wesentlichen klären, ob ein solches Sondervermögen auch aus Immobilien bestehen kann.

#### 1. Das Erfordernis besonderer staatlicher Aufsicht

18. Diese Frage können die Mitgliedstaaten trotz der Definitionsbefugnis, die ihnen der Wortlaut des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie verleiht, nicht eigenständig beantworten. Bei der Definition des „Sondervermögens" besteht nämlich aufgrund unserer Rechtsprechung – wie bereits Generalanwalt Cruz Villalón kürzlich festgestellt hat[7] – nur ein eingeschränkter Spielraum der Mitgliedstaaten.

19. Der Gerichtshof hat insoweit formuliert, dass ein Mitgliedstaat nicht auswählen könne, welchen der Sondervermögen die Befreiung gewährt wird und welchen nicht; er könne in seinem innerstaatlichen Recht lediglich die Fonds definieren, die unter den Begriff „Sondervermögen" fallen[8].

7 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2013:840, Nrn. 34 bis 36).

8 — Urteile Wheels Common Investment Fund Trustees u. a. (C-424/11, EU:C:2013:144, Rn. 17) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 41); vgl. auch Urteil JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, Rn. 41 bis 43).

20. Für diese auf den ersten Blick etwas verwirrende Aussage gibt es eine einfache Erklärung. Es sind nämlich zwei Regelungsbereiche zu unterscheiden: zum einen das Mehrwertsteuerrecht, zum anderen die staatliche Aufsicht über Anlagevermögen oder „Organismen für gemeinsame Anlagen“, wie sie das Unionsrecht teilweise bezeichnet [9].

21. Wie der Gerichtshof mehrfach im Zusammenhang mit der Auslegung der hier umstrittenen Steuerbefreiung hervorgehoben hat, wurde das Mehrwertsteuerrecht vor dem Aufsichtsrecht harmonisiert [10]. Deshalb musste das Mehrwertsteuerrecht der Union an das nationale Recht anknüpfen, wenn es die Verwaltung von Anlagevermögen von der Mehrwertsteuer befreien wollte, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen [11]. Ursprünglich bestimmten nämlich nur die Mitgliedstaaten, welche Anlagevermögen staatlich reguliert werden, also besonderen Zulassungs- und Überwachungsvorschriften unterliegen, insbesondere zum Schutz der Anleger. Für derart national regulierte Sondervermögen gewährte dann das Unionsrecht einen Anspruch auf Steuerbefreiung gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie.

22. Dass nur Vermögen von der Befreiung profitieren sollen, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen, hat der Gerichtshof zwar bislang noch nicht explizit ausgesprochen. Diese Sicht liegt der Rechtsprechung aber klar zu Grunde.

23. Nachdem nämlich auf Unionsebene die Regelung der besonderen staatlichen Aufsicht über Anlagevermögen mit der OGAW-Richtlinie ihren Anfang genommen hatte, beschränkte der Gerichtshof den Spielraum der Mitgliedstaaten für die Definition eines Sondervermögens im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie: Die Mitgliedstaaten müssen Vermögen, die nach der OGAW-Richtlinie reguliert sind, zwingend als „Sondervermögen“ einstufen [12]. Die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten wurde somit durch die Harmonisierung des Aufsichtsrechts überlagert [13].

24. Soweit das Aufsichtsrecht aber nicht auf Unionsebene reguliert ist, besteht die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten fort. Denn der Unionsgesetzgeber hat im sechsten Erwägungsgrund der OGAW-Richtlinie ausgeführt, dass die Harmonisierung „zunächst“ nur Anlagen betreffen soll, die nicht geschlossen sind und die ausschließlich in Wertpapiere investieren. Deshalb konnte der Gerichtshof feststellen, dass eine geschlossene Investmentgesellschaft, deren staatliche Beaufsichtigung nicht unionsrechtlich geregelt ist, gleichwohl unter den Begriff des Sondervermögens gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie fallen kann [14].

25. An dieser Situation hat sich für den vorliegenden Fall nichts geändert. Denn die weitergehende Harmonisierung des Aufsichtsrechts für Anlagevermögen durch die AIFM-Richtlinie kann im Ausgangsrechtsstreit, in dem die Rechtslage des Jahres 1996 zu beachten ist, noch keine Berücksichtigung finden.

9 — Art. 1 Abs. 3 der OGAW-Richtlinie fasst unter den Begriff eines solchen Organismus sowohl unselbständige „Investmentfonds“ als auch selbständige „Investmentgesellschaften“; die AIFM-Richtlinie versteht hingegen „Investmentfonds“ als Übergriff, vgl. Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 Buchst. b.

10 — Vgl. Urteile Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, Rn. 55) sowie JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, Rn. 32).

11 — Siehe bereits meine Schlussanträge in den Rechtssachen Abbey National (C-169/04, EU:C:2005:523, Nr. 41) sowie JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:125, Nr. 16).

12 — Urteile Wheels Common Investment Fund Trustees u. a. (C-424/11, EU:C:2013:144, Rn. 23) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 46).

13 — Vgl. bereits meine Schlussanträge in der Rechtssache Abbey National (C-169/04, EU:C:2005:523, Nr. 38) sowie in der Rechtssache JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:125, Nr. 32).

14 — Urteil JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, Rn. 34, 35 und 37).

26. Der Begriff des „Sondervermögens“ im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie wird somit jedenfalls nach alter Rechtslage sowohl durch das Unionsrecht als auch durch das nationale Recht bestimmt. Soweit das Unionsrecht mittels der OGAW-Richtlinie Anlagevermögen einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstellt, sind sie Sondervermögen im Sinne der Steuerbefreiung. Soweit die Mitgliedstaaten darüber hinaus für weitere Arten von Anlagevermögen eine besondere staatliche Aufsicht vorsehen, profitieren diese grundsätzlich ebenfalls von der Steuerbefreiung.

27. In diesem Sinne ist auch unsere Rechtsprechung zu verstehen, nach der die Mitgliedstaaten als Sondervermögen auch solche Fonds anzusehen haben, die zwar keine Organismen für gemeinsame Anlagen im Sinne der OGAW-Richtlinie darstellen, aber diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen [15]. Ein solcher Wettbewerb kann grundsätzlich nur zwischen Anlagevermögen bestehen, die besonderer staatlicher Aufsicht unterstehen. Nur solche Anlagevermögen können den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen und den gleichen Anlegerkreis ansprechen.

28. Das Urteil ATP PensionService, in dem der Gerichtshof feststellte, dass auch Rentenkassen der betrieblichen Altersvorsorge unter den Begriff des Sondervermögens fallen können [16], steht ebenfalls im Einklang mit dem Erfordernis einer besonderen staatlichen Aufsicht. Denn auch betriebliche Altersvorsorgesysteme unterstehen grundsätzlich einer solchen Aufsicht, wie sich aus der Richtlinie 2003/41/EG über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung [17] ergibt.

29. Schließlich entspricht eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Steuerbefreiung auf Anlagevermögen, die besonderer staatlicher Aufsicht unterstehen, auch dem vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung wiederholten Gebot, die Begriffe der Steuerbefreiungen eng auszulegen [18]. Denn sofern sich die Steuerbefreiung darüber hinaus auf nicht regulierte Anlagevermögen erstrecken würde, wäre ihr Anwendungsbereich sehr weit. Als Sondervermögen könnten dann z. B. auch Gesellschaften angesehen werden, die als Holding für Unternehmensbeteiligungen fungieren, worauf das Vereinigte Königreich in der mündlichen Verhandlung zu Recht hingewiesen hat.

30. Für den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass ein Anlagevermögen, das ausschließlich aus Immobilien besteht, nicht unter das unionsrechtliche Aufsichtsrecht fällt, das im Jahr 1996 galt. Die OGAW-Richtlinie ist gemäß ihrem Art. 1 Abs. 1 und 2 erster Gedankenstrich nur auf Anlagevermögen anwendbar, die aus Wertpapieren bestehen.

31. Folglich kann ein Anlagevermögen, das aus Immobilien besteht, nur dann ein Sondervermögen im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie darstellen, wenn das nationale Recht eine besondere staatliche Aufsicht über ein derartiges Vermögen vorsieht. Ob dies im Ausgangsrechtsstreit der Fall ist, kann den Angaben des vorlegenden Gerichts nicht entnommen werden und ist von ihm zu prüfen.

15 — Urteile Wheels Common Investment Fund Trustees u. a. (C-424/11, EU:C:2013:144, Rn. 24) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 47).

16 — Vgl. Urteil ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 59).

17 — Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Juni 2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (ABl. L 235, S. 10).

18 — Siehe nur Urteile Velker International Oil Company (C-185/89, EU:C:1990:262, Rn. 19), Stockholm Lindöpark (C-150/99, EU:C:2001:34, Rn. 25) und Granton Advertising (C-461/12, EU:C:2014:1745, Rn. 25).

2. Immobilien als zulässiges Sondervermögen

32. Falls das vorlegende Gericht feststellen sollte, dass die drei Gesellschaften, denen A verschiedene Dienstleistungen erbracht hat, einer besonderen staatlichen Aufsicht unterlagen, stellt sich die weitere Frage, ob ein solches Sondervermögen kraft nationalen Aufsichtsrechts auch als Sondervermögen im Sinne der Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie anzusehen ist.

33. Denn nach der Rechtsprechung existiert eine äußere Grenze des Definitionsrechts der Mitgliedstaaten. Die Qualifizierung als „Sondervermögen" nach nationalem Aufsichtsrecht aufgrund der besonderen Regulierung eines Anlagevermögens ist als solche noch nicht ausreichend für die Anwendbarkeit der Befreiung. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass es sich um Fonds handelt, die unter den Begriff des „Sondervermögens" im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie fallen und im Licht des Ziels dieser Richtlinie sowie des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität für eine Befreiung in Frage kommen [19].

34. Selbst wenn also die Tätigkeit der drei Gesellschaften, denen A verschiedene Dienstleistungen erbracht hat, einer besonderen staatlichen Aufsicht unterlegen haben sollte, könnte ihre Einstufung als Sondervermögen im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie daran scheitern, dass Anlagevermögen, die aus Immobilien bestehen, vom Ziel dieser Steuerbefreiung nicht umfasst sind.

35. Nach ständiger Rechtsprechung dient die Steuerbefreiung dazu, den Anlegern die Anlage in Wertpapiere über Organismen für Anlagen dadurch zu erleichtern, dass die Mehrwertsteuerkosten wegfallen und somit die Neutralität des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems hinsichtlich der Wahl zwischen unmittelbarer Anlage in Wertpapiere und derjenigen, die durch Einschaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen erfolgt, gewährleistet bleibt. Ausdrücklich sieht der Gerichtshof diese Zielbeschreibung, die sich allein auf Wertpapiere bezieht, aber nicht als abschließend an [20].

36. Als Ausgangspunkt für die Bestimmung der Zielrichtung der Steuerbefreiung dient der Wortlaut von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie. Dieser spricht allgemein von „Sondervermögen", nicht aber von einer bestimmten Anlageform. Daher ist nicht ersichtlich, dass diese Steuerbefreiung nur die Anlage in Wertpapiere, nicht aber auch in andere Anlageformen fördern soll.

37. Das vorlegende Gericht hat jedoch Bedenken, ob das vom Gerichtshof formulierte Ziel der Steuerbefreiung im Fall von Immobilien erfüllt werden kann. Denn die unmittelbare Anlage in Immobilien unterliege im Allgemeinen der Mehrwertsteuer. Hinter diesem Einwand steht wohl der Gedanke, dass im Gegensatz dazu die unmittelbare Anlage in Wertpapiere gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 5 der Sechsten Richtlinie regelmäßig steuerfrei ist. Wenn die unmittelbare Anlage in Immobilien ohnehin nicht steuerfrei sei – so anscheinend die Sichtweise des vorlegenden Gerichts –, dann müsse auch die Verwaltung eines Immobilienfonds nicht von der Mehrwertsteuer befreit werden, um die unmittelbare Anlage und die Fondsanlage in Immobilien steuerlich neutral zu behandeln.

38. Die Frage aber, ob der *Kauf und Verkauf* der Gegenstände eines Anlagevermögens steuerfrei oder steuerpflichtig ist, hat für das vom Gerichtshof definierte Ziel der Steuerbefreiung für die *Verwaltung* von Sondervermögen keine Bedeutung. Die von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie bezweckte Gleichbehandlung von unmittelbarer Anlage und Anlage in Sondervermögen wird dadurch

19 — Vgl. Urteil JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, Rn. 53); vgl. in diesem Sinne auch Urteil ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 42).

20 — Vgl. Urteile Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, Rn. 62), JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust und The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, Rn. 45), GfBk (C-275/11, EU:C:2013:141, Rn. 30), Wheels Common Investment Fund Trustees u. a. (C-424/11, EU:C:2013:144, Rn. 19) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 43).

gewährleistet, dass für die *Verwaltung* des Sondervermögens – die bei einer unmittelbaren Anlage durch den Anleger selbst und damit von vornherein ohne Mehrwertsteuerbelastung erfolgt – keine zusätzliche Mehrwertsteuer erhoben wird. Beim Kauf oder Verkauf von Gegenständen des Anlagevermögens werden die unmittelbare Anlage und die Anlage in Sondervermögen ohnehin grundsätzlich gleich behandelt, weil regelmäßig in beiden Fällen in Abhängigkeit vom Anlagegegenstand Mehrwertsteuer entweder anfällt oder nicht.

39. Das Ziel der Steuerbefreiung wird damit auch im Fall der Anlage in Immobilien erreicht, indem die Fondsanlage von zusätzlichen Mehrwertsteuerkosten entlastet wird, die bei der unmittelbaren Anlage in Immobilien nicht entstehen würden. Dass der Gerichtshof dieses Ziel bislang nur auf Wertpapiere bezogen hat, hängt mit dem Gegenstand der bislang anhängigen Verfahren sowie unter Umständen auch damit zusammen, dass unionsrechtliches Aufsichtsrecht lange Zeit nur im Hinblick auf Wertpapiervermögen bestand.

40. Wie der sechste Erwägungsgrund, Art. 19 Abs. 1 Buchst. e und Art. 24 der OGAW-Richtlinie zeigen, kennt aber das Aufsichtsrecht im Allgemeinen nicht nur Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, sondern auch sonstige Organismen für gemeinsame Anlagen. Die Anlage in Wertpapieren stellt somit nur eine besondere Form der regulierten Anlagen dar. Dies wird durch die aktuell geltende AIFM-Richtlinie bestätigt, die auf Unionsebene einen weiteren Harmonisierungsschritt bei der besonderen staatlichen Aufsicht über Anlagevermögen darstellt. Die AIFM-Richtlinie ist u. a. auch auf Immobilienfonds anwendbar, wie sich explizit aus ihrem 34. Erwägungsgrund ergibt.

41. Vor diesem Hintergrund verhindert die Einbeziehung von Immobilienfonds in die Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie auch eine Verletzung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität. Denn soweit Anlagevermögen einer vergleichbaren besonderen staatlichen Aufsicht unabhängig davon unterliegen, ob sie aus Wertpapieren oder aus Immobilien bestehen, herrscht zwischen diesen Anlageformen auch unmittelbarer Wettbewerb. Denn dem Anleger kommt es in beiden Fällen letztlich nur auf eine Verzinsung seines Kapitals an. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität lässt es nach ständiger Rechtsprechung aber nicht zu, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln [21].

42. Schließlich halte ich auch den Einwand des Königreichs Schweden nicht für berechtigt, der die angeblich fehlende Risikostreuung eines Immobilienfonds betrifft. Zwar muss nach der Rechtsprechung ein Sondervermögen die Streuung des Risikos erlauben, das die Anleger tragen [22]. Auch wenn ein Immobilienfonds *per definitionem* nur in Immobilien anlegt, erfolgt dadurch aber gleichwohl eine Risikostreuung. Dies ist augenscheinlich der Fall bei einer Investition in mehrere Immobilien, trifft aber genauso bei einer einzigen großen Immobilie zu, da hier zum Beispiel das Risiko des Leerstands auf eine Vielzahl von Wohn- oder Gewerbeeinheiten verteilt wird. Aus ähnlichen Gründen können auch Sondervermögen, die aus Wertpapieren bestehen, auf eine bestimmte Branche beschränkt sein, ohne dadurch die Steuerbefreiung zu verlieren.

43. Somit sind im Ergebnis auch Immobilienvermögen, die das nationale Recht als Sondervermögen unter eine besondere staatliche Aufsicht gestellt hat, als Sondervermögen im Sinne der Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie anzusehen.

21 — Siehe nur Urteile Kommission/Frankreich (C-481/98, EU:C:2001:237, Rn. 22), Marks & Spencer (C-309/06, EU:C:2008:211, Rn. 47) und Pro Med Logistik (C-454/12 und C-455/12, EU:C:2014:111, Rn. 52).

22 — Urteil ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 51 und 59).

3. Ergebnis

44. Auf die erste Vorlagefrage ist folglich zu antworten, dass eine Gesellschaft, die durch mehr als einen Anleger mit dem alleinigen Ziel errichtet wurde, das angesammelte Vermögen in Immobilien anzulegen, als Sondervermögen im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie angesehen werden kann, sofern der betreffende Mitgliedstaat sie einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstellt hat.

B – *Zur zweiten Vorlagefrage: „Verwaltung"*

45. Die zweite Vorlagefrage betrifft die Auslegung des Begriffs der „Verwaltung" im Sinne der Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie. Das vorlegende Gericht fragt, ob darunter auch die einem Dritten übertragene tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien eines Sondervermögens fällt. Die tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilie umfasst ausweislich des Vorlagebeschlusses insbesondere ihre Vermietung, die Verwaltung der bestehenden Mietverhältnisse sowie die Beauftragung und Überwachung von Instandhaltungsmaßnahmen.

46. Aus der Begründung des Vorlagebeschlusses ergibt sich, dass mit dem „Dritten" A gemeint ist. Da A *sämtliche* Verwaltungsleistungen, einschließlich der Geschäftsführung, für die drei Gesellschaften übernommen hat, stellt sich vorliegend nicht die vom Gerichtshof wiederholt behandelte Frage, unter welchen Umständen ein außenstehender Verwalter *einzelne* Verwaltungsdienstleistungen als Subunternehmer des eigentlichen Verwalters eines Sondervermögens steuerfrei erbringen kann [23].

47. Es geht somit im vorliegenden Fall ausschließlich darum, was Teil der Verwaltung im Sinne der Steuerbefreiung ist. Umfasst eine solche Verwaltung, wie es von den Verfahrensbeteiligten diskutiert wurde, nur den An- und Verkauf der Immobilien oder auch ihre tatsächliche Bewirtschaftung?

48. Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, erfolgt die Bestimmung dessen, was die Verwaltung im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie umfasst, allein durch das Unionsrecht; die Mitgliedstaaten verfügen insoweit über keinerlei Ermessen [24].

49. Unsere Rechtsprechung hat den Begriff der Verwaltung jedoch noch nicht abschließend definiert. Klar ist nur, dass die Umsätze, für die diese Befreiung gilt, für die Tätigkeit der Organismen für gemeinsame Anlagen „spezifisch" sein müssen [25].

50. Die Beurteilung dessen, was „spezifisch" für die Verwaltung eines Sondervermögens ist, hängt vom Gegenstand des Sondervermögens ab. Sinn und Zweck eines solchen Sondervermögens ist die Erhaltung und Vermehrung des Vermögens. Spezifisch für die Verwaltung eines solchen Vermögens ist deshalb alles, was ein Verwalter tun muss, um das ihm anvertraute Anlagevermögen erhalten und daraus Erträge erzielen zu können. Hierzu hat er die jeweiligen Anlagegegenstände ordnungsgemäß zu bewirtschaften. Was dies im Einzelnen beinhaltet, kann nur in Abhängigkeit vom Anlagegegenstand definiert werden.

51. Sofern es sich um Immobilien handelt, können grundsätzlich ihr Wert nur erhalten und Erträge aus ihnen nur dann erzielt werden, wenn die Immobilien auch tatsächlich bewirtschaftet werden. Die bloße Inhaberschaft des Eigentumsrechts an den Immobilien hat nämlich regelmäßig keine Erträge zur Folge.

23 — Vgl. hierzu Urteile Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, Rn. 67), GfBk (C-275/11, EU:C:2013:141, Rn. 20 und 21) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 63 und 65).

24 — Vgl. Urteil Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, Rn. 40 bis 43).

25 — Urteile Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, Rn. 63), Deutsche Bank (C-44/11, EU:C:2012:484, Rn. 31) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 65).

52. Handelt es sich bei einem Sondervermögen hingegen um Anteile an Gesellschaften, muss der Anteilsinhaber grundsätzlich nicht selbst tätig werden, um Erträge zu erzielen. Denn das Unternehmen der Gesellschaft wird bereits von ihrer eigenständigen Geschäftsführung betrieben.

53. Zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Anlagegegenstands gehört deshalb z. B. bei Wertpapiervermögen, die aus Aktien bestehen, nur die Wahrnehmung der Rechte eines Anteilsinhabers, wie des Stimmrechts. Der Anteilsinhaber ist hingegen gar nicht berechtigt, das Unternehmen der Gesellschaft, an der er Anteile besitzt, tatsächlich zu bewirtschaften. Die tatsächliche Bewirtschaftung einer Immobilie ist aus diesem Grund auch nicht mit der tatsächlichen Bewirtschaftung des Unternehmens einer Gesellschaft zu vergleichen, an der ein Wertpapierfonds Anteile hält und die gerade nicht zur „Verwaltung" im Sinne der Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie gehört.

54. Der Verwalter eines Sondervermögens kann sich somit im Fall von Aktien im Wesentlichen auf das bloße Halten der Anteile an Gesellschaften beschränken, um Erträge zu erzielen, während dies im Fall von Immobilien regelmäßig gerade nicht ausreicht.

55. Diese Sichtweise findet sich im aktuellen Aufsichtsrecht der Union bestätigt. So sieht Anhang I Nr. 2 Buchst. c der AIFM-Richtlinie vor, dass zu den Aufgaben, die der Verwalter eines alternativen Investmentfonds ausüben kann und die damit der behördlichen Aufsicht unterliegen, neben den „administrativen Tätigkeiten" auch das „Facility Management" und die „Immobilienverwaltung" gehören, also die tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien. Bei Sondervermögen, die unter die OGAW-Richtlinie fallen, nimmt der Gerichtshof ebenfalls Bezug auf die in Anhang II jener Richtlinie enthaltene Tätigkeitsbeschreibung für Investmentfonds bzw. Investmentgesellschaften. Nach der Rechtsprechung sind nämlich die in Anhang II der OGAW-Richtlinie aufgelisteten „administrativen Tätigkeiten" neben der Portefeuilleverwaltung in jedem Fall spezifisch[26]. Auch wenn die AIFM-Richtlinie auf den Ausgangsrechtsstreit noch nicht anwendbar ist, zeigen ihre Bestimmungen somit gleichwohl, dass die tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien zu den „spezifischen" Aufgaben eines Immobilienfonds gehört.

56. Schließlich spricht gegen die Einbeziehung der Bewirtschaftung einer Immobilie in den Begriff der „Verwaltung" auch nicht der Umstand, dass die Verwaltung einer Immobilie, für die ein Einzelanleger einen Dritten beauftragt, nicht von der Mehrwertsteuer befreit ist. Der Gerichtshof hat nämlich im Urteil GfBK bereits ein vergleichbares Argument zurückgewiesen, das Beratungsleistungen für Wertpapierfonds betraf[27]. Im Lichte des Ziels der Steuerbefreiung[28] geht es nämlich nur um einen Vergleich der Anlage in einen Immobilienfonds mit der unmittelbaren Anlage in eine Immobilie, bei der die tatsächliche Bewirtschaftung durch den Anleger selbst erfolgt und bei der ebenfalls keine Belastung durch Mehrwertsteuer entsteht. Die Befreiung der tatsächlichen Bewirtschaftung der Immobilie durch den Verwalter eines Immobilienfonds dient damit – entsprechend dem Ziel der Steuerbefreiung – der Neutralität hinsichtlich der Wahl zwischen unmittelbarer Anlage in eine Immobilie und der Anlage in einen Immobilienfonds.

57. Somit ist auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass unter den Begriff der „Verwaltung" im Sinne des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie auch die tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien des Sondervermögens fällt.

26 — Urteile GfBk (C-275/11, EU:C:2013:141, Rn. 22 und 25) und ATP PensionService (C-464/12, EU:C:2014:139, Rn. 66 und 67); vgl. auch Urteil Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, Rn. 64).

27 — Vgl. Urteil GfBk (C-275/11, EU:C:2013:141, Rn. 29 und 30).

28 — Vgl. oben, Nr. 35.

## VI – **Entscheidungsvorschlag**

58. Nach alledem schlage ich vor, auf die Vorlagefragen des Hoge Raad der Nederlanden wie folgt zu antworten:

Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie ist dahin auszulegen, dass

— eine Gesellschaft, die durch mehr als einen Anleger mit dem alleinigen Ziel errichtet wurde, das angesammelte Vermögen in Immobilien anzulegen, als „Sondervermögen“ angesehen werden kann, sofern der betreffende Mitgliedstaat sie einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstellt hat;

— die „Verwaltung“ eines solchen Sondervermögens auch die tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien umfasst.