

## **BAI-Stellungnahme**

### **zum Referentenentwurf eines Zweiten Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG II)**

**GZ VII B1 – WK 2000/24/10001 :010**

**DOK 2024/0622105**

#### **I. Vorbemerkung**

Der Bundesverband Alternative Investments e.V. (BAI) begrüßt das Ziel des Bundesministeriums der Finanzen und der Bundesregierung, die Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität des Finanzstandortes Deutschland weiter zu stärken. Es ist sehr zu begrüßen, dass die Initiative zur Stärkung von Investitionen in Infrastruktur und erneuerbare Energien zeitnah in ein Gesetzgebungsverfahren überführt wurde.

#### **II. Zu Artikel 29 Ref-E: Änderung des Investmentsteuergesetzes**

##### Zu Nummer 3: Klarstellung zu § 6 Abs. 5 Satz 3 InvStG-E

§ 6 Abs. 5 Satz 3 InvStG-E verlangt einen Nachweis des Investmentfonds, dass die Einkünfte aus Beteiligungen an gewerblich infizierten oder gewerblich geprägten Personengesellschaften i.S.d. § 15 Abs. 3 EStG aus einer vermögensverwaltenden Tätigkeit stammen, damit diese nicht als sonstige Einkünfte nach Satz 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG gelten. Die Gesetzesbegründung lässt es allerdings offen, wie ein solcher Nachweis zu erbringen ist.

Zunächst geht aus der Gesetzesbegründung hervor, dass ein Nachweis nur für inländische Personengesellschaften erfolgen muss. Diese Spezifizierung sollte direkt in den Gesetzeswortlaut aufgenommen werden.

Weiterhin wäre eine Klarstellung notwendig, wie der Nachweis zu erfolgen hat. Denkbar wäre bspw. ein gesondertes Feld in die einheitliche und gesonderte Feststellungserklärung aufzunehmen, die ohnehin für inländische Personengesellschaften zu erfolgen hat.

##### Zu Nummer 3: Klarstellung zu § 6 Abs. 5a Satz 2 InvStG-E

Ausweislich der Gesetzesbegründung auf S. 161 bezieht sich Satz 2 auf Beteiligungen an einer „inländischen“ Mitunternehmerschaft. Zur Klarstellung sollte dies auch im Gesetzestext selbst genannt werden, um etwaige Missinterpretationen zu vermeiden.

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

„Dies gilt auch für die Beteiligung an einer **inländischen** Mitunternehmerschaft, soweit die Gesellschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 1 Einkommensteuergesetz bezieht.“

### Zu Nummer 3: Klarstellung zu § 6 Abs. 5a Satz 3 Nr. 1 InvStG-E

Ziffer 1 referenziert im Hinblick auf die Kreditaufnahmegrenze i.H.v. 30% auf die aktuelle Regelung in § 285 Abs. 2 Nr. 1 KAGB. Diese Regelung wird bekanntlich nunmehr durch das FondsmarktstärkungsG abgelöst, und zwar im Hinblick auf die Umsetzung der dann EU-weit einheitlich geltenden neuen Regeln für Kreditfonds gem. geänderter AIFM-Richtlinie in nationales Recht. Das bisherige Regime für Kreditfonds wird also ersetzt und damit auch die 30% Grenze. § 285 Abs. 2 wird ersatzlos gestrichen, vgl. Art. 1 Nr. 78 b) Ref-E FondsmarktstärkungsG; sie wird ersetzt durch die Neuregelung in § 29a Abs. 5 Satz 1 (neu).

Vor diesem Hintergrund ist es daher angezeigt, dass das geänderte InvStG idFd ZuFinG II auch auf die Neufassung des KAGB idFd FondsmarktstärkungsG referenziert. Falls es zu einer Diskrepanz, bei der aufsichtsrechtlich zulässigen und steuerrechtlich zulässigen Kreditaufnahme kommen sollte, wäre dies nicht nur unter dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung fragwürdig, sondern würde vor allem dazu führen, dass deutsche Fonds ggü. EU-Fonds einen Wettbewerbsnachteil hätten, eben weil diese den zulässigen neuen AIFMD-Rahmen ausschöpfen können, ohne mit nachteiligen steuerrechtlichen Konsequenzen konfrontiert zu sein. Für inländische KVGen bzw. Fondsinitiatoren wäre es naheliegend, entsprechende Kreditfonds gerade nicht in Deutschland aufzulegen, eben weil die aufsichtsrechtlich zulässige Kreditaufnahme investmentsteuerrechtlich limitiert bzw. sanktioniert wird.

Wir regen an, § 6 Abs. 5a Satz 3 Nr. 1 InvStG-E wie folgt zu fassen:

„Keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung liegt vor, soweit

1. ein Investmentfonds Gelddarlehen ausschließlich an Personen vergibt, die keine Verbraucher nach § 13 des BGB sind, und selbst nur Kredite gem. § 29 a Abs. 5 KAGB (idFd FondsmarktstärkungsG) aufnimmt, oder“

### Zu Nummer 7: Einfügung von § 15 Abs. 2 Satz 3 InvStG

Wir regen an, § 15 Abs. 2 InvStG-E 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 gewerbesteuerliche 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 Betriebsstätte) 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, wenn die Gesellschaft Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 1 EStG bezieht (siehe dazu allerdings unser Petikum zu § 6 Abs. 5a Satz 2 InvStG-E unter II. zu Nummer 3), 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 gewerbesteuerlicher 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.

#### Zu Nummer 8: Klarstellungen im § 26 InvStG-E

Wir regen an, den Wortlaut in § 26 Nr. 7a lit. a) InvStG wie folgt zu fassen:

„der Bewirtschaftung von Gegenständen, auf die sich § 231 Abs. 6 KAGB bezieht, die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien stehen,“

Begründung:

Der Verweis auf § 231 Abs. 6 KAGB ist folgerichtig und berücksichtigt die neue Systematik im § 231 KAGB-E.

### Zu Nummer 11: Bestandsschutz für bestehende Investitionen im Bereich Infrastruktur und Erneuerbare Energien

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

### **III. Zu Artikel 44 Ref-E: Änderung des Kapitalanlagegesetzbuchs**

#### Zu Nummer 4: Neue Nummer 8 in § 231 Abs. 1 S. 1 KAGB-E

Wir regen an, den Wortlaut in § 231 Abs. 1 Satz 1 Nummer 8 KAGB wie folgt zu fassen:

„Beteiligungen an Infrastruktur-Projektgesellschaften, deren Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung darauf beschränkt ist, Anlagen zu errichten, zu erwerben, zu halten oder zu betreiben, die zur Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien im Sinne von § 1 Absatz 19 Nummer 6a bestimmt und geeignet sind, wenn zur Zeit des Erwerbs der Beteiligung ihr Wert zusammen mit dem Wert weiterer solcher Beteiligungen, die sich bereits in dem Sondervermögen befinden, 15 Prozent des Wertes des Sondervermögens nicht übersteigt.“

Begründung:

Nach der allgemeinen Definition von Infrastruktur-Projektgesellschaften in § 1 Abs. 19 Nr. 23a KAGB dürfen diese Infrastrukturanlagen errichten, sanieren, betreiben oder bewirtschaften. Das Fehlen des „Betreibens“ im neuen § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 KAGB könnte gerade so ausgelegt werden, dass ein „Betreiben“ nicht zulässig sein soll. Der neue Absatz 6

in § 231 KAGB („Gegenstände nach Absatz 3 dürfen auch von der Kapitalverwaltungsgesellschaft für das Immobilien-Sondervermögen betrieben werden.“) wird nicht helfen, da er sich ausdrücklich nur auf Absatz 3 und damit auf direkt im Sondervermögen gehaltene Anlagen bezieht.

#### Zu Nummer 4: Klarstellung in § 231 Abs. 3 KAGB-E

Wir regen an, den Wortlaut des § 231 Abs. 3 KAGB 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 Umwandlung, 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 Referentenentwurf vorgesehene Formulierung könnte dahingehend verstanden werden, dass es sich bei den Gegenständen, die der Erzeugung, der Umwandlung, 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. Dies 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.

#### **IV. Sonstiges**

#### Zu § 26 Nr. 4 lit. j) InvStG

Wir regen an, den Wortlaut in § 26 Nr. 4 lit. j) InvStG wie folgt zu ändern:

„Beteiligungen an ÖPP-Projektgesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 28 des Kapitalanlagegesetzbuchs und an Infrastruktur-Projektgesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 23a des Kapitalanlagegesetzbuchs sowie an Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien nach § 1 Absatz 19 Nummer 6a des Kapitalanlagegesetzbuchs gerichtet ist, wenn der Verkehrswert dieser Beteiligung ermittelt werden kann,“

Begründung:

Die Aufnahme von Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien nach § 1 Abs. 19 Nr. 6a KAGB abzielt, ist eine konsequente Umsetzung der Einführung von Nr. 6a. Der Zweck der Norm ist es, umfassend die verschiedenen und gleichermaßen wichtigen Aspekte der Energiewende zu berücksichtigen und die Vorgaben offen für zukünftige Entwicklungen auszugestalten. Ziel des Gesetzentwurfs wiederum ist es, Kapitalmittel in stärkerem Umfang für Investitionen in Infrastruktur und erneuerbare Energien nutzbar zu machen. Angesichts des enormen Investitionsbedarfs in Infrastruktur und erneuerbare Energien ist es wichtig, zusätzlich zu den bereits vorhandenen Maßnahmen zur Absicherung von Investitionen in erneuerbare Energien, wie etwa dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, auch darüber hinaus einen rechtssicheren Rahmen für Investitionen in erneuerbare Energien und Infrastruktur zu schaffen, um die dringend notwendigen Projekte umzusetzen und den Übergang zu einer nachhaltigeren Zukunft zu beschleunigen.

Durch die Aufnahme in § 26 Nr. 4 lit. j) InvStG werden diese Ziele erreicht.

Zu §§ 193 Abs. 1 Nr. 7 und 284 Abs. 2 Nr. 2 lit. h) KAGB

Wir regen an, § 193 Abs. 1 Nr. 7 KAGB um Anteile an jedweden in- oder ausländischen Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 KAGB zu erweitern, sowie § 284 Abs. 2 Nr. 2 lit. h) KAGB um entsprechende geschlossene Investmentvermögen zu erweitern.

Begründung:

Der Referentenentwurf sieht erfreulicherweise Erleichterungen für Spezial-Investmentfonds als Anleger vor, wonach zukünftig Spezial-Investmentfonds als Anleger Anteile an inländischen und ausländischen Investmentvermögen nach § 1 Abs. 1 KAGB in der Ausgestaltung als Personengesellschaften (z.B. luxemburgische SCS(p), angelsächsische LPs) erwerben können, ohne dass es investmentsteuerrechtlich auf die Qualifikation der Anteile als Wertpapiere i.S.v. § 26 Nr. 4 lit. a) InvStG i.V.m. §§ 193, 198 KAGB oder – alternativ – den vermögensverwaltenden Charakter der Personengesellschaft ankommt, vgl. § 26 Nr. 4 lit. h) InvStG-E.

Soweit ersichtlich, soll § 284 Abs. 2 KAGB nicht entsprechend angepasst werden. Investmentrechtlich wäre danach die Qualifikation der Anteile an der (geschlossenen) Fonds-Personengesellschaft als Wertpapiere i.S.v. § 284 Abs. 1 i.V.m. § 193 Abs. 1 Nr. 7 oder § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a KAGB relevant, sofern die Anteile nicht als

Unternehmensbeteiligung i.S.v. § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. i KAGB (innerhalb der 20%-Grenze) erworben werden sollen.

Zur Vermeidung einer aufsichts- und steuerrechtlichen Asymmetrie in Bezug auf die *eligible assets* und Überwachung dieser, ist eine Anpassung des KAGB – sofern europarechtlich zulässig – geboten.

\*\*\*\*\*

**Bonn, 13. September 2024**

**Kontakt:**

**Frank Dornseifer**, Rechtsanwalt  
- Geschäftsführer -

**Sina Nennstiel**, LL.B., Mag. iur.  
- Referentin Recht & Policy -

Bundesverband Alternative Investments e.V  
Poppelsdorfer Allee 106  
53115 Bonn

Tel.: +49 (0)228-96987-50

[dornseifer@bvai.de](mailto:dornseifer@bvai.de)

[www.bvai.de](http://www.bvai.de)

Tel.: +49 (0)228-96987-13

[nennstiel@bvai.de](mailto:nennstiel@bvai.de)

[www.bvai.de](http://www.bvai.de)

Der Bundesverband Alternative Investments e. V. (BAI) ist die zentrale Interessenvertretung der Alternative Investments-Branche in Deutschland. Unsere derzeit rund 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.