



Überblick zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Förderung von Investitionen von Fonds in erneuerbare Energien und Infrastruktur

Zur Bewältigung der Energiewende sind erhebliche Investitionen in Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien (**EE-Anlagen**) und weitere Infrastruktur erforderlich. Insofern liegt es auf der Hand, hierfür auch die in (Immobilien-)Fonds gesammelten privaten Mittel zu mobilisieren. Das Bundesministerium der Finanzen (**BMF**) hat nun einen Diskussionsentwurf zur Änderung des KAGB und des InvStG vorgelegt, um die bisher bestehenden Hindernisse für den Erwerb von EE-Anlagen durch (Immobilien-)Fonds zu beseitigen. Der nachfolgende Beitrag skizziert die wesentlichen Änderungen und nimmt eine erste Einordnung vor.

A. Hintergrund

Am 21. Mai 2024 veröffentlichte das BMF den Diskussionsentwurf eines neuen Gesetzes. Dieser Diskussionsentwurf stellt einen erneuten Versuch zur Regelung der sinnvollen Beteiligung von Investmentfonds, insbesondere Immobilienfonds, an der Bewältigung der Energiewende dar. Der erste Anlauf erfolgte im Gesetzgebungsverfahren für das Zukunftsfinanzierungsgesetz, das bereits einige aufsichtsrechtliche Lockerungen vorsah.¹ Angesichts der (berechtigten) Kritik, dass zwingend notwendige Anpassungen im Steuerrecht fehlten, wurden die aufsichtsrechtlichen Änderungsvorschläge unmittelbar vor der Beschlussfassung durch den Bundestag aus dem Entwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes gestrichen und auf eine spätere „ganzheitliche“ Lösung verwiesen. Dieser ganzheitlichen Lösung dient der hier besprochene Diskussionsentwurf.

B. Investmentsteuerliche Änderungsvorschläge

Die investmentsteuerlichen Änderungsvorschläge, deren Anwendung ab 2025 vorgesehen ist, betreffen im Wesentlichen das Merkmal der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ von Vermögensgegenständen durch den Fonds (**I.**), die Behandlung von daraus resultierenden sonstigen inländischen Einkünften (**II.**) und die Voraussetzungen für steuerliche Spezial-Investmentfonds (**Kapitel 3-Fonds, III.**).

I. „Aktive unternehmerische Bewirtschaftung“

Die „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ der Vermögensgegenstände durch ein Investmentvermögen ist ein zentrales Merkmal im Investmentsteuergesetz, das z.B. über die Reichweite der Körperschaft- und Gewerbesteuerpflicht auf Fondsebene entscheidet. Im Zusammenhang mit Investitionen in EE-Anlagen und Infrastrukturprojekte wurde insbesondere diskutiert, ob eine überwiegende oder gar ausschließliche aktive unternehmerische Bewirtschaftung Risiken für den Status als steuerlicher Investmentfonds birgt. Zudem wurde seitens der Verbände darauf hingewiesen, dass es bei der indirekten Investition in erneuerbare Energien z.B. über Portfoliogesellschaften oftmals notwendig sei, die Geschäftsführung der zwischengeschalteten Gesellschaft mitzugestalten oder insgesamt zu übernehmen, was jedoch zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung dieser Beteiligungen und damit in Inlandsfällen regelmäßig zu einer Körperschaft- und Gewerbesteuerpflicht auf Fondsebene führen könne.

¹ Zu den entsprechenden Regelungen im Regierungsentwurf zum Zukunftsfinanzierungsgesetz siehe die externe Veröffentlichung in DB 2024, 765-772.

Der Diskussionsentwurf geht auf diese Punkte ein:

- § 1 Abs. 2 S. 2 InvStG in der Fassung des Diskussionsentwurfs (im Folgenden **InvStG-DiskE**) stellt klar, dass es für die Qualifikation als Investmentfonds iSd InvStG unschädlich ist, wenn ein Investmentvermögen die von ihm gehaltenen Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Ziel dieser Regelung ist es, jedenfalls in steuerlicher Hinsicht Rechtsicherheit zu schaffen, so dass sich Investmentvermögen an Mitunternehmerschaften beteiligen oder selbst gewerbliche Tätigkeiten, wie z.B. den Betrieb von EE-Anlagen, ausüben können, ohne die steuerliche Einordnung als Investmentfonds zu gefährden. Dies gilt nach dem klaren Wortlaut allerdings nur, wenn ein Investmentvermögen iSv § 1 Abs. 1 KAGB vorliegt, so dass bei entsprechenden Investitionen darauf zu achten sein wird, die aufsichtsrechtlichen Vorgaben (insbesondere „kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors“) einzuhalten.
- § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG-DiskE erweitert den Kreis der Gesellschaftsbeteiligungen, bei denen es für die Gewerbesteuerbefreiung unschädlich ist, wenn der Investmentfonds diese Beteiligungen aktiv unternehmerisch bewirtschaftet. Neben den bereits bisher ausgenommenen Immobilien-Gesellschaften soll dies zukünftig auch für ÖPP- und Infrastruktur-Projektgesellschaften sowie für sog. EEG-Gesellschaften gelten. Nach dem derzeitigen Recht besteht das Risiko, dass das Einwirken auf die Geschäftsführung dieser Gesellschaften als aktive unternehmerische Bewirtschaftung angesehen wird, die bei entsprechendem Inlandsbezug eine Gewerbesteuerpflicht auf Fondsebene (vorbehaltlich von Kürzungsvorschriften wie § 9 Nr. 2 und 2a GewStG) auslöst. Die vorgeschlagene Neuregelung schließt jedenfalls das Gewerbesteuerisiko für die genannten Beteiligungen zukünftig aus. Nach seinem Wortlaut und seiner Stellung gilt § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG-DiskE allerdings ausschließlich für die Gewerbesteuerbefreiung; bei aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung der genannten Beteiligungen über eine inländische Betriebsstätte bleibt es nach dem Diskussionsentwurf daher bei einer Körperschaftsteuerpflicht auf Fondsebene (s. dazu noch unter 2.).
- In § 6 Abs. 5a InvStG-DiskE wird neben der Übernahme des bisherigen § 6 Abs. 5 S. 2 InvStG (gewerbliche Einkünfte setzen aktive unternehmerische Bewirtschaftung voraus) zudem angeordnet, dass die Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft stets zur aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung führt. Bei Zuordnung der

Beteiligung zu einer inländischen Betriebsstätte unterliegen daher die daraus erzielten Einkünfte auf Fondsebene der Körperschaftsteuer. Die Begründung zitiert in diesem Zusammenhang u.a. eine entsprechende Passage im BMF-Schreiben zum Investmentsteuergesetz (Rz. 6.36). Unerwähnt bleibt hingegen, dass in demselben BMF-Schreiben an anderer Stelle (Rz. 15.39) die Beteiligung an einer gewerblichen Personengesellschaft nicht als aktive unternehmerische Bewirtschaftung bewertet wird, sofern lediglich Beratungs- oder Kontrollfunktionen oder sonstige Kommanditistenrechte ausgeübt werden. Insofern bleibt unklar, ob die Auslegung des Merkmals „aktive unternehmerische Bewirtschaftung“ für Körperschaftsteuerzwecke einerseits und für die Gewerbesteuerbefreiung andererseits tatsächlich auseinanderfallen soll. Es wäre zu begrüßen, wenn dies im weiteren Gesetzgebungsverfahren klargestellt wird.

II. Sonstige inländische Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit

Ausweislich der Begründung erwartet das BMF als Folge der gesteigerten Rechtssicherheit für Investitionen in EE-Anlagen und Infrastrukturprojekte eine Zunahme der Einkünfte aus gewerblichen Tätigkeiten auf Fondsebene. Daher enthält der Diskussionsentwurf wichtige Neuregelungen zur Behandlung sonstiger inländischer Einkünfte (iSv § 6 Abs. 5 InvStG) aus gewerblicher Tätigkeit:

- Grundlegend wird durch § 6 Abs. 5 S. 3 InvStG-DiskE geregelt, dass inländische Beteiligungseinnahmen und inländische Immobilienerträge, die zu Einkünften aus Gewerbebetrieb iSv § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG gehören, der Besteuerung als sonstige inländische Einkünfte unterliegen. Daraus folgt zunächst, dass für diese Einkünfte, sofern sie einem Steuerabzug unterliegen, das Verbot des Werbungskostenabzugs und der Verrechnung mit negativen Einkünften nicht greift (§ 6 Abs. 7 S. 4 InvStG-DiskE) und die abgeltende Wirkung des Steuerabzugs entfällt (§ 7 Abs. 2 S. 2 InvStG-DiskE). Hingegen sollte die Begrenzung des Steuerabzugs auf 15% bei Vorlage einer Statusbescheinigung nicht betroffen sein (wobei es in der Praxis zu Schwierigkeiten kommen kann, wenn der Investmentfonds Beteiligungseinnahmen z.B. über eine Mitunternehmerschaft bezieht).
- Um eine Privilegierung der Fondsanlage (verglichen mit der Direktanlage) zu verhindern, werden darüber hinaus für sonstige inländische Einkünfte aus gewerblichen Tätigkeiten iSv § 49 Abs.

1 Nr. 2 EStG die Steuerbefreiungen auf Fondsebene nach §§ 8, 10 InvStG für Kapitel 2-Fonds und die Möglichkeiten zur transparenten Behandlung für Kapitel 3-Fonds nach §§ 30, 33 InvStG ausgeschlossen. Insofern kommt es zwingend zu einer Körperschaftsteuerpflicht auf Fondsebene. Im Bereich der Kapitel 2-Fonds betrifft dies u.a. auch bestimmte institutionelle Anleger (Pensionskassen), bei denen zu berücksichtigen ist, dass die später aus den erwirtschafteten Erträgen finanzierten Leistungen (z.B. der Altersversorgung) bei den Empfängern nochmals der nachgelagerten Besteuerung unterliegen.

- Aus der Begründung zum Diskussionsentwurf wird deutlich, dass das BMF bei diesen Regelungen insbesondere an Fälle gedacht hat, in denen ein Investmentfonds an einer gewerblich tätigen oder geprägten Personengesellschaft beteiligt ist. Allerdings 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 Einbringung in Geschäftsführung). 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 (Geschäftsleitungs-)Betriebsstätte 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.

III. Rechtssicherheit für Kapitel 3-Fonds

Eine zentrale Forderung im Vorfeld des Diskussionsentwurfs war zudem, speziell für Kapitel 3-Fonds hinreichende Rechtssicherheit zu schaffen, so dass Investitionen in EE-Anlagen und Infrastrukturprojekte nicht den Status als Kapitel 3-Fonds gefährden. Da ein Statusverlust zur Aufdeckung sämtlicher stiller Reserven auf Fonds- und Anlegerebene führt, wäre ein solches Risiko weder für Anleger noch für die Verwaltungsgesellschaft tragbar. Zur Umsetzung dieser Forderungen enthält der Diskussionsentwurf zwei Anpassungen des § 26 InvStG:

- An erster Stelle ist insofern die Ausnahme von der 5%-Grenze für Einnahmen aus der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung nach § 26 Nr. 7a InvStG zu nennen. Bei der Ermittlung dieser Grenze bleiben zukünftig Einnahmen aus Beteiligungen iSv § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG-DiskE sowie Einnahmen aus der (unmittelbaren) Erzeugung oder Lieferung von Strom, die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien stehen und aus dem Betrieb von EE-Anlagen stammen, unberücksichtigt. Für diese Einnahmen wird das Risiko für den Status als Kapitel 3-Fonds aufgrund der Schwankungsanfälligkeit sowohl der Miet- als auch der Stromeinnahmen ausgeschlossen.
- Zudem werden die Ausnahmen von der Begrenzung der Beteiligung an Kapitalgesellschaften auf höchstens 10% des Kapitals nach § 26 Nr. 6 InvStG erweitert. Zukünftig kann auch eine Beteiligung von mehr als 10% an Infrastruktur-Projektgesellschaften erworben werden und die Definition der (bereits ausgenommenen) EEG-Gesellschaften wird an die weitere Begriffsbestimmung in § 15 Abs. 2 S. 2 InvStG-DiskE angepasst.

Zu begrüßen ist darüber hinaus der nicht nur für Investments in EE-Anlagen und Infrastrukturprojekte relevante Vorschlag jegliche Investmentanteile an in- und ausländischen Investmentfonds als taugliche Vermögensgegenstände iSd § 26 Nr. 4 InvStG anzuerkennen. Der Verzicht auf das bisher zusätzlich enthaltene Merkmal, wonach der (Ziel-)Investmentfonds entweder ein OGAW sein musste oder die Voraussetzungen nach § 26 Nr. 1 bis 7 InvStG erfüllen musste, macht die aufwändige Prüfung des Zielfonds z.B. im Hinblick auf die von ihm gehaltenen Vermögensgegenstände entbehrlich.

C. Aufsichtsrechtliche Änderungsvorschläge

Die aufsichtsrechtlichen Änderungsvorschläge sind im Vergleich zu den Entwürfen des Zukunftsfinanzierungsgesetzes leicht geändert:

I. Erwerb von Beteiligungen an Infrastruktur-Projektgesellschaften anstelle von Erwerb von Freiflächenanlagen

Unter dem Zukunftsfinanzierungsgesetz sollte der direkte Erwerb von Grundstücken erlaubt werden, auf denen Freiflächenanlagen stehen oder (zukünftig) errichtet werden. Dieser Vorschlag begegnete Kritik, weil EE-Anlagen häufig auf gepachteten Grundstücken errichtet werden. Es wären entsprechend weitere Regelungen zu Pachtrechten erforderlich gewesen, um eine tatsächliche Investition in Freiflächen-EE-Anlagen und entsprechende Beteiligung von Immobilienfonds an der Energiewende zu ermöglichen. Der Diskussionsentwurf des BMF schlägt daher nun einen anderen Weg ein und will den indirekten Erwerb von EE-Anlagen über die Beteiligung an Infrastruktur-Projektgesellschaften zulassen. Dieser Vorschlag wurde zuvor auch bereits durch Branchenverbände geäußert (BVI, ZIA), und ist ebenso geeignet, die Investition von Immobilienfonds in EE-Anlagen zu ermöglichen, und entsprechend begrüßenswert.

Nicht geändert hat sich der zulässige Anteil am Immobilienfonds: eine Beimischung von bis zu 15% des Wertes des Fonds soll zukünftig zulässig sein, um den Charakter der Immobilienfonds nicht grundsätzlich zu verändern.

II. Erwerb von Aufdachanlagen

Für den Erwerb von Aufdachanlagen gibt es keine Änderungen im Vergleich zu den Vorschlägen nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz. Zwar beruft sich die Gesetzesbegründung darauf, dass die gegenwärtige Rechtslage den Betrieb von Aufdachanlagen für Immobilienfonds bereits erlaubt. Dies war (und ist) allerdings mit Unsicherheiten behaftet, sodass viele Marktteilnehmer für die von ihnen verwalteten offenen Immobilienfonds sicherheitshalber auch nicht in Aufdachanlagen investiert haben. Es ist daher unbedingt begrüßenswert, dass dies durch den Diskussionsentwurf klargestellt wird. Rechtstechnisch erfolgt dies durch eine Erweiterung der Definition in § 231 Abs. 3 KAGB, sodass einem Immobilienfonds dienende Bewirtschaftungsgegenstände zukünftig auch „Gegenstände, die der Erzeugung, Umwandlung, dem Transport oder der Speicherung von Energie aus erneuerbaren Energien“, sowie „Gegenstände, die für Ladestationen für Elektromobilität erforderlich sind“ umfassen können. Flankiert wird dies durch eine Klarstellung, dass diese Gegenstände auch

unmittelbar für den Immobilienfonds betrieben werden dürfen (neuer § 231 Abs. 6 KAGB).

D. Fazit / Ausblick

Bereits auf den ersten Blick lässt sich dem Diskussionsentwurf entnehmen, dass der Schwerpunkt des gesetzgeberischen Anpassungsbedarfs zur Beteiligung von Fonds an der Energiewende im Steuerrecht liegt. Er bestätigt damit die im Gesetzgebungsverfahren zum Zukunftsfinanzierungsgesetz gereifte Erkenntnis, dass aufsichtsrechtliche Lockerungen allein nicht ausreichen. Inhaltlich geht der Diskussionsentwurf auf zahlreiche Vorschläge und Forderungen der Verbände ein und enthält eine Vielzahl begrüßenswerter Klarstellungen und Regelungsvorschläge. Zumindest punktuell sind aber Nachbesserungen geboten, um die Beteiligung von (Immobilien-)Fonds an der Energiewende erfolgreich zu gestalten.

Derzeit wird der Diskussionsentwurf mit Verbänden konsultiert. Wir vernehmen, dass der Diskussionsentwurf den Anfang eines Gesetzgebungsverfahrens darstellen soll, in dem zu einem späteren Zeitpunkt eine von der Bundesregierung beschlossene Fassung entweder in ein laufendes Gesetzgebungsverfahren integriert oder mittels eines eigenständigen Gesetzes auf den Weg gebracht werden soll.

3. Juni 2024

Bei Fragen stehen Ihnen neben Ihren üblichen Freshfields-Kontakten zur Verfügung:

	<p>Niko Schultz-Süchting Partner, Hamburg</p> <p>T +49 4036 906273 E niko.schultz-suechting@freshfields.com</p>
	<p>Laura Druckenbrodt Principal Associate, Hamburg</p> <p>T +49 4036 906280 E laura.druckenbrodt@freshfields.com</p>
	<p>Sebastian Röger Counsel, Frankfurt</p> <p>T +49 69 27 30 81 16 E Sebastian.roeger@freshfields.com</p>