

## **BVI<sup>1</sup>-Eingabe zum Zukunftsfinanzierungsgesetz – Finanzierung der Transformation mit Investmentfonds**

Das Zukunftsfinanzierungsgesetz soll vor allem privates Kapital für den digitalen Wandel und die Transformation hin zu einer klimaneutralen Wirtschaft mobilisieren. Konkret soll der Kapitalmarkt noch leistungsfähiger aufgestellt und der deutsche Finanzstandort attraktiver gestaltet werden. Die dafür geplanten steuer-, kapitalmarkt- und gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen sollen die Finanzierung von Zukunftsinvestitionen verbessern und den Kapitalmarktzugang für Unternehmen, insbesondere Start-ups, Wachstumsunternehmen und KMUs erleichtern.

Der BVI begrüßt diese Initiative sehr, da damit zum ersten Mal seit dem Vierten Finanzmarktförderungsgesetz aus dem Jahr 2002 wieder ein umfassend positiver Impuls für den Finanzstandort Deutschland erfolgen könnte.

Um die Zielsetzung des Gesetzes im Hinblick auf die Transformation zu verwirklichen, sind nicht nur Veränderungen bei Unternehmern, sondern auch große Veränderungen in der deutschen Infrastruktur – insbesondere in der Energieerzeugung – notwendig. Um gerade letzteres zu ermöglichen, werden bereits Unzulänglichkeiten bei der konkreten Umsetzung von Infrastrukturprojekten in Deutschland, wie z.B. Genehmigungsfristen, diskutiert. Unseres Erachtens fehlt jedoch bisher die Diskussion um die Frage der Finanzierung und insbesondere, wie das private Kapital in die dringend benötigten Projekte gelenkt werden kann.

Als Kapitalanleger vor allem für Zwecke der Altersvorsorge verwalten unsere Mitglieder derzeit rund 4 Billionen Euro. Unsere wesentlichen Anlegergruppen - Versicherungen, Banken und Versorgungswerke - äußern vermehrt den Wunsch, in Infrastruktur investieren zu wollen. Die Diskussionen um nachhaltige Investments und die Absicht der EU, mit Hilfe der Taxonomie Finanzströme in ökologisch nachhaltige Investitionen zu lenken, wirken sich auch positiv auf die Bereitschaft aus, in Infrastrukturprojekte mit Bezug zu erneuerbaren Energien zu investieren. Die derzeit bestehenden steuer- und aufsichtsrechtlichen Hürden erschweren bzw. hindern jedoch diesen Trend. Als Konsequenz der restriktiven Politik erfolgen Infrastrukturinvestments einerseits im grauen, unregulierten Finanzmarkt und andererseits vor allem über den Standort Luxemburg. Letzteres lässt sich gut am Beispiel des deutschen Atomfonds KENFO nachlesen, der seine Investments in Infrastrukturfonds vollständig – wahrscheinlich mangels Alternativen – über Luxemburger Vehikel abbildet.

Die Gründe hierfür sind vielfältig. So setzen bspw. die Anlagerichtlinien für Anleger enge Grenzen für Infrastrukturinvestments. Mit dem Fondsstandortgesetz wollte man mit der Einführung des offenen Infrastruktur-Sondervermögens und der offenen Investment-Kommanditgesellschaft der Anlageklasse zum Durchbruch verhelfen, steuerrechtlich hat man hierfür jedoch nicht alle notwendigen Änderungen mit umgesetzt. Leider sind die deutschen Vorgaben für Investitionen in Infrastrukturprojekte durch Fonds noch restriktiver als an anderen Fondsstandorten. Der künftige Gesetzesrahmen muss deutlich

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 116 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten rund 4 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen. Deutschland ist mit einem Anteil von 28 Prozent der größte Fondsmarkt in der EU.



besser an bestehende Investitionsstrukturen im Infrastrukturbereich angepasst werden. Dazu gehören insbesondere verbesserte Fremdfinanzierungsmöglichkeiten, wie sie bereits heute schon bei offenen Immobilienfonds zulässig sind, sowie steuerrechtliche Vereinfachungen.

Bitte finden Sie nachfolgend erste Vorschläge für Gesetzesänderungen, die die private Kapitalmobilisierung für Investments in Infrastruktur, insbesondere in erneuerbare Energien, ermöglichen soll. Diese wurden von uns bereits in anderen Gesetzgebungsverfahren eingebracht und sind den Fachabteilungen des BMF daher bereits bekannt.

Wir möchten Sie bitten, das Thema „**Finanzierung der Transformation mit Investmentfonds**“ in die Diskussion zum Zukunftsfinanzierungsgesetz aufzunehmen und hierdurch einen großen Schritt für die Transformation in Deutschland zu ermöglichen. Gerne unterstützen wir im weiteren Gesetzgebungsverfahren mit zusätzlichen konkreten Gesetzesvorschlägen, die sich positiv auf die Zielerreichung der Transformation auswirken.

## **BVI<sup>1</sup>-Eingabe zum Zukunftsfinanzierungsgesetz – Finanzierung der Transformation mit Investmentfonds**

### **Eingabe zum Investmentsteuergesetz**

#### **Zu § 15 InvStG**

Wir regen an, § 15 Absatz 2 Satz 2 InvStG wie folgt zu fassen:

„Satz 1 Nummer 2 ist nicht auf Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 22 des Kapitalanlagegesetzbuchs und **Beteiligungen an Infrastruktur-Projektgesellschaften nach § 1 Absatz 19 Nummer 23a des Kapitalanlagegesetzbuches** anzuwenden.“

#### Begründung:

Das Risiko, dass ein Investmentfonds durch eine Beteiligung an einer Infrastruktur-Projektgesellschaft selbst gewerbsteuerpflichtig wird, und etwaige inländische Einkünfte aus einer unternehmerischen Aktivität besteuern muss, führt dazu, dass Investments in Infrastruktur-Projektgesellschaften selten durchgeführt werden.

Wie Immobilien-Gesellschaften sind jedoch Infrastruktur-Projektgesellschaften selbst eigenständige Gewerbesteuersubjekte. Für die inländischen Einkünfte der Gesellschaft ist die Besteuerung daher sichergestellt. Auf Ebene des Investmentfonds würde es außerdem nicht zu einer Besteuerung mit Gewerbesteuer kommen, weil die Beteiligung gekürzt wird. Trotzdem bestünde das Risiko auf andere Einkünfte, die ebenfalls als aktive unternehmerische Beteiligung qualifizieren, Gewerbesteuer zahlen zu müssen. Legt man den Fonds im Ausland auf, besteht das Risiko nicht und stellt damit einen wesentlichen Hinderungsgrund für die Auflage von Infrastrukturfonds in Deutschland dar.

Bei Immobilien-Gesellschaften wird dieses Risiko durch die Regelung in § 15 Absatz 2 Satz 2 InvStG ausgeschlossen. Damit deutsche Fonds auch in Infrastruktur-Projektgesellschaften investieren können, sollte der Anwendungsbereich des § 15 Absatz 2 Satz 2 InvStG auf diese ausgeweitet werden.

#### **Zu § 26 InvStG**

1. Wir regen an, § 26 InvStG wie folgt zu fassen:

„§ 26 Anlagebestimmungen

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 116 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten rund 4 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen. Deutschland ist mit einem Anteil von 28 Prozent der größte Fondsmarkt in der EU.



Ein Spezial-Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der ~~die Voraussetzungen für eine Gewerbesteuerbefreiung nach § 15 Absatz 2 und 3 erfüllt~~ und in der Anlagepraxis nicht wesentlich gegen die nachfolgenden ~~weiteren~~ Voraussetzungen (Anlagebestimmungen) verstößt: “

Begründung:

U. E. ist es nicht sachgerecht, dass ein Spezial-Investmentfonds durch eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung seinen Steuerstatus verliert. Vielmehr sollte ein Spezial-Investmentfonds wie ein Investmentfonds zur Anwendung des § 15 InvStG verpflichtet und damit ggf. auch gewerbesteuerpflichtig werden.

Die Anbieter von Immobilien-Spezial-Investmentfonds müssen ihre Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Tätigkeit streng überwachen, da ein Überschreiten der Bagatellgrenze zu einem Verlust des Status als Spezial-Investmentfonds führt. Für die Anleger bedeutet dies nicht nur einen unwiderruflichen Wechsel in ein für sie nachteiliges Besteuerungsregime, sondern auch die Besteuerung der aufgelaufenen stillen Reserven, ohne dass ihnen entsprechend Liquidität zufließt. Die stillen Reserven sind bei den meisten Anlegern sehr hoch, da viele Spezial-Investmentfonds bereits über mehrere Jahre gehalten werden. Außerdem ist bisher nicht abschließend geklärt, welche Tätigkeiten bzw. Einnahmen einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung zuzurechnen sind. Es besteht daher bei der Ermittlung der betroffenen Einnahmen große Unsicherheit. In der Praxis wird daher versucht, weitestgehend auf solche Einnahmen zu verzichten, um so die Bagatellgrenze nicht auszureizen. So werden beispielsweise Weihnachtsmärkte in Shopping-Centern oder Kurzzeitparkplätze in Tiefgaragen von Büroimmobilien in der Innenstadt üblicherweise nicht oder nur in sehr geringem Maße von Objekten, die zu einem Spezial-Investmentfonds gehören, angeboten.

Von besonderer Bedeutung ist allerdings, dass die Diskussionen um nachhaltige Immobilienfonds deutlich zugenommen haben. Damit Immobilienfonds sich als nachhaltig bezeichnen können, müssen sehr wahrscheinlich starke Veränderungen an Bestandsgebäuden vorgenommen werden. Neben Umbaumaßnahmen wird u.a. auch über die Energieerzeugung auf Flächen der Gebäude (z.B. Dach oder Fassade von Gewerbe- bzw. Büroimmobilien) oder das Anbieten von Ladesäulen für E-Autos diskutiert. Inwieweit diese Maßnahmen bzw. Angebote – welche notwendig sind, um die an nachhaltige Immobilien gestellten Anforderungen zu erfüllen – zu Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung führen, ist oftmals unklar. Aufgrund der Konsequenzen, die eine Fehleinschätzung für die Anleger bedeutet, bzw. der Einschränkung von Handlungsoptionen, die durch solche Aktivitäten entstehen, nehmen KVGs regelmäßig Abstand von solchen der Nachhaltigkeit dienenden Maßnahmen.

Am Beispiel der Stromerzeugung mit Hilfe von Solarzellen kann dies gut illustriert werden. Der mit Hilfe von Solarzellen auf dem Dach – künftig wohl auch in der Fassade – erzeugte Strom kann zwar grds. dem Objekt bzw. Mieter zur Verfügung gestellt werden. Aufgrund von technischen und sonstigen Restriktionen (z.B. was passiert mit überschüssigem Strom oder dem Strom, der an Wochenenden produziert wird?) wird aber sehr wahrscheinlich auch ein Teil des Stroms in das Netz eingespeist. In diesem Zusammenhang stellen sich nun u.a. folgende Fragen:

- Entsteht durch das Einspeisen von überschüssigem Strom eine aktive unternehmerische Bewirtschaftung?
- Inwieweit zählen die Einnahmen aus der Erzeugung des Stroms, welcher durch das Objekt bzw. die Mieter genutzt wird, zu einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung?



- Inwieweit wird durch etwaigen Leerstand das ausgenutzte Niveau der Bagatellgrenze beeinflusst?
- Wie wirken künftige Strom- und Mietpreise auf die Einnahmeverhältnisse?

Insbesondere große Dachflächen bieten sich für die Stromerzeugung mit Hilfe von Solarzellen an. Im Verhältnis zu den Mieteinnahmen können die Stromeinnahmen z.B. bei Logistikhallen größer als 5 % sein. Solange man diese Objekte mit Immobilien mit schlechterer Ökobilanz kombinieren kann, besteht zunächst kein Problem. Muss man sich jedoch von einem Teil seiner Portfolios trennen, z.B. weil die Anleger eine Auszahlung benötigen, muss sehr genau geprüft werden, welche Objekte überhaupt verkauft werden können. Außerdem wird der Spielraum der KVGs durch das Abstellen auf die Einnahmen – also vor Kosten – zusätzlich eingeschränkt.

Aufgrund dieser Unsicherheiten sind Spezial-Investmentfonds derzeit eingeschränkt, ihre Gebäude – wie öffentlich gefordert – in nachhaltige Gebäude umzubauen und einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz zu liefern. Vielmehr müssen diese aufgrund des Risikos für die Anleger von solchen Aktivitäten Abstand nehmen. Anleger werden dadurch gezwungen, nachhaltige Immobilien über unregulierte Produkte zu erwerben.

Aufgrund der aufsichtsrechtlichen Vorgabe, dass ein Investmentvermögen lediglich vermögensverwaltend tätig sein darf, sind die Einnahmen aus einer aktiven Bewirtschaftung von Vermögensgegenständen aber stets stark limitiert. Es sollte daher lediglich in Ausnahmefällen zu einer Überschreitung der Bagatellgrenze kommen.

Wir schlagen daher vor, dass die aus unserer Sicht nicht gerechtfertigten Konsequenzen eines unwiderrüflichen Statusverlustes und der Besteuerung der stillen Reserven abgeschafft wird. Vielmehr sollte der Spezial-Investmentfonds bei einem Überschreiten der Bagatellgrenze weiterhin als Spezial-Investmentfonds qualifizieren, aber entsprechend den Vorgaben des § 15 InvStG mit seinem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gewerbsteuerpflichtig werden. Eine etwaige doppelte Belastung mit Gewerbesteuer (Fondsebene und Anlegerebene) analog zum Investmentfonds wäre in diesem Fall wohl zu akzeptieren. Eine solche Anpassung würde das Risiko einer Fehleinschätzung für die Spezial-Investmentfonds bzw. die Anleger deutlich minimieren, Spielraum für den nachhaltigen Umbau von Bestandsobjekten bieten, zeitgleich aber gegenüber der Immobiliendirektanlage keinen steuerlichen Vorteil bewirken.

2. Wir regen an, § 26 Nr. 6 Satz 2 InvStG wie folgt zu fassen:

„Dies gilt nicht für Beteiligungen eines Investmentfonds an

- a) Immobilien-Gesellschaften,
- b) ÖPP-Projektgesellschaften, **und Infrastruktur-Projektgesellschaften oder**
- c) Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien nach § 5 Nummer 14 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gerichtet ist,“

Begründung:

Dem Vernehmen nach wurden Infrastruktur-Projektgesellschaften bewusst nicht in den Katalog der Ausnahmen des § 26 Nr. 6 S. 2 InvStG aufgenommen, um etwaige steuerliche Vorteile bei Beteiligungen des Fonds an Kapitalgesellschaften über 10% des Kapitals der Kapitalgesellschaften zu



verhindern (Mutter-Tochter-Richtlinie; spezielle DBA-Begünstigungen). Dies ist unverständlich, weil für ÖPP-Projektgesellschaften heute schon eine Ausnahmeregelung in dieser Vorschrift besteht und aus steuerlicher Sicht kein Grund für eine Ungleichbehandlung ersichtlich ist.

Viel wichtiger ist aber, dass dies in der Praxis verhindert, dass über Spezial-Investmentfonds überhaupt Kapital für (inländische) Infrastruktur-Projektgesellschaften eingesammelt wird. Zum einen ist es in der Praxis die Regel, dass Investoren mehr als 10% am Kapital solcher Projektgesellschaften halten. Aus Sicht einer Projektgesellschaft ist eine Beteiligung an dieser über Streubesitz unüblich, weil z.B. bei „Projekten“ von Anfang an eine Finanzierung in Absprache mit einer überschaubaren Anzahl von „verlässlichen“ Investoren gesichert sein muss. Insoweit dürfte ein Spezial-Investmentfonds als direkter Kapitalgeber häufig ausscheiden. Außerdem wären die neu eingeführten Infrastruktur-Sondervermögen nicht als Zielfonds von Spezial-Investmentfonds geeignet, weil sie die Anforderungen des § 26 Nr. 4 Buchst. h i.V.m. Nr. 6 Satz 1 InvStG selbst i.d.R. nicht erfüllen dürften.

Darüber hinaus können sich inländische Spezial-Investmentfonds auch nicht nach § 26 Nr 4 lit. h) InvStG an Investmentfonds beteiligen, die eine entsprechende Beteiligungshöhe nicht ausgeschlossen haben. Da dies im Ausland unüblich ist, steht nur eine geringe Anzahl an Zielfonds zur Verfügung.

Ohne Umsetzung unseres Petitions fallen Spezial-AIF i.S.d. § 284 KAGB als Kapitalgeber **für viele Infrastruktur-Projektgesellschaften** aus.

### **Zu § 29 InvStG**

Wir regen an, § 29 InvStG wie folgt zu fassen:

„Die Vorschriften der §§ 6, ~~und~~ 7 **und 15** für die Besteuerung von Investmentfonds sind auf Spezial-Investmentfonds anzuwenden, soweit sich aus den nachfolgenden Regelungen keine Abweichungen ergeben.

...

~~(4) Spezial-Investmentfonds sind von der Gewerbesteuer befreit.“~~

#### Begründung:

Folgeänderung aufgrund der Anpassung des § 26 InvStG.

## **BVI<sup>1</sup>-Eingabe zum Zukunftsfinanzierungsgesetz – Finanzierung der Transformation mit Investmentfonds**

### **Eingabe zum Umsatzsteuergesetz**

Die Regelung zur USt-Begünstigung von Investmentfonds im aktuellen § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG ist systematisch missglückt, europarechtlich zu eng und insgesamt zu halbherzig.

Unseres Erachtens sollten **sämtliche Investmentvermögen i.S.d. KAGB** von der USt-Begünstigung profitieren können. Da die Umsatzsteuer auch mitentscheidend für die Standortwahl von Fondsvehikeln ist, würde damit eine Regelung im Zukunftsfinanzierungsgesetz geschaffen, mit der auch die Kapitalbeschaffung für Infrastrukturinvestments oder erneuerbare Energien mittels deutscher Investmentfonds erleichtert werden würde.

#### **A) Grundüberlegungen**

##### **1) Systematik**

Mit dem Fondsstandortgesetz wurde letztes Jahr der Versuch unternommen, mittels der Umsatzsteuerbefreiung auf „Wagniskapitalfonds“ in § 4 Nr. 8 h UStG die Investitionen insbesondere in „Wachstumsunternehmen“ zu fördern. Dieser Schritt ist begrüßenswert, unseres Erachtens aber nicht ausreichend, insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung der Energiewende bzw. der Infrastruktur. Außerdem ist er mangels genauer Definition und Verweis auf eine konkrete Norm sowie von der Grundsystematik des Gesetzes her missglückt.

Früher zählten gem. § 4 Nr. 8 h UStG zu den begünstigten Investmentvermögen die OGAW i.S.d. § 1 Abs. 2 KAGB sowie mit diesen vergleichbare AIF i.S.d. § 1 Abs. 3 KAGB. Welche Vergleichbarkeitskriterien für AIF gelten, wird nicht im Gesetz geregelt, sondern der Verwaltung im Anwendungserlass zum UStG überlassen.

Das Gesetz verzichtete damit früher auf eine enumerative Aufzählung einzelner Fondstypen (AIF-Vehikel), die unter die Begünstigung fallen sollen. Mit dem Fondsstandortgesetz wurde diese Logik zum Teil durchbrochen. Dies ist aus zweierlei Gründen kritisch zu sehen.

Zum einen ist nicht hinreichend klar, was unter einem Wagniskapitalfonds genau zu verstehen ist. Der Anwendungserlass zur Umsatzsteuer versucht hier abzuhelpfen, es fehlt aber eine Bezugnahme auf eine aufsichtsrechtliche Regelung.

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 116 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten rund 4 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen. Deutschland ist mit einem Anteil von 28 Prozent der größte Fondsmarkt in der EU.





Zum anderen hat der Gesetzgeber plötzlich mit der Aufzählung besonders zu betrachtender Fondstypen bzw. von Fonds mit einer bestimmten Anlagepolitik begonnen, was nicht zur früheren Systematik passt. Auch Wagniskapitalfonds zählen nämlich zu den AIF i.S.d. § 1 Abs. 3 KAGB. Für Wagniskapitalfonds stehen theoretisch verschiedene Fondstypen im KAGB zur Verfügung (z.B. geschlossene Publikums-AIF; allgemeine offene Spezial-AIF; geschlossene Spezial-AIF; Hedgefonds).

Der Gesetzgeber will somit einen bestimmten Fondstyp bzw. Fonds mit einer bestimmten Anlagepolitik explizit aus der Schnittmenge der AIF i.S.d. § 1 Abs. 3 KAGB herausnehmen und gesondert regeln, ohne diesen bzw. diese konkret mittels eines Verweises zu definieren. Dies ist für ein Gesetz, das z.B. dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen muss, zumindest zweifelhaft.

## **2) Europarechtliche Erwägungen**

Der heute im Gesetz gewählte Ansatz, dass nur mit OGAW vergleichbare AIF (sowie seit neuestem Wagniskapitalfonds) begünstigt werden sollen, ist überholt und sollte überdacht werden.

Er stützt sich auf eine Rechtsprechung des EuGH, die zu einem Sachverhalt vor Erlass der AIFM-Richtlinie in 2011 und des KAGB in 2013 erging. Vor diesem Zeitpunkt bestand außer für OGAW kein europäischer Rechtsrahmen, so dass die Mitgliedstaaten für Zwecke der Umsatzsteuer selbst anhand ihres nationalen Aufsichtsrechts bestimmen mussten, welche Vehikel sie als regulierte Fonds und damit als USt-begünstigt ansehen. Dies musste nach europarechtlichen Maßstäben erfolgen, für die der EuGH das Vergleichbarkeitskriterium entwickelt hat. Mit dem Aufsichtsrahmen für AIF seit 2013 ist diese Rechtsprechung unseres Erachtens überholt. Leider hat der EuGH bis heute nicht über einen neuen Sachverhalt entschieden. Dennoch sind wir der Meinung, dass die Mitgliedstaaten für Zwecke der USt heute keine Befugnis mehr haben zu bestimmen, welche regulierten AIF begünstigt sein sollen und welche nicht. Vielmehr müsste allen regulierten AIF die Begünstigung zugesprochen werden. Einzelheiten entnehmen Sie bitte Abschnitt 2 dieses Dokuments, der eine systematische Herleitung dieses Ergebnisses anhand der EuGH-Rechtsprechung beinhaltet.

## **3) Halbherziger Ansatz**

Wie oben erwähnt, wäre es sowohl rechtlich als auch politisch geboten, die Umsatzsteuerbegünstigung auf sämtliche AIF i.S.d. § 1 Abs. 3 UStG zu erstrecken. Dies würde den Fondsstandort erheblich voranbringen und Investitionen in Infrastruktur oder erneuerbare Energien über deutsche Fondsvehikel erleichtern.

Heute werden Standortentscheidungen oft auch wegen der Umsatzsteuer zu Ungunsten von Deutschland getroffen, da viele Mitgliedstaaten bei der Frage der begünstigten Vehikel „liberaler“ als Deutschland sind. Daher werden in Deutschland nicht begünstigte Vehikel im Ausland aufgelegt, wo die Verwaltungsleistungen als umsatzsteuerfrei behandelt werden. Werden diese Vehikel aus Deutschland heraus verwaltet, haben die Verwalter darüber hinaus Vorteile beim Vorsteuerabzug im Inland. Deutschland befeuerte mit seiner bisherigen restriktiven Haltung geradezu eine andere Standortwahl. Jetzt könnte die Chance ergriffen werden, den Fondsstandort signifikant zu stärken und auszubauen.

## **4) Gegner eines weiten Fondsbegriffs missverstehen die Rechtsprechung**

Gegner einer weiten Lösung bringen immer wieder hervor, dass es ursprüngliches Ziel der Begünstigung gewesen sei, nur die Verwaltung von Fonds für Kleinanleger von der Umsatzsteuer zu befreien. Dieses lässt sich der Rechtsprechung so nicht entnehmen.



Zwar hat der EuGH in 2006 ausgeführt, dass es unter anderem Ziel der Befreiung sei, Kleinanlegern die Geldanlage in Investmentfonds zu erleichtern (Urteil vom 4. Mai 2006; C-169/04, Rz. 62). Der EuGH hat danach aber auch festgestellt, dass mit der in der MwSt-Richtlinie vorgesehenen Befreiung unter anderem bezweckt wird, den Anlegern die Anlage in Wertpapiere über Organismen für Anlagen durch den Wegfall der Mehrwertsteuerkosten zu erleichtern. Diese Bestimmung soll nämlich die steuerliche Neutralität des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems in Bezug auf die Wahl zwischen unmittelbarer Anlage in Wertpapiere und derjenigen gewährleisten, die durch Einschaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen erfolgt (z.B. Urteil vom 28. Juni 2007; C-363/05; Rn. 45). Der Grundsatz der steuerlichen Neutralität schließt im Übrigen den Grundsatz der Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen ein, die sich aus einer unterschiedlichen Behandlung hinsichtlich der Mehrwertsteuer ergeben. Die Verzerrung ist nachgewiesen, wenn feststeht, dass Dienstleistungen miteinander in Wettbewerb stehen und hinsichtlich der Mehrwertsteuer ungleich behandelt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um eine bedeutende Verzerrung handelt.

Mit anderen Worten gibt es mehrere Gründe für die Befreiung der Verwaltung von Investmentfonds, und der relevante Anlegerkreis ist nicht auf Kleinanleger beschränkt.

## **B) Systematische Herleitung anhand der EuGH-Rechtsprechung**

Nachfolgend wird anhand der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung (Urteil „Fiscale Eenheid“; C-595/13) aufgezeigt, dass sämtliche AIF i.S.d. KAGB unter den Begriff „Sondervermögen“ im Sinne des Art. 135 Abs. 1 Buchst. g der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (früher: Art 13 Teil B Buchst. d Nr. 6 der Sechsten Richtlinie; im Folgenden „**MwSt-Richtlinie**“) fallen können.

### **1) Allgemeine Aussagen im Urteil (Rechtslage vor AIFM-Richtlinie)**

Die MwSt-Richtlinie ermächtigt die Mitgliedstaaten, den Begriff „Sondervermögen“ zu definieren. Diese den Mitgliedstaaten somit übertragene Definitionsbefugnis ist jedoch durch das Verbot begrenzt, der vom Unionsgesetzgeber verwendeten Formulierung der Befreiungsvorschrift zuwiderzuhandeln. Ein Mitgliedstaat kann insbesondere nicht, ohne den Wortlaut des Begriffs „Sondervermögen“ zu missachten, auswählen, welchen von den Sondervermögen die Befreiung gewährt wird und welchen nicht. Die genannten Bestimmungen räumen ihm somit lediglich die Befugnis ein, in seinem innerstaatlichen Recht die Fonds zu definieren, die unter den Begriff „Sondervermögen“ fallen (C-595/13, Rn. 32).

Bei der den Mitgliedstaaten eingeräumten Befugnis, den Begriff „Sondervermögen“ zu definieren, sind auch die mit der MwSt-Richtlinie verfolgten Ziele sowie der dem gemeinsamen Mehrwertsteuersystem innewohnende Grundsatz der steuerlichen Neutralität zu beachten (C-595/13, Rn. 33). Mit der Befreiung von Umsätzen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Sondervermögen wird u. a. bezweckt, den Anlegern die Anlage in Wertpapiere über Organismen für Anlagen dadurch zu erleichtern, dass die Mehrwertsteuerkosten wegfallen und somit die Neutralität des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems hinsichtlich der Wahl zwischen unmittelbarer Anlage in Wertpapiere und derjenigen, die durch Einschaltung von Organismen für gemeinsame Anlagen erfolgt, gewährleistet bleibt (C-595/13, Rn. 34).

Fonds, die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren im Sinne der OGAW-Richtlinie darstellen, sind „Sondervermögen“ (C-595/13, Rn. 36). Wie Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie zu entnehmen ist, sind Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren Organismen, deren ausschließlicher Zweck es ist, beim Publikum beschaffte Gelder nach dem Grundsatz der

Risikostreuung in Wertpapieren zu investieren, und deren Anteilscheine auf Verlangen der Anteilshaber unmittelbar oder mittelbar zulasten des Vermögens dieser Organismen zurückgenommen oder ausgezahlt werden.

Als „Sondervermögen“ sind darüber hinaus auch Fonds anzusehen, die zwar keine Organismen für gemeinsame Anlagen im Sinne der OGAW-Richtlinie darstellen, jedoch dieselben Merkmale aufweisen wie diese und somit dieselben Umsätze tätigen oder diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen (C-595/13, Rn. 37).

## 2) Das Vorliegen einer besonderen staatlichen Aufsicht ist ausreichend

### a) Allgemeine Würdigung durch den EuGH

Bei der Prüfung der unter I. aufgeführten Kriterien führt der EuGH aus, dass die in der MwSt-Richtlinie genannte Steuerbefreiung, wie die Generalanwältin in den Nrn. 22 bis 29 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, für Anlageorganismen gilt, die auf nationaler Ebene einer besonderen Aufsicht unterliegen (C-595/13; Rn. 40).

Wie der Gerichtshof mehrmals im Rahmen der Auslegung der Steuerbefreiung der Verwaltung von Sondervermögen im Sinne der MwSt-Richtlinie ausgeführt hat, fand die Harmonisierung des Mehrwertsteuerrechts statt, bevor die Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der Zulassung von und Aufsicht über Anlagevermögen erlassen wurden, und insbesondere vor Erlass der OGAW-Richtlinie. Ursprünglich bestimmten die Mitgliedstaaten, welche Anlagevermögen national reguliert werden. Dadurch, dass für die Definition des Begriffs „Sondervermögen“ auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verwiesen wurde, konnte man die Steuerbefreiung nach der MwSt-Richtlinie Anlagen vorbehalten, die einer besonderen staatlichen Aufsicht unterliegen.

Die OGAW-Richtlinie hat für die in den Mitgliedstaaten niedergelassenen Organismen für gemeinsame Anlagen gemeinsame Mindestregelungen für die Zulassung, Struktur, Geschäftstätigkeit sowie hinsichtlich der zu veröffentlichen Informationen festgelegt. **Die Einführung erster Schritte zur Regelung der Aufsicht über Anlagevermögen auf Unionsebene durch die OGAW-Richtlinie hat den Ermessensspielraum, über den die Mitgliedstaaten für die Definition des Sondervermögens im Sinne der MwSt-Richtlinie verfügen, eingeschränkt (C-595/13; Rn. 45).**

**Die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten wurde somit durch die Koordinierung der Rechtsvorschriften im Bereich der Investitionsaufsicht auf Unionsebene überlagert.** Der Begriff des „Sondervermögens“ im Sinne der MwSt-Richtlinie wird daher gleichzeitig durch Unionsrecht und durch nationales Recht bestimmt (C-595/13; Rn. 46).

Die Generalanwältin beim EuGH, auf deren Aussagen sich der EuGH bezieht, wird insoweit noch deutlicher. Nachdem nämlich auf Unionsebene die Regelung der besonderen staatlichen Aufsicht über Anlagevermögen mit der OGAW-Richtlinie ihren Anfang genommen hatte, beschränkte der Gerichtshof den Spielraum der Mitgliedstaaten für die Definition eines Sondervermögens im Sinne der MwSt-Richtlinie: **Die Mitgliedstaaten müssen Vermögen, die nach der OGAW-Richtlinie reguliert sind, zwingend als „Sondervermögen“ einstufen (Schlussanträge C-595/13; Rn. 23).**

Soweit das Aufsichtsrecht aber nicht auf Unionsebene reguliert ist, besteht die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten fort. Denn der Unionsgesetzgeber hat im sechsten Erwägungsgrund der OGAW-Richtlinie ausgeführt, dass die Harmonisierung „zunächst“ nur Anlagen betreffen soll, die nicht

geschlossen sind und die ausschließlich in Wertpapiere investieren. Deshalb konnte der Gerichtshof feststellen, dass eine geschlossene Investmentgesellschaft, deren staatliche Beaufsichtigung nicht unionsrechtlich geregelt ist, gleichwohl unter den Begriff des Sondervermögens i.S.d. MwSt-Richtlinie fallen kann. An dieser Situation hat sich für den vorliegenden Fall (*Einfügung durch Verfasser: vor Erlass der AIFM-Richtlinie*) nichts geändert. Denn die weitergehende Harmonisierung des Aufsichtsrechts für Anlagevermögen durch die AIFM-Richtlinie kann im Ausgangsrechtsstreit, in dem die Rechtslage des Jahres 1996 zu beachten ist, noch keine Berücksichtigung finden. Der Begriff des „Sondervermögens“ im Sinne der MwSt-Richtlinie wird somit jedenfalls nach alter Rechtslage sowohl durch das Unionsrecht als auch durch das nationale Recht bestimmt (Schlussanträge C-595/13; Rn. 26).

Soweit das Unionsrecht mittels der OGAW-Richtlinie Anlagevermögen einer besonderen staatlichen Aufsicht unterstellt, sind sie Sondervermögen im Sinne der Steuerbefreiung.

Soweit die Mitgliedstaaten darüber hinaus für weitere Arten von Anlagevermögen eine besondere staatliche Aufsicht vorsehen, profitieren diese grundsätzlich ebenfalls von der Steuerbefreiung.

In diesem Sinne ist die Rechtsprechung zu verstehen, nach der die Mitgliedstaaten als Sondervermögen auch solche Fonds anzusehen haben, die zwar keine Organismen für gemeinsame Anlagen im Sinne der OGAW-MwSt-Richtlinie darstellen, aber diesen zumindest so weit ähnlich sind, dass sie mit ihnen im Wettbewerb stehen. Ein solcher Wettbewerb kann grundsätzlich nur zwischen Anlagevermögen bestehen, die besonderer staatlicher Aufsicht unterstehen. Nur solche Anlagevermögen können den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterliegen und den gleichen Anlegerkreis ansprechen (Schlussanträge C-595/13; Rn. 27).

## **b) Übertragung der Grundsätze auf die heutige Rechtslage**

Mit dem Erlass der AIFM-RL in 2011 (und der nationalen Umsetzung im KAGB in 2013) wurde die Definitionsbefugnis der Mitgliedsstaaten derart eingeschränkt bzw. überlagert, dass sämtliche AIF ohne weitere Prüfung von der Befreiung der MwSt-Richtlinie erfasst sind.

Die AIFM-Richtlinie hat für die in den Mitgliedstaaten niedergelassenen Verwalter und Organismen für gemeinsame Anlagen (sog. AIF) gemeinsame Mindestregelungen für die Zulassung, Struktur, Geschäftstätigkeit sowie hinsichtlich der zu veröffentlichen Informationen festgelegt. Diese wurden im KAGB auch für Spezial-AIF national umgesetzt.

Damit hat der Richtliniengeber als auch der nationale Gesetzgeber AIF einer besonderen staatlichen Aufsicht über Anlagevermögen unterstellt. Insoweit müssen Mitgliedstaaten Vermögen, die nach der AIFM-Richtlinie reguliert sind, genau wie OGAW zwingend als „Sondervermögen“ im Sinne der MwSt-Richtlinie einstufen.

Die weitere bisher vom EuGH geforderte Prüfung, ob die Vermögen neben einer besonderen staatlichen Aufsicht auch die anderen Merkmale aufweisen, die erforderlich sind, um als „Sondervermögen“ angesehen werden zu können, das im Lichte des Ziels der MwSt-Richtlinie und des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität von der Steuer befreit werden kann, ist seit 2011 bzw. 2013 entbehrlich. Diese Prüfung wurde nur für den Fall durchgeführt, in dem eine durch die Mitgliedstaaten freiwillig geregelte nationale Aufsicht über Vermögen bestand, ohne dass diese unionsrechtlich gefordert war.



Dieser Schluss ist zwar nicht eindeutig der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, aber den Schlussanträgen der Generalanwältin beim EuGH.

Sie führt aus, dass falls das vorlegende Gericht feststellen sollte, dass die in Frage stehenden Vermögen einer besonderen staatlichen Aufsicht unterlagen, sich die weitere Frage stellt, ob ein solches Sondervermögen kraft nationalen Aufsichtsrechts auch als Sondervermögen im Sinne der Steuerbefreiung der MwSt-Richtlinie anzusehen ist. Denn nach der Rechtsprechung existiert eine äußere Grenze des Definitionsrechts der Mitgliedstaaten. Die Qualifizierung als „Sondervermögen“ nach nationalem Aufsichtsrecht aufgrund der besonderen Regulierung eines Anlagevermögens ist als solche noch nicht ausreichend für die Anwendbarkeit der Befreiung. Vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass es sich um Fonds handelt, die unter den Begriff des „Sondervermögens“ im Sinne der MwSt-Richtlinie fallen und im Licht des Ziels dieser Richtlinie sowie des Grundsatzes der steuerlichen Neutralität für eine Befreiung in Frage kommen (Schlussanträge C-595/13, Rnr. 32 und 33).

Seit Inkrafttreten und Umsetzung der AIFM-Richtlinie muss diese Prüfung nicht mehr vorgenommen werden. Genau wie seit Erlass der OGAW-Richtlinie haben die Regelung der Aufsicht über Anlagevermögen auf Unionsebene durch die AIFM-Richtlinie den Ermessensspielraum, über den die Mitgliedstaaten für die Definition des Sondervermögens im Sinne der MwSt-Richtlinie verfügen, eingeschränkt. Die Definitionsbefugnis der Mitgliedstaaten wurde durch die Koordinierung der Rechtsvorschriften im Bereich der Investmentaufsicht bzgl. AIF auf Unionsebene überlagert. Der Begriff des „Sondervermögens“ im Sinne der MwSt-Richtlinie wird daher seit 2011 bzw. 2013 nicht mehr gleichzeitig durch Unionsrecht und durch nationales Recht bestimmt.

**Ergebnis: Insoweit müsste nach § 4 Nr. 8 Buchst. h UStG die Verwaltung von Investmentvermögen im Sinne des KAGB umsatzsteuerbefreit sein.**

## **BVI<sup>1</sup>-Eingabe zum Zukunftsfinanzierungsgesetz – Finanzierung der Transformation mit Investmentfonds**

### **Eingabe zum Kapitalanlagegesetzbuch**

### **Vorschlag zur Anpassung des § 231 KAGB**

Anmerkung: Ausführungen in eckigen Klammern und Kursivschrift dienen nur der Erläuterung

#### **Problem und Ziel**

##### **[Angekündigte Solardachpflicht zeigt klare Erwartungen der Politik an Gebäudehalter]**

Die Verbesserung der Energieeffizienz im Gebäudebereich ist ein wichtiger Baustein der Energiewende und für den Klimaschutz. Dabei leistet Strom aus erneuerbaren Energien einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung der klimapolitischen Ziele in Deutschland. Auf dem Weg zur Treibhausgasneutralität im Jahr 2050 muss deshalb deren Ausbau konsequent weiter vorangetrieben werden. Ein seit Jahren wichtiger Bereich der erneuerbaren Energien sind Photovoltaik-/Solaranlagen. Für das Gelingen der Energiewende werden geeignete Standorte für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien benötigt. Die Bundesregierung hat daher im Koalitionsvertrag unter anderem festgehalten, dass künftig alle geeigneten Dachflächen für Solarenergie genutzt werden sollen. Bei gewerblichen Neubauten soll dies verpflichtend sein, bei privaten Neubauten die Regel. Einige Bundesländer haben – in unterschiedlichem Umfang – bereits eine Pflicht zur Installation einer Solar- und/oder Photovoltaikanlage auf dem Dach eingeführt oder planen dies für die Jahre ab 2023. Seitens der Politik besteht also eine klare Erwartungshaltung gegenüber allen Gebäudehaltern, soweit möglich gebäudenahen Strom zu erzeugen.

##### **[Immobilienfondsbranche will Beitrag leisten]**

Die Immobilienfondsbranche kann einen wichtigen Beitrag zur Energiewende in Deutschland leisten, indem sie durch den verstärkten Einsatz von Erneuerbare-Energien-Anlagen relevante Treibhausgasreduktionen erreicht. Das Thema „ESG“ treibt die Branche ohnehin zu mehr Nachhaltigkeit an und hat sich bereits zu einem bedeutenden Wettbewerbsfaktor entwickelt. Immobilienfonds wollen durch Investitionen in eine dezentrale, erneuerbare Energieversorgung ihre Nachhaltigkeitsbilanz stärken. In Betracht kommt eine Nutzung als Allgemeinstrom, ggf. auch als Mieterstrom oder als Unterstützung der Wärme- bzw. Kälteversorgung und für E-Ladestationen für Autos und Fahrräder. Das erhöht die Mieterbindung und die Wohn-/Nutzungsqualität.

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Fondsbranche auf nationaler und internationaler Ebene. Er setzt sich gegenüber Politik und Regulatoren für eine sinnvolle Regulierung des Fondsgeschäfts und für faire Wettbewerbsbedingungen ein. Als Treuhänder handeln Fondsgesellschaften ausschließlich im Interesse des Anlegers und unterliegen strengen gesetzlichen Vorgaben. Fonds bringen das Kapitalangebot von Anlegern mit der Kapitalnachfrage von Staaten und Unternehmen zusammen und erfüllen so eine wichtige volkswirtschaftliche Funktion. Die 116 Mitgliedsunternehmen des BVI verwalten rund 4 Billionen Euro Anlagekapital für Privatanleger, Versicherungen, Altersvorsorgeeinrichtungen, Banken, Kirchen und Stiftungen. Deutschland ist mit einem Anteil von 28 Prozent der größte Fondsmarkt in der EU.



Derzeit bestehen für offene Immobilienfonds rechtliche Hürden, die Erzeugung erneuerbarer Energien entscheidend voranzubringen. Erneuerbare-Energien-Anlagen, wie insbesondere Photovoltaik-/Solaranlagen, sind regelmäßig kein wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks und in der Folge gesondert eigentumsfähig. Das macht eine Gesamtqualifikation von Grundstück und Anlage als (notwendiger Bestandteil der) „Immobilie“ im aufsichtsrechtlichen Sinne komplex. Eine Klassifizierung als Bewirtschaftungsgegenstand im Sinne von § 231 Abs. 3 KAGB kann ebenfalls fraglich sein. Dies gilt insbesondere, wenn das gesamte Gebäude an einen einzigen Mieter vermietet wird (Single-Tenant-Gebäude) und der Mieter den Strom aus der Anlage nicht oder aufgrund einer langen Vertragsbindung an einen anderen Stromanbieter zumindest noch nicht abnehmen will. Denn in diesen Fällen könnte es an einer für die Qualifikation als Bewirtschaftungsgegenstand notwendigen „Erforderlichkeit für die Bewirtschaftung“ des Gebäudes fehlen. Die Konsequenz wäre, dass eine Anlage für Rechnung eines offenen Immobilienfonds gesetzlich gar nicht erworben bzw. errichtet werden dürfte, obwohl nach einigen Landesgesetzen bereits heute eine gesetzliche Pflicht zur Errichtung besteht.

Wird das Gebäude dagegen an mehrere Mieter vermietet (Multi-Tenant-Gebäude), kann der Vermieter die Qualifikation als Bewirtschaftungsgegenstand zwar ggf. dadurch herstellen, dass er den durch die Anlage erzeugten Strom zumindest (auch) für die Bewirtschaftung der Allgemeinflächen nutzt. Die Allgemeinflächen haben jedoch regelmäßig keinen besonders hohen Strombedarf, so dass sich ohne eine zusätzliche Einspeisung überschüssiger Energie in das Stromnetz die Installation einer Anlage regelmäßig als nicht wirtschaftlich erweist. Hinzu kommt, dass ohne eine (zulässige) Einspeisung in das öffentliche Stromnetz bestehende Potentiale in Form von freien Dachflächen nicht bzw. nur in geringem Maße für die Energiewende zur Verfügung stünden. Der Einspeisung in das Stromnetz für Rechnung eines offenen Immobilienfonds stehen jedoch ebenfalls regulatorische Unwägbarkeiten entgegen. Die Erwirtschaftung von Erträgen aus der Stromproduktion könnten auf eine operative Tätigkeit hindeuten, welche für Rechnung eines offenen Immobilienfonds jedenfalls von Teilen der Literatur als unzulässig angesehen wird (vgl. Emde/Dornseifer/Dreibus/Conradi KAGB § 231 Rn. 18 f., 113 ff.). Es besteht nach der derzeitigen Rechtslage mithin die Gefahr, dass die Dachflächen von Gebäuden, die für Rechnung von offenen Immobilienfonds gehalten werden, aus regulatorischen Gründen nicht für die erforderliche Energiewende zur Verfügung stehen.

Anders als bei geschlossenen Publikums-AIF gehören zudem Investitionen in Freiflächenanlagen nach geltendem Recht nicht zu den zulässigen Anlagegegenständen von offenen Immobilienfonds.

Um die gemeinsamen Ziele zu unterstützen, müssen daher die rechtlichen Rahmenbedingungen für Kapitalverwaltungsgesellschaften für Investitionen in erneuerbare Energien und deren Nutzung verbessert werden. Dazu gehören nicht nur Anlagen auf den von den Fonds gehaltenen Gebäuden und Parkplatzflächen, sondern auch Investitionen in Freiflächenanlagen. Die gesetzlichen Regelungen müssen so gestaltet werden, dass Immobilienfonds ihr Potential voll ausschöpfen können, ohne dabei das vorhandene Schutzniveau für Anleger abzusenken. Hierdurch wird die gewünschte Breitenwirkung erzeugt und ein möglichst großer Vorteil für die Anleger geschaffen.

### **[Nutzung von Erneuerbaren-Energien-Anlagen durch Immobilienfonds bringt zusätzliche Vorteile für Anleger und Mieter]**

Bei Kapitalanlegern und Mietern gewinnt die Nachhaltigkeit von Immobilien immer mehr an Bedeutung. Nachhaltige Gebäude sind wirtschaftlich effizient, umweltfreundlich und ressourcensparend. Mit Photovoltaik-Anlagen auf bisher ungenutzten Dachflächen können zudem nachhaltige Investitionskosten durch zusätzliche Erträge aufgrund der Stromvermarktung überkompensiert werden und diese Investitionen überhaupt erst wirtschaftlich erscheinen lassen. Daneben werden die Gebäude für den Fall





eines Verkaufs aufgewertet und können zum Vorteil der Anleger besser vermarktet werden. Gleichzeitig können Immobilienfonds ihren Mietern unter Umständen das attraktive Angebot machen, von günstigem Strom zu profitieren. Zugleich können sie aktiv an der Energiewende, einer größeren Unabhängigkeit von fossilen Brennstoffen und damit bei der Erreichung der ambitionierten Ziele aus dem Koalitionsvertrag mitwirken. Strom aus einer eigenen Anlage ist inzwischen günstiger als der Standard-Haushaltsstrom des Energieversorgers. Durch die lokale Stromproduktion und den direkten Verbrauch an der Erzeugerquelle werden außerdem die Netzinfrastruktur entlastet und temporäre Netzwerkschaltungen aufgrund einer Überlastung der Netzinfrastruktur künftig reduziert oder sogar gänzlich vermieden. Ferner würde durch die lokale Stromproduktion das Netzdurchleitungsentgelt sowohl für den Mieter als auch für den Eigentümer (Anleger) insoweit wegfallen.

### **[Neben der Erzeugung gebäudenahen Stroms Förderung der Freiflächenanlagen durch Erweiterung der Anlagemöglichkeiten]**

Für die Erreichung der Klimaziele spielt es keine Rolle, auf welcher Immobilie erneuerbare Energien erzeugt werden. Auch die nicht gebäudenah erzeugten erneuerbaren Energien leisten einen wertvollen Beitrag, z. B. Wind- oder Solarstrom in der Freifläche. Investitionen in Parks mit Erneuerbaren-Energie-Anlagen weisen strukturell eine große Nähe zu Immobilieninvestitionen aus. Damit Immobilienfonds ihr Potential voll ausschöpfen können, sollen daher die zulässigen Anlagen von Immobilien-Sondervermögen auf Investitionen in Freiflächen-Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien durch die Einfügung einer neuen Nummer 7 in den Katalog der zulässigen Vermögensgegenstände nach § 231 Abs. 1 Satz 1 KAGB erweitert werden. Gleichzeitig soll mit dieser Erweiterung der Anlagemöglichkeiten für offene Immobilienfonds strukturell ein Gleichlauf mit den Anlagemöglichkeiten von geschlossenen inländischen Publikums-AIF hergestellt werden, die bereits heute entsprechende Investitionen tätigen dürfen. Darüber hinaus sind derartige Investitionen auch gut geeignet, den Anteil nachhaltiger Anlagen in einem offenen Immobilienfonds zusätzlich zu fördern. Außerdem ist es grundsätzlich wünschenswert, Anreize zu schaffen, einen Anteil der benötigten Erneuerbaren-Energie-Anlagen auch auf Freiflächen zu installieren. Mit der Möglichkeit, auch für einen offenen Immobilienfonds in derartige Anlagen zu investieren, wird die Nachfrage für solche Freiflächenanlagen gestärkt.

### **Lösung**

Im Kapitalanlagegesetzbuch werden klare Rahmenbedingungen gesetzt, um Immobilienfonds den wirtschaftlich sinnvollen Betrieb von gebäudenahen Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu ermöglichen. Gleichzeitig sollen Immobilienfonds auch direkte Investitionsmöglichkeiten in Erneuerbare-Energien-Anlagen erlaubt werden.

### **[Klare rechtliche Einordnung von Photovoltaik-/Solaranlagen als „Bewirtschaftungsgegenstand“ gemäß § 231 Abs. 3 KAGB]**

Photovoltaik-/Solaranlagen, die als sogenannte Aufdachanlagen konstruiert sind, lassen sich regelmäßig leicht und beschädigungsfrei von der Gebäudesubstanz trennen. Es handelt sich nach der Verkehrsanschauung und auch rechtlich um eigenständige Sachen und nicht um Bestandteile des Gebäudes. Dies macht bislang eine Solaranlage als zulässigen Vermögensgegenstand für ein Immobilien-Sondervermögen im aufsichtsrechtlichen Sinne schwierig.





Allerdings dürfen für ein Immobilien-Sondervermögen gemäß § 231 Abs. 3 KAGB auch Gegenstände erworben werden, die für die Bewirtschaftung erforderlich sind. „Erforderlich“ ist ein Vermögensgegenstand dann, wenn er der wirtschaftlich sinnvollen Nutzung des Grundstücks dient. Eine Photovoltaikanlage ermöglicht die Nutzung der Dachflächen zur Gewinnung von Strom. Unter Umständen kann die Errichtung einer Erneuerbare-Energien-Anlage sogar die einzige Möglichkeit sein, ein Grundstück sinnvoll zu nutzen. Mit einer Ergänzung in § 231 Abs. 3 soll nunmehr klar geregelt werden, dass für ein Immobilien-Sondervermögen neben Gegenständen, die [Variante 1] zur Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände des Immobilien-Sondervermögens erforderlich sind, künftig auch Gegenstände erworben werden dürfen, die [Variante 2 neu] der Energieerzeugung, insbesondere Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nummer 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes einschließlich Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder Elektrofahrräder dienen. Die Qualifikation als Bewirtschaftungsgegenstand wäre ohne die Neuregelung in der Variante 2 oben insbesondere dann fraglich, wenn ein Gebäude vollständig an einen Mieter vermietet wird (Single-Tenant-Gebäude), weil die für die Eigenschaft als Bewirtschaftungsgegenstand nach § 231 Abs. 3 KAGB notwendige „Erforderlichkeit zur Bewirtschaftung“ des Gebäudes mangels Vorhandensein von Allgemeinflächen nicht allein durch den Vermieter herbeigeführt werden kann, insbesondere wenn der Mieter den Strom ggf. nicht abnehmen möchte.

Der Stromanteil, der direkt im Gebäude verbraucht werden kann, ist unter anderem von der Größe der Anlage, dem Standort und dem individuellen Stromverbrauch und Lastgang abhängig. In der Praxis wird es regelmäßig der Fall sein, dass der auf einer Dachanlage, einem Parkplatz oder einer Freifläche erzeugte Strom nicht vollständig für das Gebäude genutzt werden kann. Gemeinflächen oder die Mieter verbrauchen in der Regel nie den ganzen Strom, den die Anlage produziert, sondern nur einen Bruchteil hiervon. Bei einer den Zielen der Energiewende besonders Rechnung tragenden großen Anlage auf zum Beispiel einer Logistikimmobilie wird oft zehnmal so viel Strom produziert, wie der Mieter verbraucht. Bei Handelsimmobilien ist es in der Regel fünfmal so viel. In der Praxis werden daher – sofern sich kein Betreiber der Anlage finden lässt – aufgrund der regulatorischen Unsicherheiten häufig gar keine oder allenfalls kleinere Anlagen zur Versorgung der Allgemeinflächen auf den Dächern installiert, was im Ergebnis jedoch den Zielen der Energiewende zuwiderläuft bzw. dem bestehenden Potential aufgrund größerer Dachflächen nicht im ausreichenden Maße Rechnung trägt. Zusätzliche Umstände sind Änderungen bei den Mietverhältnissen oder Leerstände, die zu einer möglichen Nichtabnahme lokal produzierten Stroms vor Ort führen.

Vor allem könnten größere Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien auf Immobilien mit Flachdächern, häufig Logistikimmobilien oder Einzelhandelsunternehmen, errichtet werden, da entsprechend große Dachflächen zur Verfügung stehen. Um insbesondere Single-Tenant-Gebäude, bei denen keine Gemeinschaftsflächen existieren, die mit Strom des Vermieters versorgt werden können, [und der Single-Tenant-Mieter eine Anlage nicht mitmieten und es sich offenhalten möchte, woher er seinen Mieterstrom bezieht,] Anreize zu geben, in den Ausbau der Dachflächen mit (möglichst leistungsstarken) Erneuerbaren-Energien-Anlagen zu investieren, soll in der Neufassung von § 231 Abs. 3 KAGB allein für diese Fälle auf das Merkmal der „Erforderlichkeit zur Bewirtschaftung“ verzichtet werden. *[Ansonsten könnte zweifelhaft sein, ob die Anlage für Rechnung eines Sondervermögens erworben bzw. gehalten werden darf, da die Qualifikation als Bewirtschaftungsgegenstand nach § 231 Abs. 3 KAGB fragwürdig ist.]*

Bei den beiden Varianten des § 231 Abs. 3 KAGB handelt es sich nicht um kumulative, sondern um alternative Voraussetzungen, die nebeneinanderstehen können. Damit ist die Variante 2 von der zwingenden Voraussetzung der „Erforderlichkeit der Bewirtschaftung“ in Variante 1 zu § 231 Abs. 3 KAGB befreit, mit der Folge einer sinnvollen Verbreiterung des Anwendungsbereichs für offene



Immobilienfonds. Der erzeugte Strom muss also nicht zwingend zumindest zum Teil im Gebäude genutzt werden. Es reicht vielmehr aus, dass der Bewirtschaftungsgegenstand (= die Erneuerbare-Energien-Anlage) grünen Strom erzeugt. Wo er verbraucht werden muss, soll die Norm nicht regeln. Die Entkoppelung von der „Erforderlichkeit zur Bewirtschaftung“ soll gewährleisten, dass möglichst viele wirtschaftlich sinnvolle Modelle umgesetzt werden können, um sicherzustellen, dass auch offene Immobilienfonds an einer erfolgreichen Umsetzung der Energiewende und einer größeren Unabhängigkeit von fossilen Brennstoffen wirtschaftlich sinnvoll mitwirken können.

### **[Erzeugung von Strom keine operative Tätigkeit]**

Für die den Fonds verwaltende Kapitalverwaltungsgesellschaft gibt es verschiedene Konstellationen der Vermarktung des Stroms aus Erneuerbaren-Energie-Anlagen. Eine Variante ist das Verpachten/Vermieten von Flächen an oder auf dem Gebäude bzw. bereits bestehender Aufdachanlagen an einen Anlagenbetreiber. Der Anlagenbetreiber übernimmt Betrieb, Pflege, Wartung und ggf. die Errichtung der Anlagen sowie die anschließende Stromvermarktung. Die Kapitalverwaltungsgesellschaft erhält hierfür im Gegenzug eine entsprechende Pacht/Miete für die Bereitstellung der Flächen oder der Anlage selbst. Dies setzt allerdings voraus, dass sich auch stets ein Betreiber der Anlage findet. Ferner führt dies regelmäßig im Verhältnis zum Pachtzins zu erheblichem Zusatzaufwand durch u.a. die Suche nach einem (solventen) Betreiber, die Verhandlung des Pachtvertrags sowie die genaue Abgrenzung bei der Dachfläche zwischen Mietgegenstand des Gebäudes und Pachtgegenstand der Anlage. Außerdem verlangt der Betreiber häufig eine grundbuchliche Sicherung. Allein der Aufwand für die Vermietung der Dachflächen oder bestehender Anlagen an einen Betreiber steht daher regelmäßig nicht in einem vernünftigen Verhältnis zum üblicherweise sehr geringen Miet-/Pachtzins und erweist sich daher häufig als wirtschaftlich nicht sinnvoll.

Eine andere Möglichkeit besteht deshalb darin, eine Erneuerbare-Energien-Anlage selbst zu errichten und zu betreiben und den erzeugten Strom zur Versorgung des Gebäudes mit Allgemeinstrom zu nutzen, gegen eine marktgerechte Vergütung an die Mieter abzugeben oder überschüssigen Strom bei einem Netzbetreiber einzuspeisen. Dieses Geschäftsmodell ist oftmals lukrativer und weniger aufwändig als die Vermietung/Verpachtung an einen Anlagenbetreiber oder stellt ggf. sogar die einzige Möglichkeit dar, eine Erneuerbare-Energien-Anlage, z. B. bei kleineren Flächen, zu betreiben.

Eine zusätzliche Nutzungsmöglichkeit im Sinne eines ertragssteigernden Verkaufs des überschüssigen Stroms muss zulässig sein, ohne dass Kapitalverwaltungsgesellschaften damit eine sog. operative Tätigkeit ausüben. Das Kriterium der operativen Betätigung verfolgt den Zweck, operativ tätige Unternehmen außerhalb des Finanzsektors in sachgerechter Weise zu privilegieren und vom Anwendungsbereich des Kapitalanlagegesetzbuches auszunehmen. Eine Kapitalverwaltungsgesellschaft wird nicht zum operativ tätigen Unternehmen, wenn sie im Rahmen ihrer Immobilienverwaltung Strom erzeugt und vermarktet, solange dies nicht die Haupttätigkeit darstellt. Diese Wertung hat der Gesetzgeber schon im Bereich der geschlossenen Fonds getroffen, die bereits nach aktueller Gesetzeslage die von ihnen gehaltenen Anlagen mit erneuerbaren Energien selbst betreiben dürfen. Dies soll mit einer zusätzlichen Regelung auch für offene Immobilienfonds klargestellt werden. Zusätzlich wird damit ein Gleichlauf mit dem Steuerrecht hergestellt: Auch der steuerliche Gesetzgeber beseitigt [im Gesetz zur ...] Hemmnisse und baut Regelungen ab, die den Ausbau erneuerbarer Energien für Immobilien-Spezial-Investmentfonds in steuerlicher Hinsicht faktisch verbietet.

Die Erzielung zusätzlicher Erträge durch die Stromgewinnung führt nicht zu einer Änderung der bisherigen Anlagepolitik eines offenen Immobilienfonds. Die Erzeugung regenerativen Stroms im Licht des Ziels einer Klimaneutralität und der absehbaren Pflicht zur Errichtung von Photovoltaik-/Solaranlagen vermittelt dieselben immobilientypischen Chancen und Risiken, wie die bisherige reine



Vermietungstätigkeit. Mit der Nutzung der Dach- bzw. einer Freifläche für die Erzeugung von Strom wird eine Fläche genutzt, die ansonsten brachliegen und keinen Ertrag bringen würde. Eine Erhöhung der Risiken für die Anleger in einem offenen Immobilienfonds ist nicht erkennbar. Außerdem wird die künftige Pflicht zur Errichtung von Solar-/Photovoltaikanlagen auf Dächern zwangsläufig zur Folge haben, dass überschüssiger Strom künftig in ein Stromnetz eingespeist werden muss. Hierfür wird der offene Immobilienfonds vom Stromversorger ein Entgelt erhalten. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob überschüssiger Strom in ein öffentliches Stromnetz eingespeist oder an einen Dritten abgegeben wird.

### **Alternativen**

Es gibt keine Alternativen angesichts der heutigen Unsicherheiten für offene Immobilienfonds, Strom aus Erneuerbare-Energien-Anlagen in den beschriebenen Fällen zu erzeugen.



## Umsetzung

1. § 231 Absatz 1 Satz 1 KAGB erhält eine neue Nr. 7:

### **7. Anlagen zur Erzeugung, zum Transport und zur Speicherung von Strom, Gas oder Wärme aus erneuerbaren Energien;**

Aus der bisherigen Nr. 7 in Absatz 1 wird Nr. 8.

2. § 231 Absatz 3 KAGB wird wie folgt gefasst:

(3) Für ein Immobilien-Sondervermögen dürfen auch Gegenstände erworben werden, die zur Bewirtschaftung der Vermögensgegenstände des Immobilien-Sondervermögens erforderlich **sind oder der Energieerzeugung, insbesondere Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nummer 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder Elektrofahrräder dienen.**

3. § 231 KAGB erhält einen neuen Absatz 4:

**(4) Das Erzielen von Einnahmen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Anlagen im Sinne von Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 oder Abs. 3, zweiter Halbsatz führt nicht zu einer operativen Tätigkeit des Immobilien-Sondervermögens.**

Aus dem bisherigen § 231 Absatz 4 KAGB wird § 231 Absatz 5 KAGB und aus dem bisherigen § 231 Absatz 5 KAGB wird § 231 Absatz 6 KAGB.

4. § 235 Absatz 1 Nr. 2 KAGB wird wie folgt gefasst:

2. die nach dem Gesellschaftsvertrag oder der Satzung nur Vermögensgegenstände im Sinne des § 231 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bis 5, **7** und ~~7~~**8** sowie Absatz 3 oder Beteiligungen an anderen Immobilien-Gesellschaften erwerben dürfen, die nach den Anlagebedingungen unmittelbar für das Immobilien-Sondervermögen erworben werden dürfen.