

AN: Mandanten
VON: P+P Pöllath + Partners
DATUM: 16 Juni 2016
ZU: **Reform des Investmentsteuergesetzes**

TO: Clients
FROM: P+P Pöllath + Partners
DATE: 16 June 2016
RE: **Reform of the German Investment Tax Act (Investmentsteuergesetz)**

I. Zusammenfassung

Am 9. Juni 2016 verabschiedete der Bundestag das Investmentsteuerreformgesetz. Das Gesetz bedarf noch der Zustimmung des Bundesrates. Es wird jedoch für wahrscheinlich erachtet, dass diese Zustimmung erteilt wird.

Der Bundestag hat das Investmentsteuerreformgesetz ohne wesentliche Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf angenommen. Die politische Diskussion hatte sich in den letzten Wochen und Monaten vor allem um die sog. cum/cum-Geschäfte gedreht. Eine Regelung zur Vermeidung derartiger Geschäfte war in das Investmentsteuerreformgesetz aufgenommen worden, auch wenn dieser Komplex nur am Rande Berührungspunkte mit der eigentlichen Investmentsteuerreform hat.

Die eigentliche Investmentsteuerreform, d. h. die neuen Regelungen zur Besteuerung von Investmentfonds, wird im Jahr 2018 in Kraft treten. Den wesentlichen Inhalt haben wir in dem nachstehenden Abschnitt II zusammengefasst.

Ausgewählte Änderungen gegenüber den bisherigen Entwurfsfassungen sind in dem nachstehenden Abschnitt III ausführlicher dargestellt. Im Übrigen verweisen wir auch auf unsere bisherigen Mandanteninformationen vom [7. August 2015](#) und vom [7. Januar 2016](#).

I. Executive Summary

On 9 June 2016 the German parliament (*Bundestag*) passed the German Investment Tax Reform Act. The Act still requires consent of the German Federal Council (*Bundesrat*) but it seems likely that such consent will be granted.

The German parliament (*Bundestag*) passed the German Investment Tax Reform Act without substantial changes compared to the Governmental draft of such act. In the last weeks the political discussion focused on certain dealings around the tax treatment dividend ex-date. Although this matter is only partly related to the reform of investment taxation an avoidance rule for such dealings was added to the German Investment Tax Reform Act.

The reform of investment taxation, i.e. the rules for taxation of investment funds, will enter into force as of 2018. In section II below we summarized the new tax system.

Certain material changes between the drafts of the German Investment Tax Act and the law that finally passed the German parliament (*Bundestag*) will be set forth in section III below. Please refer also to our prior client information dated [7 August 2015](#) and [7 January 2016](#).

Zudem werden im nachstehenden Abschnitt V geplante Anpassungen der umsatzsteuerlichen Behandlung von Alternativen Investmentfonds („AIF“) behandelt.

II. Das neue Investmentsteuerrecht

Mit der Investmentsteuerreform wird das bisherige Investmentsteuerrecht grundlegend geändert.

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes umfasst grundsätzlich Investmentvermögen im Sinne des Kapitalanlagegesetzbuches. Hiervon gibt es jedoch wichtige Ausnahmen:

- Praktisch am bedeutsamsten dürfte sein, dass Investmentvermögen in der Rechtsform von in- oder ausländischen Personengesellschaften (abgesehen von einigen wenigen Sonderfällen) nicht mehr in den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes fallen. Damit sind insbesondere sämtliche geschlossenen Fonds in der Rechtsform von Personengesellschaften vom Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes ausgenommen. Für diese Fonds gelten die allgemeinen Besteuerungsregeln für Personengesellschaften, insbesondere die steuerliche Transparenz der Personengesellschaft. Dies entspricht im Ergebnis der bisherigen Behandlung.
- Daneben gibt es insbesondere noch Ausnahmen für Unternehmensbeteiligungsgesellschaften nach dem UBGG sowie REIT-Aktiengesellschaften und sog. Auslands-REITs nach dem REIT-Gesetz.

Moreover, section V below covers amendments to the VAT treatment of Alternative Investment Funds (“AIF”).

II. The New Investment Tax Law

The German Investment Tax Reform Act fundamentally changes the German investment taxation.

1. Scope

Generally, the Scope of the German Investment Tax Act covers investment funds as such term is defined in the German Capital Investment Code. However, there are certain important exceptions:

- The most important would be that German and non-German partnerships (except for certain cases) no longer fall into the scope of the German Investment Tax Act. This means, that in particular, closed-ended fund organized as partnerships are exempted from the scope of the German Investment Tax Act. Such funds are subject to the general rules of taxation of partnerships, in particular the tax transparency of partnerships. Thus, the German tax treatment of such funds effectively remains the same as under current law.
- In addition, participation companies pursuant to the German Participation Companies Act (*Unternehmensbeteiligungsgesellschaften*) and German REITs and non-German REITs that are subject to the provisions of the German REIT Act are not subject to investment taxation.

Im Ergebnis fallen damit nur noch körperschaftlich strukturierte Investmentvermögen in den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes. Dabei wurde ausdrücklich festgelegt, dass hierzu auch in- und ausländische Sondervermögen gehören.

Ferner fallen auch einige Gesellschaften und Organismen in den Anwendungsbereich des Investmentsteuergesetzes, obwohl sie keine Investmentvermögen sind. Hierzu gehören:

- sog. Ein-Anleger-Fonds, d. h. Organismen für gemeinsame Anlagen, bei denen die Zahl der möglichen Anleger auf einen Anleger begrenzt ist, die aber im Übrigen die Merkmale eines Investmentvermögens nach dem KAGB erfüllen;
- Kapitalgesellschaften, denen nach dem Recht ihres Ansässigkeitsstaates eine operative unternehmerische Tätigkeit untersagt ist und die keiner Ertragsbesteuerung unterliegen oder von dieser befreit sind.

Die in den Anwendungsbereich des neuen Investmentsteuergesetzes fallenden Organismen und Gesellschaften werden einheitlich als „Investmentfonds“ bezeichnet. Dies kann insbesondere in der Übergangszeit zum neuen Recht zu Missverständnissen führen, weil der Begriff „Investmentfonds“ bereits im derzeitigen Recht, jedoch mit einem anderen Inhalt verwendet wird.

2. System der Investmentbesteuerung

Nach der Investmentsteuerreform gibt es zwei Besteuerungssysteme für Investmentfonds:

This means that only corporate type investment funds will fall into the scope of the German Investment Tax Act. However, it was explicitly stated that German and non-German investment funds of a contractual type (*Sondervermögen*) fall into the scope.

Moreover, certain entities may also fall into the scope of the German Investment Tax Act although they do not qualify as investment funds under the German Capital Investment Code, such as:

- so-called single investor funds, i.e. investment undertakings that limit the number of investors to one single investor, but nevertheless satisfy all other requirements of an investment fund pursuant to the German Capital Investment Code;
- companies that are prohibited from making active operations pursuant to the laws of its country of residence and that are not subject to or exempted from, income taxation.

The entities that fall into the scope of the investment tax act are legally defined as “investment funds”. This may give rise to misunderstanding, particularly during the transition period, as the term “investment fund” is also used but having a different meaning under the law currently in force.

2. System of Investment Taxation

Under the reform of the investment taxation there are two tax regimes available for investment funds:

- Den Grundfall stellt ein neues intransparentes Besteuerungssystem dar, bei dem zwischen der Ebene des Investmentfonds und der des Anlegers getrennt wird. Dieses primär auf die Bedürfnisse von Publikumsfonds zugeschnittene Besteuerungssystem gilt allerdings für sämtliche Investmentfonds, die nicht die besonderen Voraussetzungen eines Spezial-Investmentfonds nach neuem Recht erfüllen.
- Das Besteuerungssystem für Spezial-Investmentfonds basiert auf dem bislang geltenden Besteuerungsregime für Investmentfonds nach derzeitigem Recht (§ 1 Abs. 1b InvStG).

3. Besteuerung von Investmentfonds

a) Ebene des Investmentfonds

Investmentfonds unterliegen einer Steuerpflicht nur mit bestimmten Einkünften aus Quellen im Inland, insbesondere inländischen Beteiligungseinkünften (Dividenden) und inländischen Immobilieneinkünften.

Eine in den ersten Entwürfen angedachte Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wieder fallen gelassen. Diese Gewinne sind somit auf Ebene des Investmentfonds nicht steuerpflichtig, sofern sie nicht mit einer inländischen Betriebsstätte verknüpft sind.

Die inländischen Beteiligungseinnahmen, inländischen Immobilienerträge und bestimmte sonstige inländische Einkünfte des Investmentfonds unterliegen auf dessen Ebene ungemildert der Körperschaftsteuer. Insbesondere ist die Steuerbefreiung für (inländische) Dividenden (§ 8b KStG) auf Ebene des Investmentfonds nicht anwendbar,

- The base case is a newly introduced opaque tax regime where there are two levels of taxation: the investment fund and its investors. While this tax regime was designed for the needs of typical retail mutual funds it is, in fact, applicable to all investment funds that do not satisfy the specific criteria for specialized investment funds under the new law.
- The tax regime for specialized investment funds is based on the tax regime for investment funds under the law currently in force (cf. § 1 para 1b of the German Investment Tax Act).

3. Taxation of Investment Funds

a) Level of Investment Fund

Only certain specific income from sources within Germany received by investment funds are subject to tax at the level of such investment funds, in particular income from German participations (dividends) and from real estate located in Germany.

While there was a provision on taxation of capital gains from shares of German companies in the first drafts of the German Investment Tax Reform Act such provision is no longer part of the final Act. Hence, such capital gains are not taxable at the level of the investment fund to the extent they are not attributable to a permanent establishment in Germany.

The full amount of income from German participations and from real estate located in Germany and certain other German source income is subject to German corporation tax at investment fund level. In particular, the exemption for (German) dividends (§ 8b of the German Corporation Tax Act) is not applicable at the level of the investment fund even if

selbst wenn die relevante Beteiligungsschwelle (mindestens 10 %) überschritten ist.

Daneben kann auf Ebene des Investmentfonds Gewerbesteuer anfallen, wenn dieser einen inländischen Gewerbebetrieb unterhält. Dies soll allerdings nicht gelten, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände nicht aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Die Regelungen zur Gewerbesteuer werfen viele Fragen auf.

b) Ebene der Anleger

Auf Ebene der Anleger gilt ein stark pauschalierendes Besteuerungsregime, das vor allem auf die Bedürfnisse von Publikumsfonds mit einer Vielzahl von Anlegern zugeschnitten ist.

Auf Anlegerebene unterliegen der Steuer:

- Ausschüttungen;
- Vorabpauschalen;
- Gewinne aus der Veräußerung oder Rückgabe von Investmentanteilen.

Bei natürlichen Personen, die ihre Investmentanteile im Privatvermögen halten, unterliegen diese Erträge der sog. Abgeltungsteuer. Bei natürlichen Personen, die ihre Investmentanteile im Betriebsvermögen halten, unterliegen diese Erträge grundsätzlich ungemildert der Einkommensteuer zum persönlichen Steuersatz. Bei Körperschaften unterliegen diese Erträge ungemildert der Körperschaftsteuer. Daneben kann Gewerbesteuer anfallen. Das sog. Teileinkünfteverfahren bzw. die Steuerbefreiung gem. § 8b KStG sind auf Investorerträge nicht anwendbar.

the relevant threshold (10%) is exceeded.

In addition, German trade tax may be triggered at the level of the investment funds if the fund is engaged in trade or business in Germany. However, an exemption is to be available if an entrepreneurial management of the investment fund's assets is excluded. The provisions dealing with German trade tax give rise to a number of questions.

b) Investor Level

At investor level there is a lump-sum taxation which is designed for the needs of retail mutual funds with a large number of investors.

The following items are subject to tax at investor level:

- distributions;
- pre-determined tax bases (*Vorabpauschalen*);
- capital gains realized upon the dispositions or redemption of investment fund interests.

For individuals that hold their investment fund interests as part of their non-business assets such items are subject to flat income tax. For individuals that hold their investment fund interests as part of their business assets principally the full amount of such items is subject to income tax at their personal rate. For corporate investors the full amount of such items is subject to corporation tax. In addition, German trade tax may be triggered. The so-called partial income taxation and the exemption pursuant to § 8b of the German Corporation Tax Act do not apply.

aa) Ausschüttungen und Rückkäufe

Ausschüttungen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch Kapitalrückzahlungen erfassen. Es fehlt aber in dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz eine Regelung über die steuerliche Geltendmachung der Anschaffungskosten des Anlegers spätestens im Fall der Liquidation. Steuerneutrale Rückführungen von Kapital sind während der Laufzeit des Investmentfonds daher nur über Anteilsrückkäufe möglich.

bb) Vorabpauschale

Mit der Vorabpauschale möchte der Gesetzgeber thesaurierte Gewinne steuerlich erfassen.

Der Ermittlung der Vorabpauschale liegt der Basisertrag (eine Mindestrendite) zugrunde, der anhand des sog. Basiszinses (§ 203 Abs. 1 BewG) ermittelt wird, d. h. sich nach der langfristig erzielbaren Rendite öffentlicher Anleihen richtet. Der Basisertrag ist allerdings auf die tatsächliche Wertsteigerung des Investmentfonds begrenzt. Als Vorabpauschale ist zudem nur die Differenz zwischen dem Basisertrag und den tatsächlichen Ausschüttungen anzusetzen.

Die Vorabpauschale gilt ferner erst im folgenden Kalenderjahr als zugeflossen. Somit lassen sich durch eine gezielte Ausschüttungspolitik die mit dem Ansatz der Vorabpauschale verbundenen dry income-Effekte ganz oder teilweise vermeiden.

aa) Distributions and Redemptions

Under the new law repayments of capital shall qualify as taxable distributions. However, there is lack of a provision in the final Act on the deduction of the investor's acquisition cost during the liquidation process at latest. Thus, during the lifetime of an investment fund non-taxable repayments of capital may only be made by way of redemptions of investment fund interests.

bb) Pre-Determined Tax Base

The objective of the pre-determined tax base is to subject retained income of the investment fund.

The pre-determined tax base is based on the so-called base proceeds, a kind of minimum return which is determined on the base of the base interest rate pursuant to § 203 para. 1 of the German Valuation Act, i.e. possible long-term yield on public bonds. The base proceeds are capped at the actual increase in value of the investment fund. Moreover, the pre-determined tax base is equal to the difference between the base proceeds and the actual distributions.

The pre-determined tax base is deemed to be received by the investor in the immediately following calendar year. Hence, the possible dry income issues may be avoided (fully or partially) by a well-directed distribution policy.

cc) Teilfreistellungen

Die Erträge aus einem Investmentfonds (also Ausschüttungen, Vorabpauschalen, Gewinne aus der Veräußerung oder Rückgabe) werden – abhängig von dem Fondstyp – teilweise steuerfrei gestellt (sog. Teilfreistellungen):

- Bei Aktienfonds beträgt die Teilfreistellung
 - (i) bei natürlichen Personen, die ihre Investmentanteile im Privatvermögen halten, 30 % der Erträge;
 - (ii) bei natürlichen Personen, die ihre Investmentanteile im Betriebsvermögen halten, 60 % der Erträge;
 - (iii) bei Körperschaften als Anleger 80 % der Erträge.

Aktienfonds sind Investmentfonds, die mindestens 51 % ihres Wertes in Kapitalbeteiligungen anlegen. Der Begriff der Kapitalbeteiligungen umfasst dabei – entgegen der ersten Entwürfe – nicht nur Aktien, sondern nunmehr auch nicht börsennotierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die ihrerseits in ihrem Sitzstaat einer (Mindest-)Besteuerung unterliegt. Damit können insbesondere auch Private Equity-Investments von der Aktienteilfreistellung profitieren.

- Bei sog. Mischfonds wird jeweils die Hälfte der Aktienteilfreistellung angesetzt. Mischfonds sind Investmentfonds, die mindestens 25 % ihres Wertes in Kapitalbeteiligungen anlegen.

cc) Partial Exemptions

Investment fund proceeds (i.e. distributions, pre-determined tax bases, capital gains from dispositions or redemptions) are subject to partial exemptions depending on the respective fund type:

- with respect to equity funds (*Aktienfonds*) the partial exemption is as follows
 - (i) for individuals that hold their investment fund interests as part of their non-business assets 30 % of such proceeds;
 - (ii) for individuals that hold their investment fund interests as part of their business assets 60 % of such proceeds;
 - (iii) for corporate investors 80 % of such proceeds.

Equity funds (*Aktienfonds*) are investment funds that invest at least 51% of their value in equity participations. The term equity participations comprises of both listed equities and – other than first drafts – unlisted equities of companies that are subject to and not exempt from, a (minimum) taxation in its country of residence. Therefore, private equity funds may benefit from such partial exemptions.

- With respect to so-called mixed funds (*Mischfonds*) half of the partial exemption rate applicable to equity funds (*Aktienfonds*) is available. Mixed funds are investment funds that invest at least 25% of their value in equity participations.

- Bei Immobilienfonds – d. h. Investmentfonds, die mindestens 51 % ihres Wertes in Immobilien und Immobiliengesellschaften anlegen – beträgt die Teilfreistellung 60 % der Erträge. Legt der Immobilienfonds mindestens 51 % seines Wertes in ausländische Immobilien und Auslands-Immobiliengesellschaften an, beträgt die Teilfreistellung sogar 80 % der Erträge.

4. Spezial-Investmentfonds

Das Besteuerungssystem von Spezial-Investmentfonds führt das bislang geltende System der Besteuerung von Investmentfonds nach derzeitigem Recht (§ 1 Abs. 1b InvStG) fort.

Um als Spezial-Investmentfonds zu qualifizieren, muss ein Investmentfonds bestimmte Voraussetzungen im Hinblick auf Aufsicht, Rückgaberechte, erwerbbarer Vermögensgegenstände und Anlagebeschränkungen erfüllen. Diese entsprechen weitgehend den Vorgaben des derzeit geltenden Rechts. Besonderheiten ergeben sich insbesondere bei Wertpapierbegriff (dazu siehe unten).

Ferner darf ein Spezial-Investmentfonds – wie schon nach derzeitigem Recht – höchstens 100 Anleger haben. Bei Personengesellschaften als Anleger findet – anders als nach derzeitigem Recht – allerdings eine Durchschau statt, d. h. die Gesellschafter der Personengesellschaft zählen jeweils als ein Anleger.

Das neue Recht enthält auch einige Neuerungen im Hinblick auf die Beteiligung natürlicher Personen. Diese können sich – anders als nach bisherigem Recht und den ersten Entwürfen für die Investmentsteuerreform – sogar unmittelbar an einem Spezial-Investmentfonds beteiligen, sofern

- With respect to real estate funds – i.e. investment funds that invest at least 51% of their value in real estate and real estate companies – the partial exemption rate is 60% of the proceeds. If a real estate fund invests at least 51% of its value in non-German real estate and non-German real estate companies the partial exemption rate is 80% of the proceeds.

4. Specialized Investment Funds

The tax regime for specialized investment funds can be considered a continuation of the tax regime for investment funds under the law currently in force (§ 1 para. 1b German Investment Tax Act).

To qualify as specialized investment fund an investment fund must satisfy certain criteria with respect to regulation, redemption rights, eligible assets and investment restrictions. These are substantially similar to the criteria under the law currently in force. However, there are certain specialities with respect to the definition of securities (see below).

Moreover, a specialized investment fund may – like under the law currently in force – have 100 investors at maximum. Unlike the law currently in force there is a look-through approach with respect to partnerships as investors, i.e. each partner of such partnership is counted as one investor of the investment fund.

Under the new law individuals may invest directly in a specialized investment fund, provided that they hold their specialized investment fund interest as part of their business assets. This is new compared to the law currently in force and the first drafts of the German Investment Tax Reform Act.

sie ihren Investmentanteil in einem Betriebsvermögen halten.

Zwar unterliegen auch Spezial-Investmentfonds im Grundsatz den vorstehend dargestellten allgemeinen Besteuerungsregeln für Investmentfonds. Sofern der Spezial-Investmentfonds jedoch für eine transparente Besteuerung optiert, greifen im Wesentlichen die gleichen Besteuerungsfolgen, wie sie schon im derzeit geltenden Recht für Investmentfonds bestehen (sog. semi-transparente Besteuerung). Der Gesetzgeber hat dieses System allerdings im Rahmen der Investmentsteuerreform ebenfalls fortentwickelt.

5. Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne

Im Vorfeld der Investmentsteuerreform wurde die Abschaffung der derzeit geltenden Steuerbefreiung für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (§ 8b Abs. 2 KStG) im Fall von sog. Streubesitzbeteiligungen (d. h. Beteiligungen von weniger als 10 %) kontrovers diskutiert. Während der Diskussionsentwurf noch eine entsprechende Vorschrift enthielt, war diese Vorschrift im Referentenentwurf nicht mehr enthalten und ist auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr aufgegriffen worden.

Somit bleiben Veräußerungsgewinne auch zukünftig unabhängig von Beteiligungsschwellen (Körperschaft-)steuerfrei. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass dieses Thema zukünftig, insbesondere nach der Bundestagswahl im Jahr 2017 erneut aufgegriffen wird.

As a base case specialized investment funds are subject to the general tax rules for investment funds described below. However, they may opt for a semi-transparent tax regime which is the one known under the law currently in force. However certain amendments have been made to this system in the course of the investment tax reform.

5. Tax-exempt Capital Gains

In recent year there was an ongoing controversial discussion to abolish the exemption for capital gains from the sale or disposition of shares in a corporation (§ 8b para. 2 German Corporation Tax Act) in cases of shareholdings of less than 10%. While there was a respective provision in the first draft of the German Investment Tax Reform Act such provision was not part of successor drafts and the final Act.

Thus, such capital gains remain tax-exempt in the future irrespective of any ownership percentages. However, it cannot be fully ruled out that this matter will be subject to discussion again, in particular after the Federal Election in 2017.

III. Weitere Änderungen im Gesetzgebungsverfahren

Nachstehend sollen einige ausgewählte Änderungen gegenüber den bisherigen Entwurfsfassungen (vgl. dazu unsere bisherigen Mandanteninformationen vom [7. August 2015](#) und vom [7. Januar 2016](#)) im weiteren Gesetzgebungsverfahren dargestellt werden.

1. Keine Hinzurechnungsbesteuerung

Schon auf der Basis der bisherigen Entwurfsfassungen ging man davon aus, dass die Hinzurechnungsbesteuerung nach dem Außensteuergesetz auf Investmentfonds nicht mehr anwendbar ist. Denn das Außensteuergesetz regelt einen Vorrang der Bestimmungen des Investmentsteuergesetzes vor den Bestimmungen über die Hinzurechnungsbesteuerung, und das neue Investmentsteuerrecht sieht – anders als das derzeit geltende Recht (vgl. § 19 Abs. 4 InvStG) – keine „Rückfallklausel“ vor.

Dieses Rangverhältnis hat der Gesetzgeber nunmehr bestätigt, indem er die Bestimmungen des Außensteuergesetzes an die geänderten Regelungen im Investmentsteuergesetz angepasst hat, ohne den grundsätzlichen Vorrang der Investmentbesteuerung vor der Hinzurechnungsbesteuerung infrage zu stellen.

2. Ausschluss der Aktienteilfreistellung für den Handelsbestand von Kreditinstituten

Mit der Aktienteilfreistellung soll – ähnlich wie mit dem Teileinkünfteverfahren sowie der Steuerbefreiung für (Schachtel-)Dividenden und Veräußerungsgewinne gem. § 8b KStG – die steuerliche Vorbelastung der Gewinne einer Kapitalgesellschaft auf Ebene des Anteilseigners berücksichtigt werden. Die Steuerbefreiung gilt jedoch u. a. nicht

III. Further Changes During the Legislative Process

The following section provides an overview on certain material changes between the drafts of the German Investment Tax Act and the law that finally passed the German parliament (*Bundestag*). Reference is also made to our prior client information dated [7 August 2015](#) and [7 January 2016](#).

1. No CFC/PFIC Taxation

While there were no explicit provision in prior drafts it was common sense that CFC/PFIC taxation under the German Foreign Tax Act is not applicable on investment funds. There is a provision in the German Foreign Tax Act that provides that in cases of investment funds the provisions of the German Investment Tax Act prevail. Moreover, unlike the law currently in force (cf. § 19 para. 4 of the German Investment Tax Act) there is no provision in the new law that makes an exception to this rule.

Nevertheless, in the final Act it is clarified that the provisions of the German Investment Tax Act prevail because certain technical amendments were made to the provisions of the German Foreign Tax Act without doubting the general rule.

2. No Partial Exemption for Investment Fund Interests Held for Trading

Similar to the partial income taxation the and corporation tax exemption for dividends and capital gains the partial exemption for equity funds (*Aktienteilfreistellung*, see above) is intended to reflect any taxation of the company at the level of its shareholder. However, the corporation tax exemption is,

für Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen (vgl. § 8b Abs. 8 KStG). Demzufolge sahen die bisherigen Entwurfsfassungen auch einen Ausschluss der Aktienteilfreistellung bei diesen Unternehmen vor.

Die Steuerbefreiung gem. § 8b KStG sowie das Teileinkünfteverfahren gelten jedoch ebenfalls nicht für den Handelsbestand von Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten sowie für Anteile, die von Finanzunternehmen mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erworben wurden (vgl. § 3 Nr. 40 Satz 3 und 4 EStG, § 8b Abs. 7 KStG). In dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz ist nunmehr auch ein Ausschluss der Aktienteilfreistellung für diese Anlegergruppen geregelt.

IV. Änderungen bei Spezial-Investmentfonds

Wie bereits in den Entwürfen eines Investmentsteuerreformgesetzes vorgesehen soll der Grundsatz der eingeschränkten Transparenz auch nach 2017 für sog. Spezial-Investmentfonds in modifizierter Form weitergelten. Die Behandlung als Spezial-Investmentfonds hängt neben der qualitativen und quantitativen Beschränkung des Anlegerkreises von der Geltung und Einhaltung bestimmter Produktregeln ab. Hinsichtlich der Produktregeln enthält das nun vom Bundestag beschlossene Gesetz Modifikationen.

1. Wiedereinführung des Managerprinzips

Eine Behandlung als Spezial-Investmentvermögen setzt das Vorhandensein einer investmentrechtlichen Regulierung voraus. Abweichend von der Rechtslage nach dem AIFM-Steuer-Anpassungs-

inter alia, not applicable for life and healthcare insurance companies (cf. § 8b para. 8 German Corporation Tax Act). Accordingly, the partial exemption for equity funds was not available for life and healthcare insurance companies under the prior drafts.

The corporation tax exemption pursuant to § 8b of the German Corporation Tax Act and the partial income taxation are also not available for shares held for trade by banks and financial institution and financial enterprises that acquired shares with the objective to achieve a short-term gain. Now, the final Act provides that partial exemption for equity funds (*Aktienteilfreistellung*) is also not available for these types of investors.

IV. Changes with Regard to Specialized Investment Funds

As provided in prior drafts, a modification of semi-transparent taxation will continue to be applicable for specialized investment funds also post-2017. In addition to certain qualitative and quantitative restrictions regarding eligible investors, a classification as specialized investment fund depends on the applicability of, and compliance with, certain product rules. These product rules have been modified in the final Act.

1. Re-introduction of Manager Principle

Classification as a specialized investment fund requires that the fund is subject to investment regulation. In deviation from what applies under the law currently in force, a prior draft provided that the fund

gesetz sollte nach dem Regierungsentwurf insoweit erforderlich sein, dass der Fonds selbst einer Investmentaufsicht unterstellt ist. Der Gesetzesbeschluss lässt alternativ auch eine Investmentaufsicht gegenüber dem Manager ausreichen. Für eine Einordnung als Spezial-Investmentfonds in Betracht kommen somit z. B.:

- spezialisierte Investmentfonds nach dem Luxemburger Gesetz vom 13. Februar 2007, deren Manager nicht nach Maßgabe der AIFM-Richtlinie beaufsichtigt werden; und
- unregulierte Luxemburger Fonds, die von einem Manager mit AIFM-Erlaubnis verwaltet werden.

2. Modifikationen beim investmentsteuerlichen Wertpapierbegriff

Die steuerlichen Produktregeln enthalten einen abschließenden Katalog zulässiger Vermögensgegenstände, in die 90 % des Nettovermögenswertes eines Fonds investiert sein müssen, damit dieser als Spezial-Investmentfonds behandelt werden kann. Der Regierungsentwurf hatte insoweit noch eine Beschränkung auf börsennotierte Instrumente vorgesehen.

In dem nun beschlossenen Gesetz ist der Wertpapierbegriff zusätzlich um sonstige Anlageinstrumente erweitert worden, die für OGAW bis zu 10 % des Nettovermögenswertes erworben werden dürfen. Hierzu gehören insbesondere Wertpapiere, die die Anforderungen der Richtlinie 2007/16/EG („**Eligible Assets-Richtlinie**“) erfüllen, auch dann, wenn sie nicht börsennotiert sind, wobei die 10 %-Grenze für Zwecke der steuerlichen Produktregeln nicht gilt.

vehicle itself had to be subject to investment regulation. According to the final Act, the regulation requirement is met if either the fund or its manager is subject to investment regulation. Therefore, for instance the following structures can qualify for treatment as specialized investment funds:

- specialized investment funds under the Luxembourg Law of 13 February 2007, whose managers are not authorized pursuant to AIFMD; and
- unregulated Luxembourg funds which are managed by a manager authorized under AIFMD.

2. Modifications Regarding Assets Eligible as Securities

The criteria for specialized investment funds contain an exclusive list of eligible assets in which 90% of a fund's NAV must be invested in order for the fund to qualify as specialized investment fund. The previous draft had contained a security definition which was in line with the definition of transferable securities under the UCITS Directive.

In the final Act the definition of “security” has been extended to cover other assets which are eligible to be acquired by UCITS up to 10 % of their net asset value. This includes transferable securities pursuant to Directive 2007/16/EC (“**Eligible Assets Directive**“) even if they are not listed. However, the 10 % limitation does not apply for purposes of the criteria for specialized investment funds.

Ausweislich der amtlichen Begründung soll die neue Definition offenbar in Abweichung vom bisher geltenden wirtschaftlichen Wertpapierbegriff abschließend sein, um indirekte Anlagen (z. B. über Verbriefungszweckgesellschaften) in Vermögensgegenstände zu vermeiden, die nicht den steuerlichen Produktregeln entsprechen. Diese Aussage wirft Fragen auf und ist für uns nicht recht nachvollziehbar, da Verbriefungszweckgesellschaften ja gerade Wertpapiere ausgeben. Bis zu einer wünschenswerten Klarstellung durch den Gesetzgeber oder die Finanzverwaltung besteht für Investitionen in als Wertpapieranlagen strukturierte Private Equity- und sonstige geschlossene Fondsprodukte allerdings eine gewisse Rechtsunsicherheit.

3. Anforderungen an Beteiligungen an anderen Investmentfonds

Hinsichtlich der Erwerbbarkeit von Beteiligungen an anderen Fonds enthält das beschlossene Gesetz erneut Modifikationen. Grundsätzlich können Fondsanteile als Investmentfondsanteile, Wertpapiere oder Beteiligungen an Kapitalgesellschaften einzuordnen sein. Sofern eine Qualifikation als Investmentfondsanteil möglich ist, gelten bestimmte Einschränkungen nicht, die für Wertpapiere oder Beteiligungen an Kapitalgesellschaften gelten. Anders als noch der Regierungsentwurf schließt das Gesetz nicht mehr die Beteiligung an offenen Publikums-Investmentfonds als Investmentfondsanteile aus. Anders als nach dem Regierungsentwurf müssen Zielfonds oder deren Manager allerdings einer Investmentaufsicht unterliegen.

V. Umsatzsteuer

Mit Urteil vom 9. Dezember 2015 (Rs. C-595/13; Fiscale Eenheid) hat der Europäische Gerichtshof („EuGH“) unter anderem entschieden, dass die

Based on the official reasoning it seems that the new definition, deviating from the so far applicable economic security definition, is supposed to be exhaustive in order to avoid indirect investments (e.g. using securitization vehicles) in assets which do not comply with the criteria for specialized investment funds. This statement gives rise to questions and is not quite comprehensible to us, since securitization vehicles typically issue securities. Until the legislator or the tax authorities release a desirable clarification, there is a legal uncertainty in connection with private equity and other closed-end fund products structured as investments in securities.

3. Requirements for Participations in Other Investment Funds

The final Act contains further modifications with respect to the eligibility of participations in other funds. Generally, interests in funds may qualify as investment fund interests, as securities, or as participations in corporations. Certain limitations which apply to securities or participations in corporations will not apply if classification as an investment fund interest is possible. In contrast to the previous draft, the final Act does not exclude participations in open-ended retail funds from qualification as investment fund interests. However, also contrary to the previous draft, target funds and their managers must be subject to an investment supervision.

V. Value Added Tax

In its decision dated 9 December 2015 (C-595/13; Fiscale Eenheid), the European Court of Justice (“ECJ“) has held that the management of real es-

Verwaltung von Immobilienfonds, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen, gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG (jetzt Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie, „MwStSystRL“) von der Umsatzsteuer befreit ist.

Diese Entscheidung hat unmittelbare Auswirkungen auch auf andere Fondstypen, einschließlich deutscher geschlossener AIF, wie z.B. Private Equity Fonds (hierzu nachstehenden Abschnitt 1). Die (spätestens) durch das Urteil erforderliche Anpassung des deutschen Umsatzsteuerrechts erfolgte ebenfalls durch das Investmentsteuerreformgesetz; ob sie hinreichend ist, ist zweifelhaft (hierzu nachstehenden Abschnitt 2).

1. Folgen des Urteils

Anders als in den meisten europäischen Ländern unterliegt die Verwaltung von geschlossenen AIF (z. B. Private Equity Fonds) in Deutschland der Umsatzsteuer. Das liegt daran, dass Deutschland die Umsatzsteuerbefreiung für „die Verwaltung von durch die Mitgliedsstaaten als solche definierten Sondervermögen“ gemäß der MwStSystRL sehr eng interpretiert. Gemäß der deutschen Umsetzungsnorm (§ 4 Nr. 8 Buchst. h UStG) ist nur die Verwaltung von Investmentfonds im Sinne des aktuellen Investmentsteuergesetzes (d. h. im Wesentlichen OGAW oder offene Immobilienfonds) umsatzsteuerfrei.

Aus dem EuGH-Urteil vom Dezember 2015 folgt, dass auch geschlossene AIF, die der Regulierung gemäß KAGB (d. h. dem AIFM-Richtlinien-Umsetzungsgesetz) unterliegen, unter die Umsatzsteuerbefreiung fallen. Gleiches muss für AIF und AIFM gelten, die gemäß der EuVECA-VO (d. h. einem separaten, umfangreichen Aufsichtsregime) reguliert sind.

tate funds that are subject to specific state supervision is VAT exempt according to Article 13 B (d) (6) of Directive 77/388/EWG (now Article 135 (1) (g) of the Directive on the Common System of Value Added Tax, “VAT Directive”).

This decision has a direct impact on other types of funds including German closed-ended AIF such as private equity funds (cf. section 1 below). The adaptation of the German VAT law which has definitely become necessary due to the decision has been made by the German Investment Tax Reform Act; it is doubtful whether this adaptation is sufficient (cf. section 2 below).

1. Consequences of the Decision

Unlike in the most EU member states, the management of closed-ended AIFs (such as private equity funds) is not VAT-exempt in Germany. This is due to the fact that Germany interprets the VAT exemption granted by the VAT Directive for “the management of special investment funds as de-fined by Member States” very narrowly. The German legislation transposing this VAT exemption into national law (Sec. 4 (8) lit. h) German VAT Act) is limited to investment funds (*Investmentfonds*) within the meaning of the German Investment Tax Act currently in force (i.e. basically UCITS and open-ended real estate funds).

Based on the ECJ’s reasoning, closed-ended AIF that are subject to the regulation under the German Capital Investment Code (i.e. the German AIFM law) must be granted the VAT exemption. The same should apply to AIFs or AIFMs which are subject to the EuVECA Directive (i.e. a distinct extensive supervisory regime).

Relevant ist in diesem Zusammenhang – wie der EuGH ausdrücklich begründet –, dass die Definitionsbefugnis der Mitgliedsstaaten in Bezug auf Investmentvehikel, die unter die unionsrechtliche Umsatzsteuerbefreiung fallen, durch das europäisch harmonisierte Aufsichtsrecht überlagert ist. Die Umsatzsteuerbefreiung ist daher nicht nur OGAW zu gewähren, sondern auch AIF. Letztere sind OGAW vergleichbar, wenn und *weil* sie reguliert sind.

2. Umsetzung durch Investmentsteuerreformgesetz

Das Investmentsteuerreformgesetz sieht vor, dass ab dem 1. Januar 2018 die Verwaltung von OGAW und mit diesen vergleichbaren AIF von der Umsatzsteuer befreit sein soll.

Die nach Vorstellung des Gesetzgebers relevanten Vergleichbarkeitskriterien werden im Gesetz nicht genannt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll es unter anderem darauf ankommen, dass die AIF

- einer vergleichbaren Aufsicht wie OGAW unterliegen und
- denselben Anlegerkreis wie OGAW haben.

Wie dargestellt, sollte jedenfalls eine Aufsicht der BaFin gemäß KAGB oder EuVECA im vorstehenden Sinn vergleichbar sein. Fraglich könnte allenfalls sein, ob auch sog. kleine Spezial-AIFM und „Mini“-Publikums-AIFM (§ 2 Abs. 4 bzw. 4a KAGB) sowie AIFM von Publikums-AIF (§ 2 Abs. 5 KAGB) einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen und ihre Verwaltung daher umsatzsteuerfrei ist.

Based on the reasoning of the ECJ the decisive point is that the power of the Member States to define the investment vehicles that fall into the scope of the exemption under the VAT Directive is superseded by the harmonized European regulatory law. Accordingly, not only UCITS fall within the scope of such exemption but also AIFs. The latter are comparable to UCITS if and *because* they are regulated.

2. Adaption by the German Investment Tax Reform Act

The German Investment Tax Reform Act provides that the management of UCITS and AIFs that are comparable to UCITS is VAT-exempt as of 1 January 2018.

While the law itself does not elaborate the criteria that have to be satisfied for an AIF to be comparable to UCITS such criteria are set forth in the (non-binding) official reasoning of the German Investment Tax Reform Act. Under such criteria an AIF, inter alia,

- must be subject to a comparable regulation like UCITS and
- must have the same types of investors like UCITS.

As discussed at least BaFin regulation under the German Capital Investment Code or EuVECA should be comparable in this regard. There may be doubt whether so-called sub-threshold specialized AIFMs and “small” retail AIFMs (§ 2 para. 4 and 4a of the German Capital Investment Code) and AIFM of retail AIFs (§ 2 para. 5 of the German Capital Investment Code) are subject to a special regulation

Um den Fondsstandort Deutschland zu stärken sowie aus systematischen Gründen ist zu hoffen, dass diese Frage bejaht werden wird.

Problematisch erscheint, dass ausweislich der Gesetzesbegründung die Umsatzsteuerbefreiung von AIF künftig davon abhängen soll, ob sie denselben Anlegerkreis wie OGAW haben. Sollten hiermit sog. Klein-Anleger gemeint sein, so wäre dies nach unserer Auffassung nicht von der Rechtsprechung des EuGH gedeckt. Gegen eine solche Interpretation spricht zudem, dass bereits nach derzeitigem Recht die Mehrheit der von der Umsatzsteuer befreiten Investmentfonds Spezial-Investmentfonds mit institutionellen Anlegern sind. Nach der Gesetzesbegründung ist jedoch davon auszugehen, dass solche Spezial-Sondervermögen auch künftig die Umsatzsteuerbefreiung beanspruchen können sollen.

Bedauerlich ist weiterhin, dass die Anpassungen im Umsatzsteuergesetz erst zum 1. Januar 2018 wirksam werden sollen. Angesichts der durch das EuGH-Urteil belegten Europarechtswidrigkeit der aktuellen Rechtslage wäre eine schnellstmögliche Heilung geboten.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber und/oder die Finanzverwaltung Klarheit im Hinblick auf die vorstehenden Zweifelsfragen schaffen und eventuell punktuelle Nachbesserungen vornehmen.

such that the management of such AIFs is VAT-exempt. However, to strengthen the fund industry in Germany and for systematic reasons we hope that this question will be affirmed.

Another problem is that the official reasoning of the German Investment Tax Reform Act requires that AIFs must have the same types of investors like UCITS to benefit from the VAT-exemption. If this referred to retail investors this would not be covered by decisions of the ECJ. Moreover, even under current law the majority of VAT-exempt investment funds are specialized investment funds having institutional investors. However, based on the official reasoning the intention is that such specialized investment funds are nevertheless to benefit from VAT-exemption in the future.

Unfortunately, the amendments to the German VAT Act shall enter into force on 1 January 2018. Given that the law currently in force is not in line with European law the amendments should enter into force immediately.

Hopefully, the legislation and/or the tax authorities solve any of these outstanding issues and amend the law where needed.

Für weitere Fragen wenden Sie sich bitte an Ihren Partner oder einen der nachstehenden Rechtsanwälte.

Mit freundlichen Grüßen
P+P Pöllath + Partners

For further questions please do not hesitate to contact your partner or one of the attorneys-at-law listed below.

Best regards
P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners, Berlin

Uwe Bärenz
+49 (30) 25353 – 122
uwe.baerenz@pplaw.com

Amos Veith, LL.M.
+49 (30) 25353 – 124
amos.veith@pplaw.com

Dr. Philip Schwarz van Berk, LL.M.
+49 (30) 25353 – 110
philip.schwarzvanberk@pplaw.com

Ronald Buge
+49 (30) 25353 – 120
ronald.buge@pplaw.com

Dr. Jens Steinmüller, LL.M.
+49 (30) 25353 – 120
jens.steinmueller@pplaw.com

P+P Pöllath + Partners, Frankfurt

Dr. Andreas Rodin
+49 (69) 247047 – 17
andreas.rodin@pplaw.com

Patricia Volhard, LL.M.
+49 (69) 247047 – 16
patricia.volhard@pplaw.com

Dr. Peter Bujotzek
+49 (69) 247047 – 14
peter.bujotzek@pplaw.com