SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS M. POIARES MADURO vom 18. Mai 2004 [1]

1. Der Gerichtshof ist zum ersten Mal mit einem Vorabentscheidungsersuchen über die Anwendung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems auf Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren befasst. Mit diesen hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber erst kürzlich auseinandergesetzt. Die beiden Richtlinien 2001/107/EG und 2001/108/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Januar 2002 [2] zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 [3] regeln nun die Betriebs- und Verwaltungsvoraussetzungen für diese Organismen. Aber der Gerichtshof hat sich in dieser Rechtssache im Wesentlichen zur 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 (im Folgenden: Sechste Richtlinie) zu äußern [4].

I — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

2. Der Rechtssache liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Die Banque Bruxelles Lambert SA (im Folgenden: BBL) erbrachte Dienst-, Informations- und Beratungsleistungen für Investmentgesellschaften mit variablem Grundkapital (sociétés d'investissement à capital variable, im Folgenden: SICAV) mit Sitz im Großherzogtum Luxemburg. Die BBL entrichtete für diese Leistungen keine Mehrwertsteuer, da SICAV in Luxemburg vom Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer ausgenommen sind. Nach einer Kontrolle im Jahr 1998 erließ die belgische Finanzverwaltung gegen die BBL einen Beitreibungsbescheid über die Mehrwertsteuer, die für die Leistungen geschuldet wurde, die für die SICAV von 1993 bis 1997 erbracht worden sind.

1 — Originalsprache: Portugiesisch.

2 — Richtlinie 2001/107/EG zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks Festlegung von Bestimmungen für Verwaltungsgesellschaften und vereinfachte Prospekte (ABl. 2002, L 41, S. 20) und Richtlinie 2001/108/EG zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) hinsichtlich der Anlagen der OGAW (ABl. 2002, L 41, S. 35). Als Umsetzungsfrist für diese Richtlinien wurde der 13. Februar 2004 festgelegt.

3 — Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (ABl. L 375, S. 3).

4 — ABl. L 145, S. 1.

3. Die Finanzverwaltung wendet dabei den belgischen Code de la TVA (im Folgenden: Mehrwertsteuergesetz) an. Artikel 21 Absatz 2 dieses Gesetzes bestimmt: „Als Ort einer Dienstleistung gilt der Ort, an dem der Dienstleistende den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit oder eine feste Niederlassung hat, von wo aus die Dienstleistung erbracht wird, oder in Ermangelung eines solchen Sitzes oder einer solchen festen Niederlassung sein Wohnort oder sein üblicher Aufenthaltsort." Artikel 21 Absatz 3 des Mehrwertsteuergesetzes sieht jedoch eine Ausnahme von dieser Regel vor; danach gilt als Ort einer Dienstleistung der Ort, an dem der Dienstleistungsempfänger seinen Sitz oder seine Niederlassung hat, wenn die beiden folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: Der Dienstleistungsempfänger ist ein innerhalb der Gemeinschaft, jedoch außerhalb des Landes des Dienstleistenden ansässiger Steuerpflichtiger, und die Dienstleistung hat u. a. intellektuelle Leistungen von Rechtsberatern oder Bank-, Finanz- und Versicherungsumsätze zum Gegenstand. Gemäß Artikel 9 der Sechsten Richtlinie ist nach belgischem Recht also zu prüfen, ob es sich bei dem Dienstleistungsempfänger um einen Steuerpflichtigen handelt, bevor der Ort der streitigen Leistungen bestimmt wird.

4. Aus dem Vorlagebeschluss geht hervor, dass die belgische Verwaltung diese Vorschriften wie folgt ausgelegt hat. Da die SICAV im vorliegenden Fall als Dienstleistungsempfänger nach luxemburgischem Recht nicht mehrwertsteuerpflichtig waren, wurde die in Artikel 21 Absatz 3 des Mehrwertsteuergesetzes vorgesehene Ausnahme von der Regelung über den Ort der Dienstleistung abgelehnt. Als Ort der für die SICAV erbrachten Dienstleistungen wurde folglich Belgien, der Ort der Niederlassung des Dienstleistenden bestimmt. Die auf den Sachverhalt anwendbaren belgischen Rechtsvorschriften sehen jedoch keine Möglichkeit für eine Mehrwertsteuerbefreiung solcher Leistungen vor. Nach Ansicht der belgischen Verwaltung folgt daraus, dass die BBL in Bezug auf die für die luxemburgischen SICAV erbrachten Leistungen mehrwertsteuerpflichtig ist.

5. Nach Ansicht der BBL verstößt diese Auslegung gegen die Sechste Richtlinie. Daher beantragte sie vor dem Tribunal de première instance Brüssel (Belgien), den an sie gerichteten Bescheid für nichtig zu erklären. Sie macht zum einen geltend, dass die SICAV unabhängig von ihrer Qualifikation nach nationalem Recht mehrwertsteuerpflichtig im Sinne von Artikel 4 der Sechsten Richtlinie seien, und zum anderen, dass die hier erbrachten Leistungen unter Artikel 13 der Richtlinie fielen, der für sie eine Befreiung von der Mehrwertsteuer vorsehe.

6. Hieraus ergeben sich die beiden dem Gerichtshof vom Tribunal de première instance Brüssel vorgelegten Fragen. Mit seiner ersten Frage möchte es wissen, ob die SICAV mehrwertsteuerpflichtig nach Artikel 4 der Sechsten Richtlinie sind, so dass als Ort der für sie erbrachten Dienstleistungen, soweit sie in Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe e der Richtlinie genannt sind, der Ort gilt, an dem sie ihren Sitz haben. Die zweite Frage wurde hilfsweise gestellt. Bei Verneinung der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob für die Anwendung von Artikel 13 der Sechsten Richtlinie, der eine Mehrwertsteuerbefreiung für die Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften vorsieht, zwischen Unterstützungs- und Beratungsleis-

tungen und den eigentlichen Verwaltungsdienstleistungen zu unterscheiden sei, da die einen im Gegensatz zu den anderen eine Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgesellschaft in Bezug auf die Verwaltung und die Verfügung über das zu verwaltende Vermögen enthielten.

II — Steuerpflichtigkeit der SICAV

7. Während die Parteien des Ausgangsverfahrens im Verfahren vor dem vorlegenden Gericht in Bezug auf die Frage, ob die SICAV mehrwertsteuerpflichtig sind, unterschiedlicher Auffassung waren, scheinen alle Beteiligten, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sich einig zu sein, dass die erste Frage zu bejahen ist. Die BBL, die Kommission, die belgische und die griechische Regierung sind der Auffassung, dass die SICAV nach Gemeinschaftsrecht Steuerpflichtige sind. Sie sind nur unterschiedlicher Ansicht in Bezug auf die Art und Weise, wie sie zu diesem Ergebnis kommen, und in Bezug auf die Folgen, die sie daraus ziehen.

A — *Einstufung der SICAV im Hinblick auf das Mehrwertsteuerrecht der Gemeinschaft*

8. Gemäß Artikel 4 der Sechsten Richtlinie fallen nur wirtschaftliche Tätigkeiten unter das gemeinsame Mehrwertsteuersystem. Nach dieser Vorschrift gilt jeder als Steuerpflichtiger, „der eine der in Absatz 2 genannten wirtschaftlichen Tätigkeiten selbständig und unabhängig von ihrem Ort ausübt, gleichgültig zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis". Artikel 4 Absatz 2 ergänzt, dass als wirtschaftliche Tätigkeit alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden und auch die Leistungen gelten, die die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen umfasst.

9. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil Polysar Investments Netherlands [5] zwischen dem bloßen Besitz von Gegenständen oder Gesellschaftsanteilen, der den Nießbrauch der sich aus dem Anlagevermögen ergebenden Früchte umfasse, und der wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne der Sechsten Richtlinie unterschieden. Später hat er klargestellt, dass bei Geldanlagen die bloße Ausübung des Eigentums durch seinen Inhaber für sich allein nicht als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden könne [6]. Anlagetätigkeiten, die denen eines privaten Anlegers vergleichbar sind, der sein eigenes Vermögen verwaltet, sind folglich prinzipiell keine wirtschaftliche Tätigkeit. In der vorliegenden Rechtssache ist auch zu berücksichtigen, dass die Einschaltung von Beratungsunternehmen kein gültiges Kriterium für die Unterscheidung von nicht unter die

5 — Urteil vom 20. Juni 1991 in der Rechtssache C-60/90 (Slg. 1991, I-3111, Randnr. 13). Vgl. auch Urteil vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-333/91 (Sofitam, Slg. 1993, I-3513, Randnr. 12).

6 — Urteil vom 20. Juni 1996 in der Rechtssache C-155/94 (Wellcome Trust, Slg. 1996, I-3013, Randnr. 32).

Richtlinie fallenden Tätigkeiten eines privaten Anlegers und Tätigkeiten eines steuerpflichtigen Anlegers sein kann [7]. Die Mehrwertsteuerpflicht setzt nach Ansicht des Gerichtshofes eine Tätigkeit voraus, die im Rahmen eines Unternehmensziels oder zu einem geschäftlichen Zweck erfolgt, der insbesondere durch das Interesse an der Rentabilisierung des investierten Kapitals geprägt ist [8].

10. Nach dieser Rechtsprechung ist die wirtschaftliche Tätigkeit folglich als eine *Tätigkeit* zu verstehen, die von einem privaten Unternehmen auf einem Markt ausgeübt werden kann, die in einem beruflichen Rahmen *organisiert* ist und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird. Es fällt auf, dass dieser Begriff eine Besonderheit aufweist, wenn man ihn mit der Auslegung vergleicht, die er in anderen Bereichen, etwa im Wettbewerbsrecht, erhalten hat, in denen seine Aufgabe ebenfalls darin besteht, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts zu definieren [9]. Im Steuerrecht umfasst der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit zwei Kriterien, nicht nur ein funktionelles Kriterium, die Tätigkeit, sondern vor allem auch ein strukturelles Kriterium, die Organisation. Diese Definition entspricht dem mit dem gemeinsamen Mehrwertsteuersystem verfolgten Ziel, alle in der Gemeinschaft niedergelassenen Personen bei der Besteuerung gleich zu behandeln [10].

11. Nach diesen Kriterien besteht kein Zweifel daran, dass die Umsätze der SICAV als wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne der Sechsten Richtlinie anzusehen sind. Eine SICAV ist ein Organismus für gemeinsame Anlagen mit eigener Satzung. Im Gegensatz zur Kapitalanlagegesellschaft hat die SICAV eine Rechtspersönlichkeit, die sich von der der Anleger unterscheidet. Sie wird als SICAV bezeichnet, weil ihr Kapital aufgrund von Anteilszeichnungen und -rückkäufen sowie der Bewertung ihres Vermögens ständig schwanken kann [11].

12. Die Richtlinie 85/611 bestimmt in ihrem Artikel 1 die Anlage in Wertpapieren von beim Publikum beschafften Geldern für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikobetreuung als Zweck dieser Gesellschaften. Ihre Tätigkeit besteht also in einer Wiederholung hauptberuflicher Kauf- und Verkaufshandlungen, um den Bedürfnissen Dritter (der teilnehmenden Anleger) gerecht zu werden [12]. Eine solche Tätigkeit lässt sich ohne weiteres als eine organisierte und geschäftliche „Verwaltung" von Geldern auf dem Wertpapiermarkt burteilen [13]. Bei einer Gesamtbetrachtung dieser Kriterien machen diese die SICAV zu Steuerpflichtigen im Sinne der Sechsten Richtlinie.

7 — Ebenda, Randnr. 37.

8 — Urteil vom 14. November 2000 in der Rechtssache C-142/99 (Floridienne und Berginvest, Slg. 2000, I-9567, Randnr. 28).

9 — Vgl. insbesondere Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979).

10 — Vgl. für eine detaillierte Darstellung der Ziele des Steuerrechts der Gemeinschaft, Berlin, D., *Droit fiscal communautaire*, PUF, Paris, 1988, S. 229 ff.

11 — Vgl. Kremer, C. & Lebbe, I., *Les organismes de placement collectif en droit luxembourgeois*, Larcier, Brüssel, 2001.

12 — Zum Vergleich: Generalanwalt Van Gerven nennt vergleichbare Eigenschaften als Kriterien für eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 4 der Sechsten Richtlinie in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Polysar Investments Netherlands (Urteil oben genannt in Fußnote 5).

13 — Zum Begriff der Nutzung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Sechsten Richtlinie vlg. Urteil vom 6. Februar 1997 in der Rechtssache C-80/95 (Harnas & Helm, Slg. 1997, I-745).

13. Gegen diese Lösung lässt sich nicht ein Vergleich der Tätigkeit einer SICAV mit der einer Holding anführen, die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes im Allgemeinen kein Steuerpflichtiger ist [14]. In der Regel beschränkt sich eine Holdinggesellschaft darauf, ihre Beteiligungen an anderen Unternehmen zu verwalten, ohne daraus andere Vorteile ziehen zu wollen als die, die sich bei einer gewöhnlichen Verwaltung dieser Anlagen ergeben. Dagegen besteht die wesentliche Funktion einer SICAV darin, zu geschäftlichen Zwecken Investitionen zu tätigen, um Gewinne zu erzielen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass für die Beteiligung am Kapital ein und desselben Emittenten gesetzliche Grenzen bestehen, um eine vorsichtige Risikobetreuung zu gewährleisten [15]. Vielmehr ist die SICAV um Rentabilisierung des angelegten Kapitals bemüht, so dass stets davon auszugehen ist, dass sie Risiken eingeht [16]. Auch ist nicht zwischen einer aktiven und einer passiven Verwaltung der Finanzinstrumente zu unterscheiden [17]. Unstreitig kann die gewöhnliche Vermögensverwaltung vom Inhaber eine umfassende Tätigkeit verlangen. Der Unterschied zwischen einer SICAV und einer Holding besteht vielmehr in der Absicht, in der sie betrieben wird, und der Führung, die sie charakterisiert: Während die eine sich im Allgemeinen wie ein Eigentümer verhält, der nur die Früchte seines Eigentums ernten möchte [18], verhält sich die andere wie ein Unternehmer, der unter Berücksichtigung der von ihm verfolgten Anlagepolitik für seine Anlagen auf den Finanzmärkten den höchstmöglichen Ertrag erzielen möchte.

14. Ist jedoch darüber hinaus danach zu unterscheiden, ob die SICAV selbstverwaltet ist oder nicht? Im ersten Fall verfügt die SICAV über eine integrierte Verwaltungsfunktion, im zweiten Fall greift sie für ihre Verwaltung auf eine zugelassene externe Gesellschaft zurück. In ihren schriftlichen Erklärungen führt die Kommission aus, dass nur selbstverwaltete SICAV mehrwertsteuerpflichtig seien, und orientiert sich dabei an der Behandlung, die der Gerichtshof auf diesem Gebiet den Holdinggesellschaften vorbehält. Eine fremdverwaltete SICAV halte ebenso wie eine Holding lediglich Wertpapiere, ohne steuerbare Umsätze zu erzielen.

15. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission diese Unterscheidung nicht wieder aufgegriffen und sich darauf beschränkt, die Situation von Kapitalanlagegesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit der Situation der SICAV gegenüberzustellen, die juristische Personen sind. Jedenfalls halte ich die Unterscheidung, die sich aus den schrift-

14 — Vgl. zuletzt Urteil vom 27. September 2001 in der Rechtssache C-16/00 (Cibo Participations, Slg. 2001, I-6663, Randnr. 19). Zwar kann die Holdinggesellschaft in bestimmten Fällen für ihre Tochtergesellschaften gelegentlich entgeltliche Leistungen erbringen, etwa Verwaltungs-, Finanz-, Buchhaltungs- und technische Leistungen. Aber gerade für diese Ausnahmefälle hat der Gerichtshof entschieden, dass die Einmischung einer Holding in die Verwaltung ihrer Tochtergesellschaften als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden kann, soweit sie auch die Erzielung von Umsätzen umfassen, die nach Artikel 2 der Sechsten Richtlinie mehrwertsteuerpflichtig sind (Urteil Floridienne und Berginvest, oben in Fußnote 8 genannt, Randnr. 19).

15 — Die Kommission weist darauf hin, dass eine SICAV nach Artikel 25 der Richtlinie 85/611 höchstens 10 % der stimmrechtslosen Aktien oder der Schuldverschreibungen ein und desselben Emittenten erwerben darf.

16 — Urteil Floridienne und Berginvest, oben genannt in Fußnote 8, Randnr. 28.

17 — Dieses Unterscheidungskriterium wendet das Königreich Belgien beim Nachweis dafür an, dass die SICAV im Gegensatz zu den Holdinggesellschaften steuerpflichtig sind. Außerdem weichen die Erklärungen, die der belgische Staat hierzu vor dem Gerichtshof abgab, von der Haltung ab, die er beim vorlegenden Gericht einnahm.

18 — Der Gerichtshof hat daher zur Charakterisierung der Tätigkeit einer Holding festgestellt, dass „die Tätigkeit eines Inhabers von Schuldverschreibungen als eine Form der Kapitalanlage bezeichnet werden [kann], die ihrer Art nach nicht über bloße Vermögensverwaltung hinausgeht" (Urteil Harnas & Helm, oben genannt in Fußnote 13, Randnr. 18).

lichen Erklärungen der Kommission ergibt, nicht für entscheidend. Die Natur der Tätigkeit einer SICAV und nicht ihre Rechtsform ist das wesentliche Kriterium, um zu bestimmen, in welchem Fall sie als mehrwertsteuerpflichtig anzusehen ist [19]. Die Tätigkeit muss selbstverständlich auch in eine rechtliche Struktur passen, die Gegenstand einer Besteuerung sein kann. Dies ist bei den fraglichen Tätigkeiten der Fall: Unabhängig von ihrer internen Organisation sind alle SICAV juristische Personen [20]. Sie sind Eigentümerinnen des Wertpapierportfolios, dessen Verwaltung möglicherweise die externe Verwaltungsgesellschaft übernimmt. Sie können also unabhängig von der Rechtsform, die sie für die Verwaltung ihrer Tätigkeit wählen, für die Anwendung der Sechsten Richtlinie als steuerliche Einheiten angesehen werden.

16. Diese Lösung entspricht dem Erfordernis der Einfachheit und der Wirtschaftlichkeit des Steuersystems. Sie entspricht auch dem Ziel der Sechsten Richtlinie, gemeinsame Regeln zur Annäherung der Wettbewerbsbedingungen zwischen vergleichbaren Wirtschaftsteilnehmern aufzustellen. Zudem sind die Beziehungen, die zwischen einer SICAV und ihrer Verwaltungsgemeinschaft bestehen, nicht mit denen vergleichbar, die zwischen einer Holding und den Gesellschaften entstehen können, an denen sie Beteiligungen hält. Die Verwaltungsgesellschaft handelt im Auftrag der SICAV. Diese bleibt für die Anlage- und Investitionstätigkeit verantwortlich. Das entscheidende Kriterium für die Steuerpflicht bleibt die Frage, ob die fragliche Einheit der tatsächliche Träger der wirtschaftlichen Tätigkeit bleibt, und nicht die Frage, wie sie die Verwaltung dieser Tätigkeit organisiert.

17. Folglich ist auf den ersten Teil der ersten Frage zu antworten, dass Artikel 4 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen ist, dass SICAV, die gemäß der Richtlinie 85/611 errichtet sind, Mehrwertsteuerpflichtige sind. Zu untersuchen bleibt, welche Folgen dies für die Bestimmung des Ortes der für sie erbrachten Dienstleistungen hat.

B — *Bestimmung des Ortes der für SICAV erbrachten Dienstleistungen*

18. Nach Artikel 9 der Sechsten Richtlinie ist der Ort der Dienstleistung grundsätzlich der Ort der Niederlassung des Dienstleistenden. Allerdings sind von diesem Grundsatz

19 — In einem anderen Zusammenhang hat der Gerichtshof ausgeführt, dass „[es d]er Grundsatz der steuerlichen Neutralität verbietet ..., dass Wirtschaftsteilnehmer, die die gleichen Umsätze bewirken, bei deren Besteuerung unterschiedlich behandelt werden. Dieser Grundsatz aber wäre verletzt, wenn die Steuerbefreiung der Umsätze der in Artikel 13 Teil A Absatz 1 Buchstaben b und g genannten Einrichtungen von der Rechtsform abhinge, in der der Steuerpflichtige seine Tätigkeit ausübt" (Urteil vom 7. September 1999 in der Rechtssache C-216/97, Gregg, Slg. 1999, I-4947, Randnr. 20). Diese Irrelevanz der Rechtsform des betreffenden Organismus ist folglich auch für den Fall geboten, in dem es um seine Eigenschaft als Steuerpflichtiger geht.

20 — Dies ist das entscheidende Kriterium, das die SICAV von Kapitalanlagegesellschaften unterscheidet. Letztere haben Vertragsform und verfügen nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Da die rechtliche Einheit fehlt, können sie als steuerlich „transparent" angesehen werden. Daher kommt man nicht umhin, der Verwaltungsgesellschaft, die das nicht verteilte Portfolio verwaltet, die Steuerlast aufzuerlegen. Diese Lösung ist jedoch in gewisser Hinsicht eine Notlösung.

Ausnahmen vorgesehen; so ist nach Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe e der Ort von Beratungsleistungen sowie von Bank- und Finanzumsätzen, die für innerhalb der Gemeinschaft, jedoch außerhalb des Landes des Dienstleistenden ansässige Steuerpflichtige erbracht werden, der Ort, an dem der Empfänger den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit hat.

19. Da feststeht, dass die SICAV Steuerpflichtige sind, spricht alles dafür, Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe e der Sechsten Richtlinie auf die für sie erbrachten Dienstleistungen anzuwenden. Das Königreich Belgien bestreitet dies jedoch. In seinen schriftlichen Erklärungen vertritt es die Auffassung, dass unterschieden werden müsse: Nur Beratungsleistungen, Datenverarbeitung und die Überlassung von Informationen für die SICAV fielen unter diese Vorschrift; etwas anderes gelte für Verwaltungsleistungen, die für die SICAV erbracht würden, weil mit ihnen eine Entscheidungsbefugnis verbunden sei.

20. Es begründet diese Unterscheidung mit einer Entscheidung des Gerichtshofes zu den Voraussetzung für eine Mehrwertsteuerbefreiung nach Artikel 13 Teil A der Sechsten Richtlinie [21]. Diese Entscheidung ist aber in diesem Prüfungsstadium nicht einschlägig, in dem es nur darum geht, den Ort der erbrachten Dienstleistungen festzustellen. Es genügt die Feststellung, dass Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe e dritter und fünfter Spiegelstrich sowohl Beratungsleistungen als auch Bank- und Finanzumsätze erfasst.

21. Aus alledem ergibt sich, dass Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe e der Sechsten Richtlinie auch auf Verwaltungsleistungen im Rahmen von Finanzumsätzen anwendbar ist. Wurden diese Dienstleistungen für innerhalb der Gemeinschaft, jedoch außerhalb des Landes des Dienstleistenden ansässige Steuerpflichtige erbracht, ist der Ort dieser Dienstleistungen der Ort, an dem der Dienstleistungsempfänger den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit hat.

III — Umfang der Mehrwertsteuerbefreiung nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 der Sechsten Richtlinie

22. Obwohl nach Ansicht des vorlegenden Gerichts mit der Bejahung der ersten Frage die zweite Frage im Hinblick auf die Entscheidung des Ausgangsverfahrens gegenstandslos wird, kann es meines Erachtens nützlich sein, diese dennoch zu prüfen.

23. Die Mitgliedstaaten befreien nach dem System des Artikels 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 der Sechsten Richtlinie „die

21 — Urteil vom 21. März 2002 in der Rechtsache C-267/00 (Zoological Society, Slg. 2002, I-3353).

Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften". Hierbei ist sowohl streitig, wie diese Vorschrift im Allgemeinen auszulegen ist, als auch, welche besondere Bedeutung dem Begriff Verwaltung zukommt.

Sache der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen wäre, den Umfang der Befreiung zu bestimmen. Zum einen betrifft diese Verweisung nur die Definition der Sondervermögen und nicht die Bestimmung ihrer Situation in Bezug auf das gemeinsame Mehrwertsteuersystem. Zum anderen steht diese Definition durch die Anwendung der Richtlinie 85/611 selbst unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts.

A — *Auslegungsregeln*

24. Die Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, sind sich über die in ständiger Rechtsprechung angewandte allgemeine Regel einig, dass die Befreiungen des Artikels 13 der Sechsten Richtlinie eng auszulegen sind, da sie Ausnahmen von dem Grundsatz darstellen, dass jede Dienstleistung, die ein Steuerpflichtiger gegen Entgelt erbringt, der Umsatzsteuer unterliegen [22].

25. Vielleicht ist im Hinblick auf die Angaben des vorlegenden Gerichts auch darauf hinzuweisen, dass diese Befreiungen — wie der Begriff des Steuerpflichtigen — autonome Begriffe des Gemeinschaftsrechts darstellen, die im Gesamtzusammenhang des mit der Sechsten Richtlinie eingeführten gemeinsamen Mehrwertsteuersystems zu sehen sind [23]. Dass Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, bedeutet nicht, dass es

26. Die BBL ist der Ansicht, dass zur Prüfung auch der Normzweck dieser Vorschrift, nämlich die eine solche Befreiung rechtfertigenden, allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Erwägungen grundsätzlicher Art gehören. Es steht fest, dass solche Erwägungen bei der Formulierung von Artikel 13 der Sechsten Richtlinie vorlagen. Im Rahmen unserer Vorschrift sind sie in dem von der BBL betonten allgemeinen Willen erkennbar, den Zugang der Sparer zu gemeinsamen Anlagen zu fördern. Die Befreiung hat aber vor allem einen praktischen Grund, nämlich den, zu vermeiden, dass Fonds vertraglicher Art eine Steuerlast tragen müssen, die den Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, die juristische Personen und selbstverwaltet sind, nach der Befreiung des Artikels 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 erspart bleibt. Nach dieser Vorschrift werden 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 und von Rechten oder Wertpapieren im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Sechsten Richtlinie von der Mehrwertsteuer befreit.

22 — Vgl. zuletzt Urteil vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-45/01 (Dornier, Slg. 2000, I-12911, Randnr. 42).

23 — Urteil vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-2/95 (SDC, Slg. 1997, I-3017, Randnr. 21).

27. Die belgische Regierung führt hierzu aus, dass eine Befreiung, die auf vertragliche Fonds beschränkt sei und Fonds mit eigener Satzung, die die Verwaltung ihres Vermögens übertragen hätten, ausschließe, die Gleichbehandlung der verschiedenen Organismen für gemeinsame Anlagen beeinträchtigen könne. Dieses Argument halte ich für überzeugend. Es ist legitim, die für die Kapitalanlagegesellschaften geltenden Regelungen auf SICAV zu erstrecken, wenn sie sich in einer vergleichbaren Situation befinden. Aber man kann daraus nicht wie die BBL herleiten, dass alle von diesen Organismen für gemeinsame Anlagen erbrachten Dienstleistungen befreit werden müssten. Um den Anwendungsbereich dieser Befreiung zu bestimmen, ist noch die Bedeutung des Begriffs Verwaltung im Sinne der betreffenden Vorschriften zu erläutern.

28. Diesem Ergebnis steht auch nicht die angebliche Ungleichbehandlung zwischen Organismen für gemeinsame Anlagen entgegen, die sich nach Ansicht der BBL aus einer auf bestimmte Verwaltungsleistungen der Kapitalanlagegesellschaften beschränkten Befreiung ergeben könnten. Zum einen befände sich eine selbstverwaltete SICAV, die sich für die nicht unmittelbar mit der Verwaltung ihrer Tätigkeiten verbundenen Dienstleistungen eines Dritten bediente, in derselben steuerrechtlichen Situation wie eine Kapitalanlagegesellschaft. Dass eine solche SICAV die Möglichkeit hat, sich von ihren Dienstleistungen zu befreien, ohne dabei mehrwertsteuerpflichtig zu werden, während eine Kapitalanlagegesellschaft diese Möglichkeit nicht hat, ist hierfür ohne Bedeutung. Die möglichen Unterschiede in der Behandlung einer SICAV und einer Kapitalanlagegesellschaft sind in diesem Fall lediglich die Folge der Anwendung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems, das nur die Tätigkeiten besteuert, die im Rahmen einer Beziehung zwischen zwei autonomen Steuerpflichtigen selbständig erbracht werden [24]. Folge man zum anderen hier dem Vorbringen der BBL, so könnten zahlreiche Dienstleistungen, die mehr oder weniger eng mit der Verwaltung von Kapitalanlagegesellschaften verbunden sind, unter diese Befreiung fallen. Dies ginge offensichtlich über den Wortlaut des eng auszulegenden Artikels 13 Teil B der Sechsten Richtlinie hinaus.

B — *Begriff der Verwaltung im Sinne von Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 der Sechsten Richtlinie*

29. Die Sechste Richtlinie definiert den Begriff Verwaltung ebenso wenig wie den Gegenstand der unter Artikel 13 Teil B Buchstabe d fallenden Umsätze. Der Gerichtshof hat zwar in mehreren Urteilen die Bedeutung einiger dieser Umsätze erläutert. Aber er hat sich noch nie zur Befreiung nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 geäußert.

30. Die BBL schlägt vor, in Ermangelung einer Definition auf die allgemeine Bedeutung zurückzugreifen, die die nationale Lehre dem Begriff Verwaltung im Zivilrecht

24 — Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer argumentierte ähnlich in seinen Schlussantragen in der Rechtssache SDC (Urteil oben genannt in Fußnote 23), Nrn. 54 ff.

gebe. Dieser Vorschlag ist zwar verlockend, aber nicht akzeptabel. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes wollte Umsätze aus der Vermögensverwaltung gerade vom Anwendungsbereich der Mehrwertsteuer ausnehmen. Eine Definition, die diesen Umsätzen einen zentralen Platz einräumen würde, ist also abzulehnen. Sie wäre der Natur der Sache nach nicht geeignet, den Umfang einer Steuerbefreiung zu bestimmen, die begriffsnotwendig zuvor eine Steuerpflicht voraussetzt [25].

31. Die beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen konzentrierten sich auf die Frage, ob „Verwaltung" dahin zu verstehen sei, dass mit ihr eine Entscheidungsbefugnis verbunden sei. Dies ist die Auslegung der Kommission und der griechischen Regierung. „Verwaltung" im Sinne dieser Vorschrift sei allein die Finanzverwaltung im eigentlichen Sinn, die mit einer Entscheidungsbefugnis in den Bereichen Investition und Anlagepolitik verbunden sei. Die BBL und die belgische Regierung treten dieser Auslegung entgegen. Sie sind der Auffassung, dass der Begriff Verwaltung weit zu verstehen sei und sich auch auf die Beratungselemente der Verwaltung erstrecke.

32. So betrachtet scheint mir die Frage falsch gestellt zu sein. Um den Sinn dieses Begriffes zu klären, muss man sich nicht nur seinen Bestandteilen befassen, sondern auch mit dem Ziel der Vorschrift, in der er enthalten ist. Danach ist die Befreiung so einzugrenzen, dass der Grundsatz der allgemeinen Anwendbarkeit der Steuer nicht beeinträchtigt, sie aber trotzdem nicht gegenstandslos wird [26]. So gesehen ist es zulässig, die Befreiung auf alle Umsätze zu erstrecken, die unmittelbar mit dem System der Verwaltung von Anlagefonds verbunden sind. Folglich kann die Befreiung nicht allein auf das Treffen einer Entscheidung beschränkt werden. Aber sie darf auch nicht auf alle Dienstleistungen erstreckt werden, die für Organismen für gemeinsame Anlagen erbracht werden, die Kapitalanlagegesellschaften sind.

33. Meines Erachtens sind von der Befreiung die Umsätze betroffen, die eng mit der Führung des Fonds verbunden sind, d. h., mit der Bestimmung der Anlagepolitik, der Käufe und der Verkäufe von Aktiva. Befreite Umsätze sind also nicht nur solche, bei denen eine Entscheidung zu treffen ist, sondern auch solche, die zumindest unmittelbar an Wertpapiergeschäften beteiligt sind. Die Befreiung ist nur anwendbar, wenn nachgewiesen wird, dass die fraglichen Leistungen untrennbar mit den durch die Sechste Richtlinie ausdrücklich befreiten Umsätzen verbunden sind. Leistungen, die ohne weiteres von der Fondsverwaltung im eigentlichen Sinne getrennt werden können, sind dagegen mehrwertsteuerpflichtig.

34. Aufgrund ähnlicher Überlegungen hat der Gerichtshof bei den Befreiungen nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummern 3

25 — Vgl. in diesem Sinne die Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache, die zu dem Urteil SDC, oben genannt in Fußnote 23, Nr. 57, führte.

26 — Zur Erforderlichkeit, der Mehrwertsteuer einen sehr weiten Anwendungsbereich zuzuerkennen, vgl. Urteil vom 4. Dezember 1990 in der Rechtssache C-186/89 (Van Tiem, Slg. 1990, I-4363, Randnr. 17).

und 5 der Sechsten Richtlinie zwischen den befreiten Umsätzen und rein materiellen, technischen oder administrativen Leistungen unterschieden, die weder spezifisch noch wesentlich für die befreiten Umsätze sind [27]. Entsprechendes sollte meines Erachtens für den Umfang der Befreiung nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 der Sechsten Richtlinie gelten.

35. Der Umfang der Befreiung nach Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 ist also danach zu bestimmen, ob sich die streitigen Leistungen unmittelbar auf die finanzielle Situation des Fonds auswirken und so die Würdigung der finanziellen Risiken oder Investitions- und Anlageentscheidungen entscheidend beeinflussen [28].

36. Im vorliegenden Fall lassen die Angaben des vorlegenden Gerichts zu den für SICAV erbrachten Leistungen nicht den Schluss zu, dass es sich um Umsätze handele, die untrennbar mit deren Verwaltung verbunden sind [29]. Es wird gegebenenfalls Sache des nationalen Gerichts sein, über die genaue Natur der erbrachten Dienstleistungen zu entscheiden.

37. Die BBL führt jedoch zwei auf den Wortlaut der Richtlinie gestützte Argumente an, die diese Beurteilung ihrer Ansicht nach widerlegen. Mit dem ersten, in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten, bringt sie im Rahmen von Artikel 13 Teil B Buchstabe d der Sechsten Richtlinie den Begriff Verwaltung im Sinne von Nummer 5 mit dem Begriff Verwaltung im Sinne von Nummer 6 in Verbindung. Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 5 bestimmt, dass „die Mitgliedstaaten 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 [und] Rechten oder Wertpapieren im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 ... [befreien]“ [30]. Die Befreiung nach Nummer 6 stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der in Nummer 5 vorgesehenen Ausnahme von der Befreiung. Daher müsse der Begriff Verwaltung in Nummer 6 weit ausgelegt werden, um dem Vorbehalt der Besteuerung der Nummer 5 gerecht zu werden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes sei die Verwaltung im Sinne von Nummer 5 die Erbringung einer rein materiellen, technischen oder administrativen Leistung, die nicht zu Änderungen in rechtlicher oder finanzieller Hinsicht führt [31].

38. Dieses Vorbringen geht davon aus, dass die beiden in Artikel 13 Teil B Buchstabe d verwendeten Verwaltungsbegriffe inhaltlich identisch sind. Dem ist jedoch nicht so. Im Rahmen von Artikel 13 Teil B Buchstabe d

27 — Urteil SDC, oben genannt in Fußnote 23, und vom 13. Dezember 2001 in der Rechtssache C-235/00 (CSC Financial Services, Slg. 2001, I-10237).

28 — Als sich der Gerichtshof in anderem Zusammenhang mit dem Begriff „Leitung von Unternehmen“ im Sinne von Artikel 43 Absatz 2 EG zu befassen hatte, kam er zu dem Ergebnis, dass es sich dabei um eine Beteiligung an einer Gesellschaft handele, die demjenigen, der sie halte, „einen solchen Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft verleiht, dass er deren Tätigkeiten bestimmen kann“ (Urteil vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-251/98, Baars, Slg. 2000, I-2787, Randnr. 22).

29 — Es handelt sich um die Überlassung von Informationen, die Unterstützung bei der Vermögensverwaltung, jedoch im Rahmen einer von der SICAV vorgegebenen Politik, um materielle Hilfe beim Erwerb, die Zeichnung und die Übertragung von Wertpapieren.

30 — Hervorhebung nur hier.

31 — Urteil CSC/Financial Services, oben genannt in Fußnote 27, Randnr. 28.

Nummer 5 der Sechsten Richtlinie ergibt sich die Bedeutung des vom Gesetzgeber verwendeten Begriffes „Verwaltung" daraus, dass die von der Kommission vorgeschlagene ursprüngliche Formulierung, die alle Umsätze im Zusammenhang mit Forderungen, Aktien, Schuldverschreibungen und anderen Wertpapieren betraf[32], eingeschränkt werde. Durch die Aufnahme dieses Begriffes werden also materielle, technische und administrative Aufgaben bei der Unterstützung und der Durchführung, die keinen unmittelbaren Zusammenhang zu Wertpapierhandelsgeschäften haben, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Dagegen ist die Verwaltung im Sinne von Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 ein positiver Begriff, der klar die Verwaltung eines Portfolios betrifft, das dem Fonds von den Zeichnern überlassene Wertpapiere umfasst. In diesem Sinne ist die Verwaltung neben der dem Depothalter übertragenen Verwahrung der Aktiva des Fonds eine der beiden wesentlichen Bestandteile einer Kapitalanlagegesellschaft. Dieser Begriff kann also nicht dahin verstanden werden, dass er die für den Verwalter erbrachten Dienstleistungen, die keinen unmittelbaren Bezug zur Verwaltung des Fonds haben, umfasste.

39. Das zweite Argument der BBL bezieht sich darauf, dass die Tätigkeit der Fondsverwaltungsgesellschaften kürzlich nach der Richtlinie 2001/107 ausgedehnt worden sei. Dies ist ein entscheidendes Kriterium ihrer schriftlichen Ausführungen[33]. Zwar präzisiert die Richtlinie 2001/107 die Tätigkeiten der Verwaltungsgesellschaften für Organismen für gemeinsame Anlagen und dehnt diese insbesondere auf Aufgaben der Anlageberatung aus[34]. Aber diese Ausdehnung hat meines Erachtens nicht ohne weiteres zur Folge, dass diese Tätigkeiten unter den Begriff „Verwaltung" im Sinne von Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 der Sechsten Richtlinie fallen. Zum einen kann der Begriff „Verwaltung" jeweils unterschiedlich verstanden werden, da diese beiden Vorschriften nicht denselben Gegenstand haben. Zum anderen werden diese Beratungstätigkeiten in der Richtlinie 2001/107 selbst gegenüber der Haupttätigkeit der Fondsverwaltung nur als Nebendienstleistungen verstanden[35]. Im Rahmen des Mehrwertsteuersystems können sie also als „zusätzliche Umsätze" angesehen werden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes betrifft diese Bezeichnung die Leistungen, die keine „unmittelbare, dauerhafte und notwendige Erweiterung" der steuerbaren Tätigkeit darstellen[36]. Solche Tätigkeiten sind als eigene Geschäfte anzusehen, die für Dritte erkennbar eigene Ergebnisse erzielen. Als solche können sie für die Mehrwertsteuerbefreiung nicht der Fondsverwaltung gleichgestellt werden.

32 — Vgl. Stellungnahme zu dem Vorschlag für eine Sechste Richtlinie zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. 1974, C 40, S. 34).

33 — Genau genommen bezieht sich die BBL auch in dieser Hinsicht auf die Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. L 141, S. 27). Unstreitig ist jedoch, dass Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe h dieser Richtlinie Organismen für gemeinsame Anlagen sowie die Verwahr- und Verwaltungsgesellschaften derartiger Organismen von ihrem Anwendungsbereich ausschließt.

34 — Artikel 5 der Richtlinie 85/611 in der durch die Richtlinie 2001/107 geänderten Fassung bestimmt, dass „[d]ie Tätigkeit der Verwaltung von Investmentfonds und Investmentgesellschaften ... für die Zwecke dieser Richtlinie die Aufgaben ein [schließt], die in Anhang II in nicht erschöpfender Weise genannt sind". Anhang II der Richtlinie betrifft die Aufgaben der Portfolioverwaltung, administrative Tätigkeiten und den Vertrieb. Artikel 5 Absatz 3 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten einer Verwaltungsgesellschaft abweichend von Absatz 2 — zusätzlich zur Verwaltung von Investmentfonds und Investmentgesellschaften — die Zulassung für die Erbringung von Dienstleistungen zur individuellen Verwaltung einzelner Portfolios und, als Nebendienstleistungen, für die Anlageberatung sowie die Verwahrung und die technische Verwaltung in Bezug auf die Anteile von Organismen für gemeinsame Anlagen erteilen können.

35 — Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe b der Richtlinie 85/611 in der durch die Richtlinie 2001/107 geänderten Fassung.

36 — Vgl. entsprechend Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache Régie dauphinoise (C-306/94, Slg. 1996, I-3695, Randnr. 18).

40. Nach alledem bin ich der Ansicht, dass Artikel 13 Teil B Buchstabe d Nummer 6 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen ist, dass der Begriff „Verwaltung" nicht nur Verwaltungsdienstleistungen betrifft, die eine Entscheidungsbefugnis voraussetzen, sondern auch Geschäfte, die sich unmittelbar auf die finanzielle Lage von Kapitalgesellschaften und entsprechenden Organismen auswirken können, so dass sie die Investitions- und die Anlageentscheidungen maßgeblich beeinflussen.

IV — **Ergebnis**

41. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Tribunal de première instance Brüssel vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 4 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 ist dahin auszulegen, dass gemäß der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) errichtete Investmentgesellschaften mit variablem Grundkapital Mehrwertsteuerpflichtige sind, so dass als Ort der für sie erbrachten Dienstleistungen, wenn sie unter Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe e der Sechsten Richtlinie 77/388 fallen, genannt sind, der Ort anzusehen ist, an dem diese Gesellschaften den Sitz ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten haben.

2. Aufgrund der Antwort auf die erste Frage ist die zweite Frage nicht zu beantworten.