



Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag

I. Definition

Bei der GmbH & Co KG handelt es sich um eine Personengesellschaft, deren Komplementärin eine GmbH ist (oder deren Kreis der Komplementäre eine GmbH angehört). Die GmbH & Co KG ist eine **Mischung verschiedener Grundtypen**. Sie enthält sowohl personen- als auch kapitalgesellschaftsrechtliche Elemente, deren jeweilige Vorteile miteinander vereint werden sollen.¹

Die GmbH & Co KG ist **rechtsfähig** und **parteifähig**. Der KG gehören mindestens zwei Gesellschafter an: ein Komplementär (zumeist die GmbH als einziger Komplementär) und mindestens ein vom Komplementär verschiedener Kommanditist.

Die Kommanditgesellschaft einerseits und deren unbeschränkt haftende Gesellschafterin, die GmbH, andererseits sind **selbständige Gesellschaften**, die weiterhin nach den für sie geltenden Vorschriften zu beurteilen sind.² Soweit der Gesetzgeber nicht ausdrücklich Abweichendes regelt, sind daher auf die GmbH & Co KG als KG die für Kommanditgesellschaften geltenden Bestimmungen anwendbar. Eine gesetzliche Gleichstellung der GmbH & Co KG im engeren Sinn (dh kein unbeschränkt haftender Gesellschafter ist eine natürliche Person) mit Kapitalgesellschaften erfolgte etwa im Bereich der Rechnungslegungsbestimmungen (§§ 189 Abs 1 Z 2a, 221 Abs 5 und 244 Abs 3 UGB), im Eigenkapitalersatzrecht (§ 4 Z 3 EKEG), im Insolvenzrecht (§ 67 Abs 1 IO) oder bei der (seit 1.1.2016 nicht mehr relevanten) Gesellschaftsteuer (§ 4 Abs 2 Z 1 KVG). Die im gesetzgeberischen Bereich zunehmend festzustellende Gleichstellung einer GmbH & Co KG mit Kapitalgesellschaften wurde durch die jüngste OGH-Judikatur auch im gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Bereich teilweise fortentwickelt.³

II. Entwicklung

Die Entwicklung der Rechtsform der GmbH & Co KG wurde wesentlich durch steuerliche Überlegungen und haftungsbeschränkende Zielsetzungen geprägt. Die **Anerkennung der GmbH & Co KG in der Judikatur** geht im gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Bereich zeitlich teilweise auseinander. In **Österreich** hat der **OGH** bereits in seiner Entscheidung vom 20.6.1906⁴ die Zulässigkeit der GmbH & Co KG anerkannt. Auch in der weiteren Judikaturentwicklung gab es in Österreich an der Zulässigkeit der GmbH & Co KG keinen Zweifel.⁵ Auch in der Rspr des **VfGH** bestanden – soweit erkennbar – niemals Bedenken daran, dass sich eine GmbH als Komplementärin an der KG (und dem damit gegebenen Vorhandensein einer GmbH & Co KG) beteiligt.⁶ Von der österreichischen Unternehmenspraxis tatsächlich angenommen wurde die GmbH &

1 *Straube in Kastner/Stoll, GmbH & Co KG*², 2 f.

2 OGH 11.9.1962, 8 Ob 255/62, SZ 35/88.

3 Zu dieser siehe ausführlich *Kalss, Kapitalschutzregelungen der GmbH & Co KG*, in diesem Band 37 ff.

4 AC 2583.

5 OGH 17.7.1906, AC 2589; 18.9.1906, AC 2898; 11.9.1962, SZ 35/88; 25.9.1963, SZ 36/12; 18.10.1977, 5 Ob 312/77; 26.8.1974, 6 Ob 122/74; uvam.

6 Siehe *Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB*² § 161 Rz 29; VfSlg 10.043, AnwBl 1984, 441 (Anm W.-D. Arnold).



Co KG naturgemäß erst nach ihrer steuerlichen Anerkennung.⁷ Die GmbH & Co KG ist heute in Österreich von Lehre und Rspr allgemein anerkannt und steht als Gesellschaftsform außer Streit.⁸

In **Deutschland** erfolgte die gesellschaftsrechtliche Anerkennung erst später als in Österreich. Das Reichsgericht hat im Jahre 1922 die Zulässigkeit dieser Gestaltungsform bestätigt.⁹ Selbst nach dieser Entscheidung riss aber die intensive Diskussion in Deutschland grundsätzlich noch nicht ab.¹⁰ Seit nunmehr vielen Jahrzehnten ist diese Diskussion in Deutschland aber gleichfalls zugunsten der Zulässigkeit der GmbH & Co KG entschieden.¹¹ Die Zulässigkeit der GmbH & Co KG ist heute in Deutschland unbestritten.¹²

Nach **Schweizer Recht** können Komplementäre einer Kommanditgesellschaft nur natürliche Personen sein.¹³ Eine vergleichbare Entwicklung hat daher dort nicht stattgefunden.

Schließlich hat auch der **österreichische Gesetzgeber** auf die GmbH & Co KG reagiert. Die erste Anerkennung der GmbH & Co KG hatte für den österreichischen Bereich das dKVStG 1934 gebracht.¹⁴ Rein österreichische Sonderbestimmungen waren jene des § 9 GewO 1973 und die Novelle des § 29 GmbHG.¹⁵

III. Gesetzliche Anknüpfungen

Soweit der Gesetzgeber im österreichischen Recht an die GmbH & Co KG anknüpft, finden sich teilweise unterschiedliche Begriffsbeschreibungen. „*Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist*“, werden insbesondere in §§ 4 Z 3 und 11 EKEG, § 67 IO und den §§ 14, 189, 221, 244 und 907 UGB genannt. Geringfügig abweichend ist die Formulierung des § 12 Abs 3 ApG, der auf eine „*Kommanditgesellschaft mit einer juristischen Person als persönlich haftender Gesellschafter*“ Bezug nimmt.

Während die erstgenannte Formulierung sich auf Personengesellschaften, dh sowohl auf die KG als auch auf die OG, bezieht, beschränkt sich die zweitgenannte Formulierung auf die KG. Gemeinsam ist beiden, dass sie nicht nur auf GmbH & Co KGs Anwen-

7 *Straube* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 15; zur steuerlichen Anerkennung grundlegend *Lang*, Die Gründung der GmbH & Co KG als Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts 217.

8 *W.-D. Arnold*, Die GmbH & Co KG im österreichischen Recht, GmbHR 1994, 371 ff.

9 Reichsgericht 4.7.1922, RGZ 105, 101 ff.

10 Zum weiteren Streit der Lehre in Deutschland siehe auch *Straube* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 10 ff; auf diese bezieht sich auch der OGH in seiner Entscheidung vom 11.9.1992, 8 Ob 255/62, SZ 35/88.

11 *Maurer/Odörfer*, Strafrechtliche Aspekte der GmbH & Co. KG in der Krise I, GmbHR 2008, 351; *Rechenberg*, Erbfolge und Erbteilung in der GmbH & Co KG, GmbHR 2005, 386; *Hansen*, Fast die Hälfte der steuerpflichtigen Umsätze entfallen auf GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 2001, 286; *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Handbuch GmbH & Co. KG²⁰ (2009); siehe auch die gesetzliche Anerkennung in § 19 Abs 2, § 130a, § 131 Abs 2, § 172 Abs 6, § 177a, § 264a HGB, § 4 MitbestG, § 19 Abs 3 InsO.

12 *Liebscher* in *Sudhoff*, GmbH & Co KG⁶ § 1 Rz 10.

13 Artikel 594 OR.

14 *W.-D. Arnold*, GmbHR 1994, 371 (373).

15 *Straube* in *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 15.



Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag

derung finden, sondern auch auf andere Kapitalgesellschaften & Co KG (etwa eine AG & Co KG). Einschränkender ist hier die Wortwahl des § 110 Abs 7 ArbVG, der ausdrücklich nur auf eine „*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die persönlich haftender Gesellschafter in einer Kommanditgesellschaft ist*“, Anwendung findet. Diese Regelung nimmt daher nicht auf andere Kapitalgesellschaften & Co KG und auch nicht auf eine Kapitalgesellschaft & Co OG Bezug. Aufgrund ihres Anwendungsbereichs naturgemäß ebenso einschränkend ist die Regelung über die Aufsichtsratspflicht in § 29 Abs 1 Z 4 GmbHG.

IV. Arten der GmbH & Co KG

In der Literatur und Judikatur haben sich verschiedene Begriffe für die unterschiedliche Ausgestaltung einer GmbH & Co KG entwickelt.

Bei der GmbH & Co KG im **engeren Sinn** ist die einzige Komplementärin der Kommanditgesellschaft eine GmbH. Sind darüber hinaus die Kommanditisten auch an der Komplementär-GmbH beteiligt, hat sich hierfür mitunter der Begriff der **GmbH & Co KG im engsten Sinn** eingebürgert;¹⁶ bei Identität der Beteiligungsverhältnisse spricht man teilweise von der **personengleichen GmbH & Co KG**,¹⁷ teilweise von **echter GmbH & Co KG**.¹⁸ Auch eine **Ein-Personen-GmbH & Co KG** (dh eine Konstruktion, bei der der einzige Kommanditist auch der einzige Gesellschafter der GmbH ist) ist zulässig.¹⁹

Die **GmbH & Co KG im weiteren Sinn** zeichnet sich durch das Vorhandensein weiterer Komplementäre neben der GmbH aus.²⁰

Die **zweistufige** oder **doppelstöckige** oder **mehrstufige** GmbH & Co KG liegt dann vor, wenn die GmbH & Co KG ihrerseits wiederum Komplementärin einer GmbH & Co KG ist. Diese früher vor allem steuerlich geprägte Struktur findet sich in der Praxis nur mehr selten.²¹

Nähert sich die Struktur der Kommanditgesellschaft der einer Kapitalgesellschaft an, wird sie in der Judikatur teilweise auch als kapitalistische Kommanditgesellschaft bezeichnet.²²

Als **Einheits-GmbH & Co KG** wird eine Struktur bezeichnet, bei der die KG ihrerseits die einzige Gesellschafterin der GmbH ist.²³

16 *Koppensteiner/Auer in Straube* (Hrsg), UGB⁴ § 161 Rz 18.

17 *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/911; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Rz 1136.

18 OGH 22.12.1976, 1 Ob 797/76.

19 *W.-D. Arnold*, GmbHR 1994, 371 (374).

20 *Jabornegg in Jabornegg* (Hrsg), HGB § 161 Rz 31.

21 Die Vermeidung der Gesellschaftsteuer wurde in der Judikatur in diesen Fällen zumeist nicht anerkannt, siehe VwGH 30.6.1986, 84/15/0166, ÖStZB 1987, 249; zwischenzeitlich zählt auch die mehrstufige GmbH & Co KG nach § 3 Abs 2 Z 1 KVG ausdrücklich im gesellschaftsteuerrechtlichen Sinn zu den Kapitalgesellschaften; kritisch *W.-D. Arnold*, AnwBl 1994, 947 (952).

22 OGH 9.7.1996, 4 Ob 2147/96 f.

23 *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/914; *R. Doralt in Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 36.



In Deutschland ist eine solche Konstruktion, bei der die KG einzige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH ist, seit längerer Zeit durch Lehre und Rspr anerkannt, wobei sich diese Ansicht auf § 172 Abs 6 dHGB berufen kann. § 172 Abs 6 dHGB besagt, dass eine Kommanditeinlage, die in einem Anteil am persönlich haftenden Gesellschafter besteht, als nicht geleistet gilt. Da diese Bestimmung die Einbringung eines Komplementäranteils in die KG nicht als schlechthin unzulässig erklärt, schließt die hM hieraus den Hinweis auf die Zulässigkeit der Einheits-KG.²⁴

In seiner Entscheidung vom 17.9.2014, 6 Ob 185/13v, folgt der OGH grundsätzlich jenen österreichischen Lehrmeinungen, die eine Einheitsgesellschaft dann zulassen, wenn die KG (i) voll geleistete Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH (ii) aus freien Gewinnrücklagen erwirbt und (iii) die Komplementär-GmbH eine reine Arbeitsgesellschafterin der KG ist.²⁵ In der zuvor zitierten Entscheidung hatte der OGH (allerdings nur) die Übertragung sämtlicher Anteile an einer österreichischen Komplementär-GmbH an ihre deutsche KG zu beurteilen. Der OGH konnte von der Zulässigkeit der Einheits-KG nach dem Gesellschaftsstatut der deutschen KG ausgehen und hatte somit im Wesentlichen den Übertragungsvorgang lediglich im Hinblick auf die österreichischen Kapitalerhaltungsvorschriften zu prüfen. Der OGH erläuterte, dass § 81 GmbHG²⁶ der Zulässigkeit des Erwerbs aller voll eingezahlten Geschäftsanteile an der nicht vermögensbeteiligten Komplementär-GmbH österreichischen Rechts durch die Kommanditgesellschaft deutschen Rechts aus deren freiem (dh die Haftsumme der Kommanditisten übersteigendem) Vermögen und somit der begehrten Eintragung des Gesellschafterwechsels nicht entgegenstehe. Kommt also der Mitberechtigung der Komplementär-GmbH am Gesellschaftsvermögen der KG kein wirtschaftlicher Wert zu, so fehlt ein hinreichender Grund für eine analoge Anwendung des § 81 GmbHG. In einer Konstellation, die nicht einem Erwerb eigener Anteile nach § 81 GmbHG gleichzuhalten ist, ist eine analoge Anwendung des § 65 Abs 5 AktG (Stimmverbot) nicht geboten.²⁷

Unzulässig wäre die Gestaltung allerdings dann, wenn die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH nicht voll einbezahlt sind. Diesfalls würde nämlich die Komplementär-GmbH für ihre eigene Einlagenforderung haften (unabhängig davon, ob die Komplementär-GmbH an der KG beteiligt ist oder nicht).²⁸ Die Frage, ob auch die rein österreichische Einheits-KG (österreichische KG und österreichische Komplementärgesellschaft) zulässig ist, war vom OGH in der zuvor zitierten Entscheidung nicht zu beurteilen und wurde ebenfalls offengelassen.

Eine derartige Gestaltung ist in Österreich mE dann nicht zulässig, wenn die GmbH an der KG beteiligt ist. Ist sie dies allerdings nicht, spricht mE nichts gegen die Zulässigkeit der Einheits-KG. Auch dem in § 161 Abs 1 UGB aufgestellten Mindestanfordernis des Vorliegens eines Komplementärs wird diesfalls materiell entsprochen.²⁹ Die Vorausset-

24 Reich-Rohrwig/Zimmermann, GesRZ 2015, 52 (55).

25 Kocab/Grund, eolex 2015/211.

26 IdF GesRÄG 2007 BGBl I 2007/72.

27 OGH 17.9.2014, 6 Ob 185/13v.

28 Bauer/Zehetner in Straube, Wiener Kommentar GmbHG § 81 Rz 62.

29 AA Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann, UGB I² § 161 Rz 33; Harrer, Personengesellschaft 471.



Allgemeines, Gründung und Gesellschaftsvertrag

zung, dass ein unbeschränkt haftender Komplementär vorhanden ist, wird erfüllt; die beschränkte Haftung einer GmbH als solche ist unabhängig davon gegeben, ob ihr Alleingesellschafter die KG oder ein Dritter ist.³⁰

V. Gründung der GmbH & Co KG

Die Gründung der GmbH & Co KG wurde bereits eingehend von *W.-D. Arnold*³¹ untersucht. Die bereits damals angestellten zivil- und gesellschaftsrechtlichen Überlegungen haben in vielen Bereichen bis heute Gültigkeit.

A. Gründungsvarianten

Bei der GmbH & Co KG bestehen **zwei Rechtsträger**: einerseits die GmbH, andererseits die KG. Die GmbH kann auf verschiedene Weise Komplementärin der KG werden.

1. So können einerseits sowohl GmbH als auch KG **neu gegründet werden**; schon aus Haftungsgründen wird üblicherweise in einem ersten Schritt die GmbH gegründet, die als Komplementärin ihrerseits in weiterer Folge mit dem/den Kommanditisten die KG gründet;³²
2. ebenso kann die GmbH in eine bestehende KG **als weitere Komplementärin** oder anstelle eines Komplementärs oder anstelle aller Komplementäre **eintreten** bzw
3. es erfolgt eine **Umwandlung**.

Vor allem bei den Varianten 2 und 3 sind die steuerlichen Folgen zu beachten (und sollten je nach Einzelfall die umgründungssteuerrechtlichen Sonderbestimmungen in Anspruch genommen werden).

B. Gesellschaftsverträge

Mit *W.-D. Arnold*³³ gilt auch weiterhin, dass die beiden **Gesellschaftsverträge** (dh der der GmbH und derjenige der KG) im Rahmen des nachgiebigen Rechts **aufeinander abzustimmen** sind und der Koppelung besondere Bedeutung zukommen kann. Die rechtliche Selbständigkeit der beiden Gesellschaften sollte dabei nicht unnötig überdehnt werden;³⁴ eine **beabsichtigte Beteiligtenidentität** kann dabei auch **Auslegungskriterium** sein.³⁵ Klare und eindeutige Vertragsregelungen sind auch steuerlich geboten.³⁶

Jede Gesellschaft mit beschränkter Haftung muss grundsätzlich über einen Gesellschaftsvertrag verfügen. Wird die GmbH nur durch eine Person errichtet, wird der Gesellschaftsvertrag durch die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft ersetzt

30 Für die Zulässigkeit auch *Koppensteiner/Auer* in *Straube* (Hrsg), UGB⁴ § 161 Rz 18.

31 In *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 113 ff.

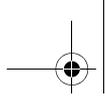
32 Für die Zulässigkeit der gleichzeitigen Gründung – die im Übrigen auch von der Firmenbuchpraxis bei zeitlich losgelöster Anmeldung stets toleriert wird – *W.-D. Arnold*, GmbHR 1994, 371 (375); aA *Harrer*, Personengesellschaft 436.

33 In *Kastner/Stoll*, GmbH & Co KG², 114.

34 OGH 12.11.1992, 6 Ob 549/92.

35 OGH 9.4.1992, 8 Ob 631/90.

36 VwGH 6.10.1992, 88/14/0045.



Die GmbH & Co KG im Lichte des AIFMG

I. Einleitung

Die GmbH & Co KG in der Ausgestaltung als sogenannte „Publikums-KG“ ist seit jeher eine beliebte Rechtsform für geschlossene Fondsstrukturen. Ihre Vorzüge liegen insbesondere in der steuerlichen Transparenz – Gewinne und Verluste werden direkt den Gesellschaftern zugerechnet – und in der beschränkten Haftung der Kommanditisten. Publikums-KGs sind entweder eigen- oder fremdverwaltet. Bei fremdverwalteten Publikums-KGs gründet in der Regel der Verwalter eine GmbH, die wiederum als persönlich haftende Gesellschafterin die KG errichtet. Die Kommanditanteile werden von einem Treuhänder übernommen und in der Folge an Anleger weiterveräußert. Die Anlegerrechte werden oftmals auch nach Gründung gebündelt und von einem Treuhänder wahrgenommen. Das österreichische Recht kennt für Publikums-KGs – anders als das deutsche Kapitalanlagegesetzbuch („KAGB“)¹ – keine investimentspezifischen Sonderbestimmungen, sodass die generellen unternehmensgesetzlichen Vorgaben für KGs zur Anwendung gelangen (§§ 161 ff UGB).

Bei geschlossenen Fonds in Form einer Publikums-KG haben die Anleger regelmäßig (im Gegensatz zu OGAW-Fonds) kein jederzeit ausübbares Recht, gegen Rückgabe ihrer Anteile eine Auszahlung des entsprechenden Vermögensanteils aus dem Gesellschaftsvermögen zu verlangen. Eine Kündigung bzw Rückgabe der Anteile ist nur zu bestimmten vorab festgelegten Terminen bzw aus wichtigen Gründen möglich. Der Anlagehorizont ist bei geschlossenen Fonds grundsätzlich unbeschränkt. Geschlossene Fonds können sich auf die Umsetzung eines bestimmten Projekts, etwa den Erwerb eines einzelnen Geschäfts- oder Mietshauses (zB bei sog Bauherrenmodellen), beschränken, aber auch unbeschränkt in verschiedene Asset-Klassen investieren.²

Die Verwalter einer Publikums-KGs unterlagen bislang grundsätzlich keiner Konzessionspflicht. Es gab wiederholt Diskussionen, inwieweit Publikums-KGs durch die Entgegennahme der von den Gesellschaftern geleisteten Nennbeträge ihrer Einlage das Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BWG betreiben. Sowohl der VwGH³ als auch die FMA⁴ vertraten bisher einen weiten Einlagengeschäftsbegriff. Das Einlagengeschäft wird als die Entgegennahme „fremder Gelder“ zur Verwaltung oder als Einlage definiert (§ 1 Abs 1 Z 1 BWG). Die Erbringung des Einlagengeschäftes durch Verwalter von geschlossenen Fonds wurde jedoch im Ergebnis bislang verneint. Begründet wurde dies mit den Argumenten, dass bei geschlossenen Fonds die von den Gesellschaftern geleistete Einlage zu Vermögen der Gesellschaft wird und die Einlagen grundsätzlich nicht in der für das Einlagengeschäft erforderlichen Rückzahlungsabsicht, sondern zu Veranlagungszwecken erfolgen. Es fehle somit an den für das Einlagengeschäft notwendigen „fremden Geldern“. Eine Konzessionspflicht wurde sohin verneint.

1 Vgl Casper, Die Investmentkommanditgesellschaft: große Schwester der Publikums-KG oder Kuckuckskind, ZHR 179 (2015) 44 ff; Wallach, Die Regulierung von Personalgesellschaften im Kapitalanlagegesetzbuch, ZGR 2014, 289 ff.

2 Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht⁴ 1205.

3 VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195, ÖBA 2007/87; VwGH 4.9.2008, 2008/17/0034; VwGH 7.10.2010, 2006/17/2006.

4 UVS Wien 27.11.2007, 06/FM/31/5080/2007.

Produktseitig unterlagen Publikums-KGs regelmäßig im Falle eines öffentlichen Angebots ihrer Anteile der Prospektpflicht nach dem Kapitalmarktgesetz („KMG“).⁵ Das KMG kommt dann zur Anwendung, wenn die angebotenen Anteile den Veranlagungsbegriff des § 1 Abs 1 Z 3 KMG erfüllen. Dafür muss ein Vermögensrecht bestehen, über dieses Vermögensrecht darf kein Wertpapier iSd § 1 Abs 1 Z 4 KMG ausgestellt worden sein, das Kapital mehrerer Anleger muss direkt oder indirekt investiert werden und es müssen Investitionen auf gemeinsame Rechnung und gemeinsames Risiko getätigt werden.⁶ Kommanditbeteiligungen erfüllen in der Regel diese Voraussetzungen und sind sohin als Veranlagungen zu qualifizieren.⁷

Publikums-KGs agierten somit bis zum In-Kraft-Treten des Alternativen Investmentfonds Manager-Gesetzes am 22. Juli 2013 („AIFMG“) konzessionsrechtlich in einem weitgehend nicht regulierten „Vakuum“. Mit dessen In-Kraft-Treten hat sich die aufsichtsrechtliche Situation jedoch gänzlich geändert, und zwar sowohl konzessionsrechtlich als auch produktseitig.

II. AIFMG – Anwendungsbereich

Das AIFMG setzt die Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds („AIFM-RL“) in nationales Recht um. Es regelt die Voraussetzungen, unter denen Alternative Investmentfonds („AIF“) im Inland sowie grenzüberschreitend verwaltet und an Anleger vertrieben werden dürfen. Primäres Regelungssubjekt ist nicht der AIF, sondern der sogenannte Alternative Investment Fund Manager („AIFM“) als Verwalter des AIF. Bei einem AIFM handelt es sich zwingend um eine juristische Person, deren reguläre Geschäftstätigkeit darin besteht, einen oder mehrere AIF zu verwalten (§ 2 Abs 2 Z 2 AIFMG).

Für jeden Anbieter von vermögensverwaltenden Strukturen stellt sich somit seit In-Kraft-Treten des AIFMG die Frage, ob die von ihm errichteten Vermögensverwaltungsstrukturen als AIF zu qualifizieren sind und somit dem Anwendungsbereich des AIFMG unterliegen. Da die AIF-Definition rechtsformunabhängig ist, kann auch eine GmbH & Co KG grundsätzlich ein AIF sein. Somit müssen sich auch Publikums-KGs und deren externe Verwalter dem neuen Regelungsregime stellen.

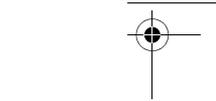
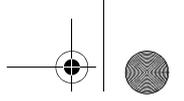
Die Qualifikation einer GmbH & Co KG als AIF hätte zum einen zur Konsequenz, dass die Verwaltung der GmbH & Co KG einer Konzession (oder allenfalls einer Registrierung) als AIFM bedarf. In dieser Hinsicht ist zu beachten, dass lediglich juristischen Personen eine Konzessionierung bzw Registrierung als AIFM offensteht (siehe auch III.A.). Zum anderen hätte diese Qualifikation zur Folge, dass der Vertrieb bzw das Anbieten von Beteiligungen an der GmbH & Co KG nur nach entsprechender Bewilligung durch die FMA erfolgen darf. Dabei wird zwischen einem Vertrieb an professionelle Anleger, einem solchen an qualifizierte Privatkunden und an Privatkunden unterschieden.⁸ Für

⁵ Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz § 1 Rz 33.

⁶ Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz § 1 Rz 33.

⁷ Vgl Oppitz, Wohin mit den geschlossenen Fonds? – Ein Veranlagungsinstrument zwischen BWG, WAG, KMG, AIFMG und GewO, ÖBA 2014, 50.

⁸ Vgl Oppitz, Das Anlegerleitbild im Kapitalmarktrecht, GesRZ 2015, 361.



Die GmbH & Co KG im Lichte des AIFMG

eine Vertriebszulassung an qualifizierte Privatkunden und an Privatkunden bestehen zusätzliche Anforderungen. An Privatkunden können insbesondere nur bestimmte Typen von AIF vertrieben werden. Sollte ein Vertrieb an Privatkunden gewünscht sein, wäre somit vor Errichtung des Fonds abzuklären, ob dieser überhaupt dafür zugelassen werden kann (siehe auch III.B.1.).

A. Legaldefinition und Auslegungshilfen

Entscheidend für die Anwendbarkeit des AIFMG ist das Vorliegen eines AIF. Der Begriff des AIF ist in § 2 Abs 2 Z 1 AIFMG definiert. Demnach ist ein AIF

- jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der kein OGAW ist (somit keine Genehmigung nach Art. 5 der Richtlinie 2009/65/EG benötigt) und 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.

Sämtliche dieser Kriterien müssen erfüllt sein, damit ein Organismus als AIF qualifiziert werden kann. Von der Anwendbarkeit des AIFMG sind Holdinggesellschaften (iSd AIFMG), Einrichtungen für die betriebliche Altersvorsorge nach der Richtlinie 2003/41/EG, supranationale Institutionen, nationale Zentralbanken, staatliche Stellen, Gebietskörperschaften sowie Sozialversicherungs- und Pensionssysteme unterstützende Fonds, Arbeitnehmerbeteiligungssysteme oder Arbeitnehmersparpläne und Verbriefungszweckgesellschaften auch ausgenommen, wenn sie die obigen Kriterien erfüllen (§ 1 Abs 3 AIFMG).

Das Gesetz selbst enthält keine weiteren Erläuterungen zu den einzelnen Kriterien des AIF-Begriffs. Auf europarechtlicher Ebene wurden von der European Securities and Markets Authority („ESMA“) Leitlinien veröffentlicht, die sich mit dem „AIF“-Begriff auseinandersetzen.⁹ Die FMA hat ein FAQ betreffend die Anwendung des AIFMG veröffentlicht.¹⁰

In Deutschland wurde die AIFM-RL im KAGB umgesetzt. Das KAGB ist anwendbar, wenn ein sog Investmentvermögen vorliegt. Dabei kann es sich entweder um einen OGAW oder um einen AIF handeln. Das KAGB nimmt hinsichtlich des AIF-Begriffs eine Negativabgrenzung vor. Ein AIF ist jedes Investmentvermögen, das kein OGAW ist. Zudem hat die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht („BaFin“) ein Auslegungsschreiben veröffentlicht¹¹, welches sich – auch unter Heranziehung der

⁹ ESMA, Leitlinien zu Schlüsselbegriffen der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD) vom 18.3.2013 (berichtigte Fassung vom 30.1.2014), ESMA/2013/611 („ESMA-Leitlinien“).

¹⁰ FMA, Frequently Asked Questions zur Anwendung des Alternative Investmentfonds-Manager Gesetz (AIFMG), Stand 1.11.2015 („FMA-FAQ“).

¹¹ BaFin, Auslegungsschreiben zum Anwendungsbereich des KAGB und zum Begriff des „Investmentvermögens“ vom 14.6.2013 (zuletzt geändert am 9.3.2015), Q 31-Wp 2137-2013/0006, („BaFin-Auslegungsschreiben“).





ESMA-Leitlinien – eingehend mit dem Begriff des „Investmentvermögens“ befasst. Dieses Auslegungsschreiben dient auch als Hilfestellung für die – auch nach österreichischem Recht vorzunehmende – Abgrenzung des AIF-Begriffes.

B. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale im Überblick

1. Organismus für gemeinsame Anlagen

Ein Organismus für gemeinsame Anlagen ist jede Art einer gemeinschaftlichen Veranlagung von Kapital, das die Erzielung einer Gemeinschaftsrendite für seine Anleger bezweckt. Für diese Beurteilung ist es unerheblich, in welcher Rechtsform der Organismus errichtet wird (zB in Vertragsform, Trust- oder Satzungsform), ob die Beteiligung in gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder mitgliedschaftlicher Form (zB stille Beteiligung, Genussrechte, Schuldverschreibungen)¹² erfolgt, ob das zugeführte Kapital als Eigen- oder Fremdkapital des Organismus zu qualifizieren ist oder ob der Organismus in offener oder geschlossener Form errichtet wird.¹³ Es ist ferner unerheblich, in welche Assetklassen der AIF investiert.¹⁴ Das AIFMG sieht somit keine umfassende Produktregulierung vor, sondern beschränkt sich vor allem auf die Regulierung des Marktzuganges für AIF sowie die Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeiten des AIFM.¹⁵

Die BaFin¹⁶ präzisiert weiter, dass es sich bei dem Organismus um ein rechtlich oder wirtschaftlich (zB durch einen getrennten Rechnungskreis) verselbständigtes gepooltes Vermögen handeln muss. Es liegt daher dann kein Organismus für gemeinsame Anlagen und somit kein AIF vor, wenn – wie im Falle immobilienbesitzender Miteigentumsgemeinschaften – die Anleger direkt Eigentum an den Vermögenswerten halten (ohne Zwischenschaltung eines Anlagevehikels).¹⁷

Für das Vorliegen einer „gemeinsamen Anlage“ ist es erforderlich, dass die Anleger an den Chancen und Risiken des Organismus beteiligt sind. Die Gewinne und Verluste müssen letztlich von den Anlegern erzielt bzw getragen werden.¹⁸ Dem Anleger darf für die Überlassung des investierten Kapitals kein betragsmäßig fixiertes „Entgelt“ (zB Zinsen) mit einem unbedingten Kapitalrückzahlungsanspruch gewährt werden. Diesfalls wäre das Kriterium „für gemeinsame Anlagen“ nicht erfüllt. Zu denken ist hier beispielsweise an den Abschluss eines Kreditvertrages zwischen dem Anleger und dem Organismus, der dem Anleger einen unbedingten Rückzahlungsanspruch unabhängig von Gewinn- und Verlust des Organismus einräumt.¹⁹ Eine „gemeinsame Anlage“ wäre selbst dann ausgeschlossen, wenn der Kreditgeber seinen Rangrücktritt gegenüber sonstigen

12 Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, Kommentar zum KAGB § 1 Rz 5.

13 ESMA-Leitlinien, Pkt VI.12(b); BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 1. und 2.

14 Kramer/Recknagel, Die AIFM-Richtlinie – Neuer Rechtsrahmen für die Verwaltung alternativer Investmentfonds, Der Betrieb 2011, 2077.

15 Kramer/Recknagel, Die AIFM-Richtlinie – Neuer Rechtsrahmen für die Verwaltung alternativer Investmentfonds, Der Betrieb 2011, 2080.

16 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 1. und 2.

17 Gerstner/Leitner, Geschlossene Immobilienfonds und kollektive Immobilien-Investments im Fokus des AIFM, ÖBA 2013, 568.

18 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 2.

19 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 2.



Die GmbH & Co KG im Lichte des AIFMG

Gläubigern erklärt. Der Rangrücktritt an sich bedeutet nicht, dass der Anleger am Gewinn und Verlust des Organismus beteiligt wird, sondern nur, dass dieser in der Insolvenz des Organismus gegenüber sonstigen Gläubigern nachrangig befriedigt wird. Ansonsten hat der Anleger trotz Rangrücktritts jedoch weiterhin das Recht, den dem Organismus kreditierten Betrag in voller Höhe zurückzuverlangen. Sollten zugunsten der Anleger Kapitalgarantien ausgestellt worden sein, bedeutet das nicht, dass die Anlagestrategie des AIF eine Verlustbeteiligung für den Anleger generell ausschließt. Eine Kapitalgarantie ist somit unschädlich und hindert die Erfüllung des Kriteriums „gemeinsame Anlage“ nicht.²⁰

Ein Organismus für gemeinsame Anlagen besteht jedoch dann nicht, wenn²¹

- er einen allgemein-kommerziellen oder -industriellen Zweck verfolgt und/oder
- die Anteilseigner des Organismus – als Gruppe – eine laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis besitzen.

Auf das Ausschlusskriterium des „Verfolgens eines allgemein-kommerziellen oder -industriellen Zwecks“ wird in Österreich (ebenso wie in Deutschland) direkt in der Legaldefinition des AIF-Begriffs Bezug genommen. So legt § 2 Abs 2 Z 1 AIFMG fest, dass das vom Organismus eingesammelte Kapital nicht unmittelbar der operativen Tätigkeit dienen darf (siehe II.B.6. unten). § 1 Abs 1 KAGB sieht vor, dass der Organismus kein operativ tätiges Unternehmen außerhalb des Finanzsektors sein darf. Das Ausschlusskriterium „einer operativen Tätigkeit dienen“ wird in der AIFM-RL nicht erwähnt. Sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber gehen somit über den Wortlaut der in der AIFM-RL enthaltenen Definition des AIF-Begriffs hinaus.²² Zu weiteren Ausführungen zu diesem Thema verweisen wir auf die Ausführungen zu II.B.6.).

Eine „laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis“ bedingt eine unmittelbare und kontinuierliche Entscheidungsgewalt über operative Fragen der täglichen Verwaltung der Vermögenswerte des Organismus.²³ Diese Entscheidungsgewalt muss wesentlich weiter reichen als die Ausübung des Stimmrechts bei Gesellschafterversammlungen über etwa eine Fusion oder sonstige Abwicklung, die Wahl von Anteilseignervertretern, die Ernennung von Vorstandsmitgliedern oder Abschlussprüfern oder die Feststellung des Jahresabschlusses.²⁴ Eine unmittelbare und kontinuierliche Entscheidungsgewalt darf sich nicht nur auf außergewöhnliche Maßnahmen beschränken, sondern muss sich auch auf Fragen der täglichen Verwaltung der Vermögenswerte des Organismus beziehen.

Für Organismen in der Form einer GmbH & Co KG bedeutet das, dass eine gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Mitwirkungsbefugnisse der Kommanditisten auf den außergewöhnlichen Geschäftsbetrieb nicht ausreicht, damit diese eine „laufende Ermessens- bzw Kontrollbefugnis“ wahrnehmen können. Vielmehr müsste der Gesellschaftsvertrag den Kommanditisten auch im Bereich des gewöhnlichen Geschäftsbe-

20 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 2.

21 ESMA-Leitlinien Pkt VI.12.

22 Patzner/Schneider-Deters in Patzner/Döser/Kempf, Investmentrecht² § 1 Rz 3.

23 FMA-FAQ 11, Pkt I.

24 FMA-FAQ 11, Pkt I; ESMA-Leitlinien Pkt II.



triebs ausreichend Einflussmöglichkeiten einräumen. So müsste er dem Komplementär – auch in Bezug auf Handlungen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs – aktive Informationspflichten gegenüber den Kommanditisten auferlegen oder den Kommanditisten ein jederzeitiges Einsichtsrecht in die Bücher und Unterlagen des Organismus einräumen und darauf aufbauend ihnen Mitsprache- oder zumindest Widerspruchsrechte hinsichtlich Geschäftsführungsmaßnahmen einräumen.²⁵

2. Anzahl von Anlegern

Der Organismus muss sich an eine „Anzahl von Anlegern“ wenden. Es darf weder durch Gesetz noch durch Satzung die Anzahl der Anleger auf eine Person beschränkt sein.²⁶ Sollte es im Ergebnis doch nur einen Anleger geben, hat das keine Auswirkungen. Ein geschäftsführender Kommanditist und der Komplementär einer GmbH & Co KG bleiben bei der Berechnung der Zahl der Anleger grundsätzlich unberücksichtigt. Sollten sie über die gesellschaftsvertraglich geforderten Minimalbeteiligung hinaus Kapital in den Organismus investieren, kommt ihnen auch die Stellung eines Anlegers zu. Für die Erfüllung des Kriteriums „Anzahl von Anlegern“ müssten sie in diesem Fall berücksichtigt werden.²⁷

Eine „Anzahl von Anlegern“ liegt auch dann vor, wenn der alleinige Anleger selbst ein Anlageorganismus ist, der einer Anzahl von Anlegern offensteht (zB bei Master-Feeder-Strukturen, Dachfondsstrukturen²⁸), oder als Bevollmächtigter für mehr als einen Anleger auftritt und deren Interessen zu administrativen Zwecken bündelt.²⁹ Dieses Kriterium ist auch dann erfüllt, wenn die Beteiligung über einen Treuhänder gehalten wird und dieser für mehrere Treugeber handelt.³⁰

3. Einsammeln von Kapital

Der Organismus hat – um als AIF eingestuft zu werden – direkte oder indirekte Schritte zu unternehmen, um die Kapitalübertragung von den Anlegern auf den Organismus zu veranlassen.³¹ Es wird entweder der Organismus oder eine in seinem Namen handelnde Person (normalerweise der AIFM) in der Regel diese Schritte setzen. Mit dem „Setzen von Schritten“ ist vor allem das gewerbsmäßige Anwerben von Anlegern gemeint. Es ist unerheblich, ob die Tätigkeit nur ein einziges Mal, mehrfach oder ständig stattfindet oder ob die Kapitalübertragung in Form von Bar- oder Sacheinlagen erfolgt.

Kein Einsammeln von Kapital erfolgt bei sog Family Offices. Darunter wird eine Gruppe von Familienmitgliedern verstanden, die in einen Organismus investiert, sofern auch die alleinigen Endbegünstigten Familienmitglieder sind. Es wird dabei kein Kapital von Dritten (außerhalb der Familie stehenden Personen) investiert. Unter Familienmitglie-

25 Vgl Siller/Hölzl, Wesentliche Erweiterung des Begriffs des ausländischen Immobilienfonds durch das AIFMG, ÖStZ 2014/278, 191.

26 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 4.

27 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 4.

28 Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, Kommentar zum KAGB § 1 Rz 12.

29 ESMA-Leitlinien Pkt VIII.

30 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 4.

31 ESMA-Leitlinien Pkt VII.



Die GmbH & Co KG im Lichte des AIFMG

dern werden Ehepartner, Personen in einer eheähnlichen Gemeinschaft, die in einem gemeinsamen Haushalt und auf einer stabilen und dauerhaften Grundlage leben, sowie Verwandte in gerader Linie, Geschwister, Onkel, Tanten, Cousins und Cousinen verstanden.³² Auf sog Multi-Family Offices, bei denen das Kapital von mehreren Familien gemeinsam investiert wird, findet das Privileg für Family Offices keine Anwendung.³³

Investmentclubs erfüllen dieses Kriterium in aller Regel nicht.³⁴ Unter Investmentclubs werden Vereinigungen von natürlichen Personen verstanden, die sich für die gemeinsame Anlage ihres Vermögens in Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten privat zusammengefunden haben. Solche Investmentclubs fallen nicht unter den AIF-Begriff, sofern kein einziges Mitglied gewerbsmäßig angeworben wurde und dies auch nicht beabsichtigt ist.³⁵

4. Festgelegte Anlagestrategie

Ein weiteres Kriterium für das Vorliegen eines AIF besteht darin, dass das von den Anlegern eingesammelte Kapital gemäß einer „festgelegten Anlagestrategie“ zu veranlagen ist. Im Gegensatz dazu soll im Falle einer allgemeinen Unternehmensstrategie kein AIF vorliegen. Die Abgrenzung gestaltet sich in der Praxis naturgemäß schwierig. Der Unterschied zwischen einer „festgelegten Anlagestrategie“ und einer allgemeinen Unternehmensstrategie liegt vor allem darin, dass bei einer „festgelegten Anlagestrategie“ die Anlagekriterien genau bestimmt und die Handlungsspielräume des AIF bzw des AIFM in den Anlagebedingungen, der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag weitgehend eingeschränkt sind.³⁶ Die Verfolgung der Anlagestrategie ist gegenüber den Anlegern verpflichtend und kann von diesen auch gegenüber dem Organismus durchgesetzt werden.³⁷

Im Umkehrschluss ist somit von einer den Anwendungsbereich des AIFMG ausschließenden allgemeinen Unternehmensstrategie auszugehen, wenn im Vorhinein keine Anlagepolitik definiert wird, nach welcher die Veranlagung des investierten Kapitals erfolgt, sondern die Veranlagung nach allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen erfolgt und die Anleger wenig bis gar keinen Einfluss darauf nehmen können.

Das Erfordernis einer „festgelegten Anlagestrategie“ würde vermuten lassen, dass sog „Blind-Pool-Fonds“ aus dem Anwendungsbereich des AIFMG herausfallen. „Blind-Pool-Fonds“ sind Fonds, bei denen zum Zeitpunkt der Anlageentscheidung nicht festgelegt ist, in welche Vermögenswerte konkret veranlagt wird. Im Unterschied zu Unternehmensstrategien handelt es sich jedoch auch bei „Blind-Pool-Fonds“ um rein vermögensveranlagende Vehikel, sodass auch hier die Anwendung des AIFMG zwingend geboten ist. Eine Differenzierung würde eine legislatorisch ungewollte Möglichkeit für Fondsanbieter eröffnen, die AIFMG-Regulierungen mit einfachen Mitteln zu umgehen.³⁸

32 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 3.a.

33 Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, Kommentar zum KAGB § 1 Rz 17.

34 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 3.b.

35 Volhard/Jang in Weitnauer/Boxberger/Anders, Kommentar zum KAGB § 1 Rz 17.

36 BaFin-Auslegungsschreiben Pkt 5.

37 ESMA-Leitlinien Pkt IX.

38 ESMA-Leitlinien Pkt IX; vgl Kind, Der Begriff des Alternativen Investment Fund nach der AIFM-Richtlinie – geschlossene Fonds und private Vermögensanlagengesellschaften im Anwendungsbereich? DStR 2010, 1529.