

Urteil vom 11. Oktober 2023, I R 23/23 (I R 33/17)

Unionsrechtmäßigkeit der Fondsbesteuerung nach dem InvStG 2004

ECLI:DE:BFH:2023:U.111023.IR23.23.0

BFH I. Senat

KStG § 1 Abs 1 Nr 5, KStG § 2 Nr 1, KStG § 3 Abs 1, InvStG § 11 Abs 1 S 2, InvStG § 15 Abs 2 S 2, InvStG § 15 Abs 2 S 4, AEUV Art 63, KStG VZ 2008, KStG VZ 2009, KStG VZ 2010, InvStG § 11 Abs 1 S 1, InvG § 30, AO § 39 Abs 2 Nr 1, AO § 85

vorgehend FG Münster, 20. April 2017, Az: 10 K 3059/14 K

Leitsätze

1. Ein nach luxemburgischem Recht errichteter Fonds für gemeinsame Anlagen (fonds commun de placement) in der Ausgestaltung eines spezialisierten Anlagefonds (fonds d'investissement spécialisé) kann als Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 des Körperschaftsteuergesetzes zu qualifizieren sein und mit seinen inländischen Einkünften der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterliegen.
2. Der Ausschluss eines luxemburgischen Spezialimmobilienfonds von der persönlichen Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 des Investmentsteuergesetzes 2004 verstößt gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Anschluss an Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339, Internationales Steuerrecht 2023, 355); die Steuerbefreiung ist bei einer Veranlagung mittels geltungserhaltender Reduktion des nationalen Rechts zu gewähren.

Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Finanzgerichts Münster vom 20.04.2017 - 10 K 3059/14 K aufgehoben.

Die Körperschaftsteuerbescheide für 2008, 2009 und 2010 vom 15.08.2013, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 21.08.2014, werden aufgehoben.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Tatbestand

I.

- 1 Es handelt sich um jenes Verfahren, das Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens des Senats an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) vom 18.12.2019 - I R 33/17 (BFHE 269, 225) und des sich anschließenden EuGH-Urteils L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339 (Internationales Steuerrecht --IStR-- 2023, 355) gewesen ist.
- 2 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist ein nach luxemburgischem Recht errichteter 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). Der Fonds hat weder Sitz noch Geschäftsleitung in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland), was ebenfalls für die zwei institutionellen Anleger des Klägers gilt.
- 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 und wird in Luxemburg nicht besteuert (mit Ausnahme der von den bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften und den Handelsgesellschaften zu entrichtenden Kapitalverkehrsteuer und der Zeichnungssteuer), wobei Ausschüttungen in Luxemburg keiner Quellensteuer unterliegen und bei nichtansässigen Empfängern nicht besteuert werden (vgl. Art. 66 und 68 des Luxemburgischen Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds).

- 4 Der Kläger wurde ohne Börsennotierung als geschlossener Immobilienfonds zunächst für zehn Jahre (mit Verlängerungsoption um ein Jahr) errichtet. Bei Beendigung werden alle Immobilieninvestitionen, die nicht bereits verwertet wurden, liquidiert und die Verkaufserlöse an die Anleger ausgeschüttet. Der Verwaltungsgesellschaft ist es untersagt, das Portfolio insgesamt oder teilweise in Form einer Sachausschüttung auszuschütten. Vor Ablauf der Vertragslaufzeit des Klägers ist --insoweit abweichend zu Art. 8 und 11 des Luxemburgischen Gesetzes vom 13.02.2007 über spezialisierte Investmentfonds, dass grundsätzlich eine Anteilsrückgabe möglich ist-- ein Rücknahmeverlangen der Anleger unzulässig. 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.
- 5 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.
- 6 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 (1 241 in Deutschland belegene Immobilien aus dem Vermögen der A AG, die nach dem Erwerb vermietet und später teilweise verkauft wurden). Besitz, Nutzen und Lasten der Objekte gingen zum ...2008 über. 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.
- 7 Im Juli 2013 reichte der Kläger Körperschaftsteuererklärungen für die Streitjahre nach Maßgabe beschränkter Körperschaftsteuerpflicht ein; zugleich bestritt er, körperschaftsteuerpflichtig zu sein. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt --FA--) ging dagegen von einer beschränkten Körperschaftsteuerpflicht aus und setzte Körperschaftsteuer fest (im Streitjahr 2009 wegen erlittener Veräußerungsverluste allerdings 0 €).
- 8 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.
- 9 Mit seiner vom FG zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung formellen und sachlichen Rechts.
- 10 Er beantragt,
 1. das Urteil der Vorinstanz sowie die Körperschaftsteuerbescheide 2008, 2009 und 2010, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 21.08.2014, aufzuheben,
 2. hilfsweise, das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Körperschaftsteuerbescheide 2008 und 2010 dahingehend zu ändern, dass die Körperschaftsteuer jeweils auf 0 € festgesetzt wird.
- 11 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.
- 12 Das dem Revisionsverfahren beigetretene Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat keinen Antrag gestellt.

Entscheidungsgründe

- 13** Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Klagestattgabe (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Dem Kläger ist aus unionsrechtlichen Gründen die Steuerbefreiung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 des Investmentsteuergesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung (InvStG 2004) zu gewähren.
- 14** 1. Nach den Maßstäben des innerstaatlichen Rechts unterliegt der Kläger der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht.
- 15** a) Nach § 2 Nr. 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung (KStG) sind Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz im Inland haben, beschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Da der persönliche Anwendungsbereich in § 2 KStG nicht näher definiert wird, 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 (z.B. Senatsurteil vom 03.02.1988 - I R 134/84, BFHE 153, 14, BStBl II 1988, 588).
- 16** Ein nicht rechtsfähiges 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, 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, RStBl 1936, 442¹; BFH-Urteil 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).
- 17** b) Ausländische Gebilde unterliegen der unbeschränkten oder beschränkten Körperschaftsteuerpflicht nur dann, wenn sie nach ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Struktur --ungeachtet einer gegebenenfalls nach ausländischem Recht bestehenden Rechtspersönlichkeit-- einem deutschen Körperschaftsteuersubjekt entsprechen (sogenannter Typenvergleich; ständige Senatsrechtsprechung, z.B. Urteile vom 25.10.2016 - I R 54/14, BFHE 256, 66, BStBl II 2017, 1216; vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399; vom 18.05.2021 - I R 12/18, BFHE 273, 223, BStBl II 2021, 875; Beschluss vom 18.05.2021 - I B 75/20 (AdV), BFH/NV 2021, 1489). Der Kläger ist von seinem Typus her mit einem inländischen Investmentfonds vergleichbar und unterliegt als ausländisches sonstiges Zweckvermögen der Körperschaftsteuerpflicht.
- 18** aa) Es ist in der Literatur umstritten, ob die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004, wonach das inländische Sondervermögen als Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG gilt, konstitutiv die Körperschaftsteuerrechtssubjektivität eines Fonds begründet (z.B. Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 1. Aufl., § 11 InvStG Rz 14; Ebner/Helios, Finanz-Rundschau --FR-- 2009, 977; Fock, Deutsche Steuer-Zeitung --DStZ-- 2006, 503; Hahne, Betriebs-Berater --BB-- 2017, 2010; Zetzsche, IStR 2015, 8) oder ob dieser Bestimmung (wie auch den entsprechenden Vorläufervorschriften [§§ 38 Abs. 1, 44 des mit Ablauf des 31.12.2003 außer Kraft getretenen Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften]) lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt (Carlé/Hamacher in Korn, § 11 InvStG Rz 13.2 ff.; Bauderer/Mundel in Haase, InvStG, 2. Aufl., § 11 Rz 16; Lampert in Gosch, KStG, 4. Aufl., § 1 Rz 92; Neumann, Die Besteuerung von Publikums-Investmentvermögen, 2011, S. 204 f.; Petzschke, Die Besteuerung deutscher Immobilieninvestments eines Luxemburger FCP, 2012, S. 120 f.).
- 19** bb) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an.
- 20** aaa) Durch den Abschluss schuldrechtlicher Investmentverträge zwischen den jeweiligen Anlegern und der Kapitalverwaltungsgesellschaft entsteht ein Sondervermögen (§ 30 des Investmentgesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung --InvG--). Da dieses zivilrechtlich unselbständig ist, stehen die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände zivilrechtlich entweder im Miteigentum der Anleger oder im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft (§ 30 Abs. 1 Satz 1 InvG); die Anlagegesellschaft verwaltet insoweit das Sondervermögen treuhänderisch für die Anleger-Eigentümer (Ermächtigungstreuhand) oder sie übt die (eigenen) Eigentümerbefugnisse treuhänderisch für die Anleger aus (Vollrechtstreuhand; s. Schmitz in

Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 1. Aufl., § 30 InvG Rz 5). Dabei widmen die Anleger eines Investmentfonds ihre Einlage auch einem besonderen Zweck (a.A. Zetzsche, IStR 2015, 11); dies ist der in § 1 Satz 2 InvG beschriebene Kapitalanlagezweck ("Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in [bestimmten, gesetzlich aufgeführten] Vermögensgegenständen angelegt sind").

- 21** bbb) Zweifelhaft und in der Literatur streitig beurteilt wird allein die Frage, ob bei einem Investmentfonds eine hinreichende wirtschaftliche Verselbständigung gegeben ist. Auch wenn dies von den Vertretern der Auffassung, dass Fonds keine sonstigen Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG darstellen, aus verschiedenen Gründen verneint wird, sind diese Gründe entweder generell nicht durchgreifend oder sie sind für die Entscheidung des Streitfalles nicht rechtserheblich.
- 22** (1) Die fehlende Zweckvermögenseigenschaft wird zum einen damit begründet, dass die Wirtschaftsgüter des Investmentvermögens im zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentum der Anleger verblieben seien und somit nicht auf Dauer das Vermögen der Widmenden (Anleger) verlassen hätten. Dem ist allerdings nicht zu folgen.
- 23** Für die steuerliche Beurteilung ist nicht maßgeblich, dass die Vermögensgegenstände bei der Miteigentumlösung (vgl. § 30 Abs. 1 InvG) im Miteigentum der Anleger stehen (so aber wohl Steinberg, Der Betrieb --DB-- 1957, 196). Denn § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG geht davon aus, dass auch ein Träger, der wegen fehlender Rechtsfähigkeit nicht zivilrechtlicher Eigentümer von Vermögensgegenständen ist, ein Körperschaftsteuersubjekt mit der Folge sein kann, dass ihm und nicht dem zivilrechtlichen Rechtsträger die Gegenstände für Zwecke der Ertragsbesteuerung zuzurechnen sind (Senatsurteile vom 05.11.1992 - I R 39/92, BFHE 170, 62, BStBl II 1993, 388; vom 15.03.2021 - I R 61/17, BFHE 272, 399). Aus demselben Grund kommt es auch nicht darauf an, dass zivil- und aufsichtsrechtlich bei der Treuhandlösung, die grundsätzlich gemäß § 75 InvG bei Immobilien-Sondervermögen zur Anwendung kommt, das zivilrechtliche Eigentum der Kapitalverwaltungsgesellschaft an den Fondsgegenständen mit einem Treuhandverhältnis zugunsten der Anleger verbunden ist (s. Klusak in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 1. Aufl., § 75 InvG Rz 3; Moroni in Moritz/Klebeck/Jesch, KAGB, § 92 Rz 13, zur vergleichbaren Rechtslage nach dem Kapitalanlagerecht). Denn eine zivilrechtliche Treugeberstellung der Anleger (Fremdeigentum mit Treugeberstellung), die rechtlich gesehen als ein "Minus" gegenüber einer Miteigentümerstellung angesehen werden kann, kann nicht entscheidungserheblich sein, wenn schon die stärkere zivilrechtliche Rechtsposition (Miteigentum der Anleger) steuerrechtlich im Sinne der Ausgangsfrage nicht maßgeblich ist.
- 24** Entgegen der Auffassung der Revision kommt es somit auf das investmentrechtliche Treuhandverhältnis für die Beurteilung der Zweckvermögenseigenschaft des Fonds nicht an. Maßgeblich ist vielmehr allein, ob die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände nach steuerrechtlichen Maßstäben im wirtschaftlichen Eigentum der Anleger stehen. Allein ein solches wirtschaftliches Eigentum der Anleger könnte der Zweckvermögenseigenschaft des Fonds entgegenstehen. Indes kommt die Annahme eines wirtschaftlichen Eigentums der Anleger nach zutreffender Meinung nicht in Betracht (z.B. Helios/Löschinger, DB 2009, 1724; Neumann, ebenda, S. 189; Petzschke, ebenda, S. 114 ff.; a.A. z.B. Fock, DStZ 2006, 503). Im Falle der Miteigentumlösung stellt das Eigentum der Anleger an den Vermögensgegenständen des Fonds eine "leere Hülle" dar, weil alle wesentlichen Eigentümerbefugnisse bei der Kapitalverwaltungsgesellschaft liegen (dazu im Einzelnen Neumann, ebenda, S. 186 ff.). Und das investmentrechtliche Treuhandverhältnis stellt kein Treuhandverhältnis im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 der Abgabenordnung (AO) dar, da der Treugeber das Treuhandverhältnis insoweit nicht mittels Weisungs- und jederzeitigen Treugutrückforderungsrechten beherrscht (s. allgemein Senatsurteil vom 24.11.2009 - I R 12/09, BFHE 228, 195, BStBl II 2010, 590, m.w.N.), vielmehr die Kapitalverwaltungsgesellschaft insoweit "das Sagen" hat (s. §§ 31, 32 InvG; im Einzelnen Neumann, ebenda; Petzschke, ebenda, S. 116 f.).
- 25** (2) Zum anderen wird gegen die Annahme der Zweckvermögenseigenschaft das Rückgaberecht des Anlegers ins Feld geführt. Der Anleger kann gemäß § 37 InvG verlangen, dass ihm gegen Rückgabe des Anteils sein Anteil an dem Sondervermögen ausgezahlt wird. Daraus wird gefolgert, dass der Anleger mittels seines Rückgaberechts über das von ihm selbst dem Fonds zur kollektiven Anlage zur Verfügung gestellte Vermögen disponieren kann, er dieses insbesondere jederzeit dem Fonds wieder entziehen könne (z.B. Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 1. Aufl., § 11 InvStG Rz 14; Neumann, ebenda, S. 193). Dies verhindere eine dauerhafte Bindung des vom Anleger gewidmeten Vermögens an den besonderen Zweck.
- 26** Es kann im Streitfall offenbleiben, ob dem in jeder Hinsicht gefolgt werden kann. Denn es spricht einiges dafür, dass für die Frage der Körperschaftsteuerrechtssubjektivität des Fonds und damit dessen Verselbständigung in einem wirtschaftlichen Sinne das konkrete Fondsvermögen in seiner jeweils aktuellen Zusammensetzung maßgeblich ist (a.A. Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 1. Aufl., § 11 InvStG Rz 14). Denn diese konkreten

Wirtschaftsgüter bilden das Sondervermögen, mit denen am Markt Einkünfte durch die Verwaltungstätigkeit der Kapitalanlagegesellschaft erwirtschaftet werden, und auf die subjektive Zurechnung dieses Markteinkommens an einen bestimmten Träger kommt es im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG an. Auf die fraglichen Wirtschaftsgüter hat der einzelne Anleger keinen unmittelbaren Zugriff und über deren Einsatz zum Zwecke der Einkünfteerzielung kann er nicht disponieren. Aufgrund ihrer weitreichenden Verwaltungsrechte entscheidet allein die Kapitalverwaltungsgesellschaft über den Erwerb, die Veräußerung, die Belastung und die Verwendung der Vermögensgegenstände (vgl. §§ 30 ff. InvG). Das Investmentsteuerrecht knüpft daran in seiner Grundkonzeption an und ordnet dem Fonds die aus den zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenständen erzielten Einkünfte als eigene Einkünfte zu. Das Anteilsrückgaberecht, dessen Ausübung durch einen einzelnen Anleger im Übrigen typischerweise keine Auswirkung auf den Fortbestand des Fonds hat --was ebenfalls für dessen Verselbständigung in einem wirtschaftlichen Sinne spricht--, hat damit lediglich den Charakter eines Wertersatzes für die Aufgabe des Anteilsrechts beziehungsweise des formalen Miteigentumsanteils (Carlé/Hamacher in Korn, § 11 InvStG Rz 13.2).

- 27** Immerhin kann es auf das Anteilsrückgaberecht für die Frage der Zweckvermögenseigenschaft dann nicht mehr entscheidend ankommen, wenn dieses Recht --für eine gewisse Dauer-- ausgeschlossen oder beschränkt ist (vgl. dazu etwa § 37 Abs. 2, § 95 Abs. 4 Satz 3 InvG). In einem solchen Fall ist von einer hinreichenden wirtschaftlichen Verselbständigung auszugehen, da das Erfordernis einer dauernden Zweckbindung nicht gleichzusetzen ist mit einer immerwährenden Bindung.
- 28** cc) Der Kläger als luxemburgischer FCP entspricht von seinem Typus her einem inländischen Investmentfonds und ist daher als sonstiges Zweckvermögen mit seinen inländischen Einkünften gemäß § 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG beschränkt körperschaftsteuerpflichtig.
- 29** Denn nach den tatsächlichen Feststellungen des FG handelt es sich bei dem Kläger um eine ungeteilte Gesamtheit von Vermögensgegenständen, die nach dem Grundsatz der Risikostreuung strukturiert ist und von einer Verwaltungsgesellschaft für Rechnung der Anleger verwaltet wird. Eine Verfügungsberechtigung über die Gegenstände des Sondervermögens steht den Anlegern nicht zu (zu Einzelheiten des FCP allgemein vgl. Petzschke, ebenda, S. 44 ff. und 106 ff.). Diese sind durch einen Anteilsschein beteiligt und grundsätzlich besteht nach luxemburgischem Recht auch die Möglichkeit der Anteilsrückgabe. Dass dieses Recht im Streitfall für zehn Jahre ausgeschlossen war, ändert zum einen nichts an der grundsätzlichen typologischen Vergleichbarkeit des SIF-FCP mit einem deutschen Spezialfonds, führt zum anderen aber, wie vom FG zutreffend erkannt, zur Einordnung des Klägers als sonstiges Zweckvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG. Denn mit dem FG ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung der maßgebenden Entscheidungskriterien davon auszugehen, dass ein für zehn Jahre geltender Ausschluss der Anteilsrückgabe zu einer hinreichenden wirtschaftlichen Verselbständigung eines Fonds führt.
- 30** dd) § 3 Abs. 1 KStG schließt entgegen dem Revisionsvorbringen des Klägers dessen beschränkte körperschaftsteuerpflicht nicht aus.
- 31** Der Große Senat des BFH sieht in § 3 Abs. 1 KStG nur einen Auffangtatbestand für nicht rechtsfähige Personenvereinigungen und Vermögensmassen, zu denen auch die sonstigen nicht rechtsfähigen Zweckvermögen gehören (Beschluss vom 25.06.1984 - GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, Rz 112). Bereits diese Einordnung des § 3 Abs. 1 KStG als subsidiäre Vorschrift spricht dagegen, einem Gebilde, dessen körperschaftsteuerpflicht sich bereits aus der unmittelbaren Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 2 Nr. 1 KStG ergibt, aufgrund des § 3 Abs. 1 KStG als nicht körperschaftsteuerpflichtig anzusehen.
- 32** Ob § 3 Abs. 1 KStG überhaupt, wie von der Revision vertreten, eine die körperschaftsteuerpflicht begrenzende Wirkung zukommen kann, kann im Streitfall aber auch dahinstehen. Denn eine solche Begrenzung würde voraussetzen, dass das Einkommen der Vermögensmasse nach dem körperschaftsteuergesetz oder nach dem Einkommensteuergesetz bereits unmittelbar bei einem anderen Steuerpflichtigen zu versteuern ist und die nochmalige Besteuerung desselben Einkommens bei der körperschaftsteuerpflichtigen Vermögensmasse zu einer steuerlichen Doppelbelastung führen würde. Eine Besteuerung des Einkommens --beim Immobilienfonds insbesondere der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung-- bei den Anlegern als "anderen Steuerpflichtigen" kommt aber entgegen der Meinung der Revision nicht in Betracht. Denn der Fonds ist (wie oben ausgeführt) selbst als sonstiges Zweckvermögen körperschaftsteuersubjekt. Damit anerkennt das Steuerrecht die Eignung einer nicht rechtsfähigen Vermögensmasse, eigene Einkünfte zu erzielen (z.B. Senatsurteil vom 05.11.1992 - I R 39/92, BFHE 170, 62, BStBl II 1993, 388). Maßgeblich für die Beurteilung der Frage, bei welchem Steuerpflichtigen Einkommen im Sinne des § 3 Abs. 1 KStG zu versteuern ist, sind zudem die allgemeinen Grundsätze der Einkommenszurechnung (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.06.1984 - GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751). Dem

Körperschaftsteuersubjekt "Fonds" sind aber nicht nur die Wirtschaftsgüter des Sondervermögens zuzurechnen, er disponiert auch über die Einkunftsquellen, etwa die Vermietung einzelner Immobilien, und erzielt deshalb ein eigenes Markteinkommen (zur persönlichen Zurechnung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung z.B. Pfirrmann in Herrmann/Heuer/Raupach, § 21 EStG Rz 20). Eine Zurechnung der Vermietungseinkünfte beim Anleger ist --unabhängig von der Qualifizierung des ausländischen Fonds als Zweckvermögen-- ausgeschlossen, weil dem insbesondere die investmentsteuerrechtliche Sonderregelung in § 2 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004 entgegensteht (Englisch in Berger/Steck/Lübbehüsen, InvG/InvStG, 1. Aufl., § 11 InvStG Rz 15).

- 33** 2. Die Voraussetzungen für die Anwendung der in § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 enthaltenen Steuerbefreiung zugunsten des Klägers sind nach dem Wortlaut der Vorschrift zwar nicht erfüllt. Denn danach ist nur das in Satz 1 der genannten Regelung angesprochene inländische Sondervermögen von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit. Allerdings hat der für die Auslegung des Unionsrechts zuständige EuGH mit dem aufgrund des Vorlagebeschlusses des Senats im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ergangenen Urteil L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339 (IStR 2023, 355) entschieden, dass 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) dahin auszulegen ist, dass er den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats entgegensteht, nach denen gebietsfremde Spezialimmobilienfonds für Immobilieneinkünfte, die sie auf dem Staatsgebiet dieses Mitgliedstaats beziehen, teilweise körperschaftsteuerpflichtig sind, gebietsansässige Spezialimmobilienfonds hingegen von dieser Steuer befreit sind. Damit ist dem Kläger aus unionsrechtlichen Gründen die Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 einzuräumen. Entgegen der Auffassung des BMF kann die Gewährung der Steuerbefreiung nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht werden, dass es zu einer mit inländischen Strukturen vergleichbaren Anlegerbesteuerung kommt.
- 34** a) Der Senat und die konkret am vorliegenden Rechtsstreit Beteiligten sind an die im Revisionsverfahren eingeholte Vorabentscheidung des EuGH gebunden (s. allgemein z.B. BFH-Urteil vom 11.02.2003 - VII R 1/01, BFH/NV 2003, 1100) und daher nicht befugt, von der Antwort des EuGH abzuweichen. Der Tenor des EuGH-Urteils L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339 (IStR 2023, 355) ist im Lichte seiner Entscheidungsgründe auszulegen (s. allgemein EuGH-Urteile Bosch/Hauptzollamt Hildesheim vom 16.03.1978 - Rs. 135/77, EU:C:1978:75; Kommission/Italien vom 19.01.1993 - C-101/91, EU:C:1993:16, Rz 14, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1995, 105; Ehrlicke in Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 267 AEUV Rz 68; Cordewener in Drüen/Hey/Mellinghoff [Hrsg.], 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918-2018, Festschrift für den Bundesfinanzhof, 2018, S. 895, 906).
- 35** b) Gemessen daran kann kein Zweifel bestehen, dass der EuGH den Ausschluss des Klägers von der Steuerbefreiung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 als einen Verstoß gegen die unionsrechtlich verbürgte Kapitalverkehrsfreiheit erachtet hat (im Ergebnis ebenso Patzner/Nagler, IStR 2023, 360, 361 f.; Hagen/Schober, BB 2023, 2135, 2137; Morawitz, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2023, 1007, 1008; Schlund, DStR kurzgefaßt 2023, 154; Dautzenberg, FR 2023, 724). Um den Anwendungsvorrang des Primärrechts der Union sicherzustellen, muss das Tatbestandsmerkmal "inländisch" in § 11 Abs. 1 Satz 1 InvStG 2004, auf das Satz 2 der Regelung unmittelbar Bezug nimmt, zugunsten des Klägers unbeachtet bleiben, die Norm ist aber im Übrigen zur Anwendung zu bringen (sogenannte geltungserhaltende Reduktion, vgl. dazu allgemein die ständige BFH-Rechtsprechung, z.B. Senatsurteile vom 21.10.2009 - I R 114/08, BFHE 227, 64, BStBl II 2010, 774; vom 03.02.2010 - I R 21/06, BFHE 228, 259, BStBl II 2010, 692; vom 15.01.2015 - I R 69/12, BFHE 249, 99, m.w.N.; s.a. BFH-Urteile vom 17.07.2008 - X R 62/04, BFHE 222, 428, BStBl II 2008, 976; vom 21.10.2008 - X R 15/08, BFH/NV 2009, 559).
- 36** c) Die dagegen gerichteten Einwendungen des BMF bleiben ohne Erfolg.
- 37** aa) Die dem Senat als vorlegendem Gericht vom EuGH aufgegebenen Kohärenzprüfung (EuGH-Urteil L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339, IStR 2023, 355, Rz 71; zum Gesichtspunkt der Kohärenz z.B. auch Senatsbeschluss vom 23.11.2021 - I R 5/18, BFHE 275, 219 und das dazu ergangene EuGH-Urteil H Lebensversicherung vom 22.06.2023 - C-258/22, EU:C:2023:506) hat nicht zur Folge, dass die vom EuGH festgestellte Ungleichbehandlung zwischen gebietsansässigen und nicht gebietsansässigen Fonds gerechtfertigt wäre (insoweit zweifelnd Brandis/Heuermann/Mann, § 11 InvStG 2004 Rz 18). Der Senat hat zwar zu prüfen, ob die direkte Zurechnung der Immobilieneinkünfte an die gebietsfremden Anleger und die Besteuerung der gebietsansässigen Anleger der gebietsansässigen Fonds die diesen Fonds gewährte Befreiung ausgleicht. Jedoch stellt der EuGH zugleich klar, dass selbst bei Feststellung eines direkten Zusammenhangs zwischen Steuerbefreiung auf Fondsebene und Besteuerung auf Anlegerebene noch zu prüfen wäre, ob die Tatsache, dass die Möglichkeit

einer Befreiung der Immobilieneinkünfte von der Körperschaftsteuer ausschließlich gebietsansässigen Spezialimmobilienfonds vorbehalten ist, nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kohärenz dieses Steuersystems zu gewährleisten. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung nimmt der EuGH indes selbst vor und schließt sie mit dem Ergebnis ab, "dass die Beschränkung des freien Kapitalverkehrs, die durch die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden deutschen Rechtsvorschriften hervorgerufen wird, ... mithin nicht durch die Notwendigkeit, die Kohärenz des nationalen Steuersystems zu wahren, gerechtfertigt werden" kann (EuGH-Urteil L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339, IStR 2023, 355, Rz 75).

- 38** bb) Dass eine geltungserhaltende Reduktion im Streitfall wegen fehlender Beschränkung des Kapitalverkehrs nicht erforderlich sei, ist nicht zutreffend. Das vom BMF angeführte Argument, dass es jeweils nur zu einer Einmalbelastung mit Ertragsteuer komme (im Falle des Klägers durch die inländische Körperschaftsteuer auf die inländischen Immobilieneinkünfte auf der Grundlage einer beschränkten Körperschaftsteuerpflicht; im Falle des von der inländischen Steuer befreiten inländischen Spezialimmobilienfonds mit ausländischen Anlegern durch die Anlegerbesteuerung gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 und 4 InvStG 2004) und die steuerliche Belastung lediglich auf unterschiedlichen Ebenen eintrete (im Streitfall auf der Fondsebene, im Falle des inländischen Spezialimmobilienfonds auf der Anlegerebene), wodurch nur eine formale Ungleichbehandlung eintrete, die nicht geeignet sei, den Kläger von Investitionen in deutsche Immobilien oder seine Anleger von Investitionen in gebietsfremde Spezialimmobilienfonds abzuhalten, hat der Senat in seinem Vorlagebeschluss dem EuGH selbst unterbreitet (Senatsbeschluss vom 18.12.2019 - I R 33/17, BFHE 269, 225). Der EuGH hat dessen ungeachtet in seinem Urteil L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339 (IStR 2023, 355) unter Rz 53 ausgeführt, "dass Rechtsvorschriften wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden deutschen eine nach Art. 63 AEUV grundsätzlich verbotene Beschränkung des freien Kapitalverkehrs darstellen". Der EuGH hat bei seiner unionsrechtlichen Würdigung auch die Situation einbezogen, dass bei einem ausländischen Spezialimmobilienfonds mit inländischen Anlegern zur beschränkten Körperschaftsteuerpflicht dieses Fonds noch die Ertragsteuer bei den inländischen Anlegern hinzukomme und die in § 4 Abs. 2 Satz 7 InvStG 2004 vorgesehene Anrechnungsmöglichkeit darauf abziele, diese Doppelbelastung zu beseitigen. De facto hänge die komplette Beseitigung dieser Doppelbelastung allerdings von der besonderen steuerlichen Situation jedes Anteilseigners ab und sei damit unsicher. Im Übrigen habe die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass die gebietsansässigen Anleger der gebietsfremden Spezialimmobilienfonds im Vergleich zu den gebietsansässigen Anlegern der gebietsansässigen Spezialimmobilienfonds je nach ihrer steuerlichen Situation benachteiligt werden könnten (EuGH-Urteil L Fund vom 27.04.2023 - C-537/20, EU:C:2023:339, IStR 2023, 355, Rz 52). Dass im Streitfall inländische Anleger am Kläger nicht beteiligt sind, was dem EuGH positiv bekannt war, ändert nichts daran, dass er offensichtlich wie in früheren Entscheidungen zur Fondsbesteuerung (z.B. EuGH-Urteil Fidelity Funds u.a. vom 21.06.2018 - C-480/16, EU:C:2018:480, IStR 2018, 590) für die Prüfung einer Beschränkung des freien Kapitalverkehrs insoweit eine hypothetische Betrachtung hinsichtlich des Investitionsverhaltens gedachter Fonds beziehungsweise gedachter Anleger anstellt. Entscheidend tritt hinzu, dass der EuGH im konkreten Vorabentscheidungsverfahren ausweislich des Urteilstenors ausdrücklich auf einen Grundfreiheitsverstoß erkannt hat. Ob, wie der Kläger geltend macht, von der Besteuerungsebene abhängige Belastungsunterschiede gegeben sind, insbesondere eine Besteuerung auf Anlegerebene bei gleichzeitiger Steuerbefreiung auf Fondsebene immer günstiger sei als eine Steuerbelastung auf Fondsebene (so Patzner/Nagler, IStR 2023, 360, 361), kann somit dahinstehen.
- 39** cc) Es kommt nicht in Betracht, dem Kläger die Steuerbefreiung unter unionsrechtskonformer Auslegung des § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004 nur unter der Voraussetzung einer (bestimmten) Besteuerung seiner Anleger zu gewähren.
- 40** aaa) Das BMF ist der Auffassung, die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes 2004 zur Besteuerung gebietsfremder Spezialimmobilienfonds seien einer geltungserhaltenden Reduktion zugänglich und geltungserhaltend anzuwenden; dies führe zu einer entsprechenden Anwendung der für die gebietsansässigen Fonds geltenden Vorschriften, namentlich § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 über die direkte Zuordnung der Erträge an die Anleger sowie § 15 Abs. 2 Satz 4 InvStG 2004 über die Quellensteuerabzugspflicht des Fonds.
- 41** bbb) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Denn sie läuft darauf hinaus, dass die unionsrechtlich grundsätzlich gebotene Steuerbefreiung eines selbständigen Steuerrechtssubjekts --des Fonds-- davon abhängig gemacht wird, dass ein anderes Steuersubjekt --der Anleger-- einer steuerlichen Belastung unterworfen wird, für die es im nationalen Steuerrecht keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt. So begründet die von § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG 2004 angeordnete unmittelbare Zurechnung der --vom Fonds erzielten-- Immobilienerträge an den Anleger des inländischen Spezialimmobilienfonds als beschränkt steuerpflichtige Einkünfte (sogenannte Voll- oder

Supertransparenz, vgl. Senatsbeschluss vom 18.12.2019 - I R 33/17, BFHE 269, 225) die Steuerpflicht dieses Anlegers. Auch mit der von § 15 Abs. 2 Satz 4 InvStG 2004 angeordneten Quellensteuerabzugspflicht des Fonds wird die Besteuerung des Anlegers --und nicht die des (steuerbefreiten) Steuersubjekts "Fonds"-- sichergestellt (Senatsbeschluss vom 18.12.2019 - I R 33/17, BFHE 269, 225). Diese belastenden Regelungen können nicht im Wege der geltungserhaltenden Reduktion in entsprechender Anwendung auf den Anleger eines nicht gebietsansässigen Spezialimmobilienfonds übertragen werden, der tatbestandlich von diesen Normen nicht erfasst wird. Derartiges würde gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung (§ 85 AO) verstoßen. Dem Ansatz, dass die geltungserhaltende Reduktion nicht zur Grundlage einer Belastung von Drittpersonen gemacht werden kann, entspricht die Rechtsprechung des Senats zu einer vergleichbaren Problematik. Danach kann der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zwar gegebenenfalls zur geltungserhaltenden Reduktion einer nationalen Steuernorm führen, nicht aber zur (eingriffsverschärfenden) Extension einer an diese Norm anknüpfenden anderen Vorschrift, die ihrerseits unionsrechtlich unbedenklich ist (Senatsurteil vom 05.05.2010 - I R 104/08, BFH/NV 2010, 1814).

- 42** 3. Nach alledem war dem Revisionsbegehren im Hauptantrag zu entsprechen. § 11 Abs. 1 Satz 2 InvStG 2004, der aus unionsrechtlichen Gründen beim Kläger zur Anwendung kommt, gewährt eine persönliche Steuerbefreiung (Schäfer in Moritz/Jesch, InvStG, 1. Aufl., § 11 Rz 39; Brandis/Heuermann/Mann, § 11 InvStG 2004 Rz 7). In einem solchen Fall darf ein Körperschaftsteuerbescheid, selbst wenn mit ihm eine Steuer von 0 € festgesetzt wird, nicht ergehen. Ergeht er dennoch, ist er ersatzlos aufzuheben (Senatsurteile vom 14.09.1994 - I R 153/93, BFHE 176, 229, BStBl II 1995, 499; vom 15.11.2017 - I R 39/15, BFH/NV 2018, 611).
- 43** 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

¹Der Senat ist sich bewusst, dass das Urteil stark von nationalsozialistischem Gedankengut geprägt ist. Es ist allerdings mit seinen Aussagen zum Zweckvermögen sachlich-neutral gehalten und stimmt insoweit inhaltlich mit früheren Urteilen des Reichsfinanzhofs und späteren Urteilen des Bundesfinanzhofs überein.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de