

Vec C-537/20

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

21. október 2020

Vnútroštátny súd:

Bundesfinanzhof

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

18. december 2019

Žalobca a navrhovateľ v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

L Fund

Žalovaný a odporca v konaní o opravnom prostriedku „Revision“:

Finanzamt D

Predmet konania vo veci samej

Špeciálne fondy investujúce do nehnuteľností – Daň z príjmov právnických osôb – Rozlišovanie medzi tuzemskými a zahraničnými špeciálnymi fondmi investujúcimi do nehnuteľností – Oslobodenie od dane z príjmov právnických osôb týkajúce sa len tuzemských špeciálnych fondov investujúcich do nehnuteľností – Rozdielne zaobchádzanie – Odôvodnenie

Predmet a právny základ konania návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Výklad práva Únie, článok 267 ZFEÚ

Prejudiciálna otázka

Bráni článok 56 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (teraz článok 63 Zmluvy o fungovaní Európskej únie) právnej úprave členského štátu, na základe ktorej sú tuzemské špeciálne fondy investujúce do nehnuteľností, do ktorých investujú výlučne zahraniční investori, oslobodené od dane z príjmov právnických osôb, zatiaľ čo zahraničné špeciálne fondy investujúce do nehnuteľností, do ktorých investujú výlučne zahraniční investori, podliehajú v obmedzenom rozsahu dani z príjmov právnických osôb, pokiaľ ide o ich príjmy z prenájmu dosiahnuté v tuzemsku?

Uvádzané právne predpisy Únie

Článok 63 ZFEÚ

Uvádzané vnútroštátne právne predpisy

Körperschaftsteuergesetz (zákon o dani z príjmov právnických osôb, ďalej len „KStG“), najmä § 1 ods. 1 bod 5 a § 2 bod 1.

Investmentsteuergesetz von 2004 (zákon o dani z investícií z roku 2004, ďalej len „InvStG 2004“), najmä § 4 ods. 2 siedma veta, § 11 ods. 1 prvá a druhá veta, § 15 ods. 2 druhá veta.

Luxemburský zákon z 13. februára 2007 o špecializovaných investičných fondoch (Loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés).

Zhrnutie skutkového stavu a konania vo veci samej

- 1 Žalobca je podielový fond (fonds commun de placement) vo forme špecializovaného investičného fondu (fonds d'investissement spécialisé), ktorý bol založený v roku 2008 podľa luxemburského zákona z 13. februára 2007 o špecializovaných investičných fondoch a podlieha dohľadu nad investíciami v Luxembursku (Commission de Surveillance du Secteur Financier, ďalej len „CSSF“). Sídlo ani obchodné vedenie žalobcu sa nenachádzajú v Nemecku.
- 2 Špecializovaný investičný fond je nedeliteľným súborom aktív, ktorý schválila CSSF, ktorý je štruktúrovaný podľa zásady rozloženia rizika a ktorý spravuje správcovská spoločnosť na účet všetkých investorov. Ručenie investorov je obmedzené na ich vklad a práva investorov sú vyjadrené v ich podieloch (pozri článok 4 luxemburského zákona z 13. februára 2007 o špecializovaných investičných fondoch). Taký fond nemá vlastnú právnu subjektivitu.
- 3 Žalobca ako špecializovaný investičný fond nepodlieha v Luxembursku nijakému zdaneniu, s výnimkou dane z prevodu kapitálu a paušálnej dane podľa článku 68 luxemburského zákona z 13. februára 2007 o špecializovaných investičných fondoch, ktoré sú povinné odvádzať občianskoprávne spoločnosti a obchodné spoločnosti. Podiely na zisku vyplácané žalobcom nepodliehajú v Luxembursku zrážkovej dani a u nerezidentov sa nezdaňujú (pozri článok 66 luxemburského zákona z 13. februára 2007 o špecializovaných investičných fondoch).
- 4 Žalobca bol založený ako uzavretý fond investujúci do nehnuteľností najprv na desať rokov, pričom nebol zaregistrovaný na burze.
- 5 Pri zániku žalobcu sa všetky investície do nehnuteľností, ktoré ešte neboli speňažené, speňažia a výťažky z predaja sa vyplatia podielnikom. Správcovská spoločnosť nesmie rozdeliť celé portfólio alebo jeho časť medzi podielnikov v podobe vecných podielov na zisku. Podielníci teda nemajú ani nárok na vecné podiely na zisku. Pred uplynutím doby, na ktorú bol žalobca zriadený, podielníci nemôžu požiadať o vyplatenie hodnoty svojho podielu.
- 6 Žalobca má dvoch inštitucionálnych investorov, ktorí nemajú sídlo ani obchodné vedenie v Nemecku. Fond spravuje správcovská spoločnosť. Je ňou spoločnosť s ručením obmedzeným so sídlom v Luxembursku, ktorá bola založená 25. marca 2008 podľa luxemburského práva, ktorá je zapísaná v luxemburskom registri obchodu a spoločností a ktorej CSSF udelila povolenie. Účelom správcovskej spoločnosti je zriaďovať, spravovať a riadiť fond.
- 7 Správcovská spoločnosť zmluvou z 31. marca 2008/1. apríla 2008 nadobudla vo vlastnom mene, avšak v postavení správcovskej spoločnosti na účet žalobcu, portfólio nehnuteľností. Konkrétne ide o 1 241 nehnuteľností v Nemecku, ktoré sa po kúpe prenajali a neskôr čiastočne predali.
- 8 Z prenájmu, ako aj z predaja niektorých z uvedených nehnuteľností dosiahol žalobca v rokoch 2008 až 2010 príjmy.

- 9 V júli 2013 podal žalobca daňové priznania k dani z príjmov právnických osôb za roky 2008 až 2010 s prihliadnutím na obmedzenú daňovú povinnosť týkajúcu sa dane z príjmov právnických osôb. Zároveň však poukázal na to, že podľa jeho právneho názoru nepodlieha nemeckej dani z príjmov právnických osôb.
- 10 Žalovaný naopak vychádzal z obmedzenej daňovej povinnosti týkajúcej sa dane z príjmov právnických osôb a vyrubil daň z príjmov právnických osôb. Finanzgericht Münster (Finančný súd Münster, Nemecko), na ktorý sa žalobca následne obrátil, vo svojom rozsudku z 20. apríla 2017, ktorým zamietol žalobu, potvrdil právny názor daňového úradu. Žalobca následne podal opravný prostriedok „Revision“ na Bundesfinanzhof (Spolkový finančný súd, Nemecko).

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 11 Podľa vnútroštátneho práva by bol opravný prostriedok „Revision“ nedôvodný. Vnútroštátny súd najprv uvádza niekoľko úvah týkajúcich sa zdaňovania zahraničných investičných fondov a vysvetľuje, že zahraničné investičné fondy podliehajú – v neobmedzenom alebo obmedzenom rozsahu – dani z príjmov právnických osôb len vtedy, keď podľa svojej hospodárskej a právnej štruktúry – bez ohľadu na právnu subjektivitu, ktorá prípadne existuje podľa zahraničného práva – zodpovedajú nemeckému daňovníkovi na účely dane z príjmov právnických osôb. Podľa ustálenej judikatúry vnútroštátneho súdu zodpovedajú investičné fondy „inému účelovému združeniu majetku zriadenému podľa súkromného práva“ v zmysle § 1 ods. 1 bodu 5 KStG a v závislosti od svojho sídla alebo miesta svojho obchodného vedenia podliehajú v neobmedzenom alebo obmedzenom rozsahu dani z príjmov právnických osôb.
- 12 Vnútroštátne daňové predpisy rozlišujú na účely zdaňovania medzi zahraničnými a tuzemskými fondmi, ako aj medzi verejnými fondmi a špeciálnymi fondmi.
- 13 Zdaňovanie tuzemského fondu sa spravuje zákonom o dani z investícií. Vo všeobecnosti sa vyznačuje tým, že fond sa považuje za účelové združenie majetku v zmysle § 1 ods. 1 bodu 5 KStG, a teda za daňovníka na účely dane z príjmov právnických osôb, avšak ako daňovník na účely dane z príjmov právnických osôb je oslobodený od dane z príjmov právnických osôb (§11 ods. 1 prvá a druhá veta InvStG 2004). Toto oslobodenie od dane je systematicky prepojené so zdaňovaním investorov. Oslobodením fondu od dane a zodpovedajúcim zdaňovaním investorov sa zrealizovala takzvaná zásada transparentnosti, podľa ktorej dochádza k jednorazovému zdaneniu na úrovni investora. Investor v rámci fondu sa v tomto smere považuje za priameho investora. Na zabezpečenie zdanenia investorov sa na úrovni fondu vyberá zrážková daň (§ 7 InvStG 2004).
- 14 Pri zdaňovaní špeciálneho fondu sa zákonodarca tiež riadi zásadou transparentnosti. Tuzemský špeciálny fond je preto podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 oslobodený od dane z príjmov právnických osôb a k zdaneniu dochádza na úrovni investorov. Špeciálny fond sa odlišuje od verejného fondu tým, že na verejnom fonde sa podieľa neurčitý počet rôznych investorov, zatiaľ čo

v špeciálnom fonde môžu byť investormi len iné ako fyzické osoby (takzvaní inštitucionálni investori). Špeciálne fondy majú často len jedného alebo veľmi málo inštitucionálnych investorov, ktorí môžu skutočne ovplyvňovať investičné rozhodnutia.

- 15 V prípade tuzemského špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností k zdaneniu príjmov z nehnuteľností tiež nedochádza na úrovni fondu, ale na úrovni investorov. Zákonodarca tým v oblasti špeciálnych fondov investujúcich do nehnuteľností tiež uskutočnil zásadu transparentnosti. Ak má tuzemský špeciálny fond investujúci do nehnuteľností zahraničných investorov, zahraničnému investorovi sa tuzemské príjmy fondu z prenájmu priamo (podľa výšky jeho podielu) pripíšu ako vlastné príjmy, ktoré v obmedzenom rozsahu podliehajú dani. Na zabezpečenie zdanenia zahraničných investorov existuje na úrovni fondu povinnosť odpočítať zrážkovú daň (§ 15 ods. 2 štvrtá veta InvStG 2004). Prostredníctvom zásady transparentnosti a povinnosti odviesť zrážkovú daň nemecký zákonodarca v postavení štátu, na území ktorého sa nachádza nehnuteľnosť, zabezpečuje svoje právo zdaníť príjmy z tuzemských nehnuteľností.
- 16 Zákonodarca uskutočnil zásadu transparentnosti s cieľom zabrániť tomu, aby (veľkí) zahraniční investori v oblasti nehnuteľností využívali neodôvodnené daňové výhody. Taký investor by mal totiž v prípade priamej investície do tuzemských nehnuteľností obmedzenú daňovú povinnosť. Túto daňovú povinnosť by v prípade investovania prostredníctvom špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností mohol bez veľkých ťažkostí obísť.
- 17 V dôsledku toho zahraničný špeciálny fond investujúci do nehnuteľností nie je oslobodený od dane z príjmov právnických osôb (§11 ods. 1 druhá veta InvStG 2004). Priamemu uplatneniu tohto oslobodenia na žalobcu bráni jednoznačná formulácia tohto oslobodenia, podľa ktorej sú od dane z príjmov právnických osôb oslobodené len tuzemské investičné fondy. Analogické uplatnenie § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 je vylúčené, lebo chýba neplánovaná medzera v právnej úprave. Zákonodarca vedome odlíšil tuzemské a zahraničné investičné fondy.
- 18 Dôsledkom tejto právnej úpravy je, že zahraničný špeciálny fond investujúci do nehnuteľností musí sám zdaníť svoje príjmy z prenájmu pozemkov, ktoré sa nachádzajú na území Nemecka. Navyše pritom nedochádza k zdaneniu zahraničných investorov, ktorí investujú do zahraničného špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností – a tým k dvojitému zdaneniu príjmov z prenájmu –, lebo vnútroštátne predpisy uplatniteľné v konaní vo veci samej nestanovili daňovú povinnosť pre zahraničných investorov, ktorí investujú do zahraničného špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností, pokiaľ ide o podiely na zisku, ktoré im vyplatil tento fond.

- 19 Vnútroštátny súd však má pochybnosti, či je nepriznanie oslobodenia od dane podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 žalobcovi v súlade s právom Únie, najmä s voľným pohybom kapitálu (článok 63 ZFEÚ).
- 20 Tento súd odkazuje na rozsudky Súdneho dvora z 10. mája 2012, Santander Asset Management SGIC a i. (C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286); z 10. apríla 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249), a z 21. júna 2018, Fidelity Funds a i. (C-480/16, EU:C:2018:480), ktoré však nepovažuje za relevantné. V prejednávanom prípade sa totiž uložením obmedzenej daňovej povinnosti týkajúcej sa dane z príjmov právnických osôb, pokiaľ ide o príjmy z prenájmu dosiahnuté žalobcom, zabezpečuje jednorazové zdanenie týchto príjmov tuzemskou daňou z príjmov podľa medzinárodne uznávaného princípu miesta, kde sa nachádza nehnuteľnosť. V prípade porovnateľného špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností, ktorý je rezidentom, sa jednorazové zdanenie tuzemských príjmov z prenájmu zabezpečuje zdanením investorov, ktorí v obmedzenom rozsahu podliehajú dani z príjmov právnických osôb. To znamená, že na investície do nehnuteľností sa v konečnom dôsledku uplatňuje rovnaké daňové zaťaženie, a vnútroštátny súd sa pýta, či nepriznanie oslobodenia od dane podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 skutočne odrádza fondy, ktoré nie sú rezidentmi, od investovania do tuzemských nehnuteľností.
- 21 Vnútroštátny súd navyše považuje za málo pravdepodobné, že tuzemskí investori sú skutočne odrádzaní od nadobúdania podielov v zahraničných fondoch, ktoré nie sú oslobodené od dane, ale v obmedzenom rozsahu podliehajú dani z príjmov právnických osôb. Je pravda, že v prípade tejto skupiny investorov okrem daňového zaťaženia na úrovni zahraničných fondov, ktoré v obmedzenom rozsahu podliehajú dani z príjmov právnických osôb, dochádza aj k výberu dane z príjmov od investorov, ktorí v neobmedzenom rozsahu podliehajú dani z príjmov právnických osôb a ktorým fond vypláca podiely na zisku. Tomuto dvojitému zdaneniu však bráni možnosť započítania stanovená v § 4 ods. 2 siedmej vety InvStG 2004. Naopak je dôležitejšie, že verejný fond sa značne odlišuje od špeciálneho fondu. V prípade druhého uvedeného fondu úzko vymedzený okruh inštitucionálnych investorov alebo dokonca jediný investor využíva taký fond ako investičný nástroj na investíciu do určitého investičného majetku, ktorú plánuje. V prípade takej výlučnosti okruhu investorov by sa zohľadnenie potenciálnych tuzemských inštitucionálnych investorov pri skúmaní obmedzenia predmetnej základnej slobody mohlo javiť ako čisto teoretická, a teda zanedbateľná možnosť.
- 22 Okrem toho je otázne, či sa rozdielne zaobchádzanie vyplývajúce z § 11 ods. 1 prvej a druhej vety InvStG 2004 týka situácií, ktoré sú objektívne navzájom porovnateľné. V už citovanej judikatúre Súdny dvor pri posudzovaní porovnateľnosti vychádzal len z úrovne fondu, nebral do úvahy daňové postavenie investorov a zakaždým konštatoval, že fondy, ktoré sú rezidentmi, a fondy, ktoré sú nerezidentmi, sú porovnateľné.

- 23 Súdny dvor však tiež rozhodol, že pri skúmaní porovnateľnosti môže byť potrebné opustiť úroveň fondu a výnimočne zohľadniť aj daňové postavenie investorov, ak zákonná úprava viaže oslobodenie fondu od dane na podmienku, aby všetky zisky fondu boli vyplatené vlastníkom podielov v tomto fonde s cieľom priblížiť daňové zaťaženie príjmov z investícií dosiahnutých prostredníctvom týchto fondov daňovému zaťaženiu investícií uskutočnených priamo jednotlivcami (pozri rozsudok z 10. mája 2012, Santander Asset Management SGIIC a i., C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286, bod 40). V prejednávanom prípade nemecký zákonodarca síce nestanovil fikciu takeého úplného vyplatenia podielov na zisku, ale priame pripísanie príjmov z prenájmu zahraničným investorom, ktoré vyplýva z § 15 ods. 2 druhej vety InvStG 2004, a výslovné stanovenie obmedzenej daňovej povinnosti týkajúcej sa dane z príjmov právnických osôb, pokiaľ ide o tieto príjmy, značne presahuje účinok úplného vyplatenia podielov na zisku (ktoré je predmetom fikcie). Osobitným spôsobom vyjadruje, že daňové postavenie fondu má význam len za predpokladu, že ide o jeho kvalifikáciu ako špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností, avšak inak treba nevyhnutne zohľadniť postavenie investorov. Keďže pre zdaňovanie príjmov z nehnuteľností teda nie je rozhodujúca rovina fondu, ale sídlo investorov, táto skutočnosť by mohla svedčiť v neprospech predmetných situácií.
- 24 Okrem toho je sporné, či naliehavé dôvody všeobecného záujmu môžu odôvodniť právnu úpravu, ktorá je obsiahnutá v § 11 ods. 1 InvStG 2004. Súdny dvor v troch vyššie uvedených rozsudkoch zakaždým uviedol, že členský štát, ktorý sa rozhodol nezdaňovať fondy, ktoré sú rezidentmi, prijímajúce dividendy tuzemského pôvodu, sa nemôže odvolávať na potrebu zabezpečenia vyváženého rozdelenia daňovej právomoci medzi členskými štátmi, aby tým odôvodnil zdanenie fondov, ktoré nie sú rezidentmi, poberajúcich takéto príjmy.
- 25 Na prvý pohľad to svedčí v prospech záveru, že oslobodenie od dane, ktoré § 11 ods. 1 druhá veta InvStG 2004 priznáva fondom, ktoré sú rezidentmi, nemožno odôvodniť s odvolaním sa na zabezpečenie vyváženého rozdelenia daňovej právomoci medzi členskými štátmi. Aj v tejto súvislosti by však právne a faktické špecifiká prejednávaného prípadu mohli viesť k odlišnému posúdeniu.
- 26 Nemecký zákonodarca nepriznaním oslobodenia od dane podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 a stanovením obmedzenej daňovej povinnosti týkajúcej sa dane z príjmov právnických osôb, pokiaľ ide o tuzemské príjmy z prenájmu, vo vzťahu k žalobcovi ako špeciálnemu fondu investujúcemu do nehnuteľností, ktorý nie je rezidentom, uplatňuje svoju daňovú právomoc ako štát, na území ktorého sa nachádza nehnuteľnosť. Aj článok 6 ods. 1 Modelovej zmluvy Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD) priznáva štátu, na území ktorého sa nachádza nehnuteľnosť, právo zdaňovať príjmy z nehnuteľného majetku. Druh príjmov fondu mal v prípadoch, o ktorých rozhodoval Súdny dvor, pri skúmaní odôvodnenia význam aj v tom zmysle, že Súdny dvor poukázal na to, že z dividend vyplácaných fondu už bola na úrovni kapitálovej spoločnosti vyplácajúcej dividendy vybratá daň z príjmu (rozsudok z 21. júna 2018, Fidelity

Funds a i., C-480/16, EU:C:2018:480, bod 72). Príjmy z prenájmu vyplácané žalobcovi nie sú predmetom takého zdanenia pri zdroji.

- 27 V prípade zahraničného fondu, do ktorého investujú zahraniční investori, treba mať na zreteli, že právo štátu, na území ktorého sa nachádza nehnuteľnosť, zdaníť tuzemské príjmy z prenájmu nemožno zabezpečiť bez zdanenia na úrovni fondu. Fondu, ktorý je rezidentom, totiž možno uložiť povinnosť odviesť zrážkovú daň, čím sa dá zabezpečiť zdanenie zahraničných investorov, avšak v prípade fondu, ktorý nie je rezidentom, to nie je možné. Na rozdiel od príjmov z dividend tiež nedochádza z zdaneniu príjmov z prenájmu (pri zdroji).
- 28 Neuplatnenie oslobodenia od dane podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 na žalobcu by napokon mohlo byť odôvodnené zachovaním koherencie daňového systému.
- 29 Na to, aby tvrdenie založené na takomto odôvodnení mohlo byť úspešné, sa podľa judikatúry Súdneho dvora vydanéj v súvislosti s fondmi vyžaduje, aby existoval priamy vzťah medzi dotknutou daňovou výhodou a kompenzáciou tejto výhody vo forme stanoveného daňového odvodu, pričom priamy charakter tohto vzťahu sa musí posudzovať vzhľadom na cieľ sledovaný predmetnou právnou úpravou.
- 30 Taký priamy vzťah by mohol v prípade, akým je prejednávaný prípad, spočívať v tom, že oslobodenie tuzemského špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností od dane je kompenzované priamym zdanením zahraničných inštitucionálnych investorov.
- 31 Potom ešte treba preskúmať, či nepriznanie oslobodenia od dane v prípade zahraničného špeciálneho fondu investujúceho do nehnuteľností nejde nad rámec toho, čo je potrebné na zabezpečenie koherentnosti nemeckého systému zdaňovania investícií.
- 32 Ak prenesieme úvahy Súdneho dvora uvedené v rozsudku z 21. júna 2018, Fidelity Funds a i. (C-480/16, EU:C:2018:480, bod 84), na nemecký systém zdaňovania, bolo by rozhodujúce, aby investičné fondy, ktoré sú nerezidentmi, ktorým sa nepriznáva oslobodenie od dane podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 a ktoré z tohto dôvodu musia platiť nemeckú daň z príjmov právnických osôb, preukázali, že platia daň, ktorá zodpovedá nemeckej dani z príjmov právnických osôb. Podľa názoru vnútroštátneho súdu však v prípade, akým je prejednávaný prípad, túto okolnosť nemožno preukázať, lebo žalobca ako luxemburský špeciálny fond investujúci do nehnuteľností nepodlieha v Luxembursku, pokiaľ ide o jeho príjmy z prenájmu dosiahnuté v Nemecku, (vlastnej) dani z príjmov a nemá ani povinnosť odpočítať zrážkovú daň.
- 33 Okrem toho Súdny dvor v rozsudku z 21. júna 2018, Fidelity Funds a i. (C-480/16, EU:C:2018:480, bod 85), uviedol, že odmietnutie priznať oslobodenie od dánskej zrážkovej dane fondom, ktoré nie sú dánskymi rezidentmi, vedie k reťazovému zdaneniu dividend vyplatených vlastníkom ich podielov, ktorí

sú dánskymi rezidentmi, čo odporuje cieľu, ktorý sleduje vnútroštátna právna úprava.

- 34 Ak prenesieme aj tieto úvahy na pomery nemeckého systému zdaňovania, bolo by rozhodujúce, či nepriznanie oslobodenia od dane z príjmov právnických osôb podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004 fondom, ktoré nie sú nemeckými rezidentmi, vedie k reťazovému zdaneniu príjmov vyplatených investorom, ktorí sú nemeckými rezidentmi. V tejto súvislosti však treba opäť poukázať na právne a faktické špecifiká prejednávaneho prípadu. Po prvé v prípade možných tuzemských investorov by dvojitému zdaneniu zabránila možnosť započítania stanovená v § 4 ods. 2 siedmej vete InvStG 2004. Po druhé na žalobcu ako zahraničný fond sa síce nevzťahuje oslobodenie od dane z príjmov právnických podľa § 11 ods. 1 druhej vety InvStG 2004, ale žalobca nemá nijakých investorov so sídlom v Nemecku, v prípade ktorých by mohlo dôjsť k reťazovému zdaneniu príjmov z nehnuteľností (najprv na úrovni fondu a potom na úrovni investorov). Činnosť žalobcu ako uzavretého špeciálneho fondu tiež nie je zameraná na získanie takých investorov. Za takým fondom totiž spravidla stojí uzavretý počet niekoľkých inštitucionálnych investorov s rovnako zameranými záujmami, ktoré využívajú tento fond ako nástroj pre vlastné investície.