

Olaf Gierhake

**Liechtensteinische Treuhand- und Fondsmanagement-
Dienstleistungen für Unternehmer und vermögende Privatpersonen
aus Deutschland**

Eine grenzüberschreitende Standortbestimmung für künftige Family-Office Angebote liechtensteinischer und deutscher Dienstleister nach der Umsetzung der AIFM-Richtlinie und dem Inkrafttreten des neuen liechtensteinischen Investmentunternehmensgesetzes.

Vorwort und Danksagungen

In der EU und dem EWR haben sich die Rahmenbedingungen für Vermögensstrukturen vermöglicher Privatpersonen in den letzten Jahren deutlich verändert. Grundsätzlich stellt seit den Umsetzungen der AIFM-Richtlinie in die nationalen Rechte jeder „Organismus für gemeinsame Anlagen ... , der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäss einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren“¹ einen „alternativen Investmentfonds“ (AIF) dar, für den zwingend ein regulierter Fondsmanager (AIFM) aus der EU bzw. dem EWR bestellt werden muss.

Häufig betroffen sind – so zeigt es sich in dieser Arbeit – solche „Organismen für gemeinsame Anlagen“, die von High Networth Individuals und von verselbständigten Zweckvermögen, etwa Familienstiftungen oder gemeinnützigen Stiftungen, gehalten werden. Neben Investmentfonds bedürfen auch (Multi-) Family Offices, bestimmte Beteiligungsgesellschaften und andere Anlageformen mehrerer Investoren in weltweit verteiltes Immobilien-, Unternehmensbeteiligungs- oder Finanzanlagevermögen einer Restrukturierung. Ausgenommen von dieser Regulierung sind nur wenige Anwendungsgebiete, wie z.B. (anderweitig regulierte) Publikumsfonds (UCITS), operative Unternehmen, bestimmte Holdinggesellschaften und bestimmte (Single-) Family Office-Vehikel.

In den Heimatländern vermöglicher Privatpersonen in der EU wurden die regulatorischen Änderungen bereits vollzogen. Die deutsche Umsetzung der AIFM-Regulierung in Form des neuen Kapitalanlagegesetzbuches (KAGB) und des Investmentsteuergesetzes (InvStG) ist durch eine hohe Komplexität, starke Inflexibilität und häufige Änderungen gekennzeichnet. Dies führt bei Fonds regelmässig zu hohen Anpassungskosten.

Das Fürstentum Liechtenstein hat sich dagegen in den letzten Jahren nachhaltig von einer "Steuroase" in eine "Stabilitätsoase" inmitten der drei deutschsprachigen Nachbarländer Deutschland, Schweiz und Österreich gewandelt. Keine Staatsverschuldung, ein AAA-Rating, das grösste Bruttoinlandsprodukt pro Kopf in Europa, der Schweizer Franken als gesetzliche Währung, die Mitgliedschaft im EWR, ein überschaubares Steuerrecht und moderne Doppelbesteuerungsabkommen mit allen genannten Ländern sind vorteilhafte Alleinstellungsmerkmale des Standorts. Liechtenstein war das erste Land in Europa, das bereits 2012 die europäische Fondsregulierung

¹ Art. 4 Abs. 1 lit. a AIFM-RL.

(AIFM-Richtlinie von 2011) für alternative Investmentfonds (AIF) und deren Manager (AIFM) in nationales Recht (AIFMG, AIFMV) umgesetzt hat. Mittlerweile zeichnet sich ab, dass zeitnah auch die letzten politischen Hürden überwunden werden können, die bislang dem uneingeschränkten und diskriminierungsfreien Marktzugang liechtensteinischer Fondsmanager in der EU unter Nutzung des „EU-/ EWR-Passes“ entgegenstanden.

Das liechtensteinische Gesellschafts- und Steuerrecht sind attraktiv und EU-/ EWR-konform ausgestaltet. Beide bieten gegenüber den jeweiligen Rechten in den Nachbarländern eine Reihe von interessanten Vorteilen. Von liechtensteinischen Treuhändern verwaltete Stiftungen und Gesellschaften werden heute rechtssicher und steuerrechtskonform von Finanzplatzkunden errichtet, um vorhandene Familienvermögen zu schützen, Familienmitglieder in unterschiedlichen Wohnsitzländern zu versorgen und auch gemeinnützige Vorstellungen zur künftigen Vermögensverwendung umzusetzen.

Europäisch regulierte AIF und lokal regulierte Investmentunternehmen aus Liechtenstein können genutzt werden, um im Eigentum von Stiftungen und vermögenden Privatpersonen stehendes Immobilien- und Beteiligungsvermögen in der ganzen Welt effizient zu organisieren. Derartige Fonds können offen oder geschlossen strukturiert und sowohl in Vertragsform, in Form eines Trusts, in Form von Personengesellschaften oder in Form von Kapitalgesellschaften in Liechtenstein errichtet werden. Liechtensteinische Fondsmanager mit AIFM-Lizenz sind auf der Grundlage des EU-/EWR-Passes seit dem 1.10.2016 berechtigt, regulierte AIF verschiedener Jurisdiktionen für europäische Anleger und für von diesen errichtete liechtensteinische Stiftungen und andere anteilseignerlose Zweckvermögen zu verwalten.

Liechtenstein bietet sich damit als Vermögensstandort insbesondere dann an, wenn langfristige Vermögensmanagement- und Vermögensnachfolgelösungen für Familien gesucht werden, deren Mitglieder in unterschiedlichen Ländern wohnen. Ausserdem bieten sich liechtensteinische Lösungen immer dann besonders an, wenn Immobilien, Beteiligungen und Bankanlagen in mehreren Ländern verteilt belegen sind und von einem zentralen Ort aus unter Entlastung der Familienmitglieder in unternehmerischer Art verwaltet werden sollen.

Liechtensteinische Treuhänder haben in den letzten Jahren erhebliche Anstrengungen unternommen, ihr bestehendes Mandatsportfolio grenzüberschreitend steuerrechtlich zu sanieren. Sie werden mit den vorstehend genannten Reformen vor weitere Herausforderungen gestellt, denn vorhandene Mandatsbestände sind nunmehr auch auf Konformität in Bezug auf

die neuen regulatorischen und berufsrechtlichen Rahmenbedingungen zu überprüfen.

Das Buch verfolgt mehrere Ziele. Zunächst sollen international grenzüberschreitend agierende Treuhänder, z.B. aus Liechtenstein und der Schweiz, konkrete Hinweise an die Hand gegeben werden, wie sie die von den neuen Regulierungen betroffenen Kundensituationen innerhalb ihrer Mandatsbestände identifizieren können. Sie soll weiterhin Unterstützung bei der Aufgabe bieten, die identifizierten Mandate regulierungskonform zu restrukturieren. Schliesslich soll das Buch diese Treuhänder dabei unterstützen, neue grenzüberschreitende Marktchancen, hier exemplarisch mit Blick auf deutsche Kunden, zu identifizieren und ihr bestehendes Geschäftsmodell unter Nutzung dieser Marktchancen auf die Zukunft auszurichten.

Die Arbeit stellt im Kontext vorhandener Mandatsbestände liechtensteinischer Treuhänder – soweit ersichtlich erstmalig – inhaltliche Verbindungen zwischen den AIFM-Umsetzungsgesetzen in Deutschland (KAGB, InvStG) und in Liechtenstein (AIFMG, IUG-Neu) auf der einen Seite und den aktuellen berufsrechtlichen Regeln für Steuerberater in Deutschland (StBerG, BRAO, RDG) und denjenigen für Treuhänder in Liechtenstein (TrHG) auf der anderen Seite her.

Die Arbeit wurde an der Universität Liechtenstein als Masterarbeit im Studiengang LL.M. Banking & Securities Law an genommen. Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. Dirk Zetzsche, LL.M. (Toronto) für die Betreuung sowie einer Reihe von liechtensteinischen Finanzdienstleistern, darunter Herrn Treuhänder Renatus Kühne, Herrn Treuhänder Guido Wille-Minicus, Frau Wirtschaftsprüferin Christina Appert und Herrn Wirtschaftsprüfer Bernhard Lampert für die kritische Durchsicht und viele sachdienliche Hinweise.

Herrn Prof. Dr. Helmut Heiss, Herrn Prof. Dr. Andreas Kellerhals, Herrn Prof. Dr. Andreas Kley und Herrn Prof. Dr. Anton K. Schnyder von der Universität Zürich sowie Herrn Prof. Dr. Francesco Schurr von der Universität Liechtenstein danke ich wieder für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe des Zentrums für Liechtensteinisches Recht an der Universität Zürich; den Verlagen Dike (Schweiz), Nomos (Deutschland) und Facultas (Österreich) danke ich für die Veröffentlichung.

Rapperswil (Schweiz), Triesen (Liechtenstein) im November 2016

Olaf Gierhake

Inhaltsverzeichnis

1	Die liechtensteinische Treuhandbranche im Umbruch	1
1.1	Ausgangssituation	1
1.2	Zielstellung	4
1.3	Abgrenzungen und bisherige Untersuchungen	5
1.4	Vorgehensweise der Untersuchung	6
2	Ausgangssituation und Grundlagen	9
2.1	Tätigkeitsfeld und Berufsbild des liechtensteinischen Treuhänders	9
2.2	Tätigkeitsfeld und Berufsbild des Alternativen Investment Fonds Managers (AIFM) in Liechtenstein	12
2.3	Tabellarischer Vergleich	16
3	Regulatorisches Prüfschema für von liechtensteinischen Treuhändern verwaltete Vermögensstrukturen	19
3.1	Reichweite europäischer und nationaler Regulierungen	19
3.2	„Organismus für gemeinsame Anlagen“ (OGA)	21
3.2.1	„Organismus“	21
3.2.2	„für Anlagen“	22
3.2.3	„gemeinsame“	23
3.2.4	„einschliesslich seiner Teilfonds“?	24
3.2.5	Folgen des Prüfergebnisses	24
3.3	„Alternativer Investment Fund“ (AIF)	24
3.3.1	Konstituierende Merkmale eines AIF	26
3.3.1.1	„Einsammeln von Kapital“	26
3.3.1.2	„Anzahl von Anlegern“	27
3.3.1.3	„gemäss einer festgelegten Anlagestrategie“	27
3.3.1.4	„zum Nutzen dieser Anleger“	28
3.3.2	Ausschliessende Merkmale eines AIF	28
3.3.2.1	Bedarf der Genehmigung gemäss UCITS-RL	28
3.3.2.2	Family Office Vehikel	28
3.3.2.3	Investment-Clubs	29
3.3.3	Folgen des Prüfergebnisses	29

3.4	Lokale Regulierung im Sitzland des OGA	30
3.4.1	Liechtenstein: Das neue Investmentunternehmensgesetz (IUG-Neu)	30
3.4.2	Andere EWR-Länder, Beispiel Deutschland	32
3.4.3	Drittländer, Beispiel Schweiz	32
4	Exemplarische Qualifikation eines Mandatsbestandes mit Bezugspunkten zu deutschen Kunden und Vermögenswerten	35
4.1	Typische Mandatsbeziehungen mit deutschen Kunden	35
4.1.1	Altmandate	36
4.1.1.1	Mandatstypus I („Alt-Familienstiftung mit lebendem Stifter“)	36
4.1.1.2	Mandatstypus II („Alt-Familienstiftung mit verstorbenem Stifter“)	37
4.1.1.3	Mandatstypus III („komplexe Alt-Familienstiftung mit Beteiligungsgesellschaften“)	37
4.1.2	Neumandate	37
4.1.2.1	Mandatstyp IV (Neu-Familienstiftung mit Investitionen in Finanzinstrumenten)	38
4.1.2.2	Mandatstyp V (Neu-Familienstiftung mit deutschen Immobilien)	38
4.1.2.3	Mandatstyp VI (gemeinnützige Neustiftung)	39
4.2	Qualifikation von Stiftungen	40
4.2.1	Organismus für gemeinsame Anlagen (OGA)	40
4.2.2	Prüfung der AIF-Kriterien und Qualifikationsergebnis	44
4.2.3	Qualifikation der Stiftung als Anleger der Beteiligungsgesellschaften	45
4.3	Qualifikation von Beteiligungsgesellschaften von Stiftungen	45
4.3.1	Reichweite europäischer und nationaler Regulierungen	46
4.3.2	Organismus für gemeinsame Anlagen	46
4.3.3	Prüfung der AIF-Kriterien	47
4.3.3.1	Satzungs- oder Verwaltungssitz in Liechtenstein	47
4.3.3.2	Satzungs- oder Verwaltungssitz in Deutschland oder anderen Staaten des EWR	51

5	Folgen der Qualifikation für die künftige Arbeitsteilung beteiligter Dienstleister	55
5.1	OGA mit AIF-Qualifizierung	56
5.1.1	Restrukturierung und Bestellungsverpflichtung eines EWR-AIFM	56
5.1.2	Geschäftsoportunitäten für Treuhänder durch Kooperation mit einem liechtensteinischen AIFM	58
5.1.2.1	Vertrieb	58
5.1.2.2	Administration	59
5.1.2.3	Sonstige Tätigkeiten	59
5.1.2.4	Verwahrstelle	60
5.2	OGA ohne AIF-Qualifizierung	61
5.2.1	Prüfung etwa lokal vorhandener Regulierungen	61
5.2.2	Regulierung in Deutschland	61
5.2.3	Regulierung in Liechtenstein	62
5.2.3.1	Aktuelle Regulierung	62
5.2.3.2	Künftige Regulierung: Restrukturierung und Bestellungsverpflichtung einer Verwaltungsgesellschaft nach IUG-Neu	62
5.2.4	Geschäftsoportunitäten für Treuhänder durch Kooperation mit einer Verwaltungsgesellschaft nach IUG-Neu	63
5.3	Handlungserfordernisse für Treuhänder	64
6	Empfehlungen zur Ausrichtung künftiger Geschäftsmodelle von liechtensteinischen Treuhändern	67
6.1	Erfolgsfaktoren	68
6.1.1	Marktzugang	68
6.1.1.1	Über die liechtensteinische Treuhänder-Lizenz	68
6.1.1.2	Über eine liechtensteinische AIFM-Lizenz	70
6.1.2	Know-how	71
6.1.3	Leistungsqualität	72
6.2	Denkbare Spezialisierungsrichtungen	72
6.2.1	Verwaltung anteilseignerloser Zweckvermögen und Betreuung von Kundenfamilien in Deutschland	72
6.2.2	Gründung eines eigenen AIFM oder einer eigenen IUG-Verwaltungsgesellschaft	73

4 Exemplarische Qualifikation eines Mandatsbestandes mit Bezugspunkten zu deutschen Kunden und Vermögenswerten

Nachdem das Tätigkeitsfeld der Treuhänder und der AIF-Managementunternehmen skizziert und ein allgemeines Prüfschema für die laufenden Mandate liechtensteinischer Treuhänder entwickelt wurde, soll im Folgenden das Prüfschema exemplarisch auf einen typischen Mandatsbestand mit deutschen Mandanten angewendet werden.

Dazu werden nachfolgend verschiedene Mandatstypen definiert und auf diese das bereits vorgestellte Prüfschema angewendet und erläutert.

4.1 Typische Mandatsbeziehungen mit deutschen Kunden

Das grenzüberschreitend tätige liechtensteinische Treuhandgeschäft wird insgesamt massgeblich durch die Errichtung und den Betrieb von verselbständigten Zweckvermögen geprägt. Im Umgang mit deutschen Kunden spielen nach der eingangs benannten Kurzbefragung bei mehreren Treuhändern Familienstiftungen¹⁴² und gelegentlich auch Familienanstalten¹⁴³ eine hervorgehobene Rolle. Bei den bestehenden Mandaten ist heute noch von einer Zweiteilung aus „Altmandaten“ und „Neumandaten“ auszugehen. Künftig werden auch gemeinnützige Stiftungen eine stärkere Rolle spielen.

¹⁴² Vgl. Art. 552 § 1-41 PGR, vgl. Jakob, D. (2009), Heuser, Frye (2011), Hosp, Langer (2011).

¹⁴³ Art. 542 ff. PGR.

4.1.1 Altmandate

Der erste Teil der Mandatsbeziehungen wurde im Wesentlichen bis etwa 2008 begründet. Typisch für diesen Altbestand war, dass die laufenden Erträge des Vermögens seit der Einbringung in eine zumeist in Deutschland steuerrechtlich transparent¹⁴⁴ ausgestaltete liechtensteinische Familienstiftung nicht mehr im Wohnsitzland des Stifters versteuert wurden. Die Strukturen wurden häufig bereits in der Nachkriegszeit und bis 1989 vor dem Hintergrund des sog. „kalten Krieges“ und den Erfahrungen des zweiten Weltkrieges begründet, um eine finanzielle „Notreserve“ für die Familie vorzuhalten.

Das Tagesgeschäft der Treuhänder für die nachfolgend klassifizierten Mandatstypen I-III ist in den letzten Jahren weitgehend durch „Aufräumarbeiten“ geprägt gewesen, in welchen der steuerrechtliche Status dieser Mandatstypen in Form von Selbstanzeigen in Deutschland gem. § 371 AO aufgearbeitet wurde. In vielen, aber nicht in allen Fällen wurden nach der Selbstanzeige die Geschäftsbeziehungen der deutschen Mandanten zum Treuhänder aufgegeben, z.T. wurden aber auch weitere Geschäftsbeziehungen in Form der in Abschnitt 4.1.2 beschriebenen Mandatstypen IV, V und VI neu begründet.

4.1.1.1 Mandatstypus I („Alt-Familienstiftung mit lebendem Stifter“)

Eine erste typische Mandatsbeziehung aus dieser Zeit sieht so aus, dass ein in Deutschland ansässiger Stifter mit Hilfe eines liechtensteinischen Treuhänders eine liechtensteinische Familienstiftung errichtet hat, deren Vermögen typischerweise in Form eines schweizerischen Bankkontos bewirtschaftet wurde. Zumeist wurde die Stiftung dazumal auf Anraten der Schweizer Bank errichtet, um das „Diskretionsniveau“ über das damals in der Schweiz bereits bestehende Niveau weiter anzuheben. Die Stiftung beauftragte typischerweise entweder die depotführende Bank oder auch einen unabhängigen Vermögensverwalter mit Hilfe eines Vermögensverwaltungsvertrages mit der Bewirtschaftung des Bankkontos. Die Stiftung wurde typischerweise mit Widerrufs- und starken Änderungsvorbehalten des Stifters errichtet; z.T. wurden auch sogenannte „Mandatsverträge“ abgeschlossen, mit Hilfe derer die Handlungsbefugnis der Stiftungsorgane an die Weisungen des Stifters gebunden wurde. Zumeist war die Begünstigungsregelung der Stiftung so gefasst, dass dem Erstbegünstigten, in der Regel der Stifter, lebenslang das Stiftungskapital und dessen Erträge

¹⁴⁴ Hinzurechnungsbesteuerung gem. § 15 Abs. 1 AStG, oder gem. § 39 AO.

zustehen. Im Falle seines Versterbens wurden häufig diejenigen Personen als „Zweitbegünstigte“ der Stiftung eingesetzt, die auch in der klassischen zivilrechtlichen Vermögensnachfolge als gesetzliche oder gewillkürte Erben bestellt sind.

4.1.1.2 Mandatstypus II („Alt-Familienstiftung mit verstorbenem Stifter“)

Die zweite typische Mandatsbeziehung entspricht weitgehend Mandatstypus I, jedoch ist der Stifter bereits verstorben und die ihm persönlich vorbehaltenen Widerrufs- und Änderungsrechte, z.T. auch die Mandatsverträge, sind mit dem Tod ersatzlos untergegangen. Teilweise, insbesondere bei Anstalten, sind aber auch die Vermögensnachfolger des Stifters in eine ähnliche Rechtsposition nachgerückt, wie sie der ursprüngliche Stifter bzw. „Inhaber der Gründerrechte“ hatte.

4.1.1.3 Mandatstypus III („komplexe Alt-Familienstiftung mit Beteiligungsgesellschaften“)

Die dritte typische Mandatsbeziehung entspricht weitgehend Mandatstypus I oder II, jedoch besteht das Stiftungsvermögen nicht nur aus einem Bankkonto, sondern die Stiftung hält – zumeist über zwischengeschaltete Kapitalgesellschaften in Drittjurisdiktionen (Britische Jungferninseln, Luxemburg, Zypern etc.) – allein oder mit weiteren Investoren weitere Vermögenswerte wie etwa Immobilien oder Unternehmensbeteiligungen in Deutschland und verschiedenen Drittländern. Zum Teil bestehen auch Geschäftsbeziehungen dieser Kapitalgesellschaften mit deutschen Unternehmen, z.B. in Form von Beratungsverträgen, Darlehensverträgen oder Beteiligungsrechten, über die Vermögenssubstrat aus den unternehmerischen Aktivitäten des Stifters in die Stiftung überführt wurden oder werden.

4.1.2 Neumandate

Der zweite Teil typischer Mandatsbeziehungen liechtensteinischer Treuhänder mit deutschen Mandanten wurde im Wesentlichen nach der Liechtenstein-Erklärung aus dem Jahre 2009¹⁴⁵ begründet. Typisch für diese Mandatstypen IV und V ist die Begründung von Stiftungen, die rechtsdogmatisch weitgehend derjenigen einer deutschen Familienstiftung

¹⁴⁵ Erklärung der Regierung des Fürstentums Liechtenstein (2009), Liechtensteinerklärung.

i.S.d. §§ 80 ff. BGB entsprechen. Diese Stiftungen wurden unwiderruflich ohne Vorbehalt starker Stifterrechte gem. Art. 552 § 30 PGR errichtet und unter Bezahlung von deutscher Schenkungsteuer mit Eigenkapital ausgestattet. Die Stiftungen wurden unter strenger Beachtung der deutschen Missbrauchsvermeidungsvorschriften, hier insbes. des § 15 Abs. 1, 6 AStG und des § 39 AO errichtet und sind heute als steuerrechtlich intransparent in Deutschland akzeptiert. Die Begünstigungsregeln sind typischerweise als sogenannte Ermessensbegünstigungen ausgestaltet, bei welchen Stiftungsleistungen nach Bedürftigkeitskriterien oder in Form von regelmäßigen Leistungen, jedoch weitgehend unabhängig von den konkreten jährlichen Anlageergebnissen des Stiftungsvermögens, an Begünstigte ausgereicht werden.

4.1.2.1 Mandatstyp IV (Neu-Familienstiftung mit Investitionen in Finanzinstrumenten)

Bei Mandatstyp IV werden durch die Stiftung im Wesentlichen Bankanlagen, häufig bei deutschen oder liechtensteinischen Banken, bewirtschaftet. Die Bankanlagen werden in manchen Fällen unmittelbar in einem Bankkonto der Stiftung geführt und gemäss einem dem Anlagereglement der Stiftung entsprechenden Vermögensverwaltungsmandat von einer Bank oder einem unabhängigen Vermögensverwalter aus den genannten Ländern bewirtschaftet. Die hierbei beauftragten Vermögensverwalter aus Liechtenstein und Deutschland sind typischerweise europäisch entsprechend der MiFID-RL reguliert; Vermögensverwalter aus der Schweiz unterliegen häufig nur der Selbstregulierung eines schweizerischen Berufsverbandes.

In anderen Fällen werden die Bankanlagen nicht direkt von der Stiftung gehalten, sondern indirekt über eine Kapitalgesellschaft, deren Anteile zumindest überwiegend von der Stiftung gehalten werden, bewirtschaftet.

4.1.2.2 Mandatstyp V (Neu-Familienstiftung mit deutschen Immobilien)

Der Mandatstyp V zeichnet sich – neben der steuerrechtlichen Intransparenz, s.o. – dadurch aus, dass im Wesentlichen deutsche, fremdvermietete Immobilien durch die Stiftung bewirtschaftet werden, die Immobilien jedoch indirekt über eine deutsche vermögensverwaltende oder gewerblich tätige oder geprägte Personengesellschaft gehalten werden. Häufig wird die Stiftung durch marktüblich ausgestaltete und drittvergleichsfähige Stifterdarlehen finanziert. Die Darlehensvaluta werden von der Stiftung an die deutsche Tochter-Personengesellschaft typischerweise in Form von Einlagen oder Darlehen weitergereicht. Die deutsche Tochter-Personengesell-

schaft tätig dann ihrerseits, z.T. unter zusätzlicher Hinzuziehung von Hypothekar- oder Grundschulddarlehen die eigentlichen Immobilieninvestments in Deutschland und organisiert die Vermietung und Bewirtschaftung der Objekte. Wie auch bei Mandatstyp IV, ist häufig der Stifter als ehemaliger Alleineigentümer des heutigen Stiftungsvermögens nach Errichtung der Struktur auf der Ebene der Tochtergesellschaft als geschäftsführender Kommanditist oder als Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft aktiv.

4.1.2.3 Mandatstyp VI (gemeinnützige Neustiftung)

Mit Inkrafttreten des deutschen Steueränderungsgesetzes 2015 zum 1.1.2016 wurden die Rahmenbedingungen¹⁴⁶ geschaffen, dass künftig deutsche Stifter auch diskriminierungsfrei gemeinnützige Stiftungen in Liechtenstein errichten können, die in Deutschland unter bestimmten Voraussetzungen die gleichen steuerrechtlichen Privilegien erhalten wie deutsche gemeinnützige Stiftungen. Es ist davon auszugehen, dass künftig diese liechtensteinischen Stiftungen erhebliche Bedeutung für das Geschäft liechtensteinischer Treuhänder erlangen können. Sie sollen deswegen in die vorliegende Beurteilung mit einbezogen werden. In vielen Fällen kommt es vor, dass auch gemeinnützige Stiftungen – wie bei Mandatstyp V – über Personengesellschaften in deutsche Immobilien investieren oder – direkt oder indirekt über Personengesellschaften – Bankanlagen tätigen.

Im Hinblick auf die vorstehend beschriebenen Mandatstypen kommt eine Qualifikation der Mandate als regulierter AIF auf zwei Ebenen in Betracht:

Zunächst könnte die Stiftung oder die Anstalt selbst in allen sechs Mandatstypen als AIF im Sinne der obigen Definition qualifizieren; dies soll nachfolgend in Abschnitt 4.2 geprüft werden.

Weiterhin kommen auch die mehrheitlich oder allein im Eigentum der Stiftung stehenden Tochter-Kapitalgesellschaften (bei Mandatstyp 3 oder 4) oder Tochter-Personengesellschaften (bei Mandatstyp 4, 5 oder 6) als – potentiell zwingend – regulierte AIF in Betracht; die diesbezügliche Prüfung ist Gegenstand von Abschnitt 4.3.

¹⁴⁶ Es wurde im Rahmen des StÄndG 2015 u.a. der § 13 Abs. 1 Nr. 16 c ErbStG dahingehend geändert, dass künftig deutsche Stifter erbschaftsteuerfreie Widmungen und Zuwendungen zugunsten solcher liechtensteinischer Stiftungen durchführen können, die die deutschen steuerrechtlichen Gemeinnützigkeitskriterien der §§ 51ff. AO erfüllen.

4.2 Qualifikation von Stiftungen

4.2.1 Organismus für gemeinsame Anlagen (OGA)

Für die Frage, ob eine Stiftung oder eine Anstalt, wie sie in den Mandatstypen I-VI stets zum Einsatz kommen, einen „Organismus für gemeinsame Anlagen“ darstellen, ist die gewählte Rechtsform nicht entscheidend, denn gem. dem obigen Prüfschritt 3.2.1 kommen explizit auch Stiftungen und Anstalten als „Organismus“ in Betracht.

Der Begriff „Anlage“ soll gem. obigem Prüfschritt in Abschnitt 3.2.2 eine Abgrenzung zu aktiven kommerziellen Aktivitäten darstellen.¹⁴⁷ In Anbetracht der Tatsache, dass privatnützigen Stiftungen die Ausübung von gewerblichen Tätigkeiten schon von Gesetzes wegen untersagt ist,¹⁴⁸ sollten die Anlageaktivitäten von Stiftungen und stiftungsähnlichen Anstalten der Mandatstypen I-V typischerweise als „Anlagen“ anzusehen sein. Auch gemeinnützige Stiftungen nach Mandatstyp VI tätigen typischerweise „Anlagen“ in diesem Sinne und sind nicht selbst gewerblich tätig.

Zur Qualifikation einer Stiftung als OGA stellt sich in weiterer Folge gem. obigem Prüfschritt 3.2.3 die Frage, wer die „Anleger“ des potentiellen Organismus „Stiftung“ sein sollen, die „planmässig Einkünfte erzielen“. Dies ist von besonderer Bedeutung, da sich das Wort „gemeinsame“ (engl. „collective“) auf eine Mehrzahl von Anlegern bezieht, die am Organismus beteiligt sind, oder zumindest potentiell beteiligt sein können.

Zunächst können reine Begünstigte¹⁴⁹ der Stiftung, die selbst keine Stifter sind, keine Anleger sein, da sie zu keinem Zeitpunkt Inhaber der der Stiftung potentiell als „Anlage“ gewidmeten Vermögenswerte waren. Sie haben also selbst gar keine Anlagen getätigt.

Dritte, die zu einem späteren Zeitpunkt als Zustifter¹⁵⁰ Mittel z.G. der Stiftung bereitstellen, sind nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls keine „Anleger“, da sie *nach* Gründung der Stiftung zivilrechtlich den Status eines Stifters nicht mehr erlangen können. Sollten im Einzelfall tatsächlich nach der Stiftungerrichtung Zustiftungen von Dritten erfolgen,

¹⁴⁷ Vgl. *Zetzsche, Preiner* (2015), Scope, S. 52.

¹⁴⁸ Vgl. Art. 552 § 1 Abs. 2, 3 PGR.

¹⁴⁹ Hier gemeint sind Begünstigte in allen ihren gesetzlichen Ausprägungsformen gem. Art. 552 § 5-8 PGR, also als Begünstigungsberechtigte, Anwartschaftsberechtigte, Ermessensbegünstigte und Letztbegünstigte, sofern sie nicht gleichzeitig Stifter sind.

¹⁵⁰ Vgl. § 552 § 13 Abs. 3 PGR.

die nicht bereits Stifter sind, führt dies generell nicht dazu, dass diese Dritten ebenfalls Stifter werden. Sie können damit in keinem Fall – selbst bei vorbehaltenen Stifterrechten i.S.d Art. 552 § 30 PGR – Einfluss auf die Begünstigungsregeln der Stiftung haben und sie können typischerweise auch nicht fordern oder auch nur erwarten, dass sie zu irgendeinem Zeitpunkt einen den Anlageergebnissen entsprechend grösseren als den von ihnen selbst zugestifteten Betrag von der Stiftung zurückerhalten.¹⁵¹ Sie können regelmässig auch nicht aufgrund einer Zustiftung in den Kreis der seitens der originären Stifter vorgesehenen Stiftungsbegünstigten aufgenommen werden. In den obigen Mandatstypen I-VI sind Zustifter damit typischerweise ebenfalls keine „Anleger“.

Im Stiftungskontext können damit nur noch der oder die Stifter i.S.v. Art. 552 § 4 PGR als „Anleger“ in Betracht kommen, weil nur sie das originäre Stiftungsvermögen aus vorher eigenem Eigentum gewidmet haben.¹⁵² Ein einzelner Stifter kann allerdings nur dann als „Anleger“ eines OGA in Betracht kommen, wenn er nach Stiftungssatzung, Zusatzurkunde, Reglementen und allen anderen im speziellen Einzelfall vorliegenden Rahmenbedingungen der Stiftung direkt oder indirekt verlangen kann, dass er im Falle positiver Anlageergebnisse einen insgesamt höheren als den selbst aufgewandten Betrag als Anlageergebnis zurückerhalten kann.¹⁵³

Dies ist in dem vorgestellten Mandatstyp I (einfache Alt-Familienstiftung mit lebendem Stifter) der Fall. Die umfassenden Stifterrechte, die er sich gem. Art. 552 § 30 PGR in diesem Mandatstyp vorbehalten hat, ermöglichen eine Kündigung der Stiftung oder eine Änderung der Stiftungsdokumente dergestalt, dass er sich das Stiftungsvermögen jederzeit wieder auskehren lassen kann. Da die formale Rechtsform für die Qualifikation also keine Rolle spielt, ist für die Frage, ob der Stifter als Anleger qualifiziert oder nicht, von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. Da sich der Stifter in einer derartigen Konstellation in einer rechtlich ähnlichen Position befindet wie der Alleingesellschafter einer Anlagekapitalgesellschaft oder einer Anlagepersonengesellschaft, der jederzeit die Gesellschaftsauflösung verlangen kann, kann der Stifter bei Mandatstyp 1 als „Anleger“ qualifiziert werden.

Bei Mandatstyp 2 (einfache Alt-Familienstiftung mit verstorbenem Stifter) kann insofern noch von einem Anleger und damit von getätigten Anlagen im Interesse der Anleger gesprochen werden, als gem. obigem

¹⁵¹ So die von *Zetzsche* vorgeschlagene Definition eines „Anlegers“, vgl. *Zetzsche* (2015a), Prinzipien, S. 76.

¹⁵² *Zetzsche* (2015a), Prinzipien, S. 76.

¹⁵³ *Zetzsche* (2015a), Prinzipien, S. 76; BuA Nr. 54/2012, S. 54.

Prüfschema (Abschnitt 3.2.3) auch Kollektivanlagen zu Gunsten Dritter zulässig und verbreitet sind.¹⁵⁴ Allerdings gehen die „starken“ Stifterrechte typischerweise nicht – wie etwa bei einer stiftungsähnlichen Anstalt – auf die Vermögensnachfolger in der Familie über, sondern fallen ersatzlos weg. Insofern bleiben die Begünstigten bei Mandatstyp 2 nach Versterben des Stifters weiterhin – und anders als üblicherweise bei Investmentfonds – selbst keine Anleger.

Für Mandatstyp 3 gilt das zu Mandatstyp 1 bzw. 2 Gesagte entsprechend, da sich der Mandatstyp 3 von den vorgenannten Mandatstypen lediglich durch die Form der Anlagen unterscheidet. Die Rechtsposition des Stifters als potentieller „Anleger“ ist die gleiche wie bei Mandatstyp 1 oder 2.

In den Mandatstypen 4, 5 und 6 (Neumandate) sind der oder die Stifter dagegen nach der hier vertretenen Auffassung keine „Anleger“ im oben beschriebenen regulatorischen Sinne. Der Stifter widmet zwar auch hier Vermögenswerte aus eigenem Vermögen freiwillig an die Stiftung. Er hat allerdings typischerweise nicht – wie ein „Anleger“ – die Hoffnung oder auch nur eine begründbare Erwartung, dass er einen grösseren als den hingegebenen Betrag zurückerhält. Es ist auch nicht eine einfache Anlage zugunsten Dritter. Vielmehr gibt der Stifter das Stiftungsvermögen deswegen hin, weil er der Stiftung die Verfolgung eines definierten Stiftungszwecks, der nicht in seiner eigenen Bereicherung besteht, ermöglichen will.

Bei Stiftungen mit Ermessensbegünstigungen gem Art. 552 § 7 PGR, wie sie für die Mandatstypen 4, 5 und 6 typisch sind, überlässt der Stifter den Stiftungsorganen einen zumeist breiten Ermessensspielraum in Bezug darauf, an welche Personen zu welchem Zeitpunkt welche Leistungen ausgerichtet werden.¹⁵⁵ Der Stiftungsrat hat eine Entscheidungsbefugnis, mit welchen Massnahmen der vorgegebene Stiftungszweck bestmöglich erzielt werden soll.

Typische Zwecke von Familienstiftungen bestehen etwa in der „Förderung und Unterstützung der Abkömmlinge des Stifters, seines Ehepartners, seiner eigenen Person und in der Erhaltung des von dem Stifter gewidmeten Vermögens für einen möglichst langen Zeitraum zum Wohle der Destinatäre“.¹⁵⁶ Gemeinnützige Stiftungen verfolgen typischerweise die gleiche Zwecke. Anders als bei „Anlagen“ sind typische Vermögenswidmungen im Stiftungskontext damit nicht primär auf die reine Rück- oder

¹⁵⁴ Vgl. *Zetzsche* (2015a), Prinzipien, S. 76.

¹⁵⁵ Vgl. *Jacob* (2009), S. 187, Rn. 430.

¹⁵⁶ Gem. Auskunft der an der Umfrage beteiligten Treuhänder (siehe Fussnote 35).

Auszahlung von Geldmitteln mit einer mehr oder minder hohen erwarteten Investmentrendite ausgerichtet, sondern auf die Verfolgung eines eher qualitativ vorgegebenen Stiftungszwecks, der wie oben gezeigt, z.B. auch auf die Konservierung und/ oder den Erhalt des Stiftungsvermögens, die Gewährung nicht monetärer Leistungen (etwa Wohnrechte in Immobilien oder die Bereitstellung von Studien- und Ausbildungsplätzen) an Begünstigte oder auch die Verfolgung gemeinnütziger Ziele ausgerichtet sein kann.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Stiftungen und stiftungsähnliche Anstalten der Mandatstypen 4, 5 und 6 damit als OGA schon aufgrund der mangelnden Qualifikation des oder der Stifter sowie aller anderen Stiftungsbeteiligten¹⁵⁷ als „Anleger“ ausscheiden.¹⁵⁸

Der Begriff „gemeinsame“ in „Organismen für gemeinsame Anlagen“ deutet darauf hin, dass der Organismus darauf ausgerichtet sein muss, dass potentiell *mehrere* Personen unabhängig von einander auf freiwilliger Basis in der Anlagetätigkeit zusammenwirken können.¹⁵⁹ Um einen OGA handelt es sich stets, wenn zwei Personen Anteile daran halten.¹⁶⁰ Stiftungen und stiftungsähnliche Anstalten in den verbliebenen oben skizzierten Mandatstypen I-III wurden allerdings regelmässig lediglich von einem einzigen Stifter begründet. Stiftungen sind zudem nach der gesetzlichen Konzeption von Art. 552 § 1 PGR anteilseignerlose Zweckvermögen. Sie sind damit – wie bereits gezeigt – nicht darauf angelegt, dass weitere Stifter zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Stiftung hinzutreten können, die mit vergleichbaren Rechten und Pflichten ausgestattet wären wie die originären Stifter.

Bei den vorliegenden Mandatstypen I-V bedeutet dies nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis, dass bei Stiftungen und stiftungsähnlichen Anstalten, wie sie im Geschäft mit deutschen Kunden typischerweise zur Anwendung kommen, überhaupt nur dann von einem OGA gesprochen werden kann, wenn von Anfang an *mehrere* Stifter die Stiftung oder die stiftungsähnliche Anstalt *gemeinsam* errichtet haben. Zudem müssten – zumindest in der Binnenorganisation der Stiftung – Vorkehrungen getroffen worden sein, die faktisch zu einer bruchteilsgemeinschaftsartigen¹⁶¹ Ausgestaltung des Stiftungsvermögens führen. Dies kann dann der Fall sein, wenn bei einer Auflösung der Stiftung klar festgelegt ist,

¹⁵⁷ Stifter, Begünstigungsberechtigte, Anwartschaftsberechtigte, Ermessensbegünstigte, Letztbegünstigte, Organe der Stiftung, vgl. Art. 552 § 3 PGR.

¹⁵⁸ Vgl. so auch *Zetzsche, Preiner* (2015), Scope, S. 62.

¹⁵⁹ *Zetzsche, Preiner* (2015), Scope, S. 76.

¹⁶⁰ Vgl. *Zetzsche, Preiner* (2015), Scope, S. 61.

¹⁶¹ Vgl. *Tollmann, C.*, Kommentar zu Art.2 AIFM-RL, in: *Dornseifer et. al.* (2013), AIFM-RL, S. 37 Rn. 52.

dass und welche wohlbestimmten Teile des Stiftungsvermögens an die einzelnen Stifter zurückfallen sollen.¹⁶²

Eine denkbare OGA-Eigenschaft der Stiftung oder der stiftungsähnlichen Anstalt scheidet damit in den vorgestellten zahlenmässig dominierenden Mandatskonstellationen in der Regel bereits daran, dass an der Stiftungserrichtung abschliessend lediglich ein Stifter beteiligt ist und damit die für „gemeinsame Anlagen“ erforderliche Mehrzahl an „Anlegern“ nicht gegeben und anschliessend auch nicht mehr, etwa durch Zu- oder Nachstiftungen, erreicht werden kann.

Im Regelfalle ist deswegen davon auszugehen, dass die bei deutschen Kunden typischerweise eingesetzten Mandatstypen I-VI nicht zu einer Qualifikation der Stiftung als OGA führen. Bei Stiftungen dieser Typen bleibt es somit bei typischen Mandaten der Treuhandbranche.

4.2.2 Prüfung der AIF-Kriterien und Qualifikationsergebnis

Sollten im Einzelfall doch mehrere Stifter an der Stiftungserrichtung beteiligt sein *und* eine anteilsartige Innenorganisation der Stiftung vorliegen, so dass man vom Vorliegen eines OGA ausgehen muss, so sind in weiterer Folge noch die weiteren konstituierenden Merkmale und Ausschlusskriterien eines AIF, wie sie oben in Abschnitt 3.3 beschrieben wurden, zu prüfen.

Hierbei dürften insbesondere die Prüfung des Kriteriums „Einsammeln von Kapital“ (s.o. Abschnitt 3.3.1.1) und der Ausschlussgrund für „Family Office Vehikel“ (s.o. Abschnitt 3.3.2.2) dazu führen, dass auch im Falle mehrerer Stifter die jeweilige Stiftung oder stiftungsähnliche Anstalt nicht als regulierter AIF anzusehen ist.

Im Ergebnis dürften damit nur sehr wenige Stiftungen oder stiftungsähnliche Anstalten der AIFM-Regulierung unterstehen. Denkbar ist dies wohl nur für Altmandate der Typen I-III, bei denen mehrere Stifter, die nicht zur gleichen Familie gehören, aufgrund einer werblichen Massnahme Vermögenswerte in einer Stiftung angelegt haben, bei der die Stiftungsorgane keinen oder nur einen sehr geringen Ermessensspielraum bei Begünstigungen wahrnehmen können.

Als OGA qualifizierende Stiftungen, die – wie beschrieben – aus dem Regulierungskontext der AIFM-RL herausfallen, werden allerdings nach dem obigen Prüfschema (vgl. Abschnitte 3.2 und 3.4.1) grundsätzlich

¹⁶² Vgl. auch *Zetzsche, Preiner* (2015), Scope, S. 62.

künftig dem Regulierungskontext des IUG-Neu zu unterwerfen sein, da sie ihren Satzungssitz in Liechtenstein haben.

Für derartige Stiftungen wird deshalb eine Verwaltungsgesellschaft nach IUG-Neu zu bestellen sein. Gem. Art. 9 Abs. 1 IUG-Neu können Investmentgesellschaften u.a. in der Rechtsform von Stiftungen oder Anstalten geführt werden. Es werden in den jeweiligen Stiftungen regulatorische Anpassungen durchzuführen sein, die sich im Einzelnen aus dem IUG-Neu und der dazugehörigen Verordnung IUV-Neu ergeben.

4.2.3 Qualifikation der Stiftung als Anleger der Beteiligungsgesellschaften

Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass bei Stiftungen und stiftungsähnlichen Anstalten – von den soeben beschriebenen Ausnahmen einmal abgesehen – das verselbständigte Zweckvermögen selbst als „Anleger“ des von ihm verwalteten Zweckvermögens anzusehen ist. Die AIFM Richtlinie findet vollumfänglich nur auf AIF Anwendung, die ausschliesslich an professionelle Anleger im Sinne von Anhang II der MiFID-RL vertrieben werden.¹⁶³ Privat- und gemeinnützige Stiftungen oder stiftungsähnliche Anstalten als von Treuhändern geführte Organisationen sollten dann als professionelle Anleger im Sinne der AIFM-RL gelten, wenn sie gem. Annex II Ziff. II MiFID-RL über ein Anlageportfolio im Wert von über € 500.000 verfügen, was regelmässig der Fall sein dürfte.

4.3 Qualifikation von Beteiligungsgesellschaften von Stiftungen

In den Mandatstypen III, IV, V und VI kommen Kapital- oder Personengesellschaften zum Einsatz, an denen die Stiftung oder stiftungsähnliche Anstalt als Gesellschafterin und ggf. Anlegerin¹⁶⁴ beteiligt ist. In vielen Fällen stehen diese Gesellschaften im Alleineigentum der privat- oder gemeinnützigen Stiftung, in manchen Fällen halten aber auch Familienmitglieder des Stifters in Deutschland oder anderen Ländern weitere Anteile. Gelegentlich kommt es auch vor, dass etwa zwei Geschäftsfreunde

¹⁶³ Vgl. *Tollmann* (2013), Kommentar zu Art. 2 AIFM-RL, S. 23, Rn. 3.

¹⁶⁴ Vgl. oben Abschnitt 4.2.3.

je eine Stiftung gegründet haben, die dann ihrerseits jeweils in eine gemeinsame Beteiligungsgesellschaft investiert haben.

4.3.1 Reichweite europäischer und nationaler Regulierungen

Gemäss dem dargestellten Prüfschema aus Abschnitt 3.1 kommt eine AIF-Regulierung einer Beteiligungsgesellschaft dann in Betracht, wenn diese Gesellschaft in Liechtenstein, Deutschland oder weiteren EWR- Ländern verwaltet oder vertrieben werden.

Findet die Verwaltung der Gesellschaft tatsächlich im Drittlandsgebiet statt, und werden die Anteile an der Gesellschaft auch nicht im EWR vertrieben, so ist kein Anknüpfungspunkt für die AIF-Regulierung gegeben. Bei Mandatstyp III, in welchem in der Vergangenheit z.T. sog. Offshore-Gesellschaften aus Drittländern zum Einsatz kamen, ist kritisch zu prüfen, ob die Verwaltung der Gesellschaft tatsächlich auch vor Ort und nicht etwa in Liechtenstein erfolgt. Zusammengefasst unterliegen im Ergebnis nur solche AIF nicht irgendeiner lokalen Umsetzung der AIFM-RL, bei denen weder der Satzungssitz noch der Verwaltungssitz im EWR liegt, noch ein aktiver Vertrieb von AIF-Anteilen an Anleger im EWR erfolgt.

Gleichwohl kann eine lokale Regulierung der Beteiligungsgesellschaft im Drittlandsgebiet nach nationalen Kriterien vorliegen.

4.3.2 Organismus für gemeinsame Anlagen

Beteiligungsgesellschaften von Stiftungen dienen regelmässig dazu, die häufig in Form von Anlagereglementen durch die Stiftungsorgane vorgegebene Anlagestrategie der Stiftung operativ umzusetzen. Prüft man gemäss dem obigen Prüfschema (vgl. oben Abschnitt 3.2) zunächst, ob diese Beteiligungsgesellschaften grundsätzlich als OGA qualifizieren, so wird man – anders als oben bei den Stiftungen der vorliegenden Mandatstypen I-VI selbst – in der Regel dann zu einem positiven Ergebnis kommen, wenn die Beteiligungsgesellschaft selbst nicht allgemein-kommerzielle oder industrielle Aktivitäten verfolgt¹⁶⁵ (vgl. oben Abschnitt 3.2.2) oder wenn die Gesellschaft nicht bereits satzungsmässig auf einen einzelnen Gesellschafter beschränkt wurde (vgl. oben Abschnitt 3.2.3).¹⁶⁶

¹⁶⁵ Vgl. Leitlinien ESMA/2013/611, Abschnitt II.

¹⁶⁶ Eine solche Begrenzung auf einen Anteilseigner ist z.B. auch nach der deutschen Umsetzung der AIFM-RL, dem KAGB möglich und führt dazu, dass die entsprechende

4.3.3 Prüfung der AIF-Kriterien

Gemäss dem vorgestellten Prüfschema, dort Abschnitt 3.3, sind als Nächstes die konstituierenden und ausschliessenden AIF-Kriterien für die Beteiligungsgesellschaften in ihren jeweiligen Sitzländern zu prüfen.

In Bezug auf die vorliegende Mandatstypologie deutscher Kunden von liechtensteinischen Treuhändern kann festgestellt werden, dass die Beteiligungsgesellschaften der Stiftung ihren satzungsmässigen Sitz in unterschiedlichen Ländern haben werden. In den Mandatstypen III, IV und VI sind Beteiligungsgesellschaften weltweit an verschiedensten Standorten denkbar, wovon einige im EU-/EWR liegen können. Bei Mandatstyp V liegen die Sitzungssitze der Gesellschaften typischerweise in Deutschland oder Liechtenstein.

Die AIFM-RL wurde mittlerweile flächendeckend im EU- und EWR umgesetzt. Es ist deswegen davon auszugehen, dass alle OGA, die

- ihren Sitzungssitz in einem dieser Länder haben oder die
- von einem dieser Länder aus verwaltet werden oder die
- in einem dieser Länder vertrieben werden,

einer relativ einheitlichen nationalen AIFM-Regulierung unterliegen.

Für Treuhänder bedeutet dies, dass der „Bestand“ an Beteiligungsgesellschaften mit Satzungs- oder Verwaltungssitz im EWR, an denen liechtensteinische Stiftungen beteiligt sind, daraufhin überprüft werden muss, ob ein OGA und – in weiterer Folge – ob die konstituierenden Merkmale eines AIF im jeweiligen Satzungs- oder Verwaltungssitzland¹⁶⁷ gemäss der jeweils lokalen Umsetzungsgesetzgebung der AIFM-RL gegeben sind oder nicht.

4.3.3.1 Satzungs- oder Verwaltungssitz in Liechtenstein

Zumeist werden die Beteiligungsgesellschaften der Mandatstypen I-VI heute vom liechtensteinischen Treuhänder selbst verwaltet; es sind also die AIF-Qualifikationskriterien gem. AIFMG zu prüfen.

Gesellschaft nicht mehr als – potentiell der AIFM-Regulierung unterliegendes – Investmentvermögen betrachtet wird, vgl. § 1 Abs. 1 KAGB.

¹⁶⁷ Ein Ort der operativen Verwaltung in Liechtenstein führt im Übrigen dazu – auch bei einem etwa abweichenden Sitzungssitz –, dass der entsprechende Organismus auch in Liechtenstein unbeschränkt steuerpflichtig wird, vgl. z.B. Art. 44 Abs. 1 SteG, § 1 Abs. 1 KStG.

4.3.3.1.1 Qualifikation in Liechtenstein: AIF oder Investmentunternehmen nach IUG-Neu

Führt eine Prüfung der in Abschnitt 3.3.1 beschriebenen konstituierenden Kriterien zu einer AIF-Qualifikation und kann diese nicht durch die Anwendung der Ausschlusskriterien aus Abschnitt 3.3.2 abgewendet werden, so ist das Beteiligungsunternehmen nach Ablauf der Übergangsfrist der AIF-Regulierung zu unterwerfen und ein AIFM aus dem EWR zu bestellen. Werden die AIF-Kriterien nicht erfüllt, wird das Beteiligungsunternehmen gemäss Prüfschritt 3.4.1 künftig von der neuen liechtensteinischen Regulierung des IUG-Neu erfasst.

4.3.3.1.2 Qualifikation in Deutschland: AIF oder unregulierter OGA

Liechtensteinische Beteiligungsgesellschaften mit Satzungs- und Verwaltungssitz in Liechtenstein werden regulatorisch in Deutschland nicht direkt durch die deutsche Umsetzung der AIFM-RL, das KAGB, erfasst. Sie, beziehungsweise ihre Gesellschafter¹⁶⁸, können in Deutschland jedoch mit ihren Einkünften aus deutschen Quellen beschränkt steuerpflichtig werden. Um zu einer diesbezüglich korrekten steuerrechtlichen Qualifikation der Einkünfte der Beteiligungsgesellschaft aus deutschen Quellen zu kommen, müssen liechtensteinische OGA also gleichwohl auch aus deutscher Sicht¹⁶⁹ regulatorisch genau qualifiziert werden.

Im Falle von Mandatstyp V (Verwaltung von Immobilien über eine liechtensteinische Personengesellschaft) geschieht dies in einem mehrstufigen Verfahren.¹⁷⁰ Zunächst ist zu prüfen, ob die liechtensteinische Beteiligungsgesellschaft aus deutscher Sicht als AIF qualifiziert und somit im Anwendungsbereich des KAGB bzw. des InvStG liegt.

Ist dies der Fall, ist sodann denkbar, dass die liechtensteinische Personengesellschaft aus deutscher Sicht als (weitgehend steuerbefreiter) Investmentfonds betrachtet wird, sofern sie die Vorgaben des § 1 Abs. 1b InvStG einhält; die (inländischen) Rechtsformbeschränkungen des § 1 Abs. 1f InvStG finden für liechtensteinische Personengesellschaften allerdings keine Anwendung.

¹⁶⁸ Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn der AIF als Personengesellschaft geführt wird.

¹⁶⁹ Dies gilt grundsätzlich nicht nur in Bezug auf Deutschland, sondern i.A. in Bezug auf alle diejenigen Länder, in welchen die Beteiligungsgesellschaft beschränkt steuerpflichtig wird.

¹⁷⁰ Vgl. auch *Kameter* (2015) Kommentar zu § 18 InvStG, in: *Moritz, Jesch*, Kommentar zum Investmentsteuergesetz (InvStG), Frankfurt 2015, S. 1027, Rn. 22; *Helios, Kröger* (2015) Kommentar zu § 19 InvStG, S. 1043, Rn. 28.

Werden die KAGB- und InvStG-Bedingungen für einen Investmentfonds nicht eingehalten, ist mit einem qualifizierten Rechtstypenvergleich anschliessend zu prüfen, mit welcher Art einer deutschen Investment-KG die liechtensteinische Personengesellschaft vergleichbar ist. Der qualifizierte Rechtstypenvergleich erfolgt zweistufig¹⁷¹. Zunächst werden die typischen Merkmale einer Personengesellschaft geprüft. Diese Stufe wird bei einer liechtensteinischen Kommanditgesellschaft gem. Art. 733-755 PGR regelmässig zu einer Vergleichbarkeit mit einer deutschen Personengesellschaft führen. In der zweiten Stufe ist dann zu prüfen, ob eine Vergleichbarkeit mit einer deutschen Kommanditgesellschaft i.S.d. §§ 161ff. HGB, eine Vergleichbarkeit mit Merkmalen der offenen InvKG (§§ 124ff. KAGB) oder der geschlossenen InvKG (§§ 149ff. KAGB) vorliegt. Ist dies der Fall, wird die liechtensteinische Beteiligungsgesellschaft als mit einer deutschen Personen-Investitions-gesellschaft i.S.d. § 18 InvStG vergleichbar angenommen und es erfolgt eine transparente Besteuerung unter Durchgriff auf die steuerlichen Eigenschaften der Gesellschafterin der Beteiligungsgesellschaft, der Stiftung. Geht dieser Vergleich ausnahmsweise fehl, wird die liechtensteinische Personengesellschaft als Kapital-Investitions-gesellschaft gem. § 19 Abs. 1 S. 3 InvStG eingeordnet.

Ist die Beteiligungsgesellschaft aus deutscher Sicht nicht als AIF zu qualifizieren, kommt man – wohl ebenfalls über einen qualifizierten Rechtstypenvergleich – bei Mandatstyp V (Verwaltung von Immobilien über eine liechtensteinische Personengesellschaft) zu einer Qualifikation der FL-Personengesellschaft als eine mit einer deutschen Personengesellschaft vergleichbaren Rechtsform. Das hat zur Folge, dass die Stiftung als Gesellschafterin über die FL-Personengesellschaft beschränkt, z.B. mit ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, in Deutschland steuerpflichtig wird.

Die obige Betrachtung zeigt, dass eine im Eigentum einer liechtensteinischen Stiftung stehende liechtensteinische Beteiligungsgesellschaft in der Rechtsform einer liechtensteinischen Personengesellschaft, die in Deutschland unmittelbar Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt, in Deutschland – je nach Ausgestaltung – entweder

- als regulierter (und weitgehend steuerbefreiter) Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b InvStG,
- als regulierte (und steuerrechtlich transparente) Personen-Investitions-gesellschaft i.S.d. § 18 InvStG,

¹⁷¹ Vgl. BMF-Schreiben v. 19.3.2004, BStBl. I 2004, S. 411.

- als regulierte (und steuerrechtlich intransparente) Kapital-Investitions-gesellschaft i.S.d. § 19 InvStG oder auch
- als unregulierte (und steuerrechtlich transparente) Personengesellschaft ausserhalb der Reichweite des InvStG

behandelt wird. Materiell sind mit diesen verschiedenen Qualifikationsergebnissen deutlich verschiedene steuerrechtliche Ergebnisse mit unterschiedlichen Belastungsniveaus im Bereich der Körperschaftsteuer und ggf. der Gewerbesteuer für laufende Einkünfte und Veräusserungstatbestände von Vermögenwerten verbunden.

Auch bei Mandatstyp IV (Verwaltung von Bankanlagen über eine liechtensteinische Kapitalgesellschaft) führt eine Qualifikation der liechtensteinischen Kapitalgesellschaft als AIF dazu, dass diese in Deutschland regulatorisch nicht durch das KAGB erfasst wird und in Deutschland nur beschränkt steuerpflichtig wird. Hiervon sind typischerweise lediglich Einkünfte aus Dividenden von deutschen Aktiengesellschaften und – vereinzelt – Zinseinkünfte von deutschen Schuldnern betroffen.

Aus deutscher Sicht folgt die Qualifikation der liechtensteinischen Kapitalgesellschaft wiederum grundsätzlich dem oben für Personengesellschaften angegebenen Schema.¹⁷²

Beschränkt steuerpflichtige Investmentfonds sind (aufgrund des Managementanfordernisses durch einen AIFM) stärker reguliert, aber grundsätzlich in Deutschland von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit.¹⁷³ In Deutschland beschränkt steuerpflichtige Kapital-Investitions-gesellschaften sind dagegen steuerrechtlich intransparent und werden in Deutschland wie beschränkt steuerpflichtige Körperschaften besteuert.

Qualifiziert eine Kapitalgesellschaft nicht als AIF und nicht als UCITS-Fonds, so handelt es sich im deutschen Steuerrecht um eine Kapitalgesellschaft, die nicht von der KAGB-Regulierung und der Besteuerung durch das InvStG erfasst wird und damit den normalen Besteuerungsregeln für juristische Personen unterliegt.

Als Ergebnis der Qualifikation ist entweder

- von einem regulierten Investmentfonds i.S.d. § 1 Abs. 1b InvStG,
- von einer Kapital-Investitions-gesellschaft i.S.d. § 19 InvStG oder
- von einer unregulierten, in Deutschland ebenfalls lediglich beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft iSv § 2 KStG

¹⁷² Vgl. *Helios, Kröger* (2015) Kommentar zu § 19 InvStG, S. 1043, Rn. 26-29.

¹⁷³ Vgl. § 11 Abs. 1 S. 2 InvStG; vgl. jedoch zum Quellensteuerabzug *Zetzsche* (2014).

auszugehen.

Bei Mandatstyp VI, der in Deutschland steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannten liechtensteinischen Stiftung, ist die Stiftung selbst nach Schaffung der Voraussetzungen¹⁷⁴ von nahezu allen relevanten deutschen Steuern, u.a. der Körperschaftsteuer¹⁷⁵, der Grundsteuer¹⁷⁶, der Gewerbesteuer¹⁷⁷, der Erbschaftsteuer¹⁷⁸ und häufig auch der Grunderwerbsteuer¹⁷⁹ befreit. Hält die gemeinnützige Stiftung eine liechtensteinische Beteiligungsgesellschaft, die Einkünfte aus deutschen Quellen vereinnahmt, kann eine steuerrechtlich transparente Ausgestaltung der liechtensteinischen Beteiligungsgesellschaft in vielen Fällen eine erhebliche materielle steuerliche Entlastung bewirken.

4.3.3.2 Satzungs- oder Verwaltungssitz in Deutschland oder anderen Staaten des EWR

4.3.3.2.1 Qualifikation in Liechtenstein

In Liechtenstein ansässige AIFM können unter Inanspruchnahme des EWR-Passes ab sofort auch AIF mit Satzungs- oder Verwaltungssitz in Deutschland und anderen Staaten des EWR verwalten. Qualifiziert eine deutsche Beteiligungsgesellschaft der Stiftung, z.B. bei Mandatstypus V, in Deutschland als immobilienverwaltender AIF, so kann das Management dieser Gesellschaft aufgrund des EWR-Passes für liechtensteinische AIFM auch von Liechtenstein aus geschehen.

Im übrigen ist die Qualifikation eines OGA mit Satzungs- oder Verwaltungssitz in Deutschland aus liechtensteinischer Perspektive nicht vorzunehmen, da– anders als im umgekehrten Fall – kein Qualifikationserfordernis aus liechtensteinischer steuerrechtlicher Perspektive erforderlich erscheint.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Gem. § 60a AO erfolgt eine Feststellung der satzungsmässigen Voraussetzungen, die in Verbindung mit der Erfüllung der Voraussetzung nach § 51 Abs. 2 AO gem. § 51 Abs. 1 AO zu einer Befreiung bei einer Vielzahl von Steuerarten führt.

¹⁷⁵ § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG.

¹⁷⁶ § 3 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 GrStG, § 4 Nr. 6 GrStG.

¹⁷⁷ § 3 Nr. 6 GewStG.

¹⁷⁸ § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. c ErbStG n.F.

¹⁷⁹ Im Bereich der Grundsteuer erfolgt eine Befreiung in vielen Fällen indirekt dadurch, dass gem. § 3 Nr. 2 GrEStG Grundstückserwerbe im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes von der Besteuerung ausgenommen sind; die Steuerbefreiung von § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. c ErbStG ist hier unschädlich.

¹⁸⁰ Gem. Art. 48 SteG sind Auslandssachverhalte weitestgehend von der Ertragssteuer ausgenommen.

4.3.3.2.2 Qualifikation in Deutschland

Auch in Deutschland wurde die AIFM-RL in nationales Recht umgesetzt. Die nationale Definition in § 1 KAGB lautet

„Investmentvermögen ist jeder Organismus für gemeinsame Anlagen, der von einer Anzahl von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäss einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen dieser Anleger zu investieren, und der kein operativ tätiges Unternehmen ausserhalb des Finanzsektors ist. Eine Anzahl von Anlegern ist gegeben, wenn die Anlagebedingungen, die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des OGA die Anzahl möglicher Anleger nicht auf einen Anleger begrenzen.“

In der deutschen Umsetzungsvariante des KAGB sind – anders als in Liechtenstein – bestimmte Ausschlusskriterien bereits in der Definition des Investmentvermögens berücksichtigt worden.

Vorliegend werden in Mandatstypus V deutsche Immobilien durch Beteiligungsgesellschaften in Form von Personengesellschaften erstellt, gehalten, vermietet und/oder verwertet.¹⁸¹ Es ist im Einzelfall anhand der weiteren Bestimmungen des KAGB zu prüfen, ob die obige Definition eines AIF in Deutschland zutrifft oder nicht.¹⁸² Ist dies der Fall, so muss das Management der Gesellschaft durch einen regulierten EWR-AIFM erfolgen.

Auch steuerrechtlich hat die Einordnung eines OGA Folgen in Deutschland. Qualifiziert ein OGA als Investmentvermögen, so ist der Anwendungsbereich des InvStG geöffnet.¹⁸³

Der Bereich der AIFM-Regulierung umfasst in Deutschland „Investmentfonds“ und „Investmentgesellschaften“. In Deutschland sind hierarchisch unterhalb der Qualifikationsschwelle¹⁸⁴, die Investmentfonds kenn-

¹⁸¹ Gem. *Volhard, Jang* stellen der Betrieb einer Immobilie (etwa eines Hotels oder einer Pflegeeinrichtung), die Projektentwicklung, das „facility management“, Makler- und Bewertungstätigkeiten oder Finanzierungsberatungen in Verbindung mit Immobilien operative Tätigkeiten ausserhalb des Finanzsektors dar, die nicht der Regulierung unterliegen. Dagegen stellen Erwerb, Besitz, Vermietung, Verpachtung, Verwaltung sowie Verkauf von Immobilien keine operativen Tätigkeiten dar und können daher potentiell einer AIF-Regulierung unterliegen. Vgl. *Volhard, Jang*, Kommentar zu § 1 KAGB, S. 29, Rn. 22, 23.

¹⁸² Vgl. *Volhard, Jang* (2014) Kommentar zu § 1 Abs. 1-3 KAGB, Rn. 2-34.; zu Immobilien vgl. § 1 Abs. 19 Nr. 21-23, ebenda Rn. 79-84.

¹⁸³ § 1 Abs. 1 S. 1 InvStG.

¹⁸⁴ Vgl. § 1 Abs. 1c InvStG, Nichteinhaltung der Anlagebestimmungen des § 1 Abs. 1b InvStG oder der Rechtsformerfordernisse des § 1 Abs. 1f InvStG.

zeichnet, mit der Personen-Investitionsgesellschaft¹⁸⁵ und der Kapital-Investitionsgesellschaft¹⁸⁶ innerhalb des KAGB und innerhalb der AIF-Regulierung weitere fondsähnliche Vermögensstrukturen vorgesehen, die einer eigenen KAGB-Regulierung unterworfen wurden. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen in Abschnitt 4.3.3.1.2 verwiesen.

Bei Mandatstyp IV (Verwaltung von Bankanlagen über eine deutsche Kapitalgesellschaft) führt eine Qualifikation der deutschen Kapitalgesellschaft als AIF dazu, dass die Kapitalgesellschaft entweder als Investmentfonds oder als Kapital-Investitionsgesellschaft qualifiziert¹⁸⁷ wird und entsprechend steuerrechtlich zu behandeln ist. Investmentfonds sind aufgrund des Managementanfordernis durch einen AIFM stärker reguliert, aber grundsätzlich in Deutschland von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit.¹⁸⁸ Kapital-Investitionsgesellschaften sind dagegen steuerrechtlich intransparent und werden in Deutschland wie Körperschaften besteuert.

Qualifiziert ein OGA in Form einer Kapitalgesellschaft nicht als AIF, so handelt es sich im deutschen Steuerrecht um eine Kapitalgesellschaft, die nicht von der KAGB-Regulierung und der Besteuerung durch das InvStG erfasst wird und damit den normalen Besteuerungsregeln für juristische Personen unterliegt.

Eine Qualifikation als Investmentfonds steht Personengesellschaften in Deutschland regelmässig¹⁸⁹ rechtsformbedingt nicht offen. Bei Mandatstyp V (Verwaltung von Immobilien über deutsche Personengesellschaften) führt deswegen eine Qualifikation der Gesellschaft als AIF dazu, dass steuerrechtlich von einer Personen-Investitionsgesellschaft¹⁹⁰ mit steuerrechtlich transparenter Behandlung auszugehen ist, auf die die allgemeinen Besteuerungsregeln für Personengesellschaften Anwendung finden.¹⁹¹ Qua-

¹⁸⁵ Offene Investment-KG gem. §§ 124-138 KAGB und geschlossene Investment-KG gem. §§ 149-161 KAGB, die gem. § 18 InvStG steuerrechtlich wie eine „normale“ Personengesellschaft zu behandeln sind.

¹⁸⁶ Kapital-Investitionsgesellschaften sind alle Investitionsgesellschaften, die keine Personen-Investitionsgesellschaften sind, vgl. § 19 InvStG. Derartige inländische Sondervermögen unterliegen, nötigenfalls im Wege einer steuerrechtlichen Fingierung (§ 19 Abs. 1 S. 2 und 3 InvStG) einer ertragsteuerlich intransparenten Besteuerung als Kapitalgesellschaften.

¹⁸⁷ § 11 InvStG.

¹⁸⁸ Vgl. § 11 Abs. 1 S. 2 InvStG.

¹⁸⁹ Als Ausnahme ist lediglich eine Anwendung im Bereich des Asset Pooling für Pensionskassen vorgesehen, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 InvStG.

¹⁹⁰ § 18 InvStG.

¹⁹¹ Vgl. auch *Kiesel, Joch* (2015).

liziert eine Personengesellschaft nicht als AIF, so ist keine gesonderte Regulierung nach dem KAGB vorgesehen und es greifen keine gesonderten steuerlichen Spezialregeln des InvStG. Die Besteuerung folgt in diesen Fällen dem in Deutschland normalen Prozedere für Personengesellschaften.

Bei Mandatstyp VI, der in Deutschland steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannten liechtensteinischen Stiftung, ist die Stiftung selbst – wie oben beschrieben – nach Schaffung der Voraussetzungen¹⁹² von nahezu allen deutschen relevanten Steuern, u.a. der Körperschaftsteuer¹⁹³, der Grundsteuer¹⁹⁴, der Gewerbesteuer¹⁹⁵, der Erbschaftsteuer¹⁹⁶ und häufig auch der Grunderwerbsteuer¹⁹⁷ befreit. Hält die gemeinnützige Stiftung deutsche Beteiligungsgesellschaften, die Einkünfte aus deutschen Quellen vereinnahmen, kann eine steuerrechtlich transparente Ausgestaltung der deutschen Beteiligungsgesellschaft z.B. in Form einer Personengesellschaft in vielen Fällen eine erhebliche materielle steuerliche Entlastung bewirken.

Bei AIF mit Satzungs- oder Verwaltungssitz in anderen EWR-Staaten ist sinngemäss die aufsichtsrechtliche Qualifikation nach der lokalen Umsetzung der AIFM-RL zu prüfen und eine entsprechende steuerrechtliche Qualifikation vorzunehmen.

¹⁹² Gem. § 60a AO erfolgt eine Feststellung der satzungsmässigen Voraussetzungen, die in Verbindung mit der Erfüllung der Voraussetzung nach § 51 Abs. 2 AO gem. § 51 Abs. 1 AO zu einer Befreiung bei einer Vielzahl von Steuerarten führt.

¹⁹³ § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG.

¹⁹⁴ § 3 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 GrStG, § 4 Nr. 6 GrStG.

¹⁹⁵ § 3 Nr. 6 GewStG.

¹⁹⁶ § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. c ErbStG n.F.

¹⁹⁷ Im Bereich der Grundsteuer erfolgt eine Befreiung in vielen Fällen indirekt dadurch, dass gem. § 3 Nr. 2 GrEStG Grundstückserwerbe im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes von der Besteuerung ausgenommen sind; die Steuerbefreiung von § 13 Abs. 1 Nr. 16 lit. c ErbStG ist hier unschädlich.