

BAI-Stellungnahme zum Disk-E eines Gesetzes zur Förderung von Investitionen von Investmentfonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur (InfrastrukturFörderG)

GZ: IV C 1 - S 1980-1/23/10003 :003

DOK 2024/0322687

I. Vorbemerkung:

Der Bundesverband Alternative Investments e.V. (BAI) begrüßt den Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Finanzen zur Förderung von Investitionen von Investmentfonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur (nachfolgend InfrastrukturFörderG). Wiederholt hat der BAI darauf hingewiesen, dass die nachhaltige Transformation bzw. die Energiewende nicht ohne die Fondsbranche und die dahinterstehenden institutionellen, aber auch privaten Investoren zu finanzieren ist¹. Die KfW beziffert in ihrem Klimabarometer 2023² den Finanzbedarf, um das gesetzlich verankerte Ziel der Klimaneutralität in Deutschland bis 2045 zu erreichen, auf rund fünf Billionen Euro, was einem jährlichen Investitionsbedarf von durchschnittlich gut 190 Milliarden Euro entspricht – rund fünf Prozent des deutschen Bruttoinlandsprodukts. Weiter führt die KfW aus, dass ein Großteil dieser Investitionen – rund 60 Prozent – nicht von der öffentlichen Hand getragen werden kann. Der finanzielle Handlungsspielraum auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene ist massiv eingeschränkt – nicht nur durch die Schuldenbremse. Naheliegend und folgerichtig ist daher die Beteiligung sowohl von institutionellen Investoren, also vor allem Versicherungsunternehmen, Pensionskassen und Versorgungswerken, aber auch von Privatanlegern. Als Intermediäre und Treuhänder für beide Anlegergruppen fungieren wiederum insbesondere (alternative) Investmentfonds und spezialisierte Asset Manager in den Sektoren Infrastruktur und Erneuerbare Energien.

In unserer Stellungnahme zum ZuFinG³ haben wir nachdrücklich dafür geworben, dass **Regulatorik und Steuerregime, und zwar sowohl für Fonds, aber auch die dahinterstehenden Investoren, dringend angepasst und synchronisiert werden müssen, eben damit entsprechende zukunftssichernde Investitionen – nicht nur im Infrastruktursektor – in dem notwendigen und gewünschten Umfang erfolgen.** Unsere Petita richteten sich daher explizit zum einen auf weitere, über die im damaligen Entwurf vorgesehenen Änderungen im Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), zum anderen auf korrespondierende Regelungen im Investmentsteuerrecht (InvStG), und darüber hinaus auf die Verordnung über die Anlage des Sicherungsvermögens von Pensionskassen, Sterbekassen und kleinen Versicherungsunternehmen (AnIV).

Die nun durch den Disk-E vorgeschlagenen Änderungen insbesondere im InvStG führen zu einem **deutlich verbesserten Gleichlauf mit dem Aufsichtsrecht**, so dass den Anlagemöglichkeiten gem. KAGB im InvStG auch für Spezial-Investmentfonds Rechnung getragen wird. Dies ist eine Grundvoraussetzung, damit

¹ https://www.bvai.de/fileadmin/Veroeffentlichungen/Presse/Der_BAI_in_den_Medien/Fondsbranche_ist_gefragt.pdf,
https://www.bvai.de/fileadmin/Veroeffentlichungen/Presse/Der_BAI_in_den_Medien/BAI_Gastbeitrag.pdf,
<https://background.tagesspiegel.de/sustainable-finance/neue-finanzierungsmodelle-fuer-energiewende>

² <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-KfW-Klimabarometer/KfW-Klimabarometer-2023.pdf>

³ https://www.bvai.de/fileadmin/Recht/Stellungnahmen/BAI_Stellungnahme_Ref-E-ZuFinG.pdf

erhebliche Kapitalmittel der Fondsbranche in stärkerem Umfang für Infrastrukturinvestitionen nutzbar gemacht werden. Und genau dies ist ja erklärtes Ziel des zur Konsultation gestellten Diskussionsentwurfs.

Ob deutsche bzw. ausländische Investoren nunmehr entsprechende Investitionen in Infrastruktur bzw. Erneuerbare Energien in Deutschland tätigen, hängt maßgeblich aber auch von weiteren Faktoren ab, die wir hier kurz skizzieren möchten und die ergänzend zu diesem Gesetzgebungsverfahren behandelt werden sollten:

- a) **Infrastrukturprojektpipeline:** Im BAI Investor Survey 2023, an dem über 100 institutionelle Investoren, die zusammen rund 2,4 Billionen EUR AuM verwalten, teilgenommen haben, wurde bemängelt, dass es in Deutschland derzeit zu wenig – investierbare - Infrastrukturprojekte gibt⁴. Mit anderen Worten, auf kommunaler, Länder-, bzw. Bundesebene müssen entsprechende Infrastrukturprojekte, die von Fonds bzw. den dahinterstehenden Investoren finanziert werden sollen, erst einmal entwickelt, gebündelt und „finanzierungsfähig“ gemacht werden. Es bedarf u.E. einer entsprechenden Infrastrukturprojektgesellschaft, in die auch staatliche Infrastrukturprojekte eingebracht und gebündelt werden, so dass eine Standardisierung und vor allem Skalierbarkeit erreicht wird; gleichzeitig können über diese Projektgesellschaft öffentliche Hand und private Investoren gemeinsam investieren. Der Sustainable Finance Beirat hatte Anfang des Jahres selbst ein solches kooperatives Finanzierungsmodell vorgeschlagen⁵, ebenso nunmehr BDEW und VKU mit dem sog. Energiewende-Fonds⁶. Diese Thematik sollte daher auch politisch weiter vorangetrieben und unterstützt werden.
- b) **Anpassung des regulatorischen Investitionsrahmens für Investoren:** Neben den Änderungen im Fondsaufsichtsrecht (KAGB) und der Fondsbesteuerung (InvStG) sollte zeitnah auch das Aufsichtsrecht der Investoren, vornehmlich die Anlageverordnung (AnIV), angepasst werden, um auch hier eine Synchronisation zu erreichen. Bislang findet die Anlageklasse Infrastruktur keine eigene Würdigung in der AnIV, was wiederum für Investoren in der Praxis zu Fragen bzw. Problemen in Bezug auf die Investierbarkeit führt. Auch ist die sog. Risikokapitalquote der AnIV bei vielen Investoren weitgehend ausgeschöpft, so dass zusätzliche Gelder im Bereich Infrastruktur/Erneuerbare Energien nicht ohne weiteres investiert werden können. Der BAI hat daher wiederholt vorgeschlagen, dass in der AnIV eine eigene Infrastrukturquote implementiert wird, die entweder außerhalb der Risikokapitalquote aufgesetzt wird und somit dezidierte Investitionen zulässt, oder zukünftig als Teil der Risikokapitalquote geführt wird, wobei diese dann aber entsprechend zu erhöhen wäre. Wir erachten eine eigenständige Infrastrukturquote von 7,5% für angemessen, die zudem mit Blick auf das Risikoprofil von Infrastrukturanlagen außerhalb der Risikokapitalquote aufgesetzt werden könnte. Gem. Koalitionsvertrag ist eine Änderung der AnIV ja ohnehin angedacht, so dass auch dieser Aspekt im Rahmen der Zulassung von renditestarken Anlagemöglichkeiten erfasst werden sollte.
- c) **Renditebenchmarking:** Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Investoren immer auch dezidierte Renditeziele für ihre Anleger, Versicherungsnehmer, Versorgungsempfänger, etc. verfolgen

⁴ [BAI Investor Survey 23.pdf \(bvai.de\)](#), S. 16

⁵ [SFB Nachhaltige-Infrastruktur Transformationsfinanzierung.pdf \(sustainable-finance-beirat.de\)](#)

⁶ [Konzeptpapier: BDEW, VKU und Deloitte stellen Energiewende-Fonds vor: VKU](#)

(müssen). Die strategische und taktische Assetallokation wird auf Portfolio und Einzelassetebene danach ausgerichtet. Dies gilt selbstverständlich auch für die Fonds-/Assetklassenselektion. Nicht ohne Grund beträgt der Anteil alternativer Investments im Portfolio deutscher institutioneller Investoren im Durchschnitt mittlerweile rund 25%, wie ebenfalls im BAI Investor Survey 2023 nachzulesen ist. Stellt also zB ein Luxemburger Fonds, der vornehmlich außerhalb Deutschlands investiert, eine höhere Rendite in Aussicht, eben weil dort u.a. die Gesamtsteuerlast ggü. Deutschland geringer ist, wird möglicherweise dieser Fonds mit diesen Zielmärkten ggü. einem deutschen Fonds mit dem Anlageschwerpunkt Deutschland, der eine geringere Rendite erwirtschaftet bzw. in Aussicht stellt, bevorzugt. In dem bereits erwähnten gemeinsamen Positionspapier „Kapital für die Energiewende – Die EWF-Option“ von bdeW, VKU und Deloitte heißt es ausdrücklich: **„Das Grundproblem ist jedoch, dass viele der deutschen Energiewendeprojekte aus Sicht der privaten Kapitalgeber kein ausreichend attraktives Risiko-Rendite-Profil besitzen“** und weiter, dass **„konkurrierende Geldanlagen daher oft bessere Renditen bei geringeren Risiken [versprechen]“**.⁷ Weiter heißt es: **„Erneuerbare Energien und Energie-Infrastrukturen in Deutschland sind tendenziell hoch reguliert, hoch bürokratisch und teilweise weniger profitabel – und damit für Investoren nicht in jedem Fall attraktiv“**.⁸

Diese sehr deutlichen Aussagen in dem Positionspapier sollten Anlass geben zu prüfen, ob Maßnahmen ergriffen werden können, damit deutsche Infrastruktur mindestens ebenso attraktiv für Investoren wird, wie Infrastrukturprojekte in anderen Ländern, so dass auch wettbewerbsfähige Renditen erzielt werden können. In dem Konzeptpapier werden aus Sicht der Energiewirtschaft neben regulatorischen Aspekten (Stichwort Einspeisevergütung) auch steuerliche Aspekte (Stichwort Körperschaftssteuerbelastung) angesprochen, so dass auch diese Punkte flankierend diskutiert werden sollten. Auch ausländische Investoren werden übrigens genau diesen Renditevergleich anstellen bei der Frage, zum einen, ob in einen deutschen Fonds, zum anderen, ob in deutsche Infrastruktur investiert wird.

Im Hinblick auf die Zielsetzung des Diskussionsentwurfes ist daher zu konstatieren, dass auch diese übergeordneten Aspekte mitunter maßgeblichen Einfluss darauf haben, ob mit diesem Gesetz tatsächlich die gewünschten Investitionen in deutsche Infrastrukturprojekte und Erneuerbare Energien freigesetzt werden. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Bundesregierung Deutschland als einen führenden Sustainable Finance Standort etablieren möchte, sollten diese übergeordneten Aspekte auch flankierende zum InfrastrukturförderG diskutiert und berücksichtigt werden.

⁷ [Konzeptpapier: BDEW, VKU und Deloitte stellen Energiewende-Fonds vor: VKU](#) S. 9

⁸ Ebenda S. 14

II. Anmerkungen und Petita zum Disk-E:

A) Artikel 1: Änderung des InvStG

1. Klarstellung zu § 6 Abs. 5a Satz 2 InvStG-E zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen bei unmittelbarer und mittelbarer Einkünfteerzielung und von inländischen und ausländischen Fonds

Nach §6 Abs. 5 Satz 3 InvStG-E sollen – abweichend von der bisherigen Rechtslage – inländische Beteiligungseinnahmen und inländische Immobilienerträge der Besteuerung als sonstige inländische Einkünfte unterliegen, wenn sie zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG gehören. Das entspricht im Grundsatz der Rechtslage im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 49 Abs. 1 EStG, wonach Kapitaleinkünfte und Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung subsidiär gegenüber den Einkünften aus Gewerbebetrieb sind, wenn sie in einer inländischen Betriebsstätte anfallen.

Investmentsteuerlich ist jedoch der Begriff des Gewerbebetriebs durch den Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ersetzt (derzeit § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG, nach dem DiskE inhaltlich unverändert in § 6 Abs. 5a Satz 1 InvStG-E). Sonstige Einkünfte i. S. v. § 6 Abs. 5 Satz 1 InvStG-E i. V. m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a EStG liegen wegen der Regelung in § 6 Abs. 5a Satz 1 InvStG-E (bzw. derzeit § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG) nur vor, wenn der Investmentfonds seine Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet und dafür eine Betriebsstätte im Inland unterhält. Liegt hingegen eine gewerbliche Tätigkeit i. S. v. § 15 Abs. 2 EStG vor, die (noch) keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung darstellt (vgl. Investmentsteuer-Erlass, Rn. 15.8 zum Verhältnis der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung zum allgemeinen Begriff des Gewerbebetriebs), liegen – sowohl nach bisheriger Rechtslage als auch nach dem DiskE – keine sonstigen Einkünfte i. S. v. § 6 Abs. 5 Satz 1 InvStG-E (bzw. derzeit § 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 InvStG) vor.

Ausweislich der Begründung soll die Neuregelung in § 6 Abs. 5 Satz 3 InvStG-E vor allem Fälle erfassen, in denen inländische Beteiligungseinnahmen oder inländische Immobilienerträge mittelbar über eine gewerblich tätige, gewerblich infizierte oder gewerblich geprägte Personengesellschaft bezogen werden. Flankierend bestimmt § 6 Abs. 5a Satz 2 InvStG-E, dass die Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft stets aktive unternehmerische Bewirtschaftung sein soll.

Nach unserer Auffassung geht die Neuregelung zu weit.

Zum einen ergibt sich ein Wertungswiderspruch, wenn auf Ebene der Mitunternehmerschaft zwar ein Gewerbebetrieb i. S. v. § 15 Abs. 2 EStG vorliegt, jedoch keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände erfolgt. Würde der Investmentfonds die betreffenden Einkünfte unmittelbar erzielen, lägen keine sonstigen Einkünfte i. S. v. § 6 Abs. 5 Satz 1 InvStG-E vor. Namentlich bei gewerblich geprägten Personengesellschaften, die bereits definitionsgemäß keine gewerbliche Tätigkeit ausüben (vgl. den Einleitungssatz von § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG), sowie bei gewerblich infizierten Personengesellschaften, soweit sie vermögensverwaltend tätig sind, liegt keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vor. Der Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ist vielmehr tätigkeitsbezogen ausgestaltet, so dass die bloßen Fiktionen in § 15 Abs. 3 EStG nicht dazu geeignet sind, eine abweichende Beurteilung gegenüber der unmittelbaren Einkünfteerzielung auf Ebene des Investmentfonds zu begründen. Zwar liegen auch in diesen Fällen (fiktiv) Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko vor. Sie können aber gerade keine

aktive unternehmerische Bewirtschaftung indizieren, wenn und soweit keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung auf Ebene der (fiktiven) Mitunternehmerschaft vorliegt.

Zum anderen würde die geplante Neuregelung zu einer Schlechterbehandlung von inländischen Investmentfonds im Vergleich zu ausländischen Investmentfonds führen. Denn für die ausländischen Investmentfonds geht die geplante Neuregelung bei Beteiligungen an gewerblich geprägten Personengesellschaften sowie bei gewerblich infizierten Personengesellschaften aufgrund ihrer Abkommensberechtigung ins Leere. Es ist anerkannt, dass die bloße gewerbliche Prägung einer Personengesellschaft und die gewerbliche Infektion einer Personengesellschaft, soweit sie deren vermögensverwaltenden Bereich betrifft, kein Unternehmen im Abkommenssinne (Art. 7 OECD-MA) darstellt (vgl. Tz. 2.3.1 und 2.3.3 des BMF-Schreibens vom 26. September 2014, BStBl. I 2014, 1258). Deutschland hat daher gegenüber ausländischen Investmentfonds insoweit kein Besteuerungsrecht.

Wir regen daher an, den Wortlaut des § 6 Abs. 5a Satz 2 InvStG wie folgt zu fassen:

„Bei der Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft ist von Einkünften nach § 49 Absatz 1 Nummer 2 des Einkommensteuergesetzes nur auszugehen, soweit die Mitunternehmerschaft ihre Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.“

Begründung:

Die vorgeschlagene Formulierung vermeidet den vorstehend dargestellten Wertungswiderspruch bzw. die vorstehend dargestellte Ungleichbehandlung. Vielmehr wird ein Gleichlauf zwischen unmittelbarer und mittelbarer Einkünfteerzielung über Mitunternehmerschaften erreicht. Ferner kommt es – ebenso wie nach dem DiskE – für Zwecke der Körperschaftsteuer nicht darauf an, ob der Investmentfonds die Anteile an der Mitunternehmerschaft aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, liegen gleichwohl sonstige Einkünfte i. S. v. § 6 Abs. 5 Satz 1 InvStG-E vor, wenn die Mitunternehmerschaft ihre Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

Zum anderen wird auch das deutsche Besteuerungsrecht gesichert. Da die aktive unternehmerische Bewirtschaftung tätigkeitsbezogen zu verstehen ist und stets auch eine gewerbliche Tätigkeit i. S. v. § 15 Abs. 2 EStG darstellt, liegt zugleich ein Unternehmen im Abkommenssinne (Art. 7 OECD-MA) vor. In- und ausländische Investmentfonds werden somit gleichbehandelt, was nicht zuletzt auch unter Wettbewerbsgesichtspunkten von entscheidender Bedeutung ist.

Auch verfahrensrechtlich sollte dies unproblematisch abzubilden sein. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit der Beteiligung von gemeinnützigen Körperschaften an gewerblich geprägten Personengesellschaften (vgl. dazu BFH vom 25. Mai 2011 – I R 60/10, BStBl. II 2011, 858 mit Hinweisen zur verfahrensrechtlichen Behandlung in Rn. 14 f.).

2. Ergänzung des § 6 Abs. 5a InvStG-E um eine Klarstellung in Bezug auf das Halten von Kapitalgesellschaftsanteilen:

Einfügung eines neuen S. 3:

„Bei der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft liegt keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vor, es sei denn, die Beteiligung wird mit der Absicht erworben, nach einer kurzfristigen Haltedauer Veräußerungsgewinne zu erzielen.“

Begründung:

Die KVG ist Treuhänderin für ihre Anleger bei der Verwaltung von Investmentvermögen. Bei Beteiligungen an Infrastrukturgesellschaften ist aus der Natur der Assetklasse, aber auch aus der Natur der Beteiligung an einer (Kapital- bzw. Personen-) Gesellschaft) eine gewisse Einflussnahme unabdingbar, die insbesondere über Einsichts- und Prüfrechte hinaus geht und bspw. auch ein Direktionsrecht erfordert. Nimmt die Kapitalverwaltungsgesellschaft zur Wahrung der Interessen der Anleger Einfluss auf den Entscheidungs- und Verantwortungsbereich einer Zielgesellschaft, ist diese Ausübung der Fondsverwaltung als originäre Aufgabe der Kapitalverwaltungsgesellschaft keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung.

Im Rahmen des § 15 InvStG stellt der Diskussionsentwurf klar, dass die beschriebene Einflussnahme in Bezug auf bestimmte Gesellschaften keine auB begründet. Aus Gründen der Rechtssicherheit besteht dieses Klarstellungsbedürfnis auch in Bezug auf die Körperschaftsteuer. Wenn eine solche Einflussnahme zu einer auB führen würde, käme es nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht bei einer Beteiligung an einer ausländischen Kapitalgesellschaft zu einer Besteuerung z.B. von ausländischen Dividenden auf der Fondsebene (vgl. BeckOnline-Kommentar, InvStG, § 6 Rn. Rn. 207). Dies würde deutsche Investmentfonds gegenüber ausländischen Investmentfonds benachteiligen, da bei diesen in derselben Konstellation keine Körperschaftsteuer anfallen würde. Durch die beabsichtigten Änderungen der §§ 6 Abs. 5 S. 3, 8, 10, 30 und 33 Abs. 4 InvStG würde auch systematisch nicht gerechtfertigte zusätzliche Körperschaftsteuer anfallen, wenn der Investmentfonds Anteile eine inländische Kapitalgesellschaft hält.

Gleichzeitig könnten die vorstehenden Regelungen auch relevant werden, wenn ein Investmentfonds sich an einer **körperschaftlich verfassten Portfoliogesellschaft iSd § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG** beteiligt und diese **aktiv unternehmerisch bewirtschaftet** (z.B. durch punktuelle Eingriffe in die Geschäftsführung im Rahmen des Risikomanagements).

In diesem Fall ist die aktive unternehmerische Bewirtschaftung nach dem Regelungskonzept des Diskussionsentwurfs nur für die Gewerbesteuerbefreiung unschädlich; hingegen führt sie bei Begründung einer inländischen Betriebstätte zu einer Körperschaftsteuerpflicht auf Fondsebene sowohl für Ausschüttungen als auch für Veräußerungsgewinne im Hinblick auf die Portfoliogesellschaft. Ob dies unter dem im Diskussionsentwurf mehrfach betonten Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit Unternehmen aus dem Energiesektor gerechtfertigt ist, ist unseres Erachtens zweifelhaft. Die Portfoliogesellschaft dürfte ihrerseits bereits der Körperschaft- und Gewerbesteuer (bzw. einer entsprechenden ausländischen Steuer) unterliegen und für ein Unternehmen sind entsprechende Erträge aus Tochtergesellschaften in der Regel nach § 8b KStG privilegiert. Daher ist eine weitere Anpassung insbesondere im Hinblick auf die Beteiligung an körperschaftlich verfassten Portfoliogesellschaften iSv § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG-DiskE erforderlich, um die steuerlichen Rahmenbedingungen für die Beteiligung von Fonds an solchen Gesellschaften angemessen auszugestalten.

3. Einfügung von § 15 Abs. 2 Satz 3 InvStG

§ 15 Abs. 2 InvStG Disk-E ist um einen Satz 3 zu ergänzen:

„§ 6 Absatz 5a Satz 2 ist für Zwecke des Satz 1 Nummer 2 bei der Beteiligung des Investmentfonds an einer Mitunternehmerschaft nicht anzuwenden, wenn der Investmentfonds lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen, Kommanditistenrechte oder sonstige Verwaltungsrechte ausübt.“

Begründung:

Hierbei handelt es sich um eine Folgeänderung zu § 6 Absatz 5a Satz 2 InvStG-Disk-E, um sicherzustellen, dass die bisherige gewerbsteuerliche Behandlung des Investmentfonds bei Beteiligungen an Mitunternehmerschaften im Einklang mit der Verwaltungsauffassung erhalten bleibt.

Bisher geht die Finanzverwaltung davon aus, dass bei der Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft für Zwecke des § 6 Absatz 5 InvStG eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung gegeben ist, so dass der Investmentfonds bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen von § 49 Absatz 1 Nummer 2 EStG (insb. Zuordnung zu inländischer Betriebstätte) sonstige inländische Einkünfte im Sinne von § 6 Abs. 5 Satz 1 Nummer 1 EStG bezieht. Demgegenüber liegt nach Auffassung der Finanzverwaltung bei der Beteiligung eines Investmentfonds an einer originär gewerblichen oder gewerblich infizierten Personengesellschaft keine aktive unternehmerische Beteiligung für Zwecke des § 15 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 InvStG vor, wenn lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen (z. B. Entsendung von Vertretern der Kapitalverwaltungsgesellschaft in ein Aufsichtsgremium), Kommanditistenrechte oder sonstige Verwaltungsrechte ausgeübt werden (Rz. 15.39 des BMF-Schreibens zum InvStG). Erst wenn Vertreter des Investmentfonds in die unternehmerischen Entscheidungen der Mitunternehmerschaft eingreifen, soll danach die Grenze zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung überschritten werden.

Indem § 6 Absatz 5a Satz 2 InvStG-Disk-E nunmehr gesetzlich regelt, dass die Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft stets zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung führt (siehe dazu allerdings unser Petikum zu § 6 Abs. 5a Satz 2 InvStG-E unter [...]), besteht das Risiko, dass dies angesichts desselben Tatbestandsmerkmals auch für Gewerbesteuerzwecke zu beachten ist und dadurch die bewährte Verwaltungsauffassung zu § 15 Abs. 2 InvStG verdrängt wird.

Die bisher praktizierte unterschiedliche Anwendung des Merkmals „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ für Körperschaftsteuerzwecke (§ 6 Absatz 5 InvStG) einerseits und Gewerbesteuerzwecke (§ 15 Absatz 2 InvStG) andererseits, ist beizubehalten. Sie ist steuersystematisch gerechtfertigt, da die Mitunternehmerschaft ihrerseits bereits Gewerbesteuersubjekt ist, jedoch nicht der Körperschaftsteuer unterliegt. Zudem wird dadurch administrativer Aufwand seitens der Finanzverwaltung und des Investmentfonds reduziert. Bei einer Beteiligung an Mitunternehmerschaften, die auf die Ausübung der in Rz. 15.39 beschriebenen Rechte beschränkt ist, bleibt es bei der Gewerbesteuerbefreiung, so dass kein zusätzlicher gewerbsteuerlicher Erklärungsaufwand entsteht (s. § 14a GewStG). Von einem relevanten Gewerbesteuerausfall ist ebenfalls nicht auszugehen, da die Einkünfte aus der Mitunternehmerschaft nach § 9 Nummer 2 GewStG grundsätzlich aus dem Gewerbeertrag des Investmentfonds zu kürzen sind. Zudem wird eine nicht gerechtfertigte doppelte Gewerbesteuerbelastung (auf Ebene der Mitunternehmerschaft und des Investmentfonds) in Fällen, in denen die Kürzung ausnahmsweise nicht zur Anwendung kommt, vermieden.

4. Klarstellungen in § 26 Nr. 7a S. 2 InvStG

- a) Wir regen an, den § 26 Nr. 7a S. 2 InvStG dahingehend anzupassen, dass alle Einnahmen, die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien stehen und aus dem Betrieb von Anlagen zur Erzeugung, Umwandlung, Transport oder Speicherung von Strom, Gas oder Wärme aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nummer 21 des EEG oder aus dem Betrieb von Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder Elektrofahräder stammen, für die Zwecke des Satzes 1 unberücksichtigt bleiben.

Die im Disk-E vorgeschlagene Neuregelung sieht vor, dass Spezial-Investmentfonds künftig ohne weitere Einschränkungen Einnahmen aus der Erzeugung von Strom aus EEG-Anlagen im Zusammenhang mit der Immobilienverwaltung erzielen dürfen sollen. Die bisherige Begrenzung dieser Einnahmen auf 20 % der Gesamteinnahmen entfällt.

Unseres Erachtens lässt der Diskussionsentwurf die Frage unbeantwortet, weshalb zukünftig die Beteiligung an EEG-Gesellschaften und die unmittelbare Erzielung von Einkünften nicht gänzlich gleichgestellt werden. Denn während EEG-Gesellschaften (auch steuerlich) Einnahmen sowohl aus der Stromerzeugung, dem Transport, der Umwandlung sowie der Speicherung von Strom, Gas sowie Wärme aus erneuerbaren Energien ermöglicht wird, beschränkt sich die Privilegierung in § 26 Nr. 7a S. 2 InvStG-E weiterhin lediglich auf die Erzeugung von Strom sowie dessen Transport im Zusammenhang mit der Vermietung von Immobilien. Dieses Ergebnis kann u.E. nicht beabsichtigt sein. Daher ist hier eine entsprechende Anpassung erforderlich. Dies führt nach dem Diskussionsentwurf auch zu keinen ungewollten steuerlichen Folgen, denn die Einnahmen würde zukünftig sowohl der Körperschaftsteuer als auch der Gewerbesteuer unterliegen. Die Regelung bewirkt lediglich, dass es zu keinem Statusverlust des Spezial-Investmentfonds kommt.

- b) Ebenso sollte klargestellt werden, dass die Formulierung „Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom, **die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien** stehen...“ nicht dahingehend zu verstehen ist, dass die Lieferung oder Bereitstellung ausschließlich oder ganz überwiegend an die Mieter der Immobilie erfolgen muss, so aber wohl Haug in seinem Aufsatz in der FR 2023, 208.

Bspw. muss auch bei Einnahmen aus der Stromlieferung an Dritte (z.B. Stadtwerke) der Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilie bejaht werden, da andernfalls diese Einnahmen unter der 5% Grenze des S. 1 fallen würden. Damit würde eine der wesentlichen Ziele des Gesetzgebungsvorhabens, nämlich die umfangreiche Nutzung der Dachflächen zur Energieerzeugung als Beitrag zur Umsetzung der Energiewende, nicht erreicht, denn für die Spezial-Investmentfonds würde bei Stromlieferung an Dritte und der diesbezüglichen Anwendung der 5% Grenze weiterhin der Statusverlust mit den bekannten Konsequenzen drohen. Eine Stromlieferung an Dritte kann in der Praxis in vielen Fällen aber nicht ausgeschlossen werden. Denn es gibt Fälle, in denen die Aufdachanlage mehr Strom produziert, als für das Gebäude benötigt wird, oder in denen die Mieter den Strom aus der Anlage nicht abnehmen (so auch Gesetzesbegründung zum Diskussionsentwurf, S. 35). Auch in diesen Fällen ein hinreichender Zusammenhang mit der

Vermietung und Verpachtung von Immobilien anzunehmen, führt nach dem Diskussionsentwurf auch zu keinen ungewollten steuerlichen Folgen, denn die Einnahmen aus der Stromlieferung würde zukünftig sowohl der Körperschaftsteuer als auch der Gewerbesteuer unterliegen. Mit dem „Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung“ kann also allenfalls ein baulicher Zusammenhang zu einem Gebäude gemeint sein.

5. Bestandsschutz für bestehende Investitionen im Bereich Infrastruktur/Erneuerbare Energien

Da mit dem Disk-E die bestehende Anlagepraxis im Bereich Infrastruktur/Erneuerbare Energien, insbesondere im Hinblick auf die Beteiligung an Mitunternehmenschaften bzw. die Verwaltungspraxis im Hinblick auf die Qualifikation von aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung gehändert, plädieren wir nachdrücklich dafür, dass für Bestandsinvestments zu einem maßgeblichen Stichtag (Bsp. Inkrafttreten des Gesetzes) eine Bestandsschutzregelung gibt. Es wäre kontraproduktiv, wenn durch eine Neuregelung auch Bestandsinvestment betroffen wären und diese mit Inkrafttreten des Gesetzes anders behandelt würden, Investoren zu Veräußerungen, Umstrukturierungen o.Ä. gezwungen würden.

B) Artikel 2: Änderung des KAGB

1. Klarstellung in § 231 Abs. 3 KAGB

Wir regen an, den Wortlaut des § 231 Abs. 3 wie folgt zu fassen:

„Für ein Immobilien-Sondervermögen dürfen auch Gegenstände erworben werden, die zur Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände des Immobilien-Sondervermögens erforderlich sind. Dazu gehören auch Gegenstände, die der Erzeugung, der Umwandung, dem Transport oder der Speicherung von Energie aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nummer 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes dienen, oder Gegenstände, die für Ladestationen für Elektromobilität erforderlich sind.“

Begründung:

Die im Diskussionsentwurf vorgesehene Formulierung könnte dahingehend verstanden werden, dass es sich bei den Gegenständen, die der Erzeugung, der Umwandung, dem Transport oder der Speicherung von Energie aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nummer 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes dienen und bei den Gegenständen, die für Ladestationen für Elektromobilität erforderlich sind, grade nicht um Bewirtschaftungsgegenstände, sondern um Gegenstände „eigener Art“ handelt. Dies hätte zur Folge, dass die Auffassung vertreten werden könnte, dass entsprechende Verweise auf Bewirtschaftungsgegenstände i.S.d. § 231 Abs. 3 KAGB insoweit ins Leere liefen (Bspw. § 26 Nr. 4 g), Kapitalanlagerundschriften)

Richtig ist, dass es sich hierbei um Gegenstände handelt, die zwar nicht immer ausschließlich und / oder unmittelbar für die eigentliche Bewirtschaftung der Immobilie erforderlich sind, die aber mindestens einen Bewirtschaftungsgegenstand im weiteren Sinne darstellen, da sie bspw. bei bestimmten Neubauten zukünftig verpflichtend werden und zudem aufgrund der sich verändernden Ansprüche an die technische

Gebäudeausstattung zwingend erforderlich sind/werden, um den Ansprüchen des Marktes an moderne und zeitgemäße Gebäude gerecht werden zu können. Die wird auch bereits in der Gesetzesbegründung treffend erläutert. Der Formulierungsvorschlag trägt dem Rechnung, indem die in Satz 2 genannten Gegenstände durch Bezug auf Satz 1 zu Bewirtschaftungsgegenständen erklärt werden.

C) Sonstige Petita: Änderung der AnIV im Rahmen eines flankierenden Gesetzgebungsverfahrens

Wie in der Vorbemerkung skizziert, plädieren wir nachdrücklich für flankierende Änderungen in der AnIV und dem zugehörigen Kapitalanlagerundschriften der BaFin RS 22/2017 (VA), um sicherzustellen, dass auch das Aufsichtsrecht für Investoren die Zielsetzungen des Disk-E abbildet und unterstützt. Auch die geplanten Änderungen im KAGB müssen – nicht nur aus redaktionellen Gründen – in der AnIV integriert werden. In diesem Zusammenhang sind auch bisher nicht erfolgte weitere Folgeänderungen aus früheren KAGB-Änderungen nachzuholen. So wurden z.B. Änderungen im KAGB durch das FoStoG in Bezug auf die Einführung von Infrastruktursondervermögen nicht übernommen. Im Ergebnis fehlt somit dieser neue Fondstypus im Anlagekatalog des § 2 AnIV.

Da es sich bei der Änderung der AnIV um ein eigenständiges Gesetzgebungsverfahren handelt, sind notwendige Änderungen hier zunächst nur cursorisch aufgeführt. Detaillierte Vorschläge unterbreiten wir gerne im Folgegesetzgebungsverfahren, z.B. im geplanten Betriebsrentenstärkungsg.

Von grundsätzlicher Bedeutung ist zunächst, wie bereits ausgeführt, die Einführung einer eigenständigen Infrastrukturquote in § 3 (Mischung) der AnIV in Höhe von 7,5 % (außerhalb der Risikokapitalquote von 35%).

Im Übrigen sind folgende Folgeänderungen durch die Änderungen im KAGB erforderlich:

Nach § 231 Abs. 1 Nr. 8 KAGB-E dürfen Immobilien-Sondervermögen zukünftig auch Beteiligungen an infrastruktur-Projektgesellschaften erwerben, deren Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung darauf beschränkt ist, EEG-Anlagen zu errichten, zu erwerben oder zu halten. Ein unmittelbarer baulicher Zusammenhang mit einem Gebäude muss nicht bestehen, so dass diese Anlagen auch auf gepachteten Grundstücksflächen betrieben werden können. Darüber hinaus sieht § 231 Abs. 3 KAGB vor, dass zukünftig nicht nur - wie bisher - Bewirtschaftungsgegenstände für eine Immobilie erworben werden dürfen, sondern auch die für EEG-Anlagen und Ladestationen für Elektromobilität erforderlichen Gegenstände.

Diese Änderungen haben Auswirkungen auf die Immobilienquotenfähigkeit von deutschen Spezial-AIF und vergleichbaren ausländischen Investmentvermögen, die zukünftig in Infrastruktur-Projektgesellschaften bzw. in EEG-Anlagen investieren. Denn nach der aktuellen Fassung der AnIV bzw. der PFAV sind Anteile an solchen Fonds für Solvency I Investoren nicht für die Immobilienquote erwerbbar. Grund hierfür ist, dass nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 Bs. c) AnIV / PFAV nur Anteile an inländischen Spezial AIFs und vergleichbaren ausländischen Investmentvermögen erwerbbar sind, die Vermögensgegenstände nach § 231 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 KAGB investieren. Anteile an Fonds, die auch in Infrastruktur-Projektgesellschaften gem. § 231 Abs. 1 Nr. 8 KAGB-E investieren, sind somit nicht immobilienquotenfähig. Eine entsprechende Anpassung der AnIV / der PFAV ist somit erforderlich.

Dasselbe gilt für Ziffer B.4.10 lit. f) des Kapitalanlagerundschreibens, nach der aktuell lediglich Gegenstände, die zur Bewirtschaftung der Immobilien erforderlich sind, erwerbbar sind. EEG-Anlagen und Ladestationen für Elektromobilität sind jedoch nicht für die Bewirtschaftung der Immobilien erforderlich. Eine entsprechende Anpassung des Kapitalanlagerundschreibens ist deshalb auch hier erforderlich.

Bonn, 14. Juni 2024

Kontakt:

Bundesverband Alternative Investments e.V. (BAI)

Frank Dornseifer, Rechtsanwalt
- Geschäftsführer -

Poppelsdorfer Allee 106
53115 Bonn
Tel.: +49 (0)228-96987-50
dornseifer@bvai.de
www.bvai.de

Der Bundesverband Alternative Investments e. V. (BAI) ist die zentrale Interessenvertretung der Alternative Investments-Branche in Deutschland. Unsere derzeit knapp 300 in- und ausländischen Mitgliedsunternehmen rekrutieren sich aus allen Bereichen des professionellen Alternative Investments-Geschäfts. Der Verband versteht sich als Katalysator zwischen professionellen deutschen Investoren und anerkannten Anbietern von Alternative Investments-Produkten weltweit. Er setzt sich dafür ein, dass deutsche institutionelle bzw. professionelle Investoren ihre Kapitalanlage im Hinblick auf Alternative Investments, insbesondere mit Augenmerk auf die langfristige Sicherung der deutschen Altersvorsorge, einfacher und besser diversifizieren können. Der BAI fördert den Bekanntheitsgrad sowie das Verständnis für alternative Anlagen in der Öffentlichkeit und setzt sich für die wissenschaftliche Forschung ein. Er führt den Dialog mit den politischen Entscheidungsträgern sowie den zuständigen Aufsichtsbehörden und pflegt den Austausch mit nationalen und internationalen Organisationen und Verbänden. Der Verband verfolgt das Ziel, gesetzliche Reformen sowie eine Rechtsfortbildung im Interesse der Mitglieder und deren Anleger zu erreichen und attraktive und international wettbewerbsfähige Rahmenbedingungen für die Anlage in Alternative Investments zu schaffen.