



MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Die steuerliche und bilanzielle Behandlung von
Immobilienfonds

verfasst von | submitted by
Mag.iur. Nikolaus Putz

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree
programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 992 984

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

Universitätslehrgang Steuerrecht und
Rechnungswesen (LL.M.)

Betreut von | Supervisor:

Mag. Karl Stückler

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Maßgebliche Fragestellungen	2
1.2	Methoden	3
1.3	Aufbau und Struktur der Arbeit	3
2	Grundlagen des Investmentfondswesen	5
2.1	Investmentfonds im Allgemeinen	5
2.2	Parteien des Investmentfondsgeschäfts	5
2.3	Grundprinzipien der Fondsbesteuerung	6
3	Rechtliche Grundlagen von Investmentfonds	7
3.1	Europarechtliche Grundlagen	7
3.1.1	OGAW-RL	7
3.1.2	AIFM-RL	7
3.1.3	Sonstige Rechtsgrundlagen	8
3.2	Rechtsgrundlagen in Österreich	9
3.2.1	Investmentfondsgesetz	9
3.2.1	Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz	10
3.2.2	Immobilien-Investmentfondsgesetz	12
4	Steuerliche Rahmenbedingungen für Immobilienfonds in Österreich	12
4.1.1	Allgemeines	13
4.1.2	Immobilienfonds iSd ImmoInvFG	14
4.1.3	Inländische AIF in Immobilien	15
4.1.4	Ausländische AIF in Immobilien	20
4.1.5	Ausländische Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien	21
4.1.5.1	Nicht- oder Niedrigbesteuerte AIF in Form einer Körperschaft	22
4.1.5.2	Ausländische Veranlagungsgemeinschaften	24
4.1.6	Andere Unterteilungen	27

5	Besteuerung von Immobilienfonds	28
5.1	Grundsätze der Besteuerung	28
5.1.1	Ausschüttungsgleiche Erträge	29
5.1.2	Zuflusszeitpunkt	29
5.1.3	Meldefonds	30
5.1.4	Nichtmeldefonds	31
5.1.5	Öffentliches Angebot	32
5.2	Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns	33
5.2.1	Bewirtschaftungsgewinne	34
5.2.2	Aufwertungsgewinne	35
5.2.3	Wertpapier- und Liquidationsgewinne	36
5.3	Erträge aus ausländischen Vermögenswerten	37
5.4	Verlustausgleich	39
5.5	Grundstücks-Gesellschaften	40
5.5.1	Allgemeines	40
5.5.2	Inländische Grundstücks-Kapitalgesellschaften	40
5.5.3	Inländische Grundstücks-Personengesellschaften	41
5.5.4	Ausländische Grundstücks-Gesellschaften	41
6	Bilanzielle und steuerliche Behandlung von Immobilienfonds auf Ebene der Anleger	41
6.1	Unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Personen	42
6.1.1	Anteile im Privatvermögen	42
6.1.1.1	Besteuerung von laufenden Erträgen bei Meldefonds	42
6.1.1.2	Besteuerung von laufenden Erträgen bei Nichtmeldefonds	44
6.1.1.3	Besteuerung von Veräußerungserträgen bei Meldefonds	47
6.1.1.4	Besteuerung von Veräußerungserträgen bei Nichtmeldefonds	47
6.1.1.5	Verlustausgleich	48
6.1.2	Anteile im Betriebsvermögen	50
6.1.2.1	Bilanzielle Behandlung	50
6.1.2.2	Steuerliche Behandlung	52

6.2	Körperschaften nach § 7 Abs 3 KStG	54
6.2.1	Bilanzielle Behandlung	55
6.2.2	Steuerliche Behandlung.....	55
6.3	Eigennützige Privatstiftungen.....	57
6.3.1	Außerbetrieblicher Bereich	58
6.3.2	Besonderheiten im betrieblichen Bereich	59
6.4	Beschränkt Steuerpflichtige.....	60
6.4.1	Beschränkte Steuerpflicht von Erträgen aus Immobilienfonds.....	61
6.4.2	Immobilienfonds in Doppelbesteuerungsabkommen.....	63
7	Conclusio.....	64
8	Literaturverzeichnis.....	67
8.1	Monografien und Kommentare	67
8.2	Beträge in Sammelwerken.....	68
8.3	Beiträge in Fachzeitschriften	68
8.4	Judikatur	69
8.5	Richtlinien, Erlässe und Sonstiges.....	69
9	Abbildungsverzeichnis	70
	Zusammenfassung / Abstract.....	71

Abkürzungsverzeichnis

AbgÄG	Abgabenänderungsgesetz
AfA	Absetzung für Abnutzung
AFRAC	Austrian Financial Reporting and Auditing Committee (Verein Österreichisches Rechnungslegungskomitee)
AIFM	Alternativer Investment Fonds Manager
AIFMG	Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz
AIFM-RL	Richtlinie (EU) über die Verwalter alternativer Investmentfonds
Art	Artikel
BAO	Bundesabgabenordnung
BMF	Bundesministerium für Finanzen
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ELTIF	EU-Verordnung zu Long-Term Investment Fonds
ESMA	Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuSEF	EU-Verordnung zu Social Entrepreneurship Fonds
EuVECA	EU-Verordnungen zu Venture Capital Fonds
f	folgende
ff	fortfolgende
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMV	Fonds-Melde-Verordnung 2015
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
hA	herrschende Ansicht
idR	in der Regel
ImmoInvFG	Immobilienfondsgesetz
Immo-KAG	Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien
insb	insbesondere

InvFG	Investmentfondsgesetz
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KES _t	Kapitalertragsteuer
KMG	Kapitalmarktgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammen- arbeit und Entwicklung
OECD-MA	OECD - Musterabkommen
OeKB	Österreichische Kontrollbank
OGAW	Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
OGAW-RL	Richtlinie (EU) über bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren
RL	Richtlinie
Rz	Randziffer
sog	sogenannt
TS	Teilstrich
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen
VO	Verordnung
VwG	Verwaltungsgesellschaft
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

1 Einleitung

Seit der Auflage des ersten Investmentfonds in Österreich im Jahr 1956 hat sich das Investmentfondswesen zu einem wichtigen Teil des österreichischen Finanzmarkts entwickelt. Während Veranlagungen in Investmentfonds anfangs überwiegend durch institutionelle Anleger vorgenommen wurden, wuchs der Anteil von Investmentzertifikaten am Finanzvermögen des Haushaltssektors (Selbständig Erwerbstätige, private Haushalte, private Organisationen ohne Erwerbszweck und Privatstiftungen) von 1% im Jahr 1982 auf etwa 10% im Jahr 2022.¹

Immobilienfonds als Sonderform von Investmentfonds bieten nicht nur ein risikoarmes Investment für institutionelle Anleger, sondern auch die Möglichkeit für Kleinanleger an Wertsteigerungen von Immobilien zu partizipieren. Dabei profitieren sie von einem geringen Kapitalaufwand, einer breiten Risikostreuung sowie der professionellen Veranlagung des investierten Geldes.

Die Entwicklung des Investmentfondswesens spiegelt sich auch in den regulatorischen Rahmenbedingungen wider. Vor allem der Beitritt zur Europäischen Union und die Finanzkrise 2008 haben zu einer starken Weiterentwicklung des rechtlichen Rahmens beigetragen, um einen möglichst hohen Anlegerschutz zu gewährleisten. Gleichzeitig wurde das Investmentfondswesen aber immer komplexer und unübersichtlicher. Dies zeigt sich auch an der dreigliedrigen gesetzlichen Umsetzung in Österreich bestehend aus Investmentfondsgesetz (InvFG)², Immobilien-Investmentfondsgesetz (ImmoInvFG)³ und Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz (AIFMG)⁴.

Die Komplexität des Immobilienfondswesens ist auch bei der Besteuerung sichtbar. Dies beginnt schon bei der Prüfung, ob das spezielle Besteuerungsregime für Immobilienfonds auf den Organismus überhaupt anwendbar ist. Immobilienfonds können in vielen unterschiedlichen Formen auftreten, sei es als gängige Rechtsform, in Satzungsform, als Trust oder in Vertragsform. Dementsprechend ist der Anwendungsbereich des ImmoInvFG sehr weit gefasst.⁵

¹ *Andreasch/Ully*, Investmentzertifikate – volatiles Standbein im Finanzvermögen privater Haushalte, abrufbar unter <https://www.oenb.at/Publikationen/Statistik/Statistiken---Daten-und-Analysen/2013/Statistiken---Daten-und-Analysen-Q1-13.html> (21.12.2023); siehe auch Statistik zu Finanzverflechtungen der Haushalte <https://www.oenb.at/isaweb/chart.do> (21.12.2023).

² Investmentfondsgesetz 2011 BGBl I 2011/77 idF BGBl I 2023/111.

³ Immobilien-Investmentfondsgesetz BGBl I 2003/80 idF BGBl I 2022/112.

⁴ Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz BGBl I 2013/135 idF BGBl I 2023/111.

⁵ *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg)*, Investmentfonds – Aufsicht und Besteuerung² (2019), V.

Die Besteuerung von Immobilienfonds an sich ist vom Transparenzprinzip geprägt. Demnach werden Erträge auf Ebene des Immobilienfonds berechnet und dann in Form von ausschüttungsgleichen Erträgen den Anteilseignern zugerechnet. Dafür müssen einerseits Immobilienfonds an sich aus steuerlicher Perspektive beurteilt werden, andererseits stellt sich die Frage, wie Erträge aus Immobilienfonds auf Ebene der Anleger zu beurteilen sind.⁶

Die anzuwendenden steuerlichen Bestimmungen weisen einige Besonderheiten auf. Es gibt unter anderem einen eigenen Gewinnbegriff, die Zurechnung der Einkünfte folgt eigenen Grundsätzen und die tatsächliche Besteuerung ist abhängig von den Eigenschaften des Immobilienfonds sowie der Anteilseigner. Die Bestimmungen des ImmoInvFG werden ergänzt durch allgemeine ertragsteuerliche Bestimmungen.⁷

1.1 Maßgebliche Fragestellungen

Diese Arbeit zielt darauf ab, die ertragsteuerliche Behandlung von Immobilienfonds in Österreich verständlich darzustellen. In einem ersten Schritt werden daher die Ausgestaltung von Investmentfonds und die anzuwendenden Rechtsnormen betrachtet, um einen Überblick über das Investmentfondswesen an sich zu erhalten. Danach steht die Besteuerung von Immobilienfonds im Speziellen im Vordergrund. Es werden einerseits die steuerlichen Besonderheiten von Immobilienfonds beschrieben und andererseits die Besteuerung von Erträgen aus Immobilienfonds auf den unterschiedlichen Ebenen erörtert.

In diesem Zusammenhang ergeben sich daher insbesondere folgende Fragestellungen:

- Was zeichnet einen Immobilienfonds im Sinne der österreichischen Gesetzgebung aus?
- Auf welche Organsimen ist das besondere Besteuerungsregime für Immobilienfonds anzuwenden und was zeichnet diese Organismen aus?
- Welche steuerlichen Besonderheiten ergeben sich bei Immobilienfonds und wie wird deren Gewinn ermittelt?
- Wie werden Anteile an Immobilienfonds sowie die daraus resultierenden Erträge auf Ebene der unterschiedlichen Anleger sowohl bilanziell als auch steuerlich behandelt?
- Wie findet die Steuererhebung für Erträge aus Immobilienfonds statt?

⁶ Edlbacher, Besteuerung von Investmentfonds (2018), 1 f.

⁷ Marschner, Investmentfonds in Fallbeispielen³ (2017), Rz 9 ff.

1.2 Methoden

Die im Rahmen dieser Master Thesis angewandten Methoden orientieren sich an den allgemeinen wissenschaftlichen und juristischen Grundsätzen. Neben der Literaturrecherche ist auch die Analyse von Gesetzestexten und Judikatur von großer Bedeutung.

Zur Beantwortung der zentralen Fragestellungen erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit der bestehenden Rechtslage sowie mit der wesentlichen Literatur im Zusammenhang mit der steuerlichen Behandlung von Immobilienfonds in Österreich. Aktuelle Literaturbeiträge wurden bis zur Fertigstellung der Master Thesis laufend eingearbeitet. Der Schwerpunkt liegt auf der österreichischen Literatur und Judikatur. Sofern es zweckmäßig erscheint, wird auch auf die europäische Rechtslage und Rechtsprechung eingegangen.

1.3 Aufbau und Struktur der Arbeit

Zu Beginn der Arbeit wird durch allgemeine Ausführungen zu Investmentfonds ein Überblick über das Thema Investmentfonds und deren besonderen Besteuerung gegeben. Mit Ausführungen zur rechtlichen Entwicklung des Investmentfondswesens und der Beschreibung der aktuellen Rechtsvorschriften werden die rechtlichen Grundlagen von Investmentfonds in der Europäischen Union und speziell in Österreich beleuchtet.

Im weiteren Verlauf der Arbeit ist der Fokus auf Immobilienfonds als spezielle Ausgestaltung von Investmentfonds gerichtet. In einem ersten Schritt werden die steuerlichen Rahmenbedingungen für Immobilienfonds in Österreich dargestellt. Dabei werden die unterschiedlichen Formen von Immobilienfonds, die in Österreich der Besteuerung unterliegen, ausgeführt und auf deren Tatbestandsmerkmale detailliert eingegangen.

Im nächsten Schritt wird die Besteuerung von Immobilienfonds im Detail beschrieben. Neben den grundlegenden Merkmalen der Immobilienfondsbesteuerung werden die einzelnen Gewinnkomponenten von Immobilienfonds und deren Ermittlung sowie die Behandlung von sogenannten Grundstücks-Gesellschaften dargestellt.

Der letzte Teil der Arbeit widmet sich der bilanziellen und steuerlichen Behandlung von Investmentfonds auf Ebene der unterschiedlichen Anteilseigner. Im Fokus stehen dabei natürliche Personen, Körperschaften iSd § 7 Abs 3 KStG⁸ und eigennützige Privatstiftungen im au-

⁸ Körperschaftsteuergesetz 1988 BGBl I 1988/401 idF BGBl I 2023/110.

ßerbetrieblichen Bereich. Dabei wird neben der allgemeinen Besteuerung der Erträge aus Immobilienfonds auch auf Besonderheiten resultierend aus den Eigenschaften der Anteilseigner eingegangen und die Methode der Steuererhebung beschrieben. Zum Abschluss wird die Besteuerung von Erträgen aus Immobilienfonds bei beschränkter Steuerpflicht in Österreich und die Zuweisung des Besteuerungsrechts anhand des OECD-Musterabkommens (OECD-MA)⁹ im Überblick dargestellt.

⁹ OECD-Musterabkommen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung 2017, 21.11.2017.

2 Grundlagen des Investmentfondswesen

2.1 Investmentfonds im Allgemeinen

Ein Investmentfonds ist ein Finanzinstrument, mit dem mehrere Anleger gemeinsam Vermögen zum Zweck der Wertsteigerung anlegen. Das Vermögen wird dabei von einem Fondsmanager verwaltet und besteht aus unterschiedlichen Vermögenswerten, vor allem Wertpapieren, Geldmarktinstrumenten und andere Vermögenswerten. Ein Immobilienfonds ist ein Investmentfonds, der das Anlegervermögen größtenteils in Immobilien investiert.¹⁰

Aus rechtlicher Sicht ist ein Investmentfonds ein Sondervermögen, das im Miteigentum der Anteilsinhaber steht und vom Vermögen der Verwaltungsgesellschaft getrennt ist. Das eingesammelte Kapital wird nach den Grundsätzen der Risikostreuung in vorab festgelegte Anlagegüter veranlagt.¹¹ Im Vergleich dazu steht bei Immobilienfonds das Sondervermögen im Eigentum der Verwaltungsgesellschaft, das diese treuhändig für die Anteilsinhaber hält.¹²

Investmentfonds zeichnen sich durch einen hohen Anlegerschutz, eine breite Risikostreuung und eine professionelle Führung aus. Investmentfonds unterliegen restriktiven gesetzlichen Vorgaben, haben umfassende Informationspflichten gegenüber ihren Anlegern und werden von der Finanzmarktaufsicht kontrolliert. Zusammen mit dem Status von Investmentfonds als Sondervermögen wird ein hoher Schutz für Anleger gewährt. Darüber hinaus ist es Anlegern mittels Investmentfonds möglich, mit wenig Kapital in viele Finanzinstrumente zu investieren und somit eine breite Diversifikation zu erzielen. Immobilienfonds im Speziellen bieten die Möglichkeit, an der Wertsteigerung von Immobilien zu partizipieren, ohne einen kapitalintensiven Immobilienerwerb vornehmen und sich danach noch um Vermietung und Instandhaltung der Immobilie kümmern zu müssen.¹³

2.2 Parteien des Investmentfondsgeschäfts

Die Charakteristika von Investmentfonds spiegeln sich auch in den beteiligten Parteien des Investmentfondswesen wider. Dieses umfasst grundsätzlich drei Parteien:

¹⁰ Siehe dazu die entsprechenden Ausführungen auf: <https://hausinvest.de/wissen/finanzwiki/investmentfonds-alles-wissenswertes-einfach-erklart/> (20.12.2023)

¹¹ Flor/Kammel in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 2.

¹² Pejchovsky/Teubenbacher, Die Besteuerung von in- und ausländischen Immobilienfonds in Österreich, in Haunold/Kovar/Schuch/Währlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ (2021), 410.

¹³ Flor/Kammel in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 4 ff.

- die Verwaltungsgesellschaft, die das Fondsvermögen nur verwaltet,
- die Depotbank, die die Anteile der Investoren verwahrt, den Verkauf und Rückkauf von Investmentzertifikaten durchführt, den Ausgabe- und Rücknahmepreis der Anteile veröffentlicht und die Gewinnanteile an die Anteilsinhaber auszahlt,
- die Anteilsinhaber.¹⁴

2.3 Grundprinzipien der Fondsbesteuerung

Die Besteuerung von Investmentfonds in Österreich ist durch ein spezielles Besteuerungsregime gekennzeichnet, das allgemeine ertragssteuerliche Grundsätze mit eigenen Sonderregelungen verbindet, um den Besonderheiten des Investmentfondswesens gerecht zu werden.

Die Besteuerung von Investmentfonds folgt grundsätzlich dem Transparenzprinzip. Das bedeutet, dass Investmentfonds selbst keine Steuersubjekte sind, stattdessen werden die vom Investmentfonds erwirtschafteten Erträge den Anlegern zugerechnet und in weiterer Folge auf Ebene der Anleger besteuert. Die tatsächliche Besteuerung auf Ebene der Anteilsinhaber richtet sich einerseits nach der Art der vom Investmentfonds erzielten Erträge (ua Bewirtschaftungsgewinne, Zinsen, Dividenden, Substanzgewinne) und andererseits nach der Person und den Verhältnissen des Anteilsinhabers (juristische und natürliche Person sowie Privat- oder Betriebsvermögen).¹⁵

Das Transparenzprinzip folgt der Überlegung, dass die Besteuerung beim Anteilsinhaber, trotz Zwischenschaltung eines Investmentfonds, entsprechend einer direkten Veranlagung erfolgen soll.¹⁶ Die allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätze des Transparenzprinzips werden in einigen Bereichen von den steuerlichen Sonderbestimmungen des InvFG und des ImmoInvFG als *leges speciales* verdrängt. Dies betrifft vor allem den Zeitpunkt und die Form der Einkünftezurechnung, die Einkünfteermittlung und die Wirtschaftsguteigenschaft des Fondsanteils. Eine vollständige Gleichstellung der Anleger eines Investmentfonds mit Direktanlegern findet daher nicht statt.¹⁷

¹⁴ *Lasslesberger*, Finanzierung von A bis Z (2005), 134.

¹⁵ *Steinhausner*, Ertragsbesteuerung inländischer Risikokapitalfonds (2018), 275 ff.

¹⁶ *Edlbacher/Hofer/Hubmann/Maier/Puchinger/Rindler/Seidl/Weinzierl*, Steuerberaterinformation 2023⁴¹, Rz 4033.

¹⁷ *Steinhausner*, Ertragsbesteuerung 289 ff.

3 Rechtliche Grundlagen von Investmentfonds

Die rechtliche Grundlage für Investmentfonds in Österreich wurde bereits 1963 mit dem InvFG geschaffen, wobei Österreich als viertes Land in Europa ein Gesetz zu Investmentfonds erlassen hat. Mit dem starken Anstieg des Fondsvolumens in den letzten Jahrzehnten¹⁸ und dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für Investmentfonds sowohl auf EU-Ebene als auch in Österreich stark verändert.¹⁹

3.1 Europarechtliche Grundlagen

Die europäische Rechtsgrundlage des Investmentfondswesens besteht aus zwei großen Rahmenwerken - der OGAW-Richtlinie und der AIFM-Richtlinie. Diese werden durch einzelne kleinere Rahmenwerke sowie unmittelbar anwendbare Verordnungen und Durchführungsmaßnahmen ergänzt.²⁰

3.1.1 OGAW-RL

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Investmentfonds in der EU²¹ wurden 1985 mit der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren, kurz OGAW-RL²², geschaffen. Die Richtlinie, die im Laufe der Jahre mehrmals überarbeitet wurde, ist das erste große europäische Rahmenwerke für Investmentfonds und auch Grundlage für das österreichische Investmentfondsgesetz.²³ Ziel der Richtlinie ist die Vereinheitlichung des Rechtsrahmens für Investmentfonds, die Regulierung von investitionsfähigen Finanzanlagen und die Schaffung von Standards für einen wirksamen und einheitlichen Anlegerschutz.²⁴

3.1.2 AIFM-RL

Während die OGAW-RL die Regulierung von Investitionsvehikeln in Wertpapiere und andere liquide Finanzanlagen zum Gegenstand hat, gab es lange Zeit keinen einheitlichen Rechts-

¹⁸ Das Fondsvolumen ist seit 1956 von € fünf Mio auf einen Höchststand von € 218,8 Mrd im Jahr 2021 angestiegen (Vereinigung österreichischer Investmentgesellschaften, https://www.voeig.at/voeig/internet_4.nsf/sysPages/investmentfondmarkthistorisch.html, Stand 27.06.2023).

¹⁹ Kerbl/Winkelbauer in *Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht 2021*, 175.

²⁰ Flor/Kammel in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 5.

²¹ Zum damaligen Zeitpunkt noch Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.

²² Die aktuelle Fassung ist Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW).

²³ Flor/Kammel in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 5.

²⁴ Denk/Pelinka, *Handbuch Mietrecht* (2022), 539 f.

rahmen für Investmentvehikel, die in andere Assetklassen investieren. Im Zuge der Finanzkrise wurde schließlich offensichtlich, dass viele Finanzgeschäfte auf EU-Ebene nicht ausreichend reguliert sind. Als Ergänzung zum OGAW-Rahmenwerk wurde daher mit der Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwaltung alternativer Investmentfonds, kurz AIFM-RL, eine weitergehende Regulierung für noch nicht erfasste Fondskonstruktionen geschaffen. Dabei sollte die Richtlinie einen möglichst weiten Anwendungsbereich haben.²⁵

Die AIFM-RL umfasst Alternative Investmentfonds (AIF), die nicht als OGAW qualifiziert werden. Sie stellt im Unterschied zur OGAW-RL nicht auf die Ausgestaltung des Produktes ab, sondern auf die Aktivitäten des Alternativen Investmentfonds Managers (AIFM). Die Rechtsform oder der Anlagefokus des AIF ist dagegen nicht relevant.²⁶

Das AIFM-Rahmenwerk ist grundsätzlich auf AIF anzuwenden, wenn diese einen Bezug zur EU aufweisen. Der Geltungsbereich umfasst daher

- EU-AIFM, die einen oder mehrere AIF verwalten,
- nicht-EU-AIFM, die einen oder mehrere EU-AIF verwalten, unabhängig vom tatsächlichen Vertrieb in der EU,
- nicht-EU-AIFM, die einen oder mehrere AIF in der EU vertreiben.²⁷

3.1.3 Sonstige Rechtsgrundlagen

Zusätzlich zu den beiden oben genannten Rahmenwerken existieren weitere europäische Rechtsquellen, wie unter anderem teilweise direkt anwendbare Durchführungsmaßnahmen der Europäischen Kommission sowie EU-Verordnungen zu Venture Capital Fonds (EuVECA)²⁸, Social Entrepreneurship Fonds (EuSEF)²⁹ oder die erst kürzlich überarbeitete Verordnung zu European Long-Term Investment Fonds (ELTIF)^{30,31}.

²⁵ *Steinhauser*, Ertragsbesteuerung 26 f.

²⁶ *Flor/Kammel/Zibuschka/Meta*, InvFG 2011 und AIFMG³ (2017), 30 f.

²⁷ *Denk/Pelinka*, Mietrecht 540.

²⁸ VO (EU) 345/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2013 über Europäische Risikokapitalfonds.

²⁹ VO (EU) 346/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2013 über Europäische Fonds für soziales Unternehmertum.

³⁰ VO (EU) 760/2015 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über europäische langfristige Investmentfonds sowie VO (EU) 2023/760 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2023 zur Änderung der VO (EU) 2015/760.

³¹ *Flor/Kammel/Zibuschka/Meta*, InvFG³ 16.

3.2 Rechtsgrundlagen in Österreich

Das österreichische Investmentfondswesen ist stark geprägt vom europäischen Rechtsrahmen, der einerseits durch mehrere Novellierungen des Investmentfondsgesetzes und andererseits durch neu erlassene nationale Gesetze umgesetzt wurde. Heute bilden drei Säulen bestehend aus InvFG, ImmoInvFG und AIFMG die Grundlage des österreichischen Investmentfondsrechts. Diese Säulen werden ergänzt durch unmittelbar anwendbare EU-Bestimmungen sowie andere nationale Gesetze³² und Verordnungen^{33, 34}.

Im Folgenden werden die österreichischen Rechtsgrundlagen für Investmentfonds kurz beschrieben. Dabei werden auch die wichtigsten Fondsarten im Überblick dargestellt. Die verschiedenen Immobilienfonds, die der Besteuerung in Österreich unterliegen, werden anschließend in Kapitel 4 – Steuerrechtliche Rahmenbedingungen für Immobilienfonds ausführlich behandelt.

3.2.1 Investmentfondsgesetz

Zentrale Bestimmung des österreichischen Investmentfondsrechts ist das InvFG, das die OGAW-RL in nationales Recht umsetzt und die Rahmenbedingungen festlegt, zu denen ein Organismus für gemeinsame Anlagen in Wertpapiere oder auch Investmentfonds in Österreich aufgelegt, verwaltet und vertrieben werden darf.³⁵

Neben Investmentfonds und anderen Fondsvehikel umfasst das InvFG im 3. Teil auch Alternative Investmentfonds in Form von Spezialvermögen, anderen Sondervermögen sowie Pensionsinvestmentfonds. Auf diese AIF sowie deren Verwaltungsgesellschaften sind nicht nur die Bestimmungen des InvFG anzuwenden, sondern auch jene des AIFMG. Dabei kann es auch zu einer Normenkollision kommen, die derart aufgelöst wird, dass bei Widersprüchen immer die detailliertere, genauere und dem Anlegerschutz vorteilhaftere Bestimmung zur Anwendung kommt.³⁶

Ein Investmentfonds iSd InvFG ist ein Sondervermögen, das keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, sondern im Miteigentum der Anteilsinhaber steht und in gleiche, in Wertpapiere verkörperte Anteile zerfällt. Der Investmentfonds dient der Veranlagung der Gelder der An-

³² siehe ua Bankwesengesetz, Wertpapieraufsichtsgesetz sowie Börsegesetz.

³³ siehe ua Fonds-Melde-Verordnung 2015 oder Wertpapierleih- und Pensionsgeschäfteverordnung.

³⁴ Flor/Kammel in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 8 f.

³⁵ Steinhäuser, Ertragsbesteuerung 25 f.

³⁶ Damm/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 38.

teilsinhaber für gemeinsame Rechnung in liquide Finanzanlagen. Die Veranlagung hat nach dem Grundsatz der Risikostreuung zu erfolgen. Im InvFG regulierte Investmentfonds zeichnen sich weiters dadurch aus, dass die Anteilsinhaber ein jederzeitiges Rückgaberecht der Anteile gegenüber dem Investmentfonds haben, sofern das keine erheblichen Abweichungen auf den Kurs der OGAW-Anteile im Vergleich zum Nettoinventarwert zur Folge hat. Darüber hinaus sind Investmentfonds iSd InvFG durch die nationale Behörde zu bewilligen.³⁷

Der Investmentfonds wird von einer Verwaltungsgesellschaft (VwG) verwaltet und ist von dessen Vermögen getrennt. Die Depotbank verwahrt die Vermögenswerte des Investmentfonds, berechnet den Aus- und Rückgabepreis der Anteile und übernimmt Kontrollrechte. Zusammen mit den zwingenden Veranlagungsvorschriften eines Investmentfonds führt das zu einer Diversifikation der angelegten Vermögenswerte und dem Schutz der Anleger im Falle der Insolvenz der VwG.³⁸

3.2.1 Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz

Bis zur Umsetzung der AIFM-RL waren Investmentfonds, die die Definition eines OGAW nicht erfüllten, teilweise in Spezialnormen geregelt. Das InvFG hatte Sonderregelungen für AIF, Spezialfonds, andere Sondervermögen und Pensionsinvestmentfonds. Darüber hinaus gab es mit dem ImmoInvFG und dem Beteiligungsfondsgesetz (BetFG)³⁹ eigene Gesetze für offene Immobilienfonds und Beteiligungsfonds.⁴⁰

Die Umsetzung der AIFM-RL erfolgte einerseits durch entsprechende Adaptierung der bestehenden Gesetze InvFG und ImmoInvFG, um diese AIFM-kompatibel zu machen und andererseits durch Erlass eines eigenen Gesetzes, dem AIFMG, das den regulatorischen Rahmen für all jene AIF-Konstruktionen bilden soll, die nicht schon von den beiden bestehenden Gesetzen umfasst sind. Dem AIFMG kommt somit eine Auffangfunktion zu.⁴¹

Aufgrund der dreigliedrigen Umsetzung der AIFM-RL in Österreich ergeben sich drei Kategorien von AIF, die sich einerseits durch die Verankerung in unterschiedlichen Gesetzen und andererseits durch die Produkthanforderungen unterscheiden. Während AIF iSd InvFG und

³⁷ Bollenberger/Kellner, InvFG – Investmentfondsgesetz (2016), 11 ff.

³⁸ Flor/Kammel in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 2.

³⁹ Das Beteiligungsfondsgesetz wurde mit Inkrafttreten des AIFMG aufgehoben, BGBl I 2013/135.

⁴⁰ Steinhäuser, Ertragsbesteuerung 26 f.

⁴¹ Flor/Kammel in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 8.

ImmoInvFG klare und umfassende Produkthanforderungen erfüllen müssen, ist das für AIF iSd AIFMG nicht der Fall.⁴²

Der Anwendungsbereich des AIFMG stellt in erster Linie nicht auf den AIF ab, sondern auf den Alternativen Investmentfonds Manager. Darunter fällt jede juristische Person, deren normale Geschäftstätigkeit in der Verwaltung von AIF besteht. Ein AIFM kann eine externe Verwaltungsgesellschaft sein, aber auch ein AIF selbst, wenn es die Rechtsform zulässt und kein externer Verwalter bestellt wird. In diesem Fall ist der AIF gleichzeitig auch der AIFM.⁴³

Die Definition des AIF nach AIFMG ist im Sinne der Auffangfunktion für nicht anderweitig regulierte Fondskonstruktionen entsprechend weit ausgefallen und wurde von der AIFM-RL weitestgehend übernommen. Nach § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG ist ein AIF *„jeder Organismus für gemeinsame Anlagen einschließlich seiner Teilfonds, der 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 der Organismus nicht als OGAW zu qualifizieren ist.⁴⁴ Als negative Abgrenzung werden AIF daher so definiert, dass all jene Fondsvehikel, die die Voraussetzungen eines OGAW erfüllen, vom AIFMG ausgenommen sind.⁴⁵ Für nähere Details zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen siehe Punkt 4.1.3.

Für die Einstufung als AIF iSd AIFMG ist es daher weder erforderlich, dass eine Investition in Wertpapiere stattfindet, noch dass der Grundsatz der Risikostreuung umgesetzt wird. Darüber hinaus ist es unbeachtlich, welche Rechtsform der AIF aufweist oder ob es sich um ein offenes oder geschlossenes Fondsvehikel handelt. Auch der Anlagefokus ist für die Einstufung als AIF nicht relevant.⁴⁶

Der breite Anwendungsbereich wird teilweise eingeschränkt. Demnach ist das AIFMG unter anderem nicht auf Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge, Holdinggesellschaften und

⁴² Flor/Kammel/Zibuschka/Meta, InvFG³ 32 f.

⁴³ Leitgeb/Strimitzer, Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz – ausgewählte aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, RdW 2013, 522 (522).

⁴⁴ Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz BGBl I 2013/135 idF BGBl I 2022/237.

⁴⁵ Damm/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 46 f.

⁴⁶ Gerstner/Leitner, Geschlossene Immobilienfonds und kollektive Immobilien-Investments im Fokus des AIFMG, ÖBA 2013, 566 (566).

staatliche Stellen bzw. Gebietskörperschaften, die Fonds zur Unterstützung von Sozialversicherungs- und Pensionssystemen verwalten, anzuwenden.⁴⁷

3.2.2 Immobilien-Investmentfondsgesetz

Das ImmoInvFG ist seit September 2003 in Kraft und regelt die rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen für offene Immobilienfonds, die an Privatkunden vertrieben werden. Analog zum InvFG dient das ImmoInvFG vor allem der Produktregulierung und dem größtmöglichen Anlegerschutz. Im Zuge der Umsetzung der AIFMG-RL wurden noch nicht erfasste Immobilienfonds im AIFMG reguliert. Dabei wurde auch der Anwendungsbereich des ImmoInvFG erweitert und ist seitdem in gewissen Bereichen – vor allem bei den Vorschriften zur Besteuerung von Immobilienfonds - auch für AIF in Immobilien iSd AIFMG anzuwenden. Daraus ergibt sich, dass sowohl das ImmoInvFG als auch das AIFMG für Immobilienfonds relevant sind und parallel betrachtet werden müssen.⁴⁸

Ein Immobilienfonds ist ein Sondervermögen, das in gleiche in Wertpapiere verkörperte Anteile zerfällt und überwiegend aus bebauten und unbebauten Grundstücken sowie grundstücksgleichen Rechten besteht. Im Gegensatz zu Investmentfonds steht das Fondsvermögen nicht im Miteigentum der Anteilsinhaber, sondern im Eigentum der Verwaltungsgesellschaft (Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien). Sie hält das Vermögen treuhändig für die Anteilsinhaber.⁴⁹ Für nähere Details der Definition von inländischen Immobilienfonds siehe Punkt 4.1.2.

4 Steuerliche Rahmenbedingungen für Immobilienfonds in Österreich

Die Besteuerung von Immobilienfonds in Österreich richtet sich nach deren rechtlichen und tatsächlichen Merkmalen. Die Ausgestaltung des Immobilienfonds kann einerseits Auswirkungen auf die steuerliche Behandlung des Fonds selbst haben und andererseits auch auf Ebene der Anteilsinhabern unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen.

Das ImmoInvFG trifft grundsätzlich eine Unterteilung in in- und ausländischen Immobilienfonds. Darüber hinaus wird unter anderem unterschieden zwischen Publikums- und Spezialfonds sowie offenen und geschlossenen Fonds.

⁴⁷ *Fuhrmann/Kerbl/Löw/Resch*, AIFMG – Anwendungsbereich und steuerliche Konsequenzen, Immolex 2014, 11 (12).

⁴⁸ *Denk/Pelinka*, Mietrecht 540.

⁴⁹ *Pejchovsky/Teubenbacher* in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung⁵ 410.

Im Folgenden werden die Immobilienfonds, die in Österreich der Besteuerung unterliegen, beschrieben und die einzelnen Tatbestandsmerkmale detailliert dargestellt.

4.1.1 Allgemeines

Die steuerlichen Bestimmungen für Immobilienfonds in Österreich finden sich im ImmoInvFG. Das AIFMG selbst verfügt zwar über keine eigenen Regelungen zur Besteuerung, mit der Umsetzung der AIFM-RL wurden jedoch Anknüpfungspunkte für die Besteuerung von AIF in Immobilien im ImmoInvFG geschaffen. Neben dem ImmoInvFG sind für Besteuerung von Immobilienfonds auch die Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Meldung der steuerrelevanten Daten für Investmentfonds, Immobilienfonds und AIF (Fonds-Melde-Verordnung 2015, FMV)⁵⁰ und die Investmentfondsrichtlinien 2018 (InvFR)⁵¹ relevant.⁵²

Die steuerlichen Sonderbestimmungen für Immobilienfonds sind nach §§ 40 und 42 ImmoInvFG auf folgende Fondskonstruktionen anzuwenden:

1. Immobilienfonds iSd ImmoInvFG,
2. inländische AIF in Immobilien einschließlich Immobilienspezialfonds iSd § 1 Abs 3 ImmoInvFG, ausgenommen Körperschaften nach § 7 Abs 3 KStG,
3. ausländische AIF in Immobilien iSd AIFMG, ausgenommen der AIF ist mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar,
4. jede einem ausländischen Recht unterstehende Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien, die nach Gesetz, Satzung oder tatsächlicher Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung errichtet ist und eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt:
 - Die Veranlagungsgemeinschaft unterliegt im Ausland tatsächlich direkt oder indirekt keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer,
 - die Gewinne der Veranlagungsgemeinschaft unterliegen im Ausland einer der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer, deren anzuwendender Steuersatz um mehr als zehn Prozentpunkte niedriger als die österreichische Körperschaftsteuer ist oder

⁵⁰ Fonds-Melde-Verordnung 2015, BGBl II 2015/167.

⁵¹ Investmentfondsrichtlinie 2018, Richtlinie des BMF vom 19.07.2018, BMF-010200/0019-IV/1/2018, BMF-AV Nr 106/2018.

⁵² Engel-Kazemi/Teubenbacher in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds², 95, 184.

- die Veranlagungsgemeinschaft ist im Ausland Gegenstand einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Befreiung.⁵³

Das ImmoInvFG unterscheidet daher grundsätzlich zwischen in- und ausländischen Immobilienfonds, ohne jedoch eine Definition für die Herkunft eines Fonds festzulegen. Daher muss auf die Definition im AIFMG zurückgegriffen werden. Der Herkunftsstaat eines AIF in Immobilien ist nach AIFMG jener Staat, in dem der AIF zugelassen oder registriert ist. Bei mehrfacher Registrierung ist die erste relevant. Sofern keine Zulassung oder Registrierung in einem Mitgliedstaat besteht, wird auf den Sitz oder die Hauptverwaltung des AIF abgestellt.⁵⁴

4.1.2 Immobilienfonds iSd ImmoInvFG

Inländische Immobilienfonds, die an Privatkunden vertrieben werden, sind gemäß § 1 Abs 1 ImmoInvFG analog zu Investmentfonds ein Sondervermögen, welches in gleiche, in Wertpapiere verkörperte Anteile zerfällt. Bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen unterliegen Immobilienfonds den gesamten Vorschriften des ImmoInvFG.⁵⁵

Das Fondsvermögen wird durch einen Fondsmanager verwaltet, der bei Immobilienfonds Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien (Immo-KAG) genannt wird. Im Gegensatz zu OGAW steht das Fondsvermögen nicht im Miteigentum der Anteilsinhaber. Die Immo-KAG hält das Fondsvermögen im Treuhandeigentum im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Anteilsinhaber. Dies hat vor allem grundbuchsrechtliche Überlegungen, da so die Immo-KAG als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann. Die Anteilsscheine am Immobilienfonds verbriefen daher keine Miteigentumsanteile wie bei einem Investmentfonds, sondern schuldrechtliche Forderungsrechte gegenüber der Immo-KAG und der Depotbank.⁵⁶

Immobilienfonds können das Fondsvermögen nur in bestimmte Vermögenswerte iSd §§ 21 ff ImmoInvFG investieren. Darunter fallen im Wesentlichen:

- Immobilien in der EU oder EWR
 - Bebaute Grundstücke
 - Grundstücke in Bebauung (max 40% des Fondsvermögens)
 - unbebaute Grundstücke, die bebaut werden sollen (max 30% des Fondsvermögens)

⁵³ § 1 Abs 1b iVm § 42 ImmoInvFG. idF BGBl I 2022/112.

⁵⁴ *Steinhauser*, Ertragsbesteuerung 285 f.

⁵⁵ *Kammel*, Einführung in das Bank- und Kapitalmarktrecht² (2019), 223.

⁵⁶ *Cserny* in *Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg)*, Handbuch Konzernsteuerrecht² (2014), 342.

- Baurechte, Superädifikate, Miteigentum und Wohnungseigentum an solchen Grundstücken.
- andere Immobilien innerhalb der EU oder EWR (max 10% des Fondsvermögens)
- bebaute oder im Bau befindliche Immobilien sowie Grundstücke zur Bebauung in Drittstaaten (max 20% des Fondsvermögens)
- Beteiligungen an Grundstücksgesellschaften (max 49% des Fondsvermögens).

Daneben kann ein Immobilienfonds das Fondsvermögen in einem gewissen Ausmaß auch in liquide Finanzmittel veranlagen.⁵⁷

Zu beachten ist, dass Immobilienfonds, die an Privatkunden vertrieben werden, nach § 5 Abs 2 ImmoInvFG eine maximale Fremdfinanzierungsquote von 50% im Vergleich zum Verkehrswert der Vermögenswerte aufweisen dürfen.⁵⁸

Obwohl ein Immobilienfonds iSd ImmoInvFG als AIF und somit nicht als OGAW zu qualifizieren ist, ist dieser gemäß § 22 ImmoInvFG nach dem Grundsatz der Risikostreuung zu veranlagen. Die Voraussetzung der Risikostreuung ist erreicht, wenn er aus zumindest zehn qualifizierten Vermögenswerten besteht, wobei ein Einzelinvestment nicht mehr als 20% des gesamten Immobilienvermögens ausmachen darf. Wird ein Immobilienfonds neu aufgelegt, besteht eine Frist von vier Jahren zum Erreichen der Mindest-Risikostreuung. Immobilienspezialfonds müssen ihr Vermögen nur in mindestens fünf Immobilien veranlagen. Darüber hinaus gilt für diese eine Wertgrenze von 40% des Fondsvermögens pro Immobilie.⁵⁹

4.1.3 Inländische AIF in Immobilien

Inländische AIF in Immobilien sind AIF iSd AIFMG, deren Herkunftsstaat Österreich ist und die das Fondsvermögen überwiegend in Immobilien veranlagen. Ein AIF wird als AIF in Immobilien bezeichnet, wenn er mehr als 50% der Erträge aus Immobilienvermögen erwirtschaftet. Ausgenommen von der Anwendung des ImmoInvFG sind AIF in Immobilien, die als eine Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG zu qualifizieren sind.⁶⁰

Für die Definition des AIF in Immobilien sind daher die Tatbestandsmerkmale des AIF iSd AIFMG heranzuziehen. Demnach ist ein AIF iSd AIFMG

⁵⁷ *Pejchovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*⁵ 410.

⁵⁸ § 5 ImmoInvFG BGBl I 2003/80 idF BGBl I 2022/112.

⁵⁹ *Cserny in Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg), Konzernsteuerrecht*² 342.

⁶⁰ *Denk/Pelinka, Mietrecht* 541.

- jeder Organismus
- für gemeinsame Anlagen (einschließlich seiner Teilfonds), der
- 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 der nicht als OGAW zu qualifizieren ist.⁶¹

Die aufgezählten Tatbestandsvoraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Definition des AIF wird im AIFMG nicht näher ausgeführt und ist daher durch Auslegung zu konkretisieren. Dazu können Leitlinien der European Securities and Markets Authority (ESMA)⁶² oder Frequently Asked Questions der Finanzmarktaufsicht (FMA) zur Anwendung des AIFMG⁶³ herangezogen werden.⁶⁴

Ein Organismus ist ein rechtlich oder wirtschaftlich selbständiges Vermögen. Dabei ist es unbeachtlich, welche Rechtsform das Vermögen hat oder in welcher Form die Anleger beteiligt sind. Es kann sich um eine gesellschaftsrechtliche, mitgliedschaftliche oder schuldrechtliche Beteiligungsform handeln. Typische Beispiele sind: Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, GesbR, Privatstiftungen und Trusts sowie auch sonstige Sondervermögen.⁶⁵

Gemeinsame Anlage in Form eines Organismus bedeutet, dass Kapital gebündelt wird, um für die Anteilsinhaber eine gemeinschaftliche Rendite aus dem Kaufen, Halten und Verkaufen von Vermögensgegenständen zu erwirtschaften. Dabei müssen die Anteilsinhaber sowohl am Gewinn als auch am Verlust beteiligt sein. Darüber hinaus dürfen den Anteilsinhabern keine Ermessens- oder Kontrollbefugnisse eingeräumt werden, die ihnen einen unmittelbaren und kontinuierlichen Einfluss auf die Veranlagungsentscheidungen und die Verwaltung der Assets geben. Sofern die Möglichkeit des Einflusses einzelnen, jedoch nicht allen Anteilsinhabern

⁶¹ § 2 Abs 1 Z 1 AIFMG idF BGBl I 2023/111.

⁶² siehe ua ESMA 2013/611, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds vom 30.01.2014;
https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/esma_2013_00600000_de_cor-revised_for_publication.pdf (19.12.2023).

⁶³ FMA, FAQ zur Anwendung des AIFMG, 3.07.2023, abrufbar unter <https://www.fma.gv.at/investmentfonds-und-verwaltungsgesellschaften/aif-verwalter-alternativer-investmentfonds/> (19.12.2023).

⁶⁴ Siller/Hözl, Wesentliche Erweiterung des Begriffs des ausländischen Immobilienfonds durch das AIFMG, ÖStZ 2014, 189 (191).

⁶⁵ Steinhäuser, Ertragsbesteuerung 37 ff.

eingräumt wird, ist dies grundsätzlich noch nicht schädlich.⁶⁶ Als zusätzliche Abgrenzung führen die ESMA-Leitlinien an, dass ein Organismus für gemeinsame Anlagen jedenfalls dann nicht vorliegt, wenn ein allgemein-kommerzieller oder -industrieller Zweck verfolgt wird. Dieses Merkmal dient der Abgrenzung zu einem operativ tätigen Organismus.⁶⁷

Die Definition des AIF gibt keine Mindestanzahl von Anteilsinhabern vor. Zwar ist es nahelegend, dass zumindest zwei Anteilsinhaber beteiligt sein müssten. Die für die Qualifikation als AIF in Immobilien erforderliche Anzahl an Anteilsinhabern ist jedoch bereits bei einem einzigen Anteilsinhaber erfüllt, sofern grundsätzlich die gesetzliche oder vertragliche Möglichkeit besteht, dass sich mehrere Anleger an dem Organismus beteiligen können. Sofern diese Möglichkeit gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen wird, ist dennoch zu prüfen, ob eine Treuhandkonstruktion oder ähnlichen Strukturen vorliegen, die zu einer Beteiligung an dem Organismus von mehreren Anlegern führen können. Eine Umgehung dieses Kriteriums ist daher nicht durch Einsetzung eines Treuhänders oder eines Unternehmens als Gesellschaft möglich.⁶⁸

Als weitere Voraussetzung muss der Organismus oder eine Person bzw. Einrichtung in seinem Namen (meist der AIFM) direkte oder indirekte Schritte setzen, um Kapital einzusammeln. Das Kapital kann einmalig oder mehrmals beschafft werden und in Form von Bar- oder Sacheinlagen erfolgen.⁶⁹ An das Kriterium der Kapitalbeschaffung werden insgesamt nur geringe Anforderungen gestellt. Schon geringe gewerbsmäßige Aktivitäten zum Einsammeln von Kapital sollen ausreichen, um es als erfüllt anzusehen.⁷⁰

Als Beispiel, wann das Kriterium der Kapitalbeschaffung nicht erfüllt sein soll, werden in den ESMA-Leitlinien sogenannte Family Offices genannt. Diese zeichnen sich oft dadurch aus, dass sie ihr Kapital nur bei Familienmitgliedern einsammeln. In diesem Fall soll die Aktivität der Kapitalbeschaffung nicht ausreichen, da kein Kapital von externen Dritten eingeholt wird und somit keine gewerblichen Maßnahmen zum Einsammeln von Kapital gesetzt werden. Im Gegensatz dazu werden Multi-Family-Offices oder Investmentclubs, die Kapital von mehre-

⁶⁶ Kerbl/Winkelbauer in Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern 182.

⁶⁷ ESMA 2013/611, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds vom 30.01.2014, Rz 12.

⁶⁸ Steinhäuser, Ertragsbesteuerung 62 ff.

⁶⁹ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (192).

⁷⁰ Steinhäuser, Ertragsbesteuerung 58.

ren Familien einsammeln, das Kriterium der gewerblichen Kapitalbeschaffung regelmäßig erfüllen.⁷¹

Das vom Organismus eingesammelte Kapital muss nach einer festgelegten Anlagestrategie veranlagt werden. Darunter versteht man allgemein die festgelegte Vorgehensweise, wie das eingesammelte Kapital verwaltet werden kann.⁷² Laut ESMA gibt es einige Faktoren, die einzeln oder kumulativ auf das Vorliegen einer festgelegten Anlagestrategie hinweisen:

- Die Anlagestrategie ist spätestens zum Zeitpunkt, zu dem die Verpflichtungen der Anleger gegenüber dem Organismus verbindlich werden, bestimmt und festgelegt;
- die Anlagestrategie wird in einem Dokument dargelegt, das Bestandteil der Vertragsbedingungen bzw. der Satzung des Organismus ist bzw. auf das darin Bezug genommen wird;
- der Organismus bzw. die juristische Person, die den Organismus verwaltet, unterliegt gegenüber den Anlegern einer (wie auch immer entstandenen) von ihnen rechtlich durchsetzbaren Verpflichtung, sich nach der Anlagestrategie zu richten, einschließlich aller daran vorgenommenen Änderungen;
- die Anlagestrategie umfasst auch Anlagerichtlinien mit Verweis auf alle oder einzelne der nachstehend genannten Kriterien:
 - Anlage in bestimmten Kategorien von Vermögenswerten bzw. gemäß Einschränkungen bezüglich der Anlageaufteilung;
 - Verfolgung bestimmter Strategien;
 - Anlage in bestimmten geografischen Gebieten;
 - Einhaltung von Einschränkungen bezüglich von Hebelfinanzierungen;
 - Einhaltung von Mindesthaltezeiten; oder
 - Einhaltung von anderen Einschränkungen zur Risikostreuung.⁷³

Die Anlagestrategie ist nicht zu verwechseln mit der allgemeinen Unternehmensstrategie bzw. dem Unternehmensgegenstand die per se nicht ausreichen, um das Kriterium zu erfüllen, da jedes Unternehmen einen Gegenstand und zumindest aus wirtschaftlicher Perspektive eine Strategie festzulegen hat. Bei einer Anlagestrategie sind, im Gegensatz zur Unternehmensstrategie eines operativen Unternehmens, die Anlagekriterien genau bestimmt und die Handlungsspielräume für den Fondsmanager in den Anlagebedingungen, der Satzung oder im Ge-

⁷¹ Pinetz, Abgrenzungsfragen beim Begriff des „alternativen Investmentfonds“ aus steuerrechtlicher Perspektive, SWK 2014, 708 (711); vgl. ESMA 2013/611, Leitlinien, Rz 15 f.

⁷² Kerbl/Winkelbauer in Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern 184.

⁷³ ESMA 2013/611, Leitlinien, Rz 20 ff.

sellschaftsvertrag eingeschränkt. Da es jedoch einige Überschneidungen gibt und keine klare Linie gezogen werden kann, bereitet die Abgrenzung Schwierigkeiten.⁷⁴

Diese Abgrenzungsschwierigkeiten zeigen sich vor allem auch im Immobilienbereich. Das Kriterium einer festgelegten Anlagestrategie ist beispielsweise bereits bei der Einschränkung auf konkrete Anlagekriterien erfüllt. Das kann eine Einschränkung auf bestimmte Arten von Assets sein, die Investition in einzelne Regionen oder der Einsatz eines bestimmten Leverage-Effekts. Hingegen wäre die Anlagestrategie, Investitionen allgemein in Immobilien zu tätigen, zu weit gefasst und nicht geeignet, das Kriterium der festgelegten Anlagestrategie zu erfüllen.⁷⁵

Das Kriterium der festgelegten Anlagestrategie wird erweitert um die Veranlagung zum Nutzen der Anleger. In erster Linie soll das eingesammelte Kapital zu einem Vermögenszuwachs für die Anleger führen. Im Vordergrund stehen daher die Anlegerinteressen und nicht die eigenen unternehmerischen Ziele des Organismus.⁷⁶

Wesentliche Voraussetzung für die Qualifikation eines Organismus als AIF ist weiters, dass das eingesammelte Kapital nicht unmittelbar der operativen Tätigkeit dienen darf. Obwohl die AIFM-RL diese Ausnahme nicht explizit enthält, hat sie Österreich implementiert und zusätzlich mit dem Unmittelbarkeitserfordernis konkretisiert. Ziel der Regelung ist es, unmittelbar operativ tätige Unternehmen, wie zB Private-Equity Organismen, vom Anwendungsbereich des AIFMG auszunehmen.⁷⁷

Der Begriff der operativen Tätigkeit entspricht nach Ansicht der FMA dem in den ESMA-Leitlinien verwendeten Begriff des allgemein-kommerziellen oder -industriellen Zwecks. Davon sind Unternehmen erfasst, die Immobilien entwickeln, Güter oder Waren produzieren bzw. mit ihnen handeln oder sonstige Dienstleistungen außerhalb des Finanzsektors anbieten. Wesentlich ist, dass eine vermögensverwaltende Tätigkeit gegenüber einer operativen Tätigkeit überwiegt.⁷⁸ Das von Österreich zusätzlich implementierte Unmittelbarkeitserfordernis soll sich jedoch nur auf den Organismus beziehen, der das Kapital einsammelt. Die Weiterlei-

⁷⁴ Kerbl/Winkelbauer in Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern 184 f.

⁷⁵ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (193).

⁷⁶ Pinetz, SWK 2014, 708 (712 f).

⁷⁷ Kerbl/Winkelbauer in Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern 185 f.

⁷⁸ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (194), vgl. FMA, FAQ zur Anwendung des AIFMG, 14 f.

tung von Mitteln an Beteiligungen, die einer operativen Tätigkeit nachgehen, soll nicht schädlich sein für die Qualifikation als AIF.⁷⁹

Insbesondere im Immobilienbereich ist die Abgrenzung zwischen operativer und vermögensverwaltender Tätigkeit oft schwierig. Der Erwerb, die Vermietung und die Verpachtung sowie eine spätere Veräußerung von Immobilien ist nicht als operative Tätigkeit im Sinne des AIFMG zu qualifizieren. Damit im Zusammenhang stehende typische Verwaltungstätigkeiten wie die Beauftragung einer Hausverwaltung oder Sanierungsentscheidungen sind ebenfalls nicht als operativ einzustufen. Im Gegensatz dazu sind der Betrieb einer Immobilie in Form eines Hotels oder Entwicklungstätigkeiten wie das Errichten einer Immobilie als operative Tätigkeit einzustufen und daher schädlich für die Qualifikation als AIF in Immobilien.⁸⁰

Ein weiterer Aspekt, der die Anwendung des AIFMG ausschließen kann, ist das Ausmaß der Fremdfinanzierung bzw. Hebelfinanzierung (Leverage). Die Hebelfinanzierung hat zwar keine Auswirkungen auf das Vorliegen eines AIF in Immobilien. Eine wichtige Ausnahme davon besteht allerdings bei AIF in Immobilien, die nach § 48 AIFMG an Privatkunden vertrieben werden dürfen. Bei diesen AIF in Immobilien darf das Fremdkapital maximal zwei Drittel des Nettoinventarwerts betragen.⁸¹

Liegt ein inländischer AIF in Immobilien iSd AIFMG vor, ist für die Anwendbarkeit der steuerlichen Sonderbestimmungen des § 40 ImmoInvFG weiters zu prüfen, ob es sich bei dem AIF um eine inländische Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG handelt. Ist dies der Fall, ist der AIF in Immobilien von der Besteuerung nach §§ 40 – 42 ImmoInvFG ausgenommen und unterliegt daher den allgemeinen ertragsteuerlichen Vorschriften.⁸²

4.1.4 Ausländische AIF in Immobilien

Ein ausländischer AIF in Immobilien liegt vor, wenn der AIF im Ausland zugelassen bzw. registriert ist oder seinen Sitz bzw. Hauptverwaltung im Ausland hat. Ein ausländischer AIF in Immobilien muss entsprechend dem örtlichen Anwendungsbereich des AIFMG einen Bezug zur EU bzw zum EWR aufweisen.

⁷⁹ *Steinhauser*, Ertragsbesteuerung 80.

⁸⁰ *Kerbl/Winkelbauer in Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg)*, Der Konzern 186 f.

⁸¹ *Siller/Hölzl*, ÖStZ 2014, 189 (195); dies entspricht dem Gesetzeswortlaut, wonach das Exposure der Hebelfinanzierung den Nettoinventarwert des AIF nicht um mehr als das Zweifache übersteigen darf.

⁸² *Pejchovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung⁵ 412.

Liegt ein ausländischer AIF in Immobilien iSd AIFMG vor, ist für die Anwendbarkeit der steuerlichen Sonderbestimmungen des § 40 ImmoInvFG weiters zu prüfen, ob es sich bei dem AIF um eine mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbaren Körperschaft handelt. Die Prüfung der ausländischen Körperschaft wird anhand eines Typenvergleichs unter Gesamtbetrachtung sämtlicher typischer Merkmale einer österreichischen Körperschaft durchgeführt. Wesentliche Merkmale sind unter anderem die eigene Rechtspersönlichkeit nach ausländischem Recht, die Beteiligungsform am Gesellschaftskapital sowie die Begrenzung der Haftung für Schulden der Gesellschaft. Die steuerliche Einordnung im Ausland ist hingegen nicht relevant.⁸³

Ist der AIF in Immobilien als eine Körperschaft zu qualifizieren, die mit einer inländischen Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar ist, ist er von der Besteuerung nach §§ 40 - 42 ImmoInvFG ausgenommen und unterliegt den allgemeinen ertragsteuerlichen Vorschriften.⁸⁴

4.1.5 Ausländische Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien

Die zweite Kategorie von ausländischen Immobilienfonds umfasst gemäß § 42 Z 2 ImmoInvFG ausländischem Recht unterstehende Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien, unabhängig von ihrer Rechtsform, deren Vermögen nach dem Gesetz, der Satzung oder tatsächlichen Übung nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt ist. Darüber hinaus dürfen die Veranlagungsgemeinschaften nicht unter § 42 Z 1 ImmoInvFG fallen und müssen einer Nicht- oder Niedrigbesteuerung unterliegen. Aus dieser Bestimmung ergeben sich somit drei Anwendungsfälle:

1. Ausländische AIF in Immobilien, die mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar sind, eine Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien darstellen und einer Nicht- oder Niedrigbesteuerung unterliegen,
2. Ausländische Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien, die keine AIF in Immobilien sind und nicht mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar sind und
3. Ausländische Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien, die AIF in Immobilien sind aber mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar sind und einer Nicht- oder Niedrigbesteuerung unterliegen.⁸⁵

⁸³ Fuhrmann/Kerbl/Löw/Resch, Immolex 2014, 11 (14).

⁸⁴ Pejchovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ 412.

⁸⁵ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (196).

Der Begriff der Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien ist im ImmoInvFG nicht weiter definiert. Obwohl ein direkter Verweis auf das Kapitalmarktgesetz gestrichen wurde, ist für die Definition weiterhin auf dieses zurückzugreifen.⁸⁶ Nach § 9 Kapitalmarktgesetz (KMG)⁸⁷ liegt eine Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien vor, wenn Veranlagungen ausgegeben werden, die mit dem investierten Kapital direkt oder indirekt nach Zweck oder tatsächlicher Übung überwiegend Erträge aus der Überlassung oder Übertragung von Immobilien an Dritte erwirtschaften.⁸⁸ Für die Qualifikation als Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien ist daher die Zusammensetzung der Erträge relevant und nicht die des Vermögens.

Im Gegensatz zu ausländischen AIF in Immobilien müssen ausländische Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien keinen Bezug zur EU oder EWR aufweisen. Für die Anwendung des Besteuerungsregimes des ImmoInvFG kann es ausreichend sein, wenn die Veranlagungsgemeinschaft österreichische Anleger hat oder in österreichische Immobilien investiert.⁸⁹

4.1.5.1 Nicht- oder Niedrigbesteuerte AIF in Form einer Körperschaft

Der erste Anwendungsfall betrifft ausländische AIF in Immobilien, die mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar sind. Nach § 42 Z 1 ImmoInvFG sind diese grundsätzlich nicht als ausländische Immobilienfonds zu qualifizieren und unterliegen daher nicht den steuerlichen Sonderbestimmungen des ImmoInvFG. Ein solcher AIF in Immobilien ist dann als ausländischer Immobilienfonds iSd § 42 Z 2 ImmoInvFG zu qualifizieren, wenn es sich dabei um eine Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien handelt, die nicht oder nur niedrig besteuert ist. Der Grundsatz der Risikostreuung ist bei AIF in Immobilien stets erfüllt und daher nicht gesondert zu prüfen.⁹⁰ Bei AIF in Immobilien, die an Privatkunden vertrieben werden, ist jedoch die Fremdkapitalgrenze von zwei Drittel des Nettoinventarwerts zu beachten. Liegt der Fremdfinanzierungsgrad höher, würde keine AIF in Immobilien iSd AIFMG vorliegen.⁹¹

Durch die Anerkennung der Steuerrechtssubjektivität der ausländischen AIF, die mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar sind, soll eine Gleichstellung von inländischen und ausländischen Immobilienfonds sichergestellt werden.⁹²

⁸⁶ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (198).

⁸⁷ Der Verweis im ImmoInvFG erfolgte bis zu dessen Aufhebung durch das Budgetbegleitgesetz 2011 auf § 14 KMG, der die Definition der Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien bis zur Neufassung in § 9 KMG enthielt.

⁸⁸ § 9 Kapitalmarktgesetz 2019 BGBl I 2019/62 idF BGBl I 2022/69.

⁸⁹ Denk/Pelinka, Mietrecht 544.

⁹⁰ Pejchovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵, 409 f; vgl InvFR 2018, Rz 96.

⁹¹ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (198).

⁹² ErlRV 2401 BlgNR XXIV. GP 28.

Die Kriterien der Nicht- oder Niedrigbesteuerung iSd § 42 Z 2 ImmoInvFG entsprechen im Wesentlichen jenen des § 10 Abs 5 KStG idF BGBl I 2018/62. Demnach liegt eine Nicht- oder Niedrigbesteuerung vor, wenn

- a) die Veranlagungsgemeinschaft im Ausland tatsächlich direkt oder indirekt keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer unterliegt,
- b) die Gewinne der Veranlagungsgemeinschaft im Ausland einer der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer unterliegen, deren anzuwendender Steuersatz um mehr als zehn Prozentpunkte niedriger als die österreichische Körperschaftsteuer gemäß § 22 Abs 1 KStG ist oder
- c) die Veranlagungsgemeinschaft im Ausland Gegenstand einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Befreiung ist.⁹³

Das erste Kriterium ist erfüllt, wenn die Veranlagungsgemeinschaft im Ausland tatsächlich direkt oder indirekt keiner der österreichischen Körperschaftsteuer vergleichbaren Steuer unterliegt. Dabei wird darauf abgestellt, ob die ausländische Körperschaft entsprechend den österreichischen Einkommensteuergrundsätzen besteuert wird. Das bedeutet, dass die ausländische Steuer vom Einkommen der Körperschaft oder auf Grundlage des Einkommens erhoben werden muss. Die ausländische Bemessungsgrundlage sowie die Steuersätze sind grundsätzlich unbeachtlich.⁹⁴ Eine Nicht- oder Niedrigbesteuerung im Sinne einer nicht vergleichbaren Steuer kann auch dann vorliegen, wenn die ausländische Steuerbemessungsgrundlage durch Ausschüttungen vermindert wird. Für die Beurteilung der vergleichbaren Besteuerung müssen auch mittelbare Gesellschaften einbezogen werden.⁹⁵

Ein ausländischer Immobilienfonds liegt auch dann nicht vor, wenn die Gewinne der Veranlagungsgemeinschaft im Ausland einer Steuer unterliegen, die mehr als 10% niedriger ist als die österreichische Körperschaftsteuer. Nach geltender Rechtslage ist dieses Kriterium erfüllt, wenn der Steuersatz im Ausland weniger als 13% beträgt⁹⁶. Der Vergleich ist auf Basis des nominellen Steuersatzes anzustellen. Die effektive Steuerbelastung ist hingegen nicht relevant.⁹⁷

⁹³ § 42 Z 2 lit a bis c ImmoInvFG BGBl I 2003/80 idF BGBl I 2022/112.

⁹⁴ *Stefaner/Schragl*, Grenzüberschreitende Beteiligungserträge (2011), 141 ff.

⁹⁵ *Siller/Hölzl*, ÖStZ 2014, 189 (197); vgl InvFR 2018, Rz 112.

⁹⁶ ab 1.1.2024, davor 14% (2023) bzw 15%.

⁹⁷ *Stefaner/Schragl*, Beteiligungserträge 145.

Das letzte Kriterium der Nicht- oder Niedrigbesteuerung ist erfüllt, wenn die ausländische Veranlagungsgemeinschaft einer umfassenden persönlichen oder sachlichen Steuerbefreiung unterliegt. Im Gegensatz zu § 10 Abs 5 Z 3 KStG idF BGBl I 2018/62 wurde die Ausnahme für Gewinnanteile sowie Veräußerungsgewinne in den Gesetzestext nicht übernommen. Nichtsdestoweniger kann eine Befreiung von Gewinnanteilen zur Qualifikation als ausländischer Immobilienfonds führen, sofern diese gemeinsam mit anderen Befreiungen insgesamt zu einer umfassenden sachlichen Befreiung führt.⁹⁸

4.1.5.2 Ausländische Veranlagungsgemeinschaften

Der zweite und dritte Anwendungsfall betreffen Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien, die nicht als AIF in Immobilien qualifiziert werden. Das Kriterium der Nicht- oder Niedrigbesteuerung ist nur dann relevant und zu prüfen, wenn es sich um eine vergleichbare Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG handelt. Liegt keine vergleichbare Körperschaft vor, ist das Kriterium nicht anwendbar, da sich die Nicht- oder Niedrigbesteuerung nur auf Steuersubjekte beziehen kann.⁹⁹ In diesem Fall gilt das Kriterium daher stets als erfüllt. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien teilweise aus Körperschaften besteht, weil nur auf das oberste Vehikel abgestellt wird. Weiters muss das Vermögen der Veranlagungsgemeinschaft nach den Grundsätzen der Risikostreuung angelegt sein. Nachdem kein AIF in Immobilien vorliegt, wird die Risikostreuung nicht automatisch angenommen und es ist eine gesonderte Prüfung durchzuführen.¹⁰⁰

Die für ausländische Immobilienfonds geltenden Kriterien der Risikostreuung orientieren sich an den Anforderungen gemäß § 22 ImmoInvFG für inländische Immobilienfonds. Die erforderliche Risikostreuung ist demnach jedenfalls gegeben, wenn folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Das Vermögen des Immobilienfonds muss in mindestens zehn Immobilien veranlagt werden. Für das Erreichen der Mindestanzahl an Immobilien steht ein Zeitraum von vier Jahren zur Verfügung und es muss objektiv erkennbar angestrebt werden.
- Der Wert der einzelnen Immobilie darf im Zeitpunkt des Erwerbs höchstens 20% des gesamten Fondsvermögens ausmachen. Ein einmaliges Überschreiten dieser Wertgrenze ist jedoch nicht schädlich, wenn es nur vorübergehend ist.

⁹⁸ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (197); vgl InvFR 2018, Rz 113.

⁹⁹ ErlRV 2401 BlgNR XXIV. GP 29.

¹⁰⁰ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (196 ff); vgl InvFR 2018, Rz 123.

- Ausländische Spezialfonds müssen ihr Vermögen nur in mindestens fünf Immobilien veranlagen. Darüber hinaus gilt für diese eine Wertgrenze von 40% des Fondsvermögens pro Immobilie.¹⁰¹

Die in § 21 ImmoInvFG beschriebenen Veranlagungsvorschriften bezüglich der zulässigen Vermögensgegenstände sind nach Ansicht der Finanzverwaltung für die Beurteilung der Risikostreuung von ausländischen Veranlagungsgemeinschaften nicht relevant.¹⁰²

Zusätzlich zur Risikostreuung muss auch die maximale Fremdfinanzierungsquote von Immobilienfonds iSd ImmoInvFG beachtet werden. Nach Ansicht der Finanzverwaltung kann eine hohe Fremdfinanzierungsquote gegen das Vorliegen einer Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien sprechen.¹⁰³ In den Investmentfondsrichtlinien 2008 wurde noch ein maximaler Fremdfinanzierungsgrad von 50% für ausländische Veranlagungsgemeinschaften angeführt.¹⁰⁴ Dies würde grundsätzlich dem maximalen Fremdfinanzierungsgrad iSd § 5 Abs 2 ImmoInvFG für Immobilienfonds entsprechen. In den InvFR 2018 wird kein genauer Wert mehr für die maximale Fremdfinanzierungsquote angegeben. ME sollte jedoch der Fremdfinanzierungsgrad iSd § 5 Abs 2 ImmoInvFG von 50% weiterhin für die Prüfung herangezogen werden, ob eine Veranlagungsgemeinschaft in Immobilienfonds vorliegt.¹⁰⁵

Für die Anwendbarkeit der steuerlichen Sonderbestimmungen des ImmoInvFG auf ausländische Strukturen ist daher eine mehrgliedrige Prüfung durchzuführen. In einem ersten Schritt wird überprüft, ob die Struktur die Merkmale eines ausländischen AIF in Immobilien iSd AIFMG erfüllt. Dabei ist zwar nicht die Risikostreuung zu prüfen, jedoch bei AIF, die an Privatkunden vertrieben werden, die maximale Fremdfinanzierungsquote. Sind die Voraussetzungen erfüllt, unterliegt der ausländische AIF in Immobilien der Investmentfondsbesteuerung, sofern es sich dabei nicht um eine Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG handelt oder der AIF als eine solche Körperschaft einer Nicht- oder Niedrigbesteuerung unterliegt. Insofern kein ausländischer AIF in Immobilien vorliegt, ist zu prüfen, ob eine ausländische Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien gegeben ist, die nicht mit einer Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vergleichbar ist und das Kriterium der Risikostreuung erfüllt. Ist die ausländische Veranlagungsgemeinschaft in Immobilien gegeben, die mit einer Körperschaft iSd

¹⁰¹ Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (198); vgl InvFR 2018, Rz 120 f.

¹⁰² vgl InvFR 2018 Rz 121.

¹⁰³ vgl InvFR 2018, Rz 119.

¹⁰⁴ vgl Investmentfondsrichtlinien 2008, Rz 568.

¹⁰⁵ so auch Siller/Hölzl, ÖStZ 2014, 189 (198).

§ 7 Abs 3 KStG vergleichbar ist, muss diese zusätzlich auch noch das Kriterium der Nicht- oder Niedrigbesteuerung erfüllen. In diesem Fall unterliegt die Veranlagungsgemeinschaft den steuerlichen Sonderbestimmungen für Immobilienfonds. Zu beachten ist, dass bei Veranlagungsgemeinschaften in Immobilien sowohl die Kriterien der Risikostreuung als auch die maximale Fremdfinanzierungsquote erfüllt sein müssen. Die Prüfung, ob ein ausländischer Immobilienfonds iSd § 42 ImmoInvFG vorliegt und daher die Bestimmungen des § 40 ImmoInvFG anzuwenden sind, ist komplex. Die folgende Grafik soll daher einen Überblick geben:

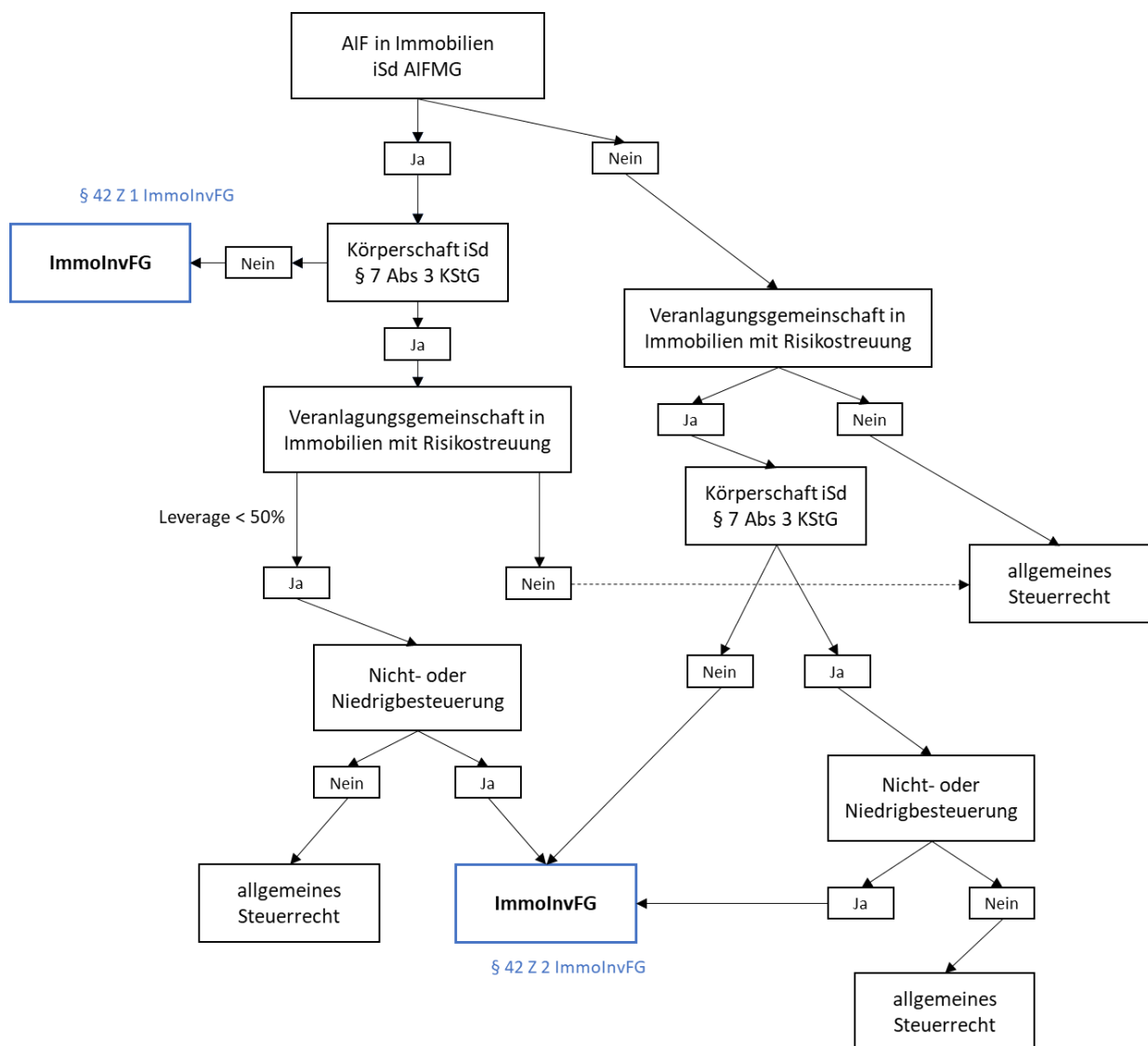


Abbildung 1: Prüfungsschritte ausländische Immobilienfonds iSd § 42 ImmoInvFG.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Denk/Pelinka, Handbuch Mietrecht, Abb1 Prüfschritte, 543.

4.1.6 Andere Unterteilungen

Neben der Einteilung in in- und ausländische Immobilienfonds gibt es weitere Unterteilungen, die an die Charakteristika von Immobilienfonds anknüpfen. Im Folgenden sollen die wichtigsten Immobilienfondsarten, deren Charakteristika Einfluss auf die Besteuerung haben, kurz dargestellt werden.

Bei inländischen Immobilienfonds wird zwischen Publikumsfonds und Spezialfonds oder Private-Placement Fonds unterschieden. Anteile an Publikumsfonds werden im Gegensatz zu Private-Placement Fonds rechtlich und tatsächlich einem unbestimmten Personenkreis angeboten.¹⁰⁷ Die Unterscheidung hat vor allem Auswirkungen auf die Gewinnermittlung des Immobilienfonds, den anzuwendenden Steuersatz sowie den KEST-Abzug auf Ebene der Anleger¹⁰⁸.

Ein Immobilienspezialfonds iSd ImmoInvFG im Speziellen ist ein Sondervermögen, bei dem es höchstens zwanzig Anteilsinhaber gibt, die keine natürlichen Personen sind und die der Immo-KAG bekannt sein müssen.¹⁰⁹

Während Publikums- und Spezialfonds grundsätzlich offene Fonds sind, gibt es auch geschlossene Immobilienfonds. Charakteristisch für geschlossene Fonds ist, dass nur eine begrenzte Anzahl an Anteilen ausgegeben wird, eine im Vorhinein vereinbarte Laufzeit vorliegt und der Fonds keine langfristige Kapitalveranlagung beabsichtigt. Geschlossene Fonds werden oft in Form von Kommanditgesellschaften errichtet und dienen zB der Finanzierung von größeren Immobilienprojekten. Im Gegensatz dazu gibt es bei offenen Fonds keine Beschränkung der Anteile und eine jederzeitige Rückgabe ist möglich. Offene Immobilienfonds, die an Privatkunden vertrieben werden, unterliegen den Sonderbestimmungen der §§ 2 – 39 ImmoInvFG. Andere offene und geschlossene Immobilienfonds werden bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen als sogenannte AIF in Immobilien im AIFMG geregelt.¹¹⁰

¹⁰⁷ Pejhovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ 409 f.

¹⁰⁸ siehe dazu auch Punkt 6.

¹⁰⁹ Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 186.

¹¹⁰ Denk/Pelinka, Mietrecht 544 f.

5 Besteuerung von Immobilienfonds

5.1 Grundsätze der Besteuerung

Die Grundsätze der Fondsbesteuerung sind sowohl auf inländische als auch auf ausländische Immobilienfonds anzuwenden. Grundlegend für die Fondsbesteuerung ist dabei das Transparenz- oder Durchgriffsprinzip. Nachdem die Kapitalanlagegesellschaft für Immobilien das Fondsvermögen treuhändig für die Anteilsinhaber hält, sind die erworbenen Wirtschaftsgüter nach § 24 Abs 1 lit c BAO für steuerliche Zwecke den Anteilsinhabern als Treugeber zuzurechnen. Diese sind daher die Steuersubjekte, denen die Erträge aus dem Immobilienfonds zugerechnet werden und auf deren Ebene die Besteuerung erfolgt. Das Transparenzprinzip wird jedoch in einigen Bereichen durchbrochen.¹¹¹

Für Zwecke der Besteuerung kommt es bei Immobilienfonds nach § 40 ImmoInvFG zu einer Umqualifizierung der Einkünfte. Werden die Anteile am Immobilienfonds im außerbetrieblichen Bereich gehalten, sind die vom Immobilienfonds erwirtschafteten Gewinne als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 27 EStG¹¹² zu qualifizieren. Werden die Anteile im Betriebsvermögen gehalten, liegen betriebliche Einkünfte in der jeweiligen Einkunftsart vor.¹¹³

Die Grundlage für die Besteuerung der Erträge aus Immobilienfonds auf Ebene der Anleger bildet das Fondsergebnis, das auf Grundlage der Buchhaltung des Fonds ermittelt wird. Die Fondsbuchhaltung hat dabei den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung zu entsprechen. Nachdem sich Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträge aus Immobilienfonds aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen, die dabei ihren steuerlichen Charakter nicht verlieren, muss die Fondsbuchhaltung in der Lage sein die Geschäftsvorfälle und die Ertragsermittlung nachvollziehbar darzustellen.¹¹⁴

Aufgrund der Einordnung des Immobilienfondsgeschäfts als Bankgeschäft sind für die Gewinnermittlung nach § 43 Bankwesengesetz¹¹⁵ grundsätzlich die Rechnungslegungsvorschriften des UGB¹¹⁶ maßgeblich. Etwaige Sonderbestimmungen des ImmoInvFG gehen den allgemeinen Vorschriften jedoch vor.¹¹⁷

¹¹¹ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 198.

¹¹² Einkommensteuergesetz 1988 BGBl I 1988/400 idF BGBl I 2023/153.

¹¹³ *Denk/Pelinka, Mietrecht* 559.

¹¹⁴ *Bodis/Wild, Ausgewählte Highlights der Investmentfondsrichtlinien 2018 (Teil 1), SWK* 2018, 1232 (1236).

¹¹⁵ Bankwesengesetz BGBl I 1993/532 idF BGBl I 2023/106.

¹¹⁶ Unternehmensgesetzbuch dRGBI S 1897/219 idF BGBl I 2022/186.

¹¹⁷ ErläutRV 97 BlgNR XXII. GP 6.

Für steuerliche Zwecke normiert § 14 ImmoInvFG eigene Gewinnermittlungsvorschriften des Immobilienfonds für die Einkünfteermittlung auf Ebene der Anteilseigner, welche sich wesentlich von den Vorschriften beim direkten Erwerb von Immobilien unterscheiden.¹¹⁸

5.1.1 Ausschüttungsgleiche Erträge

Eine weitere Besonderheit der Besteuerung von Erträgen aus Immobilienfonds ist die Besteuerung von ausschüttungsgleichen Erträgen und die damit zusammenhängende Periodenverschiebung. Sämtliche Erträge, die ein Immobilienfonds innerhalb eines Fondswirtschaftsjahres erwirtschaftet, werden im Rahmen der Fondsbesteuerung unabhängig von einer tatsächlichen Ausschüttung den Anteilsinhabern zugerechnet. Dies ist vor allem bei thesaurierenden Fonds wichtig, da hier grundsätzlich keine Ausschüttungen stattfinden. Dabei wird eine Vollausschüttung der Erträge fingiert.¹¹⁹

Obwohl es bei der Besteuerung von Immobilienfonds zu einer Einkünfte transformation kommt, sind die ausschüttungsgleichen Erträge in die einzelnen Einkunftsbestandteile aufzuspalten. Dadurch ist es möglich, steuerliche Besonderheiten auf Ebene der Anleger wie zB die Befreiung von Beteiligungserträgen nach § 10 KStG oder ausländische anrechenbaren Steuern, zu berücksichtigen.¹²⁰

5.1.2 Zuflusszeitpunkt

Nach allgemeinem Ertragssteuerrecht müssten die Einkünfte des Fonds unmittelbar nach deren Zugang laufend den Anteilsinhabern zugerechnet werden. Die von Immobilienfonds erwirtschafteten Erträge werden jedoch nach dem Grundsatz der Periodenverschiebung nicht bereits bei Zufluss an den Immobilienfonds zugerechnet, sondern gesammelt erst im sogenannten steuerlichen Zuflusszeitpunkt nach Ende des Fondswirtschaftsjahres, wenn sie tatsächlich oder fingiert dem Anteilsinhaber zufließen.¹²¹

Nach § 40 Abs 1 Z 2 ImmoInvFG gelten die ausschüttungsgleichen Erträge in folgenden Zeitpunkten als an die Anteilsinhaber zugeflossen:

- a. bei der Auszahlung der Kapitalertragsteuer nach § 14 zweiter Satz ImmoInvFG am Auszahlungstag;

¹¹⁸ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 199.

¹¹⁹ *Kerbl/Winkelbauer in Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern* 195.

¹²⁰ *Bodis/Wild, SWK* 2018, 1232 (1288).

¹²¹ *Pejhovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*⁵ 414 f.

- b. ansonsten zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der für die ertragsteuerliche Behandlung relevanten Daten durch die Meldestelle aufgrund einer fristgerechten Meldung (sog Meldefonds) oder
- c. in allen anderen Fällen, wenn keine (fristgerechte) Meldung erfolgt, die ausschüttungsgleichen Erträge zum Jahresende (sog Nichtmeldefonds), etwaige Ausschüttung sind sofort voll steuerpflichtig.¹²²

5.1.3 Meldefonds

Für die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage wird zwischen sogenannten Melde- und Nichtmeldefonds unterschieden. Meldefonds oder weiße Fonds sind Immobilienfonds, die gemäß § 40 Abs 1 Z 2 lit a ImmoInvFG die steuerrelevanten Daten auf Basis der Fondsbuchhaltung an die Österreichische Kontrollbank (OeKB) als Meldestelle iSd Kapitalmarktgesetzes melden. Die steuerrelevanten Daten bestehen aus einer aufgegliederten Zusammensetzung der ausschüttungsgleichen Erträge, Daten zu Ausschüttungen sowie den Änderungen der Anschaffungskosten. Obwohl nach § 40 Abs 1 Z 1 lit b letzter Satz ImmoInvFG tatsächliche Ausschüttungen nicht zu Einkünften führen, sind diese separat zu melden. Auf Basis der Meldung werden die Erträge des Immobilienfonds auf Ebene der Anteilsinhaber besteuert.¹²³

Die Meldung ist durch einen steuerlichen Vertreter durchzuführen. Das kann entweder ein inländischer Wirtschaftstreuhänder sein oder eine Person, die vergleichbare fachliche Qualifikationen nachweist. In der Praxis sind dies auch Banken oder Kapitalanlagegesellschaften für Immobilien.¹²⁴

Die Modalitäten der Meldung sind in der Fonds-Melde-Verordnung 2015 geregelt. Für die Durchführung der Meldung ist der Immobilienfonds bei der OeKB als Meldefonds zu registrieren. Die Jahresmeldung ist spätestens sieben Monate nach Ende des Fondswirtschaftsjahres zu übermitteln. Die Ausschüttungsmeldung hat spätestens am letzten Handelstag vor dem Ausschüttungstag zu erfolgen. Die steuerliche Behandlung der Fondsausschüttung und der ausschüttungsgleichen Erträge werden auf der Website der OeKB¹²⁵ veröffentlicht. Für den Fall, dass die Jahresmeldung nicht fristgerecht übermittelt wird, ist der Fonds als Nichtmeldefonds zu qualifizieren. Die nicht fristgerechte Meldung der Ausschüttungen führt zwar dazu,

¹²² Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 199.

¹²³ Edlbacher, Investmentfonds 52 f.

¹²⁴ Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 199 f.

¹²⁵ siehe <https://my.oekb.at/kapitalmarkt-services/kms-output/fonds-info/sd/af/f> (10.12.2023)

dass die Ausschüttung steuerpflichtig ist, der Status als Meldefonds geht dadurch aber nicht verloren.¹²⁶

5.1.4 Nichtmeldefonds

Immobilienfonds, die nicht bei der OeKB als Meldefonds registriert sind und keine (fristgerechte) Meldung über die Zusammensetzung der ausschüttungsgleichen Erträge sowie die zur Ermittlung der Höhe der KEST erforderlichen steuerrelevanten Daten übermitteln, werden Nichtmeldefonds oder schwarze Fonds genannt.¹²⁷

Übermittelt ein Immobilienfonds die relevanten Daten nicht (fristgerecht) an die OeKB sind gemäß § 40 Abs 2 Z 2 ImmoInvFG

- Ausschüttungen zur Gänze steuerpflichtig und
- die ausschüttungsgleichen Erträge zu schätzen und entweder
 - in Höhe von 90% der Differenz zwischen dem Rücknahmepreis zum Jahresanfang und jenem zum Jahresende oder
 - mindestens in Höhe von 10% des am Jahresende festgesetzten Rücknahmepreis anzusetzen.¹²⁸

Der Rücknahmepreis ist jener Anteilswert, den der Anleger bei Rückgabe der Fondsanteile an die Fondsgesellschaft erhält. Er wird unter anderem auch Nettoinventarwert oder Net Asset Value (NAV) genannt. Die Rückgabe von Anteilen an offenen Immobilienfonds muss nach § 11 ImmoInvFG unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Mindesthaltedauer zumindest vierteljährlich möglich sein. Der Anteilswert errechnet sich aus dem Gesamtmarktwert des Immobilienfonds einschließlich Erträgen geteilt durch die Anzahl der Fondsanteile.¹²⁹

Die pauschalen ausschüttungsgleichen Erträge sowie die Ausschüttungen sind Grundlage für den KEST-Abzug durch die inländische depotführende Stelle. Auch bei Nichtmeldefonds werden die ausschüttungsgleichen Erträge für Ermittlung der fortgeführten Anschaffungskosten herangezogen.¹³⁰

¹²⁶ *Edlbacher*, Investmentfonds 53 ff.

¹²⁷ *Edlbacher*, Investmentfonds, 55.

¹²⁸ § 40 ImmoInvFG idF BGBl I 2022/112.

¹²⁹ *Steinhauser*, Ertragsbesteuerung 309.

¹³⁰ *Pejchovsky/Schwertner-Awais* in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg)*, Investmentfonds² 200.

Die pauschale Ermittlung der ausschüttungsgleichen Erträge wird in den meisten Fällen nachteilig sein, da durch Ansatz von mindestens 10% des Rücknahmepreises zum Jahresende eine Rendite von ca 11,1% pro Jahr unterstellt wird. Darüber hinaus erfolgt die Besteuerung auch dann, wenn der Immobilienfonds eigentlich einen Wertverlust erlitten hat. Der Anleger hat jedoch die Möglichkeit eines sogenannten Selbstnachweises zu erbringen, mit dem er die Steuerfreiheit der Ausschüttungen sowie die Höhe der ausschüttungsgleichen Erträge nachweisen und so eine Besteuerung der tatsächlichen Gegebenheiten bewirken kann.¹³¹

5.1.5 Öffentliches Angebot

Die Frage, ob die Anteile an Immobilienfonds öffentlich angeboten werden oder nicht, kann einen wesentlichen Einfluss auf die steuerliche Behandlung von Erträgen des Immobilienfonds auf Ebene der Anleger haben (insb Privatpersonen und Privatstiftungen).

Für die Definition des öffentlichen Angebots ist auf § 1 Abs 1 Z 1 Kapitalmarktgesetz (KMG)¹³² zurückzugreifen. Demnach ist ein öffentliches Angebot eine Mitteilung an das Publikum in jeder Form und auf jede Art und Weise, die ausreichende Informationen über die Bedingungen eines Angebots (oder einer Einladung zur Zeichnung) von Veranlagungen und über die anzubietenden Veranlagungen an sich enthält, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung dieser Veranlagungen zu entscheiden.¹³³

Bei einem öffentlichen Angebot handelt es sich um ein Angebot nach § 861 ABGB¹³⁴, das an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet ist. Ein unbestimmter Personenkreis liegt vor, wenn der Anbieter die namentliche Identität der Personen nicht vor Abgabe der Willenserklärung festgelegt hat. Wird das Angebot an mehr als 100 Personen gerichtet oder unterliegt das Wertpapier der Prospektpflicht iSd § 2 KMG, wird ein öffentliches Angebot angenommen. Die Annahme kann jedoch vom Anbieter widerlegt werden. Weitere Indizien für das Vorliegen eines öffentlichen Angebots ist der Vertrieb durch in- und ausländische Kreditinstitute, Mitteilungen der Zeichnung über Medien oder das Angebot über anerkannte Handelssysteme. Wird eine Veranlagung innerhalb von sechs Monaten nach der Emission von mehr als 100 verschiedenen Käufern erworben, muss das Vorliegen eines öffentlichen Angebots nicht überprüft werden.¹³⁵

¹³¹ *Steinhauser*, Ertragsbesteuerung 312f.

¹³² Kapitalmarktgesetz 2019 BGBl I 2019/62 idF BGBl I 2022/69.

¹³³ *Denk/Pelinka*, Mietrecht 560; vgl § 1 Abs 1 Z 1 KMG 2019 BGBl I 2019/62 idF BGBl I 2022/69.

¹³⁴ § 861 ABGB BGBl 1988/400 idF BGBl I 2023/111.

¹³⁵ *Marschner in Jakom*, EStG¹⁶, § 27a Rz 14; vgl EStR 2000, Rz 6225a.

5.2 Ermittlung des steuerpflichtigen Gewinns

Das ImmoInvFG enthält eigene Vorschriften zur Gewinnermittlung auf Ebene der Immobilienfonds. Immobilienfonds haben ihren Gewinn gemäß § 14 ImmoInvFG zu ermitteln. Demnach setzt sich der Gewinn aus den folgenden Komponenten zusammen:

- Bewirtschaftungsgewinne,
- Aufwertungsgewinne sowie
- Wertpapier- und Liquidationsgewinne.

Darüber hinaus sind auch Ausschüttungen von inländischen Grundstücks-Gesellschaften iSd §§ 23 ff ImmoInvFG in die Gewinnermittlung einzubeziehen, soweit diese nicht auf Veräußerungsgewinne von Immobilien zurückzuführen sind.¹³⁶

Eine Besonderheit der Gewinnermittlung ist der sogenannte Ertragsausgleich, der bei Ausgabe neuer Anteile dazu dient, das steuerpflichtige Fondsergebnis für die einzelnen Anleger nicht zu verwässern. Hierzu haben neu hinzukommende Anleger für den zum Ausgabetag ausgewiesenen Ertrag einen Ausgleich zu leisten. Der Ertragsausgleich ist auf Bewirtschaftungsgewinne und Wertpapier- und Liquidationsgewinne, nicht jedoch auf Aufwertungsgewinne zu leisten.¹³⁷ Laufende Verluste können bei Ermittlung des Ertragsausgleichs einbezogen werden, nicht jedoch bestehende Verlustvorträge.¹³⁸

Die Höhe des Ertragsausgleichs und die Zuordnung zu den einzelnen Komponenten ist vom steuerlichen Vertreter im Rahmen der Meldung der ausschüttungsgleichen Erträge an die Meldestelle bekanntzugeben. Bei ausländischen Immobilienfonds findet jedoch unter Umständen kein Ertragsausgleich statt oder es wird keine genaue Zuordnung zu den einzelnen Komponenten vorgenommen, wodurch eine genaue Berücksichtigung für die Ermittlung des Gewinns nicht möglich ist. In diesem Fall kann der Ertragsausgleich vereinfacht ermittelt werden. Dabei ist der Ertrag des Wirtschaftsjahres durch die durchschnittliche Anzahl der Anteile zu dividieren. Das Ergebnis wird dann mit dem Unterschiedsbetrag zwischen Anzahl der Anteile am Ende des Jahres und durchschnittliche Anzahl der Anteile multipliziert.¹³⁹

¹³⁶ § 14 ImmoInvFG idF BGBl I 2022/112.

¹³⁷ Kerbl/Petutschnig, Gewinnermittlung im Immobilieninvestmentfonds, ÖStZ 2018, 353 (354).

¹³⁸ Pejhovský/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovský/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 131 f.

¹³⁹ Bodis/Wild, SWK 2018, 1232 (1237).

5.2.1 Bewirtschaftungsgewinne

Bewirtschaftungsgewinne iSd § 14 Abs 3 ImmoInvFG bestehen aus Erträgen aus der entgeltlichen Überlassung der jeweiligen Immobilie inklusive sonstiger Erträge aus der laufenden Bewirtschaftung, sofern es sich dabei nicht um Aufwertungsgewinne oder Wertpapier- und Liquidationsgewinne handelt. Die Erträge sind um Aufwendungen, die mit der Bewirtschaftung der Immobilie in Zusammenhang stehen zu vermindern. Darunter fallen ua die Vergütungen an die Immo-KAG, die den Immobilienfonds verwaltet, Zinsen im Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung des Immobilienerwerbes und kleinere Instandhaltungsaufwendungen iSd § 28 EStG. Der Abzug dieser Aufwendungen hat laufend zu erfolgen und ist bei jeder Neuveröffentlichung des Ausgabe- bzw Rücknahmepreises zu berücksichtigen.¹⁴⁰

Im Gegensatz zu allgemeinen ertragsteuerlichen Vorschriften kann eine Absetzung für Abnutzung (AfA) nicht geltend gemacht werden. Stattdessen ist zwingend eine Instandhaltungsrücklage zu bilden, die 10 – 20% der Nettomieteinnahmen betragen darf und als Aufwand abgezogen wird. Nettomieteinnahmen sind die tatsächlichen Mieteinnahmen abzüglich Betriebskosten und Eigentümer- bzw Leerstandsaufwendungen sowie der Umsatzsteuer. Mietvorauszahlungen und Veränderungen von rückzahlbaren Baukostenbeiträgen sind periodengerecht zu verteilen.¹⁴¹

Aufwendungen für die tatsächliche Durchführung von Maßnahmen zur Hintanhaltung oder Beseitigung von baulichen Schäden aus Abnutzung, Alterung und Witterungseinflüssen, sind mit der Instandhaltungsrücklage zu verrechnen. Darunter fallen größere Instandhaltungsaufwendungen sowie Instandsetzungsaufwendungen iSd § 28 EStG und teilweise auch Aufwendungen, die Herstellungskosten sind. Zinsen und Spesen im Zusammenhang mit der Finanzierung von diesen Aufwendungen sind ebenfalls mit der Instandhaltungsrücklage zu verrechnen. Die Verrechnung mit der gebildeten Rücklage ist nicht gebäudebezogen zu verstehen, sondern kann gebäudeübergreifend vorgenommen werden. Sofern die Aufwendungen die gebildete Instandhaltungsrücklage insgesamt übersteigen, ist der übersteigende Teil mit dem Aufwertungsgewinn der betreffenden Liegenschaft zu verrechnen.¹⁴² Echte Herstellungskosten sind nicht von der Instandhaltungsrücklage erfasst. Diese Kosten erhöhen den Buchwert der Immobilie und mindern gleichzeitig die jährlichen Aufwertungsgewinne.¹⁴³

¹⁴⁰ *Edlbacher*, Investmentfonds 2018, 48 f; vgl InvFR 2018, Rz 390.

¹⁴¹ *Denk/Pelinka*, Mietrecht 548 f.

¹⁴² *Cserny in Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg)*, Konzernsteuerrecht² 346 f.

¹⁴³ *Denk/Pelinka*, Mietrecht 549.

5.2.2 Aufwertungsgewinne

Bei der Gewinnermittlung von Immobilienfonds entstehen Gewinne aus Wertsteigerungen der Vermögenswerte nicht erst im Zeitpunkt der Realisierung, sondern laufend in Form von Aufwertungsgewinnen. Der Aufwertungsgewinn ist zumindest einmal jährlich zu berücksichtigen und ist somit eine Vorwegbesteuerung eines späteren Veräußerungsgewinns. Der Aufwertungsgewinn entsteht anlässlich der Neubewertung der Vermögenswerte. Davon umfasst sind sowohl direkt vom Fonds gehaltene Immobilien als auch solche, die von Grundstücksgesellschaften gehalten werden. Diese Regelung hat vor allem praktische Gründe, da es nicht möglich wäre für jeden einzelnen Anteilseigner die Wertsteigerungen der Vermögenswerte zwischen Ankauf und Verkauf seiner Anteile neu zu berechnen.¹⁴⁴

Die Immo-KAG hat die Bewertung der Vermögenswerte in den Fondsbestimmungen zu regeln. Nach § 29 ImmoInvFG hat die Bewertung zumindest einmal jährlich durch zwei von der Immo-KAG und der Depotbank unabhängige Sachverständige nach allgemein anerkannten Bewertungsgrundsätzen stattzufinden. Dabei wird das arithmetische Mittel beider Bewertungen in der Fondsbuchhaltung erfasst. Darüber hinaus ist eine Bewertung jedenfalls bei Erwerb, Veräußerung oder Belastung der Vermögenswerte durchzuführen. Zusätzlich kann die Depotbank eine Bewertung anordnen, wenn von einer wesentlichen Wertänderung auszugehen ist.¹⁴⁵

Der Aufwertungsgewinn ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wert der Vermögenswerte am Ende eines Fondswirtschaftsjahres und jenem am Anfang des Fondswirtschaftsjahres. Bei unterjährigem Erwerb ist der Einstandswert als Vergleichswert heranzuziehen.¹⁴⁶ Für den Fall, dass die Bewertung anlässlich der Veräußerung eines Vermögensgegenstandes von dem Veräußerungserlös abweicht, ist dieser für die Berechnung des Aufwertungsgewinnes heranzuziehen.¹⁴⁷

Für die Gewinnermittlung des Immobilienfonds ist der aus Bewertungsdifferenzen berechnete Aufwertungsgewinn nach § 14 Abs 4 ImmoInvFG zu 80% zu berücksichtigen, sofern die Anteile am Immobilienfonds rechtlich und tatsächlich einem unbestimmten Personenkreis angeboten werden. Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Aufwertungsgewinn (vor allem

¹⁴⁴ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 191 f.

¹⁴⁵ *Kerbl/Petutschnig, ÖStZ 2018, 353 (355).*

¹⁴⁶ *Edlbacher, Investmentfonds* 49.

¹⁴⁷ *Denk/Pelinka, Mietrecht* 550.

Kosten im Zusammenhang mit der Bewertung) sind ebenfalls um 20% zu kürzen und können insofern in Abzug gebracht werden, als sie nicht bei Bewirtschaftungs- oder Wertpapier- und Liquidationsgewinnen zu berücksichtigen sind. Anschaffungsnebenkosten sind auf einen in den Fondsbestimmungen festgelegten Zeitraum von maximal zehn Jahren zu verteilen und mindern den Aufwertungsgewinn entsprechend.¹⁴⁸ Darüber hinaus erhöhen Herstellungskosten, die nicht im Rahmen des § 14 Abs 3 ImmoInvFG zu berücksichtigen sind, weil sie über die bloße Hintanhaltung oder Beseitigung von baulichen Schäden aus Abnutzung, Alterung und Witterungseinflüssen hinausgehen, den Einstandswert der Immobilie und verringern daher den Aufwertungsgewinn.¹⁴⁹

Werden Anteile an einem Immobilienfonds nicht öffentlich angeboten, ist der Aufwertungsgewinn um ein Viertel zu erhöhen und somit zur Gänze bei der Gewinnermittlung des Immobilienfonds zu berücksichtigen. Gleichzeitig können die Bewertungskosten zur Gänze geltend gemacht werden.¹⁵⁰

Bei der erstmaligen Anwendung der steuerlichen Bestimmungen des ImmoInvFG auf einen bestehenden Investmentfonds oder eine Veranlagungsgemeinschaft, die in einen Immobilienfonds umqualifiziert wurden, berechnet sich der Aufwertungsgewinn von den steuerlichen Anschaffungskosten der Immobilie. Dadurch werden uU hohe stille Reserven aufgedeckt. Um unbillige Härten zu vermeiden, kann der erstmalig ermittelte Aufwertungsgewinn auf das Jahr der erstmaligen Anwendung der steuerlichen Bestimmungen für Immobilienfonds und die nächsten vier Fondsgeschäftsjahre verteilt werden.¹⁵¹

5.2.3 Wertpapier- und Liquidationsgewinne

Wertpapier- und Liquidationsgewinne iSd § 14 Abs 2 Z 3 ImmoInvFG resultieren aus Zinsen und sonstigen Erträgen aus Bankguthaben und geldmarktnahen Wertpapieren, die gemäß den Liquiditätsvorschriften der §§ 32 f ImmoInvFG gehalten werden. Diese sind laufend als Ertrag zu erfassen. Aufwendungen für die Verwaltung und Verwahrung in diesem Zusammenhang sind abzugsfähig.¹⁵²

¹⁴⁸ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 191 f.

¹⁴⁹ *Kerbl/Petutschnig, ÖStZ 2018, 353 (354).*

¹⁵⁰ *Denk/Pelinka, Mietrecht* 551.

¹⁵¹ *Edlbacher, Investmentfonds* 50.

¹⁵² *Pejhovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*⁵ 420.

Die Steuerpflicht von Wertpapier- und Liquidationsgewinnen und deren Zurechnung an die Anteilsinhaber unterliegt besonderen Vorschriften. Die Bestimmungen des § 40 Abs 1 ImmoInvFG zur Zurechnung von ausschüttungsgleichen Erträgen an die Anteilsinhaber sind nur auf Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne anzuwenden. Wertpapier- und Liquidationsgewinne iSd § 27 EStG sowie andere Einkünfte sind gemäß § 40 Abs 6 ImmoInvFG zwar auch steuerpflichtig, sie sind aber nach den steuerlichen Vorschriften des § 186 InvFG den Anteilseignern zuzurechnen. Darüber hinaus fallen Wertsteigerungen von Kapitalvermögen, Dividenden und Einkünfte aus Derivaten erst seit 1.1.2019 unter den Gewinnbegriff. Wertsteigerungen von Kapitalvermögen sind daher nur steuerpflichtig sofern sie nach dem 31.12.2018 eingetreten sind.¹⁵³

Einkünfte aus Zinsen, Einkünfte aus Wertsteigerungen iSd § 27 Abs 3 EStG sowie ausländische Beteiligungserträge, die in- und ausländischen Immobilienfonds zufließen, sind grundsätzlich von der KEST befreit. Die Befreiung gilt jedoch explizit nicht für inländische Dividenden¹⁵⁴, bei denen grundsätzlich KEST einbehalten werden muss.¹⁵⁵

5.3 Erträge aus ausländischen Vermögenswerten

Immobilienfonds können unter Beachtung der Veranlagungsvorschriften des ImmoInvFG sowie der eigenen Fondsbestimmungen neben inländischen Vermögenswerten iSd § 21 ImmoInvFG auch ausländische Immobilien erwerben. Die daraus resultierenden Gewinne sind gemäß den Bestimmungen des § 40 Abs 1 ImmoInvFG entsprechend zu korrigieren, um den Einschränkungen des Besteuerungsrechts durch Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) oder Maßnahmen gemäß § 48 Bundesabgabenordnung (BAO)¹⁵⁶ gerecht zu werden.¹⁵⁷

Auf internationaler Ebene sind Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne grundsätzlich als Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zu qualifizieren und unterliegen daher Art 6 OECD-MA. Dieser Artikel sieht vor, dass die Einkünfte im Lagestaat der Immobilie besteuert werden.¹⁵⁸ Die steuerliche Berücksichtigung dieser Erträge in Österreich richtet sich nach der

¹⁵³ *Pejhovsky/Schwertner-Awais* in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg)*, Investmentfonds² 192 f; vgl InvFR 2018, Rz 393.

¹⁵⁴ Eine Ausnahme hierzu bilden Dividenden aus Substanzgewinnen von inländischen Grundstücks-Gesellschaften iSd § 23 ff ImmoInvFG, siehe hierzu auch Punkt 5.5.2.

¹⁵⁵ *Marschner* in *Jakom*, EStG¹⁶, § 94 Rz 78 f.

¹⁵⁶ Bundesabgabenordnung BGBl I 1961/194 idF BGBl I 2023/110.

¹⁵⁷ *Denk/Pelinka*, Mietrecht 554.

¹⁵⁸ *Kanduth-Kristen* in *Aigner/Kofler/Tumpel*, DBA/Doppelbesteuerungsabkommen² (2019), Rz 42.

vereinbarten Methode zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung im DBA zwischen Österreich und dem Lagestaat.¹⁵⁹

Bei Anwendung der Befreiungsmethode steht Österreich kein Besteuerungsrecht zu und Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne ausländischer Immobilien sind nicht in die steuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Die befreiten Einkünfte werden jedoch aufgrund des Progressionsvorbehalts in die Berechnung des anwendbaren Steuersatzes miteinbezogen. Gleichzeitig sind jedoch auch Aufwendungen im Zusammenhang mit den ausländischen Immobilien in Österreich steuerlich nicht abzugsfähig. Dies betrifft sowohl direkt zurechenbare Aufwendungen als auch allgemeine Aufwendungen, die entsprechend zu kürzen sind.¹⁶⁰

Für den Fall, dass die Anrechnungsmethode im DBA vorgesehen ist, sind die ausländischen Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne steuerpflichtige Erträge in Österreich. Geleistete ausländische Steuern sind unter Berücksichtigung des Anrechnungshöchstbetrages anzurechnen.¹⁶¹

In Bezug auf ausländische Immobilien ist es möglich, dass der Lagestaat der Immobilie keine jährliche Besteuerung von Aufwertungsgewinnen iSd ImmoInvFG kennt. Stattdessen kommt es bei Veräußerung des Vermögensgegenstands zur Besteuerung des Veräußerungsgewinns. Um das Fondsvermögen nicht einmalig mit der Besteuerung des Veräußerungserlöses zu belasten, ist laufend eine Rückstellung für latente Steuern auf Basis einer Schätzung zu bilden. Aus steuerlicher Sicht kann dies jedoch insofern problematisch sein, als bei Anwendung der Anrechnungsmethode in Österreich jährlich die Aufwertungsgewinne zu versteuern sind, ohne dass es eine anrechenbare ausländische Steuer gibt. Bei der späteren Veräußerung des Vermögensgegenstandes ist wiederum eine Anrechnung der ausländischen Steuer aufgrund des Anrechnungshöchstbetrages nicht möglich. Dies kann zu einer Doppelbesteuerung in Form der laufenden Besteuerung im Inland sowie einer endgültigen Besteuerung anlässlich der Veräußerung im Ausland führen.¹⁶²

¹⁵⁹ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 193 f.

¹⁶⁰ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 194.

¹⁶¹ *Denk/Pelinka, Mietrecht* 554.

¹⁶² *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 195.

Die Bildung einer Rückstellung für latente Steuern ist auf Ebene der Anteilsinhaber nach § 20 Abs 1 Z 6 EStG bzw § 12 Abs 1 Z 6 KStG steuerlich jedoch nicht zulässig und daher im Rahmen der Mehr-Weniger-Rechnung (MWR) hinzuzurechnen. Nach Ansicht der Finanzverwaltung bestehen jedoch keine Bedenken, wenn für diese Fallkonstellation die ausländische Steuer als Maßnahme des § 48 BAO bereits im Jahr der Bildung dieser Rückstellung angerechnet wird. Die Anrechnung ist mit der darauf entfallenden inländischen Steuer begrenzt. Im Fall der Abwertung des Vermögensgegenstands ist die Anrechnung der fiktiven ausländischen Steuer durch Nachversteuerung im Ausmaß der Abwertung rückgängig zu machen.¹⁶³

5.4 Verlustausgleich

Der Ausgleich von Verlusten aus den einzelnen Gewinnarten hat in erster Linie innerhalb der Gewinnart zu erfolgen. Das bedeutet, dass Bewirtschaftungsverluste aus einer Immobilie zunächst mit Bewirtschaftungsgewinnen aus anderen Immobilien verrechnet werden müssen. Das gleiche gilt auch für Aufwertungsverluste. Insofern eine Gewinnart insgesamt negativ ist, kann eine Verrechnung zwischen Einkünften aus Aufwertungs- und Bewirtschaftungsgewinnen erfolgen.¹⁶⁴ Ein Verlustausgleich mit Einkünften aus Wertpapier- und Liquidationsgewinnen sowie anderen Einkünften ist unzulässig.¹⁶⁵

Bei Immobilien, die im Ausland gelegen sind, ist der Ausgleich von Verlusten zuerst im selben Land vorzunehmen. Der nachgelagerte länderübergreifende Verlustausgleich ist nur mit Gewinnen aus Immobilien in jenen Staaten möglich, die nicht nach § 48 BAO oder dem anwendbaren DBA von der Besteuerung im Inland ausgenommen sind. Ein Ausgleich von Verlusten aus ausländischen Immobilien mit Gewinnen aus inländischen Immobilien ist nicht möglich. Ein verbleibender Verlust kann auf Ebene des Fonds nicht vorgetragen und mit zukünftigen Gewinnen verrechnet werden.¹⁶⁶ Auf Ebene der einzelnen Anteilseigner kann ein Verlustvortrag hingegen möglich sein.¹⁶⁷

¹⁶³ vgl InvFR 2018, Rz 397.

¹⁶⁴ Kerbl/Petutschnig, ÖStZ 2018, 353 (355).

¹⁶⁵ vgl § 40 Abs 1 Z 1 vorletzter Satz ImmoInvFG idF BGBl I 2019/62.

¹⁶⁶ Pejhovský/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovský/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 193.

¹⁶⁷ siehe dazu auch Punkt 6.

5.5 Grundstücks-Gesellschaften

5.5.1 Allgemeines

Gemäß § 23 ImmoInvFG können Immobilien für Rechnung eines Immobilienfonds nicht nur direkt erworben werden, sondern auch über die Beteiligung an einer Grundstücks-Gesellschaft. Grundstücks-Gesellschaften iSd ImmoInvFG sind Gesellschaften, deren Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag auf Tätigkeiten beschränkt ist, welche die Immo-KAG für den Immobilienfonds ausüben darf, und die nach dem Gesellschaftsvertrag nur Vermögensgegenstände im Sinne des § 21 ImmoInvFG erwerben dürfen. Grundstücks-Gesellschaften können in Form einer Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft bestehen. Die Beteiligungen an Grundstücksgesellschaften sind insoweit beschränkt, als diese maximal 49% des Gesamtvermögens des Immobilienfonds ausmachen dürfen.¹⁶⁸

Die Vorschriften über die Bewertung der Vermögensgegenstände gelten auch für Grundstücks-Gesellschaften, weshalb die Immobilien jährlich zu bewerten sind und zu einem entsprechenden Aufwertungsgewinn oder -verlust auf Ebene des Immobilienfonds führen.¹⁶⁹

5.5.2 Inländische Grundstücks-Kapitalgesellschaften

Inländische Grundstücks-Kapitalgesellschaften unterliegen den allgemeinen steuerlichen Vorschriften. Sie schirmen daher von der Anwendung der steuerlichen Sondervorschriften des ImmoInvFG, insbesondere vom Transparenzprinzip, bis zu einem gewissen Grad ab. Aus ertragsteuerlicher Sicht ist das Trennungsprinzip in abgeschwächter Form anzuwenden, so dass die Grundstücks-Kapitalgesellschaft ein Körperschaftsteuersubjekt bleibt und daher mit ihren Einkünften der Körperschaftsteuer unterliegt. Gewinne sind dem Immobilienfonds erst im Zeitpunkt einer Ausschüttung zuzurechnen. Lediglich Aufwertungsgewinne unterliegen weiterhin dem Transparenzprinzip und werden daher jährlich dem Immobilienfonds zugerechnet.¹⁷⁰ Dies führt dazu, dass Ausschüttungen der inländischen Grundstücks-Kapitalgesellschaft nur dann der Kapitalertragsteuer unterliegen, sofern diese aus dem operativen Ergebnis der Gesellschaft (Bewirtschaftungsgewinne) stammen. Ausschüttungen der Grundstücks-Kapitalgesellschaft, die aus Veräußerungsgewinnen stammen, sind nach § 94 Z 10 EStG von der KEST befreit.¹⁷¹

¹⁶⁸ *Pejhovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*⁵ 430 ff.; vgl. InvFR 2018, Rz 392.

¹⁶⁹ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 197.

¹⁷⁰ *Cserny in Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg), Konzernsteuerrecht*² 347 f.

¹⁷¹ *Kerbl/Petutschnig, ÖStZ* 2018, 353 (356).

5.5.3 Inländische Grundstücks-Personengesellschaften

Die Beteiligung an einer Grundstücks-Personengesellschaft kann in Form einer GmbH & Co KG bzw. OG erfolgen. In diesem Fall ist die Beteiligung an der Personengesellschaft als Miteigentum an der Immobilie zu qualifizieren. Im Gegensatz zu Grundstücks-Kapitalgesellschaften werden bei der Grundstücks-Personengesellschaft entsprechend dem Transparenzprinzip Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne direkt dem Immobilienfonds bzw. den Anteilseignern zugerechnet. Einkünfte einer Grundstücks-Personengesellschaft sind nicht nach § 188 BAO festzustellen.¹⁷²

5.5.4 Ausländische Grundstücks-Gesellschaften

Ausländische Grundstücks-Gesellschaften sind unabhängig von ihrer Rechtsform als transparent zu behandeln, selbst wenn sie nach der nationalen Rechtsordnung ein eigenes Steuersubjekt darstellen. Für die steuerliche Beurteilung in Österreich ist daher das jeweilige Doppelbesteuerungsabkommen anzuwenden. Dabei kann es jedoch aufgrund der unterschiedlichen Qualifikation betreffend die steuerliche Einordnung der Gesellschaft zu einem Qualifikationskonflikt und folglich zur Doppelbesteuerung kommen.¹⁷³

Ausschüttungen einer juristischen Person an den Immobilienfonds werden in der Regel vom Quellenstaat als Dividendenzahlung behandelt, die dort einer Quellensteuer unterliegen können. Für den Fall, dass Quellensteuer einbehalten werden muss, kann diese im Inland nicht angerechnet werden, da aus österreichischer Sicht keine steuerpflichtige Ausschüttung erfolgt.¹⁷⁴ Stattdessen werden Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne aus der Immobilie direkt dem Immobilienfonds zugerechnet. Nach Ansicht der Finanzverwaltung sind Ausschüttungen aus ausländischen Grundstücks-Gesellschaften erfolgsneutral umzubuchen und unterliegen daher in Österreich nicht der Besteuerung.¹⁷⁵

6 Bilanzielle und steuerliche Behandlung von Immobilienfonds auf Ebene der Anleger

Erträge aus Immobilienfonds werden auf Ebene der Anleger nicht einheitlich besteuert. Die steuerliche Behandlung ist von unterschiedlichen Faktoren abhängig und bestimmt sich einerseits aus der Person und den Eigenschaften des Anlegers und andererseits aus Faktoren auf

¹⁷² Kerbl/Petutschnig, ÖStZ 2018, 353 (355 f); vgl InvFR 2018, Rz 392.

¹⁷³ Denk/Pelinka, Mietrecht 553.

¹⁷⁴ Pejhovský/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovský/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 197.

¹⁷⁵ vgl InvFR 2018, Rz 392.

Ebene des Immobilienfonds, wie ua die Zusammensetzung der Erträge, das Vorliegen eines öffentlichen Angebots oder das Vorliegen eines Melde- oder Nichtmeldefonds. Im Folgenden wird die Besteuerung der Erträge aus Immobilienfonds auf Ebene der wichtigsten Anlegergruppen unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Ausgestaltungen von Immobilienfonds dargestellt.

6.1 Unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Personen

6.1.1 Anteile im Privatvermögen

6.1.1.1 Besteuerung von laufenden Erträgen bei Meldefonds

Erträge aus einem Immobilienfonds werden aufgrund des geltenden Transparenzprinzips in Form von ausschüttungsgleichen Erträgen unmittelbar den Anteilseignern zugerechnet. Bei Meldefonds ist die Grundlage für die Besteuerung der Erträge auf Ebene der Anleger die Meldung der steuerrelevanten Daten an die OeKB durch den Immobilienfonds. Die Zurechnung erfolgt zum steuerlichen Zuflusszeitpunkt nach Ende des Fondswirtschaftsjahres. Das ist entweder der Zeitpunkt der Auszahlung der KEST iSd § 14 ImmoInvFG oder spätestens der Tag der Veröffentlichung der Meldedaten durch die OeKB, wenn davor keine KEST Auszahlung erfolgt ist. Der steuerliche Zuflusszeitpunkt sowie der Umfang der zugerechneten Erträge gilt für inländische und ausländische Immobilienfonds gleichermaßen.¹⁷⁶

Die zugerechneten ausschüttungsgleichen Erträge sind bei unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Personen, die die Anteile am Immobilienfonds im Privatvermögen halten, aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 40 Abs 1 Z 1 ImmoInvFG als steuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen iSd § 27 EStG zu qualifizieren. Tatsächliche Ausschüttungen des Immobilienfonds und die Auszahlung von Kapitalertragsteuer iSd § 14 ImmoInvFG sind nach dem Gesetzeswortlaut nicht als Einkünfte zu qualifizieren und daher steuerfrei.¹⁷⁷ Ausschüttungen sind dann steuerpflichtig, wenn der Immobilienfonds keine entsprechende Ausschüttungsmeldung an die OeKB übermittelt.¹⁷⁸

Einkünfte aus Kapitalvermögen aus dem Immobilienfonds unterliegen bei unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Personen gemäß § 27a Abs 1 Z 2 EStG einheitlich dem besonderen Steuersatz von 27,5%, wenn die Anteile an dem Immobilienfonds bei ihrer Ausgabe öffent-

¹⁷⁶ Pejhovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ 414 f; vgl InvFR 2018, Rz 408; siehe auch Punkt 5.1.

¹⁷⁷ Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 200.

¹⁷⁸ Edlbacher, Investmentfonds 55.

lich angeboten worden sind. Dies gilt auch für Zinsen, die in den Erträgen aus Immobilienfonds enthalten sind und nach allgemeinen ertragssteuerlichen Bestimmungen dem besonderen Steuersatz von 25% unterliegen würden. Der besondere Steuersatz gilt sowohl für Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge als auch für Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen.¹⁷⁹

Werden die Anteile an Immobilienfonds bei der Ausgabe in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht keinem unbestimmten Personenkreis angeboten, handelt es sich also um keinen öffentlich angebotenen Immobilienfonds, ist der besondere Steuersatz nicht anwendbar.¹⁸⁰ In diesem Fall unterliegen die Erträge aus dem Immobilienfonds gemäß § 27a Abs 2 Z 2 EStG dem progressiven Steuersatz.¹⁸¹

Befinden sich die Anteile an Immobilienfonds auf einem Depot einer inländischen depotführenden Stelle, unterliegen die Einkünfte aus dem Immobilienfonds grundsätzlich dem Kapitalertragsteuerabzug gemäß § 93 EStG, wenn die Anteile öffentlich angeboten worden sind. Der KEST-Abzug hat Endbesteuerungswirkung und die Einkommensteuer gilt damit gemäß § 97 Abs 1 EStG als abgegolten. Werden die Anteile an dem Immobilienfonds auf einem Depot einer ausländischen depotführenden Stelle gehalten, unterliegen die Einkünfte keinem KEST-Abzug. Die Einkünfte sind in die Steuererklärung aufzunehmen und im Rahmen der Veranlagung zu versteuern.¹⁸²

Nach § 94 Z 11 EStG besteht eine Befreiung vom KEST-Abzug bei Ausschüttungen und ausschüttungsgleichen Erträgen soweit diese inländische Beteiligungserträge iSd § 27 Abs 2 Z 1 lit a bis c EStG enthalten. Die inländischen Beteiligungserträge wurden bereits bei Ausschüttung an den Immobilienfonds besteuert. Zur Vermeidung der doppelten Besteuerung ist daher diese Befreiung erforderlich.¹⁸³

Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen aus dem Immobilienfonds, die dem besonderen Steuersatz unterliegen, besteht die Möglichkeit der Regelbesteuerungsoption nach § 27a Abs 5 EStG. Dabei ist zu beachten, dass die Option nur einheitlich für sämtliche Ein-

¹⁷⁹ *Bodis/Wild*, Ausgewählte Highlights der Investmentfondsrichtlinien 2018 (Teil 2), SWK 2018, 1286 (1286).

¹⁸⁰ anders hingegen bei Investmentfonds, AIF und ausländischen Gebilden iSd § 188 Abs 1 Z 3 InvFG, siehe dazu auch *Bodis/Wild*, SWK 2018, 1286 (1286f).

¹⁸¹ *Edlbacher*, Investmentfonds 51f.

¹⁸² *Pejchovsky/Schwertner-Awais* in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz* (Hrsg), Investmentfonds² 200f.

¹⁸³ *Marschner* in *Jakom*, EStG¹⁶, § 94 Rz 80; vgl auch EStR 2000, Rz 7775.

künfte, die dem besonderen Steuersatz nach § 27a Abs 1 EStG unterliegen, ausgeübt werden kann.¹⁸⁴ Darüber hinaus ist hinsichtlich ausländischer Immobilien zu berücksichtigen, dass bei Ausübung der Veranlagungsoption die steuerfreien Erträge aus Immobilien, die in Staaten mit Befreiungsmethode liegen, in die Berechnung des progressiven Steuersatzes einbezogen werden.¹⁸⁵

Einkünfte aus Anteilen an Immobilienfonds, die nicht öffentlich angeboten worden sind, unterliegen weder bei einer inländischen noch bei einer ausländischen depotführenden Stelle einem KEST-Abzug. Diese Einkünfte sind daher in die Steuererklärung aufzunehmen und werden im Rahmen der Veranlagung versteuert.¹⁸⁶

Bei Anteilen an einem ausländischen Immobilienfonds hat die inländische depotführende Stelle grundsätzlich davon auszugehen, dass die Anteile bei ihrer Begebung öffentlich angeboten worden sind und daher KEST einzubehalten ist. Handelt es sich tatsächlich um keine öffentlich angebotenen Anteile, hat der KEST-Abzug keine Endbesteuerungswirkung. Die Einkünfte sind in diesem Fall vom Steuerpflichtigen in die Steuererklärung aufzunehmen.¹⁸⁷

6.1.1.2 Besteuerung von laufenden Erträgen bei Nichtmeldefonds

Ein Nichtmeldefonds liegt vor, wenn ein Immobilienfonds die relevanten Daten für die Besteuerung der Erträge auf Ebene der Anleger nicht oder nicht fristgerecht an die OeKB übermittelt. In diesem Fall werden die ausschüttungsgleichen Erträge für die Besteuerung pauschal ermittelt und Ausschüttungen sind steuerpflichtig.¹⁸⁸

Die pauschalen ausschüttungsgleichen Erträge errechnen sich aus 90% des Unterschiedsbetrages zwischen dem festgesetzten Rücknahmepreis zum Ende des Jahres und jenem Rücknahmepreis zum Anfang des Jahres. Als Mindestbetrag ist jedoch ein ausschüttungsgleicher Ertrag in Höhe von 10% des festgesetzten Rücknahmepreises zum Anfang des Jahres anzusetzen. Diese pauschale Ermittlungsformel führt zur Annahme einer Mindestrendite, welche in der Praxis in den meisten Fällen unrealistisch ist, und somit zu einer erhöhten Besteuerung während der Behaltedauer. Die pauschale Ermittlung von ausschüttungsgleichen Erträgen

¹⁸⁴ Marschner in Jakom, EStG¹⁶, § 27a Rz 46.

¹⁸⁵ Pejhovský/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovský/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 201.

¹⁸⁶ Edlbacher, Investmentfonds 51f.

¹⁸⁷ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 124; vgl InvFR 2018, Rz 403.

¹⁸⁸ Pejhovský/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovský/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 200; siehe auch Punkt 5.1.4.

wurde jedoch vom VfGH für zulässig erachtet.¹⁸⁹ Darüber hinaus werden tatsächliche Ausschüttungen nicht auf die pauschalen ausschüttungsgleichen Erträge angerechnet.¹⁹⁰

Die pauschale Ermittlung von ausschüttungsgleichen Erträgen führt gleichzeitig dazu, dass sich die fortgeschriebenen Anschaffungskosten der Investmentfondsanteile entsprechend erhöhen. Die höhere steuerliche Belastung während der Behaltedauer kann daher unter Umständen im Rahmen der Veräußerung ausgeglichen werden, weil dadurch ein entsprechend geringerer Veräußerungsgewinn oder sogar ein Veräußerungsverlust entsteht. Ein Veräußerungsverlust wäre jedoch nur dann ausgleichsfähig, wenn im selben Jahr genügend steuerpflichtige Kapitalerträge erzielt werden (siehe dazu Punkt 6.1.1.5).¹⁹¹

Werden die Anteile an dem Immobilienfonds auf einem Depot einer inländischen depotführenden Stelle gehalten, hat die inländische depotführende Stelle die ausschüttungsgleichen Erträge jeweils zum 31.12. zu schätzen und entsprechend KEST einzubehalten. Werden die Anteile bei einer ausländischen depotführenden Stelle gehalten, hat der Anteilseigner die ausschüttungsgleichen Erträge selbst pauschal zu ermitteln und zu veranlagern. Die Veranlagungspflicht besteht auch, wenn ein KEST-Abzug durch die inländische depotführende Stelle keine Endbesteuerungswirkung entfaltet.¹⁹²

Der Steuerpflichtige hat die Möglichkeit, die Steuerfreiheit von Ausschüttungen sowie die tatsächliche Höhe der ausschüttungsgleichen Erträge selbst nachzuweisen und so nachteilige steuerliche Konsequenzen zu vermeiden. Der Selbstnachweis hat wie auch bei Meldefonds eine aufgegliederte Zusammensetzung von ausschüttungsgleichen Erträgen und Ausschüttungen sowie die steuerrelevanten Daten zur Ermittlung der KEST und der Änderung der Anschaffungskosten zu enthalten. Hat eine inländische depotführende Stelle KEST für die pauschalen ausschüttungsgleichen Erträge einbehalten, ist der Selbstnachweis zwingend gegenüber dem Abzugsverpflichteten zu erbringen, sofern die Anteile noch nicht veräußert wurden. Der Abzugsverpflichtete hat dann auf Basis der tatsächlichen ausschüttungsgleichen Erträge entsprechend KEST einzubehalten oder gutzuschreiben und die fortgeschriebenen Anschaffungskosten des Fondsanteils entsprechend zu korrigieren. Ist der Nachweis gegenüber dem Abzugsverpflichteten nicht möglich, weil die Anteile bereits veräußert wurden, oder werden

¹⁸⁹ vgl VfGH 15.10.2004, G49/04.

¹⁹⁰ Marschner, Schwarze Investmentfonds: Kann der Selbstnachweis wirklich nur gegenüber der Bank erbracht werden? SWK 2014/25, 1095 (1095f).

¹⁹¹ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 233.

¹⁹² Edlbacher, Investmentfonds 55.

die Immobilienfondsanteile auf einem ausländischen Depot gehalten, hat der Nachweis der tatsächlichen ausschüttungsgleichen Erträge gegenüber dem für die Erhebung der Einkommensteuer zuständigen Finanzamt zu erfolgen.¹⁹³

Nach § 4 FMV können rechtzeitig erfolgte Meldungen bis zum 15.12. desselben Jahres korrigiert werden. Diese korrigierten Meldungen werden von der OeKB veröffentlicht und der Abzugsverpflichtete hat entsprechende Korrekturen der KEST sowie der fortgeschriebenen Anschaffungskosten automatisch durchzuführen, sofern noch eine aufrechte Geschäftsbeziehung besteht.¹⁹⁴

Die Erbringung des Selbstnachweises kann auch durch den steuerlichen Vertreter des Immobilienfonds erfolgen. Wird eine Meldung verspätet erbracht oder korrigiert, jedoch vor dem Ende der Frist der nächsten Meldung an die OeKB übermittelt, hat die OeKB diese Meldung nach § 4 Abs 3 FMV als Selbstnachweis zu veröffentlichen. Die Berücksichtigung dieses Selbstnachweises durch die abzugsverpflichtete Stelle ist aber nur durch einen entsprechenden Auftrag des Steuerpflichtigen möglich.¹⁹⁵

Nach Ansicht der Finanzverwaltung führt die Abgabe eines Selbstnachweises zu einer Verschiebung des Zuflusszeitpunktes der ausschüttungsgleichen Erträge vom 31.12. auf sieben Monate nach Abschluss des Fondswirtschaftsjahres. Dies entspricht auch der Frist zur Jahresmeldung bei Meldefonds.¹⁹⁶

In der Praxis wird der Selbstnachweis für private Anleger meist nicht durchführbar sein, da er kompliziert ist und die Kosten für die Durchführung durch einen steuerlichen Vertreter bei kleinen Depots meist den Nutzen übersteigen werden. Die mit der Meldung verbundenen Kosten sind nach § 20 Abs 2 Z 2 EStG aufgrund der Endbesteuerung nicht als Betriebsausgabe oder Werbungskosten abzugsfähig. Bei Durchführung der Meldung durch einen Wirtschaftstreuhänder können diese Kosten aber nach § 18 Abs 1 Z 6 EStG als Sonderausgaben abgesetzt werden.¹⁹⁷

¹⁹³ *Steinhauser*, Ertragsbesteuerung 314f.

¹⁹⁴ *Marschner*, Fallbeispiele³, Rz 232.

¹⁹⁵ *Marschner*, Fallbeispiele³, Rz 232.

¹⁹⁶ vgl InvFR 2018, Rz 214.

¹⁹⁷ *Marschner*, Fallbeispiele³, Rz 1207.

6.1.1.3 *Besteuerung von Veräußerungserträgen bei Meldefonds*

Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds unterliegen gemäß § 40 Abs 3 ImmoInvFG der Besteuerung von Einkünften aus Kapitalvermögen iSd § 27 Abs 3 EStG. Bei der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds gelangt das Transparenzprinzip nicht zur Anwendung. Es wird daher für steuerliche Zwecke nicht die anteilige Veräußerung der Wirtschaftsgüter des Immobilienfonds unterstellt.¹⁹⁸

Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds sind steuerpflichtig, sofern die Anteile nach dem 31.12.2010 entgeltlich erworben wurden (Neubestand). Bemessungsgrundlage ist der Veräußerungserlös abzüglich der fortgeschriebenen Anschaffungskosten. Die fortgeschriebenen Anschaffungskosten ergeben sich aus den Anschaffungskosten zuzüglich der während der Behaltedauer bereits besteuerten ausschüttungsgleichen Erträge und abzüglich ausgezahlter KEST gemäß § 14 ImmoInvFG sowie etwaiger steuerfreier Ausschüttungen. Anschaffungsnebenkosten und sonstige Aufwendungen, die in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Einkünften aus Kapitalvermögen stehen, sind nach §§ 27a Abs 4 Z 2 bzw 20 Abs 2 EStG nicht abzugsfähig und daher nicht in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen.¹⁹⁹

Werden die Anteile auf einem Depot einer inländischen depotführenden Stelle gehalten, hat diese die KEST nach § 93 EStG einzubehalten. Mit dem KEST-Abzug gilt die Einkommenssteuer als abgegolten. Werden die Anteile bei einer ausländischen depotführenden Stelle gehalten, sind Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen in die Steuererklärung aufzunehmen und im Rahmen der Veranlagung mit dem besonderen Steuersatz zu versteuern.²⁰⁰

6.1.1.4 *Besteuerung von Veräußerungserträgen bei Nichtmeldefonds*

Die Besteuerung von Veräußerungserträgen bei Nichtmeldefonds entspricht der Besteuerung bei Meldefonds. Im Unterschied zu Meldefonds werden die fortgeschriebenen Anschaffungskosten nicht um etwaige Ausschüttungen verringert, da diese steuerpflichtig sind. Die fortgeschriebenen Anschaffungskosten werden nur durch die pauschal ermittelten ausschüttungs-

¹⁹⁸ Bodis/Wild, SWK 2018, 1286 (1287).

¹⁹⁹ Pejhovský/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovský/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 201.

²⁰⁰ Edlbacher, Investmentfonds 62.

gleichen Erträge ergänzt und für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage dem Veräußerungserlös gegenübergestellt.²⁰¹

6.1.1.5 *Verlustausgleich*

Bei Anlegern, die ihre Anteile an Immobilienfonds im Privatvermögen halten, richtet sich der Verlustausgleich nach den allgemeinen Bestimmungen für Einkünfte aus Kapitalvermögen gemäß § 27 Abs 8 EStG. Die Verlustverrechnung ist demnach nur eingeschränkt möglich.

Verluste aus Kapitaleinkünften, die dem besonderen Steuersatz nach § 27a Abs 1 EStG unterliegen, können grundsätzlich nur mit anderen Kapitaleinkünften ausgeglichen werden, die ebenfalls dem besonderen Steuersatz unterliegen. Verluste aus Kapitalvermögen, die dem progressiven Steuersatz unterliegen, sind daher auch nur mit solchen Einkünften ausgleichsfähig. Diese Einschränkung ist auch dann anzuwenden, wenn von der Regelbesteuerungsoption nach § 27a Abs 5 EStG Gebrauch gemacht wird. Ein Verlustausgleich mit anderen Einkunftsarten ist grundsätzlich nicht möglich, weshalb auch Verluste aus Kapitalvermögen nach § 27 EStG nicht mit Einkünften aus betrieblich gehaltenem Kapitalvermögen ausgeglichen werden können.²⁰²

Einkünfte aus der Überlassung von Kapital iSd § 27 Abs 2 EStG können in den Verlustausgleich miteinbezogen werden. Dies gilt auch für Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge aus Immobilienfonds. Der Verlustausgleich mit Einkünften aus der Überlassung von Kapital ist nach allgemeinen ertragsteuerlichen Bestimmungen dahingehend eingeschränkt, dass ein Ausgleichsverbot zwischen Verlusten aus der Veräußerung von Kapitalvermögen, aus Derivaten und aus Kryptowährungen mit Zinserträgen aus Bankeinlagen sowie Zuwendungen von Privatstiftungen besteht.²⁰³ Diese Verlustbeschränkung besteht auch innerhalb von Immobilienfonds, da hier ein Ausgleich von Verlusten aus Bewirtschaftungs- und Aufwertungserträgen mit Wertpapier- und Liquidationsgewinnen unzulässig ist.²⁰⁴

Ein Verlustvortrag im außerbetrieblichen Bereich ist weder bei Anwendung des besonderen Steuersatzes noch bei Ausübung der Regelbesteuerungsoption möglich.²⁰⁵ Ein Veräußerungsverlust, der nicht mit Einkünften aus Kapitalvermögen ausgleichsfähig ist, geht daher verlo-

²⁰¹ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 201.

²⁰² *Marschner in Jakom, EStG*¹⁶, § 27 Rz 411 ff.

²⁰³ *Marschner in Jakom, EStG*¹⁶, § 27 Rz 417 f.

²⁰⁴ *Kerbl/Petutschnig, ÖStZ* 2018, 353 (355).

²⁰⁵ *Marschner in Jakom, EStG*¹⁶, § 27 Rz 420.

ren. Sofern für den Anleger kein persönlicher Veräußerungszwang besteht, könnte eine Teilveräußerung in einer späteren Periode zur Optimierung des Verlustausgleichs überlegt werden. Bei Nichtmeldefonds besteht zusätzlich die Möglichkeit, einen Selbstnachweis für eine vergangene Periode zu erbringen. Dadurch werden die ausschüttungsgleichen Erträge und somit die KEST für diese Periode korrigiert und gleichzeitig die fortgeschriebenen Anschaffungskosten entsprechend angepasst. Durch die hohe pauschale Annahme von ausschüttungsgleichen Erträgen durch den Gesetzgeber, sollte sich dadurch der Veräußerungsverlust verringern.²⁰⁶

Werden die Anteile an einem Immobilienfonds auf einem Depot bei einer inländischen depotführenden Stelle gehalten, hat diese nach § 93 Abs 6 EStG den Verlustausgleich durchzuführen. Dabei hat sie alle Einschränkungen des Verlustausgleichs nach § 27 Abs 8 EStG zu berücksichtigen. Der Verlustausgleich ist für sämtliche Depots des Steuerpflichtigen bei der depotführenden Stelle durchzuführen. Der Verlustausgleich umfasst alle kapitalertragsteuerpflichtigen Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nach § 27 Abs 8 EStG ausgleichsfähig sind. Darunter fallen auch Dividenden sowie ausschüttungsgleiche Erträge, unabhängig davon, ob diese von Melde- oder Nichtmeldefonds stammen.²⁰⁷

Werden die Anteile an einem Immobilienfonds bei einer ausländischen depotführenden Stelle oder auf einem Gemeinschaftsdepot gehalten oder hat ein Anleger mehrere Depots bei unterschiedlichen Banken, ist der Verlustausgleich im Rahmen der Veranlagung durchzuführen. Bisher mussten Steuerpflichtige für den Verlustausgleich im Rahmen der Veranlagung dem Finanzamt Steuerbescheinigungen iSd § 96 Abs 4 EStG vorlegen, die automatisch von den depotführenden Stellen erstellt wurden. Für Einkünfte, die ab 1.1.2024 zufließen, haben depotführende Stellen nur mehr auf Verlangen des Steuerpflichtigen ein umfassendes Steuerreporting zu erstellen, das gemäß § 96 Abs 5 EStG idF AbgÄG 2022²⁰⁸ sämtliche Kapitaleinkünfte des Steuerpflichtigen enthält und solche Einkünfte auflistet, für die kein Verlustausgleich vorgenommen wurde. Die genaueren Details zum Steuerreporting werden durch Verordnung des BMF²⁰⁹ festgelegt. Durch das Steuerreporting soll der Nachweis von Kapitaleinkünften für Zwecke der Veranlagung vereinheitlicht und vereinfacht werden.²¹⁰

²⁰⁶ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 233.

²⁰⁷ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 249.

²⁰⁸ BGBl I 2022/108.

²⁰⁹ Die diesbezügliche Verordnung wurde zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Arbeit noch nicht veröffentlicht.

²¹⁰ vgl EStR 2000, Rz 7751 ff.

6.1.2 Anteile im Betriebsvermögen

6.1.2.1 Bilanzielle Behandlung

Immobilienfonds gelten nach § 1 ImmoInvFG als Wertpapiere und sind daher für unternehmens- und steuerrechtliche Zwecke als selbständig zu bilanzierende Vermögenswerte zu qualifizieren. Dabei kommt es zur Durchbrechung des Transparenzprinzips, da die einzelnen Vermögenswerte des Immobilienfonds nicht den Anteilsinhabern zugerechnet werden.²¹¹

Anteile an Immobilienfonds können sowohl im Anlage- als auch im Umlaufvermögen gehalten werden. Die Zuordnung erfolgt nach allgemeinen unternehmensrechtlichen Vorschriften des § 198 UGB, wobei die beabsichtigte Haltedauer entscheidend ist. In der Regel werden die Anteile dem Finanzanlagevermögen zuzuordnen sein. Die Erstbewertung unterscheidet sich bei Anlage- und Umlaufvermögen nicht. Bei Erwerb sind die Anteile an Immobilienfonds im Betriebsvermögen mit den Anschaffungskosten inklusive Anschaffungsnebenkosten (Ausgabeaufschlag) anzusetzen. Wird ein Ertragsausgleich geleistet, ist dieser ebenfalls zu den Anschaffungskosten zu aktivieren. Für steuerliche Zwecke kommt die Bilanzierung der Anteile nur für die Gewinnermittlung nach §§ 5 und 4 Abs 1 EStG in Frage. Die steuerlichen Anschaffungskosten entsprechen den unternehmensrechtlichen, da im Betriebsvermögen die Anschaffungsnebenkosten nach § 27a Abs 4 Z 2 EStG ebenfalls aktiviert werden können.²¹²

Hinsichtlich der erwirtschafteten Erträge aus dem Immobilienfonds ist das Realisationsprinzip iSd § 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB anzuwenden. Demnach können die Erträge aus dem Immobilienfonds nur dann erfolgswirksam erfasst und eine Forderung angesetzt werden, wenn ein Ausschüttungsanspruch entstanden ist. Im Zusammenhang mit thesaurierenden Immobilienfonds stellt sich zusätzlich die Frage, inwieweit ausschüttungsgleiche Erträge zu aktivieren sind. Bei Wertpapierfonds besteht unter gewissen Voraussetzungen²¹³ die Möglichkeit, laufende Erträge ertragswirksam auf den Buchwert zu aktivieren, wenn ein so gut wie sicherer Anspruch entstanden ist. Dies kann auch über die historischen Anschaffungskosten hinaus erfolgen, wobei als Höchstgrenze der Rücknahmepreis oder der beizulegende Zeitwert der

²¹¹ Winter/Kern/Hlawenka/Dietl, Die bilanzielle Behandlung von Investmentfondsanteilen im Sinne der AFRAC-Stellungnahme zur unternehmensrechtlichen Bilanzierung von Finanzanlage- und Finanzumlaufvermögen, RWP 2018, 71 (74).

²¹² Steinhauser/Andorfer-Plainer, Bilanzierung von Investmentfondsanteilen - Zweifelsfragen sowie Differenzen zwischen Unternehmens- und Steuerbilanz unter Berücksichtigung jüngster (legistischer) Entwicklungen, in Urnik/Fritz-Schmied, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2019, 145 (154f).

²¹³ Siehe dazu AFRAC-Stellungnahme 14 Bilanzierung von nicht-derivativen Finanzinstrumenten (UGB), 2021, Frage 16, Rz 96 ff.

Anteile gilt. Immobilienfonds sind jedoch deutlich weniger liquide als Wertpapierfonds, weshalb die Möglichkeit der laufenden Ertragsrealisation nach hA verneint wird.²¹⁴

Aus steuerlicher Sicht werden die Erträge aus Immobilienfonds aufgrund des geltenden Transparenzprinzips in Form von ausschüttungsgleichen Erträgen unmittelbar den Anteilseignern zugerechnet und erhöhen entsprechend die (fortgeschriebenen) Anschaffungskosten. Umgekehrt reduzieren steuerfreie Ausschüttungen des Immobilienfonds die Anschaffungskosten.²¹⁵

Im Hinblick auf den Zuflusszeitpunkt und die Höhe der ausschüttungsgleichen Erträge aus Melde- oder Nichtmeldefonds wird nicht zwischen Privat- und Betriebsvermögen unterschieden.²¹⁶

In der Folge werden die Anteile an Immobilienfonds in der Bilanz mit den Anschaffungskosten oder dem niedrigeren beizulegenden Wert angesetzt. Der beizulegende Wert entspricht idR dem Rücknahmepreis der Anteile, sofern keine Indizien vorliegen, dass dieser nicht den tatsächlichen Wertverhältnissen im Immobilienfonds entspricht. Bei Wertminderungen muss im Anlagevermögen nach dem gemilderten Niederstwertprinzip zwingend eine Abschreibung vorgenommen werden, wenn die Wertminderung voraussichtlich von Dauer ist. Ist die Wertminderung voraussichtlich nur vorübergehend, kann eine Abschreibung vorgenommen werden. Nach AFRAC 14 darf die Annahme einer vorübergehenden Wertminderung jedoch nur getroffen werden, wenn die Wertminderung weder auf Verluste beruhen, die im Fonds bereits realisiert wurden, noch auf Ertrags- oder Substanzausschüttungen.²¹⁷ Im Zweifel wird daher von einer dauerhaften Wertminderung auszugehen sein. Im Umlaufvermögen muss nach dem strengen Niederstwertprinzip unabhängig von der Dauer der Wertminderung zwingend eine Abschreibung vorgenommen werden. Fallen die Gründe für die Abschreibung weg, ist sowohl beim Anlage- als auch beim Umlaufvermögen zwingend eine Zuschreibung bis zu den ursprünglichen Anschaffungskosten vorzunehmen.²¹⁸

²¹⁴ *Marschner*, Investmentfonds: Zwingende Aktivierung von ausschüttungsgleichen Erträgen, SWK 2018, 1572 (1573f); vgl auch AFRAC-Stellungnahme 14 Bilanzierung von nicht-derivativen Finanzinstrumenten (UGB), 2021, Rz 97 ff.

²¹⁵ *Marschner*, Fallbeispiele³ Rz 403.

²¹⁶ siehe dazu auch Punkt 6.1.1.

²¹⁷ AFRAC-Stellungnahme 14 Bilanzierung von nicht-derivativen Finanzinstrumenten (UGB), 2021, Rz 92.

²¹⁸ *Winter/Kern/Hlawenka/Dietl*, RWP 2018, 71 (75).

Für steuerliche Zwecke ist für die Bewertung der Anteile am Immobilienfonds der Teilwert iSd § 6 EStG maßgeblich, der im Wesentlichen dem beizulegenden Wert iSd UGB entspricht. Ist der Teilwert niedriger als der steuerliche Buchwert, ist gegebenenfalls eine Teilwertabschreibung vorzunehmen.²¹⁹

Wird der Gewinn nach § 5 EStG ermittelt, folgt die Teilwertabschreibung aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips grundsätzlich der unternehmensrechtlichen Abschreibung. Nachdem ausschüttungsgleiche Erträge von Immobilienfonds nur im Steuerrecht aktiviert werden, im Unternehmensrecht hingegen nicht, kommt es bei Immobilienfonds regelmäßig zu einem Auseinanderfallen des Wertansatzes zwischen Unternehmens- und Steuerrecht. Dabei kann es zu Problemen bei der Anwendung des Maßgeblichkeitsprinzips kommen, wenn steuerlich uU eine Teilwertabschreibung notwendig ist, der unternehmensrechtliche Wertansatz über dem beizuliegenden Wert liegt. Steuerlich sollte eine Teilwertabschreibung möglich und zwingend sein, auch wenn es unternehmensrechtlich nicht zu einer Abschreibung kommt.²²⁰

Bei der Gewinnermittlung nach § 4 Abs 1 EStG kann eine Teilwertabschreibung auf den niedrigeren Teilwert vorgenommen werden, wenn die Wertminderung voraussichtlich erheblich und dauerhaft ist. Bei § 4 Abs 3 EStG Ermittlern sind Abschreibungen und Zuschreibungen von nicht abnutzbarem Anlagevermögen unzulässig.²²¹

6.1.2.2 Steuerliche Behandlung

Hält eine Privatperson Anteile an einem Immobilienfonds im Betriebsvermögen, sind Ausschüttungen und ausschüttungsgleiche Erträge sowie Einkünfte aus der Veräußerung der Anteile aufgrund der Subsidiarität der Einkunftsarten unter die betrieblichen Einkunftsarten zu subsumieren. Die Besteuerung von Anteilen an einem Immobilienfonds im Betriebsvermögen entspricht im Wesentlichen jener von Anteilen im Privatvermögen, es bestehen aber einige steuerliche Besonderheiten.²²²

Die Einkünfte aus einem öffentlich angebotenen Immobilienfonds unterliegen auch bei Privatpersonen, die ihre Anteile im Betriebsvermögen halten, nach § 27a Abs 6 iVm Abs 1 EStG dem besonderen Steuersatz von 27,5%.²²³ Die Einkommensteuer wird mittels KEST-Abzug

²¹⁹ Ehgartner in Jakom, EStG¹⁶, § 6 Rz 64 f.

²²⁰ Steinhäuser/Andorfer-Plainer, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2019, 145 (176f).

²²¹ Edlbacher, Investmentfonds 21.

²²² Ehgartner in Jakom, EStG¹⁶, § 6 Rz 65.

²²³ Ausgenommen davon sind nach § 27a Abs 6 EStG ua Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen von Kapitalvermögen, wenn die Erzielung solcher Einkünfte einen Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit darstellt.

durch die inländische depotführende Stelle erhoben. Die Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds ist unabhängig vom Anschaffungszeitpunkt im Betriebsvermögen steuerpflichtig.²²⁴ Der Veräußerungsgewinn errechnet sich aus dem Veräußerungserlös abzüglich der fortgeschriebenen Anschaffungskosten. Im Gegensatz zum Privatvermögen erhöhen im Betriebsvermögen Anschaffungsnebenkosten die Anschaffungskosten und mindern somit den Veräußerungsgewinn. Sonstige Aufwendungen, die in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit Einkünften aus Immobilienfonds stehen, dürfen nach § 20 Abs 2 EStG nicht geltend gemacht werden.²²⁵

Einkünfte aus einem nicht öffentlich angebotenen Immobilienfonds unterliegen nach § 27a Abs 2 EStG dem progressiven Steuertarif und gemäß § 93 Abs 1 EStG keinem KEST-Abzug. Diese Einkünfte sind im Rahmen der Steuererklärung zu veranlagern.

Im Gegensatz zu Immobilienfonds im Privatvermögen gilt die Einkommensteuer im Betriebsvermögen durch Einbehalt der KEST nur für laufende Einkünfte aus Kapitalvermögen als abgegolten. Für Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen entfaltet die KEST gemäß § 97 Abs 1 lit a EStG keine Endbesteuerungswirkung. Die eingehobene KEST gilt nur als Vorauszahlung für die Sondereinkommensteuer.²²⁶ Die Veranlagung von Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen ist auch notwendig, um steuerliche Besonderheiten des Betriebsvermögens geltend zu machen. Nach § 93 Abs 5 EStG besteht nämlich die unwiderlegbare Vermutung für Zwecke des Steuerabzuges, dass Wirtschaftsgüter iSd § 27 Abs 3 EStG im Privatvermögen gehalten werden. Diese Regelung soll den Steuerabzug für Banken vereinfachen, führt aber dazu, dass betriebliche Besonderheiten wie ua Teilwertabschreibungen oder Anschaffungsnebenkosten bei der Berechnung der KEST nicht berücksichtigt werden können. Einkünfte aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds sind daher jedenfalls in die Steuererklärung aufzunehmen und zum besonderen Steuersatz unter Anrechnung der einbehaltenen KEST zu veranlagern.²²⁷

Der Ausgleich von Verlusten aus der Veräußerung, Einlösung oder sonstigen Abschichtung von Kapitalvermögen iSd § 27 Abs 3 EStG sowie die Behandlung von Teilwertabschreibungen richtet sich im Betriebsvermögen nach § 6 Z 2 lit c EStG. Während Teilwertabschreibun-

²²⁴ Edlbacher, Investmentfonds 64f.

²²⁵ Pejchovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds² 202.

²²⁶ Pejchovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ 424.

²²⁷ Marschner in Jakom, EStG¹⁶, § 93 Rz 91 ff.

gen nur bei der Gewinnermittlung nach § 5 und § 4 Abs 1 EStG möglich sind, sind die Regelungen für den Verlustausgleich aus der Veräußerung von Kapitalvermögen auch für die Gewinnermittlung nach § 4 Abs 3 EStG anzuwenden.²²⁸

Teilwertabschreibungen und Verluste aus der Veräußerung von Kapitalvermögen iSd § 27 Abs 3 EStG, das dem besonderen Steuersatz unterliegt, sind vorrangig mit positiven Einkünften aus der Veräußerung solcher Wirtschaftsgüter und mit Zuschreibungen desselben Betriebes zu verrechnen. Ein verbleibender Veräußerungsverlust bzw. negativer Überhang von Teilwertabschreibungen darf nur zu 55% mit anderen Einkünften verrechnet werden.²²⁹ Die Verrechnung hat zuerst innerbetrieblich zu erfolgen. Danach kann nach allgemeinen einkommensteuerlichen Grundsätzen ein horizontaler Verlustausgleich mit Einkünften derselben Einkunftsart und dann ein vertikaler Ausgleich mit Einkünften anderer Einkunftsarten erfolgen. Ein Verlustvortrag ist möglich, sofern nicht ausreichend positive Einkünfte vorhanden sind. Bei nicht öffentlich angebotenen Immobilienfonds ist keine vorrangige Verrechnung vorzunehmen und die Verluste sind voll aufwandswirksam.²³⁰

Für Einkünfte aus Kapitalvermögen im Betriebsvermögen ist nach § 93 Abs 6 Z 4 lit a EStG kein automatischer Verlustausgleich durch die inländische depotführende Stelle durchzuführen. Dies stellt eine Ausnahme zu § 93 Abs 5 EStG dar. Der Verlustausgleich hat daher im Rahmen der Veranlagung zu erfolgen. Hält eine Privatperson bei derselben inländischen depotführenden Stelle mehrere Depots, die zum Privat- sowie Betriebsvermögen gehören, ist es wichtig, die Depots gegenüber der depotführenden Stelle entsprechend zuzuordnen. Ansonsten kann es bei einem automatischen Verlustausgleich zu einer Vermischung der Kurse kommen, die einen Verlust der Abgeltungswirkung der KEST für das Privatvermögen zur Folge haben kann.²³¹

6.2 Körperschaften nach § 7 Abs 3 KStG

Die unternehmens- und steuerrechtliche Behandlung von Anteilen an Immobilienfonds im Vermögen einer Körperschaft nach § 7 Abs 3 KStG entspricht im Wesentlichen jener im Betriebsvermögen einer natürlichen Person, die ihre Gewinne nach § 5 EStG ermittelt. Im Fol-

²²⁸ Marschner in *Jakom*, EStG¹⁶, § 6 Rz 96.

²²⁹ *Pejchovsky/Schwertner-Awais* in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz (Hrsg)*, Investmentfonds² 202.

²³⁰ Marschner in *Jakom*, EStG¹⁶, § 6 Rz 96 f, vgl EStR 2000, Rz 796.

²³¹ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 390.

genden werden daher nur Unterschiede in der unternehmens- und steuerrechtlichen Behandlung dargestellt.

6.2.1 Bilanzielle Behandlung

Die Bilanzierung von Anteilen an Immobilienfonds wird entsprechend den allgemeinen unternehmensrechtlichen Vorschriften, die auch für Anteile im Betriebsvermögen natürlicher Personen anzuwenden sind, vorgenommen. Demnach sind die Anteile entweder im Anlage- oder Umlaufvermögen mit den Anschaffungskosten samt Anschaffungsnebenkosten zu aktivieren. Hinsichtlich der Bilanzierung von thesaurierten Erträgen aus Immobilienfonds ergeben sich zwar grundsätzlich keine Unterschiede zur Bilanzierung im Betriebsvermögen von natürlichen Personen. Ausschüttungsgleiche Erträge können aus Immobilienfonds in der Unternehmensbilanz aufgrund der geringen Liquidität im Gegensatz zu Wertpapierfonds nicht auf die Anschaffungskosten aktiviert werden (siehe dazu auch Punkt 6.1.2.1). Aus steuerlicher Sicht erhöhen diese hingegen zwingend die Anschaffungskosten. Mittelgroße und Große Kapitalgesellschaften haben daher für die unterschiedlichen Wertansätze aktive latente Steuern nach § 198 Abs 9 UGB anzusetzen. Kleine Kapitalgesellschaften haben diesbezüglich ein Wahlrecht.²³²

6.2.2 Steuerliche Behandlung

Ausschüttungsgleiche Erträge aus in- und ausländischen Immobilienfonds werden bei Körperschaften iSd § 7 Abs 3 KStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb qualifiziert und unterliegen auf Ebene der Körperschaft der Körperschaftsteuer in Höhe von 23%²³³.²³⁴

Ausschüttungsgleiche Erträge aus in- und ausländischen Immobilienfonds unterliegen dem KEST-Abzug nach § 93 Abs 1a EStG. Der KEST-Abzug entfaltet jedoch keine Endbesteuerungswirkung. Enthalten die ausschüttungsgleichen Erträge inländische Beteiligungserträge, unterliegen sie insoweit nach § 94 Z 11 EStG keinem KEST-Abzug. Die dafür einbehaltene KEST kann im Rahmen der Körperschaftsteuererklärung angerechnet oder rückerstattet werden. Die Körperschaft hat auch die Möglichkeit bei der abzugsverpflichteten Stelle eine Befreiungserklärung iSd § 94 Z 5 EStG vorzulegen, damit der KEST-Abzug unterbleiben kann.²³⁵

²³² *Steinhauser/Andorfer-Plainer*, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2019, 145.

²³³ Ab 1.1.2024, davor 24% (2023) bzw. 25%.

²³⁴ *Pejchovsky/Schwertner-Awais* in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz* (Hrsg), Investmentfonds² 202.

²³⁵ *Pejchovsky/Teubenbacher* in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich* (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ 425.

Beteiligungserträge im Rahmen von Immobilienfonds unterliegen Sonderregelungen. Die Beteiligungsertragsbefreiung nach § 10 KStG ist aufgrund des Transparenzprinzips auch auf die Anteilsinhaber von Immobilienfonds als Treugeber anzuwenden. Demnach sind inländische Beteiligungserträge, die dem Immobilienfonds zufließen, auf Ebene der beteiligten Körperschaft von der Körperschaftsteuer befreit.²³⁶ Ausländische Beteiligungserträge sind gemäß § 10 Abs 1 Z 5 – 7 KStG von der Körperschaftsteuer befreit, wenn es sich um eine internationale Schachtelbeteiligung handelt oder (sofern die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind) die Ausschüttungen von EU-Körperschaften oder vergleichbaren Körperschaften iSd § 7 Abs 3 KStG aus Drittstaaten mit umfassender Amtshilfe stammen.²³⁷

Im Zeitpunkt der Ausschüttung an den Immobilienfonds muss für inländische Beteiligungserträge KESt einbehalten werden. Nur im Fall von Substanzausschüttungen von inländischen Grundstücksgesellschaften sind Beteiligungserträge nach § 94 Z 10 EStG vom KESt-Abzug befreit. Dies gilt für in- und ausländische Immobilienfonds. Die einbehaltene KESt kann von der Kapitalgesellschaft im Rahmen der Veranlagung auf die Körperschaftsteuer angerechnet oder erstattet werden. Ausländische Beteiligungserträge sind grundsätzlich von der KESt befreit.²³⁸

Bei inländischen Beteiligungserträgen stellt sich die Frage, inwieweit die Steuerbefreiung Auswirkung auf die (steuerlichen) fortgeschriebenen Anschaffungskosten der Anteile an Immobilienfonds hat. Grundsätzlich erhöhen ausschüttungsgleiche Erträge die steuerlichen Anschaffungskosten, während steuerbefreite Ausschüttungen des Immobilienfonds die Anschaffungskosten verringern. Obwohl die Kapitalgesellschaft durch Rückerstattung bzw. Anrechnung der KESt auf die Beteiligungserträge einen steuerfreien Ertrag aus dem Immobilienfonds erhält, hat diese keine Auswirkungen auf den steuerlichen Buchwert der Anteile. Die anrechenbare KESt ist vielmehr Teil des sachlich steuerbefreiten Beteiligungsertrags.²³⁹

Die Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds unterliegt auf Ebene der Kapitalgesellschaft unabhängig von der Behaltedauer der Körperschaftsteuer und dem KESt-Abzug. Die

²³⁶ *Edlbacher*, Investmentfonds 66; vgl auch VwGH 24.09.2008, 2006/15/0376.

²³⁷ *Dziurdz/Mittendorfer* in *Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg)*, KStG/Körperschaftsteuergesetz³ (2022), § 10 Rz 49 ff.

²³⁸ *Marschner* in *Jakom*, EStG¹⁶, § 94 Rz 78 f.

²³⁹ *Marschner*, Fallbeispiele³, Rz 692.

Einkünfte müssen aber trotzdem unter Anrechnung der einbehaltenen KEST im Rahmen der Körperschaftsteuererklärung veranlagt werden.²⁴⁰

Verluste, die im Rahmen der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds entstehen können mit anderen Einkünften der Körperschaft ausgeglichen werden. Die Einschränkung des Verlustausgleichs iSd § 6 Z 1 lit c EStG für betriebliche Einkünfte aus Kapitalvermögen ist nach § 7 Abs 3 KStG nicht anzuwenden. Der Verlustvortrag ist unter den Voraussetzungen des § 8 Abs 4 KStG möglich.²⁴¹

6.3 Eigennützige Privatstiftungen

Privatstiftungen sind juristische Personen und unterliegen daher der Körperschaftsteuer. Nach § 13 KStG gelten besondere steuerliche Vorschriften, wenn Privatstiftungen bestimmten Offenlegungspflichten gegenüber dem Finanzamt nachkommen. Werden die Offenlegungspflichten nicht erfüllt, erfolgt die Einkünfteermittlung nach betrieblichen Grundsätzen iSd § 7 Abs 3 KStG.²⁴² Im Folgenden wird daher nur die steuerlichen Implikationen von Anteilen an Immobilienfonds bei offenlegenden außerbetrieblichen Privatstiftungen (im Folgenden nur Privatstiftung) beschrieben.

Bei offenlegenden Privatstiftungen erfolgt die Ermittlung der Einkünfte nach § 7 Abs 2 KStG. Demnach können Einkünfte aus allen Einkunftsarten²⁴³ erzielt werden und es kommt nicht zur Einkünftetransformation. Die Einkünfte sind getrennt nach den Einkunftsarten unter Anwendung der jeweiligen Gewinnermittlungsvorschriften zu ermitteln. Privatstiftungen können somit sowohl betriebliche- als auch außerbetriebliche Einkünfte erzielen.²⁴⁴

Privatstiftungen unterliegen nach § 18 Privatstiftungsgesetz (PSG)²⁴⁵ der Rechnungslegungspflicht. Die Maßgeblichkeit der unternehmensrechtlichen Vorschriften für die steuerliche Gewinnermittlung ist aber nur für Einkünfte aus Gewerbebetrieb relevant. Bei den anderen Einkunftsarten besteht kein Zusammenhang zwischen Unternehmens- und Steuerrecht.²⁴⁶

²⁴⁰ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 202.

²⁴¹ *Naux in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG*³, § 7 Rz 203 ff.

²⁴² *Perl, Steuerrecht für die Praxis*⁶ (2023), Rz 546.

²⁴³ Gewisse Ausnahmen können sich aus jedoch aus tatsächlichen oder rechtlichen Beschränkungen ergeben (wie zB Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit).

²⁴⁴ *Riedl/Streicher in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG*³, § 13 Rz 44.

²⁴⁵ Privatstiftungsgesetz BGBl I 1993/694 idF BGBl I 2019/104.

²⁴⁶ *Marschner, Optimierung der Familienstiftung*⁴ (2019), Rz 392 ff.

Anteile an Immobilienfonds können sowohl im betrieblichen als auch im außerbetrieblichen Bereich gehalten werden. IdR sind sie jedoch dem außerbetrieblichen Bereich zuzuordnen.²⁴⁷

6.3.1 Außerbetrieblicher Bereich

Anteile an Immobilienfonds sind aus unternehmensrechtlicher Sicht mit den Anschaffungskosten inklusive Anschaffungsnebenkosten zu bilanzieren. Aus steuerlicher Sicht findet im außerbetrieblichen Bereich keine Aktivierung der Anschaffungskosten statt. Die Anschaffungskosten werden stattdessen ohne Berücksichtigung von Anschaffungsnebenkosten dokumentiert. Es kommt somit schon bei der Anschaffung zu abweichenden Anschaffungskosten zwischen Unternehmens- und Steuerrecht.²⁴⁸

Die Bewertung und Erfassung von laufenden Erträgen entsprechen den Ausführungen bei natürlichen Personen im Betriebsvermögen. Unternehmensrechtlich sind ausschüttungsgleiche Erträge aus Immobilienfonds nicht auf die Anschaffungskosten zu aktivieren. Steuerlich erhöhen ausschüttungsgleiche Erträge die Anschaffungskosten.²⁴⁹

Bei Wertminderungen der Fondsanteile sind entsprechend den unternehmensrechtlichen Vorschriften Abschreibungen und Zuschreibungen vorzunehmen.²⁵⁰ Im außerbetrieblichen Bereich erfolgt die Realisierung eines Verlusts nach dem Zu- und Abflussprinzip erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Veräußerung der Anteile.²⁵¹

Ausschüttungsgleiche Erträge aus öffentlich angebotenen Immobilienfonds unterliegen bei Privatstiftungen im außerbetrieblichen Bereich der Zwischenkörperschaftsteuer in Höhe von 23%²⁵².²⁵³ Ausschüttungen sind nur steuerpflichtig, wenn ein Nichtmeldefonds vorliegt. Die Erträge aus Immobilienfonds sind nach § 94 Z 12 EStG von der KEST befreit. Dennoch einbehaltene KEST kann im Rahmen der Veranlagung erstattet oder auf die Körperschaftsteuer angerechnet werden.²⁵⁴

²⁴⁷ Marschner, Unternehmensrechtliche Aktivierung von ausschüttungsgleichen Erträgen von Investmentfonds, ZFS 2018, 136 (136).

²⁴⁸ Marschner, ZFS 2018, 136 f.

²⁴⁹ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 836.

²⁵⁰ siehe dazu auch Punkt 6.1.2.1.

²⁵¹ Marschner, ZFS 2018, 136 f.

²⁵² ab 1.1.2024, davor 24% (2023) bzw. 25%.

²⁵³ Denk/Pelinka, Mietrecht 563.

²⁵⁴ Riedl/Streicher in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG³, § 13 Rz 115 f.

Werden die Anteile an Immobilienfonds bei der Begebung nicht öffentlich angeboten, unterliegen Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne in Form von ausschüttungsgleichen Erträgen bei Privatstiftungen der normalen Körperschaftsteuer. Wertpapier- und Liquidationsgewinne unterliegen unabhängig davon der Zwischensteuer.²⁵⁵

Die Beteiligungsertragsbefreiung iSd § 10 KStG kommt nach § 13 Abs 2 KStG auch für Privatstiftungen zur Anwendung. In- und ausländische Dividenden, die dem Immobilienfonds zugehen, sind daher auf Ebene der Privatstiftung körperschaftsteuerbefreit. Die im Zuge der Ausschüttung an den Immobilienfonds einbehaltene KEST kann im Wege der Veranlagung auf die Körperschaftsteuer angerechnet werden.²⁵⁶

Die Veräußerung von Anteilen an öffentlich angebotenen Immobilienfonds im Neubestand²⁵⁷ unterliegt der Zwischensteuer. Die Realisierung der Einkünfte aus der Veräußerung erfolgt nach dem Zu- und Abflussprinzip im Zeitpunkt des Zuflusses des Veräußerungserlöses. Bemessungsgrundlage ist der Veräußerungserlös abzüglich der fortgeführten steuerlichen Anschaffungskosten. Anschaffungsnebenkosten und Veräußerungsspesen sind nach § 12 Abs 2 TS 2 KStG nicht zu berücksichtigen. Die Veräußerung von Anteilen an nicht öffentlich angebotenen Immobilienfonds unterliegt der normalen Körperschaftsteuer.²⁵⁸

Der Ausgleich von Verlusten aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds ist bei Privatstiftungen iSd § 27 Abs 8 EStG im Rahmen der Veranlagung vorzunehmen und entspricht dem Verlustausgleich bei natürlichen Personen im Privatvermögen. Verluste aus Anteilen an Immobilienfonds sind daher nur mit anderen Kapitaleinkünften ausgleichsfähig. Das Verrechnungsverbot mit Bankzinsen gilt auch für Privatstiftungen. Darüber hinaus sind Verluste aus zwischensteuerpflichtigen Kapitalanlagen nur mit solchen Einkünften ausgleichsfähig. Entsprechendes gilt auch für Kapitalanlagen, die der Körperschaftsteuer unterliegen. Ein Verlustvortrag ist nicht möglich.²⁵⁹

6.3.2 Besonderheiten im betrieblichen Bereich

Offenlegende Privatstiftungen unterliegen grundsätzlich auch mit ihrem Betriebsvermögen der Gewinnermittlung nach § 7 Abs 2 KStG. Es kommt daher auch bei Anteilen an Immobili-

²⁵⁵ *Pejhovsky/Teubenbacher in Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg), Immobilienbesteuerung*⁵ 426.

²⁵⁶ *Edlbacher, Investmentfonds* 73.

²⁵⁷ Anschaffung nach dem 31.12.2010.

²⁵⁸ *Pejhovsky/Schwertner-Awais in Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhovsky/Pinetz (Hrsg), Investmentfonds*² 204.

²⁵⁹ *Marschner, Familienstiftung*⁴, Rz 1031 ff; siehe dazu auch Punkt 6.1.1.5.

enfonds im betrieblichen Bereich nicht automatisch zur Einkünfte transformation in Einkünfte aus Gewerbebetrieb.²⁶⁰

Im betrieblichen Bereich ermittelt die Privatstiftung den Gewinn entweder nach §§ 4 Abs 1 oder 5 EStG. Einkünfte werden einheitlich mit der Körperschaftsteuer besteuert und unterliegen nicht der Zwischenbesteuerung. Dies gilt auch für ausschüttungsgleiche Erträge aus Immobilienfonds. Die Bewertung von Vermögen hat nach § 6 Z 2 lit c EStG zu erfolgen. Demnach sind bei Wertminderungen entsprechend Teilwertabschreibungen vorzunehmen und Verluste aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds sind ausgleichs- und vortragsfähig.²⁶¹

6.4 Beschränkt Steuerpflichtige

Natürliche Personen, die im Inland weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben sind nach § 1 Abs 3 EStG in Österreich beschränkt steuerpflichtig. Körperschaften, die im Inland weder ihren Sitz noch den Ort der Geschäftsleitung haben, unterliegen der beschränkten Steuerpflicht nach § 21 Abs 1 KStG. Die Steuerpflicht erstreckt sich nur auf im Inland erzielte und in § 98 EStG taxativ aufgezählte Einkünfte. Für die beschränkte Steuerpflicht müssen Einkünfte iSd §§ 21 bis 28 und 30 EStG sowie ein inländischer Anknüpfungspunkt vorliegen.²⁶²

Unterliegt eine Person mit ihren inländischen Einkünften der beschränkten Steuerpflicht nach § 98 EStG, kann die inländische Besteuerung trotzdem nicht erfolgen, wenn das anzuwendende Doppelbesteuerungsabkommen einem anderen Staat das Besteuerungsrecht zuweist.²⁶³ Im Folgenden wird daher die Besteuerung von Erträgen aus Immobilienfonds bei beschränkt Steuerpflichtigen unter der Annahme des Besteuerungsrechts in Österreich beschrieben. Darüber hinaus wird die Zuweisung des Besteuerungsrechts an den Erträgen aus Immobilienfonds im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen anhand des OECD-Musterabkommens erörtert.

²⁶⁰ Marschner, Fallbeispiele³, Rz 886.

²⁶¹ Riedl/Streicher in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG³, § 13 Rz 80 ff; siehe dazu auch Punkt 6.1.2.

²⁶² Kanduth-Kristen/Kofler in Bendlinger/Kanduth-Kristen/Kofler/Rosenberger (Hrsg), Internationales Steuerrecht² (2018), 187 ff; Moldaschl in Kofler/Lang/Rust/Schuch/Spies/Staringer (Hrsg), KStG³, § 21 Rz 62.

²⁶³ Marschner in Jakom, EStG¹⁶, § 98 Rz 11.

6.4.1 Beschränkte Steuerpflicht von Erträgen aus Immobilienfonds

Die Zuordnung von beschränkt steuerpflichtigen Einkünften zu den Einkunftsarten richtet sich nach der allgemeinen ertragsteuerlichen Qualifikation der Einkünfte. Dabei ist auch das Subsidiaritätsprinzip der Einkunftsarten anzuwenden. Nachdem die Aufzählung der Einkünfte in § 98 EStG verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen für die Steuerpflicht der Einkünfte festlegt (wie etwa eine Betriebsstätte oder ständigen Vertreter im Inland für die Steuerpflicht von Einkünften aus Gewerbebetrieb), könnte das Subsidiaritätsprinzip die inländische Steuerpflicht einschränken. In diesem Fall sind die Einkünfte im Sinne der Isolationstheorie nach den inländischen Verhältnissen unabhängig von den ausländischen zu betrachten und den jeweiligen Einkünften des § 98 EStG zuzuordnen. Damit können beispielsweise Einkünfte aus Kapitalvermögen, die nach dem Subsidiaritätsprinzip eigentlich unter die Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu subsumieren wären, der beschränkten Steuerpflicht unterworfen werden, auch wenn keine Betriebsstätte im Inland vorliegt.²⁶⁴

Erträge aus Immobilienfonds unterliegen nach § 98 Abs 1 Z 5 lit d EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen mit gewissen Einschränkungen der beschränkten Steuerpflicht in Österreich. Demnach unterliegen Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne in Form von ausschüttungsgleichen Erträgen nur dann der Einkommensteuer, wenn diese Einkünfte aus inländischen Immobilien stammen. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um in- oder ausländische Immobilienfonds handelt.²⁶⁵

Hält der beschränkt steuerpflichtige Anleger Anteile an einem öffentlich angebotenen Immobilienfonds, richtet sich der Steuerabzug nach den allgemeinen Regeln der Kapitalertragsteuer gemäß §§ 93 ff EStG. Der Steuerabzug nach § 93 EStG stellt nämlich nicht auf die unbeschränkte Steuerpflicht ab, sondern auf das Vorliegen von inländischen Einkünften. Werden die Anteile daher bei einer inländischen depotführenden Stelle gehalten, sind die Ausschüttungen und die ausschüttungsgleichen Erträge nach § 94 Z 8 und Z 13 EStG von der KESt befreit. Werden die Anteile an Immobilienfonds bei einer ausländischen depotführenden Stelle gehalten, findet kein Steuerabzug statt. Die Erträge aus dem Immobilienfonds sind daher nach § 102 EStG zur Einkommensteuer zu veranlagern und unterliegen dem besonderen Steuersatz iHv 27,5%. Die Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung entfällt jedoch für den be-

²⁶⁴ *Kanduth-Kristen/Kofler in Bendlinger/Kanduth-Kristen/Kofler/Rosenberger (Hrsg), Internationales Steuerrecht*², 204 f.

²⁶⁵ *Marschner in Jakom, EStG*¹⁶, § 98 Rz 95.

schränkt Steuerpflichtigen, wenn die inländischen Einkünfte, die nach § 102 EStG zu veranlagten sind, im Kalenderjahr EUR 2.126²⁶⁶ nicht übersteigen.²⁶⁷

Werden Anteile an Immobilienfonds nicht öffentlich angeboten, richtet sich der Steuerabzug nach § 99 Abs 1 Z 6 EStG. Demnach unterliegen die zugerechneten ausschüttungsgleichen Erträge einem Steuerabzug in Höhe von 27,5%. Der Steuerabzug ist von der Kapitalanlagegesellschaft als Schuldnerin der Erträge innerhalb von sieben Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres des Immobilienfonds vorzunehmen. Der beschränkt Steuerpflichtige hat die Möglichkeit die Veranlagung der Erträge zu beantragen.²⁶⁸ In der Praxis wird die Kapitalanlagegesellschaft uU nicht wissen, wer die Anleger sind und ob diese einer beschränkten Steuerpflicht unterliegen. Sofern die Immo-KAG keinen Steuerabzug vornimmt, hat der beschränkt Steuerpflichtige die inländischen Einkünfte aus dem Immobilienfonds zu veranlagten.²⁶⁹

Neben der beschränkten Steuerpflicht von Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinnen unterliegen auch Zinsen, die in Ausschüttungen oder ausschüttungsgleichen Erträgen enthalten sind, nach § 98 Abs 1 Z 5 lit b EStG der beschränkten Steuerpflicht, wenn der Immobilienfonds direkt oder indirekt mehr als 15% seines Vermögens in inländische zinstragende Produkte investiert hat.²⁷⁰

Der Steuerabzug richtet sich nach der Meldung der inländischen Zinsen an die OeKB. Übermittelt ein Meldefonds die Höhe der inländischen Zinsen sowie die Bemessungsgrundlage für die KEST an die Meldestelle, wird der KEST-Abzug in entsprechender Höhe vorgenommen. Sofern jedoch die inländischen Zinsen und die sich daraus ergebende KEST nicht in tatsächlicher Höhe gemeldet werden, ist KEST von den gesamten gemeldeten in- und ausländischen Zinsen einzubehalten. Bei Nichtmeldefonds ist KEST vom Gesamtbetrag der erfolgten Ausschüttungen sowie zum Jahresende von 6% des Rücknahmepreises einzubehalten. Bei unterjähriger Veräußerung oder Depotübertrag von Anteilen an einem Nichtmeldefonds ist die Bemessungsgrundlage für die KEST 0,5% des letzten Rücknahmepreises pro angefangenen Kalendermonat.²⁷¹ Soweit der beschränkt Steuerpflichtige in einem Staat mit automatischem

²⁶⁶ für 2024 EUR 2.267.

²⁶⁷ *Edlbacher*, Investmentfonds 76.

²⁶⁸ *Pejchovsky/Schwertner-Awais* in *Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejchovsky/Pinetz* (Hrsg), Investmentfonds² 205.

²⁶⁹ *Vock*, International taxation of income from Austrian Real-Estate Investment Funds, SWI 2005, 81 (81).

²⁷⁰ *Pejchovsky/Teubenbacher* in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich* (Hrsg), Immobilienbesteuerung⁵ 426 f.

²⁷¹ *Marschner* in *Jakom*, EStG¹⁶, § 98 Rz 93.

Informationsaustausch ansässig ist, kann er durch Vorlage einer Ansässigkeitsbescheinigung den KEST-Abzug verhindern.²⁷²

Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Immobilienfonds sind unabhängig von der Beteiligungshöhe nicht von der beschränkten Steuerpflicht des § 98 Abs 1 Z 5 lit e EStG erfasst, da diese nur Beteiligungen an inländischen Kapitalgesellschaften betrifft.²⁷³

6.4.2 Immobilienfonds in Doppelbesteuerungsabkommen

Unterliegen Einkünfte aus Immobilienfonds im Inland der beschränkten Steuerpflicht, ist die tatsächliche Besteuerung von der Zuweisung des Besteuerungsrechts auf internationaler Ebene im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen abhängig.

Die Besteuerung der Erträge aus Immobilienfonds auf internationaler Ebene folgt nach Ansicht des BMF dem Transparenzprinzip. Die Erträge sind daher den Anteilseignern zuzurechnen und die Zuordnung der Erträge zu den entsprechenden Artikeln im anzuwendenden DBA ist von deren Qualifikation abhängig.²⁷⁴

Auf nationaler Ebene werden Einkünfte aus Immobilienfonds bei natürlichen Personen als Einkünfte aus Kapitalvermögen qualifiziert. Auf internationaler Ebene sind Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinne hingegen als Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zu qualifizieren und unterliegen daher Art 6 OECD-MA. Dieser Artikel sieht vor, dass die Einkünfte im Lagestaat der Immobilie besteuert werden können.²⁷⁵

Eine besondere Stellung nehmen Aufwertungsgewinne aus Grundstücksgesellschaften ein. Auf nationaler Ebene sind Aufwertungsgewinne direkt dem Immobilienfonds zuzurechnen. Auf internationaler Ebene sind diese Aufwertungsgewinne nach Ansicht der Finanzverwaltung jedoch nicht als Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen zu qualifizieren, sondern als Veräußerungsgewinne iSd Art 13 OECD-MA. Die Finanzverwaltung stützt ihre Ansicht darauf, dass der Begriff der Veräußerung iSd Art 13 OECD-MA nicht zu eng auszulegen ist und

²⁷² Marschner, Fallbeispiele³, Rz 349.

²⁷³ Kanduth-Kristen/Kofler in Bendlinger/Kanduth-Kristen/Kofler/Rosenberger (Hrsg), Internationales Steuerrecht², 256 f.

²⁷⁴ Vock, SWI 2005, 81 (83).

²⁷⁵ Kanduth-Kristen in Aigner/Kofler/Tumpel, DBA², Rz 42.

nicht nur eine Übertragung umfasst, sondern auch eine Wertzuwachsbesteuerung. Diese Auffassung ist nach hA jedoch zweifelhaft, da keine Veräußerung stattfindet.²⁷⁶

Folgt man der Meinung der Finanzverwaltung sind die Aufwertungsgewinne sowie auch Einkünfte aus der Veräußerung von Grundstücksgesellschaften entweder unter Art 13 Abs 4 oder Abs 5 OECD-MA zu subsumieren. Bei DBA mit Immobilienklauseln ist Art 13 Abs 4 OECD-MA anzuwenden, ansonsten Art 13 Abs 5 OECD-MA. Folglich sind die Einkünfte entweder im Lagestaat der Immobilie oder im Staat des Veräußerers zu besteuern.²⁷⁷

Dividenden und Zinsen, die in Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinnen enthalten sind, unterliegen Art 10 bzw 11 OECD-MA.

Das Besteuerungsrecht an Bewirtschaftungs- und Aufwertungsgewinnen aus österreichischen Immobilien steht daher grundsätzlich Österreich zu. Dies gilt auch für Erträge aus der Bewirtschaftung und Aufwertung sowie der Veräußerung von Grundstückskapitalgesellschaften, sofern das anzuwendende DBA eine Immobilienklausel enthält. Sieht das DBA keine Immobilienklausel vor, hat der Wohnsitzstaat des Anteilseigners das Besteuerungsrecht an diesen Einkünften.

7 Conclusio

Das Investmentfondswesen ist sowohl aus rechtlicher als auch aus steuerlicher Sicht eine besondere Materie. Der Zweck der gemeinsamen Vermögensveranlagung und die daran gestellten regulatorischen Anforderungen führen zu einem komplexen Regelungswerk.

Immobilienfonds als spezielle Ausprägung von Investmentfonds nehmen eine eigene Stellung ein. Die gesetzlichen Regelungen für Immobilienfonds finden sich primär im ImmoInvFG und dem AIFMG. Das ImmoInvFG hat spezielle Regelungen für inländische Immobilienfonds, die an Privatanleger vertrieben werden. Alle anderen Immobilienfonds werden aufsichtsrechtlich im AIFMG geregelt, steuerlich unterliegen sie bei Erfüllung der Voraussetzungen den Bestimmungen des ImmoInvFG.

²⁷⁶ Pinetz, EAS 3340: Deutscher Immo-Investmentfonds mit inländischen Grundstücksgesellschaften, SWI 2014, 520 (522 f); vgl EAS-Auskunft des BMF vom 13.01.2014, BMF-010221/0009-VI/8/2014.

²⁷⁷ Kanduth-Kristen in Aigner/Kofler/Tumpel, DBA², Rz 55 ff.

Aus rechtlicher Sicht ist ein Immobilienfonds ein Sondervermögen, das überwiegend aus Immobilien besteht und sich aus gleichen, in Wertpapier verkörperten Anteilen zusammensetzt. Die Eigenschaft als Sondervermögen macht den Immobilienfonds zu einem nicht rechtsfähigen Gebilde, das keine eigenen Rechte und Pflichten eingehen kann. Dafür ist eine Veranlagungsgesellschaft notwendig, die das Vermögen treuhändisch im Eigentum hält und es verwaltet. Das Sondervermögen ist in gleiche Wertpapiere gegliedert, die von einer Depotbank verwaltet werden. Zusammen mit den Anteilseignern sind daher drei Parteien für einen Immobilienfonds erforderlich.

Immobilienfonds unterliegen besonderen steuerlichen Bestimmungen im ImmoInvFG, die allgemeine ertragsteuerliche Grundsätze verdrängen. Ein wesentliches Element ist dabei das mit einigen Ausnahmen geltende Transparenzprinzip. Demnach sind Immobilienfonds keine eigenen Steuersubjekte und die Erträge aus dem Immobilienfonds werden den Anteilseignern zugerechnet. Für die Besteuerung muss daher einerseits die Ebene des Immobilienfonds und andererseits die Ebene der einzelnen Investoren betrachtet werden.

Weitere Besonderheiten des Immobilienfondswesens ist die Zurechnung der Erträge mittels sogenannten ausschüttungsgleichen Erträgen und der Zeitpunkt der Zurechnung dieser Erträge. Die Zurechnung von ausschüttungsgleichen Erträgen für Zwecke der Besteuerung soll sicherstellen, dass alle Erträge auf Ebene der Anteilsinhaber der Besteuerung unterworfen werden, unabhängig davon, ob es zu einer Ausschüttung kommt oder nicht. Dadurch werden auch sogenannte thesaurierende Immobilienfonds steuerlich erfasst. Nach dem Transparenzprinzip müsste die Zurechnung der Erträge an die Anteilsinhaber gleich bei Zufluss an den Immobilienfonds erfolgen. Aufgrund der steuerlichen Sonderbestimmungen erfolgt die Zurechnung jedoch nur einmal jährlich im steuerlichen Zuflusszeitpunkt.

Immobilienfonds können unterschiedliche Ausprägungen haben, die sich auf deren steuerliche Behandlung und auf Ebene der Anteilsinhaber auswirken. Es wird zwischen in- und ausländischen Immobilienfonds unterschieden. Es ist daher entscheidend, zu prüfen, ob das in- oder ausländische Gebilde dem ImmoInvFG unterworfen ist. Weitere Unterscheidungen werden getroffen zwischen Immobilienfonds, die öffentlich angeboten werden, und sogenannten Private-Placement Fonds oder Spezialfonds. Für die steuerliche Beurteilung ist darüber hinaus relevant, ob der Immobilienfonds die wesentlichen steuerlichen Daten an die österreichische Meldestelle übermittelt und dadurch als Meldefonds qualifiziert wird.

Erträge aus Immobilienfonds werden auf Ebene der Anleger nicht einheitlich besteuert. Die steuerliche Behandlung ist von unterschiedlichen Faktoren abhängig und bestimmt sich neben der Ausgestaltung des Immobilienfonds auch aus der Person und den Eigenschaften des Anlegers. Dabei werden Unterscheidungen getroffen, ob es sich um natürliche Personen handelt, die den Anteil im Privat- oder Betriebsvermögen halten, ob eine Körperschaft iSd § 7 Abs 3 KStG vorliegt oder eine Privatstiftung an dem Immobilienfonds beteiligt ist. Weiters existieren besondere Bestimmungen für beschränkt steuerpflichtige Anleger. Für all diese Anlegergruppen gibt es eigene Regelungen in Bezug auf die bilanzielle und steuerliche Behandlung, den anzuwendenden Steuersatz sowie den Steuerabzug.

8 Literaturverzeichnis

8.1 Monografien und Kommentare

Bendlinger/Kanduth-Kristen/Kofler/Rosenberger (Hrsg), Internationales Steuerrecht² (2018).

Bollenberger/Kellner, InvFG – Investmentfondsgesetz (2016).

Denk/Pelinka (Hrsg), Handbuch Mietrecht (2022).

Edlbacher, Besteuerung von Investmentfonds (2018).

Edlbacher/Hofer/Hubmann/Maier/Puchinger/Rindler/Seidl/Weinzierl, Steuerberaterinformation 2023⁴¹ (2023).

Engel-Kazemi/Blum/Damm/Kammel/Pejhosky/Pinetz, Investmentfonds – Aufsicht und Besteuerung² (2019).

Flor/Kammel/Zibuschka/Meta, InvFG 2011 und AIFMG³ (2017).

Fraberger/Baumann/Plott/Waitz-Ramsauer (Hrsg), Handbuch Konzernsteuerrecht² (2014).

Kammel, Einführung in das Bank- und Kapitalmarktrecht² (2019).

Kanduth-Kristen in *Aigner/Kofler/Tumpel*, DBA/Doppelbesteuerungsabkommen² (2019).

Kanduth-Kristen/Marschner/Peyerl/Ebner/Ehgartner, Jakom EStG¹⁶ (2023). – online Linde

Kofler/Lang/Rust/Schuch//Spies/Staringer, KStG/Körperschaftsteuergesetz³ (2022).

Lasslesberger, Finanzierung von A bis Z (2005).

Marschner, Investmentfonds in Fallbeispielen³ (2017).

Marschner, Optimierung der Familienstiftung⁴ (2019).

Perl, Steuerrecht für die Praxis⁶ (2023).

Ruhm/Kerbl/Bernwieser (Hrsg), Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht (2021).

Stefaner/Schragl, Grenzüberschreitende Beteiligungserträge (2011).

Steinhauser, Ertragsbesteuerung inländischer Risikokapitalfonds (2018).

8.2 Beträge in Sammelwerken

Pejchovsky/Teubenbacher, Die Besteuerung von in- und ausländischen Immobilienfonds in Österreich, in *Haunold/Kovar/Schuch/Wahrlich (Hrsg)*, Immobilienbesteuerung⁵ (2021).

Steinhauser/Andorfer-Plainer, Bilanzierung von Investmentfondsanteilen - Zweifelsfragen sowie Differenzen zwischen Unternehmens- und Steuerbilanz unter Berücksichtigung jünger (legistischer) Entwicklungen, in *Urnik/Fritz-Schmied*, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2019.

8.3 Beiträge in Fachzeitschriften

Bodis/Wild, Ausgewählte Highlights der Investmentfondsrichtlinien 2018 (Teil 1), SWK 2018, 1232.

Bodis/Wild, Ausgewählte Highlights der Investmentfondsrichtlinien 2018 (Teil 2), SWK 2018, 1286.

Fuhrmann/Kerbl/Löw/Resch, AIFMG – Anwendungsbereich und steuerliche Konsequenzen, immolex 2014, 11.

Gerstner/Leitner, Geschlossene Immobilienfonds und kollektive Immobilien-Investments im Fokus des AIFMG, ÖBA 2013, 566.

Kerbl/Petutschnig, Gewinnermittlung im Immobilienfonds, ÖStZ 2018, 353.

Leitgeb/Strimitzer, Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz – ausgewählte aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, RdW 2013, 522.

Marschner, Investmentfonds: Zwingende Aktivierung von ausschüttungsgleichen Erträgen, SWK 2018, 1572.

Marschner, Schwarze Investmentfonds: Kann der Selbstnachweis wirklich nur gegenüber der Bank erbracht werden? SWK 2014, 1095.

Marschner, Unternehmensrechtliche Aktivierung von ausschüttungsgleichen Erträgen von Investmentfonds, ZFS 2018, 136.

Pinetz, Abgrenzungsfragen beim Begriff des „alternativen Investmentfonds“ aus steuerlicher Perspektive, SWK 2014/15, 708.

Pinetz, EAS 3340: Deutscher Immo-Investmentfonds mit inländischen Grundstücksgesellschaften, SWI 2014, 520.

Siller/Hölzl, Wesentliche Erweiterung des Begriffs des ausländischen Immobilienfonds durch das AIFMG, ÖStZ 2014, 189.

Vock, International taxation of income from Austrian Real-Estate Investment Funds, SWI 2005, 81.

Winter/Kern/Hlawenka/Dietl, Die bilanzielle Behandlung von Investmentfondsanteilen im Sinne der AFRAC-Stellungnahme zur unternehmensrechtlichen Bilanzierung von Finanzanlage- und Finanzumlaufvermögen, RWP 2018, 71.

8.4 Judikatur

VfGH 15.10.2004, G49/04.

VwGH 24.09.2008, 2006/15/0376.

8.5 Richtlinien, Erlässe und Sonstiges

EAS-Auskunft des BMF vom 13.01.2014, BMF-010221/0009-VI/8/2014.

ESMA 611/2013, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds vom 30.01.2014

FMA, FAQ zur Anwendung des AIFMG, 3.07.2023.

Richtlinie des BMF vom 17.10.2008, GZ BMF-040410/0017-VI/6/2008 (Investmentfondsrichtlinien 2008, InvFR 2008).

Richtlinie des BMF vom 19.07.2018, GZ BMF-010200/0019-IV/1/2018 vom 19. Juli 2018 (Investmentfondsrichtlinien 2018, InvFR 2018).

Richtlinie des BMF vom 14.05.2019, GZ 06 0104/9-IV/6/00 idF GZ 2021-0.103.726 vom 06. Mai 2021 (Einkommensteuerrichtlinien 2000, EStR 2000).

Andreasch/Ully, Investmentzertifikate – volatiles Standbein im Finanzvermögen privater Haushalte, abrufbar unter <https://www.oenb.at/Publikationen/Statistik/Statistiken---Daten-und-Analysen/2013/Statistiken---Daten-und-Analysen-Q1-13.html> (21.12.2023).

Statistik zu Finanzverflechtungen der Haushalte <https://www.oenb.at/isaweb/chart.do>
(21.12.2023).

9 Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Prüfungsschritte ausländische Immobilienfonds iSd § 42 ImmoInvFG 26

Zusammenfassung / Abstract

Immobilienfonds als spezielle Ausprägung von Investmentfonds sind nicht nur aus rechtlicher Perspektive besondere Organismen, sie nehmen auch im Steuerrecht eine Sonderstellung ein. Die maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen bilden das ImmoInvFG, das AIFMG und das InvFG. Ein Immobilienfonds wird als Sondervermögen qualifiziert, das überwiegend aus Immobilien und grundstücksgleichen Rechten besteht. Dieses Sondervermögen wird in Form von Wertpapieren den Anlegern zugerechnet und von einer Verwaltungsgesellschaft treuhänderisch verwaltet. Die vielen unterschiedlichen Formen, in denen Immobilienfonds auftreten können, führen zu einer komplexen Rechtsmaterie, die sich auch in der steuerlichen Behandlung widerspiegelt. Es muss immer in einem ersten Schritt geprüft werden, ob das besondere Besteuerungsregime des ImmoInvFG überhaupt auf den Immobilienfonds anwendbar ist. Die steuerliche Behandlung von Immobilienfonds weicht maßgeblich von den allgemeinen ertragsteuerlichen Grundsätzen ab. Die Besteuerung folgt mit einigen Ausnahmen dem Transparenzprinzip. Demnach sind die Einkünfte auf Ebene des Immobilienfonds zu berechnen und diese werden dann in Form von sogenannten ausschüttungsgleichen Erträgen dem Anteilseigner zugerechnet. Darüber hinaus gibt es unter anderem eigene Gewinnbegriffe, die Zurechnung der Erträge folgt eigenen Grundsätzen und die tatsächliche Besteuerung ist abhängig von den Verhältnissen des Immobilienfonds und der Anteilseigner.

Real Estate Investment Funds (REIF) as a special type of investment funds are not only unique organisms from a legal perspective, but they also take on a special role in tax law. The ImmoInvFG, AIFMG and InvFG form the relevant legal basis. A REIF qualifies as a special asset type that consists primarily of real estate and equivalent rights. The special assets are allocated to the investors in form of shares and are managed by a management company acting as trustee. There are many different forms in which a REIF can appear which leads to a complex legal matter and is also reflected in the tax treatment. The first step is therefore always to determine whether the special taxation regime of the ImmoInvFG is applicable to the REIF in the first place. The tax treatment of REIF differs significantly from general income tax principles. The taxation follows the transparency principle with a few exceptions. Accordingly, income is calculated at the level of the REIF and is then attributed to the shareholder in form of so called deemed distributions. In addition, there are separate profit definitions, the attribution of income follows its own principles, and the actual taxation depends on the characteristics of the REIF as well as the shareholders.