

## **Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?**

### **Kritische Würdigung der Urteile des FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 2079/16 und 4 K 999/17 am Maßstab des EuGH-Urteils v. 30.1.2020 – C-156/17, Köln-Aktienfonds Deka**

Dr. Jens Kleinert\*

Mit zwei Urteilen hat das FG Hessen am 21.8.2019<sup>1</sup> entschieden, dass die nur auf inländische Publikums-Investmentfonds anwendbare Steuerbefreiung des bis 31.12.2017 geltenden § 11 InvStG (aF) zwar die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 AEUV<sup>2</sup>) nicht begünstigter gebietsfremder Investmentfonds beschränkt, jedoch durch den unionsrechtlichen Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems gerechtfertigt ist. Im Urteil v. 30.1.2020<sup>3</sup> hat hingegen der EuGH festgestellt, dass die auf niederländische Investmentfonds beschränkte Möglichkeit des kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezugs von niederländischen Dividenden nach niederländischem Recht gegen die Kapitalverkehrsfreiheit ver-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

211

stößt. Der Verstoß setzt allerdings voraus, dass das niederländische Fondsbesteuerungsregime mit seiner Ausschüttungsverpflichtung der Sicherstellung der (Anleger-)Besteuerung dient, da sich dann ein deutscher Publikums-Investmentfonds mit einem niederländischen Investmentfonds in vergleichbarer Lage befindet und dem deutschen Investmentfonds unter Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV ein kapitalertragsteuerfreier Dividendenbezug verwehrt wird. Der nachfolgende Beitrag misst mit Schwerpunkt auf den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des deutschen (Investmentfonds-)Besteuerungssystems die Urteile des FG Hessen<sup>4</sup> zu § 11 InvStG aF am Maßstab der jüngsten EuGH-Rechtsprechung.<sup>5</sup>

#### **1. Ausgangslage**

Die (Ausgangs-)Entscheidungen des FG Hessen ergingen vor dem Hintergrund der nachfolgend skizzierten Rechtsprechung.

##### **1.1 EuGH-Rechtsprechung**

In drei Entscheidungen hat der EuGH in den Jahren 2009, 2012 und 2014 judiziert, dass eine mitgliedstaatliche Praxis, die nur Dividendenausschüttungen an gebietsfremde Investmentfonds mit einer finalen Kapitalertragsteuer belastet, hingegen Ausschüttungen an gebietsansässige Investmentfonds kapitalertragsteuerfrei ermöglicht, gegen die Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 49, 63 AEUV verstößt.<sup>6</sup>

Mit Urteil v. 21.6.2018 hat der EuGH schließlich in der Rs. C-480/16, *Fidelity Funds*<sup>7</sup> klargestellt, dass eine (dänische) Regelung, die den kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezug davon abhängig macht, dass der die Dividenden empfangende Investmentfonds den sog. dänischen Fondsstatus aufweist, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV verstößt. Indem der dänische Fondsstatus neben der Ansässigkeit des Fonds in Dänemark zusätzlich voraussetzt, dass der Fonds am Geschäftsjahresende Mindestausschüttungen vornimmt bzw. ausweist und bezüglich dieser (ausgewiesenen) Mindestausschüttungen zugunsten des Investors dänische Kapitalertragsteuer

einbehält und an den Fiskus abführt, wird die Kapitalverkehrsfreiheit gebietsfremder Investmentfonds unionsrechtswidrig beschränkt, da diese den Fondsstatus nicht erlangen können. Der EuGH hat seine Entscheidung insbesondere damit begründet, dass eine kohärente und vor allem verhältnismäßige (dänische) Regelung gebietsfremden Investmentfonds die Möglichkeit zum kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezug unter der Voraussetzung, dass an den Ansässigkeitsstaat des Investmentfonds bzw. des Investors zu dessen Gunsten Kapitalertragsteuer abgeführt wurde, einräumen muss.<sup>8</sup>

Mit Urteil v. 22.11.2018<sup>9</sup> hat der EuGH entschieden, dass ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV auch dann vorliegt, wenn ein EU-Mitgliedstaat als Quellenstaat gebietsfremden Gesellschaften in einer Verlustsituation im Gegensatz zu gebietsansässigen Gesellschaften einen kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezug verwehrt. Selbst wenn das Steuerrecht des Quellenstaats in einem späteren Veranlagungszeitraum bei Wegfall der Verlustsituation der Anteilseignergesellschaft die Nachentrichtung der Kapitalertragsteuer vorsieht, muss diese Möglichkeit auch gebietsfremden Anteilseignergesellschaften eingeräumt werden. Sollte die (gebietsfremde) Anteilseignergesellschaft die Verlustsituation nicht mehr überwinden und damit der Steuerausfall im Falle der Liquidation final werden, so wäre das nach Ansicht des EuGH unionsrechtlich hinzunehmen.

Dieser EuGH-Entscheidung lässt sich entnehmen, dass das Unionsrecht auch die Zufügung von Liquiditätsnachteilen an gebietsfremde Steuerpflichtige verbietet.<sup>10</sup> Demnach verpflichten die Grundfreiheiten des europäischen Primärrechts die Mitgliedstaaten auch zur grenzüberschreitenden Gewährung von Liquiditätsvorteilen, wenn sich in einer rein innerstaatlichen Sachverhaltskonstellation ein derartiger Liquiditätsvorteil als Resultat der im Quellenstaat anwendbaren Periodenbesteuerung ergibt.

Im Urteil v. 30.1.2020 hat der EuGH schließlich entschieden, dass eine niederländische Steuervorschrift, die nur niederländischen Investmentfonds den kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezug ermöglicht hat, weil sie gesetzlich zur Weiterausschüttung dieser Dividenden an den Anleger innerhalb von 8 Monaten nach Ende des Geschäftsjahrs verpflichtet waren, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV verstößt.<sup>11</sup> Der von einem deutschen Investmentfonds gerügte Verstoß setzt – so der EuGH – allerdings voraus, dass sich ein deutscher Publikums-Investmentfonds im Hinblick auf die in Deutschland für Publikums-Investmentfonds bis 31.12.2017 geltende Besteuerung ausschüttungsgleicher Erträge (§ 2 Abs. 1 S. 2 InvStG aF) mit einem niederländischen Investmentfonds in vergleichbarer Lage befindet. Das hat das vorlegende nationale Gericht zu beurteilen und setzt voraus, dass das niederländische Zwangsausschüttungserfordernis vorwiegend der steuerlichen Erfassung der Gewinne auf Ebene der Anteilsinhaber eines Investmentfonds dient.<sup>12</sup>

Dieser – für gebietsfremde Investmentfonds erfreulichen – Entscheidung des EuGH gingen zwei für gebietsfremde Investmentfonds negative Entscheidungen des obersten niederländischen Steuergerichts aus dem Jahr 2015 voraus. Daher war die Vorlage des niederländischen Hoge Raad vor allem durch den Umstand motiviert, dass die streitigen Rechtsfragen, die in den Niederlanden eine große Menge an Erstattungsanträgen nach sich zogen, nur

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

212

durch eine finale EuGH-Entscheidung geklärt werden konnten.<sup>13</sup>

## 1.2 Rechtsprechung deutscher FG

Trotz dieser EuGH-Rechtsprechung ist das FG Münster im Hinblick auf einen in Deutschland Immobilien vermietenden Luxemburgischen Fonds Commun de Placement (FCP) zu dem Ergebnis gelangt, dass der luxemburgische Investmentfonds der Vertragsform nach nicht mit einem inländischen Investmentvermögen, welches im Inland belegene Immobilien vermietet, vergleichbar ist. Die mangelnde Vergleichbarkeit soll sich aus dem Umstand ergeben, dass dem deutschen Fiskus bezüglich der Investoren des luxemburgischen FCP keine Besteuerungsmöglichkeit im Wege des fondsausgangsseitigen Steuerabzugs zusteht, wie dies hingegen bei inländischen Investmentvermögen des Vertragstyps und ihren Anlegern der Fall wäre.<sup>14</sup>

Hingegen hat das FG Nürnberg mit Urteil v. 12.4.2018 im Hinblick auf das Jahr 2002 entschieden, dass einer gebietsfremden Körperschaft, die mit 5 %-Kapitalertragsteuer (nach DBA-Ermäßigung) belastete Dividenden von ihrer inländischen 100 %-Tochtergesellschaft bezog, aus der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV ein Anspruch auf Erstattung der einbehaltenen Kapitalertragsteuer zusteht. Das FG gelangte allerdings zu dem Ergebnis, dass unionsrechtlich eine verfahrensrechtliche Gleichstellung der gebietsfremden Muttergesellschaft – insbesondere im Hinblick auf verjährungsrechtliche An- und Ablaufhemmungstatbestände – nicht geboten sei.<sup>15</sup>

### **1.3 Deutsche Praxis**

Auf Basis dieser (EuGH-)Rechtsprechung haben seit dem Jahr 2005 ausländische Investmentfonds auch in Deutschland beim BZSt sowie den örtlichen Finanzämtern Anträge auf Erstattung unionsrechtswidrig einbehaltener deutscher Dividendenkapitalertragsteuer gestellt. Dass höchstwahrscheinlich auch das deutsche Regime der Investmentbesteuerung – entgegen den Feststellungen des FG Hessen in den Ausgangsentscheidungen – unionsrechtswidrig ist, hat schließlich auch der Bundesrechnungshof (BRH) mit Bericht v. 24.2.2016 an den Finanzausschuss des deutschen Bundestags mitgeteilt<sup>16</sup> und den Gesetzgeber schließlich erfolgreich zu der ab 1.1.2018 geltenden Reform des InvStG gedrängt.

### **2. Entscheidungen des FG Hessen**

Mit den beiden (Ausgangs-)Entscheidungen des FG Hessen und der dagegen eingelegten Revision zum BFH wurden die – auch von der Finanzverwaltung gewünschten – Musterverfahren zur Klärung der Unionsrechtskonformität des § 11 InvStG aF<sup>17</sup> beim BFH anhängig gemacht.

Obwohl das FG Hessen in der nur inländischen Investmentfonds zustehenden Steuerbefreiung des § 11 InvStG aF eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit von gebietsfremden Investmentfonds erkennt, soll der unionsrechtliche Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des (deutschen Investmentbe-)Steuerungssystems die Unionsrechtswidrigkeit des § 11 InvStG aF entfallen lassen, da der Tatbestand des Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz des Steuersystems erfüllt sei.

### **3. Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung nach der EuGH-Rechtsprechung?**

Im Hinblick auf die Frage der Unionsrechtswidrigkeit des § 11 InvStG aF ist zunächst zu klären, ob im Zusammenhang mit § 11 InvStG aF eine Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung geboten ist.

#### **3.1 Keine Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung**

Im Hinblick auf die der EuGH-Rs. *Fidelity Funds*<sup>18</sup> vorausgegangenen EuGH-Entscheidungen, in denen der EuGH ausschließlich auf die Besteuerung des Investmentfonds abgestellt hat und die Besteuerung der Anleger irrelevant war, äußert das FG Hessen, dass diese Rechtsprechung die Nichtberücksichtigung der Anlegerbesteuerung nahelegt, jedoch auf den Fall des § 11 InvStG aF nicht transferiert werden könne.<sup>19</sup>

Die Nichtberücksichtigung der Anlegerbesteuerung erscheint angesichts des Umstandes, dass die Steuerbefreiung des § 11 InvStG aF ebenso wie die in der EuGH-Rechtsprechung von 2009-2014 streitgegenständlichen Regelungen, die an den Sitz des die Dividenden empfangenden Investmentfonds angeknüpft haben und demzufolge die Anlegerbesteuerung nicht zu berücksichtigen war<sup>20</sup>, geboten.

### 3.1.1 EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, **Santander Asset Management SGIIC**

Die in diesem Verfahren vom EuGH zu beurteilende französische Steuerbefreiung für Investmentfonds galt nur für inlandsansässige Investmentfonds. Da diese Regelung alleine auf das Unterscheidungskriterium des Sitzes des Investmentvermögens abgestellt und die steuerliche Situation der betreffenden Anteilsinhaber nicht berücksichtigt hat, war die Beurteilung der Vergleichbarkeit der Situationen allein auf der Ebene des Investmentfonds vorzunehmen.<sup>21</sup>

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

213

Wie § 11 InvStG aF hat auch die in der Rs. C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC* dem EuGH unterbreitete französische Fondsbesteuerungsregelung die Befreiung der Dividenden von der Quellensteuer nicht von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass die vom Investmentfonds bezogenen Dividenden von diesem weiter ausgeschüttet werden und damit die Besteuerung bei den Anteilsinhabern des Investmentfonds einen Ausgleich für die Befreiung von der Quellensteuer erlaubt. Aus diesem Grund hat der EuGH einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Befreiung der Dividenden inländischer Herkunft von der Quellensteuer und der Besteuerung dieser Dividenden als Einkünfte der Anteilsinhaber dieses Investmentfonds verneint und die Anlegerbesteuerung für irrelevant erklärt.<sup>22</sup>

### 3.1.2 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, **Emerging Markets**

In dieser Rechtssache hatte der EuGH über eine polnische Regelung, die nur dem polnischen InvStG unterliegende Investmentfonds steuerbefreit gestellt hat, zu befinden.<sup>23</sup> Der EuGH bekräftigte dabei, dass in den Fällen, in denen eine Regelung – wie auch § 11 InvStG aF – nur gebietsansässigen Investmentfonds eine Befreiung des Quellensteuerabzugs für von ihnen bezogene Dividenden ermöglicht, alleine der Sitz des Investmentfonds das Unterscheidungskriterium für dessen Besteuerung darstellt und die Steuerbefreiung zugunsten der gebietsansässigen Investmentfonds gerade nicht von der Besteuerung der an ihre Anteilsinhaber ausgeschütteten Erträge abhängig gemacht wird.<sup>24</sup>

Insbesondere hat der EuGH auch das konkrete Vorbringen der deutschen Regierung, wonach die Auswirkungen der sich aus einer nur gebietsansässigen Investmentfonds gewährten Steuerbefreiung ergebenden Beschränkung in der Regel dadurch neutralisiert werden könnten, dass der Anleger die beim ausländischen Investmentfonds erhobene Quellensteuer in seinem Wohnsitzstaat auf seine eigene persönliche Steuerschuld anrechnen lassen oder bei der Steuerbemessungsgrundlage zum Abzug bringen könne, zurückgewiesen.<sup>25</sup> Der EuGH widerlegt damit zugleich die Auffassung des FG Hessen, wonach eine mit § 4 Abs. 2 S. 7 InvStG aF vergleichbare dänische Anrechnungsregelung in der Rs. *Fidelity Funds*<sup>26</sup> einen Verstoß gegen Unionsrecht hätte entfallen lassen.<sup>27</sup>

Schließlich wies der EuGH auch das Vorbringen der polnischen und deutschen Regierung zurück, wonach der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems personenübergreifend unter Gesamtbetrachtung der verschiedenen Besteuerungsebenen anzuwenden sei und eine Ausschüttung an inländische Anteilseigner vermutet werden müsse. Nach Ansicht der beiden

Regierungen könne nämlich nur dadurch die wünschenswerte einheitliche Besteuerung eines Steuerpflichtigen unter Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten entrichteten Steuern unabhängig von dem Mitgliedstaat in dem sie erzielt worden sind, sichergestellt werden. Der Gerichtshof begründete seine Ablehnung damit, dass die Prüfung des Rechtfertigungsgrundes der steuerlichen Kohärenz im Hinblick auf ein und dasselbe Steuersystem durchgeführt werden muss und eine – im Streitfall nicht vorliegende – Verknüpfung der Steuerbefreiung mit der Besteuerung beim Anteilseiner voraussetzt.<sup>28</sup>

Mangels unmittelbaren Zusammenhangs zwischen dem Vorteil der (Quellen-)Steuerbefreiung für von gebietsansässigen Investmentfonds bezogene Dividenden und der nachgelagerten Besteuerung dieser Dividenden als Einkünfte der Anteilsinhaber des betreffenden Investmentfonds verneinte der EuGH den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems auf eine nationale Regelung, die – wie § 11 InvStG aF – die ausschließliche Besteuerung von Ausschüttungen an gebietsfremde Investmentfonds anordnet.<sup>29</sup>

### Fazit zu 3.1

Die Wertung des FG Hessen, wonach der Transparenzgedanke der deutschen Investmentbesteuerung zur Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung zwingt, da Investmentfonds und Anteilsinhaber zum Zwecke der Besteuerung weitgehend wie eine Einheit zu behandeln seien<sup>30</sup>, wurde vom EuGH bereits in Bezug auf die dortigen Ausführungen der französischen Regierung zurückgewiesen, denn dieser Gedanke lag auch dem transparenten französischen Fondsbesteuerungssystem zugrunde. Dass immer dann die Situation der Anteilsinhaber zu berücksichtigen sein soll, wenn auf Ebene eines zwischengeschalteten Investmentfonds wegen des Transparenzprinzips keine Besteuerung erfolgt, wurde vom EuGH bereits im Urteil v. 10.5.2012 in der Rs. C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC* mit der Begründung zurückgewiesen, dass es – wie bei § 11 InvStG aF – wegen der Anknüpfung einer fondseingangsseitigen Steuerbefreiung an die Inlandsansässigkeit an dem für den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Vorteil der fondseingangsseitigen Steuerbefreiung und dem Nachteil der Besteuerung beim Anteilseigner mangelt.<sup>31</sup>

Wenn aber eine Steuerbefreiung – wie bei § 11 InvStG aF – ausschließlich an die Inlandsansässigkeit des Investmentfonds anknüpft, dann kann es auch auf die gesetzgeberische Absicht, eine transparente Besteuerung herzustellen, nicht ankommen und der EuGH hat daher trotz einer solchen gesetzgeberischen Absicht der französischen Republik in der Rs. *Santander* – auch im Rahmen der Kohärenzprü-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

214

fung – die Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung abgelehnt.<sup>32</sup>

### 3.2 Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung

Dem EuGH-Urteil in der Rs. C-480/16, *Fidelity Funds*<sup>33</sup> entnimmt das FG Hessen jedoch die Berechtigung, im Widerspruch zu der EuGH-Rechtsprechung vor dem *Fidelity Funds*-Urteil die Anlegerbesteuerung bei der Kohärenzprüfung zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Das FG Hessen verkennt insoweit, dass die dänische Regelungslage, die die Steuerbefreiung auf der Fondseingangsseite von der Erlangung des dänischen Fondsstatus, der wiederum die Vornahme bzw. den Ausweis einer Mindestausschüttung iVm der Entrichtung von Kapitalertragsteuer darauf zugunsten der Anleger vorausgesetzt hat, abhängig gemacht hat. Da § 11 InvStG aF aber die Steuerbefreiung

ausschließlich an die Inlandsansässigkeit des Investmentfonds und nicht an weitere Voraussetzungen wie etwa eine Weiterausschüttung knüpft, ist hier die Anlegerbesteuerung nicht zu berücksichtigen.

#### 4. Berücksichtigung der Anlegerbesteuerung bei der Kohärenz?

Selbst wenn aber die Schlussfolgerung des FG Hessen, wonach die Anlegerbesteuerung zu berücksichtigen sei<sup>35</sup>, zutreffend wäre, verstößt – wie nachfolgend dargelegt wird – die Inlandsbeschränkung des § 11 InvStG aF gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV, da weder der Tatbestand des unionsrechtlichen Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz des Steuersystems noch der der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten erfüllt ist.

Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems erfordert nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem steuerlichen Vorteil und dem Ausgleich dieses Vorteils durch eine bestimmte Belastung<sup>36</sup>, wobei die Unmittelbarkeit dieses Zusammenhangs im Hinblick auf das mit der fraglichen Regelung verfolgte Ziel beurteilt werden muss.<sup>37</sup>

Unter der Annahme, dass die Anlegerbesteuerung zu berücksichtigen ist, unterliegen im Hinblick auf das vor 2018 geltende InvStG aF bei inlandsansässigen Investmentfonds die wegen § 11 Abs. 1 InvStG aF fondseingangsseitig kapitalertragsteuerfrei vereinnahmten Erträge fondsausgangsseitig dem Kapitalertragsteuerabzug. Bei tatsächlich ausgeschütteten Erträgen (§ 2 Abs. 1 S. 1 InvStG aF) erfolgt dies nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 7 Abs. 3 InvStG aF zum Zeitpunkt der Ausschüttung und bei thesaurierten Erträgen als sog. ausschüttungsgleiche Erträge (§ 1 Abs. 3 S. 3 InvStG aF) nach § 7 Abs. 4 iVm § 7 Abs. 3 InvStG aF mit Ablauf des Geschäftsjahres des Investmentvermögens als Zuflusszeitpunkt nach § 2 Abs. 1 InvStG aF.

Obwohl die Befreiung von Kapitalertragsteuer nach § 11 Abs. 2 InvStG aF tatbestandlich nicht von der Weiterausschüttung der Dividenden im Sinne einer „sprach-konditionalen Verknüpfung“ abhängig ist, entnimmt das FG Hessen der Rechtsprechung des EuGH, dass für Zwecke der Kohärenzprüfung der Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil als lediglich rechtlicher Natur im Sinne einer inneren logischen Beziehung zu verstehen sei. So sollen sich weder Vor- und Nachteil in einem arithmetischen Sinne steuerbetragsmäßig vollständig ausgleichen müssen noch zwangsläufig bei derselben Person eintreten, da im Bereich der Investmentbesteuerung eine personenübergreifende Kohärenzbetrachtung unter Einbeziehung der Anteilsinhaber geboten sein soll.<sup>38</sup>

Selbst wenn man auf das Erfordernis der Personenidentität, wonach Vor- und Nachteil bei derselben Person vorliegen muss, im Sinne einer personenübergreifenden Kohärenz verzichtet, setzt der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz dennoch einen unmittelbaren Zusammenhang im Hinblick auf das mit der fraglichen Regelung verfolgte Ziel zwischen einem Vor- und Nachteil voraus.<sup>39</sup>

Bezüglich des unmittelbaren Zusammenhangs übernimmt das FG Hessen die Ansicht der Finanzverwaltung, dass zwar keine sprachlich-konditionale Verknüpfung zwischen fondseingangsseitiger Steuerbefreiung (§ 11 Abs. 1 InvStG aF) und fondsausgangsseitiger Anlegerkapitalertragsbesteuerung (§ 7 InvStG aF) bestehe, eine entsprechende Verknüpfung aber über das Prinzip der ausschüttungsgleichen Erträge nach § 1 Abs. 3 S. 3 InvStG<sup>40</sup> hergestellt werde und auch genüge.

Wie den Ausführungen des FG Hessen zu entnehmen ist, wird mit den §§ 7, 11 InvStG aF zum einen das Ziel verfolgt, eine gleiche steuerliche Belastung von Privatpersonen, die in Gesellschaften mit Sitz in Deutschland mittels eines Investmentfonds investieren und von Privatpersonen, die

unmittelbar in deutsche Gesellschaften investieren, sicherzustellen<sup>41</sup>, da ohne die Steuerbefreiung des § 11 InvStG aF eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung der Dividenden auf der Fondseingangsseite und auf der Fondsausgangsseite bei den Anlegern eintreten würde.

Zum anderen bezweckt die durch die Nichtanwendung des § 11 InvStG aF auf gebietsfremde Investmentfonds bewirkte vorgezogene Besteuerung der gebietsfremden Investmentfonds auf der Fondseingangsseite, dass die von in Deutschland ansässigen Gesellschaften ausgeschütteten Dividenden nicht der Besteuerung der Bundesrepublik Deutschland entgehen, sondern im Hinblick auf gebietsfremde Investmentfonds sowie deren Investoren der deutschen Be-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

215

steuerungsbefugnis tatsächlich einmal unterworfen werden.<sup>42</sup>

#### 4.1 Abstrakte oder konkrete Kohärenzbetrachtung

Entscheidend ist im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Weiteren, ob die Kohärenz abstrakt am gesetzgeberischen Ziel der jeweiligen Regelung erfüllt sein muss (abstrakte Kohärenzbetrachtung) oder ob es konkret darauf ankommen soll, ob im Falle einer hypothetischen Ansässigkeit des gebietsfremden Investmentfonds im Inland die Tatbestandsmerkmale des Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz erfüllt wären (konkrete Kohärenzbetrachtung).

##### 4.1.1 Abstrakte Kohärenzbetrachtung

Das FG Hessen erkennt im Regelungsgefüge der §§ 7, 11 InvStG aF einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Besteuerung des Investmentfonds und des Anteilsinhabers. Wenn der (ausländische) Investmentfonds besteuert wird, so wird dieser Nachteil durch die (deutsche) Nichtbesteuerung auf der Ebene des ausländischen Anteilsinhabers ausgeglichen, während im Inlandsfall der inländische Investmentfonds steuerbefreit ist und der Anteilsinhaber zur Besteuerung herangezogen wird, womit auch die durch die Transparenz gewollte Gleichstellung von Direktanlage und Anlage über einen Investmentfonds hergestellt wird. Das wird dadurch erreicht, dass der inländische Anteilsinhaber eines inländischen Investmentfonds in den Streitjahren gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 und 3 InvStG aF unabhängig von den Ausschüttungen – also mit den ausgeschütteten und den thesaurierten Gewinnen – besteuert wird.<sup>43</sup>

Wenn das Unionsrecht eine solchermaßen abstrakte Kohärenzbetrachtung dergestalt gebieten würde, dass der Zusammenhang zwischen Vor- und Nachteil als lediglich rechtlicher Natur im Sinne einer inneren logischen Beziehung (personenübergreifend) zu verstehen ist und sich Vor- und Nachteil auch nicht in einem arithmetischen Sinne steuerbetragsmäßig vollständig ausgleichen müssen<sup>44</sup>, dann wären abstrakt sämtliche Tatbestandsmerkmale der Kohärenz unabhängig von der Realität erfüllt, solange nach dem Plan des Gesetzgebers die vorgezogene Besteuerung gebietsfremder Investmentfonds der Besteuerung ihrer Anleger dient und bei Nichtbesteuerung der gebietsansässigen Investmentfonds eine Besteuerung der gebietsansässigen Anleger erfolgt.

Aber selbst wenn das FG Hessen hier das Unionsrecht zutreffend angewendet hätte, so hätte es sich sofort der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach den Grundsätzen des EuGH-Urteils *Fidelity Funds* zuwenden können.<sup>45</sup>

##### 4.1.2 Konkrete Kohärenzbetrachtung

Das FG Hessen sieht sich in der von ihm vorgenommenen abstrakten Kohärenzbetrachtung durch eine konkrete Kohärenzbetrachtung bestätigt, die allerdings weiterhin die steuerliche Situation des

gebietsfremden Investmentfonds (hier der Kläger) im Fall der hypothetischen Inlandsansässigkeit völlig ausblendet und damit realiter abstrakt bleibt.

Zu diesem Zweck werden vom FG Hessen abstrakte Belastungsvergleiche, die die inländische Anlegerbesteuerung (26,375 %) der fondseingangsseitigen Besteuerung gebietsfremder Investmentfonds nach DBA-Ermäßigung (15 %) gegenüberstellen, angestellt, die Beseitigung einer möglicherweise für den gebietsfremden Anleger nachteiligen deutschen KEST-Vorbelastung dem Ansässigkeitsstaat des Investmentfonds bzw. dessen Anleger durch entsprechende Anrechnungsanregungen auferlegt und wenn dann doch auch bei konkreter Kohärenzbetrachtung eine Diskriminierung gebietsfremder – über einen gebietsfremden Investmentfonds investierender – Körperschaften für den Zeitraum vor dem 1.3.2013 nicht gezeugnet werden kann, den betroffenen ausländischen Körperschaften als Erstattungsberechtigte punktgenaue Erstattungsansprüche hinsichtlich der nach § 5 InvStG aF analog ausgewiesenen Kapitalertragsteuer eingeräumt, wofür es jedoch schon an einem gangbaren Verfahren fehlt.

Mit dieser nur behaupteten konkreten Kohärenzprüfung vermag das FG Hessen den Umstand zu kompensieren, dass bei einer tatsächlichen konkreten Kohärenzbetrachtung im Falle beider Kläger es bereits an einem kohärenten Nachteil und damit einem zentralen Merkmal der Kohärenzrechtfertigung gemangelt hat. Die tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen der Kläger hielt das FG Hessen anscheinend für irrelevant. Der Umstand, dass ein Kläger in den nach § 5 InvStG veröffentlichten Besteuerungsgrundlagen keine auf Anlegerebene steuerpflichtigen Erträge (sog. Nullbescheinigung nach § 5 InvStG aF) ausgewiesen hat, wurde als „Extremfall“ qualifiziert und wegen der tatsächlich vorgenommenen abstrakten Kohärenzbetrachtung nicht berücksichtigt.

Bei einer konkreten Kohärenzbetrachtung hätte hingegen das FG zur Kenntnis nehmen müssen, dass es im Falle des klägerischen Nullsteuerausweises der luxemburgischen Klägerin nach § 5 InvStG aF an einem mit dem Vorteil des steuerbefreiten Dividendenbezugs auf der Fondseingangsseite zusammenhängenden Nachteil gemangelt hat. Es fehlt insoweit an einer rechtlichen Verknüpfung zwischen der Ertragsteuerbefreiung eines transparenten inländischen Investmentfonds gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 InvStG aF und der Anlegerbesteuerung nach § 2 Abs. 1 InvStG aF. Sowohl im Regelfall als auch im konkreten streitgegenständlichen Sachverhalt reduzieren sich durch den Werbungskostenabzug auf Investmentfondsebene die für inländische Anleger steuerpflichtigen Investorerträge gegenüber den Bruttodividendenbezügen des Investmentfonds entscheidend oder entfallen ganz.

#### **4.2 Mangelnder Zusammenhang bei intransparenten Investmentfonds**

Auch im Falle der Intransparenz des ausländischen Investmentfonds entfällt der Tatbestand der Kohärenzrechtfertigung, da sich die Intransparenz nach § 6 InvStG aF allenfalls auf Ebene des Anlegers auswirkt und mit dem Vorteil des steuerbefreiten Dividendenbezugs auf der Fondseingangsseite nicht zusammenhängt. In der Praxis sind sehr viele ausländische Investmentfonds solche, die mangels deut-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

216

scher Investoren kein Steuerreporting nach § 5 InvStG aF vorgenommen haben und daher als intransparent iSd § 6 InvStG aF galten.<sup>46</sup>

#### **4.3 Mangelnder Zusammenhang bei sog. Nullbescheinigung nach § 5 InvStG aufgrund hoher Werbungskosten oder bei Verlustvorträgen auf Ebene des Investmentfonds**



Sowohl Verlustvorträge als auch der Abzug hoher Werbungskosten lassen in der Praxis den kohärenten Nachteil und damit den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz entfallen.

#### 4.3.1 Verlustvorträge

Die fehlende Kohärenz zwischen der Steuerbefreiung für inländische Investmentfonds und der Besteuerung inländischer Anleger ergibt sich auch im Falle von nach § 3 Abs. 4 InvStG aF gebildeten Verlustvorträgen auf Ebene des Investmentfonds, da im Folgejahr einschlägige Verlustvorträge die Dividendenerträge des Investmentfonds vermindern und somit der Anleger entsprechend niedrigere ausgeschüttete bzw. ausschüttungsgleiche Erträge zu versteuern hat. Insbesondere bei der Kombination von hohen Werbungskosten und Verlustvorträgen realisiert sich bei gedachter Inlandsansässigkeit des Investmentfonds der für den steuerfreien fondseingangsseitigen Dividendenbezug nach § 11 InvStG aF kohärenzbegründende Nachteil der Anlegerbesteuerung gemäß § 7 InvStG aF auf der Fondsausgangsseite nicht.

#### 4.3.2 Werbungskosten

Die fehlende Kohärenz zwischen der Steuerbefreiung eines inländischen Investmentfonds und der Besteuerung eines inländischen Anlegers ergibt sich auch daraus, dass bei der Berechnung der ausgeschütteten und ausschüttungsgleichen Erträge eines inländischen Investmentfonds Werbungskosten abziehbar sind. Bei einem ausländischen Investmentfonds unterliegen die fondseingangsseitigen Dividendenbezüge aus deutschen Quellen dagegen der beschränkten Steuerpflicht brutto ohne Abzug von Werbungskosten.

Bei einer in der europäischen Fondsbranche üblichen Gesamtkostenquote von ca. 2 % für einen Aktienfonds<sup>47</sup> und einer Dividendenrendite, die beispielsweise im Jahr 2010 für den DAX 2,8 % betrug, zeigt sich, dass in einem typischen Fall die Bemessungsgrundlage für den Kapitalertragsteuerabzug bei einem inländischen Investmentfonds wesentlich geringer ist als bei einem beschränkt steuerpflichtigen ausländischen Investmentfonds. Bei einem Aktienfonds würden sich die Bruttodividendenerträge durch den Werbungskostenabzug im Regelfall zumindest weit mehr als um die Hälfte verringern. Dabei handelt es sich nicht um eine für den Kohärenzzusammenhang möglicherweise unbedeutende mathematische Ungenauigkeit, sondern eine den Tatbestand der Kohärenz entfallen lassende Tatsache, was auch der nachfolgende Belastungsvergleich aufzeigt.

#### 4.3.3 Belastungsvergleich für das Jahr 2010 mit Dividendenrendite von 2,8 %

Der Belastungsvergleich erfolgt für das Streitjahr 2010 zwischen einem ausländischen und einem inländischen Aktienfonds sowie einem Anlagevermögen (AV) von insgesamt 10.000 €, das sich aus einem Aktienbestand von 10.000 € zusammensetzt. Die Dividendenrendite (DivR) beträgt 2,8 % (Rendite des DAX in 2010), die Gesamtkostenquote (GKQ) 1,6 %. Die Erträge aus den Aktien summieren sich auf 280 €. Die Ausgangs-KEST beträgt 26,375 %. Alle Angaben in €.

Belastung für das Streitjahr 2010 – Dividendenrendite 2,8 %

Fonds	AV	Div	- KEST	- GKQ	ausg./ausschl. Erträge	KEST
Inland	10.000	280	0	$160 \times 0,9$ ) <sub>1</sub> = 144	136	35,87

)<sub>1</sub> 10 % nicht abzugsfähig nach § 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 InvStG in der 2010 anwendbaren Fassung

Wenn ein ausländischer Investmentfonds in der gleichen Weise investiert hätte, so wäre die KEST auf Fondsebene  $280 \text{ €} \times 26,375 \%$ , mithin also 73,85 € und damit um 37,98 € deutlich höher gewesen als mit 35,87 € bei einem inländischen Investmentfonds.

Bei der Ermittlung bzw. Prüfung von Besteuerungsgrundlagen gemäß § 5 Abs. 1 InvStG aF zeigte sich in der Vergangenheit häufig, dass inländische wie auch ausländische Investmentfonds den Zufluss von Dividenden aus verschiedenen Gründen durch den vorherigen Verkauf der Aktien oder sonstige Maßnahmen – wie etwa den Einsatz von Finanzderivaten – vermeiden, weil dieser Zufluss zu steuerpflichtigen ausschüttungsgleichen Erträgen auf Anlegerebene führt und wirtschaftlich einem Desinvestment aus der Aktie entspricht.

#### 4.3.4 Belastungsvergleich für das Jahr 2010 mit Dividendenrendite von 1,4 %

Wenn man das vorstehende Beispiel dahingehend anpasst, dass die tatsächliche Dividendenrendite nur der Hälfte, also 1,4 % entspricht, so ergeben sich keine ausgeschütteten bzw. ausschüttungsgleichen Erträge (Nullbescheinigung) und der kohärente Nachteil entfällt vollständig:  
Belastung für das Streitjahr 2010 – Dividendenrendite 1,4 %

Fonds	AV	Div	- KEST	- GKQ	ausg./ausschl. Erträge	KEST
Inland	10.000	140	0	$160 \times 0,9 \text{ )}_1 = 144$	$-4 \text{ )}_2$	0,00

)<sub>1</sub> 10 % nicht abzugsfähig nach § 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 InvStG in der 2010 anwendbaren Fassung

)<sub>2</sub> Verlust vortragsfähig nach § 3 Abs. 4 S. 2 InvStG in der 2010 anwendbaren Fassung

Wenn ein ausländischer Investmentfonds in der gleichen Weise investiert hätte, so wäre die KEST auf Fondsebene  $140 \text{ €} \times 26,375 \%$ , mithin also  $36,925 \text{ €}$  und damit um den vollen KEST-Betrag von  $36,925 \text{ €}$  höher gewesen als bei einem inländischen Investmentfonds mit Nullbescheinigung und einer KEST von Null.

#### Fazit zu 4.3

Die Beispielsrechnungen zeigen, dass trotz der fondseingangsseitigen Steuerbefreiung des inländischen Fonds bei einer die GKQ (nach Abzug der nichtabzugsfähigen Ausgaben)

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)	217
--	-----

nicht übersteigenden Dividendenrendite die fondsausgangsseitige KEST-Belastung und damit der mit dem Steuervorteil des fondseingangsseitigen KEST-freien Dividendenbezuges verknüpfte kohärente Steuernachteil der Fondsausgangs-KEST realiter nicht existiert.

Nach Berücksichtigung eventuell vorhandener Verlustvorträge sowie dem Umstand, dass die reale Gesamtkostenquote Dividendenerträge weiter reduziert, zeigt sich, dass im Inlandsfall in vielen Fällen keine mit der Steuerbefreiung auf Fondseingangsseite kohärente Belastung auf der Fondsausgangsseite hergestellt wird und damit bei einer konkreten Kohärenzbetrachtung der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz mangels kohärenten Nachteils entfällt.

#### 4.4 Mangelnder Zusammenhang mit Anrechnungsanordnung des § 4 Abs. 2 S. 7 InvStG aF

Die Anrechnungsanordnung des § 4 Abs. 2 S. 7 InvStG aF vermag im Falle des Mangels einer fondsausgangsseitigen Besteuerung einen kohärenten Nachteil nicht zu substituieren. Die Regelung qualifiziert vielmehr als eine zusätzliche eigenständige unionsrechtswidrige Diskriminierung inländischer Anlegergruppen, die über einen ausländischen Investmentfonds investieren und insoweit in Gestalt der Anrechnungsbeschränkungen aus der Fiktion der deutschen Steuer als ausländische Steuer einen Nachteil erleiden, wenn es an einer entsprechenden deutschen Steuer, mit der angerechnet werden könnte, mangelt.

#### **4.5 Punktgenauer EU-Anspruch auf KESt-Erstattung nach § 5 InvStG aF**

Dass das FG Hessen unter dem Label „konkrete Kohärenzprüfung“ realiter weiterhin eine abstrakte Kohärenzprüfung vorgenommen hat, zeigt insbesondere die vom FG erwähnte Fallgruppe einer gebietsfremden Körperschaft, die vor dem 1.3.2013 über einen gebietsfremden Investmentfonds Portfoliobeteiligungen an deutschen Aktiengesellschaften gehalten hat.<sup>48</sup>

Eine (inländische) Körperschaft war nämlich bezüglich einer Portfolioinvestition sowohl im Falle einer Direktinvestition, als auch bei Investition über einen Investmentfonds (bis zur Anwendung des § 2 Abs. 2 InvStG 2013 sowie der Einführung des § 8b Abs. 4 KStG 2013 durch das Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urt. v. 20.10.2011<sup>49</sup> in der Rs. C-284/09<sup>50</sup>) nach 8b Abs. 1 KStG hinsichtlich der von den Dividenden gespeisten Investmenterträge steuerbefreit. Da seit dem AIFM-Steueranpassungsgesetz<sup>51</sup> mit § 1 Abs. 1b S. 2 Nr. 7 S. 1 InvStG aF eine investmentsteuerliche Anlagegrenze bestand, wonach ein Investmentfonds lediglich maximal 10 % des Kapitals einer Kapitalgesellschaft halten darf, um die investmentsteuerliche Qualifikation als Investmentfonds zu erreichen, sind derartige Portfoliobeteiligungen die Regel.

Eine ausländische Körperschaft war hingegen bei einer Investition über einen gebietsfremden abkommensberechtigten Investmentfonds mit definitiven 15 % Kapitalertragsteuer auf Fondseingangsseite hinsichtlich der inländischen Dividenden belastet.

Soweit bis 1.3.2013 eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft über einen gebietsfremden Investmentfonds in deutsche Aktien investiert gewesen wäre, war wegen der Beteiligungsertragsteuerbefreiung der Dividendenbezüge nach § 8b Abs. 1 KStG in der vor 1.3.2013 anwendbaren Fassung (aF) eine Anrechnung der auf der Fondseingangsseite erhobenen Kapitalertragsteuer als ausländische Quellensteuer nach § 4 Abs. 2 S. 7 InvStG aF nicht möglich, da es an einer Belastung mit Körperschaftsteuer auf die die Kapitalertragsteuer angerechnet werden könnte, gemangelt hat (vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 InvStG aF).

Es ist offensichtlich, dass hier sogar im Falle der Inlandsansässigkeit des über einen gebietsfremden Investmentfonds investierenden Anlegers eine durch die fondseingangsseitige Besteuerung gegenüber der Direktanlage bewirkte Diskriminierung vorliegt. Dass es auch in dieser Fallkonstellation an einem kohärenten Nachteil gemangelt hat, vermochte auch der erkennende Senat des FG Hessen nicht zu ignorieren. Obwohl diese Diskriminierung hätte abgestellt werden können, indem auch gebietsfremden Investmentfonds durch Verneinung des Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz (mangels kohärenten Nachteils im Inlandsfall) und Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV die Möglichkeit des kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezugs nach § 11 InvStG aF eingeräumt wird, hat das FG vielmehr den durch die Diskriminierung auf Fondsebene mittelbar diskriminierten körperschaftsteuerpflichtigen Anleger einen punktgenauen Anspruch auf Erstattung der „nach § 5 InvStG aF analog ausgewiesenen Kapitalertragsteuer“ zugebilligt.

Wenn ein ausländischer Investmentfonds ein eigenständiges Steuersubjekt darstellt, so wird die fondseingangsseitig abgeführte Kapitalertragsteuer aber für Rechnung des ausländischen Investmentfonds erhoben und abgeführt. Abgesehen von der Frage, in welchem Verfahren welcher Behörde gegenüber dieser Erstattungsanspruch realisiert werden soll, stellt sich zusätzlich die Frage, weshalb ein Steuerpflichtiger für den Anspruch auf Erstattung der für einen anderen Steuerpflichtigen abgeführten Kapitalertragsteuer aktiv legitimiert sein soll.

Da die Regelung des § 32 Abs. 5 KStG 2013 lediglich ein Erstattungsverfahren für EU-Gesellschaften hinsichtlich der auf deutschen Streubesitzdividenden lastenden Kapitalertragsteuer vorsieht<sup>52</sup> und nach § 32 Abs. 5 S. 1 Buchst. c KStG 2013 eine Erstattung ua davon abhängt, dass

der Gläubiger der Kapitalerträge im Staat des Ortes seiner Geschäftsleitung ohne Wahlmöglichkeit einer mit § 1 KStG vergleichbaren unbeschränkten Steuerpflicht unterliegt, ohne von dieser befreit zu sein, steht mangels Wahlmöglichkeit einem Investmentfonds dieses Verfahren nicht zur Verfügung. Konsequenterweise vermerkt die Gesetzesbegründung zu dieser Regelung explizit, dass ausländische Investmentfonds, für die in ihrem Ansässigkeitsstaat mit § 11 InvStG aF ver-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(ISTR 2020, 210)

218

gleichbare Körperschaftsteuerbefreiungen gelten, nicht vom Anwendungsbereich des § 32 Abs. 5 KStG umfasst sind.<sup>53</sup>

Da der Gesetzgeber explizit steuerbefreite EU-Gesellschaften bzw. EU-Investmentfonds von dieser Erstattungsmöglichkeit ausschließen wollte, entfällt mangels Regelungslücke auch eine analoge Anwendung dieser Norm<sup>54</sup> und das BZSt lehnt demnach zu Recht Erstattungsanträge ausländischer Investmentfonds auf Basis von § 32 Abs. 5 KStG 2013 regelmäßig ab.

Mit den „punktgenauen Erstattungsansprüchen“ versucht das FG Hessen lediglich den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz auch in den Fällen anzuwenden, in denen es im Inlandsfall an einem kohärenten Nachteil mangelt. Da das vor dem Jahr 2018 geltende deutsche Investmentsteuerrecht lediglich abstrakt, nicht aber bei konkreter Fallbetrachtung, eine Kohärenz zwischen der Steuerbefreiung eines inländischen Investmentfonds und der Anlegerbesteuerung kennt, werden bei konkreter Kohärenzbetrachtung, wie sich auch in der vorstehend aufgezählten Fallgruppe zeigt, ausländische Investmentfonds diskriminiert.

#### **4.6 Keine Kohärenz bei einer Vielzahl von Anlegern mit niedrigen oder steuerbefreiten Einkünften**

An einem kohärenten (Besteuerungs-)Nachteil mangelt es auch bei einer Vielzahl von (Fonds-)Anlegern mit geringen (unterhalb des Sparerfreibetrags nach § 20 Abs. 9 EStG liegenden) Einkünften, betrieblichen Investoren mit geringen Einkünften oder Verlusten oder Investoren wie Kirchen, Charitys und anderen gemeinnützigen Organisationen, die nach § 5 KStG „de jure“ oder durch steuerwirksame Abzugsmöglichkeiten zur Minderung der steuerlichen Bemessungsgrundlage „faktisch“ steuerbefreit sind, wie Pensionsfonds, Kranken- und Lebensversicherungen und entsprechende ausländische Investoren. Da es bei diesen Investoren im Regelfall an einer Steuer in ihrem Ansässigkeitsstaat mangelt und sie auch im Falle der Ansässigkeit in Deutschland steuerbefreit wären, fehlt es an einer nachteiligen steuerlichen Belastung.

Hier entfällt aber nicht nur der kohärente Besteuerungsnachteil im Falle der hypothetischen Inlandsansässigkeit, sondern es würde sich zusätzlich auch die Unionsrechtswidrigkeit der Anrechnungsvorschrift des § 4 Abs. 2 S. 7 EStG aF zeigen, da die deutsche Steuer zu einer ausländischen umfingiert und wegen der Anrechnungsbeschränkungen für eine ausländische Steuer nicht erstattet wird.

#### **4.7 Unionsrecht gebietet konkrete Kohärenzbetrachtung**

Das Unionsrecht gebietet anstelle der vom FG Hessen vorgenommenen abstrakten Kohärenzbetrachtung, wonach es genügen soll, dass nach dem gesetzgeberischen Willen der Vorteil der fondseingangsseitigen Steuerbefreiung unmittelbar mit dem Nachteil der fondsausgangsseitigen Anlegerbesteuerung zusammenhängt, eine konkrete Kohärenzbetrachtung im Hinblick auf die hypothetische Inlandsansässigkeit des gebietsfremden Investmentfonds und seine steuerliche Lage. Denn wenn es entscheidend wäre, dass die Kohärenz nur nach dem gesetzgeberischen Plan vorliegen muss, nicht jedoch in der Realität, würden bereits besonders unrealistische gesetzliche

Regelungen, solange sie nur in der Theorie funktionieren, den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz tatbestandlich erfüllen. Unionsrechtsverstöße würden dann schon dadurch vermieden, dass in der Theorie nach dem Plan des Gesetzgebers ein Vorteil mit einem theoretisch eintretenden Nachteil verknüpft wird.

Indem der erkennende Senat jedoch die nach § 5 InvStG aF festgestellten Besteuerungsgrundlagen bzw. die Intransparenz der Kläger und damit die Besteuerung nach § 6 InvStG auf Ebene inländischer Anleger als für seine Entscheidung irrelevant erklärt hat, hat er die gebotene konkrete Kohärenzbetrachtung, die den Mangel eines kohärenten Nachteils in Gestalt der nicht erfolgenden Anlegerbesteuerung ergeben hätte, nicht vorgenommen. Dadurch, dass der erkennende Senat des FG Hessen diese Konstellationen vielmehr als „extreme Ausnahmefälle“ bezeichnet und damit sein Beharren auf einer praxisfernen abstrakten Kohärenzbetrachtung in der Theorie gerechtfertigt hat, hat er den unionsrechtlichen Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems verkannt.

#### 4.8 Personenidentische Kohärenz

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH setzt der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems voraus, dass Vor- und Nachteil bei demselben Steuerpflichtigen vorliegen müssen.<sup>55</sup> Da nach § 36 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG die auf der Fondsausgangsseite erhobene Kapitalertragsteuer bei einem (inländischen) Anleger anrechenbar ist und damit lediglich die Funktion einer (ggf. dem Anleger zu erstattenden) Steuervorauszahlung hat, tritt die mit dem Vorteil der Steuerbefreiung des Fonds auf der Eingangsseite kohärente (Steuer-)Belastung beim Anleger auf der Fondsausgangsseite ein und damit bei einer anderen Person als derjenigen, der der Vorteil der Steuerbefreiung zugutekam. Aus diesem Grund verneint das Schrifttum eine Rechtfertigung durch den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des deutschen Steuersystems.<sup>56</sup>

Bis zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-480/17, Fidelity Funds<sup>57</sup> hat der EuGH wiederholt seine Rechtsprechung bekräftigt, wonach beim Rechtfertigungsgrund der Kohärenz der mit dem Vorteil kohärente Nachteil dieselbe Besteuerung betreffen und bei demselben Steuerpflichtigen<sup>58</sup> eintreten muss.<sup>59</sup>

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

219

Dass die Annahme einer personenübergreifenden Kohärenz in Fällen wie bei § 11 InvStG aF, in denen eine nationale Regelung Vor- und Nachteil nicht konditional verknüpft, nicht der Rechtsprechung des EuGH entspricht, ergibt sich eindeutig aus der EuGH-Entscheidung v. 17.9.2015 in der Rs. C-589/13, Familienprivatstiftung Eisenstadt.<sup>60</sup> In diesem Verfahren hatte der EuGH über eine österreichische Zwischenbesteuerungsregelung zu befinden, bei der die Steuerbefreiung des Zuwendungszahlers unmittelbar mit der Besteuerung des Zuwendungsempfängers verknüpft war, was bei § 11 InvStG aF nicht der Fall ist.<sup>61</sup>

Nach der in dieser Rechtssache verfahrensgegenständlichen österreichischen Regelung konnten Stiftungen nur im Hinblick auf Zuwendungen an gebietsansässige Empfänger eine Ermäßigung ihrer (Zwischen-)Besteuerung geltend machen, wobei der Betrag der Minderung der Bemessungsgrundlage für die (Zwischen-)Steuer der Stiftung mit dem Betrag der Zuwendung an den gebietsansässigen Zuwendungsempfänger identisch war. Indem der Stiftung bei gebietsfremden Zuwendungsempfängern, bezüglich derer der Republik Österreich kein Besteuerungsrecht zustand, die Reduzierung der Bemessungsgrundlage für die Zwischensteuer versagt wurde, stellte die strittige österreichische (Zwischen-)Besteuerung die Einmalbesteuerung bestimmter – von einer Privatstiftung in Österreich erzielter – Kapitalerträge und Einkünfte aus

Beteiligungen sicher<sup>62</sup> und hat damit die (Zwischen-)Besteuerung der Stiftung mit der Besteuerung der Zuwendungsempfänger verknüpft.

Den mit dieser Regelung gewährleisteten Grundsatz der Einmalbesteuerung, der auch in der Bundesrepublik Deutschland der in § 11 Abs. 1 und 2 InvStG aF zum Ausdruck kommenden Gleichstellung der Fondsanlage mit der Direktanlage zugrunde liegt, hat der EuGH unter Verweis auf seine Rechtsprechung in den Rs. *C-324/00, Lankhorst-Hohorst*<sup>63</sup> und *C-182/08, Glaxo Wellcome*<sup>64</sup>, in denen mitgliedstaatliche Regelungen zu beurteilen waren, die die Unmöglichkeit, einen gebietsfremden Steuerpflichtigen zu besteuern, dadurch auszugleichen beabsichtigten, dass ein (anderer) gebietsansässiger Steuerpflichtiger zur Steuer herangezogen wird, zurückgewiesen. Der Grundsatz der Einmalbesteuerung ist nämlich nicht als eigenständiger unionsrechtlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt.<sup>65</sup>

Der Gerichtshof hat vielmehr unter Verweis auf seine Entscheidung in der Rs. *C-350/11, Argenta Spaarbank*<sup>66</sup> bekräftigt, dass die Unmöglichkeit der Besteuerung von Gebietsfremden nicht systematisch die Versagung steuerlicher Vorteile rechtfertigen kann. Denn andernfalls könnte jede unterschiedliche Behandlung mit der Begründung gerechtfertigt werden, dass grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeiten dem Herkunftsstaat keine Steuereinnahmen verschaffen.<sup>67</sup> Der EuGH begründet dies damit, dass die Notwendigkeit, Steuerausfälle zu vermeiden, eine Beschränkung der vom (AEU-)Vertrag eingeräumten Freiheiten nicht rechtfertigen kann<sup>68</sup> und insoweit nicht gerechtfertigt ist.<sup>69</sup>

Verknüpft die unterschiedliche (Zwischen-)Besteuerung einer Stiftung in Abhängigkeit von der Ansässigkeit des Zuwendungsempfängers im In- oder Ausland den Steuervorteil der Nichtbesteuerung bei der Stiftung mit dem Nachteil der Besteuerung beim (inländischen) Zuwendungsempfänger, so fehlt es am für den Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems notwendigen unmittelbaren Zusammenhang.<sup>70</sup> Da die Minderung der Bemessungsgrundlage für die Zwischensteuer bei der Stiftung dem Betrag der Zuwendungen, die von der Stiftung an inländische Begünstigte erbracht werden, entspricht, ist unzweifelhaft die Besteuerung dieser Zuwendungen bei dem inländischen Begünstigten und damit einem von der Stiftung personenverschiedenen Steuerpflichtigen betroffen.

Das hat zur Folge, dass der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems im Hinblick auf die (Zwischen-)Besteuerungsregelung mangels Personenidentität (Zusammenhang von Vor- und Nachteil beim selben Steuerpflichtigen) nicht erfüllt ist und die (Zwischenbesteuerungs-)Regelung mangels Rechtfertigung gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV verstößt.<sup>71</sup>

Diese Entscheidung deutet darauf hin, dass der Rechtfertigungsgrund der „personenübergreifenden Kohärenz des Steuersystems“ nur dann einschlägig sein kann, wenn eine Regelung konditional Vor- und Nachteil verknüpft, was bei § 11 InvStG aF gerade nicht der Fall ist.

#### **Fazit zu 4.**

Der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems ist nicht erfüllt, da § 11 InvStG aF keine unmittelbare Verknüpfung von fondseingangsseitiger Steuerbefreiung mit der fondsausgangsseitigen Anlegerbesteuerung nach § 7 InvStG begründet und daher die Anlegerbesteuerung bei der Kohärenzprüfung im Sinne einer personenübergreifenden Kohärenz nicht zu berücksichtigen ist.

Auch bei einer personenübergreifenden Kohärenzbetrachtung muss konkret geprüft werden, ob bezüglich eines gebietsfremden Investmentfonds im Fall seiner hypothetischen Inlandsansässigkeit die Tatbestandsmerkmale der Kohärenz erfüllt sind. Da sowohl im Fall von nach § 5 InvStG aF

erklärten Ausschüttungen bzw. ausschüttungsgleichen Erträgen von Null (Nullbescheinigung) keine Anlegerbesteuer-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)	220
--	-----

ung erfolgt als auch im Falle der Intransparenz nach § 6 InvStG es an einem steuerlichen Nachteil auf der Fondsausgangsseite mangelt, der mit dem Vorteil des steuerbefreiten Dividendenbezugs auf der Fondseingangsseite zusammenhängt, greift der Rechtfertigungsgrund der Kohärenz des Steuersystems mangels kohärenten Nachteils nicht ein.

## 5. Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse

Dass das FG Hessen hilfsweise auch den Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse bejaht, zeigt, dass es selbst an die Tatbestandsmäßigkeit des Rechtfertigungsgrundes der Kohärenz des Steuersystems nicht so recht glaubt, da eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV nach der Rechtsprechung des EuGH regelmäßig schon dann gerechtfertigt ist, wenn *ein* Rechtfertigungsgrund greift.<sup>72</sup>

Im Übrigen zeigt die EuGH-Entscheidung in der Rs. *Fidelity Funds*, dass auch im Falle von § 11 InvStG aF der Rechtfertigungsgrund der Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse nicht greift, da die Bundesrepublik Deutschland sich durch die fondseingangsseitige Steuerbefreiung des § 11 InvStG aF dafür entschieden hat, den Inlandsfall nicht zu besteuern, demzufolge ihre Besteuerungsbefugnis nicht ausgeübt hat und sich daher auch im grenzüberschreitenden Kontext nicht auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen kann.<sup>73</sup> Da im Übrigen bereits auf Ebene der ausschüttenden inländischen Körperschaft eine deutsche Besteuerung stattgefunden hat, ist dieser Rechtfertigungsgrund im Falle der Klägerin nicht einschlägig<sup>74</sup>, was zudem auch einen Unterschied zum Fall des FG Münster begründet, indem keine Besteuerung der aus dem Inland stammenden Immobilienerträge erfolgt ist.<sup>75</sup>

## 6. Verhältnismäßigkeit nach *Fidelity Funds* und *Köln-Aktienfonds Deka*

Den Urteilsgründen der EuGH-Entscheidungen in den Rs. *C-480/16, Fidelity Funds*<sup>76</sup> und *C-156/17, Köln-Aktienfonds Deka*<sup>77</sup> lässt sich entnehmen, dass auch im Falle des § 11 InvStG aF ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vorliegt. Eine verhältnismäßige Besteuerungsregelung im Sinne dieser Rechtsprechung setzt nämlich voraus, dass eine fondseingangsseitige Steuerbefreiung auch gebietsfremden Investmentfonds gewährt werden muss, wenn diese eine ausgangsseitige Steuerentrichtung zugunsten ihrer Investoren an den Ansässigkeitsstaat des Investmentfonds bzw. des Anlegers nachzuweisen vermögen.

Die mit dem Hinweis auf eine abweichende dänische Regelungslage begründete Weigerung des FG Hessen, die *Fidelity Funds*-Entscheidungsgründe zur Verhältnismäßigkeit<sup>78</sup> auf § 11 InvStG aF anzuwenden<sup>79</sup>, erweist sich nach den Entscheidungsgründen des vom EuGH am 30.1.2020 gefällten Urteils in der Rs. *C-156/17, Köln-Aktienfonds Deka*<sup>80</sup> als fehlerhaft.

Denn mit dem EuGH-Urteil *Fidelity Funds* hat der EuGH die Frage des vorlegenden niederländischen Gerichts (Hooge Raad), ob die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV einer niederländischen Regelung entgegensteht, die außerhalb der Niederlande ansässigen Investmentfonds den kapitalertragsteuerfreien Dividendenbezug auf der Fondseingangsseite verweigert, weil sie nicht der Verpflichtung zur fondsausgangsseitigen Kapitalertragsteuerentrichtung zugunsten ihrer Anteilseigner unterliegen, bejaht. Damit wurde dem vorlegenden Gericht seine erste Vorlagefrage mit dem EuGH-Urteil *Fidelity Funds* beantwortet und der Hooge Raad hat aus diesem Grund diese Frage im Verfahren in der Rs. *Köln-Aktienfonds Deka* zurückgezogen.<sup>81</sup>

## 6.1 Mitgliedstaatliche Nachweisanforderungen dürfen für Gebietsfremde keine „de facto“ unerfüllbaren Voraussetzungen statuieren

In der Rs. *Köln-Aktiefonds Deka* hatte der EuGH demnach über die zweite (und dritte) Frage des vorlegenden Gerichts (Hooge Raad) zu befinden, nämlich ob die unterschiedslos auf in- und ausländische Investmentfonds anwendbaren niederländischen Regelungen über steuerliche Anlageorganismen (SAO-Regelungen), die die fondseingangsseitige Dividenden-Steuerbefreiung von einer Weiterausschüttung spätestens 8 Monate nach Ende des Fondsgeschäftsjahres abhängig gemacht und weitere äußerst anspruchsvolle Nachweiserfordernisse aufgestellt haben, die von gebietsfremden Investmentfonds kaum erfüllt werden konnten, einen Verstoß gegen Unionsrecht begründen.

Der EuGH hat diese (zweite) Frage verneint, wenn die Nachweiserfordernisse unterschiedslos für in- und ausländische Investmentfonds gelten und gebietsfremden Investmentfonds mit den anspruchsvollen Nachweisanforderungen nicht „de facto“ der Nachweis unmöglich gemacht wird.<sup>82</sup>

## 6.2 Nichterfüllung aller mitgliedstaatlichen Nachweisanforderungen durch in vergleichbarer Lage befindliche Gebietsfremde

Die dritte Frage des vorlegenden Gerichts lief dann darauf hinaus, ob die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV es gebietet, dass einem gebietsfremden Investmentfonds auch dann die Erstattung einer fondseingangsseitigen Kapital-

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

221

ertragsteuer gewährt wird, wenn er nicht alle Voraussetzungen des Quellenstaats, die dieser an seine inlandsansässigen Investmentfonds stellt, zu erfüllen vermag.

Die strikte Beachtung der Regelungen des Quellenstaats kann im Ergebnis den sich in einer vergleichbaren Lage befindenden gebietsfremden Investmentfonds von einer Erstattung „de facto“ ausschließen. Da sich jeder Mitgliedstaat mit hohen Anforderungen an seine inländischen Investmentfonds dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch entziehen könnte, muss gebietsfremden Investmentfonds der Nachweis ermöglicht werden, dass sie sich trotz Nichterfüllung aller Anforderungen des Quellenstaates mit den gebietsansässigen Investmentfonds in einer vergleichbaren Lage befinden. Bei dieser Vergleichbarkeitsprüfung ist daher das mit der strittigen nationalen Regelung bezweckte Ziel zu berücksichtigen.<sup>83</sup>

Diese – dem vorlegenden nationalen Gericht zugewiesene – Vergleichbarkeitsprüfung hat im Falle der niederländischen Regelungen über steuerliche Anlageorganismen daran anzuknüpfen, ob die Ausschüttungsverpflichtung dieser SAO-Regelungen die schnelle Weiterleitung der von dem Investmentfonds bezogenen Dividenden an den Investor bezweckt (Direktanlagegleichstellung) oder der zeitnahen steuerlichen Erfassung der Erträge beim Anleger (Besteuerungszwecken) dient. Wenn die niederländische Regelung der Direktanlagegleichstellung dient, dann wäre ein deutscher Publikums-Investmentfonds trotz seiner steuerlichen Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge nicht in vergleichbarer Lage wie ein niederländisches Investmentvermögen und mangels Vergleichbarkeit wäre dann keine Erstattung auf Basis des Art. 63 AEUV geboten. Wenn allerdings auch die niederländische SAO-Regelung wie die deutschen Regelungen der steuerlichen Erfassung der ausschüttungsgleichen Erträge der Besteuerung des Anlegers und damit Besteuerungszwecken dient, besteht eine Vergleichbarkeit als Basis eines Anspruchs aus Art. 63 AEUV. Denn dann wird nach beiden Regelungen die Besteuerung auf den Anteilseigner verlagert und die gegenüber Gebietsfremden erfolgende Verweigerung eines fondseingangsseitigen steuerfreien



Dividendenbezugs würde eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen. Die(se) entscheidende Frage nach der Vergleichbarkeit des niederländischen mit dem deutschen Publikums-Investmentfonds hat nun das vorliegende niederländische Gericht zu beantworten.<sup>84</sup>

Da bei einem deutschen Publikums-Investmentfonds fondsausgangsseitig sowohl im Hinblick auf Ausschüttungen als auch ausschüttungsgleiche Erträge deutsche Kapitalertragsteuer einbehalten, an die deutschen Finanzbehörden entrichtet und damit die Besteuerung des Anlegers sichergestellt wird, verstößt die Verweigerung der Kapitalertragsteuererstattung an gebietsfremde Investmentfonds durch die Niederlande gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV unter der Voraussetzung, dass das niederländische Gericht die Besteuerungszwecke der niederländischen SAO-Regelung bejaht.<sup>85</sup>

## **7. Verzinsung nach BFH-Vorlage v. 19.11.2019 – VII R 17/18**

Die jüngste BFH-Rechtsprechung bestätigt eindrucksvoll, dass sich die Verzinsung von unionsrechtsbasierten Erstattungsansprüchen in Form von sog. „Vor-Rechtshängigkeits-Zinsen“<sup>86</sup> aus dem Unionsrecht ergibt.<sup>87</sup> Sie hat durch die Finanzbehörden zusammen mit der zu erstattenden unionsrechtswidrigen Abgabe zu erfolgen und nicht erst auf Grundlage einer zivilrechtlichen (Amtshaftungs-)Klage.<sup>88</sup>

### **7.1 Entsprechende Anwendung des § 236 AO anstelle des § 233a AO**

Bezüglich der Verzinsung zeigt die Anmerkung zu den beiden Entscheidungen des FG Hessen auf, dass diese auf Basis eines eigenständigen unionsrechtlichen Anspruchs unter entsprechender Anwendung der Regelungen für Prozesszinsen nach Maßgabe des § 236 AO zu erfolgen hat.<sup>89</sup> Da dieser Anspruch für den Zeitraum besteht, für den die unionsrechtswidrige Abgabe dem Steuerpflichtigen vorenthalten wurde, ergibt sich eine Privilegierung bei der Verzinsung unionsrechtswidrig erhobener Abgaben gegenüber der Verzinsung von Steuern, die der Veranlagung unterliegenden gebietsansässigen Steuerpflichtigen nach Maßgabe der Vollverzinsung des § 233a AO gewährt wird.

Da der auf Unionsrecht gestützte Zinsanspruch eine Verzinsung für den Zeitraum der gegenüber dem Steuerpflichtigen vorgenommenen Vorenthaltung der unionsrechtswidrig erhobenen Steuer erfassen muss, entfällt zum einen die 15-monatige Karenzfrist des § 233a Abs. 2 S. 1 AO, die einem Verzinsungsäquivalent von 7,5 % entspricht. Des Weiteren findet auch die (asymmetrische) Beschränkung des § 233a Abs. 3 S. 3 AO, wonach (nur) in Erstattungsfällen, nicht aber in Nachzahlungsfällen die Verzinsung auf den Erstattungsbetrag beschränkt ist (Zinskappung in Erstattungsfällen), die bei Veranlagungssteuern nach 17 Jahren und 8 Monaten greift, keine Anwendung.

Da Anträge auf die Erstattung von unionsrechtswidrig erhobenen Kapitalertragsteuern seit dem Jahr 2005 für Erstattungsjahre ab dem Jahr 2000 gestellt worden sind, würde sich die Zinskappingsregelung des § 233a Abs. 3 S. 3 AO für einen Großteil der gebietsfremden Antragsteller, die seit Jahren Erstattungsanträge stellen, als äußerst nachteilig erweisen. Bei entsprechender Anwendung des § 233a AO außerhalb der Veranlagungssteuern wären nämlich vorwiegend gebietsfremde Steuerpflichtige betroffen, während bei gebietsansässigen Steuerpflichtigen nach mehr als 17 Jahren sämtliche Veranlagungen bestandskräftig abgeschlossen sein dürften.

Kleinert: Dividendenkapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds unionsrechtskonform?(IStR 2020, 210)

222

### **7.2 BFH-Vorlage v. 19.11.2019 – VII R 17/18**

Mit Beschluss v. 19.11.2019<sup>90</sup> hat der BFH dem EuGH nach Maßgabe des Art. 267 Abs. 3 AEUV die Frage vorgelegt, ob ein Verstoß gegen Unionsrecht mit der Folge eines unionsrechtlichen Anspruchs auf Erstattungszinsen auch dann vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat die (Steuer-)Erstattung auf eine Richtlinienvorschrift stützt, die die Mitgliedstaaten nicht zu einer Steuerermäßigung verpflichtet (keine obligatorische Steuerermäßigung), sondern ihnen lediglich die Steuerermäßigung erlaubt (fakultative Steuerermäßigung). Ob in dieser Konstellation eine Verletzung von Unionsrecht als Tatbestandsvoraussetzung für den unionsrechtlichen Zinserstattungsanspruch vorliegt, hat nun der EuGH zu klären.

Indem der BFH diese Vorlage unter der Prämisse vorgenommen hat, dass die unionsrechtswidrige Erhebung einer Abgabe die Mitgliedstaaten zu einem unionsrechtlichen Erstattungsanspruch verpflichtet, wenn denn die Erhebung der Abgabe unionsrechtswidrig war, bestätigt der BFH, dass die von den Klägern vor dem FG Hessen vorgenommene Klage auf Erstattungszinsen unionsrechtlich abgesichert ist.<sup>91</sup> Sollte der BFH – in den Verfahren I R 1/20 und I R 2/20, ggf. nach Anrufung des EuGH – zu dem Ergebnis kommen, dass auch gebietsfremden Investmentfonds die Steuerbefreiung des § 11 InvStG aF zu gewähren ist und ihnen damit ein Erstattungsanspruch zusteht, wäre dieser – wie auch der Vorlagebeschluss des BFH v. 19.11.2019<sup>92</sup> belegt – zu verzinsen.

## 8. Fazit

Der BFH wird sich im Rahmen der anhängigen Revisionen mit den hier angerissenen Aspekten auseinandersetzen müssen und ist – im Gegensatz zum FG Hessen – bei Zweifeln an der Auslegung des Unionsrechts zu einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet.

Selbst wenn der BFH einen Zusammenhang zwischen der Steuerbefreiung des § 11 InvStG aF und der Anlegerbesteuerung nach § 7 InvStG aF bejahen und demnach die Anlegerbesteuerung bei seinem Belastungsvergleich berücksichtigen sollte, muss er sich dann aber mit der Frage auseinandersetzen, dass in vielen Fällen – wie denen der (Revisions-)Kläger – die Rechtfertigung der Kohärenz am Mangel des kohärenten Nachteils (keine Anlegerbesteuerung) scheitert.

Die Frage, ob im Falle der Bejahung eines Verstoßes gegen Art. 63 AEUV – entgegen dem Urteil des FG Nürnberg<sup>93</sup> – auch im Hinblick auf Verjährungsregelungen eine Gleichstellung der (Revisions-)Kläger in den beiden Entscheidungen geboten ist, muss der BFH nicht entscheiden, da die Anträge insoweit zeitnah gestellt worden sind.

Gebietsfremden Investmentfonds ist aber trotz der schwierigen Ermittlung des nach § 20 Abs. 3 AO zuständigen örtlichen FA<sup>94</sup> auch für Veranlagungszeiträume vor dem 1.1.2018 die rechtswahrende Stellung von Erstattungsanträgen zu empfehlen, damit sie von einer günstigen BFH-Entscheidung in den anhängigen Revisionsverfahren profitieren können.

Die in Aussicht stehende Verzinsung von 6 % p. a. ist dabei ein gewichtiges Argument für die Stellung von Erstattungsanträgen, auch wenn wegen der ungeklärten Zuständigkeit dafür ein nicht unerheblicher Aufwand entsteht. Die Verzinsung dürfte gebietsfremde Investmentfonds aber für das lange Warten entschädigen, da mit einer Auszahlung der Erstattungsbeträge erst in einigen Jahren nach dem rechtskräftigen Abschluss der Musterverfahren zu rechnen ist.

---

\* Dr. Jens Kleinert ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Osborne Clarke am Standort Köln.

<sup>1</sup> FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 mAnm Patzner/Nagler, Rev. eingelegt, Az. BFH: I R 1/20 (4 K 999/17) und I R 2/20 (4 K 2079/16).

<sup>2</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

- 3 EuGH v. 30.1.2020 – C-156/17, *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, 226.
- 4 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 mAnm *Patzner/Nagler*.
- 5 EuGH v. 30.1.2020 – C-156/17, *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, 226.
- 6 EuGH v. 18.6.2009 – C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, IStR 2009, 499; v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm *Patzner/Nagler* und v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*.
- 7 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm *Patzner/Nagler*.
- 8 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 82.
- 9 EuGH v. 22.11.2018 – C-575/17, *Sofina*, DStRE 2019, 760.
- 10 EuGH v. 22.11.2018 – C-575/17, *Sofina*, DStRE 2019, 760 Rn. 29, 63.
- 11 EuGH v. 30.1.2020 – C-156/17, *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, 226.
- 12 EuGH v. 30.1.2020 – C-156/17, *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, 226, Rn. 81.
- 13 <https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2017/03/etf-317-dutch-supreme-court-refers-preliminary-questions-to-the-cjeu-about-dividend-withholding-tax-refunds-for-foreign-investment-funds.html#>.
- 14 FG Münster v. 20.4.2017 – 10 K 3059/14 K, EFG 2017, 1110, BeckRS 2017, 113310 Rn. 100.
- 15 FG Nürnberg v. 12.4.2018 – 6 K 1390/16, EFG 2019, 1095, BeckRS 2018, 41599 Rn. 116, Rev. eingelegt, Az. BFH: I R 31/18.
- 16 <https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/produkte/beratungsberichte/langfassungen/langfassungen-2016/2016-bericht-dringender-reformbedarf-im-investmentsteuerrecht>.
- 17 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (152) mAnm *Patzner/Nagler*.
- 18 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm *Patzner/Nagler*.
- 19 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (151, 152) mAnm *Patzner/Nagler*.
- 20 EuGH v. 18.6.2009 – C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, IStR 2009, 499; v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm *Patzner/Nagler* und v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*.
- 21 EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 32, 39, 41.
- 22 EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 52-53.
- 23 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 4.
- 24 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 62.
- 25 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 63-64.
- 26 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm *Patzner/Nagler*.
- 27 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (151) mAnm *Patzner/Nagler*.
- 28 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 89, 90, 93, 94.
- 29 EuGH v. 10.4.2014 – C-190/12, *Emerging Markets*, IStR 2014, 334 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 95.

- 30 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (151) mAnm Patzner/Nagler.
- 31 EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 52-53.
- 32 EuGH v. 10.5.2012 – C-338/11 bis C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 32, 39, 41, 53.
- 33 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm Patzner/Nagler.
- 34 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (151) mAnm Patzner/Nagler.
- 35 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (148) mAnm Patzner/Nagler.
- 36 EuGH v. 17.12.2015 – C-388/14, *Timac Agro Deutschland*, IStR 2016, 74 mAnm Schiefer, Benecke/Staats, Rn. 39.
- 37 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 82.
- 38 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (148) mAnm Patzner/Nagler.
- 39 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 80.
- 40 Mann in Blümich, EStG/KStG/GewStG, InvStG 2004 Stand Aug. 2019, InvStG § 11 Rn. 18.
- 41 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (148) mAnm Patzner/Nagler.
- 42 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 52.
- 43 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (148) mAnm Patzner/Nagler.
- 44 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (148) mAnm Patzner/Nagler.
- 45 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 83-86.
- 46 Zumindest bei der französischen Klägerin im Verfahren 4 K 999/17 liegt es nahe, dass sie intransparent iSd § 6 InvStG aF war, weil solche französischen Investmentfonds in der Regel nicht zum Vertrieb in Deutschland vorgesehen waren.
- 47 Vgl. zB Lipper Fitzrovia in <https://www.fondsprofessionell.de/upload/attach/966961.pdf>.
- 48 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (149) mAnm Patzner/Nagler.
- 49 EuGH v. 20.10.2011 – C-284/09, *Kommission/Deutschland*, IStR 2011, 840 mAnm Linn.
- 50 Gesetz v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561.
- 51 Gesetz v. 18.12.2013, BGBl. I 2013, 4318.
- 52 Gesetz v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561.
- 53 BT-Drs. 17/11314, 5; kritisch zum Ausschluss von ausländischen Investmentfonds *Gosch*, KStG, 3. Aufl. 2015, § 32 Rn. 54.
- 54 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 381.
- 55 EuGH v. 6.6.2000 – C-35/98, *Verkooijen*, [ECLI:EU:C:2000:294](https://eur-lex.europa.eu/eli/consolidated/2000/294), IStR 2000, 432 mAnm Hahn, Rn. 57, 58; v. 27.11.2008 – C-418/07, *Papillon*, [EU:C:2008:659](https://eur-lex.europa.eu/eli/consolidated/2008/659), IStR 2009, 66 Rn. 44 u. v. 19.11.2009 – C-540/07, *Kommission/Italien*, [ECLI:EU:C:2009:717](https://eur-lex.europa.eu/eli/consolidated/2009/717), IStR 2009, 853 Rn. 43, 56.
- 56 *Haase*, InvStG, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 37; *Schönbach/Gnutzmann* BB 2010 Beil. Nr. 001, 32; Anm. *Hahne* DStR 2012, 1022; *Wünsche/Brielmaier* BB 2012, 2467 (2472).
- 57 EuGH v. 21.6.2018 – C-480/16, *Fidelity Funds*, IStR 2018, 590 mAnm Patzner/Nagler, Rn. 83-86.

- 58 EuGH v. 1.12.2011 – [C-250/08](#), *Kommission/Belgien*, IStR 2012, 67 Rn. [70](#), [71](#), [75](#), [76](#).
- 59 EuGH v. 10.5.2012 – [C-338/11](#) bis [C-347/11](#), *Santander Asset Management SGIIC*, IStR 2012, 432 mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 51.
- 60 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#).
- 61 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#).
- 62 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#) Rn. [72](#).
- 63 EuGH v. 12.12.2002 – [C-324/00](#), *Lankhorst-Hohorst*, IStR 2003, [55](#).
- 64 EuGH v. 17.9.2009 – [C-182/08](#), *Glaxo Wellcome*, IStR 2009, [691](#).
- 65 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#) Rn. [73](#).
- 66 EuGH v. 4.7.2013 – [C-350/11](#), *Argenta Spaarbank*, EuZW 2013, [796](#), BeckRS 2013, [81403](#) Rn. [51](#), [52](#).
- 67 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#) Rn. [74](#), [75](#).
- 68 Vgl. EuGH v. 12.9.2006 – [C-196/04](#), *Cadbury Schweppes Overseas*, IStR 2006, [670](#) mAnm *Körner*, Rn. 49; dazu *Kleinert GmbH* 2005, [1055](#).
- 69 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#) Rn. [76](#), [77](#).
- 70 EuGH v. 6.9.2012 – [C-380/11](#), *DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C.*, NZG 2013, [198](#), BeckRS 2012, [81819](#) Rn. [47](#) und v. 24.2.2015 – [C-559/13](#), *Grünwald*, DStR 2015, [474](#) Rn. [49](#).
- 71 EuGH v. 17.9.2015 – [C-589/13](#), *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, NZG 2015, [1440](#), BeckRS 2015, [81155](#) Rn. [83](#), [85](#).
- 72 *Schwenke* DB 2018, [2329](#) ([2330](#), [2333](#)).
- 73 EuGH v. 21.6.2018 – [C-480/16](#), *Fidelity Funds*, IStR 2018, [590](#) mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 71.
- 74 EuGH v. 21.6.2018 – [C-480/16](#), *Fidelity Funds*, IStR 2018, [590](#) mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 72.
- 75 FG Münster v. 20.4.2017 – [10 K 3059/14 K](#), EFG 2017, [1110](#), BeckRS 2017, [113310](#) Rn. [100](#).
- 76 EuGH v. 21.6.2018 – [C-480/16](#), *Fidelity Funds*, IStR 2018, [590](#) mAnm *Patzner/Nagler*.
- 77 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#).
- 78 EuGH v. 21.6.2018 – [C-480/16](#), *Fidelity Funds*, IStR 2018, [590](#) mAnm *Patzner/Nagler*, Rn. 84.
- 79 FG Hessen v. 21.8.2019 – [4 K 999/17](#), [4 K 2079/16](#), IStR 2020, [143](#) ([150](#)) mAnm *Patzner/Nagler*.
- 80 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#).
- 81 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#), Rn. [27](#).
- 82 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#), Rn. [67](#).
- 83 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#), Rn. [75](#), [76](#).
- 84 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#), Rn. [76](#)-[82](#).
- 85 EuGH v. 30.1.2020 – [C-156/17](#), *Köln-Aktienfonds Deka*, in diesem Heft IStR 2020, [226](#), Rn. [85](#).
- 86 *Rüsken* ZfZ 2016, [42](#) ([43](#)).
- 87 BFH v. 22.9.2015 – [VII R 32/14](#), BStBl. II 2016, [323](#), DStRE 2016, [238](#) Rn. [5](#), [7](#), [8](#), [12](#), [19](#).
- 88 So aber noch BFH v. 18.9.2007 – [I R 15/05](#), BStBl. II 2008, [332](#), IStR 2008, [188](#).

89 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (154, 155) mAnm Patzner/Nagler.

90 BFH v. 19.11.2019 – VII R 17/18, BeckRS 2019, 38321.

91 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (154, 155) mAnm Patzner/Nagler.

92 BFH v. 19.11.2019 – VII R 17/18, BeckRS 2019, 38321.

93 FG Nürnberg v. 12.4.2018 – 6 K 1390/16, EFG 2019, 1095, BeckRS 2018, 41599 Rn. 116.

94 FG Hessen v. 21.8.2019 – 4 K 999/17, 4 K 2079/16, IStR 2020, 143 (153) mAnm Patzner/Nagler.