

## Die Neuregelungen auf einen Blick

- ▶ Aufnahme der weiteren Anlagebestimmung der Nr. 7a in den Katalog des § 26.
- ▶ **Fundstelle:** Jahressteuergesetz 2022 (JStG 2022) v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7).

## § 26 InvStG Anlagebestimmungen

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7)

Ein Spezial-Investmentfonds ist ein Investmentfonds, der in der Anlagepraxis nicht wesentlich gegen die nachfolgenden Voraussetzungen (Anlagebestimmungen) verstößt:

...

6. ... Dies gilt nicht für Beteiligungen eines Investmentfonds an

...

- c) Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand auf die Erzeugung erneuerbarer Energien nach § 3 Nummer 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes gerichtet ist.

...

- 7a. Die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung im Sinne des § 15 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 betragen in einem Geschäftsjahr weniger als 5 Prozent der gesamten Einnahmen des Investmentfonds. <sup>2</sup>Erzielt der Investmentfonds Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom, die im Zusammenhang mit der Vermietung und Verpachtung von Immobilien stehen und

- a) aus dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nummer 21 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder

- b) aus dem Betrieb von Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder Elektrofahrräder stammen,

erhöht sich die Grenze des Satzes 1 auf 10 Prozent, wenn die Grenze des Satzes 1 nur durch diese Einnahmen überschritten wird.

...

10. Die Anlagebestimmungen gehen mit Ausnahme der Nummer 7a aus den Anlagebedingungen hervor.

### § 57 InvStG Anwendungsvorschriften

idF des InvStG v. 19.7.2016 (BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731), zuletzt geändert durch JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7)

...

(7) Ab dem 1. Januar 2023 anzuwenden sind:

1. § 26,

...

in der Fassung des Artikels 14 des Gesetzes vom 16. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2294).

Autor: Dr. Matthias *Rommel*, LL.M., EMBA, Rechtsanwalt, Bad Nauheim

Mitherausgeber: Dr. Martin *Klein*, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt für Steuerrecht, Frankfurt/Main

**Schrifttum:** *Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein*, InvStG, Kommentar, Köln 2023.

## Kompaktübersicht

- J 23-1 **Inhalt der Änderungen:** Eine weitere Anlagebestimmung (Nr. 7a) wird in den Katalog des § 26 aufgenommen, die es dem Spezial-Investmentfonds gem. Satz 2 ermöglichen bzw. erleichtern soll, zusätzliche Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom erzielen zu können, sofern diese Einnahmen aus dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien iSd. § 3 Nr. 21 EEG oder dem Betrieb von Ladestationen für die Elektromobilität erzielt werden und diese im Zusammenhang mit der VuV von Immobilien stehen.

Die Aufnahme der neuen Anlagebestimmung der Nr. 7a hat die Änderungen des Einleitungssatzes, der zusammen mit dem weiteren Nummernkatalog die Anlagebestimmungen für einen Spezial-Investmentfonds regelt, zur Folge (s. Anm. J 23-5). (Auch) die Anlagebestimmungen der Nr. 7a sind für die Qualifikation als Spezial-Investmentfonds gem. § 26 einzuhalten.

Nr. 7a regelt zwei Anlagegrenzen: zum einen in Satz 1 (Anlagegrenze 1) die ursprüngliche 5 %-Bagatellgrenze für Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung, die sich aus dem Verweis des Einleitungssatzes idF bis zum 31.12.2022 aus § 15 Abs. 3 abgeleitet hat (s. Anm. J 23-5), und zum anderen eine neue zusätzliche 5 %-Grenze in Satz 2 (Anlagegrenze 2) nur für Einnahmen aus bestimmten erneuerbaren Energien (s. Anm. J 23-5 und J 23-7).

Im Rahmen der Einführung dieser zusätzlichen Grenze hat der Gesetzgeber eine bisher nicht vorhandene GewStPflicht für Spezial-Investmentfonds in § 29 (s. Anm. J 23-7 und § 29 InvStG Anm. J 23-4) eingeführt.

Damit der Spezial-Investmentfonds die Anlagebedingungen bei Inanspruchnahme der Anlagebestimmungen der Nr. 7a nicht erneut einreichen muss, wurde in Nr. 10 neu geregelt, dass die Anlagebestimmung mit Ausnahme der Nr. 7a aus den Anlagebedingungen hervorgehen muss (s. Anm. J 23-8).

Unabhängig von der Einf. der erweiterten Anlagemöglichkeiten wurde Nr. 6 Satz 2 Buchst. c, der einen Verweis auf das EEG vornimmt, wegen einer Gesetzesänderung im EEG entsprechend dieser angepasst (s. Anm. J 23-6).

#### Rechtsentwicklung:

J 23-2

► **Zur Gesetzesentwicklung bis 2021** s. § 26 Anm. 1.

► **JStG 2022 v. 16.12.2022** (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7): Der Satzteil vor Nr. 1 wird neu gefasst. Nr. 6 Satz 2 Buchst. c wird geändert. Eine neue Nr. 7a wird aufgenommen. Nr. 10 wird neu gefasst (Art. 14 JStG 2022).

**Zeitlicher Anwendungsbereich:** Gemäß dem in § 57 InvStG neu durch das JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7) eingefügten Abs. 7 sind die Neuregelungen in § 26 InvStG ab dem 1.1.2023 anzuwenden.

J 23-3

#### Grund und Bedeutung der Änderungen:

J 23-4

► **Grund der Änderungen:** Zur politischen Erreichung der Klimaziele soll es Spezial-Investmentfonds vermehrt ermöglicht werden, auch in Immobilien zu investieren, bei denen als Nebentätigkeit auch Einnahmen aus der Erzeugung und Lieferung erneuerbarer Energien erwirtschaftet werden. Dies geschieht auch vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber Immobilienbesitzer bzw. Bauherren vermehrt dazu verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien und Ladeinfrastrukturen für Elektromobilität zu schaffen (vgl. BTDrucks. 20/4729, 164).

► **Bedeutung der Änderungen:** Dem Spezial-Investmentfonds wird neben der bisherigen Möglichkeit der aus dem Verweis des Einleitungssat-

zes idF bis zum 31.12.2022 auf § 15 Abs. 3 abgeleiteten (s. Anm. J 23-5) allgemeinen 5 %-Bagatellgrenze, Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung zu erzielen, zusätzlich eine weitere Möglichkeit eröffnet, innerhalb einer weiteren 5 %-Grenze Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom zu erzielen, sofern diese aus dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien iSd. § 3 Nr. 21 EEG oder dem Betrieb von Ladestationen für Elektromobilität erzielt werden. Voraussetzung ist zudem, dass diese Einnahmen im Zusammenhang mit der VuV von Immobilien stehen. Diese weitere Grenze findet Anwendung, sofern die allgemeine 5 %-Grenze erreicht oder überschritten wurde.

Die Rechtsänderung ermöglicht es den Spezial-Investmentfonds, diese erweiterten Investitionsmöglichkeiten zu tätigen, ohne den Status als Spezial-Investmentfonds gem. § 52 durch den Verstoß gegen die Anlagebestimmungen des § 26 zu gefährden.

Im Rahmen der Einf. dieser zusätzlichen Grenze hat der Gesetzgeber eine bisher nicht vorhandene GewStPflicht für Spezial-Investmentfonds in § 29 (s. § 29 Anm. J 23-4) eingeführt.

## Die Änderungen im Detail

### ■ Einleitungssatz (Voraussetzungen für den Spezial-Investmentfonds)

- J 23-5 § 26 regelt im Einleitungssatz und den darauffolgenden Anlagebestimmungen die Voraussetzungen, nach denen ein Investmentfonds als Spezial-Investmentfonds qualifiziert. Dieser Einleitungssatz wurde im Zusammenhang mit der neuen Anlagebestimmung der Nr. 7a geändert.

Der ursprüngliche Verweis im Einleitungssatz auf § 15 („... der die Voraussetzungen für eine Gewerbesteuerbefreiung nach § 15 Absatz 2 und 3 erfüllt ...“) wurde gestrichen. In Satz 1 von Nr. 7a wurde der Verweis auf § 15 wie folgt vorgenommen: „Die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung im Sinne des § 15 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 betragen ...“ (s. Anm. J 23-7).

Vor der Gesetzesänderung durch das JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7) erfolgte der Verweis im Einleitungssatz auf die „Voraussetzungen für eine Gewerbesteuerbefreiung nach § 15 Absatz 2 und 3“ für einen Investmentfonds. Durch diesen Verweis wurde zum einen die GewStFreiheit für die Einhaltung der Anlagebestimmun-

gen und damit auch für die Qualifikation als Spezial-Investmentfonds abgeleitet.

Die GewStFreiheit wurde bzw. wird – sofern die Einnahmen eines Investmentfonds aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung iSv. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % seiner gesamten Einnahmen betragen – für einen Investmentfonds gem. § 15 Abs. 3 fingiert (5 %-Bagatellgrenze). Zum anderen wurde in § 29 Abs. 4 idF bis zum 31.12.2022 normiert, dass Spezial-Investmentfonds von der GewSt befreit sind (zum komplexen Zusammenhang der Regelungen im Detail s. § 29 Anm. 20; § 26 Anm. 5 und § 15 Anm. 1, 10, 15).

Der neue Satz 1 in Nr. 7a verweist nun auf die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung iSd. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und normiert eigenständig, dass diese in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % der Einnahmen eines Investmentfonds betragen dürfen (Anlagegrenze 1). Ein Verweis auf § 15 Abs. 3 ist im Einleitungssatz und auch in der Nr. 7a nicht mehr enthalten. Ein Verweis auf den gesamten Abs. 2 des § 15 wird ebenfalls nicht mehr vorgenommen, da dieser sich in Satz 1 nur auf § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bezieht.

Der neue Satz 2 in Nr. 7a regelt die Möglichkeit, in einer zusätzlichen 5 %-Grenze (Anlagegrenze 2) Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom aus dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien iSd. § 3 Nr. 21 EEG oder aus dem Betrieb von Ladestationen für die Elektromobilität zu erzielen, die im Zusammenhang mit der VuV von Immobilien stehen. Satz 2 regelt keinen Verweis auf § 15.

Die ursprüngliche GewStBefreiung für Spezial-Investmentfonds wurde mit dem JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7) aufgrund der Aufnahme der Regelung des Satzes 2 in Nr. 7a (s. Anm. J 23-7) durch die Änderung in § 29 Abs. 4 aufgehoben und durch die Aufnahme von § 15 in die Verweismorm des § 29 Abs. 1 an die spezialgesetzlichen Regelungen für Investmentfonds angepasst.

Die GewStFreiheit ist keine Voraussetzung mehr für die Einhaltung der Anlagebedingungen gem. § 26. Die Voraussetzungen dafür, in welcher Höhe ein Spezial-Investmentfonds die Möglichkeit hat, Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung zu erzielen, bestimmen sich aus Satz 1 (s. Anm. J 23-7). Jedoch wurde diese Möglichkeit ursprünglich innerhalb der 5 %-Grenze des § 15 Abs. 3 als gewstfrei fingiert und ist nun (weiterhin) innerhalb der 5 %-Grenze des Satzes 1 möglich. In welcher Höhe der Spezial-Investmentfonds darüber hinaus (gewstpfl.) Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom aus dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Ener-

gien iSd. § 3 Nr. 21 EEG oder dem Betrieb von Ladestationen für die Elektromobilität erzielen kann, bestimmt sich nach Satz 2 (s. Anm. J 23-7).

### ■ Nummer 6 Satz 2 Buchstabe c (Verweis auf Begriffsbestimmungen des EEG)

J 23-6 Das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) wurde zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 20.7.2022 (BGBl. I 2022, 1353) geändert. Im Rahmen der Gesetzesänderung wurde die Regelung in § 5 Nr. 14 EEG in § 3 Nr. 21 EEG verschoben. Der Verweis in Nr. 6 Satz 2 Buchst. c auf das EEG wurde entsprechend auf § 3 Nr. 21 EEG angepasst (BTDrucks. 20/4729, 163).

§ 3 EEG enthält Begriffsbestimmungen. Nr. 21 definiert „erneuerbare Energien“ als

- „a) Wasserkraft, einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie,
- b) Windenergie,
- c) solare Strahlungsenergie,
- d) Geothermie,
- e) Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.“

### ■ Nummer 7a (neue Anlagebestimmung)

J 23-7 **Satz 1 (Anlagegrenze 1)** regelt, dass die Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung iSd. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 in einem Geschäftsjahr weniger als 5 % der gesamten Einnahmen eines Investmentfonds betragen dürfen (Anlagegrenze 1; s. auch Anm. J 23-5).

Es bleibt bei der Möglichkeit, wie im Rahmen der ursprünglichen Regelungen des Einleitungssatzes idF bis zum 31.12.2022 (s. Anm. J 23-5), Einnahmen aus einer aktiven unternehmerischen Bewirtschaftung iSd. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 iHv. weniger als 5 % der gesamten Einnahmen eines Investmentfonds in einem Geschäftsjahr zu erzielen. Diese Möglichkeit wurde ursprünglich innerhalb der 5 %-Grenze als gewstoffrei gem. § 15 Abs. 3 fingiert und ist nun (weiterhin) innerhalb der 5 %-Grenze des Satzes 1 möglich. Diese Grenze gilt in allen Fällen, in denen nicht die besonderen Voraussetzungen des Satzes 2 erfüllt sind.

**Satz 2 (Anlagegrenze 2)** regelt neu die Möglichkeit, innerhalb einer weiteren 5 %-Grenze (Anlagegrenze 2) bestimmte Einnahmen aus der Erzeu-

gung oder Lieferung von Strom zu erzielen, sofern diese im Zusammenhang mit Einnahmen aus der VuV von Immobilien stehen.

Satz 2 fordert dafür kumulativ den Zusammenhang zwischen Einnahmen aus der Erzeugung oder Lieferung von Strom *und* der VuV einer Immobilie und dass diese Einnahmen aus dem Betrieb von a) Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien iSd. § 3 Nr. 21 EEG (s. Anm. J 23-6) oder b) Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder -fahrräder stammen.

Gemäß der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 20/4729, 164) darf die Erzeugung oder Lieferung von Strom nur eine Nebentätigkeit neben der Haupttätigkeit als Vermieter oder Verpächter einer Immobilie sein. Diesbezüglich verweist die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 20/4729, 164) unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 1 Satz 1 KAGB darauf hin, dass es bereits aufsichtsrechtl. unzulässig ist, dass der Hauptzweck eine gewerbliche Tätigkeit wie die Erzeugung oder Bereitstellung von Strom ist.

Die Unschädlichkeitsgrenze erhöht sich bis auf 10 %, jedoch nur für den Fall, dass die Einnahmen aus der Erzeugung erneuerbarer Energien unter den Voraussetzungen des Satzes 2 stammen. Die Grenze des Satzes 1 erhöht sich damit nur, wenn die Einnahmen durch Einnahmen des Satzes 2 überschritten werden.

Bei § 26 handelt es sich um eine Definitionsvorschrift ohne eigenständige Rechtsfolge. Liegen die Voraussetzungen von § 26 vor, handelt es sich bei dem entsprechenden Investmentfonds um einen Spezial-Investmentfonds. Die Folgen aus Verstößen gegen die Voraussetzungen sind dann in § 52 geregelt (§ 26 Anm. 75).

Gemäß § 52 gilt ein Spezial-Investmentfonds als aufgelöst, wenn dieser seine Anlagebedingungen in der Weise ändert, dass die Voraussetzungen des § 26 nicht mehr erfüllt sind oder ein wesentlicher Verstoß gegen die Anlagebestimmung des § 26 vorliegt (s. im Detail § 52 Anm. 5 ff.).

**Auswirkungen auf die Gewerbesteuerpflicht für einen Spezial-Investmentfonds:** Durch das JStG 2022 wurden durch die Änderungen in § 29 die grundsätzliche GewStBefreiung für Spezial-Investmentfonds aufgehoben (Abs. 4) und die spezialgesetzlichen Regelungen zur GewSt für Investmentfonds auf Spezial-Investmentfonds erweitert (vgl. BTDrucks. 20/4729, 165; s. auch § 29 Anm. J 23-4; *Kretzschmann/Albrecht in Kretzschmann/Schwenke/Behrens/Hensel/Klein, InvStG, 2023, § 26 Rz. 9*).

Die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 20/4729, 164) weist darauf hin, dass bei Überschreiten der 5 %-Grenze des § 15 Abs. 3 die Einkünfte des Spezial-Investmentfonds der GewStpflicht, ggf. unter Berücksichtigung von § 9 Nr. 1 Satz 3 Buchst. b GewStG, unterliegen, um eine Gleichbehandlung mit anderen Anbietern von Strom und Ladeeinrichtungen zu erreichen. Zur GewStpflicht eines Investmentfonds s. § 15 Anm. 5.

Die Einf. der GewStPflcht für Spezial-Investmentfonds führt zu Folgeänderungen in §§ 33, 42, 45 (vgl. § 33 Anm. J 23-1; § 42 Anm. J 23-1; § 45 Anm. J 23-1).

■ **Nummer 10 (Ausnahme der Nr. 7a aus den Anlagebestimmungen)**

J 23-8 Nr. 10 idF bis zum 31.12.2022 normierte, dass die Anlagebestimmungen aus den Anlagebedingungen hervorgehen müssen. Unter „Anlagebestimmungen“ fielen sämtliche Vorgaben der bisherigen Nr. 1 bis 9 (im Detail und zu Besonderheiten s. § 26 Anm. 70). Durch den Einschub von „mit Ausnahme der Nummer 7a“ in Nr. 10 gilt dies nicht für die mit dem JStG 2022 v. 16.12.2022 (BGBl. I 2022, 2294; BStBl. I 2023, 7) aufgenommene Anlagebestimmung in Nr. 7a. Damit soll der Aufwand aufseiten der Spezial-Investmentfonds vermieden werden, damit Kapitalanlagegesellschaften aufgrund der Einf. der neuen Anlagebestimmung in Nr. 7a keine geänderten Anlagebedingungen einreichen müssen (BTDrucks. 20/4729, 163).