

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

PEDRO CRUZ VILLALÓN

vom 12. Dezember 2013(1)

**Rechtssache C-464/12**

**ATP Pension Service A/S**

**gegen**

**Skatteministeriet**

(Vorabentscheidungsersuchen des Østre Landsret [Dänemark])

„Mehrwertsteuer – Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG des Rates – Befreiung der Verwaltung von Sondervermögen – Begriff ‚durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen‘ – Betriebliche Altersvorsorge – Beitragsorientierte Altersvorsorge“

1. Der Gerichtshof hat sich wiederholt mit der Mehrwertsteuerbefreiung der Verwaltung von Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie(2) befasst(3). Im vorliegenden Fall hat der Gerichtshof die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Begriff „Sondervermögen“, und zwar im Zusammenhang mit Berufsrentenkassen, zu vertiefen. Es stellt sich hier zudem die Frage, was unter „Verwaltung“ von Sondervermögen zu verstehen ist, und es geht auch um die Auslegung der in Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie festgelegten Steuerbefreiung der Umsätze im Einlagengeschäft und Kontokorrentverkehr sowie im Zahlungs- und Überweisungsverkehr.

2. Die Fragen werden in einem Rechtsstreit zwischen der ATP Pension Service A/S (im Folgenden: ATP) und dem Skatteministerium (dänisches Steuerministerium) betreffend die mehrwertsteuerliche Behandlung der Dienstleistungen von ATP aufgeworfen. ATP erbringt Leistungen für Berufsrentenkassen.

## I – **Rechtlicher Rahmen**

### A – *Unionsrecht*

3. Nach Art. 2 der Sechsten Richtlinie unterliegen der Mehrwertsteuer Lieferungen von Dienstleistungen, die ein Steuerpflichtiger als solcher im Inland gegen Entgelt ausführt.

4. Art. 13 der Sechsten Richtlinie enthält einige Mehrwertsteuerbefreiungen. Zwei davon sind in dieser Rechtssache einschlägig, nämlich Art. 13 Teil B Buchst. d Nrn. 3 und 6. Dort heißt es:

„Unbeschadet sonstiger Gemeinschaftsvorschriften befreien die Mitgliedstaaten unter den Bedingungen, die sie zur Gewährleistung einer korrekten und einfachen Anwendung der

nachstehenden Befreiungen sowie zur Verhütung von Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und etwaigen Missbräuchen festsetzen, von der Steuer:

(d) die folgenden Umsätze: ...

3. Umsätze, einschließlich der Vermittlung, im Einlagengeschäft und Kontokorrentverkehr, im Zahlungs- und Überweisungsverkehr, im Geschäft mit Forderungen, Schecks und anderen Handelspapieren, mit Ausnahme der Einbeziehung von Forderungen,

...

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

5. Aufgrund des zeitlichen Rahmens des Sachverhalts ist die Sechste Richtlinie anwendbar. Dennoch ist erwähnenswert, dass die zitierten Bestimmungen hier ohne Änderungen, die für das vorliegende Verfahren von Bedeutung wären, in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c und Art. 135 Abs. 1 Buchst. d und g der Richtlinie 2006/112/EG des Rates(4) übernommen worden sind.

## B – *Nationales Recht*

6. Die genannten unionsrechtlichen Vorschriften wurden durch § 13 Abs. 1 Nr. 11 Buchst. c und f des Momslov (dänisches Mehrwertsteuergesetz) umgesetzt. Die einschlägige Rechtsvorschrift lautet:

„Folgende Waren und Leistungen sind von der Steuer befreit:

...

11. Folgende finanzielle Aktivitäten:

...

c) Umsätze, einschließlich der Vermittlung, im Einlagengeschäft und Kontokorrentverkehr, im Zahlungs- und Überweisungsverkehr, im Geschäft mit Forderungen, Schecks und anderen Handelspapieren, mit Ausnahme der Einbeziehung von Forderungen,

...

f) Verwaltung von Investmentfonds.“

7. Wie das vorliegende Gericht anmerkt, werden einige dieser Begriffe in den Juridiske Vejledning (Juristischer Leitfaden) definiert(5).

## II – **Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

8. ATP erbringt Dienstleistungen für Rentenkassen. Ihr wichtigster Kunde, Pension Danmark, ist eine Berufsrentenkasse, die die in Tarif- und Betriebsvereinbarungen vorgesehene Altersvorsorge verwaltet.

9. Die betriebliche Altersvorsorge ist ein wichtiges Element des dänischen Pensionssystems. Dieses System ruht auf drei Säulen: einem steuerfinanzierten öffentlichen Rentensystem, der betrieblichen Altersvorsorge und der individuellen Altersvorsorge(6).

10. Die dänischen Berufsrentensysteme, um die es in diesem Fall aufgrund der Tätigkeit der

ATP geht, sind im Allgemeinen „beitragsorientierte“ Pläne, die in einem beruflichen Rahmen angeboten werden. Die Arbeitgeber zahlen für jeden Arbeitnehmer(7) einen vereinbarten Rentenbeitrag an die Einrichtung, die die Altersvorsorge anbietet (normalerweise eine Rentenkasse), wobei die Arbeitnehmer freiwillig weitere Einzahlungen vornehmen können(8). Die Beiträge, die an solche Fonds gezahlt werden, sind nach dänischem Einkommensteuerrecht innerhalb bestimmter Grenzen absetzbar. Der Betrag der ausbezahlten Rente hängt davon ab, wie viel in den Fonds einbezahlt wurde und wie erfolgreich die Investitionstätigkeit der Rentenkasse (nach Abzug der Kosten) war. Normalerweise erfolgt die Auszahlung in Form einer Kombination von drei (steuerpflichtigen) Leistungen, sobald der Begünstigte einen Anspruch hat: einer lebenslangen Leibrente, einer laufenden, eine bestimmte Zeit lang in Raten ausgezahlten Rente und einer Einmalzahlung. Die Details der betrieblichen Altersvorsorge werden zwischen den Arbeitgeberorganisationen und den Gewerkschaften, die die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten, tarifvertraglich festgelegt(9).

11. ATP hat mit der Anlage der Rentenmittel nichts zu tun (darum kümmern sich die Rentenkassen selbst), erbringt aber drei Arten von Dienstleistungen für die Rentenkassen. Erstens trägt ATP zur Systemunterhaltung und Entwicklung bei, indem sie die Plattform, auf der die Dienstleistungen von ATP erbracht werden, wartet und entwickelt. Zweitens nimmt ATP auch administrative Aufgaben wahr, z. B. die Information und Beratung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern über die Altersvorsorge. Drittens erbringt ATP Dienstleistungen betreffend Rentenein- und ?auszahlungen.

12. Vereinfacht ausgedrückt können die zuletzt genannten Dienstleistungen wie folgt beschrieben werden. Der Arbeitgeber zahlt regelmäßig die Gesamtbeitragssumme, die er für alle seine Arbeitnehmer im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung schuldet, auf das Bankkonto der Rentenkasse ein. ATP errichtet auf der Grundlage der Informationen des Arbeitgebers individuelle Konten(10) für die einzelnen Rentenversicherungsnehmer. Sie teilt den Gesamtbetrag, den der Arbeitgeber einzahlt, aufgrund der Bestimmungen des Tarifvertrags oder der Betriebsvereinbarung auf diese Konten auf. Der Rentenversicherungsnehmer hat über das Internet Zugang zu dem Konto, das von ATP regelmäßig aktualisiert wird. Wenn Zahlungen fällig werden, initiiert ATP die Abhebung von Beträgen durch die Anweisung an ein Geldinstitut zur Auszahlung dieser Beträge an den Rentenversicherungsnehmer.

13. Bis zum 30. Juni 2002 stellte ATP für die erbrachten Dienstleistungen die Mehrwertsteuer in Rechnung. Aufgrund des Urteils SDC(11) gelangte ATP jedoch zu dem Schluss, dass die Dienstleistungen betreffend Rentenein- und ?auszahlungen nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie von der Mehrwertsteuer befreit seien. Sie teilte der SKAT (dänische Steuerbehörde) ihre Ansicht am 26. Juni 2002 mit. Die SKAT entschied, dass die Dienstleistungen von ATP im Zusammenhang mit Rentenauszahlungen tatsächlich von der Mehrwertsteuer befreit seien, verneinte jedoch eine Anwendung der Steuerbefreiung auf die meisten Dienstleistungen, die die Einzahlungen betrafen, nämlich die Registrierung von Arbeitgebern, die Rentenbeiträge einzuzahlen haben, die Errichtung von individuellen Konten, die Zurverfügungstellung von Vorrichtungen zur Verwendung bei Einzahlungen der Arbeitgeber, durch die die Einzahlung des gesamten Rentenbeitrags auf das Konto der Rentenkasse mittels eines Online-Verfahrens oder einer Einzahlungskarte erfolgen kann, die Entgegennahme und Registrierung der Meldungen der Arbeitgeber über die Zuordnung des Gesamtbetrags auf die einzelnen Arbeitnehmer, die Gutschrift der Beiträge auf individuellen Konten und die Aktualisierung der Konten, die Registrierung fehlender Einzahlungen, die Mitteilung an die Rentenversicherungsnehmer über eingezahlte Beiträge und den Versand von Kontoauszügen. Diese Entscheidung wurde von der obersten Behörde der dänischen Steuerverwaltung, dem Landsskatteret (Landessteuergericht), mit Beschluss vom 13. Mai 2009 bestätigt.

14. ATP focht diese Entscheidung beim Ret i Hillerød (Gericht Hillerød) an, das den Fall als Rechtssache von grundsätzlicher Bedeutung an das Østre Landsret (Regionalgericht Ost) verwies. ATP trägt vor, dass die als mehrwertsteuerpflichtig angesehenen Dienstleistungen von der Mehrwertsteuer befreit seien, da sie als „Verwaltung von Investmentfonds“ nach § 13 Abs. 1 Nr. 11 Buchst. f des Momslov, wodurch Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie umgesetzt worden sei, und/oder als „Umsatz im Einlagengeschäft und Kontokorrentverkehr, im Zahlungs- und Überweisungsverkehr“ nach § 13 Abs. 1 Nr. 11 Buchst. c des Momslov, wodurch Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie umgesetzt worden sei, anzusehen seien. Das Steuerministerium bestreitet, dass die Dienstleistungen von ATP von der Mehrwertsteuer befreit seien.

### III – Vorlagefragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

15. Nach Anhörung der Parteien und Beratungen hat das Østre Landsret mit Beschluss vom 8. Oktober 2012 entschieden, dem Gerichtshof der Europäischen Union die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen:

1. Ist Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 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 dahin auszulegen, dass der Begriff „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen“ Rentenkassen wie die im Ausgangsverfahren beschriebenen mit den nachfolgend genannten Merkmalen umfasst, wenn der Mitgliedstaat die in Abschnitt 2 des Vorlagebeschlusses angegebenen Institute als Sondervermögen anerkennt:

- a) Der Ertrag für den Arbeitnehmer (Rentenversicherungsnehmer) hängt vom Ertrag der Investitionen der Rentenkasse ab,
- b) der Arbeitgeber nimmt keine ergänzende Einzahlung vor, um dem Rentenversicherungsnehmer einen bestimmten Ertrag zu sichern,
- c) die Rentenkasse investiert die angesparten Mittel kollektiv nach dem Grundsatz der Risikostreuung,
- d) der ganz überwiegende Teil der Einzahlungen an die Rentenkasse beruht auf kollektiven Vereinbarungen zwischen den Organisationen der Sozialpartner, die die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vertreten, und nicht auf der Entscheidung des einzelnen Arbeitnehmers,
- e) der einzelne Arbeitnehmer kann individuell entscheiden, weitere Einzahlungen an die Rentenkasse vorzunehmen,
- f) selbständige Gewerbetreibende, Arbeitgeber und Geschäftsführer können sich dafür entscheiden, Rentenbeiträge an die Rentenkasse einzuzahlen,
- g) ein im Voraus festgelegter Teil der kollektiv vereinbarten Ersparnisse für die Altersversorgung wird für eine lebenslange Leibrente verwendet,
- h) die Rentenversicherungsnehmer tragen die Kosten der Rentenkasse,
- i) Einzahlungen an die Rentenkasse sind innerhalb bestimmter betragsmäßiger Grenzen nach dem nationalen Einkommensteuerrecht abzugsberechtigt,
- j) Einzahlungen in eine individuelle Rentenversicherung einschließlich einer durch ein

Geldinstitut angebotenen Rentenversicherung, bei der die Mittel bei einem Sondervermögen angelegt werden können, sind nach dem nationalen Einkommensteuerrecht in gleichem Umfang abzugsberechtigt wie unter Buchstabe i),

k) die Abzugsberechtigung für Einzahlungen nach Buchstabe i) entspricht der Besteuerung von Auszahlungen, und

l) die gebildeten Ersparnisse werden grundsätzlich nach dem Renteneintritt ausgezahlt?

2. Ist, wenn die erste Frage bejaht wird, Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass der Begriff „Verwaltung“ eine Dienstleistungserbringung wie die im Ausgangsverfahren beschriebene (Abschnitt 1.2 des Vorlagebeschlusses) umfasst?

3. Ist eine Dienstleistungserbringung im Zusammenhang mit Rentenzahlungen wie die im Ausgangsverfahren beschriebene (Abschnitt 1.2 des Vorlagebeschlusses) nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie als eine einzige Dienstleistung oder als mehrere getrennte Dienstleistungen anzusehen, die getrennt zu prüfen sind?

4. Ist Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass die in der Bestimmung vorgesehene Mehrwertsteuerbefreiung für Umsätze im Zahlungs- oder Überweisungsverkehr eine Dienstleistungserbringung im Zusammenhang mit Rentenzahlungen wie die im Ausgangsverfahren beschriebene (Abschnitt 1.2 des Vorlagebeschlusses) umfasst?

5. Ist, wenn die vierte Frage verneint wird, Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen, dass die in der Bestimmung vorgesehene Mehrwertsteuerbefreiung für Umsätze im Einlagengeschäft oder Kontokorrentverkehr eine Dienstleistungserbringung im Zusammenhang mit Rentenzahlungen wie die im Ausgangsverfahren beschriebene (Abschnitt 1.2 des Vorlagebeschlusses) umfasst?

16. ATP, das Königreich Dänemark und die Kommission haben schriftliche Erklärungen vorgelegt.

17. Diese drei Parteien sowie das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland haben am 2. Oktober 2013 mündlich verhandelt.

#### **IV – Würdigung**

##### *A – Vorüberlegungen*

18. Die Fragen des vorlegenden Gerichts betreffen drei verschiedene Problemfelder: die Bedeutung des Begriffs „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen“ im Zusammenhang mit der betrieblichen Altersvorsorge (erste Frage), den Begriff der „Verwaltung“ solcher Vermögen (zweite Frage) und die Anwendbarkeit von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 3 der Sechsten Richtlinie auf Dienstleistungen wie jene, die von ATP erbracht werden (dritte bis fünfte Frage).

19. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu allen drei Problemfeldern ist bereits ziemlich umfangreich<sup>(12)</sup>. Angesichts dieser Rechtsprechung gehe ich davon aus, dass der Gerichtshof über genügend Bausteine für eine Entscheidung über das zweite und dritte Problemfeld verfügt. Ich werde mich daher bei meiner Analyse auf das erste Problemfeld konzentrieren, nämlich auf die Bedeutung des Begriffs „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen“ und hier auf die Frage, ob (und wann) eine Berufsrentenkasse wie jene, für die ATP Dienstleistungen erbringt, als Sondervermögen zu betrachten ist. Diese Frage wurde jüngst bereits zweimal aufgeworfen, und zwar in den Rechtssachen *Wheels* und *PPG Holdings*<sup>(13)</sup>, aber diese Fälle

unterscheiden sich erheblich von dem, um den es hier geht.

20. Die Frage betrifft den hochkomplexen und umstrittenen Bereich der mehrwertsteuerlichen Behandlung von Finanzdienstleistungen (einschließlich Dienstleistungen im Bereich der Vorsorge). Diese Dienstleistungen haben mittlerweile ein sehr hohes Diversifikationsniveau erreicht(14), dem die derzeit gültige Mehrwertsteuerrichtlinie, vor allem in Bezug auf Befreiungen von Finanzdienstleistungen, nicht gerecht wird. Die Folge ist, dass die Personen, die auf diesem Gebiet arbeiten, keine Rechtssicherheit haben und dass die jeweiligen Befreiungen von den Mitgliedstaaten uneinheitlich gehandhabt werden(15).

21. Die Kommission hat sowohl eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2006/112 hinsichtlich der Behandlung von Versicherungs- und Finanzdienstleistungen(16) als auch eine Verordnung zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen hinsichtlich der Behandlung von Versicherungs- und Finanzdienstleistungen(17) mit Definitionen der steuerbefreiten Dienstleistungen vorgeschlagen. Für beide fanden umfangreiche Vorarbeiten(18) statt, in deren Rahmen auch die Rentenkassen und deren mehrwertsteuerliche Behandlung diskutiert wurden(19). Es wurde jedoch keine Einigung über eine Reform erzielt(20). Gemäß den Ausführungen der Kommission in der Verhandlung ist auch für die nahe Zukunft keine solche Einigung in Sicht. In welchem Stadium auch immer sich die Reformbemühungen befinden mögen, der Gerichtshof hat jedenfalls aufgrund der Rechtsvorschriften zu entscheiden, die zum maßgeblichen Zeitpunkt in Kraft waren.

22. Ich möchte meine Analyse mit einem Überblick über die Argumente der Beteiligten beginnen. Sodann werde ich darauf eingehen, wie der Begriff „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen“ bisher in der Rechtsprechung ausgelegt worden ist. Schließlich werde ich die Auswirkungen der Rechtsprechung auf die Berufsrentenkassen analysieren.

#### *B – Vor dem Gerichtshof abgegebene Erklärungen*

23. Dänemark ist der Ansicht, dass es in der Verantwortung der Mitgliedstaaten liege, den Begriff „Sondervermögen“ in Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie zu definieren und Rentenkassen mit den vom vorliegenden Gericht beschriebenen Eigenschaften aus dieser Definition auszuschließen.

24. Nach Ansicht Dänemarks haben die Mitgliedstaaten Anlegern die Investitionen in Sondervermögen zu erleichtern und dabei gleichzeitig den Grundsatz der Steuerneutralität einzuhalten, was die Mehrwertsteuer betrifft, die Kapitalanlagegesellschaften auferlegt wird, die mit Ersteren im Wettbewerb stehen. Die Fonds, um die es in diesem Fall geht, unterscheiden sich hinreichend von Sondervermögen, um eine unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen: Die Beiträge würden vom Arbeitgeber eingezahlt, das Ziel sei eine Rente und kein Sparguthaben, und es würden auch Versicherungsleistungen angeboten, z. B. eine Lebensversicherung und eine Berufsunfähigkeitsversicherung(21), im Fall des Todes des Begünstigten fielen die Beiträge nicht (oder nicht in vollem Umfang) an dessen Erben, und die Beiträge seien generell von der Einkommensteuer befreit. Der Arbeitgeber, der die Beiträge einzahle, investiere nicht, sondern er leiste die Zahlungen, weil er dazu aufgrund der kollektiven Vereinbarung über die Altersversorgung verpflichtet sei.

25. ATP ist der Ansicht, dass Rentenkassen wie jene, die das vorliegende Gericht beschreibt, von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie erfasst und daher von der Mehrwertsteuer befreit seien. ATP trägt vor, dass die Mitgliedstaaten bei der Definition von „Sondervermögen“, obwohl sie dabei einen gewissen Ermessensspielraum hätten, die Ziele der Steuerbefreiung und den Grundsatz der Steuerneutralität zu beachten hätten. Das Ziel der in Frage stehenden Mehrwertsteuerbefreiung liege darin, es Personen zu ermöglichen, ihre

Sparbeiträge gemeinsam zu investieren, wodurch das Risiko verteilt werde, ohne dass dadurch eine Mehrwertsteuerbelastung entstehe. Diese Ziele würden auch mit der hier in Rede stehenden Altersversorgung verfolgt. Dass mit der Altersversorgung bezweckt werde, Renten zu finanzieren, rechtfertige für sich genommen keine unterschiedliche Behandlung.

26. ATP ist auch der Ansicht, dass diese Position durch den Neutralitätsgrundsatz unterstützt werde, da andere Kapitalanlagegesellschaften mit den Pensionsfonds in Wettbewerb stünden. Würden die von den laufenden Einkünften des Arbeitnehmers bezahlten Beiträge nicht in den Fonds einbezahlt, müsste der Arbeitnehmer das Geld anderweitig ansparen. Besonders deutlich werde das Wettbewerbsverhältnis im Hinblick auf die ergänzenden Beiträge oder die Beiträge von Einzelpersonen, die ursprünglich nicht von der betrieblichen Altersversorgung erfasst seien. Die Tatsache, dass ein Teil des Ertrags einer Rentenkasse als Leibrente<sup>(22)</sup> ausbezahlt werde, sei irrelevant, weil eine Leibrente ganz einfach mit einer Einmalzahlung erworben werden könne. Ebenso sei irrelevant, dass die Beiträge an Rentenkassen steuerlich absetzbar seien und dass die Rentenkassen für gewöhnlich ein Versicherungselement aufwiesen. Irrelevant sei schließlich auch, dass die Berufsrentenkassen aufgrund von kollektiven Vereinbarungen errichtet würden, da die wichtigen Entscheidungen von den Arbeitnehmern, vertreten durch die Gewerkschaften, getroffen würden.

27. In der Verhandlung wies ATP darauf hin, dass die Rentenkassen, um die es in dieser Rechtssache gehe, sich erheblich von jenen unterscheiden, die Gegenstand der Rechtssachen *Wheels* und *PPG Holdings* gewesen seien. Dort sei es um leistungsorientierte Modelle gegangen, bei denen der Arbeitgeber durch die Zahlung der Rentenbeiträge eine rechtliche Verpflichtung erfüllt habe. Nur die Arbeitnehmer hätten sich an der Regelung beteiligen können. Im Gegensatz dazu gehe es im vorliegenden Fall um ein beitragsorientiertes Modell, bei dem die Begünstigten und Investoren das Risiko trügen. Der Arbeitgeber müsse nur den Beitrag abführen. Eine breitere Öffentlichkeit, nämlich jeder, der Verbindungen zum Arbeitsmarkt habe, könne diese Altersversorgung in Anspruch nehmen.

28. Das Vereinigte Königreich brachte in der Verhandlung vor, dass beitragsorientierte Rentenkassen wie jene, die vom vorlegenden Gericht beschrieben würden, mit Sondervermögen nicht so weit vergleichbar seien, dass sie damit im Wettbewerb stünden, und dass diese Kassen daher aus fünf Gründen nicht von der Mehrwertsteuerbefreiung profitieren könnten: Berufsrentenkassen könnten nicht beliebig verkauft werden, verliehen erst Rechte auf die investierten Gelder, wenn der Begünstigte das Pensionsalter erreiche, und gingen im Todesfall verloren, würden durch eine kollektive Vereinbarung errichtet und erhielten Einzahlungen vom Arbeitgeber, anstatt Investitionen des Arbeitnehmers darzustellen, seien nur für Arbeitnehmer verfügbar und nicht für die breite Öffentlichkeit und würden schließlich nicht unter die Regelung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates (im Folgenden: OGAW-Richtlinie) fallen<sup>(23)</sup>.

29. Nach Ansicht der Kommission fallen die verfahrensgegenständlichen Rentenkassen unter den Begriff „Sondervermögen“. Sie unterscheidet zwischen beitragsorientierten und leistungsorientierten Systemen und meint, dass in Bezug auf Erstere die Arbeitnehmer aus ihren Investitionen einen Nutzen zögen und daher in einer ähnlichen Lage seien wie Kleinanleger in Bezug auf Sondervermögen<sup>(24)</sup>.

*C – Rechtsprechung im Hinblick auf „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen [Kapitalanlagegesellschaften]“*

30. Die Rechtsprechung betreffend Art. 13 der Sechsten Richtlinie enthält sowohl relevante allgemeine Aussagen über die Auslegung von Befreiungen als auch wichtige Überlegungen zur Auslegung des Begriffs „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen [Kapitalanlagegesellschaften]“. Ich werde mich beidem der Reihe nach widmen und dann bei der

Analyse von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie meine eigenen Überlegungen im Zusammenhang mit dem Ansatz des Gerichtshofs einfließen lassen.

## 1. Allgemeine Überlegungen zur Auslegung von Mehrwertsteuerbefreiungen

31. Bei der Auslegung der in Art. 13 der Sechsten Richtlinie enthaltenen Befreiungen hat der Gerichtshof konsequent die Auffassung vertreten, dass diese Befreiungen grundsätzlich ihre eigene autonome Bedeutung im Unionsrecht hätten, „um eine von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Anwendung des Mehrwertsteuersystems zu verhindern“(25). Dies gelte jedoch nicht in Bezug auf Begriffe, mit deren Definition das Unionsrecht die Mitgliedstaaten explizit betraue(26). In diesem Fall sei es Sache der Mitgliedstaaten, die fraglichen Begriffe in ihrem innerstaatlichen Recht zu definieren(27). Bei der Definition dieser Begriffe dürften sie jedoch „die mit der Sechsten Richtlinie verfolgten Ziele oder die ihr zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der steuerlichen Neutralität, nicht beeinträchtigen“(28).

32. Zudem ist es ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass die in Art. 13 der Sechsten Richtlinie enthaltenen Befreiungen eng auszulegen seien, da grundsätzlich jede Dienstleistung, die ein Steuerpflichtiger gegen Entgelt erbringe, der Mehrwertsteuer unterliege(29).

## 2. Begriff „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen [Kapitalanlagegesellschaften]“

33. Wie aus dem Wortlaut hervorgeht, überlässt die Europäische Union die Definition der „Sondervermögen“ den Mitgliedstaaten. Ich möchte zuerst die Bedeutung dieses Ermessens diskutieren und dann die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Hinblick auf drei Einschränkungen des Ermessens, nämlich den Wortlaut der Vorschrift und der OGAW-Richtlinie, das Ziel der Befreiung und den Grundsatz der Steuerneutralität, zusammenfassen.

### a) Ermessen der Mitgliedstaaten

34. Wie ich bereits erwähnt habe, stößt der Grundsatz, dass die Begriffe der Befreiungen nach Art. 13 der Sechsten Richtlinie autonom auszulegen sind, an seine Grenzen, wenn die Definition ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen wird. Der Gerichtshof hat entschieden, dass dies im Hinblick auf den Begriff „Sondervermögen“ der Fall sei(30). Es kann den Staaten jedoch kaum freistehen, alles Mögliche als „Sondervermögen“ zu definieren. Ein solch uneingeschränktes Ermessen würde das Risiko des Missbrauchs in sich tragen, die verschiedenen Befreiungen durcheinander bringen und dem Grundsatz zuwiderlaufen, dass die Befreiungen grundsätzlich eng zu verstehen sind. Daher muss der Begriff „Sondervermögen“ ungeachtet dessen, dass nach dem Wortlaut der Befreiung seine Definition den Mitgliedstaaten überlassen wird, eine gewisse unionsrechtliche Bedeutung haben.

35. Dieses Spannungsverhältnis, das dadurch entsteht, dass das Unionsrecht die Definition eines Begriffs den Mitgliedstaaten überlässt und dennoch Grenzen festlegen muss, innerhalb deren sich die Definition bewegen darf(31), spiegelt sich in folgender Aussage des Gerichtshofs wider: „... [D]ie Aufgabe der materiellen Definition des Begriffs ‚Sondervermögen‘ [ermächtigt] die Mitgliedstaaten keineswegs ..., bestimmte in ihrem Hoheitsgebiet angesiedelte Fonds zwecks einer Befreiung auszuwählen und andere Fonds von dieser Befreiung auszuschließen. ... [B]ei dem den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessen [ist] vom Begriff Sondervermögen auszugehen.“(32) Was der Gerichtshof damit sagen wollte, ist, dass das Unionsrecht logischerweise sowohl einen inneren als auch einen äußeren Rahmen für den Begriff „Sondervermögen“ festlegen muss, innerhalb dessen es den Mitgliedstaaten freisteht, ihre Definition des Begriffs zu wählen. Daher ist das Ermessen der Mitgliedstaaten, den Inhalt des Begriffs festzulegen, beschränkt. Diese Grenzen leitet der Gerichtshof aus dem Wortlaut (und

späteren legislativen Entwicklungen) der Vorschrift, deren Zweck und den allgemeinen Grundsätzen ab, auf denen die Richtlinie beruht, wie beispielsweise dem Grundsatz der Steuerneutralität(33).

36. In der Praxis haben diese Grenzen die Definitionsmacht der Mitgliedstaaten signifikant eingeschränkt. Diese Entwicklung könnte man kritisieren, aber die Rechtssicherheit, die entscheidend ist, wenn es um die mehrwertsteuerliche Behandlung von Finanzprodukten geht, erfordert es, die Kontinuität der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu wahren.

#### b) Wortlaut der Vorschrift und OGAW-Richtlinie

37. Der Wortlaut von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie ist eine relativ geringe Hilfe, wenn es darum geht, den Inhalt des Begriffs „Sondervermögen“ zu bestimmen, vor allem, wenn man die verschiedenen Termini in den verschiedenen Sprachfassungen berücksichtigt. So wird in der englischen Version der Sechsten Richtlinie von „special investment funds“ gesprochen, während es in der französischen „fonds communs de placement“, in der spanischen „fondos comunes de inversión“(34), in der deutschen „Sondervermögen“ und in der niederländischen Fassung „gemeenschappelijke beleggingsfondsen“ heißt.

38. Durch spätere Entwicklungen wurde dieser Begriff jedoch konkretisiert. Im Jahr 1985 trat die OGAW-Richtlinie zur Koordinierung nationaler Gesetze betreffend Organismen für gemeinsame Anlagen in Kraft. Es ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, wie genau diese Richtlinie und Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie zusammenhängen. Wie der Gerichtshof angemerkt hat, verwenden die spanische, die französische, die italienische und die portugiesische Sprachfassung der Richtlinie bei der Benennung der Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), die Vertragsform haben, denselben Ausdruck, der auch für die Benennung der Mehrwertsteuerbefreiung verwendet wird, aber dies ist bei anderen Sprachfassungen jener Bestimmung, wie der englischen, der dänischen und der deutschen, nicht der Fall(35).

39. Der Gerichtshof und die Generalanwälte haben daher stets Mühe gehabt, den Zusammenhang zwischen der OGAW-Richtlinie und Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 zu definieren(36). Im Urteil *Wheels* hat der Gerichtshof jedoch eindeutig entschieden, dass „Fonds, die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren im Sinne der OGAW-Richtlinie darstellen, Sondervermögen sind“(37). Sie stellen somit den Mindestinhalt des Begriffs „Sondervermögen“ dar.

#### c) Das Ziel der Befreiung

40. Wie Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Abbey National* angemerkt hat, ist es das Ziel der Befreiung, „Kleinanlegern die Geldanlage in Investmentfonds zu erleichtern“(38). Diese Fonds dienen als Pool für das Geld mehrerer Anleger(39), wobei sich das Risiko auf ein Spektrum von Wertpapieren verteilt. Die Mehrwertsteuerbefreiung erlaubt es diesen Anlegern, solche Investitionen zu tätigen, ohne die zusätzlichen Kosten der Mehrwertsteuer tragen zu müssen(40). Der Gerichtshof hat sich diese Ziele zu eigen gemacht(41).

41. Folgerichtig hat der Gerichtshof entschieden, dass die Befreiung auf von Kapitalanlagegesellschaften verwaltete Sondervermögen „unabhängig von deren Rechtsform“ abstelle(42). Ob solche Fonds in Vertrags-, Trust- oder Satzungsform errichtet würden, sei für die Verfolgung des beschriebenen Ziels unerheblich. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass eine andere Auslegung dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität, der eine unterschiedliche Behandlung von Wirtschaftsteilnehmern, die gleichartige Umsätze tätigten, verbiete, zuwiderliefe(43).

42. Ebenso hat der Gerichtshof entschieden, dass die vom Fonds gewählte operative Form irrelevant sei: ob ein Fonds offen (d. h. mit veränderlichem Kapital, der verpflichtet ist, seine Anteile von Investoren, die verkaufen wollen, zurückzukaufen) oder geschlossen (d. h. mit Festkapital, dessen Anteile nur auf einem Sekundärmarkt verkauft werden können) sei, spiele keine Rolle bei der Einordnung in Bezug auf die Mehrwertsteuerbefreiung nach Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie. Auch diese Entscheidung könne auf den Grundsatz der steuerlichen Neutralität gestützt werden(44).

#### d) Grundsatz der steuerlichen Neutralität

43. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität lässt es nach Ansicht des Gerichtshofs „nicht zu, dass Wirtschaftsteilnehmer, die gleichartige Umsätze tätigen, bei der Erhebung der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden“. Gleichartige und infolgedessen miteinander in Wettbewerb stehende Dienstleistungen dürften hinsichtlich der Mehrwertsteuer nicht unterschiedlich behandelt werden(45).

44. Das Kriterium eines Wettbewerbsverhältnisses ist nicht unproblematisch. Generalanwältin Sharpston hat in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Deutsche Bank auf die dadurch entstehenden Gefahren hingewiesen und angemerkt, dass sich praktisch jede Tätigkeit in gewissem Grad mit einer anderen überschneide und dass, „wenn alle Tätigkeiten, die teilweise miteinander in Wettbewerb stehen, mehrwertsteuerlich gleichbehandelt werden müssten, letztlich ... sämtliche Unterschiede in der mehrwertsteuerlichen Behandlung beseitigt“ würden(46).

45. Der von Generalanwältin Sharpston angesprochenen Gefahr kann dadurch begegnet werden, dass man die richtige Vergleichsgruppe anwendet. Zuerst muss eine Vergleichsgruppe festgelegt werden, die unter den Begriff „Sondervermögen“ fällt. Der streitige Fonds wird dann nur mit dieser Vergleichsgruppe verglichen. Wie ich oben angemerkt habe, fallen Fonds, die Organismen für gemeinsame Anlagen im Sinne der OGAW-Richtlinie sind, unter den Begriff „Sondervermögen“ und können daher als Vergleichsgruppe dienen(47).

46. Ob ein analysierter Fonds nun unter den Begriff „Sondervermögen“ fällt oder nicht, hängt davon ab, ob dieser Fonds und die Vergleichsgruppe hinreichend vergleichbar sind, um miteinander im Wettbewerb zu stehen(48). Die Kriterien, anhand deren die Fonds verglichen werden, um ausreichende Ähnlichkeit für die Existenz von Wettbewerb festzustellen, werden nicht willkürlich gewählt. Die Analyse berücksichtigt auch keineswegs nur ökonomische Faktoren. Sie hat vielmehr auf das Ziel der Mehrwertsteuerbefreiung abzustellen. Relevante Kriterien sind somit z. B., ob der Fonds zur Risikoverteilung beiträgt, ob die Anleger von den Gewinnen der Investition profitieren usw.

### 3. Anmerkungen zum Ansatz des Gerichtshofs

47. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs wird somit das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des Begriffs „Sondervermögen“ durch das Ziel der Befreiung, die OGAW-Richtlinie und den Neutralitätsgrundsatz begrenzt. Wenn man genauer hinsieht, wird deutlich,

dass der Gerichtshof diese (sich überschneidenden(49)) Abgrenzungskriterien wohl so angewendet hat, dass daraus zwei alternative Tests entstehen.

48. Hin und wieder verweist der Gerichtshof auf die Ziele der Befreiung, leitet daraus eine Definition des Begriffs „Sondervermögen“ ab und untermauert das Ergebnis mit dem Neutralitätsgrundsatz(50). Bei anderen Gelegenheiten hat der Gerichtshof die OGAW als Herzstück des „Sondervermögens“ angesehen und dann den Neutralitätsgrundsatz angewendet(51).

49. Ich schlage vor, den zweiten Ansatz zugrunde zu legen (und weiterzuentwickeln). Demnach ist ein Fonds als „spezieller Rentenfonds“ („Sondervermögen“) anzusehen, wenn er entweder unter die OGAW-Richtlinie fällt oder mit den OGAW so weit vergleichbar ist, dass er mit ihnen im Wettbewerb steht. Für den Vergleich kommt es auf jene Merkmale an, die auch für die Zielsetzungen der analysierten Befreiung maßgeblich sind, nämlich es mehreren Anlegern zu erlauben, ihre Gelder zu bündeln und das Risiko dadurch auf ein Spektrum von Wertpapieren zu verteilen.

#### D – *Berufsrentenkassen als Sondervermögen (Kapitalanlagegesellschaften)*

50. Nach alledem möchte ich nun die beschriebenen Grundsätze auf den vorliegenden Fall anwenden. Hier stellt sich die Frage, inwieweit Berufsrentenkassen als Sondervermögen (Kapitalanlagegesellschaften) anzusehen sind. Das Unionsrecht enthält einige Vorschriften betreffend solche Fonds, harmonisiert sie aber nicht(52). Wie ich oben bereits angeführt habe, muss ich nun analysieren, ob die gegenständlichen Fonds OGAW sind und, wenn nein, inwieweit der Neutralitätsgrundsatz dazu führt, dass sie von der Befreiung Gebrauch machen können.

##### 1. OGAW-Richtlinie

51. Berufsrentenkassen wie jene, um die es im Ausgangsverfahren geht, fallen nicht unter die OGAW-Richtlinie(53). Wie Dänemark angemerkt hat, können in unserem Fall die Anteile an den gegenständlichen Fonds auf Ersuchen der Inhaber zurückgenommen oder ausgezahlt werden, wie dies bei OGAW gemäß Art. 1 Abs. 2 der OGAW-Richtlinie der Fall ist.

##### 2. Grundsatz der steuerlichen Neutralität

52. In einem zweiten Schritt ist der Grundsatz der steuerlichen Neutralität anzuwenden. Dabei geht es um die Frage, ob die gegenständlichen Fonds mit den OGAW so weit vergleichbar sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen(54). Im Urteil *Wheels* hatte der Gerichtshof diese Frage im Zusammenhang mit anderen Arten von Berufsrentenkassen zu entscheiden. Er hat entschieden, dass solche Fonds nicht von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie erfasst seien. Solche Fonds würden das Kapitalvermögen eines Altersversorgungssystems zusammenführen und seien keine Publikumsfonds, sondern gewährten bloß einen mit dem Beschäftigungsverhältnis verbundenen Vorteil. Bezeichnenderweise ging es dort um „leistungsorientierte“ Systeme, d. h., die Mitglieder trugen nicht die Risiken der Verwaltung, da der Betrag ihrer Rente fix und daher nicht vom Erfolg der Anlage abhängig war. Nach Ansicht des Gerichtshofs war der Fonds auch aus der Sicht des Arbeitgebers kein Sondervermögen, da Beiträge für ihn ein Mittel dargestellt hätten, seinen gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Angestellten nachzukommen. Generalanwältin Sharpston hat diese Argumentation in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache PPG Holdings übernommen und drei maßgebliche Kriterien genannt: ob das Kapitalvermögen eines Altersversorgungssystems durch das System zusammengeführt werde, ob die mit der Verwaltung zusammenhängenden Risiken durch die Mitglieder getragen würden und ob der Arbeitgeber die Beiträge zahle, um seinen gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Angestellten nachzukommen(55).

53. Ohne den Ausgang dieser Verfahren in Frage stellen zu wollen, schlage ich vor, die Analyse im vorliegenden Fall zu verfeinern. Nach Unionsrecht sind für einen Vergleich zwischen einem Fonds und den OGAW, der angestellt wird, um herauszufinden, ob ein Fonds mit Letzteren so weit vergleichbar ist, dass er mit ihnen im Wettbewerb steht, bestimmte Kriterien relevant und andere irrelevant. Es ist Sache der nationalen Gerichte, den relevanten Sachverhalt zu analysieren, diese Kriterien anzuwenden und zu entscheiden, ob eine Rentenkasse in einem bestimmten Fall als „Sondervermögen“ zu klassifizieren ist.

a) Vergleichspunkt

54. Bevor ich die relevanten und die irrelevanten Kriterien auflisten kann, möchte ich darauf hinweisen, dass Pensionssysteme als das Kapital zusammenführende Instrumente der Arbeitgeber oder als solche der Arbeitnehmer analysiert werden können. Welches der beiden Paradigmen zutrifft, hängt davon ab, ob die Arbeitnehmer oder die Arbeitgeber von der Anlage profitieren. Nach der Beschreibung des vorliegenden Gerichts profitieren von dem Fonds, um den es im Ausgangsverfahren geht, die Arbeitnehmer.

b) Irrelevante Kriterien

55. Da die Analyse der Vergleichbarkeit der gegenständlichen Fonds mit den OGAW unter Berücksichtigung des Ziels der Mehrwertsteuerbefreiung zu erfolgen hat, sind für den Vergleich einige der hier diskutierten Elemente irrelevant.

56. Entgegen dem Vorbringen Dänemarks gilt dies für den Zweck der Anlage. Ob der Anleger eine Pension anspart oder aus anderen Gründen spart, hat keinerlei relevante Auswirkung auf das Wettbewerbsverhältnis. Die Tatsache, dass die gegenständlichen Fonds Rentenkassen sind, steht deren Klassifizierung als „Sondervermögen“ daher nicht entgegen. Im Gegensatz zum Urteil *Wheels* meine ich daher, dass die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers im Hinblick auf die Zahlung der definierten Rentenleistungen ein irrelevanter „Zweck“ der Anlage ist.

57. Die Tatsache, dass Berufsrentenkassen nicht aufgrund einer individuellen, sondern aufgrund einer kollektiven Vereinbarung errichtet werden, ist irrelevant. Zunächst verhandeln die Arbeitnehmervertreter mit den Arbeitgebervertretern die Merkmale der Fonds. Obwohl eine

kollektive Vereinbarung dazu führen kann, dass es sehr wenig Wettbewerb zwischen den Fonds und den OGAW außerhalb der freiwilligen ergänzenden Zahlungen der Arbeitnehmer gibt, ist dies nicht relevant im Hinblick auf das Ziel der Befreiung. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Befreiung für Fonds unabhängig von ihrer Rechtsform gelte. Insoweit ist auch die Möglichkeit, ergänzende Zahlungen zu leisten, oder die Tatsache, dass manche Personen freiwillig in eine Rentenkasse einzahlen, irrelevant.

58. Die gleiche Überlegung ist anzustellen, wenn es um die Frage geht, ob die Beiträge an einen Fonds von der Einkommensteuer abzugsfähig sind oder nicht. Eine einkommensteuerlich günstige Behandlung der Beiträge an bestimmte Fonds im Vergleich zu anderen könnte beträchtliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, hat jedoch keine Bedeutung in Bezug auf die Ziele der Befreiung und ist daher irrelevant.

59. Gleichmaßen ist auch der Auszahlungsmodus der Rente (Leibrente oder Einmalzahlung) ohne Bedeutung für die Charakterisierung des Fonds, da Transfers zwischen den verschiedenen Optionen mittels einfacher Finanztransaktionen möglich sind.

60. Wenn Berufsrentenkassen mit einem Versicherungselement verknüpft sind und die beiden Elemente nicht getrennt werden können, wie dies hier der Fall ist, müssen die nationalen Gerichte feststellen, welches Element überwiegt.

#### c) Relevante Kriterien

61. Wie ich oben angeführt habe, müssen die für den Vergleich relevanten Kriterien aus dem Zweck der Befreiung hergeleitet werden, nämlich der Bündelung der Gelder mehrerer Anleger und der Verteilung des Risikos auf ein Spektrum von Wertpapieren.

62. Aufgrund dieser Prämisse sind bei der analysierten Befreiung nur wenige Elemente für den Vergleich von Berufsrentenkassen mit OGAW im Hinblick auf die steuerliche Neutralität wichtig. Zunächst müssen mehrere Begünstigte ihre Gelder bündeln, um das Risiko auf ein Spektrum von Wertpapieren zu verteilen. Von einer Bündelung der Gelder der Begünstigten in der Kasse kann nur dann die Rede sein, wenn diese einen unbedingten Rechtsanspruch in Bezug auf ihre Investition haben. Möglicherweise können sie über diesen Anspruch nicht nach Gutdünken verfügen (d. h. ihre Anwartschaft verkaufen) und erhalten den Ertrag ihrer Anlage erst bei ihrer Pensionierung. Wenn jedoch die Anlage im Todesfall verloren geht und nicht an die Erben des Begünstigten fällt, kann man kaum von einer Bündelung der Gelder der Begünstigten sprechen.

63. Schließlich müssen die Begünstigten sowohl die Kosten des Fonds als auch die Risiken der Anlage tragen, obwohl die Beiträge von ihrem Arbeitgeber im Rahmen der Zahlungsvereinbarung abgeführt werden können. Dies ist meist der Fall, wenn es um beitragsorientierte Systeme geht, nicht aber bei leistungsorientierten Systemen. Wie ich bereits angemerkt habe, obliegt es den nationalen Gerichten, diese Kriterien anzuwenden.

64. Daher komme ich zu dem Schluss, dass Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie des Rates dahin auszulegen ist, dass der Begriff „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen“ Berufsrentenkassen umfasst, wenn diese Kassen das Kapitalvermögen mehrerer Begünstigter zusammenführen und die Verteilung des Risikos auf ein Spektrum von Wertpapieren ermöglichen. Dies ist nur der Fall, wenn die Begünstigten das Investitionsrisiko tragen. Die Tatsache, dass die Beiträge von ihren Arbeitgebern zu ihrem Nutzen aufgrund einer kollektiven Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen abgeführt werden und dass erst bei Rentenansprache Zahlungen aus diesen Kassen erfolgen, ist irrelevant, solange die Begünstigten eine gesicherte Rechtsposition im Hinblick auf dieses Kapitalvermögen haben. Es ist Sache der nationalen Gerichte, zu entscheiden, ob eine Kasse

diese Erfordernisse erfüllt.

## V – Ergebnis

65. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Frage des Østre Landsret wie folgt zu beantworten:

Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie des Rates ist dahin auszulegen, dass der Begriff „durch die Mitgliedstaaten als solche definierte Sondervermögen“ Berufsrentenkassen umfasst, wenn diese Kassen das Kapitalvermögen mehrerer Begünstigter zusammenführen und die Verteilung des Risikos auf ein Spektrum von Wertpapieren ermöglichen. Dies ist nur der Fall, wenn die Begünstigten das Investitionsrisiko tragen. Die Tatsache, dass die Beiträge von ihren Arbeitgebern zu ihrem Nutzen aufgrund einer kollektiven Vereinbarung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen abgeführt werden und dass erst bei Rentenanstritt Zahlungen aus diesen Kassen erfolgen, ist irrelevant, solange die Begünstigten eine gesicherte Rechtsposition im Hinblick auf dieses Kapitalvermögen haben. Es ist Sache der nationalen Gerichte, zu entscheiden, ob eine Kasse diese Erfordernisse erfüllt.

1 – Originalsprache: Englisch.

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

3 – Urteile vom 4. Mai 2006, Abbey National (C-169/04, Slg. 2006, I-4027), vom 28. Juni 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse (C-363/05, Slg. 2007, I-5517, im Folgenden: JP Morgan), vom 29. Juli 2012, Deutsche Bank (C-44/11), vom 7. März 2013, GfBK (C-275/11) und vom 7. März 2013, Wheels Common Investment Fund Trustees u. a. (C-424/11, im Folgenden: Wheels); Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache PPG Holdings BV (C-26/12, Urteil vom 18. Juli 2013).

4 – Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (ABl. L 347, S. 1) in der geltenden Fassung.

5 – Die Mehrwertsteuerbefreiung für das Einlagengeschäft und den Kontokorrentverkehr wird in D.A.5.11.6 definiert. Sondervermögen (Kapitalanlagegesellschaft) wird in D.A.5.11.9.2. definiert. Dessen Verwaltung ist Gegenstand von D.A.5.11.9.3.

6 – Einen Überblick über Altersvorsorgepläne gibt die Publikation der OECD, *Pensions at a Glance*, 2005; aktualisierte Fassung: OECD, *Pensions at a Glance*, 2011.

7 – Personen, die nicht aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses erfasst sind, u. a. selbständige Gewerbetreibende, Arbeitgeber und leitende Angestellte, können sich dafür entscheiden, Rentenbeiträge im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung einzuzahlen, wenn es für das jeweilige Unternehmen eine diesbezügliche Vereinbarung gibt.

8 – Laut Aussage von ATP in der Verhandlung machen diese in der Praxis den bei Weitem geringeren Teil aus.

9 – Die individuelle Rentenversicherung funktioniert im Großen und Ganzen nach dem gleichen Muster, aber dort sind die Begünstigten selbst Vertragsparteien und zahlen selbst ein.

- 10 – Diese Konten sind keine gesonderten Bankkonten, sondern Rentenkonten.
- 11 – Urteil vom 5. Juni 1997, SDC (C?2/95, Slg. 1997, I?3017).
- 12 – In Bezug auf die ersten beiden Problemfelder siehe die in Fn. 3 angeführte Rechtsprechung. Zum dritten Problemfeld siehe Urteile SDC, und vom 26. Juni 2003, MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring (C?305/01, Slg. 2003, I?6729); Beschluss vom 14. Mai 2008, Tiercé Ladbroke u. a. (C?231/07 und C?232/07); Urteile vom 22. Oktober 2009, Swiss Re Germany Holding (C?242/08, Slg. 2009, I?10099), vom 28. Oktober 2010, Axa UK (C?175/09, Slg. 2010, I?10701), und vom 28. Juli 2011, Nordea Pankki Suomi (C?350/10, Slg. 2011, I?7359); Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Granton Advertising (C?461/12). Ich bespreche das zweite Problemfeld in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache GfBk (C?275/11, Urteil vom 7. März 2013).
- 13 – Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston.
- 14 – Die Kommission ist der Ansicht, dass auf dem Markt mehr als 5 000 Versicherungs- und Finanzprodukte erhältlich sind. Generaldirektion für Steuern und Zollunion, Harmonisation of Turnover Taxes, 5. März 2008, TAXUD/2414/08, S. 3.
- 15 – Wie unterschiedlich Finanzdienstleistungen mehrwertsteuerlich behandelt werden, wird aus einem Bericht ersichtlich, den PricewaterhouseCoopers für die Europäische Kommission erstellt hat: *Study to Increase the Understanding of the Economic Effects of the VAT Exemption for Financial and Insurance Services*, 2. November 2006. Ein Überblick über die Umsetzung der Befreiungen in das nationale Recht der Mitgliedstaaten befindet sich im Anhang zum *VAT Survey Financial Services, 2006* des IBFD. Siehe auch den Kommentar von Wessels, J., *Highlights & Insights on European Taxation 2012* Nr. 4, S. 62.
- 16 – KOM(2007) 747 endgültig/2 vom 20. Februar 2008.
- 17 – KOM(2007) 746 endgültig/2 vom 20. Februar 2008.
- 18 – Siehe Generaldirektion für Steuern und Zollunion, oben, Fn. 14.
- 19 – Siehe Vermerk des Vorsitzes, *Vorschläge für eine Richtlinie und für eine Verordnung des Rates über die mehrwertsteuerliche Behandlung von Versicherungs- und Finanzdienstleistungen*, Dok. 13577/10 FISC 92 vom 16. September 2010, S. 20. Das Dokument wurde von ATP zur Unterstützung der Position angeführt, dass Pensionsfonds als Sondervermögen gelten.
- 20 – Aus den veröffentlichten Dokumenten geht klar hervor, dass es nach wie vor auch keine Einigung über die Behandlung von Rentenkassen gibt. Siehe auch Vermerk des Generalsekretariats, *Vorschläge für eine Richtlinie und für eine Verordnung des Rates über die mehrwertsteuerliche Behandlung von Versicherungs- und Finanzdienstleistungen*, Dok. 18650/11 FISC 170 vom 14. Dezember 2011, S. 5. Die Notwendigkeit, die Reform abzuschließen, wird betont von Dahm, J., und Hamacher, R., *Vermögensverwaltung und Umsatzsteuer*, UR 2012, 817.
- 21 – Bei der Verhandlung gab Dänemark an, dass es Kassen wie die hier in Rede stehende als Versicherungsgesellschaften behandle.
- 22 – Das Skatteministerium erachtete dies als wichtigen Unterschied zwischen Pensionsfonds und Sondervermögen.
- 23 – 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) (ABl. L 375, S. 3) in der geänderten Fassung. Die OGAW-Richtlinie wurde am 1. Juli 2011 durch die Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) (ABl. L 302, S. 32) ersetzt.

24 – Die Kommission erachtet die Merkmale a), b) c) und h) der ersten Frage als besonders relevant für den Vergleich mit Sondervermögen.

25 – Urteile JP Morgan (Randnr. 19), Wheels (Randnr. 16), Abbey National (Randnr. 38) vom 26. Mai 2005, Kingscrest Associates (C?498/03, Slg. 2005, I?4427, Randnr. 22), vom 3. März 2005, Fonden Marselisborg Lystbådehavn (C?428/02, Slg. 2005, I?1527, Randnr. 2), und vom 12. September 2000, Kommission/Irland (C?358/97, Slg. 2000, I?6301, Randnr. 51).

26 – Urteile JP Morgan (Randnr. 20), Abbey National (Randnr. 39), Wheels (Randnr. 16), und vom 28. März 1996, Gemeinde Emmen (C?468/93, Slg. 1996, I?1721, Randnr. 25).

27 – Urteile JP Morgan (Randnr. 21), vom 27. April 2006, Solleveld u. a. (C?443/04 und C?444/04, Slg. 2006, I?3617, Randnr. 29).

28 – Urteil JP Morgan (Randnr. 22); siehe auch Urteil Gemeinde Emmen (Randnr. 25), und Urteil vom 12. Januar 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C?246/04, Slg. 2006, I?589, Randnr. 31).

29 – Urteil Abbey National (Randnr. 60), sowie Urteile vom 1. Dezember 2005, Ygeia u. a. (C?394/04 und C?395/04, Slg. 2005, I?10373, Randnr. 15), vom 6. November 2003, Dornier (C?45/01, Slg. 2003, I?12911, Randnr. 42), und vom 15. Juni 1989, Stichting Uitvoering Financiële Acties (C?348/87, Slg. 1989, 1737, Randnr. 13).

30 – Urteil Abbey National (Randnr. 41).

31 – Rossi, P., *L'Avvocato generale della Corte UE –Chiarita la portata dell'esenzione Iva per le operazioni de gestione dei fondi comuni di investimento*, il fisco n. 38/2005, 14422.

32 – Urteil JP Morgan (Randnr. 41).

33 – Urteile JP Morgan (Randnrn. 45 und 46), und Wheels (Randnr. 18); Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache JP Morgan (Nrn. 15 und 17).

34 – In der italienischen und der portugiesischen Fassung werden jeweils die ähnlichen Termini „fondi comuni d'investimento“ und „fundos comuns de investimento“ verwendet.

35 – Urteile JP Morgan (Randnr. 33), und Abbey National (Randnr. 55).

36 – Urteil Abbey National (Randnrn. 55, 61, 64 und 65); Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Abbey National (Nrn. 38, 41 bis 43, 50 und 73 bis 83); Urteil JP Morgan (Randnrn. 31 bis 34); Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache JP Morgan (Nrn. 32 und 33); Urteil Deutsche Bank (Randnr. 32); Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Deutsche Bank (Nr. 74).

37 – Urteil Wheels (Randnr. 23).

38 – Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Abbey National (Nr. 68).

- 39 – Wie Generalanwältin Sharpston in Fn. 21 ihrer Schlussanträge in der Rechtssache Deutsche Bank (siehe oben, Fn. 3) anmerkt, wird im späteren Urteil JP Morgan (Randnr. 45), nur mehr von Anlegern gesprochen, während es im Urteil Abbey National noch Kleinanleger heißt.
- 40 – Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Abbey National (Nrn. 27 bis 29). Diese Überlegung wird vom Gerichtshof später in den Urteilen Abbey National (Randnr. 62) und Wheels (Randnr. 19) im Zusammenhang mit dem Begriff der „steuerlichen Neutralität“ aufgegriffen.
- 41 – Urteile Abbey National (Randnr. 62), JP Morgan (Randnr. 45), Deutsche Bank (Randnr. 33). Vgl. Urteil Wheels (Randnr. 23).
- 42 – Urteile Abbey National (Randnr. 53) und JP Morgan (Randnr. 26).
- 43 – Urteil Abbey National (Randnr. 56).
- 44 – Urteil JP Morgan (Randnrn. 28 bis 30 und 35).
- 45 – Urteile Wheels (Randnrn. 20 und 21), JP Morgan (Randnr. 46), vom 8. Juni 2006, L. u. P. (C-106/05, Slg. 2006, I-5123, Randnr. 32), vom 17. Februar 2001, Linneweber u. a. (C-453/02 und C-462/02, Slg. 2005, I-1131, Randnr. 24), vom 16. September 2004, Cimber Air (C-382/02, Slg. 2004, I-8379, Randnr. 24), und vom 23. Oktober 2003, Kommission/Deutschland (C-109/02, Slg. 2003, I-12691, Randnr. 20).
- 46 – Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Deutsche Bank (Nr. 60).
- 47 – Urteil Wheels (Randnr. 24).
- 48 – Vgl. Urteil JP Morgan (Randnrn. 50 und 51).
- 49 – Jaster, E., und Murchner, I., *Die umsatzsteuerliche Behandlung von Vermögensverwaltungsleistungen (Teil 2)*, UStB 2013, 54, weisen darauf hin, dass die Kriterien, die im Urteil JP Morgan entwickelt wurden, und jene der OGAW-Richtlinie ähnlich sind.
- 50 – So verstehe ich die Urteile Abbey National und JP Morgan.
- 51 – Am deutlichsten wird dieser Ansatz im Urteil Wheels. Erstmals wurde er wohl im Urteil Deutsche Bank entwickelt.
- 52 – Am 23. September 2003 trat die Richtlinie 2003/41/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Juni 2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (ABl. L 235, S. 10) in Kraft.
- 53 – Siehe dahin gehend auch Urteil Wheels (Randnr. 25). Zu beachten ist, dass die Richtlinie 2003/41 gemäß ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. b nicht für OGAW gilt.
- 54 – Urteil Wheels (Randnrn. 24 und 26).
- 55 – Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache PPG Holdings (Nrn. 16 und 17).