Finanzgericht Düsseldorf, 5 K 2912/20 U

Datum:	20.03.2024
Gericht:	Finanzgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	5. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	5 K 2912/20 U
ECLI:	ECLI:DE:FGD:2024:0320.5K2912.20U.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Revision wird zugelassen.

T a t b e s t a n d: 1

Streitig ist, ob bestimmte Umsätze der R GmbH mit Sitz in S. (künftig R.), einer Organgesellschaft der Klägerin, aus der Verwaltung von Investmentvermögen nach § 4 Nr. 8 Buch. h des Umsatzsteuergesetzes (UStG) von der Umsatzsteuer befreit sind. 2

Die Klägerin war im Streitjahr 2018 eine *Bank* mit Sitz in S. in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AG). Durch Umwandlung im Wege eines identitätswahrenden Formwechsels wurde sie nach Maßgabe eines Beschlusses der Hauptversammlung vom 0.0.0000 in eine GmbH umgewandelt. Wegen der weiteren Umstrukturierung des deutschen Teils der U.-Gruppe und der Folgen für die Klägerin wird auf die Darstellung im Schriftsatz des Prozessvertreters der Klägerin vom 28.2.2024 Bezug genommen. 3

Die Klägerin war alleinige Anteilseignerin der U. GmbH. Diese war wiederum alleinige Anteilseignerin der R.. Von ihrer Funktion her war die R. eine Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) i.S.v. § 17 des Kapitalanlagegesetzbuchs (KAGB). Ihr Unternehmensgegenstand bestand in der Verwaltung ... . Sie verfügte über eine von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) erteilte Erlaubnis nach §§ 20, 21, 22 KAGB für die Verwaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB und von Alternativen Investmentfonds (AIF) i.S.d. § 1 Abs. 3 KAGB. 4

Im Streitjahr 2018 war die R. u.a. als KVG des Investmentfonds „C. - “ (C.-Fonds) tätig. In investmentrechtlicher Hinsicht handelte es sich bei diesem Fonds um einen offenen 5

inländischen Spezial-AIF i.S.v. § 1 Abs. 6 i.V.m. § 282 KAGB und aufgrund der Anlagestrategie zugleich um einen Hedgefonds i.S.v. § 283 KAGB. Anlageziel war eine möglichst hohe Wertentwicklung unabhängig vom Marktumfeld. Hierzu konnte der Fonds verschiedene Strategien wählen, die Hedgefonds vorbehalten waren.

Von seiner Historie her war der C.-Fonds im Jahr 2011 als Sondervermögen mit zusätzlichen Risiken (Hedgefonds) i.S.d. damals noch geltenden § 112 des Investmentgesetzes (InvG) aufgelegt worden. Anteile an solchen Fonds durften seinerzeit von allen Arten von Anlegern erworben werden. Allerdings durften die Fondsanteile gem. § 112 Abs. 2 Satz 1 InvG nicht öffentlich, sondern nur im Wege der Privatplatzierung vertrieben werden. 6

Nachdem mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG) vom 4.7.2013 (BGBl. I 2013, 1981 ff.) das KAGB verabschiedet (dieses trat gem. Art. 28 Abs. 2 des AIFM-UmsG zum 22.7.2013 in Kraft) und das InvG aufgehoben worden war (Art. 2a des AIFM-UmsG), änderten sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für den C.-Fonds. Als Spezial-AIF i.S.v. § 1 Abs. 6 KAGB durfte dieser seine Anteile nur noch an semiprofessionelle und professionelle Anleger i.S.v. § 1 Abs. 19 Nr. 32 und 33 KAGB, nicht aber an Privatanleger i.S.v. § 1 Abs. 19 Nr. 31 KAGB vertreiben. Unter Inanspruchnahme der Übergangsregelung des § 350 Abs. 1 Sätze 2 und 3 KAGB i.Vm. § 345 InvG wurde der C.-Fonds im Jahr 2014 auf die Regelungen des KAGB umgestellt. Dies hatte die Folge, dass die bis zum 21.7.2013 investierten Privatanleger ihre Anteile nicht zurückgeben mussten. 7

Investmentsteuerlich wurde der C.-Fonds bis Ende 2017 als semi-transparenter Investmentfonds i.S.v. § 1 Abs. 1b Satz 2 des Investmentsteuergesetzes (InvStG) 2004 vom 15.12.03 (BGBl. I 2003, 2676) behandelt. Da der C.-Fonds auch nach der zum 1.1.2018 in Kraft getretenen Investmentsteuerreform als semi-transparenter Fonds fortgeführt werden sollte, gem. § 26 Nr. 8 InvStG 2018 aber natürliche Personen nunmehr weder unmittelbar noch mittelbar (über eine vermögensverwaltende Personengesellschaft) Anteile an einem Spezial-Investmentfonds im steuerlichen Privatvermögen halten durften, gründete diejenigen Anleger des C.-Fonds, die natürliche Personen waren, Zwischen-Kapitalgesellschaften in der Rechtsform von Unternehmergesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, auf die die Anteile am C.-Fonds übertragen wurden. Diese Zwischen-Kapitalgesellschaften erfüllten die Voraussetzungen als professionelle oder semiprofessionelle Anleger i.S.v. § 1 Abs. 6 KAGB. 8

Die Leistungen der R. für den C.-Fonds umfassten im Streitjahr gem. § 4 der Allgemeinen Anlagebedingungen dieses Fonds alle gesetzlichen Verwaltungsdienstleistungen einer KVG und damit sowohl das Portfoliomanagement als auch weitere administrative Verwaltungsleistungen. Für den Umfang der letztgenannten Leistungen wird auf das „Preisangebot vom 0.0.0000“ (übersandt als Anlage zum Schriftsatz vom 8.3.2024), dort unter Nr. 2, Bezug genommen. 9

Das Portfoliomanagement hatte die R. ihrerseits wiederum gem. § 36 KAGB auf die C. H. GmbH mit Sitz in W. ausgelagert. Für die im Einzelnen getroffenen Vereinbarungen wird auf die Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 8.3.2024 sowie die diesem Schriftsatz beigefügten Anlagen 6 bis 8 Bezug genommen. 10

Die R. stellte dem C.-Fonds für die von ihr erbrachten Leistungen keine Rechnungen, sondern belastete ihre Gebühren unmittelbar dem Fondsvermögen. Gemäß § 14 der Besonderen Anlagebedingungen stand ihr für ihre Tätigkeit im Grundsatz eine Gebühr von 2,4% des Durchschnittswertes des Sondervermögens zu, der sich aus den Werten am Ende 11

eines jeden Monats errechnete. Für das Streitjahr 2018 stand der Klägerin ein Entgelt (netto) von ... EUR zzgl. ... EUR Umsatzsteuer (vgl. § 14 Abs. 3 Buchst. n der Besonderen Anlagebedingungen) zu. Dieser Betrag wurde dem Sondervermögen auch tatsächlich und periodenübergreifend belastet. In den Voranmeldungen Januar bis Dezember legte die Klägerin allerdings Netto-Umsätze von ... EUR sowie eine darauf entfallende Umsatzsteuer von ... EUR zugrunde. Die Abweichung beruht darauf, dass in der Voranmeldung für Dezember der prognostizierte Umsatz von ... EUR und nicht der endgültig ermittelte Entgeltbetrag von ... EUR angesetzt wurde. Die Korrektur wurde insoweit erst in der Voranmeldung für Januar 2019 vorgenommen. Für die weiteren Einzelheiten zur Zusammensetzung der monatlichen Entgelte und der vorangemeldeten Beträge wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 19.3.2024 Bezug genommen.

Der C. H. GmbH stand für die von ihr im Innenverhältnis übernommene Portfolioverwaltung ihrerseits ein Entgeltanspruch gegen die R. zu, der sich grds. nach der Höhe der der R. als KVG zustehenden Gebühr (2,4%), allerdings abzüglich folgender Positionen richtete: 12

- 0,08% pro Jahr des Durchschnittswertes des Sondervermögens, der sich aus den Werten am Ende eines jeden Monats errechnet, jedoch einen Mindestbetrag von ... EUR, also ... EUR pro Monat und 13

- eine Performance Fee in Höhe von ... EUR pro Jahr, also ... EUR für jeden Monat. 14

Für die weiteren Einzelheiten der Berechnung wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 18.3.2024 Bezug genommen. 15

Die C. H. GmbH stellte für die von ihr an die R. erbrachten Leistungen monatlich Rechnungen an diese aus. Darin behandelte sie die Umsätze als steuerfrei und versah diese mit folgendem Hinweis: „Der Rechnungsbetrag ist gemäß § 4 Nr. 8h von der Umsatzsteuer befreit und wird mit Erhalt dieser Rechnung fällig“. 16

Am 30.12.2020 korrigierte die C. H. GmbH sämtliche im Streitjahr 2018 ausgestellte Rechnungen und wies nunmehr Umsatzsteuer auf die „Rechnungsbeträge“ aus. Als zu zahlender Betrag wurde in der korrigierten Rechnung ein Betrag von ... EUR nachgefordert, was der Summe der Umsatzsteuer auf die in den Einzelmonaten in Rechnung gestellten Rechnungsbeträgen entsprach. Auf die Anlage 2 zum Schriftsatz vom 8.3.2024 wird Bezug genommen. Nach dem Vortrag der Klägerin nahm diese den Vorsteuerabzug aus der Korrekturrechnung im Jahr 2020 in Anspruch. 17

Darüber hinaus erbrachte die R. im Streitjahr 2018 administrative Dienstleistungen für die P. (P.) „T." und „X." der Y. P. (Y.) mit Sitz in Z.. Die Y. hatte die betreffenden P. im Jahre 2008 aufgelegt. Unternehmensgegenstand der Y. war die Anlage und Verwaltung der Mittel der P. durch die Gesellschaft nach einer festen Anlagestrategie und dem Grundsatz der Risikomischung zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage nach Kapitel 2 Abschnitt 1 und 3 KAGB (Publikums-Teilgesellschaftsvermögen) sowie nach Kapitel 3 Abschnitt 1 und 2 KAGB (Spezial-Teilgesellschaftsvermögen) zum Nutzen ihrer Aktionäre. Die Y. war als interne AIF-KVG in Form einer Investmentaktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital nach §§ 17 Abs. 2 Nr. 2, 108 KAGB ausgestaltet. Sie hatte mehrere P., bei denen es sich um AIF handelte (und zwar zum Teil um Publikums- und zum Teil um Spezial-P.). An den P. konnten sich Anleger als Anlageaktionäre beteiligen. Die einzelnen P. waren haftungs- und vermögensrechtlich voneinander getrennt. Bei den P. „T.“ und „X.“ handelte es sich jeweils um Hedgefonds i.S.v. § 283 KAGB. In dem P. „T.“ waren vor dem Inkrafttreten des KAGB zum 22.7.2013 53 und in dem P. „X.“ ... natürliche Personen investiert. Nach Inkrafttreten des 18

KAGB waren natürliche Personen als professionelle oder semiprofessionelle Anleger investiert (zum 31.12.2019 ... Investoren im P. „T.“ und ... Investoren im P. „X.“).

Einen Teil der von ihr als KVG zu erbringenden Verwaltungsleistungen lagerte dieY. mit Vertrag vom 11.6.2008 auf die R. aus. Wegen der Einzelheiten wird auf den im Klageverfahren eingereichten Vertrag über die Auslagerung der Administration von P. vom 9.6./11.6.2008 (Auslagerungsvertrag) sowie die Anlagebedingungen für das P. „T.“ und das P. „X.“ Bezug genommen. Das von der R. übernommene Aufgabenspektrum umfasste danach folgende Dienstleistungen: 19

- die Fondsbuchhaltung, 20 21
- die Berechnung des Wertes der Teilgesellschaftsvermögen, 22 23
- das Risikocontrolling gemäß den Methoden des qualifizierten Ansatzes der Derivateverordnung, 24
- die Anlagegrenzprüfung (ex post), 25
- die Abgabe von Meldungen gemäß den investmentrechtlichen Meldevorschriften, 26
- das investmentrechtliche Bestands- und Risikoreporting auf Ebene des einzelnen P., 27
- das Aufsetzen der relevanten Schnittstellen zu den übrigen Beteiligten (Depotbank, Broker, ggf. externe Portfoliomanager und Anlageberater), 28
- Performancemessung nach BVI-Methode, 29
- Vorbereitung der die jeweiligen Teilgesellschaftsvermögen betreffenden Informationen für den Jahresabschluss und Halbjahresbericht der Gesellschaft entsprechend den Jahres- und Halbjahresberichten für ein Sondervermögen, 30
- Erstellung der Meldung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 InvStG. 31

Für die Übernahme der ausgelagerten Tätigkeiten stand der R. eine jährliche Vergütung in Höhe eines stufenweise abnehmenden Prozentsatzes vom Nettoinventarwert des jeweiligen P. und eine fixe Vergütung pro Segment/Anteilscheinklasse pro Jahr (für das P. „T.“ waren zwei Segmente gebildet worden) zuzüglich Umsatzsteuer zu. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage 1 zum Auslagerungsvertrag vom 9.6./11.6.2008 sowie den 2. Vertragsnachtrag vom 26.11./29.11.2018 und das Preisangebot vom 28.9.2018 Bezug genommen. Die Abrechnung sollte für beide P. quartalsweise erfolgen. In den am 8.1.2018 erstellten Rechnungen für das IV. Quartal 2017 ging die R. noch davon aus, dass es sich um umsatzsteuerfreie Leistungen handele, und wies daher keine Umsatzsteuer aus. In den Rechnungen für die Quartale I bis IV/2018 stellte die R. dagegen die Bruttobeträge in Rechnung und wies jeweils auf Folgendes hin: „Im Gesamtbetrag sind EUR ... Umsatzsteuer enthalten“. 32

Für die einzelnen Quartale des Streitjahres 2018 sind den Rechnungen die nachfolgend aufgeführten Bruttobeträge sowie die ausgewiesenen Umsatzsteuerbeträge zu entnehmen. Darüber hinaus wurden von der Klägerin folgende Beträge in den Voranmeldungen bzw. in der Jahreserklärung angesetzt: 33

34

P. T.	Datum	Bruttobetrag lt. Rechnung	Ausgewiesene USt	Angemeldeter Nettobetrag	Angemeldete USt
I 2018	20.12.18	...	...	...	...
II 2018	20.12.18	...	...	...	...
III 2018	20.12.18	...	...	...	...
Zwischensum.			...		
IV 2018	17.1.19	...	...	...	...
Gesamtsumme 1		...	...	...	...
P. X.					
I 2018	20.12.18	...	...	...	...
II 2018	20.12.18	...	...	...	...
III 2018	20.12.18	...	...	...	...
Zwischensum.			...		
IV 2018	17.1.19	...	...	...	...
Gesamtsumme 2		...	...	...	...
Gesamtsumme 1+2		...	...	...	...

Bei den Ansätzen für das IV. Quartal handelte es sich um die prognostizierten Nettoentgelte. Der Ausgleich der Differenz zu den tatsächlichen Werten erfolgte im Folgejahr 2019. Für die weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 19.3.2024 nebst Anlagen Bezug genommen. 35

Am 7.2.2019 übermittelte die Klägerin ihre Umsatzsteuervoranmeldung an den Beklagten (das Finanzamt --FA--). Diese stand gem. § 168 Satz 1 der Abgabenordnung (AO) einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 Abs. 1 AO gleich. 36

Mit Schreiben vom 5.3.2019 (eingegangen am 6.3.2019) legte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin Einspruch gegen die Steueranmeldung ein. Zur Begründung führte sie aus, dass sie die Leistungen, die die R. im Dezember 2018 an den C.-Fonds und die beiden P. erbracht habe, in ihrer Voranmeldung für Dezember vorsorglich und sicherheitshalber als 37

steuerpflichtige Ausgangsleistungen behandelt habe und so auch in der Jahressteuererklärung verfahren werde. Ihres Erachtens seien die betreffenden Umsätze aber gem. § 4 Nr. 8 Buch. h UStG von der Umsatzsteuer befreit, mit der Folge, dass die Bemessungsgrundlage entsprechend zu reduzieren sei. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Schreiben vom 5.3.2019, vom 7.6.2019 und vom 5.3.2020 Bezug genommen. Das FA äußerte sich hierzu mit Schreiben vom 6.2.2020, auf das ebenfalls Bezug genommen wird.

Am 24.5.2019 gab die Klägerin ihre Umsatzsteuerjahresanmeldung beim FA ab. In den als steuerpflichtig behandelten Umsätzen zu 19% waren auch die Leistungen enthalten, die die R. im Streitjahr 2018 an den C.-Fonds und die beiden P. erbracht hatte, und zwar – wie bereits dargestellt – in Höhe von ... EUR (USt hierauf = ... EUR) bezüglich des C.-Fonds und in Höhe von ... EUR (USt hierauf = ... EUR) bezüglich der beiden P.. 38

Das FA stimmte der Jahresanmeldung am 19.6.2019 zu. Die Mitteilung hierüber datierte vom 1.7.2019. 39

Mit Einspruchsentscheidung vom 19.10.2020 wies das FA den Einspruch gegen die „Umsatzsteuer 2018“ unter Hinweis darauf, dass die Umsatzsteuerjahreserklärung einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichstehe und gem. § 365 Abs. 3 AO zum Gegenstand des laufenden Einspruchsverfahrens geworden sei, als unbegründet zurück. Zur Begründung führte es aus: 40

Im vorliegenden Fall sei in materiell-rechtlicher Hinsicht streitig, ob der C.-Fonds und die beiden P. das von Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Nr. 2 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses (UStAE) geforderte Kriterium des „gleichen Anlegerkreises“ erfüllen würden. Danach müssten AIF den gleichen Anlegerkreis wie OGAW ansprechen. Hierzu würden auch Kleinanleger gehören. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) habe in seinem Schreiben vom 13.12.2017 ausgeführt, dass die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG der umsatzsteuerlichen Gleichbehandlung von Investmentanlagen und Direktanlagen diene. Privatanleger, insbesondere Kleinanleger, sollten mit ihren Anlagen in Investmentvermögen nicht stärker mit Umsatzsteuer belastet werden. Dieser Zweck sei in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Nr. 2 UStAE aufgenommen worden. Im Klammerzusatz werde ausdrücklich auf „Kleinanleger“ als Voraussetzung für einen gleichen Anlegerkreis hingewiesen. Maßgeblich sei dabei, ob sich Kleinanleger am jeweiligen Fonds im zivilrechtlichen Sinne „direkt“ beteiligen könnten und dieser Fonds somit den gleichen Anlegerkreis wie ein OGAW anspreche. 41

Vorliegend werde indes nicht der gleiche Anlegerkreis angesprochen. Die vorliegenden Fonds sprächen nur semiprofessionelle und professionelle Anleger an. Kleinanleger seien allenfalls mittelbar durch zwischengeschaltete Kapitalgesellschaften an dem C.-Fonds beteiligt. Die betreffenden Kapitalgesellschaften seien aber selbstständige Rechtssubjekte, die eigenständig beteiligt seien. Es sei insoweit keine wirtschaftliche Betrachtung vorzunehmen, wonach die Kleinanleger durch die Gründung der betreffenden Gesellschaften wirtschaftlich weiterhin am Fonds beteiligt seien. Der Fonds richte sich jedenfalls nicht an diese. Sie könnten sich auch zivilrechtlich nicht mehr daran beteiligen, sodass die Voraussetzung „Ansprache des gleichen Anlegerkreises“ nicht (mehr) erfüllt sei. Würde der Argumentation der Klägerin gefolgt, hätte dies faktisch zur Konsequenz, dass bezogen auf das Kriterium „Kleinanleger“ stets die Voraussetzungen erfüllt wären, da an institutionellen Anlegern im Regelfall wiederum Kleinanleger beteiligt seien. Entscheidend müsse sein, an wen sich der Fonds als Anleger richte, nicht wer letztendlich wirtschaftlich betrachtet dahinterstehe. Es reiche daher nicht aus, wenn Kleinanleger beteiligt seien. Maßgeblich sei 42

vielmehr die Möglichkeit einer Beteiligung von Kleinanlegern. Das Kriterium sei somit auch dann erfüllt, wenn sich kein Kleinanleger beteilige, der Fonds sich aber grds. an diese richte. Umgekehrt sei es unzureichend, dass Kleinanleger beteiligt seien, sich der Fonds aber (nicht mehr) an diese richte.

Die Voraussetzung, dass der AIF sich an Kleinanleger richten müsse, sei auch folgerichtig, denn das Ziel der Befreiung der Umsätze im Zusammenhang mit der Verwaltung von Investmentvermögen liege, wie der EuGH mehrfach entschieden habe, darin, Kleinanlegern die Geldanlage in Investmentfonds zu erleichtern (Hinweis auf EuGH-Urteil vom 4.5.2006 C-169/04, „Abbey National", Bundessteuerblatt --BStBl-- II 2010, 567 Rz. 62). Auch im Urteil „JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust Companies“ (EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573) werde in Rz. 45 auf die Erläuterungen der Rz. 62 des Urteils „Abbey National" Bezug genommen. 43

Auch die Leitlinie zur 109. Sitzung vom 1.12.2017 des Mehrwertsteuerausschusses (MwSt-Ausschuss) führe in Rz. 5 aus, dass AIF, die nicht als OGAW i.S.d. OGAW-Richtlinie eingestuft werden könnten, nur dann als Sondervermögen einzustufen seien, wenn sie alle unter Punkt 4 aufgeführten Bedingungen erfüllen würden. Insbesondere sei der MwSt-Ausschuss mit einer großen Mehrheit der Ansicht, dass ein AIF, bei dem davon auszugehen sei, dass er aufgrund seines Anlageportfolios oder seiner Beteiligungsbedingungen nicht denselben Anlegerkreis wie ein OGAW anspreche, nicht als Sondervermögen einzustufen sei. 44

Die Klägerin weise allerdings zutreffend darauf hin, dass in Abschn. 4.8.13 Abs. 9 Satz 1 UStAE eine besondere Regelung für offene Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen i.S.d. § 284 KAGB getroffen worden sei. Diese könnten unabhängig von den in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 Nr. 2 bis 4 UStAE genannten Bestimmungen begünstigte Investmentvermögen darstellen. Insoweit sei die Ansprache des gleichen Anlegerkreises, insbesondere der Kleinanleger, also nicht erforderlich. Bei dem C.-Fonds handele es sich aber gerade nicht um einen Spezial-AIF i.S.v. § 284 KAGB, sondern um einen Spezial-AIF i.S.v. § 283 KAGB („Hedgefonds"). 45

Hiergegen richtet sich die fristgemäß am 20.11.2020 erhobene Klage. Zur Begründung führt die Klägerin aus: 46

Die von der R. im Dezember 2018 an den C.-Fonds erbrachten Leistungen seien gem. § 4 Nr. 8 Buch. h UStG von der Umsatzsteuer befreit. Der C.-Fonds sei ein AIF i.S.d. § 1 Abs. 3 KAGB, der mit einem OGAW i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB vergleichbar sei. Die unionsrechtlich determinierten Vergleichskriterien seien in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH auszulegen. Vor diesem Hintergrund spreche der C.-Fonds, neben den unstreitig erfüllten sonstigen Vergleichskriterien, entgegen der Ansicht des FA den gleichen Anlegerkreis wie ein OGAW an. 47

Die seit dem 1.1.2018 geltende Neufassung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG habe der Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur unionsrechtlichen Steuerbefreiung gem. Art. 135 Abs. 1 Buch. g der Richtlinie 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL) gedient. Dementsprechend habe der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass die Kriterien für die Vergleichbarkeitsprüfung aus der Rechtsprechung des EuGH übernommen worden seien (BT-Drucks. 18/8045, 141). Daran anknüpfend habe das BMF mit Schreiben vom 13.12.2017 die betreffenden Kriterien nahezu wörtlich aus der Gesetzesbegründung in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 UStAE aufgenommen. Streitig sei hier allein das Merkmal „Ansprache des gleichen Anlegerkreises“. Ausgehend 48

hiervon ergebe sich die Steuerfreiheit der Verwaltung des C.-Fonds schon aus dem von der Finanzverwaltung richtig erkannten gesetzgeberischen Willen. In dem BMF-Schreiben vom 13.12.2017 heiße es wörtlich: „Danach wird die Steuerbefreiung punktuell auf bestimmte nach dem KAGB regulierte Investmentvermögen erweitert. [...] Im Übrigen wird der Umfang der nach bisherigem Recht umsatzsteuerfreien Verwaltungsleistungen [...] unverändert aufrechterhalten (BMF BStBl I 2018, 72).“ Die Änderung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG habe den Umfang der Steuerbefreiung mithin gerade nicht einschränken sollen.

Darüber hinaus sei das in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 Nr. 2 UStAE als Voraussetzung einer Gleichstellung genannte Merkmal „Kleinanleger" kein geeigneter Begriff zur Bestimmung des Anlegerkreises. Mit diesem Begriff rekurriere der UStAE auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Abbey National“. Dieser sei damit der älteren Rechtsprechung des EuGH entnommen, aber in der Folgezeit vom EuGH selbst nicht wiederholt worden, um die Ähnlichkeit mit einem OGAW und dessen Eigenschaft als Sondervermögen i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL zu begründen. Bereits die in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Nr. 2 UStAE zitierte Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „JP Morgan“ (EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573) habe den Begriff des Kleinanlegers bewusst nicht mehr aufgegriffen. Dies gelte auch für das Urteil „Fiscale Eenheid X“ (EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, Betriebs-Berater --BB-- 2016, 31), das wesentlicher Grund für die Neufassung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG gewesen sei. 49

Dass der EuGH den Begriff des „Kleinanlegers" nicht weiter heranziehe, sei auch folgerichtig. Denn dieser Begriff habe keine Anknüpfungspunkte in anderen harmonisierten Rechtsgebieten. So sei der Begriff des Kleinanlegers - anders als der des Privatanlegers - auch kein dem Aufsichtsrecht entstammender Begriff. Er sei daher nicht geeignet, als Kriterium im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung herangezogen zu werden. Der EuGH habe in seiner Rechtsprechung vielmehr pauschal auf den Neutralitätsgrundsatz und das Ziel abgestellt, die gemeinsame Vermögensanlage von Mehrwertsteuerkosten zu befreien und so Nachteile zu beseitigen, die Anleger generell bei der Direktanlage nicht treffen würden. Daher stelle der EuGH allgemein fest, dass es der Grundsatz der steuerlichen Neutralität verbiete, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Fondsverwaltungsdienstleistungen umsatzsteuerlich unterschiedlich zu behandeln. Zwischen verschiedenen Anlegergruppen werde insoweit in der EuGH-Rechtsprechung nicht mehr differenziert. 50

Das FA weise zwar zutreffend darauf hin, dass der MwSt-Ausschuss der EU in der Leitlinie zur 109. Sitzung vom 1.12.2017 mit einer großen Mehrheit der Auffassung gewesen sei, dass ein AIF zur Vergleichbarkeit mit einem OGAW denselben Anlegerkreis ansprechen müsse. Einen Hinweis auf „Kleinanleger" enthalte diese Aussage aber gerade nicht. 51

Ungeachtet der vorstehenden Argumente komme es aus einer weiteren Erwägung heraus nicht mehr darauf an, dass ein mit OGAW vergleichbarer Anlegerkreis angesprochen werde. Denn der EuGH habe in der Rechtssache „ATP Pensionservice“ (EuGH-Urteil vom 13.3.2014 C-464/12, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung --HFR-- 2014, 459) ein Altersvorsorgesystem mit einem Sondervermögen für vergleichbar erklärt, bei dem nur Arbeitnehmer, und zwar unabhängig von ihrer Qualifikation als Privatanleger, semi-professionelle oder professionelle Anleger, hätten teilnehmen können. Da ein OGAW allen Anlegern offenstehe, die Investition in ein Altersvorsorgesystem dagegen nicht, komme es faktisch nicht auf eine Vergleichbarkeit des Anlegerkreises an. 52

Schließlich folge die Steuerbefreiung zwingend aus einem Vergleich mit der Behandlung von Fonds i.S.d. § 284 KAGB. Für diese sehe die Finanzverwaltung einen Kleinanleger 53

einschließenden Anlegerkreis als unerheblich an (Abschn. 4.8.13 Abs. 9 UStAE). Diese Folge müsse zur Sicherstellung einer unionsrechtskonformen Umsetzung der Anforderungen der MwStSystRL auch für die Fonds i.S.d. §§ 282 f. KAGB gelten, die nicht als Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen gem. § 284 KAGB qualifiziert seien. Es sei der EuGH-Rechtsprechung nicht zu entnehmen, dass das deutsche Spezifikum eines Fonds „mit festen Anlagebedingungen" Voraussetzung für eine Umsatzsteuerbefreiung sein könne. Der Umstand, dass in einen Spezial-AIF keine Privatanleger, sondern nur professionelle und semiprofessionelle Anleger gem. § 1 Abs. 19 Nr. 32, 33 KAGB investieren dürften, sei unschädlich. Denn die letztgenannten Anleger könnten sowohl in OGAW wie auch in Spezial-AIF investieren. Damit richteten sich beide Fondstypen auch an professionelle und semiprofessionelle Anleger (Hahne, Mehrwertsteuerrecht --MwStR-- 2017, 604, 607). Zudem könnten Gelder von Privatanlegern mittelbar auch über Spezial-AIF i.S.d. KAGB angelegt werden. Faktisch richteten sich damit die Spezial-AIF wie auch OGAW an den gleichen Anlegerkreis. Daher stelle auch der EuGH allgemein fest, dass es der Grundsatz der steuerlichen Neutralität verbiete, gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Dienstleistungen umsatzsteuerrechtlich unterschiedlich zu behandeln. Zwischen verschiedenen Anlegergruppen werde insoweit nicht differenziert (Jeer/Mager in Beckmann/Scholtz/Vollmer, Investment, Vorbemerkung zu § 1 InvStG Rn. 75). Somit schließe auch Abschn. 4.8.13 Abs. 9 Satz 1 UStAE nicht aus, dass auch AIF, an denen sich ausschließlich professionelle und semiprofessionelle Anleger - unmittelbar - beteiligen dürften, steuerbefreit verwaltet werden könnten.

Auch eine Differenzierung danach, ob es sich (wie z.B. bei OGAW) um Fonds mit festen Anlagebedingungen handele oder es (wie bei Hedgefonds gem. § 283 KAGB) an einer gesetzlichen Pflicht zur Festlegung einer Anlagestrategie fehle, sei für die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 8 Buch. h UStG nicht entscheidend. Ein entgegengesetztes Verständnis des Abschn. 4.8.13 Abs. 9 Satz 1 UStAE sei der Rechtsprechung des EuGH nicht zu entnehmen und stehe im Widerspruch zu dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität, der dem gemeinsamen Mehrwertsteuersystem immanent sei. Die Einbeziehung in die Umsatzsteuerbefreiung ausschließlich von Fonds, die der gesetzlichen Pflicht zur Festlegung einer Anlagestrategie unterlägen, sei dem harmonisierten Mehrwertsteuerrecht nicht zu entnehmen und stelle daher eine Überschreitung der mitgliedstaatlichen Definitionsbefugnis dar. Es sei daher für die Umsatzsteuerbefreiung der für den C.-Fonds geleisteten Verwaltungsleistungen unerheblich, dass der C.-Fonds gem. § 283 KAGB gesetzlich nicht zur Festlegung von Anlagebedingungen gezwungen sei. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH stehe es den Mitgliedstaaten zwar frei, den Begriff des Sondervermögens unter Beachtung der vom Gemeinschaftsgesetzgeber verwendeten Formulierung der Befreiungsvorschrift im Rahmen des innerstaatlichen Rechts zu definieren. Das insoweit eingeräumte Ermessen berechtige die Mitgliedstaaten jedoch nicht zu einer Definition, die mit den von der MwStSystRL verfolgten Zielen oder den ihr zugrundeliegenden allgemeinen Grundsätzen, insbesondere dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität, nicht im Einklang stünden. Die Mitgliedstaaten seien daher insbesondere nicht ermächtigt, bestimmte in ihrem Hoheitsgebiet angesiedelte Fonds für eine Befreiung auszuwählen und andere Fonds von dieser Befreiung auszuschließen. Die gegenteilige Auffassung des FA sei daher nicht mit Unionsrecht vereinbar. 54

Die investmentrechtliche Änderung, die der Fonds erfahren habe, sei dagegen ohne Einfluss auf umsatzsteuerliche Behandlung. Die Umstellung des C.-Fonds auf einen Spezial-Investmentfonds i.S.d. InvStG und die damit einhergehende Änderung der Investorenstruktur sei ausschließlich vor dem Hintergrund der Änderung des Investmentsteuergesetzes zum 55

1.1.2018 erfolgt. Diese Umstellung stehe der Umsatzsteuerbefreiung der Fondsverwaltung nicht entgegen. Denn im C. Fonds seien nach wie vor Privatanleger mittelbar über Kapitalgesellschaften investiert. Zudem stehe der C. Fond auch weiterhin für mittelbare Investments durch Privatanleger offen. Er richte sich damit an einen einem OGAW vergleichbaren Anlegerkreis. Der C.-Fonds habe als Publikumsfonds i.S.v. § 112 InvG ursprünglich auch Privatanlegern („Kleinanlegern“) für unmittelbare Investments offengestanden und hätte daher umsatzsteuerfrei verwaltet werden können. Diese Anleger seien jedenfalls anteilig immer noch an dem Fonds - vermittelt über zwischengeschaltete Kapitalgesellschaften - beteiligt. Dass es sich bei diesen Anlegern nicht um natürliche, sondern um juristische Personen handele, sei unbeachtlich. Denn die ehemals direkt beteiligten natürlichen Personen hätten sich nur aufgrund des geänderten aufsichtsrechtlichen Umfelds und des Verbots der Beteiligung von natürlichen Personen an Spezial-AIF entschlossen, Anteile in eine (Kapital-) Gesellschaft einzubringen und so Fondsanteile mittelbar über die Kapitalgesellschaft zu halten. Unabhängig davon sei zu berücksichtigen, dass auch bei der Umstellung des Fonds auf das KAGB im § 350 Abs. 2 KAGB eine Regelung für die Beibehaltung des aufsichtsrechtlichen Status quo von vor dem 22.7.2013 investierten Privatanlegern gegeben habe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb, abweichend von der aufsichtsrechtlichen Situation, durch die Änderung investmentrechtlicher Vorschriften (insb. § 26 Nr. 8InvStG) Verwaltungsleistungen, die bislang umsatzsteuerbefreit gewesen seien, nunmehr umsatzsteuerpflichtig geworden sein sollten.

Darüber hinaus seien auch die von der R. im Jahr 2018 gegenüber den P. erbrachten Leistungen steuerfrei. Die Leistungen der R. umfassten ausschließlich Leistungen i.S.d. Abschn. 4.8.12 Abs. 18 Nr. 2 und 4 UStAE und unterfielen damit dem Begriff der Verwaltungsleistung i.S.v. § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG. Sie seien für die Verwaltung der P. spezifisch und wesentlich, da sie die gesamte Verwaltung der P. wie auch das Risikomanagement als wesentlichen Teil der Fondsverwaltung beinhalteten. Die Auslagerung dieser Tätigkeiten von der Y. als AIFM auf die R. stehe der Steuerfreiheit gemäß Abschn. 4.8.13 Abs. 16 UStAE nicht entgegen. Denn diese Leistungen seien für den Betrieb der P. unerlässlich und würden von der R. eigenverantwortlich wahrgenommen und bildeten damit ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes i.S.d. Abschn. 4.8.13 Abs. 16 Satz 4 UStAE. 56

Darüber hinaus seien die P. als einem OGAW vergleichbare AIF anzusehen. Die Ausführungen zum C.-Fonds würden entsprechend auch für die P. gelten. Im Hinblick auf das Vergleichsmerkmal „Ansprache des gleichen Anlegerkreises“ sei über die Ausführungen zum C.-Fonds hinaus Folgendes anzumerken: 57

- Im Unterschied zum C.-Fonds habe sich der Anlegerkreis selbst in seiner unmittelbaren Zusammensetzung seit 2017 nicht geändert; zum 31.12.2019 seien ... natürliche Personen in dem P. „T.“ und ... natürliche Personen in dem P. „X.“ investiert gewesen. 58 59

- Des Weiteren seien in den P. auch die vor dem 22.7.2013 investierten Privatanleger (... im Hinblick auf „T.“ sowie ... im Hinblick auf „X.“) gem. § 350 Abs. 2 KAGB weiterhin investiert. 60 61

Damit richteten sich die P. direkt an Privatanleger, die gem. § 350 Abs. 2 KAGB hätten investiert bleiben können. Auch eine Belastung der Verwaltung der P. mit Umsatzsteuer widerspreche somit dem unionsrechtlich determinierten Zweck der Steuerbefreiung des § 4 62

Nr. 8 Buch. h UStG, die Investments dieser Anlagegruppe von einer nicht abziehbaren Belastung mit Umsatzsteuer freizuhalten. Eine Umsatzsteuerbelastung würde den Wettbewerb zulasten der P. in Bezug auf die Investments von Privatanleger, die Bestandsschutz gem. § 350 Abs. 2 KAGB genössen, verzerren. Eine Versagung der Umsatzsteuerfreiheit widerspreche somit dem für die Rechtsprechung des EuGH maßgeblichen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des harmonisierten Mehrwertsteuerrechts.

Im Rahmen des Klageverfahrens hat das FA aus hier nicht maßgeblichen Gründen am 8.1.2021 und am 29.9.2023 nach § 164 Abs. 2 AO geänderte Umsatzsteuerbescheide erlassen, die gemäß § 68 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) Gegenstand des Verfahrens geworden sind, und die Umsatzsteuer zuletzt auf ... EUR festgesetzt. 63

Nachdem die Klägerin ursprünglich nur eine Minderung der Umsatzsteuer für 2018 um ... EUR begehrt hatte, hat sie diesen Betrag zunächst mit Schriftsatz vom 8.3.2024, auf den Bezug genommen wird, korrigiert und sodann die Klage mit Schriftsatz vom 19.3.2024 auf einen Betrag von ... EUR erweitert. Wegen der Zusammensetzung dieses Betrages und der Einzelheiten der rechnerischen Ermittlung wird auf den letztgenannten Schriftsatz Bezug genommen. 64

Die Klägerin beantragt, 65

den Umsatzsteuerbescheid für 2018 vom 29.9.2023 dahingehend zu ändern, dass die Umsatzsteuer für 2018 um ... EUR herabgesetzt wird; 66

hilfsweise die Revision zuzulassen; 67

die Zuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären. 68

Das FA beantragt, 69

die Klage abzuweisen. 70

Das FA hält an seiner in der Einspruchsentscheidung vertretenen Rechtsauffassung fest. 71

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 72

Die zulässige Klage ist unbegründet. 73

I. Die Klage ist zulässig. 74

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor. Das gilt auch für die nach § 40 Abs. 2 FGO erforderliche Klagebefugnis. Durch die Ausgliederung ihres Vermögens zur Aufnahme gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 des Umwandlungsgesetzes (UmwG) auf die U. M. GmbH & Co KG (M.) mit Wirkung zum 30.6.2023 sowie das gleichzeitige Ausscheiden aus ihrer Kommanditistenstellung bei dieser Gesellschaft ist es nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge i.S.v. § 45 AO gekommen (vgl. zur Gesamtrechtsnachfolge bei Vermögensübertragungen Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 28.10.1970 I R 72/68, Sammlung der Entscheidungen des BFH --BFHE-- 100, 353, BStBl II 1971, 26; vom 7.8.2002 I R 99/00, BFHE 199, 489, BStBl II 2003, 835; vom 23.3.2005 III R 20/03, BFHE 209, 29, BStBl II 2006, 432; vom 5.11.2009 IV R 29/08, BFHE 226, 492; FG Köln, Urteil vom 12.4.2011 13 K 3136/04, Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2011, 2014; FG S., Urteil vom 17.5.2022 13 K 1541/20 G, abrufbar in juris, bestätigt durch BFH-Beschluss vom 10.3.2023 X 75

B 70/22, Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH --BFH/NV-- 2023, 719). Die M. ist daher nicht in das durch die Klägerin begründete Prozessrechtsverhältnis eingetreten. Die zivilrechtliche Übernahme sämtlicher Prozessrechtsverhältnisse der Klägerin durch die M. ist ebenfalls prozessrechtlich ohne Bedeutung.

II. Die Klage ist allerdings unbegründet. 76

Der Umsatzsteuerbescheid für 2018 vom 29.9.2023 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die von der Klägerin begehrte Minderung der Umsatzsteuer kommt nicht in Betracht. Denn die hier streitigen Ausgangsumsätze, die die R. im Streitjahr an den C.-Fonds und die beiden P. „T.“ und „X.“ erbracht hat und die aufgrund des im Streitjahr bestehenden Organschaftsverhältnisses von der Klägerin in ihrer Umsatzsteuerjahreserklärung für 2018 als steuerpflichtig deklariert wurden, unterfallen nicht der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG. Bei den betreffenden AIF handelte es sich um Spezial-AIF, die aufgrund ihres Anlegerkreises nicht mit OGAW i.S.v. § 1 Abs. 2 KAGB vergleichbar sind. Für eine „Vergleichbarkeit“ fehlt es daran, dass sich Privatanleger i.S.v. § 1 Abs. 19 Buch. 31 KAGB im Streitjahr nicht unmittelbar an ihnen beteiligen konnten. 77

1. Nach § 4 Nr. 8 Buch. h UStG in der im Streitjahr (ab dem 1.1.2018) geltenden Fassung des InvStRefG ist steuerfrei die Verwaltung von OGAW i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB, die Verwaltung von mit diesen vergleichbaren AIF i.S.d. § 1 Abs. 3 KAGB und die Verwaltung von Versorgungseinrichtungen i.S.d. Versicherungsaufsichtsgesetzes. 78

Unter OGAW i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB sind Investmentvermögen zu verstehen, die die Anforderungen der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte OGAW (ABl. L 302 vom 17.11.2009, 32) erfüllen (nachfolgend wird, soweit es nicht auf die jeweilige Fassung ankommt, allgemein von der OGAW-Richtlinie gesprochen. Die Ursprungsfassung dieser Richtlinie stammt vom 20.12.1985 und trug die Bezeichnung Richtlinie 85/611/EWG. Bei der Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 handelt es sich um die Neufassung der vorgenannten Richtlinie). 79

AIF sind nach der Negativabgrenzung des § 1 Abs. 3 KAGB alle Investmentvermögen, die keine OGAW sind. Eine Untergruppe der AIF bilden die sog. Spezial-AIF, die im Kapitel 3 des KAGB (§§ 273 ff. KAGB) geregelt sind. Hierunter fallen etwa auch Hedgefonds i.S.v. § 283 KAGB. Nach der Definition des § 1 Abs. 6 Satz 1 KAGB sind Spezial-AIF solche AIF, deren Anteile auf Grund von in Textform geschlossenen Vereinbarungen mit der Verwaltungsgesellschaft oder auf Grund der konstituierenden Dokumente des AIF nur erworben werden dürfen von: 80

- professionellen Anlegern i.S.d. § 1 Abs. 19 Nr. 32 KAGB und 81
- semiprofessionellen Anlegern i.S.d. § 1 Abs. 19 Nr. 33 KAGB, wobei ein Anleger, der kraft Gesetzes Anteile an einem Spezial-AIF erwirbt, als semiprofessioneller Anleger i.S.d. letztgenannten Vorschrift gilt. 82

Den Spezial-AIF stehen damit alle übrigen Investmentvermögen (AIF und OGAW) gegenüber, die Publikumsinvestmentvermögen sind (§ 1 Abs. 6 Satz 2 KAGB) und als solche – vereinfacht ausgedrückt – allen Arten von Anlegern, insbesondere auch Privatanlegern i.S.v. § 1 Abs. 19 Nr. 31 KAGB, offenstehen. 85

2. Die Finanzverwaltung vertritt in ihrem BMF-Schreiben vom 13.12.2017 III C 3 – S 7160-h/16/10001 (BStBl I 2018, 72) und basierend hierauf in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 UStAE die Auffassung, dass kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit AIF i.S.v. § 1 Abs. 3 KAGB als mit OGAW i.S.v. § 1 Abs. 2 KAGB vergleichbar angesehen werden können und damit der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG unterfallen: 86

- 1. Die AIF unterliegen einer vergleichbaren besonderen staatlichen Aufsicht. AIF, die nach KAGB reguliert sind, unterliegen dieser vergleichbaren Aufsicht grundsätzlich, 87 88
- 2. die AIF sprechen den gleichen Anlegerkreis an (Kleinanleger), 89
- 3. die AIF unterliegen den gleichen Wettbewerbsbedingungen (unterliegen vergleichbaren Pflichten und Kontrollen), 90
- 4. die AIF haben Anteilsrechte an mehrere Anleger ausgegeben, 91
- 5. der Ertrag der Anlage hängt von den Ergebnissen der Anlage ab, die die Verwalter im Laufe des Zeitraums, in dem die Anteilsinhaber diese Anteilsrechte innehaben, getätigt haben, 92
- 6. die Anteilsinhaber haben Anrecht auf die vom AIF erzielten Gewinne und auf den Gewinn infolge einer Wertsteigerung ihres Anteils und tragen das Risiko, das mit der Verwaltung des darin gesammelten Vermögens einhergeht und 93
- 7. die Anlage des gesammelten Vermögens erfolgt nach dem Grundsatz der Risikomischung zum Zwecke der Risikostreuung. Der Grundsatz gilt regelmäßig als erfüllt, wenn das Vermögen in mindestens drei Vermögensgegenständen mit unterschiedlichen Anlagerisiken angelegt ist. Hierbei sind die Anlagenfristen des KAGB zu beachten. 94

Ergänzend hierzu hat das Finanzministerium des Landes Schleswig-Holstein in einer Verfügung vom 24.11.2020 (VI 358-S 7160-114, FMNR5b0550020) die Auffassung vertreten, dass die Verwaltung eines Spezial-AIF i.S.v. § 282 KAGB, der auf semiprofessionelle bzw. professionelle Anleger ausgerichtet sei, nicht nach § 4 Nr. 8 Buch. h UStG umsatzsteuerbefreit sei, da die in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 UStAE benannten Kriterien für die Vergleichbarkeit mit OGAW i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB nicht kumulativ erfüllt seien. Insbesondere fehle es insoweit an den Kriterien in Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 Nr. 1 bis 3 UStAE. 95

3. Die Auffassung der Finanzverwaltung zur Auslegung des Begriffs der „Vergleichbarkeit“ im § 4 Nr. 8 Buch. h UStG hat in der Literatur überwiegend Kritik, zum Teil aber auch Zustimmung erfahren. Der Meinungsstreit betrifft dabei nicht nur, aber insbesondere das zweite der im BMF-Schreiben vom 13.12.2017 (BStBl I 2018, 72) bzw. Abschn. 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 UStAE aufgelisteten Vergleichsmerkmale, nämlich das Erfordernis, dass der AIF, um einem OGAW gleichgestellt werden zu können, den gleichen Anlegerkreis und damit auch Kleinanleger ansprechen muss. 96

a) Nach der überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung kann die Steuerbefreiung nicht davon abhängig gemacht werden, dass sich auch Kleinanleger an dem AIF beteiligen können. 97

98

Zum Teil wird dies damit begründet, dass auch der EuGH die Beteiligung von Kleinanlegern nicht als zwingend ansehe (vgl. etwa Herbert in Hartmann/Metzenmacher, UStG, § 4 UStG Rn. 450 unter Bezugnahme auf die EuGH-Urteile vom 13.3.2014 C-464/12, „ATP Pensionservice“, HFR 2014, 459 und vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31; ferner Jacobs/Stabenow, Umsatzsteuer-Rundschau --UR-- 2018, 75, 77 f.; Kußmaul/Kloster, Die Unternehmensbesteuerung --Ubg-- 2018, 210, 215; Stadler/Sotta, BB 2019, 2790, 2792).

Flad weist darauf hin, dass die Vertreter der Gegenauffassung, die den Normzweck darin sähen, dass Kleinanlegern die Geldanlage in Investmentfonds erleichtert werden solle, der Norm eine sozialpolitische Lenkungsfunktion beimessen würden, die sich aus dem bloßen Wortlaut nicht unmittelbar ergebe (Flad, Umsatzsteuer- und Verkehrssteuerrecht --UVR-- 2023, 85, 89). Eine entsprechende Differenzierung widerspreche dem Grundsatz der Entscheidungsneutralität. Sollten Sondervermögen, die nur semiprofessionellen und professionellen Anlegern offenstünden, nicht begünstigt sein, würde deren Rendite um die Umsatzsteuer auf die Verwaltungsleistung geschmälert. Es widerspreche zudem dem Neutralitätsgrundsatz, wenn gleichartige Verwaltungsleistungen in Abhängigkeit von der jeweiligen Anlegergruppe unterschiedlich behandelt würden (Flad, UVR 2023, 85, 89 f.). Werde die Steuerbefreiung unabhängig vom Anlegerkreis des betreffenden Sondervermögens angewandt, bleibe die Entscheidungsneutralität gewahrt und zugleich würde auch Kleinanlegern der Zugang zum Wertpapiermarkt erleichtert. Dieser Auslegung sei als milderes Mittel der Vorrang einzuräumen (Flad, UVR 2023, 85, 90). Des Weiteren führt Flad (UVR 2023, 117, 120) aus, dass in Bezug auf die Vergleichbarkeit von AIF mit OGAW festzustellen sei, dass sich die OGAW-Richtlinie nicht an eine bestimmte Anlegergruppe richte, während mit der AIFM-Richtlinie ausdrücklich professionelle Anleger angesprochen würden. Im KAGB habe der nationale Gesetzgeber allerdings von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Umsetzung der AIFM-Richtlinie auf semiprofessionelle Anleger auszuweiten, so dass sich insoweit die Anlegerkreise von OGAW- und AIFM-Richtlinie decken würden. Insofern stünden OGAW und AIF hinsichtlich dieser Anleger in einer Wettbewerbssituation, was ausreiche, um die Vergleichbarkeit hinsichtlich des Anlegerkreises zu bejahen. Nach der EuGH-Rechtsprechung genüge als Mindestvoraussetzung für begünstigte Sondervermögen bereits eine Ähnlichkeit mit OGAW, die zu einer Wettbewerbssituation führe. Dabei reiche potentieller Wettbewerb aus. 99

Kußmaul/Kloster (Ubg 2018, 210, 218 f.) weisen darauf hin, dass es nicht nachvollziehbar sei, dass Spezial-AIF i.S.v. § 282 KAGB die Steuerbefreiung nicht erreichen könnten, obwohl diese nach der bisherigen Rechtslage von der Befreiung erfasst worden seien und laut der Gesetzesbegründung eine „punktuelle Ausweitung“ der Steuerbefreiung habe erreicht werden sollen. Es sei daher zweifelhaft, ob dieses Ergebnis mit der Gesetzesänderung beabsichtigt gewesen sei. 100

Jacobs/Stabenow (UR 2018, 75, 77), Stadler/Sotta (BB 2019, 2790, 2791) und Walter/Mehrgardt (BB 2022, 407, 409) argumentieren, dass, auch wenn der EuGH das Ziel der Befreiung u.a. darin erkenne, Kleinanlegern die Geldanlage in Investmentfonds zu erleichtern, daraus nicht zwingend folge, dass damit AIF, deren Anteile institutionelle Anleger hielten, nicht zum Kreis der begünstigten Investmentvermögen zählten. Denn zum einen könnten Anteile an OGAW gleichermaßen von Klein- und Großanlegern gehalten werden, zum anderen könnten institutionelle Investoren wie Versorgungswerke und Pensionskassen sich auch an Spezialfonds beteiligen, um mittelbar Kleinanleger am Anlageerfolg des Fonds partizipieren zu lassen. Dies werde auch im EuGH-Urteil „Fiscale Eenheid X“ deutlich, denn die dort in Rede stehenden Organismen für gemeinsame Anlagen hätten die Gelder u.a. von 101

Pensionsfonds eingesammelt, bei denen es sich offenkundig nicht um “Kleinanleger” gehandelt habe. Gleichwohl habe der EuGH die Eigenschaft als “Sondervermögen”, das unter die Umsatzsteuerbefreiung falle, bejaht (Stadler/Sotta, BB 2019, 2790, 2791). Insgesamt seien die Grenzen zwischen Groß- und Kleinanlegern fließend (Jacobs/Stabenow, UR 2018, 75, 77). Eine einheitliche Auffassung zu der Frage, welcher Anlegerkreis von einer Belastung mit der Mehrwertsteuer entlastet werden solle, existiere in den Mitgliedstaaten der Union nicht. Insgesamt bestehe das Ziel der Steuerbefreiung darin, die Direktanlage und die Fondsanlage für umsatzsteuerrechtliche Zwecke gleich zu behandeln, um somit Wettbewerbsverzerrungen unabhängig von der Klassifikation des (direkten) Anlegers zu vermeiden und den Grundsatz der steuerlichen Neutralität zu wahren (Walter/Mehrgardt, BB 2022, 407, 409, ebenso Hahne, MwStR 2017, 604; ders. in BeckOK UStG, § 4 Nr. 8 Rn. 101.1).

Nach der Ansicht von Jacobs/Stabenow wäre es zudem nicht richtig, für den Begriff des Kleinanlegers an die Kategorie des Privatanlegers gem. § 1 Abs. 19 Nr. 31 KAGB anzuknüpfen und damit die nur für semiprofessionelle und professionelle Anleger gem. § 1 Abs. 19 Nr. 32 und 33 KAGB zugänglichen Spezial-AIF nach § 1 Abs. 6 KAGB generell auszuschließen. Denn lediglich § 1 Abs. 19 Nr. 33 Buch. a und Buch. c KAGB stellten überhaupt auf den Umfang des Investments ab. Auch könne nicht verlangt werden, dass das Sondervermögen im Prinzip allen Anlegern offenstehen müsse, da die Umsatzsteuerbefreiung auch Rentenkassen gewährt werde, die nur für Angehörige eines bestimmten Betriebes offenstünden. Wie das BMF mit dem „Anlegerkriterium“ dann innerhalb der Spezial-AIF zwischen begünstigten und nicht begünstigten Fonds differenzieren wolle, erschließe sich nicht (Jacobs/Stabenow, UR 2018, 75, 77 f.), 102

b) Eine gegensätzliche Ansicht wird insbesondere von Wäger (Wäger in Sölch/Ringleb, UStG § 4 Nr. 8 Rn. 231 ff.; gl.A. Hüschens in UStG - eKommentar, § 4 Rn. 137.6; Janzen in Lippross/Seibel, Basiskommentar Steuerrecht, § 4 UStG Rn. 92; Mühlenkamp/Schott/Strauß, MwStR 2016, 408, 411) vertreten. Wäger weist darauf hin, dass nach der amtlichen Gesetzesbegründung das umsatzsteuerrechtliche Erfordernis der „Vergleichbarkeit“ dem EuGH-Urteil „Fiscale Eenheid X“ Rechnung tragen solle. Für die Vergleichbarkeit von AIF mit OGAW sei dabei nach dem Willen des Gesetzgebers unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung u.a. darauf abzustellen, dass derselbe Anlegerkreis angesprochen werde. Insoweit sei zu beachten, dass die Steuerfreiheit die Geldanlage durch Kleinanleger begünstigen solle. Die Steuerfreiheit der Verwaltung von Sondervermögen bezwecke nach der Richtlinie, Kleinanlegern die Geldanlage in Organismen für gemeinsame Anlagen zu erleichtern. Entgegen einer im Schrifttum geäußerten Erwartung, dass es für die Auslegung der Steuerfreiheit auf das Kriterium der Kleinanlegerbegünstigung nach neuerer EuGH-Rechtsprechung nicht mehr ankomme, halte der EuGH hieran auch in seiner jüngeren Rechtsprechung, wie sich etwa aus dem EuGH-Urteil vom 17.6.2021 C-58/20, C-59/20 („K und DBKAG“, BB 2021, 1684 Rz. 37) ergebe, fest. 103

Kleinanleger seien zum Erwerb von Anteilen an OGAW, nicht aber zum Erwerb von Anteilen an Spezial-AIF berechtigt. Letztere dürften nach § 1 Abs. 6 Satz 1 KAGB nur von professionellen und semiprofessionellen Anlegern erworben werden. Ausschließlich professionelle und semiprofessionelle Anleger dürften sich zudem gemäß § 91 Abs. 2 KAGB an der Investment-KG (§§ 124 ff. KAGB) und gem. § 110 Abs. 3 KAGB an der Spezialinvestment-AG mit veränderlichem Kapital beteiligen. Publikums-AIF stünden demgegenüber gem. § 1 Abs. 6 Satz 2 KAGB allen Anlegern offen. Die aus der Sicht der EuGH-Rechtsprechung maßgeblichen Kriterien wie Vergleichbarkeit und Wettbewerbsbedingungen sprächen daher dafür, die Steuerfreiheit nach § 4 Nr. 8 Buch. h 104

Fall 2 UStG für die Verwaltung von Spezial-AIF zu verneinen (Wäger in Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 8 Rn. 242 bis 243).

4. Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. 105

Das im Tatbestand des § 4 Nr. 8 Buch h UStG verwendete Adjektiv „vergleichbar“ ist auslegungsbedürftig. Zwar ergibt sich anhand der Wortlautauslegung und der historischen Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals kein eindeutiges Ergebnis für die eine oder andere Auffassung. Die systematisch-teleologische Auslegung spricht aber nach Auffassung des Senats dafür, dass einem OGAW „vergleichbar“ nur solche AIF sind, die jedenfalls prinzipiell allen Arten von Anlegern – einschließlich den vom EuGH als „Kleinanleger“ und im KAGB als „Privatanleger“ bezeichneten Anlegern – offenstehen. 106

a) Die Wortlautauslegung bietet im Streitfall keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Lösung des Meinungsstreits. Das Adjektiv „vergleichbar“ meint von seiner Wortbedeutung her die Fähigkeit, neben etwas anderes als gleichwertig gestellt zu werden (Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, Lieferung 3 (1889), Bd. XII,I (1956), Spalte 449, Zeile 75) oder dass man es (mit etwas Anderem) vergleichen kann, weil es in einer Eigenschaft ähnlich ist (https://de.wiktionary.org/wiki/vergleichbar). Eine „Vergleichbarkeit“ setzt daher gedanklich voraus, dass es Anknüpfungspunkte für eine Vergleichsprüfung gibt und jedenfalls nicht in allen Fällen eine Gleichstellung vorzunehmen ist. Ob allerdings eine Ähnlichkeit in einer oder mehreren Eigenschaften bestehen muss oder eine „typusorientierte“ Auslegung (vgl. etwa FG S., Urteil vom 29.1.2019 13 K 2119/17 E, EFG 2019, 698) angezeigt ist, ist aufgrund einer reinen Wortlautauslegung nicht bestimmbar. 107

b) Anhand der historischen Auslegung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG, der seine zum 1.1.2018 gültige Fassung durch Art. 5 des InvStRefG vom 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730) erhielt, wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „von mit diesen vergleichbaren AIF“ an die Rechtsprechung des EUGH zur unionsrechtlichen Steuerbefreiung des Art. 135 Abs. 1 Buch g MwStSystRL anknüpfen wollte. Denn auch auf unionsrechtlicher Ebene stellt sich die vergleichbare Auslegungsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen AIF als „Sondervermögen“ im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden können. Die vom EuGH anhand dieses Tatbestandsmerkmals herausgearbeiteten Kriterien, nach denen ein AIF einem OGAW gleichgestellt werden kann, werden in der Gesetzesbegründung zum InvStRefG aufgegriffen. Darin heißt es auszugsweise (vgl. BT-Drucks 18/8045, 141): 108

Es handelt sich um eine punktuelle Erweiterung der Umsatzsteuerbefreiung auf bestimmte nach dem Kapitalanlagegesetzbuch regulierte Fonds aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 9. Dezember 2015, C-595/13, Fiscale Eenheid X und um eine Folgeänderung aufgrund der Neufassung des Investmentsteuergesetzes. Wegen der Ausweitung des Anwendungsbereiches des Investmentsteuergesetzes kann nicht mehr auf das gesamte Investmentsteuergesetz verwiesen werden. Steuerbefreit ist die Verwaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Sinne des § 1 Absatz 2 des Kapitalanlagegesetzbuchs und die Verwaltung von Alternativen Investmentfonds (AIF) im Sinne des § 1 Absatz 3 des Kapitalanlagegesetzbuchs, die mit den Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren vergleichbar sind. Die Vergleichbarkeit setzt nach ständiger EuGH-Rechtsprechung insbesondere voraus, dass 109

- diese Fonds einer vergleichbaren besonderen staatlichen Aufsicht wie die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) unterliegen; 110

111

- diese Fonds denselben Anlegerkreis wie die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) ansprechen;

- diese Fonds denselben Wettbewerbsbedingungen wie die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) unterliegen; 112

- diese Fonds Anteilsrechte an mehrere Anleger ausgeben; 113

- der Ertrag der Anlage von den Ergebnissen der Anlage abhängt, die die Verwalter im Laufe des Zeitraums, in dem die Anteilsinhaber diese Anteilsrechte innehaben, getätigt haben; 114

- die Anteilsinhaber Anrecht auf die vom Fonds erzielten Gewinne und auf den Gewinn infolge einer Wertsteigerung ihres Anteils haben und auch das Risiko tragen, das mit der Verwaltung des darin gesammelten Vermögens einhergeht; 115

- die Anlage des gesammelten Vermögens nach dem Grundsatz der Risikostreuung erfolgt. 116

Im Übrigen wird der Umfang der nach bisherigem Recht umsatzsteuerfreien Verwaltungsleistungen bzw. der begünstigten Investmentvermögen unverändert aufrechterhalten. 117

Die Gesetzesbegründung spricht daher zunächst einmal dafür, dass der Gesetzgeber den Anlegerkreis als ein entscheidungserhebliches Vergleichsmerkmal angesehen hat. Ihr lässt sich des Weiteren entnehmen, dass eine Steuerbefreiung nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur dann gewährt werden sollte, wenn der Anlegerkreis eines AIF mit demjenigen eines OGAW „identisch“ ist („denselben Anlegerkreis“). Auch wenn sich in der Gesetzesbegründung der später von der Finanzverwaltung im BMF-Schreiben vom 13.12.2017 (BStBl I 2015, 887) bzw. im Abschnitt 4.8.13 Abs. 8 Satz 4 Nr. 2 UStAE verwendete Begriff des „Kleinanlegers“ nicht findet, liegt es vor diesem Hintergrund nahe, dass der Gesetzgeber den weiten und alle Arten von Anlegern umfassenden Anlegerkreis eines OGAW als Referenzmaßstab für eine Vergleichbarkeit angesehen hat. 118

Einem eindeutigen Auslegungsergebnis stehen allerdings die weiteren Ausführungen in der Gesetzesbegründung entgegen, wonach der durch das InvStRefG neu gefasste § 4 Nr. 8 Buch. h UStG zu einer „punktuellen Erweiterung der Umsatzsteuerbefreiung“ führen sollte und auch im Übrigen davon ausgegangen wird, dass der Umfang der nach bisherigem Recht umsatzsteuerfreien Verwaltungsleistungen unverändert aufrechterhalten bleibt. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers scheint daher mit der Neufassung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG keine Verschlechterung im Vergleich zur zuvor geltenden Rechtslage beabsichtigt gewesen zu sein. Bei einer Auslegung dergestalt, dass für eine Vergleichbarkeit der Anlegerkreis eines AIF mit demjenigen eines OGAW „identisch“ sein müsste, wäre eine solche aber nicht auszuschließen. § 4 Nr. 8 Buch. h UStG a.F. (in der Fassung des AIFM-Umsetzungsgesetzes, in Kraft getreten seit dem 24.12.2013) hatte die Verwaltung von Investmentfonds i.S.d. InvStG 2004 von der Umsatzsteuer befreit. Durch diese Bezugnahme waren OGAW i.S.v. § 1 Abs. 2 KAGB sowie solche AIF i.S.v. § 1 Abs. 3 KAGB umfasst, die die zusätzlichen Voraussetzungen von § 1 Abs. 1b und 1f InvStG erfüllten. Demgegenüber waren sog. Investitionsgesellschaften i.S.v. § 1 Abs. 1c InvStG von der Steuerbefreiung ausgeschlossen. Nach dieser Systematik konnten grds. auch Spezial-AIF, die die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG erfüllten, der Steuerbefreiung unterfallen. 119

120

Ob dem Gesetzgeber nicht bewusst war, dass die Neufassung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG für bestimmte Spezial-AIF dazu führte, dass diese nicht mehr der Steuerbefreiung unterfielen, oder eine Auslegung dergestalt, dass der Anlegerkreis des AIF dem eines OGAW entsprechen muss, doch nicht beabsichtigt war, lässt sich anhand der Entstehungsgeschichte der Norm nicht eindeutig beantworten.

c) Die systematisch-teleologische Auslegung spricht indes dafür, dass eine Vergleichbarkeit zwischen einem AIF und einem OGAW jedenfalls auch voraussetzt, dass die Anlegerkreise im Wesentlichen übereinstimmen und sich auch Klein- bzw. Privatanleger an dem betreffenden AIF beteiligen können müssen. 121

aa) Da die Vorschrift des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG auf dem Unionsrecht basiert und dementsprechend eine richtlinienkonforme Auslegung geboten ist, sind im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung die mit der Richtlinienregelung verbundene Zielsetzung sowie die hierzu ergangenen Rechtsprechungsgrundsätze des EuGH in die Betrachtung einzubeziehen. 122

(1) Die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG basierte mit Inkrafttreten des UStG 1980 zum 1.1.1980 zunächst auf Art. 13 Teil B Buch. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Umsatzsteuern (Sechste Richtlinie). Danach hatten die Mitgliedstaaten die Umsätze aus der Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen durch Kapitalanlagegesellschaften von der Steuer zu befreien. Diese Vorschrift wurde, abgesehen von der Beschränkung auf Kapitalanlagegesellschaften, mit der Ablösung der Sechsten Richtlinie durch die am 1.1.2007 in Kraft getretene MwStSystRL wörtlich in Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL übernommen (zur Vereinfachung wird im Folgenden i.d.R. allein die letztgenannte Vorschrift zitiert, auch wenn sich die zitierten EuGH-Entscheidungen zum Teil auf die Vorgängervorschrift des Art. 13 Teil B Buch. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie beziehen). 123

Nach Maßgabe der unionsrechtlichen Vorschrift des Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL wird der Kreis der von der Steuerbegünstigung umfassten Anlagevehikel mithin durch das Tatbestandsmerkmal des „Sondervermögens“ definiert und eingegrenzt. 124

(2) Insoweit besteht die Besonderheit, dass – jedenfalls nach dem Wortlaut des Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL – die entsprechende Definitionsbefugnis hierfür den Mitgliedsstaaten zusteht und ihnen insoweit ein gesetzgeberisches Ermessen zukommt. 125

(3) Der EuGH hat den damit verbundenen Spielraum der nationalen Gesetzgeber allerdings in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Diesbezüglich hat er etwa in den Urteilen „JP Morgan“ (vgl. EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 19 ff.) und „Fiscale Eenheid X“ (vgl. EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 31 ff.) ausgeführt, dass es zwar Aufgabe der Mitgliedstaaten sei, die fraglichen Begriffe in ihrem innerstaatlichen Recht unter Beachtung der vom Gemeinschaftsgesetzgeber verwendeten Formulierung der Befreiungsvorschrift zu definieren. Diese Aufgabe ermächtige die Mitgliedsstaaten aber nicht, bestimmte in ihrem Hoheitsgebiet angesiedelte Fonds zwecks einer Befreiung auszuwählen und andere davon auszuschließen. Eingeräumt werde den Mitgliedsstaaten lediglich die Befugnis, in ihrem innerstaatlichen Recht die Fonds zu definieren, die unter den Begriff des Sondervermögens fallen würden. Darüber hinaus folge aus der Rechtsprechung zur Mehrwertsteuer, dass die Mitgliedstaaten, wenn sie die Begriffe einer Befreiung zu definieren hätten, die mit der MwStSystRL verfolgten Ziele oder die ihr zugrunde liegenden allgemeinen Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der steuerlichen 126

Neutralität, nicht beeinträchtigen dürften.

In ihren Schlussanträgen zur Rechtssache „JP Morgan“ hat die Generalanwältin ... die Folgen, die sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergeben, wie folgt dargestellt (Schlussanträge vom 1.3.2007 Rechtssache C-363/05 Rz. 27 ff.): 127

„Hierzu ist vorab zu bemerken, dass der Begriff des Sondervermögens (special investment fund) selbst kein Rechtsbegriff des nationalen Rechts ist, wie auch die Kommission hervorhebt. Der Umstand, dass eine Anlageform als Investmentfonds nach nationalem Recht anerkannt ist, erlaubt also noch nicht automatisch den Schluss, dass es sich auch um ein Sondervermögen im Sinne der Richtlinie handelt. Vielmehr müssen die Mitgliedstaaten in Ausübung ihres Ermessens konkretisieren, welche Organismen als Sondervermögen anzusehen sind, deren Verwaltung von der Mehrwertsteuer befreit ist. Dabei können sie grundsätzlich auch bestimmte Arten von Investmentfonds von der Befreiung ausschließen und zwar ungeachtet des Umstands, dass diese Investmentfonds hinsichtlich bestimmter Aspekte im nationalen Recht besonders geregelt sind. Allein aus dem Umstand, dass ITC als Investmentfonds nach dem Recht des Vereinigten Königreichs anerkannt sind, kann also nicht zwingend geschlossen werden, dass die Verwaltung der Fonds dieser Kategorie von der Mehrwertsteuer zu befreien ist. Vielmehr ist zu prüfen, ob der nationale Gesetzgeber sein Ermessen richtig ausgeübt hat, indem er die Steuerbefreiung nicht auf die Verwaltung von ITC erstreckt hat. Bei der Ausübung ihres Ermessens müssen die Mitgliedstaaten die Ziele, die mit der Befreiung verfolgt werden, und den Grundsatz der steuerlichen Neutralität beachten.“ 128

(4) Was die mit der Steuerbefreiung verfolgten Ziele angeht, die nach der Auffassung des EuGH von den Mitgliedstaaten bei der Definition des Begriffs des Sondervermögens zu beachten sind, lassen sich der EuGH-Rechtsprechung im Wesentlichen zwei unterschiedliche Zielsetzung entnehmen, nämlich die Wahrung der Entscheidungsneutralität und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. 129

(aa) Durch die Steuerbefreiung des Art 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL soll nach der Auffassung des EuGH zum einen die steuerliche Entscheidungsneutralität zwischen der Direktanlage in z.B. Wertpapieren und der nur mittelbaren Geldanlage über bestimmte Anlagevehikel gewahrt werden. Verwaltungskosten, die bei der zuletzt genannten mittelbaren Anlageform entstehen, sollen steuerlich nicht zu einer Verteuerung dieser Anlageform gegenüber der Direktanlage führen (vgl. EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 45). Anders ausgedrückt soll Anlegern die gemeinsame Anlage durch den Wegfall der Mehrwertsteuerkosten erleichtert werden. 130

In Bezug auf den Begriff des „Anlegers“ ist die Terminologie des EuGH allerdings nicht konsistent. In seiner grundlegenden Entscheidung „Abbey National“ (EuGH-Urteil vom 4.5.2006 C-169/04, „Abbey National“, BStBl II 2010, 567 Rz. 62) hat der EuGH ausdrücklich ausgeführt, dass das Ziel der Befreiung der Umsätze im Zusammenhang mit der Verwaltung von Sondervermögen u.a. darin liege, Kleinanlegern (in der englischen Fassung als „small investors“ bezeichnet) die Geldanlage in Investmentfonds zu erleichtern. Diese Bestimmung solle die steuerliche Neutralität des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems in Bezug auf die Wahl zwischen unmittelbarer Geldanlage in Wertpapieren und derjenigen gewährleisten, die durch Einschaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen erfolge. Mit der Anknüpfung an den Begriff des „Kleinanlegers“ lag der EuGH auf einer Linie mit der Generalanwältin ..., die in ihren Schlussanträgen vom 8.9.2005 in der Rechtssache C-169/04 ebenfalls die Auffassung vertreten hatte, dass der Gesetzeszweck der Steuerbefreiung in der Begünstigung von Kleinanlegern liege (vgl. Rz. 28, 68 und 83). Insoweit hatte sie auf die 131

Schlussanträge des Generalanwalts ... vom 18.5.2004 in der Rechtssache C-8/03 „BBL“ (dort Nr. 26) verwiesen, in denen allerdings nicht der Begriff des „Kleinanlegers“, sondern der Begriff des „Sparers“ verwendet worden war.

In mehreren nachfolgenden Entscheidungen betreffend Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL verwendete der EuGH allerdings nicht den Begriff des „Kleinanlegers“, sondern den allgemeineren Begriff des “Anlegers“ (vgl. EuGH-Urteile vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 45; vom 7.3.2013 C-424/11, „Wheels“, HFR 2013, 460 Rz. 19; vom 13.3.2014 C-464/12, „ATP Pensionservice“, HFR 2014, 459 Rz. 43; vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 34). In seinem Urteil „JP Morgan“ sah der EuGH beispielsweise den Sinn und Zweck der Befreiung von Umsätzen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Sondervermögen darin, dass den „Anlegern“ (an späterer Stelle spricht der EuGH von „privaten Anlegern“, vgl. Rz. 50) die Anlage in Wertpapiere über OGAW durch den Wegfall der Mehrwertsteuerkosten erleichtert werden solle (EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 45). Insoweit wich der EuGH von der Terminologie ab, die die Generalanwältin ... in ihren Schlussanträgen verwendet hatte (eine ähnliche Abweichung findet sich in der Rechtssache ATP Pensionservice, vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts ... vom 12.12.2013 in der Rechtssache C-464/12 Rz. 40). Diese hatte erneut explizit darauf verwiesen, dass die Steuerbefreiung insbesondere Kleinanlegern die Anlage in Sondervermögen erleichtern solle. In den Schlussanträgen heißt es insoweit wie folgt (Schlussanträge vom 1.3.2007 in der Rechtssache C-363/05 Rz. 30): 132

„Ziel der in Art. 13 Teil B Buchst, d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie vorgesehenen Befreiung der Verwaltung von Sondervermögen ist es insbesondere, Kleinanlegern den Zugang zu dieser Anlageform nicht zu erschweren. Gäbe es die Befreiung nicht, wären Besitzer von Anteilen an Investmentfonds steuerlich stärker belastet als Anleger, die ihr Geld unmittelbar in Aktien oder anderen Wertpapieren anlegen und keine Leistungen einer Fondsverwaltung in Anspruch nehmen. Gerade für Kleinanleger ist die Anlage in Investmentfonds von besonderer Bedeutung. Wegen des geringen Anlagevolumens, über das sie verfügen, ist es ihnen nämlich nur eingeschränkt möglich, ihr Geld breit gestreut unmittelbar in Wertpapieren anzulegen; zudem verfügen sie oftmals nicht über die nötigen Kenntnisse für den Vergleich und die Auswahl der Wertpapiere.“ 133

In anderen Entscheidungen griff der EuGH dagegen den Begriff des Kleinanlegers wieder auf, z.B. in den Urteilen „GfBk“ (EuGH-Urteile vom 7.3.2013 C-275/11, BStBl II 2013, 900 Rz. 30) und „K und DBKAG“ (EuGH-Urteil vom 17.6.2021 C-58/20 und C-59/20, „K und DBKAG“, BB 2021, 1684 Rz. 37). 134

(bb) Als weitere Zielsetzung neben der dargestellten Erleichterung der gemeinsamen Anlage durch den Wegfall der Mehrwertsteuerkosten sieht der EuGH die Wahrung der steuerlichen Neutralität zwischen verschiedenen Unternehmern an. Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet es der Grundsatz der Neutralität, gleichartige und infolgedessen miteinander in Wettbewerb stehende Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln (EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP-Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 46). Dieser Grundsatz schließt den Grundsatz der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen ein, die sich aus einer unterschiedlichen Behandlung hinsichtlich der Mehrwertsteuer ergeben (EuGH-Urteil vom 28.6.2007 C-363/05, „JP-Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 47). 135

(5) Weitere Einschränkungen der Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten hat der EuGH aus bestimmten, nach Inkrafttreten des Art. 13 Teil B Buch. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie auf EU-Ebene erlassenen Vorschriften abgeleitet, die der Vereinheitlichung des Rechts der gemeinsamen Anlage in den Mitgliedstaaten dienen. So sind nach der ständigen 136

Rechtsprechung des EuGH solche Fonds, die OGAW i.S.d. OGAW-Richtlinie darstellen, stets als Sondervermögen i.S.d. Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL zu qualifizieren (vgl. etwa EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 36). Zur Begründung hat der EuGH darauf verwiesen, dass die Einführung erster Schritte zur Regelung der Aufsicht über Anlagevermögen auf Unionsebene durch die OGAW-Richtlinie den Ermessensspielraum, über den die Mitgliedstaaten für die Definition des Begriffs des Sondervermögens verfügt hätten, eingeschränkt habe (EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, MwStR 2016, 109 Rz. 45). Die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten werde durch die Koordinierung der Rechtsvorschriften im Bereich der Investmentaufsicht auf Unionsebene überlagert (EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 46). Der Begriff des „Sondervermögens“ i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL werde daher gleichzeitig durch Unionsrecht und durch nationales Recht bestimmt (EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 46).

bb) Ausgehend von den vorgenannten Grundsätzen hat sich der EuGH in mehreren Entscheidungen mit der Frage befasst, ob auch AIF, die nicht die Voraussetzungen eines OGAW i.S.d. OGAW-Richtlinie erfüllen, als „Sondervermögen“ i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL zu qualifizieren sein können. Der EuGH hat dies im Grundsatz bejaht, wenn die betreffenden AIF dieselben Merkmale aufweisen wie ein OGAW und somit dieselben Umsätze tätigen oder diesen zumindest soweit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen (vgl. etwa EuGH-Urteil vom 13.3.2014 C-464/12, „ATP Pensionservice“, HFR 2014, 459 Rz. 47). Als weitere Voraussetzungen für eine Vergleichbarkeit hat der EuGH folgende Voraussetzungen benannt (vgl. insbesondere EuGH-Urteile vom 28.6.2007 C-363/05, „JP-Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 48 ff.; vom 13.3.2014 C-464/12, „ATP Pensionservice“, HFR 2014, 459 Rz. 50 ff.; vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 48. ff): 137

- Es handelt sich um Organismen, in denen zahlreiche Anlagen gebündelt sind und in denen die einzelnen Anlagebeträge verhältnismäßig geringfügig sein können, 138 139
- die eingeworbenen Gelder werden für gemeinsame Rechnung nach dem Grundsatz der Risikostreuung anlegt, 140 141
- der Ertrag dieser Anlage hängt von den Ergebnissen der Anlagen ab, die die Verwalter des Fonds im Laufe des Zeitraums, in dem die betreffenden Personen diese Anteilsrechte innehaben, getätigt haben, 142
- die Anteilsinhaber tragen das Anlegerrisiko. Sie haben Anrecht auf die Gewinne oder tragen zumindest das Risiko im Zusammenhang mit der Verwaltung des Fonds, 143
- für den betreffenden Anlageorganismus existiert auf nationaler Ebene eine besondere staatliche Aufsicht. 144

Entgegen einer vereinzelt in der Literatur vertretenen Auffassung ist die Entscheidung „Fiscale Eenheid X“ nicht dahingehend zu interpretieren, dass es allein auf das letztgenannte Merkmal der „besonderen staatlichen Aufsicht“ ankommt. Dies lässt sich den Entscheidungsgründen dieses Urteils, in denen die einzelnen Merkmale, die nach der Auffassung des EuGH im Rahmen der Prüfung der Ähnlichkeit von Bedeutung sind, in verschiedenen Passagen genannt werden, auch ausdrücklich entnehmen (vgl. EuGH-Urteil 145

vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 48 ff.):

„Wie die Generalanwältin in Nr. 27 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, können nur Anlagevermögen, die besonderer staatlicher Aufsicht unterstehen, den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen und den gleichen Anlegerkreis ansprechen. (...) 146

Sollte das vorlegende Gericht feststellen, dass die drei Gesellschaften, für die A verschiedene Dienstleistungen erbracht hat, einer besonderen staatlichen Aufsicht unterlagen, ist noch zu prüfen, ob diese Gesellschaften *die anderen Merkmale* aufweisen, *die erforderlich sind*, um als Sondervermögen angesehen werden zu können, das im Licht des Ziels von Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie und des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität von der Steuer befreit werden kann. Insoweit sind X und die Europäische Kommission der Ansicht, dass die Merkmale der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Gesellschaften den Merkmalen eines Sondervermögens entsprechen, wie sie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergeben. Ein Investmentfonds wäre somit vergleichbar mit Organismen für gemeinsame Anlagen, wie sie durch die OGAW-Richtlinie definiert werden, wenn bestimmte Personen Anteilsrechte an einem solchen Fonds gekauft haben, wenn der Ertrag dieser Anlage von den Ergebnissen der Anlagen abhängt, die die Verwalter des Fonds im Laufe des Zeitraums, in dem die betreffenden Personen diese Anteilsrechte innehaben, getätigt haben, und wenn die Anteilsinhaber Anrecht auf die Gewinne haben oder das Risiko im Zusammenhang mit der Verwaltung des Fonds tragen.“ 147

cc) Nach der Auffassung des Senats ist die dargestellte EuGH-Rechtsprechung zu Art. 135 Abs. 1 Buch g MwStSystRL so zu verstehen, dass nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift eine explizite Begünstigung von Kleinanlegern beabsichtigt ist und die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung daher davon abhängt, ob sich der Anlegerkreis eines AIF auch auf diese erstreckt. 148

(1) Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der EuGH einen entsprechenden Telos des Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL in dem grundlegenden Urteil „Abbey-National“ (EuGH-Urteil vom 4.5.2006 C-169/04, „Abbey National“, BStBl II 2010, 567 Rz. 62) ausdrücklich hervorgehoben hat. Zwar hat der EuGH in mehreren nachfolgenden Entscheidungen den vermeintlich allgemeineren Begriff des „Anlegers“ verwendet. Dagegen, dass damit eine bewusste terminologische Abweichung beabsichtigt war, spricht allerdings, dass der EuGH in den meisten dieser Entscheidungen auf die Entscheidungspassage des Urteils „Abbey National“ Bezug nimmt, in der ausgeführt wird, dass Kleinanlegern die Geldanlage in Investmentfonds erleichtert werden soll (auf die betreffende Rz. 62 des EuGH-Urteils vom 4.5.2006 C-169/04, „Abbey National“, BStBl II 2010, 567 wird etwa in den EuGH-Urteilen vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 45; vom 7.3.2013 C-424/11, „Wheels“, HFR 2013, 460 Rz. 19 und vom 13.3.2014 C-464/12, „ATP-Pensionservice“, HFR 2014, 459 Rz. 43 verwiesen). 149

Gegen die von der Klägerin vertretene Auffassung, dass der EuGH den Begriff des „Kleinanlegers“ im Anschluss an die Entscheidung „Abbey National“ bewusst nicht mehr aufgegriffen habe, weil er nicht mehr zwischen verschiedenen Anlegergruppen habe differenzieren wollen, spricht darüber hinaus, dass der EuGH den Begriff des „Kleinanlegers“ in den Entscheidungen „GfBk“ (EuGH-Urteil vom 7.3.2013 C-275/11, „GfBk“, BStBl II 2013, 900 Rz. 30) und „K und DBKAG“ (EuGH-Urteil vom 17.6.2021 C-58/20 und C-59/20, „K und DBKAG“, BB 2021, 1684 Rz. 37) erneut verwendet hat. Dies gilt insbesondere für das Urteil „K und DBKAG“ als jüngste Entscheidung zur Auslegung des Begriffs des Sondervermögens. In der Begründung dieses Urteils hat der EuGH erneut betont, dass durch die Steuerbefreiung der Zugang von Kleinanlegern zum Wertpapiermarkt gefördert werden solle 150

(Rz. 37):

„Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs soll die in dieser Bestimmung vorgesehene Steuerbefreiung den Zugang von Kleinanlegern zum Wertpapiermarkt fördern. Die gemeinsame Verwaltung von Anlagen in Investmentfonds bietet Kleinanlegern nämlich die Möglichkeit, trotz einer bescheidenen Investition ein diversifiziertes Portfolio zu halten, das sie gegen die Wertschwankungsrisiken bei Wertpapieren wappnet, und ermöglicht es ihnen, die Kosten einer sachkundigen Verwaltung umzulegen. Gäbe es die Befreiung nicht, wären Anteilinhaber an Organismen für gemeinsame Anlagen steuerlich stärker belastet als a priori größere Anleger, die ihr Geld unmittelbar in Wertpapieren anlegen und keine Fondsverwaltungsleistungen in Anspruch nehmen. Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität lässt es aber nicht zu, dass Wirtschaftsteilnehmer, die gleichartige Umsätze tätigen, bei der Erhebung der Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden.“ 151

Diesem Umstand kommt nach Auffassung des Senats ein besonderes Gewicht zu, da der EuGH zuvor von mehreren Generalanwälten auf seine unterschiedliche Terminologie bzgl. des Anlegerbegriffs hingewiesen worden war (vgl. etwa Schlussantrag des Generalanwalts ... vom 12.12.2013 in der Rechtssache C-464/12 Rz. 40, dort Fußnote 39). Die Generalanwältin ... hatte sogar ausdrücklich die daraus resultierenden Folgen für die Auslegung der Vorschrift thematisiert. In der Fußnote 21 ihrer Schlussanträge vom 8.5.2012 in der Rechtssache „Deutsche Bank“ C-44/11 heißt es wörtlich: 152

Der Hinweis auf Kleinanleger fehlt in dem späteren Urteil vom 28. Juni 2007, JP Morgan Fleming Claverhouse (C?363/05, Slg. 2007, I?5517, Randnr. 45). Im jüngsten Sachstandsbericht des Vorsitzes zu der vorgeschlagenen Änderungsrichtlinie (siehe oben, Fn. 8) heißt es: „Einige Mitgliedstaaten sind … der Meinung, dass die Steuerbefreiung auf Investmentfonds beschränkt werden sollte, die das Kapital von Kleinanlegern sammeln.“ 153

Die erneute Verwendung des Begriffs des „Kleinanlegers“ erfolgte mithin in dem Bewusstsein, dass in den Mitgliedstaaten an die Begriffe „Anleger“ und „Kleinanleger“ unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. 154

(2) Die Anknüpfung an den Begriff des „Kleinanlegers“ zur Bestimmung des Anlegerkreises ist auch in systematischer Hinsicht folgerichtig. Die Unterscheidung zwischen Kleinanlegern und professionellen Anlegern durchzieht das gesamte Kapitalmarkt- und Investmentrecht. Gerade im Unionsrecht wird dabei regelmäßig an den Begriff des Kleinanlegers angeknüpft. So wird dieser beispielsweise in der AIFM-Richtlinie verwendet und begrifflich von einem professionellen Anleger abgegrenzt (vgl. Art. 4 Abs. 1 Buch. af und aj AIFM-Richtlinie). In den Finanzmarktrichtlinien der EU (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004, sog. MiFID I, und Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014, sog. MiFID II) wird ebenfalls zwischen Kleinanlegern und professionellen Anlegern unterschieden (vgl. etwa Art. 4 Absatz 1 Nr. 11 MiFID II). Gleiches gilt hinsichtlich der Verordnung Nr. 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), die in ihrem Art. 4 Nr. 6 Buch. a an den Kleinanlegerbegriff der MiFID II anknüpft, sowie die Verordnung Nr. 2015/760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über europäische langfristige Investmentfonds (ELTIF), die in Art. 2 Nr. 3 Kleinanleger von professionellen Anlegern abgrenzt. 155

In deutschen Gesetzen wird der Begriff des Kleinanlegers seltener verwendet und statt dessen in der Regel von „Privatanlegern“ gesprochen. Damit ist aber nach Ansicht des 156

Senats kein grundsätzlich abweichendes Begriffsverständnis verbunden. Dies wird etwa anhand des vom KAGB verwendeten Begriff des „Privatanlegers“ deutlich. Gem. § 1 Abs. 19 Nr. 31 KAGB sind Privatanleger alle Anleger, die weder professionelle noch semiprofessionelle Anleger sind. In der Kommentierung zum KAGB wird insoweit explizit darauf hingewiesen, dass der Begriff des „Privatanlegers“ i.S.d § 1 Abs. 19 Nr. 31 KAGB erkennbar dem Begriff des „Kleinanlegers“ nachgebildet sei und synonym zur Definition des Kleinanlegers in Art. 4 Abs. 1 Buch. aj AIFM-Richtlinie verwendet werde. Er sei allerdings insoweit enger, als die semiprofessionellen Anleger den professionellen Anlegern zugeschlagen würden (Verfürth/Emde in Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 369; Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, 1. Aufl. 2013, RL 2011/61/EU Artikel 4 Rn. 244).

dd) Zu keinem anderen Ergebnis käme man aber auch dann, wenn man – entgegen der Auffassung des Senats – die EuGH-Rechtsprechung als nicht eindeutig ansehen würde. Auch eine systematisch-teleologische Auslegung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG führt zu dem – richtlinienkonformen – Ergebnis, dass eine Vergleichbarkeit eines AIF mit einem OGAW nur dann gegeben ist, wenn dieser alle Arten von Anlegern einschließlich Privatanleger umfasst. Dies folgt aus der Bezugnahme des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG auf das KAGB und die darin angelegte Kategorisierung der Investoren nach Anlegerkreisen. Eine Vergleichbarkeit setzt danach einen übereinstimmenden Anlegerkreis voraus. 157

(1) Wie bereits dargestellt wurde, liegt die Definitionsmacht dessen, was als „Sondervermögen“ i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL anzusehen ist, – vorbehaltlich einer bereits erfolgten Harmonisierung – beim Gesetzgeber des jeweiligen Mitgliedstaats. Dieser kann abstrakt definieren, welche AIF einer Steuerbefreiung unterliegen. Diese Entscheidung ist in einem zweiten Schritt am Maßstab der unionsrechtlichen Zwecksetzung der Steuerbefreiung des Art. 135 Abs. 1 Buch g MwStSystRL auf ihre Richtlinienkonformität hin zu prüfen (vgl. etwa EuGH-Urteil vom 9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 13, Rz. 33 ff.). 158

(2) Eine derartige Definitionsmacht stand folglich auch dem deutschen Gesetzgeber bei der Neufassung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG im Hinblick auf die Behandlung von AIF zu, da im Unterschied zu den OGAW für AIF keine vergleichbare Harmonisierung auf EU-Ebene erfolgt ist. Zwar ist bereits zum 21.7.2011 und damit vor dem Streitjahr die AIFM-Richtlinie vom 8.6.2011 in Kraft getreten. Dies führt aber, anders als seinerzeit das Inkrafttreten der OGAW-Richtlinie, nicht dazu, dass AIF per se als „Sondervermögen“ i.S.v. Art. 135 Abs. 1 Buch g MwStSystRL anzusehen sind und damit kein Definitionsspielraum für den nationalen Gesetzgeber mehr besteht. Beide Richtlinien unterscheiden sich bereits in ihrer grundlegenden Zielrichtung. Im Unterschied zur OGAW-Richtlinie zielt die AIFM-Richtlinie nicht in erster Linie auf den Anlegerschutz und die Schaffung eines gemeinsamen Marktes ab, sondern auf die Kontrolle der in diesen Vehikeln gesammelten Gelder, die sich bisher einer gemeinschaftsrechtlich abgestimmten Aufsicht entzogen haben (Patzner/Döser/Kempf, Investmentrecht, 3. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 3). Die AIFM-Richtlinie beinhaltet daher auch keine Regelung für AIF. Hierauf wurde angesichts der Verschiedenheit der nationalen Regelungen bewusst verzichtet. Adressat der Richtlinie sind vielmehr die Verwalter von AIF. Im Erwägungsgrund 10 heißt es insoweit: 159

Diese Richtlinie enthält keine Regelung für AIF. Die Regelung für AIF und ihre Beaufsichtigung sollten daher weiterhin auf nationaler Ebene erfolgen. Es wäre unverhältnismäßig, die Portfoliostruktur oder -zusammensetzung der von AIFM verwalteten AIF auf Unionsebene zu regeln; zudem wäre es angesichts der äußerst unterschiedlichen 160

Arten der von AIFM verwalteten AIF schwierig, zu einer derart umfassenden Harmonisierung zu gelangen. Somit hindert diese Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran, für AIF mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet nationale Anforderungen festzulegen oder beizubehalten.

Des Weiteren unterscheiden sich die OGAW-Richtlinie und die AIFM-Richtlinie dadurch, dass letztere nicht auf das breite „Publikum“, sondern auf „professionelle Anleger“ abzielt. Dies wird bereits anhand der Begriffsbestimmungen in Art. 4 der Richtlinie erkennbar. In Art. 4 Abs. 1 Buch ag) sind die „professionellen Anleger“ definiert, von denen die „Kleinanleger“ in Art. 4 Abs. 1 Buch. aj) der AIFM Richtlinie negativ abgegrenzt werden. 161

(3) Von der ihm zustehenden Definitionsmacht hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht und im § 4 Nr. 8 Buch. h UStG tatbestandlich vorausgesetzt, dass ein AIF i.S.v. § 1 Abs. 3 KAGB, damit er einem OGAW i.S.v. § 1 Abs. 2 KAGB gleichgestellt werden kann, diesem „vergleichbar“ sein muss. Zwar beinhaltet die umsatzsteuerliche Vorschrift des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG keine eigenen tatbestandlichen Anknüpfungspunkte für eine solche Vergleichbarkeitsprüfung. Diese ergeben sich aber durch die Bezugnahme des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG auf die Begriffsdefinitionen des KAGB. Der Gesetzessystematik nach ist daher die Frage, ob ein AIF einem OGAW vergleichbar ist, anhand der Regelungssystematik des KAGB zu beantworten. 162

(4) Was die Regelungssystematik des KAGB anbelangt, sind darin sowohl die Vorgaben der OWAG-Richtlinie als auch die Vorgaben der AIFM-Richtlinie umgesetzt worden, um ein einheitliches Regelwerk für alle Anlagevehikel (und deren Manager) zu erreichen. Nach § 1 Abs. 3 KAGB sind AIF alle Investmentvermögen, die keine OGAW sind. Andere Formen der kollektiven Vermögensanlage als OGAW und AIF gibt es damit nicht (Verfürth/Emde in Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 113). Das KAGB sieht daher umfassende Regelungen – etwa betreffend die Genehmigungsanforderungen, Produktvorgaben und den Vertrieb – sowohl für OGAW als auch für AIF vor. Gleichwohl ist die Abgrenzung zwischen beiden Arten von Anlagevehikeln nach der Systematik des KAGB von entscheidender Bedeutung, weil das KAGB in zahlreichen Vorschriften Anforderungen an einen AIF stellt, die sich deutlich von denen für OGAW unterscheiden und umgekehrt (Verfürth/Emde in Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 116). 163

(5) Eine Vergleichbarkeit i.S.v. § 4 Nr. 8 Buch. h UStG zwischen einem AIF und einem OGAW kann daher konsequenterweise nur bestehen, wenn die gesetzlichen Anforderungen, die im KAGB an den jeweiligen AIF gestellt werden, zumindest hinsichtlich der wesentlichen Strukturmerkmale (z.B., dass die Investoren ein Risiko tragen müssen, vgl. BFH-Urteil vom 26.7.2017 XI R 22/15, BFHE 258, 546 m.w.N., oder dass das nationale Recht eine besondere staatliche Aufsicht für solche Vermögen vorsieht, vgl. BFH-Urteil vom 5.9.2019 V R 2/16, BFHE 266, 419, BStBl II 2020, 109 m.w.N.) denen gleichen, die an einen OGAW gestellt werden. Gleiches muss auch dann gelten, wenn es innerhalb der Gruppe der AIF zu Differenzierungen kommt, die dazu führen, dass eine Teilgruppe von AIF nicht als einem OGAW vergleichbar angesehen werden kann. 164

(6) Dass es sich bei dem „Anlegerkreis“ um ein wesentliches Strukturmerkmal handelt, lässt sich der Gesetzessystematik des KAGB entnehmen. Das KAGB differenziert zwischen Publikumsinvestmentvermögen und Spezial-AIF. Nach § 1 Abs. 6 Satz 1 KAGB sind Spezial-AIF solche, deren Anteile ausschließlich von professionellen und semiprofessionellen Anlegern gehalten werden dürfen. Dieser Gattung stehen alle übrigen Investmentvermögen (also sowohl OGAW als auch AIF, die keine Spezial-AIF sind) gegenüber, bei denen es sich um Publikumsinvestmentvermögen handelt (§ 1 Abs. 6 Satz 2 KAGB), die allen Arten von Anlegern offenstehen. 165

Die Beschränkung des Anlegerkreises von Spezial-AIF beruht dabei nicht auf europarechtlichen Vorgaben. Während ein „Spezial-OGAW“ schon deshalb im deutschen Recht nicht möglich wäre, weil es nach der OGAW-Richtlinie gerade zu den prägenden Elementen eines solchen gehört, dass dieser sich an ein „breites Publikum“ richtet (vgl. Art. 1 Abs. 2 Buch. a OGAW-Richtlinie 2009), beruht die Einschränkung des Anlegerkreises für diese Art von AIF auf einer bewussten „Ermessensentscheidung“ des deutschen Gesetzgebers. Nach Art. 43 Abs. 1 Satz 1 AIFM-Richtlinie können die Mitgliedstaaten AIFM gestatten, in ihrem Hoheitsgebiet Anteile an von ihnen gemäß dieser Richtlinie verwalteten AIF an Kleinanleger zu vertreiben, wobei es keine Rolle spielt, ob der Vertrieb der AIF auf nationaler Ebene oder grenzübergreifend erfolgt und ob es sich um einen EU-AIF oder einen Nicht-EU-AIF handelt. Die Mitgliedstaaten können in solchen Fällen den AIFM oder AIF Auflagen unterwerfen, die strenger sind als jene, die für AIF gelten, die in ihrem Hoheitsgebiet gemäß dieser Richtlinie an professionelle Anleger vertrieben werden (Art. 43 Abs. 1 Satz 2 AIFM Richtlinie). Der deutsche Gesetzgeber hat sich insoweit für eine differenzierende Regelung entschieden. Lediglich der Vertrieb von Spezial-AIF an Privatanleger ist ausgeschlossen, während Publikums-AIF an alle Arten von Anlegern vertrieben werden dürfen. 166

In der Literatur zum KAGB wird diese Form der „Investorenkategorisierung“ als prägend für die gesamte Struktur des KAGB angesehen (Verfürth/Emde in Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 365). Der Senat schließt sich dieser Beurteilung an. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass das KAGB sowohl hinsichtlich des Zugangs der Investoren zu regulierten Investmentprodukten als auch hinsichtlich der Produktgestaltung und des Produktvertriebs eine klare Trennlinie zwischen Fonds zieht, die auch von Privatanlegern erworben und folglich auch an diese vertrieben werden dürfen, und solchen Fonds, die nur (semi-)professionellen Anlegern offenstehen (Verfürth/Emde in Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 365). Letztere, also die Spezial-AIF, dürfen in ein breiteres und damit auch potentiell riskanteres Universum an Vermögenswerten investieren und besitzen hierbei auch hinsichtlich der Risikomischung der Vermögenswerte einen größeren Handlungsspielraum (Verfürth/Emde in Emde/Dornseifer/Dreibus, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 365). Hierin kommt zum Ausdruck, dass die Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten von Anlegern im Ergebnis dem Anlegerschutz dient (Zetzsche in Assmann/Wallach/Zetzsche, KAGB, § 1 Rn. 123). Privatanleger sollen einen erhöhten Schutz vor Anlagerisiken genießen, und zwar einerseits durch die Zugangssperre zu Spezial-AIF und andererseits durch verschärfte Anforderungen an die Risikobegrenzung, die Liquiditätssicherung, die Transparenz sowie die Vollständigkeit von Anlegerinformationen bei solchen Publikumsfonds, die an Privatanleger vertrieben werden dürfen (Emde/Dornseifer/Dreibus/Verfürth/Emde, KAGB, 3. Aufl. 2023, § 1 Rn. 370). 167

Handelt es sich aber bei dem von dem jeweiligen Anlagevehikel angesprochenen Anlegerkreis um ein Strukturmerkmal in dem eingangs dargestellten Sinne, ist die Frage, ob ein Spezial-AIF mit einem OGAW vergleichbar ist, eindeutig zu verneinen. Gemessen an der Systematik des KAGB handelt es sich vielmehr um Antipoden. 168

(7) In teleologischer Hinsicht wird diese Auslegung durch ein weiteres Argument gestützt. Im Hinblick auf die Definitionsbefugnis des nationalen Gesetzgebers ist anerkannt, dass auch das Merkmal des Anlegerschutzes als Differenzierungskriterium für die Anknüpfung der Steuerbefreiung herangezogen werden kann. So hat die Generalanwältin ... in ihren Schlussanträgen vom 1.3.2007 in der Rechtssache C-363/05 „JP Morgan“ (dort Rz. 30, 45 und 46) auszugsweise Folgendes ausgeführt: 169

170

„Ziel der in Art. 13 Teil B Buchst, d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie vorgesehenen Befreiung der Verwaltung von Sondervermögen ist es insbesondere, Kleinanlegern den Zugang zu dieser Anlageform nicht zu erschweren. Gäbe es die Befreiung nicht, wären Besitzer von Anteilen an Investmentfonds steuerlich stärker belastet als Anleger, die ihr Geld unmittelbar in Aktien oder anderen Wertpapieren anlegen und keine Leistungen einer Fondsverwaltung in Anspruch nehmen. Gerade für Kleinanleger ist die Anlage in Investmentfonds von besonderer Bedeutung. Wegen des geringen Anlagevolumens, über das sie verfügen, ist es ihnen nämlich nur eingeschränkt möglich, ihr Geld breit gestreut unmittelbar in Wertpapieren anzulegen; zudem verfügen sie oftmals nicht über die nötigen Kenntnisse für den Vergleich und die Auswahl der Wertpapiere. (...)

Das vorlegende Gericht hat in seinem Vorlagebeschluss festgestellt, dass ITC es Privatanlegern ebenso wie AUT, OEIC ermöglichen, in breit gestreute Anlageportfolios zu investieren und so das Börsenrisiko zu reduzieren. Darüber hinaus profitierten Privatanleger bei allen Fondstypen von professionellem Fondsmanagement, dessen Kosten umgelegt werden, und von insgesamt reduzierten Händler- und Verwaltungskosten. Ferner erfüllten sie auch für institutionelle Anleger dieselben Funktionen. Dies deutet darauf hin, dass ITC den steuerbegünstigten Fondstypen (AUT, OEIC) vergleichbar sind und mit diesen im Wettbewerb stehen. Folglich müsste auch ihre Verwaltung von der Mehrwertsteuer befreit werden. 171

Eine Ungleichbehandlung könnte lediglich zulässig sein, wenn die verschiedenen Fondstypen nicht in gleicher Weise zur Verwirklichung der Ziele der Befreiung dienen. Die Befreiung soll u. a. Kleinanlegern den Zugang zur Anlage in Wertpapieren über eine gemeinsame Anlage erleichtern. Diese Gruppe von Geldanlegern hat kaum Möglichkeiten, die Tätigkeit eines Fonds selbst zu kontrollieren und ist daher in besonderem Maße auf gesetzlich vorgesehene Schutzmechanismen angewiesen. 172

Indem Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie auf die Definition der Sondervermögen durch die Mitgliedstaaten verweist, überlässt es die Bestimmung ihnen, den rechtlichen Rahmen für die Struktur und die Verwaltung der steuerbegünstigten Anlageinstrumente aufzustellen. Es stünde mit den Zielen der Befreiung in Einklang, wenn sich die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Definitionsbefugnis auch davon leiten lassen würden, inwieweit bei einem Fondstyp der Anlegerschutz gewährleistet ist.“ 173

Letzteres ist im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Spezial-AIF und den übrigen Publikumsinvestmentvermögen der Fall. Dies zeigt sich insbesondere in Bezug auf Hedgefonds i.S.v. § 283 KAGB. Während die Vorgängerregelung des § 112 InvG diese noch als Publikumsfonds qualifiziert hatte, wollte der Gesetzgeber des KAGB dies aus Gründen des Anlegerschutzes nicht mehr zulassen. Privatanleger sollten sich nunmehr nicht mehr direkt, sondern nur noch über Dach-Hegdefonds i.S.v. § 225 KAGB an diesen beteiligen dürfen (vgl. BT-Drucksache 17/13395 vom 10.05.2013, Seite 401; Baum in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, 3. Aufl. 2021, § 283 Rn. 1). 174

(8) Eine Auslegung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG dergestalt, dass nur solche AIF einem OGAW i.S.v. § 1 Abs. 2 KAGB ähnlich sein können, deren Anlegerkreis auch Privatanlegern offensteht, ist auch richtlinienkonform. Sie steht insbesondere nicht im Widerspruch zu den vom EuGH postulierten Zielsetzungen, die mit der Steuerbefreiung des Art. 135 Abs. 1 Buch. g MwStSystRL verbunden sind. 175

Im Hinblick auf die Entscheidungsneutralität zwischen einer Direktanlage und einer gemeinsamen Anlage über ein entsprechendes Anlagevehikel (vgl. etwa EuGH-Urteil vom 176

9.12.2015 C-595/13, „Fiscale Eenheid X“, BB 2016, 31 Rz. 34), ist eine solche Auslegung vor dem Hintergrund des Anlegerschutzes (s.o.) gerechtfertigt.

Ein Widerspruch zu der weiteren Zielsetzung, dass die Neutralität zu wahren und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden sind, besteht ebenfalls nicht. Der EuGH trägt diesem Anliegen durch ein abgestuftes Prüfverfahren Rechnung. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH lässt der Grundsatz der Neutralität es nicht zu, gleichartige Gegenstände oder Dienstleistungen, die miteinander in Wettbewerb stehen, hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln (vgl. etwa EuGH-Urteile vom 4.5.2006 C-169/04, „Abbey National“, BStBl II 2010, 567 Rz. 56; vom 28.6.2007 C-363/05, „JP Morgan“, BStBl II 2010, 573 Rz. 46 und 47). Aus dieser Beschreibung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität ergibt sich, dass bereits die Gleichartigkeit zweier Dienstleistungen zu der Annahme führt, dass sie in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen (vgl. EuGH-Urteil vom 10.11.2011 C-259/10 und C-260/10, „The Rank Group“, HFR 2012, 98 Rz. 33). Daher stellt das tatsächliche Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen zwei Dienstleistungen dann keine selbständige, zusätzliche Voraussetzung für eine Verletzung des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität dar, wenn die betreffenden Dienstleistungen aus der Sicht des Verbrauchers gleich oder gleichartig sind und dieselben Bedürfnisse des Verbrauchers befriedigen (vgl. EuGH-Urteil vom 10.11.2011 C-259/10 und C-260/10, „The Rank Group“, HFR 2012, 98 Rz. 34). Entsprechendes gilt auch für das Vorliegen einer Wettbewerbsverzerrung. Wenn zwei gleiche oder gleichartige Dienstleistungen, die dieselben Bedürfnisse befriedigen, im Hinblick auf die Mehrwertsteuer unterschiedlich behandelt werden, führt dies in der Regel zu einer Wettbewerbsverzerrung (vgl. EuGH-Urteil vom 10.11.2011 C-259/10 und C-260/10, „The Rank Group“, HFR 2012, 98 Rz. 35). 177

Bei der Beantwortung der Frage, ob Gegenstände oder Dienstleistungen gleichartig sind, ist in erster Linie auf die Sicht des Durchschnittsverbrauchers abzustellen (vgl. etwa EuGH-Urteil vom 8.2.2024 C-733/22, „Valentina Heights“, BB 2024, 404 Rz. 54 m.w.N.). Gegenstände oder Dienstleistungen sind gleichartig, wenn sie ähnliche Eigenschaften haben und beim Verbraucher nach einem Kriterium der Vergleichbarkeit in der Verwendung denselben Bedürfnissen dienen und wenn die bestehenden Unterschiede die Entscheidung des Durchschnittsverbrauchers zwischen diesen Gegenständen oder Dienstleistungen nicht erheblich beeinflussen (vgl. EuGH-Urteil vom 8.2.2024 C-733/22, „Valentina Heights“, BB 2024, 404 Rn. 54). Unterschiede im rechtlichen Rahmen und in der rechtlichen Regelung der betreffenden Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen, wie die etwaige Erstattungsfähigkeit eines Arzneimittels oder der Umstand, dass der Leistungserbringer möglicherweise Universaldienstverpflichtungen unterliegt, können aus der Sicht des Verbrauchers insoweit zu einer Unterscheidbarkeit im Hinblick auf die Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse führen (vgl. EuGH-Urteil vom 10.11.2011 C-259/10 und C-260/10, „The Rank Group“, HFR 2012, 98 Rn. 50). In seinem Urteil „Pro Med Logistik und Pongratz“ hat der EuGH explizit ausgeführt, dass „Unterschiede im rechtlichen Rahmen und in der rechtlichen Regelung der betreffenden Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen in den Augen des Verbrauchers zu einer Unterscheidbarkeit im Hinblick auf die Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse führen können. (…) Solche Unterschiede auf der Ebene der rechtlichen Anforderungen, denen die fraglichen Beförderungsarten unterliegen, können – wenn sie sich als zutreffend erweisen, was zu prüfen Sache des nationalen Gerichts ist – in den Augen des durchschnittlichen Nutzers einen Unterschied zwischen diesen Beförderungsarten schaffen, da jede von ihnen geeignet ist, unterschiedliche Bedürfnisse des Nutzers zu befriedigen, und somit auf seine Entscheidung, die eine oder die andere Beförderungsart zu wählen, maßgeblichen Einfluss haben kann, so dass der Grundsatz der steuerlichen Neutralität ihrer abweichenden steuerlichen Behandlung nicht entgegenstünde“ 178

(vgl. EuGH-Urteil vom 27.02.2014 C-454/12 und C-455/12, „Pro Med Logistik und Pongratz“, BStBl II 2015, 437, Rz 56 und 59). Der BFH hat sich dieser Abgrenzung angeschlossen und etwa in seinem Beschluss vom 26.9.2022 XI B 9/22 (BFHE 276, 467) unter Hinweis auf den unterschiedlichen Rechtsrahmen die Auffassung vertreten, dass es sich bei den Umsätzen aus dem virtuellen Automatenspiel und den Umsätzen aus dem terrestrischen Betrieb von Geldspielautomaten nicht um gleichartige Dienstleistungen handele, die nach dem Grundsatz der steuerlichen Neutralität nicht unterschiedlich behandelt werden dürften. Daneben hat der BFH auch in tatsächlichen Unterschieden wie einem potenziell erheblich größeren Kundenkreis ein Differenzierungskriterium gesehen.

Nach Maßgabe dieser Rechtsprechungsgrundsätze handelt es sich bei der Beteiligung an einem OGAW und einer Beteiligung an einem Spezial-AIF aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers nicht um gleichartige und damit auch nicht um miteinander im Wettbewerb stehende Leistungen. Für den Durchschnittsverbraucher führen insbesondere die Unterschiede im rechtlichen Rahmen der beiden Beteiligungsformen zu einer klaren Unterscheidbarkeit im Hinblick auf die Befriedigung seiner eigenen Bedürfnisse. Dies liegt schon deshalb auf der Hand, weil ein Durchschnittsverbraucher nicht über die Eigenschaft als semiprofessioneller oder professioneller Anleger i.S.v. § 1 Abs. 6 Satz 1 KAGB verfügt und damit überhaupt nicht in der Lage ist, einen Spezial-AIF erwerben zu können. Hinzu kommt, dass sich der Anlegerkreis eines OGAW auch rein tatsächlich erheblich von dem Anlegerkreis eines Spezial-AIF unterscheidet, da es sich bei dem erstgenannten Anlegerkreis um einen potenziell erheblich größeren Kundenkreis handelt. 179

d) Übertragen auf den Streitfall folgt hieraus, dass sowohl der C.-Fonds als auch die P. „T.“ und „X.“ nicht der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 Buch. h UStG unterfallen, da es an einer Vergleichbarkeit mit einem OGAW fehlt. Denn es handelt sich in allen drei Fällen um AIF, an denen sich Privatanleger i.S.v. § 1 Abs. 19 Nr. 31 UStG im Streitjahr 2018 nicht beteiligen konnten. Dies folgt für den C.-Fonds aus § 1 Abs. 6 KAGB und für die P. aus § 110 Abs. 3 KAGB. 180

Insoweit reicht es auch nicht aus, dass – jedenfalls nach dem Vortrag der Klägerin – hinsichtlich des C.-Fonds eine mittelbare Anlagemöglichkeit für Kleinanleger über eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft bestanden hat. Nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ist allein maßgeblich, ob der AIF in dem betreffenden Streitjahr allen Arten von Anlegern (einschließlich Privatanlegern) unmittelbar offenstand. Dies ist nicht der Fall. Wie die Klägerin selbst ausgeführt hat, handelte es sich bei den beteiligten Kapitalgesellschaften um semiprofessionelle oder professionelle Anleger i.S.v. § 1 Abs. 19 Nr. 32 und 33 KAGB. 181

Aus den gleichen Erwägungen heraus kommt es auch nicht darauf an, ob der hier maßgebliche C.-Fonds bzw. die beiden P. nach der vor dem 1.1.2018 im Investmentrecht bestehenden Rechtslage auch Privatanlegern zugänglich gewesen sind. Nach § 4 Nr. 8 Buch. h UStG kommt es, wie auch bei anderen umsatzsteuerlichen Steuerbefreiungen, allein darauf an, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen in dem jeweiligen Streitjahr erfüllt sind. Dies ist hier nicht der Fall, da es im Streitjahr 2018 an einer Vergleichbarkeit der betreffenden Anlagevehikel mit einem OGAW fehlt. Ob eine solche Vergleichbarkeit zu einem früheren Zeitpunkt bestanden hat, ist dagegen unbeachtlich. Dies ist aus Sicht des Senats auch konsequent, da Fonds sich umstrukturieren können oder – wie der Streitfall zeigt – eine geänderte Rechtslage vergleichbare Änderungen nach sich ziehen kann. Umsatzsteuerlich ist in diesen Fällen im Hinblick auf eine ggf. früher einschlägige Steuerbefreiung kein Bestandsschutz zu gewähren. 182

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist schließlich auch der Umstand unbeachtlich, dass es für offene inländische Spezial-AIF mit festen Anlagebedingungen i.S.v. § 284 KAGB im Abschn. 4.8.13 Abs. 9 Satz 1 UStAE eine Ausnahmeregelung dergestalt gibt, dass die Vergleichbarkeitskriterien in Bezug auf den Anlegerkreis, die einschlägigen Wettbewerbsbedingungen und die Mehrzahl der Anleger nicht anwendbar sind. Denn weder bei dem C.-Fonds noch bei den P. handelt es sich um Fonds im Sinne dieser Vorschrift. Es bedarf daher auch keiner Entscheidung, ob die Finanzverwaltung überhaupt mit Recht davon ausgeht, dass es bei Fonds i.S.v. § 284 KAGB nicht auf den Anlegerkreis ankommt. 183

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. 184

IV. Die Revisionszulassung beruht auf § 115 Abs. Abs. 2 Nr. 1 FGO. Zwar handelt es sich um ausgelaufenes Recht, da durch das Gesetz zur Finanzierung zukunftssicherer Investitionen vom 11.12.2023 (BGBl. 2023 I, Nr. 354, dort Art. 18) das Tatbestandsmerkmal des § 4 Nr. 8 Buch h UStG „mit diesen vergleichbar“ gestrichen wurde und daher ab dem 1.1.2024 die Verwaltung sämtlicher AIF umsatzsteuerbefreit ist. Der Senat geht indes davon aus, dass die Streitfrage noch für eine Vielzahl von Fällen entscheidungserheblich ist (vgl. zu dieser Ausnahme Lange in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 115 FGO Rn. 99). 185

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE