

Mandanteninformation Client Information

19 | 06 | 2019

■ Finale Fassung des Investmentsteuer- Anwendungserlasses veröffentlicht

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat am 21. Mai 2019 das lang erwartete Schreiben zu Anwendungsfragen zum Investmentsteuergesetz in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung (InvStG) veröffentlicht (der „**Anwendungserlass**“)¹. Der Anwendungserlass geht vor allem auf die Vorschriften für (einfache) Investmentfonds (§§ 1-24) und die Anwendungs- und Übergangsvorschriften (§ 56 InvStG) ein.

Diese Bestimmungen betreffen u.a. als Kapitalgesellschaften oder Sondervermögen strukturierte Private Equity-Fonds und -Dachfonds (im Folgenden „**Investmentfonds**“). Wir haben daher nachstehend ausgewählte, für die Private Equity-Branche wichtige, Aspekte zusammengefasst.

Zusammenfassung

- Eine Steuerfreiheit auf der Fondsebene hinsichtlich gewerblicher Einkünfte setzt nun grundsätzlich einheitlich für die Gewerbe- und Körperschaftsteuer „nur“ voraus, dass Beteiligungen nicht wesentlich aktiv unternehmerisch bewirtschaftet werden, sodass bestimmte gewerbliche Einkünfte auch für Körperschaftsteuerzwecke nicht steuerpflichtig sind.

■ Final Version of German Investment Tax Circular Published

On 21 May 2019, the German Federal Ministry of Finance (BMF) published its long-awaited circular on the German Investment Tax Act (GITA) in the version effective from 1 January 2018 (the “**Circular**”)¹. The Circular addresses in particular the provisions for (simple) investment funds (§§ 1-24) and the application and transitional provisions (§ 56 GITA).

These provisions affect, among other things, private equity funds and funds of funds organized as corporations and segregated assets (*Sondervermögen*) (hereafter “**Investment Funds**”). We have summarized selected aspects of particular relevance for the private equity sector below.

Executive Summary

- A fund-level tax exemption in relation to business income generally now “only” requires, with regard to trade tax and corporate tax alike, that there is not significant active entrepreneurial management of investments. As such, certain business income is detrimental neither for corporate tax purposes nor for trade tax purposes.

¹ BMF-Schreiben vom 21.5.2019, Gz.: IV C 1 - S 1980-1/16/10010:001.

- Der Anwendungserlass positioniert sich einheitlich zu der für Dachfonds wichtigen Frage, inwieweit Investmentfonds bei einer Beteiligung an als gewerbliche Personengesellschaften strukturierten Zielfonds der Körperschaft- bzw. Gewerbesteuer unterliegen können.
- Für die Höhe des Teilfreistellungssatzes ist es unerheblich, ob sich Investoren unmittelbar oder mittelbar über Personengesellschaften an Investmentfonds beteiligen.
- Die Möglichkeit des Nachweises der Voraussetzungen für Teilfreistellungen im Veranlagungsverfahren der Anleger soll ab 2020 eine Auflistung mit den für jeden Geschäftstag tatsächlich erreichten Quoten voraussetzen.
- Die Finanzverwaltung hält (im Einklang mit aktuellen Gesetzgebungsplänen) an ihrem Standpunkt fest, dass über Personengesellschaften gehaltene Kapitalbeteiligungen für die Gewährung einer Teilfreistellung unbeachtlich sind.
- Der Anwendungserlass lässt leider wichtige Fragen zur Besteuerung von Spezial-Investmentfonds offen.
- The Circular takes a divergent position on the important question for funds of funds of to what extent Investment Funds are subject to corporate tax and trade tax when investing in target funds structured as partnerships that are engaged in a trade or business for German tax purposes.
- Whether investors invest directly or indirectly in Investment Funds via partnerships is not relevant for the calculation of partial tax exemption rates.
- Beginning in 2020, a list of the actually attained percentages for each business day is to be required to document that the requirements have been met for partial tax exemptions in investors' assessment procedure.
- The financial authorities are adhering (in keeping with current legislative proposals) to their view that holding capital investments via partnerships does not affect whether a partial tax exemption is granted.
- Unfortunately, the Circular leaves open important questions with regard to the taxation of *Spezial-Investmentfonds*.

1. Einkünftequalifikation für Körperschaftsteuerzwecke bei Investmentfonds

Der Anwendungserlass stellt klar, dass auf der Fondsebene zu versteuernde gewerbliche Einkünfte für Körperschaftsteuerzwecke im Gleichlauf mit den gewerbesteuerlichen Regeln nur vorliegen, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände wesentlich aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

Investmentfonds gelten als Körperschaft- und Gewerbesteuersubjekte. Sachlich sind auf Fondseingangsseite aber nur bestimmte Einkünfte aus inländischen Quellen in Deutschland

1. Qualification of Investment Fund Income for Corporate Tax Purposes

The Circular clarifies that taxable business income for corporate tax purposes, tracking the rules applicable for trade tax purposes, exists at the fund level only if an Investment Fund engages in significant active entrepreneurial management of its assets.

Investment Funds are regarded as taxable entities for corporate and trade tax purposes. In fact, however, only certain income from domestic sources is taxable in Germany on the incoming fund side,

steuerpflichtig, insb. inländische Beteiligungseinnahmen wie z. B. Dividenden von deutschen Portfoliogesellschaften.

in particular investment income, such as dividends from German portfolio companies.

Auf der Fondsebene sind zudem Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb steuerpflichtig, für den eine deutsche Betriebsstätte bzw. ein ständiger Vertreter in Deutschland unterhalten wird. Für Gewerbesteuerzwecke ist ausdrückliche zusätzliche Voraussetzung der Steuerpflicht, dass der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände „in wesentlichem Umfang aktiv unternehmerisch bewirtschaftet“.

Income from a commercial enterprise maintaining a permanent establishment or permanent representative in Germany is also taxable on the fund level. An express additional requirement for tax liability for trade tax purposes is that the Investment Fund “actively entrepreneurially manages to a significant extent” its assets.

Nach diesen – gegenüber den allgemeinen einkommensteuerlichen Regelungen (wohl) großzügigeren – Kriterien führen Tätigkeiten, die z.B. einen nach allgemeinen Regeln steuerlich zu erfassenden gewerblichen Wertpapierhandel begründen, nicht zwingend zur Steuerpflicht eines Investmentfonds. Für Private Equity-Fonds kommt es maßgeblich darauf an, ob eine Beteiligung am aktiven Management von Portfoliogesellschaften erfolgt.

Under these criteria – which are (likely) more generous than the generally applicable income tax provisions – activities that would, for example, constitute taxable business securities trading under general rules will not necessarily lead to the tax liability of an Investment Fund. What will be decisive for private equity funds will be whether involvement in the active management of portfolio companies occurs.

Die Klarstellung erleichtert es Fondsmanagern, in dieser für die Steuerplanung wichtigen Frage Rechtssicherheit zu erlangen, weil für die Körperschaftsteuerliche Beurteilung insoweit nun der gleiche Maßstab gilt wie für die Gewerbesteuer.

The clarification will make it easier for fund managers to obtain legal certainty in this important tax planning area, as the same standard now applies for the determination of both corporate tax and trade tax liability.

2. Steuerpflicht von Dach-Investmentfonds

2. Tax Obligations of Investment Funds of Funds

Entgegen der erkennbaren Tendenz, einen Gleichlauf von Körperschaft- und Gewerbesteuer herstellen zu wollen, enthält der Anwendungserlass diesbezüglich uneinheitliche Aussagen zur Behandlung von Beteiligungen eines Investmentfonds an gewerblichen Personengesellschaften.

Against the discernible tendency to seek to create consistent provisions for corporate tax and trade tax, the Circular contains divergent statements here on the treatment of investments by an Investment Fund in partnerships that are engaged in a trade or business for German tax purposes.

Für Zwecke der Gewerbesteuer soll die Beteiligung eines Investmentfonds an einer gewerblich tätigen oder infizierten Personengesellschaft nicht zu einer Besteuerung des Investmentfonds führen, wenn der Investmentfonds lediglich Beratungs- und Kontrollfunktionen bzw. Kommanditisten- oder sonstige Verwaltungsrechte ausgeübt werden.

For trade tax purposes, the investment by an Investment Fund in a partnership that is actually engaged in a business activity or is “infected” with business status will not result in a taxation of the Investment Fund if the Investment Fund solely carries out advisory and control functions or exercises other administrative rights as a limited partner.

Für Zwecke der Körperschaftsteuer soll aber eine ggf. zu einer Besteuerung des Investmentfonds führende aktive unternehmerische Bewirtung bei jeder Beteiligung an gewerblichen Personengesellschaften vorliegen.

For corporate tax purposes, however, every investment in a partnership that is engaged in a trade or business for German tax purposes is to constitute an active entrepreneurial involvement that can potentially lead to tax liability of an Investment Fund.

Dies führt zu einer Reihe von für Dachfonds relevanten Folgefragen, deren Klärung durch die Finanzverwaltung wünschenswert wäre.

This prompts a series of follow-up questions relevant for funds of funds, which it is to be hoped that the financial authorities will address.

3. Teilfreistellungen bei Mitunternehmerschaften/Personengesellschaften

Für Anleger von Investmentfonds sind Erträge aus der Beteiligung an Investmentfonds u.a. dann teilweise steuerbefreit (sog. Teilfreistellung), wenn der Investmentfonds als Aktien- oder Mischfonds zu qualifizieren ist. Dafür muss der Fonds grundsätzlich gemäß seinen Anlagebedingungen fortlaufend zu einem bestimmten Anteil aus sog. Kapitalbeteiligungen, insb. Anteilen an nicht steuerbefreiten Kapitalgesellschaften, bestehen (Kapitalbeteiligungsquoten).

3. Partial Tax Exemptions for Co-Entrepreneurships (*Mitunternehmerschaften*) / Partnerships

Investors in Investment Funds can under certain circumstances receive a partial tax exemption (*Teilfreistellung*) with regard to proceeds when an Investment Fund can be classified as an equity fund (*Aktienfonds*) or mixed fund (*Mischfonds*). A requirement is that the Investment Fund be generally obligated by its investment requirements to hold a specific proportion of its assets in certain equity instruments, in particular interests in non-tax-exempt corporations, on an ongoing basis.

Die genaue Höhe der Teilfreistellung ist abhängig von der Qualifikation des Anlegers. Ist der Anleger eine natürliche Person, die ihre Investmentanteile im Betriebsvermögen hält, oder eine Körperschaft, gelten ggf. besondere (höhere) Teilfreistellungen als die „Regel-Teilfreistellung“ von 30 % (Aktienfonds) bzw. 15% (Mischfonds).

The specific rate of the partial tax exemption depends on the classification of an investor. If an investor is a natural person holding its investment interests as business property, or is a corporation, specific partial tax exemptions apply that are higher than the “general partial tax exemption” of 30% for equity funds and 15% for mixed funds.

Bislang war unklar, ob bei Personengesellschaften stets nur die „Regel-Teilfreistellung“ anwendbar ist. Dementgegen hat das BMF im Anwendungserlass klargestellt, dass sich die Höhe des anwendbaren Teilfreistellungssatzes nach den Gesellchaftern der Personengesellschaft richtet, so dass das Halten von Anteilen an Investmentfonds durch eine Personengesellschaft für die Höhe des Teilfreistellungssatzes unschädlich ist.

Whether only the “general partial tax exemption” is applicable to partnerships in all cases was previously unclear. The Federal Ministry of Finance has now clarified in the Circular that the amount of the applicable partial tax exemption rate is based on the partners of partnerships, such that holding interests in Investment Funds via a partnership will not have detrimental effects on the amount of the partial tax exemption rate.

4. Nachweis von Anlagegrenzen

Ist eine Kapitalbeteiligungsquote nicht in den Anlagebedingungen des Investmentfonds festgeschrieben, kann ein Anleger nur noch auf Antrag im Veranlagungsverfahren in den Genuss von

4. Documentation of Investment Limits

If an investment percentage in corporations is not fixed in the investment requirements of an Investment Fund, an investor can only obtain the benefits of partial tax exemptions by application in the

Teilfreistellungen gelangen, wenn er nachweisen kann, dass der Investmentfonds die relevante Kapitalbeteiligungsquote während des Geschäftsjahres tatsächlich durchgehend überschritten hat.

Als Nachweise hierfür sollen nach dem Anwendungserlass insbesondere Vermögensverzeichnisse und schriftliche Bestätigungen des Investmentfonds in Betracht kommen. Jahres- oder Halbjahresberichte seien allein nicht ausreichend.

Solche Bestätigungen des Investmentfonds ab dem 1. Januar 2020 sollen zudem eine Auflistung enthalten, in der für sämtliche Geschäftstage des betreffenden Geschäftsjahres die jeweils tatsächlich erreichten Quoten angegeben werden. Es wäre wünschenswert, wenn die Finanzverwaltung die Reichweite dieses Nachweiserfordernisses noch klarstellen würde. Unseres Erachtens sollte der Nachweis auch bei nicht geschäftstäglicher Bewertung zu erbringen sein, indem die jeweils neuesten verfügbaren Werte angesetzt werden. Angesichts der nicht geschäftstäglichen Bewertung von Beteiligungen eines Private Equity-Fonds wäre das Erfordernis schlicht nicht erfüllbar, wenn der Nachweis für jeden Geschäftstag eine neue Bewertung erfordern würde. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Finanzverwaltung hierzu positioniert.

5. Wesentliche Erschwerung einer Teilfreistellung für Dachfondsanleger

Die Finanzverwaltung hält an ihrem Standpunkt fest, dass über Personengesellschaften gehaltene Kapitalbeteiligungen für die Gewährung einer Teilfreistellung unbeachtlich sind. Dies entspricht auch der vorgesehenen gesetzlichen Regelung, wie sie sich aus dem im Mai bekannt gewordenen Referentenentwurf eines Gesetzes zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften ergibt. Dies führt zu einer nach unserem Dafürhalten systemwidrigen steuerlichen Schlechterstellung von Dach-Investmentfonds.

assessment procedure and through documentation that the Investment Fund actually continuously exceeded the relevant corporate investment percentage throughout the fiscal year.

The documentation contemplated by the Circular is to include in particular asset lists and written confirmations by an Investment Fund. Annual and semi-annual reports will not be deemed sufficient by themselves.

From 1 January 2020 onward, such confirmations by Investment Funds are also to contain a list indicating the actually attained percentages for every business day of the relevant fiscal year. It is to be hoped that the financial authorities will further clarify the scope of this documentation requirement. In our view, the documentation requirement should also be satisfied in the absence of valuations on every business day by providing the applicable latest available valuations. Given the fact that private equity funds do not value investments on each business day, the documentation requirement simply cannot be met if a new valuation were to be required each business day. It remains to be seen what position the financial authorities will take in this regard.

5. Significant Obstacles to Partial Tax Exemptions for Fund of Funds Investors

The financial authorities are adhering to their view that holding capital investments via partnerships will not affect the granting of a partial tax exemption. This also corresponds to the contemplated statutory provision contained in the Draft Law on Additional Tax Promotions of Electro-Mobility and Revisions to Other Tax Provisions released in May. In our opinion, the consequence is a systematically inconsistent tax disadvantaging of funds of Investment Funds.

6. Offene Fragen bei Spezial-Investmentfonds

Der Anwendungserlass geht noch nicht auf die §§ 25 ff. InvStG zur Besteuerung von Spezial-Investmentfonds ein. Damit bleiben weiterhin wesentliche Fragen offen, z.B. zur Erwerbbarkeit bestimmter Vermögensgegenstände gemäß § 26 Nr. 4 InvStG.

Nach dem letzten Entwurf des Anwendungserlasses sollten etwa Anteile an geschlossenen Alternativen Investmentfonds (AIF) als Wertpapiere erwerbbar sein, wenn der AIF einer Unternehmenskontrolle und der Rechtsträger den Vorschriften des Anlegerschutzes unterliegt. Wünschenswert wäre, wenn auch derlei dringliche Anwendungsfragen zeitnah durch finale Anwendungsschreiben bestätigt würden.

6. Open Questions for *Spezial-Investmentfonds*

The Circular does not yet address the provisions of §§ 25 ff. GITA on the taxation of *Spezial-Investmentfonds*. Important questions thus remain open, for example with regard to whether certain assets are permitted to be acquired pursuant to § 26 No. 4 GITA.

Under the final draft of the Circular, interests in closed-ended alternative investment funds (AIFs) are permitted to be acquired as securities if the AIF is subject to corporate governance and the legal body is subject to investor protection regulations. It is to be hoped that pressing application questions of this kind will also receive clarification through final circulars in the near future.

■ Weitere Informationen Further Information

Falls Sie Fragen zu den vorstehenden Punkten oder allgemein im Zusammenhang mit investimentsteuerrechtlichen Fragestellungen haben, stehen wir Ihnen gern jederzeit zur Verfügung.

If you have any questions regarding the above points or in general in connection with the German Investment Tax Act, we are at your disposal at any time.

■ Kontaktieren Sie uns Contact us

P+P Pöllath + Partners, Frankfurt

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

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

André Blischke
+49 (69) 247047 – 14
andre.blischke@pplaw.com

Felix Mocker
+49 (69) 247047 – 14
felix.mocker@pplaw.com

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 – 145
jens.steinmueller@pplaw.com

Tarek Mardini, LL.M.
+49 (30) 25353 – 120
tarek.mardini@pplaw.com

Über P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners ist mit 35 Partnern und insgesamt mehr als 125 Anwälten und Steuerberatern an den Standorten Berlin, Frankfurt und München tätig. Die Sozietät konzentriert sich auf High-End Transaktions- und Vermögensberatung.

P+P-Partner begleiten regelmäßig M&A-, Private Equity- und Immobilientransaktionen aller Größen. P+P Pöllath + Partners hat sich darüber hinaus eine führende Marktposition bei der Strukturierung von Private Equity- und Real Estate-Fonds sowie in der steuerlichen Beratung erarbeitet und genießt einen hervorragenden Ruf im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie in der Vermögens- und Nachfolgeplanung für Familienunternehmen und vermögende Privatpersonen.

P+P-Partner sind als Mitglieder in Aufsichts- und Beiräten bekannter Unternehmen tätig und sind regelmäßig in nationalen und internationalen Rankings als führende Experten in ihren jeweiligen Fachgebieten gelistet. Weitere Informationen, auch zu unserer pro-bono-Arbeit und den P+P-Stiftungen, finden Sie auf unserer Internetseite www.pplaw.com.

About P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners is an internationally operating law firm, whose 35 partners and more than 125 lawyers and tax advisors in Berlin, Frankfurt and Munich provide high-end legal and tax advice.

The firm focuses on transactional advice and asset management. P+P partners regularly advise on corporate/M&A, private equity and real estate transactions of all sizes. P+P has achieved a leading market position in the structuring of private equity and real estate funds and tax advice and enjoys an excellent reputation in corporate matters as well as in asset and succession planning for family businesses and high net worth individuals.

P+P partners serve as members of supervisory and advisory boards of known companies. They are regularly listed in domestic and international rankings as the leading experts in their respective areas of expertise. For more information (including on pro bono work and P+P foundations) please visit our website www.pplaw.com.