

### 1.2.2. Ebene der Zielunternehmen

Im Fall von Risikokapitalfonds handelt es sich bei den Zielunternehmen (bzw Portfoliounternehmen), in die der Fonds investiert, idR um (innovative) kleine oder mittelständische Unternehmen, die sich etwa in der Aufbauphase (sog *Start-ups*) befinden oder durch Wachstums- oder Expansionsstrategien erweitern möchten. Für diese ist der Zugang zu „traditionellen“ Finanzierungen (wie insb Krediten) – va auf Grund des damit verbundenen Risikos – idR erschwert bis unmöglich.<sup>33</sup>

Auf Grund des „Risikokapital-Charakters“ der Investitionen werden Veranlagungsformen untersucht, die beim Zielunternehmen **Eigenkapital**<sup>34</sup> darstellen. Darüber hinaus selektiert die **vermögens- bzw beteiligungs-verwaltende Tätigkeit** des Fonds die in Frage kommenden Beteiligungsformen derart, dass daraus originär außerbetriebliche Einkünfte, dh insb jene iSd § 27 EStG, generiert werden. Diese Voraussetzung erfüllen direkte **Beteiligungen an Kapitalgesellschaften**, wohingegen Beteiligungen an Personengesellschaften aus der Betrachtung ausscheiden, weil durch eine eigenkapitalähnliche Ausgestaltung der Beteiligung an einer Personengesellschaft in steuerlicher Hinsicht idR<sup>35</sup> eine Mitunternehmerschaft vorliegt. Die Mitunternehmerstellung würde dem Fonds betriebliche Einkünfte vermitteln, was auf Grund der in Österreich vertretenen „Abfärbetheorie“<sup>36</sup> für die Qualifikation des Fonds als vermögensverwaltend schädlich wäre.

Aus diesen Gründen und zumal sich ein Risikokapitalfonds idR an nicht börsennotierten Unternehmen beteiligt, ist die Prämisse argumentierbar, dass der Risikokapitalfonds **inländische GmbH-Anteile an Zielgesellschaften** sowie ähnliche direkte Beteiligungen an **ausländischen Zielgesellschaften** hält, welche – jedenfalls für steuerliche Zwecke<sup>37</sup> – einer in-

33 Vgl *Jud*, Private Equity und Venture Capital und seine Entwicklung in Österreich, in Kofler/Polster-Grüll, Private Equity und Venture Capital (2003) 25 (29 f).

34 Alternativ kämen auch eigenkapitalähnliche Finanzierungsformen (zB eigenkapitalähnliche Genussrechte oder eigenkapitalähnliche stille Gesellschaften) in Betracht.

35 Zum Begriff des Mitunternehmers siehe ausf Kap 4.1.2.2.

36 Vgl etwa EStR 2000 Rz 5831a; VwGH 16.12.2009, 2007/15/0121; *Quantschnigg/Schuch*, ESt-Handbuch (1993) § 23 Tz 20 f sowie § 28 Tz 86; *Rief*, Die gesetzliche Verankerung des Abfärbprinzips, FJ 1995, 62 (62); *Bergmann*, Laufende Ertragsbesteuerung, in Bergmann/Ratka, Handbuch Personengesellschaften<sup>2</sup> (2016) Rz 13/70; *Bruckner*, Die GmbH & Co KG und ihre Gesellschafter im Ertragsteuerrecht, in Arnold, Die GmbH & Co KG, GedS Arnold (2011) 263 (293); *Vock* in Kanduth-Kristen et al, Jakom EStG<sup>10</sup> (2017) § 23 Tz 126.

37 Zum Typenvergleich siehe bspw KStR 2013 Rz 133 f.

ländischen GmbH **vergleichbar** sind. Aus GmbH- bzw vergleichbaren ausländischen Kapitalgesellschaftsanteilen kann der Fonds steuerlich relevante Einkünfte erzielen, wenn Gewinne ausgeschüttet werden oder soweit aus dem Beteiligungsstamm steuerwirksame Einkünfte resultieren (zB Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen). Eine etwaige Anwendung der Gruppenbesteuerung gem § 9 KStG, die unter gewissen Voraussetzungen eine darüber hinausgehende Ergebniszurechnung an den Fonds ermöglichen würde, bleibt iRd Werks ausgeklammert.

### 1.2.3. Ebene des Investors

Als mögliche Investoren kommt eine Fülle von Personen(-gruppen) oder Institutionen (zB Unternehmen, Banken, Privatpersonen<sup>38</sup>) in Betracht, die ihrerseits (jeweils mit unterschiedlichen steuerlichen Konsequenzen) die Anteile uU im Betriebs- oder Privatvermögen halten und eine Ansässigkeit im In- oder Ausland aufweisen können. Da für Risikokapitalfonds insb die Gruppe der sog institutionellen Investoren (wie Banken, Versicherungen, Unternehmen) von großer Relevanz ist,<sup>39</sup> soll in einer typisierenden Betrachtungsweise der Ausgangsuntersuchung eine **inländische Kapitalgesellschaft (GmbH)** als Investorin unterstellt und deren ertragsteuerliche Situation untersucht werden.

### 1.2.4. Grafische Darstellung der zu untersuchenden Sachverhalte

Zusammenfassend können die iRd vorliegenden Werks zu untersuchenden Sachverhalte uB der getroffenen Prämissen wie folgt grafisch dargestellt werden:<sup>40</sup>

---

38 Ein Vertrieb von AIF an Privatkunden ist nur unter bestimmten Voraussetzungen (zB Konzession und Mindestinvestitionssumme) und nach den Vorgaben der §§ 48 ff AIFMG möglich (vgl dazu FMA, Frequently Asked Questions zur Anwendung des Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz [AIFMG] vom 1.11.2015, 19 f). Ferner ist der Vertrieb an Privatanleger nur unter gewissen Voraussetzungen bei qualifizierten Risikokapitalfonds möglich. Siehe dazu Kap 2.1. Zu etwaigen Änderungen dieser Vertriebsrestriktionen im Zuge des MiFiGG 2017 siehe etwa *Brightwell/Luka*, Die neue Mittelstandsfinanzierungsgesellschaft als neuer Alternative Investment Fonds (AIF), ÖStZ 2017, 374 (379).

39 Vgl *WIFO*, Risikokapital in Österreich, Angebots- und nachfrageseitige Erklärungen der geringen Ausprägung und Empfehlungen zu ihrer Überwindung, April 2013, 28.

40 Die Zahl der Investoren und Beteiligungen an Zielunternehmen ist hierbei variabel, wobei bei einer GmbH & Co KG jedenfalls eine zusätzliche GmbH beteiligt sein muss, die die Gesellschafterstellung einer Komplementärin einnimmt.

### 2.2.4.1. Organismus für gemeinsame Anlagen

Sowohl die AIFM-RL als auch das AIFMG lassen eine Legaldefinition des Begriffs des Organismus für gemeinsame Anlagen (OGA) vermissen.<sup>166</sup> Der Begriff des OGA stellt einen Oberbegriff für sämtliche Investmentfonds dar, weil nicht nur die der OGAW-RL unterliegenden Gebilde, sondern auch andere Vehikel zur kollektiven Anlage, welche nicht in den Anwendungsbereich der OGAW-RL fallen, als OGA bezeichnet werden können.<sup>167</sup> Für den iRd AIF-Definition maßgeblichen OGA-Begriff kann dieser nach seinen Bestandteilen („Organismus“ und „gemeinsame Anlagen“) getrennt interpretiert werden.

#### 2.2.4.1.1. Organismus

Die charakterisierende Aufgabe eines Organismus besteht in der **Bündelung** oder „**Poolung**“ der von den Anlegern eingeworbenen Gelder.<sup>168</sup> Dabei muss einerseits ein Wechsel in der Zuordnung des Vermögens vom einzelnen Anleger hin zum Organismus und andererseits eine untrennbare Vermengung des Kapitals der Anleger erfolgen.<sup>169</sup> Dies erfordert, dass „*ein rechtlich oder wirtschaftlich (z.B. durch einen getrennten Rechnungskreis) verselbständigt gepooltes Vermögen aufgelegt wird*“<sup>170</sup>, worin das gebündelte Kapital in einer **selbstständigen Einheit** zusammenfasst wird<sup>171</sup> und rechtlich autonom und unbeeinflusst von den Verhältnissen zu den einzelnen Anlegern besteht („Mediatisierung“)<sup>172</sup>.

Daher liegt etwa **kein Organismus** vor, wenn lediglich ein zweiseitiger Vertrag zwischen Vermögensverwalter und Anleger besteht (zB bei sog

166 Vgl *Schredl* in Macher et al, InvFG<sup>2</sup> (2013) § 1 Tz 28; BaFin, Auslegungsschreiben, zuletzt geändert am 9.3.2015, Punkt I.1.

167 Vgl *Tollmann* in Dornseifer et al, AIFM-Richtlinie (2013) Art 2 Tz 37 und Art 4 Tz 7.

168 Vgl ESMA, Leitlinien, ESMA/2013/611, berichtigte Fassung vom 30.1.2014, Punkt VI. Abs 12 lit b.

169 Vgl *Zetzsche/Preiner*, Was ist ein AIF? WM 2013, 2101 (2103).

170 BaFin, Auslegungsschreiben, zuletzt geändert am 9.3.2015, Punkt I.1. So auch *Petriz-Klar*, Zweifelsfragen zum AIFMG aus steuerlicher Sicht, SWI 2013, 535 (540) und *Brandl/Toman*, Zur finanzmarktrechtlichen Einordnung von Crowdfunding, in *Saria/Stockler*, Unternehmensanleihen und Crowdfunding (2015) 145 (163). Anders *Pinetz*, Abgrenzungsfragen beim Begriff des „alternativen Investmentfonds“ aus steuerrechtlicher Perspektive, SWK 2014, 708 (710), wonach sich das Erfordernis eines verselbständigten Vermögenspools auf Grund des Kriteriums der „gemeinsamen Anlagen“ (siehe Kap 2.2.4.1.2.) ergäbe.

171 Vgl *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 30 Tz 22 und 24; *Zetzsche/Preiner*, Was ist ein AIF? WM 2013, 2101 (2103).

172 Vgl *Schredl* in Macher et al, InvFG<sup>2</sup> (2013) § 1 Tz 28; *Krause/Klebeck*, Fonds(anteils)begriff nach der AIFM-Richtlinie und dem Entwurf des KAGB, RdF 2013, 4 (7).

### **Übertragung des Kriteriums auf Risikokapitalfonds**

Das Kriterium der Anlage des Kapitals zum Nutzen der Anleger ist bei **Risikokapitalfonds** idR erfüllt: Der Fonds investiert die von den Anlegern eingesammelten Gelder zu deren Nutzen in Unternehmensbeteiligungen, um einen Vermögenszuwachs für die Investoren zu generieren, und verfolgt mit dem Kapital keine eigenwirtschaftlichen, sondern Anlegerinteressen. Der für den Fondsverwalter generierte Ertrag ist hierfür mE unschädlich – insb, wenn sich dieser Gewinn erst nachgelagert aus dem Nutzen der Anleger ableitet.

Zu gegenteiliger Beurteilung könnte man allerdings gelangen, wenn der Risikokapitalfonds – zusätzlich zum Halten von Unternehmensbeteiligungen – **aktiven Einfluss** auf die Zielunternehmen nimmt (zB aktive Beteiligung am Management des Zielunternehmens).<sup>389</sup> Unterstellt man in diesem Fall dem Risikokapitalfonds ein eigenes wirtschaftliches Engagement iSd Verfolgung eigenwirtschaftlicher Interessen, könnte der Risikokapitalfonds – je nach Ausmaß dieser Tätigkeiten – uU nicht mehr primär oder überwiegend zum Nutzen der Anleger tätig sein.<sup>390</sup> Weil für den hier betrachteten Risikokapitalfonds aber rein passive (vermögensverwaltende) Tätigkeiten unterstellt werden, bedarf diese Abgrenzung für den hier betrachteten Sachverhalt keiner näheren Untersuchung. Es sei allerdings auf die mit aktiven Tätigkeiten verbundenen Gestaltungsspielräume zur „Vermeidung“ der Anwendung des AIFMG verwiesen.

#### **2.2.4.6. Kein unmittelbarer Einsatz des eingesammelten Kapitals für operative Tätigkeiten**

Ergänzend zu der AIF-Definition in Art 4 Abs 1 lit a AIFM-RL wurde im Zuge der Richtlinienumsetzung durch den österreichischen Gesetzgeber in § 2 Abs 1 Z 1 lit a AIFMG ein **zusätzliches Kriterium** vorgesehen, das auf eine Abgrenzung zu operativ tätigen Unternehmen und deren Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des AIFMG abzielt.<sup>391</sup> Demnach darf das

---

389 Vgl *Pinetz*, Abgrenzungsfragen beim Begriff des „alternativen Investmentfonds“ aus steuerrechtlicher Perspektive, SWK 2014, 708 (712 f).

390 Vgl *Pinetz*, Abgrenzungsfragen beim Begriff des „alternativen Investmentfonds“ aus steuerrechtlicher Perspektive, SWK 2014, 708 (712 f); *Jesch/Haug*, Das neue Investmentsteuerrecht, DStZ 2013, 771 (776).

391 Vgl *Petriz-Klar*, Zweifelsfragen zum AIFMG aus steuerlicher Sicht, SWI 2013, 535 (542); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015) § 30 Tz 36. Insofern unterscheidet sich die AIF-Definition nach dem AIFMG auch von der dt Rechtslage, wengleich darin eine ähn-

### **Übertragung des Kriteriums auf Risikokapitalfonds**

Ein inländischer OGAW darf nur in Veranlagungen investieren, die in §§ 66 ff InvFG normiert sind (insb Wertpapiere, Geldmarktinstrumente), wobei hiervon Anteile an nicht börsennotierten Kapitalgesellschaften nicht umfasst sind. Wenn § 67 Abs 4 InvFG darüber hinaus vorsieht, dass max 10 % des Fondsvermögens in andere als die in §§ 69 f InvFG determinierten Wertpapiere und Geldmarktinstrumente investiert werden dürfen, kann ein OGAW dennoch keine Kapitalgesellschaftsanteile erwerben, die nicht als **Wertpapiere** verbrieft sind – wie etwa GmbH-Anteile.<sup>413</sup> Daher ist für Risikokapitalfonds die Voraussetzung, dass sie keine Genehmigung gem Art 5 der OGAW-RL benötigen, jedenfalls als erfüllt anzunehmen.<sup>414</sup>

#### **2.2.4.8. Zwischenfazit zu den AIF-Kriterien und deren Übertragung auf Risikokapitalfonds**

##### **2.2.4.8.1. Voraussetzungen für die Qualifikation eines Risikokapitalfonds als AIF**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein (Risikokapital-)Fonds sämtliche oben untersuchten Kriterien kumulativ erfüllen muss, um unter den AIF-Begriff des § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG subsumiert zu werden. Diese AIF-Kriterien werden im Folgenden nochmals zentral dargestellt, wobei deren Übertragung auf Risikokapitalfonds fokussiert wird. Der Risikokapitalfonds ist dabei – wie in Kap 1.2. beschrieben – so ausgestaltet, dass er entweder eine GmbH oder eine GmbH & Co KG darstellt, die aus ertragsteuerlicher Sicht vermögensverwaltend tätig ist und an welcher sich mehrere (dh zumindest zwei) Anleger als Gesellschafter beteiligen. Dabei zeigt die Prüfung der AIF-Kriterien folgende Teilergebnisse:

- **Organismus:** Auf Grund der Rechtsformneutralität des AIF-Begriffs, die auch explizit in § 1 Abs 2 Z 2 AIFMG normiert ist, erfüllen sowohl die Rechtsform einer GmbH als auch jene einer GmbH & Co KG **stets** den Begriff des Organismus.

413 Vgl Aigner G., Der inländische Investmentfonds (2014) 83 und 360. Siehe auch bereits Kap 1.1.

414 Selbst wenn die hier getroffene Prämisse der Veranlagung in nicht verbrieft Kapitalgesellschaftsanteile (insb GmbH-Anteile) aufgegeben werden würde, ist die Führung eines Risikokapitalfonds als OGAW auf Grund der Veranlagungsrestriktionen des InvFG praktisch stets unmöglich (gl Aigner G., Der inländische Investmentfonds [2014] 83).

### 2.2.4.8.2. Gestaltungsüberlegungen für die Qualifikation eines Risikokapitalfonds als „Nicht-AIF“

Obwohl davon auszugehen ist, dass Risikokapitalfonds idR als AIF zu qualifizieren sind (siehe Kap 2.2.4.8.1.), kann in einer gezielten Ausgestaltung des Risikokapitalfonds die Qualifikation als AIF uU vermieden werden. Hierbei kann die Gestaltung zentral<sup>415</sup> bei folgenden Kriterien ansetzen:

- **gemeinsame Anlagen/keine laufenden Ermessens- bzw Kontrollbefugnisse:**<sup>416</sup> Dieses Merkmal ist nicht erfüllt, wenn das Vermögen, das investiert wird, eigen- und nicht fremdverwaltet wird, dh wenn allen Anlegern laufende und direkte Einflussbefugnisse auf das Tagesgeschäft eingeräumt werden. Typischerweise müssten diesfalls sämtliche Anleger die **Geschäfte führen**. Dies ist jedoch bei einer Vielzahl von Anleger allein aus Sicht der praktischen Umsetzung unmöglich. Allerdings sollte es ausreichend sein, wenn **sämtliche Anleger** über die operativen Fragen der täglichen Verwaltung der Vermögenswerte entscheiden, was – wie bereits oben ausgeführt – mE darin zu sehen ist, dass die **(Des-)Investitionsentscheidungen** durch die Anleger getroffen werden. Bedarf etwa jede Investitions- und Desinvestitionsentscheidung der Zustimmung sämtlicher Anleger, kann mE nicht von einer Fremdverwaltung ausgegangen werden. Ebenso können Veto- oder Weisungsrechte zu einer entsprechenden Einflussnahme der Anleger führen. Ob alle Anleger tatsächlich ihre Rechte ausüben, soll nach Ansicht der ESMA unbeachtlich sein.

Hinsichtlich dieser Gestaltungsüberlegungen zur „Vermeidung“ einer Fremdverwaltung gilt es zu bedenken, dass dieses Merkmal nur eines von mehreren ist, das die ESMA für das Kriterium der gemeinsamen Anlagen fordert. Allerdings kann das Erfordernis der Fremdverwal-

415 Auch in Bezug auf andere Kriterien könnten Gestaltungsüberlegungen angestellt werden, die allerdings zu Abweichungen vom hier betrachteten Sachverhalt führen und folglich den in den nachfolgenden Ausführungen anzustellenden Besteuerungsvergleich beeinflussen würden, weshalb sie im Folgenden nicht näher beleuchtet werden. Zu verweisen wäre aber zB auf die Möglichkeit der koordinierten Direktveranlagungen mehrerer Investoren anstelle der Bündelung der Gelder in einen Fonds (wodurch kein Organismus vorläge); der Finanzierung des Fonds mittels mezzaniner Finanzierungsinstrumente, die nicht zu einer Stellung als Anleger qualifizieren (wodurch keine Gemeinschaftsrendite in Bezug auf diese Investoren vorläge); (überwiegend) operativer Tätigkeiten des Fonds (wodurch [uU] keine gemeinsamen Anlagen und keine Investition zum Nutzen der Anleger vorlägen).

416 Nach *Buchberger* (Die GmbH & Co KG im Lichte des AIFMG, in Arnold, Die GmbH & Co KG, GedS Arnold<sup>2</sup> [2016] 197 [212]), ist darin „die ‚aussichtsreichste‘ Maßnahme, um die Anwendbarkeit des AIFMG zu vermeiden“ zu sehen.

tung auch aus anderen gesetzlich normierten Kriterien der AIF-Definition (zB Investition zum Nutzen der Anleger) abgeleitet werden,<sup>417</sup> weshalb dem Erfordernis der Fremdverwaltung durchaus entscheidendes Gewicht beizumessen ist. Fehlt es daher an einer Fremdverwaltung, liegt folglich kein OGA bzw kein AIF vor.

- **Einsammeln von Kapital:** Das Kriterium des Kapitaleinsammelns ist – nach Ansicht der ESMA – bspw dann nicht erfüllt, wenn es sich beim Anlegerkreis um eine „bereits bestehende Gruppe“, dh um eine Familie bzw eine verwandtschaftlich verbundene Gruppe handelt. In der Literatur wird vertreten, dass das Kapitaleinsammeln ebenso nicht vorliegt, wenn zwar kein Familienverbund besteht, aber das Kapital von keinem Anleger gewerbsmäßig eingeworben wurde und zudem künftig keine gewerbliche Beschaffung von Geldern erfolgt. Dass das Kriterium der „Gewerbsmäßigkeit“ in diesem Zusammenhang problematisch erscheint, wurde bereits in Kap 2.2.4.2. auf analysiert. ME ist daher weniger auf die Gewerbsmäßigkeit abzustellen, sondern dann nicht von einem Kapitaleinsammeln auszugehen, wenn der Investorenkreis bereits vor Auflage des Fonds feststeht, sich kennt und gemeinsame Veranlagungen tätigen will, weil diesfalls – in Einklang mit Erwägungsgrund 7 der AIFM-RL – kein externes Kapital eingesammelt wird. Hinzuweisen ist allerdings auf die Rechtsunsicherheit, die mit dieser Gestaltung verbunden ist, zumal nach Auffassung der FMA unerheblich ist, auf wessen Initiative die Auflage eines Fonds zurückgeht.<sup>418</sup> Ob die FMA daher in derartigen Sachverhalten das Kriterium des Einsammelns von Kapital als erfüllt ansieht, bleibt offen.
- **festgelegte Anlagestrategie:** Möchte ein Risikokapitalfonds dieses Kriterium vermeiden, könnte einerseits auf die Festlegung einer Anlagestrategie verzichtet werden: Sieht der Gesellschaftsvertrag des Organismus lediglich einen ganz allgemein gehaltenen Unternehmensgegenstand vor, ist mE das Kriterium der festgelegten Anlagestrategie nicht erfüllt. Dies liegt zum einen daran, dass die Anlagestrategie konkrete Vorgaben enthalten muss, wie die Veranlagungen vorzunehmen sind, und zum anderen, dass der gesellschaftsvertraglich festgelegte

---

417 Vgl *Gottschling* in Moritz/Klebeck/Jesch, Frankfurter Kommentar zum Kapitalanlagegesetz, Bd 1, Teilband 1 (2016) § 1 KAGB Tz 80.

418 Diese Gegenargumentation könnte uU darauf gestützt werden, dass Investorenkreise, die nicht ausschließlich aus Familienmitgliedern bestehen, einen aufsichtsrechtlichen Schutz erfordern.

Unternehmensgegenstand die Gesellschaft nicht gegenüber den Gesellschaftern (Anlegern) unmittelbar rechtlich bindet.<sup>419</sup> Ebenso kann mE nicht von einer festgelegten Anlagestrategie gesprochen werden, wenn die Investitionen bereits konkret und hinsichtlich der Bedingungen detailliert festgelegt sind, weil diesfalls dem Verwalter kein Entscheidungsspielraum verbleibt. Ob zudem die Festlegung der Anlagestrategie – wie von der ESMA gefordert – eine Schriftlichkeit bedingt und daher bereits bei Verzicht auf eine Schriftlichkeit keine festgelegte Anlagestrategie vorliegt, ist mE fraglich. Generell scheint bei der Vermeidung dieses Kriteriums zumindest nach dessen Gesetzeswortlaut ein größerer Gestaltungsspielraum gegeben.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass jener Sachverhalt aus dem Anwendungsbereich des AIFMG ausgeschlossen ist, in welchem der Investorenkreis aus Mitgliedern einer **Familie** besteht. Inwiefern dies in der Praxis als „Gestaltungsmöglichkeit“ Anwendung finden kann, ist allerdings einzelfallbezogen. Darüber hinaus können hinsichtlich der Kriterien der **Fremdverwaltung** (keine laufenden Ermessens- und Kontrollbefugnisse), des **Kapitaleinsammelns** und der **festgelegten Anlagestrategie** gewisse Gestaltungsspielräume festgestellt werden. Dabei ist einzuräumen, dass diese Gestaltungen nur in jenen Sachverhalten praxistauglich scheinen, in welchen der Investorenkreis überschaubar ist. Angesichts der unterschiedlichen im Schrifttum geäußerten Auffassungen und der bislang nur wenig konkreten Stellungnahmen der österreichischen Aufsichtsbehörde sind diese Gestaltungen mit einem erheblichen Maß an **Rechtsunsicherheit** verbunden. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der **materielle AIF-Begriff** auch Konstruktionen zur „Umgehung“ des AIFMG erfassen möchte. Daher scheint es – obwohl grds das Nicht-Erfüllen eines einzigen Kriteriums für die Qualifikation eines Risikokapitalfonds als „Nicht-AIF“ ausreichend wäre – empfehlenswert, eine **Kombination** der festgehaltenen Gestaltungsmöglichkeiten einzusetzen, um die Einstufung als „Nicht-AIF“ zu erreichen. Bezüglich der Rechtssicherheit ist zu empfehlen, den Sachverhalt vorab mit der FMA abzuklären bzw einen Feststellungsbescheid<sup>420</sup> zu erwirken.

---

419 Vgl *Hussein*, Festgelegte Anlagestrategie versus Unternehmensgegenstand, ZFR 2017, 328 (332).

420 Siehe Kap 2.2.3.

## 6. Vergleichende Analyse der Besteuerungsregime für Risikokapitalfonds

### 6.1. Vorbemerkungen, Vorgehensweise und Prämissen

Basierend auf den bisherigen Darstellungen der Besteuerung von Risikokapitalfonds als beteiligungsverwaltende Kapitalgesellschaft, als beteiligungsverwaltende Personengesellschaft und als AIF soll im Folgenden ein Vergleich dieser unterschiedlichen Besteuerungssysteme vorgenommen werden. Dabei werden aus den drei Alternativen **zwei Vergleichspaare** gebildet, indem von einem „real“ als Kapitalgesellschaft oder als Personengesellschaft gegründeten Risikokapitalfonds ausgegangen wird,<sup>1847</sup> der steuerlich entweder – je nach Rechtsform – als Kapitalgesellschaft bzw. Personengesellschaft behandelt wird („Nicht-AIF“) oder als AIF der Fondsbesteuerung unterliegt.

Fonds als	Vergleichspaar	
a) <b>Kapitalgesellschaft</b>	Besteuerung als „Nicht-AIF“ (als Kapitalgesellschaft)	vs Besteuerung als AIF
b) <b>Personengesellschaft</b>	Besteuerung als „Nicht-AIF“ (als Personengesellschaft)	vs Besteuerung als AIF

Tab 5: Übersicht zu den zu untersuchenden Vergleichspaaren

Ausgangspunkt bzw. „Referenzmodell“ ist dabei jeweils die „Normalbesteuerung“ als „Nicht-AIF“, der die Fondsbesteuerung (als AIF) vergleichend gegenüber gestellt wird. Folglich soll untersucht werden, welche steuerlichen „Änderungen“ bzw. **Steuerwirkungen** sich ergeben, wenn eine **Kapitalgesellschaft** als AIF bzw. eine **Personengesellschaft** als AIF qualifiziert wird.

<sup>1847</sup> Die Frage der Rechtsformwahl ist daher vorgelagert und bleibt in dieser Betrachtung ausgeklammert.

## 6.2. Besteuerungsvergleich einer GmbH mit einem AIF

<b>„Laufendes“ Ergebnis des Fonds</b>					
	Besteuerung als Kapitalgesellschaft	Besteuerung als AIF	Effekt	Auswirkung auf KW <sub>s</sub> der AIF-Investorin	
<b>Gewinnausschüttungen aus Zielgesellschaften</b>	<i>Ausschüttung</i>	idR <sup>1928</sup> steuerfrei (§ 10 Abs 1 KStG)	idR <sup>1929</sup> steuerfrei (§ 10 Abs 1 KStG)		
	<i>KESi</i>	anrechenbar	anrechenbar		
	<i>ausländische Quellensteuern</i>	ggf Entlastung durch Mutter-Tochter-RL (EU) oder „Schachteldividende“ nach OECD-MA (max 5 % QuSt); ansonsten 15 % QuSt	idR 15 % QuSt nach OECD-MA	Höhe der Steuerbelastung	↓
<b>Wertsteigerungen der Anteile an Zielgesellschaften</b>	<i>realisiert (Veräußerungsgewinn)</i>	<i>internationale Schachtelbeteiligung</i>	steuerpflichtig in Folgeperiode	Bmgl (Zeit) <sup>1930</sup>	↓ (↑)
		<i>nationale Schachtelbeteiligung/internationale Portfoliobeteiligung</i>	steuerpflichtig in Folgeperiode	Zeit	↑

1928 Dies gilt nicht für Fälle des § 10 Abs 4–7 KStG oder Zielgesellschaften, deren Gewinnanteile nicht unter § 10 Abs 1 KStG subsumierbar sind.  
 1929 Dies gilt nicht für Fälle des § 10 Abs 4–7 KStG oder Zielgesellschaften, deren Gewinnanteile nicht unter § 10 Abs 1 KStG subsumierbar sind.  
 1930 Der Zeit-Effekt scheint angesichts des vorliegenden Bemessungsgrundlagen-Effekts von untergeordneter Bedeutung, weil er nur zu einer einperiodigen Verzögerung der Besteuerung führt. Er kann den Bemessungsgrundlagen-Effekt aber (geringfügig) abschwächen.