

**AN:** Mandanten  
**VON:** P+P Pöllath + Partners  
**DATUM:** 10. Dezember 2015  
**ZU:** **EuGH-Urteil (Rs. C-595/13) vom 9. Dezember 2015 zur Umsatzsteuerbefreiung für Verwaltung von Investmentvermögen**

**TO:** Clients  
**FROM:** P+P Pöllath + Partners  
**DATE:** 10 December 2015  
**RE:** **ECJ Decision (C-595/13) Dated 9 December 2015 regarding VAT Exemption for Management of Investment Funds**

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

- die Verwaltung von Immobilienfonds, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen, gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d) Nr. 6 der Richtlinie 77/388/EWG („**MwStSystRL**“) von der Umsatzsteuer befreit ist, und
- die umsatzsteuerfreie Verwaltung allerdings nicht die tatsächliche Bewirtschaftung der Immobilien umfasst.

Der erste Leitsatz hat unmittelbare Auswirkungen auch auf andere Fondstypen, einschließlich deutscher geschlossener Alternativer Investmentfonds („**AIF**“) wie z.B. Private Equity Fonds. Die unionsrechtliche Umsatzsteuerbefreiung kann auch solchen AIF zu gewähren sein.

## **I. Einzelheiten des Urteils**

Das EuGH-Urteil erging auf ein Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Rad der Niederlande („**Hooge Rad**“, Vorlageentscheidung vom 21. November 2013).

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 estate funds that are subject to specific state supervision is VAT exempt according to Article 13B(d)(6) of Directive 77/388/EWG („**VAT Directive**“) and
- the VAT exempt management does, however, not encompass the actual management of immovable property.

The first principle has immediate impact on other types of funds, including German closed-ended alternative investment funds („**AIF**“) such as private equity funds. The VAT exemption under EU law can become available also for such AIF.

## **I. Details of the Decision**

The ECJ made the decision upon a request for a preliminary ruling referred to it by the Hoge Rad of the Netherlands („**Hooge Rad**“, order for reference dated 21 November 2013).

## 1. Begriff „Sondervermögen“

Fraglich war zum einen, ob Immobilienfonds, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstehen, der Umsatzsteuerbefreiung für „die Verwaltung von durch die Mitgliedstaaten als solche definierten Sondervermögen“ gemäß Art. 13 Teil B Buchst. d) Nr. 6 MwStSystRL unterfallen. Dies bejaht der EuGH.

Ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung stellt der EuGH fest, dass die Definitionsbefugnis der Mitgliedsstaaten in Bezug auf den Begriff „Sondervermögen“ (d.h. diejenigen Investitionsvehikel, deren Verwaltung umsatzsteuerfrei ist), eingeschränkt sei durch die Ziele der MwStSystRL und den Grundsatz der steuerlichen Neutralität; Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere („**OGAW**“) seien in jedem Fall „Sondervermögen“ in diesem Sinne.

Des Weiteren müssten Investitionsvehikel als Sondervermögen qualifiziert werden, die den OGAW im Hinblick auf Wettbewerbsbedingungen und Anlegerkreis vergleichbar sind und daher mit ihnen im Wettbewerb stehen sowie einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstehen.

### a) Vergleichbarkeit mit OGAW

Eine solche Vergleichbarkeit sei gegeben, wenn ein Investitionsvehikel Kapital von mehreren Anlegern zu Investitionszwecken einsammelt und die Anleger mittels Dividenden (gemeint sind wohl allgemein Ausschüttungen) und Wertsteigerungen in den gehaltenen Fondsanteilen an dem Ertrag aus den Investitionen partizipieren. Ausdrücklich nicht maßgeblich ist nach dem EuGH die Rechts-

## 1. The term “Special Investment Fund”

It was queried, first, whether real estate funds that are subject to a specific state supervision fall within the scope of the VAT exemption for “management of investment funds as defined by Member States” according to Article 13B(d)(6) VAT Directive. The ECJ affirms this to be the case.

Based on its previous judgments the ECJ states that the Member States’ power to define the term “special investment fund” (i.e. investment vehicles the management of which is VAT exempt) is limited by the objectives of the VAT Directive and the principle of fiscal neutrality; undertakings for collective investments in transferable securities (“**UCITS**“) are in any event “special investment funds” within this meaning.

Furthermore, investment vehicles which are (i) comparable to UCITS in respect of the competition conditions and circle of targeted investors and thus potentially in competition with UCITS and (ii) subject to a specific state supervision qualify as “special investment funds” in the view of the ECJ.

### a) Comparability to UCITS

Such comparability requires that an investment vehicle raises capital from investors for investment purposes and the investors participate in the performance of the investments through dividends (i.e. distributions) and enhancement in value of the fund interests. The ECJ explicitly states that the legal form of the special investment fund, the existence or non-existence of redemption rights and

form des „Sondervermögens“, etwaige Gewährung von Rückgaberechten oder die Anlageklasse; die Anlage in Wertpapiere sei nur eine besondere Form der regulierten Anlagen.

## b) Staatliche Aufsicht

Die Definitionsbefugnis der Mitgliedsstaaten ist nach dem EuGH zusätzlich durch die Harmonisierung des Aufsichtsrechts überlagert.

OGAW und (im vorgenannten Sinn) vergleichbare Investitionsvehikel seien als „Sondervermögen“ zu qualifizieren, wenn sie einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen. Eine solche Aufsicht könne sich aus der OGAW-RL, einem anderen unionsrechtlichen Regulierungsregime oder aus nationalem Recht ergeben. Letzteres war in dem zugrundeliegenden Fall relevant, weil die in Fragestehenden Immobilienfonds keine OGAW, sondern AIF waren, und der Streitfall vor der Einführung der AIFM-RL angesiedelt war. Dass auch die AIFM-RL eine besondere staatliche Aufsicht begründet, stellt der EuGH jedoch ausdrücklich fest.

Unter staatlicher Aufsicht versteht der EuGH gemeinsame Mindestregelungen für die Zulassung, Struktur, Geschäftstätigkeit und Informationsveröffentlichungspflichten.

## 2. Begriff der Verwaltung

Zum anderen wollte der Hooge Rad wissen, ob die tatsächliche Bewirtschaftung von Immobilien unter den Begriff „Verwaltung“ fällt.

Dies verneint der EuGH unter Hinweis auf seine

the asset class are not decisive in this context; investments in transferable securities are only one particular form of regulated investment.

## b) State Supervision

According to the ECJ, the discretion of the Member States regarding the definition of the term “special investment funds” is further superseded by the European harmonization of investment regulatory law.

UCITS and comparable investment vehicles qualify as “special investment funds” if they are subject to a specific state supervision. Such supervision can arise from the UCITS Directive, another European regulatory regime or from national law. The latter aspect was relevant to the case at hand because it related to real estate funds (i.e. not UCITS, but AIFs) and to a period prior to the introduction of the AIFMD. The ECJ explicitly states, however, that the AIFMD constitutes a specific state supervision as well.

According to the ECJ, specific state supervision means that there must be common basic rules for authorization, structure, activities and duties to publish certain information.

## 2. The term “Management”

Furthermore, the Hooge Rad raised the question of whether the actual management of immovable property falls under the term “management”.

The ECJ states that it does not, referring to its

bisherige Rechtsprechung, wonach unter „Verwaltung“ Dienstleistungen anzusehen sind, die ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes bilden und für die Verwaltung von Sondervermögen spezifisch und wesentlich sind, d.h. im Zusammenhang mit der Anlage der beschafften Gelder auf gemeinsame Rechnung der Anleger stehen. Die tatsächliche Bewirtschaftung von Immobilien sei nicht spezifisch in diesem Sinne.

Der zweite Leitsatz ist relevant für den Umfang der Umsatzsteuerbefreiung von Dienstleistungen, die Immobilienfonds in Anspruch nehmen. Er deckt sich nach unserer Erfahrung mit der bisherigen Praxis.

## II. 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 lit. h UStG) ist nur die Verwaltung von Investmentfonds im Sinne des Investmentsteuergesetzes (d.h. im Wesentlichen OGAW oder offene Immobilienfonds) umsatzsteuerfrei.

### 1. Umsatzsteuerbefreiung für geschlossene AIF

Aus dem aktuellen EuGH-Urteil folgt, dass auch geschlossene AIF, die der Regulierung gemäß

previous judgments pursuant to which “management” covers services that form a distinct whole and that are specific to, and essential for, the management of special investment funds, i.e. are related to the investment of the funded capital on account of the investors. The actual management of the immovable property is not regarded as specific within such meaning.

The latter principle is relevant for the scope of the VAT exemption for services used by real estate funds. Based on our experience, we would view the principle as coterminous with the existing practice.

## II. 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 defined 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 (i.e. basically UCITS and open-ended real estate funds).

### 1. VAT Exemption for Closed-Ended AIFs

Based on the ECJ’s reasoning, closed-ended AIF that are subject to the regulation under the Ger-

KAGB (d.h. dem AIFM-RL-Umsetzungsgesetz) unterliegen, zwingend als „Sondervermögen“ anzusehen sind, d.h. unter die Umsatzsteuerbefreiung fallen. Gleiches muss für AIF und AIFM gelten, die gemäß der EuVECA-VO (d.h. einem separaten, umfangreichen Aufsichtsregime) reguliert sind.

Fraglich könnte allenfalls sein, ob auch sog. kleine Spezial-AIFM und „Mini“-Publikums-AIFM gemäß (§ 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.

Dies ist nach unserer vorläufigen Beurteilung zu bejahen, weil auch für solche AIF – wie vom EuGH vorausgesetzt – Mindestregelungen für die Zulassung, Struktur, Geschäftstätigkeit und Informationsveröffentlichungspflichten gelten. So müssen sich solche AIF oder AIFM bei der BaFin registrieren und die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen (Qualifikation als Spezial-AIF und/oder Berechnung von bestimmten Schwellenwerten) einhalten sowie deren Einhaltung überwachen, sie müssen eine bestimmte Rechtsform und bestimmte weitere Strukturmerkmale (z.B. keine Nachschusspflicht) aufweisen, sie müssen bestimmte Vertriebsvorschriften beachten und schließlich obliegen ihnen Berichtspflichten gegenüber der BaFin.

Erst recht unterliegen sog. kleine Publikums-AIFM (§ 2 Abs. 5 KAGB), für die neben den vorgenannten Anforderungen weitere Vorgaben gemäß KAGB gelten (Verwahrstellenerfordernis, eine Produktregulierung, das Gebot von Risikodiversifizierung etc.), einer besonderen staatlichen Auf-

man Capital Investment Act (i.e. the German AIFM law) must be classified as “special investment funds”, i.e. 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).

The only question that could be raised is whether so-called sub-threshold special AIFMs and “mini” retail AIFMs (Sec. 2 (4) and (4a) German Capital Investment Act) and sub-threshold AIFMs managing retail AIFs (Sec. 2 (5) German Capital Investment Act) are subject to a specific state supervision, such that their management would be VAT exempt.

In our preliminary assessment, the answer is yes, since those AIFs are – as required by the ECJ – subject to common basic rules for authorization, structure, activities and duties to publish certain information. These AIFs or AIFMs must register with the German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin), comply with the requirements relevant for such registration (i.e. qualification as a special AIF and/or calculation of certain thresholds), and oversee such compliance; they must have a certain legal form and be characterized by certain additional structural features (such as the absence of any obligation to make additional capital contributions); they must comply with certain marketing rules; and lastly they have reporting obligations vis-à-vis the BaFin.

This is all the more true for sub-threshold AIFMs managing retail AIFs (Sec. 2 (5) German Capital Investment Act). In addition to the above, they are subject to further requirements pursuant to the German Capital Investment Act (depository, product regulation, risk diversification etc.), i.e., are

sicht und sollte ihre Verwaltung daher umsatzsteuerfrei sein.

## 2. Anpassungsbedarf im deutschen Recht

Die Beschränkung der Umsatzsteuerbefreiung auf Investmentfonds im Sinne des Investmentsteuergesetzes ist nach unserer Beurteilung nicht mit dem aktuellen EuGH-Urteil vereinbar und verletzt europäisches Recht. Dies gilt in besonderer Deutlichkeit für AIF oder AIFM, die der vollen Regulierung nach KAGB unterliegen, sowie für EuVECA-Fonds.

Es obliegt dem deutschen Gesetzgeber, die Vorgaben des aktuellen EuGH-Urteils zeitnah umzusetzen, d.h. die derzeit nur für die Verwaltung von Investmentfonds vorgesehene Umsatzsteuerbefreiung auf die vorgenannten AIF zu erstrecken. Es ist zu hoffen, dass dies kurzfristig erfolgt.

Bis dahin kann es sich für bestimmte AIF oder AIFM empfehlen, Umsatzsteuerbescheide nicht bestandskräftig werden zu lassen (d.h. Rechtsmittel einzulegen) und sich unmittelbar auf Art. 13 Teil B Buchst. d) Nr. 6 MwStSystRL zu berufen.

\*\*\*

Bei Fragen können Sie jederzeit gern die nachstehend aufgeführten Anwälte kontaktieren.

### **P+P Pöllath + Partners, Frankfurt**

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

subject of a specific state supervision. Thus, management of such retail AIFs should be exempt from VAT.

## 2. Need for Adaptation of German Law

The limitation of the VAT exemption to investment funds under the German Investment Tax Act is in our view inconsistent with the new ECJ decision, and thus violates European law. This is particularly evident in the context of AIFs that are subject to the full scope of authorization under the German Capital Investment Act and of EuVECA funds.

It is the responsibility of the German legislature to implement the criteria of the new ECJ ruling into national law, i.e. to extend the VAT exemption for management of investment funds to the aforementioned AIFs. It is to be hoped that this will occur in the near future.

Until then, it may be advisable for certain AIFs or AIFMs to ensure that VAT assessments do not become non-appealable (i.e. to lodge an appeal) and as applicable to make direct reference to Article 13B(d)(6) VAT Directive.

\*\*\*

For further questions, please do not hesitate to contact one of the lawyers listed below.

### **P+P Pöllath + Partners, Berlin**

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

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

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

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

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

Ronald Buge  
+49 (30) 25353 – 124  
[ronald.buge@pplaw.com](mailto:ronald.buge@pplaw.com)