

6. APRIL 2023

Ihre Ansprechpartner:

Cüneyt Andac, LL.M. oec.
+49 69 257 811 028
candac@kslaw.com

Dr. Andreas Böhme
+49 69 257 811 025
aboehme@kslaw.com

King & Spalding

Frankfurt
TaunusTurm
Taunustor 1
60310 Frankfurt am Main
Tel: +49 69 257 811 000

Befreiungsschlag für Photovoltaikanlagen in Immobilienfonds – Entwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes veröffentlicht

Anfang April 2023 wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz-Entwurf, „ZuFinG-E“) bekannt, dessen Vorbereitung aufgrund entsprechender Hinweise aus dem Bundesministerium der Finanzen bereits seit einiger Zeit angekündigt war und über dessen Inhalt in den letzten Wochen heftig spekuliert wurde. Auch wenn der vorliegende Zwischenstand eines Referentenentwurfs noch nicht offiziell veröffentlicht ist und sich bis zum Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens noch (zahlreiche) Änderungen ergeben können, enthält er einige sehr erfreuliche Ansätze, die es Immobilienfonds ermöglichen sollen, Teil der Energiewende zu werden.

Durch eine Ergänzung der erwerbbaaren Vermögensgegenstände in § 231 Abs. 1 KAGB soll es Immobilien-Sondervermögen nunmehr ermöglicht werden, auch unbebaute Grundstücke, die für die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung, zum Transport und zur Speicherung von Strom, Gas oder Wärme aus erneuerbaren Energien (Erneuerbare-Energien-Anlagen) bestimmt und geeignet sind, zu erwerben. Damit wären sog. Freiflächenanlagen als erwerbbaare Vermögensgegenstände erfasst. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird klargestellt, dass für die Erwerbbarkeit von Freiflächenanlagen kein unmittelbarer baulicher Zusammenhang zu einem Gebäude erforderlich ist. Die Anlagegrenze für Freiflächenanlagen soll dabei auf 15% des Brutto-Wertes des Immobilien-Sondervermögens beschränkt sein, damit ein Immobilienfonds den Erwerb und den Betrieb von Erneuerbaren-Energien-Anlagen nicht zu seinem Hauptzweck machen kann und der Immobilienfonds nicht seinen vermögensverwaltenden Charakter gefährdet (ansonsten droht die Gefahr der Qualifikation als operativ tätiges Unternehmen). Nach dem Gesetzesentwurf wäre zwar grundsätzlich eine Abbedingung dieser

Anlagegrenze für Spezial-AIF nach § 284 KAGB und damit die Auflage eines Spezial-Immobilien-Sondervermögens möglich, welches nur in Grundstücke mit Erneuerbare-Energien-Anlage investiert. Allerdings wäre dabei aber zu beachten, dass dann der Erwerb und Betrieb von Erneuerbare-Energien-Anlagen zum Hauptzweck des Immobilienfonds gemacht werden würde, was nach der Begründung zum Gesetzesentwurf nicht zulässig sein soll. Ein Fonds, der eine entsprechende Bezeichnung als Immobilienfonds führt, soll auch ganz überwiegend in Immobilien investiert sein. Hier bleibt das weitere Gesetzgebungsverfahren abzuwarten. Wünschenswert wäre gewiss weitestgehende Flexibilität im Bereich der Spezialfonds.

Bemerkenswert sind auch die Ausführungen in der Gesetzesentwurfsbegründung zu Aufdachanlagen und sonstigen Anlagen, die in einem gewissen baulichen Zusammenhang mit einem Gebäude stehen. Das Bundesministerium der Finanzen und das Bundesministerium der Justiz sind der Auffassung, dass „die Errichtung und der Betrieb von Aufdachanlagen (...) auch bisher schon zulässig“ gewesen seien. Auch wenn diese Aussage in dieser Pauschalität sicherlich etwas zu undifferenziert ist, ist auch insoweit der Vorstoß im ZuFinG-E sehr zu begrüßen, denn durch die Einfügung eines Zusatzes in § 231 Abs. 3 KAGB soll ausdrücklich geregelt werden, dass neben dem Erwerb von Bewirtschaftungsgegenständen nun auch Gegenstände erworben werden dürfen, die der Erzeugung erneuerbarer Energien dienen oder für Ladestationen für Elektrofahrzeuge oder Elektrofahrräder erforderlich sind. Durch die gewählte Systematik werden die genannten Anlagen nicht dem Kreis der Bewirtschaftungsgegenstände zugeordnet, sondern stehen als eigenständige Kategorie daneben. Dadurch sollen zukünftig Abgrenzungs- und Auslegungsprobleme vermieden werden, die sich in der Praxis häufig gestellt haben (z.B. wenn die Aufdachanlage mehr Strom produziert, als die Nutzer der Immobilie benötigen oder wenn die Gebäudenutzer nicht abnahmewillig sind).

In der Praxis werden Erneuerbare-Energien-Anlagen häufig nicht vom Fonds selbst gehalten und erst recht nicht von ihm selbst betrieben, da bisher nicht vollkommen klar ist, ob es sich hierbei um eine vermögensverwaltende Tätigkeit handelt bzw. ab wann die Grenze zur operativen Tätigkeit überschritten wird. Um diese Unklarheiten zu beseitigen und den Ausbau von Erneuerbare-Energien-Anlagen zu fördern, enthält das ZuFinG-E einen weiteren sehr erfreulichen und konsequenten Änderungsvorschlag. In einem neu einzufügenden § 231 Abs. 6 KAGB soll geregelt werden, dass der Betrieb sowohl von Freiflächenanlagen als auch von Aufdachanlagen eine zulässige Tätigkeit der Kapitalverwaltungsgesellschaft für den Immobilienfonds darstellt. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird dabei ausdrücklich klargestellt, dass dies auch den Verkauf des erzeugten Stroms einschließt.

Durch Aufnahme in die entsprechenden Kataloge der § 260b und § 284 KAGB soll der direkte Erwerb von Erneuerbare-Energien-Anlagen auch für offene Infrastrukturfonds und für offene Spezialfonds mit festen Anlagebedingungen (für beide ist bisher nur der indirekte Erwerb über eine Infrastruktur-Projektgesellschaft zulässig) möglich sein.

Durch die Aufnahme von Grundstücken für den Betrieb von Erneuerbare-Energien-Anlagen in den Katalog der für ein Immobilien-Sondervermögen erwerbbarer Vermögensgegenstände gemäß § 231 Abs. 1 KAGB (als neue Nr. 3a in Satz 1) werden diese auch von dem Verweis in § 2 Abs. 1 Nr. 14 c) aa) Anlageverordnung erfasst; d.h. die betreffenden Spezial-Immobilien-Sondervermögen bleiben weiter immobilienquotenfähig.

Eine Erweiterung der für andere Rechtsformen von Immobilienfonds erwerbbarer Vermögensgegenstände ist im ZuFinG-E nicht vorgesehen und wäre auch nicht nötig, weil geschlossene Publikums-AIF bereits nach geltender Rechtslage in Erneuerbare-Energien-Anlagen investieren dürfen und andere offene und geschlossene Spezial-AIF (insb. die Investmentkommanditgesellschaft und das geschlossene Sondervermögen) keinem einschränkenden Katalog erwerbbarer Vermögensgegenstände unterliegen (§§ 282 Abs. 2, 285 Abs. 1 KAGB). Allerdings sollte die vorgeschlagene Regelung im Entwurf des neu einzufügenden § 231 Abs. 6 KAGB, wonach der Betrieb



Erneuerbarer-Energien-Anlagen zulässig ist (und keine unzulässige operative Tätigkeit darstellt), ausdrücklich auf alle Investmentvermögen ausgedehnt werden, da die Problematik des Verbots eines Betriebs von Erneuerbaren-Energien-Anlagen durch Investmentvermögen aus der Legaldefinition des Begriffs des Investmentvermögens gemäß § 1 Abs. 1 KAGB herrührt.

Ob das ZuFinG-E in dieser Form verabschiedet werden wird, bleibt natürlich abzuwarten. Man wünscht sich sehr, dass den Gesetzgeber im weiteren Verfahren der Mut nicht verlässt.

Wir halten Sie gerne über den weiteren Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens auf dem Laufenden. Bei zwischenzeitlichen Fragen steht Ihnen King & Spalding jederzeit zur Verfügung.

ÜBER KING & SPALDING

1885 in Atlanta gegründet, zählt King & Spalding LLP heute zu den führenden internationalen Wirtschaftskanzleien. Mit mehr als 1.200 Rechtsanwälten an 23 Standorten in den Vereinigten Staaten, in Europa, in Asien sowie im Nahen Osten hat die Sozietät Mandate in über 160 Ländern auf sechs Kontinenten betreut. Zu unseren Mandanten, die wir oft seit Jahrzehnten beraten, zählt die Hälfte der 100 größten Unternehmen der Welt (Fortune 100).

King & Spalding in Frankfurt berät deutsche und internationale institutionelle Investoren und Unternehmen zu einem breiten Spektrum komplexer und strategischer Themen, stets maßgeschneidert auf die Bedürfnisse unserer Mandanten. Unser Team aus international qualifizierten Berufsträgern verfügt über mehr als 25 Jahre Erfahrung in der Beratung bei deutschen und grenzüberschreitenden Transaktionen, in EU-weiten regulatorischen und Compliance-Fragestellungen sowie bei strittigen Verfahren.

Der Inhalt dieses Dokuments ist nicht als Rechtsberatung gedacht und sollte nicht als solche herangezogen werden. Das Dokument dient ausschließlich der allgemeinen Information und dem internen Gebrauch des Empfängers. Das Dokument wurde dennoch mit größtmöglicher Sorgfalt und nach bestem Gewissen erstellt. Alle Angaben erfolgen jedoch ohne Gewähr für ihre Aktualität, Vollständigkeit und Richtigkeit. In einigen Jurisdiktionen kann dies als "Anwaltswerbung" gesehen werden. [Datenschutzrichtlinie](#) ansehen.

ABU DHABI	CHARLOTTE	FRANKFURT	LOS ANGELES	PARIS	SINGAPUR
ATLANTA	CHICAGO	GENEVE	MIAMI	RIYADH	TOKYO
AUSTIN	DENVER	HOUSTON	NEW YORK	SAN FRANCISCO	WASHINGTON, D.C.
BRÜSSEL	DUBAI	LONDON	NORTHERN VIRGINIA	SILICON VALLEY	
