

# Urteil vom 05. September 2019, V R 2/16

Zum Begriff des "Sondervermögens" i.S. von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG

ECLI:DE:BFH:2019:U.050919.VR2.16.0

BFH V. Senat

UStG § 4 Nr 8 Buchst e, UStG § 4 Nr 8 Buchst h, KAGG § 1 Abs 3, InvG § 6 Abs 1, WpHG §§ 6ff, EWGRL 388/77 Art 13 Teil B Buchst d Nr 6, EWGRL 611/85 Art 1 Abs 2, EWGRL 611/85 Art 4 Abs 1, EWGRL 611/85 Art 4 Abs 2, EWGRL 611/85 Art 7 Abs 1, EWGRL 611/85 Art 8 Abs 1, WpHG § 6

vorgehend FG Köln, 08. Dezember 2015, Az: 3 K 1076/11

## Leitsätze

1. "Sondervermögen" i.S. von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG sind Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) i.S. der Richtlinie 85/611/EWG und diesen Organismen ähnliche Fonds.
2. Ähnlich in diesem Sinne sind Fonds, die gleiche Merkmale aufweisen wie OGAW und vergleichbare Umsätze tätigen oder diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen, was zumindest voraussetzt, dass das nationale Recht eine besondere staatliche Aufsicht für solche Vermögen vorsieht.

## Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts Köln vom 09.12.2015 - 3 K 1076/11 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Die Beteiligten streiten über die Frage, ob die von der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin) ausgeführten Verwaltungsumsätze nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage vom 17.05.1977 (Richtlinie 77/388/EWG) umsatzsteuerbefreit sind.
- 2 Bei der Klägerin handelt es sich um eine AG, deren Unternehmensgegenstand u.a. die Verwaltung eigenen und fremden Vermögens ist, namentlich die Übernahme der Geschäftsführung und Vertretung solcher Gesellschaften, die eigenes Vermögen verwalten. Die Klägerin initiierte die Gründung von fünf jeweils in der Rechtsform der GbR geführten Fondsgesellschaften, und zwar

Gemeinschafts-Aktiendepot "Q",

Unternehmens-Beteiligungsdepot "Q1",

Gemeinschafts-Anleihendepot "Q2",

Gemeinschaftsdepot "Q3",

- 3 Zum 30.11.2000 wurde der Wertpapierbestand des Gemeinschafts-Aktiendepots "Q" in den Teilfonds K eingebracht.
- 4 Rechtliche Grundlage der Fondsgesellschaften waren fünf inhaltlich gleichlautende Gesellschaftsverträge. Das Gesellschaftsvermögen steht danach den Gesellschaftern nicht zur gemeinsamen Hand, sondern nach Bruchteilen zu; § 427 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet keine Anwendung. Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) unterhalten die Gesellschafter ihr gemeinsames Konto und Depot beim Brokerhaus B in den USA. Alle Gesellschafter sind Kontoinhaber. Die uneingeschränkte Verfügung über dieses Konto liegt ausschließlich bei dem Treuhänder H aus S (Inland).
- 5 Die Einzahlungen der Gesellschafter werden in Anteile umgerechnet, die kontenmäßig gutgeschrieben werden und auch den Bruchteil eines Anteils ausmachen können (Unit-System).
- 6 Nach § 9 der Gesellschaftsverträge werden die Einlagen/Einzahlungen ausschließlich zur Anlage in börsennotierten Wertpapieren, Optionen, Festgeldern etc. und zur Deckung der Verwaltungskosten verwandt. Die Erlöse aus Wertpapieren werden wieder angelegt bzw. zur Kapitalrückzahlung, Gewinnausschüttung, Verwaltungskostenerstattung sowie zur Zahlung einer etwaigen Erfolgsprämie für die Vermögensverwaltung (i.S. des § 13 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages) verwandt.
- 7 Gemäß § 10 wird der Geschäftsführung zur Deckung der Verwaltungs- und Treuhänderkosten zu Beginn jeden Monats 0,1 % des Gesellschaftsvermögens aus selbigem zur Verfügung gestellt.
- 8 Ausweislich § 13 Abs. 5 ist die Geschäftsführung der Fondsgesellschaft insbesondere berechtigt, eine Vermögensverwaltung einzuschalten und diese mit der Anlage der Gelder zu beauftragen. Für eine besonders erfolgreiche Tätigkeit steht der Vermögensverwaltung ein Erfolgshonorar zu. Dieses wird nur fällig, falls die Gewinne 5 % (p.a.) überschreiten und wird auch nur als Teil des über 5 % liegenden Gewinns erhoben. Von dem 5 % überschreitenden Teil des erwirtschafteten Gewinns erhält die Vermögensverwaltung den Prozentsatz des Gewinns, der bezüglich des Ausgangskapitals im abgelaufenen Geschäftsjahr von ihr erwirtschaftet wurde, maximal jedoch 1/3 der Gewinne.
- 9 Am 21.06.1996 schloss die Klägerin mit den fünf Fondsgesellschaften gleichlautende Vermögensverwaltungsverträge ab. Danach übernahm die Klägerin die Vermögensverwaltung der Fondsgesellschaften zum 01.07.1996. Ab 30.11.2000 übernahm sie zudem die Verwaltung des Teilfonds K.
- 10 Die Klägerin sorgt für die pflichtgemäße Erfüllung aller Pflichten gegenüber den Gesellschaftern, insbesondere die sachgerechte Verwaltung des Vermögens:
- 11 Die Verwaltung der Vermögenswerte erfolgt gemäß den vereinbarten Anlagerichtlinien (§ 2 und § 9 des Gesellschaftsvertrages) ohne vorherige Einholung von Weisungen. Die Klägerin ist berechtigt, An- und Verkäufe von Wertpapieren und Optionen vorzunehmen, Wertpapiere zu konvertieren oder umzutauschen, Bezugsrechte auszuüben, zu kaufen oder zu verkaufen, Devisen anzuschaffen oder zu veräußern sowie alle übrigen Maßnahmen zu treffen, die bei der Verwaltung der Vermögenswerte als zweckmäßig erscheinen. Die Klägerin ist außerdem berechtigt, Börsentermingeschäfte und solche Geschäfte, die gleichen wirtschaftlichen Zwecken dienen, auch wenn sie nicht auf Erfüllung durch Lieferung ausgerichtet sind, zu tätigen, insbesondere Optionsgeschäfte und andere Börsentermingeschäfte in Wertpapieren, Devisen, Indizes und synthetischen Gegenständen, und zwar an in- und ausländischen Terminbörsen oder außerbörslichen Terminmärkten.
- 12 Für die Vermögensverwaltung erhielt die Klägerin die in § 10 und § 13.5 des Vermögensverwaltungsvertrages vorgesehene Vergütung. In den Streitjahren 1998 bis 2004 erzielte die Klägerin auf dieser Grundlage aus ihrer Tätigkeit für die Fondsgesellschaften sowohl erfolgsabhängige als auch erfolgsunabhängige Umsätze, die sie jeweils als nach § 4 Nr. 8 Buchst. e des Umsatzsteuergesetzes (UStG) steuerfrei behandelte.
- 13 Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--) unterwarf die Umsätze der Klägerin im Anschluss an eine in 2003 durchgeführte Betriebsprüfung für die Jahre 1998 bis 2000 und eine in 2007 durchgeführte Betriebsprüfung für die Jahre 2001 bis 2004 der Regelbesteuerung.
- 14 Das FG gab der Klage mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2016, 1296 veröffentlichten Urteil statt. Die Klägerin könne sich unmittelbar auf Art. 13 der Richtlinie 77/388/EWG berufen, denn die von der Klägerin

an die Fondsgesellschaften und an den Teilfonds K erbrachten Leistungen seien eine Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften im Sinne dieser Vorschrift.

- 15** Hiergegen wendet sich das FA mit der Revision, mit der es Verletzung materiellen Rechts geltend macht. Die Voraussetzungen von § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG seien nicht erfüllt. Eine Steuerbefreiung unmittelbar nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG scheitere an der hierfür erforderlichen staatlichen Aufsicht.
- 16** Das FA beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 17** Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.
- 18** Das FG habe zu Recht entschieden, dass die streitbefangenen Umsätze nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG umsatzsteuerbefreit seien. Die von ihr, der Klägerin, verwalteten GbR seien OGAW im Sinne der OGAW-Richtlinie (Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für Anlagen in Wertpapieren). Die GbR unterlägen auch der erforderlichen staatlichen Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sowie der staatlichen Aufsicht in Luxemburg. Eine Kontrolle aufgrund des Investmentgesetzes sei keine Voraussetzung für die Steuerbefreiung nach Unionsrecht.

## Entscheidungsgründe

II.

- 19** Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 20** Das FG hat zu Unrecht entschieden, dass die von der Klägerin ausgeführten Umsätze vom Begriff der "Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften" und damit von der Steuerbefreiung des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG umfasst werden.
- 21** 1. Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG ermächtigt die Mitgliedstaaten, den Begriff "Sondervermögen" zu definieren (vgl. Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union --EuGH-- *Fiscale Eenheid X* vom 09.12.2015 - C-595/13, EU:C:2015:801, Rz 31; *Wheels Common Investment Fund Trustees u.a.* vom 07.03.2013 - C-424/11, EU:C:2013:144, Rz 16; *ATP PensionService* vom 13.03.2014 - C-464/12, EU:C:2014:139, Rz 40).
- 22** Nach nationalem Recht, auf das Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG verweist, sind die Verwaltungsleistungen der Klägerin --wovon die Beteiligten zu Recht übereinstimmend ausgehen-- nicht von der Umsatzsteuer befreit, weil die Voraussetzungen von § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG nicht erfüllt sind. Die Klägerin selbst ist weder eine Kapitalanlagegesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung von Sondervermögen nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) in der für die Streitjahre 1998 bis 2003 gültigen Fassung ist, noch eine Kapitalanlagegesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung von Sondervermögen nach dem Investmentgesetz (InvG) in der für das Streitjahr 2004 gültigen Fassung ist, weil ihr Unternehmensgegenstand nicht die Bildung eines Sondervermögens im Sinne des KAGG bzw. InvG umfasst.
- 23** Dass die Klägerin das Vermögen der fünf GbR und des Teilfonds K verwaltet, führt zu keinem anderen Ergebnis, weil diese als GbR nicht die qualifizierten Anforderungen erfüllen, die § 1 Abs. 3 Satz 1 KAGG und § 6 Abs. 1 Satz 2 InvG an die gesellschaftsrechtliche Rechtsform einer Kapitalanlagegesellschaft bzw. Investmentgesellschaft (Rechtsform der AG oder der GmbH) stellen.
- 24** 2. Der Begriff des "Sondervermögens" i.S. von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG wird neben dem nationalen Recht zugleich durch das Unionsrecht bestimmt (EuGH-Urteil *Fiscale Eenheid X*, EU:C:2015:801, Rz 46). Denn die den Mitgliedstaaten übertragene Definitionsbefugnis ist durch den Grundsatz der steuerlichen Neutralität und das Verbot, der vom Unionsgesetzgeber verwendeten Formulierung der Befreiungsvorschrift zuwiderzuhandeln, begrenzt (EuGH-Urteil *Fiscale Eenheid X*, EU:C:2015:801, Rz 32, 33). Zudem wurde die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten durch die Koordinierung der Rechtsvorschriften im Bereich der Investitionsaufsicht auf Unionsebene überlagert.

- 25** Sondervermögen i.S. des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG sind deshalb jedenfalls Fonds, die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren im Sinne der OGAW-Richtlinie, mit Wirkung ab 23.02.2002 geändert durch die Richtlinie 2001/108/EG, darstellen (EuGH-Urteil *Fiscale Eenheid X*, EU:C:2015:801, Rz 36, m.w.N.).
- 26** Darüber hinaus sind als Sondervermögen i.S. des Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG auch Fonds anzusehen, die zwar keine OGAW im Sinne der OGAW-Richtlinie darstellen, jedoch gleiche Merkmale wie diese aufweisen und vergleichbare Umsätze tätigen oder diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen (EuGH-Urteil *Fiscale Eenheid X*, EU:C:2015:801, Rz 37, m.w.N.).
- 27** 3. Weder die Klägerin noch die GbR sind nach diesen Grundsätzen OGAW oder OGAW-ähnliche Fonds.
- 28** a) Die Klägerin selbst ist schon deshalb kein OGAW, weil ihr ausschließlicher Zweck nicht, wie Art. 1 Abs. 2 der OGAW-Richtlinie voraussetzt, darauf gerichtet ist, beim Publikum beschaffte Gelder für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung in Wertpapieren anzulegen und deren Anteile auf Verlangen der Anteilsinhaber unmittelbar oder mittelbar zu Lasten des Vermögens dieser Organismen zurückgenommen oder ausgezahlt werden. Nach den Feststellungen des FG ist Unternehmensgegenstand der Klägerin vielmehr "u.a. die Verwaltung eigenen und fremden Vermögens".
- 29** b) Allerdings können auch Leistungen bei der administrativen und buchhalterischen Verwaltung der Vermögen durch einen außenstehenden Verwalter als Verwaltung von Sondervermögen steuerfrei sein, wenn sie ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes bilden und für die Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften spezifisch und wesentlich sind (EuGH-Urteile *Abbey National* vom 04.05.2006 - C-169/04, EU:C:2006:289, Rz 72, und *GfBk* vom 07.03.2013 - C-275/11, EU:C:2013:141, Rz 21; Urteil des Bundesfinanzhofs vom 11.10.2007 - V R 22/04, BFHE 219, 257, BStBl II 2008, 993). Das würde aber voraussetzen, dass die fünf GbR als OGAW anzusehen sind.
- 30** Das ist nicht der Fall, weil die fünf GbR für die Ausübung ihrer Tätigkeit weder einer Zulassung bedürft haben (Art. 4 Abs. 1 der OGAW-Richtlinie) noch die zuständigen Stellen der Verwaltungsgesellschaft die Zulassung erteilt, die Vertragsbedingungen genehmigt oder der Wahl der Verwahrstelle zugestimmt haben (Art. 4 Abs. 2 der OGAW-Richtlinie). Die Aufsicht über den Wertpapierhandel durch die BaFin vollzieht sich seit 01.05.2002 nach §§ 6 ff. des Gesetzes über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz --WpHG--). Zuvor kam diese Aufgabe dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe) zu. In §§ 6 ff. WpHG ist weder eine Zulassung der Verwaltungsgesellschaft noch eine Genehmigung von Vertragsbedingungen noch die Zustimmung zur Wahl der Verwahrstelle vorgesehen.
- 31** Darüber hinaus scheidet die Annahme von OGAW aus, weil nach den den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen des FG die Gesellschafter ihr gemeinsames Konto und Depot beim Brokerhaus B in den USA unterhalten haben. Gemäß Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 der OGAW-Richtlinie ist die Verwahrung des Vermögens des Investmentfonds aber einer Verwahrstelle zu übertragen, die entweder ihren satzungsgemäßen Sitz in dem Mitgliedstaat haben muss, in dem die Verwaltungsgesellschaft ihren satzungsgemäßen Sitz hat, oder in ihm niedergelassen sein, wenn sie ihren satzungsgemäßen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Das trifft auf das US-amerikanische Brokerhaus B nicht zu.
- 32** c) Die Klägerin und die fünf GbR sind auch keine OGAW-ähnlichen Fonds. Das würde voraussetzen, dass sie gleiche Merkmale aufweisen wie diese und vergleichbare Umsätze tätigen oder diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen (EuGH-Urteil *Fiscale Eenheid X*, EU:C:2015:801, Rz 37, m.w.N.). Das setzt aber zumindest voraus, dass das nationale Recht eine besondere staatliche Aufsicht für ein solches Vermögen vorsieht (EuGH-Urteil *Fiscale Eenheid X*, EU:C:2015:801, Rz 40, 42, 48 f., 64). Die GbR unterliegen zwar der allgemeinen Aufsicht durch das BAWe (bis 30.04.2002) bzw. das BaFin (ab 01.05.2002). Das reicht für die besondere Aufsicht i.S. des EuGH-Urteils *Fiscale Eenheid X* (EU:C:2015:801) aber nicht aus.
- 33** Den Erwägungsgründen 1 und 2 der OGAW-Richtlinie ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass der Unionsgesetzgeber wegen der Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die die Organismen für gemeinsame Anlagen regeln, insbesondere hinsichtlich der Pflichten, die diesen Organismen auferlegt, sowie der Kontrollen, denen sie unterworfen werden, diese Rechtsvorschriften koordinieren wollte, um die Wettbewerbsbedingungen zwischen diesen Organismen auf Unionsebene anzugleichen und einen wirksameren und einheitlicheren Schutz der Anteilsinhaber sicherzustellen sowie den in einem Mitgliedstaat ansässigen

Organismen für gemeinsame Anlagen den Vertrieb ihrer Anteile im Gebiet der anderen Mitgliedstaaten zu erleichtern (EuGH-Urteil Fiscale Eenheid X, EU:C:2015:801, Rz 43).

- 34** Die OGAW-Richtlinie hat deshalb für die in den Mitgliedstaaten niedergelassenen Organismen für gemeinsame Anlagen gemeinsame Mindestregelungen für die Zulassung, Struktur, Geschäftstätigkeit sowie hinsichtlich der zu veröffentlichenden Informationen festgelegt (EuGH-Urteil Fiscale Eenheid X, EU:C:2015:801, Rz 44). Diese Mindeststandards, insbesondere auch hinsichtlich der Zulassung und der Verwahrstelle, muss eine besondere staatliche Aufsicht erfüllen, damit ein Anlageorganismus als einem OGAW ähnlich beurteilt werden kann. Hieran fehlt es.
- 35** 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)