

## VERWALTUNGSSTRAFE – IMMOBILIENGESELLSCHAFT ALS AIF

### IMMOBILIENGESELLSCHAFT ALS AIF

Wie durch eine kürzlich veröffentlichte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.11.2017 zu Gz W2102148720-1 bekannt wurde, hat die Finanzmarktaufsicht (FMA) im Jahr 2017 eine Immobiliengesellschaft (GmbH & Co KG) an der sich Anleger über KG-Anteile beteiligten und deren Zweck darin bestand, Immobilien in Österreich und Deutschland zu erwerben und anschließend wieder zu veräußern, als Alternativen Investmentfonds (AIF) eingestuft. Gegen den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wurde deshalb eine Verwaltungsstrafe wegen unerlaubten Verwaltens eines AIF ohne Konzession/Registrierung als Alternativer Investmentfonds Manager (AIFM) verhängt, gegen deren Höhe der Geschäftsführer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhob.

### GRUNDSÄTZLICHES

Ein AIF ist grundsätzlich jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der (i) von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, (ii) um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie, (iii) zum Nutzen dieser Anleger in alternative Investments (= nicht in Wertpapiere und Finanzinstrumente) zu investieren, (iv) ohne dass das eingesammelte Kapital unmittelbar der operativen Tätigkeit dient, und (v) ohne dass die Anleger über laufende Ermessens-/Kontrollbefugnisse (Selbstverwaltung durch die Anleger) verfügen. Die Verwaltung eines AIF bedarf einer Konzession oder – abhängig von den Volumina der verwalteten Vermögenswerte – zumindest einer Registrierung als kleiner AIFM bei der FMA.

### RECHTSANSICHT DER FMA

Wenngleich der konkreten Entscheidung aufgrund der Beschwerdeerhebung nur gegen die Höhe des Strafbescheids die Details der FMA-Beurteilung nicht zu entnehmen sind, lassen sich daraus doch einige wichtige Aussagen herauslesen. Die FMA bejahte das Vorliegen einer festgelegten Anlagestrategie, da das eingesammelte Kapital gemäß bestimmten Anlagerichtlinien investiert wurde. Das Vorliegen einer Selbstverwaltung durch die Anleger wurde verneint, weil die Investitionsentscheidungen – offenbar ohne Mitwirkung der Anleger – von der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH getroffen wurden. Den Erwerb und die anschließende Veräußerung von Immobilien/Liegenschaften hat die FMA nicht als operative Tätigkeit anerkannt. Diese Vorgehensweise der FMA überrascht insofern, als Immobiliengesellschaften, die Ihre Einkünfte nicht aus der Vermietung oder Verpachtung von Immobilien erzielen, bislang nicht im Visier der Aufsichtsbehörde standen.

## AUFSICHTSRECHTLICHE KONSEQUENZ

Aufsichtsrechtliche folgenschwere Konsequenz neben der Verhängung einer Verwaltungsstrafe ist unter anderem die Untersagung der Fortführung der Verwaltungstätigkeit durch die FMA. Der bestrafte Geschäftsführer selbst wird bei einer zukünftigen Beantragung einer Konzession bei der FMA wegen dieser Verwaltungsstrafe möglicherweise nicht als für eine Leitungsfunktion oder als Gesellschafter der konzessionierten Gesellschaft geeignet beurteilt werden (fit & proper Test). Denkbar sind natürlich auch Ansprüche geschädigter Anleger.

## STEUERRECHTLICHE KONSEQUENZ

Die Qualifikation einer Immobiliengesellschaft als AIF kann auch Auswirkungen auf die Besteuerung der Gesellschaft selbst und deren Anleger haben. Folgende Szenarien sind zu unterscheiden:

1. Die Immobiliengesellschaft ist ein "AIF in Immobilien". Laut dem kürzlich zirkulierten Entwurf der Investmentfondsrichtlinien 2018 handelt es sich dabei um einen AIF, der unabhängig vom Anlegerkreis direkt oder indirekt mehr als 50 % seiner Erträge aus der Überlassung oder Übertragung von Immobilien an Dritte erwirtschaftet. Im Fall des Vorliegens eines AIF in Immobilien ist zu differenzieren zwischen:
  - a. einem AIF in Immobilien, der unter § 7 Abs 3 Körperschaftsteuergesetz (KStG) fällt, also ein Körperschaftsteuersubjekt ist, und auf Grund der Rechtsform nach unternehmensrechtlichen Vorschriften zur Rechnungslegung verpflichtet ist, wie z.B. ein AIF in Immobilien in der Rechtsform einer GmbH oder einer AG; und
  - b. einem AIF in Immobilien, der nicht unter § 7 Abs 3 KStG fällt, wie z.B. ein AIF in Immobilien in der Rechtsform einer GmbH & Co KG.
2. Die Immobiliengesellschaft ist ein "normaler" AIF; dies ist der Fall, wenn die Immobiliengesellschaft höchstens 50 % ihrer Erträge aus der Überlassung oder Übertragung von Immobilien an Dritte erwirtschaftet.

In Szenario 1.a. (AIF in Immobilien, der unter § 7 Abs 3 KStG fällt) erfolgt die Besteuerung nach allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen: Der AIF in Immobilien selbst unterliegt der Körperschaftsteuer und die Investoren unterliegen mit ausgeschütteten Dividenden aus dem AIF in Immobilien grundsätzlich der Kapitalertragsteuer.

In Szenario 1.b. (AIF in Immobilien, der nicht unter § 7 Abs 3 KStG fällt) sind die steuerlichen Sonderbestimmungen des § 40 Immobilien-Investmentfondsgesetz (Immo-InvFG) anwendbar: Der AIF in Immobilien ist für steuerliche Zwecke transparent. Es erfolgt keine Ertragsbesteuerung auf Ebene des AIF in Immobilien. Vielmehr unterliegen die Anleger mit Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträgen aus dem AIF in Immobilien der Ertragsbesteuerung. Aufgrund der speziellen im Immo-InvFG

vorgesehenen Gewinnermittlungsvorschriften ist mindestens einmal jährlich eine Bewertung der Immobilien durch zwei unabhängige Sachverständige vorzunehmen.

In Szenario 2. ("normaler" AIF) sind die steuerlichen Sonderbestimmungen des § 186 Investmentfondsgesetz 2011 anwendbar: Der AIF ist für steuerliche Zwecke transparent. Es erfolgt keine Ertragsbesteuerung auf Ebene des AIF. Vielmehr unterliegen die Anleger mit Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträgen aus dem AIF der Ertragsbesteuerung.

Sowohl in Szenario 1.b. (AIF in Immobilien, der nicht unter § 7 Abs 3 KStG fällt) als auch in Szenario 2. ("normaler" AIF) führt die Nichtmeldung steuerrelevanter Daten durch einen steuerlichen Vertreter an die Oesterreichische Kontrollbank AG zur Qualifikation als "schwarzer" Investmentfonds und somit zu einer in der Regel nachteiligen Pauschalbesteuerung auf Ebene der Anleger.

Die Abgabenbehörden folgen bei der Beurteilung des Vorliegens eines AIF der aufsichtsrechtlichen Beurteilung durch die FMA; nur mangels einer solchen kommt es zur eigenständigen Einordnung durch die Abgabenbehörden.

## VORBEUGENDE MAßNAHMEN

Aufgrund der dargelegten aufsichts- und steuerrechtlichen Folgen ist es wichtig, bereits bei der konzeptionellen Ausgestaltung der jeweiligen Projekt-/Immobilien-gesellschaft (und nicht erst im Zuge einer FMA-Prüfung) aufsichtsrechtliche Überlegungen miteinzubeziehen und entsprechende Maßnahmen zu setzen, um die Konzessions- oder Registrierungspflicht nach dem AIFMG und damit eine Bestrafung wegen unerlaubten Geschäftsbetriebs samt möglichen nachteiligen Steuerfolgen zu vermeiden. Alternativ besteht natürlich die Möglichkeit für den AIFM, eine Konzession zu erlangen oder eine Registrierung als kleiner AIFM vorzunehmen. Die steuerliche Einordnung und wenn anwendbar die Meldung steuerlicher Daten an die OeKB sollten damit natürlich Hand in Hand gehen. Ganz allgemein sollten sich Unternehmen, gerade in der Immobilienbranche, darüber im Klaren sein, dass sie sich in einem dicht regulierten Bereich bewegen, wenn sie Geld bei Anlegern einsammeln. Die Frage der Anwendbarkeit des AIFMG ist nur ein Teil davon.

## Über WOLF THEISS

Durch die Kombination von lokalem Wissen mit internationaler Kompetenz und wirtschaftlichem Know-how hat sich WOLF THEISS seit der Gründung vor etwa 60 Jahren in Wien zu einer der größten Kanzleien in Mittel-, Ost- und Südosteuropa (CEE/SEE) entwickelt. Heute beschäftigen wir über 340 Juristen aus den unterschiedlichsten Rechtsbereichen in 13 Ländern.

Für etwaige Rückfragen stehen Ihnen unsere Experten jederzeit gerne zur Verfügung.



**RA Dr. Markus Heidinger, LL.M.**  
Partner, Experte für Fondsregulierung  
[markus.heidinger@wolftheiss.com](mailto:markus.heidinger@wolftheiss.com)  
T: +43 1 51510 5060



**RA/StB MMag. Dr. Niklas Schmidt**  
Partner, Experte für Steuerrecht  
[niklas.schmidt@wolftheiss.com](mailto:niklas.schmidt@wolftheiss.com)  
T: +43 1 51510 5410



**RA Mag. Mimo Hussein**  
Senior Associate, Experte für Fondsregulierung  
[mimo.hussein@wolftheiss.com](mailto:mimo.hussein@wolftheiss.com)  
T: +43 1 51510 5063



**RA MMag. Dr. Eva Stadler**  
Senior Associate, Expertin für Steuerrecht  
[eva.stadler@wolftheiss.com](mailto:eva.stadler@wolftheiss.com)  
T: +43 1 51510 5415