



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

Der Begriff des in- und ausländischen Investmentfonds (zum Zwecke der Besteuerung) nach dem AIFMG

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Matthias Fucik

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree
of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2016 / Vienna, 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

A 992 984

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Steuerrecht und Rechnungswesen / Taxation and
Accounting

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Sabine Kirchmair-
Schliesselberger

Vorwort

Da ich bereits im Rahmen meines Diplomstudiums eine Diplomandenseminararbeit zum Thema "Falsch dargestellte Investmentfonds auf den Cayman Inseln" verfasst hatte, wurde mein Interesse bei der Themenauswahl sofort vom Titel der Ihnen nun vorliegenden Arbeit geweckt. Im Zuge der ersten Recherchestunden wurde mir dann bewusst, dass eine anspruchsvolle Aufgabe vor mir stand, welcher ich jedoch mit Motivation und Entschlossenheit entgegentreten wollte.

So begann eine Zeit der intensiven Recherche und des Studiums, um das an manchen Ecken fehlende Wissen zu den aufsichts- und steuerrechtlichen Investmentfondsbestimmungen aufzuarbeiten und auszubauen. Als ich mit dem Verfassen der Master Thesis begann, fühlte sich oftmals bereits ein gelungener Absatz wie ein "*Etappensieg*" an und als das Schreiben an der Arbeit zu Ende ging, hatte ich das Gefühl, dass sich der Nebel auf dem von mir (aus meiner Sicht aus) betretenen Neuland zumindest ein klein wenig gelichtet hatte. Im Endeffekt kann ich nun sagen, dass sich die vielen (oftmals nächtlichen) Stunden des Recherchierens, Lesens und Schreibens bezahlt gemacht haben und, dass das Bearbeiten dieses sehr interessanten Themas auch viel Freude bereitet hat.

An dieser Stelle möchte ich mich bei meiner Betreuerin Fr. Univ.-Prof. MMag. Dr. Sabine Kirchmayr-Schliesselberger und ihrer Universitätsassistentin Fr. Mag. Lisa Aumayr für die Betreuung und Unterstützung beim Verfassen der Master-Thesis bedanken. Mein Dank geht auch an Fr. Mag. Elisabeth Pölzl, die zu jederzeit für eine Vielzahl an unterschiedlichen Fragen ein offenes Ohr hatte und dabei nie die Geduld verloren hat.

Bedanken möchte ich mich auch bei meiner Familie, allen voran meinen Eltern und Großeltern, für die von eurer Seite immer dagewesene Unterstützung. Danke auch an meinen Bruder Lukas, u.a. in puncto Arbeitseifer und Disziplin konnte ich viel von dir lernen, und so hast auch du zu dieser Arbeit beigetragen. Zuletzt möchte ich mich bei meiner Lebensgefährtin Molly bedanken: auch du warst mir in vielen Dingen ein Vorbild und deine Unterstützung und dein Verständnis haben wesentlich dazu beigetragen, dass ich meine Zeit und Kraft dem LL.M.-Studium und dieser Arbeit widmen konnte.

Ich wünsche Ihnen/euch viel Freude beim Lesen der Arbeit.

Euer Matthias

Wien, am 29.9.2016

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Das österreichische Investmentfondswesen	2
2.1. Entwicklung des Investmentfondswesens.....	2
2.2. Rechtsgrundlagen des österreichischen Investmentfondswesens	4
2.2.1. Die OGAW-Richtlinie.....	4
2.2.2. UCITS III Richtlinien.....	5
2.2.3. UCITS IV Richtlinie	7
2.2.4. UCITS V Richtlinie.....	8
2.2.5. AIFM-Richtlinie.....	9
2.2.6. Das AIFMG.....	15
2.3. Das deutsche Kapitalanlagegesetzbuch.....	17
2.3.1. Das KAGB	17
2.3.2 Anpassung der deutschen Fondsbesteuerung an das KAGB	19
2.3.3. Reform der deutschen Investmentfondsbesteuerung.....	20
3. Der Begriff des inländischen Investmentfonds	22
3.1. Der Begriff des inländischen Investmentfonds vor dem Inkrafttreten des AIFMG.....	23
3.1.1. Der Anwendungsbereich des § 186 InvFG vor dem AIFMG	23
3.1.2. Die Besteuerung nach dem Transparenzprinzip.....	26
3.2. Der Begriff des inländischen Investmentfonds nach dem Inkrafttreten des AIFMG ...	27
3.2.1. Veränderungen durch das AIFMG	27
3.2.2. Materieller und formeller Fondsbegriff.....	30
3.3. Die Abgrenzungskriterien eines Alternativen Investmentfonds	31
3.3.1. Organismus für gemeinsame Anlagen	33

3.3.2. Anzahl an Anlegern.....	39
3.3.3. Kapital einsammelt.....	43
3.3.4. Festgelegte Anlagestrategie.....	44
3.3.5. Zum Nutzen der Anleger.....	46
3.3.6. Keine operative Tätigkeit	47
3.3.7. Keine Genehmigung als OGAW gemäß Art 5 OGAW-RL.....	49
3.4. Befreiungsbestimmungen des AIFMG.....	50
3.4.1. Befreiung für Holdinggesellschaften	50
3.4.2. Befreiung für Verbriefungszweckgesellschaften	54
3.4.3. Das Konzernprivileg	56
4. Der Begriff des ausländischen Investmentfonds	59
4.1. Rechtslage vor dem AIFMG	59
4.2. Rechtslage nach dem AIFMG	62
4.3. Unionsrechtskonformität des § 188 InvFG	65
4.3.1. Diskriminierung durch § 188 Abs 1 Z 1 u. Z 2 InvFG?.....	65
4.3.2. Diskriminierung durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG?	66
4.3.3. § 188 Abs 1 Z 3 InvFG in Bezug zu EU-Mitgliedstaaten	66
4.3.4. § 188 Abs 1 Z 3 InvFG in Bezug zu EU-Mitgliedstaaten	70
5. Conclusio.....	71
6. Abkürzungsverzeichnis	74
7. Literaturverzeichnis.....	77

1. Einleitung

Das Inkrafttreten des im Vorfeld viel diskutierten Alternative Investmentfonds Manager-Gesetzes¹ hat nicht nur zu einer Neuordnung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des österreichischen Investmentfondwesen geführt, sondern auch das auf Investmentfonds anzuwendende Besteuerungssystem maßgeblich verändert. § 186 InvFG 2011 wurde an das AIFMG angepasst, sodass von dessen Anwendungsbereich nun auch Alternative Investmentfonds im Sinne des AIFMG erfasst sind. Aufgrund der in Literatur und Rechtsprechung zu § 188 InvFG 2011 geäußerten unionsrechtlichen Bedenken, wollte der Gesetzgeber die Anpassung des InvFG an das AIFMG zum Anlass nehmen, die Besteuerung von ausländischen Kapitalanlagefonds durch Novellierung des § 188 InvFG 2011 europarechtskonform auszustalten.

Für Besteuerungszwecke stellt sich nach dem Inkrafttreten des AIFMG die Frage wie der Begriff des AIF definiert bzw. abgegrenzt werden kann und welche Anlagestrukturen als AIF iSd AIFMG gelten. Im Hinblick auf die Besteuerung von ausländischen Kapitalanlagefonds gilt es außerdem zu beleuchten, ob es dem österreichischen Gesetzgeber tatsächlich gelungen ist, die gewünschte Unionsrechtskonformität von § 188 InvFG 2011 herzustellen.

Durch die systematische Darstellung und Erörterung der in § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG zu findenden AIF-Definition soll gezeigt werden, welche Abgrenzungskriterien bei der Beurteilung eines Anlagevehikels zu beachten sind, und wie in diesem Zusammenhang auftretende Abgrenzungsproblematiken gelöst werden können. Durch Interpretation und Aufarbeitung von bestehender EuGH-Rechtsprechung bzw. Literatur wird § 188 InvFG 2011 (idF BGBI I 2013/135) hinsichtlich seiner Unionsrechtskonformität beleuchtet.

Das zweite Kapitel enthält einen kurzen Überblick über das österreichische Investmentfondswesen und dessen durch Unionsrecht geprägte Rechtsgrundlagen. Im selben Kapitel wird dargestellt warum es zur Schaffung des AIFMG gekommen ist und welche Ziele durch dieses neue aufsichtsrechtliche Regime erreicht werden sollen. Um auf die Unterschiede zwischen dem österreichischen und dem deutschen Investmentfondwesen aufmerksam zu machen, werden am Ende des zweiten Kapitels das deutsche Kapitalanlagegesetzbuch sowie das damit verbundene Besteuerungssystem dargestellt.

¹ BGBI I 2013/135.

Das dritte Kapitel widmet sich dem Begriff des inländischen Investmentfonds vor und nach Inkrafttreten des AIFMG. In einem ersten Schritt werden die Besteuerungsfolgen des § 186 InvFG dargestellt und der Unterschied zwischen dem formellen und materiellen Fonds begriff erklärt. Im Anschluss daran werden die in § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG enthaltenen AIF-Abgrenzungskriterien umfassend dargestellt und beleuchtet. Die bei der Beurteilung eines Anlagevehikels ebenfalls zu beachtenden Befreiungsbestimmungen des AIFMG werden im Anschluss an die Darstellung der Abgrenzungskriterien ebenfalls analysiert.

Das vierte und letzte Kapitel ist dem Begriff des ausländischen Investmentfonds gewidmet, wobei ebenso wie in Kapitel 3 sowohl auf die Rechtslage vor, als auch nach dem Inkrafttreten des AIFMG eingegangen wird. Im letzten Teil des vierten Kapitels wird anhand von bestehender Literatur und Judikatur geprüft, ob sich die novellierte Fassung des § 188 InvFG (idF BGBI I 2013/135) mit Unionsrecht in Einklang bringen lässt oder ob bei der österreichischen Besteuerung von ausländischen Kapitalanlagefonds weiterhin mit unionsrechtlichen Problemen zu rechnen ist.

2. Das österreichische Investmentfondswesen

2.1. Entwicklung des Investmentfondswesens

Bereits vor über 50 Jahren, genauer gesagt im Jahre 1956, kam es durch die ÖIG zur Gründung des ersten österreichischen Investmentvermögensfonds "Selecta".² Das erklärte Anlageziel des *Selecta*-Fonds waren rein europäische Aktien. Bis 1961 kam es zur Auflage von drei weiteren österreichischen Aktienfonds, wobei im "Securta"-Fonds ab 1960 erstmals auch Investorenengelder in amerikanischen Aktien veranlagt wurden.³

Die seit dem erfolgte Weiterentwicklung des österreichischen Investmentfondswesens lässt sich nach Ansicht von *Flor/Kammel* in drei Phasen unterteilen.⁴ Die Phase in den Jahren zwischen 1956 und 1986 war geprägt durch ein moderates aber kontinuierliches Wachstum, wobei zum sanften Aufschwung insbesondere die Auflage von ersten Rentenfonds beitrug. Ein Jahr nach deren erstmaliger Auflage in Österreich, hatte sich das gesamtösterreichische Fondsvolumen mit Stand 31.12.1969 auf nahezu 100 Mio. Euro verdoppelt. Alles in allem blieb die Anzahl der in Österreich aufgelegten Investmentfonds jedoch noch überschaubar.

² Vgl. WiFo-Monatsbericht 08/1985, Die Entwicklung der österreichischen Investmentfonds in den Jahren 1956 bis 1984, abrufbar unter http://www.wifo.ac.at/bibliothek/archiv/MOBE_HTML/1985_08.html (Stand 11.7.2016).

³ Vgl. *Flor/Kammel/Zibuschka*, InvFG 2011 und AIFMG – Materialienband, 11f.

⁴ Vgl. *Engel-Kazemi et al* (Hrsg), Investmentfonds – Aufsicht und Besteuerung, 13.

Ende 1986 wurden in Österreich 41 Investmentfonds verwaltet, wobei die Summe der von ihnen verwalteten *Assets under Management* etwa 2,6 Mrd. Euro betrug.

In Phase 2 der österreichischen Investmentfondsentwicklung erfreute sich die Vermögensveranlagung in Investmentfonds zunehmender Beliebtheit, sodass es in den Jahren 1986 bis 2007 zu einer rasant steigenden Anzahl an österreichischen Investmentfonds und dem von diesen verwalteten Fonds volumens kam.

Begünstigt wurde diese Entwicklung u.a. durch steuerfreie Kursgewinne des Fondsvermögens, sodass gegen Ende des Jahres 2007 bereits über 2.300 Investmentfonds in Österreich verwaltet wurden.⁵ Die Anzahl der Kapitalanlagegesellschaften hatte sich auf 24 erhöht und das Fonds volumen stieg auf über 163 Mrd. Euro.

Die Entwicklung der Fondsbranche ab 2007 bis zur Gegenwart wurde geprägt durch die globale Finanzkrise und deren auf den Finanzmärkten deutlich spürbaren Folgen.⁶ So reduzierte sich die Zahl der in Österreich verwalteten Investmentfonds bis zum Jahr 2015 auf etwas über 2.000. Deutlich starke Auswirkungen hatte die Finanzkrise auf das Fonds volumen, welches sich bis zum Jahr 2008 um knappe 25% auf 126 Mrd. Euro reduzierte.

Ab dem Jahr 2009 konnte sich der Investmentmarkt erholen, sodass im April 2015 das Rekordvolumen von 169,9 Mrd. Euro in österreichischen Investmentfondsgesellschaften veranlagt war. Per Juni 2016 waren in österreichischen Investmentfonds etwa 163,3 Mrd. veranlagt.⁷

Beeinflusst durch eine anhaltend volatile Lage auf den Finanzmärkten und einer immer größer werdenden Anzahl an regulatorischen Vorschriften steht die Investmentfondsbranche auch heute noch vor größeren Herausforderungen.⁸

⁵ Vgl. Flor/Kammel/Zibuschka, InvFG 2011, 11.

⁶ Vgl. Url, Die volkswirtschaftliche Rolle von Investmentfonds und die Ertragschancen langfristiger Aktienveranlagungen (2009), 5.

⁷ Vgl. VÖIG Statistik, Gesamtmarkt – Fonds volumen 2016, abrufbar unter http://www.voeig.at/voeig/internet_4.nsf/sysPages/oesterrinvestmentfondsmarkt.html (Stand 11.7.2016).

⁸ Vgl. Kammel, Ein Code of Conduct für die Investmentindustrie oder das geänderte Verhältnis von Selbstregulierung zu staatlicher Regulierung, ÖBA 2012, 746 (754).

2.2. Rechtsgrundlagen des österreichischen Investmentfondswesens

2.2.1. Die OGAW-Richtlinie

Mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union wurde das österreichische Investmentfondsrecht ab Mitte der Neunziger-Jahre stark europarechtlich geprägt. Die Basis des europäischen Investmentfondsrecht bildet die am 20.12.1985 verabschiedete Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren.⁹

Das Ziel der OGAW-RL war es, innerhalb der EU/EWR Staaten harmonisierte Wettbewerbsbedingungen sowie ein einheitliches Mindestmaß an Anlegerschutzbestimmungen zu schaffen.¹⁰ Außerdem stellte die OGAW-RL einen ersten Schritt zur Schaffung eines europäischen Binnenmarktes für Investmentgeschäfte dar. Auf dem in Aussicht gestellten Investment-Binnenmarkt sollten nicht nur die Kapitalanlagegesellschaften ihre Veranlagungstätigkeit grenzüberschreitend und barrierefrei ausüben können, sondern auch den Anlegern sollte grenzüberschreitend Zugang zu den für sie passendsten Fondsprodukten geboten werden.¹¹

So wurde mit OGAW-RL u.a. der *Europäische Pass* für Investmentfonds eingeführt. Der *Europäische Pass* ermöglichte es Kapitalanlagefonds, welche die Kriterien der OGAW-RL erfüllten und bereits in einem Mitgliedstaat zugelassen waren, ihre Anteile in anderen EU-Staaten zu vertreiben.¹² Vom ursprünglich geplanten einfachen Nostrifizierungsverfahren konnte in der Praxis jedoch lange Zeit nicht die Rede sein, viel eher war man mit einem aufwendigen und kostenintensiven Registrierungsverfahren konfrontiert, welches erst durch Reformierung verbessert werden konnte.¹³

Der Anwendungsbereich der OGAW-RL war beschränkt auf Organismen für gemeinsame Anlagen des nicht geschlossenen Typs, die ihre Anteile beim Publikum in der Gemeinschaft vertrieben und deren Gelder in Wertpapieren¹⁴ investiert waren, weshalb der damalige Richtlinienanwendungsbereich als eng bezeichnet werden konnte.¹⁵

⁹ RL 85/611/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABI L 1985/375, 3ff.

¹⁰ Vgl. *Leser*, Veranlagungskriterien für Investmentfonds, 1.

¹¹ Vgl. *Bauer*, Die europäische Fondsindustrie im Wandel, in FS Dorten (2006) 36.

¹² Vgl. *Adametz (Hrsg)*, Investmentfonds - DER Praktikerleitfaden, 29.

¹³ Vgl. *Bauer* in FS Dorten (2006) 38.

¹⁴ Für Details zur Anlagepolitik der OGAW-RL und den damals zulässigen Anlagen siehe Art 19 OGAW-RL.

¹⁵ Vgl. Präambel der OGAW-RL 85/611/EWG ABI L 1985/375, 3ff.

Das durch die OGAW-RL determinierte rechtliche Rahmenwerk des europäischen Investmentfondswesens wurde über die Jahre hinweg laufend adaptiert, weil man den Entwicklungen der Investmentfondsindustrie Rechnung tragen und immer komplexer werdenden aufsichtsrechtlichen Anforderungen entsprechen wollte.¹⁶

2.2.2. UCITS III Richtlinien

Auf Marktveränderungen und Finanzproduktinnovationen reagierte die Europäische Union mit Anpassungen des OGAW-Rahmenwerkes durch Erlass weiterer UCITS-Richtlinien¹⁷. Die erste fundamentale Überarbeitung der OGAW-RL erfolgte dabei durch die Umsetzung der gemeinsam als UCITS III bezeichneten Produkt¹⁸ - und Verwaltungsrichtlinien¹⁹ im Jahre 2002.

So wurde mit der Produktrichtlinie das Veranlagungsspektrum der Investmentfonds maßgeblich erweitert.²⁰ Nach Umsetzung der Produktrichtlinie galten sämtliche hinreichend liquide Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, offene Kapitalanlagefonds, Einlagen und Derivate als *Eligible Assets*²¹ und konnten für Organismen zur gemeinsamen Geldanlage in Wertpapieren herangezogen werden.²²

Aufgrund dieser Erweiterung konnten richtlinienkonforme Kapitalanlagefonds ihr Vermögen auch in Anteile von anderen OGAW und/oder anderen Organismen für gemeinsame Anlagen des offenen Typs investieren.²³ Ausdrücklich erlaubt war nun die Anlage in *Dachfonds* bzw. *gemischten Dachfonds*, bei denen entweder das gesamte Vermögen in Subfonds, sprich in Anteilen anderer Investmentfonds veranlagt war oder das Fondsvermögen nicht nur in Fondsanteilscheinen sondern auch in andere Einzeltitel investiert wurde. Der Vorteil dieser Fondskonstruktionen lag darin, dass den Anlegern eine höhere Risikodiversifizierung

¹⁶ Vgl. Kammel, ÖBA 2009, 565.

¹⁷ Vgl. Engel-Kazemi et al, Investmentfonds, 5f.

¹⁸ RL 2001/108 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) hinsichtlich der Anlagen der OGAW, ABI L 2002/41, 35ff.

¹⁹ RL 2001/107 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks Festlegung von Bestimmungen für Verwaltungsgesellschaften und vereinfachte Prospekte, ABi L 2002/41, 20ff.

²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 2 der Produktrichtlinie.

²¹ Vgl. Macher et al (Hrsg), InvFG Kommentar (2008), § 20 Rz 8.

²² Vgl. Flor/Kammel/Zibuschka, InvFG 2011, 14.

²³ Vgl. Erwägungsgrund 6 der Produktrichtlinie.

ermöglicht werden konnte und die Investments somit einem geringen Verlustrisiko unterlagen.²⁴

Zum Schutz der Anlegerinteressen enthielt die Produktrichtlinie außerdem Vorgaben bezüglich geeigneter Risikomanagementverfahren sowie Verpflichtungen hinsichtlich anzuwendender Anlagestrategien, -techniken und -grenzen.²⁵

Mit der Verwaltungsrichtlinie sollten die gesetzlichen Bestimmungen für die Verwaltungsgesellschaften harmonisiert und verbesserte Informationsbedingungen für Anleger geschaffen werden.²⁶

Umgesetzt wurden diese Ziele unter anderem durch die Einführung eines vereinfachten Prospektes zur Information der Anleger beziehungsweise durch Schaffung des Europäischen Passes für die Verwaltungsgesellschaften.²⁷ Mit dem EU-Pass wurde die unionsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auf die Kapitalanlagegesellschaften ausgeweitet. Im Heimatstaat zugelassene Verwaltungsgesellschaften konnten nun ihre Dienstleistungen mittels Gründung von Zweigniederlassungen oder im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der gesamten Europäischen Union erbringen, ohne dass die Mitgliedstaaten zusätzliche nationale Voraussetzungen oder Erfordernisse daran knüpfen konnten.²⁸

2.2.2.1. Grün- und Weissbuch der Europäischen Kommission

Nach Umsetzung des UCITS III Richtlinienpakets zeigte sich, dass weitere Barrieren einer vollen Umsetzung eines integrierten und wettbewerbsfähigen Binnenmarkts für Investmentfonds entgegenstanden²⁹, weshalb die Europäische Kommission mit ihrem Grünbuch³⁰ eine öffentliche Diskussion zur Reformierung des rechtlichen Rahmenwerkes für Investmentfonds begann. Im Rahmen dieser Diskussion wurden die stärksten Umsetzungshindernisse von am Kapitalmarkt tätigen Akteuren dargestellt und deren Lösungsvorschläge kundgemacht.

²⁴ Vgl. Macher et al, InvFG-Komm, § 1 Rz 24 und Rz 38.

²⁵ Vgl. Mörtl/Bilzer, Regulierung von Investmentfonds, in FS Dorten (2006) 110.

²⁶ Vgl. Erwägungsgrund 15 der Verwaltungsrichtlinie.

²⁷ Vgl Macher et al, InvFG-Komm, Vor § 1 Rz 10.

²⁸ Vgl. Erwägungsgrund 6 der Verwaltungsrichtlinie.

²⁹ Vgl. Bauer in FS Dorten 36.

³⁰ Vgl. Grünbuch – Ausbau des europäischen Rahmens für Investmentfonds, KOM (2005) 314 endgültig.

Mit dem 2006 erarbeiteten Weißbuch³¹ legte sich die Europäische Kommission darauf fest, die folgenden Themenbereiche reformieren zu wollen:

1. Erleichterung des Nostrifizierungsverfahrens beim Produkt Pass;
2. Erleichterung von grenzüberschreitenden Fondsfusionen;
3. Vermögenspooling;
4. Weiterentwicklung des EU-Passes für Verwaltungsgesellschaften (Management Company Passport) und
5. Ausbau der aufsichtsrechtlichen Zusammenarbeit.³²

Zusätzlich zu diesen Reformbereichen wollte man die Steuerdiskriminierung ausländischer Investmentfonds bekämpfen sowie die Steuerharmonisierung in den Mitgliedstaaten vorantreiben.

2.2.3. UCITS IV Richtlinie

Nach länger anhaltenden Debatten zwischen EU-Mitgliedsstaaten und EU-Institutionen konnte das Europäische Parlament am 13.07.2009 nach Zustimmung des Rates die UCITS IV Richtlinie³³ verabschieden. Das Ziel von UCITS IV war es, die nationalen Rechtsvorschriften über die Organismen für gemeinsame Anlagen weiter zu koordinieren, um so eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen auf Gemeinschaftsebene zu erreichen. Gleichzeitig wollte man einen wirksameren und einheitlicheren Schutz der Fondsanteilsinhaber sicherstellen.³⁴

Konkret wurden durch UCITS IV erstmals rechtliche Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Fondsfusionen geschaffen, sowie die in der Praxis bereits bekannten Master-Feeder Fondskonstruktionen in das fondsrechtliche Rahmenwerk aufgenommen.³⁵ Dadurch, dass die sogenannten Feeder-Fonds zumindest 85% ihres Vermögens in Anteile eines anderen Master-Fonds anlegen müssen, kommt es bei Master-Feeder Konstruktionen zu einem verstärkten Pooling an Vermögenswerten. Der Vorteil solcher Anlagevehikel liegt darin, dass die Verwaltungstätigkeiten (zB Marketing und Vertrieb der Fonds) beim Master-Fonds konzentriert werden können, wodurch wirtschaftliche Vorteile erzielt werden können.

³¹ Vgl. Weißbuch – Für den Ausbau des Binnenmarktrahmens für Investmentfonds, KOM (2006) 686 endgültig.

³² Vgl. Macher et al, InvFG-Komm, Vor § 1 Rz 20.

³³ RL 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW), ABI L 2009/302, 32ff.

³⁴ Vgl. Erwägungsgrund 3 der UCITS IV Richtlinie.

³⁵ Siehe dazu Kapitel VI der UCITS IV Richtlinie bzw. 6. Abschnitt des InvFG 2011.

Die Vorgaben der UCITS IV Richtlinie wurden mit dem am 01.09.2011 in Kraft getretenen InvFG 2011³⁶ in österreichisches Recht umgesetzt.

Basierend auf den Richtlinievorgaben wurde mit dem InvFG 2011 u.a. der sogenannte *Management Company Passport* in Österreich eingeführt. Mit dem *Management Company Passport* war es Organismen zur gemeinsamen Anlage in Wertpapieren nach Erfüllen von bestimmten Voraussetzungen gestattet Verwaltungsgesellschaften in anderen Mitgliedsstaaten zu benennen, um sich von diesen verwalten zu lassen.³⁷

Hinzukommt, dass seit dem Inkrafttreten des InvFG 2011 Fondsverschmelzungen durchgeführt werden können, wobei die im Gesetz genannten Verschmelzungsarten³⁸ sowohl bei nationalen als auch auf grenzüberschreitenden Fondsverschmelzungen anwendbar sind.³⁹

Durch die nun möglichen (Cross-Border) Funds-Merger wollte der Gesetzgeber die Anzahl der am Kapitalmarkt tätigen Investmentfonds verkleinern, sodass das durchschnittliche Kapitalvolumen pro Fonds vergrößert wird und verstärkt Skaleneffekte erzielt werden können.

2.2.4. UCITS V Richtlinie

Die jüngste Überarbeitung des OGAW-Rahmenwerkes erfolgte im Juli 2014 durch die UCITS V Richtlinie.⁴⁰ Mit der UCITS V RL wurden die nationalen Bestimmungen zu den Aufgaben und der Haftung der Verwahrstellen und zur Vergütungspolitik und den Strafsanktionen weiter harmonisiert.⁴¹

Bis zur Umsetzung von UCITS V waren auf nationaler Ebene die Vergütungsbestimmungen des BWG auf Kapitalanlagegesellschaften anzuwenden. Mit der Richtlinienimplementierung wurde ein getrenntes Vergütungsregime⁴² geschaffen, wobei u.a. die FMA dazu ermächtigt wurde verbindliche Grundsätze der Vergütungspolitik festzulegen.⁴³ Prinzipiell soll die Vergütungspolitik nun mit einem soliden und wirksamen Risikomanagement vereinbar sein und keine Reize zur Übernahme von Risiken schaffen, welche nicht mit der ordentlichen

³⁶ BGBI I 2011/77

³⁷ Vgl. Flor/Kammel/Zibuschka, InvFG 2011, 23.

³⁸ Vgl. § 3 Abs 2 Z 15 lit a bis lit c InvFG.

³⁹ Vgl. Kammel, UCITS IV-Ein weiterer Meilenstein im europäischen Investmentfondsrecht?, ÖBA 2009, 565:

⁴⁰ RL 2014/91/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen, ABI L 2014/257 186ff.

⁴¹ Vgl. Erwägungsgrund 1 der UCITS V Richtlinie.

⁴² Siehe dazu die neu geschaffenen §§ 17a, 17b und 17c InvFG idF BGBI I 115/2015.

⁴³ Vgl. Studer, Aufsichtsrecht und Risikomanagement, ÖBA 2015/6, 393 (393).

Geschäftsleitung, den allgemeinen Sorgfaltspflichten und den Risikoprofilen oder Vertragsbedingungen des verwalteten OGAW vereinbar sind.⁴⁴

Außerdem kann für OGAW-Fonds seit Umsetzung der UCITS V RL nur mehr eine einzige Depotbank beauftragt werden kann.⁴⁵ Die ausgewählte Depotbank hat gemäß § 42 InvFG 2011 (idF nach BGBl I 115/2015) den Cashflow des OGAW zu überwachen und dafür zu sorgen, dass die in Verwahrung genommenen Finanzinstrumente eindeutig dem betreffenden OGAW zugeordnet werden können. Gemäß § 43 InvFG (idF nach BGBl I 115/2015) haften Depotbanken sowohl gegenüber den Kapitalanlagegesellschaften als auch gegenüber den Anteilsinhabern für alle Verluste, die entweder von einer Subdepotbank oder von ihnen selbst zumindest fahrlässig verursacht worden sind.⁴⁶

2.2.5. AIFM-Richtlinie

2.2.5.1. Vorbemerkungen

Im März 2009 stellte die Europäische Kommission erstmals in Aussicht, mit einem Rahmenwerk für *Alternative Investment Funds Manager* jene Investmentvehikel einer stärkeren Regulierung unterwerfen zu wollen, die bislang nicht unter das Rahmenwerk der OGAW- und UCITS-Richtlinien fielen.

Daraufhin wurde am 29.4.2009 die *Alternative Investment Fonds Manager Richtlinie* (AIFM-RL) erstmals im Entwurf präsentiert. Das durch den Entwurf ausgedrückte, umfassende Bestreben nach Regulierung von Hedge-, Private Equity-, Infrastruktur-, Commodity- und Immobilienfonds sollte ein klares europäisches Signal bzw. eine rasche politische und regulatorische Antwort auf die Folgen der globalen Finanzkrise sein.⁴⁷

Obwohl es zwischen dem Beginn der Finanzkrise und den Aktivitäten der Fondsbranche keinen ursprünglichen Zusammenhang gab, konnte man feststellen, dass in einem globalen, korrelierenden Finanzsystem Risiken rasch von einem Bereich auf andere Sektoren übergehen und so zu größeren Finanzmarktschwierigkeiten führen können.⁴⁸

⁴⁴ 122/ME 25.GP Vorblatt 3.

⁴⁵ Vgl. § 40 InvFG idF BGBl I 115/2015.

⁴⁶ Vgl. Studer, ÖBA 2015, 393

⁴⁷ Vgl. Kammel, AIFMD, AIFMG – leider mehr als (nur) "another European Mess", ÖBA 2016/4, 271 (271); Kammel, ÖBA 2009, 565.

⁴⁸ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL, Einleitung, Rz 15.

Da eine Vielzahl von Anlegern erhebliche Vermögenswerte in alternativen Investmentfonds investiert hatten, und diese, wie die Finanzkrise zeigte, einem breiten Spektrum an Risiken unterlagen, wollte man diese Investmentvehikel einer stärkeren Kontrolle unterwerfen.⁴⁹

Die Europäische Union übernahm daraufhin in der weltweiten Diskussion über die Regulierung von alternativen Investmentfonds die Vorreiterrolle⁵⁰, und verabschiedete am 8.6.2011 die AIFM-RL.⁵¹

2.2.5.2. Ziele der Richtlinie

Mit der AIFM-RL wollte man auf supranationaler Ebene die vier folgenden primären Ziele⁵² erreichen:

1. Begrenzung von systemischen Risiken;
2. Verstärkte Transparenz bei Private Equity Beteiligungen;
3. Verbesserter Anlegerschutz;
4. Schaffung eines Binnenmarktes für den Vertrieb von AIF.

2.2.5.3. Anwendungsbereich der Richtlinie

Bereits in der Präambel der AIFM-RL wurde klargestellt, dass die Richtlinie nicht darauf gerichtet, ist die alternativen Investmentfonds an sich zu regulieren, sondern bloß deren Manager.⁵³ Da die AIFM-RL größtenteils verwaltungsspezifische Aspekte regelt und nur vereinzelt produktspezifische Teilbereiche aufgreift, ist sie größtenteils eine Verwaltungsrichtlinie.⁵⁴ Aufgrund der vereinzelt auftretenden produktiven Durchbrechungen wird die AIFM-RL in der Literatur auch als Hybridkonstruktion bezeichnet.⁵⁵

Da man mit der AIFM-RL ein breites Spektrum an Kapitalanlagevehikel einem harmonisierten aufsichtsrechtlichen Regelwerk unterwerfen wollte, ist es wenig verblüffend,

⁴⁹ Vgl. Vorschlag der EU-Kommission zur AIFM-Richtlinie, 2; Rasmussen-Bericht vom 11.09.2008 mit Empfehlungen an die Kommission zu Hedge-Fonds und Private-Equity (2007/2238(INI)) sowie Lehne-Bericht vom 09.07.2008 mit Empfehlung an die Kommission zur Transparenz institutioneller Investoren (2007/2239(INI)).

⁵⁰ Vgl. Tollmann in D/J/K/T, AIFM-RL, Einleitung, Rz 16.

⁵¹ RL 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABIL 2014/174 1ff.

⁵² Vgl. Tollmann in D/J/K/T, AIFM-RL, Einleitung, Rz 17ff.

⁵³ Vgl. Erwägungsgrund 3 der AIFM-RL.

⁵⁴ Vgl. Flor/Kammel/Zibuschka, InvFG 2011, 30.

⁵⁵ Vgl. Kammel, Alternative Investment Fund Manager Richtlinie - "Another European Mess"?, ÖBA 2011/1, 18 (20)

dass der Anwendungsbereich der Richtlinie sehr weit ist und sämtliche nicht unter das OGAW-Rahmenwerk fallende AIF umfasst.⁵⁶

Unter den Begriff des AIF-Managers fallen laut Richtlinie sowohl externe Managementgesellschaften als auch ein internes Management. Dies deshalb weil der richtlinienkonforme Begriff des AIF-Managers bloß auf die zentrale Verwaltungstätigkeit eines Investmentportfolios abstellt. Alternative Investmentfonds Managers sind somit jene Unternehmungen, die alternative Investmentfonds verwalten.⁵⁷

Da sich der Hauptanwendungsbereich der Richtlinie nicht nur auf EU-Mitgliedsstaaten sondern auch auf Drittstaaten erstreckt, stellt das AIFM-Rahmenwerk auf drei Hauptanwendungsfälle ab:

1. alle EU-AIFM, die entweder einen oder mehrere EU-AIF oder Non-EU-AIF verwalten,
2. alle Non-EU-AIFM, die EU-AIF verwalten, unabhängig davon, ob diese im Hoheitsgebiet der EU vertrieben werden,
3. alle Non-EU-AIFM, die entweder EU oder Non-EU-AIF in der EU vertreiben.⁵⁸

Erwähnenswert ist außerdem, dass die Rechtsform des Anlagevehikels, gemäß Richtlinie, nicht mehr von Bedeutung ist. Dies kann nur dahingehend verstanden werden, dass der bislang geltende formelle Investmentbegriff durch einen materiellen Investmentfondsbegegiff abgelöst werden soll. Diesbezüglich führt Art 2 Abs 2 AIFM-RL aus, dass es nicht von Bedeutung ist:

1. ob es sich bei dem AIF um einen offenen oder geschlossenen Fonds handelt;
2. ob der AIF in der Vertragsform, der Form des Trust, der Satzungsform oder irgendeiner anderen Rechtsform errichtet ist; bzw.
3. welche Rechtsstruktur der AIF hat.⁵⁹

2.2.5.4. Ausnahmebestimmungen

Bereits die Erwägungsgründe der Richtlinie zeigen, dass der europäische Gesetzgeber die Intention hatte, den breiten Anwendungsbereich der AIFM-RL durch vereinzelte

⁵⁶ Vgl. Pinetz, Abgrenzungsfragen beim Begriff des "alternativen Investmentfonds" aus steuerrechtlicher Perspektive, SWK 2014/15, 708 (709)

⁵⁷ Vgl. Erwägungsgrund 3 der AIFM-RL.

⁵⁸ Vgl. Engel-Kazemi et al, Investmentfonds, 6.

⁵⁹ Vgl. Art 2 Abs 2 AIFM-RL.

Ausnahmebestimmungen einzuschränken.⁶⁰ Vom Geltungsbereich der Richtlinie wurden somit durch Art. 2 Abs 3 AIFM-RL⁶¹ die folgenden Gesellschaften und Organisationen ausgeschlossen:

1. Holdinggesellschaften,
2. Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge, die unter die ORP-Richtlinie⁶² fallen,
3. supranationale Organisationen (z.B.: EZB, Weltbank, IWF etc.),
4. nationale Zentralbanken,
5. nationale, regionale und lokale Gebietskörperschaften/Einrichtungen, die Fonds zum Zwecke der Sozialversicherung- und Pensionssystemen verwalten,
6. Arbeitnehmerbeteiligungssysteme bzw. Arbeitnehmersparpläne,
7. Verbriefungszweckgesellschaften.

Art 2 Abs 3 AIFM-RL enthält jedenfalls keine abschließende Aufzählung von ausgenommenen Einrichtungen und Anlageformen,⁶³ so findet sich ergänzend zu dieser Besseinstimmung, das in Art 3 Abs 1 AIFM RL enthaltene *Konzernprivileg* für konzerninterne Veranlagungen.

Gemäß Art 3 Abs 1 AIFM-RL gilt die AIFM-RL "*nicht für AIFM, soweit sie einen oder mehrere AIF verwalten, deren einzige Anleger der AIFM oder die Muttergesellschaft oder die Tochtergesellschaft des AIFM oder andere Tochtergesellschaften jener Muttergesellschaften sind, sofern keiner dieser Anleger selbst ein AIF ist.*"

Zu erkennen ist, dass Art 3 Abs 1 AIFM-RL zwei Anwendungsbereiche hat: einerseits nimmt er AIFM vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus, sofern der AIFM selbst der einzige Anleger in dem verwalteten AIF ist (AIFM als einziger Anleger) und andererseits werden AIFM nicht vom Richtlinienanwendungsbereich umfasst, wenn sie AIF verwalten, in denen Mutter- oder Tochtergesellschaften des AIFM investiert sind (Konzernprivileg).

Die Einführung des Konzernprivilegs kann nach Ansicht von *Schäfer* dadurch gerechtfertigt werden, dass bei rein konzerninternen Veranlagungstätigkeiten kein aufsichtsrechtlicher

⁶⁰ Vgl. u.a. Erwägungsgründe 7 u 8 der AIFM-RL.

⁶¹ Vgl. *Tollmann* in *D/J/K/T*, AIFM-RL, zu Art. 2.

⁶² RL 2003/41/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 03.Juni 2003 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge, ABI L 2003/235 10ff.

⁶³ Vgl. *Tollmann* in *D/J/K/T*, AIFM-RL, Art. 2 Rz 105.

Schutz Dritter erforderlich ist.⁶⁴ In der Literatur wird diese Meinung zumindest teilweise abgelehnt.⁶⁵

Inwiefern für den Anwendungsfall des *AIFM als einziger Anleger* überhaupt ein Regelungsbedarf besteht, kann in Frage gestellt werden. In der Literatur wird dazu vorgebracht, dass gemäß Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL bereits eine *Anzahl von Anlegern* in einen AIF investiert sein muss. Wurde in der Satzung des Anlagevehikels festgelegt, dass bloß ein einziger Anleger per se in das Konstrukt investiert sein kann, so fehlt bereits die benötigte *Anzahl von Anlegern*. Nach Ansicht von *Tollmann* liegt in diesen Fällen gar kein AIF vor, weshalb Art. 3 Abs 1 AIFM-RL nicht zur Anwendung gelangen kann (Näheres zur *Anzahl von Anlegern* unter Punkt 3.3.2.).

2.2.5.5. *De-Minimis Bestimmungen*

Im Gegensatz zu den vollständigen Ausnahmebestimmungen des Art 2 Abs 3 bzw Art 3 Abs 1 AIFM-RL wurden durch Art 3 Abs 2 der Richtlinie bloße Erleichterungen für *kleine AIFM* geschaffen, die

- a) direkt oder indirekt mit einem Unternehmen, mit dem der AIFM durch gemeinsames Management oder Kontrolle verbunden sind, oder mittels einer substantiellen direkten oder indirekten Beteiligung und Portfolios von AIF verwalten, deren Fondsvolumen inklusive jener Vermögenswerte, die mittels Hebelfinanzierungen erworben wurden, insgesamt nicht über einen Schwellenwert von 100 Mio Euro hinausgehen, oder
- b) direkt oder indirekt mit einem Unternehmen, mit dem der AIFM durch gemeinsames Management oder Kontrolle verbunden sind oder mittels einer substantiellen direkten oder indirekten Beteiligung und Portfolios von AIF verwalten und zwar ohne Leverage, sowie einen Rücknahmeausschluss von fünf Jahren vorsehen, und deren Fondsvolumen den Schwellenwert von 500 Mio Euro nicht überschreiten.⁶⁶

Die Einführung der De-minimis-Freistellungen wird von der Europäischen Kommission damit begründet, dass von hebelfinanzierten alternativen Investmentfonds mit einem Vermögen von insgesamt unter 100 Mio EUR weder Risiken, betreffend der Finanzmarktstabilität, noch hinsichtlich der Markteffizienz zu erwarten sind. Wären Manager dieser "kleinen AIF" vom Geltungsbereich der AIFM-RL umfasst, würden die für sie entstehenden Kosten und der anfallende Verwaltungsaufwand in keinem Verhältnis zum

⁶⁴ Vgl. *Schäfer* in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG (2012), § 2 Rz 22.

⁶⁵ Vgl. *Tollmann* in *D/J/K/T*, AIFM-RL, Art. 3 Rz 9.

⁶⁶ Vgl. *Kammel*, "Another European Mess?", ÖBA 2011/18.

erwarteten Nutzen stehen.⁶⁷ Da hebelfinanzierte AIF jedoch eher dazu geeignet sind systemische Risiken zu erzeugen, erscheint die Anhebung des De-Minimis-Schwellenwertes für Manager von nicht hebelfinanzierten alternativen Investmentfonds aber jedenfalls als zweckmäßig und sinnvoll.

Für jene AIF, die unter die De-Minimis-Bestimmung des Art 3 Abs 2 lit a bzw lit b AIFM-RL fallen, gilt, dass sie nicht gänzlich von den Bestimmungen der AIFM-RL befreit sind. Für *kleine AIFM* gilt nicht das vollständige Zulassungsverfahren, sondern bloß eine Registrierungspflicht, welche es den EU-Mitgliedstaaten ermöglichen soll, die wichtigsten Informationen (hinsichtlich Anlagestrategie und Anlageinstrumenten) zu sammeln.⁶⁸ Gemäß Art 3 Abs 4 der AIFM-RL haben kleine AIFM die Möglichkeit, sich durch ein freiwilliges *Opting-In* den Rechten und Pflichten der AIFM-RL zu unterwerfen.

Abseits der durch die Richtlinie selbst definierten Ausnahme- bzw. Erleichterungsbestimmungen ist es den EU-Mitgliedstaaten jedoch grundsätzlich selbst überlassen, sowohl für alternative Investmentfonds als auch für deren Manager durch nationales Recht strengere rechtliche Anforderungen zu schaffen.⁶⁹

2.2.5.6. Ermächtigung zum Erlass von delegierten Rechtsakten

Mit Art 56 und Art 57 AIFM-RL wurde der Europäischen Kommission die Befugnis erteilt, über einen Zeitraum von vier Jahren, beginnend ab dem 21.7.2011, sogenannte delegierte Rechtsakte zu erlassen., welche die wesentlichsten Punkte zur Regulierung und Einführung von allgemeinen technischen Standards beinhalten sollten.⁷⁰ Von dieser Befugnis hat die Europäische Kommission Gebrauch gemacht, sodass die AIFM-Richtlinie nun ergänzt wird durch eine (delegierte) *Verordnung zu technischen Regulierungsstandards zur Bestimmung der Arten von AIFM*⁷¹ und eine (delegierte) *Verordnung im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung*.⁷² Außerdem wurde von der Kommission eine

⁶⁷ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2004/39/EG und 2009/.../EG, S.6.

⁶⁸ Vgl. Kammel, "Another European Mess?", ÖBA 2011/18.

⁶⁹ Vgl. Erwägungsgrund 13 der AIFM-RL.

⁷⁰ Vgl. Artikel 56 und 57 AIFM-RL und die darin enthaltene Ermächtigung zum Erlass von delegierten Rechtsakten.

⁷¹ Delegierte Verordnung (EU) Nr 694/2014 der Kommission vom 17.12.2013 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die technischen Regulierungsstandards zur Bestimmung der Arten von Verwaltern alternativer Investmentfonds, AB1 L 2014/183, 18ff.

⁷² Delegierte Verordnung (EU) Nr 231/2013 der Kommission vom 19.12.2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Ausnahmen, die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, Verwahrstellen, Hebelfinanzierung, Transparenz und Beaufsichtigung, AB1 L 2013/83, 1ff.

*Durchführungsverordnung zur Festlegung des Verfahrens für AIFM, die beschließen, sich der AIFM-RL zu unterwerfen*⁷³ sowie eine *Durchführungsverordnung zur Festlegung eines Verfahrens für die Bestimmung des Referenzmitgliedstaates eines Nicht-EU AIFM*⁷⁴ erlassen, um die Ausgestaltung der AIFM-Richtlinie weiter zu konkretisieren.⁷⁵

Die AIFM-RL ist am 21.7.2011 in Kraft getreten und war gemäß Art 66 AIFM-RL bis zum 22.7.2013 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen.

2.2.6. Das AIFMG

Mit dem BGBl I 135/2013 wurde am 29.7.2013 das Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz veröffentlicht. Durch eine in § 77 Abs 1 AIFMG enthaltene rückwirkende Inkrafttretensbestimmung konnte der österreichische Gesetzgeber eine de facto fristgerechte Umsetzung der AIFM-RL sicherstellen.⁷⁶ Gemäß § 77 Abs 1 AIFMG ist das AIFMG seit dem 22.7.2013 Bestandteil der nationalen Rechtsordnung.

Bei Implementierung der AIFM-RL in nationales Recht, hat sich der österreichische Gesetzgeber im Gegensatz zu anderen europäischen Gesetzgebern⁷⁷ für eine dreigliedrige Umsetzungsmethode entschieden. Die österreichische Umsetzungsmethode basiert auf drei Umsetzungskategorien, welche durch ein komplexes Verweissystem miteinander verbunden sind.

Obwohl eine solche Verweisstruktur vor allem für den praktischen Rechtsanwender Nachteile hat, haben sich die meisten EU-Mitgliedsstaaten für eine solche Umsetzungstechnik entschieden. Aus arbeitsökonomischer Sicht ist ein fast wortgleiches, sehr richtlinientreues Umsetzen nachvollziehbar, da unpräzise definierte Stellen der AIFM-RL in nationales Recht übernommen. Der Gesetzgeber muss sich im Zuge eines solchen Vorgehens nicht mit der näheren Definition und Konkretisierung der betroffenen Stellen beschäftigen, sondern überträgt diese Aufgabe an den Rechtsanwender. Der selben Ansicht dürfte auch *Engel-Kazemi* sein, wenn sie erklärt, dass der weite Anwendungsbereich des AIFM-Rahmenwerkes

⁷³ Durchführungsverordnung (EU) Nr 447/2013 der Kommission vom 15.05.2013 zur Festlegung des Verfahrens für AIFM, die beschließen, sich der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zu unterwerfen, ABIL 2013/132, 1f.

⁷⁴ Durchführungsverordnung (EU) Nr 448/2013 der Kommission vom 15.05.2013 zur Festlegung eines Verfahrens für die Bestimmung des Referenzmitgliedstaates eines Nicht-EU-AIFM gemäß der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, ABIL 2013/132, 3ff.

⁷⁵ Vgl. Kalss in Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht (2015), § 30 Rz 15.

⁷⁶ Vgl. Kammel, AIFMD, AIFMG, ÖBA 2016, 271.

⁷⁷ Vgl. u.a. die deutsche Umsetzung im KAGB.

dazu beigetragen hat, dass sich der österreichische Gesetzgeber für die erwähnte dreigliedrige Umsetzung der AIFM-Richtlinie entschieden hat.⁷⁸

Die *dreigliedrige Umsetzung* ist dahingehend zu verstehen, dass im Zuge der Implementierung der AIFM-RL auf drei Umsetzungsebenen bereits bestehende Rechtsnormen an die Vorgaben der AIFM-RL angepasst wurden und mit dem neu geschaffenen AIFMG eine Art Sammelbecken für alle sonstigen AIF-Anlagevehikel geschaffen wurde, welche bislang nicht vom Anwendungsbereich der bereits bestehende Gesetze umfasst waren.⁷⁹

Nach dem Inkrafttreten des AIFMG lässt sich die Grundstruktur des österreichischen Fondswesens wie folgt vereinfacht darstellen:

InvFG 2011	ImmobilienInvFG	AIFMG
OGAW		
InvFG-AIF Spezialfonds Andere Sondervermögen Pensionsinvestmentfonds	Immo-AIF Offene Immobilien- investmentfonds	AIFMG-AIF Hedgefonds Private-Equity-Fonds Geschlossene Immobilien- investmentfonds Rohstofffonds Schiffsfonds etc.

Auch nach Inkrafttreten des AIFMG bildet das InvFG 2011 die erste Säule des nationalen Investmentfondsrechts. Dessen Anwendungsbereich umfasst weiterhin OGAW sowie die als *besondere Alternative Investmentfonds* bezeichneten *Spezialfonds*⁸⁰, *andere Sondervermögen*⁸¹ sowie *Pensionsinvestmentfonds*⁸², deren gesetzliche Bestimmungen im 1. Hauptstück des 3. Teiles des InvFG zu finden sind. Gemeinsam ist diesen drei Anlagevehikeln, dass sie aufgrund produktspezifischer Gemeinsamkeiten eine gewisse Ähnlichkeit zu OGAW aufweisen.⁸³

⁷⁸ Vgl. Engel-Kazemi et al, Investmentfonds, 8f.

⁷⁹ Vgl. Kammel, AIFMD, AIFMG, ÖBA 2016, 271.

⁸⁰ Vgl. §§ 163ff InvFG 2011.

⁸¹ Vgl. §§ 166f InvFG 2011.

⁸² Vgl. §§ 168ff InvFG 2011.

⁸³ Vgl. Engel-Kazemi et al, Investmentfonds 9.

Das 2003 geschaffene Immobilien-Investmentfondsgesetz⁸⁴ bildet die zweite Säule des österreichischen Investmentfondsrechts. Nach Anpassung des ImmoInvFG an die Vorgaben der AIFM-RL umfasst dessen Anwendungsbereich die bereits bisher durch das ImmoInvFG regulierten offenen Immobilieninvestmentfonds, welche ab dem Zeitpunkt der Richtlinienumsetzung als *Alternative Immobilieninvestmentfonds* bezeichnet werden können. Auffallend ist, dass die bislang vom Anwendungsbereich des ImmoInvFG nicht umfassten geschlossenen Immobilieninvestmentfonds auch nach dem AIFMG weiterhin von dessen Anwendungsbereich ausgenommen bleiben.⁸⁵

Die dritte Säule des österreichischen Investmentfondsrechts bildet das neu geschaffene AIFMG. Das AIFMG ist der rechtliche Auffangtatbestand für alle Alternativen Investments, die nicht unter das InvFG bzw das ImmoInvFG fallen, aber gemäß der AIFM-Richtlinie dennoch einer Regulierung unterzogen werden sollen.⁸⁶ Unter das AIFMG fallen u.a. die vom ImmoInvFG nicht umfassten geschlossenen Immobilieninvestmentfonds, Hedge- und Private-Equity Fonds, Rohstofffonds, Schiffsfonds etc.

Ergänzt werden diese Bestimmungen durch die in vereinzelten Fällen anwendbaren Normen des Bankwesengesetzes, des Wertpapieraufsichtsgesetzes bzw. des Börsegesetzes.⁸⁷

2.3. Das deutsche Kapitalanlagegesetzbuch

2.3.1. Das KAGB

Im Vergleich zur österreichischen Implementierung wurde in Deutschland mit dem AIFM-UmsG⁸⁸ ein völlig anderer Umsetzungsweg gewählt, weshalb die unterschiedliche Struktur des deutschen Investmentfondsrechts im Folgenden kurz dargestellt werden soll:

Mit dem KAGB wurde ein völlig selbstständiges, in sich geschlossenes Regelwerk geschaffen, in welchem nicht nur die Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren einer weitreichenden Regulierung unterzogen werden sondern auch eine Vielzahl von sonstigen Investmentvehikeln sowie deren Verwalter.⁸⁹ In das KAGB wurden die rechtlichen Vorgaben der AIFM-RL, der OGAW-RL, der Europäischen Verordnung über Europäische

⁸⁴ BGBI I 2003/80.

⁸⁵ Vgl. Kammel, AIFMD, AIFMG, ÖBA 2016, 271.

⁸⁶ Vgl. Kammel, AIFMD, AIFMG, ÖBA 2016, 271.

⁸⁷ Vgl. Engel-Kazemi et al, Investmentfonds, 9.

⁸⁸ Vgl. Deutsches BGBI I 35/2013.

⁸⁹ Vgl. Jesch/Haug, Das neue Investmentsteuerrecht, DStZ 2013/21, 771 (772).

Risikokapitalfonds⁹⁰ sowie der Europäischen Verordnung über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum⁹¹ aufgenommen und umgesetzt.

Seit Einführung des KAGB ist der Begriff des Investmentvermögens durch § 1 Abs 1 KAGB definiert als "*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. Eine Anzahl von Anlegern im Sinne des Satzes 1 ist gegeben, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Organismus für gemeinsame Anlagen die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen*".

Zu erkennen ist, dass der Begriff des Investmentvermögens sowohl OGAW als auch AIF umfasst, wobei außerdem in der Bestimmung des § 1 Abs 1 KAGB keine unmittelbare Differenzierung zwischen in- und ausländischem Investmentvermögen vorgenommen wird. Zur genauen Abgrenzung zwischen OGAW und AIF dienen die Bestimmungen des § 1 Abs 2 bzw. Abs 3 KAGB.

Mit dem KAGB hat der deutsche Gesetzgeber ein einheitliches Rahmenwerk für die gesamte Investmentbranche geschaffen, weshalb alle Marktteilnehmer seit dem Inkrafttreten grundsätzlich denselben rechtlichen Bestimmungen unterliegen. Vom Anwendungsbereich umfasst sind offene Publikumsfonds, Spezialfonds sowie Alternative Investmentfonds.

Jene Investmentvehikel, die unter den Anwendungsbereich des KAGB fallen, müssen von einer Kapitalverwaltungsgesellschaft verwaltet werden (§ 17 KAGB). Den Kapitalverwaltungsgesellschaften obliegen die Portfolio-Verwaltung, der Vertrieb sowie die sonstige Administration der Investmentfonds, wobei darauf hinzuweisen ist, dass das KAGB sowohl externe Kapitalverwaltungsgesellschaften als auch interne Kapitalverwaltungsgesellschaften (bei Erfüllen von bestimmten Voraussetzungen) als zulässig betrachtet.

In den §§ 80ff KAGB wurde der Begriff der Depotbank durch den Begriff der nun zuständigen Verwahrstelle ersetzt. Den Verwahrstellen obliegen u.a. die Aufgaben der technischen Abwicklung, der Verwahrung des Investmentvermögens sowie diverse Kontrollfunktionen. Aufgrund ihrer sachlichen und zeitlichen Nähe zu den

⁹⁰ VO 345/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 über Europäische Risikokapitalfonds, ABI L 2013/115 1ff (EuVECA-VO).

⁹¹ VO 346/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum, ABI 2013/115 18ff (EuSEF-VO).

Kapitalverwaltungsgesellschaften, haben die Verwahrstellen eine aufsichtsrechtlich bedeutende Funktion über die laufenden Veranlagungstätigkeiten der Kapitalverwaltungsgesellschaften.⁹²

2.3.2 Anpassung der deutschen Fondsbesteuerung an das KAGB

Aufgrund der umfassenden Neuregelung durch das KAGB musste das Besteuerungsrecht der deutschen Investmentfonds an das neue Rahmenwerk angepasst werden. Bislang war die Besteuerung der Investmentfonds im deutschen Investmentsteuergesetz (InvStG) geregelt, welches in seinem § 1 (idF bis zum AIFM-StAnpG) an das per 22.7.2013 außer Kraft getretene deutsche InvFG anknüpfte. Aufgrund des seit Juli 2013 in Kraft stehenden KAGB war es notwendig geworden die Investmentbesteuerungsgesetze durch ein steuerliches Begleitgesetz an das KAGB anzupassen.

Nachdem ein erstes Gesetzgebungsverfahren zur Einführung eines Steuer-Anpassungsgesetzes gescheitert war,⁹³ trat am 23.12.2013 das AIFM-Steuer-Anpassungsgesetz (AIFM-StAnpG) in Kraft.⁹⁴ Seitdem ist das Investmentvermögen für Zwecke der Besteuerung in Investmentfonds⁹⁵ und Investmentgesellschaften⁹⁶ zu trennen.

Investmentfonds unterliegen weiterhin der transparenten Besteuerung - an den bisher für sie geltenden Normen des InvStG wurde im AIFM-StAnpG festgehalten.⁹⁷

Für Investmentgesellschaften wurde durch das AIFM-StAnpG ein neues Besteuerungssystem geschaffen, welches vorsieht, dass für Besteuerungszwecke ein Rechtstypenvergleich vorzunehmen und zwischen Personen-Investitionsgesellschaften⁹⁸ und Kapital-Investitionsgesellschaften zu differenzieren ist.⁹⁹

Vereinfacht ausgedrückt gelten für Personen-Investitionsgesellschaften die auf Personengesellschaften anwendbaren allgemeinen deutschen Besteuerungsregelungen und für

⁹² Vgl. BaFin Rundschreiben 08/2015 (WA) – Aufgaben und Pflichten der Verwahrstelle nach Kapital 1 Abschnitt 3 des Kapitalanlagegesetzbuches, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2015/rs_1508_wa_verwahrstellen.html (11.7.2016)

⁹³ Das Gesetzgebungsverfahren konnte bis zum Ablauf der Legislaturperiode nicht beendet werden.

⁹⁴ Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz, BGBl I 73/2013.

⁹⁵ Als Investmentfonds galten grundsätzlich alle Kapitalansammlungen, die in einer zulässigen Rechtsform errichtet wurden und die die kumulativen Anlagebestimmungen des § 1 Abs 1b InvStG erfüllten.

⁹⁶ Alle Kapitalansammlungen, die nicht Investmentfonds sind, galten für steuerliche Zwecke als Investitionsgesellschaften

⁹⁷ Vgl. *Haisch/Helios*, Investmentsteuerrechtsreform aufgrund AIFMD und KAGB, BB 2013/1, 23 (27).

⁹⁸ So fielen unter den Begriff der Personen-Investitionsgesellschaften u.a. Investment-Kommanditgesellschaften und US Limited Partnerships.

⁹⁹ Vgl. *Mann* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB (2014), AIFM-StAnpG Rz 24.

Kapital-Investitionsgesellschaften die für Kapitalgesellschaften geltenden Besteuerungsbestimmungen.

Bemerkenswert ist die Tatsache, dass AIF unter alle 3 Besteuerungsregime fallen können. Gemäß § 1 Abs 1 InvStG können AIF dem Besteuerungsregime für Investmentfonds ebenso unterliegen wie den Bestimmungen für Personen-Investitions gesellschaften¹⁰⁰ oder jenen für Kapital-Investitions gesellschaften.¹⁰¹

2.3.3. Reform der deutschen Investmentfondsbesteuerung

Im Dezember 2015 wurde vom deutschen Bundesministerium für Finanzen (dBMF) ein Entwurf für ein Investmentsteuerreformgesetz (Referentenentwurf InvStRefG) veröffentlicht.¹⁰² Diesen Gesetzesentwurf hat das deutsche Bundeskabinett am 24.2.2016 gebilligt, weshalb es zu einer Reform der deutschen Investmentbesteuerung kommen wird. Mit der Reformierung der Investmentbesteuerung möchte der deutsche Gesetzgeber europarechtliche Risiken bereinigen, Steuerspar- und Steuergestaltungsmodelle verhindern sowie administrativen Aufwand abbauen.¹⁰³

Die neuen Investmentsteuervorschriften sollen ab 1.1.2018 in Kraft treten und sehen die folgenden Neuerungen vor:

Mit dem InvStRefG wird die zur Besteuerung bislang notwendige Differenzierung zwischen Investmentfonds und Investmentgesellschaften gänzlich aufgegeben. In Zukunft gelten alle Anlagevehikel entweder als (Publikums-) Investmentfonds oder als Spezial- Investmentfonds.¹⁰⁴

2.3.3.1 Publikums-Investmentfonds

Bei Publikums-Investmentfonds wird das bislang bei der Besteuerung angewandte Transparenzprinzip (teilweise) aufgegeben und durch eine Besteuerung auf 2 Ebenen ersetzt.

Auf Fondsebene werden (i) *deutsche Beteiligungserträge*, (ii) *deutsche Immobilien erträge* sowie (iii) *sonstige deutsche Erträge* einer beschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterliegen

¹⁰⁰ Vgl. § 18 InvStG.

¹⁰¹ Vgl. § 19 InvStG.

¹⁰² Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung – InvStRefG (abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Referentenentwuerfe/2015-12-17-investmentsteuerreformgesetz.html>; Stand: 13.7.2016)

¹⁰³ Vgl. Gesetzesentwurf InvStRefG, 1.

¹⁰⁴ Vgl. Stadler/Jetter, Der Diskussionsentwurf zum Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG), DStR 2015/33, 1833 (1836).

und mit einer Kapitalertragsteuer iHv 15% besteuert werden.¹⁰⁵ Zinserträge, Gewinne aus Wertpapierveräußerungen und Termingeschäften sowie ausländische Dividendenerträge und ausländische Immobilienerträge bleiben auf Fondsebene weiterhin steuerfrei und unterliegen auch nach dem InvStRefG der transparenten Besteuerung auf Ebene des Anteilsinhabers.

Ausschüttungen von laufenden Erträgen gelten auch nach dem InvStRefG allgemein als steuerpflichtig, und zwar unabhängig davon ob steuerfreie oder steuerbare Erträge ausgeschüttet werden. Mit sogenannten *Teilfreistellungsregelungen* (§ 17 InvStG idF nach InvStRefG) möchte der Gesetzgeber die auf Fondsebene eingetretene Vorbelastung kompensieren und erklärt die Erträge von (i) *Aktienfonds* (ii) *Immobilienfonds* und (iii) *Mischfonds* bis zu einem bestimmten Prozentsatz (30-80%) als steuerfrei.¹⁰⁶

Außerdem wird durch das InvStRefG die Administration der Besteuerungsregeln vereinfacht, sodass zur Abgabe der Steuererklärung nur mehr (i) die Höhe der Ausschüttungen, (ii) der Wert des Fondsanteiles zu Jahresbeginn, (iii) der Wert des Fondsanteils zum Jahresende und (iv) der Fondstyp bekannt sein muss.¹⁰⁷

2.3.3.2. Spezial-Investmentfonds

Erfüllt ein Anlagevehikel die Voraussetzungen des § 20 InvStG (idF nach InvStRefG) und sind an selbigem Vehikel nicht mehr 100 Anleger beteiligt, so gilt es als Spezial-Investmentfonds.¹⁰⁸

Auf Fondsebene können Spezial-Investmentfonds zwischen (i) der Besteuerung auf Fondsebene (entsprechend den Besteuerungsbestimmungen für von Investmentfonds) und (ii) dem Ausüben einer Transparenzoption wählen. Das Ausüben der Transparenzoption sorgt dafür, dass deutsche Beteiligungseinnahmen des Spezial-Investmentfonds direkt den Anlegern zugerechnet werden, während deutsche Immobilienerträge bzw. sonstige deutsche Einkünfte auf Fondsebene erst dann steuerfrei gestellt werden, wenn für sie Kapitalertragsteuer abgeführt wurde.¹⁰⁹

Auf Ebene des Anteilsinhabers bleibt das bislang geltende Transparenzprinzip weiterhin anwendbar: ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge sowie Veräußerungs- und

¹⁰⁵ Vgl. § 6f InvStG idF nach InvStRefG.

¹⁰⁶ Vgl. Wild, Der Entwurf zur Reform der deutschen Investmentfondsbesteuerung im Überblick, SWK 2016/9, 521 (523).

¹⁰⁷ Vgl. Wild, SWK 2016, 521 (523).

¹⁰⁸ Vgl. § 20 InvStG idF nach InvStRefG.

¹⁰⁹ Vgl. Kempf/Hirtz, Schwerpunkte des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, DStR 2016/1, 1 (2)

Rückgabegewinne sind vom Anleger zu versteuern und unterliegen einem Kapitalertragsteuerabzug iHv 15%.¹¹⁰

Ob es dem deutschen Gesetzgeber gelingen wird, die im Vorfeld festgelegten Reformziele zu erreichen, ist fraglich. Die Bemühungen, das komplexe Besteuerungssystem zu vereinfachen, sind aus Anlegersicht jedenfalls positiv zu beurteilen. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob diese positiven Effekte nicht durch mögliche effektive Steuermehrbelastungen verdrängt werden könnten.¹¹¹ Werden die positiven Erwartungen bestätigt, so könnte der österreichische Gesetzgeber in Zukunft darüber nachdenken, das österreichische Besteuerungssystem in ähnlicher Art und Weise zu reformieren.

3. Der Begriff des inländischen Investmentfonds

Das Ziel dieses Kapitals ist es, den Begriff des inländischen Investmentfonds näher zu analysieren und darzustellen, wobei sich der Inhalt der folgenden Punkte auf den für Besteuerungszwecke in § 186 InvFG verwendeten Begriff des inländischen Kapitalanlagefonds beschränkt.

Nachdem mit dem Inkrafttreten des AIFMG der steuerliche Anwendungsbereich des § 186 InvFG erweitert wurde, wird unter Punkt 3.1. die Rechtslage vor Inkrafttreten des AIFMG dargestellt. Gezeigt wird u.a., welche Anlagevehikel bislang vom Anwendungsbereich des § 186 InvFG umfasst waren und mit welchen steuerlichen Konsequenzen diese Investmentvermögen rechnen mussten.

In Kapitel 3.2. wird die Rechtslage nach dem Inkrafttreten des AIFMG dargestellt, wobei insbesondere darauf eingegangen wird, dass der Anwendungsbereich des § 186 InvFG erweitert wurde und nun auch AIF erfasst. Um Klarheit zu schaffen welche Anlagekonstruktionen nach § 186 InvFG zu besteuern sind, werden in Kapitel 3.3. die Definitions- und Abgrenzungsmerkmale eines AIF analysiert. Ergänzend zu den Abgrenzungskriterien werden in Punkt 3.4. die wichtigsten gesetzlichen Ausnahmebestimmungen erwähnt.

¹¹⁰ Vgl. Wild, SWK 2016/9, 521 (525).

¹¹¹ Vgl. Jansen/Greger, Reform der Investmentbesteuerung – erste Analyse des Reformentwurfs, FR 2016/3, 116 (121).

3.1. Der Begriff des inländischen Investmentfonds vor dem Inkrafttreten des AIFMG

3.1.1. Der Anwendungsbereich des § 186 InvFG vor dem AIFMG

Bis zum Inkrafttreten des AIFMG galten nach dem Wortlaut des § 186 Abs 1 InvFG (idF BGBI I 2011/77) "*die ausgeschütteten Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 abzüglich der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen eines [inländischen] Kapitalanlagefonds beim Anteilsinhaber [als] steuerpflichtige Einnahmen*".

Gemäß § 186 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) waren nicht nur die ausgeschütteten Erträge von inländischen Kapitalanlagefonds von der transparenten Fondsbesteuerung erfasst sondern auch die ausschüttungsgleichen Erträge eines inländischen Kapitalanlagefonds.¹¹²

Erkennbar ist, dass der persönliche Anwendungsbereich des § 186 InvFG (bis zum Inkrafttreten des AIFMG) die Erträge von inländischen Kapitalanlagefonds erfasste. Gemäß § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBI I 2011/77) galten OGAW, die in der Form eines Sondervermögens nach § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) errichtet wurden und Alternative Investmentfonds im Sinne des § 3 Abs 2 Z 31 lit a und lit c InvFG (idF BGBI I 2011/77) als Kapitalanlagefonds.

Mit § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) wurde der Anwendungsbereich des steuerlichen Fonds begriffs auf inländische Kapitalanlagefonds eingeschränkt. Als inländische Kapitalanlagefonds galten OGAW, die in Österreich entsprechend den Vorgaben des § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) errichtet wurden.

Ein OGAW entsprach § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) wenn er gemäß § 46 InvFG (idF BGBI I 2011/77) als Sondervermögen errichtet wurde. Mit § 2 Abs 2 iVm 46 InvFG (jeweils idF BGBI I 2011/77) wurde die Vertragsform zur einzigen zulässigen Rechtsform für österreichische OGAW erklärt, wobei außerdem festgelegt wurde, dass inländische OGAW in gleiche, in Wertpapiere verkörperte Anteile zerfallen und im Miteigentum der Anteilsinhaber stehen müssen.¹¹³

Somit ist der für Besteuerungszwecke verwendete Begriff des inländischen Kapitalanlagefonds aufgrund der vom österreichischen Gesetzgeber getroffenen

¹¹² Bei ausschüttungsgleichen Erträgen ist keine tatsächliche Ausschüttung erfolgt, es kommt für Besteuerungszwecke bloß zu einer fiktiven Ertragsausschüttung; vgl. dazu u.a. Adametz (Hrsg.) – Investmentfonds, 22.

¹¹³ Vgl. Schredl in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, Kommentar zum InvFG (2014) § 2 Rz 29f.

Rechtsformbeschränkung (auf die Vertragsform) vom aufsichtsrechtlichen Begriff des Investmentfonds zu unterscheiden. Als Investmentfonds iSd InvFG gelten gemäß § 3 Abs 2 Z 30 InvFG (idF BGBI I 2011/77) alle OGAW und zwar unabhängig davon ob sie als Sondervermögen aufgelegt wurden oder nicht.¹¹⁴

Gemäß § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBI I 2011/77) galten nicht nur inländische OGAW als Kapitalanlagefonds sondern auch jene Alternativen Investmentfonds, welche die Voraussetzungen des § 3 Abs 2 Z 31 lit a oder lit c InvFG (idF BGBI I 2011/77) erfüllten.

Der Begriff des Alternativen Investmentfonds war somit schon vor Inkrafttreten des AIFMG Bestandteil des InvFG und umfasste jene "*Organismen für gemeinsame Anlagen, die gemäß dem 3. Teil 1. Hauptstück als Sondervermögen gebildet werden und bewilligt sind, in gleiche, in Wertpapieren verkörperte Anteile zerfallen und im Miteigentum der Anteilinhaber stehen*".¹¹⁵ Gemeint sind damit die in den §§ 163 bis 174 InvFG (idF BGBI I 2011/77) geregelten *besonderen Alternativen Investmentfonds*. Zu diesen zählen die Spezialfonds, andere Sondervermögen und Pensionsinvestmentfonds.

Aufgrund der in § 3 Abs 2 Z 31 lit c iVm § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBI I 2011/77) enthaltenen Bestimmungen galten jene Investmentfonds als Alternative Investmentfonds, welche kein OGAW waren, aber gemäß dem 3. Teil des 2. Hauptstück InvFG zum Vertrieb in Österreich zugelassen waren. Diese *sonstigen AIF* waren ebenfalls dem transparenten Besteuerungsregime des § 186 InvFG unterstellt.

Die Unterscheidung zwischen einem inländischen Kapitalanlagefonds und einem ausländischen Kapitalanlagefonds richtet sich gemäß § 186 iVm § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBI I 2011/77) danach, in welchem Staat der Investmentfonds zugelassen wurde bzw. welcher Aufsichtsbehörde der Fonds im Rahmen der Fondauflage unterstellt wurde.¹¹⁶ Aufgrund der europaweiten Harmonisierung des Investmentfondsrechts und der Möglichkeit, als ausländische Kapitalanlagegesellschaft in anderen Mitgliedstaaten Investmentfonds aufzulegen, hat man sich aus aufsichtsrechtlicher Sicht dazu entschieden, das Vorliegen eines in- oder ausländischen Investmentfonds nicht mehr nach dem Sitz der Kapitalgesellschaft zu beurteilen, sondern nach dem Ort der Zulassung.¹¹⁷ Diesem aufsichtsrechtlichen System folgt auch die für Besteuerungszwecke notwendige Unterscheidung zwischen inländischen und ausländischen Kapitalanlagefonds.

¹¹⁴ Vgl. Engel-Kazemi et al, Investmentfonds, 95.

¹¹⁵ Vgl. § 3 Abs 2 Z 31 InvFG.

¹¹⁶ Vgl. Mühllehner in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG² vor §§ 186-188 Rz 7.

¹¹⁷ Vgl. Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer, Handbuch Konzernsteuerrecht, 323.

Aufgrund der eben getroffenen Feststellungen steht fest, dass vor dem Inkrafttreten des AIFMG die folgenden Investmentfonds für die Besteuerung nach § 186 InvFG (idF BGBI I 2011/77) als inländische Kapitalanlagefonds galten:

- OGAW die gemäß § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) in Österreich errichtet wurden;
- Inländische Alternative Investmentfonds, die nach §§ 163 – 174 InvFG (idF BGBI I 2011/77) errichtet wurden;
- Alternative Investmentfonds die gemäß §§ 175 – 185 InvFG (idF BGBI I 2011/77) in Österreich zum Vertrieb zugelassen waren.

Der zu Besteuerungszwecken verwendete Fondsbummel war vor dem Inkrafttreten des AIFMG ein rein formalrechtlicher Bummel. Entsprach die Rechtsform des Anlagevehikels nicht den Bestimmungen des § 186 iVm § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBI I 2011/77) so konnte das Vehikel nicht nach § 186 InvFG (idF BGBI I 2011/77) besteuert werden. Aufgrund des formellen Fondsbummels hatten Steuerpflichtige bzw. Anlagevehikel die Möglichkeit durch gezielte Rechtsformwahl die aufsichts- und besteuerungsrechtlichen Normen zu umgehen: Wurden Anlagegesellschaften beispielsweise in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft errichtet, so waren sie vom Anwendungsbereich des § 186 InvFG (idF BGBI I 2011/77) ebenso ausgeschlossen wie jene Anlagevehikel, bei denen die Anteilsinhaber indirekt über einen Treuhänder Miteigentum am Fondsvermögen hatten (Treuhandtyp) bzw. bei denen das Fondsvermögen im Treuhandeigentum der Verwaltungsgesellschaft stand (Trusttyp).¹¹⁸

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass nach § 3 Abs 2 Z 31 lit b InvFG (idF vor dem AIFMG) alle nach den Bestimmungen des Immobilien-Investmentfondsgesetz (ImmoInvFG) errichteten Immobilien-Investmentfonds ebenfalls als *Alternative Investmentfonds* im Sinne des InvFG galten. Zu Besteuerungszwecken galten diese *Immobilien-AIF* jedoch nicht als inländische Kapitalanlagefonds iSd § 186 iVm § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBI I 2011/77).

Der Grund dafür lag darin, dass im ImmoInvFG (idF vor dem AIFMG) bereits eigene Besteuerungsnormen (§§ 40ff ImmoInvFG) enthalten waren. Vergleicht man die beiden Besteuerungssysteme, so fällt auf, dass die steuerliche Behandlung eines Immobilieninvestmentfonds in seinen Grundsätzen der steuerlichen Behandlung eines Investmentfonds sehr ähnelt, da insbesondere das auf Investmentfonds anzuwendende

¹¹⁸ Vgl. Mühllehner in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG² vor §§ 186-188 Rz 60; InvFR Rz 255.

steuerliche Transparenzprinzip auf Immobilien-Investmentfonds ebenso Anwendung findet wie das Prinzip der Periodenverschiebung und das Prinzip der Maßgeblichkeit der Fondsbuchhaltung für die Bemessungsgrundlage.¹¹⁹

3.1.2. Die Besteuerung nach dem Transparenzprinzip

Im österreichischen Ertragsteuerrecht gelten Kapitalanlagefonds nicht als eigenes Steuersubjekt, ihre Erträge werden unter Anwendung des Transparenzprinzips den Anteilsinhabern direkt zugerechnet.¹²⁰

Gemäß § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBI I 2011/77) ist der Kapitalanlagefonds ein Sondervermögen, an welchem der Anteilsinhaber über das Investmentzertifikat verbrieftes Miteigentum erwirbt. Entsprechend den für Miteigentumsgemeinschaften geltenden Besteuerungsnormen sind die Erträge des Investmentfonds dem jeweiligen Anteilsinhaber zuzurechnen.¹²¹

Mit dem Transparenzprinzip möchte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Anlage in Investmentfonds im Vergleich zur Direktanlage steuerlich nicht schlechter gestellt wird. Aufgrund der Zwischenschaltung eines Investmentfonds soll es für den Anleger zu keiner steuerlichen Mehr- oder Wenigerbelastung kommen.¹²² Auf Ebene des Anteilsinhabers sind zur Besteuerung der Fondserträge die steuerlichen Bestimmungen des EStG bzw. des KStG anzuwenden, wobei die konkrete Besteuerung von der Ertragsart (Dividenden, Zinsen, Veräußerungsgewinne) sowie von der Art des Anteilsinhabers abhängig ist (natürliche Person, Kapitalgesellschaft, Privatstiftung etc).¹²³

Abweichend von den allgemeinen Besteuerungsbestimmungen des Einkommensteuergesetzes kommt es aus Praktikabilitätsgründen vereinzelt zu Durchbrechungen des Transparenzprinzips:¹²⁴

Im Gegensatz zum allgemeinen Ertragsteuerrecht werden aufgrund des Prinzips der Periodenverschiebung die Erträge eines Investmentfonds zuerst bei diesem "aufgespeichert". Erst bei Ausschüttung durch den Fonds fließen dem Anteilsinhaber die Erträge zu.¹²⁵

¹¹⁹ Vgl. *Heidinger/Paul/Schmidt/Spranz/Urtz/Wachter*, Kommentar zum Immobilien-Investmentfondsgesetz (2004), § 40 Rz 2; InvFR Rz 535.

¹²⁰ Vgl. *Adametz* (Hrsg.), Investmentfonds, 43.

¹²¹ Vgl. InvFR Rz 5.

¹²² Vgl. *Mühlehner* in *Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz*, InvFG² vor §§ 186-188 Rz 18.

¹²³ Vgl. *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹¹ (2013), 329.

¹²⁴ Vgl. *Engel-Kazemi et al.*, Investmentfonds, 98.

¹²⁵ Vgl. InvFR Rz 6.

Werden die Fondserträge von thesaurierenden Fonds¹²⁶ nicht an den Anteilsinhaber ausgeschüttet, so fingiert der Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 186 Abs 2 InvFG dass nicht ausgeschüttete Erträge spätestens vier Monate nach Ablauf des Fondsgeschäftsjahres fiktiv an die Fondsanteilsinhaber ausgeschüttet werden. Nicht ausgeschüttete Erträge werden somit einer fiktiven Besteuerung unterworfen und zum tatsächlichen Ausschüttungszeitpunkt von einer weiteren Besteuerung befreit.

Werden die Fondsanteilsscheine im Privatvermögen einer natürlichen Person gehalten so gelten nicht ausgeschüttete ordentliche Erträge¹²⁷ vollständig als ausschüttungsgleiche Erträge, Substanzgewinne des Investmentfonds¹²⁸ unterliegen einer 60%igen fiktiven Besteuerung als ausschüttungsgleiche Erträge.¹²⁹ Im Vergleich zu ausschüttenden Fonds sind thesaurierende Fonds zumindest hinsichtlich der Besteuerung von Substanzgewinnen ertragsteuerlich besser gestellt. Zu beachten ist, dass diese Begünstigung nur dann gilt, wenn der Fondsanteil im Privatvermögen gehalten wird. Ist der Fondsanteil einem Betriebsvermögen zugeordnet, so gelten sämtliche nicht ausgeschütteten Substanzgewinne als ausschüttungsgleiche Erträge.¹³⁰

Es sei darauf hingewiesen, dass die Ausführungen unter Punkt 3.1.2 nur einen kurzen Einblick in das Besteuerungswesen der Investmentfonds geben sollen und Details zur Fondsbesteuerung in der angeführten, tiefergehenden Literatur zu finden sind.¹³¹

3.2. Der Begriff des inländischen Investmentfonds nach dem Inkrafttreten des AIFMG

3.2.1. Veränderungen durch das AIFMG

Mit Umsetzung der AIFM-RL und dem Inkrafttreten des AIFMG wurde nicht nur ein harmonisiertes aufsichtsrechtliches Rahmenwerk für bislang nicht regulierte Investmentfonds geschaffen, sondern es wurden die bestehenden Besteuerungsbestimmungen an die neue Rechtslage angepasst.¹³²

¹²⁶ Bei thesaurierenden Fonds werden die erwirtschafteten Erträge nicht an die Anteilsinhaber ausgeschüttet sondern wiederveranlagt.

¹²⁷ Als ordentliche Fondserträge werden Einkünfte gemäß § 27 Abs 2 EStG bezeichnet (Zinsen, Dividenden, sonstige Erträge).

¹²⁸ Als Substanzgewinne werden Einkünfte gemäß § 27 Abs 3 und Abs 4 bezeichnet (Realisierte Wertsteigerungen aus der Veräußerung von Kapitalvermögen bzw. Einkünfte aus Derivaten).

¹²⁹ Vgl. § 186 Abs 2 lit a erster Satz InvFG 2011.

¹³⁰ Vgl. § 186 Abs 2 lit a letzter Satz InvFG 2011.

¹³¹ Vgl. Kirchmayr/Mayr/Schlager, Besteuerung von Kapitalvermögen (2011); Engel-Kazemi et al, Investmentfonds; Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG²; Heidinger/Paul/Schmidt/Spranz/Urtz/Wachter, ImmoInvFG.

¹³² Vgl. ErlRV 2401 BlgNR 24. GP 26.

Gemäß § 186 Abs 1 InvFG (idF BGBL I 2013/135) sind "die ausgeschütteten Erträge aus Einkünften im Sinne des § 27 des Einkommensteuergesetzes 1988 abzüglich der damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen eines

1. Kapitalanlagefonds oder eines
2. AIF im Sinne des AIFMG, dessen Herkunftsmitgliedstaat Österreich ist [...] beim Anteilsinhaber steuerpflichtige Einnahmen".

Auch nach Inkrafttreten des AIFMG werden nicht ausgeschüttete Erträge iSd § 186 Abs 1 InvFG (idF BGBL I 2013/135) nach § 186 Abs 2 InvFG (idF BGBL I 2013/135) als ausschüttungsgleiche Erträge besteuert. § 200 Abs 8 InvFG (idF BGBL I 2013/135) sieht vor, dass die an das AIFMG angepasste Rechtslage erstmals auf jene Wirtschaftsjahre anzuwenden ist, die nach dem 21.7.2013 beginnen.¹³³

Seit dem 22.7.2013 sind nicht nur die Erträge eines inländischen Kapitalanlagefonds dem Besteuerungsregime des § 186 InvFG (idF BGBL I 2013/135) unterworfen sondern auch die Erträge eines Alternativen Investmentfonds im Sinne des AIFMG, sofern sein Herkunftsstaat Österreich ist.

Betrachtet man die in § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBL I 2013/135) zu findende Definition des inländischen Kapitalanlagenfonds so fällt auf, dass der Verweis auf § 3 Abs 2 Z 31 lit c InvFG (idF BGBL I 2011/77) entfallen ist. Als Erträge eines inländischen Kapitalanlagefonds gelten gemäß §§ 186 Abs 1 iVm § 3 Abs 2 Z 19 InvFG (idF BGBL I 2013/135) nur mehr die Erträge eines

- OGAW der gemäß § 2 Abs 2 InvFG (idF BGBL I 2013/135) in Österreich errichtet wurde; oder eines
- AIF der gemäß §§ 163 – 174 InvFG (idF BGBL I 2013/135) gebildet und bewilligt wurde.

Nachdem das AIFMG keine selbstständigen Besteuerungsnormen für AIF iSd AIFMG enthielt, wurden die Erträge eines AIF im Sinne des AIFMG, dessen Herkunftsstaat Österreich ist, mit dem Inkrafttreten des AIFMG für Besteuerungszwecke den Erträgen aus inländischen Kapitalanlagefonds gleichgestellt und somit in das Besteuerungssystem des § 186 InvFG (idF BGBL I 2013/135) miteinbezogen. Gemäß § 3 Abs 1 Z 16 AIFMG ist Österreich der Herkunftsstaat eines AIF, wenn der AIF nach dem AIFMG in Österreich

¹³³ Das Besteuerungssystem des InvFG wurde mit § 200 Abs 8 InvFG an die Inkrafttretensbestimmung des § 74 AIFMG angepasst.

zugelassen oder registriert wurde oder in keinem Mitgliedstaat bewilligt oder registriert wurde, aber seinen Sitz und/oder seine Hauptverwaltung in Österreich hat.

Mit der Anpassung des § 186 InvFG an das AIFMG wurde am bislang geltenden formellen Fonds begriff zwar festgehalten, dass in der Literatur an vielen Stellen dennoch von einem rein formellen Fonds begriff die Rede ist, ist mE nicht nachvollziehbar.¹³⁴ Zwar ist der besteuerungsrechtliche Fonds begriff aufgrund der Anknüpfung an die § 2 Abs 2 InvFG bzw. §§ 163 – 174 InvFG (jeweils idF BGBL I 2013/135) weiterhin stark formell geprägt, es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass § 186 InvFG für Besteuerungszwecke seit dem AIFMG auch die Erträge von AIF iSd AIFMG erfasst.

Der Anwendungsbereich des § 186 InvFG knüpft seit 22.7.2013 an den aufsichtsrechtlichen Begriff des AIF an. Nachdem das AIFMG einem materiellen Fonds begriff folgt (siehe dazu Punkt 3.2.2.) ist der für Besteuerungszwecke verwendete Begriff des inländischen Investmentfonds mMn als *formell-aufsichtsrechtlicher Fonds begriff* zu bezeichnen. In der Begriffsdefinition kann die Bezeichnung *aufsichtsrechtlich* jedoch auch durch *materiell* ersetzt werden.

Ob bei der Besteuerung eines inländischen Investmentfonds der *formelle Investmentfonds begriff* oder der *aufsichtsrechtlich-materielle Investmentfonds begriff* zur Anwendung gelangt, ist einzig und allein davon abhängig, von welchem Fondstyp die zu besteuern den Erträge erwirtschaftet werden.

In der Praxis macht sich die Anpassung des § 186 InvFG an das AIFMG vor allem dadurch bemerkbar, dass rechtsformbezogene Gestaltungsmöglichkeiten bei der Fondaufage nicht mehr dazu führen können, dass die fondsrechtlichen Besteuerungsbestimmungen gezielt umgangen werden. Unter der Voraussetzung dass sämtliche Kriterien eines AIF erfüllt sind (§ 2 Abs 1 Z 1 AIFMG), sind seit der Anpassung an das AIFMG auch jene Anlagestrukturen nach § 186 InvFG (idF BGBL I 2013/135) zu besteuern, die den formellen Voraussetzungen gemäß § 186 Abs 1 Z 1 iVm § 3 Abs 2 Z 2 InvFG nicht gerecht werden.

Werden Anlagevehikel so ausgestaltet und organisiert, dass sie den Kriterien des § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG nicht gerecht werden, so gelten sie mE nicht als Vehikel zur kollektiven Vermögensanlage und sind aus diesem Grund richtigerweise nicht vom Fondsbesteuerungsrecht umfasst.

¹³⁴ Vgl. u.a. Mühlehner in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG² vor §§ 186-188 Rz 60.

3.2.2. Materieller und formeller Fonds begriff

Die AIFM-RL definiert den Begriff des AIF als "*jeder Organismus einschließlich seiner Teilfonds, der (i) von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, und (ii) keine Genehmigung gemäß Art. 5 der Richtlinie 2009/65/EG benötigt*".¹³⁵

Bei der Umsetzung der AIFM-RL in nationales Recht, wurde diese Begriffsbestimmung vom österreichischen Gesetzgeber fast wortgleich übernommen. Die Folge daraus ist, dass § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG den Begriff des AIF definiert als "*jeder Organismus für gemeinsame Anlagen einschließlich seiner Teilfonds, der (a) von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient, und (b) keine Genehmigung gemäß Art. 5 der Richtlinie 2009/65/EG benötigt*".¹³⁶

Um möglichst viele der nicht regulierten AIF dem Kontrollregime der AIFM-RL bzw. des AIFMG zu unterwerfen und Umgehungen zu vermeiden entschieden sich die Gesetzgeber für einen sehr weiten Investmentbegriff. Der durch die AIFM-RL bzw. das AIFMG definierte Begriff des Alternativen Investmentfonds beruht auf einem materiellen bzw. funktionellen Investmentfonds begriff, sodass als AIF sämtliche kollektive Vermögensanlagen mit Fremdbezug gelten, und zwar unabhängig von der Ausgestaltung ihrer Rechtsform bzw. unabhängig von der Art des durch sie verwalteten Vermögens.¹³⁷ Dieser materielle Veranlagungsbegriff kommt insbesondere in Art 2 Abs 2 AIFM-RL bzw § 1 Abs 2 AIFMG zum Ausdruck.

Wirft man einen Blick auf die deutsche Rechtslage so zeigt sich, dass dem KAGB ebenfalls ein materieller Investmentfonds begriff zugrunde liegt, wobei *materiell* so zu verstehen ist, dass Fonds entweder Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere (OGAW) oder alternative Investmentfonds (AIF) darstellen und somit entweder den Bestimmungen der OGAW-RL oder der AIFM-RL entsprechen müssen. Liegen die an den Fonds gestellten Anforderungen nicht vor, so handelt es sich um ein unerlaubtes und unzulässiges Investmentgeschäft.¹³⁸

Bis zur AIFM-RL und deren Umsetzung galt der formelle Investmentbegriff der OGAW-Richtlinie. Der formelle Fonds begriff war dadurch geprägt, dass nur jene

¹³⁵ Vgl. Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL.

¹³⁶ Vgl. § 2 Abs 1 Z 4 AIFMG idF BGBI I 2013/135.

¹³⁷ Vgl. Kalss in Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 30 Rz 2.

¹³⁸ Vgl. Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB, Einleitung 5.

Kapitalansammlungen in den Anwendungsbereich der OGAW-Richtlinie fielen, deren (a) Struktur und Anlagepolitik den Vorgaben der Richtlinie entsprachen, (b) die beantragten, als OGAW zugelassen zu werden, (c) von einer Kapitalanlagegesellschaft verwaltet wurden, welche ebenfalls alle Richtlinienanforderungen erfüllt und (d) als OGAW-Verwaltungsgesellschaft zugelassen war.¹³⁹

Wie bereits unter Punkt 3.2.1. kurz angeführt wurde, gestattet es der formelle Investmentfondsbezugsbegriff dem Fondsauflieger zu entscheiden ob er das von ihm begebene Anlagevehikel der Regulierung durch die OGAW-Richtlinie unterwerfen möchte.¹⁴⁰ Die Bestimmungen der OGAW-Richtlinie konnten aufgrund des formellen Begriffes gezielt umgangen werden¹⁴¹, weshalb der europäische Gesetzgeber entschieden hat, den bislang geltenden formellen Anwendungsbegriff durch den materiellen Begriff der AIFM-RL zu ersetzen.

Mit dem Wechsel zum materiellen Investmentbegriff gelang es den Anwendungsbereich des AIFMG auszudehnen, weshalb eine große Anzahl völlig verschiedener, bislang nicht regulierter Anlagevehikel mit neuen aufsichts- und steuerrechtlichen Bestimmungen konfrontiert wurden. Seit dem Inkrafttreten des AIFMG gelten u.a. Hedge Fonds, Private-Equity-Fonds, Schiffs- und Flugzeugfonds, Kunstfonds oder Crowdfunding-Projekte als Alternative Investmentfonds und müssen sich einer einheitlichen Regulierung unterwerfen.

3.3. Die Abgrenzungskriterien eines Alternativen Investmentfonds

Soll geprüft werden, ob ein Anlagevehikel unter das Besteuerungssystem des § 186 InvFG (idF nach BGBL I 2013/135) fällt, so ist zu beurteilen ob das Vehikel die Voraussetzungen eines Kapitalanlagefonds¹⁴² erfüllt oder ob es als Alternativer Investmentfonds iSd AIFMG gilt. Im Rahmen dieser Beurteilung wird der Rechtsanwender in einem ersten Schritt prüfen, ob die in § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG zu findenden Abgrenzungsmerkmale eines AIF erfüllt sind.

§ 2 Abs 1 Z 1 AIFMG definiert den Alternativen Investmentfonds als jeden

1. Organismus für gemeinsame Anlagen einschließlich seiner Teifonds der von
2. einer Anzahl an Anlegern
3. Kapital einsammelt um es gemäß einer

¹³⁹ Vgl. Berger in Berger/Steck/Lübbehusen, InvFG - InvStG (2010), § 1 Rz 3.

¹⁴⁰ Vgl. Tollmann in D/J/K/T, AIFM-Richtlinie Art 2 Rz 4.

¹⁴¹ Möglichkeit eines "Opting-Outs" durch bewusste Wahl der Rechtsform; Köndgen in Berger/Steck/Lübbehusen, InvG - InvStG § 1 InvG, Rz 8.

¹⁴² Vgl. § 186 Abs 1 Z 1 iVm § 3 Abs 2 Z 2 InvFG.

4. festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren
5. ohne, dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient, und der
6. keine Genehmigung gemäß Art 5 der Richtlinie 2009/65/EG benötigt.

Bei diesen Merkmalen handelt es sich um kumulative Definitionsmerkmale, sodass sämtliche Kriterien gemeinsam erfüllt sein müssen um dem Anwendungsbereich des AIFMG zu unterliegen. Im Rahmen einer einzelfallbezogenen Betrachtung ist das Vorhandensein bzw. die konkrete Ausgestaltung dieser Kriterien zu überprüfen.

Die Abgrenzungskriterien eines AIF werden weder durch die AIFM-RL noch durch das AIFMG näher definiert. Zur besseren Auslegung und Abgrenzung wurden von der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde die *Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds* erlassen.¹⁴³

Mit diesem Behelf möchte die ESMA dafür sorgen, dass es zu einer gemeinsamen, einheitlichen und durchgängigen Anwendung der in Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL enthaltenen Definition kommt, weshalb die Begriffskriterien in den Leitlinien einzeln erläutert werden.¹⁴⁴ Von Seiten der ESMA wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in den Leitlinien bloß jene Merkmale dargestellt werden, deren Vorhandensein mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf hinweisen, dass der zu prüfende Organismus als ein AIF angesehen wird. Die Leitlinien sollen somit die von den Behörden und Marktteilnehmern im Einzelfall vorzunehmende Prüfung nicht ersetzen.¹⁴⁵

Um Auslegungs- und Anwendungsproblemen vorzubeugen bzw. entgegenzuwirken, hat die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleister ebenso wie die österreichische Finanzmarktaufsicht Auslegungsbehelfe erarbeitet, welche auf den Vorgaben der ESMA basieren.

In der Praxis empfiehlt es sich, bei Unklarheiten einen Blick in das *Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens*¹⁴⁶ oder die

¹⁴³ ESMA/2013/611, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, abrufbar unter https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2013_00600000_de_correvised_for_publication.pdf (Stand 21.5.2016).

¹⁴⁴ Vgl. Vollhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 2.

¹⁴⁵ Vgl. ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, III 5.

¹⁴⁶ BaFin Verlautbarung 14.6.2013, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des "Investmentvermögens", abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_130614_Anwendungsber_KAGB_begriff_invvermoegen.html (Stand 21.5.2016).

Frequently Asked Questions zur Anwendung des Alternative Investment-Fonds Manager Gesetz (AIFMG)¹⁴⁷ zu werfen.

Im folgenden Teil der Arbeit soll der weite Begriff des AIF durch systematische Konkretisierung und Auslegung der Abgrenzungskriterien dargestellt werden. Die Darstellung und Erläuterung der einzelnen Kriterien basiert nicht nur auf den Auslegungspapieren der ESMA, BaFin und FMA, sondern gibt auch auf den aktuellen Stand der Literatur wieder. Stellenweise wird die abstrakte Darstellung der Abgrenzungskriterien durch praktische Beispiele ergänzt.

3.3.1. Organismus für gemeinsame Anlagen

Der Begriff des *Organismus für gemeinsame Anlagen* wird weder im Unionsrecht noch im nationalen Recht hinreichend genau definiert. Zur Abgrenzung und Kategorisierung eines OGA dienen einerseits die Begriffe *Organismus* und *gemeinsame Anlage* sowie die Voraussetzung des *Vermögenspoolings*.

Der Begriff des OGA stammt aus der OGAW-RL bzw. aus anderen Finanzdienstleistungsrichtlinien¹⁴⁸ und wurde in die AIFM-RL bzw. das AIFMG übernommen. Der Begriff des OGA kann für sämtliches Investmentvermögen stehen, wobei seit Inkrafttreten des AIFMG zwischen den Unterarten eines OGAW bzw. eines AIF zu unterscheiden ist.¹⁴⁹

3.3.1.1. Rechtsform(unabhängig)

Gemäß Art 2 Abs 2 AIFM-RL ist es nicht von Bedeutung, ob es sich bei einem AIF um einen offenen oder geschlossenen Fonds handelt (Art 2 Abs 2 lit a AIFM-RL), ob ein AIF in der Vertragsform, der Form des Trust, der Satzungsform oder irgendeiner anderen Rechtsform errichtet ist (Art 2 Abs 2 lit b AIFM-RL) bzw. welche Rechtsnatur er hat (Art 2 Abs 2 lit a AIFM-RL).

Der Begriff des *Organismus* stellt somit weder auf die Rechtsform und Rechtsstruktur des Vehikels noch auf die Beteiligungsstruktur ab.¹⁵⁰ Der *Organismus* kann sowohl in Vertragsform (z.B. als Sondervermögen) oder auch in Satzungsform (z.B. bei Kapital- bzw.

¹⁴⁷ FMA, FAQ zur Anwendbarkeit des AIFMG, abrufbar
https://www.fma.gv.at/typo3conf/ext/dam_download/secure.php?u=0&file=15602&t=1456657031&hash=fb4f2972e0c201e79496bdb7ea9cb1b4 (Stand 21.5.2016)

¹⁴⁸ Der Begriff des OGA ist u.a. auch in der MiFID zu finden.

¹⁴⁹ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 4 Rz 7a.

¹⁵⁰ Vgl. Pinetz, SWK 2014, 708 (709).

Personengesellschaften) errichtet werden.¹⁵¹ Die Beteiligung des Anlegers am *Organismus* kann durch die folgenden rechtlichen Ausgestaltungsvarianten erfolgen:

- Gesellschaftsrechtliche Gestaltung: zB bei Eigenkapitalinstrumenten;
- Mitgliedschaftsrechtlicher Gestaltung: zB bei Genussrechten;
- Schuldrechtliche Gestaltung: zB bei Schuldverschreibungen.¹⁵²

Erkennbar ist, dass der Begriff des *Organismus* ein sehr breites Spektrum an Anlagevehikel umfasst, da potenziell Veranlagungs- und Beteiligungsformen in den unterschiedlichsten Rechtsformen und Rechtsstrukturen als *Organismus* vom AIF Begriff umfasst sein können.¹⁵³ Aus diesem Grund soll der Begriff des OGA durch weitere Kriterien näher definiert werden.

Zu den weiteren Merkmalen eines OGA zählen unter anderem das Vermögenspooling, das Merkmal der gemeinsamen Anlage und das Merkmal des gemeinsamen Risikos. Um als OGA zu gelten, muss das Anlagevehikel außerdem so ausgestaltet sein, dass dem Anleger keine Ermessens- bzw. Kontrollbefugnis an der laufenden Anlagetätigkeit des Vehikels zukommt.¹⁵⁴

3.3.1.2. *Vermögenspooling*

Bei einem Organismus handelt es sich um eine rechtlich oder wirtschaftlich verselbstständigte Vermögensmasse, in der das von Investoren zusammengetragene Vermögen *gepools*t wird. Von einem Vermögenspooling kann in jenen Fällen gesprochen werden, in denen die Gewinne und Verluste aus der gemeinsam Veranlagungstätigkeit laufend zusammengerechnet werden, sodass die Anleger, welche keinen direkten Einfluss auf die Veranlagungstätigkeit haben, an der laufenden Vermögentsentwicklung des Anlagevehikels partizipieren.¹⁵⁵

3.3.1.3. *Gemeinsame Anlage*

Das Merkmal der *gemeinsamen Anlage* steht ebenso wie das *Vermögenspooling* in engem Zusammenhang zur Partizipation des Anlegers an der Gewinn- und Verlustentwicklung des Anlagevehikels.¹⁵⁶

¹⁵¹ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 5.

¹⁵² Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I.1.

¹⁵³ Vgl Leitgeb/Strimitzer, Alternative Investmentfonds Manager Gesetz - ausgewählte aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, RdW 2013/9, 522 (562).

¹⁵⁴ Vgl. ESMA, Guidelines on key concepts of the AIFMD, Annex III Pkt 12.

¹⁵⁵ Vgl. Pinetz, SWK 2014, 708 (710); ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, VI Z 12.

¹⁵⁶ Vgl. Jesch/Haug, DStZ 2013, 771 (774).

Durch das Merkmal der *gemeinsamen Anlage* wird die kollektive Investmentveranlagung der OGA von individuellen Finanzportfolioverwaltungen und Managed-Accounts abgegrenzt. Bei Formen der kollektiven Anlage werden die finanziellen Assets der Anleger auf Vermögensebene des OGA gesammelt, wobei jedem Anleger eine anteilige Beteiligung am OGA zugeschrieben wird. Im Vergleich dazu, werden bei individuellen Veranlagungen die finanziellen Mittel auf individuellen Ebenen veranlagt. Im Regelfall steht dem Einzelanleger an diesen Konten eine alleinige Beteiligung zu.¹⁵⁷

Mangels fehlender Gewinn- und Verlustbeteiligung des Anlegers an der Wertentwicklung des Anlagevehikels, scheiden viele Fremdkapitalfinanzierungsformen (z.B. Darlehen) wegen der nicht vorliegenden *gemeinsamen Anlage* aus dem Anwendungsbereich des AIFMG aus. Dies deshalb, weil der Fremdkapitalgeber in der Regel sein Kapital dann zur Verfügung stellt, wenn er im Gegenzug dafür eine fixe Vergütung sowie einen unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruch erhält.¹⁵⁸

Nach Ansicht von *Krismanek/Kol*¹⁵⁹ schließt sowohl das Vorliegen eines fixierten Entgelts als auch der unbedingte Kapitalrückzahlungsanspruch das Merkmal der *gemeinsamen Anlage* aus. Das Entgelt des Kapitalgebers darf im Falle eines AIF nicht betragsmäßig festgelegt sein, vielmehr soll es durch eine erfolgsbezogene Partizipation des Kapitalgebers am Anlagevermögen geprägt sein.¹⁶⁰

Aufgrund des ihnen immanenten unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruchs erfüllen typische Darlehenskonstruktionen nicht die Voraussetzungen eines OGA.¹⁶¹ Selbiges gilt für jene Anlagevereinbarungen, in denen mit dem Kapitalgeber ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wurde.¹⁶²

Als qualifizierter Rangrücktritt gelten Vereinbarungen zwischen Geldgebern und Kapitalsammeln, in denen festgelegt wird, dass das Kapital im Fall der Insolvenz oder Liquidation erst dann an den nachrangigen Gläubiger zurückzuzahlen ist, wenn alle nicht nachrangigen Geldgeber vorrangig befriedigt wurden.¹⁶³ Gibt der Investor einen qualifizierten Rangrücktritt ab, so ist er dadurch nicht an der laufenden Vermögensentwicklung des Organismus beteiligt. In solchen Fällen ist er bloß dazu verpflichtet, das zur Verfügung

¹⁵⁷ Vgl. *Volhard/Jang* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB § 1 Rz 6.

¹⁵⁸ Vgl. *Pinetz*, SWK 2014, 708 (710).

¹⁵⁹ Vgl. *Krismanek/Kol*, "Genussrechtefonds" aus Liechtenstein – Alternativer Investmentfonds für deutsche Anleger und Anbieter?, BB 2014/4, 153 (156).

¹⁶⁰ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I.2.

¹⁶¹ Vgl. *Volhard/Jang* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB § 1 Rz 8.

¹⁶² Vgl. *Jesch* in *Baur/Tappen*, Investmentgesetze § 1 Rz 8.

¹⁶³ Vgl. *Werner*, Mezzanine-Kapital. Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen, 40.

gestellte Kapital in jenen Fällen nicht zurückzufordern, in denen durch die Rückzahlung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens herbeigeführt würde.¹⁶⁴ Aufgrund der fehlenden Verlustbeteiligung liegt in diesen Fällen kein OGA vor.

Wurden bei Anlagevereinbarungen Mindestzahlungszusagen getroffen, so bedarf die konkrete Ausgestaltung ebenfalls einer genaueren Betrachtung. Bei der Ausgabe von Anteilen an sogenannten *Garantiefonds* wird zwischen Kapitalanlagegesellschaft und dem Anleger vereinbart, dass die Fondsanteile bei Zahlung eines Mindestrücknahmepreises wieder an die Kapitalgesellschaft übertragen werden können.¹⁶⁵ Mindestzahlungszusagen sind für das Kriterium der *gemeinsamen Anlage* nicht schädlich, sofern die (gewinn- und verlustabhängige) Erfolgskomponente weiterhin überwiegt bzw. vorhanden ist¹⁶⁶ und es zu keinem vollständigen Ausschluss des Verlustrisikos kommt.¹⁶⁷ Im Auslegungsschreiben der BaFin wird hinsichtlich der Mindestzahlungszusagen klargestellt, dass bei erteilten Mindestzahlungszusagen in der Regel von einer Partizipation des Anlegers an Gewinn und Verlust des Organismus auszugehen und sohin das Vorliegen eines OGA anzunehmen ist.¹⁶⁸

Das Merkmal der *gemeinsamen Anlage* ist in der Regel auch bei stillen Unternehmensbeteiligungen erfüllt. Die im Ertragssteuerrecht vorzunehmende Differenzierung zwischen typischen stillen Beteiligungen¹⁶⁹ und atypischen stillen Beteiligungen¹⁷⁰ ist auch bei der Beurteilung von Anlagevehikeln von Bedeutung. Typisch stille Beteiligungen gelten idR als OGA, da bei dieser Beteiligungsform der Investor am laufenden Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt ist.

Im Einzelfall ist auf die genaue Ausgestaltung der Anlagebeziehung zu achten, u.a. kann bei atypischen stillen Gesellschaften die Verlustpartizipation des Anlegers vertraglich ausgeschlossen werden.¹⁷¹ In diesen Fällen erfüllt die atypische stille Beteiligung an einem Unternehmen nicht das Kriterium eines OGA.

Auf die konkrete Ausgestaltung der Anlagebeziehung ist auch bei hybriden Finanzierungsformen zu achten. Bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung können

¹⁶⁴ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I.2.

¹⁶⁵ Vgl. Jesch in Baur/Tappen, Investmentgesetze § 20 Rz 45.

¹⁶⁶ Vgl. Jesch/Haug, DStZ 2013, 771 (774).

¹⁶⁷ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 7.

¹⁶⁸ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I.2.

¹⁶⁹ Bei einer typisch stillen Beteiligung an einem Unternehmen ist der stille Gesellschafter nur am Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt.

¹⁷⁰ Bei atypisch stillen Unternehmensbeteiligungen ist der Kapitalgeber nicht nur am Gewinn und Verlust des Unternehmens beteiligt sondern auch am sonstigen Vermögen (in Form der stillen Reserven bzw. des Firmenwertes).

¹⁷¹ Vgl. Jesch/Haug, DStZ 2013, 771 (775).

Genussscheine, Namensschuldverschreibungen sowie Nachrangdarlehen das Kriterium eines OGA ebenfalls erfüllen.

3.3.1.4. Erzielen einer Rendite

Ein weiteres Merkmal der *gemeinsamen Anlage* ist das gewünschte Erzielen einer Rendite durch Asset-Veräußerungen.¹⁷² Sofern der Anleger keinen unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruch gegenüber dem Vermögenspool hat, ist das Renditemerkmal bereits in jenen Fällen erfüllt, in denen die Anlagestrategie des Vehikels darauf ausgerichtet ist, dem Anleger zumindest das investierte Kapital zurückzubezahlen.¹⁷³

3.3.1.5. Keine Ermessungs- und Kontrollbefugnis

Gemäß der ESMA Leitlinien sind OGA auch durch das Kriterium der *day-to-day discretion or control* von anderen Konstrukten abzugrenzen. Von der ESMA selbst wird das Kriterium der *laufenden Ermessens- und Kontrollbefugnis* definiert als eine Form der direkten oder indirekten Entscheidungsgewalt über operative Angelegenheiten des täglichen Asset-Managements. Kommt den Investoren eine stark ausgeprägte Ermessens- und Kontrollbefugnis zu, so gilt das Anlagevehikel nicht als OGA.

Bei der Beurteilung ist es nicht von Bedeutung, ob die Ermessens- und Kontrollbefugnis auch tatsächlich ausgeübt wird. Die bloß theoretische Möglichkeit zur Einflussnahme ist ausreichend, um nicht als OGA zu gelten. Nicht schädlich ist es, wenn bloß einer kleinen Anzahl an Anlegern bestimmte Kontrollrechte eingeräumt werden, sofern nicht alle Investoren Ermessens- und Kontrollmaßnahmen durchsetzen können. Die direkte oder indirekte Entscheidungsgewalt von Gesellschaftern/Investoren hat jedenfalls über die normalen Beschluss- und Kontrollrechte (z.B. bei Hauptversammlungen) hinauszugehen. Ist es den Anlegern gestattet, auf die Bestellung von Vertretern und Geschäftsführern Einfluss zu nehmen, so steht dies dem OGA ebenso wenig entgegen wie die Möglichkeit zur Genehmigung der Jahresabschlüsse.¹⁷⁴

3.3.1.6. Abgrenzung InvFG – KStG

Wie unter Punkt 3.3.3.1. dargestellt wurde, ist der Organismus für gemeinsame Anlagen rechtsformunabhängig. Daraus folgt, dass auch Kapitalgesellschaften Alternative Investmentfonds darstellen können, sofern (zB) die GmbH nicht nur ein OGA ist, sondern

¹⁷² Vgl. Haisch/Helios, BB 2013, 23 (24).

¹⁷³ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 7.

¹⁷⁴ Vgl. ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, II.

auch die sonstigen unter Punkt 3.3. genannten Abgrenzungskriterien erfüllt. Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 KStG sind u.a. die juristischen Personen des privaten Rechts in Österreich körperschaftsteuerpflichtig, sofern sie ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz im Inland haben. Im KStG sind Kapitalgesellschaften somit Steuerrechtssubjekte und unterliegen der Körperschaftsteuer.

Ist die Kapitalgesellschaft ein AIF, so sieht § 186 Abs 1 Z 1 InvFG vor, dass der AIF der transparenten Fondsbesteuerung unterliegt, sofern sein Herkunftsmitgliedstaat Österreich ist und es sich bei dem Anlagevehikel um keinen AIF in Immobilien handelt. In solchen Fällen würde der AIF bzw. die Kapitalgesellschaft zwei Besteuerungssystemen unterliegen.

Mit § 186 Abs 7 InvFG hat der Gesetzgeber dafür Sorge getragen, dass es in solchen Fällen zu keinem Dualismus zwischen der transparenten Fondsbesteuerung und der Körperschaftsteuerpflicht kommen kann, denn gemäß § 186 Abs 7 InvFG "*gelten AIF im Sinne des AIFMG, auf die die Abs 1 bis 6 Anwendung finden, für Zwecke der Körperschaftsteuer nicht als Körperschaften im Sinne des § 1 KStG 1988.*"

Gelten Kapitalgesellschaften aufgrund der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen des AIFMG als AIF, so kommt es zu einer Subsidiarität des KStG.¹⁷⁵ Wird die Kapitalgesellschaft als AIF registriert, so ist sie ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Steuersubjekt im Sinne des KStG sondern unterliegt nur mehr dem transparenten Besteuerungsregime des InvFG.

3.3.1.7. Zusammenfassende Würdigung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsform und Rechtsstruktur eines Anlagevehikels für das Kriterium des *Organismus für gemeinsame Anlagen* nicht von Bedeutung ist. Aufgrund der Rechtsformunabhängigkeit kann von einem weiten Begriff des OGA gesprochen werden, welchen es durch ergänzende Kriterien und Voraussetzungen näher abzugrenzen gilt.

Maßgeblich für einen OGA ist, dass die Anlagegelder der Investoren zu Anlagezwecken in einer selbstständigen Einheit zusammengeführt werden, an deren laufenden Gewinnen und Verlusten sämtliche Anleger, entsprechend ihrem Beteiligungsausmaß partizipieren.¹⁷⁶ In der Praxis empfiehlt es sich, zwischen Eigenkapital- und Fremdkapitallösungen zu unterscheiden.

¹⁷⁵ Vgl. Pinetz, SWK 2014, 708 (709).

¹⁷⁶ Vgl. Engel-Kazemi et al (Hrsg.), Investmentfonds, 47.

Bei Fremdkapitalfinanzierungen wird idR aufgrund der fehlenden Gewinn- und Verlustbeteiligung das Vorliegen eines OGA auszuschließen sein. Im Umkehrschluss kann bei Eigenkapitalinstrumenten grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das Merkmal eines OGA erfüllt ist. Im Einzelfall ist stets auf die genaue vertragliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Investor und Anlagevehikel zu achten. Dies gilt insbesondere für Mezzaninkapital, welches grundsätzlich eine Fremdfinanzierungsform darstellt, jedoch in Abhängigkeit zur konkreter Ausgestaltungsform auch eigenkapitalähnlichen Charakter haben kann und somit unter Umständen als OGA beurteilt werden kann.

Bei der Beurteilung ist außerdem darauf zu achten, dass ein Anlagevehikel nur dann die Voraussetzungen eines OGA erfüllt wenn es derart ausgestaltet ist, dass die Investoren keine Ermessens- und Kontrollbefugnis an den laufenden operativen Tätigkeiten des Asset-Managements haben. Auch bei diesem Kriterium ist auf den konkreten Umfang bzw. die genaue Ausgestaltung abzustellen.

Satzungsmäßig festgelegte Kontroll- und Beschlussrechte des Anlegers in der Hauptversammlung erfüllen dieses Kriterium eben so wenig wie das Recht auf Prüfung des Jahresabschlusses. Im Rahmen der Einzelfallprüfung ist zu beleuchten, ob die Anleger die Möglichkeit haben, die Anlagetätigkeit und Anlagestrategie des Vehikels direkt oder indirekt zu beeinflussen bzw. zu steuern.

3.3.2. Anzahl an Anlegern

Gemäß § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG setzt ein AIF voraus, dass eine *Anzahl an Anlegern* in das Vehikel investiert ist. Fraglich ist u.a. ob das Abgrenzungsmerkmal der *Anzahl an Anlegern* auf eine bestimmte, tatsächliche Zahl an Anlegern abstellt oder ob eine bloße vertragliche Öffnung für eine Anzahl an Anlegern ausreichend ist, um dieses Kriterium zu erfüllen.¹⁷⁷

3.3.2.1. Vorrang der bloßen rechtlichen Möglichkeit

Das AIFMG selbst sieht eine tatsächliche Mindestanzahl an Anlegern nicht vor. Gemäß dem Auslegungsschreiben der ESMA ist das Kriterium der *Anzahl an Anlegern* in jenen Fällen erfüllt, in denen gemäß der satzungsmäßigen, vertraglichen oder sonstigen rechtsverbindlichen Ausgestaltung des Anlagevehikels das Einsammeln von Kapitals von mehr als einem Investor nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 4 Rz 15.

¹⁷⁸ Vgl. ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, VIII 17.

Ist das Anlagevehikel nicht dazu berechtigt, Kapital von mehr als einem Anleger zu verwalten, so handelt es sich nicht um kollektive Vermögensverwaltung, sondern um Finanzportfolioverwaltung.¹⁷⁹ In diesen Fällen liegt kein AIF vor.

Es gilt daher zu beurteilen, ob die Ausgestaltung des Anlagevehikels der Kapitalaufnahme von mehr als einem Anleger entgegensteht.¹⁸⁰ Wurde in der Satzung, im Gesellschaftsvertrag oder einer sonstigen Vertragsbedingung festgehalten, dass es dem Anlagevehikel gestattet ist, von mehr als einem Anleger Kapital einzusammeln, so ist es in weiterer Folge irrelevant wie viele Anleger tatsächlich in den Fonds investiert haben.¹⁸¹ Die bloße Möglichkeit zur Aufnahme von Geldern von mehreren Investoren ist auch nach Ansicht der ESMA, ausreichend, um das Kriterium der *Anzahl an Anlegern* zu erfüllen.¹⁸²

Orientiert man sich jedoch strikt am Wortlaut des Gesetzes so ist davon auszugehen, dass, entgegen der ESMA-Ansicht zumindest zwei oder mehrere Anleger in einen AIF investiert sein müssen. Dies deshalb, weil bereits im Kriterium des *Organismus für gemeinsame Anlagen* von einer gemeinsamen Anlagetätigkeit die Rede ist.

Außerdem ist in § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG ausdrücklich erwähnt, dass ein AIF von einer *Anzahl an Anlegern* Kapital einsammelt und nicht nur von einem Anleger Kapital einsammelt. Die in § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG enthaltene Formulierung *zum Nutzen der Anleger* kann ebenfalls darauf hindeuten, dass in einen AIF zumindest zwei Anleger investiert sein müssen.¹⁸³ Zum selben Ergebnis führt eine teleologische/systematische Interpretation der AIFM-RL, welche zeigt, dass der Regelungszweck der AIFM-RL und dessen Umsetzungsgesetz AIFMG ausschließlich die kollektive Vermögensverwaltung umfasst.¹⁸⁴

Dass die Ansicht der ESMA jedoch durchaus ihre Berechtigung hat, zeigen die folgenden Überlegungen zu Treuhand-, Master-Feeder- und Dachfonds-Strukturen.

3.3.2.2. Treuhand-, Master-Feeder- und Fund of Funds-Strukturen

Durchgesetzt hat sich die Ansicht, dass die bloße Möglichkeit zur Anlage von mehreren Investoren ausreichend ist, um das Kriterium der *Anzahl an Anlegern* zu erfüllen. Mit dieser Auslegung ist es u.a. möglich, Gestaltungsmöglichkeiten zu verhindern bei denen

¹⁷⁹ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 10.

¹⁸⁰ Vgl. Pinetz, SWK 2014, 708 (711).

¹⁸¹ Vgl. Vesko/Enzi, Unternehmensfinanzierung, ZFR 2014/8, 360 (361).

¹⁸² Im Auslegungsschreiben der ESMA wird festgehalten: "Dies sollte auch der Fall sein, wenn tatsächlich nur ein Anleger vorhanden ist"; ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, VIII 17 letzter Satz.

¹⁸³ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 4 Rz 16.

¹⁸⁴ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 2 Rz 47.

Anlagegelder von mehreren Investoren an einen Treuhänder übertragen werden, damit dieser die Gelder in das Anlagevehikel investiert.

Steht das Anlagevehikel der Anlage von mehreren Anlegern offen, so liegt eine *Anzahl an Anlegern* auch in jenen Fällen vor, in denen die Beteiligung am Vehikel durch einen einzigen Treuhänder, einen Feeder-AIF (bei Master-Feeder-Strukturen) oder einen Dachfonds (bei einer Fund of Funds Struktur) erfolgt.¹⁸⁵

Diese wirtschaftlich-transparente Betrachtungsweise kommt richtigerweise auch in jenen Fällen zur Anwendung, in denen die Zahl der Anleger gemäß Satzung, Gesellschaftsvertrag oder sonstiger vertraglicher Bedingung bloß auf einen Anleger beschränkt ist, sofern bekannt ist, dass es sich bei diesem Anleger um einen Treuhänder, einen Feeder-AIF oder einen Dachfonds handelt.¹⁸⁶

Dass diese Betrachtungsweise nicht gänzlich mit dem Wortlaut des AIFMG übereinstimmt, kann mE vor allem dadurch gerechtfertigt werden, dass anderenfalls Anlageinstrumente durch rechtsgestaltende Maßnahmen dem Anwendungsbereich des AIFMG entzogen werden könnten.

3.3.2.3. *Anlegerbegriff*

Als einzelner *Anleger* gilt, im Falle von natürlichen und juristischen Personen, jeweils die einzelne natürliche und juristische Person.¹⁸⁷ Auch Personengesellschaften können als einzelner *Anleger* in einen AIF investiert sein, sofern sie nach den zivilrechtlichen Bestimmungen Rechtsträger sein können.¹⁸⁸ In Zusammenhang zu den Personengesellschaften ist außerdem das Folgende zu beachten:

Soll das Anlagevehikel in der Rechtsform einer GmbH & Co KG gegründet werden, so gelten die geschäftsführenden Kommanditisten und Komplementäre in jenen Fällen nicht als *Anleger*, in denen sie sich nicht über das gesellschaftsrechtliche, zur Gründung erforderliche Beteiligungsausmaß hinaus am Organismus beteiligen können.¹⁸⁹

3.3.2.4. Spezialfonds iSd § 163ff InvFG

Gemäß § 163 Abs 1 InvFG ist der Spezialfonds ein Sondervermögen an welchem aufgrund der gesetzlichen Fondsbestimmungen nicht mehr als zehn Anteilsinhaber beteiligt sein

¹⁸⁵ Vgl. Petritz-Klar, Zweifelsfragen zum AIFMG aus steuerlicher Sicht, SWI 2013/12, 535 (541).

¹⁸⁶ Vgl. ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, VIII Z 18.

¹⁸⁷ Vgl. Haisch/Helios, BB 2013, 23 (24).

¹⁸⁸ Vgl. Steck in Berger/Steck/Lübbehusen, InvFG – InvStG vor §§ 91 bis 95 Rz 8.

¹⁸⁹ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I.4.

können. Der Spezialfonds ist eine individuelle Fondslösung für eine begrenzte Anzahl an Anlegern. Aufgrund des kleinen Anlegerkreises wurde seitens des Gesetzgebers darauf verzichtet, den Spezialfonds dem gesamten Anwendungsbereich des InvFG zu unterwerfen, weshalb Spezialfonds gemäß § 164 InvFG u.a. von verschiedenen Publizitäts-, Bewilligungs- und Veröffentlichungspflichten befreit sind, sodass bei es bei deren Gründung und laufender Verwaltung u.a. zu Zeit- und Kostenersparnissen kommt.¹⁹⁰

Gemäß § 163 Abs 2 InvFG sind Spezialfonds ausdrücklich vom Anwendungsbereich der OGAW Richtlinie und deren Art 1 Abs 2 ausgenommen. Gemäß §§ 163ff iVm § 3 Abs 2 Z 31 InvFG gelten Spezialfonds als inländischer Alternativer Investmentfonds im Sinne des InvFG, wobei in diesem Zusammenhang außerdem zu beachten ist, dass gemäß § 162a InvFG, "die Bestimmungen der §§ 164 bis 174 InvFG nach Maßgabe des AIFMG Anwendung finden."

Aus diesem Verweis kann abgeleitet werden, dass bei Fehlen von maßgeblichen AIFMG-Bestimmungen die Bestimmungen des InvFG unverändert anwendbar bleiben. Werden im AIFMG Regelungen für Spezialfonds getroffen, so sind die Bestimmungen der §§ 163ff InvFG mit den Regelungen des AIFMG in Einklang zu bringen.¹⁹¹

Fraglich ist, ob Spezialfonds auch dann als Alternative Investmentfonds gelten, wenn bloß ein Anleger in den Fonds investiert ist (*Ein-Anleger-Spezialfonds*). Buchberger spricht einerseits davon, dass *Ein-Anleger-Spezialfonds* AIF im Sinne des InvFG und AIFMG sind.¹⁹²

Das Auslegungsschreiben der FMA erklärt hinsichtlich der *Ein-Anleger-Spezialfonds* wiederum, dass in diesem Zusammenhang grundsätzlich auf die fondsrechtlichen Bestimmungen abzustellen ist. Steht ein Spezialfonds nur einem Anleger offen, so handelt es sich bei dem Vehikel nicht um einen AIF im Sinne des AIFMG und nach Ansicht der FMA auch nicht um einen Spezialfonds iSd InvFG 2011.

Beide Ansichten können meines Erachtens zumindest bis zu einem gewissen Grad überzeugen. Die FMA erwähnt, dass grundsätzlich auf die rechtlichen Fondsbestimmungen abzustellen ist. Legen diese Bestimmungen fest, dass bloß ein einziger Anleger in den Spezialfonds investiert sein kann, so ist das Kriterium der *Anzahl an Anlegern* nicht erfüllt ist und kein AIF liegt vor.

¹⁹⁰ Vgl. Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG² § 163 Rz 12.

¹⁹¹ Vgl. Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG² § 162a Rz 8f.

¹⁹² Vgl. Buchberger in Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz, InvFG² Nach §§ 163-164 Rz 4.

Richtigerweise ist der unter Punkt 3.3.2.2 dargestellte *Look-through-Ansatz* mE auch auf Spezialfonds-Konstruktionen anzuwenden. Beschränken sich die Spezialfondsbestimmungen auf einen Anleger, so ist in diesen Fällen zu prüfen ob hinter dem einzigen investierten Anleger nicht eine Treuhand-, Master-Feeder oder Dachfonds-Struktur steckt. Diese wirtschaftlich-transparente Betrachtungsweise würde dazu führen, dass das Kriterium der *Anzahl an Anlegern* trotz einer vertraglichen Beschränkung erfüllt ist, sofern der einzige investierte Anleger Kapital von mehreren Investoren einsammelt. Erfüllt der Spezialfonds in diesen Fällen die verbleibenden AIF-Kriterien, so wäre er als AIF zu qualifizieren.

3.3.3. Kapital einsammelt

Nach Ansicht der ESMA ist das in § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG enthaltene Merkmal des *Einsammelns von Kapital* in jenen Fällen erfüllt, in denen der Anlageorganismus oder eine Person auf Rechnung des Anlagevehikels direkt oder indirekt tätig wird, um Anlegergelder zu beschaffen.¹⁹³

Im Zuge der geschäftlichen Kommunikation muss dem Anleger mitgeteilt werden, dass die Gelder gemäß einer bestimmten Anlagestrategie angelegt werden,¹⁹⁴ weshalb der passive Erhalt von Kapital das Kriterium des *Kapital Einsammelns* ebenso wenig erfüllt wie der Kapitalerhalt ohne Renditeerzielungsabsicht.¹⁹⁵

Nicht relevant ist, ob die kapitalanwerbende Tätigkeit nur einmal, mehrfach oder dauerhaft ausgeübt wird bzw. in welcher Form (Bar- oder Sacheinlage) dem Anlagevehikel Kapital zur Verfügung gestellt wird.¹⁹⁶ Beispielsweise erfüllt die einmalige Emission von Genussrechten ebenso die Voraussetzung des *Kapital Einsammelns* wie dauerhafte, an Anleger gerichtete Werbemaßnahmen.¹⁹⁷

In der Praxis sorgt die Voraussetzung des *Einsammelns von Kapital* u.a. dafür, dass Family Offices bzw. Investmentclubs aus dem Anwendungsbereich des AIFMG herausfallen können. Werden, wie bei Single Family Offices üblich, die Anlagegelder nur von wenigen Privatpersonen bzw. innerhalb der Familie¹⁹⁸ ohne Verwendung von gewerblichen Werbemaßnahmen beschafft, so ist das Merkmal der *Kapitalbeschaffung* nicht erfüllt.

¹⁹³ Vgl ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, VII 13.

¹⁹⁴ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I. 3.

¹⁹⁵ Vgl. Haisch/Helios, BB 2013, 23 (24).

¹⁹⁶ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 14.

¹⁹⁷ Vgl. Vesko/Enzi, ZFR 2014, 360 (361).

¹⁹⁸ Nach Ansicht der BaFin umfasst der Begriff der *Familie* Ehegatten, Lebenspartnerschaften, Eltern, Geschwister, Kinder, Neffen, Nichten, Onkel, Tanten sowie Cousins und Cousins ersten Grades.

Wird Kapital von über den Familienkreis hinausgehenden Anlegern (z.B. einer weiteren wohlhabenden Familie) angeworben und gesammelt, so liegt ein Multi-Family Office vor, welches unter Umständen das Kriterium des *Kapital Einsammelns* erfüllt.¹⁹⁹

Bei Multi-Family Offices und Investmentclubs ist zu prüfen, ob das Kapital aktiv angeworben wurde oder nicht. Wurden Mitglieder des Family-Offices oder des Investmentclubs gewerbsmäßig angeworben bzw. werden weiterhin gewerbsmäßige, an den Kapitalmarkt herantretende Werbemaßnahmen gesetzt, so ist das Kriterium des *Kapital Einsammelns* erfüllt.²⁰⁰

Hat ein Anlagevehikel (z.B. Multi-Family Office/Investmentclub) sein gesamtes Kapital passiv erhalten und keine gewerbsmäßigen akquirierenden Maßnahmen gesetzt, so ist das Merkmal der *Kapitalbeschaffung* nicht erfüllt und es liegt kein AIF vor.

Die Beurteilungsschwelle für das Kriterium des *Einsammelns von Kapital* ist in der Praxis niedrig, weshalb das Merkmal im Regelfall bei aktivem Marktaufreten des Anlagevehikels bereits erfüllt sein wird.²⁰¹ Zu beachten ist jedoch, dass das Konzern- und Holdingprivileg bei geschickt geplanten Unternehmensstrukturen dazu führen kann, dass Family Offices zwar das Kriterium des *Kapital Einsammelns* erfüllen aber trotzdem nicht vom Anwendungsbereich des AIFMG erfasst sind.²⁰²

3.3.4. Festgelegte Anlagestrategie

Als weiteres Abgrenzungskriterium sieht die AIFM-RL bzw. das AIFMG vor, dass das Anlagevehikel das eingesammelte Kapital gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zu veranlagen hat.²⁰³

Im AIFMG selbst werden die an das Merkmal der *festgelegten Anlagestrategie* gestellten Voraussetzungen nicht definiert und auch das Auslegungsschreiben der FMA enthält diesbezüglich keine weiteren Informationen. Bei der Beurteilung eines Anlageorganismus kann jedoch auf die von der ESMA bzw. BaFin ausgearbeiteten Vorgaben zurückgegriffen werden.

¹⁹⁹ Zur Abgrenzung zwischen Single-/Multi-Family-Office siehe u.a. Krause/Klebeck, Family Office und AIFM-Richtlinie, BB 2012/34, 2063 (2065).

²⁰⁰ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 18.

²⁰¹ Vgl. Jesch/Haug, DStZ 2013, 771 (775).

²⁰² Vgl. Scholz/Appelbaum, Bedeutung der AIFM-Umsetzung für Family Offices und Reichweite des Holding Privilegs, RdF 2013/4, 268 (275).

²⁰³ Vgl. Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL sowie § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG.

Nach Ansicht der ESMA ist das Kriterium der festgelegten Anlagestrategie in jenen Fällen erfüllt, in denen das Anlagevehikel eine Strategie zu befolgen hat, welche vorgibt, wie das eingesammelte Kapital verwaltet werden muss um für die Investoren eine gemeinsame Rendite zu erwirtschaften.²⁰⁴ Die folgenden Merkmale können einzeln oder kumulativ auf eine festgelegte Anlagestrategie hindeuten:

- die Anlagestrategie ist spätestens zu dem Zeitpunkt festgelegt worden, zu dem die Beteiligung des Anlegers bindend geworden ist;
- die Anlagestrategie ist Teil der Satzung bzw. Teil der Anlagebedingungen des Organismus;
- der Organismus ist rechtlich an die Anlagestrategie gebunden;
- die Anlagestrategie gibt vor, wie das eingesammelte Kapital anzulegen ist.²⁰⁵

Die festgelegte Anlagestrategie hat u.a. vorzugeben, in welche Vermögensgegenstände investiert werden darf, ob bloß in bestimmten Regionen investiert werden darf, ob hinsichtlich der Beteiligungen Mindestbehaltefristen zu berücksichtigen sind oder ob Vorgaben zur Risikodiversifikation einzuhalten sind.²⁰⁶ Generell gilt, dass eine festgelegte Anlagestrategie den Handlungsspielraum des Anlagevehikels durch die in der Satzung, im Gesellschaftsvertrag oder den Anlagebedingungen enthaltenen Vorgaben konkretisiert.²⁰⁷

Die festgelegte Anlagestrategie eines AIF ist von der allgemeinen Unternehmensstrategie eines operativ tätigen Unternehmens zu unterscheiden. Die Unternehmensstrategie enthält eine abstrakte Darstellung des Unternehmenszwecks bzw. der Unternehmensaktivität ohne zu normieren, wie das Unternehmensziel erreicht werden soll bzw. welche Anlagekriterien zu befolgen sind.²⁰⁸ Das bloße Festlegen eines Unternehmensgegenstandes bzw. das Erstellen eines Business-Planes ist nach zutreffenden Meinungen in der Literatur nicht ausreichend um das Kriterium der *festgelegten Anlagestrategie* zu erfüllen.²⁰⁹

Im Vergleich zur Unternehmensstrategie enthält die festgelegte Anlagestrategie verbindliche Vorgaben für das Tätigwerden eines AIF. Der Handlungs- und Anlagespielraum eines

²⁰⁴ Vgl. ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD , IX 20.

²⁰⁵ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I. 5.

²⁰⁶ Vgl. Kalss in Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht² § 30 Rz 33.

²⁰⁷ Vgl. Wallach, Umsetzung der AIFM-Richtlinie in deutsches Recht – erste umfassende Regulierung des deutschen Investmentrechts, RdF 2013/2, 92 (93).

²⁰⁸ Vgl. Brandl/Toman, AIFMG – Anwendungsbereich und Auswirkungen für Immobilienfonds, ZFR 2014/2, 58 (59).

²⁰⁹ Vgl. u.a. Haisch/Helios, BB 2013, 23 (25); Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (542).

Anlagevehikels ist durch die in der festgelegten Anlagestrategie enthaltenen Vorgaben beschränkt und der AIF ist an diese Bestimmungen gebunden.²¹⁰

Im Rahmen der einzelfallbezogenen Prüfung ist zu beurteilen, ob die Anlagekriterien bzw. Unternehmensziele der kollektiven Vermögensstruktur durch eine schriftlich festgelegte, dem Anleger bekannt gemachte, rechtlich bindende Strategie konkretisiert werden.

Trotz festgelegter Anlagestrategie sollen dem Anlagevehikel Entscheidungsspielräume verbleiben. Im Nachhinein besteht für das Fondsmanagement außerdem die Möglichkeit, die festgelegte Strategie im Einvernehmen mit den Anlegern zu verändern.²¹¹

3.3.5. Zum Nutzen der Anleger

Gemäß § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG hat ein Alternativer Investmentfonds das eingesammelte Kapital gemäß der festgelegten Anlagestrategie zum *Nutzen der Anleger* zu investieren wobei dem AIFMG nicht entnommen werden kann welche genauen Anforderungen an das Kriterium der Veranlagung zum *Nutzen der Anleger* zu stellen sind.

Nach Ansicht der BaFin darf das Kapital nicht zum Nutzen des Unternehmens investiert werden.²¹² Der Organismus darf nicht seine eigenen unternehmerischen Zwecke verfolgen sondern hat seine Tätigkeit darauf auszurichten, einen Vermögenszuwachs für die Gesamtheit der Anleger zu erzielen.²¹³ Durch die Anforderung, das Kapital zum *Nutzen der Anleger* zu investieren, soll der kollektive Investmentgedanke vom unternehmerischen Eigenengagement abgegrenzt werden.²¹⁴

Zu prüfen ist, ob das Anlagevehikel auf Rechnung der Anleger tätig wird und ob diese an der positiven und/oder negativen Wertentwicklung des Organismus partizipieren.²¹⁵ Möchte der Organismus einen eigenen Gewinn erzielen bzw. dient die Anlage dem Risiko-Hedging, so werden die Gelder des Vehikels nicht zum *Nutzen der Anleger* investiert.²¹⁶ Nachdem Alternative Investmentfonds keine eigenwirtschaftlichen Interessen verfolgen dürfen, fallen u.a. Private-Equity Strukturen, in denen Einfluss auf die Unternehmensstrategie genommen wird aus dem Anwendungsbereich des AIFMG.²¹⁷

²¹⁰ Vgl. *Gerstner/Leitner*, Geschlossene Immobilienfonds und kollektive Immobilien-Investments im Fokus des AIFMG, ÖBA 2013/8, 566 (569).

²¹¹ Vgl. *Brandl/Toman*, ZFR 2014, 58 (59).

²¹² Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I. 6.

²¹³ Vgl. *Tollmann* in *Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-RL Art 2 Rz 55.

²¹⁴ Vgl. *Pinetz*, SWK 2014, 708 (712).

²¹⁵ Vgl. *Haisch/Helios*, BB 2013, 23 (25).

²¹⁶ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I. 6.

²¹⁷ Vgl. *Jesch/Haug*, DStZ 2013, 771 (776).

Nach Ansicht von *Kalss* trifft dies auch auf Aktiengesellschaften zu: gemäß § 70 AktG hat der Vorstand eine AG so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert. Die AG wird nicht nur für ihre Anleger tätig, sondern hat vorrangig die Interessen des Unternehmens zu berücksichtigen, weshalb die Voraussetzung der Veranlagung zum *Nutzen der Anleger* nicht erfüllt ist.²¹⁸

Auch für Verbriefungszweckgesellschaften (SPV) gilt, dass sie nicht zur Renditemaximierung für die Anleger tätig werden und die Tatbestandsmerkmale eines AIF aufgrund der fehlenden Investition zum *Nutzen der Anleger* nicht erfüllen.²¹⁹

3.3.6. Keine operative Tätigkeit

Vergleicht man die in Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL zu findende AIF-Definition mit der Definition des § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG so fällt auf, dass das Abgrenzungskriterium der operativen Tätigkeit vom europäischen Gesetzgeber nicht in die Richtlinie aufgenommen wurde.

In den Gesetzesmaterialien zum AIFMG sind keine Hinweise zu finden, wie der Begriff der *operativen Tätigkeit* zu verstehen ist, die FMA hat jedoch in ihrem FAQ-Paper klargestellt, dass der Begriff der *operativen Tätigkeit* dem von der ESMA verwendeten Begriff des *general commercial or industrial purpose* gleichkommt.²²⁰ Der Begriff des *general commercial or industrial purpose* stellt auf eine *unternehmerische Tätigkeit* ab, und wird von der ESMA dazu verwendet, das Tatbestandsmerkmal des Organismus für gemeinsame Anlagen²²¹ abzugrenzen.²²² Gemäß AIFM-RL bzw. dem dazu ergangenen ESMA Auslegungsschreiben ist ein Anlagevehikel dann kein *Organismus für gemeinsame Anlagen* wenn das Vehikel einen *allgemein-kommerziellen* oder *allgemein-industriellen* Zweck verfolgt.

Von der ESMA wird der Begriff eines *allgemein-kommerziellen* bzw. *allgemein-industriellen* Zweckes definiert als Verfolgung einer Unternehmensstrategie welche charakterisiert wird durch eine überwiegende:

- kommerzielle Tätigkeit: zB Kauf, Verkauf, oder Austausch von Waren/Gütern;

²¹⁸ Vgl. *Kalss* in *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 30 Rz 35.

²¹⁹ Vgl. *Haisch/Helios*, BB 2013, 23 (26).

²²⁰ Vgl. FMA, FAQ, II D; ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, VI 12.

²²¹ Der englische Wortlaut des Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL definiert den AIF als "*collective investment undertaking*".

²²² Vgl. *Gerstner/Leitner*, ÖBA 2013, 566 (569).

- industrielle Tätigkeit: zB Produktion von Waren, Errichtung von Immobilien; oder
- einer Kombination aus beiden Tätigkeiten.²²³

Dem Wortlaut des § 2 Abs 1 lit a AIFMG kann außerdem entnommen werden, dass das Kapital nicht *unmittelbar* einer *operativen Tätigkeit* dienen darf. Welche genauen Anforderungen an ein solches Unmittelbarkeitsgebot zu stellen sind, kann dem Gesetz bzw. den Gesetzesmaterialen jedoch nicht entnommen werden.²²⁴

Obwohl der deutsche Gesetzgeber kein ausdrückliches Unmittelbarkeitsgebot in den Gesetzestext des KAGB aufgenommen hat, kann meiner Meinung zur Konkretisierung *des Unmittelbarkeitsgebotes* das Auslegungsschreiben der BaFin herangezogen werden. Nach Ansicht der BaFin ist es nicht schädlich wenn operative Unternehmen Investitionen zu Anlagezwecken tätigen, sofern die Veranlagungstätigkeiten nur untergeordnete Neben- bzw. Hilfstätigkeiten darstellen.²²⁵ Ob das eingesammelte Kapital unmittelbar einer *operativen Tätigkeit* dient, richtet sich mMn nach dem Verhältnis der operativen Tätigkeit zur veranlagenden Tätigkeit. Außerdem ist zu beachten, ob und in welchem Ausmaß die erwirtschafteten Erträge wieder in den operativen Betrieb zurückfließen bzw. an die Anleger ausgeschüttet werden.

Im Immobilienbereich gelten die Immobilienprojektentwicklung sowie der Betrieb von Immobilien als operative Tätigkeit.²²⁶ Demgegenüber gilt der Erwerb und Verkauf, die Vermietung und Verpachtung sowie die Verwaltung von Immobilien nicht als operative Tätigkeit, weshalb der Anwendungsbereich des AIFMG in diesen Fällen eröffnet ist.²²⁷

Bei Immobilieninvestments ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Wertschöpfung primär aus aktiven oder passiven Tätigkeiten gezogen wird. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich, zwischen Development-Fonds²²⁸ und Bestand-Fonds²²⁹ zu unterscheiden. Erstere fallen aufgrund ihrer projektentwickelnden, operativen Tätigkeit nicht unter das AIF-Regelungsregime.²³⁰ Im Sinne der ESMA-und BaFIN Auslegungsschreiben ist das Kriterium

²²³ Vgl. ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, II; Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 22.

²²⁴ Vgl. Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (541).

²²⁵ Vgl. BaFin, Auslegungsschreiben zum KAGB und zum Begriff des Investmentvermögens, I 7.

²²⁶ Vgl. Gerstner/Leitner, ÖBA 2013, 566 (569); BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB, I 7.

²²⁷ Vgl. Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 1 Rz 23, BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB, I 7.

²²⁸ Deren Hauptgeschäftsfeld ist die Immobilienprojektentwicklung.

²²⁹ Deren Hauptgeschäftsfeld ist die Vermietung/Verpachtung/Verwaltung von Immobilien.

²³⁰ Vgl. Gerstner/Leitner, ÖBA 2013, 566 (569).

der *operativen Tätigkeit* bei Bestand-Fonds nicht erfüllt, sodass sie bei Vorhandensein der sonstigen Abgrenzungsmerkmale unter das AIFMG fallen können.

Nach zutreffender Ansicht von *Brandl/Toman* ist dieser pauschalen Kategorisierung der Bestand-Fonds zu widersprechen.²³¹ Zielführender und zweckmäßiger ist es, im Falle eines Bestand-Fonds zu prüfen, in welchem Ausmaß die erwirtschafteten Erträge dazu verwendet werden den weiteren Betrieb des Unternehmens zu gewährleisten bzw. in welchem Ausmaß sie an Anleger des Organismus ausgeschüttet werden. Wird der überwiegende Teil der Erträge dazu verwendet, den Bestand des Unternehmens abzusichern, so ist das Anlagevehikel ein überwiegend operativ tätiges Unternehmen.

In Zusammenhang zu den derzeit immer beliebter werdenden Crowdfunding- und Bürgerbeteiligungsprojekten ist festzuhalten, dass diese in jenen Fällen aus dem Anwendungsbereich des AIFMG herausfallen, in denen ihr Projekt im Rahmen eines laufenden Geschäftsbetriebes von ihnen selbst betrieben wird.²³²

3.3.7. Keine Genehmigung als OGAW gemäß Art 5 OGAW-RL

Gemäß § 2 Abs 1 Z 1 lit b AIFMG kann ein Anlagevehikel nur dann als Alternativer Investmentfonds qualifiziert werden, wenn er keine Genehmigung gemäß Art. 5 der OGAW-Richtlinie benötigt. Gemäß Art. 5 Abs 4 OGAW-Richtlinie kann eine Zulassung nur in jenen Fällen erteilt werden, in denen das Vehikel die formellen Voraussetzungen des Kapitel V der OGAW-Richtlinie erfüllt.

Ob die Zulassung nach Art. 5 OGAW-Richtlinie auch beantragt bzw. tatsächlich erteilt wird, spielt bei der Beurteilung eines Vehikels als AIF mE nach keine Rolle. Im Rahmen der Qualifizierung ist bloß darauf abzustellen ob das Vehikel die formell-rechtlichen Voraussetzungen zur Zulassung erfüllt. Ist dies der Fall, so bedürfte das Vehikel im Sinne des § 2 Abs 1 Z 1 lit b AIFMG eine Zulassung als OGAW.

Gemäß § 2 Abs 1 Z 1 lit b AIFMG sind Alternative Investmentfonds somit all jene Investmentvermögen die nicht den Kriterien der OGAW-Richtlinie entsprechen.

²³¹ Vgl. *Brandl/Toman*, ZFR 2014, 58 (59).

²³² Vgl. *Volhard/Jang* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB § 1 Rz 31; *Kalss* in *Kalss/Oppitz/Zollner*, *Kapitalmarktrecht*² § 30 Rz 36.

3.4. Befreiungsbestimmungen des AIFMG

Zur Beurteilung, ob ein Anlagevehikel ein AIF ist, sind nicht nur die Abgrenzungskriterien des § 2 Abs 1 AIFMG zu beachten sondern auch die im AIFMG enthaltenen Ausnahmebestimmungen.

Durch Artikel 2 Abs 3 AIFM-RL (siehe Punkt 2.2.5.4.) wurden bestimmte Anlagevehikel vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.²³³ Mit § 1 Abs 3 AIFMG wurde diese Vorgabe in nationales Recht umgesetzt, so dass u.a. Holdinggesellschaften, supranationale Institutionen, nationale Zentralbanken, staatliche Stellen, Gebietskörperschaften oder auch Verbriefungszweckgesellschaften vom Anwendungsbereich des AIFMG ausgeschlossen sind.

Mit § 1 Abs 4 AIFMG wurde das aus Art 3 Abs 1 AIFM-RL²³⁴ stammende *Konzernprivileg* in nationales Recht umgesetzt, weshalb diese Ausnahmebestimmung bei der Beurteilung eines Anlagevehikels auf nationaler Ebene ebenfalls zu beachten ist.

Betrachtet man die deutsche Richtlinienumsetzung, so zeigt sich, dass die Ausnahmebestimmungen der AIFM-Richtlinie vom deutschen Gesetzgeber inhaltlich unverändert ins KAGB aufgenommen wurden. Die Ausnahmebestimmungen des Art 2 Abs 3 AIFM-RL bzw. das aus Art 3 Abs 1 AIFM-RL stammende Konzernprivileg sind in § 2 Abs 1 und Abs 3 KAGB zu finden.

Aufgrund der größten praktischen Relevanz und den zu diesen Bestimmungen auftretenden Auslegungsfragen wird im Detail nur auf die Befreiungsbestimmung für Holding- und Verbriefungszweckgesellschaften sowie das Konzernprivileg eingegangen.

3.4.1. Befreiung für Holdinggesellschaften

Gemäß § 1 Abs 3 Z 1 AIFMG "*gilt [das AIFMG] nicht für Holdinggesellschaften*". Die Befreiungsbestimmung des § 1 Abs 3 Z 1 AIFMG bezieht sich jedoch nicht auf sämtliche Arten von Holdinggesellschaften sondern nimmt nur jene Gesellschaften vom Anwendungsbereich des AIFMG aus, welche unter den Holdingbegriff des AIFMG fallen.

Mit der Holdingbefreiung wollten die Gesetzgeber in der AIFM-RL²³⁵ und dem AIFMG²³⁶ dafür Sorge tragen, dass industrielle Holdinggesellschaften von den weitreichenden

²³³ Siehe Erwägungsgrund 8 der AIFM-RL.

²³⁴ Siehe Erwägungsgrund 16 der AIFM-RL.

²³⁵ Vgl. Art 4 Abs 1 lit o AIFM-RL.

²³⁶ Vgl. § 2 Abs 1 Z 15 AIFMG.

aufsichtsrechtlichen Pflichten der AIFM-RL und dem AIFMG ausgenommen sind.²³⁷ Im Vergleich dazu sollten jene Holdinggesellschaften die bei Private-Equity- bzw. Venture-Capital-Investitionen häufig verwendet werden unter das Regelungswerk der AIFM-RL bzw. des AIFMG fallen.²³⁸ Zu diesem Zweck haben die Gesetzgeber versucht, sowohl in der AIFM-RL als auch dem AIFMG den Begriff der Holding hinreichend klar zu definieren.

Als Holdinggesellschaft iSd AIFMG gilt gemäß § 2 Abs 1 Z 15 AIFMG "*eine Gesellschaft, die an einem oder mehreren anderen Unternehmen eine Beteiligung hält, deren Geschäftsgegenstand darin besteht, durch ihre Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen oder Beteiligungen eine Geschäftsstrategie oder –strategien zur Förderung deren langfristigen Werts zu verfolgen, und bei der es sich um eine Gesellschaft handelt, die entweder*

- *auf eigene Rechnung tätig ist und deren Anteile zum Handel auf einem geregelten Markt in der Union zugelassen sind, oder*
- *die ausweislich ihres Jahresberichts oder anderer amtlicher Unterlagen nicht mit dem Hauptzweck gegründet wurde, ihren Anlegern durch Veräußerung ihrer Tochterunternehmen oder verbundenen Unternehmen eine Rendite zu verschaffen."*

Gemäß dieser Definition müssen Holdinggesellschaften zwei Voraussetzungen erfüllen, um vom Anwendungsbereich der AIFM-RL bzw. des AIFMG ausgeschlossen zu sein.²³⁹

Das erste Unterscheidungskriterium ist die Geschäftsstrategie der Holdinggesellschaft. Holdinggesellschaften die eine Geschäftsstrategie zur Förderung des langfristigen Wertes der Beteiligungsunternehmen verfolgen, gelten als industrielle Holdinggesellschaften. Das bloße Aufnehmen der Geschäftsstrategie in den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung ist zur Erfüllung dieser Voraussetzung nicht maßgeblich, vielmehr ist auf die tatsächliche Unternehmensführung abzustellen.²⁴⁰ Private-Equity- bzw. Venture-Capital-Strukturen, deren Geschäftsstrategie darin liegt, den Anlegern durch zeitnahe Beteiligungsveräußerungen von Tochterunternehmen/verbundener Unternehmen (Exit) eine Rendite zu verschaffen, können somit nicht unter den Holdingbegriff des AIFMG subsumiert werden.²⁴¹

Liegt eine solche, langfristig wertfördernde Geschäftsstrategie vor, so muss die Holdinggesellschaft entweder auf eigene Rechnung tätig sein und ihre Anteile müssen zum

²³⁷ Vgl. Pinetz, Die Ausnahmebestimmungen vom AIF-Begriff im Steuerrecht, SWK 2014/30, 1294 (1295).

²³⁸ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 2 Rz 82.

²³⁹ Vgl. Zetsche, Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage, 147.

²⁴⁰ Vgl. Boxberger/Rödler in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 2 Rz 3.

²⁴¹ Vgl. Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (539).

Handel an einem geregelten Markt in der EU zugelassen sein (*Alternativvoraussetzung 1*), oder, sie darf nicht mit dem Hauptzweck gegründet worden sein, ihren Anlegern durch Beteiligungsveräußerungen an Tochterunternehmen bzw. verbundenen Unternehmen eine Rendite zu verschaffen (*Alternativvoraussetzung 2*).

In der Literatur wird das zu Alternative 1 gehörende Merkmal der Börsennotierung zwiespältig betrachtet. So gehen *Zetsche/Preiner* davon aus, dass die Börsennotierung zur Abgrenzung zwischen Holding- und Private-Equity-Strukturen wenig hilfreich ist.²⁴²

Tollmann vertritt wiederum die Ansicht, dass den Private-Equity-/Venture-Capital-Fonds das zur Veranlagung notwendige Eigenkapital in der Regel von den Anlegern direkt zur Verfügung gestellt wird und diese Gesellschaften daher typischerweise nicht an der Börse notiert sind.²⁴³ Diese Annahme trifft meines Erachtens auf viele Private-Equity- und Venture-Capital-Fonds zu, weshalb das Merkmal der Börsennotierung durchaus dazu geeignet ist, industrielle Holdinggesellschaften von "veranlagenden" Holdinggesellschaften zu trennen.

Die ebenfalls zu Alternative 1 gehörende Voraussetzung des *Tätigwerdens auf eigene Rechnung* beinhaltet ebenfalls Auslegungsschwierigkeiten:

In der Praxis zeigt sich, dass nicht nur industrielle Holdinggesellschaften sondern auch Private-Equity- und Venture-Capital-Gesellschaften Beteiligungsveräußerungen zur Effizienzsteigerung bzw. strategischen Neuausrichtungen durchführen. Die bei Private-Equity-Fonds im Zuge von Portfoliobereinigungen (zB bei schlechter Performance) stattfindenden Beteiligungsveräußerungen können mE durchaus mit Asset-Veräußerungen bei industriellen Holdinggesellschaften verglichen werden. Zwar bestehen hinsichtlich der Anlage- und Unternehmensstrategie zwischen den beiden Strukturen Unterschiede, doch diese sind in der Regel nur schwer nachweisbar bzw. können sich diese Strategien im Zuge der Tätigkeit ändern.²⁴⁴ In manchen Fällen wird es möglich sein, anhand der Anlagestrategie zu beurteilen, ob das Kriterium des *Tätigwerdens auf eigene Rechnung* erfüllt ist oder nicht. In jenen Fällen in denen dies nicht möglich ist, empfiehlt es sich zur weiteren Prüfung auf die Anteilsstruktur der Holding abzustellen.

Bei an der Börse notierten Gesellschaften deren Anteile sich überwiegend im Streubesitz befinden, ist davon auszugehen, dass diese Gesellschaften aufgrund des fehlenden wesentlichen Einflusses der Anteilsinhaber idR auf eigene Rechnung handeln.

²⁴² Vgl. *Zetsche/Preiner*, Was ist ein AIF, WM 2013/45, 2101(2108).

²⁴³ Vgl. *Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-RL Art 2 Rz 119.

²⁴⁴ Vgl. *Pinetz*, SWK 2014, 1294 (1296).

Übt jedoch ein Dritter (zB der Fondsverwalter) die Kontrolle über die Holdinggesellschaft aus, so wird diese Gesellschaft idR nicht auf eigene Rechnung handeln, sondern im Sinne des die Kontrolle ausübenden Dritten.²⁴⁵ Dieser Ansicht folgt auch die Europäische Kommission, welche das *Tätigwerden auf eigene Rechnung* so auslegt, dass die Holdinggesellschaft ihre Beteiligungen nicht für einen Dritten hält.²⁴⁶

Alternativ dazu besteht für Beteiligungsstrukturen die Möglichkeit, im Jahresbericht oder einer anderen amtlichen Unterlage nachzuweisen, dass die Gesellschaft nicht mit dem Hauptzweck gegründet wurde, ihren Anlegern durch Beteiligungsveräußerungen eine Rendite zu verschaffen.

Die zweite Alternativvoraussetzung ist geprägt durch einen weiten, unscharfen Wortlaut, welcher nicht in der Lage ist, eine klare Abgrenzung zwischen AIF und Holdinggesellschaften vorzunehmen. Selbst bei Vorlage von Dokumenten in denen eine *werthaltige* Unternehmensstrategie zum Ausdruck kommt, ist zur genauen Abgrenzung auf das tatsächliche wirtschaftliche Tätigwerden des Anlagevehikels abzustellen,²⁴⁷ anderenfalls ist mit Missbrauchs- und Umgehungsversuchen zu rechnen.

So wäre es u.a. möglich in den Gründungsdokumenten von Private-Equity-Fonds festzuhalten, dass die Geschäftstätigkeit auf das bloße Beteiligungshalten beschränkt ist. Der Dokumentenausweis könnte in diesen Fällen dazu führen, dass das Anlagevehikel nicht den aufsichts- und steuerrechtlichen Bestimmungen des AIFMG unterliegt, obwohl die Anlagestrategie später verändert wird, und so das Erzielen einer Rendite die spätere Fondstätigkeit prägt.

Pinetz sieht diese Problematik ähnlich, seiner Ansicht nach führt eine wortautorientierte Auslegung der zweiten Alternativvoraussetzung dazu, dass der Telos der AIFM-RL, Private-Equity- und Venture-Capital-Fonds einem aufsichtsrechtlichen Regime zu unterwerfen, umgangen wird. Er argumentiert, dass die systematische Interpretation der Ausnahmebestimmung zeigt, dass ein Ausweis allein, ohne Prüfung von materiellen Voraussetzungen, die Anwendbarkeit der Holdingausnahme nicht ermöglichen soll.²⁴⁸

Dass der "Jahresbericht" im Wortlaut der zweiten Alternativvoraussetzung ausdrücklich genannt ist, kann als Hinweis darauf gesehen werden, dass nicht nur die alleinige

²⁴⁵ Vgl. *Tollmann* in *Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-RL Art 2 Rz 118.

²⁴⁶ Vgl. *Boxberger/Rödler* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB § 2 Rz 5.

²⁴⁷ Vgl. *Petritz-Klar*, SWI 2013, 535 (539).

²⁴⁸ Vgl. *Pinetz*, SWK 2014, 1294 (1296).

Dokumentation ausreichend ist, sondern auch auf die laufende unternehmerische Tätigkeit abzustellen ist.²⁴⁹ Dies deshalb, weil der Jahresabschluss gemäß § 222 Abs 2 UGB dazu dienen soll, "*ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln*". Dem Gesetzgeber kann somit unterstellt werden, dass er durch die Aufnahme des *Jahresberichts* in den Wortlaut des § 2 Abs 1 Z 15 AIFMG einen Anknüpfungspunkt an die laufende unternehmerische Tätigkeit schaffen wollte.

Im Einzelfall hat der Rechtsanwender also sehr genau zu prüfen, ob die zu beurteilende Beteiligungsstruktur aufgrund der dargestellten Abgrenzungsmerkmale unter den Holdingbegriff des AIFMG subsumiert werden kann. Um Umgehungs- oder Missbrauchsfälle auszuschließen, ist dabei insbesondere auf die bestehende Anlagestrategie des Vehikels zu achten.

Besonders in Fällen, in denen bei Private-Equity-Fonds nicht eindeutig erkennbar ist, welche kurz- und langfristigen Strategien sie verfolgen, kann eine Abgrenzung zwischen begünstigter Holdinggesellschaft und AIF schwierig sein.

3.4.2. Befreiung für Verbriefungszweckgesellschaften

Gemäß § 1 Abs 3 Z 7 AIFMG sind Verbriefungszweckgesellschaften vom Anwendungsbereich des AIFMG ausgenommen und gelten somit nicht als Alternative Investmentfonds. Dies entspricht der Richtlinienvorgabe des Art 2 Abs 3 lit g AIFM-RL. Der Begriff der Verbriefungsgesellschaft wird im AIFMG selbst durch § 2 Abs 1 Z 40 AIFMG definiert. Demnach gelten als Verbriefungsgesellschaften jene Gesellschaften, deren einziger Zweck darin besteht, eine oder mehrere Verbriefungen im Sinne von Art 1 Abs 2 der Verordnung (EG) 24/2009 (*EZB Verordnung*)²⁵⁰, und weitere zur Erfüllung dieses Zwecks geeignete Tätigkeiten durchzuführen.

Der durch die EZB Verordnung definierte Begriff der Verbriefung setzt, vereinfacht gesagt, voraus, dass eine Sicherheit oder ein Sicherheitenpool (Vermögensgegenstände) von einem Originator (Kreditinstitut) auf ein bestehendes bzw. neu geschaffenes Anlagevehikel übertragen wird, welches Schuldtitlet ausstellt, welche wiederum durch die der Verbriefungszweckgesellschaft übertragenen Assets besichert sind.²⁵¹

²⁴⁹ Vgl. Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (539).

²⁵⁰ Verordnung (EG) 24/2009 der Europäischen Zentralbank vom 19. Dezember 2008 über die Statistik über die Aktiva und Passiva von finanziellen Mantelkapitalgesellschaften, die Verbriefungsgeschäfte betreiben, ABI L 2009/15 1ff.

²⁵¹ Vgl. Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (540).

Da sich der Gesetzgeber für eine weite Definition des Verbriefungsbegriffes entschieden hat, sind die marktüblichen Verbriefungsstrukturen vom Anwendungsbereich des AIFMG ausgenommen. So geht *Petritz-Klar* u.a. davon aus, dassforderungsbesicherte Wertpapiere (Asset-Backed Securities) nicht vom Anwendungsbereich des AIFMG erfasst sind.²⁵² Um unter die Ausnahmebestimmung für Verbriefungszweckgesellschaften zu fallen, ist es nicht erforderlich, dass eine Tranchierung erfolgt bzw. Kreditrisiken übertragen werden.²⁵³ In der Literatur ist man sich außerdem darüber einig, dass die Übertragung der Sicherheiten an die Emissionsgesellschaft auch im Wege eines True Sales²⁵⁴ oder einer synthetischen Übertragung²⁵⁵ erfolgen kann.²⁵⁶

Um den Verbriefungsbegriff näher zu definieren, hat die Europäische Zentralbank in einer *Guidance Note*²⁵⁷ klargestellt, dass Zweckgesellschaften, die "collateralised loan obligations" begeben, ebenfalls unter den Verbriefungsbegriff der EZB-Verordnung fallen und somit nicht als AIF gelten. Dieser Ansicht ist zu folgen, denn auch in solchen Fällen kommt es dazu, dass dem Emissionsvehikel vom Kreditinstitut Vermögen (Kreditportfolios) zur Besicherung übertragen wird.

Im Gegensatz dazu fallen gemäß der *Guidance Note* jene Verbriefungsgesellschaften nicht unter den Anwendungsbereich der EZB-Verordnung, deren Haupttätigkeit darin besteht, Kredite, die diese Gesellschaften selbst gewährt haben, zu verbrieften.²⁵⁸ Die Europäische Kommission vertritt außerdem die Ansicht, dass alle Vehikel, die ausschließlich Schuldinstrumente begeben, nicht unter den Anwendungsbereich der AIFM-RL bzw. des AIFMG fallen.²⁵⁹

²⁵² Vgl. *Petritz-Klar*, SWI 2013, 535 (540).

²⁵³ Vgl. *Haisch/Helios*, BB 2013, 23 (26).

²⁵⁴ Die Vermögenswerte werden vom Verkäufer mit bilanzbefreiernder Wirkung an den Käufer abgetreten. Dabei findet eine Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums statt.

²⁵⁵ Im Gegensatz dazu findet bei synthetischen Übertragungen keine Eigentumsübertragung statt. Es werden lediglich die mit dem Vermögenswert verbundenen "wirtschaftlichen" Konsequenzen auf den Erwerber übertragen – Siehe weiterführend dazu *Käufer*, Übertragung finanzieller Vermögenswerte nach HGB und IAS 39, 14.

²⁵⁶ Vgl. *Krause/Klebeck*, Fonds(anteils)begriff nach der AIFM-Richtlinie und dem Entwurf des KAGB, RdF 2013/1, 4 (6); *Haisch/Helios*, BB 2013, 23 (26).

²⁵⁷ ECB, Guidance Note on the definitions of "Financial Vehicle Corporation" and "Securitisation" under Regulation ECB/2008/30, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/guidancenotedefinitionsfvcsecuritisation2012en.pdf> (Stand 25.5.2016).

²⁵⁸ Vgl. Punkt 4.1. der ECB Guidance Note.

²⁵⁹ Vgl. FAQ der Kommission, ID 1169.

3.4.3. Das Konzernprivileg

3.4.3.1 Anwendbarkeit des Konzernprivilegs auf die Beurteilung als AIF

Für die Fondsbesteuerung wäre das Konzernprivileg gemäß dem Wortlaut von § 1 Abs 4 AIFMG unbeachtlich. § 1 Abs 4 AIFMG soll nur die Tätigkeit des AIF-Managers aufsichtsrechtlich regulieren. Im Gegensatz dazu ist für die Besteuerung nach §§ 186 und 188 InvFG nur der Begriff des AIF iSd AIFMG relevant. Ist der AIF-Manager aufgrund der konzerninternen Veranlagungstätigkeit vom Anwendungsbereich ausgeschlossen, so kann in diesen Fällen dennoch ein AIF vorliegen, welcher unter das steuerrechtliche Regime der §§ 186 und 188 InvFG fallen würde.

Pinetz spricht sich nach teleologischer und systematischer Interpretation des AIFM-Rahmenwerkes dafür aus, das Konzernprivileg, entgegen seinem Wortlaut auch auf das Steuerrecht durchschlagen zu lassen.²⁶⁰

Für diese Ansicht spricht die Tatsache, dass bei konzerninternen Veranlagungstätigkeiten das Erfordernis des "Kapital Einsammelns" in der Regel nicht erfüllt sein wird. Zu Veranlagungszwecken werden den konzerninternen Gesellschaften passiv Gelder übertragen, ohne dass ein Kapital anwerben bzw. einsammeln notwendig ist und ein solches folglich auch nicht stattfindet. Konzerninterne Veranlagungstätigkeiten werden die AIF-Kriterien in der Regel nicht erfüllen, weshalb es zweckmäßig erscheint, das Konzernprivileg nach systematisch-teleologischer Interpretation auf auch den Begriff des AIF auszudehnen.

3.4.3.2. Darstellung des Konzernprivilegs

Die aus Art 3 Abs 1 AIFM-RL stammende Befreiungsbestimmung für konzerninterne Veranlagungen wurde vom nationalen Gesetzgeber wortgleich in § 1 Abs 4 AIFMG umgesetzt. Im ursprünglichen Kommissionsvorschlag zur AIFM-RL war die als Konzernprivileg bezeichnete Ausnahmebestimmung noch gar nicht vorgesehen, erst auf Wunsch des Rates wurde sie der Richtlinie hinzugefügt, um für eine Anpassung der AIFMRL an Art 2 Abs 1 lit a²⁶¹ der MiFID²⁶² zu sorgen. Auf nationaler Ebene wurde zuvor bereits § 2 Abs 1 Z 2 des WAG²⁶³ an die Ausnahmebestimmung der MiFID angepasst.

²⁶⁰ Vgl. *Pinetz*, SWK 2014, 1294 (1297).

²⁶¹ Art 2 Abs 1 lit a der MiFID nimmt jene Personen vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus, die Wertpapierleistungen ausschließlich für ihr Mutterunternehmen, ihre Tochterunternehmen oder andere Tochterunternehmen ihres Mutterunternehmens erbringen.

²⁶² Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie

Dass konzerninterne Sachverhalte vom aufsichtsrechtlichen Regime der MiFID,²⁶⁴ des WAG²⁶⁵ und in weiterer Folge auch vom AIFMG ausgeschlossen sind, wird damit begründet, dass diese konzerninternen Tätigkeiten nicht am Markt für Finanzdienstleistungen auf fremde Rechnung erbracht werden und somit aus diesem Grund kein aufsichtsrechtliches Schutzbedürfnisses für einen Dritten besteht.²⁶⁶

Diese Ansicht vermag aus zweierlei Gründen nicht zu überzeugen: Einerseits kann argumentiert werden, dass auch in Konzernstrukturen die Bedürfnisse und Rechtspositionen der beherrschten Unternehmen und deren Anteilseigner zu schützen sind.²⁶⁷ Nach Ansicht von *Tollmann* ist außerdem auf den Gesamtzweck der AIFM-Richtlinie abzustellen und nicht nur auf den Anlegerschutz. Er argumentiert, dass auch die Integrität und Stabilität des Finanzmarktes durch die Richtlinie geschützt werden soll, sodass eine Ausnahmeregelung für konzerninterne Verwaltungstätigkeiten inkonsequent ist.²⁶⁸

Insbesondere das von *Tollmann* vorgebrachte Beispiel eines Versicherungsunternehmens, welches die Versicherungsprämien (in Milliardenhöhe) durch einen zum selben Konzern gehörenden AIFM verwalten lässt, um die Bestimmungen der AIFM-RL zu umgehen, vermag die mit dem Konzernprivileg verbundene Problematik zu veranschaulichen.²⁶⁹

In der MiFID und dem WAG erscheint es zweckmäßig, sämtliche konzerninterne Tätigkeiten aufgrund des fehlenden Fremdbezuges von deren Anwendungsbereich auszuschließen. In der AIFM-RL und dem AIFMG könnte das Konzernprivileg meiner Ansicht nach, um eine De-Minimis-Bestimmung ergänzt werden. Eine solche Bestimmung könnte derart ausgestaltet sein, dass auch konzerninterne Veranlagungstätigkeiten ab einem bestimmten Anlagevolumen unter die aufsichtsrechtlichen Normen der AIFM-RL bzw des AIFMG fallen würden.

Auf diese Weise wäre es dem Gesetzgeber ein Leichtes, die Stabilität und Integrität der Finanzmärkte zu schützen, ohne zu intensiv in bestehende Konzernstrukturen einzugreifen. Der Gesetzgeber könnte sich bei einer solchen Umsetzung an den Wertgrenzen der De-Minimis-Regelung des § 1 Abs 5 AIFMG orientieren, sodass sichergestellt wird, dass nur jene

²⁶⁴ 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABI L 2004/145, 1ff.

²⁶⁵ Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistungen (Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 – WAG 2007), BGBI I 2007/60 mit der letzten Änderung durch BGBI I 2015/117.

²⁶⁶ Vgl. Erwägungsgrund 8 u 11 der MiFID.

²⁶⁷ Vgl. Erl RV GP 23 RV 143.

²⁶⁸ Vgl. *Saria* in *Brandl/Saria*, WAG § 2 Rz 3.

²⁶⁹ Vgl. *Zerwas/Hanten*, Abgrenzungsprobleme und Ausnahmen bei Handelsaktivitäten nach der 6. KWG Novelle, ZBB 2000/1, 44 (51).

²⁷⁰ Vgl. *Tollmann* in *Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-RL Art 3 Rz 9.

²⁷¹ Vgl. *Tollmann* in *Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-RL Art 3 Rz 15; anderer Ansicht sind *Boxberger/Röder* in *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB § 2 in FN 22.

Anlagetätigkeiten unter Aufsicht gestellt werden, welche dazu geeignet sind, aufgrund ihres Anlagevolumens für Unsicherheiten auf den Finanzmärkten zu sorgen.

Der Wortlaut des § 1 Abs 4 AIFMG bezieht sich nur auf *Gesellschaften* und nicht auf natürliche Personen.²⁷⁰ Fraglich ist, wie die in § 1 Abs 4 AIFMG angeführten Begriffe der Mutter- und Tochtergesellschaft auszulegen sind und welche Konzernstrukturen von der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 4 AIFMG umfasst sind. Die Antworten auf diese Fragen sind im Unionsrecht zu finden:

Gemäß Art 4 Abs 1 Z 15 u Z 16 der *Capital Requirements Regulation*²⁷¹ in Verbindung mit Art 22 und Art 23²⁷² der *Bilanz-Richtlinie*²⁷³ umfasst der Begriff des Mutter- und Tochterunternehmens jene Beteiligungsverhältnisse, in denen

- das Mutterunternehmen die Mehrheit der Anteile am Tochterunternehmen hält;
- dem Mutterunternehmen die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zustehen;
- das Mutterunternehmen das Recht hat, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, wenn es gleichzeitig Gesellschafter des Tochterunternehmens ist;
- zwischen Mutter- und Tochterunternehmen ein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wurde; und
- das Mutterunternehmen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf das Tochterunternehmen ausübt.²⁷⁴

Der Konzernbegriff umfasst somit nur Über-/Unterordnungskonzerne und keine Gleichordnungskonzerne.²⁷⁵ Unter den Wortlaut des § 1 Abs 4 AIFMG fallen auch jene Strukturen in denen eine Konzerngesellschaft von mehreren Müttern beherrscht wird

²⁷⁰ Siehe dazu § 1 Abs 4 AIFMG, in dessen Wortlaut ausdrücklich nur Mutter- und Tochtergesellschaften erwähnt sind.

²⁷¹ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABI L 2013/176, 1ff.

²⁷² Der Wortlaut der CRR verweist unter Art 4 Abs 1 Z 15 u 16 auf die Bestimmungen der Richtlinie 83/349/EWG. Da die Richtlinie 83/349/EWG durch die Bilanz-Richtlinie ersetzt wurde, ist der in der CRR Verordnung enthaltene Verweis richtigerweise auf Art 22 u 23 der Bilanz-RL umzudeuten.

²⁷³ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABI L 2013/182, 19ff.

²⁷⁴ BaFin Schreiben vom 11.4.2011, Merkblatt – Hinweise zur Bereichsausnahme des so genannten Konzernprivilegs, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_110816_ausnahme_konzernprivileg.htm (Stand 26.05.2016).

²⁷⁵ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 3 Rz 11.

(Mehrmütterherrschaft).²⁷⁶ Diese Tatsache kann unter Umständen zu unerwünschten aufsichts- und steuerrechtlichen Gestaltungen führen: so könnte in Fällen des Versicherungs-Poolings u.a. versucht werden, durch Gründung eines gemeinschaftlichen Konzernunternehmens das Aufsichtsregime des AIFMG zu umgehen.²⁷⁷

Zum verstärkten Anlegerschutz soll jedenfalls der letzte Teilsatz des § 1 Abs 4 AIFMG beitragen, durch dessen Wortlaut das Konzernprivileg in jenen Fällen nicht anwendbar ist, in denen (einer) der konzerninterne(n) Anleger "*selbst ein AIF*" ist. In solchen Fällen bleibt das AIFMG trotz der konzerninternen Veranlagung anwendbar.

4. Der Begriff des ausländischen Investmentfonds

4.1. Rechtslage vor dem AIFMG

Gemäß § 188 Abs 1 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) waren die besteuerungsrechtlichen Bestimmungen des § 186 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) auch auf ausländische Kapitalanlagefonds anwendbar.²⁷⁸ Im Sinne des § 188 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) galt "*ungeachtet der Rechtsform, jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, das nach dem Gesetz, der Satzung oder der tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist*" als ausländischer Kapitalanlagefonds.

Wie unter Punkt 3.1.2. dargestellt wurde, waren die Erträge eines inländischen Kapitalanlagefonds gemäß § 186 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) ebenso wie die Erträge der ausländischen Kapitalanlagefonds nach dem Transparenzprinzip zu besteuern. Der Unterschied in der Besteuerung von in- und ausländischen Fonds bestand darin, dass sich der Anwendungsbereich des § 186 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) im Vergleich zu § 188 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) auf einen gänzlich anderen Begriff des Kapitalanlagefonds bezog.

Die Besteuerungsbestimmung des § 186 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) kam nur auf jene Investmentvehikel zu Anwendung, welche im Sinne des InvFG 2011 aufgelegt wurden. Entsprach der Organismus nicht den formalrechtlichen Bestimmungen des § 186 iVm § 3 Abs 1 Z 19 InvFG 2011(idF BGBI I 2011/77) so unterlag er nicht dem transparenten

²⁷⁶ Vgl. Boxberger/Röder in Weitnauer/Boxberger/Anders, KAGB § 2 Rz 16.

²⁷⁷ Vgl. Tollmann in Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann, AIFM-RL Art 3 Rz 16.

²⁷⁸ Der Wortlaut des § 188 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) war mit dem Wortlaut des § 42 InvFG 1993 (in der bis zur Novellierung durch das Investmentfondgesetz 2011 geltenden Fassung des BGBI I 2005/9) ident. Das InvFG 2011 knüpfte an den im InvFG 1993 verwendeten Begriff des ausländischen Kapitalanlagefonds an.

Fondsbesteuerungssystem sondern den allgemeinen Regelungen des § 27 EStG.²⁷⁹ Für Besteuerungszwecke knüpfte § 186 InvFG (idF BGBI I 2011/77) an die (rechtsformabhängigen) formellen Voraussetzungen des InvFG an.

Verglichen mit dem Begriff des inländischen Kapitalanlagefonds nach § 186 InvFG enthielt § 188 InvFG (idF BGBI I 2011/77) einen weiten, materiellen Investmentfonds begriff. Für die Qualifikation als ausländischer Kapitalanlagefonds war die Rechtsform des Anlagevehikels nicht maßgeblich, sofern der Organismus ein für Kapitalanlagezwecke verwendetes Vermögen war, welches nach dem Grundsatz der Risikostreuung angelegt wurde.²⁸⁰

Nach Ansicht der Finanzverwaltung galt jedes einem ausländischen Recht unterstehende Vermögen, unabhängig von dessen Rechtsform als ausländischer Kapitalanlagefonds, sofern es nach Gesetz, Satzung oder tatsächlicher Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt war und nicht als Immobilienfonds zu qualifizieren war.²⁸¹ Aufgrund der Rechtsformunabhängigkeit waren von Anwendungsbereich des § 188 (idF BGBI I 2011/77) Anlagevehikel jeglicher rechtlicher Art umfasst, so u.a. Vertragsfonds, Treuhandfonds oder Fonds bei denen das Vermögen im Treuhandeigentum der Verwaltungsgesellschaft stand (Trusttyp).²⁸²

Das erste maßgebliche Kriterium, nämlich der Kapitalanlagezweck war in jenen Fällen erfüllt, in denen die Veranlagung von Investoren geldern dem Hauptzweck des Anlagevehikels entsprach.²⁸³ Konnte der Organismus Einfluss auf die laufende operative Tätigkeit seiner Zielgesellschaften nehmen bzw. übte er unternehmerische Funktionen (Nutzung von Synergieeffekten, Koordination von Unternehmensfunktionen etc) aus, so ging sein Zweck über den Kapitalveranlagungsgedanken hinaus und er war nicht vom Begriff des ausländischen Investmentfonds erfasst. Aus diesem Grund unterlagen u.a. Private-Equity Fonds bis zur Novelle durch das AIFMG nicht den Fondsbesteuerungsbestimmungen.²⁸⁴ Die risikogestreute Veranlagung als zweites Kriterium, war in jenen Fällen erfüllt in denen die Veranlagungsvorschriften der §§ 66f InvFG erfüllt waren.²⁸⁵

²⁷⁹ Vgl. *Marschner*, EuGH in Columbus und Sammelverfahren CFC and Dividend sowie VwGH zu § 10 Abs 2 KStG: Der ungebremste Siegeszug der Anrechnungsmethode, FJ 2008/7-8, 260 (267).

²⁸⁰ Vgl. *Mühlehner* in *Macher et al* (Hrsg.), InvFG § 42 Rz 1.

²⁸¹ Vgl. InvFR Rz 254.

²⁸² Vgl. InvFR Rz 255.

²⁸³ Vgl. *Faberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Konzernsteuerrecht, 338; InvFR Rz 257ff.

²⁸⁴ Vgl. *Petritz*, RdW 2013/8, 501 (502).

²⁸⁵ Vgl. InvFRL Rz 261; *Mühlehner* in *Macher et al* (Hrsg.), InvFG § 42 Rz 6ff; *Geismayr*, Wann liegt ein ausländischer Investmentfonds im Sinne des § 42 Abs 2 Z 1 InvFG 1993 vor?, SWI 1995/5, 219 (222)

Dieser weite, wirtschaftlich geprägte Begriff des ausländischen Kapitalanlagefonds führte dazu, dass die österreichische Finanzverwaltung die Transparenzbesteuerung nach § 188 iVm § 186 InvFG (beides idF BGBI I 2011/77) auch auf ausländische Kapitalgesellschaften anwendete, sofern deren Kapitalanlagezweck erfüllt war und das Vermögen nach dem Grundsatz der Risikostreuung veranlagt wurde.²⁸⁶

In der Literatur wurde die dem Gesetz zu entnehmende und von der Finanzverwaltung praktizierte Differenzierung zwischen in- und ausländischen Investmentfonds aufgrund der Anknüpfung an den formellen bzw. materiellen Investmentfonds begriff heftig kritisiert.²⁸⁷ Inhaltlich bezog sich die Argumentationslinie in der Fachliteratur darauf, dass das eben geschilderte, zwischen in- und ausländischen Kapitalanlagefonds unterscheidende Fondbesteuerungssystem unionsrechtswidrig sei, da es gegen die durch Art. 63 AEUV gewährte Kapitalverkehrsfreiheit verstöße.

Eine solche Verletzung würde sich daraus ergeben, dass die inländische formelle Anknüpfung dazu führe, dass österreichische Kapitalgesellschaften und deren Anteilsinhaber nach den Bestimmungen des KStG und dem darin enthaltenen Trennungsprinzip zu besteuern wären, während die ausländische materielle Anknüpfung darin resultiere, dass das Transparenzprinzip unabhängig von einer Qualifikation nach allgemeinen österreichischen Besteuerungsvorschriften auf ausländische Anlagevehikel anzuwenden wäre.²⁸⁸ Ausländische Kapitalgesellschaften würden somit unter Umständen nach dem Transparenzprinzip besteuert werden, während inländische Kapitalgesellschaften aufgrund der Abschirmwirkung der Rechtsform generell nicht nach § 186 InvFG 2011 besteuert werden könnten.

Von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wurden die in der Literatur geäußerten Bedenken gegen das bis zum Inkrafttreten des AIFMG anzuwendende Besteuerungsregime bestätigt. So erkannte u.a. der VwGH, dass die Besteuerung von ausländischen "schwarzen"²⁸⁹ Kapitalanlagefonds gemäß § 42 InvFG 1993 (als Vorgängernorm zu

²⁸⁶ Vgl. *Escher*, Gemeinschaftsrechtswidrige Qualifikation einer deutschen Kapitalgesellschaft als ausländischer Kapitalanlagefonds im Sinne des österreichischen InvFG, IStR 2011/17, 686 (687).

²⁸⁷ Vgl. *Kirchmayr*, *Kirchmayr/Achatz*, Investmentfondsbesteuerung – offene gemeinschaftsrechtliche Probleme, taxlex 2013/3, 81 (81); *Marschner*, FJ 2008, 260 (267); *Escher*, IStR 2011, 686 (686f.); *Tumpel*, Ist die Durchgriffsbesteuerung bei Kapitalgesellschaften gem § 42 Abs 1 InvFG gemeinschaftswidrig?, SWI 2004/10, 501 (502f).

²⁸⁸ Vgl. *Marschner*, FJ 2008, 260 (267); InvFRL Rz 256.

²⁸⁹ Bei einem "schwarzen" Investmentfonds wird der Nachweis über die ausgeschütteten/ausschüttungsgleichen Erträge (§186 Abs 2 Z 2 InvFG) nicht erbracht – die Rechtsfolge daraus ist, dass der Kapitalanlagefonds gemäß § 186 Abs 3 InvFG pauschal besteuert wird.

§ 188 InvFG 2011) gegen die Freiheit des Kapitalverkehrs verstößt und deshalb unionsrechtswidrig ist.²⁹⁰

In einer neueren Entscheidung der UFS Außenstelle Wien kam der Finanzsenat zum Entschluss dass die Anknüpfung des § 188 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) an den materiell-wirtschaftlichen Fonds begriff im Hinblick auf die Besteuerung von vergleichbaren Kapitalgesellschaften eine unzulässige Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten bzw. zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten, die Mitglieder des EWR sind, darstellt.²⁹¹ In seiner Entscheidung erkannte der UFS, dass die Besteuerung von ausländischen Kapitalanlagefonds nach § 188 InvFG 2011 (idF BGBI I 2011/77) eine Beschränkung von Art. 63 AEUV ist, wobei der Eingriff in den Kapital- und Zahlungsverkehr eine unzulässige Diskriminierung ist, welche nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist vor allem, dass der UFS bezüglich der Besteuerung nach § 188 InvFG (idF BGBI I 2011/77) von einer offenkundigen Unionsrechtswidrigkeit ausgeht, weshalb keine Notwendigkeit gegeben war, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten.

Außerdem erwähnt *Escher*, dass aufgrund der möglichen Unionsrechtswidrigkeit des materiellen Fonds begriffes und der Besteuerungspraxis der österreichischen Finanzverwaltung bei der Europäischen Kommission eine Beschwerde anhängig gewesen sein ist.²⁹²

Trotz der durch Literatur und Rechtsprechung aufgedeckten, in § 188 InvFG (idF BGBI I 2011/77) europarechtlichen Problematik, sah der Gesetzgeber bzw. die Finanzverwaltung lange Zeit keine Notwendigkeit, an der bestehenden Rechtslage bzw. Verwaltungspraxis etwas zu verändern. Erst die Anpassung des InvFG an das AIFMG sollte zu einer Veränderung führen.

4.2. Rechtslage nach dem AIFMG

Mit Inkrafttreten des AIFMG wollte der Gesetzgeber die im InvFG 2011 enthaltenen fondsrechtlichen Besteuerungsbestimmungen an das neue aufsichtsrechtliche Rahmenwerk des AIFMG anpassen. Der Gesetzgeber nahm diesen Anpassungsvorgang zum Anlass, "die Besteuerung ausländischer Kapitalanlagefonds den Vorgaben des Unionsrechts entsprechend

²⁹⁰ Vgl. VwGH 11.12.2003, 99/14/0081.

²⁹¹ Vgl. UFS 21.10.2013, RV/1703-W/07, 10.

²⁹² Vgl. *Escher*, IStR 2011, 686 (687).

neu zu regeln".²⁹³ Anstelle des bislang verwendeten wirtschaftlich-materiellen Fonds begriffes sollte § 188 InvFG (idF nach dem AIFMG) eine formale Anknüpfung enthalten.

Seit dem Inkrafttreten des AIFMG sind gemäß § 188 Abs 1 InvFG "die Bestimmungen des § 186 auch auf ausländische Kapitalanlagefonds anzuwenden [sind]. Als solche gelten:

1. OGAW, deren Herkunftsmitgliedstaat nicht Österreich ist;
2. AIF im Sinne des AIFMG, deren Herkunftsmitgliedstaat nicht Österreich ist, ausgenommen AIF in Immobilien im Sinne des AIFMG;
3. jeder einem ausländischen Recht unterstehende Organismus, unabhängig von seiner Rechtsform, dessen Vermögen nach dem Gesetz, der Satzung oder tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist, wenn er nicht unter Z 1 oder 2 fällt und eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt:
 - a. Der Organismus unterliegt im Ausland tatsächlich direkt oder indirekt keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer.
 - b. Die Gewinne des Organismus unterliegen im Ausland einer der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer, deren anzuwendender Steuersatz um mehr als 10 Prozentpunkte niedriger als die österreichische Körperschaftsteuer gemäß § 22 Abs 1 KStG ist.
 - c. Der Organismus ist im Ausland Gegenstand einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Befreiung."²⁹⁴

Der durch das AIFMG novellierte Wortlaut des § 188 Abs 1 InvFG (idF BGBI I 2013/135) blieb bis dato beinahe unverändert, einzig § 188 Abs 1 Z 2 InvFG (idF BGBI I 2013/135) wurde vom Gesetzgeber dahingehend verändert, dass nach derzeit geltender Rechtslage Kapitalanlagefonds, "AIF im Sinne des AIFMG, deren Herkunftsstaat nicht Österreich ist, ausgenommen AIF in Immobilien im Sinne des AIFMG", als ausländische Kapitalanlagefonds gelten.²⁹⁵

Der bislang ausschließlich wirtschaftlich-materiell geprägte Begriff des ausländischen Kapitalanlagefonds wurde um die formalrechtlichen Anknüpfungen des § 188 Abs 1 Z 1 u Z 2 InvFG (idF BGBI I 2013/135) ergänzt.²⁹⁶ Durch diese formelle Anknüpfung wollte der

²⁹³ Vgl. ErläutRV 2401 BlgNr 24. GP 26f.

²⁹⁴ Siehe dazu § 188 Abs 1 InvFG idF BGBI I 2013/135.

²⁹⁵ Siehe dazu die derzeit geltende Fassung des § 188 InvFG idF BGBI I 2014/74.

²⁹⁶ Vgl. Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (537).

Gesetzgeber sicherstellen, dass die reformierte Fondsbesteuerung die europarechtlichen Vorgaben erfüllt.

Vor Novellierung durch das AIFMG mussten ausländische Investmentfonds die Kriterien der Kapitalveranlagung und Risikodiversifizierung erfüllen, um dem Besteuerungsregime der §§ 186 iVm 188 InvFG zu unterliegen. Nach Einführung des AIFMG knüpft nur mehr § 188 Abs 1 Z 3 an diese Kriterien an. Im Ergebnis führt dies dazu, dass seit dem AIFMG vermehrt auch ausländische Private-Equity bzw. Venture Capital Fonds²⁹⁷ der österreichischen Fondsbesteuerung unterliegen, sofern sie als AIF im Sinne des AIFMG gelten.²⁹⁸

Nach Vorstellung des Gesetzgebers hat die Qualifikation einer Vermögensstruktur als ausländischer Kapitalanlagefonds in einer schrittweisen Überprüfung der Kriterien des § 188 Abs 1 InvFG zu erfolgen.²⁹⁹ Liegt kein ausländischer OGAW (§ 188 Abs 1 Z 1 InvFG) bzw. AIF (§ 188 Abs 1 Z 2 InvFG) vor, so soll die wirtschaftliche Anknüpfungsweise des § 188 Abs 1 Z 3 InvFG zur Anwendung gelangen.³⁰⁰

Gemäß § 188 Abs 1 Z 3 InvFG sind Anlagevehikel dann transparent zu besteuern, wenn sie neben den Kriterien der Kapitalveranlagung und Risikostreuung eines der in § 188 Abs 1 Z 3 lit a bis lit c InvFG angeführten Niedrigbesteuerungskriterien erfüllen.³⁰¹ Die Niedrigbesteuerungskriterien orientieren sich an der beim Methodenwechsel anwendbaren Bestimmung des § 10 Abs 1 Z 1 bis Z 3 KStG und sollen nach Ansicht des Gesetzgebers dazu beitragen, dass Steuergestaltungsmodelle in Niedrigsteuerländern verhindert werden.³⁰²

Das Vorhandensein der Niedrigbesteuerungskriterien ist jedoch nur in jenen Fällen zu prüfen, in denen dem ausländischen Anlagevehikel nach dem Rechts seines Ansässigkeitsstaates Steuerrechtssubjektivität zukommt.³⁰³ Wird die ausländische Vermögensstruktur im Ansässigkeitsstaat transparent eingestuft, so entfällt die Prüfung der Niedrigbesteuerungskriterien und das Vehikel gilt als ausländischer Kapitalanlagefonds im Sinne des § 188 Abs 1 InvFG, sofern es Vermögen nach dem Grundsatz der Risikostreuung veranlagt.³⁰⁴

²⁹⁷ Vor Novellierung durch das AIFMG waren diese Gesellschaften in der Regel nicht vom Begriff des 'ausländischen Kapitalanlagefonds' umfasst, da ihre Tätigkeit nicht über die bloße Kapitalveranlagung hinausging.

²⁹⁸ Vgl. *Leitgeb/Strimitzer*, RdW 2013, 522 (526).

²⁹⁹ Vgl. ErläutRV 2401 BlgNr 24. GP 27.

³⁰⁰ Vgl. *Faberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Konzernsteuerrecht, 338.

³⁰¹ Vgl. *Blum/Pinetz*, Besteuerung ausländischer Investmentfonds im AIFMG, RdW 2014/8, 490 (491).

³⁰² Vgl. ErläutRV 2401 BlgNr 24. GP 27.

³⁰³ Vgl. *Petritz-Klar*, RdW, 501 (503).

³⁰⁴ Vgl. . ErläutRV 2401 BlgNr 24. GP 27.

Da gemäß § 186 InvFG inländische OGAW bzw. inländische AIF transparent zu besteuern sind, konnte der Gesetzgeber durch die formellen Anknüpfung des § 188 Abs 1 Z 1 und Z 2 InvFG sicherstellen, dass in- und ausländische OGAW und AIF nach denselben Prinzipien besteuert werden. Bei der Besteuerung von in- und ausländischen OGAW bzw. AIF kommt es somit zu keiner unionsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung.³⁰⁵

Gilt eine inländische Anlagestruktur nicht als Kapitalanlagefonds oder AIF so kann das Vehikel nicht nach § 186 InvFG besteuert werden. Im Vergleich dazu, ist es auch nach Anpassung des InvFG an das AIFMG möglich, dass ausländische Investmentvermögen, welche nicht als OGAW oder AIF gelten, trotzdem gemäß § 188 Abs 1 Z 3 iVm § 186 Abs 1 InvFG der transparenten Fondsbesteuerung unterliegen. In diesen Fällen kommt es nicht nur zu einer Durchbrechung der Abschirmwirkung, sondern es ist auch damit zu rechnen, dass die wenigsten, der von § 188 Abs 1 Z 3 InvFG betroffenen Gesellschaften, ihre Meldeverpflichtungen nach § 186 Abs 2 Z 2 InvFG erfüllen werden, weshalb die in vielen Fällen ungünstige Pauschalbesteuerung nach § 186 Abs 3 InvFG anzuwenden wäre.³⁰⁶

Nachdem § 188 Abs 1 Z 3 InvFG auch nach der Anpassung an das AIFMG einen materiellen besteuerungsrechtlichen Anknüpfungspunkt enthält, welcher nur auf ausländische Anlagevehikel anwendbar ist, gilt es dessen Unionsrechtskonformität zu beurteilen.

4.3. Unionsrechtskonformität des § 188 InvFG

4.3.1. Diskriminierung durch § 188 Abs 1 Z 1 u. Z 2 InvFG?

Vom Anwendungsbereich des § 188 Abs 1 Z 1 und Z 2 InvFG sind seit der Novellierung im Jahre 2014³⁰⁷ OGAW (deren Herkunftsmitgliedstaat nicht Österreich ist) bzw. AIF (deren Herkunftsstaat nicht Österreich ist), erfasst. § 188 Abs 1 Z 1 InvFG umfasst somit sämtliche EU-OGAW deren Herkunftsmitgliedstaat nicht Österreich ist, während § 188 Abs 1 Z 2 InvFG auf alle EU-AIF und Nicht-EU-AIF anzuwenden ist.³⁰⁸

Die von § 188 Abs 1 Z 1 und Z 2 InvFG erfassten ausländischen Anlagevehikeln entsprechen jenen inländischen Anlagevehikeln die in § 186 Abs 1 Z 1 und Z 2 InvFG genannt werden. Die Abstimmung der beiden Untergruppen führt dazu, dass die von § 186 Abs 1 Z und Z 2 InvFG erfassten inländischen Investmentfonds gleich besteuert werden wie ausländische Investmentfonds im Sinne des § 188 Abs 1 Z 1 und Z 2 InvFG . In diesen Anwendungsfällen

³⁰⁵ Gemäß § 188 Abs 1 Z 1 und Z 2 treten für ausländische OGAW und AIF dieselben Besteuerungsfolgen (§ 186 Abs 2 InvFG) ein wie für inländische OGAW und AIF iSd § 186 Abs 1 Z 1 und Z 2.

³⁰⁶ Vgl. *Leitgeb/Strimitzer*, RdW 2013, 522 (526).

³⁰⁷ Zur Novellierung von § 188 InvFG siehe Seite 63.

³⁰⁸ Vgl. ErlRV 176 BlgNR 25. GP 7.

ist eine Unionsrechtswidrigkeit aufgrund der fehlenden Diskriminierung der ausländischen Gebilde ausgeschlossen.³⁰⁹

4.3.2. Diskriminierung durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG?

Da § 188 Abs 1 Z 1 und Z 2 InvFG nicht diskriminierend ist, gilt es zu prüfen ob möglicherweise § 188 Abs 1 Z 3 InvFG gegen Unionsrecht verstößt. Zur Beurteilung von § 188 Abs 1 Z 3 InvFG ist dessen Anwendungsbereich in 2 Untergruppen zu trennen:

Einerseits umfasst § 188 Abs 1 Z 3 InvFG jene Anlagevehikel, die nicht als OGAW und AIF qualifiziert werden können, aber in einem anderen EU-Mitgliedstaat zugelassen oder registriert sind bzw. ihren Sitz oder ihre Hauptverwaltung in einem EU-Mitgliedstaat haben (EU-Bezug).³¹⁰

Andererseits bezieht sich der Anwendungsbereich des § 188 Abs 1 Z 3 InvFG auf sämtliche Anlagestrukturen aus Drittstaaten, welche nicht unter § 188 Abs 1 Z 1 und Z 3 subsumiert werden können (Drittstaatsbezug).

In beiden Untergruppen ist es möglich, dass ausländische Vehikel, welche mit inländischen Strukturen vergleichbar sind, aufgrund der Anwendbarkeit von § 188 Abs 1 Z 3 InvFG als ausländischen Kapitalanlagefonds besteuert werden. Dies hat zur Folge, dass der ausländische Kapitalanlagefonds anders besteuert wird, als z.B. die mit ihm vergleichbare inländische Kapitalgesellschaft. Diese durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG ausgelöste Diskriminierung von ausländischen Anlagestrukturen bedürfte einer Rechtfertigung und müsste dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen, um nicht gegen Unionsrecht zu verstößen.³¹¹

4.3.3. § 188 Abs 1 Z 3 InvFG in Bezug zu EU-Mitgliedstaaten

4.3.3.1. Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit

Gemäß Art. 63 AEUV sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und Drittländern verboten. Eine solche Beschränkung des Kapitalverkehrs liegt u.a. in jenen Fällen vor, in denen nationale Rechtsvorschriften bezüglich der Kapitaleinfuhr aus dem Ausland bzw. der Kapitalausfuhr in das Ausland Bestimmungen enthalten, die im Vergleich zu innerstaatlichem Recht

³⁰⁹ Vgl. Blum/Pinetz, RdW 2014, 490 (491); Petritz-Klar, SWI 2013, 535 (537).

³¹⁰ Zur Definition des Herkunftsmitgliedstaates siehe § 2 Abs 1 Z 15 AIFMG.

³¹¹ Vgl. Blum/Pinetz, Aktuelle Änderungen in der Investmentfondsbesteuerung, RdW 2014/9, 558 (559).

benachteiligende Maßnahmen enthalten, und dadurch geeignet sind, Steuerpflichtige davon abzuhalten ihr Kapital im Ausland anzulegen.³¹²

Wendet man § 188 Abs 1 Z 3 InvFG auf ausländische Kapitalgesellschaften an, so können Fälle auftreten, in denen die Gewinne der ausländischen Gesellschaft direkt beim Anteilsinhaber zu versteuern sind, während die Gewinne von vergleichbaren österreichischen Kapitalgesellschaften nach der Körperschaftsbesteuerung auf Ebene der Gesellschaft thesauriert werden können. Diese Benachteiligung ist geeignet, Steuerpflichtige davon abzuhalten, ihr Kapital im Ausland anzulegen und fällt daher in den Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit.³¹³

Da vom Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit u.a. auch Direktinvestitionen erfasst sind, können Sachverhalte, in denen Verstöße gegen die Kapitalverkehrsfreiheit festgestellt werden, unter Umständen auch der in Art. 49 ff. AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit widersprechen. Nach Ansicht des EuGH ist in Fällen, in denen sowohl eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrs- als auch der Niederlassungsfreiheit möglich ist, auf den Regelungsgegenstand der zu beurteilenden nationale Norm abzustellen.³¹⁴

Nach stRsp des EuGH ist ein Sachverhalt dann auf eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen, wenn die zu beurteilende nationale Rechtsnorm nur auf Geldanlagezwecke und nicht auf ein bestimmtes Beteiligungsausmaß Bezug nimmt.³¹⁵

Der Wortlaut von § 188 Abs 1 Z 3 InvFG gibt zu erkennen, dass die Besteuerung von ausländischen Investmentfonds in keinem Zusammenhang zur Beteiligungshöhe des Investors steht, weshalb § 188 Abs 1 Z 3 InvFG ausschließlich auf eine Verletzung von Art. 63 AEUV zu prüfen ist.

4.3.3.2. Sachverhaltsvergleichbarkeit

Ungleichbehandlungen verstößen nicht in sämtlichen Fällen gegen die Grundfreiheiten. Betrifft die unterschiedliche Behandlung verschiedene, objektiv nicht miteinander vergleichbare Sachverhalte, so kann die Diskriminierung nach stRsp des EuGH mit der Kapitalverkehrsfreiheit in Einklang stehen.³¹⁶ Nach Ansicht des EuGH ist insbesondere in

³¹² Vgl. UFS 21.10.2013, RV/1703-W/07, u.a. mit Verweis auf EuGH Rechtsprechung: u.a. EuGH 16.3.1999, C 222/97; EuGH 4.6.2002, C-367/98.

³¹³ Vgl. Blum/Pinetz, RdW 2014, 490 (492).

³¹⁴ Vgl. EuGH 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rz 90.

³¹⁵ Vgl. EuGH 17.9.2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*, Rz 49; EuGH C-35/11, Rz 92.

³¹⁶ Vgl. Blum/Pinetz, Besteuerung ausländischer Investmentfonds (§ 42 InvFG 1993) im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, 303 (304).

jenen Fällen von objektiv-vergleichbaren Sachverhalten auszugehen, in denen eine gebietsansässige Gesellschaft gegenüber einer in einem Drittstaat ansässigen Gesellschaft steuerlich besser gestellt wird.³¹⁷ Daher kann bei der Beurteilung von § 188 Abs 1 Z 3 InvFG davon ausgegangen werden, dass das Investment eines Anlegers in eine ausländische Kapitalgesellschaft, welche das Kapital nach dem Grundsatz der Risikostreuung investiert, mit der Veranlagung in einer inländischen Kapitalgesellschaft, welche ebenfalls nach denselben Prinzipien tätig wird, objektiv vergleichbar ist.³¹⁸ Eine durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG ausgelöste Ungleichbehandlung der Anleger, kann somit nicht durch das Bestehen von unterschiedlichen Sachverhalten gerechtfertigt werden.

4.3.3.3. Rechtfertigungsgründe

Obwohl die Bestimmung des § 188 Abs 1 Z 3 InvFG bei objektiv miteinander vergleichbaren Sachverhalten zu Ungleichbehandlungen führt, kann sie in Einklang mit dem Unionsrecht stehen, sofern die unterschiedliche Behandlung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.

Durch Literatur und Rechtsprechung wurde diesbezüglich festgestellt, dass die Rechtfertigungsgründe der (i) Aufteilung der Steuerbefugnisse zwischen den Mitgliedstaaten und (ii) die Kohärenz des Steuersystems, eine Diskriminierung durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG nicht rechtfertigen können.³¹⁹

Wie bereits unter Punkt 4.3.1. (S. 64) dargestellt wurde, kann den Gesetzesmaterialien zum AIFMG entnommen werden kann, dass der Gesetzgeber durch die in § 188 Abs 1 Z 3 lit a bis lit c InvFG (idF nach dem AIFMG) enthaltenen Niedrigbesteuerungskriterien u.a. Steuergestaltungsmodelle in Niedrigsteuerländern verhindern möchte. Durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG verursachte Ungleichbehandlungen könnten somit dadurch gerechtfertigt werden, dass sie zur Verhinderung von missbräuchlichen Steuergestaltungsmodellen beitragen sollen.³²⁰

In stRsp vertritt der EuGH die Ansicht, dass Vorteile, die aus einer relativ geringeren steuerlichen Belastung einer Tochtergesellschaft in einem Mitgliedstaat resultieren, einen anderen Mitgliedstaat nicht dazu berechtigen, diese Vorteile durch eine benachteiligende steuerliche Behandlung auszugleichen.³²¹ Im Sinne der EuGH-Rechtsprechung kann das

³¹⁷ Vgl. EuGH 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*, Rz 30-32.

³¹⁸ Vgl. *Blum/Pinetz*, RdW 2014, 490 (492).

³¹⁹ Vgl. *Blum/Pinetz*, RdW 2014, 490 (493); *Blum/Pinetz*, RdW 2014, 303 (304); UFS 21.10.2013, RV/1703-W/07.

³²⁰ Vgl. EuGH 16.7.1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries*, Rz 28ff, in dieser Entscheidung hat der Gerichtshof das Verhindern von Steuerumgehungen als zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt.

³²¹ Vgl. EuGH 12.9.2006, C-196/05, *Cadbury Schweppes*, Rz 49.

Vorhandensein eines Niedrigbesteuerungskriteriums die pauschale Ungleichbehandlung durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG nicht rechtfertigen.³²² Daran vermag auch der vom Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien getätigte Verweis auf § 10 Abs 5 KStG nichts zu ändern. Zwar hat der EuGH die Niedrigbesteuerungskriterien des § 10 Abs 5 KStG als unionsrechtskonform beurteilt, jedoch sind die durch § 10 Abs 5 KStG ausgelösten Rechtsfolgen (Anrechnungs- bzw. Befreiungsmethode) unterschiedlich zu den durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG entstehenden, benachteiligenden Rechtsfolgen.³²³ Dass § 10 Abs 5 KStG nach Ansicht des EuGH im Einklang mit dem Unionsrecht steht, hat somit keine Auswirkungen auf die unionsrechtliche Beurteilung von § 188 Abs 1 Z 3 InvFG.

Der *Cadbury Schweppes* Entscheidung kann außerdem entnommen werden, dass diskriminierende Bestimmungen von Mitgliedsstaaten nur dann mit dem Missbrauchsargument gerechtfertigt werden können, wenn die betroffene Gestaltung eine rein künstliche Konstruktion darstellt und die betreffende Bestimmung bestimmte Fallgruppen nicht generell unter Missbrauchsverdacht stellt, sondern speziell gegen derartige Gestaltungen gerichtet ist.³²⁴ Ein künstliches Konstrukt liegt insbesondere in jenen Fällen vor, in denen eine Gestaltung zum Zweck der Steuervermeidung errichtet wird.³²⁵

Aufgrund des *Künstlichkeitserfordernis* kann die in § 188 Abs 1 Z 3 InvFG enthaltene Ungleichbehandlung nicht mit dem Missbrauchsargument gerechtfertigt werden. Könnte man das Missbrauchsargument zur Rechtfertigung heranziehen, so würde man sämtlichen ausländischen Anlagevehikeln, welche den Niedrigbesteuerungstest nicht bestehen, unterstellen, dass diese Strukturen zur Steuerumgehung in Österreich beizutragen.³²⁶

Eine solche Ansicht würde weder mit der bestehenden EuGH-Judikatur übereinstimmen, noch würde sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes müssen nationale Missbrauchsvorschriften gegen spezielle künstliche Gestaltungen gerichtet sein müssen, und nicht generell eine Gruppe von Sachverhalten unter Missbrauchsverständ stellen dürfen.³²⁷ Da sich § 188 Abs 1 Z 3 InvFG nicht auf spezielle missbräuchliche bzw. künstliche Gestaltungen bezieht, sondern gemeinhin

³²² Vgl. Blum/Pinetz, RdW 2014, 490 (492).

³²³ Vgl. EuGH 10.2.2011, C-436/08 u. C 437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG*, Rz 97f; Blum/Pinetz, RdW 2014, 490 (493); Kofler, Die Beteiligungsertragsbefreiung nach Haribo und Salinen, GeS 2011/4, 175 (179).

³²⁴ Vgl. Stiglitz in Frabberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg.), Handbuch Konzernsteuerrecht, 519 mit Verweis auf EuGH 12.9.2006, C-196/05, *Cadbury Schweppes*.

³²⁵ Vgl. EuGH 12.9.2006, C-196/05, *Cadbury Schweppes*, Rz 55.

³²⁶ Vgl. Blum/Pinetz, RdW 2014, 490 (493).

³²⁷ Vgl. Stiglitz in Frabberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg.), Handbuch Konzernsteuerrecht, 519 mit Verweis auf EuGH 26.9.2000, C-478/98, *Kommission gegen Belgien*, Rz 45.

alle ausländischen Investmentvermögen betrifft, die eines der Niedrigbesteuerungskriterien erfüllen, ist die Verhältnismäßigkeit zwischen dem Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit und dem nationalen Missbrauchsverhinderungsbedürfnis nicht gewahrt.

Kommt § 188 Abs 1 Z 3 InvFG in Bezug zu EU-Staaten zur Anwendung, so ist auch nach Anpassung des § 188 InvFG weiterhin zweifelhaft, ob die Besteuerung von ausländischen Kapitalanlagefonds den Erfordernissen des Unionsrechts gerecht wird. Aufgrund der eben dargestellten Analyse bleibt auch nach dem Inkrafttreten des AIFMG abzuwarten, ob – und in welchen Umfang § 188 InvFG mit dem Unionsrecht in Einklang gebracht werden kann.

Zur Behebung der weiterhin bestehenden Unionswidrigkeit könnte der Gesetzgeber § 188 InvFG dahingehend novellieren, dass den betroffenen Anlagevehikeln die Möglichkeit eingeräumt wird, im Rahmen eines Freibeweises darzulegen, dass das Anlagevehikel wirtschaftlich tätig ist und nicht für Zwecke der Steuervermeidung geschaffen wurde. Kommt das Anlagevehikel dieser Möglichkeit nach, so hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Annahme von Missbrauchstatbeständen besser zu rechtfertigen.

4.3.4. § 188 Abs 1 Z 3 InvFG in Bezug zu EU-Mitgliedstaaten

Gemäß Art 63 AEUV ist die Kapitalverkehrsfreiheit als einzige unionsrechtliche Grundfreiheit auch zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten zu wahren, wobei der unionsrechtliche Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsprüfungsmaßstab in Bezug zu Drittstaaten weniger streng ist, als bei EU-Mitgliedstaaten.³²⁸

Im Sinne der stRsp des EuGH ist die in § 188 Abs 1 Z 3 InvFG enthaltene Ungleichbehandlung in jenen Fällen gerechtfertigt, in denen mit dem Drittstaat keine Amtshilfeabkommen besteht.³²⁹ Besteht mit einem Drittstaat ein DBA-rechtliches Amtshilfeabkommen, dessen Inhalt mit der Amtshilf-RL vergleichbar ist, so ist eine Diskriminierung durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG nicht mehr gerechtfertigt.³³⁰

In den Rechtssachen *Manninen* bzw. *Centro di Musicologia* hat der EuGH außerdem festgehalten, dass die Verringerung von Steuereinnahmen nicht als zwingender Grund des Allgemeininteresses betrachtet werden kann, welcher eine gesetzliche Maßnahme, die gegen eine Grundfreiheit verstößt, rechtfertigen kann.³³¹ Der in § 188 Abs 1 Z 3 InvFG

³²⁸ Vgl. *Blum/Pinetz*, RdW 2014, 303 (306).

³²⁹ Vgl. EuGH 18.7.2007, C-101/05, *Skatteverket*, Rz. 64; EuGH 17.10.2013, C-181/12, *Yvon Welte*, Rz 63.

³³⁰ Vgl. *Blum/Pinetz*, RdW 2014, 490 (494).

³³¹ Vgl. EuGH 7.9.2014, C-319/02, *Petri Manninen*, Rz 49; EuGH 14.9.2006, C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Rz 59.

aufgenommene Niedrigbesteuerungstest kann im Lichte dieser Rechtsprechung so verstanden werden, dass Österreich versucht, die im Ausland eingetretene Niedrigbesteuerung und deren negative steuerliche Effekte durch eine diskriminierende österreichische Besteuerung zu bekämpfen. Nach zutreffender Ansicht des EuGH kann eine solche diskriminierende Regelung nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden, weshalb anzunehmen ist, dass § 188 InvFG aufgrund der fehlenden Rechtfertigung zur Bestimmung des § 188 Abs 1 Z 3 InvFG weiterhin unionsrechtswidrig ist.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass in jenen Fällen, in denen § 188 Abs 1 Z 3 InvFG auf einen Sachverhalt mit Drittstaatsbezug anzuwenden ist, die Ungleichbehandlung von ausländischen Kapitalanlagefonds gerechtfertigt werden kann, wenn mit dem betroffenen Drittstaat kein Amtshilfe abkommen besteht. Besteht mit dem betroffenen Drittstaat, ein den Vorgaben der Amtshilfe-Richtlinie entsprechendes Abkommen über den Informationsaustausch von Steuerdaten, so kann der durch § 188 Abs 1 Z 3 InvFG verursachte Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit mE nicht gerechtfertigt werden.

5. Conclusio

Strukturen der kollektiven Vermögensanlage sind häufig mit neuen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen konfrontiert. Das Inkrafttreten des AIFMG hatte jedoch nicht nur weitreichende aufsichtsrechtliche Folgen sondern veränderte darüberhinaus auch das bislang bestehende österreichische Fondsbesteuerungsregime.

Der vor der Anpassung an das AIFMG verwendete formelle Fondsbummel wurde durch einen formell-aufsichtsrechtlichen Fondsbummel ersetzt, sodass § 186 InvFG sowohl an die formellen Voraussetzungen der OGAW-RL als auch an den materiellen AIF-Begriff des AIFMG anknüpft. Erfüllt ein Anlagevehikel sämtliche Voraussetzungen eines AIF iSd AIFMG so kann das Vehikel gemäß § 186 InvFG als inländischer Kapitalanlagefonds oder nach § 188 InvFG als ausländischer Kapitalanlagefonds transparent besteuert werden.

Die Ergebnisse der systematischen Aufarbeitung und Darstellung der in § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG genannten Kriterien eines Alternativen Investmentfonds zeigen, dass Anlagevehikel eine Vielzahl von Kriterien erfüllen müssen um als Alternativer Investmentfonds zu gelten. Aufgrund der materiellen Begriffsdefinition des AIFMG sind AIF nicht auf bestimmte Rechtsformen beschränkt – dies für dazu, dass eine Vielzahl an teils sehr unterschiedlichen Vehikeln hinsichtlich ihrer AIF-Konformität beurteilt werden müssen.

Zwar ist nicht abschließend geklärt, welche Anlagestrukturen als AIF zu qualifizieren sind, aber die in dieser Arbeit dargestellten Abgrenzungskriterien tragen zur richtigen Beurteilung eines Vehikels bei. Das Ergebnis dieser Arbeit zeigt u.a., dass Fremdfinanzierungsformen in der Regel nicht als AIF qualifiziert werden können, da die Investoren üblicherweise nicht an der laufenden Gewinn- und Verlustentwicklung beteiligt sind.

Die Analyse der AIF-Kriterien zeigt außerdem, dass entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut von § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG keine tatsächliche Mindestanzahl an Anlegern in das Vehikel investiert sein muss, um als AIF iSd AIFMG zu gelten. Vielmehr ist es ausreichend wenn gemäß den Fondsbestimmungen die rechtliche Möglichkeit besteht, dass eine Mehrzahl an Anlegern in das Vehikel investiert ist. Das Resultat daraus ist, dass Treuhandfonds-, Master-Feeder- sowie Dachfonds-Strukturen die Kriterien eines AIF erfüllen können.

Bei der Beurteilung einer Vermögensstruktur sind schlussendlich nicht nur die in § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG genannten Merkmale zu überprüfen, sondern auch die im AIFMG enthaltenen Ausnahmebestimmungen zu beachten.

Durch systematisch-teleologische Interpretation des Befreiungsbestimmungen zeigt sich u.a., dass die grundsätzlich nur den AIF-Manager betreffende Befreiungsbestimmung des § 1 Abs 4 AIFMG gerechterweise auch bei der Beurteilung eines AIF anzuwenden ist. Aus diesem Grund gelten konzerninterne Veranlagungstätigkeiten in der Regel nicht als AIF. In Zusammenhang zu solch konzerninternen Veranlagungstätigkeiten könnte über eine Art *De-Minimis-Regelung* nachgedacht werden, um Anlegerinteressen verstärkt zu schützen.

Die genaue Beleuchtung der Holdingbefreiung zeigt, welche Kriterien erfüllt sein müssen um als AIF-Holding nicht unter den Anwendungsbereich des AIFMG zu fallen.

Hinsichtlich der österreichischen Besteuerung von ausländischen Kapitalanlagefonds wurde schon vor dem Inkrafttreten des AIFMG durch Rechtsprechung und Literatur die Meinung vertreten, dass § 188 InvFG unionsrechtswidrig sei.

Das Ergebnis der kritischen Auseinandersetzung mit dieser unionsrechtlichen Problematik zeigt, dass es dem Gesetzgeber mit der Novellierung von § 188 InvFG nicht gänzlich gelungen ist, sämtliche unionsrechtliche Bedenken zu beseitigen. Es ist zwar begrüßenswert, dass die bei der Besteuerung verwendete Definition des ausländischen Investmentfonds an die Begriffe des OGAW und AIF anknüpft. Die europarechtliche Betrachtung des novellierten § 188 InvFG zeigt jedoch, dass der weiterhin in § 188 Abs 1 Z 3 InvFG verwendete

wirtschaftliche Begriff des ausländischen Investmentfonds aus unionsrechtlicher Sicht nicht durch den in § 188 Abs 1 Z 3 InvFG aufgenommenen Niedrigbesteuerungstatbestand gerechtfertigt werden kann.

Aus diesem Grund ist bei Besteuerungsrechtlichen Sachverhalten mit Bezug zu EU-Mitgliedstaaten bzw. mit Bezug zu Drittstaaten mit denen ein umfassendes Amtshilfeabkommen besteht, weiterhin davon auszugehen, dass § 188 InvFG gegen Unionsrecht verstößt.

6. Abkürzungsverzeichnis

AbI	= Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	= Absatz
AEUV	= Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union AbI C 2008/115, 47
AIF	= Alternativer Investmentfonds
AIFMD	= Richtlinie 2011/61/EU
AIFMG	= Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz BGBI 2013/135
AIFM-UmsG	= deutsches Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (BGBI I S 1981)
AIFM-RL	= Richtlinie 2011/61/EU
Art	= Artikel
BaFin	= deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	= "Betriebs-Berater"
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BWG	= Bankwesengesetz BGBI I 1993/532
bzw	= beziehungsweise
DStR	= "Deutsches Steuerrecht"
DStZ	= "Deutsche Steuer-Zeitung"
ECB	= European Central Bank
EG	= Europäische Gemeinschaft(en)
EU	= Europäische Union
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
Erl RV	= Erläuternde Bemerkungen (zur Regierungsvorlage)
EStG	= Einkommensteuergesetz 1988 BGBI 1988/400
ESMA	= Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
EWR	= Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	= Europäische Zentralbank

ff	= und die (der) folgenden
FJ	= Finanz Journal
FMA	= Finanzmarktaufsicht
FR	= "Finanz-Rundschau Ertragsteuerrecht"
 GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	= Gesetzgebungsperiode
 idF	= in der Fassung
idR	= in der Regel
ImmoInvFG	= Immobilien-Investmentfondsgesetz BGBI I 2003/80
InvFG 1991	= Investmentfondsgesetz 1993 BGBI I 1993/818
InvFG 2011	= Investmentfondsgesetz 2011 BGBI I 2001/77
InvFR	= Investmentfondsrichtlinien 2008 (Erl des BMF vom 17.10.08)
InvStG	= deutsches Investmentsteuergesetz (BGBL I S 2676, 2724)
InvStRefG	= deutsches Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung (BGBI I S 1730)
 KAGB	= deutsches Kapitalanlagegesetzbuch (BGBI I S 1981)
KStG	= Körperschaftsteuergesetz 1988 BGBI 1988/401
 lit	= litera, -ae (Buchstabe[n])
 mE	= meines Erachtens
ME	= Ministerialentwurf
Mio	= Million(en)
MiFID	= Richtlinie 2004/39/EG
Mrd	= Milliarde(n)
 OGA	= Organismus für gemeinsame Anlagen
OGAW	= Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
ÖIG	= Österreichische Investment Gesellschaft m.b.H.
ÖBA	= "Österreichisches BankArchiv"

RdF	= "Recht der Finanzinstrumente"
RdW	= "Österreichisches Recht der Wirtschaft"
RL	= Richtlinie
RV	= Regierungsvorlage
SPV	= Special Purpose Vehicle
SWK	= "Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei"
SWI	= Steuer & Wirtschafts International
ua	= unter anderem
UCITS	= Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities
UFS	= Unabhängiger Finanzsenat
UGB	= Unternehmensgesetzbuch BGBL dRGBL 1897/219
vgl	= vergleiche
VÖIG	= Vereinigung Österreichischer Investmentgesellschaften
WAG	= Wertpapieraufsichtsgesetz 2007 BGBL 2007/60
WiFo	= Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung
WM	= Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht
zB	= zum Beispiel
ZFR	= "Zeitschrift für Finanzmarktrecht"

7. Literaturverzeichnis

Monographien:

- *Adametz (Hrsg)*, Investmentfonds - DER Praktikerleitfaden (2004)
- *Bauer*, Die europäische Fondsindustrie im Wandel, in FS Dorten (2006)
- *Baur/Tappen*, Investmentgesetze (2015)
- *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG⁴ (2012)
- *Berger/Steck/Lübbehusen*, InvFG – InvStG (2010)
- *Brandl/Saria*, WAG (2007)
- *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹¹ (2013)
- *Dornseifer/Jesch/Klebeck/Tollmann*, AIFM-RL (2013)
- *Engel-Kazemi et al (Hrsg)*, Investmentfonds – Aufsicht und Besteuerung (2015)
- *Flor/Kammel/Zibuschka*, InvFG 2011 und AIFMG – Materialienband (2011)
- *Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer*, Handbuch Konzernsteuerrecht² (2014)
- *Heidinger/Paul/Schmidt/Spranz/Urtz/Wachter*, Kommentar zum Immobilien-Investmentfondsgesetz (2004)
- *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² (2015)
- *Käufer*, Übertragung finanzieller Vermögenswerte nach HGB und IAS 39 (2009)
- *Kirchmayr/Mayr/Schlager*, Besteuerung von Kapitalvermögen (2011)
- *Leser*, Veranlagungskriterien für Investmentfonds (2008)
- *Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz*, Kommentar zum Investmentfondsgesetz² (2013)
- *Macher et al (Hrsg)*, Kommentar zum Investmentfondsgesetz (2008)
- *Mörtl/Bilzer* Regulierung von Investmentfonds, in FS Dorten (2006)
- *Url*, Die volkswirtschaftliche Rolle von Investmentfonds und die Ertragschancen langfristiger Aktienveranlagungen (2009)
- *Weitnauer/Boxberger/Anders*, KAGB (2014)
- *Werner*, Mezzanine-Kapital: Mit Mezzanine-Finanzierung die Eigenkapitalquote erhöhen (2007)
- *Zetzsche*, Prinzipien der kollektiven Vermögensanlage (2015)

Zeitschriften:

- *Blum/Pinetz*, Aktuelle Änderungen in der Investmentfondsbesteuerung, RdW 2014/9, 558
- *Blum/Pinetz*, Besteuerung ausländischer Investmentfonds im AIFMG, RdW 2014/8, 490
- *Blum/Pinetz*, Besteuerung ausländischer Investmentfonds (§ 42 InvFG 1993) im Lichte der Kapitalverkehrsfreiheit, 303
- *Brandl/Toman*, AIFMG – Anwendungsbereich und Auswirkungen für Immobilienfonds, ZFR 2014/2, 58
- *Escher*, Gemeinschaftsrechtswidrige Qualifikation einer deutschen Kapitalgesellschaft als ausländischer Kapitalanlagefonds im Sinne des österreichischen InvFG, IStR 2011/17, 686
- *Geismayr*, Wann lieg ein ausländischer Investmentfonds im Sinne des § 42 Abs 2 Z 1 InvFG 1993 vor?, SWI 1995/5, 219
- *Gerstner/Leitner*, Geschlossene Immobilienfonds und kollektive Immobilien-Investments im Fokus des AIFMG, ÖBA 2013/8, 566
- *Haisch/Helios*, Investmentsteuerrechtsreform aufgrund AIFMD und KAGB, BB 2013/1, 23

- *Jansen/Greger*, Reform der Investmentbesteuerung – erste Analyse des Reformentwurfs, FR 2016/3, 116
- *Jesch/Haug*, Das neue Investmentsteuerrecht, DStZ 2013/21, 771
- *Kammel*, AIFMD, AIFMG – leider mehr als (nur) "another European Mess", ÖBA 2016/4, 271
- *Kammel*, Alternative Investment Fund Manager Richtlinie - "Another European Mess"?, ÖBA 2011/1, 18
- *Kammel*, Ein Code of Conduct für die Investmentindustrie oder das geänderte Verhältnis von Selbstregulierung zu staatlicher Regulierung, ÖBA 2012/11, 746
- *Kammel*, UCITS IV-Ein weiterer Meilenstein im europäischen Investmentfondsrecht?, ÖBA 2009/8, 565
- *Kempf/Hirtz*, Schwerpunkte des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung, DStR 2016/1, 1
- *Kirchmayr/Achatz*, Investmentfondsbesteuerung – offene gemeinschaftsrechtliche Probleme, taxlex 2013/3, 81
- *Krause/Klebeck*, Family Office und AIFM-Richtlinie, BB 2012/34, 2063
- *Krause/Klebeck*, Fonds(anteils)begriff nach der AIFM-Richtlinie und dem Entwurf des KAGB, RdF 2013/1, 4
- *Krismanek/Kol*, "Genussrechtefonds" aus Liechtenstein – Alternativer Investmentfonds für deutsche Anleger und Anbieter?, BB 2014/4, 153
- *Leitgeb/Strimitzer*, Alternative Investmentfonds Manager Gesetz - ausgewählte aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, RdW 2013/9, 522
- *Marschner*, EuGH in Columbus und Sammelverfahren CFC and Dividend sowie VwGH zu § 10 Abs 2 KStG: Der ungebremste Siegeszug der Anrechnungsmethode, FJ 2008/7-8, 260
- *Petritz-Klar*, Der Begriff des ausländischen Kapitalanlagefonds nach dem AIFMG, RdW 2013/08, 501
- *Petritz-Klar*, Zweifelsfragen zum AIFMG aus steuerlicher Sicht, SWI 2013/12, 535
- *Pinetz*, Abgrenzungsfragen beim Begriff des "alternativen Investmentfonds" aus steuerrechtlicher Perspektive, SWK 2014/15, 708
- *Pinetz*, Die Ausnahmebestimmungen vom AIF-Begriff im Steuerrecht, SWK 2014/30, 1294
- *Scholz/Appelbaum*, Bedeutung der AIFM-Umsetzung für Family Offices und Reichweite des Holding Privilegs, RdF 2013/4, 268
- *Stadler/Jetter*, Der Diskussionsentwurf zum Investmentsteuerreformgesetz (InvStRefG), DStR 2015/33, 1833
- *Studer*, Aufsichtsrecht und Risikomanagement, ÖBA 2015/6, 393
- *Tumpel*, Ist die Durchgriffsbesteuerung bei Kapitalgesellschaften gem § 42 Abs 1 InvFG gemeinschaftswidrig?, SWI 2004/10, 501
- *Vesko/Enzi*, Unternehmensfinanzierung, ZFR 2014/8, 360
- *Wallach*, Umsetzung der AIFM-Richtlinie in deutsches Recht – erste umfassende Regulierung des deutschen Investmentrechts, RdF 2013/2, 92
- *Wild*, Der Entwurf zur Reform der deutschen Investmentfondsbesteuerung im Überblick, SWK 2016/9, 521
- *Zerwas/Hanten*, Abgrenzungsprobleme und Ausnahmen bei Handelsaktivitäten nach der 6. KWG Novelle, ZBB 2000/1, 44
- *Zetsche/Preiner*, Was ist ein AIF, WM 2013/45, 2101

EuGH-Judikatur:

- EuGH 14.9.2006, C-386/04, *Centro die Musicologia Walter Stauffer*
- EuGH 17.9.2009, C-182/08, *Glaxo Wellcome*
- EuGH 10.2.2011, C-436/08 u. C 437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH und Österreichische Salinen AG*
- EuGH 16.7.1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries*
- EuGH 3.10.2013, C-282/12, *Itelcar*
- EuGH 26.9.2000, C-478/98, *Kommission gegen Belgien*
- EuGH 18.7.2007, C-101/05, *Skatteverket*
- EuGH 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*
- EuGH 7.9.2014, C-319/02, *Petri Manninen*
- EuGH 17.10.2013, C-181/12, *Yvon Welte*

Online-Dokumente:

- BaFin Rundschreiben 08/2015 (WA) – Aufgaben und Pflichten der Verwahrstelle nach Kapitel 1 Abschnitt 3 des Kapitalanlagegesetzbuches, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2015/rs_1508_wa_verwahrstellen.html (Stand 11.7.2016)
- BaFin Schreiben vom 11.4.2011, Merkblatt – Hinweise zur Bereichsausnahme des so genannten Konzernprivilegs, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_110816_ausnahme_konzernprivileg.htm (Stand 26.05.2016)
- BaFin Verlautbarung 14.6.2013, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des "Investmentvermögens", abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Auslegungsentscheidung/WA/ae_130614_Anwendungsber_KAGB_begriff_invvermoegen.html (Stand 21.5.2016)
- ECB, Guidance Note on the definitions of "Financial Vehicle Corporation" and "Securitisation" under Regulation ECB/2008/30, abrufbar unter <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/guidancenotedefinitionsfvcsecuritisation2012en.pdf> (Stand 25.5.2016)
- Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung – InvStRefG (abrufbar unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Referentenentwuerfe/2015-12-17-investmentsteuerreformgesetz.html>; Stand: 13.7.2016)
- ESMA/2013/600, Guidelines on the key concepts of the AIFMD, abrufbar unter <https://www.esma.europa.eu/search/site/2013%252f600> (Stand 21.5.2016)
- ESMA/2013/611, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der AIFMD, abrufbar unter https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2013_00600000_de_cor_revised_for_publication.pdf (Stand 21.5.2016)
- FMA, FAQ zur Anwendbarkeit des AIFMG, abrufbar https://www.fma.gv.at/typo3conf/ext/dam_download/secure.php?u=0&file=15602&t=1456657031&hash=fb4f2972e0c201e79496bdb7ea9cb1b4 (Stand 21.5.2016)
- Lehne-Bericht vom 09.07.2008 mit Empfehlung an die Kommission zur Transparenz institutioneller Investoren (2007/2239(INI)), abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0296+0+DOC+XML+V0//DE> (Stand 11.7.2016)
- Rasmussen-Bericht vom 11.09.2008 mit Empfehlungen an die Kommission zu Hedge-Fonds und Private-Equity (2007/2238/(INI)), abrufbar unter

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0338+0+DOC+XML+V0//DE> (Stand 11.7.2016)

- VÖIG Statistik, Gesamtmarkt – Fondsvolumen 2016, abrufbar unter http://www.voeig.at/voeig/internet_4.nsf/sysPages/oesterrinvestmentfondsmarkt.html (Stand: 11.7.2016)
- WiFo-Monatsbericht 08/1985, Die Entwicklung der österreichischen Investmentfonds in den Jahren 1956 bis 1984, abrufbar unter http://www.wifo.ac.at/bibliothek/archiv/MOBE_HTML/1985_08.html (Stand: 11.7.2016)

Zusammenfassung

Mit dem Inkrafttreten des AIFMG hat der österreichische Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben der AIFM-Richtlinie (Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds) in nationales Recht umgesetzt. Im Zuge dieser Implementierung wurden die bestehenden fondsrechtlichen Besteuerungsbestimmungen des InvFG 2011 (§§ 186ff InvFG 2011) an das neu geschaffene, aufsichtsrechtliche Regelwerk des AIFMG angepasst. Seit 22.7.2013 fallen nicht nur OGAW unter den für Besteuerungszwecke verwendeten Begriff des inländischen Kapitalanlagefonds, sondern auch AIF im Sinne des AIFMG.

Die hier vorgestellte Arbeit beschäftigt sich in ihrem ersten Teil mit der Frage, wie der Begriff des AIF abgegrenzt werden kann und welche Anlagevehikel als AIF iSd AIFMG gelten. Zu diesem Zweck werden die in § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG enthaltenen Begriffsmerkmale eines AIF unter Berücksichtigung von einschlägiger österreichischer und deutscher Literatur systematisch dargestellt und beleuchtet.

Die Anpassung des InvFG 2011 an das AIFMG wollte der österreichische Gesetzgeber außerdem zum Anlass nehmen, den für Besteuerungszwecke bislang verwendeten materiellen Begriff des ausländischen Kapitalanlagefonds (§ 188 InvFG idF vor Inkrafttreten des AIFMG) unionsrechtskonform auszugestalten. Im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit wird der Leser darüber informiert, ob es dem Gesetzgeber tatsächlich gelungen ist, die mit § 188 InvFG verbundene unionsrechtliche Problematik zu beseitigen oder ob der nunmehr geltende formelle Begriff des Kapitalanlagefonds aufgrund der in § 188 Abs 1 Z 3 InvFG enthaltenen Kriterien weiterhin unionsrechtlich bedenklich ist.

Mit der vorliegenden Arbeit soll ein Beitrag geschaffen werden, der die Abgrenzungskriterien eines AIF umfassend und problemorientiert aufarbeitet und darstellt. Die Ergebnisse dieser Darstellung sollen den Leser dabei unterstützen, die im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung eines Anlagevehikels hinsichtlich dessen Besteuerbarkeit nach den §§ 186 und 188 InvFG (idF nach Inkrafttreten des AIFMG) selbstständig vorzunehmen. Die kritische Beleuchtung von § 188 InvFG soll außerdem auf weiterhin bestehende unionsrechtliche Problematiken aufmerksam machen und zeigt, dass § 188 InvFG auch nach der Anpassung an das AIFMG nicht zu einhundert Prozent in Einklang mit Unionsrecht gebracht werden kann.

Abstract

The Alternative Investment Fund Managers Act (*AIFMG*) aims to implement the supranational provisions of the Alternative Fund Managers Directive (Directive 2011/61/EU – AIFM-Directive) into national law. By implementing the AIFM-Directive, the Austrian legislator decided to adapt the existing fund taxation laws (Sec. 186 et seq of the Investment Fund Act [InvFG]) and incorporate them into the newly created AIFMG. As of 22 June 2013, the AIFMG has entered into force, and since then for taxation purposes not only UCITS (Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities) are classified as domestic capital investment funds but also any Alternative Investment Funds in accordance with the AIFMG.

The present thesis shall be a scientific contribution, in which the delimitation criteria of Sec. 2(1)(1) AIFMG are analyzed in a problem oriented approach. The results of this paper shall support the reader in examining investment vehicles with regard to the applicability of the AIFMG and their taxation in accordance to Sec. 186 und Sec. 188 InvFG. Furthermore, this thesis analyzes the legitimacy of Sec. 188 InvFG and subsequently reveals that Sec. 188 InvFG is still not totally in complying with EU-law.