EuGH-Vorlage vom 18. Dezember 2019, I R 33/17

Unionsrechtmäßigkeit der Fondsbesteuerung nach dem InvStG 2004

ECLI:DE:BFH:2019:VE.181219.IR33.17.0

BFH I. Senat

AEUV Art 63, EG Art 56, KStG § 1 Abs 1 Nr 5, KStG § 2 Nr 1, KStG § 3 Abs 1, KStG VZ 2008 , KStG VZ 2009 , InvStG § 11 Abs 1 S 2, KStG VZ 2010 , InvStG § 15 Abs 2 S 2

vorgehend FG Münster, 19. April 2017, Az: 10 K 3059/14 K

Leitsätze

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird folgende Rechtsfrage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht Art. 56 EG (jetzt: Art. 63 AEUV) der Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, der zufolge inländische Spezial-Immobilienfonds mit ausschließlich ausländischen Anlegern von der Körperschaftsteuer befreit sind, während ausländische Spezial-Immobilienfonds mit ausschließlich ausländischen Anlegern hinsichtlich ihrer im Inland erzielten Vermietungseinkünfte der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterliegen?

Tenor

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.

2. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird folgende Rechtsfrage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Steht Art. 56 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (jetzt: Art. 63 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) der Regelung eines Mitgliedstaats entgegen, der zufolge inländische Spezial-Immobilienfonds mit ausschließlich ausländischen Anlegern von der Körperschaftsteuer befreit sind, während ausländische Spezial-Immobilienfonds mit ausschließlich ausländischen Anlegern hinsichtlich ihrer im Inland erzielten Vermietungseinkünfte der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterliegen?

Tatbestand

1 I. Sach- und Streitstand

2 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist ein Fonds für gemeinsame Anlagen (fonds commun de placement --FCP--) in der Ausgestaltung eines spezialisierten Anlagefonds (fonds d'investissement spécialisé --SIF--), der im Jahr 2008 gemäß dem Luxemburgischen Gesetz vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds aufgelegt worden ist und der Investmentaufsicht in Luxemburg (Commission de Surveillance du Secteur Financier --CSSF--) unterliegt (im Folgenden SIF-FCP). Weder Sitz noch Geschäftsleitung des Klägers befinden sich in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland).

3 Bei einem SIF-FCP handelt es sich um eine von der CSSF genehmigte ungeteilte Gesamtheit von Vermögensgegenständen, die nach dem Grundsatz der Risikostreuung strukturiert ist und von einer Verwaltungsgesellschaft für Rechnung der Gemeinschaft der Anleger verwaltet wird. Die Haftung der Anleger ist auf ihre Einlage beschränkt und die Rechte der Anleger werden in ihren Anteilen verkörpert (vgl. Art. 4 des Luxemburgischen Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds). Ein SIF-FCP hat keine eigene Rechtspersönlichkeit.

4 Als spezialisierter Investmentfonds unterliegt der Kläger in Luxemburg keiner Besteuerung, mit Ausnahme der von den bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften und den Handelsgesellschaften zu entrichtenden Kapitalverkehrssteuer

und der Zeichnungssteuer gemäß Art. 68 des Luxemburgischen Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds. Die vom Kläger vorgenommenen Ausschüttungen unterliegen in Luxemburg keiner Quellensteuer und werden bei Nichtansässigen nicht besteuert (vgl. Art. 66 des Luxemburgischen Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds).

5 Der Kläger wurde ohne Börsennotierung als geschlossener Immobilienfonds zunächst für zehn Jahre (mit Verlängerungsoption um ein Jahr) errichtet.

6 Bei Beendigung des Klägers werden alle Immobilieninvestitionen, die nicht bereits liquidiert wurden, liquidiert und die Verkaufserlöse werden an die Anteilsinhaber ausgeschüttet. Der Verwaltungsgesellschaft ist es untersagt, das Portfolio insgesamt oder teilweise in Form einer Sachausschüttung an die Anteilsinhaber auszuschütten. Die Anteilsinhaber haben dementsprechend auch keinen Anspruch auf eine Sachausschüttung. Vor Ablauf der Vertragslaufzeit des Klägers ist ein Rücknahmeverlangen der Anteilsinhaber (im Folgenden wird einheitlich von den Anlegern gesprochen) unzulässig. Insoweit liegt eine Abweichung zum Luxemburgischen Gesetz vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds vor, nach dem grundsätzlich eine Anteilsrückgabe möglich ist (vgl. Art. 8 und 11 des Luxemburgischen Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds).

7 Die Verwaltungsgesellschaft darf Barerlöse nach ihrem Ermessen entweder ausschütten oder im Hinblick auf die Rücknahme der Anteile während der Laufzeit des Klägers oder bei Abwicklung des Klägers thesaurieren.

8 Der Kläger hat zwei institutionelle Anleger, die weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung in Deutschland haben.

9 Verwaltet wird der Fonds durch eine Managementgesellschaft. Hierbei handelt es sich um eine am 25.03.2008 nach luxemburgischem Recht gegründete und im Luxemburger Handels- und Gesellschaftsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Luxemburg, der die Genehmigung durch die CSSF erteilt wurde. Zweck der Managementgesellschaft ist die Einrichtung, Verwaltung und Leitung des Fonds.

10 Die Managementgesellschaft erwarb mit Vertrag vom 31.03.2008/01.04.2008 im eigenen Namen, jedoch handelnd als Verwaltungsgesellschaft für Rechnung des Klägers, ein Immobilienportfolio. Besitz, Nutzen und Lasten der in Deutschland belegenen Objekte gingen zum ...2008 über. Im Einzelnen handelt es sich um 1 241 Immobilien aus dem Vermögen der A AG, die nach dem Erwerb vermietet und später teilweise verkauft wurden. Die Investitionsobjekte verteilen sich auf das gesamte Bundesgebiet.

11 Aus der Vermietung --sowie der Veräußerung einzelner-- der vorgenannten Immobilien erzielte der Kläger in den Jahren 2008 bis 2010 (Streitjahre) Einkünfte. Im Herbst 2010 tätigte der Kläger die ersten Ausschüttungen. In den nicht den Streitzeitraum betreffenden Folgejahren erfolgten weitere Ausschüttungen.

12 Im Juli 2013 reichte der Kläger Körperschaftsteuererklärungen für die streitigen Veranlagungszeiträume 2008 bis 2010 unter Berücksichtigung einer beschränkten Körperschaftsteuerpflicht ein. Zugleich wies er jedoch darauf hin, dass er nach seiner Rechtsauffassung nicht der deutschen Körperschaftsteuerpflicht unterliege.

13 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) ging dagegen von der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht aus und setzte Körperschaftsteuer fest. Diese betrug im Streitjahr 2009 wegen erlittener Veräußerungsverluste allerdings 0 €.

14 Das daraufhin angerufene Finanzgericht (FG) Münster bestätigte in seinem klageabweisenden Urteil vom 20.04.2017 - 10 K 3059/14 K (Entscheidungen der Finanzgerichte 2017, 1110) die finanzbehördliche Rechtsauffassung im Wesentlichen.

15 Mit seiner vom FG zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung formellen und sachlichen Rechts.

16 Er beantragt (sinngemäß),
1. das Urteil der Vorinstanz sowie die Körperschaftsteuerbescheide 2008, 2009 und 2010, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 21.08.2014, aufzuheben,
2. hilfsweise zu 1.: das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Körperschaftsteuerbescheide 2008 und 2010 dahingehend zu ändern, dass die Körperschaftsteuer jeweils auf 0 € festgesetzt wird.

17 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

18 Das dem Revisionsverfahren beigetretene Bundesministerium der Finanzen (BMF) hält das angegriffene FG-Urteil für zutreffend. Es hat keinen Antrag gestellt.

Entscheidungsgründe

19 II. Beurteilung nach nationalem Recht

20 Die Revision ist auf der Grundlage des nationalen Rechts unbegründet. Der Kläger, dessen Sitz und Geschäftsleitung sich nach den Feststellungen des FG nicht im Inland befinden, unterliegt gemäß § 2 Nr. 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung (KStG) mit seinen gesamten inländischen Einkünften der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Steuerbefreiungen persönlicher oder sachlicher Natur greifen nicht ein.

21 1. Die für die Beurteilung des Streitfalles wesentlichen Normen haben folgenden Wortlaut:

22 a) Vorschriften des Körperschaftsteuergesetzes (KStG)

§ 1 Unbeschränkte Steuerpflicht

(1) Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind die folgenden Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inland haben:

...

5. nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen des privaten Rechts;

§ 2 Beschränkte Steuerpflicht

Beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind

1. Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland haben, mit ihren inländischen Einkünften;

2. ...

23 b) Vorschriften des in den Streitjahren geltenden Investmentsteuergesetzes (InvStG 2004)

§ 1 Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

(1) Dieses Gesetz ist anzuwenden auf

1. inländisches Investmentvermögen, soweit dieses in Form eines Investmentfonds im Sinne des § 2 Abs. 1 oder einer Investmentaktiengesellschaft im Sinne des § 2 Abs. 5 des Investmentgesetzes (inländische Investmentgesellschaft) gebildet wird, sowie auf Anteile an einem inländischen Investmentvermögen (inländische Investmentanteile),
2. ausländisches Investmentvermögen und ausländische Investmentanteile im Sinne des § 2 Abs. 8 und 9 des Investmentgesetzes.

[§ 2 Abs. 8 und 9 des Investmentgesetzes --InvG-- hatten im Streitzeitraum folgenden Wortlaut:

(8) [1]Ausländische Investmentvermögen sind Investmentvermögen im Sinne des § 1 Satz 2, die dem Recht eines anderen Staates unterstehen. [2]Der Grundsatz der Risikomischung gilt für ausländische Investmentvermögen auch dann als gewahrt, wenn das Investmentvermögen in nicht nur unerheblichem Umfang Anteile an einem oder mehreren anderen Vermögen enthält und diese anderen Vermögen unmittelbar oder mittelbar nach dem Grundsatz der Risikomischung angelegt sind.

(9) Ausländische Investmentanteile sind Anteile an ausländischen Investmentvermögen, die von einem Unternehmen mit Sitz im Ausland ausgegeben werden (ausländische Investmentgesellschaft), und bei denen der Anleger verlangen kann, dass ihm gegen Rückgabe des Anteils sein Anteil an dem ausländischen Investmentvermögen ausgezahlt wird, oder bei denen der Anleger kein Recht zur Rückgabe der Anteile hat, aber die ausländische Investmentgesellschaft in ihrem Sitzstaat einer Aufsicht über Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage unterstellt ist.]

§ 2 Erträge aus Investmentanteilen

(1) [1]Die auf Investmentanteile ausgeschütteten sowie die ausschüttungsgleichen Erträge und der Zwischengewinn gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes, wenn sie nicht Betriebseinnahmen des Anlegers, Leistungen nach § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa des Einkommensteuergesetzes in Verbindung mit (i.V.m.) § 10 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b des Einkommensteuergesetzes oder Leistungen im Sinne des § 22 Nr. 5 des Einkommensteuergesetzes sind; § 3 Nr. 40 des Einkommensteuergesetzes und § 8b Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes sind außer in den Fällen des Absatzes 2 nicht anzuwenden. ...

§ 4 Ausländische Einkünfte

(2) [1]Sind in den auf Investmentanteile ausgeschütteten sowie den ausschüttungsgleichen Erträgen aus einem ausländischen Staat stammende Einkünfte enthalten, die in diesem Staat zu einer nach § 34c Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes oder § 26 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes oder nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf die Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer anrechenbaren Steuer herangezogen werden, so ist bei unbeschränkt steuerpflichtigen Anlegern die festgesetzte und gezahlte und keinem Ermäßigungsanspruch unterliegende ausländische Steuer auf den Teil der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer anzurechnen, der auf diese ausländischen um die anteilige ausländische Steuer erhöhten Einkünfte entfällt. ... [7]Sind in den auf ausländische Investmentanteile ausgeschütteten sowie den ausschüttungsgleichen Erträgen Einkünfte enthalten, die mit deutscher Ertragsteuer belastet sind, so gelten diese Einkünfte und die darauf entfallende deutsche Steuer für Zwecke der Anrechnung und bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 als ausländische Einkünfte und ausländische Steuer im Sinne des Satzes 1. ...

§ 7 Kapitalertragsteuer

(1) [1]Ein Steuerabzug vom Kapitalertrag wird erhoben von

1. ausgeschütteten Erträgen im Sinne des § 2 Abs. 1, soweit sie nicht enthalten: ...

§ 11 Zweckvermögen; Steuerbefreiung; Außenprüfung

(1) [1]Das inländische Sondervermögen gilt als Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 des Körperschaftsteuergesetzes. [2]Es ist von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit. [3]Satz 2 findet auch auf die Investmentaktiengesellschaft Anwendung. ...

§ 15 Inländische Spezial-Sondervermögen

(1) [1]Bei inländischen Spezial-Sondervermögen oder Spezial-Investmentaktiengesellschaften, die aufgrund einer schriftlichen Vereinbarung mit der Kapitalanlagegesellschaft oder ihrer Satzung nicht mehr als 100 Anleger oder Aktionäre haben, die nicht natürliche Personen sind, sind § 4 Abs. 4, § 5 Abs. 1, §§ 6, 7 Abs. 4 Satz 2 und § 8 Abs. 4 nicht anzuwenden. ...

(2) [1]Erträge aus Vermietung und Verpachtung von inländischen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten und Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften mit inländischen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sind gesondert auszuweisen. [2]Diese Erträge gelten beim beschränkt steuerpflichtigen Anleger als unmittelbar bezogene Einkünfte gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe f, Nr. 6 oder Nr. 8 des Einkommensteuergesetzes. [3]Dies gilt auch für die Anwendung der Regelungen in Doppelbesteuerungsabkommen. [4]§ 7 ist sinngemäß anzuwenden mit der Maßgabe, dass der Steuersatz 25 Prozent der Erträge beträgt und die Kapitalertragsteuer von der Investmentgesellschaft einzubehalten ist. ...

24 2. Für die Beurteilung des Streitfalls nach nationalem Recht ist von § 2 Nr. 1 KStG auszugehen. Beschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind danach Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland haben. Da die genannten Gebilde in § 2 KStG nicht näher definiert werden, ist der Bedeutungsgehalt der Begriffe unter Heranziehung des § 1 Abs. 1 KStG, der im Einleitungssatz dieselbe Formulierung verwendet und sodann eine Aufzählung der einzelnen Körperschaftsteuersubjekte vornimmt, näher zu bestimmen (vgl. Senatsurteil vom 03.02.1988 - I R 134/84, Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs --BFHE-- 153, 14, Bundessteuerblatt --BStBl-- II 1988, 588).

25 a) Ein nichtrechtsfähiges sonstiges Zweckvermögen des privaten Rechts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG stellt danach eine Vermögensmasse dar und unterliegt --abhängig von Sitz und Geschäftsleitung-- der unbeschränkten

oder der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Nach der ständigen Rechtsprechung, der eine konstitutive Unterscheidung zwischen Zweckvermögen und Vermögensmasse nicht entnommen werden kann, ist unter einer Vermögensmasse ein selbständiges, einem bestimmten Zweck dienendes Sondervermögen zu verstehen, das aus dem Vermögen des Widmenden ausgeschieden ist und aus dem eigene Einkünfte fließen. Dieses "Ausscheiden" aus dem Vermögen des bisherigen Inhabers muss derart sein, dass es eine gewisse Sicherheit der Erfüllung des Verwendungszwecks verbürgt. Besitzt die Vermögensmasse keine eigene Rechtsfähigkeit, so ist sie nur dann körperschaftsteuerpflichtig, wenn sie wenigstens wirtschaftliche Selbständigkeit besitzt (Urteil des Reichsfinanzhofs vom 07.04.1936 - I A 227/35, RFHE 39, 202, Reichssteuerblatt 1936, 442; Urteil des BFH vom 19.12.1952 - III 216/51 S, BFHE 57, 135, BStBl III 1953, 54; Senatsurteil vom 05.11.1992 - I R 39/92, BFHE 170, 62, BStBl II 1993, 388).

26 b) Ausländische Gebilde unterliegen der --unbeschränkten oder beschränkten-- Körperschaftsteuerpflicht nur dann, wenn sie nach ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Struktur --ungeachtet einer gegebenenfalls (ggf.) nach ausländischem Recht bestehenden Rechtspersönlichkeit-- einem deutschen Körperschaftsteuersubjekt entsprechen (sogenannter --sog.-- Typenvergleich, ständige Senatsrechtsprechung vgl. zuletzt Senatsurteil vom 25.10.2016 - I R 54/14, BFHE 256, 66, BStBl II 2017, 1216, mit weiteren Nachweisen).

27 3. Es ist umstritten, ob ein Investmentfonds ein anderes Zweckvermögen des privaten Rechts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG darstellt und in Folge dessen je nach seinem Sitz oder dem Ort seiner Geschäftsleitung der --unbeschränkten oder beschränkten-- Körperschaftsteuerpflicht unterliegt.

28 a) Die wohl überwiegende Zahl der Autoren verneint die Zweckvermögenseigenschaft des Investmentfonds (vgl. z.B. Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, § 11 InvStG Rz 14; Ebner/Helios, Finanz-Rundschau --FR-- 2009, 977; Steinberg, Der Betrieb --DB-- 1957, 195; Fock, Deutsche Steuerzeitung --DStZ-- 2006, 503; Hahne, Betriebs-Berater --BB-- 2017, 2010; Zetzsche, Internationales Steuerrecht --IStR-- 2015, 8), während zahlreiche Stimmen in der Literatur die Frage bejahen (Carlé/Hamacher in Korn, § 11 InvStG Rz 13.2 ff.; Bauderer/Mundel in Haase, InvStG, 2. Aufl., § 11 Rz 16; Gosch/Hummel, KStG, 3. Aufl., § 1 Rz 92; Neumann, Die Besteuerung von Publikums-Investmentvermögen, 2011, Seite --S.-- 204 f.; Petzschke, Die Besteuerung deutscher Immobilieninvestments eines Luxemburger FCP, 2012, S. 120 f.).

29 b) Der Senat schließt sich im Grundsatz der zuletzt genannten Auffassung an. Er teilt insbesondere die Einschätzung der Vorinstanz, dass im Streitfall der Kläger, der von seinem Typus her einem inländischen Spezialfonds entspricht, das Merkmal der wirtschaftlichen Verselbständigung deshalb erfüllt, weil das Recht der Fondsanleger zur Anteilsrückgabe für einen Zeitraum von zehn Jahren ausgeschlossen war. Auch § 3 Abs. 1 KStG steht der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht des Klägers nicht entgegen. Von einer näheren Begründung sieht der Senat im Rahmen dieser Zwischenentscheidung ab.

30 4. Die in § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 enthaltene Steuerbefreiung ist vorliegend nicht einschlägig.

31 a) Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 gilt das inländische Sondervermögen als Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG. Es ist von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit (§ 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004).

32 b) Die direkte Anwendung dieser Norm auf den Kläger scheitert an ihrem eindeutigen Gesetzeswortlaut. Danach ist nur der inländische Investmentfonds als Sondervermögen von der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer befreit. Der Kläger ist aber nach der Definition des Investmentsteuergesetzes ein ausländischer Fonds (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG 2004 i.V.m. § 2 Abs. 8 InvG). Eine analoge Anwendung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 scheidet aus, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Wie verschiedene Einzelregelungen des Investmentsteuergesetzes für ausländische Investmentvermögen oder Investmentanteile (vgl. z.B. § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 4 Abs. 2 Satz 5-7, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 5, § 16 InvStG 2004) und die Überschriften des 2. und 3. Abschnitts des Investmentsteuergesetzes ("Regelungen nur für inländische Investmentanteile"; "Regelungen nur für ausländische Investmentanteile") zeigen, ist bei der Verwendung der Attribute "inländisch" oder "ausländisch" von einer bewussten und gewollten Differenzierung des Gesetzgebers auszugehen.

33 5. Die Revision ist auch nicht im Hinblick auf die vom Kläger erhobene Verfahrensrüge begründet. Diese Rüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Er sieht insoweit von einer Begründung ab.

34 III. Vereinbarkeit mit Unionsrecht

35 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Revision nach Maßgabe des nationalen Rechts unbegründet ist.

Allerdings kann der Senat nicht abschließend entscheiden, da Zweifel bestehen, ob der Ausschluss des Klägers von der Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

36 Die in § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 enthaltene Regelung könnte gegen die unionsrechtlich verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.d.F. des Vertrags von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte --EG--, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, Nr. C 325, 1, jetzt Art. 63 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft --AEUV--, Amtsblatt der Europäischen Union 2008, Nr. C 115, 47) verstoßen.

37 1. Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zur Besteuerung von Fonds

Der EuGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechung in vier Urteilen zur Besteuerung von Fonds Stellung genommen (EuGH-Urteile Aberdeen Property Fininvest Alpha vom 18.06.2009 - C-303/07, EU:C:2009:377, IStR 2009, 499; Santander Asset Management SGIIC u.a. vom 10.05.2012 - C-338/11 bis C-347/11, EU:C:2012:286, IStR 2012, 432; Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company vom 10.04.2014 - C-190/12, EU:C:2014:249, IStR 2014, 334; Fidelity Funds u.a. vom 21.06.2018 - C-480/16, EU:C:2018:480, IStR 2018, 590). Es ging jeweils um eine Ungleichbehandlung bei der steuerlichen Behandlung von Dividenden, die entweder an gebietsansässige oder an gebietsfremde Investmentfonds ausgeschüttet wurden. Der EuGH ist jeweils davon ausgegangen, dass eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs vorlag, die nicht gerechtfertigt war. Er hat angenommen, dass sich gebietsansässige und gebietsfremde Fonds in vergleichbaren Situationen befinden. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die die Beschränkung rechtfertigen könnten, lägen nicht vor. So urteilte der EuGH in den drei zuletzt zitierten Entscheidungen, dass weder die Notwendigkeit einer ausgewogenen Aufteilung der Steuerhoheit noch die Notwendigkeit, die Kohärenz des Steuersystems zu wahren, zu einer Rechtfertigung führen könnten.

38 2. Streitstand zur Vereinbarkeit des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 mit Unionsrecht

Ob die in den genannten Urteilen des EuGH konkretisierten unionsrechtlichen Vorgaben dazu führen, dass auch der Ausschluss eines ausländischen Fonds von der Steuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 als ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit anzusehen ist, wird unterschiedlich beurteilt. In der Literatur wird --ohne Unterscheidung zwischen den verschiedenen Formen von Fonds-- überwiegend die Meinung vertreten, dass ein solcher Verstoß vorliegt (Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, am angegebenen Ort --a.a.O.--, § 11 InvStG Rz 27 ff.; Zetzsche, IStR 2015, 8; Schönbach/Gnutzmann, Betriebs-Berater-Special 1.2010 zu Heft 5, S. 30 ff.; Schwenk/Faber, ISR 2018, 319; Bödecker in Bödecker/Ernst/Hartmann, InvStG, § 11 Rz 24 ff.). Das vorinstanzliche FG Münster, das dem Revisionsverfahren beigetretene BMF und Teile der Literatur (in diese Richtung gehend z.B. Bannes/Holle, FR 2016, 661) sind anderer Auffassung.

39 3. Auffassung des Senats

Nach Auffassung des Senats könnte die von § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 angeordnete Steuerbefreiung --nur-- inländischer Fonds wegen der rechtlichen Besonderheiten des nationalen Investmentsteuerrechts und der tatsächlichen Besonderheiten des Streitfalls (Kläger als Spezialimmobilienfonds) mit der Kapitalverkehrsfreiheit zu vereinbaren sein. Wegen verbleibender Zweifel ist jedoch die Vorlage geboten.

40 a) Besonderheiten des nationalen Investmentsteuerrechts

Das nationale Investmentsteuerrecht unterscheidet bei der Besteuerung zwischen ausländischen und inländischen Sondervermögen (im Folgenden Fonds) sowie zwischen Publikumssondervermögen (Publikumsfonds) und Spezial-Sondervermögen (Spezialfonds).

41 aa) Die Besteuerung eines inländischen Fonds richtet sich nach dem Investmentsteuergesetz. Sie ist allgemein dadurch gekennzeichnet, dass der Fonds als Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und damit als ein Körperschaftsteuersubjekt gilt, er aber als Körperschaftsteuersubjekt von der Körperschaftsteuer befreit ist (§ 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 InvStG 2004). Diese Steuerbefreiung ist systematisch verknüpft mit der Besteuerung der Anleger. Diese haben entweder die Ausschüttungen zu versteuern oder die ausschüttungsgleichen Erträge, wenn es sich um einen thesaurierenden Fonds handelt (§ 2 Abs. 1 InvStG 2004). Mit der Steuerbefreiung des Fonds zugunsten der Anlegerbesteuerung wurde das Transparenzprinzip verwirklicht, wonach eine steuerliche Einmalbelastung auf der Ebene des Anlegers stattfindet. Der Fondsanleger wird insoweit wie ein Direktanleger

behandelt. Um die Anlegerbesteuerung sicherzustellen, wird auf der Stufe des Fonds eine Quellensteuer erhoben (§ 7 InvStG 2004).

42 bb) Bei der Besteuerung eines Spezialfonds folgt der Gesetzgeber ebenfalls dem Transparenzprinzip. Auch der inländische Spezialfonds wird daher zugunsten der Anlegerbesteuerung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 von der Körperschaftsteuer befreit. Der Spezialfonds unterscheidet sich vom Publikumsfonds dadurch, dass bei Letzterem eine unbestimmte Anzahl verschiedener Anleger beteiligt ist, während beim Spezialfonds ausschließlich nicht-natürliche Personen (sog. institutionelle Anleger) Anleger sein dürfen, zahlenmäßig begrenzt auf eine Höchstzahl von 100 (§ 15 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004). Häufig haben Spezialfonds nur einen oder sehr wenige institutionelle Anleger, die tatsächlich Einfluss auf die Investitionsentscheidungen nehmen können (Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 15 InvStG Rz 6).

43 cc) Handelt es sich um einen inländischen Spezialimmobilienfonds, findet eine Besteuerung der Immobilieneinkünfte ebenfalls nicht auf der Fondsebene, sondern auf der Anlegerebene statt. Ist der Anleger beschränkt steuerpflichtig (im Folgenden ausländischer Anleger), gelten die inländischen Immobilieneinkünfte als von diesem --direkt-- bezogene Einkünfte gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe f, Nr. 6 oder Nr. 8 des Einkommensteuergesetzes --EStG-- (§ 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004). Der Gesetzgeber hat damit im Bereich der Spezial-Immobilienfonds das Prinzip der Volltransparenz verwirklicht: Während im Regelfall der Fonds als Körperschaftsteuersubjekt eigene, allerdings steuerbefreite Einkünfte bezieht und die steuerpflichtigen Einkünfte des Anlegers aus den vom Fonds erhaltenen Ausschüttungen bestehen, werden im Sonderfall des Spezialimmobilienfonds dem ausländischen Anleger die inländischen Vermietungseinkünfte des Fonds unmittelbar (anteilig) als eigene, beschränkt steuerpflichtige Einkünfte zugerechnet. Um die Besteuerung der ausländischen Anleger sicherzustellen, besteht auf der Ebene des Fonds eine Quellensteuerabzugspflicht (§ 15 Abs. 2 Satz 4 InvStG 2004). Mit der Volltransparenz und der Quellensteuerpflicht sichert der deutsche Gesetzgeber sein Besteuerungsrecht an den Erträgen inländischer Grundstücke in seiner Eigenschaft als Belegenheitsstaat.

44 Das Prinzip der Volltransparenz hat der Gesetzgeber verwirklicht, um der Inanspruchnahme ungerechtfertigter Steuervorteile steuerausländischer (Groß-)Investoren im Immobilienbereich entgegenzuwirken. Ein solcher Investor wäre nämlich bei einer Direktanlage in inländische Immobilien beschränkt steuerpflichtig gewesen. Diese Steuerpflicht hätte er bei einem Investment über einen Spezialimmobilienfonds unschwer vermeiden können (zu Einzelheiten vgl. Lübbehüsen in Berger/Steck/Lübbehüsen, a.a.O., § 15 InvStG Rz 103 f.). Das Prinzip der Volltransparenz beseitigt zum Teil die von § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 zuerkannte Körperschaftsteuersubjektivität des Fonds und besteuert die ausländischen (institutionellen) Anleger wie bei einer Direktanlage.

45 dd) Die Steuerpflicht ausländischer Fonds richtet sich nach den Bestimmungen des Körperschaftsteuergesetzes, und zwar im Einzelnen nach den Vorgaben der §§ 1 bis 3 KStG i.V.m. § 49 EStG. Sind sie nach Maßgabe des Körperschaftsteuergesetzes --unbeschränkt oder beschränkt-- körperschaftsteuerpflichtig, dann können sie sich auf die Steuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 nicht berufen, weil diese Steuerbefreiung inländischen Fonds vorbehalten ist (siehe im Einzelnen oben unter II. der Gründe dieses Beschlusses).

46 ee) Die Grundsätze zu dd) gelten auch bei der Beurteilung der Körperschaftsteuerpflicht eines ausländischen Spezialimmobilienfonds. Die Folge der sich aus §§ 1 bis 3 KStG i.V.m. § 49 EStG ergebenden Körperschaftsteuerpflicht des ausländischen Spezialimmobilienfonds ist, dass dieser selbst seine Einkünfte aus der Vermietung der im Inland belegenen Grundstücke zu versteuern hat. Denn nach § 49 EStG, der den Katalog der beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte enthält und über § 2 Nr. 1 KStG auch im Körperschaftsteuerrecht gilt, macht Deutschland als Belegenheitsstaat von seinem Besteuerungsrecht an den Einkünften aus der Vermietung inländischen Grundbesitzes Gebrauch.

47 Zu einer Besteuerung der ausländischen Anleger des ausländischen Spezialimmobilienfonds --und damit zu einer doppelten steuerlichen Belastung der Vermietungseinkünfte-- kommt es nicht. § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004, der eine solche beschränkte Steuerpflicht der ausländischen Anleger anordnet, ist nur bei inländischen Spezialimmobilienfonds anwendbar. Auch § 49 EStG (ggf. i.V.m. § 2 Nr. 1 KStG), der den Katalog der beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte enthält, sah in den Streitjahren keine Steuerpflicht für die ausländischen Anleger des ausländischen Spezialimmobilienfonds hinsichtlich ihrer vom Fonds erhaltenen Ausschüttungen vor.

48 b) Tatsächliche Besonderheiten des Streitfalls

Bei dem Kläger handelt es sich um einen luxemburgischen Spezialimmobilienfonds, der in inländischen Immobilien

investiert ist und im Wesentlichen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung dieser Immobilien erzielt. Er hat als geschlossener Immobilienfonds lediglich zwei im Ausland ansässige institutionelle Anleger. In Luxemburg unterliegt der Fonds keiner Ertragsteuer und die von ihm vorgenommenen Ausschüttungen unterliegen keiner Quellensteuer. Bei nicht in Luxemburg ansässigen Anlegern werden die Ausschüttungen in Luxemburg nicht besteuert.

49 aa) Im Streitfall folgt aus diesen Besonderheiten, dass der Kläger als ausländischer Spezialimmobilienfonds ein Körperschaftsteuersubjekt im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ist und er im Inland (nur) mit seinen Einkünften aus der Vermietung der inländischen Immobilien der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht gemäß § 2 Nr. 1 KStG i.V.m. § 49 EStG unterliegt (siehe im Einzelnen oben unter II. der Gründe dieses Beschlusses). Seine beiden institutionellen Anleger sind nicht gebietsansässig und in Deutschland keiner Besteuerung unterworfen.

50 bb) Die Beurteilung nach nationalem Recht ergibt weiter, dass ein vergleichbarer inländischer Spezialimmobilienfonds mit zwei im Ausland ansässigen institutionellen Anlegern mit seinen Einkünften aus der Vermietung inländischer Immobilien bereits deswegen keiner inländischen Körperschaftsteuer unterläge, weil diese Einkünfte unmittelbar den institutionellen Anlegern als eigene Einkünfte aus der Vermietung der inländischen Grundstücke gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 zugerechnet werden (Prinzip der Volltransparenz). Auf eine Befreiung des Fonds von der Körperschaftsteuer kommt es nicht an.

51 cc) Danach kommt es im Ergebnis jeweils (nur) zu einer Einmalbesteuerung der im Inland erzielten Vermietungseinkünfte. Die Steuerbelastung tritt allerdings auf unterschiedlichen Ebenen ein: Beim ausländischen Spezialimmobilienfonds auf der Ebene des beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Fonds; beim inländischen Spezialimmobilienfonds auf der Ebene der beschränkt steuerpflichtigen Anleger. Der Grund für die unterschiedliche steuerliche Behandlung ist darin zu sehen, dass der deutsche Gesetzgeber nach dem Grundsatz der territorialen Begrenzung seiner Hoheitsgewalt bei einem ausländischen Spezialimmobilienfonds mit ausländischen Anlegern seinen Besteuerungsanspruch als Belegenheitsstaat gegenüber den ausländischen Anlegern nicht durch einen Quellensteuerabzug sicherstellen kann.

52 c) Unionsrechtliche Zweifel, ob der Ausschluss eines ausländischen Spezialimmobilienfonds mit ausländischen (institutionellen) Anlegern von der Steuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 gegen die Kapitalverkehrsfreiheit verstößt, bestehen in verschiedener Hinsicht.

53 aa) So ist für den Senat nicht zweifelsfrei feststellbar, ob es durch die Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 zu einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs kommt.

54 aaa) Der EuGH hat dies in den Urteilen Santander Asset Management SGIIC u.a. (EU:C:2012:286, IStR 2012, 432), Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (EU:C:2014:249, IStR 2014, 334), Fidelity Funds u.a. (EU:C:2018:480, IStR 2018, 590) jeweils angenommen, weil dort durch die auf inländische Fonds beschränkte Quellensteuerfreiheit der Dividendenausschüttung zum einen gebietsfremde Fonds abgehalten werden könnten, in inländische Kapitalgesellschaften zu investieren. Zum anderen könnten die im Sitzstaat der Kapitalgesellschaft ansässigen Anleger davon abgehalten werden, Anteile an den von der Steuerbefreiung ausgeschlossenen ausländischen Fonds zu erwerben.

55 bbb) Vorliegend geht es jedoch um einen nicht gebietsansässigen Spezialimmobilienfonds mit zwei ausländischen institutionellen Anlegern, der in inländische Immobilien investiert hat. Durch die Anordnung der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht für die vom Fonds erzielten Vermietungseinkünfte wird die Einmalbelastung dieser Einkünfte mit inländischer Ertragsteuer nach dem international gebräuchlichen Belegenheitsprinzip sichergestellt. Bei einem vergleichbaren gebietsansässigen Spezialimmobilienfonds wird die Einmalbelastung der inländischen Vermietungseinkünfte durch die im Wege der Volltransparenz eröffnete Besteuerung der beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Anleger sichergestellt (§ 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004). Damit wird das Immobilieninvestment im Ergebnis derselben steuerlichen Belastung unterworfen und es fragt sich, ob gebietsfremde Fonds durch die Nichtgewährung der Steuerfreiheit gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 tatsächlich von einer Investition in inländische Immobilien abgehalten werden.

56 Ob inländische Anleger tatsächlich davon abgehalten werden, Anteile an den nicht steuerbefreiten, sondern beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen ausländischen Fonds zu erwerben, ist angesichts der Ausgestaltung des Klägers als geschlossener ausländischer Spezialimmobilienfonds ebenfalls zweifelhaft. Zwar käme bei dieser Anlegergruppe zu der Steuerbelastung auf der Ebene des beschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Auslandsfonds noch die Ertragsteuer der unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Anleger, die die Fondsausschüttungen

erhalten, hinzu. Diese Doppelbelastung wird jedoch im Wesentlichen durch die Anrechnungsmöglichkeit des § 4 Abs. 2 Satz 7 InvStG 2004 beseitigt. Entscheidend tritt hinzu, dass ein Publikumsfonds sich von einem Spezialfonds erheblich unterscheidet. Bei Letzterem nutzt ein eng abgegrenzter Kreis institutioneller Anleger oder gar ein einzelner Anleger einen solchen Fonds als Investitionsvehikel für die von ihm geplante Investition in ein bestimmtes Anlageobjekt. Bei einer derartigen Exklusivität des Anlegerkreises könnte die Berücksichtigung potentieller inländischer institutioneller Anleger bei der Prüfung einer Beschränkung der Grundfreiheit als eine rein theoretische und damit als eine vernachlässigbare Möglichkeit erscheinen.

57 bb) Es ist ferner fraglich, ob die von § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 InvStG 2004 bewirkte Ungleichbehandlung Situationen betrifft, die objektiv miteinander vergleichbar sind.

58 aaa) Der EuGH geht in seiner Rechtsprechung vom Grundsatz aus, dass sich Gebietsansässige und Gebietsfremde im Hinblick auf die direkten Steuern nicht in einer vergleichbaren Situation befinden (z.B. EuGH-Urteile Grünewald vom 24.02.2015 - C-559/13, EU:C:2015:109, Deutsches Steuerrecht 2015, 474; Timac Agro Deutschland vom 17.12.2015 - C-388/14, EU:C:2015:829, IStR 2016, 74; Bevola und Jens W. Trock vom 12.06.2018 - C-650/16, EU:C:2018:424, IStR 2018, 502). Von diesem Grundsatz hat der EuGH allerdings zahlreiche Ausnahmen gemacht (vgl. Kokott, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 2018, S. 129), unter anderem in der oben wiedergegebenen Rechtsprechung zur Besteuerung von Investmentfonds. In dieser Rechtsprechung hat der EuGH bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit allein auf die Ebene des Fonds abgestellt, die steuerliche Situation der Anleger nicht berücksichtigt und die Vergleichbarkeit zwischen gebietsansässigen und nicht gebietsansässigen Fonds jeweils bejaht (EuGH-Urteile Santander Asset Management SGIIC u.a., EU:C:2012:286, IStR 2012, 432; Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, EU:C:2014:249, IStR 2014, 334; Fidelity Funds u.a., EU:C:2018:480, IStR 2018, 590).

59 bbb) Für eine fehlende Vergleichbarkeit könnte in einem Fall wie dem vorliegenden allerdings sprechen, dass ein inländischer Spezialimmobilienfonds mit ausländischen institutionellen Anlegern auf Fondsebene nur deswegen nicht mit der Körperschaftsteuer belastet ist, weil an seiner statt unmittelbar nach dem Prinzip der Volltransparenz die ausländischen institutionellen Anleger hinsichtlich der inländischen Immobilieneinkünfte der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht durch § 15 Abs. 2 Satz 2 und 4 InvStG 2004 im Wege des Quellensteuerabzugs unterworfen werden. Der nationale Gesetzgeber hat damit die steuerliche Situation der Anleger als Unterscheidungskriterium für die anwendbare steuerliche Behandlung zugrunde gelegt.

60 Der EuGH hat bereits ausgesprochen, dass bei der Vergleichbarkeitsprüfung die Ebene des Fonds zu verlassen und ausnahmsweise auch die steuerliche Situation der Anleger einzubeziehen sein kann, wenn die gesetzliche Regelung die Steuerbefreiung des Fonds von der Voraussetzung abhängig macht, dass sämtliche Gewinne des Fonds an ihre Anteilsinhaber ausgeschüttet werden, und zwar zu dem Zweck, die Steuerlast der mittels dieser Fonds erzielten Kapitaleinkünfte der Steuerlast der unmittelbaren Anlagen von Privatpersonen anzugleichen (vgl. EuGH-Urteil Santander Asset Management SGIIC u.a., EU:C:2012:286, IStR 2012, 432, Rz 40). Im vorliegenden Fall hat der deutsche Gesetzgeber zwar nicht eine solche Vollausschüttung fingiert. Die von § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 bewirkte unmittelbare Zurechnung der Vermietungseinkünfte an die ausländischen Anleger und die ausdrückliche Anordnung der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht dieser Einkünfte geht aber ersichtlich weit über die Wirkung einer (fingierten) Vollausschüttung hinaus. Sie bringt in besonderer Weise zum Ausdruck, dass die steuerliche Situation des Fonds nur insoweit eine Rolle spielt, als es um dessen Qualifikation als Spezialimmobilienfonds geht, im Übrigen aber die Situation der Anleger zwingend zu berücksichtigen ist. Weil es für die Besteuerung der Immobilieneinkünfte somit nicht auf die Ebene des Fonds, sondern auf die Ansässigkeit der Anleger ankommt, könnte dies gegen eine Vergleichbarkeit der Situationen sprechen.

61 cc) Zweifelhaft ist des Weiteren, ob zwingende Gründe des Allgemeininteresses die Regelung des § 11 Abs. 1 InvStG 2004 rechtfertigen könnten.

62 aaa) Der EuGH hat in den Urteilen Santander Asset Management SGIIC u.a. (EU:C:2012:286, IStR 2012, 432), Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (EU:C:2014:249, IStR 2014, 334), Fidelity Funds u.a. (EU:C:2018:480, IStR 2018, 590) jeweils ausgeführt, dass ein Mitgliedstaat, der sich dafür entschieden habe, gebietsansässige Fonds, die Dividenden inländischer Herkunft beziehen, nicht zu besteuern, sich nicht auf die Notwendigkeit einer ausgewogenen Aufteilung der Steuerhoheit zwischen den Mitgliedstaaten berufen könne, um die Besteuerung der gebietsfremden Fonds, die derartige Einkünfte haben, zu rechtfertigen.

63 bbb) Auf den ersten Blick spricht dies dafür, dass die von § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 gegenüber gebietsansässigen Fonds eingeräumte Steuerbefreiung nicht unter Berufung auf den Gesichtspunkt der Wahrung

der ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten gerechtfertigt werden kann. Allerdings könnten auch diesbezüglich die rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten des Streitfalls zu einer abweichenden Beurteilung führen.

64 Mit der Versagung der Steuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 und der Begründung der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht für die inländischen Vermietungseinkünfte gegenüber dem Kläger als nicht gebietsansässigem Spezialimmobilienfonds nimmt der deutsche Gesetzgeber sein Besteuerungsrecht als Belegenheitsstaat wahr. Auch Art. 6 Abs. 1 des Musterabkommens der Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD-Musterabkommen) gewährt dem Belegenheitsstaat für die Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen das Besteuerungsrecht. Die Art der Einkünfte des Fonds spielte in den vom EuGH entschiedenen Fällen auch insoweit eine Rolle bei der Rechtfertigungsprüfung, als der EuGH darauf hinwies, dass die vom Fonds bezogenen Dividendeneinkünfte bereits auf der Ebene der ausschüttenden Kapitalgesellschaft mit einer Ertragsteuer belastet waren (EuGH-Urteil Fidelity Funds u.a., EU:C:2018:480, IStR 2018, 590, Rz 72). An einer solchen steuerlichen Vorbelastung fehlt es bei den vom Kläger bezogenen Vermietungseinkünften.

65 Bei inländischen Spezialimmobilienfonds mit ausländischen Anlegern sichert der deutsche Gesetzgeber sein Besteuerungsrecht als Belegenheitsstaat in der Weise ab, dass er die inländischen Vermietungseinkünfte unmittelbar den ausländischen Anlegern zurechnet und bei diesen der beschränkten Steuerpflicht unterwirft (§ 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004). Es geht folglich schon im Ausgangspunkt nicht darum, für eine Steuerbefreiung des gebietsansässigen Fonds den Rechtfertigungsgrund der Notwendigkeit einer ausgewogenen Aufteilung der Steuerhoheit zwischen den Mitgliedstaaten heranzuziehen, um die Besteuerung des nicht gebietsansässigen Fonds zu legitimieren. Denn die Steuerbefreiung des gebietsansässigen Fonds kommt wegen des Besteuerungsdurchgriffs auf die ausländischen Anleger im Wege der Volltransparenz nicht zum Tragen.

66 Bei einem nicht gebietsansässigen Fonds mit ausländischen Anlegern ist zu berücksichtigen, dass das Besteuerungsrecht des Belegenheitsstaats für die inländischen Vermietungseinkünfte ohne die Besteuerung auf der Fondsebene nicht sichergestellt ist. Selbst wenn mit einer dem § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 vergleichbaren Regelung eine unmittelbare Zurechnung der inländischen Einkünfte an die ausländischen Anleger des ausländischen Spezialfonds erfolgen würde, könnte der Quellenstaat sein Besteuerungsrecht nicht sicherstellen. Einem gebietsansässigen Fonds kann er eine Quellensteuerabzugsverpflichtung auferlegen und die Besteuerung der ausländischen Anleger sicherstellen, was durch § 15 Abs. 2 Satz 4 InvStG 2004 geschehen ist; einem nicht gebietsansässigen Fonds kann er keine solche Verpflichtung auferlegen. Auch fehlt es im Unterschied zu Dividendeneinkünften an einer steuerlichen (Vor-)Belastung der Mieteinkünfte.

67 dd) Schließlich könnte der Ausschluss des Klägers von der Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 zur Wahrung der Kohärenz des Steuersystems gerechtfertigt sein.

68 aaa) Nach der zu Fonds ergangenen Rechtsprechung des EuGH kann ein auf diesen Rechtfertigungsgrund gestütztes Argument nur Erfolg haben, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem betreffenden steuerlichen Vorteil und dessen Ausgleich durch eine bestimmte steuerliche Belastung besteht, wobei die Unmittelbarkeit dieses Zusammenhangs im Hinblick auf das mit der fraglichen Regelung verfolgte Ziel beurteilt werden muss (EuGH-Urteile Santander Asset Management SGIIC u.a., EU:C:2012:286, IStR 2012, 432; Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, EU:C:2014:249, IStR 2014, 334; Fidelity Funds u.a., EU:C:2018:480, IStR 2018, 590).

69 bbb) Ein solcher unmittelbarer Zusammenhang könnte in einem Fall wie dem vorliegenden darin zu sehen sein, dass die Steuerbefreiung des inländischen Spezialimmobilienfonds ausgeglichen wird durch den im Wege der Volltransparenz gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 gegebenen unmittelbaren Besteuerungsdurchgriff auf die ausländischen institutionellen Anleger. Und ferner: die anlegerbezogene Zurechnung der inländischen Immobilieneinkünfte nach § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 geht über die unmittelbare Verknüpfung des steuerlichen Vorteils (Steuerbefreiung des Fonds) und der bestimmten steuerlichen Belastung (Steuerbelastung der ausländischen Anleger) hinaus. Auf die Steuerbefreiung des Fonds kommt es, wie oben im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung dargestellt, nicht mehr an.

70 ccc) Zu prüfen bleibt weiterhin, ob die Versagung einer Steuerbefreiung für den ausländischen Spezialimmobilienfonds nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kohärenz des deutschen Systems der Investmentbesteuerung zu gewährleisten (EuGH-Urteil Fidelity Funds u.a., EU:C:2018:480, IStR 2018, 590, Rz 83 ff.).

71 Der EuGH hat in der Rechtssache C-480/16 hierzu ausgeführt: Eine interne Kohärenz des in diesem Verfahren

fraglichen dänischen Steuersystems könnte aufrechterhalten werden, wenn die nicht gebietsansässigen Fonds in den Genuss der Befreiung von der Quellensteuer kommen könnten, sofern sich die dänischen Steuerbehörden unter voller Zusammenarbeit dieser Fonds vergewissern, dass diese eine Steuer entrichten, die derjenigen entspricht, die die in Dänemark ansässigen Investmentfonds als Vorauszahlung auf die Mindestausschüttung einbehalten müssen.

72 Überträgt man diese Ausführungen auf die Verhältnisse des deutschen Besteuerungssystems, dann käme es darauf an, dass die nicht gebietsansässigen Investmentfonds, denen die Steuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 nicht gewährt und die deshalb deutsche Körperschaftsteuer zahlen müssen, nachweisen, dass sie eine Steuer entrichten, die der deutschen Körperschaftsteuer entspricht. Nach Auffassung des Senats kann dieser Nachweis in einem Fall wie dem vorliegenden aber nicht geführt werden. Denn der Kläger als luxemburgischer Spezialimmobilienfonds unterliegt in Luxemburg mit seinen in Deutschland erzielten Vermietungseinkünften weder einer (eigenen) Ertragsteuer noch einer Quellensteuerabzugsverpflichtung im Hinblick auf (fingierte) Ausschüttungen an seine Anleger.

73 Der EuGH hat in der Rechtssache C-480/16 schließlich ausgeführt, dass die Versagung der dänischen Quellensteuerbefreiung gegenüber den nicht in Dänemark ansässigen Fonds zu einer mehrfachen Belastung der an ihre in Dänemark ansässigen Anleger ausgeschütteten Dividenden führt, was dem mit der nationalen Regelung verfolgten Ziel zuwiderlaufe.

74 Überträgt man auch diese Ausführungen auf die Verhältnisse des deutschen Besteuerungssystems, dann käme es darauf an, ob die Versagung der Körperschaftsteuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 gegenüber den nicht in Deutschland ansässigen Fonds zu einer mehrfachen Belastung der an die in Deutschland ansässigen Anleger ausgeschütteten Erträge führt. Diesbezüglich ist aber wiederum auf die rechtlichen und tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Falles hinzuweisen. Zum einen würde bei gedachten inländischen Anlegern die Doppelbelastung durch die Anrechnungsmöglichkeit des § 4 Abs. 2 Satz 7 InvStG 2004 weitgehend beseitigt werden. Zum anderen ist der Kläger als ausländischer Fonds zwar von der Körperschaftsteuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 ausgeschlossen, er hat aber keine in Deutschland ansässigen Anleger, bei denen es zu einer mehrfachen Belastung der Immobilienerträge (zunächst auf Fondsebene, sodann auf Anlegerebene) kommen könnte. Seine Tätigkeit als geschlossener Spezialfonds ist auch nicht darauf angelegt, solche Anleger zu gewinnen. Denn hinter einem solchen Fonds steht typischerweise eine abgeschlossene Zahl weniger institutioneller Investoren mit gleichgerichteten Interessen, die den Fonds als Vehikel für ihre eigenen Investitionen nutzen.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de