
IFF Institut für Finanzwirtschaft
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

- | | |
|--|--|
| Dr. Madeleine Simonek
Dr. Toni Hess | Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung |
| Prof. Dr. Robert Waldburger | Entlastung von Quellensteuern auf Zinsen und Dividenden bei Anlagefonds und Anteilsinhabern |
| Dr. Jonas Misteli | Satz der residualen Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen an ausländische Personengesellschaften |
| Dr. Hans-Joachim Jaeger | Effektenhandel an ausländischen Börsen. Bemerkungen zur Überführung der Umsatzabgabe-Befreiung (Art. 19 Abs. 3 StG) in ordentliches Recht |
| Dr. Ulrich Cavelti | Natalie Peter, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz |
| Dr. Ruedi Baumann | Der Vorrang des Steuerharmonisierungsgesetzes gegenüber dem Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen |
| Lic. iur. Rainer Zigerlig /
Lic. iur. Agostino Cozzio | Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU) |
| | Gesetzgebungs-Agenda 2002/1 |

2002/1

Impressum

IFF Forum für Steuerrecht

Publikation des Instituts für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Universität St.Gallen (IFF-HSG)

Herausgeber und Verlag

Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Universität St.Gallen, Varnbuelstrasse 19, CH-9000 St.Gallen
Telefon: +44 (0)71 224 25 20
Telefax: +44 (0)71 224 26 70
E-Mail: fstr-iff@unisg.ch
Internet-Website: www.iff.unisg.ch

Redaktion

Leitung: Dr. rer. publ. Ruedi Baumann
Stellvertreter: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender
Unternehmensteuer: Prof. Dr. oec. Peter Athanas
Einkommensteuer: Dr. iur. Thomas Meister, LL. M. (Tax)
Umsatzsteuer und Verkehrsteuern: Dr. oec. publ. Ivo. P. Baumgartner
Internationales Steuerrecht: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Wald-
burger und Dr. rer. publ. Ruedi Baumann
Steuerverfahrens- und Steuerstrafrecht: Dr. iur. Bruno Scherrer
Steuerrechts-System: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender
Rechtsprechungs-Überblick: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Wald-
burger
Gesetzgebungs-Agenda: Lic. iur. Rainer Zigerlig und lic. iur. Agostino
Cozzio

Erscheinungsweise

Pro Jahr erscheinen vier Hefte; Erscheinungsdaten sind jeweils der 15.2., 15.5., 15.8. und 15.11.

Bezugspreis

Jahres-Abonnement: CHF 390.– (Studenten: 50% Rabatt für Neu-
Abonnemente), Mehrfach-Abonnemente: Auskunft beim Verlag, Ein-
zelhefte: CHF 96.25. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie
die Mehrwertsteuer enthalten. Es werden die effektiven Versand-
kosten verrechnet. Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils am Jahres-
anfang.

Bestellungen

Beim Verlag

Abbestellungen

Schriftlich beim Verlag bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende

Manuskripte und Rezensionsexemplare

Bitte an den Verlag

Urheber- und Verlagsrechte

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und
Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheber-
rechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vor-
heriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere
für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und
Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder
anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen
nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt wer-
den.

Konzept und Gestaltung

Designalltag Zürich, Ruedi Rüegg, Zürich

Satz und Druck

Cavelti AG, Satz Druck Verlag, CH-9201 Gossau

Internet-Auftritt

Die Zeitschrift verfügt über eine eigene Abteilung im Website des IFF

Abkürzungsvorschlag

FStR

ISSN 1424-9855

Fortsetzung letzte Innenseite

IFF Institut für Finanzwirtschaft
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

2002/1

Inhalt

	Artikel	
Dr. Madeleine Simonek	Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung	3
Dr. Toni Hess	Entlastung von Quellensteuern auf Zinsen und Dividenden bei Anlagefonds und Anteilsinhabern	16
	Praxis-Forum	
Prof. Dr. Robert Waldburger	Satz der residualen Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen an ausländische Personengesellschaften	34
Dr. Jonas Misteli	Effektenhandel an ausländischen Börsen. Bemerkungen zur Überführung der Umsatzabgabe-Befreiung (Art. 19 Abs. 3 StG) in ordentliches Recht	45
	Literatur-Forum	
Dr. Hans-Joachim Jaeger	Natalie Peter, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz	54
	Gesetzgebungs-Forum	
Dr. Ulrich Cavelti	Der Vorrang des Steuerharmonisierungsgesetzes gegenüber dem Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen	59
Dr. Ruedi Baumann	Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU)	63
	Gesetzgebungs-Agenda	
Lic. iur. Rainer Zigerlig/ Lic. iur. Agostino Cozzio	Gesetzgebungs-Agenda 2002/1	75

Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung

Dr. iur. Madeleine Simonek



*Dr. iur. Madeleine Simonek,
Fürsprecherin, dipl. Steuer-
expertin, Lehrbeauftragte
für Steuerrecht an der
Universität Basel, Pestalozzi
Lachenal Patry, Zürich*

Inhalt

1	Einleitung
2	Zivilrechtliche Aspekte
3	Steuerrechtliche Ausgangslage
3.1	Steuerstatus des überführenden Gemeinwesens
3.2	Steuerstatus der übernehmenden Gesellschaft
4	Gestaltung der Eröffnungsbilanz
4.1	Fragestellung
4.2	Handelsrechtliche Eröffnungsbilanz
4.3	Steuerrechtliche Eröffnungsbilanz
4.3.1	Problempunkte
4.3.2	Praxis der ESTV
4.3.2.1	Gemäss geltendem Recht
4.3.2.2	Gemäss Fusionsgesetz
4.3.3	Lehrmeinungen
4.3.4	Exkurs: Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen in Deutschland
4.3.5	Beurteilung
4.3.5.1	Vorbemerkung
4.3.5.2	Massgeblichkeitsprinzip
4.3.5.2.1	Grundsatz
4.3.5.2.2	Zur Verbindlichkeit der Handelsbilanz im Besonderen
4.3.5.3	Grundsatz der Steuerneutralität von Kapitaleinlagen
4.3.5.4	Konfliktlösung
5	Fazit
	Literatur und Materialien

1 Einleitung

Ausgangspunkt dieses Beitrages bildet der Umstand, dass mit der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens häufig ein Steuersubjekt neu in die Gewinnsteuerpflicht eintritt. Ein öffentliches Unternehmen ist vor seiner Privatisierung in aller Regel vorbehaltlos und vollumfänglich von jeglicher Besteuerung auf seinem Gewinn befreit. Im Gegensatz dazu unterliegt es als privatisiertes Unternehmen grundsätzlich der Gewinnsteuerpflicht. Die Privatisierung hat somit zur Folge, dass Aktiven und Passiven des Unternehmens von einem steuerbefreiten in einen steuerpflichtigen Raum wechseln. Auf das öffentliche Unternehmen finden nach der Privatisierung die steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften, darunter das Massgeblichkeitsprinzip, Anwendung. Mit den sich aus diesem Statuswechsel ergebenden Fragen befasst sich dieser Beitrag. Die Ausführungen beschränken sich demzufolge auf die gewinnsteuerrechtlichen Folgen einer Privatisierung. Auf andere Steuerarten wird nicht eingegangen¹. Der gewinnsteuerrechtlichen Beurteilung wird das Recht der direkten Bundessteuer zugrunde gelegt. Die kantonalen Regelungen stimmen in den hier zu diskutierenden Fragen in aller Regel aber mit der direkten Bundessteuer überein.

Was den Begriff der Privatisierung betrifft, wird er nachfolgend in einem rechtlich-organisatorischen Sinn verstanden. Er umfasst demnach jegliche Überführung öffentlicher Aufgaben auf eine privatrechtliche juristische Person, namentlich auf eine Aktiengesellschaft, und zwar unabhängig

¹ Vgl. zu den allgemeinen Steuerfolgen einer Privatisierung die Übersichten von SAMUEL DÜRR, Privatisierungen aus steuerrechtlicher Sicht, in: ST 2000, 237 ff.; LOCHER, Aspekte, 241 ff.; SIMONEK, Aspekte, 85 ff.

davon, ob und in welchem Umfang die öffentliche Hand weiterhin am privatisierten Unternehmen beteiligt ist². Dieser weite Privatisierungsbegriff drängt sich vorliegend deshalb auf, weil der Wechsel des Steuerstatus und der Eintritt des öffentlichen Unternehmens in die Gewinnsteuerpflicht durch seine Übertragung auf eine privatrechtliche juristische Person ausgelöst wird. Ob und in welcher Höhe das Gemeinwesen weiterhin am privatisierten Unternehmen beteiligt ist, ist für den Steuerstatus des Unternehmens in der Regel dagegen ohne Bedeutung.

2 Zivilrechtliche Aspekte

Die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens ist im geltenden Privatrecht nicht ausdrücklich geregelt. Sofern im betreffenden Privatisierungserlass keine spezifischen Anordnungen getroffen werden, folgt sie deshalb den allgemeinen Bestimmungen³. Nach geltendem Recht kann hinsichtlich der Art und Weise der Vermögensübertragung zwischen einem Rechtsformwechsel, einer Übertragung der Aktiven und Passiven nach Art. 181 OR und einer Fusion unterschieden werden⁴.

Der Rechtsformwechsel gilt als die einfachste Form der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens⁵. Beim Rechtsformwechsel ist keine Vermögensübertragung notwendig. Der bisherige Rechtsträger ändert lediglich sein äusseres Kleid. Seine rechtliche Identität bleibt aber unverändert bestehen. Der Weg über einen Rechtsformwechsel steht nach herrschender Lehre allerdings nur rechtlich selbständigen Anstalten zur Verfügung⁶. Nur in diesem Fall besteht bereits vor der Umwandlung ein Unternehmen mit eigener rechtlicher Identität, die von einer juristischen Per-

son übernommen und weitergeführt werden kann⁷. Für öffentliche Unternehmen, die rechtlich nicht verselbständigt sind, hat eine Umwandlung oder die Übertragung auf eine bereits bestehende Gesellschaft über eine Sacheinlage zu erfolgen. Aktiven gehen in diesem Fall auf dem Weg einer Singularsukzession und Passiven gestützt auf Art. 181 OR auf die Gesellschaft über⁸. Trotz fehlender gesetzlicher Grundlage erachten herrschende Lehre und Praxis auch die Fusion eines öffentlichen Unternehmens mit einer privatrechtlichen juristischen Person als zulässig, vorausgesetzt, es werden spezifische Voraussetzungen – namentlich im Bereich des Gläubiger- und Mitgliederschutzes – erfüllt⁹.

Die zurzeit noch fehlende gesetzliche Grundlage wird für die Privatisierung öffentlicher Unternehmen mit dem Fusionsgesetz geschaffen. Das Fusionsgesetz stellt den öffentlichen Instituten die Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung zur Verfügung¹⁰. Als öffentliche Institute gelten im Handelsregister eingetragene, organisatorisch verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, und zwar unabhängig davon, ob sie eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen oder nicht¹¹. Was die Art und Weise der Vermögensübertragung betrifft, liegen der Fusion nach dem Fusionsgesetz eine Universalsukzession und der Vermögensübertragung eine Art «partielle Universalsukzession» zugrunde. Bei der Umwandlung ist wie nach geltendem Recht danach zu unterscheiden, ob das öffentliche Institut bereits rechtlich verselbständigt ist. Bei rechtlich selbständigen öffentlichen Unternehmen sollte auch nach neuem Recht eine formwechselnde Umwandlung möglich sein. Bei öffentlichen Unternehmen, die rechtlich nicht verselbständigt sind, hat die Privatisierung auf dem Weg einer übertragenden Umwandlung stattzufinden¹².

2 Je nach dem Umfang der Beteiligung des Gemeinwesens am privatisierten Unternehmen wird auch von Organisationsprivatisierung, Teil- oder Vollprivatisierung gesprochen.

3 R. H. WEBER 73, mit weiteren Hinweisen auf abweichende Bestimmungen in verschiedenen Privatisierungserlassen, wie demjenigen der Swisscom AG oder der SBB AG.

4 HANDSCHIN/SIEGENTHALER 411 f.; SCHWITTER 255 ff.; R. H. WEBER 75 ff.

5 Die in Lehre und Praxis für diesen Vorgang verwendete Terminologie ist uneinheitlich. Als Synonyme gelten u.a. die Begriffe «direkte Rechtsformumwandlung» (HANDSCHIN/SIEGENTHALER), «rechtsformwechselnde Umwandlung» (VON BÜREN) oder nach Fusionsgesetz «formwechselnde Umwandlung» (KLÄY/TURIN).

6 HANDSCHIN/SIEGENTHALER 412; R. H. WEBER 75.

7 Auf dem Weg eines Rechtsformwechsels wurden beispielsweise die Appenzell-Ausserrhodische und die Berner Kantonalbank in Aktiengesellschaften umgewandelt: SCHWITTER 268 ff., mit weiteren Hinweisen.

8 HANDSCHIN/SIEGENTHALER 411; SCHWITTER 255 ff.; R. H. WEBER 76 f.

9 SCHWITTER 258 ff., mit weiteren Nachweisen; R. H. WEBER 76. HANDSCHIN/SIEGENTHALER 411 f. wollen die Fusion mit einem privatrechtlichen Rechtsträger aber nur bei einer öffentlich-rechtlichen Institution mit eigener Rechtspersönlichkeit zulassen.

10 Art. 99 Abs. 1 FusG. Die Spaltung eines öffentlichen Institutes ist dagegen nicht vorgesehen. Es steht aber die Vermögensübertragung zur Verfügung, um bestimmte Aktiven und Passiven eines öffentlichen Institutes abzuspalten und auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen.

11 Art. 2 Bst. d FusG. Organisatorisch nicht verselbständigte Teile der Zentralverwaltung fallen dagegen nicht unter diese Bestimmungen. Vgl. dazu kritisch R. WEBER 68.

12 Botschaft 4482, insb. Anm. 166. KLÄY/TURIN 27; SCHWITTER 274 f., mit weiteren Nachweisen. Nach SCHWITTER wird nach neuem Recht auch bei öffentlich-rechtlichen Unternehmen mit Rechtspersönlichkeit eine übertragende Umwandlung gewählt werden müssen. Dies erscheint nicht für zwingend.

3 Steuerrechtliche Ausgangslage

3.1 Steuerstatus des überführenden Gemeinwesens

Gemäss Art. 56 Bst. a – c DBG sind der Bund, die Kantone, Gemeinden, Kirchgemeinden und anderen Gebietskörperschaften der Kantone sowie die Anstalten dieser Gemeinwesen von der direkten Bundessteuer befreit. Steuerbefreit sind damit vor allem die zentralen Verwaltungen, unselbständigen Betriebe und Anstalten, aber auch rechtlich selbständige Anstalten der öffentlichen Hand^{13, 14}. Zu den von der direkten Bundessteuer befreiten Gebietskörperschaften der Kantone gehören gemäss einem kürzlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid auch Bürgergemeinden, vorausgesetzt, sie haben einen territorialen Bezug, verwenden ihr Vermögen in erster Linie für öffentliche Zwecke und nehmen keine übermässigen Ausschüttungen an ihre Bürger vor¹⁵. Keine Steuerbefreiung können dagegen reine Personalkörperschaften wie Meliorations- oder Wasserkorporationen beanspruchen¹⁶.

Die Steuerbefreiung der öffentlichen Hand gilt vorbehaltlos und vollumfänglich. Sie umfasst nicht nur das Verwaltungs-, sondern auch das Finanzvermögen eines Gemeinwesens, d.h. dasjenige Vermögen, das lediglich mittelbar durch seinen Ertrag Zwecken des Gemeinwesens dient. Sie gilt sogar dann, wenn ein Gemeinwesen in Konkurrenz zu Privaten wirtschaftlich tätig ist¹⁷. Mangels Steuerpflicht kann die Übertragung eines öffentlichen Unternehmens auf eine juristische Person für das übertragende Gemeinwesen

keine Gewinnsteuern auslösen, und zwar unabhängig davon, zu welchen Übernahmewerten die Aktiven und Verbindlichkeiten übergehen¹⁸. Aus diesem Grund stellen sich auch die Fragen gar nicht, ob mit der Übertragung stille Reserven realisiert werden oder ob die Übertragung unter die Bestimmungen über die steuerneutrale Unternehmensumstrukturierung fällt. Eine Steuerbefreiung geht diesen Tatbeständen stets vor¹⁹.

3.2 Steuerstatus der übernehmenden Gesellschaft

Der steuerrechtliche Status der übernehmenden Gesellschaft kann im Überführungserlass ausdrücklich geregelt werden²⁰. Fehlen entsprechende Bestimmungen, kann sie eine Steuerbefreiung nur gestützt auf Art. 56 Bst. g DBG – namentlich wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke – geltend machen²¹. Eine solche ist aber nicht leichthin anzunehmen.

Einigkeit besteht namentlich darüber, dass eine Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke nicht in Frage kommt, wenn ein privatisierter Betrieb in Konkurrenz zu Privaten am Markt teilnimmt. Dies ist der Fall, wenn öffentliche Betriebe der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft privatisiert werden oder ein öffentlicher Betrieb mit der Privatisierung in einen liberalisierten Markt entlassen wird. Eine Steuerbefreiung solcher Betriebe widerspricht dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Steuer²². Wie das Bundesgericht in zwei kürzlich gefällten

13 KUSTER 160; GRETER Art. 56 DBG N 4 ff. Zu beachten sind aber auch einzelne spezialgesetzliche Bestimmungen. So hält z.B. Art. 13 POG fest, dass die Post, die als selbständige, rechtsfähige Anstalt des Bundes ausgestaltet ist, für die Gewinne aus den Wettbewerbsdiensten steuerpflichtig ist. Als *lex specialis* geht diese Bestimmung Art. 56 Bst. a DBG vor.

14 Umstritten ist die Frage, ob nach Art. 763 OR errichtete öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften wie Anstalten behandelt werden können. Nach LOCHER, Aspekte, 250 f., ist der Begriff der Anstalt in Art. 56 Bst. a – c DBG extensiv auszulegen; er umfasst als Oberbegriff sämtliche öffentlich-rechtlichen Institutionen und somit auch öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften. Dagegen will GRETER, Art. 56 DBG N 8 f., die Steuerbefreiung gestützt auf Art. 56 Bst. a – c DBG wohl nur eigentlichen öffentlich-rechtlichen Anstalten gewähren. In BGE 30. April 2001, 127 II 113 = StR 56 (2001) 517 hat das Bundesgericht der als öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft organisierten waadtländischen Kantonalbank die Steuerbefreiung denn auch versagt, wobei die waadtländische Kantonalbank offenbar aber nicht unter Art. 763 Abs. 1, sondern Abs. 2 OR organisiert ist.

15 BGE 19. Januar 1999 i.S. Bürgergemeinde Zermatt, 125 III 177. Vgl. dazu auch den Entscheid der Vorinstanz RKE VS 20. Juni 1997, StR 52 (1997) 405 sowie MARCEL BISCHOF, Ende der Besteuerung der Bürgergemeinden? ST 1999, 742 ff. Im Weiteren GRETER Art. 56 DBG N 10.

16 Für Personalkörperschaften kommt allenfalls eine Steuerbefreiung wegen Erfüllung öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke in Frage (Art. 56 Bst. g DBG): AGNER/JUNG/STEINMANN N 4 zu Art. 56.

17 Vgl. zum Ganzen AGNER/JUNG/STEINMANN Art. 56 DBG N 2–4; GRETER Art. 56 DBG N 4 ff.; KUSTER 129 ff. sowie auch VGE FR 21. Februar 1997, StE 1998 B.71.61 Nr. 3.

18 BGE 19. Januar 1999 i.S. Bürgergemeinde Zermatt, 125 III 177.

19 Vgl. dazu ausführlicher SIMONEK, Aspekte, 89 ff., mit weiteren Nachweisen.

20 Vgl. z.B. Art. 15 TUG, der ausdrücklich festhält, dass die Swisscom AG den privaten Kapitalgesellschaften gleichgestellt ist und vollumfänglich der Besteuerung unterliegt. Die SBB AG hingegen ist gemäss Art. 21 Abs. 1 SBBG im Rahmen ihrer Aufgaben als Anbieterin der Eisenbahninfrastruktur und als Transportunternehmung von jeder Besteuerung durch die Kantone und Gemeinden befreit. Ausgenommen bleibt die Besteuerung von Liegenschaften, die keine notwendige Beziehung zum Betrieb des Unternehmens haben.

21 Vorbehalten bleiben im Einzelfall auch die weiteren spezifischen Steuerbefreiungstatbestände von Art. 56 DBG.

22 GRETER Art. 56 DBG N 33 und 38; KUSTER 105 ff.; MARKUS REICH, Gemeinnützigkeit als Steuerbefreiungsgrund, ASA 58 (1989/90) 463 ff., inbes. 488 ff.; SIMONEK, Steuerbefreiung, 232 f. Das Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juli 1994 (Steuerperiode 1995/96) zur Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen, nennt den Aspekt der Wettbewerbsneutralität der Steuer dagegen nicht ausdrücklich, was korrigiert werden sollte.

Entscheiden festgestellt hat, können deshalb Kantonalbanken keine Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke beanspruchen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass Kantonalbanken fast keine öffentlichen Zwecke mehr erfüllten, sondern wie Universalbanken in erster Linie gewinnorientiert und wirtschaftlich am Markt tätig seien. Eine Steuerbefreiung sei deshalb nicht gerechtfertigt, wobei es ohne Bedeutung sei, wenn ein Kanton in wesentlichem Umfang an seiner Kantonalbank beteiligt bleibe²³.

Überhaupt wird eine Steuerbefreiung privatisierter Unternehmen immer dann schwierig zu erreichen sein, wenn diese Erwerbszwecke verfolgen. Eine Steuerbefreiung ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis in diesem Fall nur möglich, wenn eine solche juristische Person durch öffentlich-rechtlichen Akt (z.B. Gesetz) mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut wurde, diese öffentliche Aufgabe tatsächlich erfüllt, einer gewissen Aufsicht des Gemeinwesens unterliegt und die ausschliessliche und unwiderrufliche Widmung des Eigenkapitals für den öffentlichen Zweck in den Statuten stipuliert ist²⁴. Dieser Praxis ist im Grundsatz zuzustimmen. Wenn der mittelbare Zweck des Unternehmens in erster Linie in der Erzielung eines ausschüttbaren Gewinns liegt, kann eine Steuerbefreiung namentlich auch dann nicht gewährt werden, wenn das privatisierte Unternehmen unmittelbar eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann de lege lata nicht mit einer Steuerbefreiung des ausschüttbaren Gewinns belohnt werden. Eine Steuerbefreiung wäre in diesem Fall nur möglich, wenn die Gewinnorientierung als Endzweck des Unternehmens wesentlich hinter dem unmittelbaren Zweck der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zurückträte²⁵.

In der Mehrzahl der Fälle wird die übernehmende privatrechtliche Gesellschaft somit steuerpflichtig sein. Die Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens hat deshalb zur Folge, dass das Unternehmen von einem steuerfreien in einen steuerpflichtigen Raum wechselt. Es findet ein Systemwechsel in der Besteuerung statt, ähnlich der

Situation bei einem Sitzwechsel einer juristischen Person vom Ausland in die Schweiz oder – auf kantonaler Ebene – beim Wegfall des Holding- oder Domizilprivilegs.

4 Gestaltung der Eröffnungsbilanz

4.1 Fragestellung

Mit dem Wechsel des öffentlichen Unternehmens von einem steuerfreien in einen steuerpflichtigen Raum kommt der Gestaltung der Eröffnungsbilanz der privatrechtlichen Gesellschaft besondere Bedeutung zu²⁶. Die Eröffnungsbilanz stellt die Grundlage für die künftige Gewinnbesteuerung des privatisierten Unternehmens dar. Die in die Eröffnungsbilanz eingebuchten Übernahmewerte bilden den Ausgangspunkt für die Berechnung der künftigen Abschreibungen sowie der künftigen Kapitalgewinne und -verluste des Unternehmens. Die privatrechtliche Gesellschaft wird aus steuerplanerischer Sicht deshalb ein Interesse daran haben, die Aktiven und Verbindlichkeiten des öffentlichen Unternehmens möglichst zu den Verkehrswerten vom übertragenden Gemeinwesen zu übernehmen.

Aus handels- und steuerrechtlicher Sicht stellen sich daraus folgend vor allem zwei Fragen: Erstens, ob die stillen Reserven aus handelsrechtlicher Sicht in der Eröffnungsbilanz des privatisierten Unternehmens aufgedeckt werden dürfen und zweitens, ob sie in der handelsrechtlichen Eröffnungsbilanz aufgedeckt werden müssen, um aus steuerrechtlicher Sicht akzeptiert zu werden²⁷. Während die Beantwortung der ersten Frage – soweit für eine Steuerrechtlerin ersichtlich – kaum Probleme aufgibt, sind sich Lehre und Praxis in der Beantwortung der zweiten Frage uneinig.

4.2 Handelsrechtliche Eröffnungsbilanz

Bei der Privatisierung öffentlicher Unternehmen kommt grundsätzlich das private Rechnungslegungsrecht zur Anwendung²⁸. Aus handelsrechtlicher Sicht dürfte es deshalb unbestritten sein, dass Aktiven und Verbindlichkeiten eines

23 BGE 2. April 2001 i.S. Berner Kantonalbank, ASA 70 (2001/02) 294 = StE 2001 B 71.63 Nr. 17; BGE 30. April 2001 (Waadtländer Kantonalbank) 127 II 113 = StR 2001, 517.

24 BGE 2. April 2001 E.2 c, ASA 70 (2001/02) 294 ff.; BGE 30. April 2001 E.6 b, 127 II 113 = StR 2001, 517. Vgl. auch Kreisschreiben (Anm. 22) Ziff. 4.

25 Vgl. zum Ganzen ausführlich SIMONEK, Steuerbefreiung, 231 ff., mit weiteren Hinweisen. In diesem Sinn auch VGE FR vom 9. Juni 2000, FZR 2000, 338 = RDAF 2001 II 178. A.M. KUSTER 211 ff.; GRETER Art. 56 DBG N 35 ff.

26 Wird das öffentliche Unternehmen auf eine bereits bestehende juristische Person übertragen, ist nicht eine Eröffnungsbilanz, sondern eine Übernahme- oder Fusionsbilanz zu erstellen. An der steuerrechtlichen Beurteilung des Vorgangs ändert

sich dadurch aber nichts, weshalb im Folgenden auf diese Sachverhaltsvariante nicht besonders eingegangen wird.

27 Obwohl sich die gleichen Fragen genauso hinsichtlich der Offenlegung eines Goodwills stellen, ist es im Rahmen dieses Beitrages nicht möglich, auch darauf einzugehen. Die steuerliche Behandlung von Goodwill wirft gegenüber derjenigen von stillen Reserven zusätzliche, komplexe Fragen auf, die einer gesonderten Untersuchung bedürften. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich somit ausschliesslich auf die steuerliche Behandlung stiller Reserven.

28 R.H.WEBER 78. Wenn das privatisierte Unternehmen weiterhin eine öffentliche Aufgabe erfüllt, können öffentlich-rechtliche Bewertungsvorschriften allerdings auch nach der Privatisierung gültig bleiben: ANDREAS MÜLLER/VITTORIO JENNI, Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben – eine aktuelle Übersicht, AJP 1999, 1071 ff., insb. 1079.

öffentlichen Unternehmens zu ihren wirklichen Werten auf die Gesellschaft übertragen und zu diesen Werten in deren Eröffnungsbilanz eingestellt werden dürfen. Als wirklicher Wert gilt der Geschäftswert nach Art. 960 Abs. 1 OR²⁹. Vorbehalten bleiben selbstredend spezialgesetzliche Bestimmungen, die dem allgemeinen Rechnungslegungsrecht vorgehen.

Die Botschaft des Bundesrates zum Fusionsgesetz sieht die Aufwertung der Aktiven bzw. Abwertung der Verbindlichkeiten des öffentlichen Unternehmens auf ihre wirklichen Werte denn auch ausdrücklich vor. Gemäss Art. 100 Abs. 2 FusG muss ein Institut des öffentlichen Rechts die Gegenstände des Aktiv- und des Passivvermögens, die von der Fusion, Umwandlung oder Vermögensübertragung erfasst werden, in einem Inventar eindeutig bezeichnen und bewerten. «Da sich die Bewertung in der Rechnungslegung von Instituten des öffentlichen Rechts häufig an anderen Grundsätzen orientiert als im Privatrecht, muss anlässlich der Überführung in eine privatrechtliche Rechtsform eine Anpassung und Korrektur grundsätzlich möglich sein. So müssen im Inventar beziehungsweise in der Eröffnungsbilanz insbesondere Aufwertungen und Aktivierungen vorgenommen werden können, da später Aufwertungen unter den Voraussetzungen des Privatrechts nur noch sehr eingeschränkt zulässig sind³⁰.»

Das Inventar ist von einer besonders befähigten Revisorin oder von einem besonders befähigten Revisor zu prüfen, sofern nicht in anderer Weise sichergestellt ist, dass die Erstellung und Bewertung des Inventars den anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen entsprechen³¹. Keine Prüfung ist notwendig, wenn seitens der öffentlichen Hand das notwendige Fachwissen vorhanden ist und allgemein anerkannte oder gesetzliche Bewertungsregeln zur Anwendung gelangen³².

4.3 Steuerrechtliche Eröffnungsbilanz

4.3.1 Problempunkte

Aus steuerrechtlicher Sicht ergeben sich in Bezug auf die steuerlichen Eröffnungswerte keine weiteren Probleme, wenn das öffentliche Unternehmen bereits in der handels-

rechtlichen Eröffnungsbilanz zu seinen Verkehrswerten eingebucht wird. Die handelsrechtskonforme Eröffnungsbilanz ist in diesem Fall gestützt auf das Massgeblichkeitsprinzip auch für die steuerliche Gewinnermittlung des privatisierten Unternehmens massgebend. Sämtliche stillen Reserven werden aus handels- und steuerrechtlicher Sicht aufgedeckt; das Unternehmen wird künftig nur auf dem im steuerpflichtigen Raum erarbeiteten Gewinnen besteuert.

Die Ermittlung des Verkehrswertes eines öffentlichen Unternehmens ist allerdings nicht einfach. Die Bewertung öffentlicher Sachen ist schwierig, Vergleichswerte fehlen oftmals³³. Es kann sich nach einiger Zeit deshalb zeigen, dass das öffentliche Unternehmen zu einem zu niedrigen Wert übergegangen ist. Es stellt sich dann die Frage, ob der Übernahmewert nachträglich in der Steuerbilanz korrigiert werden kann. Wird eine Korrektur nicht zugelassen, werden stille Reserven, die in einem steuerfreien Raum entstanden sind, nachträglich beim privatisierten Unternehmen besteuert³⁴.

Das Bedürfnis, eine von der handelsrechtlichen Eröffnungsbilanz abweichende Steuerbilanz zu erstellen, kann sich zudem bereits im Zeitpunkt der Privatisierung ergeben. Wie die Praxis gezeigt hat, gibt es Fälle, in denen die stillen Reserven in der handelsrechtlichen Eröffnungsbilanz nicht offengelegt werden können, sei es, weil andere als die handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften (z.B. IAS oder US-GAAP) vorgezogen werden, sei es, weil eine Aufdeckung der stillen Reserven wegen der Kontinuität des Betriebes abgelehnt wird.

Es stellt sich die Frage, ob es in solchen Fällen möglich ist, die stillen Reserven bloss in der Steuerbilanz des privatisierten Unternehmens aufzudecken³⁵. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob dem Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz einerseits oder dem Grundsatz der Gewinnsteuerneutralität von Kapitaleinlagen andererseits der Vorrang eingeräumt wird. Lehre und Praxis gewichten die Bedeutung dieser beiden Grundsätze konträr.

29 Wirtschaftsprüferhandbuch 13; PETER FORSTMOSER/GAUDENZ ZINDEL, Sacheinlagefähigkeit von Transferwerten im Berufssport, Neuausrichtung der Sacheinlagekriterien, REPRAX 2001/2, 1 ff., insb. 22. Vgl. aber zu den Bewertungsproblemen im Zusammenhang mit Privatisierungen: R. H. WEBER 81 ff.

30 Zit. Botschaft Fusionsgesetz 4482.

31 Art. 100 Abs. 2 FusG.

32 Botschaft Fusionsgesetz 4483.

33 R. H. WEBER 81; PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, ZBI 102 (2001) 393 ff., insb. 414.

34 Die verdeckte Kapitaleinlage wirkt sich bei wertbeständigen Gütern spätestens im Zeitpunkt der Veräusserung des einge-

legten Gutes aus, indem der buchmässige Kapitalgewinn, bestehend aus der Differenz zwischen dem Veräusserungserlös und dem Buchwert des Gutes, auch die verdeckte Kapitaleinlage mit umfasst. Bei Gütern, die einem Wertverzehr unterliegen, wirkt sich die verdeckte Kapitaleinlage laufend durch verminderte Abschreibungen gewinnerhöhend aus. Wird es dem Unternehmen nicht gestattet, die eingebrachten Vermögenswerte in der Steuerbilanz zu ihren tatsächlichen Werten einzusetzen, wird das Unternehmen in beiden Fällen auf einem Gewinn besteuert, den es nicht selbst erwirtschaftet hat, sondern der auf die verdeckte Kapitaleinlage des Einlegers zurückgeht (BRÜLSAUER/KUHN Art. 60 N 25, genauso bereits in einem unpublizierten Gutachten von MARKUS REICH/MADELEINE SIMONEK).

35 Vgl. zum Goodwill Anm. 27, vorne.

4.3.2 Praxis der ESTV

4.3.2.1 Gemäss geltendem Recht

Die Steuerbehörden schliessen aus dem Massgeblichkeitsprinzip in aller Regel, dass die Aktiven und Verbindlichkeiten eines öffentlichen Betriebes nicht nur in einer Steuerbilanz, sondern bereits in der handelsrechtlichen Übernahme- und Eröffnungsbilanz der juristischen Person zu ihren wirklichen Werten eingestellt werden müssen. Werden die handelsrechtlich zulässigen Höchstwerte in der Handelsbilanz aus irgendwelchen Gründen nicht ausgeschöpft und das öffentliche Unternehmen zu einem niedrigeren als seinem tatsächlichen Wert übertragen, wird die Errichtung einer Steuerbilanz, in welcher das übergeführte Unternehmen zu seinem tatsächlichen Wert eingesetzt wird, nicht zugelassen. Eine Ausnahme wird lediglich dann gemacht, wenn die übernehmende Gesellschaft aus rechtlichen Gründen, z.B. wegen branchenspezifischer Bewertungsvorschriften, den handelsrechtlichen Bewertungsspielraum nicht zu ihren Gunsten ausnützen kann. Eine nachträgliche Korrektur wird ausserdem zugelassen, wenn sie in der Handelsbilanz und noch innerhalb des laufenden Geschäftsjahres vorgenommen wird³⁶. Eine Anpassung der übernommenen Werte einzig in der Steuerbilanz wird von den Steuerbehörden aber auch in diesem Fall abgelehnt³⁷.

4.3.2.2 Gemäss Fusionsgesetz

An dieser Situation soll sich auch nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes nichts ändern³⁸. Die Botschaft des Bundesrates äussert sich ausdrücklich zu den Steuerfolgen einer Privatisierung. Der Bundesrat unterscheidet dabei zwischen dem Inventar und der Eröffnungsbilanz. Eine Offenlegung der stillen Reserven im Inventar sei unabdingbar. Nur im Inventar offen gelegte und bestätigte Mehrwerte könnten wie Einlagen der Mitglieder von Kapitalgesellschaften behandelt und gestützt auf Art. 60 Bst. a DBG und Art. 24 Bst. a StHG steuerfrei belassen werden³⁹. Eine Offenlegung nur im Inventar und nicht auch in der handels-

rechtlichen Eröffnungsbilanz soll gemäss den Erläuterungen aber nur möglich sein, wenn eine Aufwertung in der Eröffnungsbilanz infolge spezialgesetzlicher Vorschriften unzulässig ist. Als Beispiel weist die Botschaft auf Art. 24 Abs. 2 Bst. g Bankenverordnung hin. Kommen keine spezialgesetzlichen Rechnungslegungsbestimmungen zur Anwendung, müssen die stillen Reserven nach diesen Erläuterungen auch nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes in der handelsrechtlichen Eröffnungsbilanz aufgedeckt werden, um steuerrechtlich anerkannt zu werden. Eröffnungsbilanz und Inventar stimmen in diesem Fall überein. Die Erstellung einer Steuerbilanz soll nicht gestattet werden⁴⁰.

4.3.3 Lehrmeinungen

Für den Fall, dass ein Unternehmen oder einzelne Sachwerte im Zuge einer Kapitaleinlage von einem steuerfreien in einen steuerpflichtigen Raum wechseln⁴¹, ist die schweizerische Lehre im Gegensatz zur Praxis der ESTV nahezu einhellig der Meinung, dass verdeckte Kapitaleinlagen in einer Steuerbilanz aufgedeckt werden dürfen⁴². Die zitierten Autoren begründen ihre Meinung einhellig damit, dass Kapitaleinlagen, unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt erbracht werden, nie steuerbarer Ertrag des Unternehmens sein können. Unterschiedliche Meinungen bestehen lediglich darüber, ob die verdeckt eingelegten stillen Reserven sofort steuerlich geltend gemacht werden müssen oder ob eine gewinnsteuerfreie Aufdeckung auch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist. Namentlich die ältere Lehre befürwortet eine jederzeitige steuerfreie Aufdeckung der verdeckten Kapitaleinlage⁴³. In der neueren Lehre ist demgegenüber die Tendenz erkennbar, nur eine sofortige Geltendmachung der verdeckten Kapitaleinlage zuzulassen⁴⁴. Zum spezifischen Fall der Privatisierung öffentlicher Unternehmen haben sich erst wenige Autoren geäussert. Einzig GURTNER⁴⁵ nimmt ausdrücklich auf die Privatisierung Bezug und befürwortet die Offenlegung verdeckter Kapitaleinlagen in einer Steuerbilanz auch für diesen Fall. Ebenso befürworten LOCHER⁴⁶ und SPORI⁴⁷ eine

36 So auch RKE FR 30. Oktober 1987, StR 45 (1990) 560; AGNER/JUNG/STEINMANN Art. 60 N 1.

37 NEUHAUS Ziff. 2.1.2 (Privatisierung durch Sacheinlagegründung).

38 Das Fusionsgesetz wurde in der Herbstsession 2001 im Ständerat beraten und wird vermutlich in der Frühjahrssession 2002 in den Nationalrat kommen. Wahrscheinlichstes Datum seines Inkrafttretens ist im Moment der 1. Januar 2003.

39 Botschaft Fusionsgesetz 4483.

40 NEUHAUS Ziff. 2.2.3 (Rechtskleidwechsel bei Privatisierungen nach dem FusG).

41 Eine völlig andere Ausgangslage liegt vor, wenn die verdeckte Kapitaleinlage aus einem steuerpflichtigen Raum kommt. In diesem Fall müssen beim Abtreter und beim Übernehmer kongruente Wertfestsetzungen bestehen. Eine Aufdeckung stiller

Reserven einzig in der Steuerbilanz der übernehmenden Gesellschaft ist deshalb nicht möglich.

42 BÖCKLI, Transponierungstheorie, 42; CAGIANUT/HÖHN § 10 N 33 ff.; GURTNER 88 f.; KÄNZIG 86; KUHN/BRÜLISAUER Art. 60 N 20 ff.; REICH, Steuerfolgen, 512; RYSER 166 f.; SCHÄRRER 283; SPORI, Umwandlung, 8; WEIDMANN/BÜHLER 370 f.; WÜRTH 140; ZUPPINGER/SCHÄRRER/FESSLER/REICH N 40b zu § 45. Anders aber YERSIN, Apports, 115 f.; DIES., Réflexions, 632. Zurückhaltend auch REICH, Vorteilszuwendungen, 632 ff.

43 So u.a. KÄNZIG 86.

44 So u.a. CAGIANUT/HÖHN § 10 N 37.

45 GURTNER 88 f.

46 LOCHER, Aspekte, 244 f.

47 SPORI, Umwandlung, 7 f.

Aufdeckung stiller Reserven, wobei beide Autoren aber davon ausgehen, dass die stillen Reserven noch vor der Privatisierung in der Sphäre des übertragenden Gemeinwesens aufgedeckt werden.

4.3.4 Exkurs: Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen in Deutschland

In Deutschland lauten die gesetzlichen Bestimmungen über die steuerliche Gewinnermittlung ähnlich wie in der Schweiz. Gemäss § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG bilden die Grundsätze ordnungsmässiger Buchführung Grundlage für die steuerliche Gewinnermittlung. Es gilt auch in Deutschland das Massgeblichkeitsprinzip.

Das Massgeblichkeitsprinzip ist dabei ähnlich ausgestaltet wie in der Schweiz. Eine Bindung der Steuerpflichtigen an ihre Handelsbilanz besteht vor allem in Form der sogenannten umgekehrten Massgeblichkeit. Diese ist in § 5 Abs. 1 Satz 2 EStG statuiert und verlangt, dass steuerliche Wahlrechte nur in Übereinstimmung mit der Handelsbilanz ausgeübt werden dürfen. Will eine steuerpflichtige Person ein steuerliches Wahlrecht (vor allem Abschreibungen, Rückstellungen usw.) zu ihren Gunsten geltend machen, muss sie die entsprechende Buchung bereits in ihrer Handelsbilanz vornehmen⁴⁸.

Dieser Grundsatz gilt indessen nicht für verdeckte Kapitaleinlagen. Gemäss § 6 Abs. 1 Ziff. 5 EStG sind Sacheinlagen ausdrücklich mit dem Teilwert im Zeitpunkt der Zuführung anzusetzen. Dies gilt auch dann, wenn in der Handelsbilanz ein anderer Wert verbucht worden ist. Verdeckte Kapitaleinlagen sind in Deutschland somit kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in der Steuerbilanz offenzulegen⁴⁹.

4.3.5 Beurteilung

4.3.5.1 Vorbemerkung

Mit Ausnahme von GURTNER⁵⁰ äussert sich die zitierte herrschende Lehre nicht ausdrücklich zur Frage, in welchem Verhältnis eine steuerliche Offenlegung verdeckter Kapi-

tal einlagen zum Massgeblichkeitsprinzip steht. So wird namentlich nicht darauf eingegangen, wo die Grenze zwischen einer Bindung der steuerpflichtigen Person an ihre Handelsbilanz und der Freiheit von ihrer Handelsbilanz zu ziehen ist.

Als Richtschnur für die Abgrenzung dieser beiden Grundsätze muss zweifelsohne der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dienen. Das Leistungsfähigkeitsprinzip gilt als Fundamentalprinzip unserer Steuerordnung. Es ist ein verfassungsmässiges Recht und zusammen mit den Grundsätzen der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung ausdrücklich in Art. 127 Abs. 2 BV verankert. Es soll Steuergerechtigkeit, namentlich eine gerechte Verteilung der Steuerlasten gemäss der persönlichen Leistungsfähigkeit jeder steuerpflichtigen Person garantieren. Das Massgeblichkeitsprinzip wie auch der Grundsatz der Steuerneutralität von Kapitaleinlagen sind aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip abgeleitete Unterprinzipien, die nur unter Berücksichtigung ihres Fundaments ausgelegt werden dürfen.

4.3.5.2 Massgeblichkeitsprinzip⁵¹

4.3.5.2.1 Grundsatz

Das Massgeblichkeitsprinzip wird im schweizerischen Gewinnsteuerrecht dem Verweis auf den Saldo der Erfolgsrechnung in Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG⁵² und den entsprechenden kantonalen Bestimmungen entnommen. Es besagt, dass das Ergebnis der handelsrechtskonformen Erfolgsrechnung auch für die steuerliche Gewinnermittlung massgebend ist, sofern keine steuerrechtlichen Korrekturvorschriften ein Abweichen vom handelsrechtlichen Gewinnausweis erlauben⁵³.

Steuerrechtliche Korrekturvorschriften sind notwendig, um den unterschiedlichen Zielsetzungen der handelsrechtlichen und steuerlichen Gewinnermittlung Rechnung zu tragen. Die handelsrechtliche Gewinnermittlung ist nach geltendem Recht auf dem Gläubigerschutz- und Vorsichtsprinzip aufgebaut. Die handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften sind deshalb Höchstansätze, die nicht über-

48 Vgl. zur Rechtslage in der Schweiz Ziff. 4.3.5.2.2, unten. Eine Übersicht über die Situation in Deutschland gibt auch GURTNER 82 ff.

49 Vgl. zum Ganzen namentlich BRIGITTE KNOBBE-KEUK, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Auflage, Köln 1993, 184 f.; PETER QUANTSCHNIGG, Bilanzierungsprobleme im Zusammenhang mit verdeckter Gewinnausschüttung und verdeckten Einlagen, in: Probleme des Steuerbilanzrechts, hrsg. von Werner Doralt im Auftrag der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. (DStJG Bd. 14), Köln 1991, 47 ff., insb. 60.

50 Nach GURTNER, 89, sind Kapitaleinlagen «nötigenfalls in Durchbrechung des Massgeblichkeitsprinzips» zum Verkehrswert in die Steuerbilanz einzustellen. Offenbar will er es damit vollständig ins Belieben des Steuerpflichtigen stellen, Kapitalein-

lagen in der Handelsbilanz oder nur in der Steuerbilanz offenzulegen.

51 Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, die Diskussionen über die Zukunft des Massgeblichkeitsprinzips, die durch den Entwurf des Bundesgesetzes über die Rechnungslegung und Revision (RRG) ausgelöst wurden, in die Beurteilung einzubeziehen. Den nachfolgenden Ausführungen ist deshalb ausschliesslich die geltende Rechtslage zugrunde gelegt.

52 Nach Art. 58 Abs. 1 Bst. a DBG besteht der steuerbare Gewinn u.a. aus «a) dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Saldovortrages des Vorjahres».

53 Vgl. u.v. BLUMENSTEIN/LOCHER 239 f.; CAGIANUT/HÖHN § 4 N 26 ff.; GURTNER 77; REICH, Realisation, 41 ff.

schritten, im Rahmen einer vorsichtigen Bewertung aber unterschritten werden dürfen. Die steuerliche Gewinnermittlung hat dagegen zum Ziel, den tatsächlichen, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der steuerpflichtigen Person entsprechenden Gewinn festzustellen⁵⁴. Der «willkürliche» handelsrechtliche Gewinn muss deshalb im Hinblick auf diese Zielsetzung korrigiert werden.

Die steuerrechtlichen Korrekturvorschriften können sich zugunsten wie zuungunsten der steuerpflichtigen Person auswirken⁵⁵. Sie stützen sich vor allem auf zwei grundlegende Prinzipien des Gewinnsteuerrechts.

- Das *Totalgewinnprinzip* besagt, dass ein Unternehmen während seiner ganzen Lebensdauer auf nicht mehr als seinem tatsächlich erwirtschafteten Gewinn Steuern entrichten sollte⁵⁶. Der Totalgewinn entspricht dabei der Differenz zwischen dem Schluss- und dem Anfangskapital eines Unternehmens, zuzüglich sämtlicher Kapitalentnahmen und abzüglich sämtlicher Kapitaleinlagen⁵⁷. Um ein Unternehmen auf seinem Totalgewinn erfassen zu können, müssen erfolgswirksam verbuchte Kapitalentnahmen und Kapitaleinlagen zum handelsrechtlichen Gewinn hinzugerechnet bzw. davon abgezogen werden.
- Gemäss dem *Periodizitätsprinzip* entspricht der steuerbare Gewinn dem in der betreffenden Steuerperiode tatsächlich erwirtschafteten Gewinn. Die Korrekturen, die dem Periodizitätsprinzip Rechnung tragen, haben zum Zweck, der unbegrenzten zeitlichen Verschiebung des Gewinnausweises einen Riegel vorzuschieben. Zu dieser Art von Korrekturvorschriften gehören vor allem die Bestimmungen über die steuerlich zulässigen Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen⁵⁸.

Dem Totalgewinnprinzip kommt aus Sicht des Leistungsfähigkeitsprinzips ein höherer Stellenwert zu als dem Periodizitätsprinzip. Mit dem Totalgewinnprinzip wird die Frage beantwortet, was überhaupt zum steuerbaren Gewinn eines Unternehmens gezählt werden darf. Das Periodizitäts-

prinzip dient dazu, den Totalgewinn möglichst sachgerecht auf die einzelnen Steuerperioden zu verteilen⁵⁹.

4.3.5.2.2 Zur Verbindlichkeit der Handelsbilanz im Besonderen

Das Massgeblichkeitsprinzip führt nach Lehre und Praxis zu einer Verbindlichkeit der Handelsbilanz sowohl für die Steuerbehörden wie auch für die steuerpflichtige Person⁶⁰.

Die Steuerbehörden sind an eine handelsrechtskonforme Erfolgsrechnung gebunden und dürfen davon nur abweichen, wenn steuerrechtliche Korrekturvorschriften zur Anwendung kommen. Der Steuerpflichtige kann namentlich nicht gezwungen werden, steuerlich einen höheren als den nach Handelsrecht maximal zulässigen Gewinn auszuweisen. Handelsrechtswidrige Ansätze sind im Gegenteil von den Steuerbehörden zu korrigieren. Bei Aktivierungswahlrechten, die das Handelsrecht zur Verfügung stellt, sind die Steuerbehörden an die in der Handelsbilanz getroffene Wahl gebunden⁶¹.

Für die steuerpflichtige Person ist die Handelsbilanz gemäss Lehre und Praxis vor allem in zwei Fällen verbindlich. Erstens ist die steuerpflichtige Person an eine einmal an die Steuerbehörden eingereichte Handelsbilanz gebunden; sie darf diese nicht beliebig wieder abändern und einen handelsrechtskonformen Ansatz aus steuerlichen Gründen durch einen anderen handelsrechtskonformen Ansatz ersetzen. Es gilt das Verbot von Bilanzänderungen⁶². Zweitens darf sie in ihrer Steuererklärung grundsätzlich keine Buchungen geltend machen, die nicht auch in der Handelsbilanz enthalten sind. So ist die steuerpflichtige Person bei Aktivierungswahlrechten an ihre handelsrechtliche Wahl gebunden und kann nicht für steuerliche Zwecke eine andere Wahl vornehmen⁶³. Zudem gilt der Grundsatz der Buchmässigkeit von Abschreibungen, Rückstellungen und Wertberichtigungen. Er besagt, dass steuerlich zulässige Abschreibungen, Rückstellungen und Wertberichtigungen bereits in der Handelsbilanz geltend gemacht werden müs-

54 CAGIANUT/HÖHN § 4 N 163; GURTNER 47; REICH, Realisation, 40.

55 REICH, Steuerfolgen, 512; SPORI, Massgeblichkeit, 116.

56 BRÜLSAUER/KUHN Art. 58 N 40; REICH, Realisation, 45. Vgl. auch PETER GURTNER, Die Steuerbilanz als wirtschaftspolitisches Lenkungsinstrument – Würdigung der wehrsteuerlichen Erleichterungen zur Milderung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten, ASA 47 (1977/78) 561 ff., insb. 567.

57 Das Totalgewinnprinzip wird im schweizerischen Gewinnsteuerrecht allerdings nicht konsequent befolgt und vor allem durch die befristete Verlustverrechnung und den fehlenden Verlustrücktrag durchbrochen. Vgl. dazu BERNHARD FELIX SCHÄRER, Verlustverrechnung von Kapitalgesellschaften im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht, Diss. Zürich 1997, insb. 37 ff., mit Nachweisen.

58 BRÜLSAUER/KUHN Art. 58 N 41; REICH, Realisation, 45 f.

59 BRÜLSAUER/KUHN Art. 58 N 42 (vgl. Bemerkung in Anm. 34, vorne).

60 BEHNISCH 25 ff.; BLUMENSTEIN/LOCHER 239 f.; REICH, Realisation, 41 f.

61 Vgl. zum Ganzen u.a. BEHNISCH 25 f.; BLUMENSTEIN/LOCHER 239 f.; CAGIANUT/HÖHN § 4 N 55 ff.; REICH, Realisation, 41 f.; A. WEBER 57. Zugunsten der Steuerpflichtigen darf und muss die Steuerbehörde jedoch nur bei offensichtlichen, ins Auge springenden Verstössen gegen zwingendes Handelsrecht von der eingereichten Handelsbilanz abweichen: VGE ZH 17. Dezember 1997, StE 1998 B 72.11 Nr. 7. Eine Korrektur vorgenommen hat dagegen die Steuerrekurskommission Bern im Entscheid vom 10. April 1990, StE 1991 B 72.12 Nr. 3.

62 BLUMENSTEIN/LOCHER 239; CAGIANUT/HÖHN § 4 N 68; A. WEBER 92 f.

63 BEHNISCH 25.

sen und nicht einzig in der Steuerbilanz verbucht werden können⁶⁴. Ähnlich wie in Deutschland sind steuerliche Wahlrechte somit bereits in der Handelsbilanz auszuüben⁶⁵. Im Unterschied zu Deutschland ist die umgekehrte Massgeblichkeit aber nicht ausdrücklich gesetzlich verankert, sondern wurde von Lehre und Praxis in Auslegung aus dem gesetzlichen Verweis auf die handelsrechtliche Erfolgsrechnung ermittelt⁶⁶. Dies wird bei der Abwägung der beiden Grundsätze zu beachten sein.

4.3.5.3 Grundsatz der Steuerneutralität von Kapitaleinlagen

Kapitaleinlagen sind Leistungen, die ein Gesellschafter der Gesellschaft in seiner Funktion als Beteiligter erbringt. Sie können von den Aktionären in bar oder in Sachwerten, anlässlich der Gesellschaftsgründung, einer Kapitalerhöhung oder als Zuschuss à fonds perdu erbracht werden. Offene Kapitaleinlagen werden in der Handelsbilanz mit ihrem tatsächlichen Wert verbucht. Bei verdeckten Kapitaleinlagen wird die Differenz zwischen dem wirklichen Wert und dem Einbringungswert in der Handelsbilanz nicht offengelegt. Eine verdeckte Kapitaleinlage entsteht häufig durch die Unterbewertung von Sacheinlagen.

Kapitaleinlagen sind zum Eigenkapital eines Unternehmens zu zählen; sie sind Voraussetzung und nicht Ergebnis der unternehmerischen Tätigkeit⁶⁷. Art. 60 Bst. a DBG nimmt sie deshalb ausdrücklich vom steuerbaren Gewinn einer Gesellschaft aus. Eine steuerliche Erfassung von Kapitaleinlagen widerspräche dem Grundsatz der Besteuerung eines Unternehmens nach seiner tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dem daraus fließenden Totalgewinnprinzip⁶⁸. Art. 60 Bst. a DBG stellt eine steuerrechtliche Korrekturvorschrift dar, die sich ihrem Wesen nach zugunsten der steuerpflichtigen Person auswirkt.

Aus Sicht des Leistungsfähigkeitsprinzips kann es dabei keine Rolle spielen, ob eine Kapitaleinlage offen oder verdeckt geleistet wird. Das Unternehmen hat in beiden Fällen – unabhängig von der Art und Weise der Verbuchung – die ihm offen oder verdeckt zur Verfügung gestellten Mittel

nicht selber erwirtschaftet. Eine steuerliche Erfassung der verdeckten Kapitaleinlage widerspricht einer Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

4.3.5.4 Konfliktlösung

Mit dem Massgeblichkeitsprinzip werden im schweizerischen Gewinnsteuerrecht vor allem zwei Grundanliegen verbunden. Erstens entspricht das Massgeblichkeitsprinzip dem Bedürfnis nach Einfachheit und Praktikabilität⁶⁹. Aus historischer Sicht geht die Bindung des Steuerrechts an das Handelsrecht in erster Linie auf Praktikabilitätsüberlegungen zurück, war es bei der Einführung der ersten Gewinnsteuern doch am einfachsten, für die steuerliche Gewinnermittlung an die bereits vorhandenen handelsrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften anzuknüpfen⁷⁰. An dieser Situation hat sich bis heute im Grunde nichts geändert. Das Abstellen auf eine genehmigte und revidierte Jahresrechnung bietet den Steuerbehörden namentlich eine gewisse Gewähr für eine korrekte Gewinnermittlung⁷¹. Zweitens wird die Geltung des Massgeblichkeitsprinzips auch mit der Einheit der Rechtsordnung begründet⁷². Für die Aktionäre und Gläubiger einerseits wie für den Fiskus andererseits sollen die gleichen Grundsätze gelten. Der Fiskus soll sich namentlich nicht an einem höheren, aber auch nicht an einem tieferen als dem nach Handelsrecht ermittelten ausschüttbaren Gewinn beteiligen dürfen.

Praktikabilitätsüberlegungen sind im Steuerrecht nicht unzulässig. Der Grundsatz der Praktikabilität dient im Steuerrecht, das Massenfallrecht ist, im Gegenteil dazu, eine rechtsgleiche Besteuerung sicherzustellen. Schematische Lösungen können deshalb unumgänglich sein und dazu führen, dass die Eigenheiten des Einzelfalls vernachlässigt werden müssen⁷³. Auch dem Grundsatz der Praktikabilität sind aber Grenzen gesetzt. Oftmals steht er in einem Spannungsverhältnis zum Leistungsfähigkeitsprinzip⁷⁴. Dieses Spannungsverhältnis muss immer dann zugunsten des höherrangigen Leistungsfähigkeitsprinzips gelöst werden, wenn ansonsten eine sachlich unhaltbare Besteuerung resultierte, die durch eine einfache und praktikable Veranlagung allein nicht gerechtfertigt werden kann⁷⁵.

64 LOCHER, Kommentar, Art. 28 N 12 ff.; REICH/ZÜGER Art. 28 N 8 ff. So neuerdings bestätigt in BGE 6. März 2000, NStP 2000, 46.

65 Vgl. zu Deutschland Ziff. 4.3.4, vorne.

66 BEHNISCH, 27 f., spricht in diesem Zusammenhang von einer Reflexwirkung des Steuerrechts auf das Handelsrecht. Anders BENZ, 247 f., der davon ausgeht, dass die umgekehrte Massgeblichkeit in der Schweiz nicht gilt, wobei er den Begriff der umgekehrten Massgeblichkeit aber auf handelsrechtswidrige steuerliche Wahlrechte beschränkt, was nicht der herrschenden Begriffsbeschreibung entspricht.

67 AGNER/JUNG/STEINMANN Art. 60 N 1; BLUMENSTEIN/LOCHER 241; CAGIANUT/HÖHN § 4 N 19 f.

68 Vgl. dazu Ziff. 4.3.5.2.1, vorne.

69 Dazu neuerdings BEHNISCH 25; SPÖRI, Massgeblichkeit, 109.

70 Vgl. namentlich den historischen Rückblick von PEZZER 16.

71 BEHNISCH 25 f.

72 Dazu neuerdings BEHNISCH 25; SPÖRI, Massgeblichkeit, 109.

73 LOCHER, Kommentar, Vorbemerkungen N 63 ff.; DERS., Praktikabilität, 190 ff. je mit zahlreichen Nachweisen.

74 LOCHER, Praktikabilität, 196 f., mit weiteren Nachweisen; PEZZER 18.

75 LOCHER, Praktikabilität, 190; KLAUS TIPKE, Die Steuerrechtsordnung, Band 1, Köln 1993, 502 mit weiteren Nachweisen.

Verdeckte Kapitaleinlagen, die aus einem steuerfreien Raum kommen, sind ein Sachverhalt, der nicht allzu häufig vorkommt. Als Hauptbeispiele gelten neben der Privatisierung der Sitzwechsel einer juristischen Person vom Ausland in die Schweiz oder – auf kantonaler Ebene – der Wegfall des Holding- oder Domizilprivilegs⁷⁶. Der quantitative Umfang der verdeckten Kapitaleinlage ist – namentlich wenn es um die Einlage eines ganzen Unternehmens geht – häufig beträchtlich. Eine verdeckte Kapitaleinlage kann im Hinblick auf die Besteuerung eines Unternehmens nach seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit deshalb nicht einfach vernachlässigt werden. Verdeckte Kapitaleinlagen fallen schliesslich nicht periodisch, sondern in der Regel nur im Zusammenhang mit einer Gründung oder Kapitalerhöhung an.

Werden die Sachverhalte, anhand derer sich in der Schweiz die umgekehrte Massgeblichkeit entwickelt hat, mit der verdeckten Kapitaleinlage verglichen, ist rasch ersichtlich, dass sich diese nicht auf der gleichen Ebene wie jene befindet. Dieser Umstand dürfte auch der Grund sein, weshalb verdeckte Kapitaleinlagen in Deutschland ausdrücklich von der gesetzlich verankerten umgekehrten Massgeblichkeit ausgenommen sind. Solange am Massgeblichkeitsgrundsatz als solchem festgehalten wird, ist es sachgerecht, das Unternehmen bei seinen handelsrechtlich ausgeübten Aktivierungswahlrechten, Abschreibungen, Rückstellungen und Wertberichtigungen zu behaften. Anders als bei verdeckten Kapitaleinlagen betreffen diese Buchungen den Periodengewinn, dessen Ermittlung jeweils einen grossen Ermessensspielraum offenlässt⁷⁷. Da das Massgeblichkeitsprinzip aus Sicht der Steuerbehörden vor allem eine Beweisfunktion hat⁷⁸, ist es gerechtfertigt, die steuerpflichtige Person in diesen Fällen an ihre handelsrechtliche Ermessensausübung zu binden. Sie kann gegenüber den Steuerbehörden nicht ein anderes Ermessen als gegenüber ihren Aktionären und Gläubigern geltend machen⁷⁹. Die mit dem Massgeblichkeitsprinzip bezweckte praktikable Veranlagung würde ansonsten verunmöglicht. Anders stellt sich die Situation aber bei verdeckten Kapitaleinlagen, die aus einem steuerfreien Raum kommen, dar. Bei der Frage, ob verdeckte Kapitaleinlagen in der Steuerbilanz offenge-

legt werden können, geht es weder um die Feststellung des richtigen Periodengewinns noch um eine Ermessensausübung. Die Korrektur verdeckter Kapitaleinlagen ist notwendig, um zum tatsächlichen steuerlichen Totalgewinn zu gelangen⁸⁰. Da verdeckte Kapitaleinlagen eher selten vorkommen, aber ein beträchtliches Ausmass annehmen können, sind sie einer praktikablen Veranlagung der steuerpflichtigen Person nicht im Wege. Praktikabilitätsüberlegungen können nicht angerufen werden, um eine Aufdeckung verdeckter Kapitaleinlagen in der Steuerbilanz zu verweigern. Der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit muss vorgehen.

An diesem Ergebnis ändert auch das zweite Grundanliegen des Massgeblichkeitsprinzips, die Kongruenz des handelsrechtlichen und steuerlichen Gewinnausweises, nichts. Die Anknüpfung des Steuerrechts an das Handelsrecht versagt immer dort, wo spezifisch steuerrechtliche Vorgänge bilanziell nachvollzogen werden müssen, die handelsrechtlich nicht derselben Wertung unterliegen. Der Wechsel eines Unternehmens von einem steuerfreien in einen steuerpflichtigen Raum stellt einen solchen Vorgang dar. Die Notwendigkeit einer Offenlegung der übernommenen stillen Reserven ist in diesem Fall einzig durch das Steuerrecht bedingt. Aus handelsrechtlicher Sicht kann sich die Interessenlage völlig anders darstellen. Im Rahmen einer Privatisierung kann aus handelsrechtlicher Sicht namentlich das Interesse an der Bilanzkontinuität im Vordergrund stehen. Ein Unternehmen, das privatisiert wird, bleibt unverändert bestehen und ändert lediglich seine Rechtsform. Steht aus handelsrechtlicher Sicht die unveränderte Fortführung des Unternehmens im Vordergrund, ist eine Anpassung der Buchwerte des Unternehmens an die wirklichen Werte nicht angebracht⁸¹. Das Handelsrecht lässt dem privatisierten Unternehmen die Entscheidung denn auch offen, ob es zu den bisherigen oder den höheren tatsächlichen Werten weitergeführt werden soll. Müsste die steuerpflichtige Person in jedem Fall ihre steuerlichen Interessen über ihre divergierenden handelsrechtlichen Interessen stellen, würde dem Massgeblichkeitsprinzip und namentlich der umgekehrten Massgeblichkeit eine durch nichts gerechtfertigte Vorrangstellung eingeräumt. Eine solche Vorrangstellung

76 In den letzteren beiden Fällen wird eine Offenlegung der stillen Reserven in der Steuerbilanz grundsätzlich zugelassen, wobei sich diese beiden Sachverhalte von demjenigen der Privatisierung in aller Regel dadurch unterscheiden, dass eine Offenlegung sämtlicher stiller Reserven in der Handelsbilanz aus handelsrechtlicher Sicht unzulässig ist. Zur Sitzverlegung ausdrücklich NEUHAUS Ziff. 2.2.2. Vgl. zum Ganzen auch CHARLES-F. CONSTANTIN, Die steuerrechtliche Abrechnung bei Änderungen der Besteuerungsregelung einer Unternehmung, in: Markus Reich/Martin Zweifel (Hrsg.), Das schweizerische Steuerrecht, Eine Standortbestimmung, FS für Ferdinand Zuppinger, Bern 1989, 313 ff. Anders hinsichtlich des Wegfalls des Holdingprivilegs Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, § 73 N 20, deren Aussage aber nicht überzeugt.

77 REICH, Realisation, 45.

78 BEHNISCH 25 f.; REICH, Realisation, 42 f.

79 REICH, Realisation, 42 f.

80 Vgl. dazu Ziff. 4.3.5.2.1, vorne.

81 Die Fortführung der Identität und die Kontinuität der Rechtsträgerschaft wird für die Privatisierung öffentlicher Institute auch vom Fusionsgesetz besonders betont. Eine Kontinuität des Rechtsträgers, des Vermögens und der Mitgliedschaft besteht dabei auch bei der übertragenden Umwandlung, die bei der Privatisierung öffentlicher Institute im Vordergrund stehen dürfte: KLÄY/TURIN 28 f.

kann dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung nicht entnommen werden.

Anders als die ESTV annimmt, ist die Errichtung einer Steuerbilanz im Falle einer Privatisierung somit nicht einzig auf den Fall zu beschränken, wo das Privatrecht die Aktivierung der Einlage in der Handelsbilanz ausdrücklich untersagt. Eine Bindungswirkung muss immer dann wegfallen, wenn sie infolge der unterschiedlichen Zwecke der handelsrechtlichen und steuerlichen Gewinnermittlung zu unsachgemässen Resultaten führte. Bestehen sachliche Gründe, um im Falle einer Privatisierung auf eine Offenlegung stiller Reserven in der Handelsbilanz zu verzichten, sind diese von den Steuerbehörden zu akzeptieren⁸².

Dieses Resultat muss erst recht nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes gelten. Das Fusionsgesetz stellt mit dem Inventar ein Instrument zur Verfügung, das auch für steuerliche Zwecke dienstbar gemacht werden kann. Anders als in der Botschaft des Bundesrates ausgeführt, ist eine Offenlegung der stillen Reserven einzig im Inventar nach dem oben Ausgeführten nicht nur dann zuzulassen, wenn eine Aufwertung in der Handelsbilanz untersagt ist, sondern immer dann, wenn die Handelsbilanz aus sachlichen Gründen eine andere Ausgestaltung erfahren hat.

Schliesslich bleibt die Frage zu beantworten, ob eine steuerliche Offenlegung verdeckter Kapitaleinlagen auch erst nachträglich, namentlich im Zeitpunkt des Verkaufs eines eingebrachten Gutes, geltend gemacht werden kann. Eine verdeckte Kapitaleinlage ändert ihren Charakter durch den Zeitablauf nicht. Die Mittel, die einem Unternehmen durch eine verdeckte Kapitaleinlage zur Verfügung gestellt werden, behalten für das Unternehmen den Charakter von nicht selber erwirtschafteten Zugängen. Aus Sicht des Leistungsfähigkeitsprinzips müssten verdeckte Kapitaleinlagen somit jederzeit steuerlich erfolgsneutral offengelegt werden können. Mit zunehmendem Zeitablauf kommt allerdings dem Praktikabilitätsaspekt, der auch bei dieser Frage mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip in Konflikt steht, eine grössere Bedeutung zu. Eine beliebige Nachführung verdeckter Kapitaleinlagen zu einem späteren Zeitpunkt ist deshalb abzulehnen. Anders stellt sich die Situation dar, wenn das Unternehmen nach relativ kurzer Zeit feststellt, dass die von ihm im Zeitpunkt der Privatisierung vorgenommene Bewertung des Unternehmens mangelhaft war

und dadurch ohne Wissen und Willen zu niedrige Werte ermittelt wurden. In diesem Fall sollte es dem Unternehmen gestattet werden, die verdeckte Kapitaleinlage in der Steuerbilanz offenzulegen, vorausgesetzt, die Offenlegung wird unmittelbar nach Entdeckung der mangelhaften Bewertung gegenüber den Steuerbehörden geltend gemacht. Die Beweislast für den Nachweis, dass die Verkehrswerte im Zeitpunkt der Privatisierung tatsächlich höher waren, liegt auch in diesem Fall selbstredend bei der steuerpflichtigen Person.

5 Fazit

Das Massgeblichkeitsprinzip ist kein absoluter Grundsatz; es kann nur unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gesamtrahmens zum Tragen kommen. Keine Anwendung kann es dann finden, wenn es zu offensichtlich verfassungswidrigen Beteuerungen führt. Eine solche Situation liegt bei verdeckten Kapitaleinlagen, die aus einem steuerfreien Raum kommen, in aller Regel vor. Ihre Besteuerung ist mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip nicht vereinbar. Dem steht der Grundsatz der Verbindlichkeit der Handelsbilanz für die steuerpflichtige Person nicht entgegen. Dieser hat zurückzutreten, wenn die steuerpflichtige Person aus sachlichen Gründen in der Handelsbilanz andere Ansätze wählt und dem Wechsel im Steuerstatus wegen der divergierenden steuerrechtlichen und handelsrechtlichen Interessen nicht Rechnung tragen kann. Mit einem strikten Festhalten an der Bindungswirkung des Massgeblichkeitsprinzips würde diesem Grundsatz ansonsten eine – absolute – Bedeutung zugemessen, die ihm nicht zukommt.

Literatur und Materialien

AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995

BEHNISCH URS, Zur Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992 – 1997, Versuch einer Bilanz, FS für Rolf Bär, Bern 1998, 21 ff.

BENZ ROLF, Handelsrechtliche und steuerrechtliche Grundsätze ordnungsmässiger Bilanzierung, Diss. Zürich 2000 (Schriften zum Steuerrecht, Heft 2)

BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des Steuerrechts, 5. Auflage, Zürich 1995

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996 (zit.: Aktienrecht)

82 Der rechtsgenügende Beweis für von der Handelsbilanz abweichende tatsächliche Werte muss als steuermindernder Faktor vom Steuerpflichtigen erbracht werden. Der Einwand der ESTV, dass nur die handelsrechtliche Eröffnungsbilanz von einer besonders befähigten Revisorin oder einem besonders befähigten Revisor geprüft werde und die Steuerbehörde deshalb nicht die Möglichkeit habe, in der Steuerbilanz geltend gemachte höhere Übernahmewerte zu kontrollieren, ist deshalb nicht stichhaltig.

- Die Transponierungstheorie, Überlegungen zur neueren Bundesgerichtspraxis bei Sachwerteinbringungen und zur «wirtschaftlichen Betrachtungsweise», ASA 47 (1978/79), 31 ff. (zit.: Transponierungstheorie)
- Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff.
- BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, Kommentar zu Art. 57–60 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, Basel 2000
- CAGIANUT FRANCIS/HÖHN ERNST, Unternehmungssteuerrecht, 3. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1993
- GRETER MARCO, Kommentar zu Art. 56 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, Basel 2000
- GURTNER PETER, Neue Rechnungslegung – Prinzipielle Massgeblichkeit oder eigenständige Steuerbilanz?, ASA 69 (2000/2001), 63 ff.
- HANDSCHIN LUKAS/SIEGENTHALER THOMAS, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, SJZ 96 (2000), 405 ff.
- KÄNZIG ERNST, Steuerbarer Ertrag und steuerfreie Kapitaleinlagen bei Kapitalgesellschaften, ASA 39 (1970/71), 81 ff.
- KLÄY HANSPETER/TURIN NICHOLAS, Der Entwurf zum Fusionsgesetz, REPRAX 2001/1, 1 ff.
- KUSTER RETO, Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken, Diss. Zürich 1998
- LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1–48 DBG, Therwil/Basel 2001 (zit.: Kommentar)
- Steuerrechtliche Aspekte der Privatisierung, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1997, 241 ff. (zit.: Aspekte)
 - Praktikabilität im Steuerrecht, in: Francis Cagianut/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, FS für Ernst Höhn, Bern/Stuttgart/Wien 1995 (zit.: Praktikabilität)
- NEUHAUS HANS-JÜRGEN, Unterlagen zum Kammer-Seminar vom 29./30. Juni 2000 in Montreux, Aktuelle Probleme des schweizerischen Steuerrechts, Massgeblichkeitsprinzip (nicht publiziert)
- PEZZER HEINZ-JÜRGEN, Bilanzierungsprinzipien als sachgerechte Massstäbe der Besteuerung, in: Probleme des Steuerbilanzrechts, hrsg. von Werner Doralt im Auftrag der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. (DStJG Bd. 14), Köln 1991, 3 ff.
- REICH MARKUS, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983 (zit.: Realisation)
- Die Steuerfolgen der Aktienveräusserung nach Umwandlung eines Personenunternehmens in eine Aktiengesellschaft, StR 33 (1978), 496 ff. (zit.: Steuerfolgen)
 - Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54 (1985/86), 609 ff. (zit.: Vorteilszuwendungen)
- REICH MARKUS/ZÜGER MARINA, Kommentar zu Art. 27–31 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1–82, Basel 2000
- SCHÄRRER ERWIN, Von Kapitaleinlagen und Gewinnausschüttungen und deren steuerlichen Behandlung bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär, ASA 43 (1974/75), 273 ff.
- SIMONEK MADELEINE, Steuerbefreiung und Privatisierung, Ein Diskussionsbeitrag zur Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke, ST 2000, S. 230 ff. (zit.: Steuerbefreiung)
- Steuerrechtliche Aspekte der Überführung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, S. 85 ff. (zit.: Aspekte)
- SPORI PETER, Differenzierte Massgeblichkeit bei «getreuer Darstellung», ASA 69 (2000/01), 105 ff. (zit.: Massgeblichkeit)
- Umwandlung öffentlicher Unternehmen, Tagungsunterlagen zum IFF-Seminar über Unternehmensbesteuerung vom 8./9. April 1997, St. Gallen (nicht publiziert) (zit.: Umwandlung)
- SCHWEIZER HANDBUCH DER WIRTSCHAFTSPRÜFUNG, Bd. 1, Zürich 1998 (zit.: Wirtschaftsprüferhandbuch)
- SCHWITTER GAUDENZ, Die Privatisierung von Kantonalbanken, Rechtliche Aspekte der Privatisierung öffentlicher Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung der Kantonalbanken, Diss. Freiburg i.Ue. 2000
- WEBER ARNOLD, Das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz, Bern 1979
- WEBER ROLF H., Fragen der Vermögensübertragung bei der Überführung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger, in: Tobias Jaag (Hrsg.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zürich 2000, 67 ff.

WEIDMANN HEINZ/BÜHLER JOSEF, Die steuerliche Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen und verdeckter Kapitaleinlagen, StR 39 (1984), 315 ff.

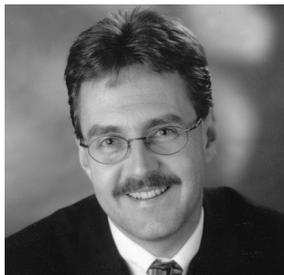
WÜRTH WENDOLIN K., Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften, Diss. St.Gallen 1973

ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN/FESSLER FERDINAND/REICH MARKUS, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband zum Kommentar Bd. I – IV, Zürich 1977

YERSIN DANIELLE, Apports et retraits de capital propre et bénéfice imposable, Diss. Lausanne 1977 (zit.: Apports)
– Quelques réflexions sur l'apport de biens à une entreprise, ASA 49 (1980/81), 609 ff. (zit.: Réflexions)

Entlastung von Quellensteuern auf Zinsen und Dividenden bei Anlagefonds und Anteilsinhabern

Dr. iur. Toni Hess



Dr. iur. Toni Hess, Leiter des Rechtsdiensts der Kantonalen Steuerverwaltung Graubünden, Chur; Träger des Blumenstein-Preises 2001

Inhalt*

1	Zielsetzung und Vorgehensweise		
1.1	Zielsetzung		
1.2	Vorgehensweise		
2	Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer		
2.1	Verrechnungssteuer auf an Anlagefonds ausgeschüttete Vermögenserträge		
2.1.1	Entlastung der Anlagefonds von der Verrechnungssteuer		
2.1.1.1	Schweizerische Ausschüttungsfonds		
2.1.1.2	Schweizerische Thesaurierungsfonds		
2.1.1.3	Ausländische Anlagefonds		
2.1.1.4	Luxemburgische sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)		
2.1.2	Rückerstattung der Verrechnungssteuer an Anteilsinhaber		
2.1.2.1	Anteilsinhaber mit Wohnsitz in der Schweiz		
2.1.2.1.1	Bei schweizerischen Anlagefonds		
2.1.2.1.2	Bei ausländischen Anlagefonds		
2.1.2.2	Anteilsinhaber mit Wohnsitz im Ausland		
2.2	Verrechnungssteuer auf an Anteilsinhaber ausgeschüttete Vermögenserträge		
2.2.1	Übersicht		
2.2.2	Rückerstattung der Verrechnungssteuer an schweizerische Anteilsinhaber		
2.2.2.1	Ausschüttende Anlagefonds		
2.2.2.2	Thesaurierungsfonds: Kündigung des Kollektivanlagevertrages und Auflösung des Anlagefonds		
2.2.3	Entlastung ausländischer Anteilsinhaber von der Verrechnungssteuer		
2.2.3.1	Verrechnungssteuerbelastete Anteilserträge entstammen zu mindestens 80 % ausländischen Quellen		
2.2.3.1.1	Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 27 VStG		
2.2.3.1.1.1	Art. 27 VStG als Systembruch		
2.2.3.1.1.2	Ausländische Anteilsinhaber		
2.2.3.1.1.3	80 %-Grenze		
2.2.3.1.1.4	Umfang der Rückerstattung		
2.2.3.1.1.5	Abgrenzung gegenüber Affidavit-Verfahren		
2.2.3.1.2	Affidavit-Verfahren		
2.2.3.1.2.1	Grundsätzliches		
2.2.3.1.2.2	Begriff des ausländischen Anteilsinhabers		
2.2.3.1.2.3	Affidavit: Höhe der Ausschüttung		
2.2.3.2	Verrechnungssteuerbelastete Anteilserträge entstammen zu weniger als 80 % ausländischen Quellen		
2.3	Vorgehensweise bei Rückerstattung der Verrechnungssteuer		
3	Entlastung von den ausländischen Quellensteuern		
3.1	Quellensteuer auf an Anlagefonds ausgeschüttete Vermögenserträge		
3.1.1	Entlastung der Anlagefonds von den ausländischen Quellensteuern		
3.1.1.1	Bei schweizerischen Ausschüttungsfonds mit Affidavit-Schlussabrechnung		
3.1.1.1.1	Entlastung auf dem Rückerstattungsweg		
3.1.1.1.1.1	In der Schweiz ansässige Anteilsinhaber		
3.1.1.1.1.2	Im Ausland ansässige Anteilsinhaber		
3.1.1.1.2	Entlastung an der Quelle mit Steurrückbehalt		
3.1.1.1.2.1	Australien, Japan und Kanada		
3.1.1.1.2.2	USA – bis 31. Dezember 2000		
3.1.1.1.2.3	USA – ab 1. Januar 2001		
3.1.1.2	Bei schweizerischen Ausschüttungsfonds ohne Affidavit-Schlussabrechnung		
3.1.1.2.1	Kein Rückerstattungsanspruch zugunsten des Anlagefonds		
3.1.1.2.2	Verfahren bei Entlastung an der Quelle mit Steurrückbehalt		
3.1.1.3	Bei schweizerischen Thesaurierungsfonds		
3.1.1.3.1	Kein Rückerstattungsanspruch zugunsten des Anlagefonds		
3.1.1.3.2	Verfahren bei Entlastung an der Quelle mit Steurrückbehalt		
3.1.2	Rückerstattung der Quellensteuer an Anteilsinhaber		
3.1.2.1	In der Schweiz ansässige Anteilsinhaber		
3.1.2.1.1	Bei schweizerischen Investmentunternehmen		
3.1.2.1.2	Bei ausländischen Investmentunternehmen		
3.1.2.2	Im Ausland ansässige Anteilsinhaber		
3.2	Quellensteuer auf an Anteilsinhaber ausgeschüttete Vermögenserträge		
	Literatur		

* Der Autor vertritt in diesem Beitrag seine persönliche Meinung.

1 Zielsetzung und Vorgehensweise

1.1 Zielsetzung

Die meisten Staaten erheben auf Dividenden und Zinsen eine Quellensteuer. Gleichzeitig besteuern sie die Dividenden/Zinsen als Einkommen. Der vorliegende Aufsatz will aufzeigen, wie die Entlastung der Anlagefonds sowie ihrer Anteilsinhaber von der schweizerischen Verrechnungssteuer und den ausländischen Quellensteuern nach Massgabe des internen und des zwischenstaatlichen Rechts erfolgt.

1.2 Vorgehensweise

Bei der Behandlung der Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer bzw. den ausländischen Quellensteuern muss zwischen der *Ebene der Anlagefonds* und der *Ebene der Anteilsinhaber* unterschieden werden. Einerseits nämlich können Verrechnungs- bzw. Quellensteuern bereits bei den Zuflüssen zu den Anlagefonds einbehalten worden sein. Andererseits unterliegen Ausschüttungen der Anlagefonds an ihre Anteilsinhaber ebenfalls der schweizerischen Verrechnungssteuer bzw. den ausländischen Quellensteuern. Unter dem Begriff Entlastung werden in dieser Arbeit sowohl die *Rückerstattung* als auch die *Entlastung an der Quelle* verstanden.

Aus systematischen Gründen wird folgende Darstellungsweise gewählt: Zunächst wird die *Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer*¹ dargelegt, um alsdann die *Entlastung von den ausländischen Quellensteuern*² zu erörtern. Innerhalb dieser beiden Themenkreise wird zwischen den zwei obgenannten Ebenen unterschieden und jeweils geprüft, ob dem Anlagefonds als solchem oder den einzelnen – schweizerischen oder ausländischen – Anteilsinhabern ein Entlastungsanspruch zusteht.

2 Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer

2.1 Verrechnungssteuer auf an Anlagefonds ausgeschüttete Vermögenserträge

Investiert ein Anlagefonds in Obligationen, Aktien etc., die von einem Inländer ausgegeben werden, unterliegen die betreffenden Erträge grundsätzlich der Verrechnungssteuer.

2.1.1 Entlastung der Anlagefonds von der Verrechnungssteuer

2.1.1.1 Schweizerische Ausschüttungsfonds

Die *Fondsleitung oder Depotbank*, welche die Verrechnungssteuer auf den Erträgen von Anteilen an einem Anlagefonds gemäss Art. 10 Abs. 2 VStG entrichtet, hat gestützt auf Art. 26 VStG für Rechnung des Fonds Anspruch auf Rückerstattung der gesamten zu seinen Lasten abgezogenen Verrechnungssteuer.

Gemäss *Praxis der ESTV* kann sich ein Anlagefonds, unabhängig davon, ob er Ausschüttungen vornimmt oder nicht, auf Art. 26 VStG berufen³.

Da der Rückerstattungsanspruch im Sinne von Art. 26 VStG lediglich an die Voraussetzung anknüpft, dass die Fondsleitung oder Depotbank⁴ auf den Erträgen von Anteilen an einem schweizerischen Anlagefonds die Verrechnungssteuer entrichtet, besteht er unabhängig davon, ob die Anteilsinhaber ihren Wohnsitz in der Schweiz oder im Ausland haben.

Der Antrag kann frühestens nach Ablauf des Kalenderjahres (oder des Geschäftsjahres), in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist, gestellt werden⁵. Der Anspruch auf Rückerstattung erlischt, wenn der Antrag nicht innert drei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist, gestellt wird⁶.

Der Rückerstattungsanspruch kann der ESTV in Form eines sog. *Globalantrages* eingereicht werden, sofern in der Fondsrechnung die verrechnungssteuerbelasteten Zinsen und Dividenden je gesondert verbucht werden. Es müssen dann im Antrag nur je das Total der Konti «der Verrechnungssteuer unterliegende Zinsen» und «der Verrechnungssteuer unterliegende Dividenden» eingesetzt werden, ohne detaillierte Angaben über die den Ertrag abwerfenden Titel und die Coupon- oder Zinsfälligkeiten⁷.

Macht der berechtigte schweizerische Anlagefonds glaubhaft, dass sich sein für das ganze Jahr berechneter Rückerstattungsanspruch auf mindestens Fr. 4000.– belaufen wird, gewährt ihm die ESTV auf Antrag *Abschlagsrückerstattungen*⁸. Diese kommen den Steuerpflichtigen entgegen und halten deren Zinsverlust in Grenzen. Es handelt sich dabei um pauschalierte Anzahlungen. Die Abschlagsrückerstattungen werden jeweils auf das Ende der ersten drei Vierteljahre geleistet und grundsätzlich so bemessen,

1 Vgl. 2.

2 Vgl. 3.

3 Vgl. Hess, S. 493.

4 Vgl. Art. 10 Abs. 2 VStG.

5 Art. 29 Abs. 2 VStG.

6 Art. 32 Abs. 1 VStG.

7 PFUND/ZWAHLEN, Art. 26 N 7.

8 Art. 65 Abs. 1 VStV; vgl. auch PFUND/ZWAHLEN, Art. 26 N 8 und Art. 29 N 4.12.

dass sie annähernd je einem Viertel des *voraussichtlichen Rückerstattungsanspruchs* des betreffenden Kalender- oder Geschäftsjahres entsprechen⁹. Für den Antrag auf Verrechnungssteuer-Abschlagsrückerstattungen ist das Formular 21 zu verwenden. Wer Abschlagsrückzahlungen erhalten hat, ist verpflichtet, innert drei Monaten nach Ablauf des betreffenden Kalender- bzw. Geschäftsjahres einen vollständigen Rückerstattungsantrag einzureichen und in ihm die erhaltenen Abschlagsrückerstattungen anzugeben¹⁰.

2.1.1.2 Schweizerische Thesaurierungsfonds

Gemäss *Praxis der ESTV* haben auch die Fondsleitungen von Thesaurierungsfonds einen Rückerstattungsanspruch¹¹. Diese Praxis hat ihren Grund darin, dass bei einer allfälligen Kündigung des Kollektivanlagevertrages und bei einer Liquidation des Thesaurierungsfonds die Verrechnungssteuer auf dem Teil des Rücknahmepreises bzw. Liquidationserlöses geschuldet ist, der dem Konto «zurück-behaltene Erträge» belastet wird¹².

2.1.1.3 Ausländische Anlagefonds

Der auf Art. 26 VStG basierende Rückerstattungsanspruch kommt lediglich dann zum Tragen, wenn der betreffende schweizerische Anlagefonds auf den Erträgen der Anteile die Verrechnungssteuer entrichtet. Da ausländische Anlagefonds bzw. deren Fondsleitung grundsätzlich nicht Subjekt der schweizerischen Verrechnungssteuer sind¹³, findet Art. 26 VStG hier in aller Regel keine Anwendung¹⁴.

Die ohne Rechtspersönlichkeit ausgestalteten Anlagefonds sind weder ansässige Personen noch Beneficial Owner im Sinne der Doppelbesteuerungsabkommen. Trotzdem aber können die Fondsleitungen dieser Fonds, die schweizerische Werte in ihrem Portefeuille halten, und deren Fondsleitung sich in *Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, den Niederlanden, Österreich* oder *Schweden* befindet, die vom schweizerischen Schuldner abgezogene Verrechnungssteuer auf Dividenden und Zinsen im Verhältnis der im betreffenden Vertragsstaat ansässigen Anteilsinhaber selber teilweise¹⁵ zurückverlangen¹⁶. Der Grund für diese anteilmässige Rückerstattung liegt darin, dass die ausserhalb des betreffenden Vertragsstaates ansässigen Anteils-

inhaber ohne das Institut der Rückerstattung auf Stufe Anlagefonds keinen eigenen Rückerstattungsanspruch nach Massgabe des fraglichen Doppelbesteuerungsabkommens hätten. Der Rückerstattungsanspruch zugunsten der Fondsleitung basiert mit Bezug auf Grossbritannien auf Art. 27 Ziff. 9 DBA CH-GB, hinsichtlich der übrigen fünf Staaten dagegen auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen ausserhalb der eigentlichen Doppelbesteuerungsabkommen¹⁷; er ist bei der ESTV einzureichen. Nach den Doppelbesteuerungsabkommen, welche die Schweiz abgeschlossen hat, beträgt die verbleibende Verrechnungssteuer in der Regel 15 % bei Dividenden auf Streubesitz¹⁸; bei Zinsen variiert die Sockelsteuer je nach dem jeweiligen Abkommen zwischen 0 und 35 %. Im Gegensatz zum Ausland gewährt die Schweiz als Quellenstaat den ausländischen Empfängern schweizerischer Erträge grundsätzlich keine Entlastung von der Verrechnungssteuer an der Quelle.

Im Verhältnis zu jenen Anteilsinhabern, deren Wohnsitz sich nicht im gleichen Staat befindet wie der Sitz der genannten sechs Anlagefonds, steht der betreffenden Fondsleitung kein Rückerstattungsrecht zu. Der Rückerstattungsanspruch des Anlagefonds reduziert sich entsprechend. Letztlich bedeutet das für diese Anteilsinhaber, dass die ihnen ausgeschütteten Vermögenserträge noch mit der auf den Ausschüttungen an den Anlagefonds selber erhobenen Verrechnungssteuer belastet sind. Diesen Anteilsinhabern sollte aber ein eigenes Rückerstattungsrecht im Sinne der fraglichen Doppelbesteuerungsabkommen bzw. gestützt auf Art. 22 VStG i.V.m. Art. 61 VStV zustehen. Fondsleitungen von Anlagefonds mit Sitz ausserhalb der sechs genannten Staaten – wie bspw. in Luxemburg, Irland, Spanien oder Italien – können die Verrechnungssteuer ebenfalls nicht zurückfordern. Hier liegt es an den Anteilsinhabern, dies mit Bezug auf den auf sie entfallenden Anteil an der Verrechnungssteuer zu tun¹⁹.

2.1.1.4 Luxemburgische sociétés d'investissement à capital variable (SICAV)

Ausländische Investmentgesellschaften sind keine Anlagefonds im Sinne des VStG²⁰; Art. 26 VStG findet folglich keine Anwendung. Grundsätzlich können sie aber die zu ihren Lasten abgezogene Verrechnungssteuer gestützt auf das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen ihrem Sitz-

9 Art. 65a Abs. 1 VStV; vgl. auch Art. 65a Abs. 2 VStV.

10 Art. 65 Abs. 3 VStV.

11 Vgl. auch ALTENBURGER, S. 99.

12 Vgl. HESS, S. 359 ff.

13 Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VStG.

14 Zu den Ausnahmen vgl. HESS, S. 499 FN 129.

15 Die Sockelsteuer verbleibt in der Schweiz.

16 Für den inversen Fall, in welchem ein schweizerischer Anlagefonds in bestimmte ausländische Anlagen investiert, vgl. 3.1.1.1.1.

17 Diese Regelungen sind in Verständigungsverfahren entstanden.

18 Darunter fallen Beteiligungen von weniger als 25 % (F und USA: weniger als 10%).

19 Vgl. 2.1.2.1 und 2.1.2.2.

20 Zum einen sind sie im Ausland domiziliert, zum anderen sind sie körperschaftlich strukturiert.

staat und der Schweiz als Quellenstaat teilweise zurückfordern; vorbehalten bleiben die DBA-rechtlichen Missbrauchsvorschriften.

Zu beachten ist, dass die als juristische Personen ausgestalteten *luxemburgischen SICAV* Gesellschaften sind, die unter die Ausschlussbestimmung von Art. 28 DBA CH-L fallen²¹. Das bedeutet, dass eine luxemburgische SICAV in aller Regel nicht in schweizerische Werte investieren sollte, zumal es ihr verwehrt ist, die auf den Ausschüttungen erhobene schweizerische Verrechnungssteuer zurückzuverlangen. Mit Bezug auf die Frage, ob den Besitzern von Anteilen an einer SICAV ein anteilmässiges Rückerstattungsrecht zusteht, ist wie folgt zu unterscheiden: Betrachtet man – wie von mir postuliert²² – die SICAV als eine Aktiengesellschaft luxemburgischen Rechts, steht den betreffenden Anteilsinhabern wegen des fehlenden Treuhandverhältnisses zwischen den Anteilsinhabern und der SICAV kein Rückerstattungsanspruch zu. Folgt man dagegen der von der ESTV vertretenen Ansicht, wonach die SICAV wie ein vertraglich strukturierter Anlagefonds zu behandeln sei, haben sowohl die Anteilsinhaber mit Wohnsitz in der Schweiz²³ wie auch die im Ausland ansässigen Anteilsinhaber²⁴ einen anteilmässigen Rückerstattungsanspruch.

2.1.2 Rückerstattung der Verrechnungssteuer an Anteilsinhaber

2.1.2.1 Anteilsinhaber mit Wohnsitz in der Schweiz

2.1.2.1.1 Bei schweizerischen Anlagefonds

Wenn der Fondsleitung eines schweizerischen Anlagefonds ein Rückerstattungsrecht im Sinne von Art. 26 VStG nicht zusteht²⁵, sollte der Anteilsinhaber gestützt auf die Treuhandkonstruktion²⁶ und den Transparenzgrundsatz²⁷ die auf seinen Anteil entfallende Verrechnungssteuer zurückfordern können. Allerdings dürfte dieses Rückerstattungsrecht aus verschiedenen Gründen in aller Regel *kaum praktikabel* sein²⁸.

2.1.2.1.2 Bei ausländischen Anlagefonds

Nach Meinung der ESTV sind die inländischen Besitzer von Anteilen an einem (transparenten) luxemburgischen fonds commun de placement (FCP) nicht berechtigt, eine (anteilmässige) Rückerstattung der zulasten des Fonds anfallenden Verrechnungssteuer zu beanspruchen²⁹. Ich kann diesen Standpunkt aus rechtsdogmatischen Gründen nicht teilen³⁰. Wenn in der Schweiz ansässige Anteilsinhaber nachweisen, wie viele Anteile am Ende des Geschäftsjahres des Anlagefonds im Umlauf waren, wann sie ihre Anteile gekauft haben³¹ und wann jeder einzelne Titel des betreffenden Anlagefonds fällig geworden ist, müsste diese Rückerstattung – vorausgesetzt, es handle sich dabei nicht um vernachlässigbare Beträge – gestützt auf Art. 21 ff. VStG zulässig sein. Vorbehalten bleiben praktische Probleme, die vor allem dann akzentuiert auftreten, wenn ein Anlagefonds zahlreiche Titel in seinem Portefeuille hält.

2.1.2.2 Anteilsinhaber mit Wohnsitz im Ausland

Hält ein ausländischer Anteilsinhaber Anteile eines *schweizerischen Anlagefonds*, steht dem Anteilsinhaber nur dann ein Rückerstattungsrecht zu, wenn der Anlagefonds selber gestützt auf Art. 26 VStG nicht rückerstattungsberechtigt ist. Investiert dagegen ein ausländischer Anteilsinhaber in einen *ausländischen vertraglichen Anlagefonds*, der seinerseits nicht berechtigt ist, die zu seinen Lasten abgezogene Verrechnungssteuer zurückzufordern³² – wie das z.B. bei einem FCP luxemburgischen Rechts oder einem italienischen oder spanischen *Anlagefonds* der Fall ist –, muss der Anteilsinhaber nach Massgabe des betreffenden Doppelbesteuerungsabkommens zwischen seinem Wohnsitzstaat und der Schweiz als Quellenstaat rückerstattungsberechtigt sein.

Ausländische Anteilsinhaber einer schweizerischen, aber auch einer ausländischen *Investmentgesellschaft* haben kein Rückerstattungsrecht, zumal das Rechtsverhältnis zwischen ihnen und der fraglichen Gesellschaft nicht vertraglicher bzw. fiduziarischer, sondern gesellschaftlicher Natur ist.

21 Botschaft zum DBA CH-L, S. 6.

22 Vgl. HESS, S. 399 ff.

23 Vgl. 3.1.2.1.

24 Vgl. 3.1.2.2.

25 Das könnte praktisch nur dann der Fall sein, wenn Art. 26 VStG – entgegen der geltenden Praxis – einmal nicht mehr angewendet wird, wenn es ein Anlagefonds unterlässt, Ausschüttungen vorzunehmen.

26 Vgl. dazu HESS, S. 26.

27 Vgl. dazu HESS, S. 189.

28 Vgl. HESS, S. 487.

29 Vgl. STOCKAR/HOCHREUTENER, Bd. 2, Art. 26 N 3 VStG.

30 Als Begründung gilt mutatis mutandis das unter 2.1.2.1.1 Ausgeführte.

31 Anteilsinhaber, die ihre Anteile nach dem Fälligkeitstermin gekauft haben, können die Verrechnungssteuer nicht zurückfordern.

32 Zu den Anlagefonds, welche die Verrechnungssteuer selber teilweise zurückverlangen können, vgl. 2.1.1.3.

2.2 Verrechnungssteuer auf an Anteilsinhaber ausgeschüttete Vermögenserträge

2.2.1 Übersicht

Unter Ziff. 2.1.2. wurde geprüft, ob ein Anteilsinhaber unter bestimmten Voraussetzungen die Verrechnungssteuer auf den Erträgen, die der Anlagefonds selber vereinnahmt hat, (anteilmässig) zurückverlangen kann. Nachstehend geht es um die Entlastung der Anteilsinhaber von der Verrechnungssteuer auf Erträgen, die ihnen vom Anlagefonds ausgeschüttet werden.

Bei der Frage, ob dem einzelnen Anteilsinhaber ein Rückerstattungsrecht zusteht und bejahendenfalls in welcher Höhe, ist zwischen Anteilsinhabern mit Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz³³ und ausländischen Anteilsinhabern³⁴ zu unterscheiden. Bei Letzteren ist des Weiteren zwischen Anlagefonds, deren Erträge zu mindestens 80 %, und solchen, deren Erträge zu weniger als 80 % ausländischen Quellen entstammen, zu differenzieren. Im erstgenannten Fall ist schliesslich zu prüfen, ob das Affidavit-Verfahren zur Anwendung gelangt, welches der Fondsleitung als Schuldnerin der steuerbaren Leistung gestattet, die Ausschüttungen verrechnungssteuerfrei vorzunehmen.

2.2.2 Rückerstattung der Verrechnungssteuer an schweizerische Anteilsinhaber

2.2.2.1 Ausschüttende Anlagefonds

Befindet sich der Wohnsitz bzw. der Sitz des Anteilsinhabers bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung in der Schweiz, hat dieser gestützt auf Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG einen Anspruch auf Rückerstattung der gesamten Verrechnungssteuer³⁵.

2.2.2.2 Thesaurierungsfonds: Kündigung des Kollektivanlagevertrages und Auflösung des Anlagefonds

Ein Thesaurierungsfonds kann den zurückbehaltenen und zur Wiederanlage bestimmten Jahresreinertrag dem Konto «Zur Wiederanlage zurückbehaltene Erträge» gutschreiben. Das bringt – während der Besitzesdauer – keine momentane Belastung durch die Verrechnungssteuer mit sich. Der thesaurierte Vermögensertrag gilt aber steuerrechtlich nicht als Kapitalanteil, so dass im Falle der Ausschüttung, d.h. im Zeitpunkt der Rücknahme der Anteile bei der

*Kündigung eines Kollektivanlagevertrages*³⁶ oder bei der *Auflösung des Anlagefonds*³⁷, derjenige Teil des Rücknahmepreises, der dem erwähnten Konto belastet wurde, als ausgeschütteter Vermögensertrag qualifiziert wird und daher im Zeitpunkt der Auszahlung der *Verrechnungssteuer* unterliegt; vorbehalten bleibt das Affidavit-Verfahren³⁸.

2.2.3 Entlastung ausländischer Anteilsinhaber von der Verrechnungssteuer

Investiert ein ausländischer Anteilsinhaber in schweizerische Anlagefonds, ist hinsichtlich der Entlastung von der Verrechnungssteuer zu unterscheiden zwischen Anlagefonds, deren Erträge zu mindestens 80 %, und solchen, deren Erträge zu weniger als 80 % ausländischen Quellen entstammen.

2.2.3.1 Verrechnungssteuerbelastete Anteilerträge entstammen zu mindestens 80 % ausländischen Quellen

2.2.3.1.1 Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 27 VStG

Ausländische Anteilsinhaber haben nach Art. 27 VStG Anspruch auf Rückerstattung der von den Erträgen dieser Anteile abgezogenen Verrechnungssteuer, sofern diese Erträge zu mindestens 80 %³⁹ ausländischen Quellen entstammen.

2.2.3.1.1.1 Art. 27 VStG als Systembruch

Der Anspruch der ausländischen Anteilsinhaber aus Art. 27 VStG beruht auf autonomem schweizerischem Recht und steht auch Ausländern mit Wohnsitz oder Aufenthalt bzw. Ansässigkeit ausserhalb eines DBA-Vertragsstaates zu⁴⁰. Art. 27 VStG stellt einen Systembruch dar, indem er den Grundsatz durchbricht, wonach im Ausland ansässige Personen die Verrechnungssteuer nur nach Massgabe der bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen zurückfordern können⁴¹.

2.2.3.1.1.2 Ausländische Anteilsinhaber

Der Rückerstattungsanspruch im Sinne von Art. 27 VStG steht nur *ausländischen Anteilsinhabern* zu. Ausländer ist, wer wegen seiner persönlichen Zugehörigkeit nicht der Steuerhoheit des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde untersteht. Zu den nach Art. 27 VStG berechtigten

33 Vgl. 2.2.2.

34 Vgl. 2.2.3.

35 Zu den Voraussetzungen der Rückerstattungsberechtigung vgl. BAUER-BALMELLI, S. 109 ff.; HESS, S. 504 ff.

36 Zur Kündigung eines Kollektivanlagevertrages vgl. HESS, S. 34.

37 Zur Auflösung eines Anlagefonds vgl. HESS, S. 50.

38 Zur Frage der Rückerstattung der Verrechnungssteuer in diesen Fällen vgl. HESS, S. 506.

39 Zur 80%-Grenze vgl. 2.2.3.1.1.4.

40 Ebenso ALTENBURGER, S. 96; vgl. auch SCHERER/BURGY, S. 810 und 813.

41 STOCKAR, APERÇU, S. 42 N 7.4 = DERS., Übersicht und Fallbeispiele, S. 58 N 11.4.

Ausländern gehören – im Gegensatz zum Affidavit-Verfahren⁴² – auch die ausländischen Stiftungen und die liechtensteinischen Anstalten und Treuhandunternehmen. Das Rückerstattungsverfahren bietet hier der ESTV Gelegenheit und die Möglichkeit, den wahren Sachverhalt hinsichtlich des Rechts zur Nutzung im Sinne von Art. 21 ff. VStG abzuklären⁴³. Massgebend ist die Ausländereigenschaft im Zeitpunkt der Fälligkeit der steuerbaren Leistung. Die Rückerstattung ist ausgeschlossen, wenn sie zu einer Steuerumgehung führen würde⁴⁴.

Eine *inländische Bank* ist ermächtigt, für Rechnung ihrer ausländischen Depotkunden und Anteilsinhaber die Verrechnungssteuer zurückzufordern, wenn sie der ESTV unterschriftlich bestätigt, dass:

- der betreffende *Depotkonto-Inhaber* im *Ausland Wohnsitz* hat und nicht infolge Aufenthalts in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtig ist;
- sie ihm den steuerbaren Ertrag und die zurückerstattete Verrechnungssteuer auf einem *besonderen Konto* gutschreibt;
- sie der ESTV die zur Nachprüfung der Anspruchsberechtigung des Kunden notwendigen *Auskünfte* erteilen und Akten vorlegen wird;
- und sie allenfalls zu Unrecht zurückerstattete Verrechnungssteuern der ESTV wieder *einzahlen* wird⁴⁵.

Um eine direkte Rückerstattung auch noch an den Kunden zu verhindern, ist die antragstellende Bank überdies verpflichtet, auf den Coupongutschriften und Abrechnungen, die sie dem Kunden aushändigt, den Vermerk «*Steuerrückforderung durch Vermittlung der Bank*» anzubringen.

2.2.3.1.1.3 80 %-Grenze

Der Rückerstattungsanspruch im Sinne von Art. 27 VStG besteht nur dann, wenn die verrechnungssteuerbelasteten Anteilserträge zu mindestens 80 % ausländischen Quellen entstammen⁴⁶. Ausländischen Quellen entstammen bspw. die Erträge der von einem Ausländer ausgegebenen Obligationen, Aktien, Anteile an Anlagefonds und Wertpapiere anderer Art. Aus ausländischen Quellen fließen auch die Einkünfte aus im Ausland gelegenen Immobilien. Hält allerdings ein Anlagefonds Anteile an einer schweizerischen Immobiliengesellschaft mit Sitz in der Schweiz und Grundstücken im Ausland, handelt es sich bei den betreffenden Vermögenserträgen um solche aus einer inländischen Quelle.

2.2.3.1.1.4 Umfang der Rückerstattung

Gegenstand des Rückerstattungsanspruchs sind die vollen 35 % Verrechnungssteuer, die vom ausgeschütteten Ertrag abgezogen wurden; vorbehalten sind eventuelle *ausländische Quellensteuern*⁴⁷. Der ausländische Anteilsinhaber erhält auch die auf jenen Erträgen abgezogene Verrechnungssteuer zurück, die auf schweizerische Anlagen des Anlagefonds zurückzuführen sind⁴⁸. Entstammen die verrechnungssteuerbelasteten Erträge zu weniger als 80 % ausländischen Quellen, wird andererseits gestützt auf Art. 27 VStG überhaupt keine Rückerstattung gewährt. Der Anteilsinhaber kann bei dieser Konstellation die Verrechnungssteuer nur nach Massgabe eines allfälligen Doppelbesteuerungsabkommens zwischen seinem Wohnsitzstaat und der Schweiz zurückfordern⁴⁹.

Der Anteilsinhaber verwirkt seinen Rückerstattungsanspruch nach Art. 27 VStG, wenn er den Antrag nicht innert 3 Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres stellt, in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist⁵⁰.

2.2.3.1.1.5 Abgrenzung gegenüber Affidavit-Verfahren

Unter den in der VStV umschriebenen Voraussetzungen⁵¹ wird zulasten von Ausländern, denen nach Art. 27 VStG ein Rückerstattungsanspruch zusteht, gegen *Bankenerklärung* die *Verrechnungssteuer* gar nicht erst erhoben.

Nicht alle Anteilsinhaber, denen nach Art. 27 VStG ein Rückerstattungsanspruch zusteht, können in den Genuss des Affidavit-Verfahrens und damit der verrechnungssteuerfreien Ertragsausschüttung gelangen. Nach derzeitiger Praxis der ESTV handelt es sich dabei insbesondere um ausländische Stiftungen, liechtensteinische Treuunternehmen und Anstalten sowie um schweizerische Betriebsstätten ausländischer Unternehmen.

2.2.3.1.2 Affidavit-Verfahren

2.2.3.1.2.1 Grundsätzliches

Wie darzulegen war, haben die ausländischen Anteilsinhaber gestützt auf Art. 27 VStG einen Anspruch auf Rückerstattung der von den Erträgen aus dem Fonds abgezogenen Verrechnungssteuer, wenn diese Erträge zu mindestens 80 % ausländischen Quellen entstammen. Trifft Letzteres

42 Vgl. 2.2.3.1.2.2.

43 PFUND/ZWAHLEN, Art. 27 N 2.1.

44 Vgl. PFUND/ZWAHLEN, Art. 21 Abs.2 N 4.1.

45 PFUND/ZWAHLEN, Art. 27 N 3.2.

46 Zur Ermittlung des ausländischen Quellen entstammenden Anteils vgl. HESS, S. 516 f.

47 Australien, Japan und Kanada (Entlastung an der Quelle) sowie Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, die Niederlande, Österreich und Schweden (Rückerstattungsweg); vgl. ESTV, Kursliste HB, S. 112 ff.

48 PFUND/ZWAHLEN, Art. 27 N 6.1.

49 Vgl. 2.2.3.2.

50 Art. 32 Abs.1 VStG.

51 Vgl. Art. 11 Abs. 2 VStG i.V.m. Art. 34 ff. VStV.

zu, sieht Art. 34 VStV in Ausführung von Art. 11 Abs. 2 VStG überdies vor, dass die ESTV den Steuerpflichtigen⁵² ermächtigen kann, die Verrechnungssteuer insoweit nicht zu entrichten, als der Ertrag *gegen Bankenerklärung (Affidavit)* zugunsten eines Ausländers ausbezahlt, überwiesen oder gutgeschrieben wird. Diesfalls entspricht die Bruttoausschüttung grundsätzlich der Nettoausschüttung⁵³.

Das Affidavit-Verfahren findet auch auf Anteilsinhaber Anwendung, deren Wohnsitz sich in einem Land befindet, mit welchem die Schweiz kein DBA abgeschlossen hat⁵⁴.

Das Affidavit-Verfahren ist von grosser praktischer Bedeutung. Nachfolgend wird dieses anlagefondstypische Verfahren kurz erläutert⁵⁵.

- *Ermächtigung der Eidgenössischen Steuerverwaltung:* Das Affidavit-Verfahren darf nur mit *Ermächtigung der ESTV* angewandt werden. Der *Steuerpflichtige* hat der ESTV ein *schriftliches Gesuch* zu stellen, in welchem er glaubhaft macht, dass der steuerbare Ertrag von Anteilen an einem Anlagefonds voraussichtlich dauernd zu mindestens 80 % ausländischen Quellen entstammen wird. Das Gesuch ist, unter Beilage der Jahresrechnung und einer detaillierten Aufstellung über die Herkunft der Erträge, getrennt nach In- und Ausland, vor der ersten Ertragsausschüttung der ESTV einzureichen.
- *Ausstellung der Bankenerklärung durch eine Bank oder Fondsleitung:* Die steuerfreie Ertragsausschüttung setzt auf der Empfängerseite stets die Mitwirkung einer *Bank* voraus. Diese muss nicht nur den Anspruch auf den Ertrag geltend machen, indem sie den betreffenden Coupon präsentiert, sondern zusätzlich auch die Zahlung entgegennehmen. Ein ausländischer Anteilsinhaber kann den Anspruch auf steuerfreie Auszahlung nicht selber geltend machen. Nach der neueren Praxis bewilligt die ESTV ein Affidavit-Verfahren der inländischen Fondsleitungen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AFG für die ausländischen Anteilsinhaber, die «Anteilskonti» direkt bei der *Fondsleitung* besitzen⁵⁶.

- *Offenes Depot:* Der Anlagefonds-Anteil muss bei Fälligkeit des Ertrages bei der die Erklärung abgebenden Bank im offenen Depot⁵⁷ gelegen haben⁵⁸. Überdies muss der steuerbare Ertrag einem bei dieser Bank für den Anteilsinhaber geführten Konto gutgeschrieben werden⁵⁹. Die Bankenerklärung ist mithin nur für sog. Depotstücke zulässig. Am Schalter präsentierte Coupons dürfen, auch wenn sich der Kunde als Ausländer ausweisen könnte, nie ohne Abzug der Verrechnungssteuer eingelöst werden⁶⁰.
- *Treuhandkonten und -depots:* Treuhandgesellschaften, Anwälte etc., die bei schweizerischen Banken für ihre ausländischen Kunden spezielle *Treuhandkonti und -depots* führen, sind nicht befugt, eine Bankenerklärung abzugeben, so dass die Verrechnungssteuer in Abzug gebracht wird⁶¹.
- *Inhalt der Bankenerklärung:* Die (schweizerische oder ausländische) Bank oder die Fondsleitung muss in der Bankenerklärung (Affidavit) bestätigen, dass:
 - bei Fälligkeit des Coupons ein Ausländer das Recht zur Nutzung am Anteil besitzt;
 - der Anteil bei Fälligkeit des Coupons bei ihr im offenen Depot liegt, und
 - der Einlösungsbetrag einem bei ihr für diesen Ausländer geführten Konto gutgeschrieben wird⁶².
- *Keine Bankenerklärung auf Zeit:* Für jeden Couponverfall muss eine neue vollständige Bankenerklärung ausgestellt werden, selbst wenn sich seit der letzten Erklärung an den zu bestätigenden Tatsachen nichts geändert hat⁶³.
- *Abrechnung:* In der Regel steht bei Fälligkeit der Verrechnungssteuer⁶⁴ für den Steuerpflichtigen noch nicht fest, für welchen Betrag der Ertragsausschüttung ihm Bankenerklärungen abgegeben werden. Aufgrund früherer Ausschüttungen ist er aber in der Lage zu schätzen, für welchen Betrag voraussichtlich keine Bankenerklärungen eingehen werden. Auf diesem Betrag hat der Steuerpflichtige dann die Verrechnungssteuer vorläufig zu entrichten⁶⁵. Die endgültige

52 Das ist in aller Regel die Fondsleitung.

53 Zu den Fällen, in denen auf dem Bruttobetrag ein zusätzlicher Steuerrückbehalt in Abzug gebracht wird, vgl. 2.2.3.1.2.3.

54 ALTENBURGER, S. 96; HESS, S. 509.

55 Für weitergehende Ausführungen vgl. HESS, S. 508.

56 Vgl. ESTV, Affidavit, S. 1, Ziff. 5.

57 Beim offenen Depot wird neben der Verwahrung auch eine gewisse Verwaltung bezweckt. Beim verschlossenen Depot werden die hinterlegten Werte in versiegelten oder sonst unter Verschluss befindlichen Briefumschlägen, Paketen oder festen Behältern der Bank übergeben (vgl. EMCH/RENZ/BÖSCH, S. 531). Ein Banksafe ist deshalb kein offenes Depot.

58 Art. 36 Abs. 2 lit. b VStV.

59 Art. 36 Abs. 2 lit. c VStV.

60 ESTV, Affidavit, S. 3, Ziff. 15; PFUND, Komm., Art. 11 Abs. 2 N 7.4.

61 ESTV, Affidavit, S. 2, Ziff. 9; vgl. auch HESS, S. 512; PFUND, Komm., Art. 11 Abs. 2 N 6.3. Allenfalls kann sich der betreffende ausländische Kunde auf Art. 27 VStG berufen und die Verrechnungssteuer zurückverlangen.

62 Art. 36 Abs. 2 lit. a – c VStV.

63 ESTV, Affidavit, S. 3, Ziff. 17; PFUND, Komm., Art. 11 Abs. 2 N 7.7.

64 Die Verrechnungssteuer wird 30 Tage nach Entstehung der Steuerforderung fällig (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. c VStG). Die Steuerforderung entsteht im Zeitpunkt, in dem die steuerbare Leistung fällig wird (vgl. Art. 12 Abs. 1 VStG).

65 Art. 38 Abs. 1 VStV.

Abrechnung ist sechs Monate nach der Ertragsfähigkeit zu erstellen⁶⁶.

2.2.3.1.2.2 Begriff des ausländischen Anteilshabers

Als Ausländer⁶⁷ gelten die natürlichen und juristischen Personen, die in der Schweiz weder Sitz noch Domizil haben und bei Aufenthalt in der Schweiz nicht verpflichtet sind, auf dem Ertrag der Anteile oder auf den Anteilen selbst Einkommens- oder Vermögenssteuern des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde zu entrichten⁶⁸. Gemäss Praxis der ESTV gelangen namentlich ausländische Stiftungen, liechtensteinische Treuunternehmen und Anstalten sowie ausländische Off-shore-Gesellschaften nicht in den Genuss des Affidavit-Verfahrens⁶⁹. Der Grund liegt darin, dass bei Anteilen, die als zum Vermögen einer solchen juristischen Person gehörend bezeichnet werden, oft fraglich bleibt, wer der wirkliche Nutzungsberechtigte ist und ob die Rückerstattung gewährt werden dürfte⁷⁰. Eine Ausnahme macht die ESTV dann, wenn die Depotbank beweisen kann, dass es sich bei den Nutzungsberechtigten ausschliesslich um Personen mit Wohnsitz im Ausland handelt⁷¹.

2.2.3.1.2.3 Affidavit: Höhe der Ausschüttung

Bei Ausschüttungen mit Bankenerklärung entspricht die Bruttoausschüttung grundsätzlich der Nettoausschüttung; vorbehalten bleiben jene Fälle, in denen auf dem Bruttobetrag allfällige ausländische Quellensteuern in Abzug gebracht werden⁷². Das ist dann der Fall, wenn der Anlagefonds von der Quellensteuer der betreffenden Länder entlastet wurde (Rückerstattung oder Entlastung an der Quelle)⁷³.

2.2.3.2 Verrechnungssteuerbelastete Anteilerträge entstammen zu weniger als 80% ausländischen Quellen

Entstammen die verrechnungssteuerbelasteten Anteilserträge zu weniger als 80% ausländischen Quellen, hat die Fondsleitung bzw. die Depotbank auf den ausgeschütteten

Vermögenserträgen stets die volle Verrechnungssteuer abzuziehen. Weder das Affidavit-Verfahren noch Art. 27 VStG finden hier Anwendung.

Die Verrechnungssteuer kann der einzelne Anteilshaber nur dann – und im Gegensatz zu Art. 27 VStG vielfach auch nur teilweise – zurückfordern, wenn der Staat, in welchem der betreffende Anteilshaber seinen Wohnsitz hat, mit der Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat⁷⁴. Die Schweiz bekennt sich diesbezüglich grundsätzlich zum Transparenz-Prinzip⁷⁵.

Dadurch, dass die schweizerische Verrechnungssteuer nicht vollumfänglich zurückgefordert werden kann, entsteht eine Doppelbesteuerung der ausländischen Anteilshaber. Nach der Mehrzahl der Doppelbesteuerungsabkommen⁷⁶ ist der ausländische Ansässigkeitsstaat zur Vermeidung dieser Doppelbesteuerung zur *Anrechnung* der Verrechnungssteuer, welche die Schweiz erheben darf, verpflichtet⁷⁷.

2.3 Vorgehensweise bei Rückerstattung der Verrechnungssteuer

Anteilshaber mit Wohnsitz in der Schweiz, die Rückerstattung der Verrechnungssteuer beanspruchen, haben sie bei der zuständigen Behörde⁷⁸ schriftlich zu beantragen⁷⁹. Der Antrag kann frühestens nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist, gestellt werden⁸⁰. Der Anspruch erlischt, wenn der Antrag nicht innert drei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die steuerbare Leistung fällig geworden ist, gestellt wird⁸¹.

Natürliche Personen haben ihren Antrag auf Rückerstattung bei der Steuerbehörde desjenigen Kantons einzureichen, in dem sie am Ende des Kalenderjahres, in dem die steuerbare Leistung fällig wurde, Wohnsitz hatten⁸².

Juristische Personen, Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, aber auch die Anlagefonds haben ihren Antrag bei der ESTV einzureichen⁸³.

66 Art. 38 Abs. 2 VStV; PFUND, Komm., Art. 11 Abs. 2 N 9.

67 Vgl. auch 2.2.3.1.1.2.

68 Ausländer in diesem Sinne sind auch Personen mit Wohnsitz im Fürstentum Liechtenstein (Kreisschreiben S-018.1 der ESTV vom 30. Dezember 1966 an die Fondsleitungen der inländischen Anlagefonds, in: PESTALOZZI LACHENAL PATRY, II G c 1, S. 6 f. N 24).

69 ESTV, Affidavit, S. 3, Ziff. 13.

70 Vgl. Art. 21 Abs. 1 und 2 VStG.

71 ESTV, Affidavit, S. 3, Ziff. 13.

72 Vgl. die Auflistung in: ESTV, Kursliste HB, S. 112 ff.

73 Vgl. 3.1.1.1.1.1.1, 3.1.1.1.2.1 und 3.1.1.1.2.2.

74 Zur Rückerstattung beim ausländischen Leistungsempfänger im Allgemeinen vgl. BAUER-BALMELLI, S. 167 ff.

75 Vgl. dazu HESS, S. 524.

76 Vgl. die Auflistung bei HÖHN, S. 118 FN 28.

77 HÖHN, S. 118.

78 Vgl. Art. 30.

79 Art. 29 Abs. 1 VStG.

80 Art. 29 Abs. 2 VStG (vgl. auch Art. 29 Abs. 3 und 4 VStG).

81 Art. 32 Abs. 1 VStG.

82 Art. 30 Abs. 1 VStG.

83 Art. 30 Abs. 2 VStG.

Im *Ausland ansässige Anteilsinhaber* können ein Gesuch um Rückerstattung der Verrechnungssteuer gestützt auf das betreffende Doppelbesteuerungsabkommen bei der in ihrem Ansässigkeitsstaat zuständigen Behörde stellen. Diese leitet das Gesuch an die ESTV weiter.

3 Entlastung von den ausländischen Quellensteuern

3.1 Quellensteuer auf an Anlagefonds aus - geschüttete Vermögenserträge

Investiert ein schweizerisches Investmentunternehmen im Ausland, unterliegen die betreffenden Vermögenserträge⁸⁴ in der Regel ausländischen Quellensteuern. Die Entlastung von diesen Steuern erfolgt entweder durch die *Entlastung der Investmentunternehmen als solche*⁸⁵ oder über eine *Rückerstattung an die Anteilsinhaber*⁸⁶.

3.1.1 Entlastung der Anlagefonds von den ausländischen Quellensteuern

Bei der Prüfung der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein Investmentunternehmen einen Anspruch auf Entlastung von der ausländischen Quellensteuer hat, wird nachstehend zwischen den folgenden Investmentunternehmen unterschieden:

- schweizerische Ausschüttungsfonds mit Affidavit-Schlussabrechnung⁸⁷;
- schweizerische Ausschüttungsfonds ohne Affidavit-Schlussabrechnung⁸⁸;
- schweizerische Thesaurierungsfonds⁸⁹.

3.1.1.1 Bei schweizerischen Ausschüttungsfonds mit Affidavit-Schlussabrechnung

Mit der *Affidavit-Schlussabrechnung*⁹⁰ ist es der Fonds - leitung möglich, bei Anlagefonds mit überwiegend ausländischen Anlagen zwischen den in der Schweiz und den im Ausland ansässigen Anteilsinhabern zu unterscheiden⁹¹.

Bei der Frage der Entlastung dieser schweizerischen Ausschüttungsfonds von der ausländischen Quellensteuer gilt es, zwischen der *Entlastung auf dem Rückerstattungsweg*⁹² und der *Entlastung an der Quelle*⁹³ zu unterscheiden.

3.1.1.1.1 Entlastung auf dem Rückerstattungsweg

3.1.1.1.1.1 In der Schweiz ansässige Anteilsinhaber

3.1.1.1.1.1.1 Besondere internationale Vereinbarungen

Da die schweizerischen Anlagefonds nicht rechtsfähig im Sinne des ZGB und damit grundsätzlich auch nicht Steuer - subjekt sind⁹⁴, können sie nicht als «ansässige Personen» im Sinne der Doppelbesteuerungsabkommen betrachtet werden. Überdies ist der Anlagefonds im DBA-rechtlichen Verhältnis (im Gegensatz zum QI-Verfahren nach inner - amerikanischem Recht) nicht Beneficial Owner⁹⁵. Es läge deshalb an jedem einzelnen in der Schweiz domizilierten Anteilsinhaber, die Vorteile eines schweizerischen Doppel - steuerungsabkommens in Anspruch zu nehmen und um Ent - lastung der im Verhältnis seiner Anteile auf ihn entfallenden Steuern zu ersuchen⁹⁶. Dieses theoretisch mögliche Vorge - hen, das auch dem Grundsatz der Transparenz entspricht, ist allerdings mit einem sehr grossen Aufwand verbunden, steht vielfach in keinem Verhältnis zur Höhe der ersuchten Steuererleichterung und ist in aller Regel nicht praktikabel.

Die Schweiz hat deshalb mit *Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, den Niederlanden, Österreich und Schweden* Vereinbarungen getroffen, wonach der Anlage - fonds selber um Gewährung der doppelbesteuerungsrecht - lichen Steuerentlastung ersuchen kann⁹⁷, allerdings nur für den Teil der Quellensteuer, der auf in der Schweiz domizi - lierte Anteilsinhaber entfällt⁹⁸.

Hier besteht insofern ein grosser *Handlungsbedarf*, als die Schweiz auch mit anderen Ländern Vereinbarungen im obgenannten Sinne treffen sollte, um es dergestalt den Anla -

84 Kapitalgewinne werden hier ausgeklammert. Die meisten schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen enthalten nämlich eine Art. 13 Abs. 4 OECD-MA entsprechende Zuteilungsnorm, wonach Gewinne aus der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen nur im Staat der Ansässigkeit des Berechtigten besteuert werden können, sofern nicht eine spezielle Zuteilungsnorm eine andere Zuweisung anordnet.

85 Vgl. 3.1.1.

86 Vgl. 3.1.2.

87 Vgl. 3.1.1.1.

88 Vgl. 3.1.1.2.

89 Vgl. 3.1.1.3.

90 Diese geschieht mittels Formular 201. Zum Affidavit-Verfahren vgl. 2.2.3.1.2.

91 Zur Bedeutung dieser Unterscheidung vgl. 3.1.1.1.1.2.

92 Vgl. 3.1.1.1.1.

93 Vgl. 3.1.1.1.2.

94 Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG bei den Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

95 So auch ALTENBURGER, S. 99; BAUMGARTNER/KOLB, S. 694.

96 Vgl. 3.1.2.1.

97 Vgl. die tabellarische Übersicht bei HESS, S. 536.

98 Vgl. 3.1.1.1.1.2.

gefonds zu ermöglichen, die Vorteile der Steuerentlastung zu erlangen⁹⁹. Solche Vereinbarungen würden zu einer administrativen Erleichterung für alle involvierten Kreise führen.

3.1.1.1.1.2 Bedeutung der Unterscheidung zwischen in der Schweiz und im Ausland ansässigen Anteilsinhabern

Die ausländischen Quellensteuern, die ein schweizerischer Anlagefonds zurückerstattet erhält, sind dem Passiv-Wartekonto «Ausländische Quellensteuern für inländische Anteilsinhaber» in der Buchführungswährung gutzuschreiben. Sie dürfen nur den in der Schweiz ansässigen Anteilsinhabern zugute kommen. Der Grund liegt darin, dass die im Ausland ansässigen Anteilsinhaber ohne das Institut der Steuerentlastung auf Stufe Anlagefonds – anders eben als die schweizerischen Anteilsinhaber – keinen eigenen Rückerstattungsanspruch nach Massgabe eines schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens hätten. Die Fondsleitung muss also zwingend zwischen in der Schweiz und im Ausland ansässigen Anteilsinhabern unterscheiden können. Dies geschieht nach Massgabe der *Affidavit-Schlussabrechnung*¹⁰⁰.

3.1.1.1.1.3 Rückerstattungsanträge

Die Rückerstattungsanträge, lautend auf den Namen des Fonds, sind der ESTV¹⁰¹ – und nicht den kantonalen Steuerbehörden – zwecks Stellungnahme und Weiterleitung an die ausländischen Finanzämter einzureichen¹⁰². Die Antragstellung hat gemäss Praxis der ESTV pro Geschäftsjahr zu erfolgen.

Die für die Rückerstattung notwendigen Angaben gehen aus der Verrechnungssteuer-Schlussabrechnung hervor, die der Ertragsperiode folgt, in welcher die im Rückerstattungsantrag enthaltenen Ertragsposten verbucht worden sind.

3.1.1.1.1.4 Kein Rückerstattungsanspruch des Anlagefonds

Investiert ein schweizerischer Anlagefonds in andere als die genannten sechs Staaten¹⁰³ – wie beispielsweise Italien oder Spanien –, kann er die auf den Ertragsausschüttungen abgezogene ausländische Quellensteuer nicht zurückfordern¹⁰⁴. Da die Anlagefonds transparent sind, könnten grundsätzlich

die in der Schweiz ansässigen, effektiv berechtigten Anteilsinhaber die Abkommensvorteile beanspruchen. In der Praxis dürfte dieser Weg kaum praktikabel sein.

3.1.1.1.2 Im Ausland ansässige Anteilsinhaber

Die Fondsleitung mit ausschliesslich ausländischen Anteilsinhabern hat keinen Rückerstattungsanspruch¹⁰⁵. Ein solcher besteht allenfalls zugunsten der einzelnen Anteilsinhaber nach Massgabe der zwischen ihrem Wohnsitzstaat und dem Quellenstaat getroffenen Vereinbarungen¹⁰⁶. Praktikabilitätsprobleme dürften allerdings dazu führen, dass kaum ein Anteilsinhaber von seinem Rückerstattungsanspruch Gebrauch macht.

Anlagefonds mit schweizerischen und ausländischen Anteilsinhabern haben lediglich einen auf die von schweizerischen Anteilsinhabern gehaltenen Anteile entfallenden partiellen Rückerstattungsanspruch.

3.1.1.2 Entlastung an der Quelle mit Steuer-rückbehalt

3.1.1.2.1 Australien, Japan und Kanada

In Australien, Japan und Kanada erfolgt die Entlastung in der Regel an der Quelle. Diese Staaten erheben lediglich eine reduzierte Quellensteuer auf Zinsen und Dividenden¹⁰⁷, sofern der Ertragsgläubiger¹⁰⁸ eine schweizerische Adresse aufweist; ein Gesuch ist nicht nötig; man spricht von der sog. *Adressmethode*. Entsprechend erhalten schweizerische *Anlagefonds* automatisch Abkommensvorteile, auch wenn sich die jeweiligen Anteilsinhaber (oder ein Teil davon) nicht für die Abkommensvorteile qualifizieren würden, weil sie nicht in der Schweiz ansässig sind.

Die *Fondsleitung*¹⁰⁹ hat hier für Rechnung des Fonds die Funktion einer *Zwischenstelle* zu übernehmen. *Pro Staat* ist ein *Passiv-Wartekonto* «Ausländische Quellensteuern» zu führen. Gleichzeitig mit jeder Verbuchung der Dividenden- oder Zinsgutschrift (entlastet von den ausländischen Quellensteuern der drei genannten Staaten) ist diesen Wartekonten die gemäss Doppelbesteuerungsabkommen vorgesehene Quellensteuerentlastung gutzuschreiben. Lautet die Buchführungswährung nicht auf CHF, ist die Entlastung zum

99 So auch AMONN, Generalbericht, S. I/20 und I/26 f.

100 Näheres hiezu bei HESS, S. 537 f.

101 Hauptabteilung direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, Eigerstrasse 65, 3003 Bern.

102 ESTV, Anlageinstrumente, N 19.

103 Vgl. 3.1.1.1.1.1.

104 Vorbehalten bleibt die Entlastung an der Quelle (vgl. 3.1.1.1.2).

105 So auch ED/BONGAARTS, S. 149.

106 Vgl. 3.1.2.2.

107 Für das begrenzte Besteuerungsrecht zugunsten des ausländischen Quellenstaates vgl. ESTV, Steuerentlastungen, Bd. 1, Allgemeines IV, S. 9 ff.; LOCHER, S. 403 ff.; PESTALOZZI LACHENAL PATRY, I B 74, S. 2 ff.

108 Die schweizerische *Depotbank* erhält die ausgeschütteten (entlasteten) Erträge aus dem Ausland und leitet diese der schweizerischen Fondsleitung weiter.

109 Eine Delegation an die Depotbank ist möglich und kommt in der Praxis vor.

Devisenmittelkurs am Tag der Ertragsgutschrift umzurechnen und in einer Vorkolonne in CHF festzuhalten.

3.1.1.1.2.1.1 In der Schweiz ansässige Anteilshaber

Die den Passiv-Wartekonten «Ausländische Quellensteuern» gutgeschriebenen Steuerentlastungen dürfen grundsätzlich nur den in der Schweiz ansässigen Anteilshabern ausgeschüttet werden. Im Gegensatz zu den schweizerischen Anteilshabern hätten nämlich die im Ausland ansässigen Anteilshaber ohne die Steuerentlastung auf Stufe Anlagefonds keinen eigenen Steuerentlastungsanspruch nach Massgabe eines schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommens.

3.1.1.1.2.1.2 Im Ausland ansässige Anteilshaber: Steuerrückbehalt

In dem Umfange, als die Steuerentlastung an der Quelle auf nicht in der Schweiz ansässige Anteilshaber entfällt¹¹⁰, ist die Fondsleitung verpflichtet, einen *Steuerrückbehalt* im Umfang der Differenz zwischen der Quellensteuer nach dem internen Recht des ausländischen Quellenstaates und der abkommensrechtlich herabgesetzten Quellensteuer der ESTV abzuliefern, d.h. die Ausschüttung an die ausländischen Anteilshaber reduziert sich um die ausländischen Quellensteuern. Diese Korrektur ist notwendig, um nicht abkommensberechtigten Personen von den Vorteilen der schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen auszuschliessen¹¹¹.

Neben Australien, Japan und Kanada kennen keine anderen Staaten die Entlastung an der Quelle. Sollte allerdings ein Anlagefonds trotzdem von einem anderen ausländischen Staat an der Quelle entlastet worden sein, ist die schweizerische Fondsleitung gehalten, den entsprechenden Steuerrückbehalt der ESTV abzuliefern¹¹².

3.1.1.1.2.2 USA – bis 31. Dezember 2000

3.1.1.1.2.2.1 Entlastungen unter Doppelbesteuerungsabkommen

3.1.1.1.2.2.1.1 Grundsatz

Die USA gewähren die Entlastung von der US-Quellensteuer grundsätzlich durch eine Reduktion des Abzugs an der Quelle.

Das amerikanische Verfahren ist zweigeteilt. Bei *Zinsen*, *Lizenzgebühren* und bestimmten anderen der US-Quellensteuer unterliegenden Einkünften aus amerikanischen Quellen muss der ausländische nutzungsberechtigte Empfänger den Schuldner der Leistung in einer *Eigenerklärung*¹¹³ auf seine Abkommensberechtigung hinweisen bzw. seine Abkommensberechtigung geltend machen. Demgegenüber findet für *Dividenden* die sog. *Adressmethode* Anwendung. Nach dieser ist eine US-Gesellschaft oder deren Zahlstelle berechtigt, die amerikanische Quellensteuer auf Dividenden, die an eine Adresse in einem Staat bezahlt werden, mit dem die USA ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen haben, direkt um den im fraglichen Abkommen vorgesehenen reduzierten Satz zu kürzen.

Die Adressmethode weist den Nachteil auf, dass Personen aus Drittstaaten ohne Doppelbesteuerungsabkommen mit den USA in den Genuss einer Entlastung von der US-Quellensteuer kommen können, indem sie ihre US-Wertschriften durch eine in einem Staat mit Doppelbesteuerungsabkommen mit den USA ansässige Person verwalten lassen, deren Adresse dann als Zahlstellenadresse fungiert. Um eine solche unberechtigte Inanspruchnahme der von den USA gestützt auf das Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz gewährten Entlastung von der US-Quellensteuer durch Personen zu vermeiden, die nicht in der Schweiz ansässig sind, verpflichtet Art. 11 in der bis zum 31. Dezember 2000 geltenden Fassung der Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996 die *schweizerische Zwischenstelle* generell, einen sog. *zusätzlichen Steuerrückbehalt* abzuführen.

3.1.1.1.2.2.1.2 Zusätzlicher Steuerrückbehalt USA

Investiert ein schweizerischer Anlagefonds¹¹⁴ in US-Aktien, unterliegen die entsprechenden Dividenden nicht der nach internem amerikanischem Recht bestehenden Quellensteuer von 30 %, sondern aufgrund der Adressmethode einer reduzierten Quellensteuer von lediglich 15 %¹¹⁵; die Sockelsteuer verbleibt in den USA. Es erfolgt also wie bei Australien, Japan und Kanada auch hier eine Entlastung an der Quelle nach der *Adressmethode*. Während allerdings bei einem in den genannten Staaten investierenden Anlagefonds die Verpflichtung zum Abzug eines Steuerrückbehaltes nur bei nicht in der Schweiz wohnhaften Anteilshabern

110 Für die Steuerentlastung an der Quelle wird aufgrund der Adressmethode lediglich darauf abgestellt, ob der Empfänger der betreffenden Zinsen und Dividenden – in aller Regel die Depotbank – eine schweizerische Adresse aufweist (vgl. 3.1.1.1.2.1).

111 Zum technischen Ablauf des Steuerrückbehalts vgl. HESS, S. 543 ff.

112 Vgl. zum Ganzen die tabellarische Darstellung bei HESS, S. 545.

113 Mittels Formular 1001.

114 Mit einer schweizerischen Zahlstelle/Depotbank.

115 Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA CH-USA und Art. 9 Abs. 1 lit. d der Verordnung zum DBA CH-USA; ferner auch ALTENBURGER, S. 102.

bern besteht, bezieht sich die Abzugsverpflichtung der ersten schweizerischen Zwischenstelle – man spricht vom «zusätzlichen Steuerrückbehalt USA» – bei den in den USA investierenden Fonds auch auf Anteilsinhaber mit Wohnsitz in der Schweiz. Wer (als schweizerische Zwischenstelle) von US-Gesellschaften bzw. von US-Obligationenschuldnern Dividenden zu 85% (bzw. Zinsen zu 100%) ihres Bruttobetrag für fremde Rechnung entgegennimmt, muss vom empfangenen Betrag 15% der Bruttodividende (bzw. 30% des Bruttozinses) zurückbehalten und bis Ende des auf den Empfang folgenden Kalendermonats in CHF an die ESTV (Konto «zusätzlicher Steuerrückbehalt USA») als zusätzlichen Steuerrückbehalt USA abführen¹¹⁶.

3.1.1.1.2.2.1.3 Antrag auf Rückerstattung des zusätzlichen Steuerrückbehalts USA

Ein Ausschüttungsfonds mit Affidavit-Verfahren bzw. dessen *Fondsleitung* – sie hat von der Depotbank die US-Erträge unter Abzug des zusätzlichen Steuerrückbehalts USA erhalten – kann den zusätzlichen Steuerrückbehalt USA grundsätzlich in der vollen vorgesehenen Steuerentlastung direkt bei der ESTV zurückfordern.

Wird durch die Fondsleitung kein Rückerstattungsbegehren gestellt, überweist die ESTV den zusätzlichen Steuerrückbehalt dem IRS. Bei dieser Stelle können nutzungsberechtigte Empfänger, die in einem Drittstaat mit einem Doppelbesteuerungsabkommen mit den USA ansässig sind, eine Rückforderung des Betrages verlangen, der die Sockelsteuer gemäss diesem Abkommen übersteigt.

3.1.1.1.2.2.1.4 Weiterleitung bzw. Wiedereinzahlung des zusätzlichen Steuerrückbehalts USA

Der von der *Fondsleitung* zurückgeforderte zusätzliche Steuerrückbehalt USA bildet Bestandteil des Netto-Jahresreinertrages und für den *inländischen Anteilsinhaber* auch Teil der beschlossenen Jahres-Ertragsausschüttung. Der zusätzliche Steuerrückbehalt USA ist ihm weiterzuleiten.

In dem Umfang, als der zusätzliche Steuerrückbehalt USA auf *im Ausland ansässige Anteilsinhaber* entfällt, ist die *Fondsleitung* verpflichtet, diesen der ESTV abzuliefern¹¹⁷.

Der *zusätzliche Steuerrückbehalt USA* dient bis zum 31. Dezember 2000 einem *doppelten Zweck*: Einerseits stellt er sicher, dass von den über schweizerische Zwischenstellen an in Drittstaaten ansässige Personen bezahlten US-Dividenden und Obligationenzinsen stets die volle amerikanische Quellensteuer abgezogen wird. Weil er auch gegenüber schweizerischen Kunden einbehalten werden muss, kommt ihm andererseits auch eine Sicherungsfunktion zu, indem eine Rückerstattung an diese voraussetzt, dass sie solche Einkünfte in ihrer schweizerischen Steuererklärung ordnungsgemäss deklarieren¹¹⁸.

3.1.1.1.2.2.2 Entlastungen unter inneramerikanischem Recht

Die unter dem innerstaatlichen Recht bestehende vollständige Entlastung von der Quellensteuer auf *Zinsen von Obligationen amerikanischer Emittenten*, die nach dem 18. Juli 1984 emittiert worden sind (*Portfolio Interest Exemption*), wird nur gewährt, wenn der wirtschaftlich Berechtigte seinen Status als Ausländer gegenüber der amerikanischen Zahlstelle (Withholding Agent) auf Formular W-8 geltend macht.

Ebenfalls unter den inneramerikanischen Vorschriften zur Portfolio Interest Exemption vollständig von der Quellensteuer befreit sind *Zinsen auf den Eurobonds*. Bei diesen sind anlässlich der Emission und im Sekundärmarkt diverse Auflagen zu erfüllen, die sicherstellen sollen, dass keine US-Personen solche Papiere halten können.

3.1.1.1.2.3 USA – ab 1. Januar 2001¹¹⁹

Weil im Gegensatz zur Schweiz die meisten anderen Staaten keine mit dem *zusätzlichen Steuerrückbehalt* vergleichbaren Massnahmen zum Schutz vor unberechtigten Inanspruchnahmen ihres Doppelbesteuerungsabkommens mit den USA trafen, gingen dem IRS aufgrund des bis Ende 2000 geltenden US-Entlastungsverfahrens jährlich erhebliche Steuereinnahmen verloren. Dieser Umstand war einer der Hauptgründe für den Entscheid der USA, ihre Verfahrensvorschriften zu ändern. Abgesehen davon waren die USA bestrebt zu vermeiden, dass im Ausland ansässige US-Staatsangehörige und sonstige Personen, die nach US-Recht auch in den USA der unbeschränkten Steuerpflicht unterliegen (sog. US-Persons), auf Einkünften aus US-Kapitalerträgen lediglich mit der – allenfalls durch ein Ab-

116 Art. 11 Abs. 1 und 2 der alten Verordnung zum DBA USA-CH. Unter Umständen gestattet die ESTV der betreffenden Depotbank, das vereinfachte Verfahren durchzuführen und der *Fondsleitung* die aus den USA erhaltenen Erträge ohne Abzug des zusätzlichen Steuerrückbehalts gutzuschreiben (vgl. ESTV, ZStR I, S. 1).

117 Vgl. dazu Hess, S. 550 ff.

118 Erläuterungen des EFD vom 20. Oktober 2000 zuhanden des Bundesrates betreffend Änderung der Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996, S. 3.

119 Die folgenden Ausführungen basieren auf der am 1. November 2000 per 1. Januar 2001 revidierten Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996.

kommen herabgesetzt – Quellensteuer belastet werden, statt mit den ordentlichen progressiven Einkommenssteuern zu teilweise höheren Sätzen¹²⁰.

3.1.1.1.2.3.1 Die Neuerungen im Allgemeinen

3.1.1.1.2.3.1.1 Erhöhte Reporting-Verpflichtungen

Die USA erheben auf Vermögenserträgen aus US-Quellen, welche an nicht in den USA steuerpflichtige Personen (sog. *non-US persons*) ausbezahlt werden, weiterhin eine 30 %-ige Quellensteuer (sog. *NRA WHT*) nach dem Schuldnerprinzip, d.h. beim Schuldner der steuerbaren Leistung. Bestimmte Obligationenzinsen sind bereits nach inneramerikanischem Recht von dieser Quellenbesteuerung ausgenommen (sog. *Portfolio Interest Exemption*)¹²¹.

Im Oktober 1997 hat das *US-Finanzdepartement* neue Regulations zu den Quellensteuern und den mit diesen zusammenhängenden Reportingpflichten erlassen. Unter diesen Vorschriften werden sehr hohe Anforderungen mit Bezug auf die *Dokumentation/Identifikation des Empfängers* von Einkünften aus US-Quellen eingeführt. Vom Grundgedanken her sollte eine US-Zahlstelle, die Zinsen, Dividenden, Royalties und Veräusserungserlöse aus Wertschriftentransaktionen auszahlt, immer wissen, wer der wirtschaftlich Berechtigte an den Zahlungen ist. Der Beneficial Owner hat deshalb jeweils seine Identität auf einem amtlichen Formular offenzulegen. Für «*foreign persons*» geschieht dies mit *Formular W-8BEN*, für «*US persons*» mit *Formular W-9*.

Eine in einem Doppelbesteuerungsabkommen oder im inneramerikanischen Recht vorgesehene Entlastung von der US-Quellensteuer (Non-Resident Alien Withholding Tax) erfolgt deshalb im Unterschied zum bisherigen Verfahren¹²² grundsätzlich nur mehr dann direkt an der Quelle bei der US-Zahlstelle, wenn dieser vorgängig die entsprechenden, individualisierten Informationen zum steuerrechtlichen Status des nutzungsberechtigten Empfängers der US-Erträge geliefert werden. Eine schweizerische Zwischenstelle, welche auf fremde Rechnung US-Erträge einkassiert, muss deshalb grundsätzlich die Daten der nutzungsberechtigten Empfänger der US-Zahlstelle übermitteln, damit die Empfänger gestützt auf ein Doppelbesteuerungsabkommen zwischen deren Ansässigkeitsstaat und den USA oder gestützt auf inneramerikanisches Recht in den Genuss der

Entlastung von der US-Quellensteuer gelangen. Andernfalls müsste der US-Schuldner oder dessen Zahlstelle die Steuer (auf US-Vermögenserträgen einschliesslich die nach innerstaatlichem US-Recht aufgrund der Portfolio Interest Exemption steuerbefreiten Zinsen) zum vollen Satz von 30 % erheben; ausserdem wäre im Falle der Veräusserung auf dem gesamten Erlös unter Umständen die sog. Back-up Withholding von 31 % geschuldet. Die Begrenzung der US-Quellensteuer im Rückforderungsverfahren ist im neuen System grundsätzlich nicht mehr vorgesehen¹²³.

Damit können einerseits durch schweizerische (und andere im Verhältnis zu den USA ausländische) Investoren Entlastungen von der NRA-Quellensteuer, sei es unter DBA, sei es unter der Portfolio Interest Exemption, nur noch bei Abgabe eines Formulars W-8BEN und der damit verbundenen Offenlegung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten geltend gemacht werden. Es fällt also insbesondere die Adressmethode bei den Dividenden weg. Andererseits will der US-Fiskus auch sicherstellen, dass in den USA steuerpflichtige Personen nur noch US-Wertpapiere halten können, wenn sie ihren steuerlichen Pflichten in den USA nachkommen.

3.1.1.1.2.3.1.2 Qualified Intermediary-System und Neuordnung des zusätzlichen Steuerrückbehaltes

Um einen obgenannten, für die ausländische Zwischenstelle und deren Kunden in verschiedener Hinsicht nachteiligen¹²⁴ Datentransfer zu vermeiden, sehen die US-Regulations eine *Alternative* zu diesem *extensiven Einzelreporting* vor, das sog. *Qualified Intermediary (QI) System*¹²⁵. Nicht in den USA domizilierte Banken oder Clearing Organisationen, die für Rechnung von in- oder ausländischen Kunden US-Kapitalerträge entgegennehmen, haben die Möglichkeit, mit dem IRS ein sog. *Qualified Intermediary Agreement* abzuschliessen. Die QI übernehmen gegenüber dem IRS die Verpflichtung (in Anwendung ihrer nationalen Vorschriften über die Identifizierung ihrer Kunden) sicherzustellen, dass dem US-Schuldner für jede an sie geleistete Zahlung von Vermögenserträgen der jeweils anwendbare Satz der US-Quellensteuer gemeldet wird¹²⁶.

Für ihre *Nicht-US-Kunden* können die QI die Quellensteuerentlastungen unter DBA und unter der Portfolio

120 Erläuterungen des EFD vom 20. Oktober 2000 zuhanden des Bundesrates betreffend Änderung der Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996, S. 3.

121 MISTELI, S. 21 f. sowie auch FN 7 und 8.

122 Vgl. 3.1.1.1.2.2.1.1. und 3.1.1.1.2.2.1.2.

123 MISTELI, S. 22.

124 Aus schweizerischer Sicht steht im Vordergrund, dass ein entsprechender Informationsaustausch eine Befreiung vom schweizerischen Bankkundengeheimnis erforderte (MISTELI, S. 22 FN 10).

125 Vgl. HALPHEN, IRS Revises 1997 Withholding Regulations, S. 2599 ff.; DIES., U.S. IRS Notice 2001-4, S. 2872.

126 Erläuterungen des EFD vom 20. Oktober 2000 zuhanden des Bundesrates betreffend Änderung der Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996, S. 3.

Interest Exemption direkt in Anspruch nehmen, ohne die Identität der Leistungsempfänger bekannt geben zu müssen¹²⁷. Ein QI erhält also von der vorgängig entsprechend informierten US-Zahlstelle den *Bruttoertrag* (vor Abzug der NRA WHT) und ist verpflichtet (sofern dieser Ertrag nach inneramerikanischem Recht überhaupt der NRA WHT unterliegt), davon – je nach Basket¹²⁸ – die *NRA WHT in Abzug zu bringen*. Hat der *nutzungsberechtigte Empfänger* eines US-Ertrages einen *DBA-rechtlichen Anspruch* auf Begrenzung der 30 %-igen NRA WHT, muss der QI die NRA WHT nur im Umfang einer allfälligen *Sockelsteuer* abliefern, so dass der Ertragsgläubiger direkt mit der Ertragsgutschrift in den Genuss der Entlastung nach DBA gelangt¹²⁹.

Handelt es sich beim *nutzungsberechtigten Empfänger* um eine *in den USA steuerpflichtige Person* (US person), muss selbst eine ausländische bzw. schweizerische Zwischenstelle mit QI-Status deren Identität gegenüber der US-Zahlstelle und gegenüber dem IRS offen legen. Das geschieht im Normalfall durch Abgabe eines Formulars W-9. Sind die US persons nicht bereit, ihre Identität bekannt zu geben, dürfen sie keine US-Wertschriften mehr halten. Dabei ist hervorzuheben, dass das QI-System spezielle Vorschriften für Länder mit einem Bankgeheimnis enthält, die sicherstellen, dass unter dem QI-Vertrag nie Angaben über Kunden ohne deren Zustimmung gemacht werden müssen.

Unter den neuen amerikanischen Verfahrensvorschriften entfällt das Interesse der USA an der Verpflichtung schweizerischer Zwischenstellen, auf den für fremde Rechnung empfangenen US-Dividenden und Obligationenzinsen einen zusätzlichen Steuerrückbehalt zuhanden des IRS an die ESTV abzuliefern. Eine direkte Entlastung der US-Erträge nach Massgabe der Doppelbesteuerungsabkommen erfolgt im neuen Verfahren nicht mehr wie bis anhin bereits aufgrund der schweizerischen Adresse der ersten schweizerischen Zwischenstelle¹³⁰, sondern nur noch, wenn der Zwischenstelle der DBA-rechtliche Status des jeweiligen *nutzungsberechtigten Empfängers* bekannt ist. Das bedeutet, dass die Möglichkeit einer ungerechtfertigten direkten Entlastung von US-Erträgen, die über eine schweizerische

Zwischenstelle an Empfänger ausbezahlt werden, die aufgrund ihrer Ansässigkeit in einem Drittstaat keinen oder einen geringeren DBA-rechtlichen Entlastungsanspruch als schweizerische Empfänger besitzen, ausgeschlossen ist¹³¹. Die Verpflichtung schweizerischer Zwischenstellen zur Ablieferung eines zusätzlichen Steuerrückbehaltes wird indessen trotzdem nicht generell aufgehoben. Aufgrund des weiterhin bestehenden Bedürfnisses der schweizerischen Steuerbehörden nach Sicherung der ordnungsgemässen Versteuerung von US-Kapitalerträgen durch in der Schweiz ansässige Empfänger wird sie gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 der Verordnung zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen in Bezug auf diejenigen US-Dividenden und -Zinsen weitergeführt, die ein Qualified Intermediary¹³² für Rechnung von in der Schweiz ansässigen Personen entgegennimmt¹³³. Damit soll also sichergestellt werden, dass US-Erträge, für die eine DBA-rechtliche Entlastung gestützt auf das DBA CH-USA gewährt wird, auch in der Schweiz zur Besteuerung gelangen. Findet dagegen eine direkte DBA-rechtliche Entlastung eines US-Ertrages gestützt auf ein Parallelabkommen¹³⁴ statt, ist kein zusätzlicher Steuerrückbehalt geschuldet, selbst dann nicht, wenn sich die auszahlende Stelle in der Schweiz befindet¹³⁵.

3.1.1.1.2.3.2 Konkrete Auswirkungen der neuen Vorschriften und die Behandlung der Non-US-Anlagefonds

3.1.1.1.2.3.2.1 Intermediary oder Beneficial Owner?

Die Frage, ob ein (z.B. schweizerischer oder luxemburgischer) *Anlagefonds* aus Sicht der US-Vorschriften als *Intermediary*¹³⁶ oder als *Beneficial Owner* der durch den Anlagefonds gehaltenen US-Wertschriften gilt, ist unter den neuen Reportingbestimmungen von zentraler Bedeutung. Würde der Anlagefonds als Intermediary gelten, hätte er dies der US-Depotbank¹³⁷ oder – falls die Titel über eine QI-Bank gehalten werden – der QI-Bank auf einem Formular W-8IMY zu erklären. Die Erfüllung dieser Auflage wäre in den meisten Fäl-

127 Das Bankgeheimnis bleibt mithin gewahrt.

128 Damit die Ertragszahlungen richtig zugeordnet werden können, werden die Kunden in vier Baskets eingeteilt (SBVg, Zirkular 6971, S. 7 f.); vgl. dazu HESS, S. 558 FN 522.

129 MISTELI, S.22.

130 Vgl. 3.1.1.1.2.2.1.1 und 3.1.1.2.2.1.2. Erste schweizerische Zwischenstelle bei Anlagefonds: Depotbank, allenfalls auch Segainterstitute.

131 MISTELI, S. 28.

132 Vor allem eine Bank.

133 Erläuterungen des EFD vom 20. Oktober 2000 zuhanden des Bundesrates betreffend Änderung der Verordnung zum

schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2. Oktober 1996, S. 4; vgl. auch MISTELI, S. 28; SBVg, Zirkular 6999, S. 2.

134 Gemeint sind Abkommen zwischen den USA und anderen Staaten (parallele Abkommen im Vergleich zum Abkommen CH-USA).

135 MISTELI, S. 28.

136 Auch Flow-Through Entity genannt (vgl. HALPHEN/NAUHEIM, S. 99). Als Qualified Intermediaries kommen praktisch ausschliesslich Banken in Frage.

137 Der Anlagefonds müsste das Formular W-8IMY ausfüllen und für alle Beneficial Owners ein Formular W-8BEN einreichen.

len problemlos zu bewältigen. Die zusätzliche Pflicht, jeden einzelnen Beneficial Owner zu melden, wäre dagegen mit enormen rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten verbunden. Da viele Anlagefonds ihre Anteile in Form von Inhaberpapieren ausgeben, wären sie oftmals gar nicht in der Lage, die Beneficial Owners zu eruieren.

Die *Luxemburger Fonds Communs de Placement* gelten gestützt auf ein sog. Private Letter Ruling vom 15. März 2000 als *Business Entities*¹³⁸. Als solche sind sie berechtigt, gemäss den «*check-the-box rules*» zu verfahren, d.h. sie können wählen, für die US-Einkommenssteuer als *Corporation* und damit als *Beneficial Owners* behandelt zu werden. Es stellt sich bloss noch die Frage, ob die Anlagefonds aktiv, d.h. durch Einreichung der entsprechenden Formulare die Wahl treffen müssen oder ob sie bereits «defaultmässig» als *Corporation* gelten. Es herrscht die Meinung vor, eine aktive Erklärung sei (zumindest) bei den Luxemburger Anlagefonds nicht notwendig. Bei Anlagefonds aus anderen Ländern kann sich die Situation allenfalls anders darstellen¹³⁹. Hier fehlt es zur Zeit noch an einer einschlägigen Praxis.

Die (körperschaftlich strukturierten) *SICAV* gelten aus nahe- liegenden Gründen als *Corporations*¹⁴⁰.

In Anlehnung an das obgenannte Private Letter Ruling gelten nach jetziger Praxis auch die *schweizerischen Anlagefonds*, die wie die Luxemburger *Fonds Communs de Placement* vertraglich strukturiert sind, als *Business Entities*. Sie sind damit berechtigt, das «*check-the-box*»-Verfahren anzuwenden und dadurch als *Corporations* bzw. als *Beneficial Owners* qualifiziert zu werden.

3.1.1.1.2.3.2.2 Konsequenzen bei der Behandlung der Non-US-Anlagefonds als Beneficial Owners

- *Reporting: Non-US-Anlagefonds*, die unter Anwendung der «*check-the-box rules*» für die amerikanische Einkommenssteuer als *Beneficial Owners* angesehen werden, sind berechtigt, im eigenen Namen ein Formular W-8BEN abzugeben¹⁴¹.
- *Portfolio Interest Exemption*: Die *W-8BEN-fähigen Anlagefonds* gelten unter den Regeln der Portfolio Interest Exemption als «foreign persons» und kommen damit in den Genuss der vollen Steuerentlastung auf den Zinsen von nach dem 18. Juli 1984 emittierten

Obligationen von US-Emittenten (Portfolio Interest Exemption¹⁴²), ohne die Identität der Anteilsinhaber bekannt geben zu müssen¹⁴³. Das Einzige, was der betreffende Anlagefonds dem US Withholding Agent vorweisen muss, ist das Formular W-8BEN (Certificate of Beneficial Ownership).

- *Fehlende Abkommensberechtigung unter dem DBACH-USA – Folgen*: Obschon Schweizer Anlagefonds als Non-US-Anlagefonds nach US-Recht als *Corporations* und damit als *Beneficial Owners* für die «*US income tax purposes*» qualifiziert werden, sind sie nicht berechtigt, in eigenem Namen die Steuerentlastungen gemäss Doppelbesteuerungsabkommen CH-USA (*treaty benefits*) in Anspruch zu nehmen. Die USA stellen für die Frage der Abkommensberechtigung grundsätzlich darauf ab, ob eine Entity, die für Dritte US-Einkünfte in eigenem Namen vereinnahmt, aus Sicht des Empfängerstaates als transparent angesehen wird oder nicht¹⁴⁴. Die Schweiz behandelt *Anlagefonds* als *transparent*. Nicht der Anlagefonds, sondern die einzelnen Anteilsinhaber werden besteuert. Aus US-Sicht ist somit die Abkommensberechtigung schweizerischer Anlagefonds nicht gegeben. Das hat zur Folge, dass die an schweizerische Anlagefonds (Non-US-Anlagefonds) ausbezahlten Erträge um die volle US-Quellensteuer gekürzt werden. Eine *direkte Entlastung an der Quelle entfällt* mithin. Der einzelne Anteilsinhaber müsste sich deshalb auf das jeweilige Doppelbesteuerungsabkommen mit den USA berufen¹⁴⁵. Praktisch ist dies aber ausgeschlossen, weil die USA die Rückforderung von US-Quellensteuern nicht mehr kennen. Für die in der Schweiz wohnhaften Anteilsinhaber ist die Anwendung der *pauschalen Steueranrechnung* zu prüfen. Zurzeit finden allerdings Gespräche zwischen den Schweizer und den US-Behörden zur Problematik der Entlastung statt. Da die US-Seite für die in den USA sehr verbreiteten kollektiven Investmentvehikel namens Regulated Investment Company (RIC) ein Interesse an einer DBA-Berechtigung haben, ist ein Zugeständnis im Bereich der Schweizer Anlagefonds denkbar. Danach könnte der (schweizerische) Anlagefonds selber DBA-rechtliche Entlastungen (zumindest für die schweizerischen Anteilsinhaber) beanspruchen. Dies wiederum hätte zur Folge, dass im Verhältnis zu schweizerischen Anteilsinhabern der zusätzlichen Steuerrückbehalt eingeführt werden müsste.

138 Der IRS hat im Vorfeld der neuen Regulations in einem Private Letter Ruling vom 15. März 2000 zuhanden von PricewaterhouseCoopers LLP, Washington Office, mit Bezug auf die Frage der Qualifikation eines Luxemburger Fonds Commun de Placement festgehalten, der fragliche Anlagefonds gelte als Business Entity und sei berechtigt, das «*check-the-box*»-Verfahren anzuwenden. Vgl. auch HALPHEN/NAUHEIM, S. 98.

139 Vgl. HALPHEN/NAUHEIM, S. 99.

140 Vgl. auch HALPHEN/NAUHEIM, S. 98, aber auch S. 100.

141 So auch HALPHEN/NAUHEIM, S. 98.

142 Vgl. 3.1.1.1.2.2.2.

143 HALPHEN/NAUHEIM, S. 98.

144 HALPHEN/NAUHEIM, S. 99.

145 So auch HALPHEN/NAUHEIM, S. 99.

3.1.1.2 Bei schweizerischen Ausschüttungsfonds ohne Affidavit-Schlussabrechnung

3.1.1.2.1 Kein Rückerstattungsanspruch zugunsten des Anlagefonds

Wie bereits darzulegen war, kann die Fondsleitung eines schweizerischen Anlagefonds die ausländischen Quellensteuern in bestimmten Fällen zurückfordern¹⁴⁶. Allerdings dürfen diese Steuerentlastungen nur den in der Schweiz ansässigen Anteilsinhabern zugute kommen. Der Fondsleitung obliegt es mithin, zwischen in der Schweiz und im Ausland ansässigen Anteilsinhabern zu unterscheiden. Dies geschieht aufgrund der Affidavit-Schlussabrechnung. Im Gegensatz zu den Ausschüttungsfonds mit Affidavit-Schlussabrechnung haben deshalb die Anlagefonds *ohne Affidavit-Schlussabrechnung* keinen Rückerstattungsanspruch im Sinne der genannten Vereinbarungen. Diese Folgerung entspricht auch der *Praxis der ESTV*¹⁴⁷. Es liegt an jedem einzelnen in der Schweiz ansässigen Anteilsinhaber, die ausländische Quellensteuer gestützt auf das betreffende Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und dem betreffenden Quellenstaat im Verhältnis seiner Anteile zurückzuverlangen¹⁴⁸. Da dies alles andere als praktikabel ist, werden wohl die meisten Anteilsinhaber von einem Rückerstattungsanspruch absehen.

3.1.1.2.2 Verfahren bei Entlastung an der Quelle mit Steuerrückbehalt

Erfolgt die Steuerentlastung an der Quelle, muss die Fondsleitung diese Entlastung generell aufheben, weil es ihr infolge fehlenden Affidavit-Verfahrens nicht möglich ist, zwischen in der Schweiz und im Ausland ansässigen Anteilsinhabern zu unterscheiden. Dies geschieht dadurch, dass die Fondsleitung der ESTV zulasten des Fonds den *gesamten* entsprechenden Betrag als Steuerrückbehalt zurückvergütet. Investierte der betreffende Anlagefonds bis Ende 2000 in den USA, musste die Fondsleitung ebenfalls den vollen zusätzlichen Steuerrückbehalt USA der ESTV abliefern¹⁴⁹.

3.1.1.3 Bei schweizerischen Thesaurierungsfonds

3.1.1.3.1 Kein Rückerstattungsanspruch zugunsten des Anlagefonds

Weil die thesaurierten Erträge eines Fonds – je nach Buchung – während der Besitzesdauer nicht der Verrech-

nungssteuer unterliegen, gibt es bei schweizerischen Thesaurierungsfonds – ausser bei der Kündigung eines Kollektivanlagevertrages und bei der Auflösung des Fonds – *kein Affidavit-Verfahren* und damit auch keine Affidavit-Schlussabrechnung. Infolge fehlender Affidavit-Schlussabrechnung ist es der Fondsleitung eines Thesaurierungsfonds (während der Besitzesdauer) aber nicht möglich, die Unterscheidung zwischen in der Schweiz und im Ausland ansässigen Anteilsinhabern vorzunehmen. Aus diesem Grunde können schweizerische Thesaurierungsfonds die ausländische Quellensteuer nicht zurückfordern. Diese Folgerung entspricht auch der *Praxis der ESTV*¹⁵⁰.

Bei Thesaurierungsfonds liegt es an den Anteilsinhabern, die ausländische Quellensteuer gestützt auf das fragliche Doppelbesteuerungsabkommen im Verhältnis ihrer Anteile zurückzufordern¹⁵¹. Praktische Schwierigkeiten stehen allerdings diesem Vorgehen entgegen. Letztlich dürfte dies einer der Hauptgründe dafür sein, dass schweizerische Thesaurierungsfonds – namentlich Obligationenfonds – in der Praxis selten vorkommen.

3.1.1.3.2 Verfahren bei Entlastung an der Quelle mit Steuerrückbehalt

Erfolgt die Entlastung des Thesaurierungsfonds bereits an der Quelle¹⁵², muss die Fondsleitung diese Entlastung aufheben¹⁵³. Den *gesamten* entsprechenden Betrag überweist sie als Steuerrückbehalt der ESTV zulasten des Fonds. Bei Investitionen in den USA musste die Fondsleitung bis Ende 2000 ebenfalls den vollen zusätzlichen Steuerrückbehalt USA der ESTV abliefern.

3.1.2 Rückerstattung der Quellensteuer an Anteilsinhaber

3.1.2.1 In der Schweiz ansässige Anteilsinhaber

3.1.2.1.1 Bei schweizerischen Investmentunternehmen

Erfolgt die Entlastung von den ausländischen Quellensteuern nicht auf Stufe Anlagefonds, stellt sich die Frage, ob dem einzelnen Anteilsinhaber das Recht zusteht, die anteilmässige Quellensteuer zurückzufordern.

In einem Bericht aus dem Jahre 1977¹⁵⁴ äusserte sich die OECD mit Bezug auf die Rückerstattung von Quellen-

146 Vgl. hiezu und zum Folgenden auch 3.1.1.1.1.1.1.

147 Vgl. ESTV, Anlageinstrumente, N 20.

148 Vgl. 3.1.2.1.

149 Es fand Art. 16 der alten Verordnung zum DBA CH-USA Anwendung; zum Verfahren mit den USA bis zum 31. Dezember 2000 vgl. 3.1.1.1.2.2.

150 Vgl. ESTV, Anlageinstrumente, N 18 und 20.

151 So auch ESTV, Anlageinstrumente, N 20.

152 Vgl. 3.1.1.1.2.

153 So auch ESTV, Anlageinstrumente, N 20. Zur Begründung vgl. 3.1.1.3.1.

154 In: Standard rules for the operations of institutions for collective investments, OECD, Paris 1977.

steuern an die Anteilsinhaber wie folgt: «*If the Collective Investment Institution does not possess a legal personality, it is generally not subject to tax and therefore cannot ask for reduction of withholding tax on the ground of a double taxation convention. The corollary to this situation is that the participant can generally invoke the application of a convention, so that theoretically double taxation would not occur. In practice, however, the participant would have to claim back a fairly large number of very small amounts of withholding tax because he is only entitled to a fraction of the investment portfolio. The great deal of work in which this would involve him and the costs he would incur, usually mean that in practice he refrains from submitting claims for repayment.*»

In der Praxis wurden gemäss Auskunft der ESTV bislang keine Rückerstattungsersuchen von einzelnen Anteilsinhabern eines Anlagefonds gestellt.

3.1.2.1.2 Bei ausländischen Investmentunternehmen

In der Schweiz ansässige Anteilsinhaber ausländischer vertraglicher *Anlagefonds* sollten die auf den Erträgen des Fonds erhobene Quellensteuer zurückfordern können, wenn zwischen der Schweiz und dem Quellenstaat ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, das Verhältnis zwischen den Anteilsinhabern und der Fondsleitung fiduziarischer Natur ist und der Fonds selber nicht rückerstattungsberechtigt ist bzw. nicht an der Quelle entlastet wird. Die Höhe der Rückerstattung hängt davon ab, ob es sich bei den Ausschüttungen an den Anlagefonds selber um Dividenden oder Zinsen handelt¹⁵⁵. Allerdings gilt auch hier der vorstehend gemachte Vorbehalt, wonach ein solches Vorgehen in der Regel kaum praktikabel ist.

3.1.2.2 Im Ausland ansässige Anteilsinhaber

Ist der Anteilsinhaber im Ausland ansässig, findet kein schweizerisches Doppelbesteuerungsabkommen Anwendung. Massgebend ist vielmehr das interne ausländische Recht bzw. ein allfälliges Doppelbesteuerungsabkommen zwischen dem Wohnsitz-Staat des Anteilsinhabers und dem betreffenden Quellenstaat.

3.2 Quellensteuer auf an Anteilsinhaber ausgeschüttete Vermögenserträge

Hält ein Anteilsinhaber Anteile ausländischer *Investmentunternehmen*, können die ihm ausgeschütteten Erträge ausländischen Quellensteuern unterliegen. Weil die ausländischen, in der Schweiz vertriebenen vertraglichen und

körperschaftlichen *Anlagefonds* auf den ausgeschütteten Erträgen in der Regel keine Quellensteuer erheben, kann an dieser Stelle auf entsprechende Ausführungen verzichtet werden¹⁵⁶.

Literatur

- ALTENBURGER PETER R., Taxation of Swiss-Based Investment Funds and Certificate Holders, in: ASA 65 (1996/97), S. 87 ff., Sondernummer aus Anlass des 50. IFA-Kongresses 1996 in Genf
- AMONN KURT, Generalbericht zum IFA-Kongress 1971 in Washington, zum Thema «Die steuerliche Behandlung der internationalen Kapitalanlagegesellschaften bzw. Anlagefonds unter Berücksichtigung der wesentlichen kontroll- und währungspolitischen Gesichtspunkte in den verschiedenen Ländern», in: Cahiers de droit fiscal international, Bd. LVIA, Rotterdam 1971, S. I/1 ff.
- BAUER-BALMELLI MAJA, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer. Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten, Diss. ZH, Zürich 2001
- BAUMGARTNER PETER/KOLB ANDREAS, Landesbericht der Schweiz zum 52. IFA-Kongress 1998 in London zum Thema «Fragen der praktischen Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen», in: Cahiers de droit fiscal international, Bd. LXXXIIIb, Rotterdam 1998, S. 677 ff.
- ED LYNNE J./BONGAARTS PAUL J. M., Generalbericht zum IFA-Kongress 1997 in New Delhi zum Thema «Die Besteuerung von Investmentfonds», in: Cahiers de droit fiscal international, Bd. LXXXIIb, Rotterdam 1997, S. 107 ff.
- EMCH URS/RENZ HUGO/BÖSCH FRANZ, Das Schweizerische Bankgeschäft, 4. A., Thun 1993
- ESTV, Merkblatt vom 30. April 1998 betreffend Bankenerklärung (Affidavit) (S-02.137), Bern, in: PESTALOZZI LACHENAL PATRY, II G c 81, S. 1 ff.
- Merkblatt vom April 1999 betreffend kollektive Anlageinstrumente – Verrechnungssteuer, ausländische Quellensteuern, Richtlinien betreffend Steuerpflicht und Besonderheiten für die Buchführung – (4258/1), Bern, in: PESTALOZZI LACHENAL PATRY, II G c 101, S. 1 ff.
 - Steuerentlastungen auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen für Dividenden, Zinsen, Lizenzgebühren und private Pensionen und Renten, Übersichten, Wegleitungen und Formulare, 2 Bände, Loseblattwerk, Bern
 - Merkblatt vom 30. April 1998 betreffend Behandlung des zusätzlichen Steuerrückbehaltes USA in Buchhaltungen von Anlagefonds, Bern, in: PESTALOZZI LACHENAL PATRY, I B h 38, S. 1 ff.

155 Vgl. ESTV, Steuerentlastungen, Bd. 1, Allgemeines IV, S. 9 ff.; LOCHER, S. 403 ff.; PESTALOZZI LACHENAL PATRY, I B 74, S. 2 ff.

156 Sie finden sich bei HESS, S. 577 ff.

- Schreiben an die Banken und Fondsleitungen vom 1. Dezember 2000 betreffend Behandlung des zusätzlichen Steuerrückbehaltes USA in Buchhaltungen von Fonds, welche vom Affidavit-Verfahren profitieren
- HALPHEN CHRISTINE, U. S. IRS Notice 2001–4 Announces Relief Under Section 1441 Regs, in: Tax Notes International, 25. Dezember 2000, S. 2872 ff. (zitiert: U. S. IRS Notice 2001–4)
- IRS Revises 1997 Withholding Regulations – A Race to the Finish?, in: Tax Notes International, 12. Juni 2000, S. 2599 ff. (zitiert: IRS Revises 1997 Withholding Regulations)
- HALPHEN CHRISTINE/NAUHEIM STEVE, Private Letter Ruling Clarifies Tax Withholding Status of Foreign Investment Vehicles, in: Tax Notes International, 10. Juli 2000, S. 98 ff.
- HESS TONI, Die Besteuerung der Anlagefonds und der anlagefondsähnlichen Instrumente sowie deren Anteilshaber in der Schweiz, Diss. ZH, Zürich 2001
- HÖHN ERNST, Funktionsweise und Methoden der Doppelbesteuerungsabkommen, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. A., Schriftenreihe «Finanzwirtschaft und Finanzrecht», Bd. 38, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 103 ff.
- LOCHER PETER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2000
- MISTELI JONAS, Neuerungen in der steuerlichen Behandlung von Kapitalerträgen aus amerikanischen Quellen, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Weiterbildungsstufe HSG 9/2000, Bern 2001, S. 19 ff.
- PFUND WALTER ROBERT, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil (Art. 1–20 VStG), Die Eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Bd. 5, Basel 1971
- PFUND WALTER ROBERT/ZWAHLEN BERNHARD, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, II. Teil (Art. 21–33 VStG), Die Eidgenössischen Steuern, Zölle und Abgaben, Bd. 6, Basel 1985
- SCHERER MARTIN/BURGY PATRICK, Landesbericht der Schweiz zum 51. IFA-Kongress 1997 in New Delhi zum Thema «Die Besteuerung von Anlagefonds», in: Cahiers de droit fiscal international, Bd. LXXXIIb, Rotterdam 1997, S. 795 ff.
- STOCKAR CONRAD, Aperçu des droits de timbre et de l'impôt anticipé, 3. A., Lausanne 1994
- Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 3. A., Basel/Therwil 2000
- STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, 3 Bände, Loseblattwerk, Basel

Satz der residualen Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen an ausländische Personengesellschaften

Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger

Inhalt*

1	Problemstellung
2	Rechtsgrundlagen
2.1	OECD-Musterabkommen
2.2	Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen
3	Praxis der Eidg. Steuerverwaltung
4	Auslegung
4.1	Allgemeines zum Verhältnis zwischen schweizerischem Zivil- und Steuerrecht bei Personengesellschaften und deren Gesellschaftern
4.2	OECD-Musterabkommen
4.2.1	Wortsinn und Entstehungsgeschichte
4.2.1.1	Verbindung von OECD-MA 10 II Ingress mit 10 II a und b
4.2.1.2	Kann der Wendung «eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft)» durch Lückenfüllung ein Sinn gegeben werden?
4.2.1.3	Erfordernis des «unmittelbaren» Verfügens
4.2.1.3.1	Auswirkungen der unterschiedlichen Behandlung von Personengesellschaften im Zivil- und Steuerrecht
4.2.1.3.2	Verbindung von OECD-MA 10 II Ingress mit OECD-MA 10 II a und b
4.2.1.3.3	Ergebnis
4.2.1.4	Entstehungsgeschichte
4.2.2	Normzweck
4.2.2.1	Gründe für die Gewährung des Vorzugssteuersatzes im Allgemeinen
4.2.2.2	Wendung «eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft)»
4.2.2.3	Erfordernis des «unmittelbaren» Verfügens
4.2.3	Erfordernis der Reziprozität?
4.3	Vom OECD-Musterabkommen abweichende schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen
5	Schlussfolgerung
	Literatur und Materialien

* Der Verfasser gibt seine persönliche Meinung wieder. Diese vermag die Eidg. Steuerverwaltung nicht zu binden. Er dankt seinem Assistenten lic. iur. Roland Burkhalter für die wertvolle Mitarbeit und seinem Kollegen Dr. Ruedi Baumann für die kritische Durchsicht des Manuskripts und für wichtige Anregungen.

1 Problemstellung

Personengesellschaften werfen im internationalen Steuerrecht mehrere, z.T. komplexe Fragen auf¹. In diesem Beitrag soll nur eine Teilfrage bezüglich der schweizerischen Verrechnungssteuer untersucht werden.

Verschiedene ausländische Rechtsordnungen behandeln Personengesellschaften zivil- und steuerrechtlich in vergleichbarer Art wie die Schweiz. Zivilrechtlich gibt es dort auch Formen von Personengesellschaften, die auch juristische Personen als Personengesellschafter zulassen (z.B. Deutschland und Österreich: Kommanditgesellschaft «KG», Niederlande: Commanditaire Vennootschap «CV», Belgien: Société en commandite simple «SCS»²).

Für die Einkommen- bzw. Gewinnsteuer werden in diesen Staaten nicht die Personengesellschaften als Steuersubjekte behandelt, sondern es wird den einzelnen Gesellschaftern das Ergebnis der Personengesellschaft nach Massgabe des Gesellschaftsvertrags steuerlich zugerechnet.

Ist nun eine ausländische Personengesellschaft eines Staates, der die beschriebene zivil- und steuerrechtliche Ordnung kennt, massgeblich an einer schweizerischen Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft beteiligt und trägt auch die einer juristischen Person als Gesellschafterin steuerlich zurechenbare Quote mindestens die im entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommen für

1 OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6, Paris 1999; LANG MICHAEL, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Wien 2000; GASSNER WOLFGANG/LANG MICHAEL/LECHNER EDUARD (Hrsg.), Personengesellschaften im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, Die Auswirkungen des OECD-Reports auf die Abkommenspraxis, Wien 2000; IFA, International tax problems of partnerships, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXa, Rotterdam 1995; ALIG KURT, Personengesellschaften im interkantonalen und internationalen Steuerrecht, Bern u.a. 1980; SALVI IRENE, Schweizerische Besteuerung von Internationalen Personengesellschaften, ASA 64 (1995/96) 177 ff.

2 Sofern diese belgischen Gesellschaften für die Besteuerung nach dem Regime für natürliche Personen optiert haben; DBA Belgien 0.672.917.21, Art. 10 § 2 lit.a.

die Gewährung des tieferen Satzes der residualen Verrechnungssteuer³ vorausgesetzte Höhe, stellt sich die Frage, ob dieser tiefere Satz (nachfolgend «Vorzugssteuersatz») trotz Haltens der Beteiligung durch eine Personengesellschaft Anwendung findet oder nicht.

Beispiel:

Die deutsche X GmbH & Co., Kommanditgesellschaft, hat eine schweizerische Tochtergesellschaft, A AG. An der X GmbH & Co. sind eine in Deutschland wohnhafte natürliche Person A und die in Deutschland ansässige B GmbH je zu 50 % beteiligt. Der Gewinnanspruch bemisst sich nach der Beteiligungsquote. Die A AG schüttet eine Dividende aus. Nun stellt sich die Frage, ob die Schweiz im Ergebnis 5 oder 15 % des Bruttobetrags dieser Dividende einbehalten kann (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b und d des schweizerisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommens; «DBA D»).

Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

2 Rechtsgrundlagen

2.1 OECD-Musterabkommen

Art. 10 Abs. 1 und 2 des OECD-Musterabkommens (nachfolgend: «OECD-MA») lauten wie folgt:

¹ Dividenden, die eine in einem Vertragsstaat ansässige Gesellschaft an eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person zahlt, können im anderen Staat besteuert werden.

² Diese Dividenden können jedoch auch in dem Vertragsstaat, in dem die die Dividenden zahlende Gesellschaft ansässig ist, nach dem Recht dieses Staates besteuert werden; die Steuer darf aber, wenn der Nutzungsberechtigte der Dividenden eine in dem anderen Vertragsstaat ansässige Person ist, nicht übersteigen:

a) 5 vom Hundert des Bruttobetrags der Dividenden, wenn der Nutzungsberechtigte eine Gesellschaft (*jedoch keine Personengesellschaft*⁴) ist, die unmittelbar über mindestens 25 vom Hundert des Kapitals der die Dividenden zahlenden Gesellschaft verfügt;

b) 15 vom Hundert des Bruttobetrags der Dividenden in allen anderen Fällen.

Die zuständigen Behörden der Vertragsstaaten regeln in gegenseitigem Einvernehmen, wie diese Begrenzungsbestimmungen durchzuführen sind. Dieser Absatz berührt nicht die Besteuerung der Gesellschaft in Bezug auf die Gewinne, aus denen die Dividenden gezahlt werden.

Ein erster Blick auf den Wortlaut dieser Bestimmung führt zum Schluss, dass Personengesellschaften vom

tieferen Steuersatz von 5 % ausgeschlossen sind. Der Kommentar zum OECD-MA scheint diesen Schluss zu bestätigen; dort ist festgehalten, dass Staaten, die Personengesellschaften selbst als Steuersubjekte behandeln, in ihren Abkommen vorsehen können, dass, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, auch Personengesellschaften der tiefere Steuersatz gewährt wird⁵.

Eine *nähere Betrachtung* der Bestimmung zeigt jedoch Folgendes:

OECD-MA 10 II enthält *zwei Ungereimtheiten*. Einerseits sind Personengesellschaften zwar «Personen» i.S. des Abkommens (vgl. OECD-MA 3 I a). In Staaten, die Personengesellschaften nicht als Steuersubjekte behandeln, sind diese Personen jedoch nicht «ansässig» i.S.v. OECD-MA 4 und deshalb mangels Einschluss in den persönlichen Geltungsbereich (vgl. OECD-MA 1) gar nicht abkommensberechtigt. Abkommensberechtigt sind einzig die im anderen Staat ansässigen Gesellschafter⁶. OECD-MA 10 II Ingress stellt für die Begrenzung der Steuer im Quellenstaat die Bedingung auf, dass «der Nutzungsberechtigte der Dividenden eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person ist». Würden die – nicht wie juristische Personen besteuerten – Personengesellschaften als Nutzungsberechtigte der Dividenden angesehen, wäre somit das Besteuerungsrecht des Quellenstaates mangels Ansässigkeit der Personengesellschaften überhaupt nicht beschränkt. Im Ausgangsbeispiel könnte deshalb die Schweiz die volle Verrechnungssteuer einbehalten!

Ein solches Ergebnis ist jedoch in keinem Fall gewollt und wird auch nicht praktisch vollzogen⁷. Es würde überdies dem Sinn des OECD-MA widersprechen, geht doch dieser dahin, das Besteuerungsrecht zwischen dem Quellen- und dem Wohnsitzstaat aufzuteilen und durch eine Reduktion im Quellenstaat dafür zu sorgen, dass im Regelfall⁸ dem Wohnsitzstaat auch ein tatsächliches Steuersubstrat verbleibt.

Andererseits bleibt der Sinn der Wendung «wenn der Nutzungsberechtigte eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft) ist» in OECD-MA 10 II a unklar.

3 Im Schrifttum und in der Verwaltungspraxis wird die nach Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens verbleibende Verrechnungssteuer häufig als «Sockelsteuer» bezeichnet. (Gleiches gilt für die verbleibenden ausländischen Quellensteuern.) Der Verfasser stellt sich gegen diese Bezeichnung. Es existieren keine «Sockelsteuern», sondern lediglich die Verrechnungssteuer bzw. die entsprechenden ausländischen Quellensteuern. Die Bezeichnung einer Steuer kann nicht von der Höhe des Steuersatzes abhängen. Die nach Anwendung eines Doppelbesteuerungsabkommens verbleibende Steuer wird hier aus Vereinfachungsgründen als «residuale» Steuer bezeichnet.

4 Hervorhebung durch den Verfasser.

5 OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentary, Paris 2000, Art. 10 Ziff. 11.

6 Die Abkommensberechtigung anderer Gesellschafter richtet sich nach dem allenfalls zwischen dem Wohnsitzstaat der Gesellschafter und dem Quellenstaat abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen.

7 Zur Praxis der Eidg. Steuerverwaltung vgl. unten, 3.

8 Immer dann, wenn die tatsächliche Steuerbelastung der Dividende beim Empfänger im Wohnsitzstaat den Steuersatz des Quellenstaates überschreitet.

OECD-MA 3 I b definiert den Begriff «Gesellschaft» und bestimmt, dass er juristische Personen und Rechtsträger umfasst, die für die Besteuerung wie eine juristische Person behandelt werden. Personengesellschaften, die Steuerordnungen zugehörig sind, welche nicht die Personengesellschaften, sondern deren Gesellschafter als Steuersubjekte heranziehen, können schon deswegen nicht in den Genuss des Vorzugssteuersatzes gelangen, weil sie gar keine «Gesellschaften» i.S. des OECD-MA sind. Die Wendung «jedoch keine Personengesellschaft» erweist sich somit – unter Vorbehalt einer Lückenfüllung⁹ – als überflüssig.

Werden hingegen Personengesellschaften wie juristische Personen behandelt, ist nicht einzusehen, weshalb sie von der Gewährung des Vorzugssteuersatzes ausgeschlossen werden sollen¹⁰. Für eine unterschiedliche Behandlung von Gewinnsteuersubjekten je nach ihrer Rechtsform sind keine Gründe auszumachen. Aus der bereits erwähnten Stelle im Kommentar zum OECD-MA¹¹, wonach Staaten, die Personengesellschaften wie juristische Personen behandeln, für die Personengesellschaften den Vorzugssteuersatz vereinbaren können, geht hervor, dass die Kommentatoren offenbar verkannt haben, dass Personengesellschaften, die nicht wie juristische Personen behandelt werden, gar keine Gesellschaften im Sinne des OECD-MA sind.

Die Bedeutung des Wortlauts von OECD-MA 10 II bleibt somit bezüglich der hier untersuchten Frage zunächst im Dunkeln. Weshalb sollen in Steuerordnungen, die Personengesellschaften wie juristische Personen besteuern, die Personengesellschaften vom Vorzugssteuersatz ausgeschlossen bleiben? Wie können in Steuerordnungen, die Personengesellschaften nicht wie juristische Personen besteuern, Personen, die gar nicht abkommensberechtigt sind, vom tieferen Steuersatz ausgeschlossen werden? Wie können dort Personen, die sich gar nicht als Gesellschaften im Sinne des OECD-MA qualifizieren, eine besondere Kategorie von «Gesellschaften» bilden, die vom Vorzugssteuersatz ausgeschlossen bleibt? Auch der

Kommentar zum OECD-MA enthält keine erhellenden Ausführungen zu diesen Problemen.

Aus den angeführten Unklarheiten lässt sich jedoch *eine Erkenntnis gewinnen*: Die in diesem Beitrag behandelte Frage kann nicht mit einem *ersten Blick auf den Wortlaut* von OECD-MA 10 II a dahingehend *beantwortet werden*, dass für Personengesellschaften, die Dividenden aus massgeblichen Beteiligungen vereinnahmen, der Vorzugssteuersatz nicht in Frage kommen kann. Der Frage muss vertieft nachgegangen werden.

Dabei ergeben sich im Hinblick auf die hier zu untersuchende Problemstellung drei Unterfragen:

1. Wie ist die Verbindung von OECD-MA 10 II Ingress mit OECD-MA 10 II a und b herzustellen, und was ist daraus abzuleiten?
2. Kann der Wendung «Gesellschaften (nicht aber Personengesellschaften)» durch Lückenfüllung ein Sinn gegeben werden?
3. Wie ist der Begriff «unmittelbar» in OECD-MA 10 II a zu verstehen?

2.2 Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen

Verschiedene von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen verwenden dieselbe Formulierung wie das OECD-MA¹². Andere weichen in verschiedenen Punkten vom OECD-MA ab, enthalten jedoch sinngemäss die Wendung «jedoch keine Personengesellschaft» und den Begriff «unmittelbar»¹³. In weiteren Abkommen ist die Wendung «jedoch keine Personengesellschaft» nicht enthalten; teilweise findet sich in diesen Abkommen der Begriff «unmittelbar»¹⁴, teilweise die Formulierung «unmittelbar oder mittelbar»¹⁵ und teilweise wird diese Voraussetzung nicht erwähnt¹⁶. Schliesslich sieht ein Doppelbesteuerungsabkommen eine Reduktion des Steuersatzes nur vor, wenn der Empfänger eine Kapitalgesellschaft ist¹⁷, und ein anderes Abkommen enthält die Formulierung «jedoch keine Per-

9 Vgl. unten, 4.2.1.2.

10 Zur Begründung vgl. unten, 4.2.2.1.

11 Vgl. oben, FN 6.

12 DBA Albanien BBI 2000, 2509 ff.; DBA Belarus 0.672.916.91; DBA Bulgarien 0.672.921.41; DBA Kroatien 0.672.929.11; DBA Mazedonien BBI 2000, 3927 ff.; DBA Mexiko 0.672.956.31; DBA Moldova 0.672.956.51; DBA Polen 0.672.964.91; DBA Slowakei 0.672.969.01; DBA Tschechien 0.672.974.31.

13 DBA Ägypten 0.672.932.15; DBA Belgien 0.672.917.21; DBA Finnland 0.672.934.51; DBA Griechenland 0.672.937.21; DBA Indonesien 0.672.942.71; DBA Island 0.672.944.51; DBA Korea 0.672.928.11; DBA Luxemburg 0.672.951.81; DBA Malaysia 0.672.952.71; DBA Marokko 0.672.954.91; DBA Norwegen

0.672.959.81; DBA Russische Föderation 0.672.966.51; DBA Schweden 0.672.971.41; DBA Singapur 0.672.968.91; DBA Spanien 0.672.933.21; DBA Sri Lanka 0.672.971.21; DBA Venezuela 0.672.978.51; DBA Vietnam 0.672.978.91.

14 DBA Deutschland 0.672.913.62; DBA Kasachstan BBI 2000, 2564 ff.; DBA Portugal 0.672.965.41; DBA Slowenien 0.672.969.11; DBA Thailand 0.672.974.51; DBA USA 0.672.933.61.

15 DBA Frankreich 0.672.934.91; DBA Grossbritannien und Nordirland 0.672.936.712; DBA Irland 0.672.944.11; DBA Trinidad und Tobago 0.672.975.41.

16 DBA Japan 0.672.946.31; DBA Kanada BBI 1997 III 1453 ff.; DBA Pakistan 0.672.962.31.

17 DBA Niederlande 0.672.963.61.

sonengesellschaft» und die Voraussetzung «unmittelbar oder mittelbar»¹⁸. Bei den restlichen von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen entfällt die thematisierte Problematik, da ein einheitlicher Steuersatz zur Anwendung gelangt¹⁹ bzw. das Besteuerungsrecht des Quellenstaates generell entfällt²⁰.

3 Praxis der Eidg. Steuerverwaltung

Eine publizierte Praxis der Eidg. Steuerverwaltung liegt einzig zum DBA mit Deutschland vor²¹. Dieses DBA setzt für die Gewährung des Vorzugssteuersatzes von 5 % eine unmittelbare Beteiligung von mindestens 20 % voraus. Eine entsprechende Erhebung hat gezeigt, dass die Praxis zum DBA mit Deutschland auch unter den übrigen Doppelbesteuerungsabkommen angewendet wird.

Die Eidg. Steuerverwaltung stellt die zivilrechtliche Betrachtung in den Vordergrund. Aufgrund des Umstandes, dass die von Personengesellschaften vereinnahmten Dividenden im Gesamteigentum der Personengesellschafter und nicht im anteiligen Alleineigentum dieser Personen stehen, wird der Vorzugssteuersatz auch dann nicht gewährt, wenn auf Gewinnsteuersubjekte eine Quote am Gewinn der Personengesellschaft entfällt, welche die im DBA vorgesehene Beteiligungshöhe erreicht oder überschreitet²². Ebenfalls aufgrund zivilrechtlicher Erwägungen ist von diesem Grundsatz in einem Sonderfall eine Ausnahme gemacht worden. Eine deutsche Kommanditgesellschaft «KG» hatte nur eine Gesellschafterin, eine deutsche GmbH. Für die von einer schweizerischen AG an die deutsche KG bezahlten Dividenden wurde der Vorzugssteuersatz (von 5 % statt 15 %) gewährt. Zur Begründung wird zunächst angeführt, in diesem Fall stünden die Dividenden dem (einzigem) «Personengesellschafter vollumfänglich und nicht nur in

ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu»²³. Im Weiteren wird hier – anders als im vorangegangenen Fall²⁴ – auch steuerrechtlich argumentiert und darauf hingewiesen, dass «damit das durch den reduzierten Satz angestrebte Ziel, eine Doppelbelastung der Dividenden zu vermeiden, erreicht»²⁵ werde.

4 Auslegung

4.1 Allgemeines zum Verhältnis zwischen schweizerischem Zivil- und Steuerrecht bei Personengesellschaften und deren Gesellschaftern

Zivilrechtlich kommt den Kommandit- und Kollektivgesellschaften eine grosse Eigenständigkeit zu. Obwohl sie dogmatisch Personengesellschaften sind, ist es praktischer und zuverlässiger zu sagen, sie folgten grundsätzlich den Regeln über juristische Personen²⁶. Sie können im eigenen Namen Rechte erwerben, Verpflichtungen eingehen, sind prozess- und parteifähig und haften auch primär für die Gesellschaftsschulden. Auch können einzelne Gesellschafter Forderungen an ihre Gesellschaft stellen. Das Vermögen der Personengesellschaften steht im Gesamteigentum der Gesellschafter. Anders als bei den einfachen Gesellschaften kann kein Miteigentum begründet werden²⁷.

Wesentlich anders ist die Stellung der Personengesellschaften im Recht der Einkommen/Gewinn- und der Vermögen/Kapitalsteuern²⁸. Die Ähnlichkeiten mit den juristischen Personen haben keine steuerlichen Auswirkungen. Insbesondere sind die Personengesellschaften keine Steuersubjekte. Ergebnis und Vermögen werden den Beteiligten nach Massgabe ihrer diesbezüglichen Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag individuell zugerechnet. Die Besteuerung der zugerechneten Faktoren

18 DBA Jamaika 0.672.945.81.

19 DBA Australien 0.672.915.81; DBA China 0.672.924.91; DBA Ecuador 0.672.932.71; DBA Elfenbeinküste 0.672.928.91; DBA Indien 0.672.942.31; DBA Italien 0.672.945.41; DBA Neuseeland 0.672.961.41; DBA Österreich 0.672.916.31; DBA Rumänien 0.672.966.31; DBA Südafrika 0.672.911.81; DBA Tunesien 0.672.975.81; DBA Ungarn 0.672.941.81.

20 DBA Dänemark 0.672.931.41.

21 LOCHER KURT/MEIER WALTER/VON SIEBENTHAL RUDOLF/KOLB ANDREAS, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2, Nr. 23 und Nr. 26.

22 Diese Praxis ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des deutschen Bundesfinanzhofs; BFH v. 15.6.1988 II R 224/84, BStBl II 1988, 761.

23 LOCHER KURT/MEIER WALTER/VON SIEBENTHAL RUDOLF/KOLB ANDREAS, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2, Nr. 26.

24 LOCHER KURT/MEIER WALTER/VON SIEBENTHAL RUDOLF/KOLB ANDREAS, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2, Nr. 23.

25 LOCHER KURT/MEIER WALTER/VON SIEBENTHAL RUDOLF/KOLB ANDREAS, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, B 10.2, Nr. 26.

26 DRUEY JEAN NICOLAS, in Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, § 63, Rz. 12 (zur Kollektivgesellschaft; Zitat vom Verfasser in die Mehrzahl gesetzt).

27 Vgl. zum Ganzen DRUEY JEAN NICOLAS, in Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, § 63, Rz. 12, 17 ff.

28 Auf die in DBG 11 abweichend geregelten Sonderfälle, die hier nicht von Bedeutung sind, wird nachfolgend nicht eingegangen.

richtet sich nach den für die einzelnen Gesellschafter geltenden Regeln. (Sind z.B. am Ergebnis einer Kommanditgesellschaft eine natürliche und eine juristische Person beteiligt, entrichtet die natürliche Person auf ihrem Gewinnanteil die Einkommensteuer, die juristische Person die Gewinnsteuer. Weist eine der beteiligten Personen Verluste aus anderen Quellen aus, kann sie diese mit ihrem Gewinnanteil aus der Personengesellschaft verrechnen, so dass u.U. nur einer der Beteiligten auf dem Gewinnanteil Steuern entrichten muss.)

Es zeigt sich somit, dass weder die weitgehende zivilrechtliche Eigenständigkeit der Personengesellschaften noch die Tatsache, dass das Gesellschaftsvermögen nicht im Mit-, sondern im Gesamteigentum der Gesellschafter steht, von steuerrechtlicher Bedeutung sind²⁹.

Aus dieser unterschiedlichen Behandlung der Personengesellschaft im Zivil- und im Steuerrecht ist abzuleiten, dass aus den zivilrechtlichen Verhältnissen nicht ohne nähere Begründung steuerrechtliche Schlüsse gezogen werden dürfen. Vielmehr sind Bestimmungen über Personengesellschaften im Steuerrecht stets im Lichte der steuerlichen Behandlung dieses Gesellschaftstypus zu würdigen. Dies muss auch für Auslegungsfragen im Bereich der Doppelbesteuerungsabkommen gelten. Die sich in der publizierten Praxis der Eidg. Steuerverwaltung z.T. findende ausschliessliche Referenz auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse³⁰ erweist sich deshalb als nicht sachgemäss.

Die hier für das schweizerische Recht aufgezeigten Unterschiede zwischen der zivil- und steuerrechtlichen Behandlung der Personengesellschaft sind grundsätzlich auch für jene ausländischen Rechtsordnungen zutreffend, die nicht die Personengesellschaften, sondern deren Gesellschafter als Steuersubjekte behandeln³¹.

4.2 OECD-Musterabkommen

4.2.1 Wortsinn und Entstehungsgeschichte

4.2.1.1 Verbindung von OECD-MA 10 II Ingress mit 10 II a und b

Wie bereits aufgezeigt³², würde die Qualifikation der Personengesellschaften als Nutzungsberechtigte der Dividenden aufgrund von OECD-MA 10 II Ingress dazu

führen, dass im hier untersuchten Fall das Besteuerungsrecht des Quellenstaats überhaupt nicht beschränkt wäre; ein Ergebnis, das in keinem Fall hingenommen werden kann. Es ist ebenfalls bereits dargelegt worden³³, dass die Wendung «eine Gesellschaft (nicht aber eine Personengesellschaft)» in OECD-MA 10 II a die Personengesellschaften vom Vorzugssteuersatz auszuschliessen scheint, dass jedoch dieser Ausschluss ohnehin gilt, weil der Vorzugssteuersatz nur «Gesellschaften» zusteht und weil die – nicht als Steuersubjekte behandelten – Personengesellschaften sich nicht als Gesellschaften im Sinne des OECD-MA qualifizieren.

Aus OECD-MA 10 II a und b ergibt sich im Weiteren, dass diese beiden Normteile komplementär sind. Wer nicht unter lit.a fällt, wird von lit.b erfasst. Der Ausschluss von Personengesellschaften – auch wenn er richtigerweise nicht auf die Wendung «nicht aber eine Personengesellschaft» abgestützt wird – führt somit dazu, dass den Personengesellschaften der Satz von 15 % zugestanden wird.

Damit tritt eine *weitere Ungereimtheit* in OECD-MA 10 II zu Tage: *OECD-MA 10 II Ingress schliesst* die – nicht als Steuersubjekte behandelten – Personengesellschaften von der *Abkommensberechtigung aus*. *OECD-MA 10 II a und b gewähren* hingegen den Personengesellschaften den *Steuersatz von 15 %*.

Dieses *Ergebnis verträgt sich jedoch nicht mit der Systematik* von OECD-MA 10 II. Der Bedingung in *OECD-MA 10 II Ingress* muss der *Vorrang* eingeräumt werden, weil die *Abkommensberechtigung* eine unabdingbare Voraussetzung für die Beschränkung der Steuer im Quellenstaat darstellt.

Nur die folgende Auslegung vermag die dargelegten Ungereimtheiten teilweise aufzulösen:

Nutzungsberechtigt für die Dividenden sind nicht die Personengesellschaften selbst, sondern die an diesen beteiligten *Gesellschafter*. Diese Gesellschafter unterliegen der unbeschränkten Steuerpflicht und sind deshalb abkommensberechtigt i.S.v. OECD-MA 10 II Ingress³⁴. Aus dem Aufbau von OECD-MA 10 II ergibt sich sodann zwingend, dass auch für die Frage der Gewährung des Vorzugssteuersatzes auf den Personengesellschafter abzustellen ist. OECD-MA 10 II a und b haben keine eigen-

29 Diese Aussage bezieht sich lediglich auf die vorstehend erwähnten und hier relevanten Steuerarten. Nicht von der Rechtsform abhängig ist die Besteuerung bei gewissen anderen Steuerarten (z.B. Mehrwertsteuer, Stempelabgaben).

30 Vgl. oben, 3.

31 Vgl. z.B. in Deutschland: TIPKE KLAUS/LANG JOACHIM, *Steuerrecht*, 16. Auflage, Köln 1998, § 9, Rz. 21.

32 Vgl. oben, 2.1.

33 Vgl. oben, 2.1.

34 Hier wird davon ausgegangen, dass keine Gesellschafter ausserhalb des Errichtungsstaats der Personengesellschaft bestehen.

ständige Bedeutung. Die dort genannten Beschränkungen des Besteuerungsrechts gelten nur – jedoch ausnahmslos – für Fälle, die unter OECD-MA II Ingress fallen. Daraus folgt, dass die Auslegung von OECD-MA 10 II nach dessen Wortsinn zum eindeutigen Ergebnis führt, wonach bei der Frage der Gewährung des Vorzugssteuersatzes auf die Verhältnisse bei den Personengesellschaften abzustellen ist. Sind die Personengesellschafter «Gesellschaften» i.S. des OECD-MA (d.h. unterliegen diese der Gewinnsteuer) und erfüllen sie die übrigen Voraussetzungen von OECD-MA 10 II a, steht ihnen der Vorzugssteuersatz zu, andernfalls kann der Quellenstaat gemäss OECD-MA 10 II b 15 % Steuern erheben.

Eine Ungereimtheit verbleibt allerdings auch bei dieser Auslegung: Der Wortlaut von OECD-MA 10 II a behandelt die Personengesellschaften als Nutzungsberechtigt. Dies geht aus der Wendung: «wenn der Nutzungsberechtigte eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft) ist» hervor. Wie bereits gezeigt worden ist³⁵, können jedoch in OECD-MA 10 II nicht verschiedene Konzepte von Nutzungsberechtigten Anwendung finden. Die Zuerkennung des Nutzungsrechts an die Personengesellschaft selbst würde automatisch zur Verneinung der Abkommensberechtigung gemäss OECD-MA 10 II Ingress führen und damit nicht zum offenbar angestrebten Ziel, bei Personengesellschaften den Satz von 15 % zuzuerkennen. Überdies ist bereits dargelegt worden, dass die Wendung «jedoch keine Personengesellschaft» im Zusammenhang mit der Gewährung des Vorzugssteuersatzes sinnlos bzw. überflüssig ist, weil Personengesellschaften keine «Gesellschaften» i.S. des OECD-MA sind und sich deshalb ohnehin nie für den Vorzugssteuersatz qualifizieren³⁶.

Die Auslegung von OECD-MA 10 II zeigt somit, dass die Wendung «jedoch keine Personengesellschaft» gar keine Bedeutung im Zusammenhang mit der Abkommensberechtigung bzw. mit der Gewährung des Vorzugssteuersatzes hat. Sie ist deshalb in diesem Zusammenhang unbeachtlich³⁷.

Bei diesem Auslegungsergebnis muss natürlich die Frage auftauchen, wie eine solche mit Ungereimtheiten versehene Bestimmung nicht nur in das OECD-MA 1963 Aufnahme finden, sondern sich nun schon bald 40 Jahre im OECD-MA halten konnte. Für letzteren Aspekt besteht überhaupt kein Erklärungsansatz. Bezüglich der Aufnahme dieser Bestimmung kann spekuliert

werden, dass seinerzeit aus Versehen die Version für Steuerordnungen, die Personengesellschaften als Steuersubjekte behandeln, Eingang in das OECD-MA gefunden hat. Für diesen Fall weist der bestehende Text nämlich keine Ungereimtheiten auf; die Norm ist dann ohne weiteres anwendbar; unklar bleibt bei dieser Hypothese einzig, weshalb in Steuerordnungen, die Personengesellschaften als Steuersubjekte behandeln, diesen der Vorzugssteuersatz verweigert werden sollte. Gegen die Annahme einer Verwechslung im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des OECD-MA 1963 spricht allerdings, dass bereits der Kommentar zu OECD-MA 1963 10 II materiell mit der Ziff. 11 des heutigen Kommentars vergleichbare Ausführungen enthielt³⁸.

4.2.1.2 Kann der Wendung «eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft)» durch Lückenfüllung ein Sinn gegeben werden?

Wie aufgezeigt, führt die Analyse des Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen des OECD-MA zum Ergebnis, dass in den hier relevanten Steuerordnungen, welche Personengesellschaften nicht als Gewinnsteuersubjekte behandeln, diese Vorschrift überhaupt *keinen Sinn ergibt*.

Wird versucht, dem Umstand, dass eine Norm während bald 40 Jahren im OECD-MA enthalten ist, Rechnung zu tragen, indem davon ausgegangen wird, dass hier eine durch Auslegung zu füllende echte Gesetzeslücke vorliegt, eröffnet sich die folgende Möglichkeit:

Es handelt sich hier um eine *Verfahrensbestimmung*, welche besagt, dass sich nicht die Personengesellschaften selbst, sondern einzig die daran Beteiligten auf diese Bestimmung berufen können. Es ginge dann nicht um die Frage der *Abkommensberechtigung* – diese ist für eine Personengesellschaft, die in einem Staat errichtet worden ist, der Personengesellschaften nicht als Gewinnsteuersubjekte behandelt, ohnehin nie gegeben –, sondern um die *Antragsberechtigung* zur Inanspruchnahme der Entlastung von der Quellensteuer auf Dividenden. Von dieser *Antragsberechtigung* wären Personengesellschaften, bezüglich Gesellschaftern, die als juristische Personen besteuert werden und über eine mindestens 25 %-ige Beteiligung verfügen, ausgeschlossen³⁹. Diese Gesellschafter müssten die Gewährung des Vorzugssteuersatzes selber beantragen⁴⁰.

35 Vgl. oben, 2.1.

36 Vgl. oben, 2.1.

37 Zur möglichen Interpretation dieser Wendung als Verfahrensbestimmung vgl. unten, 4.2.1.2.

38 Vgl. Ziff. 27, letzter Satz.

39 Dieser Lückenfüllung stehen u.E. die Sätze 1 und 2 von Ziff. 19 des Kommentars zum OECD-MA nicht entgegen, weil aus Satz 3 dieser Kommentarstelle hervorgeht, dass es hier um die Frage der Entlastung an der Quelle bzw. der Rückerstattung geht.

40 Selbstverständlich könnte auch die Personengesellschaft im Namen und im Auftrag dieser Gesellschafter entsprechend tätig werden.

Das Ergebnis der Lückenfüllung würde also sinngemäss wie folgt lauten: statt «jedoch keine Personengesellschaft» müsste es in der Klammer von OECD-MA 10 II a heissen «antragsberechtigt ist jedoch keine Personengesellschaft».

Die Frage, ob die Wendung «jedoch keine Personengesellschaft» im aufgezeigten Weg der Lückenfüllung ergänzt werden kann oder ob sie als völlig bedeutungslos qualifiziert werden muss, kann hier offenbleiben, weil Gegenstand der Untersuchung lediglich die materielle Frage ist, ob der Vorzugssteuersatz zu gewähren ist, nicht jedoch die verfahrensrechtliche Frage der Antragsberechtigung.

4.2.1.3 Erfordernis des «unmittelbaren» Verfügens

4.2.1.3.1 Auswirkungen der unterschiedlichen Behandlung von Personengesellschaften im Zivil- und Steuerrecht

Die juristische Person als Personengesellschafterin verfügt über die massgebliche Beteiligung nicht unmittelbar im zivilrechtlichen Sinn, weil die Anteile an der Kapitalgesellschaft, welche die Dividende ausgeschüttet hat, zivilrechtlich im Gesamthandvermögen der Personengesellschafter stehen und weil dieses Vermögen teilweise verselbständigt ist⁴¹. In diesem Sinne ist die juristische Person nicht direkt an der die Dividende zahlenden Gesellschaft, sondern nur indirekt und somit gewissermassen «mittelbar» beteiligt. Zu beachten ist jedoch, dass OECD-MA 10 II a *nicht* eine unmittelbare *Beteiligung* an der ausschüttenden Gesellschaft verlangt, sondern das Erfordernis aufstellt, dass *der Nutzungsberechtigte* dieser Dividenden⁴² *unmittelbar* über mindestens 25 % des Kapitals *verfügt*. Zivilrechtlich liegt diese Nutzungsberechtigung gesamthänderisch bei allen Gesellschaftern, *steuerrechtlich wird sie jedoch quotenmässig individuell den Personengesellschaftern zugerechnet*⁴³. Steuerrechtlich ist somit das Erfordernis der Unmittelbarkeit im Ausgangsbeispiel erfüllt. Es wäre widersprüchlich, bei der steuerlichen Behandlung der Personengesellschaften im Bereich der direkten Steuern vom Zivilrecht abzuweichen⁴⁴, d.h. eine individuelle Zurechnung von Vermögen und Ergebnis der Personengesell-

schaften an deren Gesellschafter vorzunehmen und bei der Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen die Tatsache, dass das Vermögen der Personengesellschaften zivilrechtlich nicht im Mit-, sondern im Gesamteigentum der Gesellschafter steht, zur Verneinung des Merkmals der «unmittelbaren Verfügung» heranzuziehen. Die steuerrechtliche «Transparenz» muss auch auf die Abkommensanwendung durchschlagen. Dieses Verständnis der Doppelbesteuerungsabkommen wird – allerdings nicht im Zusammenhang mit der hier untersuchten Bestimmung – durch den Kommentar zum OECD-MA⁴⁵ in aller Deutlichkeit bestätigt. In Ziff. 6.4 des Kommentars zu Art. 1 wird u.a. ausgeführt: «Where, as described in paragraphs 6.2, income has «flowed through» a transparent partnership to the partners who are liable to tax on that income in the State of their residence then the income is appropriately viewed as «paid» to the partners since it is to them and not to the partnership that the income is allocated for purposes of determining their tax liability (...) This interpretation avoids denying the benefits of tax Conventions to a partnership's income on the basis that neither the partnership, because it is not a resident, nor the partners, because the income is not directly paid to them or derived by them, can claim the benefits of the Convention with respect to that income.»

Im Weiteren ist zu beachten, dass die zivilrechtlichen Verhältnisse für die Auslegung der Doppelbesteuerungsabkommen nicht alleine massgeblich sein können. Wie alle Steuerrechtsnormen sind auch diese Rechtsquellen nicht bloss zivilrechtlich zu verstehen, sondern in den steuerrechtlichen Kontext einzubetten⁴⁶. Dies gilt in besonderem Masse bei der steuerlichen Beurteilung von Personengesellschaften, weil hier die zivilrechtliche und die steuerrechtliche Ordnung fundamental voneinander abweichen⁴⁷. Dieser steuerliche Kontext verlangt, dass bei der Anwendung von OECD-MA 10 II a geprüft wird, ob bei der steuerlichen Zurechnung von Vermögen und Ergebnis an die an einer Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft die Quote einer unmittelbaren Beteiligung von mindestens 25 % gegeben ist. Im Ausgangsbeispiel ist dies der Fall; der B GmbH werden 50 % der Beteiligung an der A AG und 50 % der von dieser Gesellschaft ausgeschütteten Dividenden steuerlich zugerechnet.

41 Vgl. oben, 4.1.

42 Hier ist auf eine weitere Ungereimtheit in der Formulierung von OECD-MA 10 II hinzuweisen: Während der erste Satz dieser Bestimmung die Wendung «der Nutzungsberechtigte der Dividenden» enthält, ist in 10 II a nur noch die Rede vom «Nutzungsberechtigten», ohne zu präzisieren, woran die Nutzungsberechtigung bestehen muss. Aus dem Normzusammenhang ergibt sich jedoch u.E., dass auch diese Lücke dadurch zu schliessen ist, dass die Nutzungsberechtigung an der Dividende gegeben sein muss.

43 Vgl. oben, 4.1.

44 Vgl. oben, 4.1.

45 OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentary, Paris 2000, Art. 1, Ziff. 6.4.

46 HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. Auflage, Bern u.a. 2001, § 5, Rz. 41.

47 Vgl. oben, 4.1.

4.2.1.3.2 Verbindung von OECD-MA 10 II Ingress mit OECD-MA 10 II a und b

Wie oben aufgezeigt⁴⁸, müssen für die Anwendung von OECD-MA 10 II zwingend die *Personengesellschafter* als Nutzungsberechtigte angesehen werden. Würde die Nutzungsberechtigung den Personengesellschaften zuerkannt, würde das Besteuerungsrecht des Quellenstaates überhaupt nicht begrenzt, weil die Personengesellschaften gar nicht abkommensberechtigt sind. Daraus folgt, dass für die Frage der unmittelbaren Beteiligung ebenfalls auf die *Personengesellschafter* abzustellen ist.

4.2.1.3.3 Ergebnis

Sowohl aus dem Verhältnis zwischen Zivil- und Steuerrecht als auch aus der Systematik von OECD 10 II geht hervor, dass das Erfordernis der unmittelbaren Beteiligung erfüllt ist, wenn die *Personengesellschafter* in einem Mass an der Personengesellschaft beteiligt sind, der ihnen einen Anspruch auf mindestens 25 % an der die Dividenden ausschüttenden Gesellschaft einräumt. Im Ausgangsbeispiel⁴⁹ ist somit die B GmbH i.S.v. DBA D 10 II b und d zu 50 % unmittelbar an der Y-AG beteiligt.

4.2.1.4 Entstehungsgeschichte

Zur Entstehungsgeschichte dieser Norm, die bereits im OECD-MA von 1963 enthalten war und seither praktisch unverändert übernommen worden ist⁵⁰, sind keine Anhaltspunkte publiziert worden. Aus der Entstehungsgeschichte lassen sich deshalb keine Auslegungsergebnisse gewinnen.

4.2.2 Normzweck

4.2.2.1 Gründe für die Gewährung des Vorzugssteuersatzes im Allgemeinen

Für Dividenden und Zinsen sieht das OECD-MA eine Aufteilung des Besteuerungsrechts zwischen Quellen- und Ansässigkeitsstaat vor. Die Doppelbesteuerung kann in diesen Fällen einzig durch die Anrechnung der im Quellenstaat erhobenen Steuer auf die Einkommen- bzw. Gewinnsteuer des Ansässigkeitsstaates vermieden werden. Für die Empfänger solcher Leistungen bedeutet dies im Regelfall, dass sie von der Höhe des Quellen-

steuersatzes wirtschaftlich nicht betroffen sind. Je höher der Steuersatz im Quellenstaat ist, desto höher fällt auch der Anrechnungsbetrag aus und desto tiefer wird damit die Steuerzahllast im Ansässigkeitsstaat.

Aus diesem Anrechnungsmechanismus ergibt sich, dass in Fällen, in denen der mit einer Quellensteuer belastete Ertrag bei der empfangenden Person keiner Steuer unterliegt, das Konzept der Aufteilung des Steuersubstrats zwischen Quellen- und Ansässigkeitsstaat nicht mehr greift. Hier stellt die Quellensteuer für die Empfänger in jedem Fall eine *steuerliche Belastung* dar. Hauptanwendungsfall für dieses Resultat sind Dividenden aus massgeblichen Beteiligungen an ein Gewinnsteuersubjekt, wenn dieses in einem Staat ansässig ist, der die wirtschaftliche Doppel- und Mehrfachbelastung durch die Freistellungsmethode (sog. «Schachtelprivileg»; in der Schweiz: «Beteiligungsabzug») vermeidet⁵¹. Die aus der Quellenbesteuerung der Dividenden auf massgeblichen Beteiligungen resultierende Steuerlast kommt zu der in vielen Steuerordnungen gewollten wirtschaftlichen Doppelbelastung von Kapitalgesellschaften und deren Anteilsinhabern hinzu.

Bei Dividendenzahlungen im Konzern ist im Weiteren zu beachten, dass die Zahlung einer Dividende keinen Ausdruck von wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit darstellt. Bei konsolidierter Betrachtungsweise stellt nämlich der Vorgang der Dividendenausschüttung lediglich die Zahlung von einem Konto auf ein anderes Konto des Unternehmens dar und hat keinen Einfluss auf dessen Konzernergebnis. Die Erhebung von Steuern auf einem solchen Vorgang ist unter dem Aspekt des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit problematisch.

Diese beiden Gründe haben dazu geführt, dass für Dividenden aus massgeblichen Beteiligungen der Quellensteuersatz reduziert wird (im OECD-MA von 15 % auf 5 %). In der EU wurde in dieser Besteuerung eine Beeinträchtigung der Freiheit des Kapitalverkehrs erblickt und es wurde bereits im Jahr 1990 eine Richtlinie erlassen, die den EU-Mitgliedstaaten u.a. die Erhebung einer Quellensteuer auf Zinsen an Anteilsinhaber, die eine Beteiligung von mindestens 25 % halten, untersagt⁵².

48 Vgl. oben, 4.2.1.1.

49 Vgl. oben, 1.

50 Im OECD-MA von 1963 lautete die Wendung «ausgenommen eine Personengesellschaft» und wurde im OECD-MA 1977 in seinen heute noch bestehenden Wortlaut umformuliert. Eine materielle Änderung ist dieser Umformulierung nicht zu entnehmen.

51 Für Staaten, welche die wirtschaftliche Doppel- und Mehrfachbesteuerung durch die sog. «indirekte Steueranrechnung» vermeiden, hat die Reduktion zum Ziel, sog. «Anrechnungsüberhänge» zu vermeiden. Da sowohl die Schweiz als auch die hier betrachteten Staaten Belgien, Deutschland (für Dividen-

den aus aktiver Geschäftstätigkeit), Niederlande und Österreich im Regelfall sog. «Freistellungsländer» sind, wird im Folgenden auf diesen Aspekt nicht mehr eingegangen.

52 Richtlinie 1990/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten. Deutschland und Griechenland wurden aufgrund der Besonderheiten des Körperschaftsteuersystems und Portugal aus budgetären Gründen Übergangsregelungen zugestanden. Diese Übergangszeiten sind jedoch mittlerweile abgelaufen, so dass heute bei den massgeblichen Beteiligungen keine Quellensteuern mehr erhoben werden dürfen.

Sinn und Zweck der Reduktion des Quellensteuersatzes bei Dividendenzahlungen an massgeblich beteiligte Kapitalgesellschaften besteht also einerseits darin, deren steuerliche Belastung zu reduzieren bzw. ganz zu beseitigen und damit die wirtschaftliche Drei- und Mehrfachbelastung der Dividenden zu minimieren bzw. zu eliminieren, und andererseits soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Dividendenzahlungen innerhalb von Konzernen kein Ausdruck von wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sind und deshalb sinnvollerweise überhaupt nicht besteuert bzw. nur mit einer geringen Steuer belegt werden sollten.

Dieser Normzweck, verbunden mit der steuerrechtlichen Besonderheit, vom Zivilrecht abzuweichen und die im Eigentum der Personengesellschaft stehenden Wirtschaftsgüter steuerlich direkt den Gesellschaftern zuzurechnen⁵³, verlangt, dass in Fällen, in denen diese steuerliche Zurechnung auch Dividenden aus (bezogen auf den einzelnen Gesellschafter) massgeblichen Beteiligungen umfasst, der Vorzugssteuersatz gewährt wird.

4.2.2.2 Wendung «eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft)»

Wie bereits aufgezeigt, ist es nicht einfach, dieser Wendung im Kontext von OECD-MA 10 II und in jenem des ganzen Abkommens überhaupt einen Sinn zu geben⁵⁴. Es kann hier offenbleiben, ob diese Bestimmung im Wege der Lückenfüllung als *Verfahrensbestimmung* verstanden wird⁵⁵. Wird dies bejaht, hat die Transparenz der Personengesellschaft (individuelle Zurechnung der anteiligen Faktoren an die Personengesellschafter) für jene Gewinnsteuersubjekte, die i.S.v. OECD-MA 10 II a wesentlich an der Personengesellschaft beteiligt sind, zur Folge, dass die Personengesellschaften *nicht im eigenen Namen* für die abkommensberechtigten Gesellschafter, die Anspruch auf den Vorzugssteuersatz haben, Entlastungen beantragen können. Der Antrag muss individuell durch jeden dieser Gesellschafter (bzw. durch die Gesellschaft im Namen ihrer Gesellschafter) gestellt werden⁵⁶. Wird die Möglichkeit der Lückenfüllung verworfen, muss die Wendung: «jedoch keine Personengesellschaft» unbeachtlich bleiben⁵⁷.

In keinem Fall kann jedoch die Wendung «eine Gesellschaft (jedoch keine Personengesellschaft)» bedeuten, dass die Personengesellschafter durch die Zurechnung der individuellen Faktoren aus dem Ergebnis der Personengesellschaft schlechter gestellt werden, als wenn ihnen diese Faktoren nicht nur steuerlich zugerechnet würden, sondern sie über diese auch zivilrechtlich im Alleineigentum verfügen könnten⁵⁸.

4.2.2.3 Erfordernis des «unmittelbaren» Verfügens

Der Zweck des Erfordernisses, dass die nutzungsberechtigte, im anderen Staat ansässige Person eine Gesellschaft sein muss, die *unmittelbar* über mindestens 25 % des Kapitals der die Dividenden zahlenden Gesellschaft verfügt, erschliesst sich aus dem Normzweck als Ganzem. Wie aufgezeigt⁵⁹, soll der Vorzugssteuersatz einerseits wirtschaftliche Mehrbelastungen, die aus der Nichtanrechnung von Quellensteuern bei Dividenden aus sich für die Freistellung⁶⁰ qualifizierenden Beteiligungen resultieren, minimieren bzw. beseitigen und andererseits dem Umstand Rechnung tragen, dass bei konsolidierter Betrachtung Dividendenzahlungen kein Ausdruck wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sind und deshalb eine Besteuerung dieses Vorgangs mit Quellensteuern problematisch ist.

Das OECD-MA setzt die Beteiligungsschwelle, bei denen diese beiden Zwecke erreicht werden sollen, mit 25 % relativ hoch an. Im Kommentar wird jedoch festgehalten, dass in bilateralen Verhandlungen tiefere Prozentsätze vereinbart werden können, insbesondere dann, wenn die Steuerbefreiung im Ansässigkeitsstaat bereits beim Vorliegen einer tieferen Beteiligungsquote gewährt wird⁶¹. Unabhängig davon, wie hoch die Quote im Einzelfall festgelegt worden ist, besteht der Zweck des Erfordernisses des «unmittelbaren» Haltens darin, dass der Vorzugssteuersatz dann nicht Anwendung finden kann, wenn eine Gesellschaft verschiedene kleinere Beteiligungen in mehreren Gesellschaften hält; und zwar auch dann nicht, wenn die Addition dieser Beteiligungspakete die erforderliche Quote erreicht. In diesen Fällen wird für die Dividenden die Steuerfreistellung bei der Gewinnsteuer ja ebenfalls nicht gewährt.

53 Zur unterschiedlichen Betrachtung im Zivil- und im Steuerrecht vgl. oben, 4.1.

54 Vgl. oben, 2.1 und 4.2.1.

55 Vgl. oben, 4.2.1.2.

56 Da die Anzahl solcher Gesellschaften maximal vier betragen kann, ist es hier auch nicht aus Praktikabilitätsgründen notwendig, der Personengesellschaft selbst die Antragsberechtigung zuzuerkennen.

57 Vgl. oben, 4.2.1.1.

58 Vgl. oben, 4.1.

59 Vgl. oben, 4.2.2.1.

60 In der Schweiz: Beteiligungsabzug.

61 OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentary, Paris 2000, Art. 10, Ziff. 14.

In den hier untersuchten Fällen wird den juristischen Personen, denen steuerlich eine qualifizierte Beteiligung und die daraus fliessenden Dividenden zugerechnet werden, die Steuerbefreiung für die Dividenden gewährt. Es entspricht somit auch dem Sinn von OECD-MA 10 II a, davon auszugehen, dass ein unmittelbares Halten vorliegt.

4.2.3 Erfordernis der Reziprozität?

Aus Sicht des schweizerischen Fiskus wäre es an sich verführerisch, die Gewährung des Vorzugssteuersatzes davon abhängig zu machen, ob der Partnerstaat im umgekehrten Fall (eine schweizerische Kapitalgesellschaft ist über eine schweizerische Kommanditgesellschaft massgeblich an einer ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt) der schweizerischen Kapitalgesellschaft⁶² den Vorzugssteuersatz ebenfalls gewährt. Ein solches Erfordernis der Reziprozität ist jedoch aus folgenden Gründen *abzulehnen*:

Jeder Vertragsstaat muss zunächst das zu seinem Landesrecht gewordene Doppelbesteuerungsrecht autonom auslegen. Die Praxis des Partnerstaates kann hier als ein Auslegungselement herangezogen werden, mit dem Ziel, dem Gebot der Entscheidungsharmonie nachzukommen⁶³. Eine Bindungswirkung hat diese ausländische Praxis jedoch nicht⁶⁴. Wenn, wie in der hier untersuchten Frage, überzeugende Gründe für ein Auslegungsergebnis bestehen, vermag das Gebot der Entscheidungsharmonie dieses nicht umzustossen.

Bei einer Norm, die nicht spezifischen Besonderheiten des Rechts der Partnerstaaten Rechnung trägt, sondern dem OECD-MA nachgebildet ist oder von diesem nur unwesentlich abweicht, würde das Erfordernis der Reziprozität bei unterschiedlichen Praktiken von ausländischen Staaten dazu führen, dass identische schweizerische Rechtsnormen mit Bezug auf die gleiche Steuer

(schweizerische Verrechnungssteuer) unterschiedlich angewendet würden. Ein solches Ergebnis kann nicht hingenommen werden⁶⁵.

4.3 Vom OECD-Musterabkommen abweichende schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen

Die hier untersuchte Frage stellt sich nur für jene Staaten, deren Zivilrechtsordnung juristische Personen als Personengeschafter überhaupt zulassen und die Personengesellschaften steuerlich transparent behandeln. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, zu untersuchen, ob diese beiden Voraussetzungen für sämtliche DBA-Partnerstaaten erfüllt sind. Es wird deshalb nachfolgend von der Hypothese ausgegangen, diese beiden Voraussetzungen seien erfüllt.

Für jene 28 von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen, die wörtlich oder sinngemäss mit dem OECD-MA übereinstimmen⁶⁶, gilt naturgemäss das oben gewonnene Ergebnis der Auslegung des OECD-MA. Das Ergebnis der Auslegung der Wendung «unmittelbar»⁶⁷ zeigt, dass der Vorzugssteuersatz auch im Verhältnis zu jenen sechs Staaten⁶⁸, die lediglich dieses Erfordernis aufstellen, zu gewähren ist, wenn der an der Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaft steuerlich eine Quote zugerechnet wird, welche die im entsprechenden Abkommen geforderte Beteiligungshöhe erreicht oder überschreitet. Bezüglich jener fünf Staaten⁶⁹, deren Abkommen eine «unmittelbare oder mittelbare» Beteiligung in bestimmter Höhe voraussetzen, besteht der Anspruch auf die Gewährung des Vorzugssteuersatzes sogar, wenn erst bei konsolidierter Betrachtung die geforderte Beteiligungshöhe erreicht oder überschritten wird. Da in diesem Beitrag davon ausgegangen wird, dass die an der Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft die erforderliche Beteiligungshöhe unmittelbar erreicht, muss hier nicht untersucht

62 Bzw. dort, wo der schweizerischen Personengesellschaft selbst die Antragsberechtigung zuerkannt wird (vgl. z.B. im Verhältnis zu Deutschland, wenn mehr als drei Viertel des Gewinns in der Schweiz ansässigen Personen zustehen; Verhandlungsprotokoll vom 18. Juni 1971 zu den Artikeln 10 bis 12, BBl 1971 II, 1476), im Umfang der Quote der massgeblichen Beteiligung der Kapitalgesellschaft an dieser Personengesellschaft.

63 Vgl. dazu VOGEL KLAUS, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 3. Auflage, München 1996, Einl., Rz. 73 ff.

64 VOGEL KLAUS, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 3. Auflage, München 1996, Einl., Rz. 76.

65 Der Verzicht auf das Erfordernis der Reziprozität ist vorläufig namentlich im Verhältnis zu Deutschland von Bedeutung,

weil dort eine Rechtsprechung besteht, wonach der Vorzugssteuersatz unter Berufung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse bei Personengesellschaften nicht zu gewähren ist; BFH v.15.6.1988 II R 224/84, BStBl II 1988, 761. Diese Rechtslage wird sich jedoch voraussichtlich ändern, weil am 7. Dezember 2001 ein Protokoll zum DBA mit Deutschland paraphiert worden ist, das auf der Basis der Gegenseitigkeit klarstellend festhält, dass der neu vereinbarte «Nullsatz» für Dividenden aus wesentlichen Beteiligungen auch gewährt wird, wenn juristische Personen eine wesentliche Beteiligung über eine Personengesellschaft halten (vgl. www.estv.admin.ch/data/dba/d, Ziff. 1 Abs. 2).

66 Vgl. FN 13 und 14.

67 Vgl. oben, 4.2.1.3 und 4.2.2.3.

68 Vgl. FN 15.

69 Vgl. FN 16 und 19.

werden, ob bei jenen drei Abkommen, die weder die Wendung «unmittelbar» noch die Wendung «unmittelbar oder mittelbar» enthalten⁷⁰, ein konsolidiertes Erreichen der Beteiligungshöhe ausreichend ist, oder ob der an der Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaft die geforderte Beteiligungsquote direkt zugerechnet werden muss. Schliesslich ergibt sich aus der Erkenntnis, wonach nicht auf die zivilrechtlichen Verhältnisse, sondern auf die steuerliche Zurechnung der Dividenden abzustellen ist⁷¹, dass auch einer holländischen Kapitalgesellschaft, die über eine holländische Personengesellschaft massgeblich an einer schweizerischen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, der Vorzugssteuersatz zu gewähren ist, weil diese steuerlich als Empfängerin der Dividende zu betrachten ist⁷².

5 Schlussfolgerung

Die heutige Praxis der Eidg. Steuerverwaltung ist zu ändern. Unabhängig davon, ob das anwendbare Doppelbesteuerungsabkommen genau dem OECD-MA folgt oder ob es leichte Abweichungen enthält, ergibt die Auslegung jener Abkommensbestimmungen, die bei Dividenden aus massgeblichen Beteiligungen einen Vorzugssteuersatz vorsehen, dass dieser Vorzugssteuersatz auch Kapitalgesellschaften, die an ausländischen, dort steuerlich transparent behandelten Personengesellschaften beteiligt sind, gewährt werden muss, sofern ihnen steuerlich eine Quote zugerechnet wird, die bei direktem Halten durch diese Kapitalgesellschaft Anspruch auf den Vorzugssteuersatz gewähren würde. In jenen fünf Abkommen⁷³, die für die Gewährung des Vorzugssteuersatzes eine «unmittelbare oder mittelbare» Beteiligung in gewisser Höhe verlangen, findet dieser auch dann Anwendung, wenn die geforderte Beteiligungshöhe lediglich bei konsolidierter Betrachtungsweise erreicht oder überschritten wird⁷⁴. Dieses Auslegungsergebnis folgt zwingend aus dem Wortsinn der einschlägigen Bestimmungen und steht im Einklang mit dem Normzweck von OECD-MA 10 II.

Aus der Funktion der Steuerbehörden kann abgeleitet werden, dass in Fällen, in denen zwei Auslegungsergebnisse vertretbar sind, die Wertungen im Sinne des Fiskus ausfallen und in der Folge allenfalls durch die Justizbehörden beurteilt werden. Die vorliegende Untersuchung hat jedoch ergeben, dass hier kein solcher Grenzfall vorliegt. Die postulierte Praxisänderung ist deshalb geboten.

Literatur und Materialien

- ALIG KURT, Personengesellschaften im interkantonalen und internationalen Steuerrecht, Bern u.a. 1980
- DRUEY JEAN NICOLAS, in Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000
- GASSNER WOLFGANG/LANG MICHAEL/LECHNER EDUARD (Hrsg.), Personengesellschaften im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, Die Auswirkungen des OECD-Reports auf die Abkommenspraxis, Wien 2000
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. Auflage, Bern u.a. 2001
- IFA, International tax problems of partnerships, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXa, Rotterdam 1995
- LANG MICHAEL, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Wien 2000
- LOCHER KURT/MEIER WALTER/VON SIEBENTHAL RUDOLF/KOLB ANDREAS, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland, Basel (Loseblatt)
- SALVI IRENE, Schweizerische Besteuerung von internationalen Personengesellschaften, ASA 64 (1995/96) 177 ff.
- TIPKE KLAUS/LANG JOACHIM, Steuerrecht, 16. Auflage, Köln 1998
- VOGEL KLAUS, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 3. Auflage, München 1996
- OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Model Tax Convention on Income and on Capital, Commentary, Paris 2000
- OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6, Paris 1999

70 Vgl. FN 17.

71 Vgl. oben, 4.2.2.1.

72 Sofern kein Missbrauchstatbestand gemäss Art.9 Abs.2 lit. a (ii) DBA Niederlande 0.672.963.61 vorliegt.

73 DBA Frankreich 0.672.934.91; DBA Grossbritannien und Nordirland 0.672.936.712; DBA Irland 0.672.944.11; DBA Jamaika 0.672.945.81; DBA Trinidad und Tobago 0.672.975.41.

74 Hier nicht untersucht worden ist, wie diese Frage bei den Abkommen mit Japan 0.672.946.31, Kanada BBI 1997 III, 1453 ff. und Pakistan 0.672.962.31 beantwortet werden muss.

Effektenhandel an ausländischen Börsen

Bemerkungen zur Überführung der Umsatzabgabe-Befreiung (Art. 19 Abs. 3 StG) in ordentliches Recht
Dr. iur. Jonas Misteli*

Inhalt

1	Einführung
2	Entstehungsgeschichte
2.1	Hintergrund
2.2	Handlungsbedarf
2.3	Massnahme
3	Tatbestand
3.1	Mitgliedschaft eines inländischen Effektenhändlers bei einer ausländischen Börse
3.1.1	Mitgliedschaft bei einer ausländischen Börse
3.1.2	Einschränkung auf inländische Effektenhändler
3.2	Handel über eine ausländische Börse
3.2.1	Börsliche und ausserbörsliche Geschäfte
3.2.2	Handel mit in- und ausländischen Titeln
4	Rechtsfolgen
4.1	Börsenseitige Gegenpartei
4.2	Kundenseitige Gegenpartei
5	Fazit
	Literatur und Materialien
	Erlasse

1 Einführung

Das schweizerische Umsatzabgaberecht wurde in den letzten beiden Jahren zweimal im Dringlichkeitsverfahren revidiert: Zunächst mit dem dringlichen Bundesbeschluss vom 19. März 1999 (in Kraft getreten am 1. April 1999¹) und kurz darauf nochmals, mit dem dringlichen Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 (z.T. am 1. Januar 2001 und z.T. am 1. Juli 2001 in Kraft getreten²), wurden wichtige Neuerungen eingeführt³. Sowohl der dringliche Bundesbeschluss (dBB 1999) als auch das dringliche Bundesgesetz (dBG 2000) gelten lediglich bis zum Inkrafttreten eines sie ersetzenden ordentlichen Bundesgesetzes, längstens aber bis zum 31. Dezember 2002⁴.

Am 28. Februar 2001 hat der Bundesrat die Botschaft zum Steuerpaket 2001 verabschiedet. Einen selbständigen Bestandteil dieses Steuerpakets bildet die Überführung der vom Parlament mit dem dBB 1999 und dem dBG 2000 beschlossenen dringlichen Massnahmen im Bereich der Umsatzabgabe in ordentliches Recht⁵. Der Nationalrat hat das Steuerpaket 2001 in der Herbstsession 2001 als Erstrat behandelt. Der Ständerat wird voraussichtlich in der Frühjahrssession 2002 erstmals darüber debattieren. Verläuft das Gesetzgebungsverfahren plangemäss⁶, tritt das ins ordentliche Recht übergeführte Umsatzabgaberecht am 1. Januar 2003 – d.h. am ersten Tag nach Ablauf der Geltungsdauer des Dringlichkeitsrechts – in Kraft⁷.

Im Zentrum der Diskussionen im Zusammenhang mit der Überführung des Dringlichkeitsrechts in ordentliches Recht stehen die mit dem dBG 2000 angeordnete Unterstellung von grösseren inländischen Vorsorgeeinrichtungen unter den Begriff der abgabepflichtigen

* PricewaterhouseCoopers Tax and Legal Services, Banking & Capital Markets, London

1 AS 1999 1287.

2 AS 2000 2991.

3 Zu den mit dem dBB 1999 eingeführten Änderungen vgl. STOCKAR (1999) 349 ff.; SBVg Zirkular Nr. 6919 A. Zu den mit dem dBG 2000 eingeführten Änderungen vgl. STOCKAR (2001) 251 ff.; SBVg Zirkular Nr. 7028.

4 dBB 1999 II Abs. 3; dBG 2000 II Abs. 2.

5 Botschaft zum Steuerpaket 2001, 3087 ff.

6 Wobei die ausserordentliche «Swissair-Session» im November 2001 bereits insofern eine Verzögerung mit sich brachte, als die erste Beratung des Steuerpakets im Ständerat von der Wintersession 2001 auf die Frühjahrssession 2002 verschoben werden musste und eine allfällige Differenzbereinigung somit frühestens in der Sommersession 2002 stattfinden kann.

7 Botschaft zum Steuerpaket 2001, Anhang C II Abs. 2. Ferner TANNER (2001) 846.

Effekthändler sowie die gleichzeitig eingeführte Befreiung bestimmter Investorengruppen von der Umsatzabgabe⁸. Die anderen im Dringlichkeitsverfahren vorgenommenen Änderungen sind weitestgehend unbestritten. Dies trifft namentlich auch auf die ebenfalls mit dem dBG 2000 in Art. 19 Abs. 3 StG normierte *Befreiung des Handels mit steuerbaren Urkunden an ausländischen Börsen* zu. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum Steuerpaket 2001 vorgeschlagen, diese Massnahme unverändert in ordentliches Recht zu übernehmen⁹. Der Nationalrat ist diesem Vorschlag als Erstrat ohne Gegenstimmen gefolgt, und es kann nach dem jetzigen Stand der Dinge davon ausgegangen werden, dass sich auch der Ständerat ohne weiteres für eine unveränderte Überführung von Art. 19 Abs. 3 StG in ordentliches Recht aussprechen wird.

Dieses Eintreten des Bundesrates und auch des Parlaments für eine Übernahme des in Art. 19 Abs. 3 StG eingeführten Dringlichkeitsrechts erweckt den Anschein, als hätte der Gesetzgeber bereits beim Erlass des dBG 2000 quasi «optimales» Recht gesetzt. In diesem Beitrag wird aufgezeigt, dass dieser Anschein teilweise zu Unrecht erweckt wird. In der geltenden Fassung von Art. 19 Abs. 3 StG weist die Befreiungsnorm nämlich erhebliche gesetzssystematische Mängel auf, beinhaltet (in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt) wohl ein gesetzgeberisches Versehen und erfüllt schliesslich den ihr – zumindest nach Auffassung der ESTV und der virt-x-Mitglieder – zugeordneten Zweck nur bei einer den Wortlaut und auch den Rechtsgleichheitsgrundsatz strapazierenden Auslegung.

Das laufende Gesetzgebungsverfahren sollte dazu genutzt werden, diese gravierenden Mängel und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Anwendung der Bestimmung zu beseitigen und damit das schweizerische Umsatzabgaberecht ein Stück weit besser auf mögliche technische und strukturelle Fortentwicklungen der Kapitalmärkte vorzubereiten.

2 Entstehungsgeschichte

2.1 Hintergrund

Am 25. Juni 2001 hat die Londoner Börse *virt-x* ihren Betrieb aufgenommen. *virt-x* ist eine dem englischen Finanzmarktrecht unterstellte *elektronische Handelsplattform*, die von der in Grossbritannien ansässigen Gesellschaft *virt-x Exchange Ltd.* betrieben wird. Die Handelsplattform ist aus

einer Zusammenarbeit zwischen der Swiss Exchange (SWX) und der Tradepoint Financial Networks Plc. (TFN) entstanden, im Rahmen derer die zuvor von TFN unter dem Namen «Tradepoint» betriebene elektronische Börse in «*virt-x*» umbenannt wurde. *virt-x* führt den regulatorischen Status von Tradepoint als sog. *Recognised Investment Exchange* im Sinne des britischen Financial Services Act weiter.

Die SWX ist an der die *virt-x* betreibenden Gesellschaft indirekt über eine Holding-Gesellschaft mit 38,9 % massgeblich beteiligt, betreibt in deren Auftrag die elektronische Handelsplattform und tritt als Software-Entwicklerin und -Lieferantin auf¹⁰. Im Gegenzug hat sich die SWX dazu verpflichtet, den bisher über die SWX betriebenen Handel mit SMI-Titeln¹¹ vollumfänglich auf die *virt-x* zu übertragen. Seit der Inbetriebnahme von *virt-x* können deshalb schweizerische Blue Chips – zusammen mit den wichtigsten europäischen Aktien¹² – nicht mehr über die SWX, sondern nur noch über die *virt-x* und z.T. noch über andere ausländische Börsen (z.B. London Stock Exchange [LSE], New York Stock Exchange [NYSE] etc.) gekauft und verkauft werden. Der Handel am «Heimmarkt» der SWX beschränkt sich seit der Inbetriebnahme der *virt-x* auf mittlere und kleinere schweizerische Werte («*mid*» und «*small caps*») und auf gewisse ausländische Titel.

Die *virt-x* ist in erster Linie darauf ausgerichtet, Angebot und Nachfrage an bzw. nach Wertschriften zusammenzubringen. Der Handel erfolgt dabei ausschliesslich über die an das Börsensystem angeschlossenen, in verschiedenen Staaten ansässigen Börsenmitglieder, welche entweder für den Eigenbestand oder im Auftrag eines Kunden Wertschriften kaufen bzw. verkaufen. Bis Ende November 2001 hat die *virt-x* insgesamt 112 Banken und Broker aus 8 verschiedenen Ländern als Mitglieder aufgenommen, davon 64 mit Domizil in der Schweiz¹³.

Hinsichtlich der Art und Weise des Zustandekommens der Abschlüsse wird – wie im System der SWX – zwischen einem börslichen (Order Book Transactions) und einem ausserbörslichen Handel (Off-Order Book Transactions) unterschieden:

Im *börslichen Handel* werden Angebot und Nachfrage nach einer bestimmten Wertschriftengattung von den Börsenmitgliedern in ein elektronisches Handelsbuch (sog. Order Book) eingegeben und von einem Rechner nach genau definierten Regeln zusammengeführt (sog.

8 Vgl. etwa WALSER (2001).

9 Botschaft zum Steuerpaket 2001, 3112.

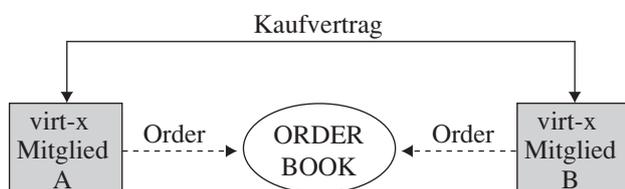
10 Vgl. SWX-Rahmenbedingungen Rn 1 f.

11 Eine Liste der im Swiss Market Index (SMI) zusammengefassten Titel findet sich auf der Homepage der SWX, www.swx.ch.

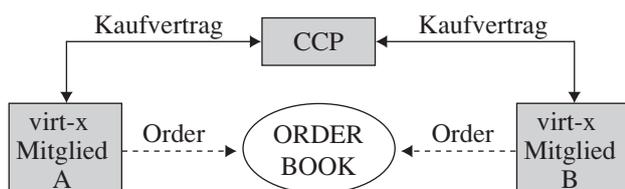
12 FTSE Eurotop 300, Dow Jones STOXX, S&P Europe 350, MSCI Euro & Pan Euro, CAC 40, DAX 30, MIB 30 and AEX.

13 Vgl. www.virtx.co.uk.

Matching). Im jetzigen Entwicklungsstadium von virt-x, der sog. *Phase 1*, kommt dabei der Abschluss direkt zwischen den vom Matcher zusammengeführten Börsenmitgliedern zustande¹⁴.



Es ist jedoch bereits für dieses Jahr ein Wechsel zur sog. *Phase 2* – und damit zum System der zentralen Gegenpartei (sog. Central Counterparty, oder kurz CCP) – geplant. Im CCP-System tritt jeweils eine im eigenen Namen auftretende Drittpartei zwischen das kaufende und das verkaufende Börsenmitglied bzw. schliesst mit beiden involvierten Börsenmitgliedern separate Verträge ab.



Die Funktion der CCP wird bei Transaktionen über die virt-x das London Clearing House (LCH¹⁵) übernehmen, es sei denn, ein Geschäft komme zwischen zwei schweizerischen Börsenmitgliedern zustande. Stehen sich in einer Transaktion über die virt-x zwei schweizerische virt-x-Mitglieder gegenüber, ist geplant, dass zwecks Minimierung des Abwicklungsaufwandes eine noch zu gründende schweizerische Gesellschaft mit Bankenstatus die Stellung der CCP übernimmt.

Im Gegensatz zum börslichen besteht der *ausserbörsliche Handel* aus denjenigen Transaktionen mit an der virt-x zum Handel zugelassenen Titeln, die zwar ausserhalb des Order Books zustande kommen (z.B. via Telefon), die aber aufgrund der Beteiligung eines virt-x-Mitglieds von diesem gemäss den Börsenregeln innert einer bestimmten Frist der virt-x gemeldet werden müssen (u.a.

Block Trades und Portfolio Trades)¹⁶. Die virt-x nimmt die entsprechenden Informationen vom verantwortlichen¹⁷ virt-x-Mitglied entgegen und macht sie zwecks Erhöhung der Transparenz den anderen Börsenmitgliedern zugänglich.

2.2 Handlungsbedarf

Artikel 19 Abs. 1 StG sah bereits vor Inkrafttreten des dBG 2000 vor, dass die von abgabepflichtigen Effektenhändlern mit ausländischen Banken oder Börsenagenten getätigten Geschäfte von der Umsatzabgabe zu entlasten sind. Diese Entlastung beschränkte sich jedoch ausdrücklich auf den Handel mit *ausländischen* Wertschriften:

«Ist beim Abschluss eines Geschäftes mit *ausländischen* Titeln eine ausländische Bank oder ein ausländischer Börsenagent Vertragspartei, so entfällt die diese Partei betreffende halbe Abgabe.»

Ohne Anpassung des StG hätten deshalb schweizerische virt-x-Mitglieder, bei Geschäften mit *inländischen* Titeln über die virt-x, für die Gegenpartei stets eine halbe Umsatzabgabe (7.5 Bp des Transaktionsvolumens) entrichten müssen, sofern es sich bei dieser Gegenpartei um (in Phase 1) ein ausländisches Börsenmitglied bzw. (in Phase 2) das LCH handelt¹⁸. Diese Belastung hätte für schweizerische virt-x-Mitglieder offensichtlich einen gewichtigen Wettbewerbsnachteil gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten dargestellt. Statt über ein schweizerisches virt-x-Mitglied hätte ein in- oder ausländischer Investor seine Transaktionen mit SMI-Titeln *vollständig umsatzabgabefrei* über ein ausländisches virt-x-Mitglied abwickeln können. Es wurde deshalb zu Recht befürchtet, den schweizerischen Banken würden von ausländischen virt-x-Mitgliedern Kunden abgeworben mit dem Argument, schweizerische Blue Chips zu gleich guten Konditionen und – im Gegensatz zu den schweizerischen Mitgliedern – zudem auch ohne Umsatzabgabebelastung liefern oder abnehmen zu können¹⁹.

2.3 Massnahme

Das Handicap schweizerischer virt-x-Mitglieder und die damit verbundene Gefahr einer Abwanderung von Kunden hätten theoretisch dadurch beseitigt werden können,

14 Für Einzelheiten vgl. virt-x Phase 1.

15 Vgl. www.lch.co.uk.

16 virt-x rules sec. 3.

17 In einer ausserbörslichen Transaktion zwischen einem virt-x-Mitglied und einem nicht virt-x-Mitglied ist das virt-x-Mitglied meldepflichtig. Kommt eine ausserbörsliche Transaktion zwischen zwei virt-x-Mitgliedern zustande, ist die Meldung durch das verkaufende Mitglied zu machen; vgl. virt-x rules sec. 3.25 und 3.26.

18 Bei Geschäften eines schweizerischen virt-x-Mitglieds mit einem registrierten inländischen Effektenhändler als Gegenpartei (in *Phase 1*: ein inländisches Börsenmitglied; in *Phase 2*: die schweizerische CCP) wäre diese halbe Abgabe grundsätzlich bereits gestützt auf Art. 17 Abs. 2 StG und damit auch ohne Anpassung von Art. 19 StG nicht geschuldet gewesen; vgl. dazu Ziff. 4.1.

19 Botschaft zum dBG 2000, 5850 ff.

dass der Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 1 StG auf Geschäfte mit *inländischen* Titeln ausgedehnt worden wäre. Mit einer solchen Ausdehnung wäre jedoch mehr als der allgemein anerkannte Nachteil schweizerischer virt-x-Mitglieder beseitigt worden, indem davon auch Effekthändler ohne Mitgliedschaft bei der virt-x profitiert hätten, weil Art. 19 Abs. 1 StG nicht an den ausländischen Börsenhandel anknüpft.

Der Bundesrat und auch das Parlament haben sich denn auch nicht für eine solche Ergänzung von Art. 19 Abs. 1 StG ausgesprochen, sondern – offenbar in enger Anlehnung an den (nicht-öffentlichen) Bericht einer vom Chef des Eidg. Finanzdepartements eingesetzten gemischten Arbeitsgruppe «Revision der Umsatzabgabe»²⁰ – die Entlastung von der *Mitgliedschaft bei einer ausländischen Börse* abhängig gemacht und mit dem dBG 2000 neu einen dritten Absatz zu Art. 19 StG eingeführt:

«Ist ein inländischer Effekthändler Mitglied einer ausländischen Börse, so entfällt bei über diese Börse gehandelten Titeln die die Gegenpartei betreffende halbe Abgabe.»

Damit ist gemäss Botschaft des Bundesrates zum dBG 2000 die Ausnahme «auf das Nötigste eingeschränkt» worden, indem sie nur dann wirkt, wenn der betroffene inländische Effekthändler tatsächlich auch selber Mitglied der ausländischen Börse ist²¹.

3 Tatbestand

Die in Art. 19 Abs. 3 StG verankerte Befreiungsnorm setzt nach ihrem Wortlaut die kumulative Erfüllung der beiden folgenden Tatbestandselemente voraus:

- Ein grundsätzlich abgabepflichtiger inländischer Effekthändler muss Mitglied einer ausländischen Börse sein; *und*
- die grundsätzlich steuerbaren Titel müssen über diese ausländische Börse gehandelt werden.

Nur wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, d.h. nur soweit ein inländischer Effekthändler als Mitglied einer ausländischen Börse steuerbare Wertschriften über diese ausländische Börse handelt, tritt die Rechtsfolge, nämlich die Befreiung von der für die Gegenpartei geschuldeten Umsatzabgabe²², ein.

3.1 Mitgliedschaft eines inländischen Effekthändlers bei einer ausländischen Börse

3.1.1 Mitgliedschaft bei einer ausländischen Börse

Das Mitgliedschaftsverhältnis einer Bank oder eines Brokers bei einer ausländischen Börse ist regelmässig in den internen Vorschriften der jeweiligen ausländischen Börse geregelt. Bei der virt-x sind die Voraussetzungen einer Mitgliedschaft und das entsprechende Zulassungsverfahren in den virt-x rules definiert²³. Schweizerische Effekthändler, welche im Rahmen dieses Zulassungsverfahrens als Mitglied der virt-x aufgenommen wurden, fallen grundsätzlich in den Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 3 StG. Dabei steht der Umstand, dass die meisten inländischen virt-x-Mitglieder zugleich auch Mitglieder der SWX sind, einer Inanspruchnahme von Art. 19 Abs. 3 StG nicht entgegen. Ein inländisches Mitglied einer ausländischen Börse kann zugleich auch Mitglied einer inländischen Börse sein, ohne von der Befreiungsnorm per se ausgeschlossen zu sein.

Obschon Art. 19 Abs. 3 StG speziell im Hinblick auf die Inbetriebnahme von virt-x erlassen wurde, ist der Geltungsbereich dieser Bestimmung nicht auf Transaktionen über die virt-x beschränkt, sondern erfasst auch inländische Mitglieder anderer ausländischer Börsen, wie beispielsweise der belgischen Nasdaq Europe (EASDAQ), an der per Ende November 2001 ebenfalls zwei in der Schweiz domizilierte Institute als Remote Members angeschlossen sind²⁴.

Der in Art. 19 Abs. 3 StG verwendete Begriff der «ausländischen Börse» wird weder im Gesetz noch in der aktuellen Wegleitung zur Umsatzabgabe näher definiert. Insbesondere wird nicht ausdrücklich vorausgesetzt, dass es sich um eine im jeweiligen ausländischen Staat als eigentliche Börse anerkannte Einrichtung handeln muss. Weil die Grenze zwischen Börsenhandel und Over-the-Counter-Handel infolge des Einflusses der modernen Informationstechnologie weder rechtlich noch funktional scharf gezogen werden kann²⁵, sollte nach der hier vertretenen Auffassung die Bedeutung des Begriffs «ausländische Börse» in Art. 19 Abs. 3 StG durch eine vom Zweck dieser Bestimmung ausgehende, wirtschaftliche Betrachtungsweise²⁶ ermittelt werden. Demnach ist davon auszugehen, dass es sich bei einer «ausländischen Börse» *mindestens* um eine im

20 Zur Zusammensetzung und zur genauen Aufgabe dieser Arbeitsgruppe vgl. Botschaft zum dBG 2000, 5842 f.

21 Botschaft zum dBG 2000, 5851.

22 Zur Rechtsfolge vgl. Ziff. 4.

23 virt-x rules sec. 1. Bisherige SWX-Teilnehmer werden demnach unter vereinfachten Voraussetzungen als Mitglieder der virt-x

zugelassen. Für alle weiteren interessierten Effekthändler gilt das ordentliche Zulassungsverfahren.

24 Vgl. www.easdaq.com.

25 Vgl. dazu eingehend GIGER (1998) 8 ff.

26 Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Bereich der Stempelabgaben vgl. etwa STOCKAR (2000) 20.

Ausland betriebene²⁷, einem (weiteren oder engeren) Kreis von in- und ausländischen Banken und Brokern gleichzeitig offenstehende Handelsplattform handeln muss, über welche die angeschlossenen Teilnehmer für eigene oder für fremde Rechnung Zugang zu einem anonymen oder nicht-anonymen Angebot an bzw. einer Nachfrage nach Wertschriften haben. Immer wenn eine ausländische Handelsplattform diese (Minimal-)Voraussetzungen erfüllt (wie dies z.B. auch beim Online-Bond-Markt tradeweb²⁸ der Fall ist), entsteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen den daran angeschlossenen Teilnehmern, welches durch die Umsatzabgabe nicht verzerrt werden soll.

3.1.2 Einschränkung auf inländische Effekthändler

Gemäss Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 StG ist der Geltungsbereich der Bestimmung auf *inländische* Effekthändler beschränkt. Als *inländischer* Effekthändler qualifiziert sich dabei in Anlehnung an Art. 4 Abs. 1 StG²⁹ ein Börsenmitglied, wenn es in der Schweiz seinen statutarischen oder gesetzlichen Sitz hat oder im Handelsregister eingetragen ist.

Ausgeschlossen von der in Art. 19 Abs. 3 StG vorgesehenen Erleichterung sind somit mangels einer entsprechenden Inländereigenschaft die sog. *Remote Members* der SWX, welche – ohne Inländer zu sein – gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. e als abgabepflichtige Effekthändler gelten, soweit sie über eine schweizerische Börse inländische Titel handeln³⁰.

Dieser Ausschluss der Remote Members vom Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 3 StG ist insoweit unbedeutend, als inländische Titel – wie insbesondere die über die virt-x gehandelten SMI-Titel – *ausschliesslich an einer (oder auch an mehreren) ausländischen Börse(n)* gehandelt werden, denn gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. e gelten Remote Members nur für die *an einer schweizerischen Börse gehandelten* inländischen Titel als abgabepflichtige Effekthändler. Ob die inländischen Titel bei einer inländischen Börse (wie etwa die an der virt-x gehandelten SMI-Titel³¹) und/oder bei einer ausländischen Börse kotiert sind, ist

dabei unbeachtlich. Massgebend für eine Qualifikation als abgabepflichtiger Remote Member ist gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. e der *Ort des Handels* und nicht etwa der Ort der Kotierung. Werden inländische Titel ausschliesslich im Ausland gehandelt, fällt deshalb eine Erfassung von ausländischen Mitgliedern einer schweizerischen Börse als abgabepflichtige Remote Members und damit auch eine Anwendung von Art. 19 Abs. 3 StG von vornherein ausser Betracht.

Bedeutung erlangt die Einschränkung des Geltungsbereichs von Art. 19 Abs. 3 StG auf inländische Effekthändler aber dann, wenn inländische Titel *gleichzeitig sowohl an einer schweizerischen als auch an einer (oder mehreren) ausländischen Börse(n)* gehandelt werden³². Nach geltender Praxis sind Remote Members nämlich auch für die über die ausländische Börse zustande gekommenen Abschlüsse über inländische Titel abgabepflichtig, weil die Titel *auch* an einer schweizerischen Börse gehandelt werden und die Abschlüsse dort entsprechend zu melden sind³³. Mit Bezug auf solche Transaktionen hat die Beschränkung von Art. 19 Abs. 3 StG auf *inländische* Effekthändler somit zur Folge, dass Remote Members beim Handel mit inländischen Titeln (die auch an einer schweizerischen Börse gehandelt werden) über eine ausländische Börse gegenüber ihren inländischen Konkurrenten *schlechter gestellt* werden. Während sich die inländischen Mitglieder bei Transaktionen mit inländischen Titeln über die ausländische Börse auf Art. 19 Abs. 3 StG berufen können, schulden abgabepflichtige Remote Members mangels Anwendbarkeit von Art. 19 Abs. 3 StG für die ausländische Gegenpartei eine halbe Abgabe. Diese Schlechterstellung geht offensichtlich über den mit der Erfassung von Remote Members als abgabepflichtige Effekthändler verfolgten Zweck hinaus und dürfte auf ein *gesetzgeberisches Versehen* zurückzuführen sein. Auch wenn die praktische Relevanz dieser Diskriminierung derzeit nur sehr bescheiden ist, sollte m.E. das gegenwärtige Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf mögliche zukünftige Entwicklungen dazu benutzt werden, sie zu beseitigen, indem die in Art. 19 Abs. 3 StG stipulierte Einschränkung auf *inländische* Effekthändler fallengelassen wird. Sollte sich der Gesetz-

27 Wann von einer «im Ausland betriebenen» Handelsplattform gesprochen werden kann, dürfte im konkreten Anwendungsfall jedoch u.U. schwierig zu bestimmen sein.

28 Vgl. www.tradeweb.com.

29 Art. 4 Abs. 1 StG: «Inländer ist, wer im Inland Wohnsitz, dauernden Aufenthalt, statutarischen oder gesetzlichen Sitz hat oder als Unternehmen im inländischen Handelsregister eingetragen ist.»

30 Zur Erfassung der ausländischen SWX-Mitglieder als abgabepflichtige Effekthändler vgl. STOCKAR (1999) 352 f.; ferner SWX-Wegleitung.

31 Die elektronische Börse virt-x kotiert selbst keine Effekten, sondern lässt nur Effekten zum Handel zu (sog. admission to trading). Damit Effekten zum Handel zugelassen werden, müssen sie von anderen Börsen oder Behörden kotiert worden sein. Nach diesem Modell wurden die an der SWX kotierten SMI-Titel zum Handel an der virt-x zugelassen. Vgl. dazu SWX-Rahmenbedingungen Rn 11 f.

32 Wie beispielsweise Aktien von Sulzer Medica, welche sowohl an der SWX als auch an der NYSE gehandelt werden können.

33 Vgl. SWX-Wegleitung, 2. Zur Meldepflicht bei ausserbörslichen Abschlüssen vgl. SWX-Börsenordnung, Art. 40 ff.

geber nicht dazu durchbringen können, bleibt zu hoffen, dass die ESTV ihre oben genannte Praxis – vor dem Hintergrund der hier aufgezeigten Schlechterstellung – überdenkt und in Zukunft bei der Anwendung von Art. 13 Abs. 3 lit. e StG darauf abstellt, wo der Handel mit inländischen Titeln im konkreten Fall effektiv zustande kommt.

3.2 Handel über eine ausländische Börse

3.2.1 Börsliche und ausserbörsliche Geschäfte

Die in Art. 19 Abs. 3 StG vorgesehene Befreiung von der Umsatzabgabe knüpft an den «Handel über die ausländische Börse» an. Gemäss geltender Praxis liegt ein solcher Handel nicht nur bei den über das eigentliche Börsensystem³⁴ zustande gekommenen *börslichen* Abschlüssen vor, sondern auch bei *ausserbörslichen* Vermittlungen und Selbsteintritten, sofern diese «nach den Börsenregeln rapportiert werden»³⁵. Entscheidend für die Frage, ob eine in den sachlichen Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 3 StG fallende ausserbörsliche Transaktion vorliegt, ist somit die Rapportierung nach den jeweiligen Börsenregeln. Mit Bezug auf den Handel über die virt-x muss es sich dementsprechend um eine gemäss virt-x rules sec. 3.1 ff. der virt-x gemeldete «off-order book transaction» handeln³⁶.

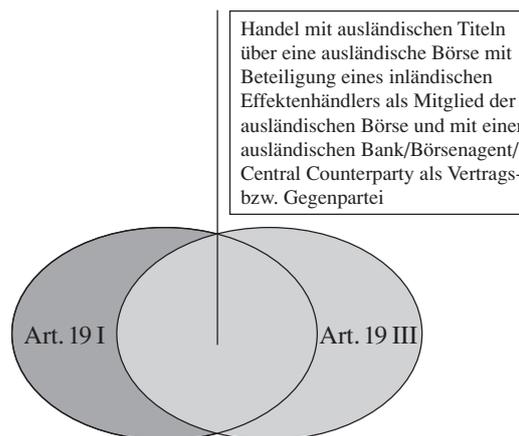
Dass für eine solche ausserbörsliche Transaktion mit an der ausländischen Börse gehandelten Titeln u.U. gleichzeitig auch aufgrund des schweizerischen Kapitalmarktrechts eine Rapportierungspflicht gegenüber einer schweizerischen Börse besteht³⁷, schliesst die Anwendung von Art. 19 Abs. 3 StG nach geltender Praxis nicht aus.

Ebenfalls unbeachtlich ist, ob das inländische Börsenmitglied in die ausserbörsliche Transaktion über die ausländische Börse *selbst eintritt* oder ob es lediglich als *Vermittler* agiert. Beide Konstellationen fallen nach geltender Praxis in den Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 3 StG, sofern das jeweilige Geschäft der ausländischen Börse gemeldet wird.

3.2.2 Handel mit in- und ausländischen Titeln

Im Unterschied zu Art. 19 Abs. 1 StG, der sich auf Transaktionen mit *ausländischen* Titeln bezieht, beschränkt sich Art. 19 Abs. 3 StG nicht auf in- oder ausländische Wertschriften, sondern erfasst generell den *Handel (mit in- und ausländischen Titeln) über ausländische Börsen*. Der sachliche Geltungsbereich der Bestimmung überschneidet sich

deshalb im Bereich der Geschäfte mit ausländischen Titeln an ausländischen Börsen mit demjenigen von Art. 19 Abs. 1 StG. Anders formuliert, fällt ein Geschäft mit *ausländischen* Titeln über eine ausländische Börse zwischen einem inländischen Effektenhändler (als Mitglied der ausländischen Börse) und einer ausländischen Bank bzw. einem ausländischen Börsenagenten sowohl in den Geltungsbereich von Art. 19 Abs. 1 StG als auch in denjenigen von Art. 19 Abs. 3 StG.



Kauft beispielsweise eine inländische Bank als virt-x-Mitglied über die virt-x ausländische Aktien und steht der inländischen Bank als Verkäuferin eine ausländische Gegenpartei (in *Phase 1*: ein ausländisches virt-x-Mitglied; in *Phase 2*: LCH) gegenüber, kommen sowohl Abs. 1 als auch Abs. 3 von Art. 19 StG zur Anwendung.

Eine solche Überschneidung von zwei unterschiedlich motivierten und strukturierten Befreiungsnormen, etwa nach dem Motto «Doppelt genäht hält besser», sollte m.E. aus gesetzsystematischen Gründen und insbesondere auch zwecks Wahrung der Übersichtlichkeit vermieden werden. Dies könnte – sofern dem Begriff der «Gegenpartei» in Art. 19 Abs. 3 StG auch in Zukunft die nachfolgend dargestellte, weite Bedeutung beigemessen wird³⁸ – relativ einfach dadurch erzielt werden, dass Art. 19 Abs. 3 StG auf Transaktionen mit inländischen Titeln eingeschränkt wird. In diesem Fall käme bei Transaktionen mit *ausländischen* Wertschriften (über eine ausländische Börse) Art. 19 Abs. 1 StG und bei Transaktionen mit *inländischen* Titeln über eine ausländische Börse ausschliesslich Art. 19 Abs. 3 StG zur Anwendung.

34 Bei elektronischen Börsen (wie etwa der virt-x) über das Order Book, bei traditionellen Börsen über den Parketthandel.

35 ESTV-Wegleitung 2001 Rn 70.

36 Vgl. ESTV-Wegleitung 2001 Rn 70; ESTV-Informationsschreiben 2001.

37 Wie dies insbesondere bei ausserbörslichen Transaktionen von SMI-Titeln über die virt-x der Fall ist: Sind SMI-Titel Ge-

genstand von «off-order book transactions» über die virt-x und ist daran ein schweizerisches virt-x-Mitglied beteiligt, sind diese Transaktionen nach geltendem Recht grundsätzlich sowohl der SWX als auch der virt-x zu melden. Gemäss EBK kann jedoch mit dem formell richtigen Reporting an die virt-x gleichzeitig auch die Meldepflicht gegenüber der SWX erfüllt werden; vgl. EBK-Mitteilung 18/2001 und darauf verweisend SWX-Rahmenbedingungen Rn 14 ff.

4 Rechtsfolgen

Sofern ein Geschäft mit steuerbaren Urkunden die beiden Tatbestandsmerkmale von Art. 19 Abs. 3 StG erfüllt, schuldet der daran beteiligte abgabepflichtige Effekthändler die die «Gegenpartei» betreffende halbe Umsatzabgabe nicht. Der jeweilige Effekthändler ist für die betreffende Transaktion zwar abgabepflichtig und hat das Geschäft dementsprechend im Umsatzregister einzutragen, er schuldet jedoch für die «Gegenpartei» keine halbe Abgabe.

4.1 Börsenseitige Gegenpartei

Mit dem Begriff der «Gegenpartei» wird – wie in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 StG³⁹ – zum Ausdruck gebracht, dass bei Geschäften eines inländischen Mitglieds einer ausländischen Börse über die ausländische Börse (insbesondere bei Geschäften über die virt-x) regelmässig die Börse bzw. ein vom Börsensystem zugeteiltes Börsenmitglied als «Gegenpartei» auftritt. Für diese *börsenseitige* Gegenpartei ist keine halbe Umsatzabgabe geschuldet. Folgerichtig hält die Botschaft des Bundesrates zum dBG 2000 denn auch fest, Art. 19 Abs. 3 StG «ändert nichts daran, dass der inländische Effekthändler (Anm.: bei Vermittlungsgeschäften) für seine Kunden eine (halbe) Umsatzabgabe zu entrichten hat.»⁴⁰

Weil sich Art. 19 StG gemäss Titel ausschliesslich mit «Geschäften mit ausländischen Banken und Börsenagenten» befasst, ist zu schliessen, dass für die börsenseitige Gegenpartei gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StG lediglich dann keine halbe Umsatzabgabe geschuldet ist, wenn es sich bei dieser um eine ausländische Bank bzw. einen ausländischen Börsenagenten handelt. Dieser Schluss erscheint auch im Ergebnis sachgerecht, weil die theoretisch für eine *inländische* Gegenpartei geschuldete halbe Abgabe (auch bei einer Transaktion über eine ausländische Börse) bereits gestützt auf Art. 17 Abs. 2 lit. b StG nicht geschuldet ist, sofern sich die Gegenpartei als registrierter Effekthändler ausweist⁴¹.

Wird der Begriff der Gegenpartei auf die *börsenseitige* Gegenpartei mit dem Status einer ausländischen Bank bzw. eines ausländischen Börsenagenten eingeschränkt, ist bei

börslichen Transaktionen über die virt-x mit Beteiligung eines inländischen Effekthändlers (in *Phase 1*) nur für das diesem vom Matcher zugeteilte ausländische Börsenmitglied bzw. (in *Phase 2*) für das LCH gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StG keine halbe Umsatzabgabe geschuldet. Ist die börsenseitige Gegenpartei ein (in *Phase 1*) inländisches Börsenmitglied bzw. (in *Phase 2*) eine inländische CCP, so erfolgt die Befreiung von der halben Abgabe für diese inländische Gegenpartei nicht gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StG, sondern gestützt auf Art. 17 Abs. 2 lit. b StG.

4.2 Kundenseitige Gegenpartei

Eine Einschränkung von Art. 19 Abs. 3 StG auf die *börsenseitige* Gegenpartei vermag die durch die Umsatzabgabe hervorgerufene Benachteiligung inländischer Mitglieder einer ausländischen Börse nur teilweise zu beseitigen, weil diese bei Geschäften im Auftrag von Kunden grundsätzlich trotz Art. 19 Abs. 3 StG eine halbe Umsatzabgabe für die Kundenseite schulden. Ob eine auf die *börsenseitige* Gegenpartei eingeschränkte Befreiung die Wettbewerbsfähigkeit inländischer Mitglieder ausländischer Börsen und damit indirekt auch die Bedeutung der Schweiz als Standort wichtiger Börsenbanken längerfristig wirklich zu gewährleisten vermag, erscheint in Anbetracht der zunehmenden Mobilität des Kapitals deshalb sehr fraglich.

Vor diesem Hintergrund erscheint es volkswirtschaftlich durchaus angebracht, dass *nach geltender Praxis* Art. 19 Abs. 3 StG bei *Vermittlungsgeschäften* inländischer Börsenmitglieder nicht nur das börsenseitige, sondern *auch das kundenseitige Verhältnis* erfasst und von der Umsatzabgabe befreit, sofern es sich beim auftraggebenden Kunden um eine ausländische Bank bzw. einen ausländischen Börsenagenten handelt⁴². Beauftragt beispielsweise eine ausländische Bank eine schweizerische Bank (als Mitglied der virt-x) mit dem Kauf/Verkauf bestimmter SMI-Titel (über die virt-x), so schuldet die schweizerische Bank gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StG⁴³ nicht nur für die börsenseitige, sondern auch für die *kundenseitige* Gegenpartei, sprich für die ausländische Bank, keine halbe Umsatzabgabe.

38 Vgl. Ziff. 4.2.

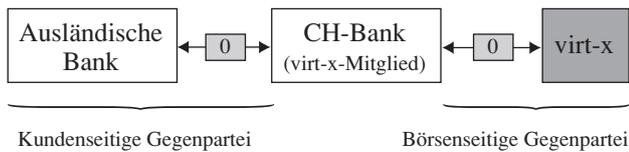
39 «Das Gleiche gilt für in- und ausländische Titel, die von einer als *Gegenpartei* auftretenden Börse bei der Ausübung von standardisierten Derivaten übernommen oder geliefert werden.»

40 Botschaft zum dBG 2000, 5851.

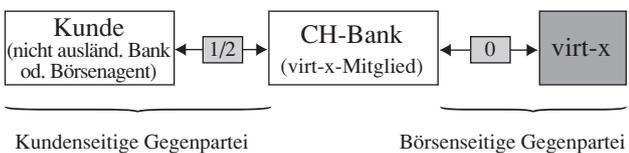
41 Wobei der Ausweis als Effekthändler bei Geschäften über eine ausländische Börse u.U. jedoch erhebliche praktische Schwierigkeiten bereitet, wenn die jeweilige ausländische Börse diese Information nicht erhebt und in der Folge den involvierten Parteien auch nicht automatisch bekanntgibt.

42 Vgl. SWX-Rahmenbedingungen Rn 31. Aus der Wegleitung der ESTV zur Umsatzabgabe und auch aus dem Informationsschreiben der ESTV vom 20. Dezember 2000 geht diese Verwaltungspraxis leider nicht explizit hervor.

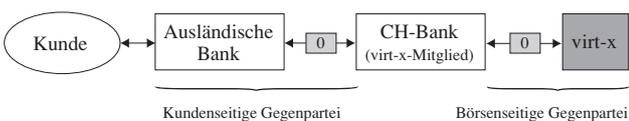
43 Sofern es sich bei der börsenseitigen Gegenpartei um einen inländischen Effekthändler handelt, erfolgt die Befreiung von der dafür geschuldeten halben Umsatzabgabe nicht gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StG, sondern gestützt auf Art. 17 Abs. 2 lit. b StG.



Erhält die schweizerische Bank den Auftrag von einem Kunden (ohne Status einer ausländischen Bank bzw. eines ausländischen Börsenagenten), ist – unter Vorbehalt einer anderen Ausnahmebestimmung im Stempelabgabengesetz – trotz Art. 19 Abs. 3 StG die kundenseitige hälftige Abgabe geschuldet, weil Art. 19 StG sich ausschliesslich auf Geschäfte mit ausländischen Banken bzw. Börsenagenten bezieht.



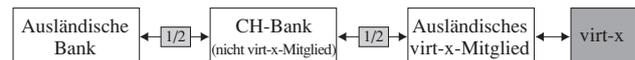
Die Befreiung von der Abgabe für die kundenseitige Gegenpartei (sofern es sich dabei um eine ausländische Bank oder einen ausländischen Börsenagenten handelt) erfolgt nach geltender Praxis unabhängig davon, ob diese Gegenpartei das Geschäft auf eigene oder auf fremde Rechnung eingeht. Auch wenn die ausländische Bank bzw. der ausländische Börsenagent ihrerseits im Auftrag eines in- oder ausländischen Kunden handelt, ist nach geltender Praxis die ganze Transaktion gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StG⁴⁴ vollständig abgabefrei. Der umständliche Nachweis eines sog. «Dreieckgeschäfts» im Auftrag eines abgabefreien Anlegers⁴⁵ ist für eine Befreiung deshalb nicht erforderlich.



Die Ausdehnung von Art. 19 Abs. 3 StG auf die kundenseitige Gegenpartei ist aus Sicht der schweizerischen Mitglieder einer ausländischen Börse natürlich sehr zu begrüssen. Sie verhindert, dass diese im Brokeragegeschäft mit inländischen Titeln für ausländische Banken einem umsatzabgabebedingten Wettbewerbsnachteil gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten ausgesetzt sind, und ermöglicht zudem, das Handelsgeschäft im Auftrag ihrer Kunden *vollständig umsatzabgabefrei* über ausländische Banken oder ausländische Niederlassungen zu «routen».

Weil der Befreiungstatbestand von Art. 19 Abs. 3 StG nur unter der Voraussetzung zur Anwendung gelangt, dass der

involvierte inländische Effektenhändler *Mitglied der ausländischen Börse* ist, können inländische Banken und Broker *ohne* Mitgliedschaft bei einer ausländischen Börse von dieser grosszügigen Praxis nicht profitieren und schulden bei Geschäften mit inländischen Titeln für ausländische Banken mindestens eine halbe Abgabe, bei einer Abwicklung über ein ausländisches Mitglied der ausländischen Börse sogar die ganze Abgabe.



Damit werden inländische Banken ohne Mitgliedschaft bei der ausländischen Börse faktisch vom lukrativen Brokeragegeschäft für ausländische Banken (und deren in- und ausländischen Kunden!) ausgeschlossen, weil diese ausländischen Institute schweizerische Blue Chips über (in- oder ausländische) *Mitglieder* einer ausländischen Börse abgabefrei handeln können.

Die Gesetzmässigkeit der Ausdehnung der Rechtsfolgen von Art. 19 Abs. 3 StG auf die kundenseitige «Gegenpartei» erscheint m.E. zweifelhaft. Die ausländische Bank, welche einem inländischen Mitglied einer ausländischen Börse den Auftrag erteilt, einen Titel über die ausländische Börse zu handeln, ist bei der über die Börse abgewickelten Transaktion rechtlich betrachtet nicht in der eigentlichen Position der *Gegenpartei* des inländischen Mitglieds. Die eigentliche Gegenpartei ist das andere Börsenmitglied bzw. die jeweilige CCP. Zudem deutet der oben zitierte Auszug aus der Botschaft zum dBG 2000 darauf hin, dass der historische Gesetzgeber wohl davon ausgegangen ist, dass bei einer Annahme von Art. 19 Abs. 3 StG die Kundenseite von der neuen Bestimmung völlig unberührt bleibe. Schliesslich ist auch für die aus der Ausdehnung resultierende Benachteiligung der nicht der ausländischen Börse als Mitglieder beigetretenen inländischen Banken und Broker kein vernünftiger Grund ersichtlich. Wenn der Handel mit inländischen Titeln im Auftrag von ausländischen Banken und Brokern über eine ausländische Börse abgabefrei möglich sein soll, dann sollten alle inländischen Wertschriftenhändler davon profitieren können, unabhängig davon, ob sie Mitglieder der ausländischen Börse sind oder nicht.

Diese Zweifel an der Gesetzmässigkeit der Ausdehnung der Rechtswirkungen von Art. 19 Abs. 3 StG auf die kundenseitige Gegenpartei (sofern es sich dabei um eine ausländische Bank oder einen ausländischen Börsenagenten handelt) sollten m.E. im laufenden Gesetzgebungsverfahren beseitigt werden, indem einerseits die geltende Praxis ausdrücklich positiviert wird und andererseits sichergestellt wird, dass auch inländische Effektenhändler ohne Mitgliedschaft bei einer ausländischen Börse davon profitieren können,

44 Vgl. Fn 43.

45 Vgl. dazu ESTV-Wegleitung 2001 Rn 39; SWX-Rahmenbedingungen Rn 31.

sofern diese ihre Aufträge von ausländischen Banken bzw. Börsenagenten nachweislich über ein inländisches Mitglied einer ausländischen Börse abwickeln lassen.

5 Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung bergen die derzeitige Fassung von Art. 19 Abs. 3 StG und die dazu entwickelte Praxis erhebliche rechtliche *Ungereimtheiten* und *Unsicherheiten* in sich. Dies dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass die Bestimmung in Eile erlassen werden musste, noch bevor die virt-x ihren Betrieb effektiv aufnahm und noch bevor der zu regelnde Sachverhalt definitiv feststand. Mit der Überführung des Dringlichkeitsrechts in ordentliches Recht besteht nun die Gelegenheit, diese Unklarheiten im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 19 Abs. 3 StG durch den Gesetzgeber zu klären. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch macht und für die Zukunft klare und diskriminierungsfreie Rechtsverhältnisse schafft. Solche bilden eine wesentliche Voraussetzung für die möglichst effiziente Weiterentwicklung der Kapitalmärkte und verringern das Risiko, dass das Umsatzabgaberecht bereits in Kürze nochmals revidiert werden muss.

Literatur und Materialien

Botschaft zum DBG 2000, Botschaft des Bundesrates für ein Bundesgesetz über neue dringliche Massnahmen im Bereich der Umsatzabgabe vom 2. Oktober 2000, BBl 2000 5835 ff.

Botschaft zum Steuerpaket 2001, Botschaft des Bundesrates zum Steuerpaket 2001 vom 28. Februar 2001, BBl 2001 2983 ff.

EBK-Mitteilung 18/2001, Mitteilung der EBK vom März 2001 betreffend virt-x, Meldepflichten nach Art. 2 ff. BEHV-EBK, EBK-M 18 (2001) Beilage 2d

ESTV-Informationsschreiben 2001, Informationsschreiben der ESTV (Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben) vom 9. Februar 2001 an die inländischen Effekthändler betreffend Abgabe auf Wertpapieren beim Umsatz

ESTV-Wegleitung 2001, Wegleitung der ESTV (Hauptabteilung Direkte Bundessteuer, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben) zur Umsatzabgabe, Ausgabe 2001

GIGER P., Der OTC Handel mit Finanzderivaten aus rechtlicher Sicht, Schweizer Schriften zum Bankrecht, Bd. 49, Diss. Universität Zürich, Zürich 1998 (zit.: GIGER (1998))

SBVg Zirkular Nr. 6919, Zirkular der Schweizerischen Bankiervereinigung Nr. 6919 vom 23. Februar 1999 betreffend Teilrevision des Stempelgesetzes

– Zirkular Nr. 7010, Zirkular der Schweizerischen Bankiervereinigung Nr. 7010 vom 11. Oktober 2000 betreffend Revision des Stempelgesetzes

– Zirkular Nr. 7028, Zirkular der Schweizerischen Bankiervereinigung Nr. 7028 vom 15. Dezember 2000 betreffend Revision des Stempelgesetzes

STOCKAR C., Neue Massnahmen bei der Umsatzabgabe, Hinweise zum dringlichen Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000, ST 2001, 251 ff. (zit.: STOCKAR [2001])

– Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, 3. Auflage, Therwil/Basel 2000 (zit.: STOCKAR [2000])

– Neuerungen bei der Umsatzabgabe, Hinweise zum dringlichen Bundesbeschluss vom 19. März 1999, ST 1999, 349 ff. (zit.: STOCKAR [1999])

SWX-Börsenordnung, Börsenordnung der SWX vom 6. Oktober 1994

SWX-Rahmenbedingungen, Publikation der SWX vom 20. Juli 2001 betreffend Regulatorische Rahmenbedingungen für schweizerische virt-x-Teilnehmer

SWX-Wegleitung, Wegleitung der SWX betreffend Stempelabgabe für Remote Members, 2. März 1999.

TANNER S., Steuerpaket 2001, Praxisforum, StR 2001, S. 844 ff. (zit.: TANNER [2001])

VIRT-X, virt-x Phase 1 Clearing & Settlement, 13. Dezember 2000 (zit.: virt-x Phase 1)

VIRT-X, The rules of virt-x, vom 26. Juni 2001 (zit.: virt-x rules)

WALSER H., Die Pensionskassen als Effekthändler, Diskriminierende Abgaben, höhere Verwaltungskosten, in: Neue Zürcher Zeitung Nr. 219 vom 21. September 2001 (zit.: WALSER [2001])

Erlasse

dBB 1999, Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen im Bereich der Umsatzabgabe vom 19. März 1999, AS 1999 1287 ff.

dBG 2000, Bundesgesetz über neue dringliche Massnahmen im Bereich der Umsatzabgabe vom 15. Dezember 2000, AS 2000 2991 ff.

StG, Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973, SR 641.10

Natalie Peter,

US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz

**Restricted Stock – Stock Options – Stock Purchase Plans –
Stock Appreciation Rights – Phantom Stock**

Diss. Universität Zürich, Zürich 2001

Rezensent: Dr. Hans-Joachim Jäger*

Inhalt

- 1 Themenumschreibung und -eingrenzung
- 2 Aufbau der Arbeit
- 3 Behandlung der Fragestellungen
 - 3.1 Besteuerung amerikanischer Pläne in den USA
 - 3.2 Besteuerung amerikanischer Pläne unter schweizerischem Recht
 - 3.3 Problematik der selbständigen Erwerbstätigkeit
 - 3.4 Nachträgliche Abänderung von Optionsplänen
 - 3.5 Problematik des «Negativeinkommens»
 - 3.6 Internationale Doppelbesteuerung
- 4 Zusammenfassung

1 Themenumschreibung und -eingrenzung

Wenn international mobile Führungskräfte, deren Entlohnungspaket in aller Regel neben dem Salär auch Beteiligungsmöglichkeiten an der Arbeitgebergesellschaft – sei es mittels Aktien oder Optionen – enthält, im Rahmen eines Auslandsaufenthaltes bzw. einer Entsendung in einem anderen Land steuerpflichtig werden, stellt sich in jedem Fall die Frage, wie diese variablen Entlohnungskomponenten im Zielland besteuert werden bzw. welche steuerlichen Folgen die Verlegung des Wohnsitzes im Hinblick auf die Beteiligungspläne zeitigt. Mangels international vereinheitlichter Regelungen, wie sie z.B. das OECD-Musterabkommen für die Einkommenssteuer zur Verfügung stellt, und infolge von unterschiedlichen Besteuerungsmodalitäten (Besteuerung der Optionen bei Gewährung, wie sie die Schweiz, die Niederlande und Belgien kennen, im Gegensatz zur Besteuerung bei Ausübung praktisch im Rest der Welt) kommt es zwangsläufig zur Gefahr der Doppel- oder Mehrfachbesteuerung oder, was den Steuerpflichtigen sicherlich freudiger stimmt, zur Nullbesteuerung der Gewinne aus einer Optionsausübung. Die oben angesprochenen Probleme stellen sich jedoch nicht nur für «Expatriates», sondern auch für eine Vielzahl inländischer Arbeitnehmer, die bei Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen ausländischer Konzerne bzw. Stammhäuser in der Schweiz angestellt sind. Häufig wird nämlich ein ausländisches Unternehmen sein eigenes Plankonzept in die Schweiz «exportieren» und auch die in der Schweiz ansässigen Angestellten je nach Führungs- bzw. Verantwortungsstufe mit Optionen oder Aktien des Mutterhauses bedenken. Ein solches Vergü-

* Dipl. Steuerexperte, Julius Bär Family Office, Zürich

tungssystem wird in der Tat häufig von US-amerikanischen Unternehmen angewendet, die einen uniformen Beteiligungsplan, der in den USA und für amerikanische Verhältnisse entwickelt wurde, in die einzelnen Länder der ganzen Welt, in denen die Gesellschaft tätig ist, exportieren. Die steuerlichen Folgen eines solchen Vorgehens können für den Steuerpflichtigen einschneidend sein, denn gerade z.B. die Optionen amerikanischer Muttergesellschaften haben in aller Regel eine Laufzeit von zehn Jahren, verbunden mit einem «Vesting» der Optionen nach ein bis zwei Jahren. Für die Zwecke der schweizerischen Besteuerung erhalten diese Optionen aufgrund der langen Laufzeit im heutigen Umfeld, das durch relativ hohe Aktienkursvolatilitäten gekennzeichnet ist, einen vergleichsweise hohen Einkommenssteuerwert zugewiesen. Dies – in Verbindung mit der Tatsache, dass bei amerikanischen Unternehmen die variable Vergütungskomponente über Stock Option Plans einen wesentlich höheren Stellenwert einnimmt als bei den meisten schweizerischen Unternehmen – kann im Extremfall dazu führen, dass der Angestellte durch die Gewährung der Optionen ein so hohes steuerbares Einkommen deklarieren muss, dass er die fälligen Steuern kaum aus seinem Grundsalar zu decken vermag. Dass es sich hierbei nicht um ein bloss theoretisches Problem handelt, können einige kantonale Steuerbehörden nach Wissensstand des Rezensenten bestätigen.

Natalie Peter hat sich in ihrer Dissertation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich dieser Problematik speziell aus Sicht der US-amerikanischen Mitarbeiterbeteiligungspläne angenommen. Damit ergänzt sie die sich in der Schweiz langsam komplettierende Literatur (stellvertretend: Marco Cereghetti [1993], Christof Helbling [1998], Andreas Risi [1999] sowie Rosmarie Knecht [2001]) im Bereich der Mitarbeiterbeteiligungen.

2 Aufbau der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Im einführenden ersten Kapitel wird ein historischer Überblick der Entwicklung von variablen Lohnsystemen in den USA sowie über die Gestaltungsformen der Share und Share Option Plans gegeben. Diese Phänomenologie reicht von der aufgeschobenen Barbonuszahlung mit Vestingbedingungen (deferred compensation) über die Qualified und Nonqualified Plans bis hin zu den Employee Stock Ownership Plans (ESOPs), Stock Purchase Programs sowie Stock Appreciation Rights (SARs) und Phantom Stock und Options, die keine eigentliche Beteiligung an der Arbeitgebegesellschaft mehr zum Ziel haben, sondern lediglich eine Bargeldvergütung, deren Höhe i. d. R.

an die Preisentwicklung eines Beteiligungspapiers gekoppelt ist. Die Autorin schafft es hier, in klarer Weise eine Übersicht über die Gestaltungsmerkmale amerikanischer Beteiligungspläne zu geben. Die Übersicht ist mit konzisen Verweisen auf die entsprechenden Regelungen des Internal Revenue Code untermauert. Auf den ersten Blick mag die Übersicht fast zu detailliert erscheinen, und einige Differenzierungen (insbesondere im Rahmen der Beschreibung von SARs und Phantom Stock/Phantom Option Plans) sind scheinbar von nachrangiger Bedeutung ...

... aber halt nur scheinbar, denn gerade die beiden folgenden Kapitel 2 und 3, welche die steuerliche Behandlung der Pläne in den USA und in der Schweiz vorstellen, zeigen, dass der (steuerliche) Teufel wie so oft im Detail liegt. Die beiden Kapitel sind in gleicher Weise aufgebaut, indem sie zunächst die relevanten Rechtsquellen auflisten, anschliessend die steuerlichen Anknüpfungspunkte für die Planteilnehmer (Zugehörigkeit, subjektive Steuerpflicht und Verfahrenspflichten) beschreiben und schliesslich auf die sachliche und zeitliche Bemessung sowie auf die Behandlung der Kapitalgewinne oder -verluste eingehen. Aufgrund der schweizerischen Eigenheit der Vermögenssteuer hat das dritte Kapitel einen Paragraphen mehr als das zweite.

Das vierte Kapitel beschreibt die steuerlichen Folgen einer Abänderung der Planbedingungen, nachdem die Optionen gewährt worden sind. Hierbei wird unterschieden zwischen der nachträglichen Änderung der Optionsbedingungen einerseits und den steuerlichen Folgen einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einem möglichen Verfall der Optionen andererseits.

Schliesslich werden im fünften Kapitel internationale Sachverhalte aufgegriffen. Neben einem Kurzaufsatz der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen in Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, den Niederlanden, Österreich und Spanien wird die Problematik der internationalen Doppelbesteuerung am Beispiel des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten dargestellt.

3 Behandlung der Fragestellungen

Dass es sich bei der steuerlichen Behandlung insbesondere von Mitarbeiteroptionen um ein steuerliches Dauerthema handelt, zeigt zum einen die schiere Anzahl der bei den Steuerbehörden zur Beurteilung vorliegenden Fälle, und zum anderen die Tatsache, dass zur Zeit eine gemischte Arbeitsgruppe einen Bericht und einen Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung der Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen zuhanden des Eidgenössischen

schen Finanzdepartements erarbeitet. Auch insofern hat Natalie Peter ihre Arbeit einem sehr aktuellen Thema gewidmet.

3.1 Besteuerung amerikanischer Pläne in den USA

Es liegt in der Natur der Sache, dass die zahlreichen Varianten von Beteiligungsmodellen einen ausführlichen deskriptiven Teil der Dissertation beanspruchen, der über einen Drittel der Arbeit umfasst. Im Spagat zwischen Lesbarkeit einerseits und der Notwendigkeit, die möglichen Spielvarianten von Beteiligungsmodellen genau gegeneinander abzugrenzen, hat die Autorin sich für Letzteres entschieden. Die bis in die fünfte Stufe hinab reichende Gliederung führt zwangsläufig zu mehreren Wiederholungen und ist der durchgängigen Lesbarkeit der Arbeit nicht zuträglich. Zur besseren Übersicht hätten sich hier vielleicht Zusammenfassungen in Tabellenform angeboten. Dennoch sind die folgenden Kapitel, in denen die Besteuerung in der Schweiz untersucht wird, sehr flüssig und angenehm zu lesen.

Zudem wird der Leser, der einen schnellen Überblick über die grundlegenden Prinzipien der steuerlichen Behandlung von Mitarbeiterbeteiligungsplänen in den USA sucht, mehr als entschädigt. Insbesondere die Erklärungen zum «Constructive Receipt» und «Economic Benefit»-Konzept sowie die Erläuterungen zum Bereich des «substantial risk of forfeiture», die auch auf die schweizerische Besteuerung einen Einfluss haben, sind gelungen und hilfreich.

3.2 Besteuerung amerikanischer Pläne unter schweizerischem Recht

Mit den Ergebnissen der Befragung verschiedener kantonaler Steuerverwaltungen kann Natalie Peter dem Leser eindrücklich vermitteln, dass trotz der Regelungen des StHG in der Schweiz bei der Besteuerung von Optionen eine erstaunliche «Disharmonisierung» Platz gegriffen hat. So sind beispielsweise die Bewertungen selbst bzw. die anzuwendenden Parameter Verhandlungssache. Daneben ergeben sich auffällige kantonale Unterschiede in der Handhabung einer «Wegzugsbesteuerung» bei «nicht-bewertbaren» Optionen, deren Besteuerung erst im Zeitpunkt der Ausübung stattfindet.

3.3 Problematik der selbständigen Erwerbstätigkeit

Unter dem Titel «Kapitalgewinn» führt die Autorin ausführlich die Kriterien und die relevante Rechtsprechung für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit auf. Zu Recht wird dabei erwähnt, dass die Fremdfinanzierung ein stark gewichtetes Kriterium darstellt. Da

eine nicht zu unterschätzende Anzahl von Plänen (insbesondere auch im Bereich der Aktienpläne bei nicht kotierten Gesellschaften oder bei Start-up-Unternehmen, deren Angestellte nicht über bedeutende eigene Mittel zum Erwerb von Aktien verfügen) vorsieht, dass die Arbeitgeberin z.B. ein zinsloses Darlehen zum Erwerb der Aktien vergibt, wäre es an dieser Stelle wünschenswert gewesen, die Thematik ausführlicher zu behandeln. Insbesondere auch deshalb, weil sich erfahrungsgemäss die veranlagenden Steuerbehörden bei der Frage, ob eine solche Fremdfinanzierung durch den Arbeitgeber «schädlich» im Sinne der Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist, sehr bedeckt halten.

3.4 Nachträgliche Abänderung von Optionsplänen

Die weitaus grössere steuerliche Disharmonisierung ergibt sich im Bereich der nachträglichen Abänderung von Optionsbedingungen. Dies kann sowohl bei Verkürzungen der Optionslaufzeit infolge von Kündigung, Pensionierung oder Umwandlungen auf Stufe der ausgebenden Gesellschaft als auch bei einer nachträglichen Anpassung der Ausübungsbedingungen erfolgen. Zum einen trägt die kantonal grundsätzlich unterschiedliche Behandlung eines «Minuslohnes» zur erwähnten Disharmonisierung massgeblich bei. Vor dem Hintergrund der stark nachgebenden Börsenkurse gibt zum anderen insbesondere das «Repricing», d.h. die nachträgliche Änderung des Ausübungspreises, Anlass zu steuerlichen Diskussionen. Folgerichtig hat Natalie Peter dieser Problematik auch ein ganzes Kapitel ihrer Arbeit zugeordnet. Diese nachträglichen Änderungen zeitigen in einem System, das lediglich die Ausübungbesteuerung kennt, regelmässig keine grossen steuerlichen Auswirkungen, da dem Steuerpflichtigen im Änderungszeitpunkt steuerlich noch kein Einkommen zugeflossen ist. Hingegen löst eine nachträgliche Änderung der Optionsbedingungen im System der Anfangsbesteuerung sehr wohl Steuerfolgen aus, da bei der Änderung der ursprünglich berechnete geldwerte Vorteil, der aufgrund der Rahmenbedingungen im Zeitpunkt der Optionsgewährung berechnet wurde und als Steuerbasis diente, als nicht mehr richtig angesehen werden muss.

Die Autorin vertritt – zusammen mit verschiedenen Kantonen – die Meinung, die nachträgliche Abänderung der Optionsbedingungen führe grundsätzlich zu der Fiktion, dass die ursprünglich gewährte Option (*unter Beibehaltung der ursprünglichen Besteuerung*, welche zum Zeitpunkt der Optionsgewährung richtig war) gegenstandslos verfällt und die fiktiv gewährte neue Option per Datum der Abänderung der Bedingung mit der entsprechend verkürzten (Rest-) Laufzeit neu zu bewerten sei. Diese neue Bewertung würde dann eine entsprechen-

de Besteuerung nach sich ziehen. Aus rein rechtlicher Betrachtungsweise (vgl. dazu S. 138) kann diese Meinung nachvollzogen werden. Unter wirtschaftlicher Betrachtung kann dem jedoch entgegengehalten werden, dass die ursprünglich gewährte Option dann auch falsch bewertet wurde: Als Beispiel diene eine zehnjährige Option, die «at the money» (d.h. der Ausübungspreis entspricht dem angenommenen Aktienpreis von US\$ 100 im Zeitpunkt der Ausgabe) herausgegeben wurde. Nach Ablauf von sechs Jahren entschliesst sich die Unternehmung zu einem Repricing und senkt den Ausübungspreis auf US\$ 70, was dem dannzumaligen Preis der Aktie entspricht. Unter der vorgeschlagenen Lösung hätte der Steuerpflichtige bei Gewährung die Steuer auf einer zehnjährigen Option bezahlt, die aufgrund der Laufzeit relativ teuer ist. Gleichzeitig bezahlt er nach sechs Jahren zusätzlich Steuern auf einer vierjährigen «at the money»-Option. Seine ursprüngliche Option hätte dann zumindest mit der verkürzten Laufzeit neu bewertet werden müssen, was aber gemäss der von der Autorin vertretenen Meinung nicht möglich ist. Somit zahlt der Steuerpflichtige auf dem «überlappenden» Teil der Optionen (die letzten vier Jahre Laufzeit) doppelte Einkommenssteuern¹.

Ähnliche Überlegungen kann man auch bei der Verkürzung der Sperrfrist anstellen: Die Autorin geht auch hierbei davon aus, dass eine solche Verkürzung eine Neubewertung *im Verkürzungszeitpunkt* – basierend auf den dann herrschenden Parametern (d.h. insbesondere mit der Volatilität zu diesem Zeitpunkt und der verkürzten [Rest-] Laufzeit) – erfolgen müsse, und die ursprüngliche Bewertung (und damit einhergehend auch die ursprüngliche Steuerentrichtung) unangetastet bleiben sollte (S.139). Dies ist m.E. ebenfalls problematisch: Wenn zu dem Neubewertungszeitpunkt der Aktienpreis den Ausübungspreis bereits überschritten hat und die Option «in the money» ist, wird bei der Neubewertung dieser innere Wert der Option mit in die Berechnung des neuerlichen Steuerwertes einbezogen. Der innere Wert stellt aber an sich steuerfreien Kapitalgewinn dar, wenn

die Option ausgeübt und die Aktie sofort veräussert würde. Ganz abgesehen davon würde dann der Zeitwert der identischen Option zweimal besteuert. Insofern führt die vorgeschlagene Lösung faktisch zur Umqualifizierung von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbares Einkommen aus unselbständiger Arbeit. Daher drängt sich m.E. vielmehr eine Lösung auf, bei der der ursprünglich berechnete Steuerwert demjenigen gegenübergestellt wird, der sich aufgrund derselben Parameter mit einer verkürzten Sperrfrist ergibt. Eine positive Differenz ist dann als Einkommen zu versteuern.

3.5 Problematik des «Negativeinkommens»

Eine in der Praxis häufig vorkommende Fragestellung ist diejenige des «Negativeinkommens» im Fall des Verlustes von noch gesperrten Optionen, z.B. aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auch hier besteht, wie die Autorin zeigt, innerhalb der Schweiz eine beträchtliche Uneinigkeit. Tendenziell sind es insbesondere die deutschsprachigen Kantone, die ein solches Negativeinkommen zulassen. Dass solche Problemfälle auftreten, ist bei der schweizerischen Anfangsbesteuerung grundsätzlich systemimmanent. Natalie Peter gibt in ihrem zusammenfassenden Ausblick (S. 189) einen Lösungsansatz: «Viele dieser noch ungelösten Fragen könnten vermieden werden, wenn die Besteuerung bis zum Wegfall von Sperrfristen und Rückgabepflichten aufgeschoben würde.» M.E. ist dieser Lösungsansatz zu begrüßen, wobei sich dann noch die Frage stellt, ob (i) lediglich die Entrichtung der im Zeitpunkt der Optionsgewährung berechneten Steuer aufgeschoben wird oder ob (ii) das steuerbare Einkommen erst im Zeitpunkt des Wegfalls der Rückgabepflichtungen – d.h. im «Vesting»-Zeitpunkt – aufgrund der dann herrschenden Parameter bestimmt wird. Genau diese Fragestellungen sind auch Gegenstand der Diskussion in der bereits oben erwähnten gemischten Arbeitsgruppe zur Optionsbesteuerung.

Im fünften Kapitel ihrer Arbeit gibt die Autorin einen kurzen Abriss über die Besteuerung von Optionen in verschiedenen europäischen Ländern (Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Holland, Österreich und Spanien). Hilfreich wäre es in diesem Zusammenhang gewesen, wenn der Fragestellung des Negativeinkommens auch auf internationaler Ebene nachgegangen worden wäre. Insbesondere Belgien und die Niederlande, die beide ebenfalls das System der Anfangsbesteuerung kennen, müssen mit denselben Problemen konfrontiert sein. Die Behandlung der Besteuerung in den verschiedenen Ländern ist ein willkommenes Hilfsmittel und verschafft einen schnellen Überblick. Lediglich anzumerken bleibt, dass in Deutschland die Frist für private Veräusserungsgeschäfte zwölf und nicht sechs Monate beträgt.

1 *Zur Illustration:* Für angenommene Parameter (Volatilität = 30 %; Zinssatz = 4 %; Dividendenrendite = 1 %) musste der Steuerpflichtige bei Gewährung Steuern auf einem Einkommen von US\$ 41.50 pro Option bezahlen. Zusätzlich bezahlt er nach dem Repricing Steuern auf der fiktiven neuen Option (Aktienpreis = Ausübungspreis = US\$ 70.00). Das steuerbare Einkommen beträgt hier US\$ 19.00; gesamtes Einkommen: US\$ 60.50.

Hätte er im Gewährungszeitpunkt eine sechsjährige Option versteuert (Aktienpreis = Ausübungspreis = US\$ 100), so hätte er ein Einkommen von US\$ 33.00 ausweisen müssen. Zusammen mit der fiktiven neuen Option von US\$ 19.00 hätte dies ein Gesamteinkommen von US\$ 52.00 (im Vergleich zu den o.a. US\$ 60.50) ergeben.

Hätte man die Option sofort bei Gewährung bei einem Aktienkurs von US\$ 100.00 mit einem Ausübungspreis von US\$ 70.00 bewertet, so hätte sich ceteris paribus ein steuerbares Einkommen von US\$ 52.00 ergeben.

3.6 Internationale Doppelbesteuerung

Schliesslich geht die Autorin im Paragraphen «Internationale Doppelbesteuerung» auf die Probleme ein, mit denen international mobile Arbeitskräfte (insbesondere «Expatriates») zunehmend konfrontiert sind. Die Inkompatibilität der Systeme (Anfangsbesteuerung vs. Besteuerung bei Ausübung) führt häufig, wie bereits einleitend dargestellt, zu Mehrfach- oder Nullbesteuerungen. Insbesondere wegen der divergierenden Bestimmung der Steuerbasis und der unterschiedlichen Bemessungszeiträume ist dann zusätzlich das Problem gegeben, dass «tax credits» verweigert werden. Als möglichen Lösungsansatz präsentiert die Autorin einen Zusatz zu Art. 15 des OECD-Musterabkommens, der besagen würde, dass Optionen immer als Abgeltung für bereits geleistete Arbeit anzusehen und dementsprechend immer im Staate der Optionsgewährung nach den dort geltenden Regelungen zu besteuern seien. Dieser wünschenswerte Ansatz würde tatsächlich viele der internationalen Fragestellungen entschärfen, dürfte allerdings noch einige Zeit auf sich warten lassen und würde bei den Ländern, welche die Anfangsbesteuerung kennen, die Problematik der Quellenbesteuerung auf Seiten des Arbeitgebers aufwerfen. Insofern kann man dem ernüchternden Fazit der Autorin beipflichten, dass unter den heutigen Regelungen in vielen Fällen allenfalls ein Verständigungsverfahren eine Lösung zu bringen vermag.

schen Literatur zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen dar, indem sie die Fragen aufwirft und in konziser Weise systematisiert, die durch die Gesetzgebung auf nationaler und internationaler Ebene noch zu lösen bleiben.

4 Zusammenfassung

Natalie Peter hat sich in ihrer Dissertation eines sehr aktuellen Themas angenommen, das die Schweizer Steuerwelt sowie den Gesetzgeber auch noch in den kommenden Jahren beschäftigen wird. Der deskriptive Teil über die amerikanische Besteuerung ist aufgrund der tiefen Gliederungsebenen besser als Nachschlagewerk geeignet. Zur besseren Übersicht hätten sich m.E. Zusammenfassungen in Tabellenform und an manchen Stellen konkrete Zahlenbeispiele angeboten.

Im wertenden Teil der schweizerischen Besteuerung hat die Autorin jedoch alle relevanten Probleme und Fragestellungen aufgegriffen und diskutiert sowie mögliche Lösungsansätze aufgezeigt. Eingedenk der harzigen internationalen Diskussion, wie der steuerlichen Doppel- oder Nullbelastung von Optionen beizukommen wäre, ist es nicht verwunderlich, dass keine «pfannenfertigen» Lösungen für die anstehenden Probleme geliefert werden können.

Dessen ungeachtet stellt die Dissertation von Natalie Peter m. E. eine wertvolle Ergänzung zu der schweizeri-

Der Vorrang des Steuerharmonisierungsgesetzes gegenüber dem Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen

Dr. iur. Ulrich Cavelti*

Inhalt

1	Problemstellung
2	Das Konkordat
2.1	Rechtsnatur
2.2	Inhalt des Konkordates über den Ausschluss von Steuerabkommen
2.2.1	Geltungsbereich
2.2.2	Zulässige Steuerabkommen
2.2.3	Aufsicht
3	Das Steuerharmonisierungsgesetz
3.1	Zulässige Steuerabkommen
3.2	Aufsichtsrechte und Entscheidkompetenzen
4	Schlussfolgerungen
	Literatur und Materialien

1 Problemstellung

Nach Art. 5 und 23 Abs. 3 StHG können die Kantone «auf dem Wege der Gesetzgebung für Unternehmen, die neu eröffnet werden und dem wirtschaftlichen Interesse des Kantons dienen, für das Gründungsjahr und die neun folgenden Jahre Steuererleichterungen vorsehen. Eine wesentliche Änderung der betrieblichen Tätigkeit kann einer Neugründung gleichgestellt werden.» Materiell entsprechen diese Bestimmungen weitgehend Art. 1 Abs. 3 lit. b des Interkantonalen Konkordates über den Ausschluss von Steuerabkommen vom 10. Dezember 1948¹. Nach Art. 4 des Konkordates stehen die Aufsicht über die Durchführung und die Entscheidung über Zuwiderhandlungen gegen das Konkordat einer von der Finanzdirektorenkonferenz gewählten Konkordatskommission zu. Stellt die Konkordatskommission durch Entscheid fest, dass die Behörden oder Beamten eines Kantons, seiner Bezirke, Kreise oder Gemeinden die Bestimmungen des Konkordates verletzt haben, so wird der dem Konkordat widersprechende Verwaltungsakt aufgehoben. Überdies hat der fehlbare Kanton eine von der Konkordatskommission auszufällende Busse bis Fr. 10 000.– zu bezahlen. Die Busse kann im Wiederholungsfall bis auf Fr. 50 000.– erhöht werden. Die Entscheide der Konkordatskommission sind endgültig und vollstreckbaren Urteilen gleichgestellt. Sie sind von der Konkordatskommission zu vollziehen, wobei die Geldbussen in einen von der Finanzdirektorenkonferenz verwalteten Fonds gelegt werden sollen.

Unabhängig davon, dass die Konkordatskommission ihrer Aufgabe mangels Meldungen wegen Verletzung des Konkordates praktisch nie nachgekommen ist², stellt sich die

* Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen und Präsident der Konkordatskommission zur Anwendung des Konkordates über den Ausschluss von Steuerabkommen

1 In Kraft seit 6. Oktober 1949 (SR 671.1).

2 Die parlamentarische Untersuchungskommission betreffend die Vorkommnisse im EJPD hielt in ihrem Schlussbericht vom 22. November 1989 verschiedene unerlaubte Steuerabkommen namentlich in den Kantonen Uri und Graubünden fest. In der Folge wurde die Konkordatskommission vom Vorstand der Finanzdirektorenkonferenz beauftragt, die Tätigkeiten der Steuerbehörden der Kantone Uri und Graubünden zu überprüfen und festzustellen, ob die Vorschriften des Konkordats über

das Verbot von Steuerabkommen bei der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung eingehalten worden seien oder nicht. In ihren Schlussberichten vom 25. März 1991 kam die Konkordatskommission zum Schluss, dass die PUK fälschlicherweise Konkordatsverletzungen angenommen habe und aus der Sicht des Konkordatsrechts die allenfalls eingeräumten Steuererleichterungen nicht zu beanstanden seien. Ebenfalls mit Bericht vom 25. März 1991 an den Vorstand der Finanzdirektorenkonferenz hielt die Konkordatskommission fest, dass auch die gegenüber dem Kanton Obwalden erhobenen Vorwürfe einer Grundlage entbehrten und die Konkordatskommission keine dem Konkordat widersprechenden Verwaltungsakte habe feststellen können. Diese drei Fälle waren die einzigen, in denen die Konkordatskommission je tätig wurde.

Frage, ob nach Inkrafttreten des Steuerharmonisierungsgesetzes die Befugnisse der Konkordatskommission aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts³ weggefallen sind oder nicht. Während Greter⁴ unter Hinweis auf den Vorrang der bundesgesetzlichen Spezialbestimmung gegenüber einem Konkordat davon ausgeht, die materiellen Bestimmungen des Konkordates hätten bloss noch die Bedeutung von Materialien, kommt die Expertengruppe Cagianut⁵ ohne nähere Erklärung zum Schluss, für die Gewährung von Steuererleichterungen nach StHG seien die Konkordatsbestimmungen weiterhin zu beachten.

2 Das Konkordat

2.1 Rechtsnatur

Konkordate – oder wie die neue Verfassung (Art. 48 BV) sagt, Verträge zwischen Kantonen – sind öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die zwei oder mehrere Kantone über einen in ihren Kompetenzbereich fallenden Gegenstand schliessen⁶. Sie umfassen alle Arten von interkantonalen Vereinbarungen⁷. Nach Art. 48 BV können die Kantone Verträge untereinander in allen Bereichen ihrer Zuständigkeitsordnung schliessen, sofern weder die Interessen des Bundes noch die Rechte anderer Kantone beeinträchtigt werden. Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen ist ein multilateraler Vertrag, an dem alle Kantone beteiligt sind⁸. Interkantonale Verträge können rechtsgeschäftlicher oder rechtsetzender Natur sein, rechtsetzende Verträge unmittelbar oder mittelbar rechtsetzend⁹. Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen enthält sowohl unmittelbar rechtsetzende als auch mittelbar rechtsetzende Regelungen. So verpflichtet es

zum einen die Mitgliedskantone zu gewissen Vereinheitlichungsmassnahmen (so etwa Art. 1 Abs. 4 oder Art. 3 des Konkordates), zum andern wirkt es sich in einzelnen Bestimmungen direkt auf die Rechtsstellung des Steuerzahlers aus (so etwa Art. 1 Abs. 2, Art. 2 und Art. 4 Abs. 4 des Konkordates)¹⁰.

2.2 Inhalt des Konkordates über den Ausschluss von Steuerabkommen¹¹

2.2.1 Geltungsbereich

Das Verbot von Steuerabkommen bezieht sich auf alle Steuerarten, die unter die kantonale Steuerhoheit fallen (Art. 2 des Konkordates).

2.2.2 Zulässige Steuerabkommen

Das Konkordat verbietet Steuerabkommen, ausgenommen die in Art. 1 in den Absätzen 3 und 5 geregelten Fälle. Die Kantone können indessen nicht unmittelbar gestützt auf Art. 1 Abs. 3 und 5 des Konkordates ein Steuerabkommen schliessen. Der Abschluss eines Steuerabkommens bedarf einer Stütze in der kantonalen Steuerordnung, da die Konkordatsbestimmungen kein unmittelbar anwendbares Recht darstellen¹².

2.2.3 Aufsicht

Das Konkordat sieht in Art. 4 die Schaffung einer Konkordatskommission vor, der zwei Aufgaben übertragen sind: Entscheid über konkordatsrechtliche Streitigkeiten und Aufsicht hinsichtlich der Durchführung des Konkordates. Die Finanzdirektorenkonferenz hat dafür ein Reglement für die Konkordatskommission erlassen und eine Kommission aus sieben Mitgliedern bestellt, wobei die Kommission in einer Besetzung von fünf Mitgliedern entscheidet¹³.

3 Art. 49 Abs. 1 BV.

4 M. GRETER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, StHG, Basel 1997, N 2 zu Art. 5 StHG.

5 Steuerharmonisierung, Bericht der EXPERTENGRUPPE CAGIANUT zur Steuerharmonisierung, Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 128, Zürich 1994, 26.

6 U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, N 1269.

7 U. HÄFELIN, Aktuelle Fragen des Konkordatsrechts, SJZ 69 (1973), 251.

8 SR 671.1, Schlussprotokoll.

9 U. HÄFELIN/W. HALLER, FN 6, N 1282 ff.

10 U. HÄFELIN, FN 7, 252; U. HÄFELIN/W. HALLER, FN 6, N 1283 ff.

11 Vgl. dazu E. BLUMENSTEIN, Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, ASA 17 (1948/49), 305 ff.; H. STREULI, Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, ZBI 51 (1950), 545 ff.; H. ZWAHLEN, Le concordat intercantonal

sur l'interdiction des arrangements fiscaux, RDAF 6 (1950), 247 ff.; I. WACKERNAGEL, Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, ZBI 51 (1950), 297 ff.; O. BOSSHARDT, Verfassungswidrige Steuerabkommen, ZBI 52 (1951), 33 ff.; E. SCHMIDT, Das interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, Basel 1959; A. WEBER, Das verfassungsrechtliche Verbot der Steuerabkommen, ZBI 61 (1960), 345 ff.; F. CAGIANUT, Das Verbot von Steuerabkommen im heutigen Steuerrecht, in: FS Ulrich Häfelin, Zürich 1989, 325 ff.; F. CAGIANUT, Kommentar BV, Kommentar zu Art. 42quater BV; Steuerinformationen der INTERKANTONALEN KOMMISSION FÜR STEUERAUFKLÄRUNG, Interkantonales Konkordat über Steuerabkommen, Januar 1987; Kommentar zum Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, genehmigt vom Vorstand der Finanzdirektorenkonferenz am 7. März 1990 (nicht publiziert).

12 F. CAGIANUT, Steuerabkommen, FN 11, 330.

13 Reglement der Konkordatskommission zur Anwendung des Konkordats über den Ausschluss von Steuerabkommen, genehmigt an der Jahrestagung der Finanzdirektorenkonferenz vom 14. Mai 1987.

Die Kommission wirkt zunächst als Schiedsgericht, das als institutionelles Gericht über alle Konkordatsstreitigkeiten zu entscheiden hat¹⁴. Der Entscheid der Konkordatskommission ist endgültig (Art. 4 Abs. 6 des Konkordates). Die Anfechtung des Entscheides mit staatsrechtlicher Beschwerde ist ausgeschlossen¹⁵. Das Verfahren vor Konkordatskommission ist durch das Reglement der Konkordatskommission geregelt.

Gegenstand des Verfahrens vor der Kommission ist die Beurteilung der Zulässigkeit eines Steuerabkommens und, wenn der Streitgegenstand ein Steuerabkommen betrifft, die Feststellung einer allfälligen Verletzung des Konkordatsrechts. Der Kommission stehen im Verfahren alle prozessleitenden Befugnisse zu, die erforderlich sind, um den Streitfall sachgemäss beurteilen zu können. Statthaft sind Auflagen, Beweiserhebungen und Einsichtnahmen in Steuerakten. Allfällige kantonale Verfahrensvorschriften können den Massnahmen der Konkordatskommission im Verfahren nicht entgegengehalten werden.

Die Sanktion im Falle der Verletzung der Konkordatsvorschriften besteht in der Feststellung des Verstosses. Die Folgen sind die Aufhebung des angefochtenen Steuerabkommens und die Ausfällung einer Busse.

Aktiv- und passivlegitimiert im Verfahren vor der Konkordatskommission sind ausschliesslich die Kantone. Diese sind auch dann verfahrensbeteiligt, wenn die gerügte Konkordatsverletzung durch eine dem Kanton untergeordnete Steuerhoheit begangen wurde. Der Steuerpflichtige selbst, den das streitige Steuerabkommen betrifft, ist nicht verfahrensbeteiligter. Es steht ihm auch kein Beschwerderecht nach Abs. 3 von Art. 4 des Konkordates zu.

Die Aufsichtsrechte der Konkordatskommission reichen nur soweit, als diese der Kommission durch die Finanzdirektorenkonferenz übertragen worden sind. Diesbezüglich hat das von der Finanzdirektorenkonferenz genehmigte Reglement keine besonderen Aufsichtsrechte vorgesehen.

Nach Art. 14 des Reglements richtet sich das Verfahren vor der Konkordatskommission nach dem Reglement und subsidiär nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren¹⁶.

3 Das Steuerharmonisierungsgesetz

3.1 Zulässige Steuerabkommen

Wie erwähnt,¹⁷ lehnt sich das Konzept des Steuerharmonisierungsgesetzes an Art. 1 Abs. 3 lit. b des Konkordates an. Art. 5 bzw. 23 Abs. 3 StHG sprechen allerdings nicht wie das Konkordat von «Industrieunternehmungen», sondern verwenden den weitergefassten Begriff «Unternehmen». Zudem wird eine wesentliche Änderung der betrieblichen Tätigkeit einer Neugründung gleichgestellt¹⁸. Die Praxis in den Kantonen hat allerdings den einschränkenden Wortlaut des Konkordates verlassen und – aus Rechtsgleichheitsgründen – Steuererleichterungen auch für Gewerbe-, Handels- und Dienstleistungsbetriebe zugelassen. Zudem wurde der Begriff der neu eröffneten Unternehmung weit ausgelegt. Er umfasste gemäss Kommentar der FINANZDIREKTORENKONFERENZ sowohl Unternehmungen, die neu in die Steuerpflicht des Kantons eintreten, als auch die Eröffnung von Filialbetrieben bestehender Unternehmungen in andern Regionen oder Umstrukturierungsmassnahmen eines Betriebs, die sachlich einer Neueröffnung bzw. einer wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Bedeutung gleichkommen. Wesentliche materielle Differenzen zwischen Konkordatspraxis und Steuerharmonisierungsgesetz sind somit nicht auszumachen.

3.2 Aufsichtsrechte und Entscheidungskompetenzen

Nach Art. 49 Abs. 2 BV wacht der Bund über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone. Dazu gehört auch die Aufsicht des Bundes über die Durchführung der Steuerharmonisierung nach Art. 129 BV. Soweit also die Kantone Steuererleichterungen einräumen, die von Art. 5 bzw. 23 Abs. 3 StHG erfasst sind, liegen das Aufsichtsrecht und die Aufsichtspflicht beim Bund. Zu diesem Zweck haben die Kantone den zuständigen Bundesbehörden sämtliche für die Durchführung des Steuerharmonisierungsgesetzes nötigen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen (Art. 71 Abs. 2 StHG). Dazu gehören auch Akten über die allfällige Gewährung von Steuererleichterungen.

Die Streitschlichtung richtet sich auf Bundesebene vorerst nach Art. 73 StHG, wonach Entscheide der letzten kantonalen Gerichtsinstanz, die eine in den Titeln 2 bis 5 und 6 in Kapitel 1 geregelte Materie betreffen, der Verwaltungsge-

14 Nach E. SCHMIDT, FN 11, 173, stützt sich das Recht der Kantone zur Bestellung eines Schiedsgerichts auf Art. 102 Ziff. 5 aBV (neu Art. 186 Abs. 4 BV).

15 Vgl. dazu BGE 103 Ia 356.

16 SR 172.021 mit Verweis auf Art. 1 bis 43 und insbesondere Art. 12 bis 19 sowie 30 bis 33.

17 Siehe vorne, Ziff. 1.

18 Vgl. dazu M. GRETER, FN 4, N 6 f. zu Art. 5 StHG.

rechtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen (Abs. 1). Beschwerdebefugt sind die Steuerpflichtigen, die nach kantonalem Recht zuständige Behörde und die Eidgenössische Steuerverwaltung (Art. 73 Abs. 2 StHG). Sodann beurteilt das Bundesgericht staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen den Kantonen, wenn eine Kantonsregierung seinen Entscheid anruft im Verfahren der staatsrechtlichen Klage¹⁹.

4 Schlussfolgerungen

Nach Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor. Die Bestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes haben als bundesgesetzliche Spezialbestimmungen auch Vorrang gegenüber dem Konkordat als einem Vertrag zwischen Kantonen. Soweit das Steuerharmonisierungsgesetz die Steuererleichterungen regelt und die Kantone diese Bestimmungen ins kantonale Recht übernehmen, hat das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen seine Bedeutung verloren. Die Kantone sind demzufolge entgegen den Ausführungen der Expertengruppe Cagianut²⁰ nicht verpflichtet, ihre eigene kantonale Steuergesetzgebung nach den Konkordatsbestimmungen auszurichten, sondern können sich im Rahmen des weitergefassten Wortlauts von Art. 5 bzw. 23 Abs. 3 StHG bewegen. Das Konkordat hat aber auch bezüglich der Kompetenzen der Konkordatskommission für die Beurteilung der Zulässigkeit von Steuerabkommen seine Bedeutung verloren. Soweit bundesrechtliche Steuererleichterungen zur Beurteilung anstehen, findet zur Streitschlichtung ausschliesslich das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege bzw. das Steuerharmonisierungsgesetz Anwendung. Konkordatäre schiedsgerichtliche Normen haben im Zusammenhang mit der Beurteilung von Bestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes jede Bedeutung verloren. Das Konkordat findet nur noch Anwendung für diejenigen Steuern, die nicht vom Harmonisierungsrecht erfasst werden²¹. Da das Konkordat ein Verbot von Steuerabkommen für alle Steuerarten im Bereiche der kantonalen Steuerhoheit vorsieht, verbleibt in der Theorie zwar noch ein Raum für die Geltung des Konkordates, in der Praxis dürfte der Anwendungsbereich des Konkordates aber auf Null geschwunden sein. Dies gilt insbesondere auch für die Befugnisse der Konkordatskommission. Ihr waren zwar in der Vergangenheit theoretisch umfassende Kompetenzen zuerkannt worden. In

der Praxis wurde von ihnen indessen wie erwähnt nur in wenigen Fällen im Jahr 1991 Gebrauch gemacht, und sie sind seit dem 1. Januar 2001 vollends bedeutungslos geworden. Ob überhaupt noch ein Bedürfnis für die Aufrechterhaltung des Konkordates besteht, ist deshalb fraglich. Wird ein Bedürfnis bejaht, so wäre auf jeden Fall das Konkordat vollständig zu überarbeiten.

Literatur und Materialien

- BLUMENSTEIN E., Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, ASA 17 (1948/49), 305 ff.
- BOSSHARDT O., Verfassungswidrige Steuerabkommen, ZBI 52 (1951), 33 ff.
- CAGIANUT F., Das Verbot von Steuerabkommen im heutigen Steuerrecht, FS Ulrich Häfelin, Zürich 1989, 325 ff.
- Kommentar zu Art. 42quater BV in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel u.a. 1996
- GRETER M., Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, StHG, Basel 1997, N 2 zu Art. 5 StHG
- HÄFELIN U., Aktuelle Fragen des Konkordatsrechts, SJZ 69 (1973), 251
- HÄFELIN U./HALLER W., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001
- SCHMIDT E., Das interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, Basel 1959
- STREULI H., Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, ZBI 51 (1950), 545 ff.
- WACKERNAGEL I., Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, ZBI 51 (1950), 297 ff.
- WEBER A., Das verfassungsrechtliche Verbot der Steuerabkommen, ZBI 61 (1960), 345 ff.
- ZWAHLEN H., Le concordat intercantonal sur l'interdiction des arrangements fiscaux, RDAF 6 (1950), 247 ff.
- INTERKANTONALE KOMMISSION FÜR STEUERAUFKLÄRUNG, Steuerinformationen, Interkantonales Konkordat über Steuerabkommen, Januar 1987
- FINANZDIREKTORENKONFERENZ, Kommentar zum Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, genehmigt vom Vorstand der Finanzdirektorenkonferenz am 7. März 1990 (nicht publiziert)
- EXPERTENGRUPPE CAGIANUT, Steuerharmonisierung, Bericht zur Steuerharmonisierung, Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 128, Zürich 1994

19 Art. 83 lit. b OG, SR 173.110.

20 FN 5, 26.

21 F. CAGIANUT, Steuerabkommen, FN 11, 333.

Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU)

Dr. rer. publ. Ruedi Baumann*

Inhalt**

1	Der Auftrag
2	Grundlagen, Begriff und Bedeutung der rechtsformneutralen (zivilrechtsunabhängigen) Unternehmensbesteuerung
2.1	Leistungsfähigkeitsprinzip und Zivilrechtsunabhängigkeit
2.2	Wirtschaftliche Doppelbelastung
2.3	Auffassungen der ERU
3	Vergleich der tatsächlichen Steuerbelastung der schweizerischen Unternehmen
3.1	«Going Concern»
3.2	Liquidation, Desinvestition und Nachfolge
3.3	10 Feststellungen
4	Rechtsvergleich
4.1	Ländervergleich
4.2	Einfluss des EU-Rechts
4.3	Tendenzen
5	Einführung einer rechtsformneutralen Besteuerung
5.1	Konzept einer schweizerischen Unternehmenssteuer
5.2	Integration der Unternehmenssteuer in die Einkommenssteuer der Beteiligten
5.3	Beteiligungsgewinne
5.4	Teilweise Aufhebung der Vermögenssteuer?
5.5	Die Unternehmenssteuer im Aussenverhältnis
6	Fazit
	Literatur, Materialien und Rechtsquellen

* Der Autor ist Direktor am Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Universität St.Gallen (IFF-HSG) und Senior Tax Counsel von PricewaterhouseCoopers, Zürich. Er betreute das wissenschaftliche Sekretariat der ERU.

** Meinen Kollegen Prof. Dr. Christian Keuschnigg und Prof. Dr. Robert Waldburger danke ich für wertvolle Hinweise.

1 Der Auftrag

Die Kommission unter der Leitung von Prof. Xavier Oberson hatte im Wesentlichen den Auftrag, das geltende Unternehmenssteuerrecht und das Sozialabgaberecht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsformneutralität zu untersuchen und Varianten eines rechtsformneutralen Konzepts auszuarbeiten. Der Auftrag wurde später erweitert; die Kommission sollte auf die Standortverbesserung zielende Massnahmen zur rechtsformneutralen Förderung des Risikokapitals unterbreiten und die damit verbundenen Mehr- und Mindererträge schätzen. Der Bericht¹ umfasst 62 Seiten sowie 5 Anhänge² von insgesamt 275 Seiten³ und wurde Ende Juni 2001 abgeliefert.

Die Förderung des Risikokapitals, selbst wenn sie rechtsformneutral gestaltet wird, weist nur eine untergeordnete Beziehung zur rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung auf; der entsprechende Teilbericht wird deshalb in diesem Beitrag nicht besprochen.

2 Grundlagen, Begriff und Bedeutung der rechtsformneutralen (zivilrechtsunabhängigen) Unternehmensbesteuerung

2.1 Leistungsfähigkeitsprinzip und Zivilrechtsunabhängigkeit

Die Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung gehört zusammen mit der Finanzierungs-, der Inves-

1 EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBE-
STEUERUNG.

2 Anhang 1: Vergleich der Steuerbelastung von Personenunter-
nehmen und Aktiengesellschaften sowie ihrer Be-
teiligten

Anhang 2: Rechtsvergleich: Rechtsformneutrale Unternehm-
ensbesteuerung

Anhang 3: Teilbericht Beteiligungsgewinnsteuer

Anhang 4: Konzept einer schweizerischen Unternehmenssteuer

Anhang 5: Teilbericht Risikokapital

3 Die Beurteilung als «dicke Post» durch die NZZ (*rg.*) bezieht sich allerdings nicht auf den Umfang des Berichts, sondern auf die selektive Umsetzungsstrategie des EFD (Einführung einer Beteiligungsgewinnsteuer, Vertagung des Übergangs zu einer Unternehmenssteuer; s. dazu auch REICH, Reform, 490).

titions- und der Wettbewerbsneutralität zu den wirtschaftspolitischen Besteuerungsgrundsätzen des Finanzleitbilds des Bundes.⁴ In der schweizerischen Steuerrechtsdiskussion der letzten Jahrzehnte hat sie keine grosse Bedeutung gehabt. Zu erwähnen ist hier lediglich der Bericht der EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE MOTION PILLER aus dem Jahr 1955. Ganz anders in Deutschland: Das Thema hat Wissenschaft und Verwaltung seit der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts immer wieder beschäftigt.⁵

Steuern sind bekanntlich «jene öffentlichen Abgaben, die gegenleistungslos geschuldet sind, d.h. keine dem Abgabepflichtigen zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens zur Voraussetzung haben.»⁶ Solche Leistungen kann ein Wirtschaftssubjekt nur erbringen, wenn ihm *frei verfügbare Mittel wirtschaftlich zugerechnet* werden können.⁷ Wirtschaftssubjekte sind zwar häufig, aber keineswegs immer, auch (Zivil-) Rechtssubjekte. – Daraus ergibt sich zunächst, dass es auf die (Zivil-) Rechtsfähigkeit – oder darüber hinaus gar die Rechtsform – des Adressaten dieser wirtschaftlichen Zurechnung nicht ankommen kann. Genau besehen geht es also unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit nicht um die Rechtsformneutralität (d.h. die Neutralität bezüglich verschiedener Rechtsformen), sondern um die *Zivilrechtsunabhängigkeit*. Zivilrechtsunabhängigkeit bedeutet allerdings nicht Zivilrechtsnegation: Für die wirtschaftliche Zurechenbarkeit relevante zivilrechtliche Gestaltungen sind für die Begründung der subjektiven Steuerpflicht durchaus massgeblich. So bedarf beispielsweise der als Kollektivanlagevertragsverhältnis ausgestaltete schweizerische Anlagefonds unabhängig von der (fehlenden) zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit der steuerlichen Rechtsfähigkeit. (Für Anlagefonds mit direktem Grundbesitz ist dem mittlerweile auch Rechnung getragen worden.⁸) Darüber hinaus ergibt sich, dass steuerliche Rechtsfähigkeit nicht nur dem betriebswirtschaftlichen Phänomen Unternehmen (bzw. Unternehmung) zuerkannt werden muss, sondern eben grundsätzlich⁹ jedem Wirtschaftssubjekt, jedem möglichen Adressaten einer wirtschaftlichen Zurechnung frei verfügbarer

Mittel. Steuerlich rechtsfähig muss deshalb auch die private Vermögensverwaltungsgesellschaft sein, obwohl sie betriebswirtschaftlich kaum als Unternehmung gelten kann.

Nicht einfach ist die Definition der wirtschaftlichen Zurechenbarkeit. Für die Beurteilung der Vorschläge der Expertenkommission ist sie aber nicht erforderlich und wird hier nicht weiter erörtert.

Weiter ergibt sich aus dem Begriff der Steuer, dass die Leistungsfähigkeit – nicht nur für periodische Steuern – grundsätzlich durch die *Zunahme* solcher frei verfügbarer Mittel begrenzt ist. Weil in einem Rechtsstaat das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot in die Ausgestaltung der Steuern einfließen muss, folgt überdies, dass sich die Bemessung des Steuerobjekts nach der Zunahme solcher Mittel richten muss: «Dem Leistungsfähigkeitsprinzip gemäss ist die individuelle Steuerbelastung nach der *Fähigkeit* zu bemessen, *Steuerleistungen aus dem Einkommen im Verhältnis zum Einkommen erbringen zu können*. Da Steuern nur aus dem Einkommen entrichtet werden können, hängt die Fähigkeit, Steuerleistungen erbringen zu können, von der Einkommenserzielung ab; sie wächst mit der Höhe des – zu ergänzen: disponiblen – Einkommens. Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist danach das Prinzip, das die Steuer entsprechend der Höhe des Einkommens, im Verhältnis zum Einkommen, bemisst. Bei Unternehmenssteuern kommt es auf den Gewinn an. (...) Das Leistungsfähigkeitsprinzip fragt nicht danach, was der Steuerpflichtige als öffentliche Leistungen vom Staat und von den Gemeinden erhält, sondern nur danach, was der Steuerpflichtige aus seinem Einkommen beitragen kann, damit der Staat seine Aufgaben erfüllen kann.»¹⁰ (Im sozialen Rechtsstaat tritt zum Fundamentalprinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit¹¹ noch das Umverteilungsprinzip als weiterer Bestimmungsfaktor hinzu.) Es ist nicht nur evident, sondern ergibt sich somit auch aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip, dass Unternehmen als solche, d.h. eben ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform bzw. Rechtsfähigkeit, imstande sind, Steuern zu entrichten.¹²

4 EIDG. FINANZDEPARTEMENT, Finanzleitbild, Ziff. 4.3b.

5 S. dazu beispielsweise die Einleitung zum Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht von BRIGITTE KNOBBE-KEUK (9. A., Köln 1993, 1 ff.); TIPKE, Steuerrechtsordnung II, 1025 ff. und den Auftrag der KOMMISSION ZUR REFORM DER UNTERNEHMENSBESTEUERUNG (Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung, 11).

6 HÖHN/WALDBURGER, 5 Rz 3; «VORAUSSETZUNGSLOSIGKEIT DER STEUER», BLUMENSTEIN/LOCHER, 4.

7 Eine Realisation ist dabei nicht erforderlich.

8 DBG 49(2), StHG 20(1) Satz 2.

9 Aus praktischen Gründen werden natürlich Ausnahmen, z.B. für Unmündige, unumgänglich sein.

10 TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 478 f. S. auch BAREIS, Familien- und Ehegattenbesteuerung, 271.

11 TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 469 ff.

12 TIPKE, Steuerrechtsordnung I, 479; II, 1028 ff. REICH (Wirtschaftliche Doppelbelastung, 32) wendet sich gegen diese von ihm als «Zahlungsfähigkeitsprinzip» bezeichnete Auffassung des Leistungsfähigkeitsprinzips; sie beziehe sich nur auf die ökonomischen Wirkungen der Besteuerung und beruhe nicht auf dem «verfassungsrechtlichen Gedankengut der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit». Obwohl die Kritik im Zusammenhang mit der Besteuerung der juristischen Personen, nicht der Unternehmen, erhoben wird, dürfte sie auch für den Begriff der steuerlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmen gelten.

Die Forderung nach Rechtsformneutralität bzw. Zivilrechtsunabhängigkeit ergibt sich für die Unternehmensbesteuerung zum Teil auch aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns.¹³ Der Wirkungsbereich dieses Gebots ist allerdings auf die miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen begrenzt. Wichtige Fragen wie z.B. die wirtschaftliche Doppelbelastung von Unternehmen und Unternehmer liegen ausserhalb seiner Grenzen.

2.2 Wirtschaftliche Doppelbelastung

Sind sowohl das Unternehmen¹⁴ als auch die daran beteiligten Personen je für sich steuerlich leistungsfähig, stellt sich die Frage nach der Behandlung der vom Unternehmen erwirtschafteten und an die Beteiligten ausgeschütteten Gewinne. Während z.B. die Verwendung versteuerten Einkommens durch eine natürliche Person zu Konsumzwecken die frei verfügbaren Mittel des Erbringers der Gegenleistung erhöht, trifft dies unter dem Gesichtspunkt des Leistungsfähigkeitsprinzips für die Gewinnausschüttung nicht zu. Grundlegend dafür ist die Tatsache, dass das dem Beteiligten insgesamt zurechenbare Vermögen nach Massgabe der Beteiligung am Unternehmen eben auch einen Teil des dem Unternehmen zurechenbaren Vermögens beinhaltet. Das *gleiche Substrat* gehört somit *gleichzeitig* zum Vermögen *zweier Steuersubjekte*. Die gleichzeitige Zurechnung des gleichen Substrats als Vermögen zu zwei Steuersubjekten erhöht das insgesamt vorhandene Vermögen nicht. Ebenso erhöht die gleichzeitige Zurechnung der Zunahme der gleichen frei verfügbaren Mittel zu zwei Steuersubjekten den gesamten Zuwachs frei verfügbarer Mittel nicht. Demzufolge erhöht sich auch die steuerliche Leistungsfähigkeit – als Zuwachs frei verfügbarer Mittel – durch die gleichzeitige Zurechnung der gleichen Zunahme zu zwei Steuersubjekten nicht. Wird die Leistungsfähigkeit beim Unternehmen durch die Gewinnbesteuerung in Anspruch genommen, ist sie somit grundsätzlich ausgeschöpft. Die Besteuerung der Gewinnausschüttung beim Beteiligten verstösst demzufolge gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip, führt zu einer nicht gerechtfertigten wirtschaftlichen Doppelbelastung.¹⁵

Bei der Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das gleiche Substrat zunächst als Gewinn, hernach als Ein-

kommen in Erscheinung tritt. Weil Gewinn- und Einkommenssteuersatz divergieren, muss die Gewinnsteuer in die Einkommenssteuer integriert werden. Eine solche Integration ist allerdings nur insoweit notwendig (und möglich), als die Gewinnsteuer die Einkommenssteuer nicht übersteigt.

Mit dem Verkauf einer Beteiligung an einem Unternehmen können einbehaltene Gewinne realisiert werden. Soweit ein Beteiligungsgewinn einbehaltene Gewinne darstellt, unterscheidet er sich nur der Rechtsform nach von einem Gewinnbezug in Form einer Ausschüttung. Insoweit ist er den Gewinnausschüttungen steuerlich gleichzustellen. Diese Gleichstellung hat auch hinsichtlich der Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung zu erfolgen.

2.3 Auffassungen der ERU

Die unterschiedliche Behandlung der Kapitalgesellschaften (*pars pro toto* für die juristischen Personen) und Personenunternehmen hinsichtlich der realisierten Gewinne verletzt nach mehrheitlicher Auffassung der Kommission die Grundsätze der Rechtsformneutralität und der Wettbewerbsneutralität. Dem stand allerdings die Auffassung gegenüber, dass das Konzept der steuerlichen Leistungsfähigkeit der juristischen Person nicht auf dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beruhe, wie ihn die Bundesverfassung kenne.¹⁶ Auch wurde geltend gemacht, die Kapitalgesellschaft verfüge über besondere Privilegien, namentlich die unbeschränkte Lebensdauer, die beschränkte Haftung, die Flexibilität der Beteiligung und die Möglichkeit des Verzichts auf Ausschüttungen, was eine unterschiedliche Behandlung (insbesondere die wirtschaftliche Doppelbelastung) rechtfertige.

Aufgrund der mehrheitlichen Kommissionsauffassung werden im Bericht zwei Lösungsansätze zur Erreichung einer rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung erwähnt:

- Die Gewinnsteuer wird als blosse Vorsteuer betrachtet und damit als Abzugssteuer auf den Ausschüttungen behandelt und in die gesamte Besteuerung der Aktionäre integriert. Dieser Lösung hafte allerdings der Nachteil an, dass für die nicht ausgeschütteten Gewinne die Besteuerung der Kapitalgesellschaften

13 S. dazu OBERSON, 264.

14 Stellvertretend für steuerlich selbstständige Wirtschaftssubjekte, die wirtschaftlich dem Vermögen Anderer (Beteiligter) zuzurechnen sind.

15 Die Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ist somit eine direkte, ohne Einführung weiterer Wertungen aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip ableitbare Folge. Die wirt-

schaftliche Doppelbelastung setzt demzufolge bei der hier vertretenen Auffassung des Leistungsfähigkeitsprinzips nicht «bereits voraus, was zunächst besonderer Begründung bedürfte, dass nämlich Körperschaften und Anteilseigner wirtschaftlich als Einheit zu betrachten sind» (PEZZER, Körperschaftsteuer, 427).

16 S. z.B. REICH, Wirtschaftliche Doppelbelastung, 32.

bzw. Unternehmen aufrecht erhalten bleibt. – Nach der in diesem Beitrag vertretenen Auffassung ist darin kein Nachteil zu erblicken, weil den Unternehmen bzw. den Kapitalgesellschaften für die von ihnen getragenen Unternehmen durchaus eine eigene steuerliche Leistungsfähigkeit zukommt.

- Systematische und umfassende Umsetzung des Grundsatzes der Rechtsformneutralität. – Damit ist die Teilhabersteuer gemeint. Auch dieser Lösungsansatz geht im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass dem Unternehmen keine eigene Leistungsfähigkeit zukomme.¹⁷

Konkretere Ausführungen zu diesen Lösungsansätzen finden sich in Anhang 4 – Konzept einer schweizerischen Unternehmenssteuer.

3 Vergleich der tatsächlichen Steuerbelastung der schweizerischen Unternehmen

Die Kommission legt im Anhang 1 anhand von Modellfällen einen ausgezeichneten Vergleich der Steuerbelastung eines Einzelaktionärs und seiner AG mit jener eines Personenunternehmers vor. In einem ersten Teil wird die Steuerbelastung während der unternehmerischen Tätigkeit, in zwei weiteren Teilen jene bei Liquidation, Desinvestition und Nachfolge verglichen.

3.1 «Going Concern»

Für die laufende Geschäftstätigkeit wurde ein Unternehmen mit einer Bilanzsumme von CHF 4 Mio. und zu 6,5 % verzinslichem Fremdkapital von Dritten im Betrag von CHF 1,6 Mio. zugrunde gelegt. Aufgrund der Rentabilität des Gesamtkapitals (Gewinn vor Schuldzinsen und Bruttolohn des Alleinaktionärs) von 6 %, 12 % und 18 % wurden folgende Untervarianten berechnet:

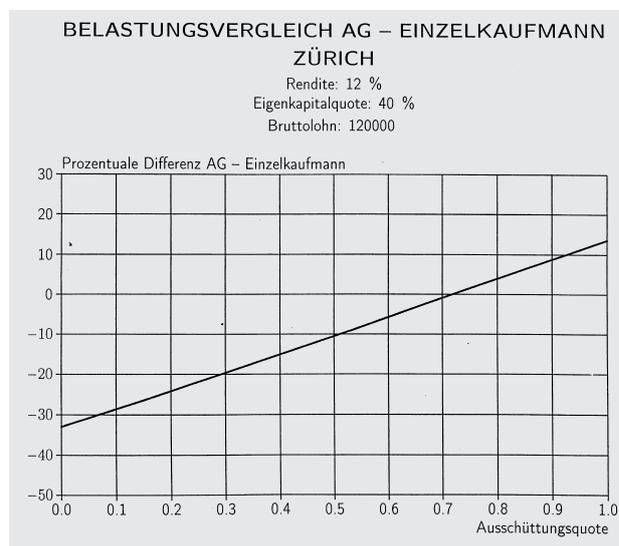
- Bruttolohn des Aktionärs von CHF 60 000.–, 120 000.– und 240 000.–;
- Finanzierung:
Eigenkapital von CHF 2,4 Mio.;
Eigenkapital von CHF 1,6 Mio. sowie Aktionär - darlehen von CHF 0,8 Mio. (Zins 6,5 %);
Eigenkapital von CHF 0,8 Mio. sowie Aktionär - darlehen von CHF 1,6 Mio. (Zins 6,5 %);
- Gewinnausschüttung: 100 %, 50 %, 0 % (erster Tabellensatz, S. 1–9) sowie 33 %, 67 % und 75 % (zweiter

Tabellensatz, S. 21–26; nur für die Gesamtkapitalrenditen von 12 % und 18 %).

Hinsichtlich der Steuerbelastung des Personenunternehmers wurde insbesondere davon ausgegangen, dass die AHV-Beiträge auf dem CHF 84 000.– übersteigenden Arbeitseinkommen nicht mehr rentenbildend und damit den Steuern gleichzustellen sind.

Die Varianten wurden für die Städte Bern, Zürich und Genf aufgrund der für 1999 geltenden Rechtsgrundlagen berechnet. Die Ergebnisse der Mehrzahl der Varianten liegen in tabellarischer und grafischer Form vor.

Die Ergebnisse sind eindrücklich. Für eine hinsichtlich Gesamtkapitalrendite, Eigenkapitalquote und Bruttolohn mittlere Variante¹⁸ ergibt sich folgendes Bild:



Bei einer Ausschüttungsquote von 0,0 beträgt die Gesamtbelastung (Steuern und AHV) von AG und Aktionär 32,9 % weniger (CHF 98 665.– gegenüber CHF 147 039.–) als jene des Personenunternehmers, bei einer Ausschüttungsquote von 1,0 hingegen 13,6 % mehr (CHF 166 698.– gegenüber CHF 146 681.–). Gleich hoch ist die Belastung bei einer Ausschüttungsquote von rd. 0,72. Die rechtsformabhängige Besteuerung erweist sich somit für Personenunternehmer im Vergleich zu AG und Aktionär namentlich bei hoher Innenfinanzierung (keine oder nur geringe Ausschüttungen) als sehr nachteilig.

Bei tiefer Gesamtrendite wird der Vergleich hingegen für AG und Aktionär extrem nachteilig: Bei einer Gesamtrendite von 6 %, einem Eigenkapital von 20 % und einem Bruttolohn des Aktionärs von CHF 240 000.– beträgt die Steuerbelastung 248,8 % mehr, d.h. das rund 3,5-Fache der

17 S. dazu die Ausführungen zum Konzept für eine schweizerische Unternehmenssteuer (Anhang 4).

18 Anhang 1–Beilage 1, 5, Zeilen 13–15 (Tabelle) bzw. Beilage 4c, 49 (Grafik).

Steuerbelastung des Personenunternehmers (CHF 131 201.– gegenüber CHF 37 619.–).¹⁹ Noch extremer gehen die Steuerbelastungen bei den nicht in die Berechnungen einbezogenen Fällen negativer Gesamtkapitalrendite auseinander.

3.2 Liquidation, Desinvestition und Nachfolge

Die Modellfälle zum Vergleich der Steuerbelastung bei Aufgabe der unternehmerischen Tätigkeit überzeugen im Einzelnen etwas weniger als jene während der unternehmerischen Tätigkeit. So wird bei Verkauf und Liquidation der Unternehmung für die AG angenommen, es seien zwar stille, aber keine offenen Reserven, welche der wirtschaftlichen Doppelbelastung unterliegen, vorhanden. Zusätzliche Desinvestitionsvarianten sind zwar gerechnet – aber nicht publiziert – worden, welche zurückbehaltene Gewinne und ihre Besteuerung als Vermögensertrag im Veräusserungsfall nach 20 Jahren berücksichtigen.

Die Ergebnisse bestätigen Bekanntes:

- Bei Liquidation fällt die Belastung für AG und Aktionär wesentlich ungünstiger aus, wenn die Gesellschaft über ausschüttungsfähige Reserven verfügt.
- Bei Verkauf oder Übernahme durch direkte Nachkommen fällt hingegen die Belastung für AG und Aktionär günstiger aus.

3.3 10 Feststellungen

Aufgrund des Steuerbelastungsvergleichs gelangt die Kommission zu den folgenden zehn Feststellungen:²⁰

- «1. Das schweizerische Unternehmenssteuerrecht (einschliesslich des AHV-Abgaberechts) ist nicht rechtsformneutral; zwischen den verschiedenen Rechtsformen, insbesondere zwischen Personenunternehmungen und Kapitalgesellschaften bestehen z.T. krasse Ungleichbehandlungen. Das Mehrwertsteuerrecht dagegen erfüllt das Erfordernis der Rechtsformneutralität.
2. Bei guter Ertragslage wird tendenziell die Kapitalgesellschaft steuerlich bevorteilt, bei schlechter Ertragslage oder in Verlustsituationen ist tendenziell die Personenunternehmung im Vorteil.
3. Wird regelmässig der gesamte Jahresgewinn ausgeschüttet bzw. bezogen, ist die Personenunternehmung gegenüber der Kapitalgesellschaft steuerlich im Vorteil.
4. Erfolgt keine jährliche Gewinnausschüttung, ist die Kapitalgesellschaft gegenüber der Personenunternehmung im Vorteil.

5. Die Kapitalgesellschaft ist gegenüber der Personenunternehmung steuerlich im Vorteil, solange sie jährlich nicht mehr als zwei Drittel ihres Gewinnes ausschüttet.
6. In Fällen, in denen während längerer Zeit (z.B. während 20 Jahren) keine Gewinne ausgeschüttet werden und anschliessend eine Substanzausschüttung erfolgt, bleibt der steuerliche Vorteil der Kapitalgesellschaft gegenüber der Personenunternehmung erhalten bis zu einer Ausschüttungsquote von rund 90 Prozent der kumulierten Gewinne.
7. Die Kapitalgesellschaft geniesst gegenüber den Personenunternehmungen mehr steuerliche Gestaltungsfreiheit (Verhältnis Eigenkapital/Fremdkapital; Saläre, Zinsen, Ausschüttungspolitik). Diese Gestaltungsfreiheit wird limitiert durch die Erfassung verdeckter Gewinnausschüttungen sowie durch Rechtsprechung und Praxis zum verdeckten Eigenkapital²¹.
8. Die Kumulierung von Kapitalsteuer und Vermögenssteuer benachteiligt die Kapitalgesellschaft und ihre Gesellschafter gegenüber den Personenunternehmungen, insbesondere wenn der Ertragswert über dem Substanzwert liegt.
9. Bei der Unternehmensnachfolge bietet die Kapitalgesellschaft mehr steuerliche Optimierungsmöglichkeiten als die Personenunternehmung (steuerfreie Aufteilung der Kapitalanteile gegenüber steuerwirksamer Abrechnung bei Auflösung einer Erbengemeinschaft).
10. Die fehlende Besteuerung der privaten Kapitalgewinne in Verbindung mit dem Nennwertprinzip führte in Rechtsprechung und Praxis zu Korrekturmassnahmen, welche die Vorteile der Kapitalgesellschaft gegenüber der Personenunternehmung u.U. wieder relativieren. Es sind dies:
 - die Transponierungstheorie;
 - die Theorie der indirekten Teilliquidation, soweit mehr besteuert wird als die ausschüttungsfähigen liquiden Mittel der veräusserten Gesellschaft;
 - die geltende Praxis zum gewerblichen Wertpapierhandel.»

4 Rechtsvergleich

Der Rechtsvergleich umfasst eine Analyse der Steuerrechtsordnungen verschiedener Staaten, Darlegungen zum Einfluss des EU-Rechts sowie Hinweise auf schweizerische und internationale Tendenzen.

19 Anhang 1 – Beilage 1, 4, Zeile 27.

20 Bericht, 20 ff.

21 Hier wäre in erster Linie auf die gesetzlichen Vorschriften von DBG 65 und StHG 24(1)(c) hinzuweisen gewesen.

4.1 Ländervergleich

Mit dem Ländervergleich wurde zunächst einerseits das Ziel verfolgt, ausgewählte ausländische Steuerrechtsordnungen im Hinblick auf die Rechtsformneutralität zu untersuchen, andererseits sollten sich daraus Anforderungen an die Ausgestaltung einer schweizerischen Unternehmenssteuer im Aussenverhältnis ergeben. Ausgewählt wurden deshalb einerseits Länder mit neuen Lösungsansätzen in der Unternehmensbesteuerung, andererseits Länder, die durch umfangreiche Investitionen mit der Schweiz verbunden sind: Deutschland, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Kroatien, die Niederlande, Norwegen, Österreich, Schweden, USA. Die Untersuchung geht von der Überlegung aus, dass die rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung «einen wichtigen Teil eines umfassenderen, strikte am Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit orientierten Konzepts für die Ausgestaltung des Steuersystems»²² darstellt. Folgerichtig wird auch die Besteuerung der an den Unternehmen Beteiligten dargestellt.

Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung ist keine spezifische Regelung, sondern ein Konzept. Die Untersuchung musste deshalb jene Regelungen feststellen, welche das Konzept gesetzgeberisch umsetzen:

- rechtsformneutraler Begriff des Unternehmensgewinns;
- Konsolidierung des Unternehmensgewinns;
- rechtsformneutrale steuerliche Belastung des Unternehmensgewinns;
- Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung.

Ein rechtsformneutraler Unternehmensgewinn-Begriff fand sich nur in Norwegen, teilweise noch in Finnland und Kroatien. In diesen Ländern wird der Gewinn in der Regel auch ohne Rücksicht auf die Rechtsform gleich besteuert.

Mehr oder weniger weit gehende Umsetzungen der Konsolidierung der Unternehmensgewinne finden sich in zahlreichen Ländern: Organschaft, konsolidierte Gruppenbesteuerung, Verlustverrechnung im Konzern, indirekte Anrechnung, Schachtelprivileg, Beteiligungsabzug, subjektive Steuerbefreiung (reine Holding).

Zahlreiche Varianten haben sich zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung herausgebildet: Tiefere Belastung von ausgeschütteten Gewinnen im Rahmen der Körperschaftssteuer, tiefere Besteuerung der Gewinnausschüttungen (Besteuerung nur eines Teils der

Gewinnausschüttungen, tieferer – proportionaler oder progressiver – Steuersatz), Voll- oder Teilanrechnung der Körperschaftssteuer auf die Einkommenssteuer.

In den Rechtsvergleich wurden auch die Sozialabgaben einbezogen. Dabei zeigte sich, dass Rechtsformneutralität in diesem Zusammenhang nicht als Problem wahrgenommen wird. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die ausländischen Sozialversicherungsrechte regelmässig eine Begrenzung des beitragspflichtigen Arbeitseinkommens kennen und die Beiträge kein Steuerelement enthalten.

4.2 Einfluss des EU-Rechts

Während klassische Steuersysteme mit dem Diskriminierungsverbot und den Marktfreiheiten vereinbar sind, erweisen sich höher entwickelte Steuersysteme – namentlich wenn sie die Integration der Gewinnsteuer in die Einkommenssteuer mit umfassen – im internationalen Verhältnis häufig als diskriminatorisch. Es ist deshalb weiterhin mit Bemühungen zur Harmonisierung des Unternehmenssteuerrechts zu rechnen; dabei werden die Rechtsformneutralität, die Finanzierungsneutralität und die Gleichbehandlung von Direktinvestitionen im In- und Ausland die wichtigsten Gesichtspunkte darstellen.

4.3 Tendenzen

In der Schweiz haben einige Kantone Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung eingeführt. Appenzell Innerrhoden²³ und Nidwalden²⁴ reduzieren den Einkommenssteuersatz für gewisse Gewinnausschüttungen aus dem Inland, Thurgau²⁵ den Gewinnsteuersatz für ausgeschüttete Gewinne. (Wegen der Harmonisierung der Bestimmungen über Steuersubjekt und Steuerobjekt sehen die Kantone ihren Gestaltungsfreiraum offenbar auf tarifliche Massnahmen beschränkt.²⁶)

Aus dem Ländervergleich ergeben sich für die Kommission folgende Tendenzen:

- «Trotz verschiedener Vorschläge hat bisher kein Staat ein eigentliches rechtsformneutrales System der Unternehmensbesteuerung eingeführt. Die Mehrheit der Staaten beschränkt sich auf verschiedenste Massnahmen zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Doppelbelastung. Gewisse Staaten gewähren jedoch Personenunternehmungen (deren Charakter demjenigen einer Kapitalgesellschaft nahe kommt) die Möglichkeit, sich wie eine Kapitalgesellschaft besteuern zu lassen.

22 Anhang 2, 5.

23 StG AI 38(4).

24 StG NW 40(3).

25 StG TG 85.

26 S. dazu VALLENDER, 277 ff.

- Die Anrechnungssysteme zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung verlieren an Bedeutung und werden mehr und mehr ersetzt durch andere Modelle. Sie sind kompliziert, missbrauchsanfällig und werden EU-rechtlich zunehmend als diskriminierend eingestuft.
- Gewisse Länder, namentlich die nordischen Staaten, tendieren zu einer separaten Besteuerung von Unternehmensgewinnen und anderen Einkünften. Aus diesem Gesichtspunkt erhält die Einkommenssteuer den Charakter einer «impôt cédulaire». Das «dual income tax system», das verschiedene Staaten anwenden, erfasst die Erwerbseinkünfte mit einer progressiven Steuer, während die Kapitaleinkünfte einem proportionalen Steuersatz unterliegen.
- Es zeigt sich, dass nach wie vor grosse Unterschiede in der Besteuerung von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften bestehen.»²⁷

5 Einführung einer rechtsformneutralen Besteuerung

5.1 Konzept einer schweizerischen Unternehmenssteuer

Aufgrund einer «Typologie der Massnahmen im Hinblick auf eine rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung»²⁸ beurteilt die Kommission die integrale Unternehmenssteuer als einzig mögliches Modell. Abgelehnt wurden die Teilversteuer, die Inhabersteuer, die «dual income tax» nach nordischem Vorbild, das niederländische System der «boxes» und die unterschiedliche Besteuerung personen- und kapitalbezogener Unternehmen bei Beibehaltung des dualen (klassischen) Systems.

Subjekte der Unternehmenssteuer sind:

- «alle Kapitalgesellschaften und Genossenschaften sowie
- alle nicht körperschaftlichen Unternehmensträger; als Unternehmen gilt dabei eine selbstständige Erwerbstätigkeit, soweit sie einen (noch nicht definierten) Mindestumfang erreicht: Personengesellschaften und andere Personenvereinigungen (z.B. Erbengemeinschaften), Einzelpersonen.»²⁹

Aus DBA-rechtlichen,³⁰ aber auch aus praktischen Gründen wurden nicht die Unternehmen, sondern ihre Träger zu Steuersubjekten erklärt.

Die Unternehmenssteuer ist als *Definitivsteuer (des Unternehmensträgers)* konzipiert, d.h. sie hängt in keiner

Weise von der steuerlichen Situation der Beteiligten ab. Der Begriff des Unternehmensgewinns entspricht jenem der Gewinnsteuer der juristischen Personen; das Steuermass ist proportional.

Die Kommission empfiehlt zu prüfen,

- allen nicht schon von Gesetzes wegen unterstellten Trägern von Personenunternehmen (d.h. auch den freiberuflich Erwerbstätigen) ein Wahlrecht auf Unterstellung unter die Unternehmenssteuer zu gewähren;
- kleinen, personenbezogenen Kapitalgesellschaften ein Wahlrecht auf Freistellung von der Unternehmenssteuer einzuräumen.

Die Kapitalsteuer soll aufgehoben werden.

Insgesamt stellen diese Vorschläge der Kommission einen bedeutenden, durchaus praktikablen Schritt in Richtung einer konsequent am Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ausgerichteten Besteuerung der Unternehmen dar.

5.2 Integration der Unternehmenssteuer in die Einkommenssteuer der Beteiligten

Die Kommission hält am Konzept der Gesamt-Reineinkommenssteuer fest, lehnt deshalb die sog. duale Einkommenssteuer ab. Zur Diskussion standen ein Teileinkünfteverfahren (dem deutschen Halbeinkünfteverfahren vergleichbar) und ein pauschales Unternehmenssteuer-Anrechnungsverfahren («pauschales Unternehmenssteuer-Abzugsverfahren»). Beim Teileinkünfteverfahren werden nur 60 % der Gewinnausschüttung in die Berechnungsgrundlage einbezogen, beim pauschalen Unternehmenssteuer-Anrechnungsverfahren wird zwar die gesamte Gewinnausschüttung zusammen mit der pauschalen Unternehmenssteuer in die Berechnungsgrundlage einbezogen, auf die Einkommenssteuer wird aber die Unternehmenssteuerpauschale angerechnet. Die Unternehmenssteuer-Anrechnung wurde als die zwar theoretisch bessere Lösung beurteilt, aus Praktikabilitätsgründen wurde jedoch das Teileinkünfteverfahren vorgezogen.

Beide Verfahren gehen aus theoretischen und praktischen Gründen zu Recht von einer Abkoppelung der Einkommensbesteuerung von der Unternehmenssteuer aus (Definitivsteuer). Das Teileinkünfteverfahren hat den systematisch und politisch schwer wiegenden Nachteil, dass es das Gesamtreineinkommensprinzip verletzt und die wirtschaftliche Doppelbelastung nicht effektiv beseitigt. Beteiligte mit hohem Einkommen unterliegen deshalb einer tieferen Gesamtbelastung als selbstständig oder unselbstständig Erwerbstätige mit gleichem Einkommen, Beteiligte mit ge-

27 Bericht, 30.

28 Bericht, 34 ff.

29 Anhang 4, 8.

30 S. unten, Abschnitt 5.5.

ringem Einkommen einer höheren Belastung.³¹ Die landesweit einheitliche Festlegung des steuerbaren Teils der Gewinnbezüge trägt den kantonal unterschiedlichen Einkommenssteuertarifen nicht Rechnung; dadurch wird die Tarifhoheit der Kantone tangiert. Unklar ist, wie beim Teileinkünfteverfahren die Begrenzung des Schuldzinsenabzugs³² berechnet wird, ebenso das Vorgehen bei der pauschalen Anrechnung ausländischer Quellensteuern auf dem «nicht besteuerten» Teil der Gewinnausschüttung. Demgegenüber ist eigentlich nicht ersichtlich, worin die praktischen Schwierigkeiten einer pauschalen Unternehmenssteuer-Anrechnung bestehen sollen. Dieser Entscheid bedarf der nochmaligen Überlegung.

Die wirtschaftliche Doppelbelastung soll nach Auffassung eines Teils der Kommission nur bei massgeblichen Beteiligungen (im Sinn der Beteiligungsgewinnbesteuerung) beseitigt werden. Diese Auffassung steht in Widerspruch zu den Konsequenzen des Leistungsfähigkeitsprinzips.

5.3 Beteiligungsgewinne

Rechtsformneutrale Besteuerung der Unternehmensgewinne und Behebung der wirtschaftlichen Doppelbelastung lassen sich nach Auffassung der Kommission nur verwirklichen, wenn sowohl die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Unternehmen als auch die Gewinnbezüge der Beteiligten in gleicher Weise steuerlich behandelt werden.³³

Diese Auffassung ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Mit dem Verkauf einer Beteiligung (oder dem Austritt aus einem nicht körperschaftlichen Unternehmensträger, was im Teilbericht Beteiligungsgewinnsteuer³⁴ keine Erwähnung findet) können einbehaltene Gewinne realisiert werden. Der Gewinn bemisst sich aber nicht nur nach den einbehaltenen Gewinnen, sondern auch nach den Zukunftsaussichten, welche der Markt dem Unternehmen zuschreibt, und ihrer Bewertung. Unter dem Gesichtspunkt der rechtsformneutralen Besteuerung von Unternehmen und Beteiligten enthält der Betei-

ligungsgewinn mithin ein Einkommenselement, das den Gewinnbezügen steuerlich gleichzustellen ist. Daneben enthält er aber Elemente, die dem in der Schweiz grundsätzlich steuerfreien Kapitalgewinn aus der Veräusserung von Privatvermögen³⁵ zuzuordnen sind.³⁶ Die Gleichsetzung des Beteiligungsgewinns mit dem einbehaltenen Gewinn ist daher sehr problematisch.³⁷ Hier wäre man der Sache näher gekommen, wenn die Gleichsetzung nur als Vermutung aufgestellt worden wäre, die durch den Veräusserer wiederlegt werden kann. Dieses Problem bedarf noch eines vertieften Studiums.

Beteiligungsgewinne können nach der Auffassung der Kommission aus der Veräusserung sämtlicher in- und ausländischer Kapital- bzw. Vermögensanteile des Privatvermögens entstehen (Aktien, Stammeinlagen, Anteilscheine, Partizipations- und Genussscheine, jedoch nicht Anteilscheine an Anlagefonds);³⁸ anzufügen sind hier wohl die Anteile an nicht körperschaftlichen Unternehmensträgern, die der Unternehmenssteuer unterliegen. Beteiligungsgewinne sollen nur dann steuerbar sein, wenn der Veräusserer «zumindest einen gewissen Einfluss auf die Ausschüttungspolitik des Unternehmens auszuüben» vermochte.³⁹ Als erforderliche Quote werden 5 % (eventuell 1 %) des Kapitals bzw. Gesamtvermögens des Unternehmens empfohlen, sofern die Gesteuerungskosten oder der Verkehrswert am Ende des Steuerjahres mindestens CHF 100 000.– betragen.⁴⁰ Es ist klar, dass diese Quoten keinen Einfluss auf die Ausschüttungspolitik verschaffen können. Wichtiger noch: Der Einfluss auf die Ausschüttungspolitik ist kein relevantes Kriterium der rechtsformneutralen Besteuerung. (Dies räumt der Bericht an einer anderen Stelle denn auch ein.⁴¹) Der Beteiligungsgewinnsteuer ist mithin schon der Gewinn aus dem Verkauf eines einzigen Anteils zu unterwerfen – allerdings nur insoweit, als er während der Haltedauer verdienten und nicht ausgeschütteten Gewinn darstellt. Mit dieser konsequent rechtsformneutralen Ausgestaltung würde auch die bereits von DAVID bemängelte Rechtsungleichheit der Behandlung massgeblicher und nicht massgeblicher Beteiligungen⁴² vermieden.

31 Das Halbeinkünfteverfahren hat denn auch – unter diesem Gesichtspunkt – bereits Kritiker gefunden; s. z.B. PEZZER, Halbeinkünfteverfahren, insbes. 146 ff.; BAREIS, Halbeinkünfteverfahren (insbes. 143: «Das Halbeinkünfteverfahren trägt seinen Namen zu Recht: es ist eine ‚halbe Sache‘ und sollte nicht eingeführt werden.»)

32 DBG 33(1)(a) bzw. StHG 9(2)(a).

33 Anhang 3, 28 f. sowie 32.

34 Anhang 3.

35 DBG 16(3) bzw. StHG 7(4)(b).

36 Das Problem ist somit grundsätzlich mit jenem vergleichbar, das sich bei der Ausdehnung des Beteiligungsabzugs auf Gewinne aus der Veräusserung massgeblicher Beteiligungen (DBG 70(1) bzw. StHG 28(1^{bis})) stellte.

37 S. FORSTER.

38 Anhang 3, 32.

39 Anhang 3, 33.

40 Anhang 3, 33 ff.

41 Anhang 3, 35.

42 DAVID, 72 ff.

Nach einem Teil der Kommission soll für massgebliche Beteiligungen die Geschäftsvermögenstheorie uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Ein anderer Teil der Kommission zöge es demgegenüber vor, von den Grundsätzen der Geschäftsvermögenstheorie auszugehen, jedoch Einschränkungen bezüglich der nicht realisierten Wertverminderungen und der den Beteiligungen zurechenbaren Schuldzinsen und übrigen Aufwendungen vorzusehen.⁴³ Wird nach der hier vertretenen Auffassung nur der auf einbehaltenen Gewinn zurückgehende Teil eines Beteiligungsgewinns besteuert, bleiben Beteiligungen Teil des Privatvermögens. Es entstehen keine zu verrechnenden Wertverminderungen oder Verluste, und für die Schuldzinsen und übrigen Aufwendungen müssten keine Sonderregelungen vorgesehen werden. (Konsequenterweise wären Veräusserungsverluste allerdings in einen (trotzdem) realisierten einbehaltenen Gewinn und einen entsprechend höheren Kapitalverlust aufzuteilen; der realisierte einbehaltene Gewinn wäre steuerbar, und der Kapitalverlust könnte nicht zur Verrechnung gebracht werden.⁴⁴) – Wird jedoch der gesamte Beteiligungsgewinn besteuert, so ist es unter dem Gesichtspunkt der Gesamt-Reineinkommenstheorie zu begrüssen, dass Verluste aus der Veräusserung von Beteiligungen mit dem übrigen Einkommen verrechenbar sein sollen und als Geschäftsverluste auch vorgetragen werden können. Die Einschränkungen bezüglich der nicht realisierten Wertverminderungen und der den Beteiligungen zurechenbaren Schuldzinsen und übrigen Aufwendungen führen allerdings zu einer diskriminatorischen Behandlung der massgeblichen Beteiligungen, ohne dass dafür stärker zu gewichtende praktische Gründe auszumachen wären.

5.4 Die Unternehmenssteuer und ihre Integration in die Einkommenssteuer im Aussenverhältnis

Im *unilateralen Aussensteuerrecht* (des Bundes und der Kantone) lassen sich die für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften geltenden Regelungen bezüglich der Steuerdomizile und der Zuteilungsnormen zwanglos auf die nicht körperschaftlichen Unternehmenssteuersubjekte ausweiten. Etwas komplexere Fragen stellen sich dem unilateralen Aussensteuerrecht hinsichtlich der Steuerrechtsfähigkeit nicht körperschaftlicher Unternehmensträger im internationalen Verhältnis sowie der Besteuerung von Gewinnbezügen, Arbeitsentgelten, Zinsen, Lizenzvergütungen und anderen Nutzungsent-

gelten. Der Bericht lässt sich vom – adäquaten – Gesichtspunkt leiten, die innensteuerrechtlichen Grundsätze nur dann auf das Aussensteuerrecht zu übertragen, wenn sich dadurch die rechtsformneutrale Besteuerung verwirklichen lässt.⁴⁵ Zur Darstellung gelangen die folgenden Fälle:

- *Nicht körperschaftliche Träger ausländischer Unternehmen:* Besteuert der ausländische Staat nicht den Unternehmensträger, sondern die Personenunternehmer, ergeben sich Doppelbesteuerungen: Arbeitsentgelte, Zinsen, Lizenzvergütungen und andere Nutzungsentgelte sind bei der Ermittlung des Betriebsstättegewinns im Ausland zum Teil nicht abzugsfähig, werden jedoch am inländischen Steuerdomizil des Personenunternehmers vollumfänglich besteuert. (Der auf die ausländische Betriebsstätte entfallende Gewinn wird hingegen nicht doppelt besteuert, sondern gleich einem Gewinnbezug aus inländischer Quelle in dem Umfang wirtschaftlich doppelt belastet, als die Unternehmenssteuer nicht vollständig in die Einkommens- bzw. Unternehmenssteuer integriert wird.) Hier wird eine flexible Regelung empfohlen: Die Besteuerung hat sich danach zu richten, ob dem (in- oder ausländischen) nicht körperschaftlichen Träger eines ausländischen Unternehmens durch das Ausland Steuerrechtsfähigkeit zuerkannt wird.
- *Nicht körperschaftliche Träger inländischer Unternehmen mit ausländischen Beteiligten:* Hier führt die inländische Besteuerungsmethode (Unternehmenssteuer) zu einer weitgehenden Verwirklichung der rechtsformneutralen Besteuerung. Allerdings ergeben sich Besteuerungslücken, wenn der (ausländische) Ansässigkeitsstaat nicht den Unternehmensträger, sondern den Beteiligten als Einkommens- bzw. Gewinnsteuersubjekt besteuert: Arbeitsentgelte, Zinsen, Lizenzvergütungen und andere Nutzungsentgelte sind bei der Ermittlung des Unternehmensgewinns im Inland abzugsfähig, werden jedoch im Ansässigkeitsstaat des Personenunternehmers häufig nicht besteuert. Zur Vermeidung solcher Besteuerungslücken wird die Einführung von (veranlagten oder im Abzugsverfahren erhobenen) Steuern empfohlen.
- *Ausländische Betriebsstätten nicht körperschaftlicher Unternehmensträger:* In- oder ausländischen, nicht körperschaftlichen Unternehmensträgern mit inländischem Unternehmen wird für ausländische Betriebsstätten der Betriebsstätteabzug gewährt.

43 Anhang 3, 36.

44 Dieses Problem stellt sich auch bei der Veräusserung von Obligationen mit überwiegender Einmalverzinsung (DBG 20(1)(b)), insbesondere wenn sie auf Fremdwährungen

lauten; gemäss Ziff. 3.2 des KS der ESTV vom 12.04.99 erfolgt hier jedoch eine «reine Differenzbesteuerung».

45 Vgl. zum Folgenden Anhang 4, 17 ff.

Besteuert der Betriebsstättestaat nicht den Unternehmensträger, sondern die Personenunternehmer, ergeben sich Doppelbesteuerungen: Arbeitsentgelte, Zinsen, Lizenzvergütungen und andere Nutzungsentgelte sind bei der Ermittlung des Betriebsstättegewinns im Ausland zum Teil nicht abzugsfähig, werden jedoch am inländischen Steuerdomizil des Personenunternehmers vollumfänglich besteuert. (Der auf die ausländische Betriebsstätte entfallende Gewinn wird hingegen nicht doppelt besteuert, sondern gleich einem Gewinnbezug aus inländischer Quelle in dem Umfang wirtschaftlich doppelt belastet, als die Unternehmenssteuer nicht vollständig in das Einkommens- bzw. Unternehmenssteuerrecht integriert wird.)

- *Inländische Betriebsstätten ausländischer, nicht körperschaftlicher Unternehmensträger*: Sie unterliegen der Unternehmenssteuer. Arbeitsentgelte, Zinsen, Lizenzvergütungen und andere Nutzungsentgelte sind abzugsfähig, soweit sie auf die inländische Betriebsstätte entfallen. Da sie im Ausland bei den Personenunternehmern in der Regel nicht steuerbar sind, ergibt sich eine Besteuerungslücke. Zur Vermeidung solcher Besteuerungslücken wird die Einführung von (veranlagten oder im Abzugsverfahren erhobenen) Steuern empfohlen.

Die Aspekte des *internationalen Doppelbesteuerungsrechts* wurden anhand des OECD-Musterabkommens geprüft (Fassung vor der Revision vom 29. April 2000, da sie die geltenden DBA der Schweiz in den relevanten Fragen am besten abbildet).^{46,47} Die Unternehmenssteuer qualifiziert sich als Steuer vom Einkommen bzw. Gewinn iSd OECD-MA. Die Subjekte der Unternehmenssteuer sind entweder natürliche Personen oder Gesellschaften (d.h. juristische Personen oder Rechtsträger, die wie juristische Personen besteuert werden). Sie befinden sich somit im subjektiven Geltungsbereich der DBA, haben nach Massgabe der einzelnen Zuteilungsnormen Anspruch auf die Vorteile der DBA und unterliegen den entsprechenden Pflichten. Für körperschaftliche Steuersubjekte ergeben sich durch die Einführung einer Unternehmenssteuer keine neuen DBA-rechtlichen Fragen. Gleiches gilt für den Fall, dass der andere Vertragsstaat eine vergleichbare Unternehmenssteuer erhebt. Der Bericht legt deshalb nur dar, ob und wie die in Frage kommenden Objekte der Zuteilungsnormen in das zivilrecht-

lich geprägte⁴⁸ System des internationalen Doppelbesteuerungsrechts eingeordnet werden können, wenn sie von nicht körperschaftlichen Unternehmensträgern/ Unternehmenssteuersubjekten gezahlt und/oder empfangen werden und der andere Vertragsstaat keine Unternehmenssteuer kennt.

Der Bericht erörtert die Subsumtion der unternehmenssteuerlichen Sachverhalte (insbesondere der für das System des internationalen Doppelbesteuerungsrechts nicht existenten, «intrapersonalen» Leistungen) unter die Zuteilungsnormen des OECD-MA. Auf die Gewinne von Unternehmenssteuersubjekten sind die Zuteilungsnormen von OECD-MA 6, 7 und 14 (seit der Revision vom 29. April 2000 unter OECD-MA 7 subsumiert)⁴⁹ anwendbar. Sie bilden ein lückenloses System für alle Subjekte der Unternehmenssteuer und weisen das Besteuerungsrecht dem gleichen Staat zu wie die Unternehmenssteuer. Im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten steht der Schweiz das Recht zu, nur für Zwecke der Unternehmenssteuer anerkannte, den Personenunternehmern zufließende Gewinnbezüge, «Zinsen», «Lizenzgebühren», Gewinne aus der Veräusserung von Vermögen, «Gehälter», «Löhne» und ähnliche Vergütungen zu besteuern. Der Bericht gelangt überzeugend zum Ergebnis, dass das Unternehmenssteuerregime mit den DBA vereinbar ist. Die Steuer lässt sich so ausgestalten, dass es weder zu Doppelbesteuerungen noch zu Besteuerungslücken noch zu Verstössen gegen das Diskriminierungsverbot kommt.⁵⁰

5.5 Teilweise Aufhebung der Vermögenssteuer?

Massgebliche Beteiligungen könnten nach Auffassung der Kommission zur Steigerung der Attraktivität der vorgeschlagenen Besteuerung von Beteiligungsgewinnen von der Vermögenssteuer befreit werden.⁵¹ Die parallele Besteuerung von Ist- und Soll-Vermögensertrag⁵² muss in der Tat beseitigt werden. Die Beseitigung der Vermögenssteuer nur auf massgeblichen Beteiligungen lässt sich allerdings steuersystematisch nicht begründen und würde eine nicht nachvollziehbare Diskriminierung aller übrigen Vermögenssteuerpflichtigen bewirken.

46 OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS 1997.

47 Vgl. zum Folgenden Anhang 4, 20 ff.

48 Vgl. RAUPACH, 1070.

49 OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS 2000, Kommentar zu OECD-MA 14.

50 Bericht, 47.

51 Anhang 3, 35 sowie Anhang 4, 13.

52 Die Vermögenssteuer ist eine Einkommenssteuer auf dem Soll-Vermögensertrag.

6 Fazit

Die Belastungsvergleiche zeigen in aller Deutlichkeit die drastischen Unterschiede in der Steuerbelastung. Von Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, Wettbewerbs- und Investitionsneutralität kann im schweizerischen Unternehmenssteuerrecht keine Rede sein. Die Einführung einer rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung mit Integration der Unternehmenssteuer in die Einkommenssteuer ist deshalb ein wichtiges Anliegen.⁵³

Das Teileinkünfteverfahren diskriminiert die Bezüger kleiner Einkommen. An seiner Stelle ist die Einführung eines pauschalen Unternehmenssteuer-Anrechnungsverfahrens zu prüfen, weil es dem Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit entspricht und entgegen der Auffassung der Kommission durchaus praktikabel ist. Die wirtschaftliche Doppelbelastung ist auch bei kleinsten Beteiligungen zu beseitigen.

Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne bei gleichzeitiger Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ist ein notwendiges Element einer rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung. Sie entzieht der Transponierung, der direkten und der indirekten Teilliquidation den Boden. Allerdings muss sie sich einerseits auf den durch Veräusserung realisierten einbehaltenen Gewinn beschränken und andererseits auch die kleinsten Beteiligungen erfassen.

Der Bericht deckt die wesentlichen Probleme im Zusammenhang mit der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung ab und bildet eine sehr nützliche Diskussionsgrundlage. Angesichts der Fülle an Problemen im Steuerbereich und des Diskussionsstandes im Sozialversicherungsbereich überrascht es nicht, dass für den Sozialversicherungsbereich keine Empfehlungen gemacht werden konnten.

Es ist sehr zu hoffen, dass sich die wissenschaftliche und die politische Diskussion nicht auf die Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung und die Besteuerung der Beteiligungsgewinne beschränkt, sondern die rechtsformneutrale Unternehmenssteuer als nicht minder wichtiges Anliegen ebenfalls weiter verfolgt.

Literatur, Materialien und Rechtsquellen

- BAREIS PETER, Das Halbeinkünfteverfahren im Systemvergleich, in: *StuW* 2000, 133 ff. (zitiert: Halbeinkünfteverfahren)
- Die Familien- und Ehegattenbesteuerung aus deutscher Sicht – rechtliche und ökonomische Aspekte, in: *FStR* 2001, 270 ff. (zitiert: Familien- und Ehegattenbesteuerung)
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, *System des Steuerrechts*, 5. A., Zürich 1995
- DAVID EUGEN, *Die st. gallische Beteiligungsgewinnsteuer. Grundlagen, Verfassungsmässigkeit, Probleme der Ausgestaltung*, Bern u.a. 1974
- DORNFELD ROBERT, *Die Steuerfähigkeit der Unternehmung. Versuch der Einordnung der Unternehmung in das System des Steuerrechts*, Köln 1966
- FORSTER UELI, *Beteiligungsgewinnsteuer – der falsche Ansatz. Vehemente Kritik der Wirtschaft am Reformprojekt*, in: *NZZ* Nr. 296 vom 20.12.2001, 15
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, *Steuerrecht*, Band I, 9. A., Bern u.a. 2001
- KNOBBE-KEUK BRIGITTE, *Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht*, 9. A., Köln 1993
- NZZ* (rg.), *Dicke Post*, in: *NZZ* Nr. 160 vom 13.7.2001, 19
- Unzeitgemässe Unternehmensbesteuerung. Vorschläge für ein rechtsformneutrales Fiskalregime, in: *NZZ* Nr. 160 vom 13.7.2001, 19
- OBERSON XAVIER, *Fondements et perspectives d'une imposition des entreprises neutre quant à la forme («Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung»)*, in: *ASA* 70 (2001/02), 257 ff.
- PEZZER HEINZ-JÜRGEN, *Kritik des Halbeinkünfteverfahrens*, in: *StuW* 2000, 144 ff. (zitiert: Halbeinkünfteverfahren)
- Rechtfertigung der Körperschaftsteuer, in: *Die Steuerrechtsordnung in der Diskussion*, FS Klaus Tipke, Köln 1995, 419 ff. (zitiert: Körperschaftsteuer)
- RAUPACH ARNT, *Unternehmen und Unternehmer im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen. Zugleich ein Beitrag zu den Problemen der rechtsformunabhängigen Besteuerung*, in: *Staat und Steuern*, FS für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, 1067 ff.
- REICH MARKUS, *Die wirtschaftliche Doppelbelastung der Kapitalgesellschaften und ihrer Anteilsinhaber*, Zürich 2000 (zitiert: *Wirtschaftliche Doppelbelastung*)
- Reform der Unternehmensbesteuerung in der Schweiz, in: *SWI* 2001, 486 ff. (zitiert: Reform)

53 Die über den jetzigen Stand hinausgehende Erleichterung des Übergangs von einer Rechtsform in eine andere, wie sie offenbar in Deutschland diskutiert wird, schafft gewiss Erleichterung, wird aber den hier dargelegten – und grundsätzlich unbestrittenen – Grundsätzen der Besteuerung nicht gerecht. Gleiches würde für die Schweiz gelten.

TANNER SAMUEL, ERU-Bericht liegt vor, in: StR 2001, 619 ff.

TIPKE KLAUS, Die Steuerrechtsordnung, 3 Bände, Köln 1993

VALLENDER KLAUS A., Verfassungsmässiger Rahmen und allgemeine Bestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes, in: ASA 61 (1992/93) 263 ff.

EIDG. FINANZDEPARTEMENT, Finanzleitbild. Ziele, Grundsätze und Instrumente für die Finanzpolitik des Bundesrates, Bern 1999, zurzeit auch: www.dff.admin.ch/d/dok/flb/index.htm

EXPERTENKOMMISSION FÜR DIE MOTION PILLER, Zum Problem der gleichmässigen Besteuerung der Erwerbsunternehmungen, Bericht vom 14. Februar 1955 der Expertenkommission zur Prüfung der Möglichkeiten gleichmässiger steuerlicher Belastung der Erwerbsunternehmungen ohne Rücksicht auf die Rechtsform, an das Eidgenössische Finanz- und Zolldepartement, hrsg. vom Eidg. Finanz- und Zolldepartement, Basel 1955

EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBESTEUERUNG, Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU), erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, Bern 2001; zurzeit auch: www.estv.admin.ch/data/index-d.htm

KOMMISSION ZUR REFORM DER UNTERNEHMENSBESTEUERUNG, Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung, Bericht der Kommission zur Reform der Unternehmensbesteuerung, Berlin 1999

Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11

Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), SR 642.14

OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Model Tax Convention on Income and on Capital (Updated as of 1st of November 1997), Vol. I, Paris 1997 (zitiert: 1997)

OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS, Model Tax Convention on Income and on Capital (Updated as of 29 April 2000), Vol. I, Paris 1997 (zitiert: 2000)

Gesetzgebungs-Agenda 2002/1

Lic. iur. Rainer Zigerlig*/Lic. iur. Agostino Cozzio**

Inhalt

1	Bund
2	Kantone
2.1	Aargau
2.2	Appenzell Innerrhoden
2.3	Basel-Landschaft
2.4	Basel-Stadt
2.5	Genf
2.6	Glarus
2.7	Jura
2.8	Neuenburg
2.9	Obwalden
2.10	Solothurn
2.11	Tessin
2.12	Zürich

1 Bund

Die Kommission WAK (Wirtschaft und Abgaben) des Ständerates hat sich an der Sitzung vom 17. Dezember 2001 analog zu Bundes- und Nationalrat dafür ausgesprochen, die Reform der Ehepaar- und Familienbesteuerung mit dem «Teil- oder Vollsplitting» durchzuführen. Damit verwirft sie die Modelle «Familiensplitting» und «Individualbesteuerung». Der Nationalrat hat im Einklang mit dem Bundesrat ein Teilsplitting gewählt, bei dem die Einkommen der Eheleute weiterhin addiert, zur Berechnung des Steuersatzes aber durch 1,9 geteilt werden. Diesen Weg will nun auch die ständerätliche Kommission einschlagen, wobei auch ein Vollsplitting (Divisor 2 statt 1,9) denkbar ist.

In der WAK blieb unbestritten, dass die vom Parlament 1999 und 2000 beschlossenen dringlichen Massnahmen zum Abbau des Börsenstempels mit Ausfällen von Fr. 310 Mio. ins ordentliche Recht überzuführen sind. Die besondere Herausforderung liegt darin, die drohende Abwanderung von Börsengeschäften zu ausländischen Börsenplätzen durch Entlastung von der Stempelabgabe zu verhindern. Noch offen ist aber, ob die Befreiung von der Umsatzabgabe im Sinne des Nationalrates neu auch auf inländische Pensionskassen, inländische Lebensversicherungen und Firmenkunden mit Sitz im Ausland ausgedehnt werden soll. Die WAK will die Vorlage in der Märzsession ins Plenum bringen.

2 Kantone

2.1 Aargau

Nach erfolgtem Vernehmlassungsverfahren hat die Regierung darauf verzichtet, eine Botschaft über die Einführung einer Liegenschaftssteuer auszuarbeiten.

2.2 Appenzell Innerrhoden

Vor dem Hintergrund der anstehenden weiteren Neuerungen auf Bundesebene (Wohneigentumsbesteuerung, Familienbesteuerung, Fusionsgesetz etc.) hat die Ständekommission (Regierung) beschlossen, erst in ein bis zwei

* Leiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen

** Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen

Jahren einen Vorschlag zur Revision des Steuergesetzes zu unterbreiten. Hingegen wird dabei die direkte Anwendbarkeit des StHG nach Ablauf der Übergangsfrist seit 1. Januar 2001.

2.3 Basel-Landschaft

Zum Ausgleich der für die Staats- und Gemeindesteuern recht tief angesetzten Eigenmietwerte, die für die direkte Bundessteuer entsprechend erhöht werden müssen (Zuschläge), beantragt der Regierungsrat dem Landrat, den Mietkostenabzug um die Hälfte von Fr. 1000.– auf Fr. 1500.– zu erhöhen. Dieser Antrag stellt einen Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Gerechte Steuern für Mieterinnen und Mieter» vom 6. April 1998 dar. Diese beinhaltet einerseits eine Festsetzung des Prinzips der rechtsgleichen Behandlung von Mietern und Eigentümern innerhalb der Kantonsverfassung. Andererseits zielt sie aber auch darauf ab, den Auftrag zur Förderung des selbstgenutzten Wohneigentums durch Kanton und Gemeinden aus der Kantonsverfassung zu streichen.

Im Rahmen der politischen Vernehmlassung hat sich bei der angekündigten Erhöhung des Mietkostenabzugs als Ausgleich zu den relativ tief angesetzten kantonalen Eigenmietwerten gezeigt, dass vielfach gewünscht wird, sowohl den Eigenmietwert leicht anzuheben als auch den Mietkostenabzug zu erhöhen. Durch das Zusammenspiel dieser beiden Massnahmen soll eine steuerliche Gleichbehandlung von Mietern und Wohneigentümern erreicht werden. Deshalb wird neu vorgeschlagen, die kantonalen Eigenmietwerte grundsätzlich um 12% anzuheben und den Mietkostenabzug von bisher Fr.1000.– auf neu Fr.1250.– zu erhöhen.

Ferner sind politische Bestrebungen im Gang, den unter altem Recht bekannten Kinderabzug vom geschuldeten Steuerbetrag (statt vom steuerbaren Einkommen) wieder einzuführen.

2.4 Basel-Stadt

Volksinitiative «Reduktion der Steuerunterschiede im Kanton Basel-Stadt», gegenwärtig in Beratung bei der Grossratskommission WAK (Wirtschaft und Abgaben): Diese Initiative verlangt eine Begrenzung der Steuerunterschiede zwischen der Stadt und den Landgemeinden auf insgesamt maximal 5%.

Volksinitiative Stopp der Steuerspirale, gegenwärtig in Beratung bei der Grossratskommission WAK (Wirtschaft und Abgaben): Diese Initiative verlangt eine Senkung der Einkommenssteuer schrittweise um 4 bis 8% und der Vermögenssteuer um 9 bis 16‰ (unter Herabsetzung des Maximalsatzes von 9‰ auf 7,5‰) sowie die Erhöhung der Vermögenssteuer-Freibeträge um Fr. 50000.– für in ungetrennter Ehe Lebende sowie für Personen, die für den Unter-

halt von in häuslicher Gemeinschaft lebenden Kindern aufkommen, und Fr. 25000.– für alle übrigen Steuerpflichtigen.

Im Ratschlag Nr. 9076 unterbreitet der Regierungsrat dem Grossen Rat zu beiden Volksbegehren je einen Gegenvorschlag. Diese beinhalten eine Reduktion der Einkommenssteuer (lineare Senkung um 5% in zwei Schritten) und der Vermögenssteuer (lineare Senkung um 10% und Erhöhung der Freibeträge, wie sie die Volksinitiative «Stopp der Steuerspirale» verlangt) sowie eine Erhöhung der Kinderabzüge (von Fr. 5200.– auf Fr. 6500.– pro Kind), eine Erhöhung des kantonalen Steuerschlüssels für die Landgemeinden (von 50% auf 60%) sowie die Einführung eines Steuerfusses für die Landgemeinde Riehen (kein eigener Steuertarif mehr).

Volksinitiative für familienfreundliche Erbschaftssteuer: Sie verlangt die Befreiung der Nachkommen von der Erbschafts- und Schenkungssteuer (Abstimmungstermin noch nicht festgelegt).

Nebst diesen drei Volksinitiativen, die zur Zeit hängig sind, befinden sich verschiedene parlamentarische Anzüge (Vorstösse) beim Regierungsrat oder bei der Grossratskommission WAK in Bearbeitung:

- Einführung des Vollsplittings bei der Ehegattenbesteuerung;
- Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Alleinerzieherabzugs;
- steuerliche Entlastungen für Elternpaare mit Kindern;
- Kinderabzug direkt vom Steuerbetrag (Familienbonus);
- Straffung der Einkommenssteuertarife bzw. der Vermögenssteuertarife;
- tarifliche Besserstellung der hetero- und homosexuellen Konkubinatspaare bei der Erbschafts- und Schenkungssteuer.

2.5 Genf

Am 2. Dezember 2001 haben die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger einem Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative zugestimmt. Damit werden alle Beschlüsse über neue Steuern sowie jede Änderung des Steuerfusses dem obligatorischen Referendum unterstellt. Die weiterreichende Volksinitiative hatte darüber hinaus vorgesehen, dass sämtliche neuen Abgaben (inkl. Gebühren) dem obligatorischen Referendum zu unterstellen gewesen wären.

Am 24. September 2001 wurden sodann dem Grossen Rat fünf Gesetzesvorhaben zugeleitet, die alle auf eine Senkung der Steuerbelastung ausgerichtet sind. Für die juristischen Personen soll die Kapitalsteuer und für die natürlichen Personen sollen sowohl die Einkommens- als auch die Vermögenssteuer gesenkt werden. Ausserdem soll die Erbschaftssteuer für direkte Nachkommen abgeschafft werden.

Reduziert werden soll schliesslich auch die «taxe professionnelle communale».

2.6 Glarus

Der Regierungsrat will der Landsgemeinde 2002 beantragen, die Sozialabzüge im Steuergesetz zu ändern. Es geht dabei um die Entlastung niedriger Einkommen. Die Vollbesteuerung der AHV/IV-Renten ab dem Jahr 2001 und die Vollbesteuerung der neuen BVG-Renten ab dem Jahr 2002 führen nach Auffassung der Regierung durch den neuen Steuertarif und durch das Fehlen eines entsprechenden Sozialabzuges zu einer Benachteiligung vor allem von Rentnern (und auch Erwerbstätigen) mit kleinem Einkommen. Mit einem degressiven Abzug ab einem bestimmten Minimaleinkommen soll dieses Problem gelöst werden.

2.7 Jura

Im Nachgang zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 3. Mai 2001, mit welchem die Ausfällung einer Steuerbusse in einem Nach- und Strafsteuerverfahren wegen Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten als unzulässig erklärt wurde, wurde am 30. Mai 2001 eine parlamentarische Initiative eingereicht. Diese verlangt eine generelle Aufhebung der Möglichkeit, die Nichtbefolgung von Verfahrenspflichten mit einer Busse zu bestrafen. Gleichzeitig wurde auch eine «motion interne» (Standesinitiative) eingereicht, die darauf abzielt, die entsprechende Bestimmung auch ins Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (Art. 174 DBG) aufzunehmen.

Im Rahmen des Projektes «Jura Pays Ouvert», dessen Ziel die Steigerung der Attraktivität des Kantons ist, haben sowohl Regierung als auch Parlament ihren Willen bekundet, auf eine Senkung der Steuerbelastung im Kanton hinzuwirken.

Am 18. September 2001 wurde eine Volksinitiative eingereicht, die darauf abzielt, mit der Änderung des Einkommenssteuertarifs und der Anpassung der Abzüge die Steuerbelastung für untere und mittlere Einkommen zu reduzieren.

2.8 Neuenburg

Eine von der Handels- und Industriekammer des Kantons Neuenburg lancierte Volksinitiative verlangt die Reduktion der Einkommenssteuern der natürlichen Personen um 12 % (in drei Jahresschritten von je 4 %) und eine Reduktion der Gewinnsteuern der juristischen Personen um 25 %.

2.9 Obwalden

Der Hauseigentümerverband Obwalden hat am 9. Mai 2001 das kantonale Volksbegehren (Initiative) «Für steuerbegünstigtes Bausparen» eingereicht. Das als allgemeine Anre-

gung ausgestaltete Begehren verlangt, das Steuergesetz so zu ändern, dass gebundene Bauspar-Rücklagen, die geöffnet werden, um erstmalig ausschliesslich und dauernd selbstgenutztes Wohneigentum im Kanton zu erwerben, bis zu einem noch zu bestimmenden Betrag von den steuerbaren Einkünften abgezogen werden können. Die Initianten legen dabei gewisse Richtlinien für die steuerliche Regelung vor. So soll der Abzug während zehn Jahren gemacht werden können und höchstens das Doppelte der maximalen Beträge an die Säule 3a für Unselbständigerwerbende betragen. Während der Dauer der Bauspar-Rücklage sind der Zins von der Einkommenssteuer und das Vermögen von der Vermögenssteuer befreit. Bei unbenütztem Fristablauf (Karenzfristen sollen die Zehn-Jahres-Frist verlängern) erfolgt eine Nachbesteuerung als Einkommen. Bei Wegzug in einen anderen Kanton soll keine Nachbesteuerung erfolgen.

2.10 Solothurn

Der Entwurf für eine Teilrevision des Gesetzes über die Staats- und Gemeindesteuern enthält als wichtigste Änderungsansätze für natürliche Personen:

- Reduktion der Einkommenssteuer für Personen mit hohem Einkommen (maximaler Steuersatz von bisher 11,8 % auf 11 %);
- Erhöhung des Kinderabzuges um 25 %;
- Erhöhung der übrigen Sozialabzüge im Rahmen der Teuerung;
- Leichte Anhebung der Besteuerung von Kapitalleistungen aus beruflicher Vorsorge;
- Senkung der Maximalbelastung bei der Vermögenssteuer um rund 10 %.

Wichtigste Änderungsvorschläge für juristische Personen:

- Einführung einer grundsätzlich proportionalen Gewinnsteuer;
- Senkung des maximalen Steuersatzes von knapp 11 % auf 9 %, wobei die ersten Fr. 100 000.– Gewinn nur zum Satz von 5 % besteuert werden sollen;
- Reduktion der Kapitalsteuer in zwei Schritten von bisher 1,8 ‰ auf 1,2 ‰.

Wesentliche übrige Änderungsvorschläge:

- Sämtliche Gewinne aus gewerbmässigem Liegenschaftshandel sollen mit der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer erfasst werden. Diesen auf eine überwiesene Motion zurückgehenden Vorschlag lehnt die Regierung aber ab.
- Die Grundstückgewinnsteuer soll neu mit einem gesetzlichen Pfandrecht gesichert werden.
- Verluste von schweizerischen Unternehmen aus ausländischen Betriebsstätten sollen bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinns übernommen, aber wieder zurückbelastet werden, wenn die ausländische Betriebsstätte später Gewinne erzielt.

- Die Frage des Steueraufschubs in jenen Fällen, in denen eine bisher ordentlich besteuerte Gesellschaft neu ein Steuerprivileg in Anspruch nimmt, wird umfassender geregelt und die Nachbesteuerung von stillen Reserven zeitlich auf 10 Jahre limitiert.
- Die Verjährung wird entsprechend dem Recht der direkten Bundessteuer neu geregelt.
- Das Steuerregister soll wieder öffentlich zugänglich gemacht werden, indem alle Einwohner des Kantons sowie andere Personen, die ein Interesse nachweisen, Auszüge aus dem Register beziehen können.

2.11 Tessin

Am 6. Juli 2001 hat der Regierungsrat die Botschaft mit der Gesetzesrevision für den Übergang zur Gegenwartsbemessung der natürlichen Personen (ab Jahr 2003) genehmigt. Die parlamentarische Beratung ist im Gang, und ein Entscheid der Legislative ist im Spätfrihling 2002 zu erwarten. Diese Gesetzesrevision enthält auch Änderungsvorschläge für natürliche und juristische Personen:

- zusätzlicher Abzug für Steuerpflichtige ohne Beiträge an die zweite und dritte Säule (von Fr. 4000.– für verheiratete Personen bzw. Fr. 2000.– für die übrigen Steuerpflichtigen) für die Einlagen, Prämien und Beiträge für die Lebens-, Kranken- und Unfallversicherungen sowie für die Zinsen von Sparkapitalien;
- Erhöhung des Abzuges für minderjährige oder in der beruflichen Ausbildung stehende Kinder sowie für unterstützungsbedürftige Personen (von Fr. 8000.– auf Fr. 9000.–);
- Erhöhung des Maximalabzuges für im Studium befindliche Kinder (von Fr. 5600.– auf Fr. 12000.–);
- Erhöhung des Abzuges bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten (von Fr. 4400.– auf Fr. 7000.–);
- Reduktion des Kapitalsteuersatzes der juristischen Personen von 2% auf 1%.

2.12 Zürich

Im Kantonsrat ist ein ablehnender Antrag des Regierungsrates zur Volksinitiative «Für eine geringere Besteuerung der Seniorinnen und Senioren» sowie zu einem Postulat dazu pendent.

In Bearbeitung im Kantonsrat ist ausserdem die Frage der Erhöhung des Versicherungs- und Sparzinsenabzuges für Kinder, der Abzugsfähigkeit der Kinderbetreuungskosten bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten und der Wiedereinstiegskosten ins Berufsleben. Die Erhöhung des Versicherungs- und Sparzinsenabzuges für Kinder wird von der Regierung zur Ablehnung empfohlen.

Im Weiteren sind folgende parlamentarische Vorstösse hängig:

Natürliche Personen:

- Besteuerung der Ehegatten (Vollsplitting);

- Ausgleich der kalten Progression;
- Abbau der Steuerbelastung für hohe Einkommen;
- steuerliche Erleichterungen für gemeinnützige Arbeit.

Juristische Personen:

- Einführung eines proportionalen Steuersatzes für die Besteuerung von Gewinnen der Kapitalgesellschaften und der Genossenschaften;
- Übergang zum Tarif für die übrigen juristischen Personen für die Besteuerung von Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

Grundsteuern:

- Übergang vom monistischen zum dualistischen System bei der Besteuerung von Grundstücksgewinnen;
- Abschaffung der Handänderungssteuer.

Erbschafts- und Schenkungssteuer:

- Reduktion der Erbschafts- und Schenkungssteuer.

Im Zusammenhang mit den hängigen Vorstössen zum Grundsteuerrecht lehnt der Regierungsrat bei der Besteuerung der Grundstücksgewinne einen Übergang zum dualistischen System ab, da dies mit zu grossen Ausfällen für die Gemeinden verbunden wäre. (Im Kanton Zürich wird die Grundstückgewinnsteuer ausschliesslich als Steuer der politischen Gemeinden erhoben.) Zudem lehnt der Regierungsrat die Abschaffung der Handänderungssteuer ab. (Auch diese wird als Steuer der politischen Gemeinden erhoben.) Die Handänderungssteuer-Einnahmen der 171 Gemeinden des Kantons betragen 1999 über Fr. 100 Mio.

Ein von der Regierung ausgearbeitetes Steuerpaket für natürliche Personen sieht einen Ausgleich der kalten Progression, eine Erhöhung der persönlichen und der Kinderabzüge sowie die Abschaffung der obersten Progressionsstufe vor. Mit der dem Kantonsrat unterbreiteten Teilrevision des Steuergesetzes sollen die Forderungen verschiedener pendenter Vorstösse ins Gesetz aufgenommen werden. Beantragt werden:

- Anhebung der Progressionsstufen im Einkommens- und Vermögenssteuertarif sowie der Abzüge und steuerfreien Beträge um 4,5 %;
- Erhöhung des persönlichen Abzuges für Alleinstehende auf Fr. 6200.– (+ Fr. 700.–), für Verheiratete auf Fr. 12 400.– (+ Fr. 1400.–);
- Erhöhung des Kinderabzuges auf Fr. 6100.– (+ Fr. 700.–);
- Streichung der obersten Progressionsstufe von 13 %; nach Ausgleich der kalten Progression und Erhöhung der persönlichen Abzüge würde die höchste Stufe von 12 % bei Einkommen ab Fr. 173 900.– (Alleinstehende) bzw. ab Fr. 262 500.– (Verheiratete) einsetzen.

Begehren, welche die Grundsteuern, die Erbschafts- und Schenkungssteuer sowie die Besteuerung von juristischen Personen betreffen, will die Regierung in separaten Vorlagen aufgreifen.

Impressum (Fortsetzung)

IFF Beirat Steuerrecht

Dr. Kurt Arnold
Prof. Dr. Peter Athanas
Dr. Ruedi Baumann
Dr. Ivo P. Baumgartner
Dr. Ulrich Cavelti
Yvon Decoulon, lic. en droit
Dr. Marco Duss
Lic. oec. Urs Hartmann
Dr. Walter Jakob
Dr. Heinz Keller
Dr. Urs Landolf
Dr. Thomas Meister
Prof. Dr. Xavier Oberson
Prof. Dr. Markus Reich
Dr. Alfred Storck
Prof. Dr. Klaus A. Vallender
Prof. Dr. Robert Waldburger
Lic. iur. Rainer Zigerlig

Abonnement

Ausfüllen und senden/faxen an:

IFF Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht

Universität St.Gallen, Varnbuelstrasse 19, CH-9000 St.Gallen

Fax 071 224 26 70

Ich abonniere/wir abonnieren das IFF Forum für Steuerrecht zum Preis von CHF 390.– pro Jahr, beginnend mit:

- Ausgabe 2001/1
 Ausgabe 2002/1

In diesem Preis sind der Jahresordner und die Mehrwertsteuer enthalten; Versandkosten werden mit dem effektiven Betrag in Rechnung gestellt.

Anzahl Abonnements:

Name/Firma:

Adresse:

PLZ, Ort:

Tel.:

Fax:

E-Mail:

Datum:

Unterschrift:
