Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
ANDREA BIONDI
vom 13. Februar 2025[1]

Rechtssache C-685/23

Corner and Border S. A.
gegen
Autoridade Tributária und Aduaneira

(Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal Arbitral Tributário [Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD] [Schiedsgericht für Steuersachen (Zentrum für Verwaltungsschiedsverfahren – CAAD), Portugal])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Indirekte Steuern auf die Ansammlung von Kapital – Anleiheemission – Sicherungsabrede – Stempelsteuer – Reichweite des Begriffs ‚zusammenhängende Formalität' – Begriff der Grundschulden und Rentenschulden"

I. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

1. Art. 5 („Keinen indirekten Steuern unterliegende Vorgänge") Abs. 2 der Richtlinie 2008/7[2] bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten erheben keine indirekte Steuer irgendwelcher Art: …

b) auf Anleihen einschließlich Renten, die durch Ausgabe von Obligationen oder anderen handelsfähigen Wertpapieren aufgenommen werden, ungeachtet der Person des Emittenten, auf alle damit zusammenhängenden Formalitäten sowie auf die Ausfertigung, Ausgabe oder Börsenzulassung, das Inverkehrbringen von oder den Handel mit diesen Obligationen oder anderen handelsfähigen Wertpapieren."

2. Art. 6 („Abgaben und Mehrwertsteuer") der Richtlinie 2008/7 sieht vor:

„Unbeschadet von Artikel 5 dürfen die Mitgliedstaaten folgende Abgaben und Steuern erheben:

…

[1] Originalsprache: Italienisch.

[2] Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (ABl. 2008, L 46, S. 11).

d) Abgaben auf die Bestellung, Eintragung oder Löschung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden;

…“

B. Portugiesisches Recht

3. Art. 1 („Stempelsteuergesetzbuch und anhängende Tabelle“) des Gesetzes Nr. 150/99 vom 11. September 1999, mit dem der *Código do Imposto do Selo* (Stempelsteuergesetzbuch) angenommen wurde, lautet:

„Das Stempelsteuergesetzbuch und die diesem anhängende Tabelle werden angenommen und ersetzen die mit der Verordnung Nr. 12700 vom 20. November 1926 angenommene Stempelsteuerverordnung bzw. die durch Verordnung Nr. 21916 vom 28. November 1932 angenommene Allgemeine Stempelsteuertabelle mit den jeweiligen nachfolgenden Änderungen.“

4. In Nr. 10 der Allgemeinen Stempelsteuertabelle (im Folgenden: AST) heißt es:

„10 – Sicherheiten für Verpflichtungen gleich welcher Art oder Form, insbesondere Bürgschaften, Kautionen, eigenständige Bankbürgschaften, selbstschuldnerische Bürgschaften, Hypotheken, Pfandsicherheiten und Bürgschaftsversicherungen, es sei denn, dass sie der Sache nach Nebenabreden zu den in dieser Tabelle besonders besteuerten Verträgen sind und gleichzeitig mit der gesicherten Verpflichtung geleistet werden, sei es auch in einer anderen Urkunde oder einem anderen Dokument – auf den jeweiligen Wert und je nach Dauer, wobei die Verlängerung der Vertragsdauer stets als neuer Vorgang gilt:

…

10.3 – Sicherheiten ohne feste Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mindestens fünf Jahren – 0,6 %.“

II. Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

5. Die Corner and Border S. A. (im Folgenden: C&B) ist eine Aktiengesellschaft nach portugiesischem Recht, deren Gesellschaftskapital vollständig von der ONEX RENEWABLES S.à.r.l. gehalten wird, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die im Handels- und Gesellschaftsregister Luxemburgs eingetragen ist (im Folgenden: ONEX).

6. Am 21. Juli 2021 erwarb ONEX von der EDP RENEWABLES, SGPS, S. A., einer Aktiengesellschaft nach portugiesischem Recht, das gesamte Aktienkapital der EÓLICA DO SINCELO, S. A., einer Aktiengesellschaft nach portugiesischem Recht (im Folgenden: ES), und der EÓLICA DA LINHA, S. A., einer Aktiengesellschaft nach portugiesischem Recht (im Folgenden: EL).

7. Am 29. Juli 2021 trat ONEX ihre vertragliche Stellung im Kaufvertrag über die Aktien von ES und EL an C&B ab.

8. Am 27. Januar 2022 schloss C&B einen Finanzierungsvertrag mit dem Titel *Facilities Agreement*, in dessen Rahmen sie eine Anleihe mit unverbrieften Namensschuldverschreibungen mit einem Nennwert von 100 000 Euro je Titel im Gesamtbetrag von 348 900 000 Euro, aufgeteilt in zwei Anleiheklassen (Klasse „A“ und Klasse „B“), emittierte, die vollständig von der BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (im Folgenden: BST), gezeichnet wurden.

9. Das *Facilities Agreement* wurde zur Finanzierung der Zahlung des Kaufpreises für die Aktien von ES und EL sowie der Refinanzierung der bestehenden Verbindlichkeiten dieser Gesellschaften geschlossen.

10. Um die Erfüllung aller durch das *Facilities Agreement* begründeten Pflichten und Verbindlichkeiten zu gewährleisten, wurden von ONEX, C&B, ES und EL verschiedene Sicherheiten dinglicher und/oder persönlicher Art aufgrund des Vertrags mit dem Titel *Security Agreement* (Sicherungsvertrag) zwischen diesen Gesellschaften als Sicherheitsgeberinnen und BST als Sicherheitsnehmerin sowie Verwalterin der Sicherheiten geleistet.

11. Im Rahmen des *Security Agreement* leistete ONEX eine Reihe von Sicherheiten und Sicherungsversprechen [3], das Gleiche taten C&B [4], ES und EL [5].

12. Der Abschluss des *Security Agreement* und die Bereitstellung der vorgenannten Sicherheiten waren unabdingbare Voraussetzungen für den Abschluss des *Facilities Agreement* und die anschließende Emission der Anleihe.

13. Am 27. Januar 2022 setzte der Notar, der die notarielle Urkunde über das *Facilities Agreement* und das *Security Agreement* errichtete, die Stempelsteuer gemäß Nr. 10.3 der AST in Anwendung eines Satzes von 0,6 % auf den Betrag von 348 900 000 Euro fest, was zu einer veranlagten Steuer in Höhe von 2 093 400 Euro führte.

14. C&B zahlte den Betrag von 2 093 400 Euro durch Einziehung von ihrem Bankkonto.

15. Am 3. August 2022 legte C&B Einspruch gegen den Stempelsteuerbescheid ein.

16. Am 3. Dezember 2022 trat die Vermutungswirkung ein, dass der Einspruch mangels Bescheidung durch die Steuer- und Zollbehörde stillschweigend abgelehnt wurde.

17. Am 2. März 2023 reichte C&B den gegenständlichen Antrag auf ein Schiedsverfahren ein, der dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegt.

[3] Erstrangiges Pfandrecht an den Aktien von C&B und den damit verbundenen Rechten; Versprechen eines Pfandrechts an neuen Aktien, die in Zukunft von C&B ausgegeben werden, und den damit verbundenen Rechten; erstrangiges Pfandrecht an allen Forderungen, über die Onex als Muttergesellschaft von C&B verfügt, und Versprechen eines Pfandrechts an künftigen Aktionärsforderungen von ONEX.

[4] Erstrangiges Pfandrecht an den Aktien von ES und EL und den damit verbundenen Rechten; Versprechen eines Pfandrechts an neuen Aktien, die in Zukunft von ES und EL ausgegeben werden, und den damit verbundenen Rechten; erstrangiges Pfandrecht an allen bestehenden Aktionärsforderungen von C&B als Muttergesellschaft gegen ES und EL; Versprechen eines Pfandrechts an künftigen Aktionärsforderungen von C&B; erstrangiges Pfandrecht an allen Forderungen von C&B; Forderungsabtretung zum Zweck der Sicherung aller künftigen Forderungen von C&B; erstrangiges Pfandrecht an den Guthaben der Bankkonten, die von C&B am Tag der Unterzeichnung des *Security Agreement* gehalten wurden, und Versprechen eines erstrangigen Pfandrechts an den Guthaben neuer Bankkonten, deren Inhaberin C&B nach Abschluss des *Security Agreement* wird.

[5] Erstrangiges Pfandrecht an den Guthaben der Bankkonten, die von den Gesellschaften am Tag der Unterzeichnung des *Security Agreement* gehalten wurden; Versprechen eines erstrangigen Pfandrechts an den Guthaben neuer Bankkonten, deren Inhaberinnen die Gesellschaften nach Abschluss des *Security Agreement* werden; erstrangiges Pfandrecht an allen Forderungen der Gesellschaften und Forderungsabtretung zum Zweck der Sicherung aller künftigen Forderungen der Gesellschaften.

18. Vor diesem Hintergrund hat das Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (Schiedsgericht für Steuersachen [Zentrum für Verwaltungsschiedsverfahren – CAAD]) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2008/7 dahin auszulegen, dass er der Erhebung von Stempelsteuer auf Sicherheiten entgegensteht, die aus Pfandrechten an Aktien, Bankguthaben und Aktionärsdarlehen sowie aus der Sicherungsabtretung bestehen und im Zusammenhang mit einer Anleiheemission geleistet wurden?

2. Fällt die Antwort auf die erste Frage anders aus, je nachdem, ob die Bereitstellung von Sicherheiten gesetzlich vorgeschrieben ist oder fakultativ und freiwillig vereinbart wurde?

3. Fällt die Antwort auf die erste Frage anders aus, wenn die Sicherheiten im Zusammenhang mit einer Anleiheemission geleistet wurden, die der privaten Zeichnung durch eine Bank unterliegt, deren Stellung als Zeichnerin nach dem Willen des emittierenden Unternehmens übertragen werden kann, auch wenn dies bedingt und mit Vertragsstrafen/Provisionen verbunden ist?

4. Ist Art. 6 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2008/7 dahin auszulegen, dass er Sicherheiten erfasst, die aus Pfandrechten an Aktien, Bankguthaben und Aktionärsdarlehen sowie aus der Sicherungsabtretung bestehen und im Rahmen einer von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie erfassten Anleiheemission geleistet wurden?

III. Rechtliche Würdigung

19. Mit seinen vier Fragen möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 5 Abs. 2 Buchst. b und Art. 6 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2008/7 dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die die Erhebung von Stempelsteuer auf die Sicherheiten (in Form von Pfandrechten an Aktien, Bankguthaben und Aktionärsdarlehen sowie Sicherungsabtretungen) vorsieht, die gewährt wurden, um die ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen aus einer von einer Kapitalgesellschaft ausgegebenen Anleihe zu sichern.

20. Meine rechtliche Würdigung beginnt mit der Prüfung des Verhältnisses eben dieser beiden unionsrechtlichen Vorschriften, die ich für zentral halte, um die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen sinnvoll beantworten zu können. Ich werde meinen Auslegungsvorschlag zunächst zurückhalten und das Ergebnis meiner Erwägungen nach der detaillierten Prüfung der beiden Vorschriften präsentieren.

21. Art. 5 stellt den Grundsatz auf, dass auf Anleihen, die durch Ausgabe von Obligationen oder anderen handelsfähigen Wertpapieren aufgenommen werden, und auf alle damit zusammenhängenden Formalitäten auf keine indirekten Steuern erhoben werden. Wie vom Gerichtshof wiederholt bestätigt, hat die Richtlinie 2008/7 die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten die Ansammlung von Kapital indirekten Steuern unterwerfen dürfen, *abschließend* harmonisiert[6]. Der anschließende Art. 6 weicht ausdrücklich von Art. 5 ab und erlaubt den Mitgliedstaaten ausschließlich die Erhebung von Steuern „auf die Bestellung, Eintragung oder Löschung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden“.

[6] Vgl. Urteile vom 19. Oktober 2017, Air Berlin (C-573/16, EU:C:2017:772, Rn. 27), sowie vom 24. Februar 2022, Viva Telecom Bulgaria (C-257/20, EU:C:2022:125, Rn. 65).

22. Das Verhältnis zwischen den beiden Vorschriften ist offensichtlich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Die erste Vorschrift stellt eine Regel allgemeiner Art auf, die zweite findet in Abweichung von der ersten allein dann Anwendung, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.

23. Der Rechtsanwender muss daher eine Abwägung der beiden in den zwei Vorschriften ausgedrückten Grundsätze (Kapitalverkehrsfreiheit und Befugnis der Mitgliedstaaten zur Steuererhebung in den ausdrücklich geregelten Fällen) vornehmen, hierbei allerdings den Umstand berücksichtigen, dass der erste Grundsatz allgemeine Geltung beansprucht, zumal indirekte Steuern auf die Ansammlung von Kapital Ursache von Diskriminierungen, Doppelbesteuerungen und Unterschiedlichkeiten sind, die den freien Kapitalverkehr behindern [7]. Für den zweiten Grundsatz bleibt in diesen Situationen hingegen lediglich ein Restbereich, der jedoch nicht bedeutungslos ist: Der Unionsgesetzgeber selbst hat nach der Feststellung, dass der beste Weg zur Erreichung der Ziele der Richtlinie 2008/7, also zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über indirekte Steuern auf die Ansammlung von Kapital [8], in der Abschaffung der Gesellschaftsteuer liegt, eingeräumt, dass die sich aus der unverzüglichen Anwendung einer solchen Maßnahme ergebenden Einnahmeausfälle den Mitgliedstaaten derzeit jedoch unannehmbar scheinen [9].

24. Um diese Abwägung durchzuführen, ist also zunächst die Prüfung des Anwendungsbereichs von Art. 5 erforderlich. Art. 5 sieht das Verbot der Erhebung indirekter Steuern nicht nur auf Finanzgeschäfte in Form von Anleiheemissionen, sondern auf „alle damit zusammenhängenden Formalitäten“ vor.

25. Im vorliegend in Rede stehenden Fall liegt es auf der Hand, dass das Hauptfinanzgeschäft dem weiten Begriff „durch Ausgabe von Obligationen oder anderen handelsfähigen Wertpapieren aufgenommen“ unterfällt. Die Frage ist, ob die mit dem Anleihevertrag zugleich geschlossene Sicherungsabrede dem Begriff „damit zusammenhängende Formalitäten“ unterfällt.

26. Wie der Gerichtshof klargestellt hat, ist in Anbetracht des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels deren Art. 5 weit auszulegen, um zu verhindern, dass den von ihm vorgesehenen Verboten die praktische Wirksamkeit genommen wird. Das Verbot einer Besteuerung von Kapitalansammlungsvorgängen gilt nämlich auch für Vorgänge, deren Besteuerung nicht ausdrücklich verboten ist, wenn diese darauf hinausliefe, dass ein Umsatz als Bestandteil eines Gesamtumsatzes im Hinblick auf die Ansammlung von Kapital besteuert würde [10].

27. Zu klären bleibt jedoch, wie weit diese Extension der Auslegung reicht. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs weist hierbei die Richtung: Zum einen muss jede Handlung, *zu deren Vornahme eine Kapitalgesellschaft nach dem nationalen Recht* zum Zweck der Ausfertigung, Ausgabe oder Börsenzulassung, des Inverkehrbringens von oder des Handels mit den betreffenden handelsfähigen Wertpapieren *verpflichtet ist*, von der Besteuerung ausgenommen sein [11]. Zum anderen müssen jene Vorgänge von der Besteuerung ausgenommen sein, die, wie z. B. Dienstleistungen der Vermarktung von Anteilen an Anlagefonds, eine enge Verbindung mit den Vorgängen der Ausgabe und dem Inverkehrbringen von Anteilen aufweisen und *ein*

7 Zweiter Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/7.

8 Dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/7.

9 Sechster Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/7.

10 Urteil vom 22. Dezember 2022, IM Gestão de Ativos u. a. (C-656/21, EU:C:2022:1024, Rn. 28).

11 Beschluss vom 19. Juli 2023, EDP (Steuer auf den Wertpapierhandel) (C-416/22, nicht veröffentlicht, EU:C:2023:604, Rn. 28). Hervorhebung nur hier.

notwendiges geschäftliches Vorgehen darstellen, das demgemäß als akzessorischer Vorgang anzusehen ist, der zum Vorgang der Ausgabe und des Inverkehrbringens von Anteilen dieser Fonds gehört [12].

28. Die Sicherungsabrede ist definitiv akzessorisch zum Finanzierungsvertrag und sowohl aus kaufmännischer als auch aus rechtlicher Sicht eng mit diesem verbunden. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei der Sicherungsabrede zwar um einen gesonderten Vertrag, der jedoch auf den Finanzierungsvertrag Bezug nimmt und dem gerade die Aufgabe zukommt, dem Gläubiger die Rückzahlung des Darlehens durch den Schuldner zu sichern. Die zu stellende Frage ist jedoch, ob dies nach dem nationalen Recht vorgeschrieben oder (alternativ) als ein notwendiges geschäftliches Vorgehen im Zusammenhang mit dem Finanzierungsvertrag anzusehen ist.

29. Meine Antwort auf diese Fragen ist deutlich komplexer und differenzierter als die Antworten, die die Klägerin und die Kommission vorschlagen. Eine Sicherungsabrede ist im Fall der Anleiheemission weder durch Gesetz noch durch eine andere verbindliche Rechtsquelle vorgeschrieben. Im Verhältnis zum Finanzierungsvertrag ist die Sicherungsabrede, wie dargelegt, ein rechtlich gesonderter Vertrag in dem Sinne, dass der Finanzierungsvertrag rechtlich ohne sie bestehen kann. Die Zielsetzungen der beiden Verträge sind zudem unterschiedlich: Der eine Vertrag dient der Ermöglichung des – in der Zeichnung von Anleihen bestehenden – gewerblichen Finanzgeschäfts des Unternehmens durch das Kreditinstitut, der andere soll dem Kreditinstitut gerade die Rückzahlung der geliehenen Gelder sichern. Das bedeutet, dass im Gegensatz zu dem vom Gerichtshof im angeführten Urteil C-656/21 geprüften Fall die beiden Geschäfte nicht dasselbe Ziel verfolgen und der Abschluss des zweiten Geschäfts nicht unmittelbar der konkreten Vornahme des ersten dient. Dies ist möglicherweise nur aus Sicht des Schuldners richtig: Der Gläubiger könnte, wie die Klägerin ausweislich der Verfahrensakten zu bestätigen scheint, die Sicherheitsleistung zur Bedingung des Finanzierungsgeschäfts gemacht haben.

30. Die Akzessorietät des Vertrags über die Sicherheitsleistung zum Finanzierungsvertrag und die Konnexität dieser Verträge haben nach meiner Auffassung nicht automatisch deren Untrennbarkeit im Sinne einer Notwendigkeit für das konkrete rechtliche Bestehen zur Folge: Der Finanzierungsvertrag kann auch ohne den Abschluss einer Sicherungsabrede bestehen und seine Rechtsfolgen entfalten. Es ist der Wille der Parteien im Rahmen eines speziellen Vertrags, der die Grundlage der geleisteten Sicherheiten bildet. Die Sicherheitsleistung und ihr Umfang bemessen sich, wie die Erfahrung zeigt, bei jeder Art der Finanzierung an der Kreditwürdigkeit des Schuldners. Je zuverlässiger der Schuldner bzw. je belastbarer der Finanzierungsplan ist, für den die Finanzierung angefragt wird, desto geringer ist der Betrag der Sicherheiten, die der Gläubiger fordert.

31. Die zweite zu stellende Frage ist, ob die Sicherheitsleistung als notwendiges geschäftliches Vorgehen im Rahmen eines komplexen und einheitlichen Vorgangs anzusehen ist. Vorbehaltlich des oben Gesagten zeigt die allgemeine Erfahrung, dass bei normalen Finanzierungsgeschäften (Kredit, Verbraucherdarlehen usw.) vom Schuldner in der Praxis stets eine Sicherheitsleistung gefordert wird, ohne die die beantragte Finanzierung nicht ausgezahlt wird. Bei komplexeren Finanzgeschäften sind die Erfahrungen wahrscheinlich differenzierter. Auf die vom Gerichtshof in der Sitzung gestellte Frage, ob die Anleiheemission üblicherweise durch Sicherheitsleistungen flankiert wird oder Sicherheitsleistungen als Ausnahme anzusehen sind, haben die Parteien ganz unterschiedlich geantwortet. Während die Klägerin behauptet hat, dass die Stellung besonderer

[12] Urteil vom 22. Dezember 2022, IM Gestão de Ativos u. a. (C-656/21, EU:C:2022:1024, Rn. 31 und 33).

Sicherheiten sehr gängig sei, hat die Portugiesische Republik dementgegen vertreten, dass die meisten Anleihen nicht durch Sicherheiten gedeckt seien, da das schuldnerische Vermögen die allgemeine Sicherheit für die Erfüllung der Verbindlichkeiten darstelle. Zudem werde, wenn eine Sicherheit gestellt werde, dies nur ausnahmsweise erfolgen, weil Sicherheiten für die Anleiheemission weder üblich noch notwendig seien.

32. Ich bin nicht überzeugt, dass der theoretische Umstand, dass die Sicherheitsleistung bei Anleihen den „Normalfall" darstellt, ausreichend wäre, um die Sicherheitsleistung als notwendiges geschäftliches Vorgehen im Rahmen eines komplexen und einheitlichen Vorgangs einzustufen; jedenfalls wird das nationale Gericht angesichts der in der Sitzung gegebenen widersprüchlichen Antworten prüfen müssen, wie sich die tatsächliche Lage auf dem portugiesischen Finanzmarkt darstellt.

33. Damit die Sicherungsabrede als mit dem Finanzierungsvertrag zusammenhängende Formalität anzusehen ist, muss das nationale Gericht meines Erachtens im Wesentlichen die Erfüllung einer der folgenden beiden Voraussetzungen feststellen: entweder eine durch Gesetz oder eine andere Rechtsquelle vorgeschriebene Verpflichtung, die bei Anleiheemissionen die Privatautonomie hinsichtlich der Sicherheitsleistung einschränkt, oder eine bestehende Sachlage, aufgrund deren die Sicherheitsleistung als notwendiges geschäftliches Vorgehen im Rahmen eines komplexen und einheitlichen Vorgangs anzusehen ist.

34. Ein charakteristisches Merkmal, das das nationale Gericht bei seiner Prüfung leiten könnte, ist gerade die Wesentlichkeit der Sicherheitsleistung für den Abschluss des Finanzierungsvertrags in dem Sinne, dass ohne die Sicherheitsleistung ein Finanzierungsvertrag wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht abgeschlossen werden könnte. Auf diese Weise könnte die Sicherungsabrede, obwohl sie einen eigenständigen Vertrag darstellt, durch eine weite Auslegung unter Berücksichtigung der Zwecke der Richtlinie als notwendiges geschäftliches Vorgehen (oder besser Geschäft) eingestuft werden, das als akzessorischer Vorgang im Rahmen der Emission und des Inverkehrbringens von Anleihen anzusehen ist.

35. Die Möglichkeit, den Vertrag unter den oben beschriebenen Bedingungen als mit dem Finanzierungsvertrag zusammenhängende Formalität anzusehen, befreit nicht von der Prüfung des Inhalts von Art. 6: Das Verbot, indirekte Steuern auf Finanzgeschäfte wie Anleiheemissionen und alle Geschäfte, die hiermit so eng verbundenen sind, dass sie als einheitlicher und komplexer Vorgang zu betrachten sind, zu erheben, muss nämlich als Regel betrachtet werden, die jedoch in Verbindung mit der Ausnahme zu lesen ist, also mit der Möglichkeit, indirekte Steuern zu erheben, wenn in den Fällen von Art. 5, also auch in Fällen von Anleiheemissionen, eine „Bestellung, Eintragung oder Löschung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden" vorliegt.

36. Art. 6 beabsichtigt, die Steuerhoheit der Mitgliedstaaten in einigen bestimmten Ausnahmefällen zu wahren, in denen bei der Abwägung der verschiedenen beteiligten Interessen die Erhebung einer indirekten Steuer als mit der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar beurteilt worden ist.

37. Meines Erachtens umfasst dieser Tatbestand gerade den Sachverhalt im Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens, also den Fall, dass ein Finanzgeschäft durch eine Sicherheitsleistung des Schuldners flankiert wird, die dem vom Unionsgesetzgeber beschriebenen Begriff zugeordnet werden kann.

38. Während der Begriff der Hypothek bekannt und seine Bedeutung in den verschiedenen Rechtsordnungen vergleichbar ist, da es sich um das typische Grundpfandrecht zur Besicherung von Forderungen handelt, ergibt sich die Auslegungsfrage hinsichtlich der dem Begriff „Grundschulden und Rentenschulden“ [13] zuzuschreibenden Bedeutung, der im Unionsrecht nicht definiert und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet ist [14].

39. Ohne in eine komplexe Abhandlung zu den verschiedenen in den Mitgliedstaaten vorhandenen Arten von Sicherheiten einzutreten, muss nach meiner Auffassung eine Bedeutung gesucht werden, die in Bezug auf ihr Verhältnis zum Begriff der Hypothek für das Unionsrecht einheitlich sein kann.

40. Die Kommission nimmt eine (ehrlich gesagt parteiische und selektive) Untersuchung der in den verschiedenen Sprachfassungen verwendeten Begriffe vor, um im Ergebnis die fehlende Einheitlichkeit der Bedeutungen festzustellen: Dies erfordere die Anwendung von weiteren Auslegungskriterien über den Wortlaut hinaus, also eine kontextuelle und teleologische, d. h. auf die Zwecke der Richtlinie bezogene, Prüfung.

41. In Bezug auf diesen Teil des Gedankengangs stimme ich mit der Kommission überein, nicht aber mit ihrem Ergebnis. Die Untersuchung der verschiedenen Sprachfassungen bietet dem Rechtsanwender keine sichere Grenzziehung, von der aus er eine verlässliche Schlussfolgerung ziehen könnte. Und, wie die Kommission selbst bestätigt, liefern auch die vorbereitenden Arbeiten keine überzeugenden Erklärungen für die Gründe der Einführung der in Art. 6 Abs. 1 Buchst. d eingeführten Ausnahme oder die dem Begriff „Grundschulden und Rentenschulden“ beizumessende Bedeutung.

42. Die Kommission kommt bei der Prüfung der Zwecke der Richtlinie und des Kontexts, in den die Vorschrift eingebettet ist, im Wesentlichen zum Ergebnis, dem Ausdruck „Grundschulden und Rentenschulden“ sei – vergleichbar mit der im Fall der Hypothek vorgesehenen Bedeutung – die Bedeutung einer Immobiliarsicherheit zuzuschreiben.

43. Nach ständiger Rechtsprechung sind bei der Auslegung einer Unionsvorschrift nicht nur ihr Wortlaut, sondern auch ihr Zusammenhang und die Ziele zu berücksichtigen, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden [15]. Insoweit überzeugt mich die von der Kommission vorgeschlagene Auslegung aus einer Reihe von Gründen nicht: Vor allem auf der Ebene des Wortlauts scheint mir erstens nicht, dass sich die Mehrheit der untersuchten Sprachfassungen gerade in dem Sinne ausdrückt, die die Kommission dem Ausdruck beilegt. Zweitens kann die Untersuchung des Kontexts und der Zwecke der Richtlinie zu einem ganz anderen Ergebnis führen.

44. Auch wenn die Richtlinie nämlich vorrangig dem Zweck dient, den Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit zu verwirklichen und Kapital somit von der Erhebung indirekter Steuern auszunehmen, bezweckt sie auch die Harmonisierung, die, soweit es der praktischen Wirksamkeit des Verbots der Erhebung indirekter Steuern nicht entgegensteht, den Mitgliedstaaten einen Rest an Steuerhoheit belässt.

[13] Das *Privilegium* war im gemeinen Recht ein Vorteil, den eine Behörde einem Einzelnen, einer Gruppe oder einer Gemeinschaft gewährte.

[14] In der italienischen Rechtsordnung z. B. begründet das „privilegio“ ein Sicherungsrecht auf vorzugsweise Befriedigung aus – je nach dem Grund der Forderung – bestimmten Vermögensgegenständen des Schuldners. Es ist keine besondere Art von Sicherheit, sondern eine Wirkung, die das Gesetz einer Forderung in bestimmten Fällen zuschreibt.

[15] Vgl. Urteil vom 7. Juni 2005, VEMW u. a. (C-17/03, EU:C:2005:362, Rn. 41).

45. Die Abwägung hat also bereits der Unionsgesetzgeber durch Aufstellung der weiten Regel und der engen Ausnahmen vorgenommen. Es wäre ein methodischer Fehler, im Rahmen der Auslegung eine weitere Einschränkung anzuordnen. Ich stimme daher der weiten Auslegung der in Art. 5 enthaltenen Bestimmung zu, die auch Fälle erfasst, die darin nicht direkt aufgeführt werden, aber untrennbar damit zusammenhängen.

46. Ich halte es hingegen nicht für richtig, bei einer, wenngleich restriktiven, Auslegung der in Art. 6, insbesondere in Abs. 1 Buchst. d vorgesehenen Situationen den Begriff „Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden" vollständig seines Sinnes zu berauben und ihn im Wesentlichen als Hendiadyoin [16] anzusehen, also anzunehmen, die Ausnahme gelte nur in Fällen von Hypotheken und von vergleichbaren Sicherheiten, die ausschließlich die Form von Immobiliarsicherheiten haben könnten.

47. Ich denke vielmehr, dass der Sinn der Vorschrift berücksichtigt und beurteilt werden muss, welche Aufgabe und welche Besonderheit die Hypothek im Rahmen der Forderungsbesicherung aufweist, um anschließend dem Begriff „Grundschulden und Rentenschulden" eine passende Bedeutung zuzuweisen.

48. Die Hypothek ist bekanntlich eine Art von Sicherheit, die dem Gläubiger besondere Vorzugsrechte im Fall der Nichterfüllung durch den Schuldner bietet. Das bedeutet, dass bei mehreren Verbindlichkeiten eines Schuldners die Forderung des durch die Hypothek gesicherten Gläubigers vorzugsweise aus dem schuldnerischen Vermögen befriedigt wird.

49. Es gibt andere Arten von Sicherheiten, auch in Form von Mobiliarsicherheiten, die dem Gläubiger bei Nichterfüllung durch den Schuldner einen entsprechenden Vorteil, d. h. ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung, gewähren.

50. Daher *beabsichtigt* die Richtlinie mit der Verwendung des Begriffs „Grundschulden und Rentenschulden" meines Erachtens, diejenigen Arten von Sicherheiten zusammenzufassen, deren Bestellung, Eintragung oder Löschung vergleichbare Auswirkungen auf die Gläubigerrechte besitzen, d. h. Sicherheiten, die geeignet sind, im Fall der Nichterfüllung besondere Rechte auf vorzugsweise Befriedigung der Forderung zu gewähren, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Mobiliar- oder Immobiliarsicherheit handelt.

51. So betrachtet müsste der Ausdruck „Grundschulden und Rentenschulden" ohne Weiteres auch Fahrnispfandrechte umfassen, soweit diese in der Rechtsordnung des Mitgliedstaats besondere Vorzugsrechte im oben dargelegten Sinne gewähren. Dasselbe gilt gegebenenfalls für andere Arten von Sicherheiten, die die gleiche Wirkung aufweisen.

52. Wenn somit in Portugal, wie ich es nach den Erklärungen der portugiesischen Regierung verstehe, das Pfandrecht die weitestmögliche Sicherheit darstellt, die funktional betrachtet mit der Hypothek vergleichbar ist, sehe ich keinen Grund, die Möglichkeit der Erhebung der Stempelsteuer auf die Sicherungsabrede auszuschließen.

[16] Im Altgriechischen ist „ἓν διὰ δυοῖν" („eines durch zwei") ein rhetorisches Stilmittel, bei dem zwei passende Wörter zum Ausdruck eines einzelnen Begriffs verwendet werden.

53. Im vorliegenden Fall wird es Sache des nationalen Gerichts sein, zu beurteilen, ob die in der Sicherungsabrede im Zusammenhang mit der Anleiheemission enthaltenen Sicherheiten, auch wenn es sich nicht um Hypotheken oder Immobiliarsicherheiten handelt, die dargelegte Wirkung entfalten und somit im Licht der nationalen Rechtsvorschriften dem Begriff „privilégios“ („Grundschulden und Rentenschulden“) zuzuordnen sind.

54. Ich komme zurück auf diesen eingangs meiner Erwägungen genannten Punkt, um einige Schlussfolgerungen zu ziehen, wobei ich auf die zentrale Bedeutung des Verhältnisses zwischen Art. 5 und Art. 6 der Richtlinie 2008/7 für die sinnvolle Beantwortung der vom nationalen Gericht gestellten Vorlagefragen hinweise.

55. Der Wortlaut der Erwägungsgründe der Richtlinie und die auch in der Lehre geführte Debatte über diese Thematik gehen in Richtung einer gewünschten Abschaffung der Befugnis der Mitgliedstaaten, in Situationen, in denen Kapitalgeschäfte geschlossen werden, indirekte Steuern zu erheben.

56. Da jedoch entschieden worden ist, den Mitgliedstaaten – wenn auch als begrenzte Ausnahme – diese Befugnis zu belassen, zum Zweck allgemeinwohlorientierter Einnahmen bestimmte Vorgänge im Zusammenhang mit Kapitalgeschäften zu besteuern, muss dieser Entscheidung des Unionsgesetzgebers, der offensichtlich eine Abwägung entgegenstehender Interessen vorgenommen hat, ein Sinn gegeben werden. Die vorzunehmende Abwägung muss, wie oben angedeutet, auf zwei Ebenen erfolgen, und zwar zwischen der Kapitalverkehrsfreiheit und der Steuerhoheit der Staaten sowie zwischen der praktischen Wirksamkeit des in Art. 5 aufgestellten Verbots und der Anwendbarkeit der in Art. 6 geregelten Ausnahme.

57. Die von der Klägerin in erster Linie und weitgehend auch von der Kommission vorgeschlagene Auslegung erlaubt nach meiner Auffassung auf keiner der beiden Ebenen eine angemessene Abwägung. Insbesondere beraubt sie Art. 6 Abs. 1 Buchst. d jedes Anwendungsbereichs und Restnutzens und schafft die ungerechte Situation, dass nur im Fall von Sicherungsabreden, in denen eine Hypothek vorgesehen ist, indirekte Steuern erhoben werden könnten, wodurch eine Ungleichbehandlung von Sicherheiten, die die gleichen Aufgaben und Wirkungen haben, entstünde, was sich nachteilig auf die Privatautonomie der Parteien auswirken würde. Die Parteien würden nämlich sehr davon abgeschreckt, sich für Sicherheiten in Form von Hypotheken zu entscheiden, da dies zur Möglichkeit der Erhebung indirekter Steuern führen würde, die im Fall von Mobiliarsicherheiten mit entsprechenden Rechtsfolgen hingegen nicht erhoben werden könnten.

IV. Ergebnis

58. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD) (Schiedsgericht für Steuersachen [Zentrum für Verwaltungsschiedsverfahren – CAAD], Portugal), vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 ist dahin auszulegen, dass er der Erhebung von Stempelsteuer auf Sicherheiten entgegensteht, die aus Pfandrechten an Aktien, Bankguthaben und Aktionärsdarlehen sowie aus der Sicherungsabtretung bestehen und im Zusammenhang mit einer Anleiheemission geleistet wurden, sofern die Sicherungsabrede als Formalität im Zusammenhang mit dem Finanzierungsvertrag einzustufen ist. Derart einzustufen ist die Sicherungsabrede, wenn die

Verpflichtung zur Sicherheitsleistung im Fall der Anleiheemission durch Gesetz oder durch eine andere die Privatautonomie einschränkende Rechtsquelle vorgeschrieben ist oder wenn alternativ hierzu das nationale Gericht das Bestehen einer Sachlage feststellt, aufgrund deren die Sicherheitsleistung als notwendiges geschäftliches Vorgehen im Rahmen eines komplexen und einheitlichen Vorgangs anzusehen ist.

2. Die gesetzlich vorgeschriebene Stellung von Sicherheiten ist eine Voraussetzung, um die bei Gelegenheit eines Finanzierungsvertrags geschlossene Sicherungsabrede als Formalität im Zusammenhang mit dem Finanzierungsvertrag einzustufen, und steht somit gemäß Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 der Erhebung indirekter Steuern entgegen.

3. Der Umstand, dass die Sicherheiten im Zusammenhang mit einer Anleiheemission geleistet wurden, die der privaten Zeichnung durch eine Bank unterliegt, deren Stellung als Zeichnerin nach dem Willen des emittierenden Unternehmens übertragen werden kann, auch wenn dies bedingt und mit Vertragsstrafen/Provisionen verbunden ist, hat keinen Einfluss auf die Antwort auf die erste Frage.

4. Art. 6 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12. Februar 2008 ist dahin auszulegen, dass er alle Sicherheiten erfasst (die im Zusammenhang mit einer vom Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie erfassten Anleiheemission gestellt wurden), deren Bestellung oder Eintragung eine vergleichbare Wirkung auf die Rechte von Gläubigern ausüben, indem sie im Fall der Nichterfüllung besondere Rechte auf vorzugsweise Befriedigung der Forderung gewähren, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Mobiliar- oder Immobiliarsicherheit handelt.