

Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger

**Schriftliche Stellungnahme
für die Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages
am 1. Dezember 2025**

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Förderung privater Investitionen und des Finanzstandorts
(Standortfördergesetz – StoFöG)“
BT-Drucks. 21/2507**

Inhaltsübersicht

I.	Gegenstand und Zielsetzung des Gesetzentwurfs für ein StoFöG	4
1.	Anpassungen im REIT-Gesetz (Art. 24 RegE-StoFöG)	4
2.	Änderungen im Investmentsteuergesetz (Art. 27 RegE-StoFöG)	4
3.	Änderungen im Kapitalanlagegesetzbuch (Art. 48 RegE-StoFöG)	5
4.	Schwerpunkt im Bereich Immobilien-Investmentfonds und REIT-Gesellschaften	5
II.	Erste Vorüberlegung: Rechtsformabhängiges System der Immobilienbesteuerung	6
III.	Zweite Vorüberlegung: Bedeutung der Grenzziehung zwischen unternehmerischer und vermögensverwaltender Betätigung, gewerblicher und nicht gewerblicher Betätigung im allgemeinen Ertragsteuerrecht.....	8
IV.	Bedeutung und Kritik der Neuregelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG	9
1.	Materielle Maßgeblichkeit des Aufsichtsrechts und seine Durchbrechungen	9
2.	Aufsichtsrechtliche Kriterien des Investmentfondsbegriffs.....	9
3.	Bewertung der Neuregelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG und Empfehlung auf ihren Verzicht	10
V.	Verwirklichung der Zielsetzung der Schaffung eines rechtssicheren Investitionsrahmens für Infrastruktur und erneuerbare Energien.....	11
1.	Bereichsübergreifende Definition der Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien.....	12
2.	Schwierige Präzisierung der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“	12
3.	Erweiterung der zulässigen Vermögensgegenstände und Anlagegrenzen für Immobiliengesellschaften.....	13
VI.	Einzelbetrachtung ausgewählter Änderungen im REITG, InvStG und im KAGB	14
1.	Änderungen im REITG	14
a)	Allgemeine Bewertung des REIT-Gesetzes	14
b)	Änderungen des REIT-Gesetzes (Art. 24 StoFöG)	15
aa)	Streichung des § 2 REITG	15
bb)	Einbindung energetischer Komponenten in die REIT-Struktur	15
cc)	Absenkung der Anlage- und Umsatzgrenzen in § 12 REITG	16
dd)	Gesamtwürdigung.....	16
2.	Änderungen im InvStG	16
a)	Änderung des § 1 Abs. 2 InvStG: Einführung des Begriffs der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“	16
b)	Änderung des § 6 InvStG: Neuordnung der inländischen Einkünfte und Einführung eines Positivkatalogs „nicht aktiver Bewirtschaftung“	17
aa)	Neuordnung der inländischen Beteiligungseinnahmen und Immobilienerträge (§ 6 Abs. 3 und 4 InvStG).....	17
bb)	Anpassungen der „sonstigen inländischen Einkünfte“ (§ 6 Abs. 5 InvStG)	17
c)	Änderungen der Steuerbefreiungen (§§ 8 und 10 InvStG).....	18
d)	Gewerbesteuerliche Änderungen (§ 15 InvStG).....	19
e)	Änderungen des § 26 InvStG (Anlagebestimmungen für Spezial-Investmentfonds)	20

aa) Änderungen des § 26 Nr. 4 InvStG	20
bb) Änderungen des § 26 Nr. 6 InvStG – Beteiligungsschwellen	20
cc) Änderungen des § 26 Nr. 7a InvStG – aktive Bewirtschaftung und EE-Einnahmen.....	21
3. Änderungen im KAGB.....	22
a) Neue Legaldefinition in § 1 Abs. 19 Nr. 6a KAGB	22
b) Erweiterte zulässige Vermögensgegenstände in § 231 Abs. 1 KAGB und die praktische Bedeutung der Abweichungsmöglichkeit des § 284 Abs. 2 KAGB	22
c) Ergänzung des Katalogs zulässiger Gegenstände nach § 231 Abs. 3 KAGB	23
d) Neuer § 231 Abs. 6 KAGB – Betrieb durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft	23
e) Änderungen in § 261 und § 284 KAGB	23
f) Gesamtwürdigung	24
VII. Fazit.....	25
1. Zielerreichung in der Förderung von Investitionen in erneuerbare Energien und Infrastruktur.....	25
2. Weitgehende Vermeidung von Systembrüchen und Einpassung in das Gesamtsystem des Ertragsteuerrechts.....	25
3. Verstärkte Bedeutung der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung und Erosion der Abgrenzung zur kollektiven Kapitalanlage.....	26
4. Fragliche Rechtfertigung des Sonderregimes für REIT-AG.....	26
5. Reformbedarf der Immobilienbesteuerung	26

I. Gegenstand und Zielsetzung des Gesetzentwurfs für ein StoFöG

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verfolgt – im Kontext weitreichender strukturpolitischer Herausforderungen wie Dekarbonisierung, geoökonomischer Fragmentierung und schwacher Produktivitätsentwicklung – das Ziel, die Rahmenbedingungen für private Investitionen und die Finanzierung von Unternehmen in Deutschland zu verbessern. Wie die Bundesregierung darlegt (S. 2 f. des Entwurfs), soll das StoFöG unmittelbar zur Stärkung des Finanzstandorts und zur Mobilisierung zusätzlichen privaten Kapitals beitragen.

Ein zentraler Schwerpunkt liegt darüber hinaus auf der Schaffung eines rechtssicheren Investitionsrahmens für Infrastruktur und erneuerbare Energien. Angesichts des erheblichen Investitionsbedarfs sollen – auch über steuerliche Regelungen – Impulse gesetzt werden, um Kapitalströme in diesen Bereichen zu erleichtern und bestehende steuerrechtliche Unsicherheiten zu beseitigen. Dies betrifft insbesondere Investitionen, die über Fondsstrukturen erfolgen und bei denen bislang Abgrenzungsfragen zwischen vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit oder zwischen Fonds- und Unternehmensbesteuerung bestanden.

Die für diese Stellungnahme maßgeblichen steuerrechtlichen Anpassungen konzentrieren sich auf folgende Maßnahmen:

1. Anpassungen im REIT-Gesetz (Art. 24 RegE-StoFöG)

Mit den Änderungen am REITG sollen Hemmnisse im Bereich der immobilienbezogenen Kapitalmarktfinanzierung abgebaut und Investitionsspielräume erweitert werden. Ziel ist es, REIT-Strukturen im internationalen Wettbewerb zu stärken und die Attraktivität des deutschen REIT-Regimes zu erhöhen. Die Änderungen stehen im Kontext der übergreifenden StoFöG-Zielsetzung, immobilien- und infrastrukturbbezogene Investitionen zu fördern.

2. Änderungen im Investmentsteuergesetz (Art. 27 RegE-StoFöG)

Die Investitionsmöglichkeiten von Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds sollen rechtssicher und europakompatibel erweitert werden, um Kapital für Infrastruktur, erneuerbare Energien sowie Venture Capital zu mobilisieren (S. 93–98 des Entwurfs).

Die zentralen Maßnahmen umfassen:

- Anpassungen des Anwendungsbereichs des InvStG und Regelungen zur Abgrenzung aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung, insbesondere durch einen neuen § 6 Abs. 5a InvStG, der rechtssichere Rahmenbedingungen für Kreditvergabe, Beteiligungshaltung und gewerblich strukturierte Energie- und Infrastrukturinvestitionen schaffen soll.
- Steuerliche Gleichstellung der Fondsanlage mit der Direktanlage durch Anpassungen der Steuerbefreiungsregelungen (§§ 8 und 10 InvStG), um systemwidrige Nichtbesteuerungen bei gewerblichen Tätigkeiten zu vermeiden (S. 191 f.).
- Erweiterung der Investitionsmöglichkeiten in gewerbliche Personengesellschaften, insbesondere im Bereich erneuerbarer Energien und Infrastruktur (§ 6 Abs. 5a S. 1 Nr. 3 InvStG).
- Erleichterung von Investitionen in Venture-Capital-Fonds durch die Aufhebung bestehender Beschränkungen.
- Verlängerung der Gültigkeit von Statusbescheinigungen zur Reduktion administrativer Aufwände (§ 7 Abs. 4 InvStG).

Die Bundesregierung betont, dass die Änderungen steuerliche Hemmnisse für Fondsstrukturen beseitigen und zugleich sicherstellen sollen, dass eine Ausweitung gewerblicher Fondsaktivitäten nicht zu einer unbeabsichtigten Steuerfreistellung führt.

3. Änderungen im Kapitalanlagegesetzbuch (Art. 48 RegE-StoFöG)

Im KAGB werden die aufsichtsrechtlichen und investitionsrechtlichen Grundlagen für Fondsstrukturen neu justiert, insbesondere durch:

- Einführung einer gesetzlichen Definition der Bewirtschaftung erneuerbarer Energien in § 1 Abs. 19 Nr. 6a KAGB, um Fondsinvestitionen in EE- und Infrastrukturprojekte klar und administrierbar abzugrenzen (S. 75 f.).
- Erweiterte Investitionsmöglichkeiten für offene Spezial-AIF, insbesondere durch die Zulassung des Erwerbs von Anteilen an sämtlichen Investmentfonds (S. 97 f.).

4. Schwerpunkt im Bereich Immobilien-Investmentfonds und REIT-Gesellschaften

Die Zielsetzung der Erweiterung der Investitionsmöglichkeiten um EE- und Infrastrukturprojekte adressieren in ihrem Schwerpunkt die Geschäftsmodelle der Immobilien-Investmentfonds und der in der Praxis weniger bedeutsamen REIT-Gesellschaften. Die von den Änderungen ausgehenden Lenkungswirkungen beschränken sich dabei nicht auf die Förderung privater Immobilieninvestitionen. Sie bilden indirekt auch eine Stärkung des Geschäftsmodells von Kapitalverwaltungsgesellschaften, die Immobilien-Investmentfonds verwalten. Diese Kapitalsammelstellen stehen im Wettbewerb mit anderen Formen der mittelbaren Investition in Immobilien, EE- und Infrastrukturprojekte durch Kapitalgesellschaften, Kommunale Energieversorger, Energie-Genossenschaften und auch mit Direktanlegern. Bei der Bewertung der Neuregelungen ist daher auch deren Wirkung auf den Wettbewerb um Kapitalanleger zwischen diesen unterschiedlichen Wegen zu berücksichtigen.

Die vorgesehenen Änderungen betreffen schließlich nicht nur immobilienverbundene Erneuerbare Energie (EE)- und Infrastrukturprojekte, wie zum Beispiel Photovoltaik-Dachanlagen.

Immobilienfonds soll vielmehr zum einen die Möglichkeit eröffnet werden, mittelbar durch ÖPP-Gesellschaften zu investieren. Dazu sollen Rechtsunsicherheiten abgebaut und Anlagegrenzen erweitert werden. Den Immobiliensondervermögen wird im Gesetzentwurf – dem Wortlaut der Änderungen nach – technisch auch die Möglichkeit eröffnet, unabhängig von einer Verbindung mit eigenen Immobilien, „Stand Alone“-EE-Anlagen zu erwerben und zu betreiben.

Vor diesem Hintergrund kommt der Erweiterung des Katalogs der aufsichtsrechtlich zulässigen Vermögensgegenstände und der Anlagegrenzen bei Immobilien-Sondervermögen in § 231 KAGB aus der Perspektive des Steuerrechts eine besondere Bedeutung zu. Die in diesen Katalog aufgenommenen Vermögensgegenstände und die eröffneten Möglichkeiten ihrer Bewirtschaftung erweitern nicht nur die aufsichtsrechtlichen Grenzen, sondern auch den Kreis der in den Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts einbezogenen Geschäfte.

Mit Blick auf die Zielsetzung der Bundesregierung, zu vermeiden, dass eine Ausweitung gewerblicher Fondsaktivitäten zu einer unbeabsichtigten Steuerfreistellung führt, sollen im Folgenden (unter B.) zunächst das System Immobilieninvestmentbesteuerung in das System der Immobilienbesteuerung eingeordnet und dabei insbesondere grenzüberschreitende Sachverhalte in den Vergleich einbezogen werden. Mit Blick auf die (mögliche) allgemeine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Investmentsteuerrechts im Grenzbereich zur unternehmerischer Betätigung soll sodann (unter C.) die Grenzziehung zwischen unternehmerischer und vermögensverwaltender Betätigung und die Abgrenzung gewerbesteuerpflichtiger Einkünfte sowie die Bereichsausnahme in Gestalt der erweiterten Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 ff. GewStG in den Blick genommen werden. An diese Vorüberlegungen schließen sich die Stellungnahmen zu den einzelnen Änderungsvorschlägen in Artt. 24, 27 und 48 RegE-StoFöG an.

II. Erste Vorüberlegung: Rechtsformabhängiges System der Immobilienbesteuerung

Immobilieninvestitionen zählen im deutschen Steuersystem, anders als Investitionen in Energieerzeugungsanlagen, nicht zu den originär unternehmerischen Aktivitäten. Sie bilden die Grundlage für eine eigene Einkunftsart, die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung unterliegen – in Gestalt des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten – **bei inländischen natürlichen Personen** der progressiven Einkommenssteuer mit Steuersätzen von 0 – 45 %, ggf. zzgl. Solidaritätszuschlag (zusammen im geltenden Tarif ab 277.826 Euro zu versteuerndem Einkommen 47,475 %) sowie Kirchensteuer. Sie unterliegen nicht der Gewerbesteuer, an deren Stelle die Grundsteuer tritt.

Das gleiche gilt für inländische Immobilieninvestitionen **ausländischer natürlicher Personen**. Die Immobilienerträge bilden inländische Einkünfte iSd. § 49 EStG und begründen damit eine beschränkte Steuerpflicht in Deutschland mit grundsätzlich gleicher Tarifbelastung wie beim Inländer.

Eine mittelbare Investition einer **inländischen natürlichen Person** durch eine **inländische Kapitalgesellschaft** erlaubt im Vergleich zu den vorgenannten Fällen eine steuerbegünstigte Thesaurierung, dies aber um den Preis der verlorenen Steuerfreiheit von Veräußerungsgewinnen außerhalb der Fristen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Sollen die Immobilienerträge durchgeschüttet werden, ergibt sich bei Vollausschüttung des Nachsteuergewinns der Gesellschaft eine Gesamtsteuerbelastung von 38,026 %. Diese Belastung verringert sich mit den im steuerlichen Investitionssofortprogramm beschlossenen Änderungen des Körperschaftsteuergesetzes ab 2028 – 2032 auf 34,14 %. Für die Kapitalgesellschaft besteht zwar grundsätzlich eine Gewerbesteuerpflicht. Gewerbesteuer fällt wegen der erweiterten Kürzung in § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG aber nicht an.

Bei einer mittelbaren Investition **einer inländischen natürlichen Person** durch eine **REIT-AG** entfallen auf der Ebene der Gesellschaft sowohl die Körperschaftsteuer als auch die Gewerbesteuer. Da die REIT-AG wenigstens 90 % ihrer Erträge ausschütten muss, entfällt weitgehend aber auch die Thesaurierungsmöglichkeit. Die Ausschüttungen unterliegen indessen – trotz der fehlenden Vorbelastung – dem allgemeinen Abgeltungsteuersatz zzgl. SolZ. Daraus ergibt sich eine Gesamtsteuerbelastung ausgeschütteter Gewinne von 26,375 %.

Bei einer mittelbaren Investition **einer inländischen natürlichen Person** durch einen in- oder ausländischen intransparenten („Publikums“)-**Investmentfonds** zeigt sich auf der Fondsebene zunächst dieselbe Steuerbelastung wie bei der Investition durch eine inländische Kapitalgesellschaft. Auf Fonds-ebene fallen 15 % KSt zzgl. SolZ an. Die Ausschüttung an eine inländische natürliche Person wird indessen, im Unterschied zur mittelbaren Investition durch eine Kapitalgesellschaft, nicht vollständig mit der Abgeltungsteuer belastet. Nach § 20 Abs. 3 InvStG bleiben 60 % der Ausschüttung steuerfrei. Daraus ergibt sich eine Gesamtsteuerbelastung der inländischen mittelbaren Immobilienanlage durch einen Investmentfonds von 24,705 %. In dieser im Vergleich zur Direktanlage durch eine natürliche Person niedrigen Nominalbesteuerung finden Unterschiede in der Bemessungsgrundlage Berücksichtigung. Veräußerungsgewinne aus Immobilien sind bei der Direktanlage nach 10 Jahren Haltedauer steuerfrei, nicht hingegen bei der Anlage durch einen Immobilienfonds. Die Fondsanlage erweist sich aber nunmehr in vielen Konstellationen als günstiger (dazu Gamm/Holtmann/Koch, StuW 2020, 368, 380).

Für den **ausländischen Immobilienfondsanleger** reduziert sich diese Belastung aus deutscher Perspektive nochmals, weil die Ausschüttungen aus dem Investmentfonds anders als die unmittelbar aus einer deutschen Immobilie erzielten Erträge nicht der inländischen beschränkten Steuerpflicht unterfallen. Sie unterliegen dann nur KSt und SolZ auf Fondsebene und damit – bei nicht steuerbegünstigten Fonds – einer Gesamtsteuerbelastung von 15,825 %.

Ähnlich stellt sich die Gesamtsteuerbelastung dar, wenn eine **ausländische natürliche Person** mittelbar durch eine **ausländische Kapitalgesellschaft** in eine **inländische Immobilie** investiert. Diese Kapitalgesellschaft erzielt dann zwar inländische Einkünfte iSd. § 49 EStG und ist damit im Inland beschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Eine inländische Gewerbesteuerpflicht ergibt sich aber ebenso wenig, wie eine Kapitalertragsteuerpflicht der Ausschüttungen. Es bleibt bei KSt + SolZ und damit bei einer inländischen Gesamtsteuerbelastung von 15,825 %.

Diese Belastung lässt sich noch weiter reduzieren, wenn die mittelbare Immobilieninvestition durch eine **ausländische Kapitalgesellschaft fremdfinanziert** wird. Jedenfalls bis zum Betrag von 3 Mio. Euro können Finanzierungsaufwendungen ohne Einschränkung durch die Zinsschranke gewinnmindernd berücksichtigt werden. Diese Freigrenze lässt sich durch Fragmentierung mehrfach nutzen. So lässt sich ein Steuersatz von Null erreichen. Dieselbe Möglichkeit steht – im Grundsatz – freilich auch Investmentfonds offen.

Zusammengefasst ergeben sich für **Steuerinländer als Investoren** folgende Belastungsunterschiede bei Erträgen aus Immobilieninvestitionen im Inland:

Variante (inländische nat. Person)	Steuerbelastung in D gesamt
Direkte Immobilieninvestition	(ab 277.826 Euro zvE) 47,475%
Mittelbare Investition durch inländische Kapitalgesellschaft	38,026%
Mittelbare Investition durch REIT-AG	26,375%
Mittelbare Investition durch Investmentfonds	24,705%

Für **Steuerausländer als Investoren** ergeben sich die folgenden Belastungsunterschiede bei Erträgen aus Immobilieninvestitionen im Inland

Variante (ausländische nat. Person)	Steuerbelastung in D gesamt
Direkte Immobilieninvestition	(ab 277.826 Euro zvE) 47,475%
Mittelbare Investition durch Inländische Kapitalgesellschaft	28,451%
Mittelbare Investition durch ausländische Kapitalgesellschaft	15,825%
Mittelbare Investition durch ausländische Kapitalgesellschaft mit steueroptimierter Fremdfinanzierung	0,000%
Mittelbare Investition durch Investmentfonds	15,825%
Mittelbare Investition durch REIT-AG	15,000%

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die **Immobilienbesteuerung in Deutschland** signifikant **rechtsformwahlabhängig** ist. Dabei ist bezogen auf die Rechtsformwahlalternative des Investmentfonds daran zu erinnern, dass die Wahl der steuerrechtlich anzuerkennenden Form eines Investmentfonds nicht notwendig mit aufsichtsrechtlichen Anforderungen verbunden sein muss. Ebensowenig bildet

die gesetzgeberische Vorstellung eines breiten Anlagerkreises eine Tatbestandsvoraussetzung für „Publikums“-Investmentfonds. Bereits im geltenden Recht kann eine GmbH mit einem einzigen Gesellschafter steuerrechtlich einen Investmentfonds darstellen und dem dafür geltenden Besteuerungsregime unterliegen, ohne aufsichtsrechtlich als Investmentfonds zu gelten oder in ein Investmentdreieck eingebettet zu sein. Es muss nur in den Anlagebedingungen festgehalten werden, dass für den „Publikums“-Fonds ein Anleger genügt.

Diese starke Rechtsformwahlabhängigkeit wird durch die im RegE-StoFöG vorgeschlagenen Änderungen auf Bereiche im Grenzbereich der unternehmerischen Betätigung ausgedehnt. Die mit der Abgrenzung der kollektiv-vermögensverwaltenden zur kollektiv-unternehmerischen Betätigung verbundenen Fragen werden im Folgenden dargestellt.

III. Zweite Vorüberlegung: Bedeutung der Grenzziehung zwischen unternehmerischer und vermögensverwaltender Betätigung, gewerblicher und nicht gewerblicher Betätigung im allgemeinen Ertragsteuerrecht

Die im vorigen Abschnitt beschriebenen Belastungsunterschiede bestehen in der beschriebenen Weise nur bei solchen Immobilieninvestitionen, die nicht einem – im steuerlichen Sinne – unternehmerischen Bereich zuzuordnen sind.

Das deutsche Ertragsteuerrecht differenziert im Dualismus der Einkunftsarten zwischen unternehmerischen und nicht-unternehmerischen Einkünften. Darin gründet es auf zwei unterschiedlichen Einkommenstheorien, deren Wurzeln die Quellentheorie und die Reinvermögenszugangstheorie bilden. Am deutlichsten unterscheiden sich diese Einkommenstheorien in der Behandlung von Veräußerungsgewinnen und Vermögensumschichtungen.

Die Notwendigkeit, im Ertragsteuerrecht, grundsätzlich auch im Körperschaftsteuerrecht, zwischen Einkünften aus privater Vermögensverwaltung und unternehmerischer Betätigung zu unterscheiden, begründet wesentlich die Komplexität des deutschen Steuerrechts. Die Rechtsfolgen dieser Unterscheidung zeigen sich dort nicht nur in der Behandlung von Veräußerungsgewinnen, sondern auch in den Methoden der Einkünfteermittlung.

Neben die Abgrenzung zwischen unternehmerischer und vermögensverwaltender Betätigung tritt die Abgrenzung gewerblicher und nicht-gewerblicher Betätigungen. Gewerbliche Betätigungen lösen zum einen eine Gewerbesteuerpflicht aus und sie führen zum andern, in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung des Betriebsstättenprinzips und damit zur Anknüpfungs- und Besteuerungsvoraussetzung der Betriebsstätte.

Die Bedeutung dieser Grenzziehung im Kontext der kollektiven Vermögensanlage ist zuletzt besonders bei Private Equity- und Venture Capital Fonds deutlich geworden. Zutreffend hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE-StoFöG auf die große Bedeutung und die bestehenden Rechtsunsicherheiten bei der Abgrenzung von privater Vermögensverwaltung und gewerblicher Betätigung hingewiesen (Stellungnahme des Bundesrates v. 21.11.25, BR-Drucks. 550/25, Ziff. 20). Der Vorschlag des Bundesrates, eine Grenzziehung für Beteiligungsgesellschaften gesetzlich zu regeln, muss allerdings mit Blick auf die historischen Erfahrungen kritisch bewertet werden. Der Bundesgesetzgeber hatte eine solchen Versuch bereits mit dem Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) v. 12.8.2008 (BGBl. I 2008, 1672) unternommen und diesen wegen der fehlenden beihilferechtlichen Freigabe nicht weiterverfolgt. Die Alternative zu einem weiteren Versuch einer gesetzlichen Grenzziehung wäre der Abbau der Bedeutung dieser Grenze durch Absenkung der Belastungsunterschiede zwischen den Einkunftsarten, der Absenkung der Bedeutung der Unterscheidung zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Einkünften und damit einhergehend

eine Modernisierung des Betriebsstättenprinzips für die inländische Besteuerung ausländischer Investoren. Eingebettet in europäische Initiativen, müsste damit kein Standortnachteil verbunden sein.

Bei Personengesellschaften, die einen Gewerbebetrieb unterhalten, bilden – im Grundsatz – diese Gesellschaften selbst das Steuersubjekt der Gewerbesteuer. Für die Abgrenzung zwischen gewerblicher und nicht-gewerblicher Betätigung kommen noch besondere Abgrenzungsregeln hinzu. Die Vorschrift des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG fingiert eine gewerbliche Betätigung für alle Aktivitäten einer Personengesellschaft, wenn diese auch eine gewerbliche Aktivität betreibt oder gewerbliche Einkünfte bezieht („Abfärberegelung“). Und die Vorschrift des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG fingiert eine gewerbliche Betätigung für alle Aktivitäten einer Personengesellschaft, wenn diese durch ihre Ausgestaltung einer kapitalistischen Struktur ähnlicher ist als einer personalistischen („gewerblich geprägte Personengesellschaft“).

In diesem Dualismus der Einkunftsarten und in dem Erfordernis gewerbliche von nicht-gewerblichen Einkünften zu unterscheiden findet sich auch das Investmentsteuerrecht wieder. Der Dualismus der Einkunftsarten setzt sich in diesem Teilsystem des Steuerrechts fort. Der RegE-StoFöG röhrt nicht an diesem System. Die Bedeutung dieser Differenzierungen wird aber durch die im StoFöG vorgeschlagenen Reformmaßnahmen aufgewertet und erhöht die Komplexität, die Rechtsformabhängigkeit und damit auch die Gestaltungsanfälligkeit des Investment- und des Unternehmensteuerrechts. Von der Unterscheidung unternehmerischer und vermögensverwaltender Betätigung, gewerblicher und nicht gewerblicher Betätigung im allgemeinen Ertragsteuerrecht zu trennen sind die Kategorien der „operativen unternehmerischen Betätigung“ und der „aktiven Bewirtschaftung“ im Investmentsteuerrecht. Durch das in § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG vorgesehene zusätzliche und Merkmal der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ wird eine weitere Grenzziehung eingeführt, die zuerst in der Beratungs- und Verwaltungspraxis und später in der Rechtsprechung zu konkretisieren sein wird.

IV. Bedeutung und Kritik der Neuregelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG

1. Materielle Maßgeblichkeit des Aufsichtsrechts und seine Durchbrechungen

Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Satz 1 InvStG regelt in Verbindung mit § 1 Abs. 1 KAGB den Ausgangspunkt des Anwendungsbereichs des Investmentsteuerrechts, indem es den Begriff des Investmentfonds definiert und dabei an die Definition des Investmentaufsichtsrechts anknüpft. Eine durch das JStG 2020 in § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG eingefügte Einschränkung regelt die formale Unabhängigkeit der steuerrechtlichen von der aufsichtsrechtlichen Qualifikation. Daraus folgt eine nur „materielle“ Maßgeblichkeit der aufsichtsrechtlichen Qualifikation des Investmentfonds, die zudem durch die Regelungen in § 1 Abs. 2 Satz 3 InvStG und § 1 Abs. 3 InvStG durchbrochen wird. Diese formale Abkopplung und die genannten Durchbrechungen können Steuergestaltungen verhindern, aber auch ermöglichen. Während etwa im Aufsichtsrecht, Voraussetzungen für die Qualifikation als Investmentfonds zwingend eine auf mehr als einen Anleger ausgerichtete kollektive Anlage ist, erlaubt das Steuerrecht in § 1 Abs. 2 Nr. 2 InvStG ausdrücklich auch Ein-Anleger-Fonds. Deshalb können Ein-Gesellschafter-GmbHs gegründet werden, um investmentsteuerrechtliche Steuervorteile zu erhalten, ohne mit den aufsichtsrechtlichen Bürden belastet zu sein.

2. Aufsichtsrechtliche Kriterien des Investmentfonds begriffs

Nach der Grunddefinition des § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB ist Investmentvermögen „jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren und der kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors ist“.

Während die Merkmale „Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren“ von jeder unternehmerischen Gesellschaft erfüllt werden können, findet im Merkmal „kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors“ die eigentliche Grenzziehung zwischen kollektiver Vermögensanlage und gemeinsamer unternehmerischer Betätigung Ausdruck.

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) haben dieses Merkmal konkretisiert. Im Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des "Investmentvermögens" v. 14.6.2013, geändert am 9.3.2015 stellt die BaFin dazu fest

„Entsprechend der Definition in den Leitlinien von ESMA zu ‚allgemein kommerzieller oder industrieller Zweck‘ sind insbesondere solche Unternehmen als operativ tätig anzusehen, die Immobilien entwickeln oder errichten, Güter und Handelswaren produzieren, kaufen, verkaufen, tauschen oder sonstige Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors anbieten.“ (Nr. I.7 BaFin-Auslegungsschreiben).

Das Auslegungsschreiben enthält breite Ausführungen zur Abgrenzung der operativen Tätigkeit im Immobilienbereich. Unter diesen ist hervorzuheben, dass „der Erwerb, die Vermietung, die Verpachtung, die Verwaltung sowie der Verkauf von Immobilien keine operativen Tätigkeiten“ darstellen.

Demgegenüber begründet der eigene Betrieb von Immobilien (Hotels, Pflegeeinrichtungen) eine operative Tätigkeit. Das gilt auch für den auf eine gruppeninterne Gesellschaft ausgelagerten Betrieb, so lange die unternehmerischen Entscheidungen im laufenden Geschäftsbetrieb bei ihr verbleiben (Nr. II.1 BaFin-Auslegungsschreiben). Daraus ist in der Praxis umgekehrt gefolgert worden, dass keine eigene operative Tätigkeit vorliegt, wenn auf die unternehmerischen Entscheidungen in den Tochtergesellschaften kein Einfluss genommen wird.

Im Investmentsteuerrecht hat sich bezogen auf diese Abgrenzung ein Problemkreis rund um die Beteiligung von Investmentfonds an Projektgesellschaften entwickelt. Während die steuerrechtliche Qualifikation dieser Gesellschaften als originär gewerblich, gewerblich geprägt oder gewerblich abgefärbt für das Aufsichtsrecht grundsätzlich unmaßgeblich ist, ist die Bedeutung dieser steuerrechtlichen Kategorien für den Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts überhöht worden. Das lässt sich als Folge der formalen Abkopplung des Investmentsteuerrechts vom Investitionsaufsichtsrecht in § 1 Abs. 1 Satz 2 InvStG idF JStG 2020 interpretieren. Nur nach dieser Abkopplung konnte eine Auffassung vertreten werden, dass sowohl die Beteiligung eines Immobilien-Investmentfonds an einer originär gewerblichen als auch an einer gewerblich geprägten oder gewerblich infizierten Personengesellschaft für diesen, unabhängig von der Wahrnehmung unternehmerischer Entscheidungen, eine operative Tätigkeit darstellt und damit den Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts ausschließt.

3. Bewertung der Neuregelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG und Empfehlung auf ihren Verzicht

Die erste Zielsetzung der in Gestalt des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG soll nun sein, diese Abkopplung durch ein neues Merkmal wieder „einzufangen“. Durch die Regelung dieser Vorschrift, sollen alle aufsichtsrechtlichen Maßstäbe des § 1 Abs. 1 KAGB erhalten bleiben und nur für die bereichsspezifisch steuerrechtliche Auslegung der Merkmale das Negativmerkmal keine aktive Bewirtschaftung eingeführt werden.

Überzeugend ist das nicht. Der einfachste Weg, eine Auseinanderentwicklung von Aufsichtsrecht und Steuerrecht zu vermeiden, wäre es gewesen, die formale Maßgeblichkeit der aufsichtsrechtlichen Qualifikation für das Investmentsteuerrecht wiederherzustellen. Damit wäre ausgeschlossen worden, dass Beteiligungen an Personengesellschaften allein wegen deren steuerrechtlicher Qualifikation als

gewerblich geprägt oder gewerblich infiziert zum Ausschluss vom Anwendungsbereich des Investmentsteuerrecht führen würden. Auch die Beteiligung an EE- und ÖPP-Gesellschaften wäre unproblematisch, selbst der Betrieb von EE-Anlagen. Denn wenn das Aufsichtsrecht in den Anlagebedingungen diese Betätigungen für Investmentfonds ausdrücklich zulässt, muss das auf die Auslegung der Definition des Investmentvermögens zurückstrahlen. Schließlich überzeugen auch nicht die in der Begründung des Regierungsentwurfs hervorgehobenen Unterschiede zwischen dem Investmentaufsichts- und dem Investmentsteuerrecht. Vielmehr muss im Gesamtsystem des Ertragsteuerrechts die Unterscheidung und die unterschiedliche Steuerbelastung von Unternehmen gerechtfertigt werden. Dafür braucht es eine tragfähige Abgrenzung von unternehmerischer Betätigung und kollektiver Kapitalanlage, die gerade nicht bereichsspezifisch getroffen werden kann. Unterschiedliche Definition desselben Begriffs und unterschiedliche Behördenentscheidungen über das Vorliegen derselben Tatbestandsmerkmale widersprechen schließlich auch den Zielsetzungen des Bürokratieabbaus und der Idee des „Once-Only-Prinzips“.

Der Gesetzgeber könnte erwägen, auf die vorgeschlagene Einfügung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG zu verzichten und stattdessen die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG im geltenden Recht zu streichen und damit eine formale Maßgeblichkeit der aufsichtsrechtlichen Einordnung vorschreiben.

Er sollte weitergehend evaluieren, wie viele „Publikums“-Investmentfonds nur einen einzigen Anleger aufweisen. Zeigt sich dabei, dass eine große Zahl, vielleicht sogar eine Mehrheit der „Publikums“-Investmentfonds nur einen Anleger haben, sollte er weitergehend die Struktur dieser Anleger untersuchen und auf der Basis der Ergebnisse dieser Untersuchung die Durchbrechung der Maßgeblichkeit des Investmentaufsichtsrechts in § 1 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 InvStG überprüfen. Zeigt sich bei der Evaluation, dass eine signifikante Zahl an Ein-Gesellschafter-Kapitalgesellschaften besteht, die steuerrechtlich als Investmentfonds qualifiziert werden, ohne aufsichtsrechtlich als solche behandelt zu werden, sollte er der Frage nachgehen, welche steuerlichen Ziele mit dem isoliert steuerrechtlichen Investmentfondsstatut verfolgt werden und wie sich die Anlegerstruktur dieser Gesellschaften darstellt. Aus dem Ergebnis dieser Erkenntnisse könnten sich Schlussfolgerungen für die Anpassung der Vorschrift des § 1 InvStG ergeben, dies nicht zuletzt um den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gleichheitssatzes an eine widerspruchsfreie Ausgestaltung des Ertragsteuerrechts, insbesondere des Verhältnisses zwischen Unternehmens- und Investmentsteuerecht, sowie dem europäischen Beihilfenrecht zu entsprechen.

V. Verwirklichung der Zielsetzung der Schaffung eines rechtssicheren Investitionsrahmens für Infrastruktur und erneuerbare Energien

Das geltende Investment-, Investmentsteuer- und REIT-Recht schließt Investitionen in EE-Anlagen, etwa in eine Dachphotovoltaik-Anlage oder eine Ladesäuleninfrastruktur und auch in ÖPP-Gesellschaften nicht aus. Bei Immobilienfonds mussten solche Investitionen aber im Zusammenhang mit Immobilien stehen und durften nicht die Schwelle zu einer operativ unternehmerischen Betätigung überschreiten. Damit einhergehende Rechtsunsicherheiten haben möglicherweise besonders bei großen Gebäudekomplexen im Gewerbe- und im Wohnimmobilienbereich wirtschaftlich sinnvolle Investitionen nur wegen bestehender steuerrechtlicher Unsicherheiten behindert. Diesen Rechtsunsicherheiten begegnen die Vorschläge im RegE-StoFöG geeignet. An einzelnen Stellen gehen sie möglicherweise über das zur Zielerreichung erforderliche Maß hinaus. Den Risiken einer Wettbewerbsverzerrung, etwa zu Lasten kommunaler Energieversorgungsunternehmen begegnet der Entwurf weitgehend wirksam. Im Einzelnen:

1. Bereichsübergreifende Definition der Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien

Die Einführung einer Legaldefinition der Bewirtschaftung erneuerbarer Energien in § 1 Abs. 19 Nr. 6a KAGB-RegE-StoFöG stellt insoweit einen wichtigen Schritt dar, als sie erstmalig den Umfang aufsichtsrechtlich zulässiger Tätigkeiten im Bereich regenerativer Energieerzeugung und Wärmebereitstellung konkretisiert. Die Definition erfasst insbesondere die Erzeugung, Umwandlung, den Transport und die Speicherung erneuerbarer Energien sowie die Nutzung und Speicherung technisch unvermeidbarer Abwärme. Diese Klarstellung führt dazu, dass Fondsstrukturen, die auf Investitionen in Energieerzeugungsanlagen, Speicherinfrastruktur oder Wärmenetze ausgerichtet sind, einen eindeutig umschriebenen gesetzlichen Tätigkeitsrahmen erhalten, der sich an den Vorgaben des Energierechts orientiert und die bislang bestehende Unsicherheit über den zulässigen Umfang operativer Tätigkeiten reduziert.

Gleichwohl beseitigt die neue Definition die bestehenden Unsicherheiten nur teilweise. Der Begriff der „Bewirtschaftung“ bleibt weit und trifft keine Aussage über den zulässigen Intensitätsgrad der Tätigkeit des Fonds bzw. der von ihm eingeschalteten Dienstleister. Die Abgrenzung zwischen einer noch vermögensverwaltenden Tätigkeit und einem operativen Infraukturbetrieb, der aufsichts- oder steuerrechtlich anders zu beurteilen wäre, bedarf weiterhin einer wertenden Betrachtung des Einzelfalls. Die neuen Regelungen schaffen insoweit einen systematischen Rahmen, ersetzen aber nicht die notwendige einzelfallbezogene Prüfung der zulässigen Aufgabenverteilung zwischen Fondsebene, Projektgesellschaften und externen Dienstleistern. Die erforderlichen Konkretisierungen kann der Gesetzgeber aber nicht vorwegnehmen. Sie müssen zuerst von der Beratungs- und Verwaltungspraxis an den Einzelfällen der Lebenswirklichkeit entwickelt und später durch die Rechtsprechung konsolidiert werden.

2. Schwierige Präzisierung der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“

Parallel führt der Entwurf durch die neu eingefügte Regelung des § 6 Abs. 5a InvStG eine rein steuerrechtliche Kategorisierung fort, indem er in der Funktion eines Safe Harbour definiert, unter welchen Voraussetzungen aus Sicht des Investmentsteuerrechts keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vorliegt. Der bereits durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 in § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG eingeführte Begriff der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ modifiziert bereits im geltenden Recht den Katalog der sonstigen körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte eines Investmentfonds. Während im Grundsatz nach § 6 Abs. 5 InvStG alle Einkünfte aus Gewerbebetrieb, die inländische iSd. § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG sein können, beim Fonds körperschaftsteuerpflichtige sonstige Einkünfte bilden, verengt § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG den allgemeinen Tatbestand der gewerblichen Einkünfte iSd. § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG. Nur durch aktive unternehmerische Bewirtschaftung sollen körperschaftsteuerpflichtige sonstige iSd. § 6 Abs. 5 InvStG erzielt werden können. Dieses Merkmal tritt neben das aus dem Aufsichtsrecht geläufige und dort seit Langem etablierte Abgrenzungskriterium, wonach ein Investmentvermögen kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors sein darf. Während das Aufsichtsrecht – wie in Abschnitt IV dargestellt – den Investmentfonds begriff in § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB durch das maßgebliche Merkmal der fehlenden operativen Tätigkeit konturiert und dieses durch die ESMA-Leitlinien und die BaFin-Auslegung weiter präzisiert worden ist, hat sich Investmentsteuerrecht ein abweichendes, eigenständiges und systematisch nicht hinreichend erklärtes Tatbestandsmerkmal entwickelt, das nun nach den Vorschlägen im RegE-StoFöG in seiner Bedeutung weiter verstärkt werden soll.

Die in § 6 Abs. 5a InvStG genannten Fallgruppen – Kreditvergabe an Nicht-Verbraucher, Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften oder Beteiligung an gewerblich strukturierten Personengesellschaften – erfüllen die Funktion eines Safe Harbour und schaffen in den erfassten Situationen auch für die Infrastruktur- und Energieprojektfinanzierung eine gewisse Planungssicherheit. Gleichwohl

handelt es sich nicht um eine Typisierung zulässiger Tätigkeiten, sondern lediglich um beispielhafte Konstellationen, die im bisherigen Recht mit Rechtsunsicherheiten verbunden waren und in denen nach Auffassung der Bundesregierung keine aktive Bewirtschaftung vorliegen soll.

3. Erweiterung der zulässigen Vermögensgegenstände und Anlagegrenzen für Immobiliengesellschaften

Positiv anzuerkennen ist, dass der Gesetzgeber den bislang engen Anlagekatalog für Immobilienfonds und Spezial-Investmentfonds in den § 231 KAGB § 26 Nr. 4 Buchst. g InvStG öffnet und damit die Integration erneuerbarer Energien in Immobilien- und Infrastrukturportfolios erleichtert. Die ausdrückliche Zulassung von Projektgesellschaften im Bereich erneuerbarer Energien schafft erstmals eine klare rechtliche Grundlage für integrierte Quartiers- und Gebäudekonzepte, bei denen Immobilien Nutzung und Energieerzeugung funktional miteinander verknüpft sind. Dies trägt dazu bei, immobiliennahes Kapital für die energetische Transformation zu mobilisieren und moderne, dezentral ausgerichtete Versorgungskonzepte rechtssicher abzubilden.

Gleichwohl relativiert sich die Reichweite dieser Öffnung durch die geltenden Beteiligungsgrenzen, insbesondere durch die 15-%-Schwelle für Beteiligungen von Immobilien-Sondervermögen. Diese Grenze stellt sicher, dass Energie- und Infrastrukturkomponenten lediglich eine ergänzende Funktion im Immobilienportfolio behalten und verhindert eine faktische Schwerpunktverlagerung vom Immobiliengeschäft in die Energieproduktion.

Zu beachten ist jedoch, dass die 15-%-Grenze für Spezial-AIF nach § 284 Abs. 2 KAGB in den Anlagebedingungen abbedungen werden kann, sodass diese Fonds – anders als Immobilien-Sondervermögen – unter Umständen auch ihren Anlageschwerpunkt in der Beteiligung an Energieerzeugungsanlagen und ÖPP-Gesellschaften setzen können. Eine Beteiligungsobergrenze, die zum Beispiel erzwingen würde, dass Immobilienfonds nur eine Minderheitsbeteiligung an Infrastruktur-Projektgesellschaften erwerben können und damit stets eine Kooperation, zum Beispiel mit kommunalen Energieversorger notwendige wäre, sieht der Vorschlag der Bundesregierung nicht vor. Damit eröffnet der Entwurf Strukturen, die politisch bisher gerade nicht gewollt waren. Wollte der Gesetzgeber das Ziel verfolgen, dass kommunale oder regionale Energieversorger die Federführung bei energiebezogenen Infrastrukturprojekten behalten sollen und institutionelle Fonds lediglich als Minderheitsinvestoren auftreten, müsste er in den §§ 231 und 284 KAGB eine vom Vorschlag der Bundesregierung abweichende, die Anlagegrenzen stärker konturierende Regelung treffen, die dieses Ziel gewährleistet.

Hinzu kommt, dass der unmittelbare – also von der Zwischenschaltung einer Infrastruktur-Projektgesellschaft unabhängige, direkte – Erwerb und in begrenztem Umfang auch der unmittelbare Betrieb von Energieerzeugungsanlagen durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft, dem Wortlaut der für § 231 KAGB vorgeschlagenen Regelungen nach, formell zulässig sein wird. Die Wahrnehmung dieser Möglichkeit wird in der Praxis zwar eine sorgfältige Strukturierung erfordern, um weder das aufsichtsrechtliche Tätigkeitsverbot noch die steuerrechtliche Schwelle einer aktiven Bewirtschaftung zu überschreiten. Zielgenauer wäre es aber, bereits im Wortlaut der Vorschriften einschränkend zu regeln, dass Energieanlagen auch künftig nur durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft unmittelbar erworben und betrieben werden dürfen, wenn sie im funktionalen Zusammenhang mit einer Immobilie stehen, um das System des Immobilienfondsrechts nicht zu überdehnen.

Insgesamt stellt die Erweiterung der zulässigen Vermögensgegenstände aber einen sinnvollen Fortschritt dar, der praxisgerechte und zukunftsfähige Investitionen ermöglicht.

VI. Einzelbetrachtung ausgewählter Änderungen im REITG, InvStG und im KAGB

1. Änderungen im REITG

a) Allgemeine Bewertung des REIT-Gesetzes

Das deutsche REITG ist seit seiner Einführung durch eine strukturelle Spannung gekennzeichnet: Auf der einen Seite steht die weitgehende steuerliche Entlastung – insbesondere die Befreiung von Körperschaft- und Gewerbesteuer (§ 1 Abs. 1 REITG) –, die REITs im internationalen Vergleich grundsätzlich attraktiv machen könnte. Auf der anderen Seite enthält das Gesetz eine Reihe von materiellen Beschränkungen, die dazu führen, dass das REIT-Regime in seiner praktischen Reichweite begrenzt bleibt. Dazu zählen das Vollausschüttungsgebot, die engen Anlage- und Umsatzgrenzen, die Beschränkung auf Bestandsimmobilien sowie Einschränkungen hinsichtlich der Fremdfinanzierung. Diese Elemente sollten den Sonderstatus der gewerbesteuferfreien Immobiliengesellschaft legitimieren, haben zugleich jedoch dazu beigetragen, dass sich in Deutschland lediglich vier REIT-AGen etabliert haben (nach wie vor aktuell: Kovermann, Zehn Jahre REITG: Eine Misserfolgsgeschichte, AG 2018, 22 – 26).

Wie in Abschnitt II detailliert dargestellt, ist die steuerliche Behandlung deutscher Immobilieninvestitionen in hohem Maße rechtsformabhängig. Die Gesamtsteuerbelastung eines REIT ist für inländische Anleger zwar geringer als diejenige einer vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft und deutlich geringer als bei einer Direktanlage natürlicher Personen, bleibt aber spürbar über dem Belastungsniveau alternativer Strukturen, insbesondere ausländischer Kapitalgesellschaften oder in- und ausländischer Investmentfonds, die – je nach Ausgestaltung – zu Gesamtsteuerbelastungen von etwa 24,7 % bis hinab zu 15,8 % und im Fall optimaler Fremdfinanzierung sogar zu einer faktischen Steuerbelastung von 0 % führen können. Die steuerliche Privilegierung des REIT ist im Wettbewerb mit solchen Vehikeln daher weniger weitreichend als es die formale Steuerbefreiung auf Gesellschaftsebene zunächst vermuten lässt.

Hinzu kommt, dass der deutsche Markt über ausgeprägte Alternativstrukturen verfügt, die gegenüber dem REIT vielfach flexibler sind. Dies gilt insbesondere für Spezial-AIF und offene Immobilienfonds, deren investmentsteuerliche Behandlung für institutionelle Anleger im Ergebnis regelmäßig günstiger ist als die des REIT, ohne dass diese Vehikel den engen Vorgaben des REITG unterliegen. Auch die Möglichkeit, eine „Publikums“-Investmentfondsstruktur mit lediglich einem Anleger zu errichten, führt in der Praxis dazu, dass Investmentfondsregime genutzt werden können, ohne dass die gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Bindungen eines REIT zutreffen. Dadurch hat das REITG in der Breite nicht jene Bedeutung entfaltet, die bei seiner Einführung erwartet worden war.

Eine weitere, in der politischen Diskussion oftmals übersehene Alternative ist die Investition über genossenschaftliche Modelle. Genossenschaften unterliegen zwar einem eigenen aufsichts- und steuerrechtlichen Rahmen, ermöglichen aber eine für viele Investitionssituationen geeignete Verbindung von wirtschaftlicher Betätigung und gemeinwohlorientierter Struktur. Gerade im Wohnungs- und Quartiersbereich haben sie erhebliche Bedeutung, ohne dass sie den kapitalmarktrechtlichen Anforderungen eines REIT oder der investmentrechtlichen Regulierung eines AIF unterliegen. Sie bilden damit eine institutionell stabile und steuerlich wettbewerbsfähige Alternative zur REIT-Struktur – insbesondere für Wohnimmobilien.

Schließlich sind ausländische Kapitalgesellschaften eine reale Konkurrenz zum REIT-Regime. Sie unterliegen bei inländischen Immobilienerträgen zwar der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht, aber nicht der Gewerbesteuer und nicht der Kapitalertragsteuer. Ihre Gesamtsteuerbelastung ist daher – wie in Abschnitt II dargestellt – regelmäßig geringer als diejenige eines inländischen REIT, insbesondere wenn Fremdfinanzierungsmöglichkeiten genutzt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint die

geringe Zahl deutscher REITs weniger als Indikator für einen Mangel an Attraktivität des Instruments selbst, sondern eher als Folge der hohen Attraktivität alternativer Strukturen.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine vollständige Abkehr vom REITG nicht zwingend geboten. Das REIT-Regime erfüllt eine spezifische, im Kern kapitalmarktorientierte Funktion, die im deutschen Immobilienmarkt weiterhin eine Rolle spielen kann, auch wenn es in der Praxis nur begrenzt genutzt wird. Die mit dem Standortfördergesetz vorgeschlagenen punktuellen Anpassungen modernisieren einzelne Elemente des REITG und erleichtern insbesondere die energetische und infrastrukturelle Weiterentwicklung von Immobilienbeständen. Sie beseitigen jedoch nicht die strukturellen Unterschiede im Vergleich zu den alternativen Vehikeln – weder im Hinblick auf die Flexibilität noch auf die steuerliche Belastung. Die geringe Marktdurchdringung des REIT bleibt daher nicht Ergebnis eines einzelnen Regelungsdefizits, sondern Ausdruck der im deutschen Steuer- und Aufsichtsrecht angelegten Vielfalt konkurrierender Investitionsformen.

b) Änderungen des REIT-Gesetzes (Art. 24 StoFöG)

Die im Standortfördergesetz vorgesehenen Änderungen des REITG sind im Kern als Anschlussmaßnahme an die bereits im Investmentsteuer- und Aufsichtsrecht vollzogenen Öffnungen für erneuerbare Energien und Infrastrukturprojekte zu verstehen. Sie spiegeln die übergreifende gesetzgeberische Intention wider, energetische Komponenten, Ladeinfrastruktur und andere infrastrukturelle Elemente als integrale Bestandteile moderner Immobilienbewirtschaftung zu begreifen. Trotz ihrer begrenzten Reichweite fügen sich die Anpassungen daher in die im ersten Teil dieser Stellungnahme dargestellten Bestrebungen ein, den regulatorischen Rahmen für solche Investitionen zu modernisieren, ohne die Grundstruktur der jeweiligen Regime aufzugeben.

aa) Streichung des § 2 REITG

Die Aufhebung des Vor-REIT-Status ist eine rein kosmetische Bereinigung. Das Instrument war seit Wegfall der Altregelung des § 3 Nr. 70 EStG bedeutungslos. Für die rechtliche und steuerliche Behandlung von REITs hat die Streichung keinerlei Auswirkungen.

bb) Einbindung energetischer Komponenten in die REIT-Struktur

Mit der Neufassung von § 3 Abs. 2 REITG wird der Handlungsspielraum der REIT-Dienstleistungsellschaft erweitert. Diese darf nun — neben den bisherigen immobiliennahen Nebentätigkeiten — auch Anlagen zur Bewirtschaftung erneuerbarer Energien sowie Ladeinfrastruktur betreiben. Diese Öffnung trägt dem Umstand Rechnung, dass moderne Immobilienportfolios regelmäßig energetische Komponenten integrieren, deren Betrieb nicht mehr ausschließlich extern erfolgen kann. Zugleich erlaubt die Neuregelung auch Minderheitsbeteiligungen des REIT an solchen Dienstleistungsgesellschaften und damit die Inanspruchnahme von Shared Services.

Die Ausweitung des Katalogs zulässiger Vermögensgegenstände in § 3 Abs. 7 REITG schafft dazu den notwendigen Gegenpol auf der Ebene des REIT selbst. REITs dürfen solche Anlagen künftig als Vermögensgegenstände erwerben. An der zentralen Systematik des REITG ändert sich jedoch nichts: Der operative Betrieb dieser Anlagen bleibt weiterhin ausschließlich der Dienstleistungsgesellschaft vorbehalten.

Damit entsteht eine klare funktionale Trennung:

- Der REIT hält energetische Komponenten als Teil seines Immobilienvermögens;
- die Dienstleistungsgesellschaft betreibt sie im Rahmen der zulässigen Nebentätigkeiten.

Diese Systematik entspricht der Grundidee des REITG, wonach der REIT selbst eine im Kern vermögensverwaltende Immobiliengesellschaft bleibt.

cc) Absenkung der Anlage- und Umsatzgrenzen in § 12 REITG

Die Absenkung des erforderlichen Immobilienbezugs in Vermögen und Erträgen von 75 % auf 65 % stellt die zweite materiell relevante Änderung dar. Sie trägt der Tatsache Rechnung, dass Immobilienportfolios zunehmend energetische und infrastrukturelle Erträge integrieren, ohne dass der Immobilienbezug im Kern verloren geht. Die Parallelität zu den Erweiterungen im InvStG und KAGB unterstreicht, dass der Gesetzgeber die energetische Modernisierung der Immobilienbewirtschaftung ausdrücklich anerkennt.

Gleichwohl bleibt die Reichweite der Öffnung im Entwurf der Bundesregierung begrenzt: Die korrespondierenden Schwellenwerte in § 16 Abs. 3 und 4 REITG – die für die Sanktionierung maßgeblich sind – bleiben unverändert bei 75 %. Im Ergebnis entsteht ein Nebeneinander unterschiedlicher Bezugswerte, das systematisch nicht überzeugend ist.

dd) Gesamtwürdigung

Die Änderungen des REITG sind im Ansatz folgerichtig, weil sie den REIT-Konzern in den energetischen und infrastrukturellen Transformationsprozess einbeziehen, der im ersten Teil dieser Stellungnahme ausführlich beleuchtet wurde. Sie beseitigen einzelne frühere Unsicherheiten und ermöglichen die Abbildung technischer Komponenten, die heute integraler Bestandteil nahezu jeder Neubau- oder Bestandsentwicklungsstrategie sind.

Sie ändern jedoch nichts an den strukturellen Wettbewerbsnachteilen des REIT-Regimes gegenüber Investmentfonds und ausländischen Kapitalgesellschaften. Die rechtsformabhängigen Belastungsvergleiche (Abschnitt II) zeigen, dass REITs steuerlich nicht die attraktivste Gestaltungsform darstellen und in ihrer Flexibilität stärker eingeschränkt sind als viele Alternativen. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass die punktuellen Modernisierungen die geringe Marktdurchdringung des REIT-Regimes wesentlich verändern werden. Eine grundlegende Reform des REITG ist dennoch nicht zu empfehlen. Mit Blick auf Wohnimmobilien, die für REIT-AGs nur Neubauten ab 1.1.2007 als Investitionsmöglichkeit offenstehen (s. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a iVm. 3 Abs. 9 REITG) könnte der Gesetzgeber darüber nachdenken, genossenschaftliche Strukturen stärker zu fördern und damit auch einen Beitrag zu einer Steigerung der (mittelbaren) Wohneigentumsquote zu leisten. Dies könnte indirekt auch zu einer stabilen Alterssicherung in breiteren Bevölkerungskreisen beitragen und die Grundversicherungssysteme in Zukunft entlasten. Von diesen müssen steigende Mieten aufgefangen werden, wenn die Alterseinkünfte breiterer Teile der Bevölkerung – erwartbar – nicht mehr ausreichen werden, um den existenznotwendigen Wohnbedarf zu decken.

2. Änderungen im InvStG

a) Änderung des § 1 Abs. 2 InvStG: Einführung des Begriffs der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“

Mit der vorgeschlagenen Neufassung des § 1 Abs. 2 Satz 1 InvStG soll der durch das WElektro-MobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 in § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG eingeführte Begriff der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“ in seiner Bedeutung auf die Tatbestandsvoraussetzungen des sachlichen Anwendungsbereichs des Investmentsteuerrechts erweitert werden. Ein Investmentvermögen, das die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 KAGB erfüllt, soll seinen Status als Investmentfonds nicht dadurch verlieren, dass es Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet.

Dieser Änderungsvorschlag steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der vorangegangenen Diskussion über die Bedeutung des aufsichtsrechtlichen Merkmals „kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors“. Wie in Abschnitt IV dieser Stellungnahme dargelegt, hat die durch das JStG 2020 vollzogene formale Abkopplung des InvStG vom KAGB zu einer Überhöhung steuerlicher Kategorien (originär gewerblich, gewerblich geprägt, gewerblich infiziert) geführt. Der Entwurf versucht nun, diese Fehlentwicklung durch ein negatives Tatbestandsmerkmal („aktiv unternehmerisch“) einzufangen, das für Zwecke des InvStG als eigenständige, vom Aufsichtsrecht unabhängige Abgrenzungskategorie gelten soll.

Die Einführung dieses Begriffs beseitigt jedoch nicht die bestehende Systemdivergenz; vielmehr führt sie eine zusätzliche, rein steuerrechtliche Kategorie ein, die sich weder aus dem KAGB noch aus der Rechtsprechung entwickelt hat. Damit bleibt die Gefahr eines dauerhaften Auseinanderfallens zwischen aufsichtsrechtlicher und steuerrechtlicher Einordnung bestehen und wird eher vergrößert. Die Probleme der einzelfallbezogenen Abgrenzung – insbesondere bei integrierten Energie- und Infrastrukturstrukturen – werden dadurch nicht gelöst, sondern lediglich auf eine neue Ebene verschoben.

Eine systematisch überzeugendere Lösung wäre – wie in Abschnitt IV empfohlen – die Wiederherstellung der formalen Maßgeblichkeit der aufsichtsrechtlichen Qualifikation durch Streichung des gelgenden § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG. Dies würde den Systemknoten auflösen, ohne neue Kategorien zu schaffen.

b) Änderung des § 6 InvStG: Neuordnung der inländischen Einkünfte und Einführung eines Positivkatalogs „nicht aktiver Bewirtschaftung“

Die Änderungen in § 6 InvStG betreffen die zentrale Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Investmentfonds mit bestimmten inländischen Einkünften körperschaftsteuerpflichtig wird.

**aa) Neuordnung der inländischen Beteiligungseinnahmen und Immobilienerträge
(§ 6 Abs. 3 und 4 InvStG)**

Mit der Neustrukturierung der Absätze 3 und 4 schlägt die Bundesregierung vor, Beteiligungs- und Immobilienerträge neu zu ordnen und diese um mittelbare Erträge über Personengesellschaften zu erweitern. Dies verhindert, dass Beteiligungseinnahmen oder Immobilienerträge gewerblich geprägten oder gewerblich infizierten, originär vermögensverwaltenden, Personengesellschaften unter die Kategorie der sonstigen Einkünfte fallen.

bb) Anpassungen der „sonstigen inländischen Einkünfte“ (§ 6 Abs. 5 InvStG)

Die Anpassungen in Abs. 5 knüpfen an das durch das WElektroMobFördG („JStG 2019“) v. 12.12.2019 in § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG eingeführte Merkmal der „aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung an“ und adressieren Rechtsunsicherheiten, die in der Praxis insbesondere bei Beteiligungen an gewerblich geprägten, gewerblich infizierten oder originär gewerblichen Personengesellschaften entstanden sind.

(1) Neue Struktur des Absatzes 5 Satz 1

Die Dreiteilung des Satzes 1 unterscheidet nunmehr:

- inländische Einkünfte nach § 49 Abs. 1 EStG (mit Ausnahme von § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG), soweit sie nicht bereits als Beteiligungs- oder Immobilienerträge zu qualifizieren sind,
- gewerbliche Einkünfte nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 EStG, aber nur soweit der Fonds seine Vermögensgegenstände aktiv unternehmerisch bewirtschaftet,
- sowie die besonderen Einkünfte einer Investmentaktiengesellschaft.

Die Norm führt damit zu einem System, das unterschiedliche steuerliche Folgen vorsieht – abhängig von der Frage, ob eine „aktive Bewirtschaftung“ vorliegt. Da dieser Begriff gesetzlich nicht definiert ist und auf keine gefestigte Rechtsprechung zurückgreifen kann, bleibt an einer zentralen Stelle des Gesetzes eine Restunsicherheit.

(2) Vorrang der Beteiligungs- und Immobilienkategorie (Satz 2)

Der neue § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG ordnet an, dass Einkünfte, die sowohl die Voraussetzungen der Beteiligungseinnahmen nach Absatz 3 oder der Immobilienerträge nach Absatz 4 als auch die Voraussetzungen gewerblicher Einkünfte erfüllen, zwingend den sonstigen inländischen Einkünften nach Absatz 5 zuzuordnen sind.

Diese Neuregelung ist im Ausgangspunkt konsequent, weil sie verhindern soll, dass gewerbliche Einkünfte – insbesondere solche aus gewerblich infizierten oder gewerblich geprägten Personengesellschaften – über die Beteiligungs- oder Immobilienkategorie in den Bereich der steuerbegünstigten Erträge gelangen.

Sie führt jedoch dazu, dass die steuerliche Behandlung identischer wirtschaftlicher Vorgänge künftig in höherem Maße von strukturellen Detailfragen abhängt. Das System wird dadurch nicht einfacher, sondern anspruchsvoller. Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass nicht mehr der Charakter des Vermögensgegenstands entscheidend ist, sondern die Zuordnung zur richtigen Einkunftsart.

(3) Mitunternehmerschaften als Regelfall aktiver Bewirtschaftung (Satz 3)

Bei einer Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft soll nach dem RegE-StoFöG künftig stets von einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung auszugehen sein – unabhängig vom Umfang oder der Intensität der Tätigkeit des Fonds. Die Norm kodifiziert damit ausdrücklich die bisherige Verwaltungsauffassung und schließt abweichende Literaturmeinungen aus, wonach das bloße Halten einer Beteiligung eine passive Vermögensverwaltung darstellen kann.

Dieser Vorschlag steht in einem Spannungsverhältnis zum System des KAGB wie auch zu den bisherigen Grundsätzen der Investmentbesteuerung. Während das Aufsichtsrecht gesellschaftsrechtliche Beteiligungen – auch an gewerblichen Personengesellschaften – regelmäßig als zulässige Vermögensverwaltung ansieht und operative Einflussnahme als maßgebliches Abgrenzungskriterium bewertet, führt das Steuerrecht nunmehr zwingend zur Annahme einer aktiven Bewirtschaftung, selbst wenn der Fonds keinerlei operative Entscheidungsbefugnisse ausübt. Die hierdurch entstehende Divergenz ist systematisch nicht harmonisiert und wird in der Praxis Abgrenzungsrisiken auslösen.

c) Änderungen der Steuerbefreiungen (§§ 8 und 10 InvStG)

Die vorgeschlagenen Änderungen der §§ 8 und 10 InvStG sind eine folgerichtige Fortführung der Öffnung des Investmentsteuerrechts für Investitionen in erneuerbare Energien und Infrastruktur. Die Bundesregierung führt in der Begründung zutreffend aus, dass die bisherigen Befreiungsregelungen bei erweiterter gewerblicher Tätigkeit von Investmentfonds zu systemwidrigen Besserstellungen gegenüber der Direktanlage geführt hätten. Gewerbliche Tätigkeit eines steuerbefreiten Anlegers – etwa Stromerzeugung oder Beteiligung an gewerblichen Personengesellschaften – ist in der Direktanlage grundsätzlich steuerpflichtig; lediglich vermögensverwaltende Tätigkeiten sind befreit.

Der Vorschlag beseitigt daher gezielt die Möglichkeit, gewerbliche Einkünfte im Fondsbereich steuerfrei zu vereinnahmen. Die Einbeziehung der sonstigen inländischen Einkünfte nach § 6 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 und 3 InvStG in die Steuerpflicht und deren ausdrücklicher Ausschluss aus den Steuerbefreiungen der §§ 8 und 10 InvStG stellt sicher, dass Investmentfonds nicht günstiger gestellt werden als

Körperschaften oder Einzelinvestoren. Der Gleichlauf mit der Direktanlage ist damit das leitende Prinzip der Neuregelung.

Die vorgeschlagene Änderung ist in ihrem Ziel überzeugend: Die energetische und infrastrukturelle Öffnung des InvStG würde andernfalls zu einer dauerhaften, durch das Gesetz nicht intendierten Verlagerung gewerblicher Aktivitäten in steuerbegünstigte Fondsstrukturen führen. Dies würde nicht nur das Steueraufkommen, sondern auch das Wettbewerbsgefüge im Bereich Energie und Infrastruktur verzerren. Die Bundesregierung betont deshalb zu Recht, dass eine hybride Struktur — gewerbliche Tätigkeit auf Projektebene, steuerfreie Ausschüttung über den Fonds — aus systematischer Sicht nicht vertretbar wäre.

Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass die gewählte Lösung erheblich komplex ist. Der Gleichlauf mit der Direktanlage wird nicht durch eine einfache, allgemein verständliche Positivregel erreicht, sondern durch ein dichtes Geflecht aus Ausnahmen, Gegen-Ausnahmen und Vorrangregeln innerhalb der §§ 6, 8 und 10 InvStG. Die Abgrenzung zwischen vermögensverwaltenden und gewerblichen Einkünften wird damit nicht erleichtert, sondern anspruchsvoller und stärker einzelfallbezogen. Für steuerbefreite Anleger wird in Zukunft genau zu prüfen sein, welche Erträge im Rahmen von Energie- und Infrastrukturinvestitionen tatsächlich steuerfrei bleiben und welche nicht.

d) Gewerbesteuerliche Änderungen (§ 15 InvStG)

Die Änderungen des § 15 InvStG im Regierungsentwurf stehen im engen Zusammenhang mit der neuen Systematik des § 6 InvStG. Der Entwurf erweitert die Rückausnahmen in § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG und schlägt überzeugend vor, dass Beteiligungen an Immobilien-Gesellschaften, an Gesellschaften zur Bewirtschaftung erneuerbarer Energien sowie an Infrastruktur- und ÖPP-Projektgesellschaften die Gewerbesteuerbefreiung des Fonds nicht entfallen lassen.

Materiell wird dadurch keine Doppelbelastung verhindert. Bereits nach geltendem Recht wären die betreffenden gewerblichen Einkünfte regelmäßig nicht mehrfach gewerbesteuerpflchtig: Bei Beteiligungen an Personengesellschaften greift die erweiterte Kürzung des § 9 Nr. 2 GewStG; bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften oberhalb der Schachtelbeteiligungsschwelle stellt § 9 Nr. 2a GewStG eine Kürzung sicher. Die Neuregelung dient daher vor allem der administrativen Entlastung, indem sie die Notwendigkeit einer Gewerbesteuererklärung und die Feststellung eines Messbetrags auf Fondebene vermeidet.

Diese Erweiterung ist im Ansatz überzeugend. Der Ausbau von Energie- und Infrastrukturkomponenten führt zwangsläufig zu mehr gewerblichen Erträgen auf Fondsebene. Die Regelung verhindert, dass solche Einkünfte trotz gewerbesteuerlicher Unschädlichkeit auf Ebene der Projektgesellschaften zusätzlichen administrativen Aufwand auf der Ebene des Fonds auslösen.

Die systematischen Probleme des Gewerbesteuerrechts im Investmentkontext werden dadurch allerdings nicht gelöst. Der Anknüpfungspunkt bleibt auch nach der Reform das steuerliche Kriterium der „wesentlichen aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung“. Dieses Kriterium steht, wie bereits oben zu § 6 Abs. 5 und § 6 Abs. 5a InvStG ausgeführt, ohne Bezugspunkt zum aufsichtsrechtlichen System des KAGB. Die Gewerbesteuerbefreiung wird deshalb weiterhin nicht durch eine konsistente Grundkonzeption gesteuert, sondern durch einen wachsenden Katalog von Rückausnahmen, die Einzelfälle regeln, aber keine allgemeine Ordnung herstellen.

Insgesamt führt der Regierungsentwurf bei § 15 InvStG zu einer sachgerechten administrativen Entlastung, ohne die grundlegenden Abgrenzungsschwierigkeiten zu beseitigen. Die Gewerbesteuer bleibt auch künftig ein Bereich, in dem die steuerliche Einordnung erhebliche Einzelfallprüfung verlangt.

e) Änderungen des § 26 InvStG (Anlagebestimmungen für Spezial-Investmentfonds)

§ 26 InvStG enthält die zentralen Anlagebestimmungen für Spezial-Investmentfonds und legt fest, welche Vermögensgegenstände und Beteiligungsformen zulässig sind, damit ein Fonds die steuerlichen Privilegierungen des Spezialfondsregimes in Anspruch nehmen kann. Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Anpassungen erweitern in mehreren Punkten das zulässige Anlageuniversum und erleichtern insbesondere Investitionen in erneuerbare Energien, Infrastruktur und bestimmte Fondsstrukturen. Sie stehen damit in engem Zusammenhang mit der Zielsetzung, Spezialfonds für derartige Investitionen zu öffnen.

Gleichwohl berühren die Änderungen grundlegende Systemfragen: die Abgrenzung vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit, die Bedeutung gesetzlicher Beteiligungsgrenzen im Verhältnis zu den Ausweichmöglichkeiten des KAGB sowie die politisch intendierte Rollenverteilung im Bereich der Energie- und Infrastrukturversorgung. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die weitergehenden Beteiligungsmöglichkeiten und die Aufgabe der bislang geltenden 5 %-Grenze für bestimmte Einnahmen von besonderer Bedeutung.

aa) Änderungen des § 26 Nr. 4 InvStG

Die Beschreibungen der zulässigen Vermögensgegenstände sollen an die neuen Begriffsbestimmungen im KAGB angepasst werden. Insbesondere wird der bisherige Begriff „Bewirtschaftungsgegenstände“ durch einen Verweis auf die Gegenstände nach § 231 KAGB ersetzt. Diese Anpassung dient vor allem der terminologischen Kohärenz zwischen Investment- und Aufsichtsrecht und spiegelt wider, dass die energetischen und infrastrukturellen Vermögensgegenstände künftig ausdrücklich Bestandteil des zulässigen Anlageuniversums werden sollen.

Der Regierungsentwurf erweitert die Möglichkeit von Spezial-Investmentfonds, in Investmentanteile anderer Fonds zu investieren. Nach bisherigem Recht war der Erwerb auf Investmentfonds beschränkt, die ihrerseits die Anlagebestimmungen eines Spezial-Investmentfonds einhalten. Durch die vorgesehene Änderung sollen Spezialfonds künftig alle Arten von in- und ausländischen Investmentfonds sowie sämtliche Investmentvermögen i.S.d. § 1 Abs. 1 KAGB erwerben können, unabhängig davon, ob diese Vehikel die für Spezialfonds geltenden Anlagegrenzen einhalten.

Die Begründung stellt auf eine administrative Erleichterung ab, da die laufende Überwachung der Zulässigkeit der Vermögensgegenstände des Zielfonds entfallen soll. Dieser Gesichtspunkt ist zutreffend; allerdings bleibt offen, in welche konkreten Fondsstrukturen — insbesondere Private-Equity- oder Venture-Capital-Fonds — Spezial-Investmentfonds künftig investieren können und welche wirtschaftlichen Aktivitäten auf Ebene solcher Zielfonds mitgetragen werden. Die Öffnung verbreitert das Anlageuniversum erheblich, ohne dass zugleich klare Leitplanken formuliert würden, welche Arten von unternehmerischen Strukturen über Zielfonds mittelbar in Spezialfondsportfolios gelangen können.

Aus diesem Grund lässt sich Bedeutung dieser Änderung im Hinblick auf Investitionen in erneuerbare Energien und Infrastruktur derzeit nur bedingt einschätzen. Während die Öffnung den Zugang zu entsprechenden Vehikeln erleichtert, führt sie zugleich zu einer Ausweitung investiver Möglichkeiten in Bereiche, deren Vereinbarkeit mit der Funktion eines vermögensverwaltenden Spezialfonds nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden kann. Die Bewertung dieser Entwicklung hängt maßgeblich davon ab, wie sich die Fondslandschaft und die regulatorische Kontrolle über die künftigen Zielfondsstrukturen ausgestaltet.

bb) Änderungen des § 26 Nr. 6 InvStG – Beteiligungsschwellen

Nach geltendem Recht dürfen Spezial-Investmentfonds grundsätzlich nur Beteiligungen unterhalb von 10 % an Kapitalgesellschaften halten. Diese Grenze soll verhindern, dass Spezialfonds faktisch als

Holdinggesellschaften auftreten und eine unternehmerische Leitungsmacht über operative Unternehmen ausüben.

Der Regierungsentwurf erweitert die bestehenden Ausnahmen von dieser Grenze nun ausdrücklich auch auf Energie-, Infrastruktur- und ÖPP-Projektgesellschaften. Spezial-Investmentfonds dürfen sich damit künftig auch mit Beteiligungen oberhalb von 10 % — bis hin zu einer Vollbeteiligung — an Gesellschaften beteiligen, deren Gegenstand die Bewirtschaftung erneuerbarer Energien oder der Betrieb von Infrastrukturprojekten ist.

Mit dieser Öffnung wird ein wesentlicher Investitionskanal für institutionelles Kapital geschaffen. Die Möglichkeit, Mehrheits- oder 100 %-Beteiligungen zu halten, ist insbesondere für projektbezogene Infrastrukturgesellschaften von praktischer Bedeutung, da diese regelmäßig nicht im Streubesitz, sondern im Rahmen geschlossener Gesellschaftsstrukturen organisiert sind.

Die Änderung ist zugleich ambivalent. Zwar erleichtert sie die Beteiligung an Infrastruktur- und Energieprojekten und folgt damit der Zielrichtung des Entwurfs, institutionelles Kapital für diesen Bereich zu mobilisieren. Sie berührt jedoch die Frage, welche Rolle Spezialfonds künftig in Strukturen übernehmen könnten, die bislang politisch vorrangig kommunalen oder regionalen Energieversorgern zugedacht waren. In Verbindung mit der Abbedingbarkeit der Beteiligungsschwellen in § 231 KAGB nach § 284 Abs. 2 KAGB können institutionelle Anleger damit — zumindest in der Theorie — Energie- und Infrastrukturprojekte vollständig übernehmen.

cc) Änderungen des § 26 Nr. 7a InvStG – aktive Bewirtschaftung und EE-Einnahmen

§ 26 Nr. 7a InvStG bestimmt, dass die Einnahmen aus aktiver unternehmerischer Bewirtschaftung eines Spezial-Investmentfonds 5 % der Gesamteinnahmen nicht überschreiten dürfen. Die Schwelle dient der Sicherung der Vermögensverwaltung als prägendem Tätigkeitsbereich und soll verhindern, dass der Fonds operativen Charakter annimmt.

Der Regierungsentwurf sieht nun vor, dass Einnahmen aus der Bewirtschaftung erneuerbarer Energien und aus Ladeinfrastruktur – soweit diese Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Vermietung oder Verpachtung von Immobilien stehen – nicht mehr auf diese 5 %-Grenze angerechnet werden. Die bisherige, mehrfach modifizierte Begrenzung wird damit für diesen Bereich vollständig aufgehoben. Die Änderung ist nachvollziehbar, soweit energetische Komponenten integraler Bestandteil moderner Immobilienbewirtschaftung sind und eine trennscharfe Abgrenzung zwischen immobilienbezogenen und energetischen Einnahmen praktisch kaum möglich ist.

Gleichzeitig entstehen jedoch neue systematische Herausforderungen. Erstens wird der Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung dadurch weiter fragmentiert. Während § 6 InvStG auf ein steuerliches Kriterium abstellt, entsteht für Spezialfonds ein Sonderregime, in dem bestimmte energetische Tätigkeiten unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Ausprägung als unschädlich gelten. Die Abgrenzung zwischen vermögensverwaltender und operativer Tätigkeit wird damit inkonsistenter und stärker einzelfallabhängig.

Zweitens entstehen Verlagerungspotenziale: Einnahmen aus Energieerzeugung mit Immobilienbezug werden vollständig privilegiert; Einnahmen aus Energieerzeugung ohne Immobilienbezug können mittelbar über Projektgesellschaften nach § 26 Nr. 7a Satz 2 Buchst. b InvStG-RegE-StoFöG ebenfalls unschädlich bleiben, da der Verweis auf die Gesellschaften i.S.d. § 15 Abs. 2 Satz 2 InvStG – darunter EE-Gesellschaften – eine vollständige Herausnahme dieser mittelbaren Erträge aus der 5 %-Grenze ermöglicht. Der Regierungsentwurf schlägt damit eine umfassende Privilegierung energetischer Tätigkeiten vor, ohne die sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung der immobilienverbundenen Energieerzeugung in unmittelbaren und mittelbaren Strukturen näher zu erläutern.

Besonders deutlich wird diese Problematik im Vergleich zum Gewerbesteuerrecht. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Buchst. b GewStG bleiben Einnahmen aus der Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energien oder aus dem Betrieb von Ladeinfrastruktur nur bis zu 20 % der Einnahmen aus der Gebrauchsüberlassung des Grundbesitzes unschädlich für die erweiterte Kürzung. Wird diese Schwelle überschritten, entfällt die erweiterte Kürzung mit der Folge einer umfassenden Gewerbesteuerpflicht. Für Spezial-Investmentfonds gilt demgegenüber künftig keine Schwelle mehr: Energie- und Ladeerlöse bleiben – unabhängig von ihrer relativen Höhe – unbegrenzt unschädlich für den Fondsstatus.

Damit divergieren zwei Regelungsbereiche, die bislang im Grundsatz parallel verliefen, in systematisch bedeutsamer Weise. Dieselbe energetische Nebentätigkeit ist für ein Immobilienunternehmen jenseits der 20 %-Grenze gewerbesteuerlich schädlich, für einen Spezialfonds hingegen vollständig unschädlich. Diese Divergenz wird im Regierungsentwurf nicht begründet und führt zu einer privilegierenden Sonderstellung des Spezialfondsrechts im Verhältnis zum allgemeinen Immobiliensteuerrecht.

3. Änderungen im KAGB

Die in Art. 48 StoFöG vorgesehenen Änderungen des KAGB betreffen im Wesentlichen die Erweiterung der zulässigen Vermögensgegenstände und die Klarstellung der aufsichtsrechtlichen Behandlung energetischer und infrastruktureller Anlagen. Sie zielen darauf ab, die Investitionstätigkeit von Immobilien-Sondervermögen und Spezial-AIF mit den zunehmenden Anforderungen an Energieeffizienz, erneuerbare Energien und Ladeinfrastruktur in Einklang zu bringen. Die meisten Anpassungen knüpfen an bestehende Strukturen des KAGB an, erweitern diese jedoch an einzelnen Stellen in einem Umfang, der im Verhältnis zur Systematik des Immobilienfondsrechts näher zu betrachten ist.

Zwei Punkte verdienen dabei besondere Aufmerksamkeit:

(1) die Erweiterung des Katalogs zulässiger Beteiligungen in § 231 KAGB in Verbindung mit der weiterhin bestehenden Möglichkeit für Spezial-AIF, Anlagegrenzen nach § 284 Abs. 2 KAGB abzuändern, sowie

(2) die neu vorgesehene Möglichkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft, bestimmte Anlagen künftig selbst zu betreiben (§ 231 Abs. 6 KAGB).

a) Neue Legaldefinition in § 1 Abs. 19 Nr. 6a KAGB

Mit der neuen Definition der „Bewirtschaftung von erneuerbaren Energien“ in § 1 Abs. 19 Nr. 6a KAGB wird erstmals festgelegt, welche energetischen Tätigkeiten – Erzeugung, Umwandlung, Transport und Speicherung erneuerbarer Energien sowie Abwärmenutzung – als erfasst gelten sollen. Die Regelung schafft damit vor allem terminologische Klarheit und dient als Bezugspunkt für die in § 231 KAGB vorgesehenen Erweiterungen.

An der grundsätzlichen Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und operativer Tätigkeit ändert die Definition jedoch nichts. Sie legt weder fest, in welchem Umfang derartige Tätigkeiten zulässig sind, noch enthält sie Aussagen zur erforderlichen organisatorischen Einbindung. Die aufsichtsrechtlichen Systemgrenzen bleiben damit unverändert; die Definition bildet lediglich den begrifflichen Rahmen für die nachfolgenden Regelungen.

b) Erweiterte zulässige Vermögensgegenstände in § 231 Abs. 1 KAGB und die praktische Bedeutung der Abweichungsmöglichkeit des § 284 Abs. 2 KAGB

§ 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 KAGB ermöglicht es offenen Immobilien-Sondervermögen künftig, bis zu 15 % des Fondsvermögens in Infrastruktur-Projektgesellschaften zu investieren, deren Unternehmensgegenstand auf die Bewirtschaftung erneuerbarer Energien gerichtet ist. Diese Grenze gilt ausschließlich

für offene Immobilien-Sondervermögen und bildet dort eine verbindliche Obergrenze für entsprechende Beteiligungen.

Für Spezial-AIF stellt sich die Situation anders dar. § 284 Abs. 2 KAGB, der durch den Regierungsentwurf unverändert bleibt, erlaubt es Spezial-AIF weiterhin, die gesetzlichen Anlagegrenzen des § 231 KAGB durch entsprechende Anlagebedingungen abzuändern oder vollständig außer Kraft zu setzen. Diese Möglichkeit bestand bereits nach geltendem Recht, erhält jedoch durch die Aufnahme der Infrastruktur-EE-Gesellschaften in § 231 Abs. 1 KAGB eine größere praktische Bedeutung, weil solche Gesellschaften nun ausdrücklich als zulässige Vermögensgegenstände benannt sind.

Spezialfonds können daher künftig Beteiligungen, die für offene Immobilienfonds einer gesetzlichen 15-%-Schwelle unterliegen, in deutlich größerem Umfang erwerben – bis hin zu vollständigen Beteiligungen. Der Regierungsentwurf thematisiert diese Divergenz nicht. Sie entspricht zwar der bisherigen Systematik, nach der das KAGB zwischen der strengen Regulierung offener Sondervermögen und den weitergehenden Gestaltungsmöglichkeiten professioneller Spezialfonds unterscheidet; die Erweiterung verstärkt diese Differenzierung jedoch und führt dazu, dass im Bereich erneuerbarer Energien und Infrastruktur für Spezialfonds ein nahezu unbegrenzter Beteiligungsspielraum entsteht.

c) Ergänzung des Katalogs zulässiger Gegenstände nach § 231 Abs. 3 KAGB

Die Erweiterung des § 231 Abs. 3 KAGB um Gegenstände, die der Bewirtschaftung erneuerbarer Energien oder dem Betrieb von Ladeinfrastruktur dienen, trägt dem Umstand Rechnung, dass entsprechende Anlagen mittlerweile üblicher Bestandteil der Immobilienbewirtschaftung sein können. Die Klarstellung vermeidet Auslegungsunsicherheiten und stellt sicher, dass energetische Komponenten im Rahmen der zulässigen Gegenstände eines Immobilien-Sondervermögens berücksichtigt werden können.

d) Neuer § 231 Abs. 6 KAGB – Betrieb durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft

Der neu vorgeschlagene § 231 Abs. 6 KAGB erlaubt es der Kapitalverwaltungsgesellschaft, die in Absatz 3 genannten Gegenstände – einschließlich Anlagen zur Energieerzeugung und Ladeinfrastruktur – selbst zu betreiben. Dies stellt eine Abweichung von der bisherigen Systematik dar. Das KAGB unterscheidet bislang eindeutig zwischen dem Halten von Vermögensgegenständen auf Fondsebene und der Erbringung operativer Leistungen durch Dienstleistungsgesellschaften oder externe Anbieter. Die unmittelbare Ausübung solcher Tätigkeiten durch die Kapitalverwaltungsgesellschaft war bisher nicht vorgesehen.

Der Regierungsentwurf begründet nicht, weshalb ein Betreiben solcher Anlagen durch die KVG selbst zulässig sein soll, obwohl operative Tätigkeiten außerhalb des Finanzsektors nach § 1 Abs. 1 KAGB grundsätzlich nicht dem Leitbild eines Investmentvermögens entsprechen. Ebenso ungeklärt bleibt, wie die neue Betreiberbefugnis mit den organisatorischen und aufsichtsrechtlichen Anforderungen an KVGs in Einklang zu bringen ist, insbesondere mit Blick auf Funktionsauslagerungen und die Trennung administrativer und operativer Aufgaben.

Die praktische Reichweite der Norm hängt darüber hinaus von der Auslegung des Begriffs „Betreiben“ ab und davon, ob ein funktionaler Immobilienbezug weiterhin als maßgebliches Abgrenzungskriterium heranzuziehen ist. Ohne eine entsprechende Konkretisierung besteht das Risiko, dass Kapitalverwaltungsgesellschaften Tätigkeiten übernehmen, die bislang bewusst außerhalb der KVG verortet wurden.

e) Änderungen in § 261 und § 284 KAGB

Die Ergänzung des § 261 KAGB stellt klar, dass Anlagen zur Bewirtschaftung erneuerbarer Energien auch im Rahmen der Anlagegrenzen für offene Infrastruktur-Sondervermögen zulässig sind. Die Änderung dient damit der Angleichung an die in § 231 KAGB vorgesehenen Erweiterungen.

Die Änderung des § 284 KAGB geht dagegen über eine rein redaktionelle Anpassung hinaus. Nach gelgendem Recht erfasst § 284 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. g KAGB lediglich offene Investmentvermögen. Durch die Erweiterung auf sämtliche Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 KAGB werden künftig auch geschlossene Fonds, insbesondere Private-Equity-, Venture-Capital- und Infrastrukturfonds, als zulässige Zielvehikel für Spezial-AIF einbezogen. Der Regierungsentwurf hebt in seiner Begründung (S. 215) ausdrücklich hervor, dass hierdurch Investments in diesen Bereichen erleichtert werden sollen. Die Abweichungsbefugnis der Spezialfonds erhält damit eine wesentlich weiterreichende praktische Bedeutung als bisher.

f) Gesamtwürdigung

Die Änderungen des KAGB dienen in erster Linie der Klarstellung und Erweiterung der zulässigen Vermögensgegenstände im Bereich erneuerbarer Energien und moderner energetischer Gebäudekonzepte. Sie erleichtern es Immobilien-Sondervermögen und Spezial-AIF, entsprechende Komponenten in ihren Portfolios abzubilden. Im Ergebnis entstehen jedoch einzelne systematische Spannungen, die der Regierungsentwurf nicht adressiert. Dazu gehören insbesondere die praktische Reichweite der Abweichungsmöglichkeiten nach § 284 Abs. 2 KAGB im Zusammenspiel mit der neu eingeführten Vermögensgegenstandskategorie des § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 KAGB sowie die neu geschaffene Betreiberbefugnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft nach § 231 Abs. 6 KAGB.

Vor diesem Hintergrund könnten die vorgesehenen Regelungen in zwei Punkten klarer konturiert werden.

Erstens sollte die in § 231 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 KAGB enthaltene 15-%-Schwelle als zwingende Anlagegrenze ausgestaltet werden. Die weiterhin bestehende Möglichkeit des § 284 Abs. 2 KAGB, die gesetzlichen Grenzen durch Anlagebedingungen abzuändern, erlaubt es Spezial-AIF, die Schwelle vollständig zu umgehen. Dies würde die im Regierungsentwurf angelegte Begrenzung einer ergänzenden Beimischung energetischer Beteiligungen deutlich überschreiten. Eine gesetzliche Klarstellung, dass die 15-%-Grenze nicht dispositiv ist, würde die intendierte Begrenzung des Beteiligungsrisikos im Bereich erneuerbarer Energien wirksam absichern.

Zweitens sollte die in § 231 Abs. 6 KAGB vorgesehene Betreiberbefugnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft auf solche Anlagen beschränkt werden, die in einem funktionalen Zusammenhang mit den vom Sondervermögen gehaltenen Immobilien stehen. Die Möglichkeit, Energieerzeugungs- und Ladeninfrastruktur unabhängig vom Immobilienbezug selbst zu betreiben, stellt eine Abweichung von der im KAGB verankerten Trennung zwischen Vermögensverwaltung und operativer Tätigkeit dar. Eine Beschränkung des Betreiberrechts auf immobiliennahe oder immobilienbezogene Anlagen würde der beabsichtigten energetischen Modernisierung Rechnung tragen, ohne den aufsichtsrechtlichen Rahmen der Kapitalverwaltungsgesellschaften zu erweitern.

Mit diesen Präzisierungen ließe sich der Anwendungsbereich der Reform rechtssicher eingrenzen und zugleich die Kohärenz mit der Systematik des KAGB wahren. Die Änderungen des Art. 48 StoFöG würden damit die beabsichtigte Integration energetischer Komponenten in Immobilien- und Spezialfonds erleichtern, ohne die bestehende Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und operativer Tätigkeit zu verwischen.

VII. Fazit

1. Zielerreichung in der Förderung von Investitionen in erneuerbare Energien und Infrastruktur

Der Regierungsentwurf erleichtert in praktischer Hinsicht Investitionen in energetische Komponenten, etwa Dachphotovoltaikanlagen, Speicherlösungen oder Ladeinfrastruktur für Elektromobilität. Auch die Möglichkeit, sich in angemessenem Umfang an ÖPP- und Infrastruktur-Projektgesellschaften zu beteiligen, ist nachvollziehbar und fügt sich in die zunehmende Verzahnung von Immobilienwirtschaft und Energieversorgung ein.

Demgegenüber gehen einzelne Öffnungen zu weit. Die Möglichkeit einer Kapitalverwaltungsgesellschaft, Energie- und Ladeanlagen selbst zu betreiben, durchbricht die bislang klare Trennung zwischen Vermögensverwaltung und operativer Tätigkeit. Zudem führt die Kombination des neu eingeführten § 231 Abs. 1 Nr. 8 KAGB mit der weiterhin bestehenden Abweichungsmöglichkeit des § 284 Abs. 2 KAGB dazu, dass Spezialfonds den Umfang ihrer Beteiligungen an Infrastruktur-EE-Projektgesellschaften nicht nur in der Höhe der Beteiligung, sondern auch in ihrem Gesamtanteil am Fondsvermögen praktisch unbegrenzt ausweiten können. Dabei ist zu beachten, dass Mehrheits- oder Vollbeteiligungen an einzelnen Projektgesellschaften schon nach geltendem Recht möglich sind. Die 15-%-Grenze begrenzt ausschließlich den Wert solcher Beteiligungen im Verhältnis zum Fondsvermögen und nicht die Höhe der Beteiligung selbst

Vorschlag:

Die Grenze von 15 % in § 231 Abs. 1 Nr. 8 KAGB sollte als zwingende gesetzliche Begrenzung des zulässigen Bestandes solcher Beteiligungen ausgestaltet werden und einer Abweichung durch Anlagebedingungen nach § 284 Abs. 2 KAGB entzogen werden.

Ferner sollte die Betreiberbefugnis der KVG nach § 231 Abs. 6 KAGB auf Anlagen beschränkt werden, die in einem funktionalen Zusammenhang mit den Immobilien des Sondervermögens stehen.

2. Weitgehende Vermeidung von Systembrüchen und Einpassung in das Gesamtsystem des Ertragsteuerrechts

Der Regierungsentwurf orientiert sich ertragsteuerlich an der Direktanlage und vermeidet neue strukturelle Begünstigungen gewerblicher oder unternehmerischer Tätigkeiten im Fondsreich. Die Einschränkung der Steuerbefreiungen (§§ 8, 10 InvStG) sowie die Neuordnung der inländischen Einkünfte in § 6 InvStG stellen sicher, dass gewerbliche Erträge – insbesondere solche aus Stromerzeugung oder aus Beteiligungen an Personengesellschaften – nicht besser gestellt werden als in der Direktinvestition. Dies ist für die Wahrung der steuerlichen Wettbewerbsneutralität sachgerecht.

Allerdings erweitern die neuen Regelungen den Anwendungsbereich der ohnehin bestehenden Belastungsunterschiede zwischen verschiedenen Formen der Immobilieninvestition. Die Divergenz zwischen der Direktanlage, der Investition über inländische Kapitalgesellschaften, ausländische Kapitalgesellschaften und der mittelbaren Investition über Investmentfonds bleibt bestehen und wird in einzelnen Punkten vertieft.

Eine kohärente Harmonisierung des Systems erfolgt insoweit nicht. Die steuerliche Behandlung identischer wirtschaftlicher Tätigkeiten hängt weiterhin in erheblichem Maße von der gewählten Struktur – insbesondere der Rechtsform und der Zwischenschaltung von Investmentvehikeln – ab. Der Regierungsentwurf korrigiert systemwidrige Begünstigungen, trägt jedoch nicht zu einer Vereinheitlichung der Rechtsanwendungsgrundsätze bei und lässt die strukturelle Rechtsformabhängigkeit der Immobilienbesteuerung weitgehend unberührt.

3. Verstärkte Bedeutung der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung und Erosion der Abgrenzung zur kollektiven Kapitalanlage

Der Begriff der aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung ist im InvStG nicht neu. Er findet sich bereits im geltenden § 6 Abs. 5 Satz 2 InvStG und spielt im Rahmen der Gewerbesteuerbefreiung des § 15 InvStG eine Rolle. Durch den Regierungsentwurf gewinnt er jedoch an Bedeutung, weil § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-E ihn ausdrücklich in den allgemeinen Anwendungsbereich des Investmentsteuerrechts einbezieht. Damit kann und soll die im geltenden Recht durch das JStG 2020 geschaffene Abkopplung vom aufsichtsrechtlichen Investmentfonds begriff „eingefangen“ werden.

Die Regelungen in § 6 Abs. 5 und 5a InvStG-E konturieren den Begriff über Safe-Harbour-Tatbestände, also über Fälle, in denen gerade keine aktive unternehmerische Bewirtschaftung vorliegt. Die eigentliche systematische Ausweitung ergibt sich jedoch aus der neu vorgesehenen gesetzlichen Vermutung des § 6 Abs. 5 Satz 3 InvStG-RegE-StoFöG, wonach bereits die Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft – unabhängig vom tatsächlichen Verhalten des Fonds – als aktive Bewirtschaftung gilt. Diese Fiktion löst sich von dem im Aufsichtsrecht maßgeblichen Ansatz, wonach für die Qualifikation auf die Tätigkeit des Fonds selbst abzustellen ist, und führt dazu, dass Strukturen, die aufsichtsrechtlich eindeutig der Vermögensverwaltung zuzuordnen sind, steuerlich als aktive Tätigkeit gelten.

Zusätzliche Unschärfen entstehen durch die neue Betreiberbefugnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft nach § 231 Abs. 6 KAGB. Die Möglichkeit, energetische Anlagen unmittelbar zu betreiben, verschiebt den Tätigkeitsrahmen der KVG in Bereiche, die bislang bewusst außerhalb der Fondsverwaltung angesiedelt waren. Insgesamt verliert die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und unternehmerischer Tätigkeit damit an Klarheit und wird stärker von formalen Strukturentscheidungen als von der tatsächlichen wirtschaftlichen Einflussnahme geprägt.

Vorschlag:

Verzicht auf die vorgeschlagene Einfügung des § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG-RegE-StoFöG und Streichung des bisherigen § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG, um die formale Maßgeblichkeit der aufsichtsrechtlichen Qualifikation wiederherzustellen

4. Fragliche Rechtfertigung des Sonderregimes für REIT-AG

Die punktuellen Anpassungen des REITG sind nachvollziehbar, ändern aber nichts an der grundlegenden Frage, ob die Fortführung des REIT-Regimes im deutschen Steuer- und Aufsichtsrecht noch gerechtfertigt ist. Bei einer dauerhaft geringen Zahl von REIT-AGen und angesichts steuerlich attraktiver Alternativen – insbesondere Investmentfondsstrukturen und ausländische Kapitalgesellschaften – bleibt offen, welchen funktionalen Mehrwert das REIT-Regime künftig leisten soll.

5. Reformbedarf der Immobilienbesteuerung

Die vorgeschlagenen Änderungen verdeutlichen, dass die Immobilienbesteuerung in Deutschland weiterhin stark rechtsformabhängig ausgestaltet ist und bei der Integration energetischer und infrastruktureller Tätigkeiten zunehmend divergiert. Eine systematische Weiterentwicklung erscheint erforderlich, um die Belastungsunterschiede zwischen Direktanlage, Kapitalgesellschaften, Investmentfondsstrukturen und ausländischen Vehikeln zu harmonisieren und eine kohärente Grundlage für zukünftige Investitionen zu schaffen.

In diesem Zusammenhang sollte auch der Stellenwert genossenschaftlicher Strukturen erneut betrachtet werden. Genossenschaften bieten – insbesondere im Bereich der Wohnungswirtschaft und der dezentralen Energieerzeugung – eine stabile, zweckgebundene und steuerlich weitgehend neutrale Organisationsform. Sie stellen eine funktionale Alternative zu stark regulierten

Immobilienvehikeln dar und könnten durch eine konsistente steuerliche Einordnung eine sinnvollere Ergänzung des bestehenden Systems bilden als die schrittweise Weiteröffnung einzelner Sonderregime.
