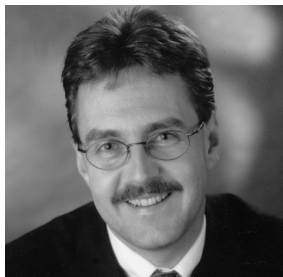


Das neue Kollektivanlagengesetz aus steuerrechtlicher Sicht

Dr. iur. Toni Hess*



Dr. iur. Toni Hess, Leiter des Rechtsdienstes der Kantonalen Steuerverwaltung Graubünden, Chur

Inhalt

1	Zielsetzung und Vorgehensweise		
2	Ausgangslage		
2.1	Das geltende AFG		
2.2	Entwicklung des Fondsplatzes Schweiz		
2.3	Anstösse zur Revision		
3	Grundzüge der Neuerungen im E-KAG		
3.1	Erweiterung des Gesetzeszweckes		
3.2	Erweiterung des Geltungsbereichs und Negativkatalog im KAG		
3.3	Oberbegriff «Kollektive Kapitalanlagen»		
3.3.1	Begriff der kollektiven Kapitalanlagen		
3.3.2	Offene und geschlossene kollektive Kapitalanlagen		
3.3.2.1	Vertragliche Anlagefonds		
3.3.2.1.1	Begriff		
3.3.2.1.2	Kollektivanlagevertrag (Fondsvertrag)		
3.3.2.1.3	Fondsleitung		
3.3.2.1.4	Stellung der Anleger		
3.3.2.2	Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV)		
3.3.2.2.1	Begriff		
3.3.2.2.2	Durchbrechung des numerus clausus der Gesellschaftsformen		
3.3.2.2.3	Unternehmeraktionäre und Anlegeraktionäre		
3.3.2.3	Anlagefondsarten und Anlagevorschriften		
3.3.2.4	Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen		
3.3.2.4.1	Begriff		
3.3.2.4.2	Vergleich mit Limited Partnership		
3.3.2.4.3	Komplementäre und Kommanditäre		
		3.3.2.4.4	Entstehung und Dauer
		3.3.2.5	Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF)
		3.3.2.6	Anleger der kollektiven Kapitalanlagen
		4	Besteuerung der offenen und geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen
		4.1	Grundsätzliches
		4.2	Steuerfolgen vertraglicher Ausschüttungsfonds
		4.2.1	Während der Besitzesdauer
		4.2.1.1	Verrechnungssteuer
		4.2.1.2	Einkommenssteuer
		4.2.2	Beim Verkauf von Anteilen
		4.2.3	Bei der Rückgabe von Anteilen
		4.2.4	Bei der Auflösung des Anlagefonds
		4.3	Steuerfolgen vertraglicher Thesaurierungsfonds
		4.3.1	Nach geltendem Recht
		4.3.1.1	Während der Besitzesdauer
		4.3.1.1.1	Verrechnungssteuer
		4.3.1.1.2	Einkommenssteuer
		4.3.1.2	Beim Verkauf von Anteilen
		4.3.1.3	Bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages
		4.3.1.4	Bei der Auflösung des Anlagefonds
		4.3.2	Nach neuem Recht
		4.3.2.1	Während der Besitzesdauer
		4.3.2.1.1	Jährliche Fälligkeit der Verrechnungssteuer
		4.3.2.1.2	Ausgestaltung der jährlichen Fälligkeit
		4.3.2.1.3	Würdigung der jährlichen Fälligkeit
		4.3.2.1.4	Abschaffung der Verrechnungssteuer bei affidavitfähigen Thesaurierungsfonds als Alternative?
		4.3.2.1.5	Beibehalten des status quo als Alternative?
		4.3.2.2	Rückgabe von Anteilen
		4.3.2.3	Auflösung des Anlagefonds
		4.4	Steuerfolgen bei Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV)
		4.4.1	Nach geltendem Recht
		4.4.2	Nach neuem Recht
		4.5	Steuerfolgen bei Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen

* Der Autor war Mitglied der Arbeitsgruppe Steuern der Expertenkommission Forstmoser, welche vom Vorsteher des EFD beauftragt wurde, das AFG umfassend zu revidieren und einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten. Der Autor vertritt in diesem Beitrag seine persönliche Meinung. Er bedankt sich bei Frau RA Michaela Imwinkelried, Eidg. Bankenkommission, Bern, für wertvolle Hinweise.

4.6	Steuerfolgen bei SICAF
4.6.1	Vorschlag der Expertenkommission
4.6.2	Kritik der Kantone im Vernehmlassungsverfahren
4.6.3	Reaktion des Bundesrates
4.6.4	Würdigung der Lösung gemäss Botschaft
4.7	Steuerfolgen bei kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz
4.7.1	Nach geltendem Recht
4.7.2	Nach neuem Recht
4.7.3	Berechnung des Reingewinns
4.7.4	SICAF mit direktem Grundbesitz
5	Entlastung von der Verrechnungssteuer bzw. von den Quellensteuern
6	Zusammenfassung und Würdigung
	Literatur
	Materialien

1 Zielsetzung und Vorgehensweise

Das geltende Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG)¹ soll total revidiert werden. Der Bundesrat hat am 23. September 2005 die entsprechende Botschaft verabschiedet. Die Anlagefondsgesetzgebung soll zum einen an die revidierte Regelung der EU angepasst und zum anderen zu einer umfassenden Regelung der kollektiven Kapitalanlagen ausgebaut werden. Der erweiterte Geltungsbereich bedingt die Umbenennung des AFG in «Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG)».

Der vorliegende Aufsatz will auf der Basis der bundesrätlichen Botschaft aufzeigen, welche steuerrechtlichen Neuerungen mit dem E-KAG verbunden sind. Dabei wird jeweils auch auf die geltenden steuerrechtlichen Regelungen hingewiesen. Zum besseren Verständnis der verschiedenen steuerrechtlichen Implikationen sind einleitend Ausführungen zum Kollektivanlagerecht nach Massgabe des E-KAG unerlässlich.

2 Ausgangslage

2.1 Das geltende AFG

Das geltende AFG wurde am 1. Januar 1995 in Kraft gesetzt. Vordringliche Massnahmen waren damals:

- die Herstellung der EU-Kompatibilität der schweizerischen Anlagefondsgesetzgebung;
- die rasante Abwanderung des Fondsgeschäftes ins Ausland aufgrund der beschränkten Anlagemöglichkeiten und der restriktiven Anlagepolitik in der Schweiz zu stoppen sowie
- die Verbesserung des Anlegerschutzes durch erhöhte Transparenz.

Diese Ziele konnten – mit Ausnahme der Abwanderung – weitgehend erreicht werden.

Schweizerische Anlagefonds² unterstehen dem AFG nur dann, wenn sie aufgrund eines Kollektivanlagevertrags verwaltet werden. Das heisst aber nicht, dass kollektive Kapitalanlagen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage heute verboten seien. Sie sind – wie sich Art. 3 Abs. 2 AFG entnehmen lässt – zulässig, unterstehen allerdings nicht dem AFG, sondern den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des ZGB/OR sowie dem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG).

In seiner Botschaft zum geltenden AFG³ stellte sich der Bundesrat noch auf den Standpunkt, dass sich eine Unterstellung der gesellschaftsrechtlich strukturierten Fonds unter das AFG deshalb nicht aufdränge, weil die Möglichkeit dieser Kapitalanlagen bisher nicht zur Umgehung des AFG geführt habe. Allerdings meinte der Bundesrat: «Sollte es in Zukunft zu Umgehungen des Gesetzes kommen, müsste die EBK kraft ihrer Aufsichtsfunktion einschreiten.»

Ausländische Anlagefonds, deren Anteile in oder von der Schweiz aus vertrieben werden, sind dagegen, unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung, gestützt auf Art. 3 Abs. 3 AFG den einschlägigen Bestimmungen des AFG unterstellt. Sie dürfen auch in der Schweiz die Bezeichnung «Anlagefonds» oder ähnliche Bezeichnungen in ihrem Namen führen⁴.

2.2 Entwicklung des Fondsplatzes Schweiz

Seit der Totalrevision des AFG vor zehn Jahren hat sich die Anzahl der schweizerischen Anlagefonds in der Schweiz von rund 250 auf nahezu 800 mehr als verdreifacht; die Anzahl der zum Vertrieb zugelassenen ausländischen Fonds wuchs dagegen rasant von 701 Ende 1994 auf über 3700 im Jahre 2005. Die Mehrzahl der zugelassenen ausländischen Fonds stammt aus Luxemburg, gefolgt von Irland und Deutschland⁵.

1 SR 951.31.

2 Ein schweizerischer Anlagefonds liegt nach Art. 9 Abs. 1 AFG dann vor, wenn sich der Sitz der Fondsleitung und deren Hauptverwaltung in der Schweiz befinden (vgl. Hess, Besteuerung, S. 38ff.).

3 Botschaft zum AFG, S. 235.

4 Diese Folgerung ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 iVm Art. 44 Abs. 1 lit. b und Art. 5 e contrario AFG.

5 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.1.3.

Gesamthaft betrachtet ist in der Schweiz eine kontinuierliche Zunahme sowohl von schweizerischen als auch vor allem von ausländischen Fonds zu verzeichnen.

2.3 Anstösse zur Revision

Die EBK als Aufsichtsbehörde erkannte die folgenden Schwachstellen und Lücken in der Gesetzgebung, denen auch mit einer grosszügigen Auslegung des Gesetzes nicht beizukommen ist⁶:

- Das AFG lässt schweizerische Fonds nur in Vertragsform zu, während im Ausland auch gesellschaftsrechtliche Formen (SICAV, SICAF und Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen) möglich sind.
- Obwohl nach Art. 35 Abs. 6 AFG die Gründung von Hedge Funds zulässig ist, können Private-Equity-Fonds schweizerischen Rechts nicht aufgelegt werden, weil dafür der «Übrige Fonds mit besonderem Risiko» nicht das geeignete rechtliche Gefäss darstellt. Als Folge davon sind die in der Schweiz verkauften Private-Equity-Vehikel fast ausschliesslich ausländischen Ursprungs.
- Das AFG sieht für vermögende Privatkunden nicht die gleichen Erleichterungen vor wie für institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie (vgl. Art. 2 Abs. 2 AFV). Dieses für das private banking sehr wichtige Geschäft wird deshalb oft im Ausland getätigt oder von dort aus angeboten, obwohl die Entwicklung von Spezialfonds für einen Nischenstandort wie die Schweiz von grosser Bedeutung ist.
- Die Änderungen der EU-Richtlinien sollen auch aus Wettbewerbsgründen in der Schweiz umgesetzt werden.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Umsetzung der EU-Richtlinien und die Öffnung des Geltungsbereichs des AFG eine Totalrevision des AFG notwendig machen.

3 Grundzüge der Neuerungen im E-KAG

3.1 Erweiterung des Gesetzeszweckes

Das Institut des Anlagefonds wurde für den kleinen Anleger geschaffen⁷. So ging es dem Gesetzgeber bei der

Schaffung des AFG im Jahre 1962 denn auch unter anderem darum, den einzelnen – privaten – Anleger gegenüber der Fondsleitung zu schützen. Der Anlegerschutz als ausschliesslicher Gesetzeszweck wurde erstmals im geltenden AFG⁸ aufgenommen. Im Gegensatz zum alten AFG geht das geltende AFG allerdings von einem mündigen Anleger aus.

Dieses Anlegerschutzkonzept wird nun im E-KAG in zweifacher Hinsicht verfeinert und erweitert⁹: Zum einen spricht Art. 1 E-KAG nicht mehr vom Schutz «des» Anlegers, sondern – in der Mehrzahl – «der» Anleger. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es «den» Anleger gar nicht gibt, sondern dass verschiedene Anlegerkategorien zu schützen sind. Zum anderen ergibt sich aus dem Zweckartikel, dass der Anlegerschutz zwar Hauptzweck, jedoch nicht alleiniger Zweck des KAG ist. In Anlehnung an Art. 1 BEHG werden als weitere Schutzziele auch die Transparenz und die Funktionsfähigkeit des Marktes für kollektive Kapitalanlagen aufgenommen.

3.2 Erweiterung des Geltungsbereichs und Negativkatalog im KAG

Die heutige Beschränkung auf vertraglich strukturierte Anlagefonds stellt einen Standortnachteil für den Fondsplatz Schweiz dar. Insbesondere die im Ausland häufig vorkommende SICAV kann in der Schweiz de lege lata nicht gegründet werden, da sie das geltende OR nicht vorsieht¹⁰.

Ein zusätzlicher Mangel des zu engen Geltungsbereichs besteht darin, dass die in der Schweiz seit Jahrzehnten bekannten Closed-End-Fonds (SICAF) in der Rechtsform von Aktiengesellschaften (Investmentgesellschaften) dem AFG und damit auch der Aufsicht der EBK nicht unterstehen¹¹. Dies widerspricht dem aufsichtsrechtlichen Grundsatz «same business, same rules». Auch von politischer Seite wurde mittels parlamentarischer Vorstösse¹² die Unterstellung von Beteiligungsgesellschaften unter das AFG gefordert¹³. Der Bundesrat beantragte am 15. Dezember 1997 bzw. am 14. November 2001, die Motionen in ein Postulat umzuwandeln, und stellte die Prüfung der Anliegen im Rahmen der nächsten AFG-Revision in Aussicht.

Der Bundesrat schlägt nun einen eigentlichen Paradigmenwechsel in der Fondsgesetzgebung vor, indem diese

6 Zum Folgenden Botschaft zum KAG, Ziff. 1.1.4; Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 26.

7 Hess, Besteuerung, S. 304.

8 Dieses trat am 1. Januar 1995 in Kraft.

9 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.1.

10 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.2.

11 Vgl. Art. 3 Abs. 2 AFG.

12 Motionen Ledergerber (97.3530) und Strahm (01.3400). Vgl. auch das Postulat Walker (02.3582).

13 Vgl. dazu auch Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.2, und Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 37 f.

zu einer umfassenden Gesetzgebung der kollektiven Kapitalanlagen um- und ausgebaut wird. In Zukunft sollen einerseits neue Rechtsformen eingeführt¹⁴, andererseits die bisher – wenn überhaupt – nur börsenrechtlich regulierten Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF) einem einzigen Aufsichtsgesetz unterstellt werden¹⁵.

Mit der Erweiterung des Geltungsbereichs verliert der vertraglich strukturierte Anlagefonds seine Monopolstellung¹⁶, behält aber seinen Platz.

Im Interesse der Rechtssicherheit enthält Art. 2 Abs. 2 E-KAG einen nicht abschliessenden Negativkatalog jener Rechtsformen des öffentlichen und privaten Rechts, die nicht unter das KAG fallen sollen. Entscheidend für die Unterstellung unter das KAG ist der Zweck der kollektiven Kapitalanlage. Die zahlreichen Körperschaften und Anstalten, bei denen die kollektive Kapitalanlage nicht Hauptzweck, sondern bloss eine akzessorische Tätigkeit darstellt, werden dem KAG nicht unterstellt. Dasselbe gilt für alle operativen Gesellschaften, die eine unternehmerische Tätigkeit verfolgen, sowie für Holdinggesellschaften. Das bedeutet, dass Aktiengesellschaften, die akzessorisch auf eigene Rechnung Kapitalanlagen tätigen, a priori nicht unter das KAG fallen. Auch der Bereich der Sozialversicherung und der beruflichen Vorsorge sowie das Vereins- und Stiftungsrecht, v. a. die Anlagestiftungen, werden ausgenommen¹⁷.

3.3 Oberbegriff «Kollektive Kapitalanlagen»

Der erweiterte Geltungsbereich führt dazu, dass der vertragliche Anlagefonds in Zukunft nur mehr eine von mehreren Formen der kollektiven Kapitalanlage sein wird. Aus diesem Grunde braucht es einen neuen Oberbegriff, der nicht an eine bestimmte Rechtsform gebunden ist. In Anlehnung an ähnliche englische und französische Bezeichnungen¹⁸ schlägt der Bundesrat als neuen Sammelbegriff «kollektive Kapitalanlagen» vor¹⁹.

3.3.1 Begriff der kollektiven Kapitalanlagen

Art. 7 Abs. 1 E-KAG umschreibt das Institut der kollektiven Kapitalanlagen wie folgt:

«Kollektive Kapitalanlagen sind Vermögen, die von Anlegerinnen und Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung verwaltet werden. Die Anlagebedürfnisse der Anlegerinnen und Anleger werden in gleichmässiger Weise befriedigt.»

Diese Legaldefinition enthält die folgenden vier Begriffselemente²⁰:

- Die kollektiven Kapitalanlagen sind ein *Vermögen*²¹.
- Dieses wird von Anlegern zur *kollektiven*²² Kapitalanlage aufgebracht.
- Die Verwaltung des Vermögens erfolgt durch Drittpersonen²³; es gilt also das Prinzip der *Fremdverwaltung*.
- Die Anlagebedürfnisse der Anleger müssen *gleichmässig* befriedigt werden.

Die Kapitalanlage muss für *mehrere Anleger* verwaltet werden. Andernfalls würde nämlich eine Individualanlage vorliegen, welche vom Geltungsbereich ausgeschlossen ist. Damit soll verhindert werden, dass Individualanleger z. B. aus rein steuerlichen Gründen ihre Individualanlage in eine kollektive Kapitalanlage umwandeln. Auf Gesetzesstufe wird zwar auf die Festlegung einer Mindestzahl von Anlegern für sämtliche Formen der kollektiven Kapitalanlage verzichtet. Eine solche soll aber gemäss bundesrätlicher Botschaft für die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen auf Verordnungsstufe festgelegt werden, um auszuschliessen, dass beschränkt haftende Mitglieder direkt auf die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft Einfluss nehmen können (vgl. Art. 600 Abs. 1 OR)²⁴. Zu beachten ist allerdings, dass als Anleger der «Endbegünstigte» (sog. *Destinatärstheorie*) und nicht jene Person gilt, die rechtlich die Anlegerstelle innehat. So liess die EBK als Aufsichtsbehörde bereits nach geltendem Recht Anlagefonds für eine einzige Pensions-

14 SICAV und Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen.

15 Botschaft zum KAG, Übersicht; Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 38.

16 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.2.

17 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.2.

18 Collective Investment Schemes bzw. Organismes de placement collectif.

19 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4.

20 Ausführlich hiezu Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4. Zu den vier Begriffsmerkmalen des Anlagefonds nach geltendem AFG vgl. Hess, Besteuerung, S. 14 ff.

21 Um sämtliche Formen der kollektiven Kapitalanlagen zu erfassen, ist der bisherige Begriff des auf die vertraglich strukturierten Anlagefonds zugeschnittenen Sondervermögens neu in «Vermögen» zu ändern (Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4). Zur Umschreibung des Sondervermögens vgl. Hess, Besteuerung, S. 16.

22 Als Synonym wird auch von gemeinschaftlicher Kapitalanlage gesprochen.

23 Dabei handelt es sich um die Fondsleitung oder die Organe der betreffenden Gesellschaft (SICAV, Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen oder SICAF).

24 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4.

kasse zu. Die EBK begründete ihren Entscheid damit, dass bereits auf Ebene der Pensionskasse Vermögen von einer grossen Zahl Versicherter zusammengelegt werden. Wenn nun die Pensionskasse diese Gelder in einen Anlagefonds investiere, sei nicht sie selbst Endbegünstigte, sondern die einzelnen Versicherten als Destinatäre²⁵.

Die Verwaltung des von den Anlegern aufgebrauchten Vermögens wird bei kollektiven Kapitalanlagen Dritten übertragen. Diese entscheiden in eigener Verantwortung über Kauf und Verkauf der Anlagen. Das Element der *Fremdverwaltung* gilt – unabhängig von der Rechtsform der kollektiven Kapitalanlage – aus der Sicht der Anleger²⁶. Diese haben keine Weisungsbefugnis. Das Fondsvermögen wird von der Fondsleitung (vertraglicher Anlagefonds) oder von den Organen der Gesellschaft (SICAV, Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und SICAF) «fremdverwaltet».

Nach Art. 2 Abs. 1 AFG ist das Fondsvermögen «in der Regel» nach dem Grundsatz der *Risikoverteilung* zu verwalten. Die Risikoverteilung ist also schon nach geltendem Recht kein konstitutives Merkmal eines Anlagefonds. Der Grund dafür liegt darin, dass auch Fonds zugelassen werden, die nur eine begrenzte Risikoverteilung aufweisen können²⁷. Neu soll auf das Definitionsmerkmal der Risikoverteilung gänzlich verzichtet werden. Es behält allerdings seine Bedeutung. Fehlt nämlich eine Diversifikation, sind die Träger verpflichtet, die Anleger im Prospekt oder in anderen Informationsdokumenten auf Konzentrations- und Klumpenrisiken hinzuweisen²⁸.

Zur heutigen Legaldefinition nach Art. 2 Abs. 1 AFG gehört auch der Begriff der öffentlichen Werbung. Dieser wird nach neuem Recht nur mehr eine begrenzte Bedeutung haben: Er wird nur noch bei den internen Sondervermögen (Art. 4 E-KAG) und den ausländischen kollektiven Kapitalanlagen (Art. 119 ff. E-KAG) von Bedeutung sein.

3.3.2 Offene und geschlossene kollektive Kapitalanlagen

Als eine der wichtigsten Neuerungen und Weichenstellungen hält Art. 7 Abs. 3 E-KAG fest, dass die kollektiven Kapitalanlagen offen oder geschlossen sein können. Der Bundesrat spricht anstelle von offenen auch von open-end, anstelle von geschlossenen auch von closed-end kollektiven Kapitalanlagen²⁹.

Bei den *offenen* kollektiven Kapitalanlagen haben die Anleger zulasten des Kollektivvermögens einen Rechtsanspruch auf Rückgabe ihres Anteils zum Nettoinventarwert³⁰. Zu den offenen kollektiven Kapitalanlagen gehört nach Art. 8 Abs. 1 E-KAG neben dem *vertraglich strukturierten Anlagefonds* neu auch die *Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV)*. Die offenen kollektiven Kapitalanlagen haben ein Fondsreglement. Dieses entspricht beim vertraglichen Anlagefonds dem Kollektivanlagevertrag und bei der SICAV den Statuten und dem Anlagereglement³¹.

Bei den *geschlossenen* kollektiven Kapitalanlagen haben die Anleger nach Art. 9 Abs. 2 E-KAG zulasten des Kollektivvermögens keinen Rechtsanspruch auf Rückgabe ihres Anteils zum Nettoinventarwert. Geschlossene kollektive Kapitalanlagen weisen nach Art. 9 Abs. 1 E-KAG entweder die Form der *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* oder jene der *Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF)* auf.

3.3.2.1 Vertragliche Anlagefonds

3.3.2.1.1 Begriff

Der vertraglich strukturierte Anlagefonds beruht auf einem Kollektivanlagevertrag (Fondsvertrag)³². Durch diesen verpflichtet sich die Fondsleitung³³ nach Art. 24 Abs. 1 E-KAG, die Anleger am Anlagefonds zu beteiligen (lit. a) und das Fondsvermögen gemäss den Bestimmungen des Fondsvertrages selbständig und in eigenem Namen zu verwalten (lit. b). Die Depotbank nimmt nach Massgabe der ihr durch Gesetz und Fondsvertrag übertragenen Aufgaben am Kollektivanlagevertrag teil (Art. 24 Abs. 2 E-KAG).

25 EBK-Jahresbericht 2004, S. 66.

26 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4.

27 Z. B. Hedge Funds.

28 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4.

29 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.4 und 2.1.2.

30 Der bisherige Begriff Inventarwert (s. Art. 48 Abs. 1 lit. c AFG) wird durch den international gebräuchlicheren Begriff Netto-

inventarwert ersetzt (Botschaft zum KAG, Ziff. 2.1.2; Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 45 Fn 25).

31 Art. 8 Abs. 3 E-KAG.

32 Der Kollektivanlagevertrag wird gemäss Botschaft zum AFG (S. 236) als «selbständig geregelter Vertrag sui generis, der sich in wesentlichen Punkten vom Auftragsrecht unterscheidet», verstanden.

33 Zur Fondsleitung vgl. Abschn. 3.3.2.1.3.

3.3.2.1.2 Kollektivanlagevertrag (Fondsvertrag)

Der Begriff Kollektivanlagevertrag ist irreführend: Er suggeriert, dass unter den Anlegern eine Bindung bestehe, was nicht zutrifft³⁴. Jeder Anleger schliesst mit der Fondsleitung, allenfalls auch mit der Depotbank³⁵, einen individuellen Vertrag zur kollektiven Anlage ab³⁶. Es handelt sich dabei um einen Formularvertrag, der von der Fondsleitung einseitig aufgestellt und mit Zustimmung der Depotbank der EBK als Aufsichtsbehörde zur Genehmigung unterbreitet wird. Neben den individuellen enthält der Kollektivanlagevertrag auch bestimmte kollektive, «supraindividuelle Elemente»³⁷; beispielsweise kann die Fondsleitung nur alle Verträge zusammen kündigen und damit den Anlagefonds auflösen. Vorbehalten bleibt der Zwangsrückkauf³⁸.

Der Fondsvertrag umschreibt die Rechte und Pflichten der Anleger, der Fondsleitung und der Depotbank (Art. 25 Abs. 2 E-KAG). Er enthält unter anderem Bestimmungen über³⁹:

- den Namen des Anlagefonds sowie die Firma und den Sitz der Fondsleitung und der Depotbank;
- die Anlagepolitik;
- die Berechnung des Nettoinventarwertes und der Ausgabe- und Rücknahmepreise;
- die Verwendung des Nettoertrags und der Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Sachen und Rechten⁴⁰;
- die Art, die Höhe und die Berechnung aller Vergütungen, die Ausgabe- und Rücknahmekommissionen sowie die Nebenkosten für An- und Verkauf der Anlagen, die dem Fondsvermögen oder den Anlegern belastet werden dürfen;
- die Laufzeit und die Voraussetzungen der Auflösung;
- das Kündigungsrecht der Anleger.

3.3.2.1.3 Fondsleitung

Ausschliesslicher Zweck der Fondsleitung ist nach geltendem Recht die Ausübung des Fondsgeschäftes⁴¹. Um der schweizerischen Fondswirtschaft gleich lange Spiesse im internationalen Wettbewerb zu verschaffen, sieht Art. 28 E-KAG vor, dass die Fondsleitung – neben dem Hauptzweck der Ausübung des Fondsgeschäftes – neu auch Dienstleistungen, wie Vermögensverwaltung und Anlageberatung sowie Aufbewahrung und technische Verwaltung kollektiver Kapitalanlagen, erbringen kann.

Die Fondsleitung muss – wie dies bereits nach geltendem Recht der Fall ist⁴² – gestützt auf Art. 27 Abs. 1 E-KAG eine Aktiengesellschaft mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sein. Die geschäftsführenden Personen der Fondsleitung und der Depotbank müssen von der jeweils anderen Gesellschaft unabhängig sein⁴³.

Die dem vertraglichen Anlagefonds zugewiesenen Sachen sind Eigentum der Fondsleitung⁴⁴. Ihr stehen auch die dem Anlagefonds gehörenden Rechte sowie das Stimmrecht aus den vom Anlagefonds gehaltenen Aktien zu. Gehören – wie dies beim Immobilienfonds mit direktem Grundbesitz der Fall ist – Grundstücke zum Fondsvermögen⁴⁵, werden diese im Grundbuch auf den Namen der Fondsleitung eingetragen⁴⁶.

3.3.2.1.4 Stellung der Anleger

Gemäss Art. 77 Abs. 1 lit. a E-KAG erwirbt der Anleger nach Annahme seiner Zeichnung und unter Vorbehalt der Einzahlung in bar «eine Forderung gegen die Fondsleitung auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Anlagefonds». Daraus ergibt sich, dass der Anleger weder dingliche noch gesellschaftsrechtliche, sondern bloss obligatorische Rechte auf Auszahlung des ihm zukommenden Wertanteils an Ertrag und Vermögen des Anlagefonds hat⁴⁷. Dadurch, dass die Fondsleitung nach Art. 29 Abs. 1 E-KAG den Anlagefonds bzw. das

34 Sie bilden weder eine einfache Gesellschaft noch eine andere Personen- oder Rechtsgemeinschaft (Hess, Besteuerung, S. 18, mit weiteren Verweisen).

35 Zur Depotbank und zu deren Aufgaben vgl. Art. 71f. E-KAG.

36 Kollektiv ist also nicht der Vertragsschluss, sondern lediglich die Anlage des gemeinsam aufgebrauchten Kapitals. Der vertragliche Anlagefonds beruht mithin auf einem Bündel von Einzelverträgen.

37 Der Begriff wurde von JÄGGI (S. 234) geprägt.

38 Vgl. Art. 81 E-KAG.

39 Vgl. dazu Art. 25 Abs. 3 E-KAG.

40 Der Kollektivanlagevertrag gibt also auch Aufschluss darüber, ob ein vertraglicher Anlagefonds seinen Reingewinn ausschüttet oder thesauriert.

41 Art. 9 Abs. 1 AFG.

42 Vgl. Art. 9 Abs. 1 AFG.

43 Art. 27 Abs. 5 E-KAG. Vgl. dazu für das geltende Recht Hess, Besteuerung, S. 42.

44 BGer 25.2.1975, BGE 101 II 158 f.; Hess, Besteuerung, S. 19.

45 Vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. a E-KAG.

46 Während Art. 36 Abs. 1 lit. a AFG noch eine Anmerkung der Zugehörigkeit zum betreffenden Immobilienfonds vorsieht, enthält Art. 58 Abs. 1 lit. a E-KAG keine entsprechende Regelung; dies soll auf Verordnungsstufe geregelt werden.

47 Für weitere Ausführungen hiezu vgl. Hess, Besteuerung, S. 20f.

Fondsvermögen in eigenem Namen sowie für Rechnung der Anleger verwaltet, lassen sich der Anleger mit einem Treugeber und die Fondsleitung mit einem Treuhänder vergleichen. Überdies wird die Fondsleitung funktionell und wirtschaftlich gesehen für die Anleger fiduziarisch tätig. Für die steuerrechtlichen Implikationen auf Seiten des Anlegers ist also – wie bereits im geltenden Recht⁴⁸ – von einem Treuhandverhältnis zwischen diesem und der Fondsleitung auszugehen.

Der Anleger ist nach Art. 77 Abs. 2 E-KAG grundsätzlich jederzeit berechtigt, die Rücknahme seiner Anteile und deren Auszahlung in bar zu verlangen; wurden Anteile ausgegeben, sind diese zurückzugeben und zu vernichten⁴⁹. Ausgabe- und Rücknahmepreis der Anteile bestimmen sich nach dem Nettoinventarwert pro Anteil am Bewertungstag, zuzüglich bzw. abzüglich allfälliger Kommissionen und Kosten⁵⁰. Der Nettoinventarwert pro Anteil ergibt sich aus dem Verkehrswert der Anlagen, vermindert um allfällige Verbindlichkeiten, dividiert durch die Anzahl der im Umlauf befindlichen Anteile⁵¹.

Der Bundesrat kann bei Anlagefonds mit erschwerter Bewertung oder beschränkter Marktgängigkeit Ausnahmen vom Recht auf jederzeitige Rückgabe vorsehen⁵².

3.3.2.2 Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV)

3.3.2.2.1 Begriff

Als eine der innovativsten Schöpfungen des Entwurfs bezeichnet der Bundesrat die Schaffung der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, SICAV⁵³. Art. 35 Abs. 1 E-KAG umschreibt die SICAV wie folgt:

«Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) ist eine Gesellschaft:

- a. deren Kapital und Anzahl Aktien nicht im Voraus bestimmt sind;
- b. an der Unternehmeraktionärinnen und -aktionäre und Anlegeraktionärinnen und -aktionäre beteiligt sind;
- c. für deren Verbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet;
- d. deren Zweck ausschliesslich die kollektive Kapitalanlage ist.»

3.3.2.2.2 Durchbrechung des numerus clausus der Gesellschaftsformen

Die Gründung der SICAV richtet sich nach den Bestimmungen des OR für die Gründung der Aktiengesellschaft, soweit der E-KAG keine spezialgesetzlichen Normen enthält. Diese sind notwendig, weil das geltende Aktienrecht insbesondere die für offene kollektive Kapitalanlagen zwingend erforderliche laufende Ausgabe und Rücknahme von Aktien wegen der starren Kapitalerhöhungs- und Kapitalherabsetzungsverfahren verunmöglicht. Mit der Schaffung der SICAV wird der Grundsatz des numerus clausus der Gesellschaftsformen im OR durchbrochen bzw. die heutige Anzahl der gesetzlich vorgesehenen Gesellschaftsformen⁵⁴ um diese im E-KAG als Spezialgesetz geregelte Rechtsform ergänzt⁵⁵.

3.3.2.2.3 Unternehmeraktionäre und Anlegeraktionäre

Die Firma muss die Bezeichnung der Rechtsform oder deren Abkürzung (SICAV) enthalten⁵⁶. Im Zeitpunkt der Gründung ist ein Mindestkapital von Fr. 250 000 zu leisten⁵⁷. Das Kapital der SICAV besteht aus Unternehmeraktien und Anlegeraktien⁵⁸. Diese Spaltung in Unternehmer- und Anlegeraktien dient dazu, den Unternehmeraktionären («Sponsoren») der SICAV deren Auflösung zu ermöglichen, ohne dass sich die Anlegeraktionäre dagegen zur Wehr setzen können⁵⁹. So bestimmt Art. 40 Abs. 3 E-KAG denn auch, dass nur die Unternehmeraktionäre das Recht haben, die Auflösung der SICAV zu beschliessen.

Nach den Ausführungen des Bundesrates kann der Sponsor⁶⁰ der SICAV, der in der Regel auch deren Vermögensverwalter⁶¹ sein wird, in den Verwaltungsrat Einsitz nehmen und dadurch direkten Einfluss auf die Tätigkeit der SICAV nehmen. Damit habe er eine stärkere Stellung als beim vertraglichen Anlagefonds, wo er nicht Partei des Kollektivanlagevertrages werden und daher in keine direkte Rechtsbeziehung zu den Anlegern treten kann, obwohl es sich bei diesen um seine Kunden handeln werde⁶².

48 Ausführlich hiezu Hess, Besteuerung, S. 21 ff.

49 Art. 77 Abs. 2 E-KAG.

50 Art. 79 E-KAG.

51 Art. 82 Abs. 2 E-KAG.

52 Art. 78 E-KAG.

53 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.6.

54 Vgl. dazu statt vieler MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 11 N 2 ff.

55 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.6.

56 Art. 37 Abs. 1 E-KAG.

57 Art. 36 Abs. 2 E-KAG.

58 Art. 39 Abs. 1 E-KAG.

59 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.6.

60 Unternehmeraktionär.

61 Vgl. dazu Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.9.

62 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.6.

Alle Aktien lauten auf den Namen, weisen keinen Nennwert auf und müssen vollständig in bar liberiert sein⁶³. Die Aktien sind frei übertragbar⁶⁴.

Soweit das KAG und die Statuten nichts anderes vorsehen, kann die SICAV nach Art. 41 Abs. 1 E-KAG jederzeit zum Nettoinventarwert neue Aktien herausgeben und muss, auf Ersuchen eines Aktionärs, jederzeit ausgegebene Aktien zum Nettoinventarwert zurücknehmen. Den Aktionären kommen sämtliche für das Gesellschaftsrecht typischen Mitwirkungsrechte zu⁶⁵.

Zwischen einer SICAV und ihren Aktionären besteht nicht ein vertragliches, sondern ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis. Das Kollektivvermögen steht hier im Eigentum der SICAV.

3.3.2.3 Anlagensarten und Anlagenvorschriften

Die bisherige Dreiteilung in Effektenfonds, übrige Fonds und Immobilienfonds hat sich nach Ansicht des Bundesrates bewährt, weshalb sie im Entwurf unverändert übernommen worden ist⁶⁶.

3.3.2.4 Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen

3.3.2.4.1 Begriff

In der Schweiz fehlt bis anhin ein dem angelsächsischen limited partnership vergleichbares und steuerlich transparentes Anlagevehikel. Solche Anlagen werden heute vorwiegend über ausländische limited partnerships in Off-shore-Zentren getätigt. Mit der Kollektivgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen soll nach Ansicht des Bundesrates ein Vehikel geschaffen werden, das in Bezug auf Anlegerkreis, Anlagen und zeitlicher Dauer flexibel ist. Die Zulassung der limited partnership schweizerischen Rechts mit ausschliesslichem Zweck der kollektiven Kapitalanlage in Risikokapital sei ein Kernanliegen der Vorlage. Die Schweiz habe eine Chance, sich als einer der europäischen Leader in dieser Anlageklasse zu positionieren, statt die Initiative Konkurrenten wie den Kanalinseln oder Luxemburg zu überlassen⁶⁷. Es sei daher wesentlich, die Bildung von kollektiven Anlagevehikeln in jener juristischen Form zuzulassen, die die grösste Akzeptanz der meisten internationalen Anleger finde: die limited partnership angelsächsischen Rechts. Die Form der schweizerischen

Kommanditgesellschaft eigne sich grundsätzlich, um die Vorteile dieses angelsächsischen Vehikels abzubilden, bedürfe aber einiger Anpassungen des geltenden Gesellschafts- und Steuerrechts.

Art. 97 Abs. 1 E-KAG umschreibt die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen wie folgt:

«Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ist eine Gesellschaft, deren ausschliesslicher Zweck die kollektive Kapitalanlage ist. Wenigstens ein Mitglied haftet unbeschränkt (Komplementär), die anderen Mitglieder (Kommanditärinnen und Kommanditäre) haften nur bis zu einer bestimmten Vermögensanlage, der Kommanditsumme.»

Sofern der E-KAG nichts anderes vorsieht, kommen nach Art. 98 E-KAG die Bestimmungen des OR über die Kommanditgesellschaft zur Anwendung⁶⁸.

Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen hat ihre Anlagen gemäss Art. 103 Abs. 1 E-KAG in Risikokapital zu tätigen. Risikokapital (private equity) stellt eine Anlage in Eigenkapital von Unternehmungen dar, u. a. in den Stadien der Gründung, des Wachstums oder anderen für das Überleben kritischen Phasen. Die Entschädigung für solche Anlagen besteht aus dem erwarteten Mehrwert, der aus dem Verkauf der Beteiligung oder der Börsenkotierung der Gesellschaft resultiert. Während der Dauer der Beteiligung sind denn auch die Zins- oder Dividendenzahlungen nur von untergeordneter Bedeutung⁶⁹. Der Bundesrat soll nach Art. 103 Abs. 2 E-KAG weitere Anlagen, d. h. Investitionen in Immobilienwerte, zulassen können.

3.3.2.4.2 Vergleich mit Limited Partnership

Zwischen den Vorschriften der limited partnership und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen besteht in diversen Punkten Übereinstimmung⁷⁰:

- Bei beiden Anlagevehikeln besteht ein Vertrag zwischen einem general partner, dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter oder Komplementär, und den limited partners, den beschränkt haftenden Gesellschaftern oder Kommanditären, die nur bis zur Höhe ihrer individuell vereinbarten Kommanditsumme haften.
- Der general partner ist alleine zuständig für die Geschäftsführung, kann aber einen Teil seiner Aufgaben an Dritte delegieren.
- Die limited partners haben als passive Investoren grundsätzlich nur finanzielle Verpflichtungen. Sie sind weder zur Geschäftsführung berechtigt, noch

63 Art. 39 Abs. 2 E-KAG.

64 Art. 39 Abs. 3 E-KAG.

65 Vgl. Art. 45 ff. E-KAG.

66 Botschaft zum KAG, Ziff. 2.2.3, und Art. 52-70 E-KAG; vgl. dazu auch Hess, Besteuerung, S. 79 ff.

67 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.7.

68 Vgl. Art. 594 ff. OR.

69 Botschaft zum KAG, Ziff. 2.3.1, Art. 103.

70 Vgl. dazu Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.7; Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 78 f.

verfügen sie in Bezug auf Anlageentscheide über Weisungsbefugnisse.

- Die limited partners müssen aber die Möglichkeit haben, den general partner abzurufen und/oder die Gesellschaft aufzulösen.

3.3.2.4.3 Komplementäre und Kommanditäre

Im angelsächsischen Recht ist der general partner in der Regel eine juristische Person. Deshalb sieht Art. 97 Abs. 2 E-KAG in Abweichung von Art. 594 Abs. 2 OR vor, dass der unbeschränkt haftende Gesellschafter (Komplementär) eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz sein muss⁷¹. Die beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditäre) können dagegen natürliche oder juristische Personen sein, müssen aber qualifizierte Anleger im Sinne von Art. 10 Abs. 3 E-KAG sein⁷².

Die Kommanditäre sind gestützt auf Art. 98 E-KAG iVm Art. 600 Abs. 1 und 2 OR nicht befugt, sich in die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft einzumischen sowie gegen die Vornahme einer Handlung der Geschäftsführung Widerspruch zu erheben, wenn diese Handlung zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft gehört. Die Kommanditäre verfügen also in Bezug auf Anlageentscheide über keinerlei Weisungsbefugnisse.

Auf Verordnungsstufe soll gemäss Botschaft eine Mindestzahl von qualifizierten Anlegern festgelegt werden, um die Einflussnahme der beschränkt haftenden Mitglieder auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zu vermeiden. Ansonsten könnte die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen für die Zwecke der Individualanlage mit eigener unternehmerischer Tätigkeit missbraucht werden⁷³. Die Verankerung einer Mindestanzahl von qualifizierten Anlegern erfolgt aber auch aus steuerrechtlichen Überlegungen⁷⁴.

3.3.2.4.4 Entstehung und Dauer

Die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen entsteht gemäss Art. 99 Abs. 1 E-KAG durch die Eintragung in das Handelsregister. Im Gegensatz zur

Kommanditgesellschaft nach Art. 594 ff. OR ist die Eintragung somit konstitutiv⁷⁵. Die Firma muss die Bezeichnung der Rechtsform enthalten⁷⁶. Der Gesellschaftsvertrag, welcher der Schriftform bedarf⁷⁷, kann nach Art. 98 E-KAG höchstens für eine Laufzeit von 12 Jahren abgeschlossen werden. In begründeten Einzelfällen kann die EBK eine Verlängerung der Laufzeit um höchstens drei Jahre verfügen. Damit soll die Dispositionsfreiheit der Anleger nicht zu stark beschränkt werden. Am Ende der Laufzeit erhalten die Anleger ihre Einlagen zurück. Spätestens zu diesem Zeitpunkt sollen allfällige erzielte Kapitalgewinne und Vermögenserträge ausgeschüttet werden⁷⁸.

Am Ende der Laufzeit sind die Komplementäre zur Liquidation und zur Rückzahlung der Einlagen an die Gesellschafter verpflichtet. Die beschränkt haftenden Gesellschafter sollen ihr Geld zurückerhalten und in der Folge frei entscheiden können, ob sie in ein neues Anlageinstrument investieren wollen⁷⁹. Genau dies stellt gegenüber der nach geltendem Recht ausschliesslich zur Verfügung stehenden Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) einen Vorteil dar, weil der Aktionär einer SICAF nach Erwerb der Aktien mit seinem anteilmässigen Vermögen an der SICAF auf unbefristete Zeit gebunden bleibt.

3.3.2.5 Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF)

Art. 110 Abs. 1 E-KAG umschreibt die Investmentgesellschaft mit festem Kapital wie folgt:

«Die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) ist eine Aktiengesellschaft im Sinne des Obligationenrechts (Art. 620 ff. OR), deren ausschliesslicher Zweck die kollektive Kapitalanlage ist.»

Sofern das KAG nichts anderes vorsieht, kommen für die Investmentgesellschaften mit festem Kapital⁸⁰ nach Art. 111 Abs. 2 E-KAG die Bestimmungen des OR über die Aktiengesellschaft zur Anwendung.

71 Es ist davon auszugehen, dass natürliche Personen als Komplementäre die mit Private-Equity-Anlagen verbundenen Risiken nicht tragen würden und das Anlageinstrument der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ohne diese Abweichung vom OR zu einer Totgeburt missraten würde (Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.7).

72 Vgl. Abschn. 3.3.2.6.

73 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.7.

74 Vgl. Abschn. 4.5.

75 Die Kommanditgesellschaft nach OR entsteht, sobald sich die Beteiligten geeinigt haben, gemeinsam ein nach kauf-

männischer Art geführtes Unternehmen zu betreiben, MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 14 N 52 iVm § 13 N 69 ff.

76 Art. 100 E-KAG.

77 Art. 102 Abs. 2 E-KAG; auch das ist ein Unterschied gegenüber der Kommanditgesellschaft nach OR.

78 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.7.

79 Botschaft zum KAG, Ziff. 2.3.1, Art. 101 E-KAG.

80 Zu den Vorteilen dieser Gesellschaftsform und zur Abgrenzung gegenüber der Holdinggesellschaft vgl. Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.8, und Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 82 ff.

3.3.2.6 Anleger der kollektiven Kapitalanlagen

Die Anleger sind gemäss Art. 10 Abs. 1 E-KAG natürliche und juristische Personen sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die Anteile an kollektiven Kapitalanlagen halten. Kollektive Kapitalanlagen stehen sämtlichen Anlegern offen, es sei denn, das Gesetz⁸¹, das jeweilige Fondsreglement⁸² oder die Statuten⁸³ schränken den Kreis der Investoren auf «qualifizierte Anleger» ein⁸⁴. Als qualifizierte Anleger gelten neben beaufsichtigten Finanzintermediären (Banken, Effekthändler und Fondsleitungen), Versicherungseinrichtungen und Vorsorgeeinrichtungen mit professioneller Tresorerie auch vermögende Privatpersonen. Damit wird die Möglichkeit geschaffen, kollektive Kapitalanlagen mit Genehmigung der EBK für einen bestimmten Personenkreis mit reduziertem Schutzbedürfnis aufzulegen⁸⁵.

4 Besteuerung der offenen und geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen

4.1 Grundsätzliches

Im Anhang des E-KAG werden folgende Steuererlasse geändert:

- Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG)⁸⁶;
- Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (MWSTG)⁸⁷;
- Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG);
- Bundesgesetz über die Steuerharmonisierung (StHG);
- Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG).

Im Folgenden werden diese steuerrechtlichen Änderungen systematisch erläutert. Dabei wird stets auch auf die Regelungen de lege lata hingewiesen.

Als Grundsatz lässt sich gleich einleitend sagen, dass mit Ausnahme der kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz und der Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF) sämtliche dem E-KAG unterstellten Formen der kollektiven Kapitalanlagen transparent besteuert werden sollen.

4.2 Steuerfolgen vertraglicher Ausschüttungsfonds

Bei den vertraglichen Anlagefonds stimmt die Besteuerung nach neuem Recht mit jener nach geltendem Recht überein.

4.2.1 Während der Besitzesdauer

4.2.1.1 Verrechnungssteuer

Die durch den Anlagefonds erzielten und den Anlegern ausgeschütteten Vermögenserträge unterliegen gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. c VStG⁸⁸ der Verrechnungssteuer – und zwar unabhängig davon, ob das Fondsvermögen in inländischen oder ausländischen Wertschriften angelegt worden ist⁸⁹. Die in einem Anlagefonds erzielten Kapitalgewinne können gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b VStG⁹⁰ über einen separaten Coupon⁹¹ verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden. Dank der Nichtbesteuerung der Kapitalgewinne wird vermieden, dass die Anleger eines Anlagefonds schlechter gestellt werden als die direkten Anleger. Subjekt der Verrechnungssteuer ist grundsätzlich die Fondsleitung⁹².

Macht die Fondsleitung bzw. Depotbank glaubhaft, dass der steuerbare Ertrag von Anteilen an einem Anlagefonds voraussichtlich dauernd zu mindestens 80 % ausländischen Quellen entstammt, kann ihn die ESTV ermächtigen, die Steuer nicht zu entrichten, allerdings nur insoweit, als der Ertrag gegen Bankenerklärung (Affidavit) zugunsten von Ausländern ausbezahlt, überwie-

81 Mit Bezug auf die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen vgl. Art. 97 Abs. 2 E-KAG.

82 Bei vertraglichen Anlagefonds und bei der SICAV.

83 Bei der SICAF.

84 Art. 10 Abs. 2 E-KAG.

85 Vgl. zum Ganzen Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.10.

86 Bei den Stempelabgaben bestand nach der Volksabstimmung vom 16. Mai 2004 (Steuerpaket) Handlungsbedarf, weil die Geltungsdauer der dringlichen Erlasse vom 19. März 1999 und vom 20. Dezember 2000 bis Ende 2005 befristet war. Am 18. März 2005 wurde das StG auf dem ordentlichen Gesetzgebungsweg revidiert und das Dringlichkeitsrecht abgelöst (vgl. Botschaft zum StG, S. 4900 ff.). Diese Teilrevision des StG tritt per 1. Januar 2006 in Kraft.

87 Da der Vertrieb von Anteilen an und die Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen gemäss E-KAG durch die kollektiven Kapitalanlagen, Fondsleitungen, Depotbanken und deren Be-

auftragte gestützt auf Art. 18 Ziff. 19 lit. f E-MWSTG von der Mehrwertsteuer ausgenommen sind, wird die Mehrwertsteuer im vorliegenden Aufsatz ausgeklammert.

88 Vgl. auch Art. 4 Abs. 1 lit. c E-VStG.

89 Die in einem Immobilienfonds erzielten Erträge aus direktem Grundbesitz sind nach Art. 5 Abs. 1 lit. b VStG von der Verrechnungssteuer ausgenommen.

90 Vgl. auch Art. 5 Abs. 1 lit. b E-VStG.

91 Sind die Anteile ohne Coupons ausgegeben worden, bleiben die Kapitalgewinne von der Verrechnungssteuer dann ausgenommen, wenn sie in der Abrechnung für die Anleger gesondert ausgewiesen werden (Art. 28 Abs. 3 VStV); Näheres hierzu bei HESS, Komm. VStG, Art. 5 N 68.

92 Art. 10 Abs. 2 VStG.

sen oder gutgeschrieben wird⁹³. Die Anwendung des Affidavit-Verfahrens erfolgt losgelöst von einem allfälligen DBA.

4.2.1.2 Einkommenssteuer

Das Einkommen aus kollektiven Kapitalanlagen wird nach Art. 10 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 E-StHG den Anlegern anteilmässig zugerechnet. Damit wird die *steuerliche Transparenz* der kollektiven Kapitalanlagen kodifiziert.

Die ausgeschütteten Vermögenserträge unterliegen bei den Anlegern gestützt auf Art. 20 Abs. 1 lit. e E-KAG bzw. Art. 7 Abs. 3 E-StHG der Einkommenssteuer⁹⁴. Wer die Anteile im Zeitpunkt der Ausschüttung in seinem Eigentum hält, muss sämtliche daraus fliessenden Erträge versteuern; eine pro-rata-Besteuerung findet nicht statt. Es ist mit anderen Worten irrelevant, während welcher Zeitspanne ein Anleger die Anteile in seinem Eigentum gehalten hat; wesentlich ist einzig der Stichtag der Ausschüttung.

Die auf Stufe Fonds erzielten und den Anlegern ausgeschütteten Kapitalgewinne sind bei diesen – unter der Voraussetzung allerdings, dass sie über gesonderte Coupons ausgerichtet werden und sich die Anteile im Privatvermögen befinden – steuerfrei⁹⁵. Damit wird der private Anleger, dem – in einem der Treuhand ähnlichen Verhältnis – obligatorische Rechte gegenüber der Fondsleitung auf Auszahlung des ihm zustehenden Ertrags- und Vermögensanteils zustehen⁹⁶, gleich behandelt wie ein Anleger, der sich nicht des Fondsmediums bedient.

Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Quasi-Wertschriftenhandel⁹⁷ könnte man als Folge dieses Gleichbehandlungsargumentes folgern, die durch den Fonds erzielten Kapitalgewinne seien als Einkünfte aus selbständiger Nebenerwerbstätigkeit zu qualifizieren. Allein, aus der Tätigkeit der Fondsleitung darf nicht *tel quel* auf eine selbständige Erwerbstätigkeit der Anleger geschlossen werden⁹⁸. Die Frage, ob ein Steu-

erpflichtiger, der in Anlagefonds investiert, gewerbsmässig handelt, ist vielmehr aus der Optik des Anlegers zu prüfen; dieser hat keinerlei Weisungsrecht gegenüber der Fondsleitung. Der Bundesrat hat sich zu dieser Frage erfreulicherweise wie folgt geäußert: «Da bei den neuen kollektiven Kapitalanlagen gesetzlich sichergestellt ist, dass die rechtliche und faktische ‚Distanz‘ zwischen dem Anleger und dem Verwalter der kollektiven Kapitalanlage gegeben ist, sind die Anleger auch bei den neuen Formen in Übereinstimmung mit der heutigen Praxis nicht als gewerbsmässige Wertschriftenhändler zu qualifizieren»⁹⁹. Vorbehalten bleiben selbstverständlich jene Anleger, die ihre Anteile fremdfinanzieren¹⁰⁰.

4.2.2 Beim Verkauf von Anteilen

Werden Anteile veräussert, erzielt der Anleger einen steuerfreien privaten Kapitalgewinn.

4.2.3 Bei der Rückgabe von Anteilen

Der Anleger ist gemäss Art. 8 Abs. 2 iVm Art. 77 Abs. 2 E-KAG berechtigt, seine Anteile zulasten des Kollektivvermögens zum Nettoinventarwert zurückzugeben. Während in Art. 24 AFG von «Kündigung» die Rede ist – es handelt sich dabei um einen vertraglichen Anlagefonds –, spricht Art. 8 E-KAG nun richtigerweise rechtsformunabhängig von «Rückgabe», um auch die SICAV abzudecken.

Mit den beiden Kreisschreiben vom 31.8. und 19.12.1979 ersuchte die ESTV die kantonalen Steuerverwaltungen, die Auszahlungen an den Anleger beim Widerruf des Kollektivanlagevertrages¹⁰¹ gleich wie den Erlös bei einer freihändigen Veräusserung von Anteilen steuerfrei zu belassen.

Bei der Kündigung eines Kollektivanlagevertrages bzw. bei der Rückgabe von Anteilen wird also weder die direkte Bundessteuer noch die Verrechnungssteuer erhoben¹⁰².

93 Vgl. Art. 11 Abs. 2 VStG (bzw. Art. 11 Abs. 2 E-VStG) iVm Art. 34 Abs. 1 VStV. Für ausführliche Erörterungen zum Affidavit-Verfahren vgl. Hess, Komm. VStG, Art. 11 N 2 ff.

94 Der Einfachheit halber wird im Folgenden angenommen, dass es sich bei den Anlegern um natürliche Personen handelt.

95 In der Folge wird davon ausgegangen, dass die Anleger ihre Anteile im Privatvermögen halten.

96 Vgl. dazu Abschn. 3.3.2.1.4.

97 Vgl. dazu statt vieler BGer 8.1.1999, BGE 125 II 113.

98 In diesem Sinne auch zwei obiter dicta des BGer in folgenden Entscheiden: 13.2.2003, StR 2003, S. 358; 21.10.1996, ASA 66 (1997/98), S. 381; vgl. auch Hess, Besteuerung, S. 303 ff.

99 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.11.

100 Der Einsatz von Fremdkapital und das dabei bestehende Verlusstrisiko deuten mit besonderem Gewicht auf ein Vorgehen hin, das auf Erwerb gerichtet ist und über die schlichte Verwaltung des bestehenden Vermögens hinausgeht (BGer 18.9.1997, StE 1998 B 23.1 Nr. 38). Wird der Erwerb von Wertschriften vollständig fremdfinanziert, begründet das eingegangene finanzielle Risiko gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schon für sich allein die Annahme einer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit (BGer 9.7.1999, ASA 69 (2000/01), S. 652).

101 In Art. 21 Abs. 1 des AFG aus dem Jahre 1966 verwendete der Gesetzgeber noch den Begriff «Widerruf».

102 Näheres hiezu bei Hess, Komm. VStG, Art. 4 N 254.

4.2.4 Bei der Auflösung des Anlagefonds

Von der Rückgabe von Anteilen ist die Auflösung des Anlagefonds zu unterscheiden. Diese erfolgt einzig aus einem der in Art. 29 Abs. 1 AFG bzw. Art. 95 Abs. 1 E-KAG abschliessend aufgezählten Gründe und hat die Liquidation des Anlagefonds zur Folge. Der Liquidationserlös – vermindert um die Quote des Anlegers am Fondskapital und nach Ausscheidung der Kapitalgewinnkomponente – ist als Vermögensertrag zu besteuern. Diese Regelung gilt für die Einkommens-¹⁰³ und die Verrechnungssteuer¹⁰⁴.

4.3 Steuerfolgen vertraglicher Thesaurierungsfonds

Wie bei den Ausschüttungsfonds gilt auch hier, dass die Thesaurierungsfonds nicht Steuersubjekt sind, sondern transparent behandelt werden¹⁰⁵. Abgesehen von diesem Grundsatz muss aber zwischen der Besteuerung nach geltendem und jener nach neuem Recht unterschieden werden.

4.3.1 Nach geltendem Recht

4.3.1.1 Während der Besitzesdauer

4.3.1.1.1 Verrechnungssteuer

Ein Thesaurierungsfonds ist nicht verpflichtet, den zurückbehaltenen und zur Wiederanlage bestimmten Jahresreinertrag dem Kapitalkonto gutzuschreiben¹⁰⁶. Die Gutschrift auf das Konto «zurückbehaltene Erträge» ist zulässig und unterliegt nicht der Verrechnungssteuer¹⁰⁷.

4.3.1.1.2 Einkommenssteuer

In ihrem Kreisschreiben vom 23.11.1989 betreffend die Besteuerung von thesaurierten *Vermögenserträgen*¹⁰⁸ hielt die ESTV fest, dass die zurückbehaltenen Erträge Einkommen des Anlegers im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. c BdBSt¹⁰⁹ darstellen. Aus diesem Grunde seien die zurückbehaltenen Erträge in Zukunft bei den Anlegern zu besteuern.

Vor dem Hintergrund des Treuhandverhältnisses zwischen den Anlegern und der Fondsleitung ist diese Pra-

xis richtig¹¹⁰. Das Bundesgericht hielt dazu bzw. zum genannten Kreisschreiben im sog. «Skandia-Entscheid» Folgendes fest: «Über die Rechtmässigkeit dieser Praxis ist hier nicht zu entscheiden. Immerhin sei bemerkt, dass gute Gründe für diese Lösung sprechen, liegt doch die Parallele der gemäss Fondsreglement zurückbehaltenen Erträge mit anderen aufgrund einer vertraglichen Abmachung zwischen Schuldner und Gläubiger oder Treuhänder und Treugeber zurückbehaltenen Erträgen auf der Hand: Eine vertragliche Abmachung über Zurückbehaltung und Reinvestition hat keinen Einfluss auf den Realisierungszeitpunkt ...»¹¹¹.

Die auf Stufe Anlagefonds realisierten und thesaurierten *Kapitalgewinne* sind für die Anleger steuerfrei.

4.3.1.2 Beim Verkauf von Anteilen

Der Anleger erzielt hier – wie beim Verkauf von Anteilen an einem Ausschüttungsfonds – einen steuerfreien Kapitalgewinn.

4.3.1.3 Bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages

Mit Bezug auf die Verrechnungssteuer gilt es, Folgendes zu beachten: Ein Thesaurierungsfonds kann den zurückbehaltenen und zur Wiederanlage bestimmten Jahresreinertrag dem Konto «zurückbehaltene Erträge» gutschreiben, ohne dass dies momentan eine Belastung mit der Verrechnungssteuer mit sich bringt. Der thesaurierte Vermögensertrag gilt aber steuerrechtlich nicht als Kapitalanteil, so dass bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages derjenige Teil des Rücknahmepreises, der dem genannten Konto belastet wurde, als Vermögensertrag qualifiziert wird und daher im Zeitpunkt der Auszahlung der Verrechnungssteuer unterliegt¹¹². Die beiden Kreisschreiben aus dem Jahre 1979¹¹³ gelten also nicht für Thesaurierungsfonds. Die Erhebung der Verrechnungssteuer bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages ist einer der Hauptgründe, dass es nur sehr wenige schweizerische Thesaurierungsfonds – insbesondere Obligationenfonds – gibt.

Der steuerbare Ertrag pro Anteil entspricht dem Saldo des Kontos «zur Wiederanlage zurückbehaltene Erträge».

103 Vgl. Hess, Besteuerung, S. 201 ff.

104 Vgl. Hess, Besteuerung, S. 316.

105 Vgl. Art. 10 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 E-StHG.

106 Eine solche Verbuchung hätte zur Folge, dass die Verrechnungssteuerpflicht im Zeitpunkt der Ertrags-Überträge entsteht.

107 Vgl. Hess, Komm. VStG, Art. 4 N 271.

108 ASA 58 (1989/90), S. 348 f.

109 Dieser Bestimmung des BdBSt entspricht Art. 20 DBG.

110 Vgl. dazu Hess, Besteuerung, S. 374 ff.

111 BGer 18.5.1993, ASA 62 (1993/94), S. 713.

112 Vgl. STOCKAR/HOCHREUTENER, Bd. 2, Art. 4 Abs. 1 lit. c N 19; Hess, Komm. VStG, Art. 4 N 272 ff.

113 Vgl. Abschn. 4.2.3.

nisse», geteilt durch die Anzahl der sich im Umlauf befindenden Anteile.

Die Auszahlung an den Anleger bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages ist – wie beim Ausschüttungsfonds – einkommenssteuerfrei¹¹⁴.

4.3.1.4 Bei der Auflösung des Anlagefonds

Die Verrechnungssteuer ist – wie bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages – auf dem Teil des Rücknahmepreises geschuldet, der dem Konto «Zur Wiederanlage zurückbehaltene Erträge» belastet wird¹¹⁵.

Im Falle der Auflösung des Anlagefonds ist der Liquidationserlös nicht nur um den Anteil des Anlegers am Fondskapital und um die Kapitalgewinnkomponente, sondern zusätzlich um die thesaurierten Erträge zu vermindern, da diese beim betreffenden Anleger bereits besteuert wurden. Der darüber hinaus noch verbleibende Liquidationsüberschuss ist steuerbarer Vermögensertrag.

4.3.2 Nach neuem Recht

4.3.2.1 Während der Besitzesdauer

4.3.2.1.1 Jährliche Fälligkeit der Verrechnungssteuer

Bei der Einkommenssteuer sieht der E-KAG im Vergleich zum geltenden Recht keine Änderung vor: Während die thesaurierten Kapitalgewinne steuerfrei sind, werden die thesaurierten Vermögenserträge weiterhin der Besteuerung unterliegen.

Mit Bezug auf die Verrechnungssteuer schlägt nun der Bundesrat «bei den affidavitfähigen Thesaurierungsfonds» einen Systemwechsel vor, indem in Anlehnung an die direkten Steuern in Zukunft eine jährliche Fälligkeit und damit eine jährliche Erhebung angestrebt wird¹¹⁶. Die jährliche Fälligkeit will der Bundesrat ohne eine Gesetzesänderung einführen.

4.3.2.1.2 Ausgestaltung der jährlichen Fälligkeit

Derzeit ist offen, wie die jährliche Fälligkeit ausgestaltet werden soll. Auf jeden Fall muss die Überwälzung der Verrechnungssteuer auf die inländischen Anleger derart sichergestellt werden, dass sie das Fondsvermögen nicht zum Nachteil der ausländischen, vom Affidavit-Verfahren profitierenden Anleger belastet. Denkbar sind grundsätzlich die folgenden zwei Möglichkeiten:

- *Überwälzung der Verrechnungssteuer auf inländische Anleger:* Diese Möglichkeit bestünde in einer Zweiteilung sämtlicher schweizerischer Thesaurierungsfonds in eine inländische und eine ausländische Klasse mit je einer völlig getrennten Buchführung. Die ausländischen Anleger (1. Klasse) könnten vom Affidavit-Verfahren profitieren, d.h. der ganze Ertrag (Bruttoertrag = Nettoertrag) könnte für die Wiederanlage verwendet werden. Für die inländischen Anleger (2. Klasse) dagegen stünden lediglich 65 % (d.h. Bruttoertrag minus Verrechnungssteuer) zur Wiederanlage zur Verfügung. Diese Lösung würde die Führung von zwei separaten Konti erfordern¹¹⁷. Als Folge der EU-Zinsbesteuerung¹¹⁸ müsste noch weiter differenziert werden zwischen Anlegern, die ihren Wohnsitz in, und solchen, die ihren Wohnsitz ausserhalb der EU haben¹¹⁹. Hinzu kommt, dass die Berechnung des Anteils der Zinsen am Ertrag des Anlagefonds sehr komplex ist¹²⁰. Werden zusätzlich noch die genannten zwei Klassen geschaffen, stellt sich ernsthaft die Frage nach der Praktikabilität der jährlichen Fälligkeit.
- *Inkasso bei den inländischen Anlegern:* Die zweite Möglichkeit bestünde darin, den zur Entrichtung der Verrechnungssteuer erforderlichen Betrag mittels Inkasso bei den inländischen Anlegern einzufordern. Eine Pflicht zum Inkasso von Kleinstbeträgen bei Tausenden von Anlegern dürfte angesichts des Aufwands für die betroffenen Institute kaum praktikabel sein. Abgesehen davon stellt sich die

114 Vgl. Abschn. 4.2.3.

115 Vgl. Hess, Komm. VStG, Art. 4 N 279.

116 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.11.

117 Die weitere Voraussetzung der Ausgabe von Anteilen in der Form von Namenpapieren sieht Art. 11 Abs. 2 E-KAG bereits vor.

118 Unter der EU-Zinsbesteuerung wird das zwischen der Schweiz und der EU vereinbarte System der staatsübergreifenden Sicherung für Zinszahlungen an natürliche Personen mit Ansässigkeit in einem EU-Mitgliedstaat verstanden. Der Begriff umfasst sowohl den EU-Steuerrückbehalt als auch die freiwillige Offenlegung.

119 Die Schweiz hat sich im Rahmen der Bilateralen II mit der EU auf einen Staatsvertrag geeinigt, der als Kernstück die Einführung eines Steuerrückbehaltes enthält. Der Steuerrückbe-

halt zu Gunsten der EU besteht in einem Abzug auf Gutschriften und Auszahlungen von Zinsen aus nichtschweizerischen Quellen, deren wirtschaftlich Berechtigter eine natürliche Person mit Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat der EU ist. Er greift dort, wo die gutgeschriebenen oder ausbezahlten Zinsen nicht der Verrechnungssteuer unterliegen. Vom Steuerrückbehalt werden grundsätzlich auch die Ausschüttungen und Gutschriften von Anlagefonds betroffen sein, die sich auf Zinseinkünfte des Fonds beziehen, die – aufgrund des Affidavit-Verfahrens – verrechnungssteuerfrei an EU-Bürger ausgeschüttet oder gutgeschrieben werden können. Vgl. dazu Wegleitung zur EU-Zinsbesteuerung, Ziff. 85 ff., 107 ff. und 122 ff.

120 Der Schweizerische Anlagefondsverband (Swiss Funds Association, SFA) hat zur EU-Zinsbesteuerung Empfehlungen für die Fondswirtschaft herausgegeben; diese sind abrufbar unter: www.sfa.ch.

Frage, wie die betreffende Bank vorzugehen hat, wenn das Konto eines Kunden keinen genügenden Saldo aufweist.

4.3.2.1.3 Würdigung der jährlichen Fälligkeit

Positiv zu würdigen sind folgende Aspekte:

- *Harmonisierung mit der direkten Bundessteuer:* Mit der jährlichen Fälligkeit werden die thesaurierten Vermögenserträge bei der direkten Bundessteuer und der Verrechnungssteuer gleich behandelt. Die Verrechnungssteuer kann somit ihre Sicherungsfunktion wahrnehmen. Dieser Aspekt dürfte für den Bundesrat von entscheidender Bedeutung gewesen sein, sich für die jährliche Fälligkeit auszusprechen.
- *Kündigung des Kollektivanlagevertrages:* Weil die thesaurierten Vermögenserträge mit Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem sie dem Fonds zugeflossen sind, bereits mit der Verrechnungssteuer erfasst wurden, können sie bei einer Rücknahme von Anteilen verrechnungssteuerfrei ausgeschüttet werden.
- *Rückforderung ausländischer Quellensteuern durch den Thesaurierungsfonds zugunsten ausländischer Anleger:* Heute kann ein Thesaurierungsfonds die auf ausländischen Erträgen abgezogene Quellensteuer nicht zurückfordern, weil mangels Affidavit-Schlussabrechnung nicht bekannt ist, wer der Anleger (In- oder Ausländer) ist¹²¹. Deshalb kann heute einzig der Anleger im Rahmen allfälliger Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) einen Rückforderungsantrag stellen. Mit dem Wechsel zur jährlichen Fälligkeit wird die Fondsleitung eine Affidavit-Schlussabrechnung vornehmen. Die Fondsleitung weiss somit inskünftig, wer Anleger ist. Weil die Schweiz mit acht europäischen Ländern¹²² Vereinbarungen getroffen hat, wonach die Fondsleitung bzw. Depotbank selbst die betreffenden ausländischen Quellensteuern zuhanden der in der Schweiz ansässigen Anleger zurückverlangen kann, wird auch der Thesaurierungsfonds in Zukunft die Rückforderung der im Ausland erhobenen Quellensteuer für die inländischen Anleger geltend machen können.
- Die Erhebung der Verrechnungssteuer während der Besitzesdauer stärkt allenfalls die Position der

Schweiz zur *Wahrung des Bankgeheimnisses* im internationalen Verhältnis.

Negativ bzw. als problematisch zu erwähnen sind:

- Die Frage der *Überwälzung der Verrechnungssteuer*, zumal die ausländischen Anleger nicht belastet werden dürfen¹²³. Die Probleme in diesem Bereich dürften den Vorteil der Rückforderung der ausländischen Quellensteuer überwiegen.
- Mit dem vom Bundesrat bevorzugten Modell der *jährlichen Fälligkeit* wird nichts gewonnen, im Gegenteil: Der Thesaurierungsfonds dürfte auch in Zukunft unattraktiv bleiben. Das führt zur Feststellung, dass mit der jährlichen Fälligkeit der Verrechnungssteuer eines der Ziele der Totalrevision des AFG, die Attraktivitätssteigerung des Fondsplatzes Schweiz, nicht erreicht wird.

Das Vorgehen des Bundesrates gibt überdies Anlass zu folgenden zwei Bemerkungen:

- Zum einen gibt es keinen sachlichen Grund, die jährliche Fälligkeit lediglich bei den affidavitfähigen Thesaurierungsfonds einzuführen. Wenn sich der Bundesrat schon für die jährliche Fälligkeit ausspricht, dann müsste er dies bei allen Thesaurierungsfonds tun.
- Zum anderen würde die jährliche Fälligkeit bzw. Erfassung der thesaurierten Vermögenserträge mit der Verrechnungssteuer eine Änderung von Art. 12 VStG und Art. 28 Abs. 1 VStV bedingen¹²⁴.

4.3.2.1.4 Abschaffung der Verrechnungssteuer bei affidavitfähigen Thesaurierungsfonds als Alternative?

Positiv zu würdigen wären folgende Aspekte:

- Die *Stärkung der Konkurrenzfähigkeit* des Fondsplatzes Schweiz im internationalen Verhältnis, zumal Luxemburg keine Verrechnungssteuer erhebt. Soll diese ein Zeichen setzende Attraktivitätssteigerung als ausserfiskalisches Ziel die oberste und gleichzeitig auch einzige Maxime der vorliegenden Totalrevision des AFG sein, müsste die Abschaffung der Verrechnungssteuer bejaht werden.
- Keine Probleme mit dem *Affidavitverfahren* bei der Kündigung des Kollektivanlagevertrages¹²⁵: Bei Thesaurierungsfonds wird die Verrechnungssteuer (soweit das Konto «zurückbehaltene Erträge» belastet wird) erst bei der Rückgabe der Anteile oder

121 Vgl. dazu HESS, Besteuerung, S. 568 f.

122 Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Niederlande, Norwegen, Österreich, Schweden und Spanien (vgl. Merkblatt betr. Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen [DBA] durch schweizerische Anlagefonds – Staatenverzeichnis, S-018.45; abrufbar unter: www.estv.admin.ch).

123 Vgl. dazu Abschn. 4.3.2.1.2.

124 Ausführlich hierzu HESS, Komm. VStG, Art. 4 N 281 ff.

125 Rund 90 % der schweizerischen Anlagefonds sind affidavitfähig.

bei der Liquidation des Anlagefonds fällig. Um zu diesem Zeitpunkt einem ausländischen Anleger die Vorteile des Affidavit-Verfahrens zu gewähren, muss die Fondsleitung oder Depotbank wissen, ob der kündigende Anleger Inländer oder Ausländer ist. Im Retail-Geschäft mit tausend Rücknahmen jeden Monat und den verschiedensten Kundenbanken im In- und Ausland ist es undenkbar, jedes Mal ein einzelnes Affidavit zu verlangen. Also bleiben für die betreffende Fondsleitung bzw. Depotbank nur zwei Möglichkeiten:

- Entweder sie zieht die Verrechnungssteuer ab, und der Kunde reklamiert bei der Bank,
- oder sie nimmt das Risiko in Kauf, bei einer nachträglichen Revision durch die ESTV die Verrechnungssteuer selbst bezahlen zu müssen, wenn sie versehentlich einem Inländer brutto statt netto ausbezahlt hat.

Aus nahe liegenden Gründen verzichten die Banken deshalb grundsätzlich darauf, Thesaurierungsfonds nach Schweizer Recht anzubieten.

Negativ bzw. als problematisch zu erwähnen sind:

- Ein Systembruch im Recht der Verrechnungssteuer; es bestünde die Gefahr von Anschlussbegehren.
- Allenfalls eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit der Schweiz im internationalen Verhältnis.

4.3.2.1.5 Beibehalten des status quo als Alternative?

Positiv zu würdigen wären folgende Aspekte:

- Diese Lösung ist für den Anleger attraktiv, zumal während der Besitzesdauer keine Verrechnungssteuer erhoben wird. Hinzu kommt, dass die Verrechnungssteuer bei der Rückgabe von Anteilen bzw. bei der Auflösung der kollektiven Kapitalanlage in der Praxis in aller Regel problemlos zurückerstattet wird, ungeachtet dessen, ob der Anleger seine thesaurierten Vermögenserträge während der Besitzesdauer als Einkommen deklariert hat.

Negativ bzw. als problematisch zu erwähnen sind:

- Diskrepanz zwischen Einkommenssteuer und Verrechnungssteuer; zu beachten ist allerdings, dass es eine solche Diskrepanz auch bei Obligationen mit (überwiegender) Einmalverzinsung gibt;

- Probleme im Zusammenhang mit dem Affidavit-Verfahren bei der Rückgabe von Anteilen;
- keine Rückforderung der ausländischen Quellensteuern mangels Affidavit-Verfahrens; aus Gründen der Konsequenz (transparente Besteuerung) wäre der Fonds selbst bzw. dessen Fondsleitung nicht mehr berechtigt, die Verrechnungssteuer bzw. die ausländischen Quellensteuern zurückzufordern.

4.3.2.2 Rückgabe von Anteilen

Weil auf den thesaurierten Vermögenserträgen nach dem Willen des Bundesrates die Verrechnungssteuer jährlich erhoben werden soll, unterliegt der Rücknahmepreis konsequenterweise nicht (mehr) der Verrechnungssteuer.

Die Auszahlung an den Anleger bei der Rückgabe von Anteilen ist einkommenssteuerfrei.

4.3.2.3 Auflösung des Anlagefonds

Im Falle der Auflösung des Anlagefonds ist der Liquidationserlös nicht nur um den Anteil des Anlegers am Fondskapital und um die Kapitalgewinnkomponente, sondern zusätzlich um die thesaurierten Erträge zu vermindern, da diese beim betreffenden Anleger bereits besteuert wurden. Der darüber hinaus noch verbleibende Liquidationsüberschuss ist steuerbarer Vermögensertrag und unterliegt der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer.

4.4 Steuerfolgen bei Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV)

4.4.1 Nach geltendem Recht

Der Bund und sämtliche Kantone – mit Ausnahme von Bern und Graubünden – behandeln die ausländischen¹²⁶ SICAV wie vertragliche Anlagefonds¹²⁷. In Bern und Graubünden werden die SICAV noch bis Ende 2005 wie Körperschaften behandelt¹²⁸. Beide Kantone ändern ihre Besteuerungspraxis per 1. Januar 2006¹²⁹. Ab dem Steuerjahr 2006 werden also ausländische SICAV in der ganzen Schweiz als transparente Anlageinstrumente besteuert.

126 De lege lata gibt es die schweizerische SICAV nicht.

127 Zu den Steuerfolgen vgl. deshalb Abschn. 4.2.

128 Zu den Folgen dieser Besteuerungsart vgl. Hess, Besteuerung, S. 397 ff.

129 Mit Bezug auf den Kanton Bern vgl. NStP 2005, S. 33f. Der Kanton Graubünden wird seine Praxisänderung in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) und in der Steuerrevue (STR) publizieren.

4.4.2 Nach neuem Recht

Der Bundesrat will auch schweizerische SICAV zulassen¹³⁰. Diese sollen – als Ausfluss des Grundsatzes «same business, same rules» – wie vertragliche Anlagefonds und damit transparent besteuert werden¹³¹. Wie vorstehend erwähnt, entspricht dieser Besteuerungsmodus der geltenden einkommenssteuerrechtlichen Besteuerung im Bund und – ab dem Steuerjahr 2006 – jener in sämtlichen Kantonen. Eine Änderung ergibt sich lediglich mit Bezug auf die jährlich zu erhebende Verrechnungssteuer bei Thesaurierungsfonds¹³².

4.5 Steuerfolgen bei Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen

Diese geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen¹³³ sind wie die vertraglichen Anlagefonds keine Rechtssubjekte. Das ergibt sich aus Art. 98 E-KAG, welcher grundsätzlich auf die Bestimmungen des OR über die Kommanditgesellschaft verweist. Sofern es sich dabei nicht um kollektive Kapitalgesellschaften mit direktem Grundbesitz handelt, sind sie mit Bezug auf die Einkommens- bzw. Gewinnsteuer auch nicht Steuersubjekt¹³⁴. Als Grundsatz gilt damit, dass sie diesbezüglich transparent besteuert werden.

Im Einzelnen ist zwischen der Besteuerung der unbeschränkt haftenden (Komplementäre) einerseits und der beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditäre) andererseits zu unterscheiden:

- Die *Komplementäre* – es muss sich dabei um Aktiengesellschaften mit Sitz in der Schweiz handeln¹³⁵ – unterliegen für die aus der Kommanditgesellschaft erwirtschafteten Erträge und Gewinne vollumfänglich der Gewinnsteuer im Sinne von Art. 57 ff. DBG bzw. Art. 24 ff. StHG.
- Die *Kommanditäre* – sie müssen qualifizierte Anleger nach Art. 10 Abs. 3 E-KAG sein – werden steuerlich wie Anleger von vertraglichen Anlagefonds bzw. wie Aktionäre von Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV) besteuert. Konkret bedeutet dies u. a., dass nur die (ausgeschütteten und

thesaurierten) Vermögenserträge steuerbar sind. Die von der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen erwirtschafteten Kapitalgewinne sind dagegen steuerfrei. Das gilt namentlich auch für die Liquidation der Gesellschaft¹³⁶. (Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Beteiligung des einzelnen Kommanditärs nicht zu seinem Geschäftsvermögen gehört.) Das zu den Anlegern vertraglicher Anlagefonds Gesagte gilt hier sinngemäss¹³⁷: Aus der Tätigkeit der Kommanditgesellschaft darf nicht tel quel auf eine selbständige Erwerbstätigkeit der beschränkt haftenden Gesellschafter geschlossen werden. Die Frage, ob ein Steuerpflichtiger, der als Kommanditär in eine Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen investiert, gewerbsmässig handelt, ist vielmehr aus der Optik der Anleger zu prüfen; diese haben keinerlei Weisungsrecht gegenüber der Kommanditgesellschaft¹³⁸. Um zu verhindern, dass vermögende Privatpersonen die Kommanditgesellschaft zum Zwecke der Steuerumgehung missbrauchen, ist auf Verordnungsstufe die Mindestzahl von Anlegern zu verankern. Diese Mindestzahl könnte in Anlehnung an den Investment-Klub¹³⁹ im Sinne von Art. 60 Abs. 1 VStV 20 betragen. Ohne eine solche Mindestgrenze würde die Gefahr bestehen, dass Privatpersonen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (gewerbsmässiger [Quasi-]Wertschriftenhandel) mittels der kollektiven Kapitalanlagen in steuerfreie private Kapitalgewinne umwandeln könnten.

Allfällige Vermögenserträge unterliegen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c E-VStG der Verrechnungssteuer. Steuersubjekt ist nach Art. 10 Abs. 2 E-VStG die Kommanditgesellschaft¹⁴⁰.

Zu beachten ist schliesslich, dass die von der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen erwirtschafteten Kapitalgewinne nach dem Willen des Bundesrates nicht AHV-pflichtig sind¹⁴¹.

130 Vgl. Abschn. 3.3.2.2.

131 Vgl. Art. 10 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 E-StHG.

132 Vgl. Abschn. 4.3.2.1.1.

133 Zur Unterscheidung zwischen offenen und geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen vgl. Abschn. 3.3.2.

134 Vgl. Art. 10 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 E-StHG. Nach Art. 49 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 E-StHG werden (lediglich) die kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz den übrigen juristischen Personen gleichgestellt; die SICAV werden wie Kapitalgesellschaften besteuert.

135 Vgl. Abschn. 3.3.2.4.3.

136 Vgl. Abschn. 3.3.2.4.4.

137 Vgl. Abschn. 4.2.1.2.

138 Vgl. Abschn. 3.3.2.4.3.

139 Zum Investment-Klub vgl. Hess, Komm. VStG, Art. 4 N 224 ff.

140 Diese ist zwar nicht Rechtssubjekt, trotzdem aber betriebsfähig (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 2 N 127, § 14 N 15 iVm § 13 N 25).

141 Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.11.

4.6 Steuerfolgen bei SICAF

4.6.1 Vorschlag der Expertenkommission

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes «same business, same rules» schlug die Expertenkommission Forstmoser vor, nicht nur die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV), sondern auch die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) transparent zu besteuern¹⁴². Damit wäre die Doppelbelastung auf Stufe Aktiengesellschaft und Aktionär eliminiert und durch eine Besteuerung auf Stufe Anleger ersetzt worden. Das Eidg. Finanzdepartement hat im Vernehmlassungsverfahren denn auch eine transparente Besteuerung der SICAF zur Diskussion gestellt¹⁴³.

4.6.2 Kritik der Kantone im Vernehmlassungsverfahren

Im Vernehmlassungsverfahren haben zahlreiche Kantone auf verschiedene ungelöste Fragen und Probleme hingewiesen, die mit einer transparenten Besteuerung der Investmentgesellschaften mit festem Kapital verbunden wären.

4.6.3 Reaktion des Bundesrates

Der Bundesrat hat auf die von den Kantonen aufgezeigten Probleme insofern reagiert, als er in Art. 49 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 E-StHG festgehalten hat, dass die SICAF wie Aktiengesellschaften besteuert werden¹⁴⁴. SICAF sollen also wohl dem E-KAG unterstellt, dagegen auch in Zukunft nicht transparent besteuert werden. Damit können die SICAF weiterhin von den bisherigen steuerlichen Vorteilen, wie z. B. Beteiligungsabzug¹⁴⁵ und Holdingprivileg¹⁴⁶, profitieren. Beim Rückkauf eigener Aktien und bei der Auflösung der SICAF findet im Bund de lege lata das Nennwertprinzip Anwendung. (In der Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II schlägt der Bundesrat die Einführung des Kapitaleinlageprinzips vor¹⁴⁷.)

In Widerspruch zu Art. 49 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 E-StHG stehen allerdings die Bestimmungen von Art. 10 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 E-StHG, wonach das Einkommen der kollektiven Kapitalanlagen gemäss E-KAG – damit also auch der SICAF – den Anlegern anteilmässig zugerechnet wird; ausgenommen sind nach diesen Bestimmungen lediglich die kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz. Sollte

der Gesetzgeber an der Besteuerung der SICAF wie Kapitalgesellschaften festhalten, müssten Art. 10 Abs. 2 E-DBG und Art. 7 Abs. 3 E-StHG entsprechend angepasst werden, zumal die SICAF auch in andere Vermögenswerte als (direkt) in Grundstücke investieren können. Der Gesetzgeber könnte beispielsweise in Art. 10 E-DBG bzw. in Art. 7 E-StHG festhalten, dass die SICAF (steuerlich) nicht als kollektive Kapitalanlagen gelten. Ein solches Vorgehen wäre m. E. auch mit Blick auf die Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. e E-DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 Satz 2 E-StHG zu begrüssen. Es kann wohl kaum dem Willen des Bundesrates entsprechen, die Einkünfte von SICAF mit direktem Grundbesitz beim Anleger lediglich insoweit zu besteuern, als die Gesamterträge die Erträge aus direktem Grundbesitz übersteigen.

4.6.4 Würdigung der Lösung gemäss Botschaft

Im Hinblick auf die Attraktivitätssteigerung des Fondsplatzes Schweiz ist eine transparente Besteuerung der SICAF wohl unumgänglich. Mit dieser Besteuerung wären allerdings namentlich die folgenden Fragen und Probleme verbunden, die einer Lösung zugeführt werden müssten:

- So müsste u. a. übergangsrechtlich geregelt werden, was steuerrechtlich mit bestehenden SICAF geschieht.
- Auch müssten die Steuerfolgen für den Fall geregelt werden, dass eine SICAF die Voraussetzungen der kollektiven Kapitalanlage im Sinne von Art. 7 E-KAG nicht mehr erfüllt.
- Zu regeln wäre auch der umgekehrte Fall, dass eine Investmentgesellschaft im Laufe der Zeit – z. B. als Folge eines Erbganges – die Voraussetzungen der kollektiven Kapitalanlage erfüllt. Beim Wechsel von der wirtschaftlichen Doppelbelastung (Investmentgesellschaft, die nicht unter den E-KAG fällt) zur transparenten Besteuerung würde nicht nur eine Besteuerungsstufe (Investmentgesellschaft) eliminiert werden, es würde sich auch die Bemessungsgrundlage ändern. Während nämlich beim bisherigen Besteuerungsmodus auf Stufe Investmentgesellschaft der Gewinn und auf Stufe Aktionär lediglich allfällige Ausschüttungen besteuert werden, wären als Folge einer transparenten Besteuerung vom Anleger sowohl die ausgeschütteten als auch die thesaurierten Vermögenserträge zu versteuern.

142 Vgl. Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 61; vgl. auch Art. 10 E-DBG bzw. Art. 7 E-StHG.

143 Vgl. Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG, S. 85f.

144 Vgl. auch Botschaft zum KAG, Ziff. 1.3.11.

145 Vgl. Art. 69 und 70 DBG.

146 Vgl. Art. 28 Abs. 2 StHG.

147 Vgl. S. 4800 ff.

4.7 Steuerfolgen bei kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz

4.7.1 Nach geltendem Recht

Immobilienfonds mit direktem Grundbesitz sind trotz fehlender Rechtspersönlichkeit den übrigen juristischen Personen gleichgestellt¹⁴⁸. Für den Ertrag aus direktem Grundbesitz unterliegen sie folglich der Gewinnsteuer zum Satz von 4,25 %¹⁴⁹. Die wirtschaftliche Doppelbelastung wird dadurch vermieden, dass der Anleger nur die auf Stufe Immobilienfonds nicht besteuerten Erträge zu versteuern hat¹⁵⁰.

Handelt es sich bei den Anlegern um steuerbefreite juristische Personen, wie beispielsweise um Einrichtungen der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 56 lit. e DBG, unterliegen die Immobilienfonds für Erträge aus direktem Grundbesitz nach geltendem Recht trotzdem der Gewinnsteuer¹⁵¹.

4.7.2 Nach neuem Recht

Die kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz sind (auch) nach Art. 49 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 E-StHG den übrigen juristischen Personen gleichgestellt. Nach Art. 56 lit. j E-DBG bzw. Art. 23 Abs. 1 lit. i E-StHG sollen diese kollektiven Kapitalanlagen nun aber von der Steuerpflicht befreit werden, wenn deren Anleger ausschliesslich steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nach Art. 56 lit. e DBG bzw. Art. 23 Abs. 1 lit. d StHG oder steuerbefreite inländische Sozialversicherungs- und Ausgleichskassen nach Art. 56 lit. f DBG bzw. Art. 23 Abs. 1 lit. e StHG sind. Diese Neuerung ist zu begrüssen, zumal die geltende Rechtslage dazu führt, dass die genannten Einrichtungen zwar grundsätzlich subjektiv steuerbefreit sind, trotzdem aber (indirekt) besteuert werden, wenn sie in kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz investieren.

Bei grammatikalischer Auslegung könnte geschlossen werden, dass die beiden Bestimmungen von Art. 56 lit. j E-DBG bzw. Art. 23 Abs. 1 lit. i E-StHG für sämtliche Formen der kollektiven Kapitalanlage mit direktem Grundbesitz, also auch für die SICAF, gelten. Diese Folgerung wäre allerdings falsch und dürfte vom Bundesrat auch nicht gewollt sein, zumal es keinen Grund gibt, die wirtschaftliche Doppelbelastung punktuell,

d. h. lediglich bei SICAF mit direktem Grundbesitz, zu durchbrechen. Um hier Klarheit zu schaffen, besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf¹⁵².

Die neue Regelung von Art. 56 lit. j E-DBG bzw. Art. 23 Abs. 1 lit. i E-StHG darf nicht dazu führen, dass z. B. Pensionskassen, die indirekt (über kollektive Kapitalanlagen) in Grundstücke anlegen, steuerlich besser fahren als jene, die direkt in Grundstücke investieren. Nach Art. 23 Abs. 4 StHG unterliegen nämlich u. a. Einrichtungen der beruflichen Vorsorge in jedem Fall der Grundstückgewinnsteuer. Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, wenn in Art. 23 Abs. 4 E-StHG auch auf den neuen Buchstaben i hingewiesen wird. Damit ist sichergestellt, dass die Kapitalgewinne der kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz, deren Anleger steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge oder Sozialversicherungs- und Ausgleichskassen sind, in den Kantonen der Grundstückgewinnsteuer unterliegen.

In der Lehre umstritten ist die Frage, ob bei den heutigen Immobilienfonds mit direktem Grundbesitz unter den Begriff «Ertrag» im Sinne von Art. 66 Abs. 3 DBG bzw. Art. 26 Abs. 3 StHG lediglich Vermögenserträge (v. a. Miet- und Baurechtszinsen) oder auch Kapitalgewinne zu subsumieren sind¹⁵³. Wenn schon beide Bestimmungen geändert werden, wäre es zu begrüssen, wenn der Bundesrat mit Bezug auf die erwähnte Frage im Rahmen des vorliegenden Gesetzgebungsverfahrens Klarheit schaffen würde.

4.7.3 Berechnung des Reingewinns

Kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz unterliegen nach Art. 66 Abs. 3 E-DBG bzw. Art. 26 Abs. 3 E-StHG der Gewinnsteuer für den Ertrag aus direktem Grundbesitz. Auch hier könnte bei rein grammatikalischer Auslegung gefolgert werden, diese beiden Bestimmungen würden auch auf die SICAF mit direktem Grundbesitz Anwendung finden. Allein, bei richtiger Betrachtung müssen Art. 66 Abs. 3 E-DBG bzw. Art. 26 Abs. 3 E-StHG nach Massgabe von Art. 49 Abs. 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 E-StHG ausgelegt werden. Um allfällige Unklarheiten zu beseitigen, besteht hier ebenfalls gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

148 Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG.

149 Art. 72 DBG.

150 Vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. e DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 StHG; ferner auch HESS, Besteuerung, S. 334 ff. In der Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II (S. 4794 ff.) schlägt der

Bundesrat vor, die wirtschaftliche Doppelbelastung bei Dividenden mit dem sog. Teilbesteuerungsverfahren zu mildern.

151 Zur Kritik dieser Besteuerung vgl. HESS, Besteuerung, S. 235 f.

152 Vgl. Abschn. 4.6.3.

153 Ausführlich dazu HESS, Besteuerung, S. 226 ff.

4.7.4 SICAF mit direktem Grundbesitz

Von der Gleichstellung mit den übrigen juristischen Personen ausgenommen sind die SICAF nach Art. 110 E-KAG. Diese Anlageinstrumente sollen nach Art. 49 Abs. 2 Satz 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 Satz 3 E-StHG auch in Zukunft wie Kapitalgesellschaften besteuert werden.

Ohne eine solche Ausnahmeregelung für die SICAF würde die Gewinnsteuer einer (bestehenden) Immobiliengesellschaft nicht mehr 8,5 %, sondern gestützt auf Art. 72 E-DBG bloss 4,25 % des Reingewinns betragen. Eine solche unterschiedliche Besteuerung einer SICAF, je nachdem, ob diese direkt in Immobilien investiert oder nicht, liesse sich sachlich nicht rechtfertigen. Die Regelung in Art. 49 Abs. 2 Satz 2 E-DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 Satz 3 E-StHG, wonach die SICAF wie Kapitalgesellschaften besteuert werden, ist deshalb völlig richtig.

5 Entlastung von der Verrechnungssteuer bzw. von den Quellensteuern

Mit Bezug auf die Frage der Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer bzw. von den ausländischen Quellensteuern ergeben sich mit dem E-KAG grundsätzlich keine Änderungen¹⁵⁴. Eine Ausnahme bildet allerdings die Möglichkeit der affidavitfähigen Thesaurierungsfonds, ausländische Quellensteuern zugunsten inländischer Anleger zurückzufordern, sofern die Verrechnungssteuer – dem Willen des Bundesrates entsprechend¹⁵⁵ – auch bei Thesaurierungsfonds jährlich erhoben werden sollte¹⁵⁶.

6 Zusammenfassung und Würdigung

Der E-KAG bringt namentlich folgende Neuerungen in steuerrechtlicher Hinsicht:

- Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV) und Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen werden wie vertragliche Anlagefonds und damit transparent besteuert.

- Bei thesaurierenden kollektiven Kapitalanlagen wird die Verrechnungssteuer jährlich erhoben.
- Kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz werden von der Gewinnsteuer befreit, wenn deren Anleger ausschliesslich steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge oder steuerbefreite inländische Sozialversicherungs- und Ausgleichskassen sind.

Im Gegensatz zu den SICAV und den Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen sollen die Investmentgesellschaften mit festem Kapital (SICAF) – in Abweichung vom Grundsatz «same business, same rules» – auch in Zukunft wie Aktiengesellschaften und damit nicht transparent besteuert werden.

Die Revision der Bestimmungen über die Besteuerung der kollektiven Kapitalanlagen in den verschiedenen Steuererlassen soll dazu beitragen, dass die Wettbewerbsfähigkeit des Fondsplatzes Schweiz nachhaltig gesteigert werden kann¹⁵⁷. Im Lichte dieser Zielsetzung ist die transparente Besteuerung der SICAV und der Kommanditgesellschaften mit kollektiven Kapitalanlagen zu unterstützen. Ob dagegen hinsichtlich der thesaurierenden kollektiven Kapitalanlagen mit dem Wechsel zur jährlichen Fälligkeit eine Attraktivitätssteigerung des Fondsplatzes Schweiz erreicht werden kann, ist zu bezweifeln.

Dadurch dass der Bundesrat – entgegen dem Vorschlag der Expertenkommission Forstmoser – die SICAF (auch) in Zukunft wie Aktiengesellschaften besteuern will, dürfte dieses Anlageinstrument kaum an Bedeutung gewinnen. Ohne eine transparente Besteuerung aller kollektiven Kapitalanlagen¹⁵⁸ dürfte die Ausdehnung des Geltungsbereichs des neuen KAG nicht die erhoffte Wirkung für den Finanz- und Fondsplatz Schweiz zeitigen. Die transparente Besteuerung liesse sich aber nicht nur finanzpolitisch, sondern auch sachlich begründen, indem die Unterstellung unter das neue KAG als objektives Abgrenzungskriterium für die Frage, ob ein Anlageinstrument transparent oder wie eine juristische Person besteuert wird, herangezogen werden kann. Wie zu zeigen war¹⁵⁹, müssten allerdings noch verschiedene Fragen und Probleme geprüft und einer Lösung zugeführt werden. Sollte auch der Gesetzgeber die SICAF trotz der im vorliegenden Beitrag geäusserten Beden-

154 Vgl. deshalb Hess, Besteuerung, S. 479 ff. Zu beachten ist u. a., dass die kollektiven Kapitalanlagen trotz transparenter Besteuerung (ausgenommen kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz und SICAF) berechtigt sind, mit Bezug auf bestimmte Staaten die ausländischen Quellensteuern zurückzufordern.

155 Vgl. Abschn. 4.3.2.1.1.

156 Vgl. dazu Abschn. 4.3.2.1.3.

157 Vgl. Botschaft zum KAG, Übersicht.

158 Ausgenommen die kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz.

159 Vgl. Abschn. 4.6.4.

ken nicht transparent besteuern wollen, müsste er dies gesetzestechnisch klar(er) zum Ausdruck bringen; die vom Bundesrat präsentierte Lösung vermag gesetzestechnisch nicht zu überzeugen. Um Wiederholungen zu vermeiden, könnte in einem Grundsatzartikel von StG, DBG, StHG und VStG (einmal) gesagt werden, dass die SICAF nicht als kollektive Kapitalanlagen gelten¹⁶⁰.

Literatur

HESS TONI, Die Besteuerung der Anlagefonds und der anlagefondsähnlichen Instrumente sowie deren Anteilshaber in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2001 (zit.: Besteuerung)

– in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, II/2, Basel/Genf/München 2005 (zit.: Komm. VStG)

JÄGGI PETER, La loi sur les fonds de placement, JdT 1967 I, S. 226 ff.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2004

STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, 3 Bände, Loseblattwerk, Basel

Materialien

Botschaft des Bundesrates zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG) vom 14. Dezember 1992, BBl 1993 I 217 ff. (zit.: Botschaft zum AFG)

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 18. August 2004, BBl 2004 S. 4899 ff. (zit.: Botschaft zum StG)

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) vom 22. Juni 2005, BBl 2005 S. 4733 ff. (zit.: Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II)

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 Nr. 43 (zit.: Botschaft zum KAG)¹⁶¹

Erläuterungsbericht samt Gesetzesentwurf der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994, November 2003 (zit.: Erläuterungsbericht zur Totalrevision des AFG)

Wegleitung zur EU-Zinsbesteuerung (Steuerrückbehalt und freiwillige Meldung) der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 24. Juni 2005 (zit.: Wegleitung zur EU-Zinsbesteuerung); www.estv.admin.ch

160 Ein solches Vorgehen wäre m. E. der vom Bundesrat in Art. 4 Abs. 2 E-StG, Art. 49 Abs. 2 E-DBG, Art. 20 Abs. 1 E-StHG, und Art. 9 Abs. 3 E-VStG gewählten Formulierung, wonach die SICAF wie Kapitalgesellschaften besteuert bzw. diesen gleichgestellt werden, vorzuziehen.

161 Beim Verfassen des vorliegenden Artikels war die Botschaft zum KAG noch nicht im BBl publiziert. Aus diesem Grunde konnte die Botschaft zum KAG nicht nach Seitenzahlen, sondern musste nach Ziffern zitiert werden.