
IFF Institut für Finanzwirtschaft
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Dr. Markus J. Kroll/
Dr. Johannes A. Bürgi/
Lic. iur. Ulrich C. Sauter

Securitisation in der Schweiz

Dr. Georg Lutz/
Lic. oec. publ. Markus Nanzer

Die Verbriefung von Aktiven und deren Steuerfolgen

Lic. iur. Peter Schmid/
Christoph Lehmann,
dipl. Steuerexperte

Privatisierung von Banken aus steuerlicher Sicht

Lic. iur. Héléne Staudt

Steuerfolgen der Privatisierung kommunaler Werke

Dr. Ivo P. Baumgartner

Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis

Dr. Hans-Joachim Jaeger/
Dr. Andreas Risi

**Obligationen und derivative Finanzinstrumente – der neue Anhang III zum
Kreisschreiben 4**

Dr. Maja Bauer-Balmelli

Julia von Ah, Die Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften

Dr. Markus R. Neuhaus

**Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmens -
besteuerung (ERU): Teilbericht Risikokapital**

Dr. Kurt Arnold

Der Schlussbericht Steuern als Standortfaktor: Reformbedarf für die Schweiz?

Lic. iur. Rainer Zigerlig/
Lic. iur. Agostino Cozzio/
Eric Hess, Fürsprecher

Gesetzgebungs-Agenda 2002/4

2002/4

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: +41 (0)71 224 25 20
Telefax: +41 (0)71 224 26 70
E-Mail: fstr-iff@unisg.ch
Internet-Website: www.iff.unisg.ch/org/iff/iffweb.nsf/wwwPubhomepage/webhomepageger?opendocument

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 Waldburger
und Dr. rer. publ. Ruedi Baumann
Steuerstrafrecht: Alfred Meier, Fürsprecher
Steuerrechts-System: Prof. Dr. oec. et lic. iur. Klaus A. Vallender
Rechtsprechungs-Überblick: Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger
Gesetzgebungs-Agenda: Lic. iur. Rainer Zigerlig

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, Einzelhefte: CHF 97.50. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie die Mehrwertsteuer enthalten. Es werden die effektiven Versandkosten verrechnet. Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils am Jahresanfang.

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 Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger 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 werden.

Konzept und Gestaltung

Designalltag Zürich, Ruedi Rüegg, Zürich

Druck

Cavelti AG, Druck und Media, 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

2002/4

Inhalt

Artikel

Dr. Markus J. Kroll/
Dr. Johannes A. Bürgi/
Lic. iur. Ulrich C. Sauter

Securitisation in der Schweiz 251

Dr. Georg Lutz/
Lic. oec. publ. Markus Nanzer

Die Verbriefung von Aktiven und deren Steuerfolgen 267

Lic. iur. Peter Schmid/
Christoph Lehmann,
dipl. Steuerexperte

Privatisierung von Banken aus steuerlicher Sicht 277

Lic. iur. Hélène Staudt

Steuerfolgen der Privatisierung kommunaler Werke 285

Praxis-Forum

Dr. Ivo P. Baumgartner

Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis 293

Dr. Hans-Joachim Jaeger/
Dr. Andreas Risi

**Obligationen und derivative Finanzinstrumente –
der neue Anhang III zum Kreisschreiben 4** 302

Literatur-Forum

Dr. Maja Bauer-Balmelli

Julia von Ah, Die Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften 319

Gesetzgebungs-Forum

Dr. Markus R. Neuhaus

**Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale
Unternehmensbesteuerung (ERU): Teilbericht Risikokapital** 324

Dr. Kurt Arnold

**Der Schlussbericht Steuern als Standortfaktor:
Reformbedarf für die Schweiz?** 330

Gesetzgebungs-Agenda

Lic. iur. Rainer Zigerlig/
Lic. iur. Agostino Cozzio/
Eric Hess, Fürsprecher

Gesetzgebungs-Agenda 2002/4 337

Securitisations in der Schweiz

Dr. oec. et lic. iur. Markus J. Kroll/Dr. iur. Johannes A. Bürgi/Lic. iur. Ulrich C. Sauter



Markus J. Kroll, Dr. oec. et lic. iur., LL. M., Partner, Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich



Ulrich C. Sauter, lic. iur., Rechtsanwalt, LL. M., Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich



Johannes A. Bürgi, Dr. iur., Fürsprecher, Lehrbeauftragter an der Universität Bern, Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich, derzeit Stanford Law School

Inhalt

1	Hintergrund und Einleitung	3.4	Einziehungsbefugnis des Servicer
1.1	Finanzmarktrecht im Wandel	3.5	Bankrechtliche Aspekte
1.2	Gegenstand und Definition von Securitisation	3.5.1	Bankgeheimnis
1.3	Gründe für Asset-Backed Securities	3.5.2	Weiterverpfändungsverbot
1.4	Auswirkungen der Securitisation auf den Originator	3.6	Pfandbriefgesetz
1.4.1	Risikostruktur	3.7	Keine Anwendung des Konsumkreditgesetzes
1.4.2	Buchhalterische Behandlung der Securitisation	3.8	Bankenaufsichtsrechtliche Implikationen
1.5	Bedeutung der Securitisation	3.9	Regulierung von Schweizer SPV
1.6	Arten der Securitisation	3.10	Insolvenzrechtliche Aspekte
1.7	Securitisation in der Schweiz	3.10.1	Bankruptcy Remoteness
2	Hintergrund: Die Mobilisierung des Kredites im Allgemeinen und des Hypothekarkredites im Besonderen	3.10.2	Limited Recourse
3	Verbriefung von Hypothekarforderungen	3.10.3	Pactum de non petendo
3.1	Typische Struktur einer Mortgage Securitisation	3.11	Lex Koller
3.2	Credit Enhancement, Liquiditätssicherung und Hedging	3.12	Kotierung der Wertschriften
3.3	Verkauf von Hypothekarforderungen an das SPV	3.13	Rating-Prozess
3.3.1	Zession der Hypothekarforderungen	4	Synthetische Securitisation
3.3.2	Übertragung der Schuldbriefe	4.1	Ziele einer synthetischen Securitisation
		4.2	Typische Struktur einer synthetischen Securitisation
		4.3	Vorteile gegenüber den True-Sale-Transaktionen
		4.4	Bankenaufsichtsrechtliche Aspekte
		4.5	Versicherungsrechtliche Aspekte
		5	Schlussbemerkungen
			Literatur
			Erlasse

1 Hintergrund und Einleitung

1.1 Finanzmarktrecht im Wandel

In den vergangenen Jahrzehnten haben sich die Finanzierungsinstrumente und -formen sehr stark verändert. Motor dieses Prozesses stellten und stellen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht die in den USA dafür entwickelten Modelle dar. Deren Übertragung in andere Rechtskreise ist nicht immer einfach¹.

Securitisations, welche sich in den USA zu einem der dominierenden Finanzierungsinstrumente entwickelt und seit einigen Jahren auch zunehmend in Europa Verbreitung gefunden haben, sind dafür ein anschauliches Beispiel².

1.2 Gegenstand und Definition von Securitisation

Unter securitisation oder Verbriefung wird in aller Regel die Umwandlung von nicht liquiden Finanzaktiva³ in liquide Wertpapiere (asset-backed securities oder ABS) verstanden.

Unter dem Begriff «asset-backed securities» werden die aus einer securitisation hervorgehenden Wertpapiere verstanden, d.h. Wertpapiere, die Zahlungsansprüche gegen eine Einzweckgesellschaft (sogenanntes special purpose vehicle, SPV) beinhalten. Die Zahlungsansprüche werden dabei durch Aktiven (assets) gedeckt (backed), welche das special purpose vehicle vom sogenannten Originator erworben hat und welche im Wesentlichen den Investoren und Inhabern der asset-backed securities als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen. Das Verpacken von illiquiden Aktiven in liquide Wertpapiere erlaubt eine vom Unternehmen, welches die Aktiven generiert hat, losgelöste Finanzierung der Aktiven.

Als mögliche Aktiven kommen praktisch alle denkbaren Finanzaktiven in Betracht. So wurden in der Schweiz bisher unter anderem folgende Aktiven verbrieft: Handelsforderungen, Leasingforderungen, Hypothekarkredite,

Warenlager, Forderungen aus Sport-Vermarktungsverträgen, Settlement-Risiken, Forderungen aus der Benutzung von Warenhauskreditkarten etc. Der Phantasie ist jedoch grundsätzlich solange keine Grenze gesetzt, als ein einigermaßen planbarer Cashflow vorhanden ist.⁴

1.3 Gründe für Asset-Backed Securities

Als Gründe für securitisations können aus Sicht des Originators im Wesentlichen drei verschiedene Motive unterschieden werden:⁵

- (1) Die klassische Motivation liegt in der *Liquiditätsbeschaffung* für Unternehmen und staatliche Institutionen. Securitisation als Finanzierungsinstrument konkurriert hier mit traditionellen Finanzierungsmöglichkeiten. Ob sich eine securitisation lohnt, lässt sich anhand der Finanzierungskosten beurteilen. In aller Regel ist securitisation unter dem Gesichtspunkt der Finanzierungskosten lediglich bei grossen Volumina und für Unternehmen mit einem mittleren bis schlechten Rating attraktiv.⁶
- (2) Eine zweite Motivation liegt im *Risikotransfer*, der mit einer securitisation verbunden sein kann. Durch den Verkauf von bestimmten Assets wird in aller Regel auch das damit zusammenhängende Risiko transferiert. Unter dem Gesichtspunkt Risikotransfer steht securitisation in direkter Konkurrenz zu anderen Risikotransfermethoden, wie Derivaten, Garantien oder Versicherungen. Die Effizienz des Instruments securitisation ergibt sich im direkten Kostenvergleich mit den alternativen Risikotransfermethoden.
- (3) Eine dritte Kategorie umfasst ein ganzes Sammelsurium von möglichen Motiven, welche von Bilanzpolitik (window dressing) über die Verlagerung von Geschäften aus der Geschäftsbilanz oder Länderbilanz (Stichwort: Maastricht-Verschuldungskriterien) über Diversifikation der Geldgeber bis hin zur regulatorischen Arbitrage (Einsparung von Eigenmitteln durch Verkauf von Aktiven durch eine Bank)

1 Vgl. etwa WIEGAND, Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: Jenni/Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, 229 ff.; WIEGAND, The Reception of American Law in Europe, American Journal of Comparative Law 1991, 229.

2 Vgl. BÄR, Asset Securitisation, Die Verbriefung von Finanzaktiven als innovative Finanzierungstechnik und neue Herausforderung für Banken, Bern/Stuttgart/Wien 1997, 445 ff.; vgl. auch NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 4. Dezember 2001, Finanznot macht erfinderisch, 31, wonach Italien mit einem Emissionsvolumen von USD 15,4 Mrd. in den ersten neun Monaten von 2001 nach Angabe der Rating-Agentur Standard & Poor's mittlerweile hinter Grossbritannien zum zweitgrössten securitisation-Markt in Europa avanciert ist.

3 Vgl. ausführlicher zu den verschiedenen Motiven aus Sicht des Originators und des Investors sogleich Abschn. 1.3.

4 So erwägt die italienische Regierung offenbar, das langjährige Brückenprojekt zur Verbindung von Sizilien mit dem Festland über eine securitisation künftiger Autobahn- und Brückengebühren zu realisieren, NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 4. Dezember 2001, Finanznot macht erfinderisch, 31. Vgl. auch NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 15. November 2001, Champagner und Diamanten für die Anleger, Der ABS-Markt expandiert in die Luxusgüterbranche, 33.

5 Vgl. dazu KROLL, Aktuelle Rechtsprobleme.

6 Im Detail zu Rating und Kosten: KROLL, Arbitrage.

reichen.⁷ Die Effizienz des Instrumentes securitisation lässt sich hier nicht mehr klar berechnen, da schlecht oder nicht quantifizierbare Aspekte eine grosse Rolle spielen.

1.4 Auswirkungen der Securitisation auf den Originator

1.4.1 Risikostruktur

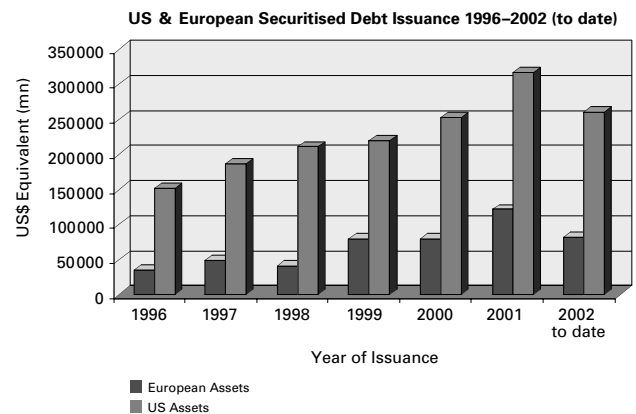
Die unmittelbare Auswirkung einer securitisation auf den Originator ist ein Aktiventausch: Der Bestand an Forderungen reduziert sich im Umfang der transferierten Aktiven, und ein entsprechender Betrag an Liquidität fliesst dem Originator zu. Selbst bei der Verbriefung nur der besten Aktiven (sogenanntes cherry picking) kommt es zu keiner Verschlechterung der Bilanz: Liquidität ist immer risikoärmer als sonst ein Aktivum. Erst die Verwendung der Liquidität erlaubt eine Beurteilung der Gesamttransaktion: Die Liquidität kann dazu verwendet werden, um Schulden abzubauen oder aber auch, um in neue Aktiven zu investieren. Nur wenn diese Aktiven schlechter als die verbrieften sind, kommt es zu einer Bilanzverschlechterung.⁸ Grundsätzlich wird jedoch bei einer Investition in neue Aktiven das bestehende Eigenkapital besser (d.h. für zusätzliche Geschäfte) genutzt, womit sich Finanzkennzahlen wie Finanzierungsverhältnis, Return on Equity etc. verbessern.

1.4.2 Buchhalterische Behandlung der Securitisation

Für die buchhalterische Behandlung von securitisations sind zwei Aspekte auseinanderzuhalten: Einerseits kommt es zum *Verkauf von Aktiven*, was typischerweise als Aktiventausch zu verbuchen ist. Andererseits stellt sich die Frage nach der *Konsolidierung des SPV*, insbesondere wenn der Originator der «primary beneficiary» des SPV ist oder einen «variable interest» am SPV hat. Die Entwicklung der führenden Buchhaltungsregeln ist in den letzten Jahren ganz klar in Richtung Offenlegung von securitisation-Transaktionen gegangen und führt heute meist zu einer Konsolidierung des SPV. Das Pendel scheint jedoch wieder etwas zurückzuschwingen.

1.5 Bedeutung der Securitisation

Asset-backed securities sind weltweit zum zweit-bedeutendsten Segment des Kapitalmarktes geworden, direkt nach Staatspapieren. Die Entwicklung der Volumina ist eindrucklich:⁹



Die wirtschaftliche Bedeutung ergibt sich nicht nur aufgrund des Angebotes dieses flexiblen Instrumentes, sondern auch aus der grossen Nachfrage durch Investoren.

Aus Sicht der Investoren sind asset-backed securities, welche aufgrund der Strukturierung häufig ein besseres Rating aufweisen als dasjenige des Originators, insbesondere für institutionelle Investoren interessant. Die Transaktionen führen zu einem klaren Risikoprofil, welches sich in aller Regel auf ein definiertes Portefeuille von klar umschriebenen Aktiven beschränkt (Hypotheken, Kreditkartenforderungen etc.). Managementrisiken sind in den meisten Transaktionen ausgeschlossen; ebenso ist das Risiko von Bilanzbeschönigungen deutlich kleiner als bei Unternehmensanleihen.

1.6 Arten der Securitisation

Es werden zwei grundsätzliche Arten der securitisation unterschieden: Einerseits die sogenannten *True-sale-Transaktionen* und andererseits die *synthetischen Transaktionen*. Bei den in Abschn. 2 anhand des Beispiels der Hypotheken beschriebenen True-sale-Transaktionen kommt es zu einem Verkauf der Aktiven an ein SPV. Bei den synthetischen Transaktionen (siehe Abschn. 4) erfolgt der Risikotransfer vom Originator zum SPV und letztlich zum Investor ausschliesslich auf vertraglicher Basis, in der Regel durch den Einsatz von Kreditderivaten.

Mit beiden Techniken können grundsätzlich die in Abschn. 1.3 aufgezählten Ziele verfolgt werden. Von der Abwicklung her sind die synthetischen Transaktionen in aller Regel einfacher zu dokumentieren und zu administrieren als die True-sale-Transaktionen, weshalb sie sich in den letzten Jahren einer zunehmenden Beliebtheit erfreuen. Von der Gestaltung des Risikotransfers her sind

7 Vgl. z.B. die diesbezüglichen Überlegungen des BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Consultative Document «Asset Securitisation», Supporting Document to the New Basel Capital Accord, January 2001.

8 Vgl. KROLL, Liquidität.

9 Wir danken der Credit Suisse First Boston für die Erarbeitung dieser Übersicht.

sie jedoch wesentlich komplexer, da mangels eines eigentlichen Transfers der Aktiven die Risiken nicht per se übergehen, sondern nur jene Risiken, welche ausdrücklich vereinbart wurden. Dies kann zu einem Basisrisiko führen.

1.7 Securitisation in der Schweiz

Securitisations haben auch in der Schweiz in den vergangenen Jahren an Bedeutung gewonnen. Es gibt momentan mindestens ein halbes Dutzend Transaktionen pro Jahr; bei den meisten davon handelt es sich um sogenannte Privatplatzierungen, d.h. um Platzierungen bei institutionellen Investoren ohne Kotierung der Wertpapiere. Die momentan in Revision befindlichen Kotierungsbestimmungen für asset-backed securities der Schweizer Börse SWX Swiss Exchange haben immerhin dazu geführt, dass heute einige asset-backed securities an der SWX Swiss Exchange kotiert sind. Die Mehrheit davon verbriefen ausländische Aktiven¹⁰.

In der Schweiz standen bisher die Verbriefung von Debitoren sowie True-sale-Transaktionen im Vordergrund. Anders als in anderen Ländern dauerte es eine ganze Weile, bis die erste Hypothekerverbriefung durchgeführt wurde (1998 die «TELL»-Transaktion des damaligen Schweizerischen Bankvereins, welche Festhypotheken im Gegenwert von rund CHF 250 Millionen verbriefte¹¹). Auch heute noch stellt die Hypothekerverbriefung lediglich einen sehr kleinen Teil des gesamten schweizerischen ABS-Marktes dar, da lediglich im Jahre 2001 eine weitere Transaktion folgte (Swissact-2001-1-Sub-Trust-Transaktion der Pfandbriefzentrale der schweizerischen Kantonalbanken, welche Festhypotheken der Zürcher Kantonalbank im Gegenwert von 355 Millionen Euro verbriefte).¹²

2 Hintergrund: Die Mobilisierung des Kredites im Allgemeinen und des Hypothekarkredites im Besonderen

Nicht erst heute ist sich der Gesetzgeber bewusst, dass der Mobilisierung des Kredites für die Volkswirtschaft eine grosse Bedeutung zukommt. Bemühungen zur Mobilisierung des Kredites finden sich insbesondere im schweizerischen Grundpfandrecht (Schuldbrief oder die vor allem noch im Wallis üblichen Inhaberobligation mit Grundpfandverschreibung). Durch den Schuldbrief wird eine persönliche Forderung begründet, welche grundpfandrechtl. sichergestellt ist¹³. Der Schuldbrief ist ein Wertpapier, das eine Forderung verkörpert, die bei seiner Begründung entsteht und die Novation der vorbestehenden Verpflichtungen zur Folge hat¹⁴. Dies erlaubt es, den Kredit samt Sicherheit wertpapierrechtlich auf einfache Weise zu übertragen. Trotz der genialen Einfachheit dieses Konzeptes hat sich kein Sekundärmarkt etablieren können, vermutlich weil es an der nötigen Standardisierung des Kreditrisikos (Bonität des Schuldners, transparente Bewertung der Liegenschaft) fehlt. Auch fürs reine Kreditgeschäft wurde das Konzept aus Gründen der administrativen Vereinfachung in Zeiten sich häufig ändernder Zinssätze von der Praxis weiterentwickelt und zunehmend der Idee des Gesetzgebers entfremdet. In der heutigen Praxis wird zunächst ein Schuldbrief geschaffen, welcher zwar zwingend eine bestimmte Forderungssumme verbrieft, aber nicht mehr das eigentliche Kreditinstrument darstellt. Die Bank gewährt einen Kredit und lässt sich den Schuldbrief zu Pfand oder zu fiduziarischem Eigentum übertragen zur Besicherung des Kredites unter einer rein obligatorischen (fiduziarischen) Rückgabe- und Abrechnungsverpflichtung¹⁵. Die Bank sichert durch einen Schuldbrief in der Regel nicht nur eine bestimmte Darlehensforderung, sondern einen relativ unbestimmten Forderungskreis des Bankkunden¹⁶ (wie Kontokorrentkredit, Verpflichtungen aus anderen Verhältnissen zur Bank etc.)¹⁷.

10 Vgl. auch die Informationsbroschüre der SWX SWISS EXCHANGE, Asset-backed Securities, Zürich 1998/2000.

11 Vgl. dazu KROLL, Aktuelle Rechtsprobleme, 173 ff.

12 Einen aktuellen Überblick gibt: KROLL/SPANGLER, Securitisation in Switzerland: Recent Market Developments, in: International Securitisation Report (ISR) Nr. 7, London 2002, 32 f.

13 Art. 842 ZGB.

14 Art. 855 Abs. 1 ZGB.

15 Vgl. dazu BÄR, Hypothekarkredit; VOLLENWEIDER, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg i.Ue. 1994; ZOBL, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 68, 281 ff.

16 WIEGAND, Aspekte, 853.

17 Praxisüblich ist etwa folgende Vertragsbestimmung: «Die Bank ist ermächtigt, die Forderungen aus den sicherungsübereigneten Grundpfandtiteln – abweichend von darin allenfalls statuierten anderslautenden Bestimmungen – nebst drei verfallenen Jahreszinsen und dem laufenden Zins anstelle und im jeweiligen Umfang ihrer sämtlichen Forderungen gegen bei jeder Geschäftsstelle der Bank aus bereits abgeschlossenen oder im Rahmen der bestehenden Geschäftsbeziehung mit der Bank künftig abzuschliessenden Verträge geltend zu machen, unter Einschluss von sämtlichen verfallenen und laufenden Zinsen und Kommissionen und der damit zusammenhängenden gerichtlichen oder aussergerichtlichen Spesen und Kosten.»

Auch an Finanzierungen im grösseren Rahmen hatte der Gesetzgeber vor bald 100 Jahren gedacht, als er die Anleihen mit Grundpfandrecht schuf¹⁸. Sowohl der Schuldbrief wie auch die Anleihe mit Grundpfandrecht zielte darauf ab, dass Private den Geldbedarf Privater finanzieren würden, ohne das Zwischenschalten eines Finanzintermediärs. Diese Bemühungen sind wohl als gescheitert zu betrachten. Als dann auch noch die Finanzintermediäre (Banken) in der Folge der grossen Depression in Schwierigkeiten gerieten, schuf der Gesetzgeber mit einer Novelle den Pfandbrief, welcher einerseits bestechend einfach ausgestaltet ist und andererseits eine gelungene Mobilisierung des Kredites darstellt. Das Pfandbriefgesetz von 1930 schafft ein spezialgesetzliches Pfandrecht der beiden Pfandbriefbanken als Darlehensgeber an der im Pfandregister der Mitglieder eingetragenen Deckung, ohne dass ein besonderer Verpfändungsvertrag und die Übergabe der Deckung an die Pfandbriefzentralen oder deren Vertreter erforderlich wären¹⁹. Der Pfandbrief hat sich in der Praxis dank seiner Einfachheit, Sicherheit und Liquidität hervorragend bewährt.

Während der Hochzinsphase Ende der achtziger Jahre versuchte der Gesetzgeber mit einer weiteren Novelle die Wohnbaufinanzierung effizienter und damit für Hauseigentümer und Mieter kostengünstiger zu gestalten. Die an amerikanische Verhältnisse angelehnte spezialgesetzliche Schaffung von Hypothekaranlagefonds²⁰ ist bis heute jedoch toter Buchstabe geblieben. Es war wohl etwas naiv zu glauben, dass der börsenmässige Kapitalmarkt zu massgeblich tieferen Zinsen führen würde als der Kapitalmarkt via eine Bankenfinanzierung. Kosteneinsparungen ergeben sich lediglich durch die Ersparnis von Eigenmitteln, welche allerdings durch Strukturkosten (insbesondere im Fall eines bewilligungspflichtigen und regulierten Anlagefonds) wohl weitgehend kompensiert werden.

Aktuell sind zur Zeit die Bemühungen zur Schaffung einer Eurohypothek²¹ nach dem Vorbild des schweizerischen Schuldbriefes sowie die Anstrengungen zur Rechtsvereinheitlichung bei der Debitorenfinanzierung²².

Vor einem ähnlichen Hintergrund wie das Pfandbriefgesetz entstand das Grundmodell der securitisations in den 70er-Jahren in den USA, hauptsächlich in der Form von Hypothekenfonds, welche selbst asset-backed securities ausgaben.²³ Hintergrund war eine Vertrauenskrise der Anleger in die Banken, die dazu führte, dass Wohneigentum nicht mehr genügend finanziert werden konnte. Erst die Schaffung von speziellen Fonds erlaubte die Mittelbeschaffung an den Banken vorbei. In den 80er-Jahren wurde daraus zuerst in den USA ein branchenunabhängiges Finanzmodell entwickelt, das in den 90er-Jahren eine enorme, weltweite Verbreitung fand. Trotz der Schaffung spezieller Gesetzgebung in vielen Ländern ist securitisation typischerweise eine private Lösung von spezifischen (insbesondere Finanzierungs-) Problemen durch die Mobilisierung von Krediten. Securitisation kann dank der Mobilisierung von Krediten eine wertvolle volkswirtschaftliche Aufgabe erfüllen.

3 Verbriefung von Hypothekarforderungen

3.1 Typische Struktur einer Mortgage Securitisation

Eine True-sale-Transaktion soll nachstehend anhand der Verbriefung von Hypotheken erläutert werden. Das Beispiel der Hypotheken wird nicht nur gewählt, weil es mit Abstand das grösste Segment des ABS-Marktes ist, sondern weil die Mobilisierung des Hypothekarkredites, wie oben dargestellt,²⁴ bereits für den historischen Gesetzgeber ein Anliegen war.

Eine Bank (Originator) verkauft definierten Kriterien entsprechende Hypothekarkredite an ein special purpose vehicle und überträgt die Kreditforderungen samt Sicherheit auf dieses. Das SPV beschafft sich den Kaufpreis durch die Ausgabe von mortgage-backed securities im Kapitalmarkt. Die Übertragung der Kredite wird typischerweise nicht notifiziert, und der Originator, nun als «servicer», überwacht die Zahlungseingänge auftrags des SPV und überweist diesem periodisch die Eingänge. Der servicer wird für seine Dienstleistungen vom SPV

18 Art. 875 ZGB.

19 Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (PFG; SR 211.423.4).

20 Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, AFG; SR 951.31), Art. 72.

21 Vgl. DÜRR, Europäischer Hypothekenmarkt und schweizerisches Privatrecht, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 511 ff.

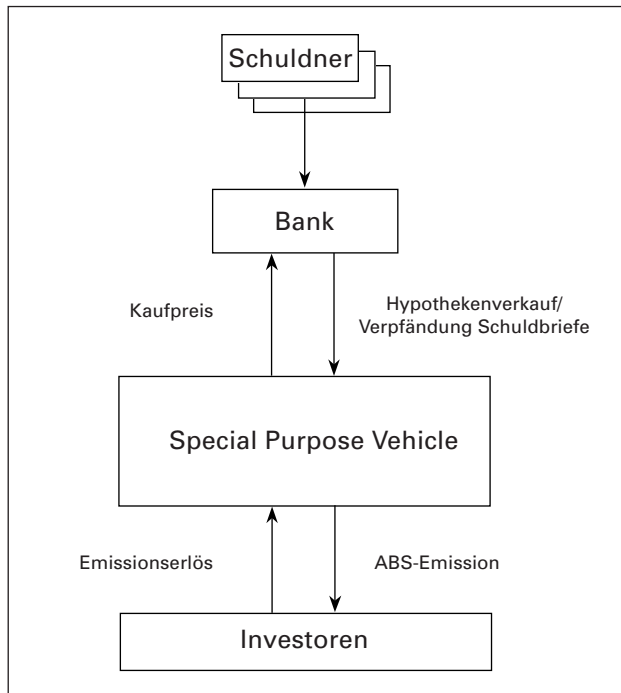
22 UNITED NATIONS, Convention on Assignment in Receivables Financing, Draft vom 16. Juli 1999, abrufbar über www.uncitral.org. Weitere Reformvorhaben auf internationaler Ebene betreffen das Leasing, Factoring, Garantien und stand-by letters of credit sowie Mobiliarsicherheiten; für weiterführende Hinweise vgl. BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten, ZBJV 138 (2002), 200.

23 Vgl. BÄR, 361 ff. m.w.Hw.

24 Vgl. oben, Abschn. 2.

entschädigt. Der Originator kann so seine Kundenbeziehungen und die aus dem zugrunde liegenden Geschäft resultierenden Erträge wahren.²⁵

Graphisch lässt sich die Transaktionsstruktur wie folgt darstellen:



3.2 Credit Enhancement, Liquiditätssicherung und Hedging

Securitisation-Transaktionen werden massgeschneidert, so dass die asset-backed securities das gewünschte Rating²⁶ erzielen. Zu diesem Zweck sind sämtliche Risiken zu berücksichtigen. Es werden Währungs- und Zinsrisiken abgesichert und zusätzliche strukturelle Massnahmen wie Liquiditätslinien (zur Überbrückung temporärer Liquiditätseingänge) und Kreditverbesserungsmassnahmen (sogenanntes credit enhancement) eingeführt.

Zur Strukturierung und Limitierung des Kreditrisikos werden spezielle Massnahmen in die Struktur eingebaut. Es wird zwischen internem und externem credit enhancement unterschieden. Zum externen credit enhancement gehören unterstützende Massnahmen Dritter wie zum Beispiel Garantien, letters of credit, Versicherungen

oder nachrangige Kredite oder Wertschriften (Senior-/Junior-Strukturen). Beim internen credit enhancement bezahlt das SPV typischerweise den Kaufpreis in zwei Tranchen, die eine sofort, die zweite hingegen erst bei Vereinnahmung der entsprechenden Aktiven.²⁷

Währungs- und Zinsrisiken werden entweder durch Derivate limitiert oder ganz eliminiert. Besteht eine ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass die Einnahmen nicht zeitgerecht erfolgen, wird eine Liquiditätsfazilität in die Struktur eingebaut, so dass temporäre Zahlungsprobleme durch diese aufgefangen werden, bevor Investoren zu Schaden kommen.

Diese Massnahmen sind sehr wichtig, da das SPV nicht zuletzt aus Kostengründen nicht über die wirtschaftliche Substanz verfügt, um diese Risiken selber abfedern zu können.²⁸

3.3 Verkauf von Hypothekarforderungen an das SPV

3.3.1 Zession der Hypothekarforderungen

Die Übertragung von Hypothekarforderungen geschieht mittels Zession, die gemäss Art. 165 OR der Schriftform, d.h. einfacher Schriftlichkeit gemäss Art. 13 Abs. 1 OR, bedarf.

Das mit einer securitisation verbundene Erfordernis eines true sale (d.h. eines unwiderruflichen und unter keinen Umständen anfechtbaren Verkaufs) bedingt unter anderem, dass die abzutretenden Forderungen bestimmt bzw. ohne Mitwirkung des Originators bestimmbar sind. Dieses *Bestimmtheitsprinzip* erfordert die genaue Bezeichnung des Verfügungsgegenstandes, damit im Zeitpunkt der Verfügungshandlung eindeutig feststeht, welcher Gegenstand von der Verfügung betroffen ist²⁹. Letztlich heisst dies, dass Angaben zu Schuldner und Kredit gemacht werden müssen.

Die Abtretung der Hypothekarforderungen an das special purpose vehicle wird dem Schuldner typischerweise nicht angezeigt³⁰. Damit wird der gutgläubige Schuldner weiterhin befreiend an den Originator leisten³¹, welcher auftrags des special purpose vehicle nun als servicer das Inkasso und die Bewirtschaftung des Hypothekarforderungsportefeuilles betreibt.

25 Vgl. BÄR, 85 ff.

26 Zur wirtschaftlichen Bedeutung: vgl. KROLL, Arbitrage, 761.

27 Vgl. zum Ganzen: BÄR, 211 ff. m.w.Hw.

28 Vgl. KROLL, Liquidität, 89 f.

29 Mit dem Bestimmtheitsprinzip verwandt ist das *Spezialitätsprinzip*, welches über sein Hauptanwendungsgebiet Sachen-

recht hinaus Bedeutung hat, vgl. WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität – Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, Probleme der Kreditsicherung, Berner Tagung für die juristische Praxis (BTJP), Bern 1982, 35 ff.

30 Art. 164 OR.

31 Art. 167 OR.

Die Notifikation der Abtretung an den Schuldner der abgetretenen Forderung ist keine Gültigkeitsvoraussetzung der Zession nach schweizerischem Recht. Hinsichtlich der Transaktion kann auf eine Notifikation damit solange verzichtet werden, als der Originator und servicer seine vertraglichen Pflichten erfüllt und über eine definierte Bonität (z.B. Rating) verfügt. Erfolgt die Notifikation nicht rechtzeitig, so drohen Zahlungen von Hypothekarschuldnern in die Konkursmasse des servicer zu fallen.

3.3.2 Übertragung der Schuldbriefe

Wegen der heute in fast allen Kantonen üblichen Zweiteilung der Hypothek in einen Kredit und dessen Sicherstellung durch einen oder mehrere Schuldbriefe stellt sich die Frage nach der Übertragung der Schuldbriefe von der Bank auf das SPV anlässlich der Zession der Kreditforderungen. Dabei ist die Art der Sicherstellung des Hypothekarkredites entscheidend: Ein der Bank verpfändeter Schuldbrief folgt als akzessorische Sicherheit dem Kredit anlässlich von dessen Abtretung.³² Anders gestaltet sich die Rechtslage bei der *Sicherungsübereignung* der Schuldbriefe. Bei der Sicherungsübereignung werden Schuldbriefe im Unterschied zur Verpfändung von Schuldbriefen dem Forderungsgläubiger (der Bank) zur Sicherstellung seiner Forderung (der Hypothekarforderung und allfälliger weiterer Forderungen der Bank) fiduziarisch zu Eigentum übertragen³³. Dem Fiduziar wird dadurch eine im Vergleich zum Pfandgläubiger stärkere, quasi überschüssende, sachenrechtliche Rechtsposition eingeräumt, die es ihm erlaubt, gegenüber Dritten als unbeschränkter Rechtsträger aufzutreten, während er aufgrund der Sicherungsabrede dem Fiduzianten gegenüber obligatorisch verpflichtet bleibt, von dieser überschüssenden Rechtsmacht zur Sicherung seiner Forderung nur im vereinbarten Umfang Gebrauch zu machen³⁴.

Die Sicherungsübereignung ist von der durch die Sicherungsübereignung gesicherten Forderung (der *Sicherungsforderung* als Grundverhältnis) unabhängig (Abstraktheit)³⁵. Auch die Frage der *Akzessorietät des Sicherungseigentums* wird von der Lehre mehrheitlich verneinend beantwortet³⁶; Rechtsprechung existiert zu dieser

Frage, soweit ersichtlich, nicht. Demzufolge geht bei der Abtretung der Sicherungsforderung das Sicherungseigentum nicht als Nebenrecht im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR auf den Zessionar über. Eine Akzessorietät des Sicherungseigentums kann nach Auffassung von Zobl auch nicht vertraglich begründet werden; eine solche vertragliche Abrede hätte lediglich schuldrechtliche Bedeutung, indem der Fiduziar obligatorisch verpflichtet wäre, bei Abtretung der Sicherungsforderung das Eigentum am Sicherungsgegenstand auf den Zessionar zu übertragen³⁷. Damit muss u.E. auch eine analoge Anwendung der pfandrechtlichen Akzessorietät ausser Betracht fallen.

Dies bedeutet aus praktischer Sicht, dass aufgrund der Zession der Hypothekarforderungen zwar die Kreditforderung an das SPV übergegangen ist, dass aber für den Transfer der dazugehörenden Sicherheit (Schuldbrief) eine weitere Rechtshandlung nötig ist. Eine solche Rechtshandlung ist jedoch aufgrund der Fiduzia typischerweise nicht gedeckt. Die entsprechende Zustimmung zur Übertragung ist vom Bankschuldner im Voraus bei Vertragsabschluss oder konkret vor der gewünschten Übertragung einzuholen. Es sind verschiedene Formen der Übertragung der Schuldbriefe denkbar. In der Praxis wurde bisher bei sicherungsübereigneten Schuldbriefen die Verpfändung der Schuldbriefe durch die Bank ans SPV verwendet³⁸. Auf diese Weise erhält das special purpose vehicle die gewünschte dingliche Sicherheit für die erworbene Kreditforderung. Sachenrechtlich ist sicherzustellen, dass die Sicherheit aus der Rechtssphäre des Verpfänders ausgeschieden wird und der Pfandgläubiger (oder ein Dritter) daran mindestens sogenannten Mitverschluss erhält: Der Pfandgläubiger braucht dabei nicht ausschliesslichen Besitz zu erlangen; es genügt, dass der Pfandschuldner die ausschliessliche Gewalt aufgibt³⁹.

3.4 Einziehungsbefugnis des Servicer

Die *Einziehung und Vollstreckung der Forderung* geschieht am effizientesten und für die Kundenbeziehung am schonendsten, wenn der Originator weiterhin diese Aufgaben – nun allerdings auftrags und auf Rechnung des SPV (d.h. als servicer) – wahrnimmt. Zu diesem Zweck muss sichergestellt werden, dass die Bank im ei-

32 Art. 170 OR; BAK-GIRSBERGER, N. 8 zu Art. 170 OR.

33 Vgl. dazu vorne, Abschn. 2.

34 Vgl. BK-ZOBL, N 1300 Syst. Teil zu ZGB 884 ff.

35 Statt vieler VOLLENWEIDER, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Fribourg 1995, 66.

36 BK-ZOBL, N 1367 Syst. Teil zu ZGB 884 ff.; VOLLENWEIDER, 67, 69 f.

37 BK-ZOBL, N 1368 ff. Syst. Teil zu ZGB 884 ff.; a.M. BLASS, Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht, Diss. 1953, 144.

38 Vgl. Offering Circular TELL, Offering Circular Swissact.

39 BGE 89 II 319; HGer ZH, ZR 1982, 184; ZGB-BAUER, ZGB 884 N 60; BK-ZOBL, ZGB 884 N 521.

genen Namen die Forderung einziehen kann⁴⁰. Dies kann über die Einziehungsbefugnis des Pfandschuldners und Forderungsgläubigers gemäss Art. 906 ZGB erreicht werden.

Art. 906 ZGB nennt lediglich die Verpfändung von Forderungen ausdrücklich, gilt aber auch für die Leistungen Dritter, welche für die «anderen Rechte» gemäss Art. 900 Abs. 3 ZGB erbracht werden⁴¹.

3.5 Bankrechtliche Aspekte

3.5.1 Bankgeheimnis

Aus den zessionsrechtlichen Vorgaben ergibt sich, dass bei der Vornahme der Zession sowohl die Höhe der Forderung als auch der Schuldner der Forderung genau bezeichnet werden muss⁴². Daraus ergeben sich Probleme im Hinblick auf das Bankgeheimnis und den Datenschutz^{43, 44}.

Die schweizerische Doktrin ist sich nicht einig, ob und unter welchen Voraussetzungen eine dem schweizerischen Bankengesetz unterstehende Bank Kundenforderungen ohne Zustimmung der Kunden abtreten darf und kann⁴⁵. Die Auffassung, wonach die Abtretbarkeit von Bankkundenforderungen sich bereits aus der banküblichen Refinanzierungspraxis ergebe, wird in der Lehre zunehmend kritisiert⁴⁶. Der zivil- und strafrechtliche Schutz des schweizerischen Bankgeheimnisses dürfe durch neue Finanzierungstechniken nicht ausgehöhlt oder gar beseitigt werden. Jede Offenlegung von Bankkundeninformationen, vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahmen, bewirkt nach dieser Auffassung eine Bankgeheimnisverletzung, sofern und soweit die Zustimmung des Bankkunden nicht erhältlich gemacht werden kann⁴⁷. Insbesondere könne die Übertragung von durch das Bankgeheimnis geschützten Daten auf eine andere Bank oder einen Beauftragten der Bank nicht schon deshalb zugelassen werden, weil auch diese dem Bankge-

heimnis unterliegen⁴⁸. Die namentlich in Deutschland praktizierte Verschlüsselung von Kundeninformationen vermag deshalb das Problem der Bankgeheimnisverletzung kaum zu lösen⁴⁹. Eine solche Verschlüsselung drängt sich indessen aus einem grösseren Diskretionsbedürfnis der Bank heraus u.U. zusätzlich zur Einwilligung des Bankkunden auf.

Eine ohne Zustimmung des Bankkunden erfolgte Abtretung verstösst gegen Art. 47 BankG⁵⁰. Zumindest ein Teil der Lehre erblickt in Art. 47 BankG eine Verbotsnorm im Sinne von Art. 20 OR, da die Verfügung über die Forderung unmittelbar denjenigen Erfolg bewirkt, welcher durch Art. 47 BankG verhindert werden soll. Die ohne Zustimmung des Bankkunden erfolgte Zession sei als Verfügungsvertrag deshalb ex tunc nichtig im Sinne von Art. 20 OR⁵¹. Dieser Auffassung ist u.E. indessen entgegenzuhalten, dass sich nach ständiger Rechtsprechung und Lehre die Annahme einer Nichtigkeit gemäss Art. 20 OR nur insofern und insoweit rechtfertigt, als diese Zivilrechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt⁵². Das Bankgeheimnis ist ein Bankkundengeheimnis und soll den Kunden vor unzulässigen Offenbarungen von Kundeninformationen durch die Bank oder von dieser Beauftragte schützen. Sind die Kundeninformationen offenbart, ist das Bankgeheimnis verletzt, was für die Bank zivilrechtliche Schadenersatzfolgen und für die Verantwortlichen der Bank insbesondere strafrechtliche Konsequenzen hat. Eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, durch welches die Kundeninformation in Verletzung des Bankgeheimnisses offenbart wurde, nützt dem Bankkunden als Schutzobjekt von Art. 47 BankG indessen in keiner Art und Weise. Es ist deshalb fraglich, ob eine Verletzung von Art. 47 BankG «nach dem Sinn und Zweck» von Art. 47 BankG die Nichtigkeit des die unzulässige Offenbarung von Kundeninformationen bewirkenden Rechtsgeschäfts zur Folge haben soll bzw. muss.

40 Vgl. DÜRR/KROLL/PETER, 187 ff., 201 ff.

41 BAK-BAUER, ZGB 906 N 2 ff.; BK-ZOBL, ZGB 906 N 20 ff.

42 Vgl. vorne zur Zession der Forderungen, Abschn. 3.3.1.

43 Der Schutz des Bankgeheimnisses kann dabei als *lex specialis* zum allgemein gültigen Datenschutz angesehen werden. Die folgenden Überlegungen können deshalb auch *mutatis mutandis* auf die datenschutzrechtliche Analyse übertragen werden, auf deren nähere Darstellung vorliegend verzichtet werden soll.

44 Vgl. KROLL, Asset Securitisation.

45 Vgl. z.B. WIEGAND, Aspekte, 847 ff. m.w.Hw.

46 Vgl. z.B. STEINER, Die Abtretung von Forderungen geheimhaltungspflichtiger Gläubiger, Dargestellt am Anwalts- und Bankgeheimnis, Diss. Bern 2001, 179 ff.

47 WIEGAND, Aspekte, 848.

48 BERGER, Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, recht 2000, 182 ff.; FRICK, Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen, SZW 1996, 1 ff.; STEINER, 194 ff.; WIEGAND, Aspekte, 849; a.M. immerhin der führende Bankrechtskommentar BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bankengesetz, Zürich 1976 ff., N 93 zu Art. 47 BankG.

49 Gl. M. WIEGAND, Aspekte, 848 f.

50 Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

51 STEINER, 189 ff.; WIEGAND, Aspekte, 849; BERGER, Confidentiality, 88 ff.

52 Vgl. z.B. BGE 119 II 224; OR-HUGUENIN, N 50 ff. zu Art. 19/20 OR; BK-KRAMER, N 308 ff. zu Art. 19–20 OR.

Mit der Nichtigkeit des die Offenbarung bewirkenden Rechtsgeschäfts kann die Geheimnisverletzung nämlich gerade nicht rückgängig gemacht werden⁵³.

Das zivilrechtliche Nichtigkeitsrisiko kann dadurch ausgeschlossen werden, dass vom Bankkunden für bereits bestehende oder neu begründete Forderungen eine Zustimmung zur securitisation oder allgemeiner zur Übertragbarkeit von Kreditforderung und Sicherheit oder gar des Kreditvertrages eingeholt wird. Erfolgt die Zustimmung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank, hat die Erklärung den Anforderungen der von der Rechtsprechung entwickelten Unklarheiten- und Ungeöhnlichkeitsregel zu genügen⁵⁴.

3.5.2 Weiterverpfändungsverbot

Art. 17 BankG verlangt aus Gründen des Kundenschutzes, dass sich (i) eine Bank das Recht zur Weiterverpfändung in einer gesonderten Urkunde erteilen lassen muss und (ii) die Werte des Bankkunden für keinen höheren Betrag weitergepfändet werden dürfen, als die Bank selbst von ihrem Pfandschuldner zu fordern berechtigt ist.

Die Verpfändung eines sicherungsübereigneten Schuldbriefes stellt begrifflich keine Weiterverpfändung im Sinne von Art. 887 ZGB dar, da es an der ersten Verpfändung fehlt. Art. 17 BankG ist u.E. deshalb nicht anwendbar, wenn auch nicht verhehlt werden soll, dass sich aus Kundenschutzüberlegungen die Situation eines sicherungsübereigneten Schuldbriefes von derjenigen eines verpfändeten Schuldbriefes diesbezüglich kaum unterscheidet.

Vorsichtigerweise, und je nach konkreter Transaktionsstruktur zwingenderweise, werden in der Praxis häufig separate Erklärungen der Bankkunden eingeholt, um das Risiko einer allfälligen analogen Anwendung von Art. 17 BankG von vornherein auszuschliessen.

3.6 Pfandbriefgesetz

Soweit das special purpose vehicle Wertpapiere emittiert, die auf grundpfandrechtl. gesicherten Forderungen beruhen, weist die Transaktionsstruktur Parallelen

zur Emission von Pfandbriefen der schweizerischen Pfandbriefzentralen auf. Die Unterstellung des special purpose vehicle unter das Pfandbriefgesetz ist indessen abzulehnen⁵⁵, da die vom SPV ausgegebenen Notes weder als Pfandbriefe bezeichnet noch von Pfandbriefinstituten ausgegeben werden.

3.7 Keine Anwendung des Konsumkreditgesetzes

Vom Geltungsbereich des Konsumkreditgesetzes ausgenommen sind gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a KKG⁵⁶ Kreditverträge oder Kreditversprechen, die hauptsächlich zum Erwerb oder zur Beibehaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem vorhandenen oder noch zu errichtenden Gebäude oder zur Renovation oder Verbesserung eines Gebäudes bestimmt sind⁵⁷.

Gemäss dem am 1. Januar 2003 in Kraft tretenden neuen Konsumkreditgesetz (nKKG) sind neu vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen «Kreditverträge oder Kreditversprechen, die direkt oder indirekt grundpfandgesichert sind»⁵⁸.

3.8 Bankenaufsichtsrechtliche Implikationen

Die «Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung» gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG wird durch die EBK überwacht. Zur Beseitigung von Missständen kann die EBK die notwendigen Verfügungen erlassen und einer Bank, welche die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, sogar die Bankbewilligung entziehen⁵⁹. Deshalb kommt dem einwandfreien Umgang mit dem Bankgeheimnis und dem Weiterverpfändungsverbot ein grosses Gewicht zu.

Weiter ist es letztlich die EBK, welche darüber entscheidet, ob der mit einer securitisation verbundene Risikotransfer genügend ist, um eine Reduktion der Eigenmittelanforderungen zu rechtfertigen. Im Umfang, in dem Risiken übertragen werden, sind keine Eigenmittel mehr zu unterlegen. Für einen echten Risikotransfer verlangt die EBK.⁶⁰

53 Anders verhielte es sich u.U. bei Rechtsgeschäften, welche die Bank zur (widerrechtlichen) Offenbarung von Kundeninformationen verpflichten. Die Unwirksamkeit solcher Verpflichtungsgeschäfte wäre geeignet, den Schutzzweck von Art. 47 BankG als Verbotsnorm zu erfüllen.

54 Statt vieler STEINER, 203 ff.

55 Gl. M. WIEGAND, Aspekte, 852 Fn. 49; gl. M. für das deutsche Hypothekenbankgesetz BAUMS, WM 1993, 1 ff.

56 Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1).

57 Im Fall von veruntreuten Baudarlehen (vgl. z.B. BGE 124 IV 9), welche entgegen ihrer Zweckbestimmung nicht für den Bau

verwendet wurden, könnte sich indessen die Frage der Anwendung des heutigen Konsumkreditgesetzes stellen.

58 Art. 6 Abs. 1 lit. a nKKG. Die bisherige Anwendungshöchstgrenze des Konsumkreditgesetzes von CHF 40 000 wird aufgehoben. Damit erhält die Beurteilung veruntreuter Baudarlehen einerseits höhere Brisanz. Andererseits legt der revidierte Wortlaut indessen nahe, dass es auf die effektive Verwendungsart des Kredits nicht mehr ankommen soll.

59 Art. 23^{ter} und 23^{quinquies} BankG.

60 Zusammenfassung des ersten Bewilligungsentscheids einer securitisation von Bankaktiven durch die EBK vom 26. März 1998 in: KROLL, Aktuelle Rechtsprobleme, 180 f.

- Die Laufzeit der übertragenen Kreditforderungen muss kürzer sein als die Laufzeit der Transaktion (d.h. kein «Rückfall» von Forderungen an die verkaufende Bank).
- Es darf kein (bzw. nur ein klar limitiertes) Rückgriffsrecht der Investoren/SPV auf die Bank für Kreditverluste geben. Im Umfang eines bestehenden Rückgriffsrechtes (z.B. für den sogenannten first loss) sind die entsprechenden Maximalbeträge von den Eigenmitteln der Bank abzuziehen.
- Die Bank darf weitere Funktionen in der Transaktion wahrnehmen, wie z.B. Swaps bereitstellen, Notes platzieren etc. Solche Funktionen verhindern eine Eigenmittelbefreiung grundsätzlich nicht, sind aber entsprechend der normalen Grundsätze mit Eigenmitteln zu unterlegen.

Die EBK hat verlangt, über geplante Transaktionen orientiert zu werden.

Mit der Revision der Eigenmittelvorschriften im Rahmen der BIZ (Basel II) werden nun erstmals auf internationaler Ebene Vorschriften zur securitisation erlassen, welche ca. 2006/07 in Kraft treten werden. Die Haltung gegenüber securitisation und anderen Methoden zum Transfer (und damit zur Reduktion) von Kreditrisiken ist dabei sehr positiv. Da gleichzeitig die Methode der Gewichtung von Gegenparteierrisiken geändert wird, ist davon auszugehen, dass es zu massiven Umschichtungen in den Kreditportefeuilles der Banken kommt. Diese Umschichtungen dürften allerdings primär über Kreditderivate⁶¹ erfolgen und weniger über True-sale-Transaktionen.

3.9 Regulierung von Schweizer SPV

Ein schweizerisches SPV finanziert zwar durch den Erwerb von Forderungen gegenüber Dritten eine Vielzahl nicht verbundener Personen. Demgegenüber ist das zweite Kriterium gemäss Art.1 Abs.2 BaG, die Entgegennahme öffentlicher Gelder, nicht erfüllt. Es besteht eine explizite Ausnahme für die Ausgabe von Anleihen.

Ein schweizerisches SPV fällt auch nicht unter das Börsengesetz, da es weder den Handel mit Wertschriften für sich oder Dritte noch eine Börse betreibt⁶².

3.10 Insolvenzzrechtliche Aspekte

3.10.1 Bankruptcy Remoteness

Unter dem Begriff «bankruptcy remoteness»⁶³ wird die von den Rating-Agenturen regelmässig verlangte Fähigkeit der Struktur verstanden, das special purpose vehicle gegen Gläubigeransprüche und einen möglichen Konkurs möglichst effektiv abzuschotten.⁶⁴ Bei ausländischen special purpose vehicles kann dies über angelsächsische Truststrukturen erreicht werden. Diese Strukturierungsvariante scheidet bei einem special purpose vehicle mit Sitz in der Schweiz jedoch aus.

Durch geeignete Massnahmen kann allerdings auch ein special purpose vehicle mit Sitz in der Schweiz so strukturiert werden, dass die bankruptcy-remoteness-Kriterien der Rating-Agenturen erfüllt werden können. Zu diesen Massnahmen gehören eine enge Zweckumschreibung des special purpose vehicle, ein unabhängiges Aktionariat, welches sich vertraglich zur Einhaltung bestimmter Parameter verpflichtet, sowie vertragliche Vereinbarungen, wonach die bestehenden Gläubiger des special purpose vehicle ihre Forderungen gegenüber dem SPV limitieren (limited recourse) und auf die Betreuung und Einklagung des special purpose vehicle verzichten (non-petition).

3.10.2 Limited Recourse

Die Vertragsdokumentation stellt über sogenannte limited-recourse-Bestimmungen regelmässig sicher, dass das special purpose vehicle und/oder der Originator von vertraglichen Gläubigern nicht oder nur in jenem beschränktem Umfang belangt werden können, in dem es zu leisten im Stande ist. Rechtlich betrachtet handelt es sich dabei um Subordinationsvereinbarungen gegenüber «wichtigeren» Schulden des special purpose vehicle, wobei sich die Zahlungsprioritäten aus dem sogenannten waterfall ergeben.

Solche Subordinationsvereinbarungen, wie sie etwa auch bei verschiedenen Tranchen einer Kreditfinanzierung oder bei der Begebung von Warrants üblich sind, bestimmen den Umfang der schuldrechtlichen Leistungspflicht. Es handelt sich damit nicht um Haftungsausschlussklauseln, welche bei einer Verletzung der Leistungspflicht zur Anwendung kämen⁶⁵. Was nicht

61 Siehe unten, Abschn. 4.

62 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1).

63 Allgemein zur Insolvenzzproblematik des SPV: KROLL, Asset Securitisation, 332.

64 Kernpunkt der von den Rating-Agenturen regelmässig verlangten Bedingungen ist die vollständige Trennung des Originators vom special purpose vehicle. Daraus ergibt sich einerseits das Erfordernis der vollständigen *Unabhängigkeit des special purpose vehicle* sowie andererseits das Erfordernis der vollkommenen und definitiven Übertragung der Forderungen (sogenanntes *true-sale requirement*).

65 Damit sind auch die Beschränkungen von Art. 100 und 101 OR u.E. auf limited-recourse-Bestimmungen nicht anwendbar.

Leistungsgegenstand darstellt, stellt keine Nichterfüllung dar und braucht auch nicht von der vertraglichen Haftung ausgeschlossen zu werden.

3.10.3 Pactum de non petendo

Nebst limited-recourse-Bestimmungen kommen regelmässig Stundungsabreden zur Anwendung, um zu verhindern, dass ein Gläubiger das SPV in ein Konkursverfahren verwickeln kann. Eine *Stundungsabrede* (pactum de non petendo in tempus) zwischen Gläubiger und Schuldner kann jederzeit getroffen werden und steht einem Betreibungsverfahren zu praktisch jedem beliebigen Zeitpunkt entgegen⁶⁶. Wird die Stundungseinrede gemäss Art. 85, 85a oder 172 Ziff. 3 SchKG erhoben, wird die Betreuung sistiert.

Der pactum de non petendo ist zusammen mit limited-recourse-Bestimmungen und weiteren strukturellen Massnahmen geeignet, auch schweizerische SPV genügend bankruptcy remote zu machen.

3.11 Lex Koller

Der Erwerb von in der Schweiz gelegenen Grundstücken durch Personen im Ausland ist gesetzlich eingeschränkt. Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb solcher Grundstücke einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Ohne Bewilligung eines bewilligungspflichtigen Geschäfts bleibt dieses in zivilrechtlicher Hinsicht unwirksam⁶⁷.

Als Personen im Ausland gelten u.a. natürliche oder juristische Personen mit Wohnsitz/Sitz im Ausland, aber auch juristische Personen mit Sitz in der Schweiz, in denen Personen im Ausland eine beherrschende Stellung innehaben.⁶⁸ Die Beherrschung einer juristischen Person durch Personen im Ausland wird nach Gesetz vermutet, wenn diese der juristischen Person rückzahlbare Mittel zur Verfügung stellen, die mehr als die Hälfte der Differenz zwischen den Aktiven der juristischen Person und ihren Schulden gegenüber nicht bewilligungspflichtigen Personen ausmachen⁶⁹.

Die Wahrscheinlichkeit ist also hoch, dass ein SPV als «Person im Ausland» gilt.

Es könnte daher vorkommen, dass auf ein ausländisches SPV zu übertragende Hypothekarforderungen, welche grundpfandrechtlich durch in der Schweiz gelegene Grundstücke gesichert sind, unter die Bewilligungspflicht gemäss Lex Koller fallen. Dies würde die Transaktion des betroffenen Hypothekarverhältnisses verunmöglichen, was durch vorgängige Prüfung ausgeschlossen werden muss.

Als bewilligungspflichtiger Erwerb eines Grundstückes im Sinne der Lex Koller gilt nämlich auch der Erwerb anderer Rechte, die dem Erwerber eine ähnliche Stellung wie jene des Eigentümers eines Grundstückes verschaffen⁷⁰. Als anderes Recht in vorgenanntem Sinne gilt u.a. die Finanzierung des Kaufes oder der Überbauung eines Grundstückes, wenn die Abreden, die Höhe der Kredite oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners den Käufer oder Bauherrn in eine besondere Abhängigkeit vom Gläubiger bringen⁷¹. Die Bewilligungspflicht ist in der Regel zu bejahen, wenn die Belastung des Grundstückes das verkehrübliche Mass deutlich übersteigt und der Eigentümer ein entsprechendes Darlehen von einem unbeteiligten Dritten – in der Regel einer Schweizer Bank – nicht erhalten hätte⁷². Nach Wegleitung des Bundesamts für Justiz an die Grundbuchämter liegt diese Belastungsgrenze zur Zeit bei rund 80 Prozent des Verkehrswertes⁷³.

3.12 Kotierung der Wertschriften

Asset-backed securities bilden heute das zweitgrösste Segment der internationalen Kapitalmärkte. Viele Emissionen, insbesondere in Europa, werden öffentlich begeben, was zu einer Kotierung oder einem Listing der ABS an einer Börse führt. Die für die Kotierung von Eurobonds führenden Börsen haben alle spezielle Kotierungsvorschriften für ABS eingeführt, um die Transparenz für die Anleger sicherzustellen. Auch die Schweizer Börse (SWX Swiss Exchange) hat im Jahre 1997 Vorschriften erlassen⁷⁴; sie sind zur Zeit in Revision.

3.13 Rating-Prozess

Angesichts der oft komplexen Strukturen und des nicht immer leicht verständlichen Risikos der verbrieften Aktiven ist ein Rating der ABS durch eine der führenden Agenturen für eine erfolgreiche Platzierung zwingend.

66 Vgl. z.B. Art. 81 Abs. 2, 82, 85, 85a, 172 Ziff. 3 SchKG.

67 Es ist anzumerken, dass die Lex Koller gegenüber der früheren Lex Friedrich u.a. grundsätzlich den Erwerb von gewerblich und geschäftlich genutzten Grundstücken von der Bewilligungspflicht ausnimmt (Art. 2 Abs. 2 lit. a. BewG).

68 Art. 5 Abs. 1 lit. c. BewG

69 Art. 6 Abs. 2 lit. d. BewG.

70 Art. 4 Abs. 1 lit. g. BewG.

71 Art. 1 Abs. 2 lit. b. BewV.

72 BGE 107 Ib 12 Erw. 4.

73 BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Wegleitung für die Grundbuchämter, Bern 2002, N. 77. (Die Wegleitung bindet allerdings die kantonalen Behörden und Instanzen nicht.)

74 Siehe: Informationsbroschüre SWX SWISS EXCHANGE, Asset-backed Securities, Zürich 1998; Zusammenfassung bei: KROLL, Aktuelle Rechtsprobleme, 176f.

Jede der drei führenden Rating-Agenturen hat einen klar definierten Prozess, der zur Vergabe eines Ratings für ABS führt. Dabei werden die zu verbriefenden Aktiven, die Transaktionsstruktur samt Drittparteien sowie die vorhandenen rechtlichen Risiken analysiert. Das Resultat ist eine Art Benotung der Wertpapiere, welche die Wahrscheinlichkeit ausdrückt, dass der Schuldner (d.h. das SPV) in der Lage ist, die Zinsen pünktlich zu bezahlen und das Kapital letztendlich zurückzubezahlen.

4 Synthetische Securitisation

4.1 Ziele einer synthetischen Securitisation

Das Ziel des Risikotransfers steht bei synthetischen Verbriefungen im Vordergrund. Insbesondere sollen Kreditrisiken vom Originator auf den Kapitalmarkt transferiert werden. Aufgrund ihrer Bilanzstruktur nehmen daher fast ausschliesslich Banken diese Art der securitisation in Anspruch⁷⁵. Bei einer entsprechenden Strukturierung kann eine Bank Eigenmittel freisetzen. Ebenso ist es möglich, eine synthetische Verbriefung als Finanzierungstransaktion zu strukturieren. Von einer synthetischen securitisation wird nur gesprochen, wenn Wertpapiere emittiert werden und der Emissionserlös zur Deckung allfälliger Zahlungen an den Originator verwendet wird.

4.2 Typische Struktur einer synthetischen Securitisation

Anders als in einer true-sale securitisation kommt es bei einer synthetischen Verbriefung nicht zum Verkauf von Aktiven durch den Originator an ein SPV. Damit werden viele der oben (insbesondere Abschn. 3.3 und 3.5) beschriebenen Probleme hinfällig.

Typischerweise schliesst der Originator mit dem SPV einen Vertrag ab, dessen Gegenstand der Transfer des Kreditrisikos eines definierten Referenzportefeuilles darstellt. Für den Risikotransfer werden in aller Regel Kreditderivate eingesetzt. Kreditderivate sind vertragliche Absprachen, wonach der protection buyer (Originator)

mit dem protection seller (SPV) vereinbart, dass dieser das Kreditrisiko eines oder mehrerer Kredite in einem bestimmten Umfang trägt. Obwohl es diverse Typen von Kreditderivaten gibt,⁷⁶ soll hier lediglich auf die für die synthetische securitisation typischen credit default swaps (CDS) eingegangen werden: Entgegen der Bezeichnung als Swap sind CDS reine Optionen⁷⁷. Der protection seller gewährt dem protection buyer gegen Bezahlung der Optionsprämie unwiderruflich das Recht, Kreditverluste zu «putten», d.h. dem protection seller zu übertragen und von ihm eine Entschädigung zu erhalten, wenn die Optionsbedingungen eingetreten sind. Es ist weder nötig, dass der Originator die dem Referenzportefeuille angehörenden Kredite tatsächlich besitzt, noch muss zwingend ein Zahlungsverzug auf den Krediten eingetreten sein.

Kreditderivate funktionieren genau gleich wie andere Derivate und werden meist unter standardisierten Derivat-Modellverträgen dokumentiert.⁷⁸

Um mögliche anfallende Zahlungen an den protection buyer unter dem CDS finanzieren zu können, emittiert der protection seller eine Anleihe, welche öffentlich oder privat platziert wird. Der protection seller investiert den Emissionserlös, um ein Einkommen zu generieren, welches es ihm zusammen mit der Optionsprämie erlaubt, die Anleihe zu verzinsen. Die Art der Investition ist abhängig von Rating- und allenfalls regulatorischen Überlegungen. In der Regel werden nur erstklassige Wertpapiere in Frage kommen. Die Investitionen werden einerseits an den protection buyer und andererseits an die Anleger verpfändet. Die Anleihebedingungen sind so ausgestaltet, dass im Falle von Zahlungen des protection seller an den protection buyer der Nennwert der Anleihe reduziert wird. Damit ist die Verknüpfung mit dem Kreditrisiko geschaffen: Via den CDS und die Anleihe wird das Kreditrisiko an die Investoren übertragen. Fallen Kredite im Referenzportefeuille des protection buyer aus, werden Zahlungen des protection seller an den protection buyer fällig. Gleichzeitig werden die vom SPV ausgegebenen ABS «heruntergeschrieben», d.h. im Nennwert reduziert. Dadurch tragen die Investoren das Kreditrisiko des Kreditportefeuilles des protection buyer. Je mehr Kredite im Portefeuille des protection buyer

75 So transferierte die UBS AG im Jahre 2000 eine Tranche des Kreditrisikos eines CHF 2500 Millionen umfassenden Portefeuilles von KMU-Krediten an den Kapitalmarkt.

76 Zu weiteren Kreditderivaten vgl. BANZ, Rechtsprobleme der Allfinanz, Zürich 1999, 261 ff.

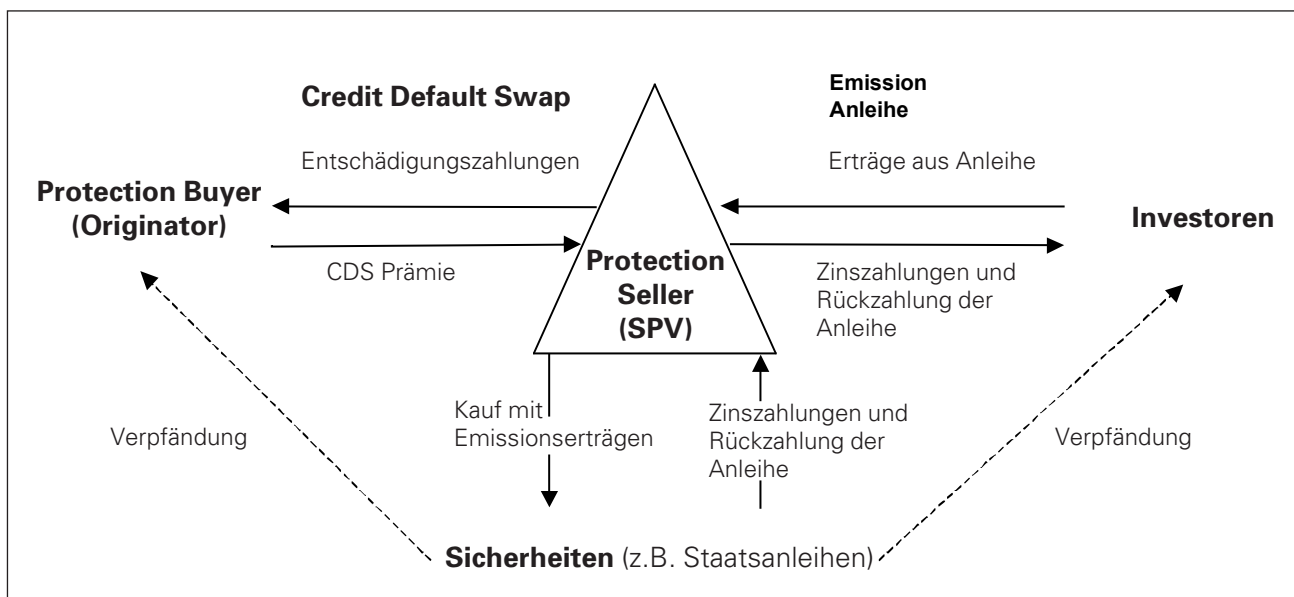
77 Klassische Swaps sind z.B. Fremdwährungs- oder Zinsswaps: Dabei werden über einen Zeitraum hinweg unterschiedliche Geldströme ausgetauscht, die den unterschiedlichen Erwartungshaltungen oder Bedürfnissen der beteiligten Parteien entsprechen.

78 Die meisten credit default swaps basieren auf der Standarddokumentation der ISDA (International Securities and Derivatives Association), welche die für Swaps und andere Derivatstransaktionen weltweit verwendeten standardisierten Vertragsformulare entwickelt und zur Verfügung stellt. Diese Dokumentation kann jeweils gemäss den Bedürfnissen der Parteien und der Rechtslage in den relevanten Jurisdiktionen angepasst werden.

notleidend sind, desto weniger erhalten die Investoren am Schluss einer Transaktion zurückerstattet. Um die Anreizstruktur einer solchen Transaktion zu optimieren (Vermeidung von moral hazard), ist der protection buyer meist verpflichtet, einen ersten Teil des Verlustes auf dem Kreditportefeuille selbst zu tragen (first loss). Dank der rein vertraglichen Ausgestaltung des Kreditderivates kann der Risikotransfer beliebig definiert bzw. an Bedingungen geknüpft werden.

Eine synthetische Transaktionsstruktur lässt sich grafisch folgendermassen darstellen:

Ein Risikotransfer kann selbstverständlich auch ohne Emission von Wertschriften erfolgen, sofern der protection seller in den Augen des protection buyer in der Lage sein wird, seinen Verpflichtungen unter dem CDS nachzukommen. In synthetischen securitisations kommt es sehr oft zu einer Kombination von «funded» (d.h. durch die Ausgabe von Wertschriften gesicherten) CDS und «unfunded» CDS. Das Kreditrisiko wird in Tranchen von CDS aufgeteilt, wobei die unfunded CDS dabei in der Regel für das allerbeste Kreditrisiko reserviert sind (sogenannte super senior swaps). Oft ist eine solche



Kombination kostengünstiger als eine fully funded Transaktion. Das Kreditrisiko wird auch bezüglich des unfunded CDS von der Bank wegtransferiert, wenn auch nicht mehr an den Kapitalmarkt, sondern lediglich an eine ausgewählte Gegenpartei. Darum ist hier auch nicht mehr von einer Verbriefung zu sprechen; es handelt sich lediglich um ein vertragliches Zweiparteienverhältnis, welches heute weitgehend im Interbankenverhältnis abgewickelt wird.

4.3 Vorteile gegenüber den True-Sale-Transaktionen

Eine synthetische securitisation weist für einen Originator verschiedene Vorteile auf. Die Problematik der Übertragung der Kreditforderung samt ihrer Sicherheit und allenfalls ihrer Administration wird vermieden. Informationen an den protection seller werden nur über das Kreditportefeuille als Ganzes in einer anonymen und aggregierten Form weitergegeben. Das Bankkundenge-

heimnis und der Datenschutz sind somit nicht betroffen und eine Zustimmung der Schuldner ist nicht notwendig.⁷⁹ Die Aktiva des Originators müssen damit nicht allen Kriterien eines true sale genügen.

Eine Individualisierung der Kredite im Portefeuille des Originators muss gleichwohl erfolgen. Dies kann bei bestimmten Kreditvertragsstrukturen zu Schwierigkeiten führen, so wenn etwa mehrere Kredite unter einem Rahmenvertrag vergeben werden, aber nur ein Teil dieser Kredite ins Referenzportefeuille überführt werden soll.

4.4 Bankenaufsichtsrechtliche Aspekte

Unter bestimmten Voraussetzungen können Kreditderivate wie Garantien für Eigenmittelzwecke behandelt werden. Bezweckt die Bank mit einer synthetischen Verbriefung die Freisetzung von Eigenmitteln, ist die Risikogewichtung des protection seller als Gegenpartei des CDS, und damit Art. 12a BankV⁸⁰, massgebend. Will die

79 Vgl. KROLL/SPANGLER, 34. Gl. M. BERGER, Confidentiality, 100ff.

80 Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung; SR 952.02).

Bank das Idealziel einer Null-Prozent-Risikogewichtung gemäss Art. 12a Abs. 1 BankV erreichen, ist die Forderung gegen den protection seller unter dem CDS mit «gleichwertig sichergestellten Bareinlagen» (Ziff. 4 von Art. 12a Abs. 1 BankV) oder durch sonstige adäquate Besicherung (Art. 12a Abs. 2) sicherzustellen. Dies geschieht mit oben aufgezeigter Struktur durch die Verpfändung der Emissionserträge.

Die EBK wird Ende Jahr ein Rundschreiben erlassen, worin verschiedene Aspekte von Kreditderivaten im Zusammenhang mit der Eigenmittelunterlegung angesprochen werden.

4.5 Versicherungsrechtliche Aspekte

Wirtschaftlich betrachtet ist das Schreiben einer Put-Option, wie dies der protection seller für den protection buyer macht, einer Versicherung sehr ähnlich. Somit stellt sich die Frage nach einem bewilligungspflichtigen Versicherungsgeschäft im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes⁸¹. Die vom Bundesgericht für den Versicherungsbegriff aufgestellten, kumulativ notwendigen Merkmale⁸² können nämlich, rein formell betrachtet, durchaus auf eine synthetische Verbriefung zutreffen⁸³. Diese Meinung wird denn auch in der Literatur vertreten⁸⁴.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Kreditderivate, insbesondere CDS, sind auf den internationalen Kapitalmärkten verbreitete Finanzprodukte und lassen sich bezüglich ihrer Struktur und Verwendung grundsätzlich

nicht von anderen Derivaten unterscheiden. Würden Kreditderivate einer Versicherung gleichgesetzt, wäre jeder Schreiber (Verkäufer) einer Option in der Schweiz als Versicherer im Sinne des VAG zu werten. Dies scheint schon allein angesichts des gewaltigen Volumens der Derivatmärkte im Allgemeinen und des starken Wachstums der Kreditderivate im Speziellen weder sinnvoll noch durchführbar⁸⁵. Für die versicherungsaufsichtsrechtliche Betrachtungsweise kann es dabei keine Rolle spielen, ob ein Derivat an einer Börse oder over the counter gehandelt wird⁸⁶ oder ob der Basiswert eine Aktie, eine Fremdwährung oder eben Kredite sind. In Zeiten des Financial Engineering wäre es ohnehin verfehlt, der Gestaltung von Finanzprodukten durch einen Versicherungszwang Einhalt zu gebieten. Will zum Beispiel eine ausländische Bank in Schweizer Hypotheken investieren, ohne diese selbst zu erwerben und dann auch verwalten zu müssen, so kann sie dies synthetisch tun, indem sie ein Kreditderivat auf ein Schweizer Hypothekarpoteufeuille abschliesst (d.h. einen CDS schreibt) und dieses mit einer risikofreien Anlage kombiniert. Die Einsatzmöglichkeiten sind unbeschränkt.

Zu beachten ist, dass insbesondere bei einer Transaktion wie der oben dargestellten letztlich die einzelnen Anleger das Kreditrisiko tragen und damit die eigentlichen «Versicherer» sind. Das SPV (als protection seller) trägt selbst kein Risiko. Eine Unterwerfung von Investoren unter die Versicherungsaufsicht ist nicht angebracht, was für Kleininvestoren auch direkt aus dem VAG abgeleitet werden kann⁸⁷. Viele institutionelle Investoren sind zu-

81 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungen vom 23. Juni 1978; SR 961.01 (VAG); gemäss Art. 1 VAG übt der Bund, insbesondere zum Schutze der Versicherten, die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen aus. Versicherungseinrichtungen, die der Aufsicht unterstehen, bedürfen für jeden einzelnen Versicherungszweig einer Bewilligung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (Art. 7 Abs. 1 VAG). Ein guter Überblick über die Versicherungsaufsicht in der Schweiz findet sich bei NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, § 7.

82 Die fünf kumulativ begriffsnotwendigen Merkmale einer Versicherung sind: (i) das Risiko oder die Gefahr, (ii) die Leistung des Versicherten (Prämie), (iii) die Leistung des Versicherers, (iv) die Selbständigkeit der Organisation und (v) die Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik, also der planmässige Geschäftsbetrieb (BGE 107 Ib 56; 114 Ib 247; 108 Ib 289; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, Privatversicherungsrecht, Zürich 2002, 117; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1995, 94). Zuweilen wird in der Literatur zwar die Ansicht vertreten, dass die Planmässigkeit des Geschäftsbetriebes für die privatrechtliche Definition des Versicherungsbetriebes nicht notwendig sei. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt aber keine Zweifel offen, dass die Erfüllung aller fünf Merkmale notwendig ist. Dem ist beizupflichten, ansonsten würde eine übertriebene Ausdehnung der Aufsicht erfolgen.

83 In den meisten Fällen dürfte aber das Merkmal des planmässigen Geschäftsbetriebes bei einer synthetischen Verbriefung

nicht erfüllt sein: Ein systematischer Risikoausgleich beim Versicherer ist nicht vorhanden. Ein Ausgleich im Kollektiv mit nur einer einzigen versicherten Partei ist nicht möglich. Ein versicherungsrechtlich notwendiger Grossbetrieb liegt nicht vor (vgl. KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, 145).

84 BANZ, 271, 273; wobei dies die allerdings einzige uns bekannte Meinung darstellt.

85 Die ISDA stellte Ende 2001 fest, dass das weltweit ausstehende Volumen von Kreditderivatstransaktionen für das erste Semester 2001 mehr als USD 631 Milliarden betrug (<http://www.isda.org/press/press2001.html>). Der Derivatemarkt hat insgesamt ungeahnte Grössen angenommen. Die offenen Positionen im weltweiten OTC-Bereich («over the counter»), wozu auch Kreditderivate zählen, summierten sich im Juni 2001 auf USD 100 Billionen (vgl. dazu den Triennial Central Bank Survey, Foreign exchange and derivatives market activity in 2001, BANK FÜR INTERNATIONALEN ZAHLUNGS-AUSGLEICH, März 2002, einsehbar auf www.bis.org).

86 BANZ, 271, 259/260.

87 Art. 4 Abs. 1 lit. b VAG: Von der Aufsicht ausgenommen sind die Versicherungseinrichtungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung, nämlich solche, die keinen grossen Kreis von Versicherten haben und deren versicherte Leistungen nicht erheblich sind; darunter sind insbesondere die Retail-Investoren zu subsumieren, welche von einem SPV ausgegebene Anleihen kaufen; so auch BANZ, 251.

dem ohnehin schon reguliert. Der Wille, einen Versicherungsvertrag abzuschliessen, fehlt zudem in allen Fällen: Die Investoren erwerben verbriefte Aktiva mit der Absicht, ihr Portefeuille zu diversifizieren, und nicht, um ein Risiko einer Drittperson zu versichern.

Letztlich hat das VAG seinem Zweck entsprechend die protection buyers (Versicherungsnehmer) zu schützen. Auch diese sind in synthetischen Verbriefungen fast ausschliesslich Institutionen, welche bereits einer staatlichen Aufsicht unterstehen und zudem a priori nicht des Schutzes bedürfen. Eine Ausdehnung der Versicherungsaufsicht auf Bankgeschäfte ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht angebracht. Sind die protection buyers nicht regulierte Einheiten, dann schliessen auch sie derart komplexe Transaktionen nur mit der Unterstützung von renommierten Beratern (Investment Banken, Anwaltskanzleien, Wirtschaftsprüfern) ab. Ein Eingriff des VAG wäre auch hier fehl am Platz und nicht im Sinne seiner Konzeption⁸⁷.

5 Schlussbemerkungen

Der Markt für asset-backed securities ist im Gegensatz zum Markt für Unternehmensanleihen in der Lage, Investoren erstklassige Anleihen in vergleichsweise grosser Zahl und mit klar definiertem Kreditrisiko anzubieten und damit eine wachsende Nachfrage zu decken.

Es wird gemeinhin erwartet, dass der Markt für asset-backed securities in Europa und auch in der Schweiz generell noch stark wachsen und nicht zuletzt durch die Vereinheitlichung von Strukturen im Zuge der Europäischen Währungsunion weitere Impulse erhalten wird. Insbesondere die Verbriefung von Bankaktiven dürfte weiter zunehmen, einerseits wegen zunehmender Professionalität der Banken im Kreditportefeuille-Risikomanagement und andererseits als Folge der Einführung von Basel II, welche zu Umschichtungen in den Kreditportefeuilles führen dürfte.

Literatur

- BANK FÜR INTERNATIONALEN ZAHLUNGS AUSGLEICH, Triennial Central Bank Survey, Foreign exchange and derivatives market activity in 2001, März 2002, einsehbar auf www.bis.org
- BANZ, Rechtsprobleme der Allfinanz, Zürich 1999
- BÄR, Asset Securitisation, Die Verbriefung von Finanzaktiven als innovative Finanzierungstechnik und neue Herausforderung für Banken, Bern/Stuttgart/Wien 1997
- Der indirekte Hypothekarkredit – Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen, in: Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berner Bankrechtstag (BBT), Bd.3, Bern 1996, 105ff. (zit.: Hypothekarkredit)
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Consultative Document «Asset Securitisation», Supporting Document to the New Basel Capital Accord, January 2001
- BAUER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht/Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 2. A. Basel 1996, Zivilgesetzbuch 2 (Art. 457–977 ZGB) (BAK-BAUER)
- BAUMS, WM-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht 1993, 1 ff.
- BERGER, Duty of Confidentiality and its Impact on Asset Securitization in the Banking Business, Bern 2002 (zit.: Confidentiality)
- Outsourcing vs. Geheimnisschutz im Bankgeschäft, recht 2000, 182 ff.
 - Registrierung von Mobiliarsicherheiten, ZBJV 138 (2002), 200
- BLASS, Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht, Diss. 1953
- BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bankengesetz, Zürich 1976 ff.
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Wegleitung für die Grundbuchämter, Bern 2002
- DÜRR, Europäischer Hypothekenmarkt und schweizerisches Privatrecht, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 511 ff.
- FRICK, Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen, SZW 1996, 1 ff.

88 Durch die Versicherungsaufsicht soll der Versicherungsnehmer insbesondere vor technischer und finanzieller Insuffizienz und Insolvenz der Versicherungseinrichtung, vor Täuschung durch unklare Einrichtungen, unwahre Kundgebungen sowie falsche Angaben und vor zu hoher Prämienbelastung geschützt werden (BGE 108 Ib 283 m.Hw. auf BBl 1976 II 873, Botschaft zum VAG).

- GIRSBERGER, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht/Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 2. A., Basel 1996, Obligationenrecht 1 (Art. 1–529 OR) (Zit.: BAK-GIRSBERGER)
- HUGUENIN, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht/Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 2. A., Basel 1996, Obligationenrecht 1 (Art. 1–529 OR) (Zit.: BAK-HUGUENIN)
- KRAMER, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht/Hrsg. Meier-Hayoz, Bern 1991, Bd. VI (Art. 19–22 OR) (Zit.: BK-KRAMER)
- KROLL, Asset Securitisation in Switzerland, in: Norton/Dupler/Spellman, International Asset Securitisation, London 1995, 335 (zit.: Asset Securitisation)
- Securitisation in der Schweiz, in: Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 7, Bern 1998, 174 f. (zit.: Aktuelle Rechtsprobleme)
 - Securitisation zur Verbesserung der Liquidität und Eigenmittelrendite, Schweizer Bank Nr. 10, Küssnacht/Zürich 1993, 90 (zit.: Liquidität)
 - Securitisation – Arbitrage in der Unternehmensfinanzierung, ST 1993, 761 (zit.: Arbitrage)
- KROLL/SPANGLER, Securitisation in Switzerland: Recent Market Developments, International Securitisation Report (ISR) Nr. 7, London 2002, 32 f.
- KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, Privatversicherungsrecht, Zürich 2002
- MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1995
- NEUE ZÜRCHER ZEITUNG vom 15. November 2001, Champagner und Diamanten für die Anleger, Der ABS-Markt expandiert in die Luxusgüterbranche, 33
- vom 4. Dezember 2001, Finanznot macht erfindend, 31
- NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997
- STEINER, Die Abtretung von Forderungen geheimhaltungspflichtiger Gläubiger, dargestellt am Anwalts- und Bankgeheimnis, Diss. Bern 2001
- SWX SWISS EXCHANGE, Asset-Backed Securities, Zürich 1998/2000
- UNITED NATIONS, Convention on Assignment in Receivables Financing, Draft vom 16. Juli 1999, abrufbar über www.uncitral.org
- VOLLENWEIDER, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Diss. Freiburg i.Ue. 1994, Freiburg 1995
- WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität – Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP), Bern 1982, 35 ff.
- Bankrechtliche Aspekte der Asset Backed Securities, in: Horn/Lwoswki/Nobbe (Hrsg.), Bankrecht – Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, 837 ff. (zit.: Aspekte)
 - Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: Jenni/Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, 229 ff.
 - The Reception of American Law in Europe, American Journal of Comparative Law 1991, 229 ff.
- ZOBL, in: Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, Bern 1982 (zit.: BK-Zobl)
- Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, ZBGR 68, 281 ff.

Erlasse

Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungen vom 23. Juni 1978 (VAG; SR 961.01)

Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, AFG; SR 951.31)

Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1)

Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0)

Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1)

Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (PfG; SR 211.423.4)

Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung; SR 952.02)

Die Verbriefung von Aktiven und deren Steuerfolgen

Dr. iur. Georg Lutz/Lic. oec. publ. Markus Nanzer



Dr. iur. Georg Lutz, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner, Ernst & Young, Zürich, Bereichsleiter M&A Steuern Schweiz



Lic. oec. publ. Markus Nanzer, Ernst & Young, Zürich

Inhalt

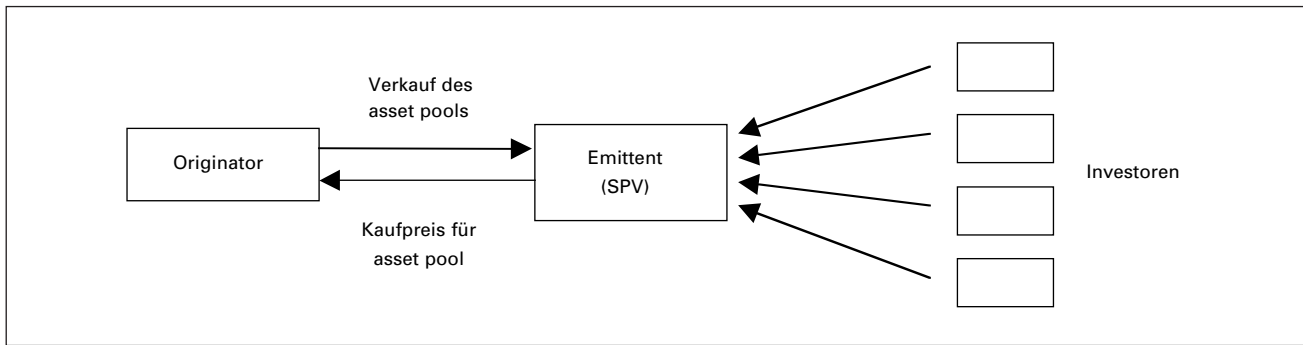
1	Einleitung
2	Steuerliche Aspekte
2.1	Allgemeines
2.2	Verrechnungssteuer und Stempelabgabe
2.2.1	Inländischer Emittent
2.2.1.1	Verrechnungssteuer
2.2.1.2	Emissionsabgabe
2.2.1.3	Obligationenbegriff
2.2.1.4	Folgerungen
2.2.2	Ausländischer Emittent
2.2.2.1	Problematik der Steuerumgehung
2.2.2.2	Darlehensmodell
2.2.2.2.1	Unabhängiges ausländisches SPV als Emittent
2.2.2.2.2	«Echter Dritter» als Emittent
2.2.2.2.3	Ausländische Tochtergesellschaft als Emittent
2.2.3	True-sale-Modell
2.3	Gewinnsteuer
2.3.1	Steuerfolgen beim Originator
2.3.1.1	Darlehensmodell
2.3.1.2	True-sale-Modell
2.3.2	Steuerfolgen beim inländischen Emittenten
2.4	Quellensteuer
2.5	Mehrwertsteuer
2.5.1	Implementierung der Verbriefungsstruktur beim Originator und Emittenten
2.5.2	Während der Laufzeit der Verbriefungsstruktur beim Emittenten
2.6	Zusammenfassung
	Literatur
	Rechtsquellen

1 Einleitung

Unternehmen benötigen Kapital, um ihrer Unternehmenstätigkeit nachkommen zu können. Das entsprechende Kapital wird in Form von Eigenkapital und in Form von Fremdkapital bereitgestellt. Neben den in der Schweiz üblichen Formen der Fremdkapitalbeschaffung, wie Bankkrediten oder Anleihen, hat eine weitere Art der Kapitalbeschaffung, die asset securitization, Bedeutung erlangt. Die asset securitization, oder, übersetzt, die Verbriefung von Aktiven, hat sich im angelsächsischen Raum entwickelt und stark verbreitet. Seit den 90er Jahren wurden auch in der Schweiz erste asset-securitization-Transaktionen durchgeführt.

In der Literatur findet sich keine allgemein gültige Definition des Begriffs asset securitization. Vielmehr existiert eine Vielzahl von Begriffsumschreibungen. Dies ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass asset-backed-Transaktionen meistens massgeschneiderte Lösungen sind, die sich in ihrer spezifischen Ausgestaltung jeweils voneinander unterscheiden. Asset securitization (Verbriefung von Aktiven) lässt sich in allgemeiner Form wie folgt umschreiben: Die asset securitization ist eine innovative Finanzierungstechnik, bei der ein (meist) diversifizierter Pool von Aktiven aus der Bilanz der Bank oder eines Unternehmens ausgegliedert, in einem special purpose vehicle (SPV) rechtlich verselbständigt und von diesem über die Ausgabe von Wertschriften an den internationalen Geld- und Kapitalmärkten refinanziert wird. Dabei handelt es sich um die Konversion illiquider, nicht marktgängiger Vermögenswerte in geld- und kapitalmarktfähige Finanzinstrumente.

Graphisch lässt sich eine asset securitization vereinfacht folgendermassen darstellen:



Ein Unternehmen (Originator) bündelt gewisse cash-flow-generierende Aktiven (assets) zu einem Pool. Dieser asset pool geht dann gegen Bezahlung des Kaufpreises an eine ausschliesslich für den Verkauf gegründete Einzweckgesellschaft (special purpose vehicle, SPV) über. Das SPV finanziert den Kauf des asset pools über die Ausgabe von Wertpapieren an die Investoren (Anleiensgläubiger). Die Bedienung der Zins- und Tilgungszahlungen dieser Wertpapiere erfolgt über die von den Aktiven generierten Cashflows. Der asset pool mit all-fälligen Sicherheiten dient dabei unmittelbar als Haftungsmasse für die ausgegebenen Wertpapiere. Aufgrund ihrer speziellen Besicherungsform bezeichnet man diese mit Finanzaktiven (assets) besicherten (backed) Wertpapiere (securities) als asset-backed securities (ABS). Nachfolgend wird mit Bezug auf die asset securitization der etwas weiter gefasste Begriff Verbriefungsstruktur verwendet.

2 Steuerliche Aspekte

2.1 Allgemeines

Beurteilt man eine schweizerische Verbriefungsstruktur aus steuerlicher Sicht, so werfen insbesondere der Originator und der Emittent heikle Fragen auf. Im Vordergrund stehen dabei die Verrechnungssteuer und die Emissionsabgabe sowie für hypothekarisch gesicherte Finanzierungen unter Umständen auch die spezielle Quellensteuer für ausländische Hypothekargläubiger. Daneben sind die direkten Steuern und die Mehrwertsteuer zu beachten. In den nachfolgenden Ausführungen werden einerseits der inländische und der ausländische Emittent auseinandergelassen, andererseits wird zwischen dem Darlehensmodell und dem True-sale-Modell unterschieden.

2.2 Verrechnungssteuer und Stempelabgabe

2.2.1 Inländischer Emittent

2.2.1.1 Verrechnungssteuer

Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (VStG) unterliegen Zinsen, Renten, Gewinnanteile oder sonstige Erträge der von einem Inländer ausgegebenen Obligationen der Verrechnungssteuer. Laut Vollziehungsverordnung zum VStG vom 19. Dezember 1966 (VStV) ist jede auf dem Schuldverhältnis beruhende geldwerte Leistung an den Gläubiger, die nicht eine Rückzahlung der Kapital-schuld darstellt, steuerbarer Ertrag von Obligationen.

Inländer im Sinne von Art. 9 Abs. 1 VStG ist, wer im Inland Wohnsitz, dauernden Aufenthalt oder statutarischen Sitz hat oder als Unternehmen im Handelsregister eingetragen ist. Ferner gelten im Sinne von Art. 4 VStG auch juristische Personen oder Handelsgesellschaften als Inländer, welche ihren statutarischen Sitz im Ausland haben, jedoch tatsächlich im Inland geleitet werden und hier eine Geschäftstätigkeit ausüben.

Obligationen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 VStV sind auf den Inhaber lautende Anleiensobligationen, mit Einschluss der Partialen von Anleihen, die durch Grundpfand sichergestellt sind, Rententitel, Pfandbriefe, Kassenobligationen, Kassen- und Depositscheine. Zudem gelten als Obligationen in einer Mehrzahl ausgegebene wechselähnliche Schuldverschreibungen und andere Diskontpapiere, die zur Unterbringung im Publikum bestimmt sind.

Wird in einer Verbriefungsstruktur ein in der Schweiz ansässiger Emittent verwendet, so ist infolgedessen auf den Anleienszinsen des schweizerischen Emittenten die Verrechnungssteuer von 35% geschuldet (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 13 Abs. 1 lit. a VStG). Im Inland domizilierte Anleiensgläubiger sind im Rahmen von Art. 22 VStG (natürliche Personen) bzw. Art. 24 VStG (juristische Personen, Geschäftsbetriebe u. dgl.) zur Rückerstattung der Verrechnungssteuer berechtigt. Im Ausland domizilierte Gläubiger sind bei Anwendbarkeit eines entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommens mit

der Schweiz zur ganzen oder teilweisen Rückforderung der Verrechnungssteuer berechtigt.

2.2.1.2 Emissionsabgabe

Gemäss Art. 5a des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (StG) unterliegen die Ausgabe von Obligationen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 und 4 StG, die Ausgabe von Ausweisen an Unterbeteiligungen an Darlehensforderungen gegen inländische Schuldner durch einen Inländer sowie die Ausgabe von Geldmarktpapieren gemäss Art. 4 Abs. 5 StG durch einen Inländer der Emissionsabgabe. Des Weiteren ist die Erneuerung von Obligationen und Geldmarktpapieren der Ausgabe gleichgestellt (Art. 5a Abs. 2 StG).

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

Laut Art. 4 Abs. 3 StG sind Obligationen schriftliche, auf feste Beträge lautende Schuldanerkennungen, die zum Zwecke der kollektiven Kapitalbeschaffung, Anlagengewährung oder Konsolidierung von Verbindlichkeiten in einer Mehrzahl von Exemplaren ausgegeben werden, namentlich Anleiheobligationen mit Einschluss von Partialen von Anleihen, für welche ein Grundpfandrecht gemäss Art. 875 ZGB besteht, Rententitel, Pfandbriefe, Kassenobligationen, Kassen- und Depositen-scheine sowie Schuldbuchforderungen. Ebenfalls den Obligationen gleichgestellt sind aufgrund von Art. 4 Abs. 4 lit. a StG Wechsel, wechselähnliche Schuldverschreibungen und andere Diskontpapiere, sofern sie zur Unterbringung im Publikum bestimmt sind, sowie Ausweise über Unterbeteiligungen an Darlehensforderungen sowie in einer Mehrzahl ausgegebene, der kollektiven Mittelbeschaffung dienende Buchforderungen (Art. 4 Abs. 4 lit. b bzw. c StG). Ferner schliesst Art. 4 Abs. 5 StG Geldmarktpapiere mit einer festen Laufzeit von nicht mehr als 12 Monaten in den Begriff Obligationen ein.

Wird in einer Verbriefungsstruktur ein in der Schweiz ansässiger Emittent verwendet, welcher sich durch die Emission von Anleiheobligationen refinanziert, so ist die Emissionsabgabe von 1,2 Promille für jedes volle oder angefangene Jahr der maximalen Laufzeit geschuldet (Art. 4 StG i.V.m. Art. 9a StG)¹.

2.2.1.3 Obligationenbegriff

Im VStG und im StG ist zwar der Begriff Obligation etwas unterschiedlich formuliert, führt aber in der praktischen Begriffsauslegung zu deckungsgleichen Steuertatbeständen. Aufgrund der Praxis der ESTV liegt eine Anleihe vor, wenn ein inländischer Schuldner bei mehr als 10 Gläubigern gegen Ausgabe von Schuldanerkennungen Geld zu identischen Bedingungen aufnimmt und die gesamte Kreditsumme mindestens CHF 500 000 beträgt². Es gilt zu beachten, dass der verrechnungssteuer- und emissionsabgaberechtliche Obligationenbegriff weiter gefasst ist als derjenige des Wertpapierrechts (Art. 965 ff. OR) und ebenso über das hinaus geht, was im Handel und im Bankgeschäft unter einer Obligation verstanden wird³. In der bisherigen Praxis finden sich in erster Linie kapitalmarktfähige Verbriefungsstrukturen, deren Schuldpapiere den Obligationenbegriff erfüllen.

2.2.1.4 Folgerungen

Aus obigen Ausführungen wird ersichtlich, dass Verbriefungsstrukturen mit einem inländischen Emittenten beim Emissionsvorgang die Emissionsabgabe für Obligationen auslösen und auf den laufenden Zinszahlungen an die Anleihegläubiger (Investoren) die Verrechnungssteuer erhoben wird. Derartige Schuldpapiere werden am Kapitalmarkt mit einer gewissen Zurückhaltung aufgenommen⁴, weshalb in der Praxis denn auch häufig Verbriefungsstrukturen mit ausländischen Emittenten angestrebt werden.

2.2.2 Ausländischer Emittent

2.2.2.1 Problematik der Steuerumgehung

Wird für eine Verbriefungsstruktur eine ausländische Gesellschaft als Emittent gewählt, so scheint dies aus verrechnungssteuer- und stempelabgaberechtlicher Sicht keine massgeblichen Steuerfolgen auszulösen, da es sich beim Emittenten nicht um einen steuerpflichtigen Inländer handelt. Bei näherer Betrachtung stellt man jedoch fest, dass diese Strukturform durchaus verrechnungssteuer- und stempelsteuerrechtlich von Bedeutung sein kann. Gemäss gefestigter Praxis der ESTV werden gewisse Fälle, in welchen eine ausländische Tochtergesellschaft einer inländischen Muttergesellschaft Anleiheobligationen ausgibt, als Steuerumgehung qualifiziert und dementsprechend die Emissionsabgabe auf der Ausgabe der Schuldtitel und die Verrechnungssteuer auf den Anleihezinssinsen erhoben. Werden von einer ausländischen Tochtergesellschaft Obligationen mit einer Garantie der

1 S-02.128 (1.2000) 3.

2 S-02.122.1 (4.99) 3.

3 S-02.122.1 (4.99) 1.

4 DUSS/HOCHREUTENER 7.

schweizerischen Muttergesellschaft ausgegeben, so wird von der Erhebung der Verrechnungssteuer auf den Zinsen nur dann abgesehen, wenn der Anleihensbetrag im Ausland verwendet wird. Fließt das durch die Anleihe aufgenommene Geld direkt oder indirekt an die schweizerische Muttergesellschaft, so geht die ESTV davon aus, dass sowohl die Verrechnungssteuer wie auch die Emissionsabgabe zu erheben sind⁵. Auch in Verbriefungsstrukturen mit ausländischen Emittenten ist deshalb die Frage der Steuerumgehung zu prüfen.

Der Begriff der Steuerumgehung und dessen Tragweite wird in der schweizerischen Lehre nicht einheitlich verstanden⁶. Das Bundesgericht hat in Übereinstimmung mit Blumenstein in jahrzehntelanger Rechtsprechung den für die Praxis massgebenden Begriff der Steuerumgehung geprägt. In konstanter Praxis qualifizierte es ein vom Steuerpflichtigen gewähltes Vorgehen dann als Steuerumgehung, wenn:

- die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint;
- anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich lediglich deshalb getroffen worden ist, um Steuern einzusparen, welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären; und
- das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde⁷.

Nach der jüngsten Formulierung des Bundesgerichtes liegt eine Steuerumgehung dann vor, wenn:

- das gewählte Vorgehen dem wirtschaftlichen Sachverhalt nicht entspricht;

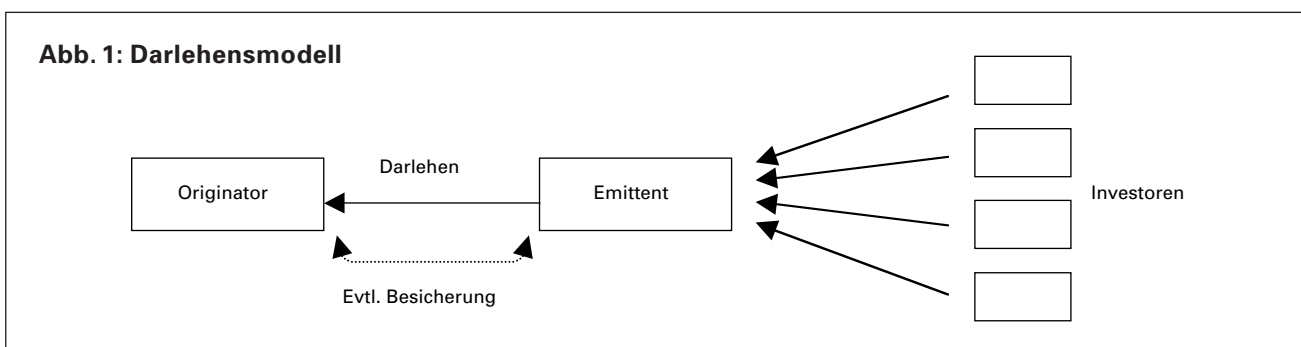
- eine erhebliche Steuerersparnis eintreten würde; und
- der ungewöhnliche Weg nur aus Gründen der Steuerersparnis gewählt wurde⁸.

Sind diese drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt, ist der Besteuerung diejenige Rechtsgestaltung zugrunde zu legen, die sachgemäss gewesen wäre, um den erstrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen⁹.

Die ESTV hat bezüglich Verbriefungsstrukturen eine differenzierte Praxis entwickelt. Diese wird von Jaussi in einem ausführlichen Aufsatz dargelegt¹⁰. Zur Beantwortung der Frage, ob eine spezifische Gestaltungsform als dem wirtschaftlichen Sachverhalt nicht entsprechend (als ungewöhnlich) zu qualifizieren ist, ist als massgebliches Kriterium die «Verbindung der Interessenlage des Originators, sich zu finanzieren, mit der Qualität des dem Originator und den Investoren zwischengeschalteten Emittenten, der die Geldmittel zur Verfügung stellt», zu beachten¹¹. Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist dabei, ob es sich bei der betreffenden Verbriefungsstruktur um das Darlehensmodell oder um das True-sale-Modell handelt.

2.2.2.2 Darlehensmodell

Im Darlehensmodell gewährt der Emittent dem Originator ein verzinsliches Darlehen. Dem Emittenten steht ein Anspruch auf Zinszahlungen sowie auf Rückzahlung der Darlehenssumme zu. Das Darlehen kann ungesichert oder gesichert (z.B. durch Begründung eines Grundpfandes oder durch eine Sicherungsübereignung von Aktiven des Originators auf den Emittenten) ausgestaltet werden. Zur Refinanzierung des an den Originator gewährten Darlehens begibt der Emittent eine Anleiheobligation auf dem Kapitalmarkt.



5 STOCKAR/HOCHREUTENER Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG Nr. 21.

6 ASA 54 (1985/86) 81 f. m.w.H.; eine diesbezügliche Übersicht findet sich in BÖCKLI 289 ff.

7 BGE 93 I 725; ASA 51 (1982/83) 505; ASA 54 (1985/86) 82; ASA 55 (1986/87) 134.

8 ASA 64 (1995/96) 82; ASA 66 (1997/98) 414 f.; HÖHN/WALDBURGER § 5 N 74.

9 ASA 55 (1986/87) 134; ASA 64 (1995/96) 82; HÖHN/WALDBURGER § 5 N 82 ff.

10 JAUSSE 571 ff.

11 JAUSSE 576.

Im Darlehensmodell lassen sich drei Strukturierungsarten unterscheiden:

- unabhängiges ausländisches special purpose vehicle (SPV) als Emittent,
- «echter Dritter» als Emittent oder
- ausländische Tochtergesellschaft des Originators als Emittent.

2.2.2.2.1 Unabhängiges ausländisches SPV als Emittent

In diesen Fällen wird für die Mittelbeschaffung des Originators auf dem Kapitalmarkt ein SPV, das heisst eine i.d.R. mit wenig Eigenmitteln ausgestattete Einzweckgesellschaft, als Emittent verwendet. Der Einbezug eines ausländischen SPV zwecks kollektiver Mittelaufnahme wird von der ESTV als ungewöhnlich beurteilt. Die Zwischenschaltung des ausländischen SPV dient nach Auffassung der ESTV in erster Linie der Auslagerung der Kapitalaufnahme ins Ausland und damit der Vermeidung der Steuerfolgen einer entsprechenden Kapitalaufnahme durch den Originator im Inland¹². Unbeachtlich ist dabei, ob es sich um einen gesicherten oder einen ungesicherten Kredit handelt¹³.

2.2.2.2.2 «Echter Dritter» als Emittent

Sofern es sich beim Emittenten um eine Bank oder um eine Finanzierungsgesellschaft, welche einer Vielzahl von Kreditnehmern Darlehen gewährt und sich dafür auf dem Kapitalmarkt im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit mittels Anleiheobligationen refinanziert, also um einen «echten Dritten» handelt, ist nicht von einer Steuerumgehung auszugehen¹⁴. Entscheidend ist hierbei, dass es sich unter Würdigung der konkreten Umstände um eine «nachvollziehbare, den wirtschaftlichen

Gegebenheiten angepasste Trennung von Finanzierungs- und Refinanzierungstätigkeit handelt»¹⁵.

2.2.2.2.3 Ausländische Tochtergesellschaft als Emittent

Die Emission einer Anleihe durch eine ausländische Tochtergesellschaft eines inländischen Originators zeitigt grundsätzlich keine verrechnungssteuer- und stempelabgaberechtlichen Folgen. Es sei denn, dass:

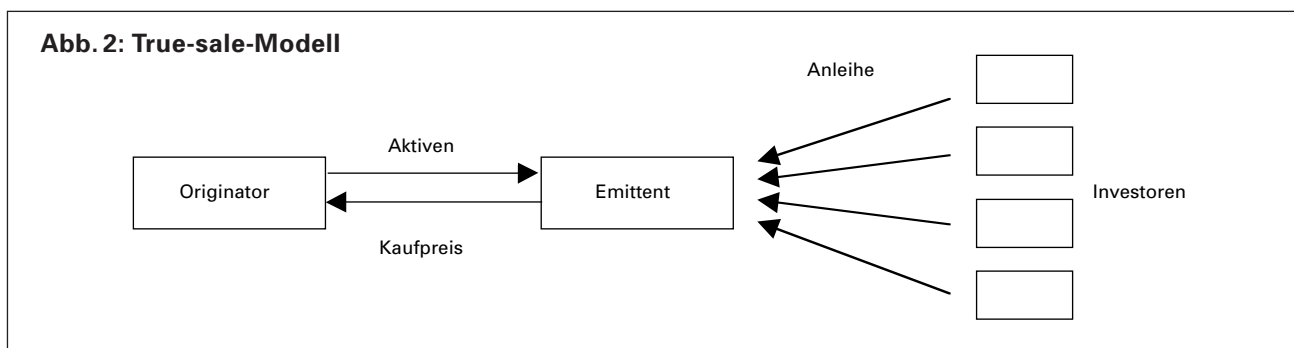
- a. die schweizerische Muttergesellschaft (Originator) eine Garantie zugunsten ihrer Tochtergesellschaft (Emittentin) abgibt und die durch die Anleihe aufgenommenen Geldmittel direkt oder indirekt der Muttergesellschaft (Originator) zufließen¹⁶; oder
- b. es sich bei der ausländischen Tochtergesellschaft (Emittentin) um ein SPV (Einzweckgesellschaft) handelt¹⁷.

2.2.2.2.1 True-sale-Modell

Im True-sale-Modell findet ein echter Verkauf von Aktiven statt. Der Originator verkauft bestimmte Aktiven (z.B. Forderungen) an den Emittenten und erhält hierfür ein entsprechendes Entgelt. Der Emittent seinerseits refinanziert sich auf dem Kapitalmarkt durch die Ausgabe einer Anleiheobligation. Die vom Emittenten erworbenen, nunmehr in seiner Bilanz geführten Aktiven dienen dabei den Investoren als Haftungssubstrat.

Gemäss früherer Praxis anerkannte die ESTV die asset securitization in der Form der Forderungsabtretung (Forderungsverkauf) eines inländischen Originators an einen ausländischen Emittenten dann, wenn kumulativ:

- a. der inländische Originator Forderungen gegenüber ausländischen Schuldnern an den ausländischen Emittenten verkaufte;



12 JAUSSE 576.
 13 JAUSSE 576.
 14 JAUSSE 577.
 15 JAUSSE 577.

16 STOCKAR/HOCHREUTENER Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG Nr. 21; JAUSSE 577.
 17 JAUSSE 577.

- b. der Emittent neben der Übernahme der Forderungen (Aktiven) noch eine eigene selbständige Tätigkeit ausübte; und
- c. der Emittent frei entscheiden konnte, wo er sein Aktivgeschäft refinanzieren wollte¹⁸.

Diese Praxis wurde insbesondere mit Bezug auf die Gläubigereigenschaften gelockert. Neu wird nun als massgebliches Kriterium auf die Qualität der Rechtsbeziehung zwischen dem Originator und dem Emittenten abgestellt. Für die verrechnungs- und stempelabgaberechtliche Beurteilung des True-sale-Modells ist entscheidend, ob ein echter Forderungsverkauf, also ein true sale, zwischen dem Originator und dem Emittenten stattfindet oder nicht¹⁹.

Folgende Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen, damit in einer Verbriefungsstruktur mit ausländischen Emittenten die Erhebung der Verrechnungssteuer und Emissionsabgabe entfällt²⁰:

- a. Der Forderungsverkauf hat at arm's length stattzufinden, d.h. er muss dem Drittvergleich standhalten;
- b. die Zession ist beim Originator ordnungsgemäss zu verbuchen, d.h. der Kaufpreis wird ein- und die abgetretenen Forderungen werden ausgebucht;
- c. fortan werden die Risiken aus den Forderungen, insbesondere das Delkredererisiko, vollumfänglich vom Emittenten getragen;
- d. bezüglich der zedierten Forderungen dürfen keinerlei Rücknahmeverpflichtungen seitens des Originators begründet werden.

Bezüglich der asset securitization von Forderungen stellt sich auch die Frage, ob die Notifikation des betroffenen Gläubigers (debitor cessus) aus steuerlicher Sicht zwingend erforderlich sei. In der Praxis ist dies wohl eher zu verneinen²¹.

2.3 Gewinnsteuer

2.3.1 Steuerfolgen beim Originator

2.3.1.1 Darlehensmodell

Finanziert sich der Originator mittels Darlehensaufnahme beim Emittenten, so verbleiben die der Anleihe für deren Besicherung und Bedienung zugrundeliegenden Aktiven in der Bilanz des Originators. Aus gewinnsteuerlicher Sicht steht die Frage im Vordergrund, ob die an

den Emittenten zu entrichtenden Schuldzinsen beim Originator abzugsfähig sind.

Gemäss Art. 65 DBG²² gehören auch jene Schuldzinsen zum steuerbaren Gewinn, die auf den Teil des Fremdkapitals entfallen, dem wirtschaftlich die Bedeutung von Eigenkapital zukommt. Dies ist gemäss KS 6/97 dann der Fall, wenn das Fremdkapital von Anteilshabern oder von diesen nahestehenden Personen zur Verfügung gestellt wird. Sind die Kapitalgeber unabhängige Dritte, so gelten die Eigenkapitalvorschriften gemäss KS 6/97 nicht²³. Wird hingegen Fremdkapital von nahestehenden Personen zur Verfügung gestellt, so gelangen die Bestimmungen des KS 6/97 zur Anwendung, und das verdeckte Eigenkapital ist für die gewinnsteuerliche Aufrechnung zu ermitteln.

In Verbriefungsstrukturen unproblematisch ist die Frage der Abzugsfähigkeit der an den Emittenten entrichteten Schuldzinsen beim Originator dann, wenn es sich beim Emittenten um einen unabhängigen Dritten handelt. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wenn zwischen dem Originator und dem Emittenten eine über den Darlehensvertrag hinausgehende vertragliche oder gesellschaftsrechtliche Beziehung besteht. Wird der Emittent aufgrund von vertraglichen oder gesellschaftsrechtlichen Beziehungen mit dem Originator als diesem nahestehend qualifiziert, so sind grundsätzlich die Voraussetzungen betreffend verdecktem Eigenkapital zu beachten.

Handelt es sich beim nahestehenden Emittenten um ein SPV (Einzweckgesellschaft) ohne andere Tätigkeit, so stellt sich die weitere Frage, ob bei einer konsequent wirtschaftlichen Betrachtungsweise die vom Originator dem nahestehenden Emittenten entrichteten Zinsen als Drittzinsen zu qualifizieren sind, insofern der Emittent diese Zinsen dem Anleihegläubiger (Investor) unmittelbar weiterreicht. Dies wäre unseres Erachtens sachlogisch richtig, wendet doch die ESTV diese Betrachtungsweise bei der Verrechnungssteuer mit umgekehrten Vorzeichen auch an²⁴. Die ESTV rechnet dem Originator die Schuldzinsen des ausländischen Emittenten mit Bezug auf die Verrechnungssteuer zu, wenn es sich beim ausländischen Emittenten um ein SPV ohne andere Tätigkeit handelt, unabhängig davon, ob das SPV dem Originator nahestehend ist oder nicht²⁵. Ebenso werden im Fall einer ausländischen Tochtergesellschaft,

18 JAUSSE 578.

19 JAUSSE 578.

20 JAUSSE 578 f.

21 Vgl. hierzu auch JAUSSE 579.

22 Betreffend kantonale Gewinnsteuern vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG und betreffend kantonale Kapitalsteuern vgl. Art. 29a StHG.

23 KS 6/97 Ziff. 2; BRÜLISAUER/KUHN Art. 65 N 18.

24 STOCKAR/HOCHREUTENER Art. 4 Abs. 1 lit. a VStG Nr. 10 und Nr. 21; JAUSSE 576 ff.

25 JAUSSE 576.

welche eine Garantie seitens des Originators erhält und die von ihr aufgenommenen Mittel an den Originator fliessen lässt, die Schuldzinsen dem Originator anrechnet. Zumindest in diesen zwei Fällen sollte der Sachverhalt auch bei der Gewinnsteuer wirtschaftlich so angesehen werden, wie wenn die Mittel von einem unabhängigen Dritten zuflössen²⁶.

2.3.1.2 True-sale-Modell

Im Rahmen des True-sale-Modells veräussert der Originator bestimmte Aktiven an den Emittenten und erhält hierfür Geldmittel. Der Verkauf der Aktiven an den Emittenten kann beim Originator zu einem erfolgswirksamen Vorgang führen. Der entsprechende Gewinn bzw. Verlust ist gewinnsteuerlich zu berücksichtigen. Selbstredend muss der Verkaufspreis dem Drittvergleich standhalten.

2.3.2 Steuerfolgen beim inländischen Emittenten

Im Rahmen von Verbriefungsstrukturen ist der Emittent (zumeist) ein SPV (Einzweckgesellschaft), das lediglich den Kauf der Aktiven vom Originator bzw. die Darlehensvergabe an den Originator durch die Emission von Anleiheobligationen refinanziert. Daraus ergibt sich, dass die Aktivseite der Bilanz des SPV hauptsächlich aus den gekauften Aktiven bzw. dem an den Originator gewährten Darlehen besteht und sich die Passiven des SPV im Wesentlichen aus der Obligationenanleihe (Fremdkapital) und einem sehr geringen Teil Eigenkapital zusammensetzen.

Wird bei einer Verbriefung ein inländisches SPV als Emittent verwendet, stellt sich somit die Frage, ob die geltenden Bestimmungen betreffend verdecktes Eigenkapital²⁷ einzuhalten seien. Angesichts der Tatsache, dass bei der Emission einer Anleiheobligation eine breite Investorenbasis auf dem Kapitalmarkt angesprochen wird, welche dem Emittenten weder direkt noch indirekt nahe steht, kann in Verbriefungsstrukturen davon ausgegangen werden, dass das vom Emittenten aufgenommene Fremdkapital von unabhängigen Dritten stammt und somit kein verdecktes Eigenkapital vorliegt. Folglich können auch die Anleihenzinsen steuerwirksam abgezogen werden²⁸.

2.4 Quellensteuer

Werden im Rahmen einer Verbriefung Forderungen grundpfändlich gesichert, so ist die besondere Quellensteuer für ausländische Hypothekargläubiger zu beachten. Kam dieser Steuer bis vor wenigen Jahren nur geringe Bedeutung zu, so hat sich dies durch die vermehrte Finanzierung massgeblicher Immobilienportefeuilles durch ausländische Gläubiger geändert.

Gemäss Art. 94 Abs. 1 DBG sind im Ausland wohnhafte Gläubiger oder Nutzniesser von Forderungen, die durch Grund- oder Faustpfand auf Grundstücken in der Schweiz gesichert sind, für die ihnen ausgerichteten Zinsen steuerpflichtig. Die Steuer beträgt gemäss Art. 94 Abs. 2 DBG 3 % der Bruttoeinkünfte. Eine analoge Quellensteuer ist auch in Art. 35 Abs. 1 lit. e StHG vorgesehen. Sämtliche Kantone kennen eine solche Quellensteuer, wobei die von den Kantonen erhobenen Steuersätze z.T. bedeutend über dem im DBG vorgesehenen Satz liegen²⁹.

Die Quellensteuer auf grundpfändlich gesicherten Forderungen ausländischer Gläubiger ist in Verbriefungsstrukturen insbesondere dann von Relevanz, wenn ein ausländischer Emittent gewählt wird. In solchen Strukturen besichert der ausländische Emittent sein gegenüber dem Originator bestehendes verzinsliches Darlehen mit Grundpfändern. Die vom inländischen Originator an den ausländischen Emittenten entrichteten Zinsen sind – wegen der grundpfändlichen Besicherung – quellensteuerpflichtig. Gemildert wird die Quellensteuer auf grundpfändlich gesicherten Forderungen ausländischer Gläubiger durch die zahlreichen von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen. Diese beschränken regelmässig das Besteuerungsrecht des Quellenstaates oder weisen es gar vollständig den Empfängerstaat zu³⁰. Dabei beziehen sich prozentuale Beschränkungen jeweils auf den Gesamtbetrag der von Bund und Kantonen erhobenen Quellensteuer³¹. Beim inländischen Emittenten entfällt diese Steuer, es sei denn, die ausländischen Investoren wären selbst grundpfändlich besichert.

2.5 Mehrwertsteuer

Verbriefungsstrukturen weisen sowohl bei der Implementierung wie auch während deren Laufzeit verschie-

26 Bezüglich der indirekten Kreditgewährung siehe auch BRÜLISAUER/KUHN Art. 65 N 22.

27 Art. 65 DBG und Art. 24 Abs. 1 lit. c StHG.

28 Vgl. auch SENN 627 ff.

29 So z.B. Zürich mit 14% der Bruttoeinkünfte (§ 97 Abs. 3 StG ZH) oder Bern mit 18% der Bruttoeinkünfte (Art. 119 Abs. 2 StG BE).

30 So u.a. Art. 11 DBA-A, Art. 11 DBA-D, Art. 12 DBA-F, Art. 11 DBA-GB und Art. 11 DBA-USA.

31 ZIGERLIG/JUD Art. 94 N 3.

dene entgeltliche Leistungsflüsse auf, welche auf Ebene des Originators sowie des Emittenten aus mehrwertsteuerlicher Sicht analysiert werden müssen. Die folgenden Ausführungen verstehen sich aus Sicht der Schweizer Mehrwertsteuer gemäss Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 2. September 1999 (MWSTG). Aufgrund der oftmals internationalen Verflechtung von Verbriefungsstrukturen ist es jedoch im Einzelfall unumgänglich, die Bestimmungen bezüglich Mehrwertsteuer in den in der jeweiligen Struktur involvierten Ländern in die Analyse einzubeziehen.

Betrachtet man Verbriefungsstrukturen aus mehrwertsteuerlicher Sicht, so gilt es zum einen, den Verkauf der Aktiven bzw. die Darlehensaufnahme zu analysieren, und zum anderen, die Leistungsflüsse zu beachten, welche während der Laufzeit der Transaktion anfallen.

2.5.1 Implementierung der Verbriefungsstruktur beim Originator und Emittenten

Wird im Rahmen einer Verbriefungsstruktur das Darlehensmodell verwendet, so löst diese Transaktion keine Mehrwertsteuerpflicht aus, da die Gewährung und Verwaltung von Krediten sowie die darauf entfallenden Zinsen von der Mehrwertsteuer ausgenommen sind³².

Werden die zu verbrieften Aktiven vom Originator an den Emittenten verkauft, so ist es aus mehrwertsteuerlicher Sicht entscheidend, ob der Verkauf der Aktiven steuerbare Umsätze generiert oder nicht. Löst der Verkauf der Aktiven keine steuerbaren, sondern ausgenommene Umsätze im Sinne von Art. 18 MWSTG (z.B. Verkauf von Forderungen, Hypothekendarlehen etc.) aus, so wird der Verkauf nicht durch die Mehrwertsteuer erfasst. Werden hingegen Aktiven verkauft, welche steuerbare Umsätze generieren (z.B. Abtretung von Lizenzen, Rechten, Patenten etc.), unterliegt der Verkauf an einen inländischen Emittenten der Mehrwertsteuer. Diesfalls gilt es zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des Meldeverfahrens gemäss Art. 47 Abs. 3 MWSTG erfüllt sind, so insbesondere die Steuerpflicht aller Beteiligten (Originator und Emittent) und die Übertragung eines Gesamt- oder Teilvermögens³³. Muss das Meldeverfahren angewendet werden, so wird der entsprechende Umsatz lediglich gemeldet, und die entsprechende Rechnung hat ohne Mehrwertsteuer zu erfolgen (keine Abführung der Mehrwertsteuer beim Originator sowie kein Vorsteuerabzugsrecht beim Emittenten). Ist der inländische Emittent nicht mehrwertsteuerpflichtig

und unterliegt der Verkauf der Aktiven der Mehrwertsteuer, so kann das Meldeverfahren nicht angewendet werden, und beim Emittenten entstehen zusätzliche, erhebliche (Kauf-) Kosten in Höhe der nicht erstattbaren Vorsteuer. Die Bewirtschaftung von steuerbaren Aktiven durch Emittenten dürfte aber in vielen Fällen zu einer Mehrwertsteuerpflicht führen.

Verwendet man im Rahmen einer Verbriefungsstruktur ein im Ausland domiziliertes SPV als Emittenten, so kann – insbesondere bei Dienstleistungsbezügen aus dem Ausland in einem Land, welches keine Mehrwertsteuer kennt – Optimierungspotential entstehen. Es gilt jedoch zu beachten, dass, falls eine Offshore-Gesellschaft in mehrheitlichem Eigentum von Schweizer Aktionären steht, aufgrund der Bestimmungen bezüglich passiver Investmentgesellschaften aus der Schweiz an diese Gesellschaft erbrachte Leistungen als in der Schweiz erbracht betrachtet und folglich der schweizerischen Mehrwertsteuer unterliegen³⁴.

2.5.2 Während der Laufzeit der Verbriefungsstruktur beim Emittenten

Erzielt der inländische Emittent nicht genügend steuerbare Umsätze, um mehrwertsteuerpflichtig zu werden³⁵, so ist die von Leistungserbringern (z.B. Rechnungen seitens des Administrators/servicer, Revisions- oder Beratungshonorare, Inkassodienstleistungen) dem Emittenten in Rechnung gestellte MWST als definitiver Aufwand anzusehen. Ferner hat er gemäss Art. 24 i.V.m. Art. 10 MWSTG auf allen allfälligen Dienstleistungsbezügen aus dem Ausland die Mehrwertsteuer zu deklarieren und zu bezahlen, sofern diese CHF 10 000 übersteigen. Würde ein SPV – trotz hauptsächlich ausgenommenen Umsätzen – die steuerpflichtbegründende Umsatzgrenze erreichen, wäre gleichwohl aufgrund der überwiegend ausgenommenen Umsätze mit einer markanten Vorsteuerkürzung zu rechnen³⁶.

2.6 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das fiskalische Umfeld der Schweiz einer asset securitization – mit gewissen Einschränkungen – grundsätzlich nicht im Wege steht. Aufgrund der wohl am schwersten wiegenden fiskalischen Belastung der Verrechnungssteuer auf Zinsen von Anleiheobligationen inländischer Emittenten wird für zahlreiche Verbriefungsstrukturen das True-sale-Modell dem Darlehensmodell vor-

32 Art. 18 Ziff. 19 lit. a MWSTG. Vorsteuern, die im Zusammenhang mit der Transaktion anfallen, können nicht geltend gemacht werden.

33 Merkblatt MWST Nr. 11 Ziff. 2.

34 Broschüre MWST Nr. 14 Ziff. 5.11.

35 Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 MWSTG.

36 Art. 41 Abs. 1 MWSTG.

zuziehen sein. In der Praxis ist indessen jeder Einzelfall bezüglich der Natur der Aktiven, der Rechtsbeziehung zwischen dem Originator und dem Emittenten und der Form der Kreditbesicherung gesondert zu prüfen und zu beurteilen. Ein allseits gültiges Standardmodell würde den spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalles kaum gerecht.

Literatur

- BÄR HANS PETER, *Asset Securitisation*, Bern/Stuttgart/Wien 1997
- BAUER-BALMELLI MAJA, *Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer. Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten*, Zürich 2001
- BÖCKLI PETER, *Steuerungsumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe*, in: *Steuerrecht im Rechtsstaat*, Festschrift zum 65. Geburtstag von Francis Cagianut, hrsg. von Ernst Höhn/Klaus A. Vallender, Bern 1990, 289 ff.
- BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, *Kommentar zu Art. 65 DBG*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), hrsg. von Martin Zweifel/Peter Athanas, Basel 2000
- DUSS MARCO/HOCHREUTENER HANS PETER, *Verrechnungssteuer und Stempelabgaben: Probleme im internationalen Verhältnis*, Kammer-Seminar vom 2./3. Juli 1998, Bürgenstock
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, *Steuerrecht*, Bd. I, 9. A., Bern 2001
- JAUSSI THOMAS, *Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer bei strukturierten Finanzierungen*, ST 1997, 571 ff.
- KROLL MARKUS J., *Securitisation – Arbitrage in der Unternehmensfinanzierung*, ST 1993, 759 ff.
- OERTLE MARKUS, *Asset Securitisation in der Schweiz*, SZW/RSDA 4/93, 153 ff.
- PESTALOZZI LACHENAL PATRY (Hrsg.), *Rechtsbuch der schweizerischen Bundessteuern*, Sammlung der eidg. Steuergesetzgebung, Basel (Loseblatt; Stand 1. Juli 2002)
- PFUND WALTER ROBERT, *Die eidgenössische Verrechnungssteuer*, I. Teil, Einleitungen und Erläuterungen zu Art. 1 bis 20 des Gesetzes, Basel 1971
- PFUND WALTER ROBERT/ZWAHLEN BERNHARD, *Die eidgenössische Verrechnungssteuer*, II. Teil, Erläuterungen zu Art. 21 bis 33 des Gesetzes (Steuerrückerstattung), Basel 1985
- SENN ROBERT H., *Steuerliche Aspekte bei der Verbriefung von Aktiven*, ASA 69 (2001), 617 ff.
- STOCKAR CONRAD, *Übersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer*, 3. A., Basel u.a. 2000
- STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER (Hrsg.), *Die Praxis der Bundessteuer*, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Bd. 1 und 2, Loseblattwerk, Stand 1999, Basel
- ZIGERLIG RAINER/JUD GUIDO, *Kommentar zu Art. 94 DBG*, in: *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, Band I/2b, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), hrsg. von Martin Zweifel/Peter Athanas, Basel 2000

Rechtsquellen

- Broschüre MWST Nr. 14, Broschüre Nr. 14 der Eidg. Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer (Nr. 610.540–14) betreffend den Finanzbereich (Banken, Vermögensverwalter, Finanzgesellschaften, Effekthändler, Fondsgesellschaften u.ä.)
- DBA-Land, *Doppelbesteuerungsabkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, in: *Internationales Steuerrecht der Schweiz*, Sammlung schweizerischer Abkommen und Ausführungsvorschriften, bearbeitet von der Eidg. Steuerverwaltung, 5 Bände, inklusive Ergänzungslieferung 27, 2001 (zit.: DBA-Land, mit den jeweiligen Nationalitätenkennzeichen versehen, z.B. DBA-D)
- DBG, Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
- KS 6/97, *Kreisschreiben Nr. 6 der Eidg. Steuerverwaltung vom 6. Juni 1997 betreffend verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*
- Merkblatt MWST Nr. 11, *Merkblatt Nr. 11 der Eidg. Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer (Nr. 610.545–11) betreffend die Übertragung mit Meldeverfahren (Art. 47 Abs. 3 MWSTG)*
- MWSTG, Bundesgesetz vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer, SR 641.20
- OR, Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220

- S-02.122.1 (4.99), Merkblatt der ESTV betreffend «Obligationen», vom April 1999
- S-02.128 (1.2000), Merkblatt der ESTV betreffend «Steuerliche Behandlung von Konsortialdarlehen, Schuldscheindarlehen, Wechseln und Unterbeteiligungen», vom Januar 2000
- StG BE, Steuergesetz des Kantons Bern vom 21. Mai 2000
- StG ZH, Steuergesetz des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997
- StG, Bundesgesetz vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben, SR 641.10
- StHG, Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14
- StV, Verordnung vom 3. Dezember 1973 über die Stempelabgaben, SR 641.101
- VStG, Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, SR 642.21
- VStV, Vollziehungsverordnung vom 19. Dezember 1966 zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, SR 642.211
- ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Privatisierung von Banken aus steuerlicher Sicht

Lic. iur. Peter Schmid/Christoph Lehmann



Peter Schmid, lic. iur., dipl. Steuerexperte, Partner, PricewaterhouseCoopers AG, St. Gallen



Christoph Lehmann, dipl. Steuerexperte, Betriebsökonom HWV, Senior Manager, PricewaterhouseCoopers AG, St. Gallen

Inhalt

1	Einführung
2	Übersicht über erfolgte Privatisierungen von Banken
2.1	Der Begriff der Privatisierung
2.2	Umwandlung: übertragend oder formwechselnd
2.3	Beispiele aus den Jahren 2000 und 2001
3	Direkte Steuern von Bund und Kantonen
3.1	Steuerpflicht
3.2	Steuerliche Eröffnungsbilanz im Allgemeinen
3.3	Steuerliche Eröffnungsbilanz bei Banken
3.4	Steuerliche Behandlung einzelner Bilanzpositionen
3.4.1	Massgebliche Beteiligungen
3.4.2	Goodwill
3.4.3	Reserven für allgemeine Bankrisiken
3.4.4	Wertberichtigungen und Rückstellungen
3.4.5	Steuerliche Auswirkungen
4	Übrige Steuern
4.1	Verrechnungssteuer
4.2	Stempelabgaben
4.2.1	Emissionsabgabe
4.2.2	Umsatzabgabe
4.3	Grundsteuern
4.3.1	Grundstückgewinnsteuer
4.3.2	Handänderungssteuer
4.4	Mehrwertsteuer
5	Fazit
	Literatur und Materialien

1 Einführung

Die Privatisierungswelle, die vor einigen Jahren eingesetzt hat, ist noch nicht abgeflaut. Nach den bekannten Beispielen auf Bundesebene werden auf kantonaler und kommunaler Ebene vermehrt öffentlich-rechtliche Anstalten der Ver- und Entsorgung privatisiert. Aber auch in der Bankenwelt besteht eine Tendenz zur Verselbständigung, was natürlich vor allem in den Kantonalbanken-Privatisierungen zum Ausdruck kommt. Privatisierungen solcher kantonalen Bankinstitute sind jedoch in letzter Zeit politisch unter Druck geraten, wie das Beispiel der vom Stimmvolk am 2. Juni 2002 abgelehnten Privatisierung der Thurgauer Kantonalbank zeigt.

In diesem Beitrag soll auf die steuerlichen Aspekte bei der Privatisierung von Banken eingegangen werden. Steuerliche Grundfragen werden nur aufgegriffen, wenn sie im Zusammenhang mit der Privatisierung von Banken relevant sind. Für Fragen hinsichtlich der steuerrechtlichen Gestaltung von Eröffnungsbilanzen privatisierter Unternehmen im Allgemeinen sei insbesondere auf den Beitrag von Madeleine Simonek¹ hingewiesen, der sich damit vertieft auseinandersetzt. Im vorliegenden Beitrag wird ebenfalls auf diese Frage eingegangen, jedoch spezifisch bezogen auf die Privatisierung von Banken.

2 Übersicht über erfolgte Privatisierungen von Banken

2.1 Der Begriff der Privatisierung

Der Begriff der Privatisierung ist nicht klar definiert. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch wird darunter häufig die rechtliche Verselbständigung als Aktiengesellschaft von Unternehmen der öffentlichen Hand verstanden. Von diesem Verständnis wird im Nachfolgenden ausgegangen.

Hinter dem Begriff der Privatisierung können verschiedene Konzepte stehen. Es kann sich sowohl um eine Vollprivatisierung (private Aktiengesellschaft nach Art. 620 OR) als auch um eine Teilprivatisierung (gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 762 oder öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft nach Art. 763 OR) handeln². So sind denn auch bei den privatisierten Regional- und Kantonalbanken unterschiedliche Rechtsformen anzutreffen³.

2.2 Umwandlung: übertragend oder formwechselnd

Die Schweiz kennt zur Zeit noch keine umfassenden gesetzlichen Vorschriften zur Umwandlung von Gesellschaften, obwohl sich vereinzelt diesbezügliche Bestimmungen finden lassen (bspw. Art. 824 ff. OR). In der schweizerischen Rechtspraxis kommen deshalb sowohl die übertragende Umwandlung – wie sie das geltende Recht für die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH kennt – als auch die sog. formwechselnde Umwandlung zur Anwendung.

Bei der *übertragenden* Umwandlung werden die bisherige Gesellschaft aufgelöst und ihr Vermögen auf eine neue Gesellschaft übertragen, während bei der *formwechselnden* Umwandlung lediglich die Rechtsform geändert wird. Die letztgenannte Umwandlungsform, welche auch in den Entwurf zum neuen Fusionsgesetz aufgenommen wurde, bedingt in dieser Ausgestaltung keinerlei Rechtsnachfolge und somit auch keine Übertragung von Rechtsbeziehungen; sie erscheint als blosser Rechtskleidwechsel einer Gesellschaft⁴.

Für die direkte und liquidationslose Umwandlung der Rechtsform inländischer Institute des öffentlichen Rechts gibt es bislang wie erwähnt keine allgemeine ge-

setzliche Regelung. Die neue Bestimmung im Fusionsgesetz (Art. 99 FusG-E) schafft eine privatrechtliche Grundlage, die es Instituten des öffentlichen Rechts erlaubt, an einer Fusion, einer Umwandlung oder einer Vermögensübertragung teilzunehmen⁵.

Die in Ziff. 2.3 aufgezählten Bankenprivatisierungen wurden gestützt auf die *Praxis* der Handelsregisterbehörden bereits allesamt auf dem Wege der direkten und liquidationslosen Umwandlung durchgeführt, was zweifelsfrei das einfachste Vorgehen darstellt.

2.3 Beispiele aus den Jahren 2000 und 2001

In den letzten zwei Jahren wurden verschiedene Bankenprivatisierungen vorgenommen. Davon betroffen waren einerseits Regionalbanken (bspw. die Spar- und Leihkasse Kirchberg⁶) als auch Kantonalbanken (bspw. die St. Galler und die Luzerner Kantonalbank⁷).

3 Direkte Steuern von Bund und Kantonen

Da die formwechselnde (rechtskleidwechselnde) Umwandlung das einfachste und – wie die Beispiele der letzten beiden Jahre zeigen – offenbar auch das gebräuchlichste Vorgehen darstellt, wird in der nachfolgenden steuerlichen Beurteilung grundsätzlich nur noch auf diese Umwandlungsform eingegangen.

3.1 Steuerpflicht

Die öffentliche Hand (Bund, Kantone, Gemeinden und die anderen kantonalen Gebietskörperschaften jeweils als solche sowie ihre Anstalten) ist gemäss den Bestimmungen von Art. 56 Abs. 1 lit. a bis c DBG resp. Art. 23 Abs. 1 lit. a bis c StHG von den direkten Steuern befreit. Dies gilt grundsätzlich auch für Banktätigkeiten, sofern sie von Institutionen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden, es sei denn, die Steuerpflicht werde im Gesetz ausdrücklich normiert, wie dies bspw. für die Thurgauer Kantonalbank der Fall ist⁸.

Die Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Bank in einen privatrechtlichen Rechtsträger hat einen Wechsel zu strengeren Steuerbefreiungsvorschriften zur Folge, indem z.B. beim Bund die uneingeschränkte Steuerbe-

1 SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip.

2 LOCHER, 247.

3 Berner und Luzerner Kantonalbank sowie Spar- und Leihkasse Kirchberg: Art. 620 OR; St. Galler Kantonalbank: Art. 762 OR; Walliser und Zuger Kantonalbank: Art. 763 OR.

4 Botschaft Fusionsgesetz, 4357 f.

5 Botschaft Fusionsgesetz, 4480 f.

6 Vgl. SHAB vom 11.4.2000, 2433 und 2434.

7 Vgl. SHAB vom 6.7.2000, 4591 resp. vom 15.3.2001, 1937.

8 Vgl. § 75 Abs. 1 Ziff. 2 StG TG, RB 640.1.

freierung nach Art. 56 Abs. 1 lit. a bis c DBG wegfällt und nur noch eine solche gemäss Art. 56 Abs. 1 lit. g DBG wegen Verfolgung öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke in Frage kommt⁹.

So wurde bei der Umwandlung der Luzerner Kantonalbank der Eintritt in die kantonale Steuerpflicht im Gesetz über die Umwandlung der Luzerner Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft (Umwandlungsgesetz) vom 8.5.2000¹⁰ in Art. 17 explizit stipuliert. Der Regierungsrat des Kantons Luzern ist überdies von der Steuerpflicht auch für die direkte Bundessteuer ausgegangen¹¹. Auch der Regierungsrat des Kantons St. Gallen ist davon ausgegangen¹², dass die privatisierte Kantonalbank der kantonalen Steuerpflicht unterliege. Hinsichtlich der Steuerpflicht bei der direkten Bundessteuer wurde im damaligen Zeitpunkt wegen eines laufenden Rechtsmittelverfahrens indessen noch offengelassen, ob allenfalls eine partielle (im Ausmass der Kantonsbeteiligung) oder sogar eine vollständige Befreiung greifen würde.

Das Bundesgericht hat nun kürzlich in den Fällen der Berner sowie der Waadtländer Kantonalbank entschieden, dass diese vollumfänglich der direkten Bundessteuer unterstellt werden¹³, da sich eine ertrags- und wettbewerbsorientierte Geschäftspolitik nicht mit einer öffentlichen Zwecksetzung vereinbaren lasse.

3.2 Steuerliche Eröffnungsbilanz im Allgemeinen

In der Praxis wird die Erstellung einer *separaten Steuerbilanz* mit dem Hinweis auf die Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz in der Regel verweigert. Die Steuerbehörden argumentieren, dass handelsrechtlich eine Aufwertung auf den Geschäftswert zulässig sei. Im Rahmen des handelsrechtlich Möglichen wird daher eine entsprechende Aufwertung verlangt und eine separate Steuerbilanz abgelehnt. Die Steuerneutralität der Aufwertung ist in dem Sinne zu verstehen, dass die Aufwertung noch im steuerbefreiten Raum vorgenommen werden soll und dadurch steuerlich nicht zu erfassen ist. Die aufgewerteten Aktiven bzw. aufgelösten Passiven bilden die massgebliche Grundlage beim Neueintritt in die Steuerpflicht.

Sollten die Aktiven und Passiven einer Gesellschaft – aus welchen Gründen auch immer – aber nicht auf die

handelsrechtlichen Höchstwerte angehoben werden, muss sich die Unternehmung auf den tatsächlichen Einbringungswerten behaften lassen. Es wird die Vermutung aufgestellt, der oder die Einbringer hätten die stillen Reserven mit Wissen und Willen als verdeckte Mittel eingebracht. Mit diesem Argument wird eine separate Steuerbilanz mit höheren Wertansätzen nicht akzeptiert.

Simonek¹⁴ legt in ihrem Artikel jedoch überzeugend dar, dass diese Praxis mit dem verfassungsmässigen Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht vereinbar ist und dass das Massgeblichkeitsprinzip immer dann zurückgedrängt werden müsse, wenn die steuerpflichtige Person aus *sachlichen* Gründen tiefere Bilanzwerte als die Verkehrswerte wählt.

Es ist in der Tat nicht einzusehen, wieso das Leistungsfähigkeitsprinzip den Bedürfnissen nach Einfachheit und Praktikabilität untergeordnet wird. Die Befürchtungen der Steuerbehörden, dass dadurch das Massgeblichkeitsprinzip ausgehöhlt würde, sind unseres Erachtens unbegründet. Bei der Massgeblichkeit handelt es sich letztlich um einen technischen Ansatz, der dazu dient, Steuerveranlagungen effizient zu erledigen. Bei der Privatisierung handelt es sich aber um eine fallspezifische Beurteilung einer seltenen – ja im Leben einer Unternehmung wohl einmaligen – Konstellation, weshalb das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit höher zu gewichten ist.

3.3 Steuerliche Eröffnungsbilanz bei Banken

Unternehmen, die der Bankengesetzgebung unterstehen, müssen in ihrer Rechnungslegung die Grundsätze von Art. 24 der Verordnung über die Banken und Sparkassen (BankV)¹⁵ befolgen. Nach Art. 24 Abs. 2 lit. g BankV ist dabei insbesondere die Stetigkeit in Darstellung und Bewertung ausschlaggebend, die eine Aufwertung auch im Hinblick auf eine bevorstehende Privatisierung verhindert. Dieser spezialgesetzliche Zwang zur Bilanzkontinuität ermöglicht es daher in der heutigen Steuerpraxis, die stillen Reserven in einer separaten Steuerbilanz offenzulegen.

Diese Praxis¹⁶ wird in der Botschaft zum Fusionsgesetz¹⁷ ausdrücklich bestätigt: Um zu verhindern, dass die vor Eintritt in die Steuerpflicht gebildeten stillen

9 Vgl. SIMONEK, Steuerbefreiung, 230.

10 SRL 690.

11 Botschaft Umwandlungsgesetz LU, 39.

12 Botschaft Kantonalbankgesetz SG, 2666.

13 BGer, 2.4.2001, StE 2001 B 71.63 Nr. 17; BGE 127 II 113 = StR 2001, 517.

14 SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip, 3 ff.

15 SR 952.02.

16 Vgl. bspw. Angebots- und Kotierungsprospekt LUKB, 49.

17 Botschaft Fusionsgesetz, 4483.

Reserven einer latenten Steuerlast unterliegen, soll es möglich sein, diese stillen Reserven in einem Inventar festzuhalten. Die in diesem Inventar offen gelegten stillen Reserven müssen in der Regel dann von einem besonders befähigten Revisor oder einer besonders befähigten Revisorin bestätigt werden, damit sie sich als steuerfreie Einlagen der Mitglieder der Kapitalgesellschaft qualifizieren (Art. 60 Abs. 1 lit. a DBG und Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG) und bei einer Aufwertung in der Handelsbilanz wie versteuerte stille Reserven behandelt werden.

Fazit ist also, dass Banken, die privatisiert werden, steuerlich die Möglichkeit erhalten, die vor Eintritt in die Steuerpflicht gebildeten stillen Reserven – in Abkehr vom Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz – in der steuerlichen Eingangsbilanz festzuhalten, weil ihnen die Anpassung der Handelsbilanzwerte kraft spezialgesetzlicher Regelung verwehrt bleibt.

3.4 Steuerliche Behandlung einzelner Bilanzpositionen

3.4.1 Massgebliche Beteiligungen

Dass eine Aufwertung von Beteiligungen auf den Verkehrswert in der Steuerbilanz gerechtfertigt ist, ist nach dem bisher Ausgeführten leicht verständlich und nachvollziehbar. Die Schwierigkeit liegt aber darin, sich auf den «richtigen» Verkehrswert zu einigen, sofern es sich nicht um kotierte oder erst kürzlich erworbene Beteiligungsrechte handelt. Der Gesetzesentwurf zum neuen Fusionsgesetz (Art. 100 Abs. 2 FusG-E) geht davon aus, dass die in das Inventar aufgenommenen Beteiligungen von einer besonders befähigten Revisorin oder einem besonders befähigten Revisor geprüft werden, sofern nicht in anderer Weise sichergestellt wird, dass die Bewertungen anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen entsprechen. Eine solche Bestätigung ist jedoch nicht in allen Fällen zwingend¹⁸; insbesondere bei kleineren Beteiligungen sollte die Einigung auf eine angemessene Bewertung auch ohne aufwendige Bewertungsgutachten möglich sein.

Die Aufwertung der Beteiligungen auf den Verkehrswert hat vor allem Bedeutung für eine künftige Veräusserung von Beteiligungstranchen von weniger als 20 %.

Beim Verkauf grösserer Tranchen greift der mit der Unternehmenssteuerreform eingeführte Beteiligungsabzug auf Kapitalgewinnen – die Einhaltung der übrigen Bedingungen vorausgesetzt –, da es sich gemäss Weisung der Eidg. Steuerverwaltung¹⁹ bei Beteiligungen von Kapitalgesellschaften, die nach dem 31.12.1996 in die Steuerpflicht eintreten, richtigerweise um Neu-Beteiligungen handelt. (Die Gestehungskosten entsprechen demzufolge dem Gewinnsteuerwert beim Eintritt in die Steuerpflicht.)

3.4.2 Goodwill

Unter Goodwill wird an dieser Stelle eine Residualgrösse verstanden, indem vom gesamten Unternehmenswert die Verkehrswerte – also die Buchwerte unter Auflösung der im Inventar aufgedeckten stillen Reserven – sämtlicher einzelnen, klar identifizierbaren Wirtschaftsgüter in Abzug gebracht werden. So definiert, stellt der Goodwill einen nicht identifizierten immateriellen – aber offensichtlich vorhandenen – Wert dar, der sich sozusagen als «Restposten» errechnet²⁰.

Wenn schon stille Reserven, die im Zeitpunkt des Eintritts in die Steuerpflicht²¹ bestehen, in die steuerliche Eröffnungsbilanz als versteuerte stille Reserven aufzunehmen sind, um sie von einer latenten Steuerlast zu befreien, muss dies auch für den Goodwill gelten. Auch der Bundesrat geht davon aus, dass selbst immaterielle Werte, zu denen nebst anderen der Goodwill gehört²², in das für die Aufnahme in die Steuerbilanz massgebliche Inventar aufzunehmen und zu bewerten sind²³. Der Meinung, dass selbst Goodwill in die Steuerbilanz aufgenommen werden kann, können sich auch Vertreter der Eidg. Steuerverwaltung anschliessen, wobei diese davon ausgehen, dass es sich um originären Goodwill handelt²⁴.

Gemäss konstanter Praxis wird die steuerliche Aktivierungsfähigkeit des derivativ, d.h. käuflich erworbenen Goodwills anerkannt und beim originären, d.h. selbst geschaffenen Goodwill verweigert²⁵. Diese Unterscheidung beruht letztlich auf dem Massgeblichkeitsprinzip, weil der derivativ erworbene Goodwill auch handelsrechtlich aktivierungsfähig ist, während der originäre Goodwill nicht bilanziert werden darf, weil keine konkret erfassbaren Aufwendungen vorhanden sind²⁶.

18 Botschaft Fusionsgesetz, Fn 168.

19 Kreisschreiben Nr. 9, Ziff. 3.3.1 Abs. 1 lit. b.

20 Auf den theoretisch denkbaren Fall eines negativen Goodwills oder eines Badwills wird hier nicht eingegangen.

21 SPORI, 8, spricht in diesem Zusammenhang von *Verstrickung*, was dem wirtschaftlichen Hintergrund wohl am nächsten kommt.

22 Botschaft Fusionsgesetz, 4462.

23 Botschaft Fusionsgesetz, 4482.

24 NEUHAUS/NEUHAUS, Lösung zu Fall 2.2.3.

25 REICH/ZÜGER, Art. 27 N 17.

26 HWP, 184.

Aus dem unter den Ziff. 3.2 sowie 3.3. Ausgeführten geht indessen hervor, dass das Massgeblichkeitsprinzip im Falle der steuerlichen Eröffnungsbilanz bei Banken keine bindende Wirkung hat. Daraus ist die Folgerung zu ziehen, dass in Abweichung von der Grundregel selbst der originäre Goodwill steuerlich aktiviert werden darf, sofern er offen gelegt wird und sich nachweisen lässt. Würde dem originären Goodwill die steuerliche Aktivierung nicht zugestanden, könnte dem zentralen Gedanken, dass beim Eintritt in die Steuerpflicht schon bestehende stille Reserven steuerfrei bleiben sollen, nicht nachgelebt werden.

Die Begriffe des derivaten und originären Goodwills haben steuerlich keine eigenständige Bedeutung, sondern werden vom Handelsrecht übernommen, und die steuerliche Behandlung richtet sich nach dem handelsrechtlichen Buchführungsrecht. Dies ist in Bezug auf die Abschreibbarkeit des Goodwills von Bedeutung, weil üblicherweise nur vom derivaten Goodwill steuerlich wirksam beschrieben werden kann. Dies ist aber letztlich nur die Konsequenz daraus, dass originärer Goodwill in der Regel weder handelsrechtlich noch steuerrechtlich aktivierbar und somit auch nicht abschreibbar ist. Da der originäre Goodwill in der steuerlichen Eröffnungsbilanz der Banken jedoch aktiviert werden darf, muss er konsequenterweise steuerlich auch abschreibbar sein.²⁷

Letztlich liegt jedoch die Schwierigkeit in der Bewertung des Goodwills. Auch hier gilt, dass der Wert durch einen besonders befähigten Revisor resp. eine besonders befähigte Revisorin bestätigt werden muss. Allenfalls kann der Goodwill durch Rückrechnung des Unternehmungswertes ermittelt werden, wie er sich bspw. bei allfälligen Teilverkäufen von Aktien der privatisierten Bank am Markt ergibt.

3.4.3 Reserven für allgemeine Bankrisiken

Die Reserven für allgemeine Bankrisiken²⁸ stellen bankenrechtlich nach Art. 11a Abs. 1 lit. b BankV als eigene Mittel anrechenbares *Kernkapital* dar. Handelsrechtlich hingegen sind sie Fremdkapital, und für die Zwecke der direkten Bundessteuer werden sie als Eigenkapital behandelt.

Dieser Qualifikation als steuerliches Eigenkapital entsprechend, müssen bei Neueintritt in die Steuerpflicht die Reserven für allgemeine Bankrisiken als versteuertes Eigenkapital gelten, was in der Praxis – soweit ersichtlich – auch anerkannt wird.

3.4.4 Wertberichtigungen und Rückstellungen

Weitere stille Reserven finden sich allenfalls in den Wertberichtigungen und Rückstellungen²⁹. Diese sind bankenrechtlich gemäss Art. 11b Abs. 1 lit. b BankV jedoch nur dann als eigene Mittel anrechenbares *ergänzendes Kapital*, sofern sie auf einem besonderen Konto ausgeschieden, als eigene Mittel gekennzeichnet, ihre Anrechenbarkeit im Revisionsbericht bestätigt und den Steuerbehörden unaufgefordert bekanntgegeben werden.

Nach der Praxis der direkten Bundessteuer werden diese als ergänzendes Kapital anerkannten eigenen Mittel nicht zwangsläufig als Eigenkapital qualifiziert. Die stillen Reserven, die in der Handelsbilanz unter den Wertberichtigungen und Rückstellungen als Fremdkapital ausgewiesen werden, stellen auch steuerlich anerkanntes Fremdkapital dar, sofern und soweit die nach der Praxis der Veranlagungsbehörden zugelassenen pauschalen Rückstellungen für Verlustrisiken nicht überschritten werden.

Bei stillen Reserven, die per Neueintritt in die Steuerpflicht bestehen und in vorerwähntem Sinne steuerlich nicht als geschäftsmässig begründet zu qualifizieren sind, rechtfertigt sich entsprechend die Aufnahme als bereits versteuerte stille Reserve in die steuerliche Eingangsbilanz.

3.4.5 Steuerliche Auswirkungen

Die steuerlichen Auswirkungen, die sich aus der separaten (von der Handelsbilanz abweichenden) Steuerbilanz ergeben, liegen auf der Hand:

- In erste Linie kann auf den höheren Gewinnsteuerwerten steuerlich wirksam beschrieben werden.
- Künftige Kapitalgewinne auf Beteiligungsveräusserungen fallen im Umfang der steuerlich höheren Bewertung (Überschuss des Gewinnsteuerwerts über den handelsrechtlichen Buchwert) tiefer aus.

27 Die Abschreibbarkeit des originären Goodwills im Rahmen einer Privatisierung ist im Übrigen nicht vergleichbar mit jenem Fall, in welchem eine Unternehmung gekauft und anschliessend fusioniert wird. Die diesfalls häufig auftretende aktive Kapitalaufrechnungsdifferenz deckt u.a. den – im übernommenen Unternehmen selbst erarbeiteten – Goodwill buchmässig auf, dessen steuerwirksame Abschreibung nach konstanter Praxis nicht zugelassen wird. Würde die steuerliche Aktivierung und Abschreibung hier zugelassen, käme es zu einer

steuerfreien Liquidation der stillen Reserven des übernommenen Unternehmens, was aber gerade nicht das Ziel der Steuerneutralität der Fusion ist.

28 Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.10 BankV.

29 Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.9 BankV.

- Zusammen mit dem Gesamtgewinn fällt auch der als Beteiligungsertrag behandelte, steuerfreie Kapitalgewinn aus Beteiligungsveräusserungen tiefer aus, weil die Gestehungskosten dem Gewinnsteuerwert bei Eintritt in die Steuerpflicht (s. Ziff. 3.4.1, oben) entsprechen. Der tiefer ausfallende Kapitalgewinn zieht weniger Verwaltungs- und Finanzierungskosten auf sich; sie bleiben in grösserem Umfang steuermindernd abzugsfähig.
- Das gegenüber der Handelsbilanz höhere steuerbare Eigenkapital löst eine zusätzliche Belastung bei den Kapitalsteuern aus (Art. 29 StHG).
- In Kantonen, die einen renditeabhängigen Gewinnsteuertarif kennen, kann dank den in die Steuerbilanz aufgenommenen versteuerten stillen Reserven der Gewinnsteuersatz merklich tiefer ausfallen.

4 Übrige Steuern

4.1 Verrechnungssteuer

Durch die formwechselnde Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine Kapitalgesellschaft wird keine Verrechnungssteuerpflicht ausgelöst³⁰.

4.2 Stempelabgaben

4.2.1 Emissionsabgabe

Der Emissionsabgabe unterliegt nach Art. 5 Abs. 1 StG die entgeltliche oder unentgeltliche Begründung von Beteiligungsrechten inländischer Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine übertragende oder um eine rechtskleidwechselnde Umwandlung handelt³¹.

Die entscheidende Frage, nämlich ob der Ausnahmetitel nach Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG auch die Umwandlung einer Anstalt in eine Aktiengesellschaft erfasse, wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 3.10.1996³² im Fall der Walliser Kantonalbank bereits abschlägig beantwortet: Eine solche Umwandlung ist emissionsabgabepflichtig.

Somit bleibt – insbesondere bei der formwechselnden Umwandlung – die Frage, ob die Emissionsabgabe auf dem Nominalwert oder dem Unternehmenswert zu entrichten sei. Peter Spori vertritt die überzeugende Ansicht³³, dass lediglich auf dem Nominalwert der neu geschaffenen Aktien abzurechnen sei, weil Art. 8 Abs. 3 StG die Abrechnung auf dem Verkehrswert nur bei einer

«Einbringung» vorsieht. Da es bei einer rechtskleidwechselnden Umwandlung jedoch nicht zu einem Übertragungsakt kommt, könne auch nichts «eingebracht» werden. Deshalb sei lediglich die Mindestbemessungsgrundlage nach Art. 8 Abs. 1 lit. a StG anwendbar. Ohne Vermögensübertragung erfolgt die Liberierung der Aktien u.E. letztlich unentgeltlich; es handelt sich um eine Art Ausgabe von Gratisaktien. Gratisaktien sind der Natur nach zwingend auf dem in Aktienkapital umgewandelten Nennwert abzurechnen; der innere Wert des neubegründeten Aktienkapitals ist nicht weiter von Bedeutung.

Leider übernimmt die Eidg. Steuerverwaltung diese Ansicht nicht. Trotz Fehlens einer eigentlichen Vermögensübertragung zwischen verschiedenen Rechtssubjekten ist für die Berechnung der Abgabe aus Sicht der Eidg. Steuerverwaltung auf den inneren Wert abzustellen, obschon die Bestimmung von Art. 8 Abs. 3 StG auf den Normalfall der Liberierung von Beteiligungsrechten mittels Sacheinlagen zugeschnitten ist. Für die emissionsabgaberechtliche Bewertung einer Bank wird der Unternehmenswert im Regelfall so berechnet, dass der Verkehrswert dem um einen Goodwill-Zuschlag von 10% erhöhten, zu Verkehrswerten ermittelten Aktivenüberschuss gleichgestellt wird³⁴.

Es ist zu hoffen, dass das Fusionsgesetz diese Frage lösen wird. Nach den Beschlüssen des Ständerates (21.3.2001) und der nationalrätlichen WAK (3.7.2001) soll jedenfalls das Stempelgesetz durch einen Art. 9 Abs. 1 lit. e in dem Sinne ergänzt werden, dass unter anderem bei Umwandlungen von Unternehmen des öffentlichen Rechts lediglich auf dem Nennwert abzurechnen ist (allerdings unter Vorbehalt einer fünfjährigen Sperrfrist).

4.2.2 Umsatzabgabe

Bei den zu privatisierenden Banken handelt es sich um Effektenhändler im Sinne von Art. 13 StG, weshalb die Umsatzabgabepflicht zu prüfen ist. Bei einer rechtskleidwechselnden Umwandlung ist eine Umsatzabgabepflicht mangels Übertragungsakt nicht gegeben.

4.3 Grundsteuern

4.3.1 Grundstückgewinnsteuer

Grundlegendes Element zur Erhebung einer kantonalen Grundstückgewinnsteuer nach Art. 12 StHG ist das Vor-

30 LOCHER, 252.

31 STOCKAR/HOCHREUTENER, N 25 zu Art. 5 Abs. 1 lit. a StG.

32 STOCKAR/HOCHREUTENER, N 1 zu Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG.

33 SPORI, 10f.

34 STOCKAR/HOCHREUTENER, N 13 zu Art. 8 Abs. 3 StG.

liegen einer Veräusserung. Damit sind in erster Linie die zivilrechtlichen Übertragungsformen gemeint. Da es bei einer formwechselnden Umwandlung aber gerade nicht zu einem Übertragungsakt kommt, besteht keine Grundstückgewinnsteuerpflicht.

Ferner liegt auch kein Rechtsgeschäft vor, das im Sinne von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG «in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wie eine Veräusserung wirken» könnte (wirtschaftliche Handänderung), da es eben zu keinem Übergang von einem Rechtsträger auf einen anderen kommt – die Verfügungsgewalt wird bei einem Rechtskleidwechsel nie übertragen.

Somit bleibt höchstens die Frage, ob sich in einem dualistischen Grundstückgewinnsteuer-System die rechtsformwechselnde Umwandlung mit einer Überführung von Grundstücken vom Privatvermögen in das Geschäftsvermögen nach Art. 12 Abs. 2 lit. b StHG vergleichen lasse. Ein Vergleich dieser Art liesse sich bestenfalls dadurch rechtfertigen, dass infolge der Aufwertung des Grundstückes auf den Verkehrswert in der Steuerbilanz die Anlagekosten überschritten werden könnten. Damit ergäbe sich eine systembedingte Besteuerungslücke in denjenigen Kantonen, wo für gewisse öffentlich-rechtliche Institutionen – als Folge der Befreiung von der subjektiven Steuerpflicht bei den direkten kantonalen Steuern – eine Grundstückgewinnsteuerpflicht normiert wurde³⁵.

Im monistischen System kommt es naturgemäss zu keiner Systemlücke. Im Übrigen bestünde diesfalls sowie so ein Steueraufschubstatbestand infolge Umwandlung.

4.3.2 Handänderungssteuer

Die von den Kantonen und Gemeinden allenfalls zu erhebenden Handänderungssteuern knüpfen an die zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentumsübertragungen an. Wie schon bei der Grundstückgewinnsteuer festgestellt wurde, liegt weder zivilrechtlich noch wirtschaftlich eine Übertragung vor, weshalb sich eine Erhebung von Handänderungssteuern nicht rechtfertigt. Vorbehalten bleiben lediglich die Grundbuchgebühren, die sich aus der Berichtigung des Grundbuches ergeben.

4.4 Mehrwertsteuer

Bei der formwechselnden Umwandlung liegt auch im mehrwertsteuerrechtlichen Sinne kein Umsatz vor, weshalb die Mehrwertsteuerpflicht entfällt^{36, 37}. Die Eidg.

Steuerverwaltung geht in der Praxis jedoch davon aus, dass auch in diesen Fällen das Meldeverfahren durchzuführen sei und eine neue Mehrwertsteuernummer zugeteilt werden müsse. Diese Praxis scheint jedoch nicht einheitlich angewendet zu werden; zweckmässig ist sie bei einer formwechselnden Umwandlung keinesfalls.

5 Fazit

Die Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Körperschaften wird steuerrechtlich unterschiedlich gehandhabt. Im Falle von Banken ist aufgrund des engen Korsetts bankengesetzlicher Vorschriften zur Rechnungslegung die Errichtung einer Steuerbilanz sowohl nach der geltenden Praxis als neu auch nach dem geplanten Fusionsgesetz ausdrücklich vorgesehen. Somit bieten sich für Banken bereits im Rahmen der Umwandlung bzw. des Rechtskleidwechsels zahlreiche Möglichkeiten, die Kostenstruktur im Bereich der Steuern zu optimieren. Diese Steueroptimierungen gelten sowohl für den Akt der Privatisierung selbst als insbesondere auch für die Zeit nach Eintritt in die Steuerpflicht. Erfolgt im Anschluss an die Privatisierung ein Börsengang, wie das beispielsweise bei der St. Galler Kantonalbank oder bei der Luzerner Kantonalbank der Fall war, oder eine Kooperation mit einem anderen Partner aus dem Finanzsektor, erlangt die Steueroptimierung beim Neueintritt in die Steuerpflicht noch eine zusätzliche Dimension. Die Privatisierung von Banken stellt daher erst recht einen ersten und wichtigen Prüfstein für das Kostenmanagement der Unternehmungen dar.

Literatur und Materialien

Angebots- und Kotierungsprospekt vom 12. März 2001 der Luzerner Kantonalbank (zit.: Angebots- und Kotierungsprospekt LUKB)

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000 (Fusionsgesetz, FusG), BBl 2000, 4337 ff. (zit.: Botschaft Fusionsgesetz)

Botschaft zum Gesetz über die Umwandlung der Luzerner Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft (Umwandlungsgesetz) vom 14.12.1999, B 33 (Amtsdauer 1999–2003) (zit.: Botschaft Umwandlungsgesetz LU)

35 Bspw. § 1 Abs. 1 des luzernischen Gesetzes über die Grundstückgewinnsteuer vom 31.10.1961 (SRL 647).

36 HÖHN/WALDBURGER, 652.

37 CAMENZIND/HONAUER/VALLENDER, 138.

Botschaft zum Grossratsbeschluss über die Umwandlung der St. Gallischen Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft und Kantonalbankgesetz vom 3.10.1995, ABI 1995, 2631 ff. (zit.: Botschaft Kantonalbankgesetz SG)

CAMENZIND ALOIS/HONAUER NIKLAUS/VALLENDER KLAUS A., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz, Bern/Stuttgart/Wien 2000

HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Bd. II, 9. A., Bern/Stuttgart/Wien 2002

HWP, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998

Kreisschreiben Nr. 9 der Eidg. Steuerverwaltung, vom 9.7.1998, betr. Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 auf die Steuerermässigung auf Beteiligungserträgen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften

LOCHER PETER, Steuerrechtliche Aspekte der Privatisierung, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die juristische Praxis 1997, Bern 1998, 241 ff.

NEUHAUS MARKUS R./NEUHAUS HANS-JÜRIG, Massgeblichkeitsprinzip, Kammer-Seminar zu aktuellen Problemen des schweizerischen Steuerrechts vom 29./30.6.2000 (nicht publiziert)

REICH MARKUS, Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmungsumstrukturierungen, Basel 2000

REICH MARKUS/ZÜGER MARINA, Kommentar zu Art. 27 bis Art. 31 DBG, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Bd. I/2a, Basel/Genf/München 2000

SIMONEK MADELEINE, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, FStR 2002, 3 ff. (zit.: Massgeblichkeitsprinzip)

– Steuerbefreiung und Privatisierung, ST 2000, 230 ff.

SPORI PETER, Umwandlung öffentlicher Unternehmen, Unterlagen zum IFF-Seminar vom 10./11.4.1997 (nicht publiziert)

STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER, Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Band 1 (Loseblattsammlung)

Steuerfolgen der Privatisierung kommunaler Werke

Lic. iur. H el ene Staudt



*H el ene Staudt, lic. iur., dipl.
Steuerexpertin, Mitglied der
Direktion, OBT AG, St. Gallen*

Inhalt

1	Einführung
2	Direkte Steuern von Bund und Kantonen
2.1	Steuerpflicht
2.2	Steuerbefreiung
2.3	Eingangsbilanz
2.4	Abschreibungen
2.5	Leistungsvereinbarung
3	Emissionsabgabe
4	Grundsteuern
4.1	Grundstückgewinnsteuer
4.2	Handänderungssteuer
5	Mehrwertsteuer
6	Ausblick: Fusionsgesetz
	Literatur

1 Einführung

In den letzten Jahren wurden verschiedentlich kommunale Unternehmen, insbesondere Elektrizitätswerke und Wasserversorgungsbetriebe, von – soweit ersichtlich unselbständigen –  ffentlich-rechtlichen Anstalten in Aktiengesellschaften des Privatrechts umgewandelt, wobei die Gemeinde in der Regel zumindest in der Anfangsphase die Aktienmehrheit behielt.¹ Die unten dargelegten steuerlichen Aspekte solcher Umgestaltungen gehen davon aus, dass eine übertragende Umwandlung vorliegt, da die sog. formwechselnde Umwandlung nur bei selbständigen Anstalten möglich ist und damit im Zusammenhang mit der Privatisierung kommunaler Werke wohl nur in einer verschwindend kleinen Zahl der Fälle von Bedeutung ist.² Für öffentliche Unternehmen, die rechtlich nicht verselbständigt sind, hat die Übertragung auf eine in Gründung befindliche oder bereits bestehende Gesellschaft über eine Sacheinlage resp. Sachübernahme zu erfolgen. Aktiven und Passiven gehen in diesem Fall nach Art. 181 OR auf die Gesellschaft über.³

In diesem Beitrag sollen die Besonderheiten hinsichtlich der Steuerfolgen, welche sich bei der Privatisierung von kommunalen Werken und Betrieben der Ver- und Entsorgung stellen, dargelegt werden.

2 Direkte Steuern von Bund und Kantonen

2.1 Steuerpflicht

Gemäss Art. 56 lit. c des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) sind die Gemeinden sowie ihre

1 Im Interesse einer leichteren Lesbarkeit wird nachfolgend der Begriff der Privatisierung benutzt, obwohl dieser nicht ganz korrekt ist: Das Eigentum kann öffentlich (d.h. bei der Gemeinde) bleiben, wird jedoch in eine zivilrechtliche Form gekleidet; s. dazu auch SIMONEK, Massgeblichkeit, S. 3 f.

2 DÜRR, S. 237 mit entsprechenden Quellenangaben; s. auch SCHMID/LEHMANN, S. 278, Ziff. 2.2.

3 Ausführlich: SIMONEK, Steuerbefreiung, S. 4 ff.

Anstalten von der Steuerpflicht befreit. Die kantonalen Steuergesetze sehen entsprechend Art. 23 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) eine analoge Befreiung vor. Kommunale Werke haben vor der Privatisierung mehrheitlich das Rechtskleid der unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt und sind somit als Teil der Gemeinde sowohl von der direkten Bundessteuer als auch von den kantonalen Steuern befreit. Die Übertragung eines kommunalen Werks auf einen privatrechtlichen Rechtsträger löst für die übertragende Gemeinde deshalb keine Gewinnsteuern aus, und zwar unabhängig vom Wert, zu welchem die Übertragung erfolgt.⁴ Der Gemeinde steht damit zumindest aus steuerlicher Sicht nichts im Wege, die bestehenden Buchwerte der Aktiven und Passiven des zu übertragenden Unternehmens auf deren Verkehrswerte zu erhöhen bzw. herabzusetzen. Wertet eine Gemeinde z.B. ihr Elektrizitätsnetz vor der Übertragung auf eine privatrechtliche Aktiengesellschaft auf den Verkehrswert auf, bleibt der Aufwertungsgewinn steuerfrei.⁵

2.2 Steuerbefreiung

Während die Gemeinden und ihre Anstalten gestützt auf Art. 56 lit. c DBG resp. Art. 23 Abs. 1 lit. c StHG vorbehaltlos und vollumfänglich von den direkten Steuern befreit sind, fällt die Steuerbefreiung nach einer Privatisierung dahin. Befindet sich das kommunale Werk in der Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, kann eine Steuerbefreiung in der Regel nur gestützt auf Art. 56 lit. g DBG resp. Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG – namentlich wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke – geltend gemacht werden.

In Ziff. II(2) des KS 12/1994⁶ erwähnt die Eidg. Steuerverwaltung, dass folgende allgemeine Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine Steuerbefreiung nach Art. 56 lit. g DBG wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke gewährt wird:

- es handelt sich um eine juristische Person;
- die steuerbefreite Tätigkeit ist ausschliesslich auf die öffentliche Aufgabe ausgerichtet;
- die dem öffentlichen Zweck dienenden Mittel sind unwiderruflich steuerbefreiten Zwecken gewidmet; und
- die juristische Person ist tatsächlich im steuerbefreiten Sinn tätig.

Bei den öffentlichen Zwecken kann es sich gemäss Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung nur um eine begrenzte Anzahl Aufgaben handeln, welche eng an die Staatsaufgaben anzulehnen sind. Dabei ist zu beachten, dass juristischen Personen, die in erster Linie Erwerbs- oder Selbsthilfzwecke verfolgen, die Steuerbefreiung wegen Verfolgung «öffentlicher Zwecke» grundsätzlich nicht gewährt werden kann, auch wenn sie zugleich öffentlichen Zwecken dienen. Einigkeit besteht zudem darüber, dass eine Steuerbefreiung wegen Verfolgung öffentlicher Zwecke nicht in Frage kommt, wenn ein privatisierter Betrieb in Konkurrenz zu Privaten am Markt teilnimmt. Eine Steuerbefreiung solcher Betriebe widerspräche dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Steuern.⁷

Wird der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität der Steuern weit ausgelegt, so kommt eine Steuerbefreiung z.B. in einem liberalisierten Strommarkt überhaupt nicht in Frage. Wenn überhaupt, könnte eine Steuerbefreiung nur dann gewährt werden, wenn ein Unternehmen bloss den Bereich der Grundversorgung abdeckt. Eine darüber hinausgehende Tätigkeit wäre mit dem Begriff des öffentlichen Zweckes, welcher nach Auffassung der Eidg. Steuerverwaltung restriktiv auszulegen ist,⁸ nicht vereinbar. Dies führt dazu, dass den Betreiberinnen von Übertragungsnetzen (Stromtransport) weiterhin eine Steuerbefreiung gewährt werden kann, da in diesem Bereich keine vollkommene Liberalisierung stattfindet, hinsichtlich der Lieferung von elektrischer Energie jedoch die Voraussetzungen der Steuerbefreiung gestützt auf Art. 56 lit. g DBG kaum erfüllt sind. Die Praxis zeigt jedoch, dass auch hinsichtlich des Betriebs von Übertragungsnetzen die Steuerbefreiung nur sehr restriktiv gewährt wird, mit dem Argument, dass auch der Netzbetreiber die Möglichkeit habe, sich am Markt frei und gewinnorientiert zu verhalten.

Es gibt kommunale Werke, bei denen sowohl die Energie- als auch die Wasserversorgung in einem Werk zusammengefasst sind und gemeinsam auf eine privatrechtliche Gesellschaft übertragen werden. Bei der Frage der Steuerbefreiung für die Wasserversorgung stellt sich die Sachlage ein wenig anders. Derzeit werden keine Pläne verfolgt, die Wasserversorgung zu liberalisieren. Die Wasserversorgung obliegt der öffentlichen Hand. Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzun-

4 DÜRR, S. 237.

5 In der Praxis zeigt sich jedoch, dass es aus politischer Sicht nicht immer ganz unproblematisch ist, wenn die Gemeinde gegenüber ihren Stimmbürgern offenzulegen hat, woher die entsprechenden ausserordentlichen Gewinne rühren; die Gewinne können auch dazu führen, dass die Gemeinde aus dem Finanzausgleich herausfällt.

6 Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. Juli 1994, betreffend Steuerbefreiung juristischer Personen, die öffentliche oder gemeinnützige Zwecke oder Kultuszwecke verfolgen, sowie Abzugsfähigkeit von Zuwendungen.

7 Ausführlich: SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip, S. 5 ff.

8 KS 12/1994, Ziff. II(4) Abs. 7.

gen der Steuerbefreiung wegen der Verfolgung öffentlicher Zwecke für den Bereich der Wasserversorgung gegeben sind.⁹ Einerseits ist die Reglementierungsdichte in diesem Bereich sehr hoch (Gewässerschutz-, Umweltschutz- und Nutzungsvorschriften etc.) und andererseits können sich die Wasserpreise – insbesondere was die Grundversorgung anbelangt – nicht beliebig verändern. Voraussetzung für eine Steuerbefreiung ist auch in diesem Bereich, dass die ausschliessliche und unwiderrufliche Zweckbindung der Vermögenswerte bzw. des erwirtschafteten Ertrages einer Unternehmung gewährleistet bleibt.

Da in der Wasserversorgung aufgrund der tiefen Wasserpreise in der Regel kein Gewinn (wenn nicht sogar ein Verlust) erzielt wird, stellt sich die Frage, ob eine Steuerbefreiung für den Bereich der Wasserversorgung überhaupt erstrebenswert ist. Im Falle der unbeschränkten Steuerpflicht können nämlich die allenfalls erzielten Verluste aus der Wasserversorgung mit dem Gewinn aus der Energieversorgung verrechnet werden – was nicht zutrifft, wenn das Geschäft der Wasserversorgung von der Steuer befreit ist.

2.3 Eingangsbilanz

Für eine privatrechtliche Aktiengesellschaft ist aus steuerlicher Sicht von grosser Bedeutung, zu welchen Werten die Aktiven und Passiven eingebracht werden. Werden stille Reserven von der steuerbefreiten Gemeinde auf einen steuerpflichtigen Rechtsträger übertragen, unterliegen diese bei Auflösung grundsätzlich der ordentlichen Besteuerung, es sei denn, die Voraussetzungen einer Steuerbefreiung seien erfüllt.¹⁰ Einerseits kann die privatrechtliche Aktiengesellschaft Abschreibungen künftig bloss von den tieferen Buchwerten aus vornehmen, und andererseits werden Kapitalgewinne anlässlich einer späteren Weiterveräusserung von Aktiven steuerlich erfasst.¹¹

In diesem Zusammenhang kann man sich die Frage stellen, ob die stillen Reserven nicht in einer Steuerbilanz steuerneutral aufgedeckt werden können, ohne dass sie auch in der Handelsbilanz aufgedeckt werden müssen.¹² Die Steuerbehörden stehen einer von der Handelsbilanz abweichenden Steuerbilanz ablehnend gegenüber und

begründen dies insbesondere mit einem strikten Festhalten am Grundsatz der Massgeblichkeit der Handelsbilanz.¹³ Die Erfahrung zeigt, dass die kommunalen Werke im Bereich der Ver- und Entsorgung in der Regel aufgrund ihrer geringen Ertragskraft die Abschreibungsmöglichkeiten auf dem Verkehrswert ihrer Aktiven nicht vollumfänglich steuerwirksam ausschöpfen können,¹⁴ so dass es sich bei der Frage der von der Handelsbilanz abweichenden Steuerbilanz zwar um eine theoretisch spannende Auseinandersetzung handelt, welche in der Praxis jedoch nicht die Brisanz hat, die man auf den ersten Blick vermuten würde.

2.4 Abschreibungen

Wenn in öffentlich-rechtlichen Elektrizitätswerken die Anlagewerte praktisch abgeschrieben sind, fehlt bei einer Übertragung zu Buchwerten die entsprechende Abschreibungssubstanz. Somit stehen diese Unternehmen als privatrechtliche Aktiengesellschaften vor folgendem Problem: Entweder werden die ausgewiesenen Buchwerte der Sachanlagen vor der Einlage enorm aufgewertet, damit der steuerbare Gewinn durch die notwendigen und steuerlich akzeptierten Abschreibungen reduziert werden kann, oder das privatrechtlich geführte Elektrizitätswerk versteuert in der ersten Phase – aufgrund fehlender steuerlich abzugsfähiger Abschreibungsaufwendungen – hohe Gewinne.

Die Bestimmung und steuerliche Anerkennung der Abschreibungssätze ist somit von zentraler Bedeutung für die Ermittlung resp. für die Aufwertung der Übernahmewerte.¹⁵ Aufwertungen dürfen nur unter Beachtung der Höchstbewertungsvorschriften sowie der zukünftigen Ertragskraft getätigt werden. Die Praxis zeigt, dass die Abschreibungssätze, welche die Eidg. Steuerverwaltung in ihrem Merkblatt¹⁶ publiziert hat, in der Regel zu tief sind und zudem hinsichtlich der Unterschiede in Art und Beschaffenheit von Anlagegütern bei technischen Betrieben (z.B. Transformatorstationen, Verteilnetz, Steuerung, Apparate etc.) zu wenig differenzieren. In der Praxis werden daher die anzuwendenden Abschreibungssätze vorgängig mit den betroffenen Steuerbehörden abgesprochen; dabei wird den Unterschieden der Anlagegüter Rechnung getragen.

9 S. z.B. WEIDMANN/GROSSMANN/ZIGERLIG, S. 266.

10 S. Ziff. 2.2, oben.

11 DÜRR, S. 238.

12 DÜRR, S. 238.

13 Ausführlich: SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip, S. 3 ff.

14 In der Praxis führt dies dazu, dass als massgebender Verkehrswert der übertragenen Aktiven (Eingangswert) in der Regel der

Ertragswert festgelegt wird. Bei der Bewertung zeigt sich überdies, dass viele Elektrizitätswerke in der Vergangenheit nicht sehr grosszügig abgeschrieben haben und sich die Frage der Aufwertung auch aus diesem Grund gar nicht stellt.

15 S. auch Ziff. 2.3, oben.

16 Merkblatt A 1995 – Abschreibungen auf dem Anlagevermögen der Elektrizitätswerke.

2.5 Leistungsvereinbarung

Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften (v.a. Kantone und Gemeinden) sind die Eigentümer des in öffentlichem Besitz befindlichen Bodens und können als solche darüber bestimmen, wer in diesem Grund Leitungen erstellen darf. Sie besitzen damit das sogenannte Energieverteilungsmonopol. Es handelt sich hier nicht um ein rechtliches, sondern um ein faktisches Monopol. Die Wirtschaftsfreiheit (Handels- und Gewerbefreiheit) steht diesem Monopol nicht entgegen.¹⁷ Der Einzelne hat keinen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzung.¹⁸

Bei der Übertragung kommunaler Werke der Elektrizitätsversorgung wird der privatrechtlichen Aktiengesellschaft seitens der Gemeinde ein Benützungsrecht am Boden ohne zeitliche Beschränkung eingeräumt. Die Rechte und Pflichten in diesem Zusammenhang (Durchleitung und Lieferung von Energie, Unterhalt, Preise, Abgeltung an die Gemeinde etc.) werden in der Regel in einer Leistungsvereinbarung zwischen der Gemeinde und dem «privatisierten» Werk festgehalten. Als Entschädigung für die Benützung des öffentlichen Grunds leistet das Unternehmen zudem eine sog. Konzessionsabgabe.

Aus steuerlicher Sicht stellt sich die Frage, ob sich diese Konzessionsabgabe an die Gemeinde als geschäftsmässig begründeter Aufwand oder als geldwerte Leistung an die Aktionäre qualifiziert.¹⁹ Zudem stellt sich die Frage, wie die Höhe der zu leistenden Konzessionsabgabe zu ermitteln ist.

Zur Beurteilung der geschäftsmässigen Begründetheit muss in einem ersten Schritt dargelegt werden, wofür die Konzessionsabgabe geleistet wird: Sofern sie als Entschädigung für das Durchleitungsrecht an die Gemeinde als Grundeigentümerin bezahlt wird, stellt sich die Frage, warum nur die Gemeinde eine derartige Entschädigung erhält, und nicht auch die privaten Grundeigentümer. Ferner ist abzuklären, ob die Leitungen weiterhin im Eigentum der öffentlichen Hand verbleiben und die Konzession lediglich eine Entschädigung für die Benutzung der Leitungen bildet. In der Praxis wird dies wohl selten vorkommen; es macht in der Regel wenig Sinn, ein Elektrizitätswerk auf eine privatrechtliche Aktiengesellschaft zu übertragen und das Netz resp. die Leitungen bei der Gemeinde zu belassen. Somit stellt sich die Frage, warum nur die Gemeinde und nicht auch die Privaten eine Entschädigung für das

gewährte Durchleitungsrecht erhalten. Zu einfach ist das mitunter vorgebrachte Argument, dass die Privaten auch in jener Zeit, in welcher das Elektrizitätswerk noch durch die Gemeinde betrieben wurde, für das gewährte Durchleitungsrecht keine Entschädigung erhalten hätten. In der Regel wird dieses Problem ein wenig differenzierter «gelöst», indem den Privaten ein Recht auf Entschädigung eingeräumt wird – wohl in der Hoffnung, dass diese, entsprechend der Vergangenheit oder weil sie von ihrem Anspruch nichts wissen, von ihrem Recht nicht Gebrauch machen...

Schwieriger ist die Bestimmung der Höhe der Konzessionsabgabe. Soll diese anhand der Länge des Verteilernetzes bestimmt werden oder aufgrund der Fläche des benutzten öffentlichen Bodens? Da es sich um eine neue Frage handelt und man sich in diesem Zusammenhang kaum auf praktische Fälle abstützen kann, wird erst die Zukunft zeigen, wie der Markt spielt. Spätestens zu dem Zeitpunkt, wo die Beteiligungsrechte der privatisierten Elektrizitätswerke vollumfänglich in der Hand von Privaten sind, wird sich zeigen, ob diese bereit sind, überhaupt eine Entschädigung an die Gemeinde für die Nutzung des öffentlichen Bodens zu leisten und, falls ja, wie hoch diese Entschädigung sein wird. Bis zu diesem Zeitpunkt wird man sich damit abfinden müssen, dass seitens der Steuerbehörden die Vermutung geäussert wird, bei der Konzessionsentschädigung handle es sich um eine Leistung an die Gemeinde, welche vorwiegend aus steuerpolitischen – und nicht geschäftlichen – Gründen bezahlt werde. In der Praxis behilft man sich damit, dass die Höhe der Entschädigung für eine Anfangsphase mit den Steuerbehörden mit der klaren Auflage abgesprochen wird, dass die geschäftsmässige Begründetheit zu einem späteren Zeitpunkt überprüft werde.

3 Emissionsabgabe

Gemäss Art.5 Abs.1 lit.a i.V.m. Art.8 des Stempelabgabengesetzes (StG) wird auf der Begründung von Beteiligungsrechten vom Betrag, welcher der Gesellschaft als Gegenleistung für die Beteiligungsrechte zufliesst, eine Emissionsabgabe von 1% erhoben. Art.6 Abs.1 lit.a^{bis} StG sieht vor, dass Beteiligungsrechte, welche in Durchführung von Beschlüssen über Fusionen oder diesen wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlüssen

17 BGE 95 I 144 ff. (2. April 1969).

18 IMBODEN/RHINOW, Nr. 120 B I und II; RHINOW/KRÄHENMANN, Nr. 120; jeweils mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

19 Da die Gemeinde zumindest in der Anfangsphase in der Regel die Aktienmehrheit behält, könnte seitens der Steuerbehörden der Verdacht aufkommen, dass sie sich mittels der Konzessionsabgabe eine «steuerfreie» Entschädigung für das investierte Kapital zukommen lasse.

sen, Umwandlungen und Aufspaltungen von Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften begründet oder erhöht werden, von dieser Emissionsabgabe ausgenommen sind. Weil der Gesetzeswortlaut die Umwandlung resp. Übertragung eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens nicht erwähnt, hat das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden, dass der aufnehmende Rechtsträger basierend auf diesem Gesetzesartikel keine Befreiung von der Emissionsabgabe beanspruchen könne.²⁰

Im Zusammenhang mit der Privatisierung kommunaler Werke der Ver- und Entsorgung stellt sich jedoch die Frage, ob eine Befreiung aufgrund von Art. 6 Abs. 1 lit. a StG beantragt werden kann. Nach dieser Bestimmung sind Beteiligungsrechte von der Abgabe ausgenommen, wenn sich die Gesellschaft, ohne einen Erwerbzweck zu verfolgen, der Fürsorge für Bedürftige und Kranke, der Förderung des Kultus, des Unterrichts sowie anderer gemeinnütziger Zwecke widmet, sofern nach den Statuten:

- die Dividende sich auf höchstens 6% des einbezahlten Gesellschaftskapitals beschränkt;
- die Ausrichtung von Tantiemen ausgeschlossen und
- bei der Auflösung der Gesellschaft der nach Rückzahlung des einbezahlten Gesellschaftskapitals verbleibende Teil des Vermögens einem der erwähnten Zwecke zuzuwenden ist.

Die Gemeinnützigkeit im emissionsabgaberechtlichen Sinne umschreibt die Praxis der Eidg. Steuerverwaltung seit langem mit «Uneigennützigkeit resp. der Entfaltung altruistischer Fürsorgetätigkeit zum Wohle der Allgemeinheit oder hilfsbedürftiger Dritter.»^{21, 22}

Nach geltender Praxis der Eidg. Steuerverwaltung werden privatrechtliche Gesellschaften, welche öffentliche Aufgaben wie Wasserversorgung, Stromversorgung, Kehrichtverwertung, Abwasserreinigung etc. erfüllen, ebenfalls von der Emissionsabgabe befreit, sofern und solange die öffentliche Hand die Aktienmehrheit (kapital- und/oder stimmenmässig) besitzt und die Gesellschaft ihre Dienstleistungen zu verhältnismässig günstigen Preisen erbringt.²³ Diese dürfen gemäss einer sich abzeichnenden Praxis höchstens der Deckung des gesamten Aufwandes inklusive sämtlicher betriebsnotwendiger Rückstellungen sowie der gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a StG zulässigen Dividende von maximal 6% jährlich entsprechen.

Die Abgabebefreiung gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a StG basiert auf dem Grundgedanken der Förderung des allgemeinen Wohls und Nutzens hauptsächlich zu Gunsten des «kleinen Mannes», ursprünglich ausgehend von einer altruistischen Fürsorgetätigkeit für hilfsbedürftige Arme und Kranke.²⁴ Die Liberalisierung des Strommarktes verursacht indessen voraussichtlich eine ausserordentliche Konkurrenzsituation und führt zu einem heftigen Verdrängungs- und Übernahmewettbewerb. In diesem versuchen beispielsweise Stromlieferanten ihren Konkurrenten mit enormen Rabatten Grossabnehmer abzuwerben und als künftige Kunden an sich zu binden. Damit geht wirtschaftlich unter Umständen eine Benachteiligung des kleinen Strombezügers, der nicht das Potenzial hat, sich günstige Stromtarife auszusuchen und auszubedingen, einher. Solange sich indessen eine Gesellschaft, welche hauptsächlich auf dem Energiesektor tätig ist, monopolartig auf die verhältnismässig günstige und umweltschonende Stromproduktion und -versorgung auf lokalem oder allenfalls regionalem Bereich beschränkt, geht die Eidg. Steuerverwaltung davon aus, dass ihre Dienstleistung eine öffentliche Aufgabe darstellt, die den service public gewährleistet; mithin ist ihre Tätigkeit von allgemeinem Nutzen, weshalb sie unter den oben aufgeführten Voraussetzungen von der Entrichtung der Emissionsabgabe befreit wird.

Fällt eine der in Art. 6 Abs. 1 lit. a StG aufgeführten Voraussetzungen für die Abgabebefreiung in der Zukunft dahin, so ist nach Art. 6 Abs. 2 StG auf den noch bestehenden Beteiligungsrechten die Emissionsabgabe zu entrichten.

4 Grundsteuern

4.1 Grundstückgewinnsteuer

Wie eingangs erwähnt, handelt es sich im Falle der Privatisierung kommunaler Werke in aller Regel um eine übertragende Umwandlung, wobei die Aktiven und Passiven gestützt auf Art. 181 OR auf die Gesellschaft übergehen. Werden im Rahmen der Privatisierung Liegenschaften übertragen, wie dies mehrheitlich der Fall sein dürfte, findet eine zivilrechtliche Handänderung statt.

Die Kantone haben gemäss Art. 12 StHG alle Gewinne, die bei der Veräusserung einer Liegenschaft erzielt werden, mit der Grundstückgewinnsteuer zu erfassen, wo-

20 BGE vom 29. August 1998, ASA 67 (1998/99) 748 ff.; BGE vom 3. Oktober 1996, ASA 65 (1996/97) 827 ff.

21 EGGI, S. 28, s. auch STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis zu Art. 6 Abs. 1 lit. a StG, insbes. Nr. 2.

22 Vgl. auch KS 12/1994, Ziff. II(3) (für die direkte Bundessteuer).

23 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis zu Art. 6 Abs. 1 lit. a StG, Nr. 66.

24 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis zu Art. 6 Abs. 1 lit. a StG, insbes. Nrn. 45 und 46.

bei Gewinne auf Liegenschaften im Geschäftsvermögen nur dann der Grundstückgewinnsteuer unterliegen, wenn der Veräußerungsgewinn nicht mit der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer erfasst wird.

Steuerpflichtig ist der Veräusserer, im vorliegenden Fall die Gemeinde, welche – wie bereits erwähnt²⁵ – sowohl von der direkten Bundessteuer als auch von den kantonalen und kommunalen Steuern von Gewinn und Eigenkapital befreit ist. Es ist zu prüfen, ob die Befreiung von der Steuerpflicht auch für die (realisierten) Gewinne auf Grundstücken gilt oder ob hier eine Sonderregelung greift.

Die meisten Kantone sehen bei Veräusserungen von Grundstücken durch Gemeinden und ihre Anstalten ebenfalls eine Befreiung von der Grundstückgewinnsteuer vor. Dies ergibt sich primär dadurch, dass die Gemeinden von der Einkommens- resp. Gewinnsteuer befreit sind und die Kantone in ihren Gesetzen nicht explizit erwähnen, dass Gemeinden anlässlich der Übertragung von Grundstücken die Grundstückgewinnsteuer zu entrichten haben – wie dies bei anderen steuerbefreiten Unternehmen der Fall ist.²⁶ Einige Kantone machen in dem Sinne eine Einschränkung, dass die Befreiung von der Grundstückgewinnsteuer nur für Grundstücke gilt, welche unmittelbar öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken oder Kultuszwecken gedient haben.²⁷ Eine generelle Steuerbefreiung – ausgenommen für Liegenschaften, die nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen – kennt der Bund mit Art. 10 des Garantiesgesetzes²⁸, wobei das Bundesgericht allerdings bezüglich dieser Bestimmung entschieden hat, dass sämtliche Liegenschaften der Eidgenossenschaft ungeachtet ihrer Nutzung von der kantonalen Besteuerung befreit sein sollen.²⁹

4.2 Handänderungssteuer

Die Kantone (bzw. die Gemeinden) erheben eine Handänderungssteuer, welche an die zivilrechtliche oder wirtschaftliche Eigentumsübertragung anknüpft. In einer Vielzahl der kantonalen Regelungen ist vorgesehen,

dass der Erwerber die Handänderungssteuer zu entrichten hat. Im vorliegenden Fall wäre dies die privatrechtliche Aktiengesellschaft, die das «privatisierte» Werk übernimmt und im Gegensatz zur Gemeinde in der Regel steuerpflichtig sein wird.³⁰ Die Sachlage stellt sich somit anders dar als bei der Grundstückgewinnsteuer, welche der Veräusserer schuldet. Es gibt Kantone, welche Gemeinden und ihre Anstalten sowie die Zweckverbände auch hinsichtlich der Handänderungssteuer befreien, sofern die Grundstücke unmittelbar öffentlichen oder gemeinnützigen Zwecken oder Kultuszwecken dienen resp. gedient haben.³¹

Als indirekte Steuer bleibt die Handänderungssteuer der Regelungsbefugnis des Bundes entzogen, so dass die Kantone frei entscheiden können, ob sie hinsichtlich der Handänderungssteuer für Reorganisationsfälle eine Steuerbefreiung vorsehen wollen oder nicht. Gestützt auf ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz erachtet der Bundesrat die üblichen Handänderungssteuern von 1 bis 3 % des Verkehrswerts als zu wenig einschneidend, als dass durch sie die Realisierung der Ziele des in Beratung befindlichen Fusionsgesetzes³² massiv beeinträchtigt oder gar vereitelt würde.³³ Der Ständerat hat dem Bundesrat im Zusammenhang mit dem Fusionsgesetz empfohlen, das Eidg. Finanzdepartement zu beauftragen, gegenüber der Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren darauf hinzuwirken, dass Handänderungen bei einer Umstrukturierung nach Art. 8 Abs. 3 und Art. 24 Abs. 3 sowie 3^{ter} StHG³⁴ von den kantonalen Handänderungssteuern befreit werden.³⁵

Verschiedene Kantone befreien bereits heute Liegenschaftsübertragungen im Rahmen von Reorganisationen von der Handänderungssteuer.³⁶ Allerdings qualifizieren sich nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen als Reorganisation in der Regel bloss Umwandlungen, Zusammenschlüsse und Teilungen von Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften oder juristischen Personen, nicht aber Organisationsformen der Gemeinden. Es stellt sich die Frage, ob auch diese einen

25 S. Ziff. 2.1, oben.

26 Beispielsweise: § 126 des Gesetzes über die direkten Steuern des Kantons Thurgau (TGStG, RB 640.1) i.V.m. § 75 Abs. 1 Ziff. 4–7 TGStG; Art. 130 des Gesetzes über die direkten Steuern des Kantons St. Gallen (SGStG, sGS 811.1) i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. e–h SGStG.

27 Beispielsweise: § 218 lit. b des Gesetzes über die direkten Steuern des Kantons Zürich (ZHStG, OS 54, 193).

28 Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft, SR 170.21.

29 DÜRR, S. 239.

30 S. Ziff. 2.1 und 2.2, oben.

31 Beispielsweise: § 229 Abs. 3 lit. b ZHStG; eine analoge Regelung kennt der Kanton Bern (s. DÜRR, S. 239 f.).

32 S. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, S. 4337 ff.

33 Unterlagen zum Kammerseminar vom 4.4.2002, Fusionsgesetz.

34 Fassung gemäss Ziff. 8 des Anhangs zum FusG-E, BBl 2000, S. 4576 f.

35 Unterlagen zum Kammerseminar vom 4.4.2002, Fusionsgesetz.

36 Beispielsweise: § 229 lit. d–f ZHStG; § 138 i.V.m. § 129 Ziff. 3–5 TGStG; Art. 244 lit. f i.V.m. Art. 31 und 88 SGStG.

Steueraufschub resp. eine Steuerbefreiung geltend machen können, obwohl sie nicht explizit im Gesetz erwähnt sind.

Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten qualifizieren sich als juristische Personen, mit der Folge, dass diese den jeweiligen handänderungssteuerlichen Reorganisations-Befreiungstatbestand beanspruchen können. Nicht nur aus gewinn-, sondern auch aus handänderungssteuerlicher Sicht ist die Differenzierung zwischen selbständigen und unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Rahmen einer Umwandlung in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft nicht sehr einleuchtend, werden doch in beiden Fällen Aktiven und Passiven eines bereits bestehenden Betriebes auf eine neue Unternehmensform übertragen; sei dies durch Umwandlung der gesamten öffentlich-rechtlichen Anstalt oder durch Ausgliederung eines bestimmten Geschäftsbereichs aus der Gemeinderechnung mit anschliessender Übertragung auf eine privatrechtliche Aktiengesellschaft. In beiden Fällen handelt es sich um eine Reorganisation, welche – vorausgesetzt, die entsprechenden Bedingungen³⁷ sind eingehalten – steuerbefreit sollte durchgeführt werden können, da sinnvolle Reorganisationen nicht durch Steuerschranken verhindert werden sollen. So wird denn auch in der Botschaft zum Fusionsgesetz explizit erwähnt, dass *sämtliche* Einrichtungen des öffentlichen Rechts als Rechtsträger im Sinne des Fusionsgesetzes gelten, vorausgesetzt, sie sind im Handelsregister eingetragen und organisatorisch verselbständigt.³⁸ Unselbständige Institute des öffentlichen Rechts werden mithin den selbständigen hinsichtlich des Anspruchs auf die fusionsrechtlichen Umstrukturierungsformen – einschliesslich der Umwandlung – grundsätzlich³⁹ gleichgestellt. Diese fusionsrechtliche Gleichstellung muss die handänderungssteuerliche Gleichstellung nach sich ziehen, da die handänderungssteuerliche Behandlung an zivilrechtliche Formen (Personenunternehmen, juristische Personen) anknüpft.

Kennt ein Kanton die Bestimmung, dass Handänderungen von Liegenschaften einer juristischen Person im Falle einer Reorganisation von der Handänderungssteuer befreit sind, so müsste diese Steuerbefreiung fol-

gerichtig auch im Falle der Privatisierung von unselbständigen öffentlich-rechtlichen Gemeindewerken Anwendung finden, auch wenn diese bei einer wörtlichen Auslegung der entsprechenden Gesetzesbestimmung nicht explizit darunter zu subsumieren sind.⁴⁰

5 Mehrwertsteuer

Sofern der übertragende Rechtsträger mehrwertsteuerpflichtig ist, handelt es sich bei der Unternehmensübertragung um einen der Mehrwertsteuer unterliegenden Vorgang. Die Mehrwertsteuerpflicht muss nach Art. 47 Abs. 3 des Mehrwertsteuergesetzes mit dem Meldeverfahren erledigt werden. Diese Meldung ist innert 30 Tagen nach Übertragung des Vermögens schriftlich der Eidg. Steuerverwaltung zu erstatten.⁴¹

6 Ausblick: Fusionsgesetz

Aus zivilrechtlicher Sicht wird die noch fehlende gesetzliche Grundlage für die Privatisierung öffentlicher Unternehmen mit dem Fusionsgesetz (FusG)⁴² geschaffen. Der FusG-E⁴³ stellt den öffentlich-rechtlichen Instituten die Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung zur Verfügung.⁴⁴ Als öffentlich-rechtliche Institute gelten gemäss Art. 2 lit. d FusG-E «im Handelsregister eingetragene, organisatorisch verselbständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, unabhängig davon, ob sie als juristische Personen ausgestaltet sind oder nicht». Unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten sind jedoch nach wie vor nicht Eigentümer von Vermögen. Die Umwandlung solcher Anstalten in privatrechtliche Aktiengesellschaften zieht demzufolge weiterhin eine Vermögensübertragung nach sich: «In dieser Hinsicht weist die Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in einen privatrechtlichen Rechtsträger einen dogmatischen Unterschied auf zur Umwandlung im Sinne von Art. 53 ff. Im Gegensatz zu diesen Vorschriften handelt es sich um eine Umwandlung, die mit einer Vermögensübertragung verbunden ist.»⁴⁵ Die Privatisierung unselbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten hat dem-

37 Übertragung eines in sich geschlossenen Betriebs mit sämtlichen betriebsnotwendigen Aktiven und Passiven, unveränderte Weiterführung des übernommenen Geschäftsbetriebes, keine wesentliche Änderung der Beteiligungsverhältnisse.

38 S. Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBI 2000, S. 4337 ff. (zit.: Botschaft).

39 S. dazu Ziff. 6.

40 Zur gleichen Schlussfolgerung kommt DÜRR, S. 240, allerdings im Hinblick auf die Grundstückgewinnsteuer.

41 S. auch DÜRR, S. 239.

42 S. Botschaft, BBI 2000, S. 4337 ff.

43 Fassung gemäss gegenwärtigem Stand der Beratungen (Mitte September 2002).

44 Art. 99 f. des Entwurfs zum Fusionsgesetz.

45 Botschaft, BBI 2000, S. 4482, FN 166.

zufolge auch nach Inkrafttreten des Fusionsgesetzes auf dem Weg einer übertragenden Umwandlung stattzufinden.^{46, 47}

Literatur

DÜRR SAMUEL, Privatisierung aus steuerrechtlicher Sicht, ST 2000, S. 237 ff.

EGGLI KURT, Die Befreiung von der eidg. Stempelabgabe wegen Gemeinnützigkeit, Beschaffung von Wohnungen zu mässigen Mietzinsen und Gewährung von Bürgschaften, ASA 51 (1982/83), S. 19 ff.

IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II: Besonderer Teil, 6. A., Basel/Frankfurt am Main 1986

RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990

SCHMID PETER/LEHMANN CHRISTOPH, Privatisierung von Banken aus steuerlicher Sicht, FStR 2002, S. 277 ff.

SIMONEK MADELEINE, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, FStR 2002, S. 3 (zit.: Massgeblichkeitsprinzip)

– Steuerbefreiung und Privatisierung, ST 2000, S. 85 ff. (zit.: Steuerbefreiung)

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

WEIDMANN HEINZ/GROSSMANN BENNO/ZIGERLIG RAINER, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 6. A., 1999

46 Vgl. SIMONEK, Massgeblichkeit, S. 4, Ziff. 2.

47 Neben den allgemeinen Vorschriften des Fusionsgesetzes müssen dabei gemäss Art. 100 FusG-E in einem Inventar die Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die von der Vermögensübertragung erfasst werden, eindeutig bezeichnet und bewertet sowie von einer besonders befähigten Revisorin oder einem besonders befähigten Revisor geprüft werden. Die Eintragung im Handelsregister ist zur Gewährleistung der Publizität des Rechtsübergangs zwingend erforderlich, da der Handelsregistereintrag die Publizität von Eintragungen im Grundbuch ersetzen können muss; s. Botschaft zu Art. 99 FusG-E, BBl 2000, S. 4481.

Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis

Neuerungen aufgrund des Vereinfachungsgesetzes

Dr. oec. publ. Ivo P. Baumgartner, dipl. Steuerexperte*

Inhalt

1	Einleitung
2	Die geänderten Bestimmungen zur Verlustverrechnung
3	Verlustverrechnung durch Verlustvortrag
3.1	Zielsetzung
3.2	Verlustverrechnungsmethode
3.3	Verlustverrechnungsperiode
3.4	Massgebender Verlust
3.5	Bestimmung des Verlustvortrages
4	Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis
4.1	Steuerpflicht in mehreren Kantonen
4.1.1	Verlustverrechnung in der gleichen Steuerperiode
4.1.2	Verlustverrechnung in einer späteren Steuerperiode
4.2	Begründung und Aufhebung von Steuerdomizilen
4.2.1	Wohnsitz- bzw. Sitzverlegung
4.2.2	Verlegung und Aufhebung anderer Steuerdomizile
4.2.3	Zeitliche Aspekte bei Änderungen der Steuerdomizile
4.2.3.1	Änderungen nach dem Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes
4.2.3.2	Änderungen vor dem Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes
5	Schlusswort
	Literatur
	Materialien

1 Einleitung

Am 15. Dezember 2000 haben die eidg. Räte das Bundesgesetz zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis (Vereinfachungsgesetz)¹ verabschiedet². Durch das Vereinfachungsgesetz sind einzelne Bestimmungen des Steuerharmonisierungsgesetzes (StHG)³ punktuell abgeändert und einige neue Bestimmungen in das StHG aufgenommen worden. Kleinere Änderungen haben auch das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)⁴ und das Verrechnungssteuergesetz (VStG)⁵ erfahren.

Zentrales Anliegen des Vereinfachungsgesetzes war es, noch rechtzeitig *vor Ablauf* der in Art. 72 StHG verankerten *Anpassungsfrist der kantonalen Gesetzgebungen an das StHG* am 1. Januar 2001 *dringend erforderliche Korrekturen* bei der Bestimmung der *Veranlagungszuständigkeit* bei Änderung des Hauptsteuerdomizils in der Steuerperiode *vorzunehmen*. In diesem Zusammenhang wird auch von der Koordination der Veranlagungsverfahren und der Abstimmung zwischen der Zuständigkeit bei der Veranlagung der direkten Bundessteuer und der kantonalen Einkommens- bzw. Gewinnsteuer gesprochen⁶. Weiter ist – zum Teil als Folge der neuen Bestimmungen zur Veranlagungszuständigkeit – eine gewisse Vereinfachung des Deklarations- und Veranlagungsverfahrens, namentlich der interkantonalen Steuerauscheidung, angestrebt worden. Der Gesetzgeber hat die Gelegenheit benutzt und ein wichtiges Anliegen verschiedener Kreise, nämlich die Aufhebung von steuerlichen Hemmnissen im Bereich der Anrechnung von Verlusten beim Umzug von Unternehmen innerhalb der Schweiz, umgesetzt und die interkantonale Freizügigkeit auf die Verlustverrechnung ausgedehnt.

* Der Autor ist Partner bei Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte, Zürich

1 BBI 2000, 6182 ff.; AS 2001, 1050 ff.; nichtamtliche Kurzform.

2 S. die allgemeinen Darstellungen zum Vereinfachungsgesetz in BAUMGARTNER, FSr 2001 137 ff.; RIHNER BAUMGARTNER, StR 2001 177 ff.; PASCHOUD, ASA 2000/01 (69) 837 ff.

3 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14.

4 Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11.

5 Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer, SR 642.21.

6 Bei den natürlichen Personen kommt noch die Abstimmung mit der Zuständigkeit für die Erstattung der Verrechnungssteuer dazu.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen im Oktober 2000 sind noch zwei Übergangsbestimmungen aufgenommen worden, welche die Weiterführung von bestimmten kantonalen Abzügen zulassen.

Besonders hervorzuheben ist, dass durch das Vereinfachungsgesetz das StHG nun ausdrücklich nicht nur Harmonisierungsrecht, sondern auch *Doppelbesteuerungsrecht* darstellt⁷. Dies betrifft nicht nur den Bereich der Zuordnung von Besteuerungskompetenzen⁸, sondern namentlich auch die Berücksichtigung von Verlustvorträgen im interkantonalen Verhältnis. Das StHG steht in diesem Bereich in einem Spannungsverhältnis zu dem sich (ebenfalls) auf Art. 127 Abs. 3 der Bundesverfassung⁹ (BV; Art. 46 Abs. 2 aBV) stützenden, gesetzesvertretenden Richterrecht. Aufgrund des Umstandes, dass dem Richterrecht die Funktion zukommt, Lücken, welche der Bundesgesetzgeber offen gelassen hat, zu füllen, ist bei einer Kollision den geänderten Bestimmungen des StHG der Vorrang zu geben¹⁰. Dies auch aus der Überlegung, dass neues Recht altem Recht vorgeht¹¹. Soweit der Gesetzgeber eine Abweichung vom bisherigen Richterrecht beabsichtigt hat, löst das StHG das Richterrecht vollumfänglich – und nicht nur im Widerspruchsfalle – ab¹².

Obschon die Referendumsfrist erst am 7. April 2001 abgelaufen ist, ist das Vereinfachungsgesetz – und damit auch die Änderungen von StHG, DBG und VStG – rückwirkend auf den 1. Januar 2001 in Kraft getreten¹³. Aufgrund des Umstandes, dass das Vereinfachungsgesetz am 15. Dezember 2000 verabschiedet und noch im Jahr 2000 veröffentlicht worden ist, kann angenommen werden, dass es sich nicht um eine unzulässige Rückwirkung handelt¹⁴. Es macht den Anschein, dass aufgrund der angesprochenen Dringlichkeit der Änderungen – namentlich beim StHG – der raschen Behandlung des Gesetzes Vorrang gegenüber einer sorgfältigen Ausarbeitung der einzelnen Bestimmungen gegeben werden musste. Einige Bestimmungen des Vereinfachungsgesetzes bzw. die durch dieses geänderten Bestimmungen des StHG und des DBG – namentlich diejenigen über die Verlustverrechnung – werfen verschiedene Fragen auf, für welche die Praxis nun Lösungen erarbeiten muss.

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die Besprechung der durch das Vereinfachungsgesetz bewirkten Änderungen bei der Verlustverrechnung auf der Ebene der kantonalen Einkommens- und Gewinnsteuern. Für das bessere Verständnis werden dennoch einzelne allgemeine Aspekte der Verlustverrechnung aufgenommen¹⁵.

2 Die geänderten Bestimmungen zur Verlustverrechnung

Durch das Vereinfachungsgesetz sind die vorbestehenden Bestimmungen zur Verlustverrechnung der natürlichen Personen (Art. 10 StHG sowie Art. 67 StHG) wie auch der juristischen Personen (Art. 25 StHG) abgeändert worden. Die abgeänderten Bestimmungen lauten folgendermassen (Änderungen hervorgehoben):

Art. 10 Allgemeines

² Vom durchschnittlichen Einkommen der Bemessungsperiode (Art. 15 Abs. 2) werden Verlustüberschüsse aus den drei vorangegangenen Bemessungsperioden abgezogen, soweit sie bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens der Vorjahre nicht berücksichtigt werden konnten.

⁴ Die Absätze 2 und 3 gelten auch bei Verlegung des steuerrechtlichen Wohnsitzes oder des Geschäftsortes innerhalb der Schweiz.

Art. 67 Verlustverrechnung

¹ Die Verluste aus den sieben der Steuerperiode (Art. 63) vorangegangenen Geschäftsjahren werden abgezogen, soweit sie bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens dieser Jahre nicht berücksichtigt werden konnten.

² Absatz 1 gilt auch bei Verlegung des steuerrechtlichen Wohnsitzes oder des Geschäftsortes innerhalb der Schweiz.

Art. 25 Aufwand

² Vom Reingewinn der Steuerperiode werden die Verluste aus den sieben der Steuerperiode (Art. 31 Abs. 2) vorangegangenen Geschäftsjahren abgezogen, soweit sie bei der Berechnung des steuerbaren Reingewinns dieser Jahre nicht berücksichtigt werden konnten.

⁴ Die Absätze 2 und 3 gelten auch bei Verlegung des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung innerhalb der Schweiz.

7 Dies ist durch die Aufnahme von Art. 127 Abs. 3 BV in den Ingress des StHG zum Ausdruck gebracht worden.

8 Bezogen auf die zuvor im StHG vorgesehenen Zuordnungsnormen musste bereits vor den durch das Vereinfachungsgesetz eingeführten Änderungen davon ausgegangen werden, dass das StHG auch Kollisionsrecht darstellt. S. dazu ausdrücklich auch REICH, Vorbem. zu Art. 1/2 StHG, N. 50 ff.

9 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. April 1999, SR 101.

10 In diesem Sinne LAMPERT, 165 f.

11 Grundsatz *lex posteriori derogat lex priori*.

12 So auch SCHÄRER, 168.

13 Es ist darauf hinzuweisen, dass das Datum des Inkrafttretens des Vereinfachungsgesetzes bereits im Gesetz selbst bestimmt worden ist.

14 S. dazu auch BAUMGARTNER, FStR 2001 139.

15 Für eine allgemeine Darstellung s. namentlich SCHÄRER, 29 ff.; SIMONEK, ASA 1998/99 (67) 513 ff.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass Art. 67 Abs. 1 StHG sich materiell mit Art. 31 Abs. 1 DBG deckt. Gleiches gilt für Art. 10 Abs. 1 StHG und Art. 211 DBG sowie Art. 25 Abs. 1 StHG und Art. 67 Abs. 1 DBG. Demnach kann bei der Auslegung dieser Bestimmungen auch auf Äusserungen zur Regelung beim DBG zurückgegriffen werden.

Wie schon bei den bisherigen Formulierungen gibt der Wortlaut der einzelnen Bestimmungen nur ungenügend deren Sinn und tatsächliche Tragweite wieder. Vieles wird stillschweigend vorausgesetzt oder der Praxis überlassen¹⁶. Dies entspricht dem Umstand, dass ursprünglich die Kodifizierung des vorbestehenden Rechts mit einzelnen, ausdrücklich erwähnten Änderungen beabsichtigt war.

3 Verlustverrechnung durch Verlustvortrag

3.1 Zielsetzung

Die Durchbrechung des Periodizitätsprinzips durch die Berücksichtigung von in anderen Steuerperioden entstandenen Verlusten wird allgemein mit der *Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips* begründet¹⁷. Zur Besteuerung sollte insgesamt nur der wirklich erzielte Gewinn gelangen¹⁸. Das Abstellen auf die einzelnen Jahresendgewinne beruht auf fiskalischen Bedürfnissen, welche es durch geeignete Instrumente zu korrigieren gilt. Dieser Grundsatz gilt für Jahresendgewinne sowohl der juristischen Personen wie auch der Unternehmen natürlicher Personen¹⁹.

Der Gesetzgeber hat jedoch diese Zielsetzung bewusst nur *beschränkt umgesetzt*. So bestehen – wie noch zu zeigen sein wird – Beschränkungen hinsichtlich der anzuwendenden Methode, der Dauer der Verlustverrechnungsperiode und der anzurechnenden Verluste. Dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz kommt damit – soweit

überhaupt anwendbar²⁰ – nicht absolute Bedeutung zu; er gilt nur dort als Massstab, wo das Gesetz einer Auslegung bedarf²¹.

3.2 Verlustverrechnungsmethode

In den Art. 10, 25 und 67 StHG wird nur die Verrechnung von Jahresendverlusten durch das Instrument des Verlustvortrages erwähnt. Dies ist mit dem Vereinfachungsgesetz nicht in Frage gestellt worden. Demnach schweigt sich das StHG nach wie vor darüber aus, ob die Kantone die Möglichkeit haben, in ihren Gesetzgebungen das Instrument des Verlustrücktrages, welcher ebenfalls zu einer sachgerechten Besteuerung führen würde²², vorzusehen.

Aufgrund des nunmehr qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers, indem ausdrücklich von einer «Vereinheitlichung» der Verlustverrechnungsbestimmungen ausgegangen wird²³, und der Einführung des Konzeptes der einheitlichen Bemessungsperiode muss davon ausgegangen werden, dass in dieser Frage *kein Freiraum der Kantone* mehr besteht. Dies entspricht auch der vom StHG verfolgten vertikalen Harmonisierung, zumal die direkte Bundessteuer keinen Verlustrücktrag kennt. Dass den Kantonen nicht mehr erlaubt ist, das Instrument des Verlustrücktrages vorzusehen, wurde bereits für den bisherigen Wortlaut vertreten²⁴. Die Methode des *Verlustvortrages* ist so die *einzig zulässige und gleichzeitig zwingend anzuwendende Methode* für den interperiodischen Verlustausgleich²⁵.

3.3 Verlustverrechnungsperiode

Im Rahmen der bisherigen Fassung der Verlustverrechnungsbestimmungen ist die Frage aufgekommen, ob für die Kantone noch die Möglichkeit bestehe – für die ordentliche, zeitlich beschränkte Verlustverrechnung –, eine kürzere als die im StHG angegebene Verlustverrechnungsperiode vorzusehen. Diese Frage ist unterschiedlich beurteilt worden²⁶.

16 S. auch SCHÄRER, 35 f.

17 SCHÄRER, 30 ff.; REICH, Art. 10 StHG, N. 33; KUHN/BRÜLISAUER, Art. 25 StHG, N. 19; relativierend LAMPERT, 35 ff.

18 Dies entspricht dem Kongruenzprinzip, nach welchem der Periodengewinn einem Teilgewinn des Totalgewinnes entspricht, der als einziger der «richtige Gewinn» des Unternehmens sein kann. S. LAMPERT, 33 m.w.H.

19 D.h. Gewinne aus der selbständigen Erwerbstätigkeit. Auf den Ausschluss des Privatbereiches von einer Verlustverrechnung wird im vorliegenden Beitrag nicht eingegangen.

20 Z.T. wird die Auffassung vertreten, dass der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Bezug auf die Beschränkung der Verlustverrechnungsperiode nur zu wenig klaren und direkt anwendbaren Resultaten führt und eine (zeitliche) Beschränkung durchaus mit diesem Grundsatz vereinbar sei; LAMPERT, 37 f.

21 So auch SCHÄRER, 30 ff.

22 Auch REICH, Art. 10 StHG, N. 34. In diesem Sinne bereits ZUPPINGER/BÖCKLI/LOCHER/REICH, 183 f., welche für einen einjährigen Verlustrücktrag plädieren.

23 In diesem Sinne wohl Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBl 2000 3906 f.

24 REICH, Art. 10 StHG, N. 34; unklar KUHN/BRÜLISAUER, Art. 25 StHG, N. 23; für einen Freiraum der Kantone LAMPERT, 55.

25 Auch «zwischenperiodische Verlustverrechnung» (LAMPERT, 42) oder «interperiodische Verlustverrechnung» (SIMONEK, ASA 1998/99 [67] 518) genannt.

26 Ablehnend REICH, Art. 10 StHG, N. 36; bejahend Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBl 2000 3909.

Mit der durch das Vereinfachungsgesetz in Art.10 Abs.2, Art.25 Abs.2 und Art.67 Abs.1 StHG vorgenommenen Änderung ist diese Frage eindeutig geregelt worden, indem den *Kantonen eine einheitliche Verlustverrechnungsperiode* aufgezwungen worden ist²⁷.

3.4 Massgebender Verlust

Der für die Verrechnung massgebende Verlust ergibt sich aus dem Saldo der steuerlichen Erfolgsrechnung der entsprechenden Periode²⁸. Demnach ist bei der Bestimmung der verrechenbaren Verluste stets die Rechtssituation im Zeitpunkt, in welchem die Verluste entstanden sind, massgebend. Dies ist von besonderer Bedeutung, wenn die Verluste in einem anderen Kanton (dem Wegzugskanton) entstanden sind. Der Kanton, welcher diese Verluste zur Anrechnung zulassen muss (der Zuzugskanton), hat so auf die Gesetzgebung im Wegzugskanton abzustellen²⁹. Dies gilt namentlich auch für die Behandlung der Grundstückgewinne und die Änderung der zeitlichen Bemessung (Lückenproblematik). Würde auf die aktuelle Rechtssituation und auf die Bestimmungen zur Gewinnermittlung im Zuzugskanton abgestellt, so würden sich zwangsläufig unerwünschte Anrechnungslücken oder Überberücksichtigungen ergeben.

3.5 Bestimmung des Verlustvortrages

Der Verlustvortrag kommt in der ersten Steuerperiode zum Tragen, in welcher der Steuerpflichtige einen Jahresendgewinn erzielt³⁰. Mittlerweile unbestritten ist, dass die Verlustverrechnung *von Amtes wegen zu erfolgen* hat³¹. Dies gilt namentlich dort, wo aufgrund von Aufrechnungen in der zu veranlagenden Steuerperiode Verrechnungssubstrat geschaffen wird. Der Steuerpflichtige hat dennoch die *Pflicht*, die *Verlustvorträge geltend zu machen* und dabei nachzuweisen, dass frühere Verluste nicht bereits verrechnet worden sind. Dies ist namentlich bei einem Zuzug aus einem anderen Kanton

von zentraler Bedeutung³². Unterbleibt in einer Steuerperiode die Verlustverrechnung, so kann diese nicht mehr nachgeholt werden³³. Dem Steuerpflichtigen ist es verwehrt, selber zu bestimmen, in welcher Steuerperiode der Verlust zur Anrechnung gelangen soll³⁴.

In einer Steuerperiode mit einem Jahresendverlust – welcher nicht mit übrigem Einkommen kompensiert werden kann – lauten die Steuerfaktoren (der steuerbare Gewinn bzw. das steuerbare Einkommen)³⁵ auf null. In der Veranlagungsverfügung wird die Steuerschuld gegenüber dem Gemeinwesen festgesetzt. Bei Anwendung der den Kantonen offen stehenden zweistufigen Veranlagung³⁶ werden in einer ersten Verfügung die Steuerfaktoren festgelegt und in einer zweiten, davon abhängigen Verfügung die Steuerschuld verbindlich bestimmt. Aus der Funktion der Veranlagungsverfügung, den Anspruch des Gemeinwesens in einer durchsetzbaren Form festzulegen, folgt, dass für die Aufnahme eines Jahresendverlustes im Dispositiv kein Raum besteht³⁷. Dem kantonalen Gesetzgeber steht es allerdings frei, die Festlegung des Jahresendverlustes in der Veranlagungsverfügung vorzusehen³⁸. Die *Veranlagung lautet so bei einem Jahresendverlust in der Regel auf null*³⁹. Der Betrag eines Jahresendverlustes kann jedoch aus den der Veranlagungsverfügung zugrunde liegenden Berechnungen – namentlich bei Aufrechnungen – oder aus einer separaten Mitteilung der Steuerbehörde an den Steuerpflichtigen ersichtlich sein.

Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung erwächst bei einer Null-Veranlagung nur das Dispositiv in Rechtskraft, währenddem die Erwägungen und Berechnungen, welche zu diesem Ergebnis geführt haben, von der Rechtskraft der Veranlagung nicht erfasst werden⁴⁰. Demnach werden die Verlustvorträge in der Steuerperiode, in welcher sie entstanden sind, nicht amtlich bestimmt. Eine Beurteilung erfolgt erst in der Steuerperiode der Verrechnung.

27 S. auch BAUMGARTNER, FStR 2001 229 f.

28 SCHÄRER, 66; LAMPERT, 50.

29 So auch SSK KS 15, Ziff. 312.3 lit. e.

30 Soweit der Jahresendgewinn nicht ausreicht, um den Verlustvortrag abzutragen, erfolgt ein weiterer Vortrag des Restbetrages.

31 KUHN/BRÜLISAUER, Art. 25 StHG, N. 21 m.w.H.; LOCHER, Art. 31 DBG, N. 10; LAMPERT, 155.

32 SSK KS 15, Ziff. 312.3 lit. d. Die Berücksichtigung von Verlustvorträgen von Amtes wegen kann nicht so weit gefasst werden, dass ein Kanton in jedem Fall beim Wegzugskanton entsprechende Informationen einzuholen hat.

33 Verrechnungszwang; BLÖCHLIGER, StR 1981 239 f. m.H. auf die (ältere) Judikatur; LAMPERT, 52 f., 155; VGer ZH vom 17. Mai 1994, StE 1995 B 72.19 Nr. 5.

34 BRÜLISAUER, ST 2000 844.

35 Definition gemäss Art. 131 Abs. 1 DBG.

36 ZWEIFEL, Art. 46 StHG N. 14 f.

37 Nicht so klar VGer FR vom 13. März 1999, StE 2000 B 72.16 Nr. 6, E. 1b, wo die Aufnahme des Verlustvortrages ins Dispositiv der Veranlagungsverfügung – neben einer eigenen Feststellungsverfügung und einer verbindlichen Auskunft – als Möglichkeit angesehen wird.

38 In diesem Sinne auch LAMPERT, 154.

39 S. dazu BAUMGARTNER, FStR 2001 231 m.w.H.

40 VON STRENG, 34; LAMPERT, 152; VGer ZH vom 15. Mai 1994, StE 1995 B 72.19 Nr. 5, E. 3c; VGer FR vom 13. März 1999, StE 2000 B 72.16 Nr. 6, E. 1b; differenziert SCHÄRER, 66; ablehnend NOLD, 94 ff.

Soweit keine Aufnahme des Jahresendverlustes im Dispositiv der Veranlagungsverfügung oder einer eigenständigen Feststellungsverfügung erfolgt⁴¹, steht noch die Möglichkeit der verbindlichen Auskunft offen. Eine solche Auskunft kann spontan seitens der Veranlagungsbehörde erfolgen oder durch den Steuerpflichtigen beantragt werden. Eine solche Auskunft liegt im Interesse sowohl der Veranlagungsbehörde wie auch des Steuerpflichtigen. Dadurch wird nämlich eine grössere Transparenz und Rechtssicherheit herbeigeführt, ohne dass der Veranlagungsbehörde ein wesentlicher Zusatzaufwand entsteht, zumal diese ohnehin die in die Steuerperiode fallende Jahresrechnung prüfen muss. Die Auskunft über den Jahresendverlust ist nach den Regeln amtlicher Auskünfte zu beurteilen. Danach tritt eine Bindung der Verwaltung aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben ein. Solche Auskünfte sind – im Gegensatz zu den Veranlagungsverfügungen – nicht (selbständig) anfechtbar. Eine Anfechtung der Auskunft kann erst in dem Zeitpunkt erfolgen, in welchem für eine Periode positive Ergebnisse festgestellt werden und damit ein allfälliger Verlust zur Verrechnung gebracht werden muss.

Im Zuge der nachstehend noch zu besprechenden Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis erweist sich eine Bestimmung des Jahresendverlustes im Rahmen des Veranlagungsverfahrens der Verlustperiode – über eine Verfügung oder eine verbindliche Auskunft – als wesentliche Erleichterung⁴². Dies begründet sich durch den Umstand, dass für die Ermittlung des Verlustes das Recht im Zeitpunkt der Entstehung massgebend ist und die Veranlagungsbehörde des Zuzugskantons weder über die Vorakten noch über eingehende Kenntnisse des Rechtes des Wegzugskantons verfügt.

4 Verlustverrechnung im interkantonalen Verhältnis

4.1 Steuerpflicht in mehreren Kantonen

4.1.1 Verlustverrechnung in der gleichen Steuerperiode

Soweit ein Steuerpflichtiger in der gleichen Steuerperiode in mehreren Kantonen steuerpflichtig ist, ergeben sich bezüglich der Verrechnung von Verlusten, welche in

einzelnen Betriebsstätten eintreten, beim Vorliegen eines Gesamtgewinnes des Unternehmens keine neuen Fragestellungen. Die Verrechnung erfolgt im Rahmen der Ermittlung des Gesamtjahresendgewinnes⁴³. Weil die Quoten zum Gesamtergebnis in Beziehung gesetzt werden, partizipieren auch Kantone mit verlustbringenden Betriebsstätten am Gesamtgewinn. Dies ist eine Folge der Quotenbildung⁴⁴.

Mit dem Vereinfachungsgesetz ist neu dazugekommen, dass bei Änderungen in den Steuerdomizilen in einer Steuerperiode⁴⁵ die subjektive Steuerpflicht im entsprechenden Kanton für die ganze Steuerperiode besteht (Prinzip der Einheit der Steuerperiode)⁴⁶. Demnach erfolgt keine Aufteilung der Steuerperiode in Teilperioden mehr. In solchen Fällen wird jedem betroffenen Kanton eine Quote am Gesamtgewinn zur Besteuerung zugewiesen. Dabei ist die Dauer der tatsächlichen Zugehörigkeit in der Berechnung zu berücksichtigen.

4.1.2 Verlustverrechnung in einer späteren Steuerperiode

Die Berücksichtigung von Verlusten, die in früheren Steuerperioden entstanden sind, kann nach zwei Methoden erfolgen: der sog. *Teilverlustverrechnung* und der sog. *Gesamtverlustverrechnung*⁴⁷. Bei der ersten Methode anerkennt jeder betroffene Kanton nur die durch ihn ermittelten Teilverluste und verrechnet sie mit dem ihm zur Besteuerung zugewiesenen Teilgewinn. Bei der Gesamtverlustverrechnung wird der Gesamtverlust vom Gesamtgewinn in Abzug gebracht, und erst der Restbetrag wird nach den zuvor definierten Quoten den einzelnen Kantonen zur Besteuerung zugewiesen.

Mit dem Vereinfachungsgesetz sind, neben einer erweiterten interkantonalen Freizügigkeit (für Verlustvorträge), der Grundsatz der Einheit der Steuerperiode und damit verbunden auch die Einheit der Bemessungsperiode und die Bezugnahme auf den Gesamtgewinn festgelegt worden. Weiter ist auch die Verlustverrechnungsperiode für alle Kantone einheitlich vorgeschrieben worden. All dies hat dazu geführt, dass die gegen die Methode der Gesamtverlustverrechnung zuvor – zu Recht – angeführten Argumente⁴⁸ seit dem 1. Januar 2001 ihre Grundlage verloren haben oder doch stark relativiert worden sind. Der Umstand, dass die in der Vergangen-

41 S. dazu auch WALDBURGER, FStR 2001 235 ff. (für die direkte Bundessteuer).

42 S. dazu auch BAUMGARTNER, FStR 2001 231.

43 S. dazu HÖHN/MÄUSLI, 443 ff.

44 Die Verteilung des Gesamtgewinnes leitet sich aus dem Wesen der quotenmässigen Ausscheidung ab, vgl. ATHANAS, 145.

45 Begründung und Aufhebung von Betriebsstätten, Sitzverlegung u. dgl.

46 S. dazu BAUMGARTNER, FStR 2001 142 ff.

47 Zur Definition s. HÖHN/MÄUSLI, 433 ff.; KURZ, ST 2001 856 f.

48 HÖHN/MÄUSLI, 443 ff., insb. 447; LAMPERT, 174 f.

heit entstandenen Verluste nach den aktuell ermittelten Quoten auf die aktuell über ein Besteuerungsrecht verfügbaren Kantone verteilt⁴⁹ werden, ist – wie bei der Verlustverrechnung in der gleichen Steuerperiode – ein Ausfluss der quotenmässigen Ausscheidung. Auf diesem Wege haben sämtliche beteiligten Kantone am vorgetragenen Verlust zu partizipieren. Für die Frage der Verlustübernahme durch andere Kantone spielt der Umstand, ob ein Steuerdomizil verlegt oder ganz aufgegeben wird, keine Rolle mehr⁵⁰.

Die Anwendung der *Gesamtverlustverrechnungsmethode* bewirkt für den Steuerpflichtigen eine – vom Vereinfachungsgesetz beabsichtigte – rechnerische Vereinfachung. Durch die Anwendung dieser Methode wird dem Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit am besten nachgelebt. Dies rechtfertigt es, nach dem 1. Januar 2001 einzig auf die Gesamtverlustverrechnungsmethode abzustellen⁵¹, wie dies zuvor für Banken und Versicherungen schon galt⁵².

4.2 Begründung und Aufhebung von Steuerdomizilen

4.2.1 Wohnsitz- bzw. Sitzverlegung

Verlegt ein Steuerpflichtiger seinen steuerlichen Wohnsitz oder den Geschäftsort bzw. den Sitz oder den Ort der tatsächlichen Verwaltung, so stellt sich die Frage, ob der Zuzugskanton die im Wegzugskanton in den Vorperioden aufgelaufenen Verluste zu übernehmen hat, und dies unabhängig davon, ob am neuen Sitz zuvor ein Nebensteuerdomizil bestand.

Dies ist bisher mit Verweis auf die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung verneint worden⁵³. Dabei stand der Umstand im Vordergrund, dass der Zuzugskanton nicht auf die Elemente des Wegzugskantons greifen durfte und darum dieser auch nicht verpflichtet werden konnte, die im Wegzugskanton entstandenen Verlustvorträge zu übernehmen. Diese Behandlung ist mit Hinweis auf das Diskriminierungsverbot für die bisherige Fassung der Verlustverrechnungsbestimmungen des StHG in Frage gestellt worden⁵⁴.

Mit dem Vereinfachungsgesetz ist nun Klarheit geschaffen worden, und der Zuzugskanton hat die in anderen Kantonen vor dem Zuzug entstandenen Verluste wie eigene zur Verrechnung zuzulassen⁵⁵.

4.2.2 Verlegung und Aufhebung anderer Steuerdomizile

In den geänderten Bestimmungen des StHG wird nur die Verlegung des steuerrechtlichen «Wohnsitzes», des «Geschäftsortes», des «Sitzes» und des Ortes der «tatsächlichen Verwaltung» erwähnt. Nicht ausdrücklich behandelt wird die Verlegung und Aufhebung eines Nebensteuerdomiziles oder der Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens, welches in der Schweiz weder Sitz noch tatsächliche Verwaltung hat.

Wie schon zuvor festgestellt, ist das Vereinfachungsgesetz sehr rasch entstanden und in Kraft gesetzt worden; dies auch zu Lasten einer wünschbaren Klarheit der einzelnen Bestimmungen. Die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Art. 10 Abs. 4, Art. 25 Abs. 4 und Art. 67 Abs. 2 StHG auf die Verlegung (und Aufhebung) auch anderer Steuerdomizile muss durch Auslegung bewerkstelligt werden.

Zweck der vom Gesetzgeber herbeigeführten Änderung des StHG ist die Erweiterung der interkantonalen Freizügigkeit auf die Verlustverrechnung. Weiter wollte der Gesetzgeber inskünftig den Verlust von Verlustverrechnungsmöglichkeiten verhindern und damit die Mobilität der Unternehmen in der Schweiz vereinfachen⁵⁶. Die Erreichung dieser Ziele würde durch eine auf die ausdrücklich erwähnten Verlegungen beschränkte Anwendung der geänderten Bestimmungen vereitelt, was zu dem in den Materialien klar geäusserten Willen des Gesetzgebers in Widerspruch steht. Es darf somit davon ausgegangen werden, dass auch Verluste aus Betriebsstätten vom Zuzugskanton übernommen werden müssen⁵⁷. Gleiches muss auch für allfällige neue Nebensteuerdomizile gelten, ansonsten von der Gesamtverlustverrechnungsmethode Abstand genommen werden müsste. In einem solchen Fall könnte durch die Zuordnung von Teilverlusten die Situation entstehen, dass bei einem Gesamtgewinn, welcher einen bestehenden Gesamtverlust-

49 Sog. räumliche Verlustverlagerung.

50 Zur Unterscheidung unter den nicht geänderten Bestimmungen s. LAMPERT, 256.

51 So auch KURZ, 857.

52 SSK KS 5 vom 24. Februar 1995 (§ 5 B, direkte quotenmässige Ausscheidung) und SSK KS 23 vom 26. Juni 2002 (Ziff. 413).

53 S. BAUMGARTNER, FStR 2001 230 f.; HÖHN/MÄUSLI, 448 ff.; Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBl 2000 3906 f.

54 HÖHN/MÄUSLI, 449 f.; LAMPERT, 249 f., beschränkt auf die Verlegung von Steuerdomizilen mit Verschiebung von «betriebsähnlichen Einheiten».

55 Art. 10 Abs. 4, Art. 25 Abs. 4 und Art. 67 Abs. 2 StHG.

56 Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBl 2000 3899.

57 In diesem Sinne auch KURZ, 856 f.

vortrag nicht übersteigt, der Steuerpflichtige dennoch in einzelnen Kantonen positive Steuerfaktoren aufweisen würde. Dies würde zu einer Verzögerung der Verlustverrechnung und somit zu einer ungewollten Behinderung der interkantonalen Mobilität führen.

4.2.3 Zeitliche Aspekte bei Änderungen der Steuerdomizile

4.2.3.1 Änderungen nach dem Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes

Die Bestimmungen zur Verlustverrechnung sind in der Steuerperiode anzuwenden, in welcher die Verrechnung erfolgt. Auch wenn die Verlustverrechnung frühere Perioden betrifft – hier Perioden, die vor dem Inkrafttreten der Änderungen aufgrund des Vereinfachungsgesetzes geendet haben –, kann bei der mit dem Vereinfachungsgesetz vorgenommenen Änderung der Verlustverrechnungsbestimmungen nicht von einer unzulässigen, echten Rückwirkung ausgegangen werden. Von einer Rückwirkung kann nämlich dann nicht gesprochen werden, wenn «lediglich der Umfang der Steuerpflicht unter einem geltenden Erlass sich nach Tatsachen bestimmt, die vor seinem Inkrafttreten eingetreten waren»⁵⁸. Demnach ist auch die Ausdehnung einer Verlustverrechnungsperiode, welche zu einem Wiederaufleben von (nach altem Recht) bereits verjährten Verlustvorträgen führt, nicht als Rückwirkung zu betrachten⁵⁹.

Soweit – wie im Fall des Vereinfachungsgesetzes – kein Übergangsrecht besteht, ist eine solche Ausdehnung zuzulassen, so auch im Falle der vom Vereinfachungsgesetz geänderten Bestimmungen⁶⁰. Hätte der Gesetzgeber eine einschränkende Behandlung gewollt, so hätte er dies ausdrücklich bestimmen müssen, wie dies vereinzelt in kantonalen Gesetzen bei der Ausdehnung der Verlustverrechnungsperiode geschehen ist⁶¹.

4.2.3.2 Änderungen vor dem Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes

Es fragt sich nun, ob bei Steuerpflichtigen, welche vor dem 1. Januar 2001 ihr steuerrechtliches Domizil in einen anderen Kanton verlegt haben, der Zuzugskanton aufgrund der durch das Vereinfachungsgesetz bewirkten Änderungen verpflichtet sei, die im Wegzugskanton entstan-

denen Verluste zu übernehmen. Zu dieser Frage ist den Bestimmungen des Vereinfachungsgesetzes nichts zu entnehmen, zumal ein Übergangsrecht ja gänzlich fehlt.

Untersucht man die Materialien zum Vereinfachungsgesetz, so wird die Änderung der Bestimmungen zur Verlustverrechnung stets mit der auf den 1. Januar 2001 aufgehobenen interkantonalen Wegzugsbesteuerung in Verbindung gebracht⁶² und mit der Notwendigkeit, die interkantonale Mobilität nicht zu behindern, begründet⁶³. Beide vom Gesetzgeber in den Vordergrund gerückten Aspekte sprechen für eine Anwendung der geänderten Bestimmungen nur auf Verlegungen, welche nach dem 1. Januar 2001 erfolgt sind.

Bei der Darstellung der finanziellen Auswirkungen des Vereinfachungsgesetzes für die Kantone ist in der bundesrätlichen Botschaft nichts über die mit einer Verlustverrechnung verbundenen Steuerausfälle gesagt worden⁶⁴. Bezogen auf die nach dem 1. Januar 2001 erfolgten Verlegungen ist von einem gewissen Ausgleich zwischen den in den Kanton verlegten stillen Reserven (durch die Aufhebung der Wegzugsbesteuerung) und den vom Kanton zu übernehmenden Verlustvorträgen auszugehen. Weiter ergibt sich auf lange Sicht ein Ausgleich der «wegziehenden» und «zuziehenden» Verlustvorträge. All diese Kompensationsmechanismen greifen bei einem Wiederaufleben von Verlustvorträgen bei Verlegungen, die vor dem 1. Januar 2001 erfolgt sind, nicht.

Der Definition der Rückwirkung entsprechend, liegt eine solche dann vor, wenn bei der Anwendung des Gesetzes «an ein Ereignis angeknüpft wird, das in der Vergangenheit liegt»⁶⁵. Bei den durch das Vereinfachungsgesetz geänderten Bestimmungen wird eine Ausdehnung der Verlustverrechnungsmöglichkeit an das Vorliegen einer «Verlegung ... in der Schweiz» geknüpft. Dieses Ereignis hat im Anwendungszeitraum des Gesetzes einzutreten. Eine weitergehende Interpretation würde einen zu grossen Eingriff in die Steuerhoheit der Kantone darstellen, welcher einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfte. Einem Kanton ist es indessen unbenommen, weitergehende Regelungen anzuwenden. Eine Pflicht zur Anerkennung von früheren Verlustvorträgen besteht jedoch nicht⁶⁶.

58 BLUMENSTEIN/LOCHER, 162 m.w.H.

59 So auch Steuergericht Solothurn, KSG 31/87, zitiert nach LEYSINGER, ST 1989 181.

60 So ausdrücklich SSK KS 15, Ziff. 312.3 lit. b; KURZ, ST 2001 854 f.

61 So z.B. Art. 313 des Tessiner Steuergesetzes (Legge Tributaria).

62 So Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBI 2000 3906 f.

63 Wicki, AB 2000 S 883; Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBI 2000 3899, 3909.

64 Botschaft Vereinfachungsgesetz, BBI 2000 3913.

65 BLUMENSTEIN/LOCHER, 162.

66 So auch SSK KS 15, Ziff. 312.3 lit. a; a.M. KURZ, ST 2001 855.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass die Steuerpflichtigen, welche vor dem Inkrafttreten des Vereinfachungsgesetzes eine Verlegung des Haupt- oder Nebensteuerdomiziles vorgenommen haben, dies in Kenntnis des Untergangs der Verrechenbarkeit der früheren Verluste gemacht haben. Es besteht so kein berechtigtes Vertrauen, welches es zu schützen gälte.

5 Schlusswort

Das Vereinfachungsgesetz hat verschiedene Änderungen bei der Verlustverrechnung gebracht, die gesamthaft als grosser Schritt in die richtige Richtung anzusehen sind. Die Ungenauigkeiten bei einzelnen Bestimmungen sind zwar bedauerlich, aber von der Praxis im Allgemeinen sachgerecht gelöst worden. Die Bewährungsprobe kommt in nächster Zeit, wo es gelten wird, die Verluste auch tatsächlich zur Verrechnung zu bringen.

Literatur

- ATHANAS PETER, Die Steuerauscheidung bei interkantonalen Fabrikationsunternehmungen, Bern/Stuttgart 1990
- BAUMGARTNER IVO P., Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis, FStR 2001 137 ff. und 222 ff.
- BLÖCHLIGER ROMAN, Steuerliche Probleme des Abzuges geschäftlicher Verluste insbesondere auch im interkantonalen und internationalen Verhältnis, StR 1981 233 ff. und 287 ff.
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des Steuerrechts, 6. A., Zürich 2002
- BOHNENBLUST PETER/MENGER JÖRG/ZÖCHLING HANS, Verlustverrechnung im Ertragsteuerrecht. Rechtsvergleich Deutschland-Österreich-Schweiz, ST 1991 106 ff., 174 ff. und 305 ff.
- BRÜLISAUER PETER, Sanierung und Verlustverrechnung, ST 2000 843 ff.
- HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, Interkantonaies Steuerrecht, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2000
- KUHN STEPHAN/BRÜLISAUER PETER, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Basel/Frankfurt a.M. 1997, Art. 25 StHG
- KUNZ HANSPETER, Interkantonale Verlustverrechnung neu geregelt, ST 2001 853 ff.
- LAMPERT FRANK, Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG, Basel 2000
- LEYSINGER MICHAEL, Aktuelle solothurnische Steuergerrichtsentscheide, ST 1989 181
- LOCHER PETER, Einführung in das interkantonale Steuerrecht, Bern 1999
– Kommentar zum DBG, Therwil/Basel 2001.
- NOLD HANS JAKOB, Die zeitliche Bemessung des Gewinns im Unternehmenssteuerrecht, Bern/Stuttgart 1984
- PASCHOUD JEAN-BLAISE, Evolution ou révolution du droit fiscal intercantonal? La loi sur la coordination et la simplification des procédures de taxation des impôts directs dans les rapports intercantonaux, ASA 2000/01 (69) 837 ff.
- REICH MARKUS, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Basel/Frankfurt a.M. 1997, Vorbem. zu Art. 1/2 StHG, Art. 10 StHG
- RIHNER BAUMGARTNER CLAUDIA, Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis, StR 2001, 177 ff.
- SCHÄRER BERNHARD F., Verlustverrechnung von Kapitalgesellschaften im interkantonalen Doppelbesteuerungsrecht, Zürich 1997
- SIMONEK MADELEINE, Ausgewählte Probleme der steuerlichen Behandlung von Verlusten bei Kapitalgesellschaften, ASA 1998/99 (67) 513 ff.
- VON STRENG KITTY, Verlustverrechnung im Unternehmenssteuerrecht – unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Steuergesetzes und der direkten Bundessteuer, Zürich 1988
- WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2001, FStR 2002, 138 ff. und 231 ff., insbesondere: Feststellungsentscheide über die Höhe von Verlustvorträgen?, 235 ff.
- ZUPPINGER FERDINAND/BÖCKLI PETER/LOCHER PETER/REICH MARKUS, Steuerharmonisierung, Bern 1984
- ZWEIFEL MARTIN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Basel/Frankfurt a.M. 1997, Art. 46 StHG N. 14 f.

Materialien

Botschaft zu den Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer, BBl 1983 III, 1 ff. (zit.: Botschaft Steuerharmonisierung)

Botschaft zur Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis, BBl 2000, 3898 ff. (zit.: Botschaft Vereinfachungsgesetz)

Kreisschreiben Nr. 15 der Schweizerischen Steuerkonferenz, vom 31. August 2001: Koordination und Vereinfachung der Veranlagungsverfahren für die direkten Steuern im interkantonalen Verhältnis (zit.: SSK KS 15)

Obligationen und derivative Finanzinstrumente – der neue Anhang III zum Kreisschreiben 4

Dr. oec. Hans-Joachim Jaeger*/Dr. oec. publ. Andreas Risi**

Inhalt

1	Einleitung
2	Vermögensertrag versus Kapitalgewinn
3	Übersicht über das Kreisschreiben 4 und die wesentlichen Anpassungen und Ergänzungen
4	Index- und Basketzertifikate
4.1	Index- und Basketzertifikate auf Aktien
4.1.1	Klassische Index- und Basketzertifikate auf Aktien
4.1.2	Dynamische Index- und Basketzertifikate auf Aktien
4.1.3	Index- und Basketzertifikate auf Aktien ohne feste Laufzeit (open end)
4.2	Bond-Basketzertifikate
4.2.1	Produktgestaltung
4.2.2	Steuerliche Behandlung gemäss Anhang III
4.2.2.1	Qualifizierung des Zertifikates
4.2.2.2	Stempelrechtliche Behandlung
4.2.2.3	Einkommenssteuerliche Behandlung
4.2.2.3.1	Klassifizierung des Zertifikats
4.2.2.3.2	Folgen der Klassifizierung anhand eines Rechenbeispiels
4.3	Basketzertifikate auf ausschüttende und thesaurierende Anlagefonds
5	Strukturierte Kredit- und Schadenderivate
5.1	Produktgestaltung
5.1.1	Reine Schaden- und Kreditderivate
5.1.2	Strukturierte Schaden- und Kreditderivate
5.2	Steuerliche Behandlung
5.2.1	Reine Kredit- und Schadenderivate
5.2.2	Strukturierte Schadenderivate
5.2.3	Strukturierte Kreditderivate
5.2.4	Beurteilung der unterschiedlichen Behandlung
6	Aufstockung von inländischen und ausländischen Anleiensobligationen
6.1	Inländische Anleihen
6.2	Ausländische Anleihen
6.3	Redaktionelles und eine steuerliche «Einbahnstrasse» zugunsten der ESTV
7	Ständige Aufmerksamkeit gefordert

Literatur

1 Einleitung

Am 28. Januar 2002 hat die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) eine Neuauflage des Anhangs III zum Kreisschreiben 4 vom 12. April 1999 betreffend Obligationen und derivative Finanzinstrumente als Gegenstand der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer sowie der Stempelabgaben herausgegeben¹.

Die Absicht des KS 4 besteht darin, Richtlinien im Zusammenhang mit der Differenzierung zwischen steuerfreiem Kapitalgewinn und steuerbarem Vermögensertrag des privaten Investors im Bereich der Obligationen und der derivativen Finanzinstrumente aufzustellen. In diesem Sinn unterscheidet das Kreisschreiben zwischen der steuerlichen Behandlung der Erträge von Obligationen, von derivativen Finanzinstrumenten sowie aus kombinierten derivativen Finanzprodukten.

Das Kreisschreiben selbst deckt die steuerliche Behandlung von innovativen Spezialprodukten durch seine eher allgemeineren Ausführungen nicht ab. Für diesen Zweck ist explizit der Anhang III des Kreisschreibens vorgesehen, welcher entsprechend den Entwicklungen in diesem Bereich laufend nachgeführt werden soll. Mit der zweiten Auflage des Anhangs III vom 28. Januar 2002 hat die ESTV nun erstmals eine solche Anpassung an die Entwicklungen der Finanzmärkte vorgenommen.

2 Vermögensertrag versus Kapitalgewinn

Nicht nur in den letzten 10 Jahren, als die derivativen Finanzinstrumente in eine Boom- (und in jüngster Zeit ein wenig in eine Sättigungs-)Phase geraten sind, sondern auch schon früher befasste sich die Steuerrechtswissenschaft eingehend mit der Frage der Abgrenzung zwischen Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Bereich des Einkommenssteuerrechts.

* Dipl. Steuerexperte, stellvertretender Direktor, Julius Baer Family Office AG, Zürich

** Dipl. Steuerexperte, Partner, PricewaterhouseCoopers, Zürich

1 Vgl. LAUBER-STEINHAUER/GENNARI (2002) 510 ff. sowie RISI (2002) 44 ff.

Höhn beispielsweise bezeichnet als Vermögensertrag die «laufenden Erträge» («Früchte»), die ein Vermögensobjekt abwirft, ohne dass seine Substanz verzehrt² wird. Im Gegensatz dazu stellt der Kapitalgewinn den bei einer Veräusserung eines Vermögensobjektes realisierten Mehrwert dar, der seit dem Erwerb angefallen ist³.

Diese im Grundsatz immer noch richtige Differenzierung findet im Bereich der derivativen Finanzinstrumente eine immer stärkere Aufweichung. Diese Aufweichung ist nicht im bösen Willen der Bankfachleute zu suchen, deren Einfallsreichtum beim Entwickeln neuer Produkte grenzenlos zu sein scheint. Vielmehr liegt das Problem darin, dass bei *jeder* Geldanlage eine Verzinsungskomponente in den Preis der Geldanlage «hineingerechnet» wird. Als Beispiel mögen die herkömmlichen Kaufoptionen dienen. In den Bewertungsmodellen stellt der Parameter «Zins» eine wesentliche Wertkomponente dar⁴. Bezeichnend ist auch die Regel für die Aufteilung kombinierter Finanzprodukte unter IAS in einen Kapitalanlage- und einen Risikoteil. Diese Aufteilung hat so zu erfolgen, dass der Wert des Risikoteils im Zeitpunkt der Aufteilung 0 beträgt⁵. Sobald nämlich der Risikoteil im Zeitpunkt der Aufteilung einen Wert aufweisen würde, wäre grundsätzlich eine Verzinsungskomponente in den Risikoteil einzurechnen.

Vor dem wirtschaftlichen Hintergrund, dass jeder Geldanlage wirtschaftlich eine Verzinsungskomponente inhärent ist – gleichgültig, ob diese Geldanlage als Obligation, als Aktie oder als derivatives Finanzinstrument erfolgt – könnte man sich die ganze Arbeit der korrekten steuerrechtlichen Aufteilung in Vermögenserträge und Kapitalgewinne sparen. Eigentlich könnte man für jede Vermögensanlage pauschal einen inhärenten Zinssatz bestimmen und diesen «impliziten Vermögensertrag» der Besteuerung zuführen oder, wie dies in den Niederlanden bereits heute der Fall ist, eine pauschale Einkommenssteuer von z.B. 1 % auf dem Wertschriftenvermögen erheben⁶. Wenn ein Anleger effektiv höhere oder tiefere Erträge erwirtschaftet, wären diese Differenzen zum angenommenen Zinssatz als steuerfreie Kapitalgewinne bzw. als steuerneutrale Kapitalverluste aufzufassen. Gemäss der hier vertretenen Auffassung müsste mit einer derartigen pauschalen Steuer auf der «steuerlichen Verzinsung»

des privaten Vermögens die Vermögenssteuer mit abgegolten sein, weil die Vermögenssteuer von der wirtschaftlichen Belastung her nochmals genau in dieselbe Kerbe schlägt wie die Einkommenssteuerbelastung einer pauschalen Vermögensertragskomponente.

Die schweizerische Steuerrechtsgesetzgebung ist freilich weit von einer derart vereinfachten, wirtschaftlich m.E. korrekten Aufteilung in Vermögenserträge und Kapitalgewinne entfernt. Nach wie vor werden die Wertpapieranlagen und das Einkommen daraus sowohl von der Vermögenssteuer wie auch von der Einkommenssteuer erfasst. Unverändert gelten die eher juristisch-formal orientierten Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung zwischen Vermögenserträgen und Kapitalgewinnen mit den stossenden Ergebnissen⁷. Dementsprechend muss sich die Praxis zur Besteuerung derivativer Finanzinstrumente im Umfeld der gesetzlichen Unebenheiten zurechtfinden. Nicht ganz von ungefähr setzen sich diese Unebenheiten in der Besteuerungspraxis fort, wie an einem Beispiel gezeigt werden kann: Durch eine Kombination aus einem Kauf und einem Verkauf von Optionen auf dasselbe zugrundeliegende Gut kann ein Anleger einen risikolosen Zins erzielen. Streng nach den Regeln des KS 4 beurteilt, könnte der Anleger einen steuerfreien Kapitalgewinn erzielen. Damit diese unerwünschte Rechtsfolge nicht zum Tragen kommt, muss die Steuerverwaltung entweder in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die eigenen Regeln über den Haufen werfen oder dem Steuerpflichtigen eine Steuerumgehung vorwerfen.

Trotz dieser Unebenheiten und Schwächen in der gesetzlichen Konzeption hat die ESTV mit dem KS 4 ein Werkzeug geschaffen, das in der Praxis eine recht hohe Anwendungssicherheit gibt. Das Kreisschreiben erlaubt es dem schweizerischen Steuerberater, mit recht grosser Sicherheit eine Beurteilung über die Besteuerung der allermeisten Finanzprodukte abzugeben, was für unsere Kollegen im Ausland leider meistens nicht ohne weiteres möglich ist.

2 HÖHN (1982) 530.

3 HÖHN (1982) 530.

4 Vgl. RISI (1999) 183 ff.

5 IAS 39 Paragraph 22 sowie Implementation Guidance zu IAS 39, Page 22–1.

6 1 % könnte einer angenommenen Rendite von 4 % und einem Steuersatz von 25 % entsprechen.

7 Beispiele stossender Ergebnisse:

- Besteuerung des Liquidationserlöses als Vermögensertrag, auch wenn der Anleger gar keinen Ertrag erzielt;
- Praxis der Transponierung und der indirekten Teilliquidation;
- Vermeidung der Besteuerung von Vermögenserträgen bei indirekter Anlage über eine juristische Person, welche die Erträge thesauriert.

3 Übersicht über das Kreisschreiben 4 und die wesentlichen Anpassungen und Ergänzungen

Mit dem neuen Anhang III bleiben das Grundgerüst und damit die grundlegenden Besteuerungsregeln von derivativen Finanzinstrumenten unangetastet:

Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG kann der Handwechsel einer überwiegend einmalverzinslichen Anleihe einkommenssteuerlich erfasst werden. Eine Obligation gilt als überwiegend einmalverzinslich, wenn – berechnet im Zeitpunkt der Emission – die Gesamrendite mehr als doppelt so hoch ist wie die auf den Anlagewert bezogene jährliche Zinszahlung⁸.

Frei von der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer (im Privatvermögen) sind nach wie vor die Zahlungen und Gewinne auf Termin- und Swapgeschäften sowie auf Optionen, welche der Anleger gekauft hat.

Grundsätzlich ebenfalls gleich geblieben ist die Besteuerung von heute sehr beliebten derivativen Produkten, die eine risikoarme Kapitalanlagekomponente mit einem Risikoteil verbinden und einen garantierten Rückzahlungsbetrag anbieten. Wenn die beiden Komponenten getrennt handelbar oder analytisch aufteilbar sind, gilt der Wertzuwachs auf dem Risikoteil als steuerfreier Kapitalgewinn. Steuerbar hingegen bleiben die Vermögenserträge auf dem Kapitalanlageteil, die in der Regel durch die Rückzahlung des Papiers abgegolten werden⁹. Da auch der Handwechsel überwiegend einmalverzinslicher Anlageinstrumente die Einkommenssteuer auslöst, muss der bis zur Veräusserung aufgelaufene Zins auf dem Kapitalanlageteil berechnet werden. Die Emittenten müssen hierzu mit der Telekurs zusammen in einem m.E. zu aufwendigen Verfahren die Wertermittlung des Kapitalanlageteils für jeden Handelstag sicherstellen, damit die abrechnende Bank einen korrekten Beleg ausstellen kann¹⁰.

Eine privilegierte steuerliche Behandlung geniessen die «klassischen» Options- und Wandelanleihen. Nur die periodisch ausbezahlten Zinsen sind einkommens- und verrechnungssteuerpflichtig. Wenn die Options- oder Wandelanleihen ohne jährlichen Zinscoupon und ohne Rückzahlungssagio ausgestaltet sind, trifft den privaten Anleger daher weder die Verrechnungs- noch die Einkommenssteuer. Damit eine Options- oder Wandelanleihe als «klassisch» im Sinne des Kreisschreibens gilt, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt sein¹¹. Unter anderem muss eine schweizerische Gesellschaft eine

Obligation ausgeben, die den Inhaber bei der Wandlung oder der Optionsausübung zum Bezug neuer Beteiligungsrechte des Emittenten oder einer mit dem Emittenten verbundenen in- oder ausländischen Gesellschaft berechtigt.

Die Praxis der ESTV befreit nach wie vor die erhaltenen Optionsprämien im Privatvermögen von der Einkommenssteuer. Diese Beurteilung ist vor allem für die sogenannten reverse-convertible-Produkte (wie REVEXUS, BLOC, GOAL, TORO usw.) von Bedeutung, bei deren Endfälligkeit der Anleger einen Titel erhält, wenn der Börsenkurs der zugrunde liegenden Aktie unter einem Schwellenwert liegt. Wenn der Börsenkurs über diesem Wert liegt, erhält der Anleger einen festen Betrag ausbezahlt.

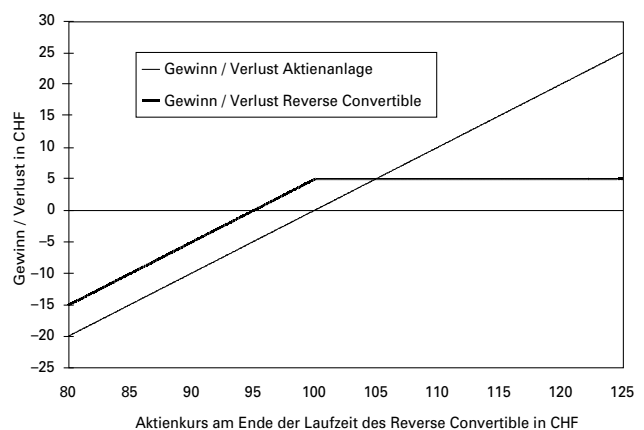
Wirtschaftlich handelt es sich aus der Sicht des Investors je nach Optik um:

- eine Kombination aus einer Kapitalanlage und dem Verkauf einer Put-Option, oder
- eine Kombination aus dem Kauf einer low exercise price option und dem Verkauf einer Call-Option mit einem höheren Ausübungspreis («Cap»).

Beispiel

Kauf eines reverse convertible auf eine Aktie zum Preis von CHF 95 (Kurs der zugrundeliegenden Aktie: CHF 100). Der Investor erhält eine Rückzahlung von CHF 100, wenn der Kurs der Aktie im Rückzahlungszeitpunkt mindestens CHF 100 beträgt, ansonsten erhält der Investor eine Aktie.

Abb. 1: Gewinn und Verlust bei Aktienanlage und Reverse Convertible



Die ESTV behandelt die reverse-convertible-Produkte grundsätzlich als eine Kombination aus einer Obligation

8 Ziff. 2.1.4 KS 4.

9 Ziff. 2.3.1 sowie Ziff. 3.4 KS 4.

10 Zirkular 6997 der Schweizerischen Bankiervereinigung, vom 3. August 2000.

11 Ziff. 2.3.2 KS 4.

und dem Verkauf einer Put-Option. Dementsprechend muss mathematisch zwischen einer Zinskomponente (steuerbar) und der Vereinnahmung einer Put-Optionsprämie (steuerfreier privater Kapitalgewinn) unterschieden werden. Solange jedoch die Laufzeit eines reverse convertible nicht länger als 1 Jahr dauert, steht gemäss Beurteilung der ESTV der Erwerb der Aktie gegenüber der genannten analytischen Aufteilung in Zinsen und Optionsprämie im Vordergrund. Dementsprechend gelten reverse convertibles mit Laufzeiten bis zu einem Jahr nicht als Obligationen, und der Investor kann einen Kapitalgewinn realisieren.

Zu dieser Beurteilung hat sich grundsätzlich im Vergleich zur Erstauflage des Anhangs III zum KS 4 keine Änderung ergeben. Einziger Zusatz ist die Anmerkung, dass reverse convertibles wie POWER, BOOSTER, TORERO etc., welche grundsätzlich in dieselbe Kategorie fallen, den Anleger aber in einem gewissen Bereich doppelt vom Kursanstieg der dem Produkt zu-

grunde liegenden Aktie profitieren lassen, derselben steuerlichen Behandlung unterliegen¹².

Eine Modifikation hat die Beurteilung von Wandelanleihen mit Put-Optionen für den Emittenten zwecks vorzeitiger Rückzahlung erfahren. Während in der Erstauflage des Anhangs III zum KS 4 die Put-Option bei der Frage nach der Einmalverzinslichkeit der Anlage noch berücksichtigt werden musste, sind neu lediglich die Eckwerte der Bondkomponente massgeblich. Diese Änderung ist vor allem im Hinblick auf die Konsistenz im System der transparenten Besteuerung von Zins- und Risikokomponenten derivativer Produkte zu begrüssen.

Die erste Auflage des Anhangs III zum KS 4 führte als Spezialfälle die Index- und Basketzertifikate, die reverse convertibles, die Obligationen mit money-back-Optionen sowie die Wandelanleihen mit Put-Optionen zwecks vorzeitiger Rückzahlung auf.

Abb. 2: Spezialfälle gemäss Erstauflage Anhang III

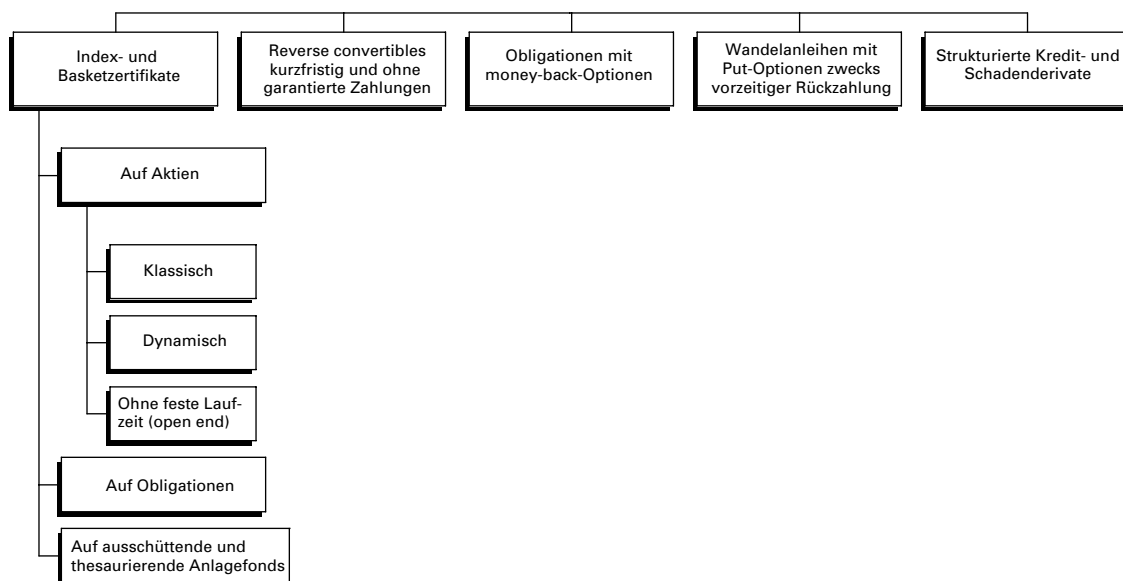


Neu hat die ESTV nun in der zweiten Auflage die steuerliche Behandlung der Index- und Basketzertifikate stark aufgliedert. Während in der ersten Auflage lediglich die Zertifikate auf Aktien behandelt wurden, unterscheidet die ESTV nun zwischen Zertifikaten auf Aktien, Obligationen und Anlagefonds. Weiter werden die Zertifikate auf Aktien in klassische, dynamische und

sogenannte open-end Basket- und Indexzertifikate aufgeschlüsselt.

Neben den bereits in der ersten Auflage dargestellten Spezialfällen hat die ESTV zudem die steuerliche Behandlung der strukturierten Kredit- und Schadenderivate in den Anhang III aufgenommen.

Abb. 3: Spezialfälle gemäss Zweitaufgabe Anhang III



¹² Ziff. 3.6. KS 4 sowie Ziff. 4 Anhang III.

Nicht in der Darstellung aufgeführt sind die neuen Spezialbestimmungen im Zusammenhang mit Aufstockungen von inländischen und ausländischen Anleiheobligationen. Diese Regelungen sind aufgrund der Aufhebung der verrechnungssteuerfreien Emissionsdisagi von maximal 0.5 % pro Jahr der Laufzeit (Art. 14 Abs. 2 der Verrechnungssteuerverordnung) per 1. Januar 2001 notwendig geworden.

4 Index- und Basketzertifikate

Wie bereits erwähnt, regelt der neue Anhang III die steuerliche Behandlung von Zertifikaten wesentlich detaillierter als bis anhin. Einerseits wurden zusätzlich die Zertifikate auf Obligationen und Anlagefonds in die Betrachtung aufgenommen; andererseits hat die ESTV die Zertifikate auf Aktien in weitere Untergruppen unterteilt.

4.1 Index- und Basketzertifikate auf Aktien

Index- und Basketzertifikate auf Aktien zeichnen sich dadurch aus, dass sie in wirtschaftlicher Hinsicht einer Investition in Aktienmärkte (Indexzertifikate) bzw. Aktienkörbe (Basketzertifikate) entsprechen, und der Kursverlauf der Zertifikate demjenigen der Bezugsgrösse folgt. Der Anhang III unterscheidet zwischen drei Formen von Aktienzertifikaten mit teilweise voneinander abweichenden Steuerfolgen:

- klassische Index- und Basketzertifikate auf Aktien;
- dynamische Index- und Basketzertifikate auf Aktien;
- Index- und Basketzertifikate auf Aktien ohne feste Laufzeit (open end).

4.1.1 Klassische Index- und Basketzertifikate auf Aktien

Nicht gerade glücklich in der Wortwahl, verwendet die ESTV den Begriff «klassisch» neu nicht mehr nur für die klassischen Wandel- und Optionsanleihen, sondern auch noch für Index- und Basketzertifikate auf Aktien. Man darf sich durch diese Begriffsbildung jedoch nicht verwirren lassen. Die klassischen Wandel- und Optionsanleihen haben nichts mit den klassischen Index- und Basketzertifikaten auf Aktien zu tun.

Die klassischen Index- und Basketzertifikate entsprechen in der wirtschaftlichen Optik einer Anlage in die Aktien eines Indexes (Indexzertifikate) oder eines Aktienkorbs (Basketzertifikate). Die Zusammensetzung der Bezugsgrösse (Aktien-Index oder -Basket) von klassischen Index- oder Basketzertifikaten bleibt wäh-

rend der gesamten determinierten Laufzeit unverändert¹³. Auch Zertifikate, die den Kursverlauf des Indexes oder des Baskets negativ abbilden (Kursgewinn für den Anleger der Zertifikate bei sinkenden Kursen) stellen einen Anwendungsfall klassischer Zertifikate dar.

Aus steuerlicher Sicht stellen Gewinne aus der Veräusserung dieser Zertifikate beim privaten Investor einen steuerfreien Kapitalgewinn dar. Dagegen stellen Ausgleichszahlungen (auch ein Emissionsdiskont sowie ein Rückzahlungsgagio gegenüber dem Index/Basket) steuerbaren Vermögensertrag dar. Da der Emittent von klassischen Basket- und Indexzertifikaten keinen festen Rückzahlungsbetrag garantiert, liegt keine Obligation im Sinne des Verrechnungssteuer- bzw. Stempelabgabenrechts vor. Deshalb ist auf den Ausgleichszahlungen keine Verrechnungssteuer geschuldet. Die Ausgabe wie auch der Umsatz dieser Zertifikate unterliegt weder der Emissions- noch der Umsatzabgabe, weil die Zertifikate keine steuerbaren Urkunden darstellen.

Nicht geregelt ist weiterhin die steuerliche Behandlung von Zertifikaten auf einzelne Aktien. In Analogie zu den American Depositary Receipts (ADR) ist je nach Ausgestaltung von einem Substitut für die Aktie mit den entsprechenden Folgen betreffend die Verrechnungssteuer und die Umsatzabgabe (wobei sich die Eigenschaft des «Inländers» auf den Basiswert beziehen würde) auszugehen. Bei Zertifikaten auf einzelne Aktien ist deshalb ein minimaler Ausübungspreis (z.B. CHF 0.01) vorzusehen, damit das Zertifikat als Option (low exercise price option) behandelt werden kann.

4.1.2 Dynamische Index- und Basketzertifikate auf Aktien

Im Gegensatz zu klassischen Zertifikaten auf Aktien zeichnen sich die dynamischen Zertifikate dadurch aus, dass die dem Zertifikat zugrunde liegenden Werte bewirtschaftet werden, d.h. während der Laufzeit kann sich die Zusammensetzung des Indexes bzw. des Baskets ändern. Trotz Bewirtschaftung wird aus steuerlicher Sicht von einem passiven Zertifikat ausgegangen, dessen Steuerfolgen sich nach den klassischen Zertifikaten richten, wenn die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sind¹⁴:

- Die im Index bzw. Basket enthaltenen Aktien werden nach genau definierten und im Voraus festgelegten Kriterien (z.B. Marktkapitalisierung, P/E-Ratio etc.) selektioniert und bewirtschaftet.
- Die massgeblichen Kriterien sind in den Index- bzw. Basketspezifikationen festzuhalten und dürfen während der Laufzeit nicht verändert werden.

13 Ziff. 1a Anhang III.

14 Ziff. 1b Anhang III.

- Die für den Zweck der Zertifikatsemission errichteten Indizes bzw. Baskets sind unbefristet und beim zuständigen Patentamt als Handelsmarke registriert.

Dynamische Zertifikate, die sich nicht als passive Zertifikate qualifizieren, gelten steuerlich grundsätzlich als Anteile an fondsähnlichen Vermögen und werden wie Zertifikate auf Anlagefonds behandelt¹⁵.

Die Unterscheidungskriterien führen zwar zu einer erhöhten Rechtssicherheit. Im Interesse der Rechtsvereinheitlichung wäre es aber begrüssenswert gewesen, wenn diese Kriterien in Koordination mit den ausländischen Steuerhoheiten¹⁶ und mit der Eidgenössischen Bankenkommision festgelegt worden wären. Aufsichtsrechtlich kann man ohne Negativbestätigung der Eidgenössischen Bankenkommision nicht sicher sein, dass die passiven Zertifikate keiner Bewilligungspflicht unterstehen.

4.1.3 Index- und Basketzertifikate auf Aktien ohne feste Laufzeit (open end)

Gemäss Anhang III qualifizieren sich Zertifikate auf Aktien ohne feste Laufzeit nur dann als klassische bzw. dynamische Zertifikate gemäss obenstehenden Ausführungen, wenn dem Investor ein *jährliches Kündigungsrecht* eingeräumt wird¹⁷.

Unerwähnt bleibt die steuerliche Behandlung eines Zertifikats ohne feste Laufzeit und ohne ein jährliches Kündigungsrecht. Grundsätzlich wäre in diesem Fall wohl analog der Beurteilung betreffend die Zertifikate auf einzelne Aktien je nach Ausgestaltung von einem Substitut der Aktien mit den entsprechenden Folgen im Bereich der direkten Steuern, der Verrechnungssteuer wie auch der Stempelabgaben auszugehen.

4.2 Bond-Basketzertifikate

4.2.1 Produktgestaltung

Neben der steuerlichen Behandlung von Index- und Basketzertifikaten auf Aktien und Anlagefonds regelt die zweite Auflage des Anhangs III zum KS 4 nunmehr auch den Bereich der Basketzertifikate auf Obligationen. Obwohl dieser Bereich im Anhang selbst lediglich 13 Textzeilen umfasst, birgt er doch einige Fragen, deren Beantwortung je nach entsprechender Auslegung

einen breiten Raum für die Gestaltung dieser Produkte bietet. Im Folgenden werden diese Fragestellungen erörtert.

Mit dem Erwerb eines Bondzertifikates erhält der Investor einen Korb aus verschiedenen Obligationen. Diese Obligationen können hinsichtlich der Merkmale «Emitent», «Verzinsung» (Einmalverzinsung, periodische Verzinsung oder Mischform), «Agio/Disagio», «Zusatzleistung» (Wandel- oder Optionsanleihe) oder «Währung» durchaus unterschiedlichen Charakter aufweisen. Wie Gennari und Lauber-Steinhauer in ihrem Artikel¹⁸ richtig ausführen, entspricht der Ausgabekurs eines solchen Zertifikats dem Gegenwert der im Basket enthaltenen Obligationen. Im Verfallzeitpunkt des Baskets hat der Investor entsprechend ein Anrecht auf die Rückzahlung in Höhe der aktuellen Verkaufspreise der zugrunde liegenden Obligationen abzüglich der vertraglich vereinbarten Transaktionskosten. Wie der Anhang III betont, hat der Investor mit dem Erwerb des Bondzertifikats dieselben Ertrags- und Risikoaussichten wie ein Direkterwerber der Obligationen. Neben dem beispielhaft durch Gennari und Lauber-Steinhauer dargestellten Fall der PERLES on the UBSW European Focus Convertible Index¹⁹ sind durchaus auch Konstellationen denkbar, in denen periodisch verzinsliche Obligationen im Basket Platz finden. Der Anhang III beschreibt daher auch folgerichtig, dass der Investor in solchen Fällen *bei Verfall* Anspruch auf Rückzahlung «[...] b) der während der Laufzeit der Zertifikate auf diesen Obligationen ausbezahlten Zinsen» hat. Hierbei ist es jedoch wiederum durchaus denkbar, dass die anfallenden Zinsen bei länger laufenden Basketzertifikaten dem Zertifikatsinhaber ausgezahlt werden. Mit anderen Worten: Nicht nur ein «durchhaltender» Erwerber des Zertifikats, sondern auch ein Investor, der während der Laufzeit ein Zertifikat kauft und es vor Verfall auf dem Sekundärmarkt wieder verkauft, könnte in den Genuss einer Zinszahlung kommen, nämlich dann, wenn das Zertifikat vorsieht, dass die erhaltenen Zinszahlungen weiterzuleiten sind.

15 S. Abschn. 4.3, Basketzertifikate auf ausschüttende und thesaurierende Anlagefonds.

16 Interessanterweise scheint in Bezug auf die dynamischen Zertifikate Deutschland weit grosszügiger zu sein als die Schweiz.

17 Ohne das jährliche Kündigungsrecht könnte gemäss LAUBER-STEINHAEUER/GENNARI (2002) 515 nicht mehr von einem Termingeschäft gesprochen werden.

18 LAUBER-STEINHAEUER/GENNARI (2002) 510 ff.

19 Durch die UBS Warburg herausgegebenes Zertifikat, das sich auf einen Indexwert bezieht, welcher wiederum europäische Wandelschuldverschreibungen zur Grundlage hat.

4.2.2 Steuerliche Behandlung gemäss Anhang III

4.2.2.1 Qualifizierung des Zertifikates

Die ESTV definiert den Begriff der Obligation im Sinne des DBG, des VStG und des StG als schriftliche, auf feste Beträge lautende Schuldanererkennungen, die (u.a.) zwecks kollektiver Anlagegewährung in einer Mehrzahl von Exemplaren zu gleichartigen Bedingungen herausgegeben wurden und dem Gläubiger dazu dienen, seine Forderung nachzuweisen bzw. geltend zu machen oder diese Forderung zu übertragen. Gennari und Lauber-Steinhauer²⁰ legen dar, dass neben den offensichtlich vorhandenen Kriterien auch das Kriterium der auf feste Beträge lautenden Schuldanererkennung gegeben ist, denn um der Rückzahlungsverpflichtung bei Verfall der Zertifikate nachkommen zu können, sei der Emittent der Zertifikate gezwungen, die zugrunde liegenden Obligationen zu verkaufen. Damit habe der Zertifikatsinhaber Anspruch auf die (zumindest anteilige) Rückzahlung der Nennwerte der zugrunde liegenden Obligationen, wobei sich letztere dann auf feste Beträge bezögen.

Aus dieser Übereinstimmung der steuerlichen Definition von Obligationen und den Charakteristika der Bondzertifikate bestimmt nunmehr der Anhang III, dass sich Bondzertifikate selber als Obligationen qualifizieren und damit auch der entsprechenden Besteuerung unterliegen, die in den Ziffern 3.1. ff. des KS 4 geregelt ist. Die Qualifikation als Obligation selbst wird zudem im Anhang III damit untermauert, dass der Zertifikatsinhaber die gleichen Risiken und Chancen eines veränderlichen allgemeinen Zinsniveaus und Wechselkursrisiken trage wie der Obligationär selbst.

Mit anderen Worten: Die Ausgabe von Zertifikaten auf Obligationen lässt aus steuerlicher Sicht ein neues und eigenständiges Wertpapier *sui generis* entstehen. Dies ist insofern bemerkenswert, als im Gegensatz dazu bei den klassischen Index- und Basketzertifikaten auf Aktien, die steuerlich quasi als transparent behandelt werden (aus diesem Grunde unterliegt ihr Handel auch nicht der Umsatzabgabe, und Erträge aus im Inland emittierten Aktien-Basketzertifikaten sind nicht verrechnungssteuerlich belastet), das Bond-Basketzertifikat als steuerlich opak bezeichnet werden kann.

4.2.2.2 Stempelrechtliche Behandlung

Da das Bond-Basketzertifikat selbst als Obligation im Sinne des schweizerischen Steuerrechts qualifiziert wird und daher eine neue steuerbare Urkunde *sui gene-*

ris darstellt, kommen die normalen Regelungen im Hinblick auf die Emissionsabgabe und die Umsatzabgabe zur Anwendung. Sofern das Basketzertifikat durch einen Inländer emittiert wurde, bedeutet dies, dass eine Emissionsabgabe in Höhe von 0.12 % – multipliziert mit der Anzahl der vollen oder angefangenen Jahre der maximalen Laufzeit – erhoben wird. Sofern die Laufzeit unter einem Jahr betragen sollte, würde das Zertifikat wie ein Geldmarktpapier behandelt, und die Abgabe entspräche 0.06 % für jeden Tag der Laufzeit, je zu 1/360 dieses Abgabesatzes. Die Emissionsabgabe berechnet sich dabei auf der Basis des Nominalbetrages (Art. 9a StG). Diese auf den ersten Blick klare Regelung des StG wirft allerdings bei dem scheinbar einfachen Konstrukt des Bond-Basketzertifikats Fragen auf: Basketzertifikate haben in der Regel keinen Nominalbetrag, sondern, wie Aktienzertifikate auch, lediglich einen Ausgabepreis. Theoretisch liesse sich der proportionale Anteil am Nominalbetrag der zugrunde liegenden Obligationen berechnen. Allerdings würde sich eine solche Betrachtungsweise nicht mit der Qualifizierung des Basketzertifikats als neue steuerbare Urkunde vertragen. Ausserdem stellte sich dann noch die Frage, inwieweit die Laufzeit der zugrunde liegenden Obligationen in die Berechnung einflösse. Es ist davon auszugehen, dass die zugrunde liegenden Obligationen unterschiedliche Laufzeiten aufweisen. Die Antwort auf die Frage nach der Statthaftigkeit einer gewichteten Durchschnittsberechnung für die Bestimmung der Laufzeit bleiben das KS 4 und der Anhang III schuldig. Ersatzweise bliebe lediglich die Möglichkeit, die Emissionsabgabe entsprechend der Laufzeit und dem Ausgabebetrag des Zertifikats selbst zu erheben. Letzterer enthält aber rechnerisch anteilige Stückzinsen und allenfalls Emissionsagi bzw. -disagi der zugrunde liegenden Obligationen, die gerade nicht Gegenstand der Emissionsabgabe sein dürften. Man mag sich damit trösten, dass die obige Fragestellung eher esoterischer Natur sein dürfte, da solche Bond-Basketzertifikate regelmässig nicht durch einen schweizerischen, sondern durch einen ausländischen Emittenten herausgegeben werden, womit keine schweizerische Emissionsabgabe anfällt. Ganz und gar nicht esoterischer Natur ist hingegen die Frage nach der umsatzabgaberechtlichen Stellung der Basketzertifikate. Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei den Bond-Basketzertifikaten um eigenständige Obligationen handelt, ist der schweizerische Effektenhändler verpflichtet, die Umsatzabgabe in Höhe von gesamthaft 15 Basispunkten (im Falle der Herausgabe des Zertifikates durch einen schweizerischen Emittenten) bzw. 30 Basispunkten (bei der Emission durch eine ausländische Partei) zu erheben, sofern es sich nicht um einen nach Art. 14 StG ausgenommenen Tatbestand oder bei der Gegenpartei um einen gemäss Art. 17a StG von der

20 LAUBER-STEINHAUER/GENNARI (2002) 516.

Abgabe befreiten Anleger handelt. Eine Einsparung durch Emission im Ausland kann somit zu höheren Umsatzabgaben führen.

4.2.2.3 Einkommenssteuerliche Behandlung

4.2.2.3.1 Klassifizierung des Zertifikats

Die Qualifizierung als eigenständiges Wertpapier wirft auch einkommenssteuerliche Fragen auf, auf die der Anhang III keine Antwort zu geben vermag. Die opake Natur der Bond-Basketzertifikate bedingt, dass eine Prüfung, ob gegebenenfalls eine überwiegende Einmalverzinslichkeit vorliegt oder nicht, *auf Ebene des Zertifikates* durchgeführt werden muss und nicht mehr auf der Ebene der zugrunde liegenden Obligationen. Dies ergibt sich u.E. aus der konsequenten Behandlung des Zertifikates als eigenständige Urkunde: Wenn das Zertifikat für Emissions- und Umsatzabgabewecke als steuerbare Urkunde behandelt werden muss und der Investor gemäss dem Anhang III dieselben Chancen und Risiken wie bei einer Direktinvestition eingeht, wäre es kaum verständlich, wenn sich die Prüfung auf Vorliegen der IUP-Eigenschaft (*intérêt unique prédominant*) nicht auf das Bond-Basketzertifikat direkt bezöge.

Die letzte Aussage birgt eine interessante Fragestellung: Sofern ein Bond-Basketzertifikat aus Obligationen mit

IUP-Charakter und solchen ohne überwiegende Einmalverzinsung besteht, ist es dann möglich, dass die Auszahlungsströme des Zertifikates selbst keinen IUP-Charakter mehr aufweisen? Dieser Frage soll anhand eines konkreten Beispiels nachgegangen werden. Zugegebenermassen werden hierzu Extrembeispiele konstruiert. Nichtsdestotrotz dienen diese Beispiele der Veranschaulichung und ändern grundsätzlich an der Fragestellung selbst nichts.

4.2.2.3.2 Folgen der Klassifizierung anhand eines Rechenbeispiels

In dem hypothetischen Bond-Basket werden zwei Anleihen zusammengefasst:

- Anleihe «A»: eine normalverzinsliche dreijährige Anleihe, die zu 6% p.a. verzinslich ist und zu pari herausgegeben wird;
- Anleihe «B»: ein Zerobond, der ebenfalls eine Laufzeit von drei Jahren aufweist, zu CHF 82 herausgegeben wird und eine Rückzahlung zu pari, d.h. zu CHF 100, vorsieht. Mit dem Ausgabepreis von CHF 82 weist dieser Zerobond eine Rendite von 6.84% auf.

Die beiden Bonds weisen somit die folgenden Auszahlungsströme auf (negative Werte bedeuten Investitionen, positive Werte bedeuten Rückzahlungen an den Investor):

Tab. 1: Konstruktion des Zertifikats aus einem normalverzinslichen Bond und einem Zerobond

Bond	0	Jahr 1	2	3	laufende Rendite	+	Einmal- rendite	=	Gesamt- rendite	IUP
«A»	-100	6	6	106	6.00%		0.00%		6.00%	nein
«B»	-82	0	0	100	0.00%		6.84%		6.84%	ja
Zertifikat	-182	6	6	206	3.30%		3.09%		6.39%	nein

Wie die Tab. 1 zeigt, zahlt der Investor den Betrag von CHF 100 im Ausgabezeitpunkt, erhält am Ende der Jahre 1 und 2 jeweils CHF 6 Zins und am Ende des Jahres 3 den letztmaligen Zinsbetrag von CHF 6 zuzüglich des Nominalbetrages von CHF 100, sofern er in den Bond «A» investiert. Eine Alleininvestition in den Bond «B» erfordert eine Barzahlung von CHF 82 am Anfangszeitpunkt und resultiert in einer Rückzahlung von CHF 100 am Ende des Jahres 3. Für sich betrachtet weist der Bond «A» erwartungsgemäss eine laufende Rendite von 6% (CHF 6/CHF 100) bei einer Gesamrendite von 6% und einer entsprechenden Einmalrendite von null Pro-

zent auf. Infolgedessen handelt es sich nicht um eine IUP-Obligation. Anders sieht die Situation beim Zerobond aus: Bei diesem steht der Einmalverzinsung von 6.84% eine laufende Rendite von null Prozent gegenüber, was dem Zerobond die Qualifikation als IUP einträgt.

Das Basketzertifikat aus beiden Bonds kann während der gesamten Laufzeit nicht mehr (aber auch nicht weniger) Auszahlungen bewirken, als die underlying Bonds auszuzahlen vermögen. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Auszahlungen des Baskets den Summen der Einzelauszahlungen entsprechen müssen. Ein

Investor in den Basket muss demzufolge CHF 182 im Anfangsjahr investieren, erhält in den beiden Jahren 1 und 2 jeweils CHF 6 und im Schlussjahr 3 eine Zahlung von CHF 206 (CHF 200 Nominalrückzahlung und CHF 6 Zinsanteil). Die Bestimmung der IUP-Qualität ergibt, dass einer Gesamrendite von 6.39%²¹ und einer laufenden Rendite von 3.30% (CHF 6 / CHF 182) eine Einmalrendite von 3.09% gegenübersteht. Daraus folgt, dass es sich bei dem Zertifikat um ein nicht überwiegend einmalverzinsliches Papier handeln muss.

Die Folgen aus der unterschiedlichen Behandlung der Einzeltitel im Gegensatz zu der steuerlichen Behand-

lung des Baskets zeigen sich insbesondere dann, wenn während der Laufzeit des Baskets ein Eigentumswechsel stattfindet. Annahmegemäss veräussert der Investor am Ende des Jahres 1 seine Positionen. Zu diesem Zeitpunkt gehen wir beispielhaft von einem Marktzinsniveau von 5% aus.

Im Falle der Einzeltitel berechnen sich die theoretischen Bondpreise am Ende des Jahres 1 durch die Diskontierung der bis zum Verfall verbleibenden Zahlungsströme mit einem Diskontsatz von 5% p.a.²².

Tab. 2: Verkauf der Einzelanlagen und des Zertifikats am Ende des Jahres 1

Bond	Jahr				Gewinn	steuerbar	steuerfrei	Begründung
	0	1	2	3				
«A»	-100	101.86			1.86	-	1.86	kein IUP
«B»	-82	90.70			8.70	8.70	-	IUP
Summe Einzelanlagen	-182	192.56			10.56	8.70	1.86	
Zertifikat	-182	192.56			10.56	-	10.56	kein IUP

Wie die Tab. 2 zeigt, entsteht durch den Verkauf der Obligation «A» ein (im Privatvermögen des Investors) steuerfreier Kapitalgewinn von CHF 1.86, der auf die Änderung im Marktzinsgefüge zurückzuführen ist. Der Gewinn aus dem Verkauf des Zerobonds «B» in Höhe von CHF 8.70 ist zur Gänze steuerbares Einkommen, da es sich bei dem Bond um einen IUP handelt.

Aufgrund der Tatsache, dass es sich bei dem Zertifikat, in das die Einzelbonds «A» und «B» verpackt sind, um eine eigenständige Obligation handelt, die – wie Tab. 1 zeigt – nicht als IUP klassifiziert werden kann, müsste der Gewinn von CHF 10.56 in voller Höhe als steuerfreier Kapitalgewinn im Privatvermögen des Investors angesehen werden. Hier ergibt sich nun die interessante Konstellation, dass der «steuerliche Mangel», den der Zerobond aufgrund der Klassifizierung als IUP erleidet, durch eine intelligente Beimischung normalverzinslicher Bonds geheilt werden kann. Ein «Repackaging» von Einzelbonds mit verschiedenen Klassifizierungen kann also *in Verbindung mit der Charakterisierung des*

Zertifikates als eigenständige Obligation dazu führen, dass – wie im vorgehenden Beispiel gezeigt – bei einem ausschüttenden Zertifikat der an sich steuerbare Zinsanteil am Gewinn des Zerobonds aufgrund der Qualifikation des eigenständigen Basketzertifikats zu einem steuerfreien Kapitalgewinn mutiert.

Das angesprochene Repackaging kann durch Finanzintermediäre erfolgen. Wenn diese ihren Sitz im Ausland haben, fällt trotz der Eigenständigkeit des Zertifikates als Obligation keine Verrechnungssteuer auf etwaigen Ausschüttungen an. Sofern der Finanzintermediär einer dem schweizerischen Buchwertprinzip analogen Rechnungslegung unterstellt ist, werden die auf den zugrunde liegenden Obligationen vereinnahmten Zinsen zwar potentiell steuerbaren Ertrag darstellen, die Zahlungen an den Zertifikatsinhaber sollten aber einen entsprechend steuermindernden Aufwandsposten darstellen, so dass es sich bei diesen Zahlungen effektiv nur um durchlaufende Posten handelt. Erträge aus dem Handel mit den «beigemischten» Zerobonds oder IUPs, die sich

21 Wenn die Zahlungsströme von 6, 6 und 206 mit einem Wert von 6.39% auf den Zeitpunkt 0 diskontiert werden, ergibt sich ein Wert von 182.

22 Für den Bond «A» ergibt sich der Preis aus $106/1.05^2 + 6/1.06$; für den Bond «B» lautet die Berechnung analog $100/1.05^2$. Der Preis des Zertifikats ergibt sich entweder aus der Summe der Preise der Einzelanlagen oder aus der Berechnung $206/1.05^2 + 6/1.05$.

nach buchhalterischer Abgrenzung der Zinskomponente aufgrund des veränderten Marktzinsgefüges als ausserordentliche Erträge bei Veräusserung des Anlageinstruments darstellen, würden bei der Zahlung an den Investor des Zertifikats ebenfalls steuermindernden Aufwand aus einem Vertragsverhältnis bedeuten; mithin würde auch hier lediglich ein durchlaufender Posten generiert.

Ein *Caveat* ist in diesem Zusammenhang noch anzubringen: Wenn das Zertifikat so ausgestaltet wird, dass die Summe der (aus den Einzelanlagen fliessenden) Zinserträge (i) erst am Ende der Zertifikatslaufzeit zur Auszahlung kommt oder (ii) deren diskontierter Wert am Anfang der Zertifikatslaufzeit als Abschlag auf den Ausgabepreis gewährt wird, so bedeutet es für die Qualifizierung des Basketzertifikats konsequenterweise natürlich auch, dass ein solches Zertifikat im Fall (i) als globalverzinsliche und im Fall (ii) als überwiegend bzw. ausschliesslich einmalverzinsliche Obligation bezeichnet wird und damit wiederum der Differenzbesteuerung gemäss Ziff. 2.1.2 i.V.m. Ziff. 3.2 des Kreisschreibens und Art. 20 Abs. 1 lit. b DGB unterliegt.

4.3 Basketzertifikate auf ausschüttende und thesaurierende Anlagefonds

Ebenfalls neu unter den Spezialfällen aufgeführt ist die steuerliche Behandlung der Erträge aus Basketzertifikaten auf ausschüttende und thesaurierende Anlagefonds. Bei diesen Zertifikaten bilden Anlagefonds die Grundlage, weshalb sich der Ausgabe- und der Rücknahmepreis nach dem Wert der zugrundeliegenden Fonds richten. Der Anleger hat damit Anteil an der Wertentwicklung der im Zertifikat repräsentierten Fonds.

Analog zu den Zertifikaten auf Obligationen wird auch hier aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf die steuerliche Behandlung der Basiswerte verwiesen, d.h. das Zertifikat selbst qualifiziert sich wiederum wie ein Anteilschein an einem Anlagefonds. Folglich richtet sich die Besteuerung von Basketzertifikaten auf ausschüttende und thesaurierende Anlagefonds sowohl im Bereich der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer wie auch der Stempelabgaben nach den für Anlagefonds und anlagefondsähnliche Vermögen geltenden Regeln. Dementsprechend unterliegen sowohl die Ausschüttungen der zugrundeliegenden Vermögenserträge als auch die thesaurierten Vermögenserträge der zugrundeliegenden Fonds der Einkommenssteuer. Gemäss Kreisschreiben gilt ein Basketzertifikat auf Anlagefonds, das von einem Inländer ausgegeben wird, verrechnungssteuerlich als schweizerischer Anlagefonds²³.

Auf etwas wackligen Füßen steht die Fiktion, dass ein Basketzertifikat auf Anlagefonds wie ein Anlagefonds behandelt wird, im Bereich der Umsatzabgabe. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 StG gilt ein Anteilschein an einem Anlagefonds als steuerbare Urkunde. In der heutigen Formulierung gibt es also keinen Hinweis auf eine analoge Behandlung von Anteilscheinen an anlagefondsähnlichen Vermögen. Aufgrund des formalen Charakters des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben dürften gemäss der hier vertretenen Auffassung und in Abweichung des Anhangs III zum KS 4 die Basketzertifikate auf Anlagefonds umsatzabgabefrei gehandelt werden können.

5 Strukturierte Kredit- und Schadenderivate

5.1 Produktgestaltung

Ebenfalls eine detailliertere steuerliche Behandlung erfahren im Anhang III nunmehr auch Kredit- und Schadenderivate, sowohl in ihrer einfachen Ausprägung als Optionen als auch in ihrer strukturierten Ausprägung, wobei Optionselemente mit Obligationselementen zu einem einzelnen Produkt zusammengefasst sind.

5.1.1 Reine Schaden- und Kreditderivate

Mit dem Kauf eines Kreditderivats sichert sich der Käufer (vielfach wird dieser Versicherungsnehmer auch als *protection buyer* bezeichnet) gegen eine Bonitätsverschlechterung eines bestimmbar Schuldners ab. Der Verkäufer dieses Derivats fungiert demgemäss als Versicherungsgeber (auch *protection seller* genannt). Wirtschaftlich gesehen agieren damit die Verkäufer eines solchen Derivats wie eine Vielzahl kleiner Rückversicherer. Die Bonitätsverschlechterung kann z.B. als eine Rückstufung in der Bonitätsklasse einer Ratingagentur definiert werden. Für den Eintritt eines solchen «Versicherungsfalls» kann z.B. das Derivat eine vorher bestimmte Zahlungspflicht des Versicherungsgebers (Derivatverkäufer) an den Versicherungsnehmer (Derivatkäufer) stipulieren.

Bei einem reinen Schadenderivat kann die Verpflichtung des Versicherungsgebers (Derivatverkäufer) in einer bestimmten Zahlungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer (Derivatkäufer) bestehen, sobald ein definiertes Schadensereignis eintritt. In der Regel wird es sich bei solchen Schadensereignissen um genau definierte Naturkatastrophen (Hagelfälle, Erdbeben etc.) handeln. Zwar ist grundsätzlich auch die Versicherung anderer Schadensereignisse denkbar; allerdings dürften die komplexen Bewertungsmechanismen und die Markt-

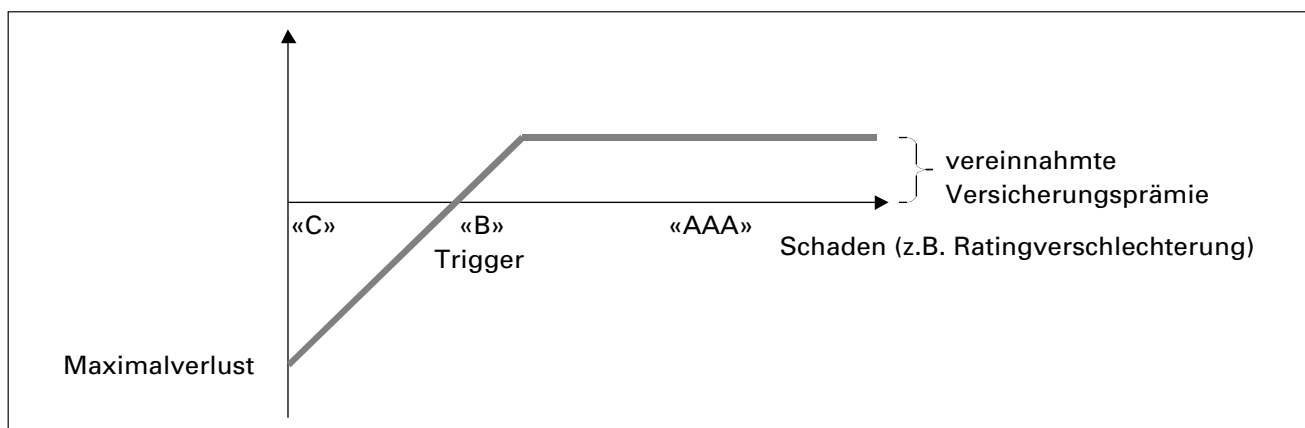
23 Ziff. 3 Anhang III.

enge für andere spezielle Versicherungsereignisse dazu führen, dass solche Derivate kaum angeboten werden.

Der Erlös aus dem Verkauf eines solchen Derivats kommt einer vereinnahmten Versicherungsprämie gleich und ähnelt damit einer Prämie für den Verkauf einer Put-Option. Die Verwandtschaft (und nicht die Identität) zur verkauften Put-Option rührt daher, dass das Auszahlungsdiagramm einer verkauften Put-Option linear verläuft (der Schreiber/Verkäufer der Put-Option verliert mit jedem Franken Verlust des Basistitels i.d.R. auch einen Franken auf seiner Put-Position; vgl. dazu

Abb. 4), währenddessen das Auszahlungsdiagramm des Kredit- oder Schadenderivates durchaus nicht-linear (oder auch nicht-stetig und mit Sprungstellen versehen) sein kann. Als Beispiel hierfür kann die Ratingveränderung angeführt werden: Das Derivat könnte beispielsweise eine Auszahlung für den Fall vorsehen, dass sich das Rating eines Schuldners um eine Stufe verschlechtert. Da der Verlauf der Ratingstufen nicht stetig ist, sondern Sprungstellen aufweist (z.B. Verschlechterung von Rating «AAA» zu Rating «AA»), wird das Auszahlungsdiagramm auch mit Sprungstellen versehen sein.

Abb. 4: Auszahlungsdiagramm eines Kreditderivates mit angenommenem linearem Verlauf



Die Attraktivität der Versicherungsderivate für den Anleger liegt in der Standardisierung der Produkte und damit auch in der möglichen Börsengängigkeit sowie in der Tatsache, dass solche Derivate in der Regel in ihrer Wertentwicklung keine oder eine nur sehr geringe Korrelation zu anderen Anlageformen aufweisen, deren Wertveränderung der Geld- oder Kapitalmarktentwicklung unterliegen. Insofern eignen sich diese Anlagen unter Diversifizierungsaspekten zur Depotbeimischung.

5.1.2 Strukturierte Schaden- und Kredit - derivate

Die strukturierten Kredit- oder Schadenderivate bestehen regelmässig aus einer Obligationskomponente und einem Derivat. Dabei sehen die Emissionsbedingungen gewöhnlich vor, dass die Höhe der Verzinsung der Obligationskomponente von dem Eintreten eines Schadens oder von Kreditveränderungen eines Schuldners abhängig ist (z.B. der ursprünglich vereinbarte Zins von $x\%$ wird auf $y\%$ reduziert, sobald in einem gegebenen Jahr die Anzahl der Tage mit Hagelschäden z überschreitet). Dabei kann nicht nur ein Opportunitätsverlust vereinbart werden, sondern auch eine echte Nachschusspflicht seitens des Sicherungsgebers (d.h. des Anlegers) dergestalt, dass im Schadensfall nur noch $x\%$ des ursprünglich eingesetzten Kapitals zurückgezahlt werden. Aus

der wirtschaftlichen Sicht des Anlegers erwirbt dieser eine Obligation, deren Verzinsungshöhe von dem Eintritt bzw. Nicht-Eintritt eines exogenen Ereignisses abhängt. Der Emittent des strukturierten Derivats hingegen geht wirtschaftlich gesehen einen untypischen Versicherungsvertrag ein: Gegen Zahlung einer Versicherungsprämie erhält er bereits bei Emission des strukturierten Derivats die «Schadenssumme» (in Form des durch den Anleger investierten Betrages abzüglich der Prämie für die implizite Put-Option). Auf diese Weise trägt der Emittent als Versicherungsnehmer kein Kreditrisiko mehr, denn die potentielle Schadenssumme hat er bereits vereinnahmt und muss diese im Falle des Nicht-Eintretens des Schadens im Zuge der Rücknahme der Obligation an den Anleger zurückvergüten.

Gemäss dieser Sichtweise entspricht ein strukturiertes Schaden- oder Kreditderivat einem reverse convertible bond. Auch bei diesem Produkt²⁴ erwirbt der Anleger (i) eine Obligation und verkauft (ii) eine Put-Option an den Emittenten und kauft (im Falle eines kapitalgeschützten reverse convertible) noch (iii) eine zusätzliche Put-Option mit einem Ausübungspreis, der unter demjenigen der verkauften Put-Option liegt. Der Ausübungspreis

²⁴ Beispielhaft sei der durch Credit Suisse herausgegebene «Revexus» angeführt.

der verkauften Put-Option (ii) entspricht dabei häufig dem Nominalwert des reverse convertible bond. Liegt nun bei Verfall des reverse convertible bond der Wert des zugrunde liegenden Aktivums (i.d.R. ein Aktientitel) über dem Ausübungspreis, so wird der Bond zurückgezahlt, und der Investor erhält den Nominalbetrag. Liegt der Wert des zugrunde liegenden Aktivums dagegen unterhalb des Ausübungspreises, so wird der Emittent seine Put-Option ausüben und dem Investor die zugrunde liegende Aktie andienen. Den entsprechenden Kaufpreis vereinnahmt der Emittent durch Verrechnung mit dem Nominalwert des Bonds, der, wie oben ausgeführt, dem Ausübungspreis der Option entspricht. Der Investor bezahlt somit den Ausübungspreis der Put-Option, bei der er Stillhalter ist, durch Verzicht auf die Rückzahlung des Nominalbetrages.

5.2 Steuerliche Behandlung

Hinsichtlich der steuerlichen Behandlung unterscheidet man zwischen den reinen Kredit- und Schadenderivaten einerseits und den strukturierten Kredit- und Schadenderivaten andererseits, wobei bei den letzteren noch einmal eine Differenzierung zwischen den Schaden- und den Kreditderivaten gemacht wird.

5.2.1 Reine Kredit- und Schadenderivate

Der Anhang III regelt relativ lapidar, dass die reinen Kredit- und Schadenderivate analog zu Ziff. 2.2 des KS 4 zu behandeln sind. Mit dem Querverweis auf die Ziff. 3.3 des Kreisschreibens unterliegen somit die einfachen Kredit- und Schadenderivate der Besteuerung als Termingeschäfte. Dies bedeutet, dass im Privatvermögen Kapitalgewinne oder -verluste aus dem Handel mit diesen Instrumenten gemäss Art. 16 DBG steuerlich unbeachtlich bleiben. Die Optionsprämien, die ein Verkäufer aus der Veräusserung dieser Instrumente erzielt (Versicherungsgeber gegen Prämie), sind ebenfalls einkommenssteuerlich grundsätzlich irrelevant. Bei den standardisierten reinen Kredit- und Schadenderivaten steht in der Optik der ESTV demzufolge der Anlageaspekt verbunden mit einem aleatorischen Element, welches Grundlage für die Behandlung als Kapitalgewinn bildet, über dem Aspekt der Versicherungsgewährung. Ebenso unterliegen die Gewinne nicht der Verrechnungssteuer, und da die Derivate nicht in den Kanon der steuerbaren Urkunden fallen, führen ihre Ausgabe und ihr Handel weder zur Erhebung der Emissionsabgabe noch der Umsatzabgabe.

5.2.2 Strukturierte Schadenderivate

Auf der strukturierten Seite erfahren einzig die Schadenderivate die steuerlich attraktive Behandlung eines transparenten Produkts, wenn diese Transparenz tech-

nisch dargestellt werden kann. Es ist unwahrscheinlich und im Markt unüblich, dass die Transparenz durch eine separate Handelbarkeit der verschiedenen Komponenten bewirkt wird. Tatsächlich wird bei den bis dato aufgelegten Produkten die Transparenz auf analytischem Wege durch die entsprechenden Bewertungen anlässlich der Emission sichergestellt. Sobald der inhärente Optionsteil (d.h. das eingebettete reine Schadenderivat bzw. die eingebettete «Versicherungspolice») bewertbar ist, stehen auch gleichzeitig die Rahmendaten für die Obligationskomponente fest. Abhängig von der Qualifikation der letzteren (als IUP oder als normalverzinsliche Obligation) kommt entweder die modifizierte Differenzbesteuerung gemäss Ziff. 3.4.1 i.V.m. Ziff. 3.6 des KS 4 oder aber die Besteuerung nach dem Fälligkeitsprinzip (und bei Einmalentschädigungen die Besteuerung zum Rückzahlungszeitpunkt) zum Tragen. Die Wertentwicklung des eingebetteten Schadenderivats ist demnach für die Einkommenssteuer im Privatvermögen irrelevant.

5.2.3 Strukturierte Kreditderivate

Im Gegensatz zu den strukturierten Schadenderivaten – so der Standpunkt der ESTV – ist bei den strukturierten Kreditderivaten die Risikoprämie mit dem Bonitätsrisiko des übertragenen Kreditrisikos gleichzusetzen. Dies habe zur Folge, dass sämtliche Entschädigungen im Bereich der credit-linked Notes steuerbaren Obligationenertrag gemäss Art. 20 Abs. 1 DBG darstellen. Je nach Ausgestaltung des Gesamtproduktes kommt dabei die Besteuerung als Obligation ohne überwiegende Einmalverzinsung (gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG) oder als IUP (gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG) zum Tragen.

Diese Aussage ist insofern interessant, als sie zwei Schlussfolgerungen zulässt:

- Strukturierte Kreditderivate können – ungeachtet ihrer Ausstattung – *per se* nicht transparent sein, was nahe legt, dass man die eingebettete Option nicht berechnen kann.
- Offensichtlich besteht die (zumindest theoretische) Möglichkeit einer Arbitrage.

Die beiden vorhergehenden Punkte können gedanklich miteinander verbunden werden: Wenn (i) einfache Kreditderivate als ein Anwendungsfall des Art. 16 Abs. 3 DBG im Privatvermögen steuerfreie Gewinne entstehen lassen können – und solche können insbesondere auch durch den Verkauf eines solchen Derivats entstehen – und (ii) ein solches Derivat in untrennbarer Kombination mit einer Obligation keinen steuerfreien Kapitalgewinn ermöglicht, dann besteht grundsätzlich eine Arbitragemöglichkeit. Wirtschaftlich gesehen kommt dann das strukturierte Produkt der Summe aus einer Obligation plus einem einfachen Kreditderivat gleich. Die unter-

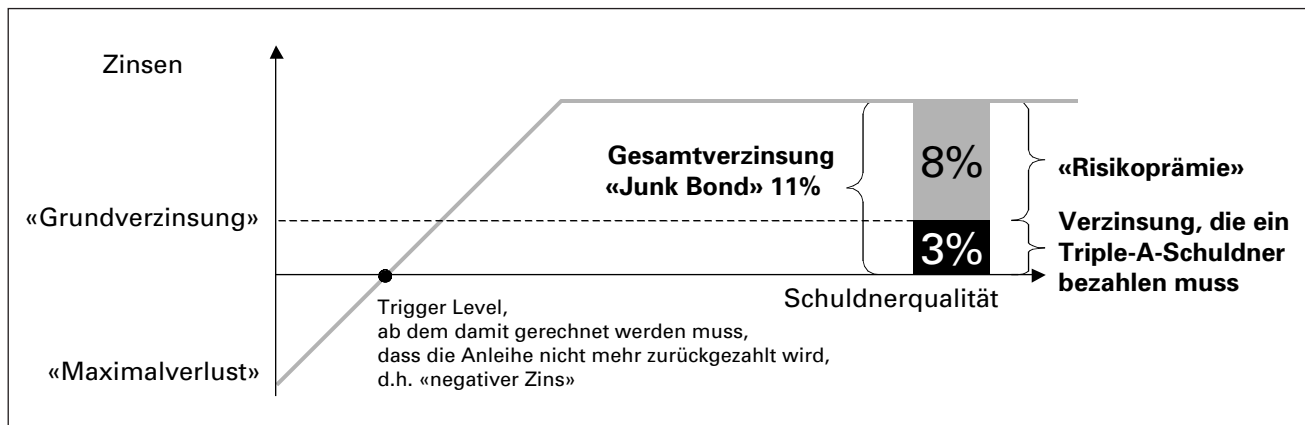
schiedliche steuerliche Beurteilung von Einzelkomponenten im Gegensatz zum kombinierten Produkt aus diesen Einzelkomponenten kann zu der erwähnten Arbitrage führen. Ob die Arbitrage besser in die Richtung «Summe der Einzelkomponenten» oder in die Richtung «strukturiertes Produkt mit Intransparenz» funktioniert, hängt von der Marktentwicklung ab: Wenn der Schadensfall nicht eintritt und der Anleger neben dem Ertrag aus der Obligationskomponente einen Zusatzertrag aus dem Verkauf der «Versicherungspolice» (d.h. aus dem Verkauf der Put-Option) erhält, fährt er mit der Summe der Einzelkomponenten besser, denn hier ist der Ertrag aus dem einfachen Kreditderivat steuerfrei. Tritt hingegen der Schadensfall ein und erleidet der Anleger aus der verkauften Put-Option eine Ertragsminderung oder sogar einen Substanzverzehr (im Auszahlungsdiagramm tritt ein solcher Substanzverzehr unterhalb des trigger level ein, wenn nicht nur die vereinnahmte Optionsprämie aufgezehrt wird, sondern auch noch eine Nachschusspflicht des Anlegers eintritt), fährt er mit einem kombinierten Produkt besser. Der Grund liegt darin, dass im

Falle der Qualifikation als IUP die Praxis der Steuerbehörden dem Anleger eine zumindest beschränkte Verlustverrechnungsmöglichkeit mit Erträgen aus anderen IUPs in derselben Steuerperiode erlaubt. Eine solche Verrechnungsmöglichkeit stünde ihm bei der Besteuerung der Einzelkomponenten nicht zu.

5.2.4 Beurteilung der unterschiedlichen Behandlung

Wenn man diesen Gedanken der Arbitragemöglichkeit einmal weiterverfolgt, kann auch die folgende Überlegung angestellt werden: Grundsätzlich birgt jede Obligation ein Kreditrisiko dergestalt, dass der Emittent der Obligationen seinen Zinsdienst- oder Rückzahlungsverpflichtungen nicht nachkommen kann. Theoretisch sind davon nur Staatsobligationen erstklassiger Schuldnerstaaten ausgenommen. Am anderen Ende des Spektrums der risikobehafteten Obligationen finden sich die Junk Bonds. Ein solcher Junk Bond soll im Folgenden als Beispiel dienen.

Abb. 5: Zusammensetzung der Verzinsung aus Grundverzinsung und Risikoprämie



Wie die Abb. 5 zeigt, liegt der Zins, den ein erstklassiger Schuldner auf einer Obligation zahlen müsste, beispielhaft bei 3%. Ein Investor, der in den risikobehafteten Bond investiert, lässt sich neben dieser Grundverzinsung eine «Risikoprämie» in Form eines höheren Zinses von 8%, mithin also eine Gesamtverzinsung von 11%, zahlen. Sinkt während der Laufzeit des Bonds die Schuldnerqualität, so ist zuerst damit zu rechnen, dass der Zinsdienst nicht mehr erfüllt werden kann und anschliessend kann ggf. die Anleihenrückzahlung selbst in Gefahr geraten, was einem negativen Zins entsprechen würde.

Die Ungleichbehandlung der einfachen Kreditderivate im Gegensatz zu den in einem strukturierten Produkt eingebetteten Derivaten führt nun dazu, dass ein Anleger, der den Junk Bond hält, die gesamten 11% Zins als Einkommen zu versteuern hat, während der Anleger,

der eine Staatsschuldverschreibung zu 3% erwirbt und gleichzeitig ein Kreditderivat auf die Unternehmung verkauft, die den Junk Bond emittiert hat, nur die Grundverzinsung von 3% als Einkommen anzugeben hat. Die vereinnahmte Prämie von 8% wäre dann steuerlich unbeachtlicher Kapitalgewinn.

Die Konsequenz aus dieser Gegenüberstellung wäre – und dies würde zugegebenermassen an den Grundfesten der Regeln zur Besteuerung von Zinseinkünften rütteln –, dass im Obligationenbereich nur noch eine Grundverzinsung steuerbares Einkommen darstellen würde. Eine darüber hinausgehende Verzinsung wäre mit der Abgeltung für das Risiko eines Schuldnerausfalls gleichzusetzen, die auch über ein Kreditderivat als nach Art. 16 Abs. 3 DBG steuerfreies Termingeschäft dargestellt werden könnte. Da nun offensichtlich durch den Handel der ein-

fachen Kreditderivate eine Preisfestsetzung dieser optionsähnlichen Elemente stattfinden kann – genauso wie bei der Optionskomponente in strukturierten Schadenderivaten –, erscheint unter der Perspektive der vorangegangenen Gedanken die grundsätzliche Ungleichbehandlung von strukturierten Schadenderivaten, denen steuerliche Transparenz zugebilligt wird, und den strukturierten Kreditderivaten als ungerechtfertigt.

6 Aufstockung von inländischen und ausländischen Anleiheobligationen

Die per 1. Januar 2001 aufgehobene Regelung des Art. 14 Abs. 2 aVStV, wonach ein Emissionsdisagio (Vorausvergütung) dann nicht der Verrechnungssteuer (wohl aber der direkten Steuer auf dem Einkommen) unterliegt, wenn es multipliziert mit der Anzahl voller Jahre der vertraglichen Mindestlaufzeit nicht mehr als 0.5 % beträgt, taucht in der einen oder anderen Weise in der Steuerlandschaft wieder auf. Zum einen bestimmt die 0.5 %-Grenze (zusammen mit anderen Bedingungen²⁵), ob es sich bei einer Wandel- oder Optionsanleihe um eine solche klassischer oder nicht-klassischer Natur handelt. Zum anderen spielt die 0.5 %-Grenze eine Rolle bei der Aufstockung von Anleihen.

Die auf knapp einer Seite festgelegten Regelungen bergen nach mehrmaligem Lesen einige Überraschungen, die den Eindruck erwecken, dass Steuerrecht nach dem Prinzip der normativen Kraft des Faktischen gestaltet wird.

Bei der Aufstockung der Anleihen können verschiedene Konstellationen eintreten, namentlich, dass die ursprüngliche Anleihe die 0.5 %-Grenze einhält, die Aufstockung für sich genommen jedoch die 0.5 %-Grenze überschreitet oder andersherum. Eine separate Beurteilung der einzelnen Tranchen (Originaltranche und Aufstockungstranche) ist zwar im Emissionszeitpunkt möglich. Da die Aufstockungstranche jedoch regelmässig dieselbe Valorenummer erhält wie die ursprüngliche Originalemission, ist nach Ausgabe und Handelsbeginn der neu ausgegebenen Tranche eine Differenzierung aufgrund der Vertretbarkeit der Wertschriften nicht mehr möglich. Finanzmarktssysteme geben denn auch bei der Identifizierung der Anleihen keinen Inhalts-

punkt darüber, ob es sich bei einem gehandelten Papier um ein solches aus Originalemission oder aus Aufstockung handelt. Als Folge dieser Vermengung kann der Emittent im Rückzahlungszeitpunkt der Anleihe die einzelnen Tranchen den Anlegern nicht eindeutig zuordnen und ist er daher auch nicht in der Lage, die fällige Verrechnungssteuer auf den Gläubiger zu überwälzen. Dies führt beim steuerpflichtigen Anleiheemittenten zur Aufrechnung ins Hundert und zu einer effektiven Belastung von 53.84 % des Disagios.

In der Ziff. 8 des Anhangs III hat die ESTV ihre auf den 1. Januar 2001 rückwirkend anwendbare Praxis festgelegt, die im Folgenden skizziert werden soll.

6.1 Inländische Anleihen

Bei inländischen Anleihen, die ohne Emissionsdisagio ausgegeben wurden und die zu pari zur Rückzahlung kommen, führt eine Aufstockung mit einem Emissionsdisagio von nicht mehr als 0.5 % pro Jahr der Restlaufzeit dazu, dass das konsolidierte Disagio der Gesamtanleihe nicht der Verrechnungssteuer bei Rückzahlung der Anleihe unterliegt. Dies gilt auch für Anleihen, die vor dem 1. Januar 2001 mit einem Emissionsdisagio aufgelegt wurden, welches die 0.5 %-Grenze nicht verletzt. Diese vor dem 1. Januar 2001 herausgegebenen Anleihen werden damit als zu pari herausgegeben betrachtet.

Ebenfalls im Anhang III ist die Praxis der ESTV festgeschrieben, dass die *direkte Bundessteuer der Verrechnungssteuer folgt* und die besagte Freigrenze von 0.5 % pro Laufzeitjahr nicht besteuert. Die ESTV vollzieht hierbei im Anhang III eine Kehrtwendung um 180 Grad zum Inhalt des Kreisschreibens selbst: Vor Einführung des Kreisschreibens war es langjährige Praxis der ESTV, das Emissionsdisagio von weniger als 0.5 % pro Laufzeitjahr in Übereinstimmung mit Art. 14 Abs. 2 aVStV nicht zu erfassen. Mit Einführung des KS 4 für die Steuerperiode 1999/2000 regelte dann die Ziff. 3.1, dass ein Emissionsdisagio, welches die 0.5 %-Grenze nicht verletzt, verrechnungssteuerlich nicht zu erfassen sei (wegen Art. 14 Abs. 2 aVStV), wohl aber einkommenssteuerlich²⁶. Letzteres führte dazu, dass die schweizerischen Emittenten von Obligationen effektiv ihres Feinregulierungsmechanismus' für das Obligationen-Pricing beraubt wurden und Obligationen tendenziell über pari als leicht unter pari herausgegeben wurden. Nach Abschaffung des Art. 14 Abs. 2 aVStV auf

25 Namentlich ist dies neben der 0.5%-Beschränkung die Bedingung, dass es sich um einen inländischen Anleiheemittenten handeln muss, wobei die Aktien, in die die Wandelanleihe gewandelt bzw. die durch Ausübung des Warrants bezogen werden können, *neu emittiert werden* müssen (keine Sekundärplatzierung; vgl. Ziff. 2.3.3 KS 4).

26 Hinsichtlich des Einflusses dieser Regelung auf das Pricing und die Feinregulierung des Ausgabepreises von Obligationen vgl. JECK (1999) 188, insbesondere Ziff. 2.3.2.

den 1. Januar 2001 präsentierte sich die Situation dann dergestalt, dass ein Emissionsdisagio unbeschrieben dessen Höhe voll der Verrechnungssteuer und der Einkommenssteuer unterlag. In teilweiser Abkehrung von diesem Prinzip wiederum regelt nunmehr der Anhang III, dass – aber nur im Falle der Aufstockungen – das Emissionsdisagio unterhalb der 0.5 %-Grenze wiederum auf Verrechnungs- und auf Einkommenssteuerebene unbeachtlich bleiben soll. Diese schiere Anzahl von Sonderregelungen, Praxisänderungen und deren Kehrtwenden ist durchaus geeignet den Eindruck zu erwecken, dass für einen der grössten «Kunden» im Bereich der Aufstockungen, nämlich die Eidgenossenschaft selbst, auf dem Weisungs- und Anhangsweg eine praktikable Lösung gefunden werden sollte.

6.2 Ausländische Anleihen

Unter der Rubrik «ausländische Anleihen» sieht der Anhang III vor, dass diese Anleihen analog zu den inländischen Anleihen behandelt werden, wie es in Abschn. 6.1 dargestellt wurde: Wenn eine Aufstockung, die die 0.5 %-Grenze nicht verletzt, auf eine Anleihe folgt, welche zu oder über pari herausgegeben und zu pari zurückgezahlt wird, dann unterliegt das Emissionsdisagio der Gesamtanleihe ebenfalls keiner Besteuerung auf Stufe der direkten Bundessteuer.

6.3 Redaktionelles und eine steuerliche «Einbahnstrasse» zugunsten der ESTV

Im Folgenden werden solche Anleihen oder Aufstockungen plakativ als «gut» bezeichnet, welche die 0.5 %-Grenze nicht verletzen; solche hingegen, die diese Grenze nicht einhalten, werden als «böse» bezeichnet.

Was auf den ersten Blick bei den inländischen Anleihen nicht geregelt zu sein scheint, sind die Fälle, in denen eine gute Grundanleihe mit einer bösen Aufstockung oder eine böse Grundanleihe mit einer guten Aufstockung kombiniert wird. Der Anhang III regelt zwar, dass sich «in allen anderen Fällen» das «gewogene Mittel der Emissionsdisagi von Erstemission und Aufstockung(en) bei Rückzahlung der Anleihe als steuerlich relevanter Ertrag, welcher in der Kursliste der ESTV publiziert wird», qualifiziert. Allerdings ist dieser Satz unter dem Absatz «ausländische Anleihen» zu finden. Hierbei handelt es sich wahrscheinlich um eine redaktionelle Ungereimtheit. Es erscheint wenig einsichtig, wenn die Behandlung der ausländischen Anleihen wesentlich detaillierter geregelt ist als diejenige der inländischen Obligationen, zumal sich bei den inländi-

schen Obligationen die Fragestellung nach der steuerlichen Behandlung akzentuierter stellt: Bei den inländischen Obligationen sind die direkten Steuern und die Verrechnungssteuer tangiert.

Wenn man davon ausgehen darf, dass sowohl für inländische als auch für ausländische Anleihen dieselben Prinzipien zur Anwendung kommen, dann ist bei der Kombination einer guten Grundanleihe mit einer bösen Aufstockung oder einer bösen Grundanleihe mit einer guten Aufstockung eine gewichtete Durchschnittsbildung vorzunehmen. Nun könnte man auf den ersten Blick annehmen, dass dann das gewichtete Emissionsdisagio bei diesen aufgestockten Anleihen, deren Grundanleihe noch unter dem Regime des Art. 14 Abs. 2 aVStV emittiert wurde, darüber entscheidet, ob sich die gesamte Anleihe als gut oder als böse qualifiziert. Beispielfähig wurde eine Anleihe in Höhe von CHF 100 Mio. mit einer Laufzeit von zehn Jahren zu einem Preis von CHF 96 herausgegeben und nach sechs Jahren mit einer Aufstockung von CHF 50 Mio. versehen. Die Aufstockungstranche wies damit eine Laufzeit von vier Jahren auf. Ebenfalls beispielfähig wurde die Aufstockungstranche von CHF 50 Mio. zu einem Preis von CHF 94 herausgegeben. Damit erwies sich die Grundanleihe als gut, da das Emissionsdisagio lediglich 4 % bzw. 0.4 % pro Laufzeitjahr beträgt. Die Aufstockung hingegen würde sich mit einem Disagio von 6 % bzw. 1.5 % pro Laufzeitjahr als böse erweisen. Die erste Hürde, die sich dem Leser des Anhangs III nunmehr stellt, besteht in der Frage, wie das gewogene Mittel der Emissionsdisagi zu berechnen ist. Wenn man nämlich lediglich eine Volumengewichtung vornähme, dann ergäbe sich ein gewogenes Emissionsdisagio von 4.67 %²⁷, was auf eine Gesamtlaufzeit von zehn Jahren ein Emissionsdisagio von 0.467 % p.a. bedeutete, was wiederum die Gesamtanleihe als gut qualifizieren würde. Geht man hingegen nicht nur von einer Volumengewichtung, sondern auch von einer Zeitgewichtung aus, so käme man zum Ergebnis, dass die Gesamtanleihe ein Emissionsdisagio von 0.77 % pro Laufzeitjahr aufwies²⁸, mithin also als böse zu bezeichnen wäre, da die Grenze von 0.5 % p.a. überschritten wäre. In diesem Bereich wäre eine Konkretisierung seitens der ESTV wünschenswert.

Bei genauem Lesen des Anhangs III stellt man allerdings im Weiteren dann fest, dass die Entscheidung, ob die Gesamtanleihe einen guten oder bösen Charakter aufweist, im Prinzip überflüssig ist. Interessanterweise hat sich die ESTV im Anhang III nämlich eine steuerliche Einbahnstrasse geschaffen:

27 Der Wert berechnet sich aus $(100 * 4 + 50 * 6) / 150$.

28 Der Wert berechnet sich aus $(100 * 0.4\% \text{ p.a.} + 50 * 0.6\% \text{ p.a.}) / 150$.

Tab. 3: Grundanleihe und Aufstockung

Fall	Grundanleihe	Aufstockung	Gesamtanleihe
i	gut	gut	gut
ii	gut	böse	böse
iii	böse	gut	böse
iv	böse	böse	böse

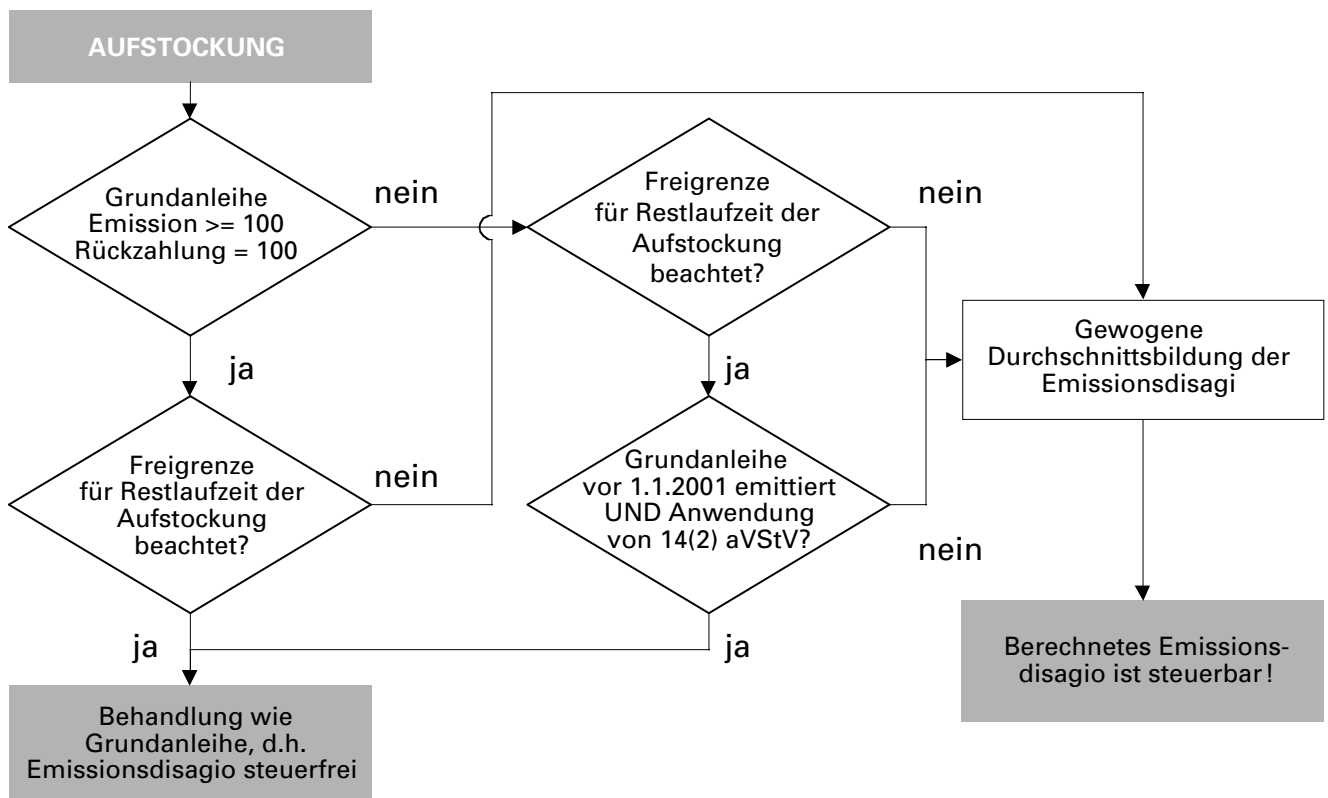
Wie die obige Matrix zeigt, kann nämlich der Satz «(i)n allen anderen Fällen qualifiziert das gewogene Mittel der Emissionsdisagi von Erstemission und Aufstockung(en) bei Rückzahlung der Anleihe als steuerlich relevanter Ertrag, welcher in der Kursliste der ESTV publiziert wird», nur dahingehend interpretiert werden, dass es bei allen Kombinationen mit Ausnahme derjenigen, bei der auf eine gute Grundanleihe eine gute Aufstockung erfolgt, zu einer bösen Gesamtanleihe führt.

In den Fällen (iii) und (iv) ist diese Entscheidung einsichtig. Insbesondere vermag wohl im Fall (iii) eine gute Aufstockung nicht den steuerlichen Makel der bösen Grundanleihe zu heilen. Weniger einsichtig ist allerdings die Regelung im Fall (ii), bei dem einer guten Grundanleihe eine böse Aufstockung folgt: Der Investor, der im guten Glauben eine Anleihe erworben hat, die bezüglich des Emissionsdisagios im Zeitpunkt der

Emission keine Verrechnungssteuerfolgen und keine Folgen im Bereich der direkten Steuern vorhersehen liess, wird nunmehr – auch wenn er sich gar nicht bei der Aufstockung finanziell engagiert – steuerlich bestraft. Die Regelung zeitigt auch Wirkungen auf den Emittenten. Im Wissen darum, dass er eine Grundanleihe guten Charakters herausgegeben hat, sind ihm praktisch die Hände in Bezug auf die Aufstockung gebunden: Bei vorgegebenem Zinssatz, der aus der Grundanleihe resultiert, kann er bei entsprechend gestiegenem Marktzinsniveau keinen ausreichenden Emissionsdiskont mehr gewähren, ohne Gefahr zu laufen, die Gläubiger der Grundanleihe steuerlich zu bestrafen.

Zur besseren Veranschaulichung der einschlägigen Regelungen des Anhangs III zeigt die nachfolgende Abb. 6 den Sachverhalt noch als Entscheidungsbaum:

Abb. 6: Entscheidungsbaum bei Aufstockung von Anleihen



7 Ständige Aufmerksamkeit gefordert

Die Komplexität der Besteuerungsregeln strukturierter Finanzprodukte ist ausserordentlich gross. Der neue Anhang III vom 28. Januar 2002 zum Kreisschreiben 4 der ESTV, vom 12. April 1999, hat die bereits bestehenden Regeln weiter verfeinert. Ausserdem hat der neue Anhang III den fortschreitenden Entwicklungen der Finanzmärkte Rechnung getragen und die Besteuerung der aktuellen Produkte, wie dynamische und ewige Zertifikate, Schadenderivate und Zertifikate auf Obligationen und auf Anlagefonds, neu geregelt.

Nicht nur die Emittenten von strukturierten Produkten, sondern auch die Vermögensverwalter und die Anlageberater müssen sich in der komplexen Materie der Besteuerung derivativer Finanzinstrumente bestens auskennen, damit die Kunden von einer optimalen Rendite nach Steuern profitieren können.

Neben den Besteuerungsregeln darf das Aufsichtsrecht nicht ausser Acht gelassen werden. Vor allem im Bereich von dynamischen Zertifikaten und fondsähnlichen Produkten könnte eine Unachtsamkeit scharfe Konsequenzen seitens der Eidgenössischen Bankenkommision nach sich ziehen.

Literatur

- HÖHN ERNST (1982), Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Einkommenssteuerrecht, ASA 50 (1982), S. 529 ff.
- JECK WALTER (1999), Neueste Entwicklungen bei der Besteuerung moderner Finanzinstrumente, ASA 68 (1999), S. 177 ff.
- LAUBER-STEINHAEUER SUSAN/GENNARI FRANCO (2002), Spezialfälle im Bereich der modernen Finanzinstrumente, StR 2002, S. 510 ff.
- RISI ANDREAS (1999), Mitarbeiteroptionen und -aktien, Bewertung – Rechnungslegung – Besteuerung, Diss. Zürich, Band 164 der Schriftenreihe der Treuhänder-Kammer, Zürich 1999
- (2002), New Swiss rules for derivatives, International Tax Review 2002, S. 44 ff.

Julia von Ah,

Die Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften

Diss. Universität Zürich, Zürich 2001

Rezensentin: Dr. iur. Maja Bauer-Balmelli*

Inhalt

1	Inhalt und Struktur der Arbeit
2	Schwerpunkte
2.1	Die Kapitalherabsetzung in der Schweizer Praxis: Bedeutung und Methoden
2.2	Börsenrechtliches zum Rückkauf eigener Beteiligungsrechte
2.3	Zum Beteiligungsertrag
2.4	Rückkauf eigener Beteiligungsrechte, Steuerumgehung beim Einsatz einer Zwischengesellschaft
2.5	Steuerfolgen beim Rückkauf mit späterer Kapitalherabsetzung
2.6	Steuerfolgen beim Rückkauf mittels Ausgabe von Put-Optionen
3	Würdigung

1 Inhalt und Struktur der Arbeit

Die rund 400-seitige Arbeit von Julia von Ah ist übersichtlich und klar aufgebaut, in zwei Teile und zwölf Kapitel gegliedert. Der erste Teil umfasst eine Darstellung der betriebswirtschaftlichen Grundlagen, zahlreiche wirtschaftliche Fakten betreffend die von schweizerischen Publikumsgesellschaften in den Jahren 1992 bis 2000 vorgenommenen Kapitalherabsetzungen, die aktienrechtlichen Grundlagen zur Kapitalherabsetzung im Allgemeinen und zum Erwerb eigener Aktien im Speziellen sowie die börsenrechtlichen Rahmenbedingungen des Rückkaufs eigener Aktien. Der zweite Teil behandelt die steuerrechtlichen Fragen, welche sich im Zusammenhang mit Kapitalherabsetzungen bei der herabsetzenden Gesellschaft einerseits und beim Anteilhaber andererseits stellen. Die Ausführungen sind z.T. visuell umgesetzt, werden mit einer Zusammenfassung im zwölften Kapitel abgerundet und durch einen rund 30-seitigen Anhang, mit zum Teil neu aufgearbeiteten statistischen Daten zum Thema, ergänzt. Die Arbeit ist m.a.W. nicht nur interdisziplinär, sondern in der Themenbehandlung umfassend und vollständig angelegt.

2 Schwerpunkte

2.2 Die Kapitalherabsetzung in der Schweizer Praxis: Bedeutung und Methoden

Minutiös hat die Autorin für die Jahre 1992 bis und mit 2000 sämtliche Nennwertherabsetzungen und Rückkäufe eigener Beteiligungsrechte zwecks Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften in der Schweiz analysiert und nach Umfang, Häufigkeit der gewählten Methode und Branchenzugehörigkeit des kapitalherabsetzenden Unternehmens geordnet dargestellt, ergänzt durch eine Zusammenstellung der transaktionsrelevanten Angaben im Anhang.

Ein Vergleich des Umfangs der Kapitalherabsetzungen mit demjenigen der Dividendenausschüttungen im definierten Betrachtungszeitraum zeigt die *zunehmende Bedeutung der Rückkäufe eigener Beteiligungsrechte als Form der Kapitalentnahme*. So floss 1997 jeder vierte

* Dipl. Steuerexpertin, Partnerin, Pestalozzi Lachenal Patry, Zürich

und zwischen 1998 und 2000 jeder dritte Franken im Rahmen eines Rückkaufs eigener Beteiligungsrechte (1997 inkl. eines bedeutenden Anteils an Nennwertherabsetzungen) an die Anteilhaber zurück, während in den Vorjahren (bis 1996) die Quote der Dividendenausschüttungen am Gesamtvolumen der Kapitalentnahmen weit über 90% betrug. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung, dass in der Schweiz, anders als in den USA, wo aus steuerlichen Gründen bis zur Steuerreform Mitte der Achtzigerjahre oftmals Dividendenausschüttungen durch beim Anteilhaber tiefer besteuerte Rückkäufe ersetzt wurden, die Kapitalherabsetzungen i.d.R. nicht als Dividendensurrogat eingesetzt wurden.

Kapitalherabsetzungen werden in der Praxis in aller Regel via Rückkauf der eigenen Beteiligungsrechte durchgeführt, selten dagegen mittels Nennwertherabsetzung. Der Fokus der Ausführungen liegt entsprechend – in der ganzen Arbeit – auf diesem Vorgehen. Das Aktienrecht regelt wohl die Rahmenbedingungen für den Erwerb eigener Beteiligungsrechte, nicht aber die verschiedenen Erwerbsmethoden; diese wurden in der Praxis entwickelt. Bemerkenswert ist deshalb die von der Autorin vorgenommene *Systematisierung der verschiedenen, in der Schweiz bisher angewandten Rückkaufmethoden*. Knapp und klar wird die Funktionsweise der einzelnen Methoden dargelegt, werden diese gegenseitig abgegrenzt und wird deren Bedeutung in der schweizerischen Praxis sowohl hinsichtlich der Häufigkeit der Anwendung als auch der jeweiligen Volumina gezeigt.

Festpreisangebote waren in der Vergangenheit eine häufig genutzte Methode für den Erwerb eigener Beteiligungsrechte; deren Bedeutung wird aber bereits heute durch Rückkäufe mittels Ausgabe von Put-Optionen relativiert. Allerdings ist der im Voraus festgelegte Ausübungspreis einer Option ebenfalls eine Art Festpreis. Bei Festpreisangeboten ist die «richtige» Höhe des anzubietenden Rückkaufpreises, und damit die Prämie zwischen dem Festpreis und dem Marktwert des zurückzukaufenden Titels, für den Erfolg des Angebots entscheidend. Ist der Rückkaufpreis relativ zum Börsenkurs zu tief angesetzt, wird das Angebot in der Regel erfolglos verlaufen. Wie ein Rückkaufangebot trotz Festpreis mit einem bestimmten Preismechanismus auch gegen ansteigende Börsenkurse abgesichert werden kann, erläutert die Autorin anschaulich in einem Exkurs. Empirische Untersuchungen zur Höhe der Prämie und zur Reaktion des Marktes auf die Ankündigung eines Rückkaufs, wie sie in der ökonomischen Literatur für den amerikanischen Markt vorliegen, lassen sich aufgrund der zu kleinen Anzahl der Rückkäufe in der Schweiz noch nicht machen. Die Autorin hat statt dessen für jedes erfolgte Festpreis-

angebot und für die Rückkäufe mittels Put-Optionen die Prämien vor und während der Angebotsfrist erhoben. Basierend darauf zeigt sie u.a., anhand konkreter Beispiele, dass nur ein bedingter Zusammenhang zwischen einer vor und während der Angebotsfrist positiven Prämie und dem Erfolg des Angebotes, d.h. einer hohen Rückkaufsrate besteht, weil weitere Faktoren massgeblichen Einfluss haben: so das glaubwürdig kommunizierte Rückkaufsmotiv, der free float eines Titels sowie das Verhalten von Hauptaktionären und market makers. Aus dem Vergleich der Prämien der Festpreisangebote mit denjenigen der Rückkäufe mittels Ausgabe von Put-Optionen, schliesst die Autorin in diesem Exkurs, bestätige sich, was aufgrund des Preisbildungsmechanismus der losgelösten Put-Option zu vermuten ist, nämlich dass die Prämien zwischen Ausübungspreis und Börsenkurs deutlich höher sind als bei den «normalen» Festpreisangeboten. Eine Kostspieligkeit, die auch deren möglichen Einsatz als Dividendensurrogat klar relativiere.

2.2 Börsenrechtliches zum Rückkauf eigener Beteiligungsrechte

Öffentliche Rückkaufangebote börsenkotierter Schweizer Gesellschaften unterliegen grundsätzlich den börsenrechtlichen Bestimmungen über die öffentlichen Kaufangebote. So lautete der Entscheid der EBK vom März 1998, nachdem der Gesetzgeber diese Frage offengelassen und die Übernahmekommission kurz nach Inkrafttreten des BEHG 1997 im Rundschreiben Nr. 1 die grundsätzliche Unterstellung der öffentlichen Rückkaufangebote mit «grob skizzierten» Freistellungsbedingungen statuiert hatte. Drei Monate nach dem EBK-Entscheid erliess die Übernahmekommission die Mitteilung Nr. 1, worin die Freistellungsbedingungen erweitert und konkretisiert wurden. Anhand der relativ zahlreichen Rückkaufangebote hat die Übernahmekommission seither eine klare Praxis entwickeln können, welche in der überarbeiteten Mitteilung Nr. 1 vom 28. März 2000 ihren Niederschlag fand.

Auch das börsenrechtliche Instrumentarium für den Erwerb eigener Beteiligungsrechte sowie die diesbezügliche Praxis der Übernahmekommission legt die Autorin nicht nur übersichtlich, klar und ausführlich dar, sondern sie setzt sich damit auch sorgfältig auseinander. Die angesprochene Entstehungsgeschichte, die Bestimmungen der nunmehr geltenden Mitteilung Nr. 1 und die Praxis der Übernahmekommission im Lichte der börsenrechtlichen Bestimmungen werden sauber aufgearbeitet und gewürdigt. Damit wird in der bisherigen Literatur eine Lücke geschlossen und es dem Praktiker ermöglicht, sich rasch einen fundierten Überblick über die geltende Praxis und deren Hintergründe zu verschaffen.

2.3 Zum Beteiligungsertrag

Die steuerrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Rückkäufen eigener Beteiligungsrechte beschlagen u.a. zunächst ganz grundsätzlich die *Abgrenzung von Beteiligungsertrag und Kapitalgewinn* sowie, insbesondere für den Bereich des Privatvermögens, das Thema *Nennwertprinzip vs. Kapitalrückzahlungsprinzip*. Aufgrund des Nennwertprinzips werden u.a. auch Kapitalzuschüsse bei deren Rückzahlung oder die Ausgabe von Gratisbeteiligungsrechten sowohl verrechnungssteuerrechtlich als auch einkommenssteuerrechtlich als Ertrag aus Beteiligung behandelt. Anhand der jeweiligen Entstehungsgeschichte, der gesetzlichen Regelungen und der Rechtsprechung zeigt die Autorin die Schwächen des Nennwertprinzips auf und spricht sich in der Folge – wie auch namhafte SteuerrechtlerInnen vor ihr – fürs Kapitalrückzahlungsprinzip aus. Im Wissen darum, dass die heutige Praxis überwiegend eine andere ist, nimmt sie an den entsprechenden Stellen jeweils auf beide Prinzipien Bezug und reflektiert die Problematik konkret.

2.4 Rückkauf eigener Beteiligungsrechte, Steuerumgehung beim Einsatz einer Zwischengesellschaft

Das Thema Rückkauf eigener Beteiligungsrechte wird, wegen der unterschiedlichen steuerlichen Implikationen, sinnvollerweise in zwei Kapitel gegliedert: Rückkauf zwecks unmittelbarer Kapitalherabsetzung einerseits und Rückkauf mit späterer Kapitalherabsetzung andererseits; es wird unterschieden zwischen Rückkäufen, welche bereits im Rückkaufszeitpunkt als direkte Teilliquidation behandelt werden, und solchen, welche zunächst für andere als Kapitalherabsetzungszwecke gemacht werden.

Im Zusammenhang mit Rückkäufen zwecks unmittelbarer Kapitalherabsetzung kann die latente Ausschüttungssteuerlast auf im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungsrechten allenfalls «umgangen» werden, indem die im Privatvermögen gehaltenen Beteiligungsrechte zunächst an eine sog. «Zwischengesellschaft» und erst von dieser an die rückkaufende Gesellschaft veräußert werden. Im Ausland ansässige Anteilsinhaber können analog eine Belastung mit der nicht oder nur teilweise rückforderbaren Verrechnungssteuer «umgehen», wenn sie ihre Beteiligungsrechte zunächst an einen im Inland Ansässigen veräußern und erst dieser die Titel an die Gesellschaft zurückgibt. Die ESTV geht bisher von einer Steuerumgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG aus, wenn eine inländische juristische Person im Hinblick auf eine Kapitalherabsetzung gezielt Aktien von inländischen natürlichen Personen oder von im Ausland ansässigen Personen erwirbt, um diese anschliessend an die ihr Kapital

herabsetzende Gesellschaft zu verkaufen. In erweiterter Anwendung der Theorie der indirekten Teilliquidation – welche auf Ebene der allgemeinen Einkommenssteuern gezielt Systemwechselfälle erfasst – prüft die Autorin die Möglichkeit einer «steuersystematischen» Anknüpfung. Sie lehnt diese jedoch aufgrund mangelnder gesetzlicher Verankerung zu Recht ab, folgt damit der ganz überwiegenden Lehrmeinung. Bezüglich der Frage der Steuerumgehung differenziert die Autorin, wie die heutige Praxis dies auch tut, zwischen börslichen und ausserbörslichen Verkäufen von Beteiligungsrechten: Bei Veräußerungen über die Börse kann nicht von einer absonderlichen Rechtsgestaltung gesprochen werden, denn der Verkauf von Beteiligungsrechten und der Kauf derselben an der Börse mit Blick auf einen möglichen Arbitragegewinn ist keineswegs absonderlich, um so mehr, als aufgrund der Anonymität des Börsenhandels ein Zusammenwirken der Parteien unwahrscheinlich ist. Die Voraussetzungen einer Steuerumgehung sind nicht erfüllt. Das Moment des Arbitragegewinns gilt analog bei einem ausserbörslichen Kauf von Beteiligungsrechten. Einzig wenn eine Gesellschaft die Titel zu einem Preis kauft, der einen derartigen Gewinn ausschliesst, ist zu prüfen, ob dieser Erwerb einzig zwecks Umgehung von Steuern erfolgte. In der Gerichtspraxis und der Literatur besteht – noch – keine Einigkeit darüber, ob Gegenstand der Steuerumgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG nur die Verrechnungssteuer oder auch andere Steuern seien. Ist ausschliesslich die Verrechnungssteuer Objekt der Umgehung, kann eine Steuerumgehung nur dann vorliegen, wenn der ursprüngliche Verkäufer ein nicht rückforderungsberechtigter Ausländer oder ein inländischer Defraudant ist. Andernfalls kann die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auch verweigert werden, wenn mit dem Verkauf die latente Ausschüttungssteuerlast umgangen wird, wägt die Autorin ab und fasst zusammen: «Für das Vorliegen einer Steuerumgehung kann deshalb nicht einfach auf einen «gezielten Erwerb» abgestellt werden, wie dies Ziff. 3.5 des Kreisschreibens Nr.5 zu entnehmen ist, sondern kann nur bei einem *ausserbörslichen Erwerb*, für den es bei der Zwischengesellschaft an einer *wirtschaftlichen Zielsetzung offensichtlich mangelt*, vermutet werden». Dass dabei der Sachverhalt aufgrund der im Lichte des Zweckes der Verrechnungssteuer definierten Kriterien der Steuerumgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG im Einzelfall zu überprüfen ist, darauf basiert wohl, wenn auch nicht explizit formuliert, diese Aussage der Autorin.

Theoretisch interessant ist auch der Hinweis auf die inkongruente steuerliche Behandlung der Wiederveräußerung steuerlich bereits amortisierter eigener Beteiligungsrechte: Während bei den allgemeinen Einkommenssteuern und der Verrechnungssteuer bei der an-

schliessenden Veräusserung auf den steuerlichen Status der Beteiligungsrechte nach Teilliquidation abgestellt und von einer Kapitaleinlage ausgegangen wird, ist bei den Stempelabgaben (wohl, weil es sich um Rechtsverkehrssteuern handelt) der «zivilrechtliche Zustand» der Beteiligungspapiere massgebend, und es wird entsprechend von einer Veräusserung ausgegangen, die gegebenenfalls der Umsatzabgabe, jedenfalls aber nicht der Emissionsabgabe unterliegt.

2.5 Steuerfolgen beim Rückkauf mit späterer Kapitalherabsetzung

Für eigene Beteiligungsrechte, welche zunächst für andere Zwecke als zur Kapitalherabsetzung erworben werden, ergeben sich u.a. auch Abschreibungs- und Aufwertungsfragen. Auch diese werden in dieser vollständigen Arbeit behandelt. Dies gilt auch für die Darlegung der steuerlichen Fragen und Folgen, die sich ergeben, wenn eine Gesellschaft aktivierte eigene Beteiligungsrechte, die explizit nicht zwecks Kapitalherabsetzung erworben wurden, während der steuerlich zulässigen Haltedauer dennoch oder erst nach Ablauf derselben, d.h. nach Eintritt der steuerlichen sog. bedingten Teilliquidation, mittels Kapitalherabsetzung zivilrechtlich amortisiert. Ersteres kann nämlich – wie der Erwerb eigener Beteiligungsrechte ganz grundsätzlich – dazu führen, dass die herabsetzende Gesellschaft die ins Hundert aufgerechnete Verrechnungssteuer von 53,8% abliefern muss, ohne dass der frühere Anteilsinhaber, welcher diese Titel unter Umständen vor mehreren Jahren an die Gesellschaft verkaufte, oder die Gesellschaft selber die Verrechnungssteuer zurückfordern kann, weil der frühere Anteilsinhaber der Gesellschaft nicht bekannt ist resp. die Gesellschaft selber nicht rückforderungsberechtigt ist. Als Hinweis darauf, dass dies unerwünschte steuerliche Konsequenzen zeitigen kann, ist der Schluss der Autorin angebracht, dass der einem Rückkauf eigener Beteiligungsrechte ursprünglich zugrunde liegende Zweck, wenn möglich, nicht zugunsten einer Kapitalherabsetzung während der Haltedauer geändert werden sollte resp. das Halten über die gesetzlichen Haltefristen hinaus zu vermeiden sei. Werden die Titel vor Ablauf der steuerlich zulässigen Haltedauer statt dessen veräussert und sogleich wieder erworben, ist die Frage der Steuerumgehung zu prüfen. Nach Meinung auch der Autorin jedoch nur, wenn eine genügende zeitliche Nähe zwischen der Veräusserung und dem anschliessenden Kauf besteht.

2.6 Steuerfolgen beim Rückkauf mittels Ausgabe von Put-Optionen

Das Bundesgericht hat im Mai 1999 mit Bezug auf das Verrechnungssteuerrecht zu Recht entschieden, dass die Ausgabe von Put-Optionen zwecks Rückkauf eigener

Beteiligungsrechte eine blosser Anwartschaft begründe, nicht jedoch eine steuerpflichtige geldwerte Leistung sei. Diese seither an praktischer Bedeutung ständig gewinnende Rückkaufmethode wird von der Autorin ausführlich behandelt.

Die Autorin würdigt nicht nur ausführlich den im Mai 1999 ergangenen Bundesgerichtsentscheid zur verrechnungssteuerlichen Behandlung der Ausgabe von Put-Optionen resp. Rückgaberechten, sondern begründet auch, weshalb die Ausgabe von Rückgaberechten weder einkommens- noch gewinnsteuerliche Folgen zeitigen kann. Klar ist hingegen, dass die Ausübung der Option steuerlich eine Teilliquidation auslöst, verbunden mit den entsprechenden einkommens- resp. gewinnsteuerlichen und verrechnungssteuerlichen Folgen.

Im Zusammenhang mit der Rückerstattungsberechtigung in Bezug auf die Verrechnungssteuer stellt sich wiederum, leicht modifiziert, die oben erwähnte Frage des vorgängigen Verkaufs an eine Zwischengesellschaft: Nach Meinung der ESTV wird die bei Ausübung des Rückgaberechts auf dem Liquidationsüberschuss erhobene Verrechnungssteuer mittels Verminderung des Kaufpreises der Option auf den Veräusserer überwältigt; rückerstattungsberechtigt soll demnach nicht etwa der Käufer und spätere Veräusserer der Option, sondern deren Erstempfänger sein. Ziel dieser Bestimmung ist offensichtlich zu verhindern, dass Anteilsinhaber, welche die Beteiligungsrechte im Privatvermögen halten, durch die Veräusserung der Rückgaberechte einen steuerfreien Kapitalgewinn erzielen, statt des bei der Ausübung der Option und damit der Teilliquidation anfallenden steuerbaren Vermögensertrages. Mit dieser Regelung wird aber jede Veräusserung pönalisiert: So z.B. auch der Fall, dass ein Anteilsinhaber verkauft, weil er nur wenige Beteiligungsrechte hat und daher die darauf zugeeilte Anzahl Rückgaberechte nicht genügt, um die Option auszuüben, und er als Alternative diese nur verfallen lassen kann. Die Autorin kommt dann zu dem Schluss, dass – wie die Veräusserung von Beteiligungsrechten – auch diejenige von Rückgaberechten an der Börse, auch während der Optionslaufzeit, aufgrund der Anonymität des Börsenhandels zu keiner Umgehung von Steuern führen kann. Einzig bei einer ausserbörslichen Veräusserung könne die Rechtsgestaltung dann absonderlich sein, wenn die Käuferin die Beteiligungsrechte zu einem offensichtlich übersetzten Preis von einem nicht rückforderungsberechtigten Ausländer (falls das Objekt der Umgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG nur die Verrechnungssteuer ist) oder aus einem inländischen Privatvermögen (wenn auch andere Steuern Objekt der Umgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG sein können) erwirbt. Die der letzten Aussage zugrundeliegende Annahme ist allerdings nicht sachgerecht, als These aber wohl zulässig.

3 Würdigung

Die Arbeit von Julia von Ah überzeugt durch ihre Vollständigkeit und Ausgewogenheit in der Darstellung und Behandlung der relevanten Grundlagen und Fragestellungen sowohl aus betriebswirtschaftlicher, aktienrechtlicher, börsenrechtlicher als auch steuerrechtlicher Sicht. In allen Disziplinen wird das Thema gleichermaßen gründlich und verständlich dargelegt und werden die verschiedenen möglichen Standpunkte erläutert. Für den Praktiker von Interesse ist sicherlich die systematische Aufarbeitung und Zusammenstellung dessen, was sich in der Schweiz in Bezug auf Kapitalherabsetzungen bei Publikumsgesellschaften in den Jahren 1992 bis 2000 abgespielt hat. Die statistischen Auswertungen sind, und dies ist besonders hilfreich, verschiedentlich mit klaren Abbildungen illustriert. Die Darlegung der verschiedenen rechtlichen Rahmenbedingungen ist sauber strukturiert, die wesentlichen Frage- und Problemstellungen werden angeführt. Insbesondere auch im steuerrechtlichen Teil sind sowohl die Praxis der Verwaltungen und des Bundesgerichtes als auch die verschiedenen Lehrmeinungen sorgfältig zusammengetragen, werden wohl-dosiert gegeneinander abgewogen und z.T. mit eigenen Ansätzen ergänzt. Wer sich mit dem Thema Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften befasst, hat mit dieser von der Ökonomin Julia von Ah verfassten Arbeit ein Werk zur Hand, das in angenehm lesbarer Art und Weise umfassend und interdisziplinär informiert. Und letzteres ist m.E. das besondere Verdienst dieser wohl zu Recht besonders ausgezeichneten Dissertation.

Zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU): Teilbericht Risikokapital

Dr. iur. Markus R. Neuhaus*

Inhalt

1	Auftrag der ERU zum Thema Risikokapital
2	Bundesgesetz über Risikokapitalgesellschaften (BRKG)
2.1	Ausgangslage
2.2	Definition einer Risikokapitalgesellschaft
2.3	Steuerliche Aspekte einer Risikokapitalgesellschaft
2.3.1	Emissionsabgabe
2.3.2	Beteiligungsabzug
2.3.3	Holdingstatus
2.3.4	Internationaler Vergleich
2.4	Business Angel
3	Erkenntnisse der ERU
4	Alternative Modelle
4.1	Limited Partnership
4.2	Transparente Besteuerung nach den Regeln der Anlagefonds
4.2.1	Betrachtung aus Sicht natürlicher Personen als Investoren
4.2.1.1	Übersicht
4.2.1.2	Erkenntnisse
4.2.2	Juristische Personen als Investoren
4.2.3	Institutionelle, steuerbefreite Investoren
4.2.4	Gesamtbeurteilung und Vorschlag
5	Mögliche Entwicklungen
5.1	Ausdehnung des BRKG auf Kantons- und Gemeindesteuern
5.2	Business Angels
5.3	Limited partnership ohne steuerliche Anknüpfung
5.4	Wahlrecht im oben vorgeschlagenen Sinne
5.5	Mögliche Auswirkungen des BRKG auf andere Bereiche des Steuerrechts
5.6	Entwicklungen in der Europäischen Union
	Literatur und Materialien

1 Auftrag der ERU zum Thema Risikokapital

Die Expertenkommission für eine Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU) wurde mit dem Zweck eingesetzt, ein Konzept zu erarbeiten für die rechtsformneutrale Besteuerung von körperschaftlich organisierten Unternehmen und ihren Beteiligten einerseits und Personenunternehmen andererseits. Zudem hatte die ERU Vorschläge zur Verbesserung der Standortattraktivität auszuarbeiten. In diesem Zusammenhang waren mögliche Massnahmen zur rechtsformneutralen Förderung von Risikokapital zu unterbreiten.¹ Mit Bericht vom 18. September 2000² hat der Bundesrat den Auftrag der ERU im Bereich des Risikokapitals zusätzlich spezifiziert und folgende vorgeschlagenen Massnahmen³ zur Prüfung unterbreitet:

- Steuerlicher Status von Risikokapital: Mittelfristige Lösung im Rahmen der Abschaffung gewisser Auswirkungen von Doppelbesteuerung. Auftrag an das EFD, eine auf das System der Anlagefonds abgestützte Formel zu prüfen.
- Steuerliche Förderung von Business Angels: Das Gesetz über die Risikokapitalgesellschaften (BRKG) hat entsprechende Bestimmungen eingeführt. Diese müssen auf die Kantone ausgedehnt werden. Spätere Bilanz dieser Erweiterung. Auftrag an das EFD, den steuerlichen Status von Business Angels genauer zu umschreiben, insbesondere im Bereich der Kapitalgewinne.

* Dipl. Steuerexperte; Partner, PricewaterhouseCoopers, Steuer- und Rechtsabteilung, Zürich; Global Leader Merger & Acquisitions Tax Services; Präsident der Fachgruppe Steuern der Treuhänder-Kammer. Der Autor war Vorsitzender der Subkommission Risikokapital.

1 Anhang 5 zum Schlussbericht der EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBESTEUERUNG (ERU). Weiterführende Literatur: SAMUEL TANNER, GIAN-RETO PLATTNER, JOSEPH KÜNG, ETIENNE VON STRENG, MARIUS GROSSENBACHER/JEAN-PHILIPPE KRAFFT, MARCEL BISCHOF.

2 BBI 2000, 5547 ff., insbesondere 5563 ff.

3 BBI 2000, 5580.

2 Bundesgesetz über Risikokapitalgesellschaften (BRKG)⁴

2.1 Ausgangslage

Per 1. Mai 2000 trat das BRKG in Kraft. Es war das Resultat einiger Jahre parlamentarischer Arbeit. Es will den Grundsatz verwirklichen, dass der Bund Steuererleichterungen gewährt, um die Gründung von Unternehmen durch einen erleichterten Zugang zu Risikokapital zu fördern.

Von Anbeginn bestanden jedoch Zweifel, ob das vorliegende Gesetz diese Zielsetzung zu erreichen vermöge. Es zeigte sich auch bald ab, dass bloss zurückhaltend von den vom BRKG offerierten Möglichkeiten Gebrauch gemacht wurde. Bis heute sind weniger als 10 Gesellschaften definitiv oder provisorisch als Risikokapitalgesellschaften im Sinne des BRKG anerkannt worden.⁵

Die der ERU zur Prüfung unterbreiteten Massnahmen sind mögliche Alternativen, welche den Zufluss von Risikokapital zu neu zu gründenden Unternehmen zusätzlich unterstützen sollten. Bevor auf diese Alternativen eingegangen wird, soll der Status quo kurz dargestellt werden.

2.2 Definition einer Risikokapitalgesellschaft

«Als Risikokapitalgesellschaften (RKG) werden schweizerische Aktiengesellschaften im Sinne von Artikel 620 ff. des Obligationenrechts anerkannt, die zum Zweck haben, schweizerischen Unternehmen nach Artikel 3 Risikokapital zur Verfügung zu stellen.»⁶

«Die RKG muss mindestens 50 Prozent ihrer Mittel in neue Unternehmen mit innovativen, international ausgerichteten Projekten im Bereich von Produkten und Dienstleistungen investieren. Ausserdem müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) Die Unternehmungen haben ihren Sitz ... in der Schweiz.
- b) Sie sind nicht börsenkotiert; vorbehalten ist die Kotierung an einer auf Klein- und Mittelbetriebe spezialisierten Börse.
- c) ...
- d) ...
- e) Die Investitionen der RKG erfolgen im Verlauf der ersten fünf Jahre nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit des neuen Unternehmens.»⁷

Diese Definition grenzt Risikokapitalgesellschaften von üblichen Beteiligungsgesellschaften oder Holdinggesellschaften ab. Entsprechend war der Auftrag an die ERU im Zusammenhang mit der Förderung von Risikokapital auf derartige Konstellationen limitiert.

2.3 Steuerliche Aspekte einer Risikokapitalgesellschaft

2.3.1 Emissionsabgabe

«Anerkannte RKG sind von der eidgenössischen Emissionsabgabe befreit.»⁸

2.3.2 Beteiligungsabzug

«Artikel 69 und 70 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer sind sinngemäss anwendbar, wenn die RKG zu mindestens 5 Prozent am Grund- oder Stammkapital von Gesellschaften beteiligt ist, welche die Voraussetzungen nach Artikel 3 Absatz 1 erfüllen, oder ihre Beteiligung an solchem Kapital einen Verkehrswert von mindestens 250 000 Franken ausmacht.»⁹

2.3.3 Holdingstatus

Das BRKG beschränkt sich auf Aspekte des Bundes. Entsprechend sind kantonale Fragen ausgeklammert. Dies betrifft z. B. auch die explizite Statuierung des Holdingstatus für Kantons- und Gemeindesteuerzwecke. Das Fehlen dieser ausdrücklichen Aussage ist ein Mangel des Gesetzes und kann in der Praxis zu Verunsicherung führen, weil gelegentlich in Frage gestellt wird, ob eine RKG tatsächlich «keine Geschäftstätigkeit» ausübe.¹⁰ Aus praktischer Sicht ist festzuhalten, dass die Gewährung des Holdingstatus zwingend ist, ansonsten werden RKG nicht oder an einem anderen Standort errichtet.

2.3.4 Internationaler Vergleich

Im internationalen Vergleich kommt der Verrechnungssteuer auf Ausschüttungen eine wesentliche Bedeutung zu. Solche Investitionsstrukturen werden oft oder gar üblicherweise an Standorten angesiedelt, wo die Gewinnausschüttung steuerfrei erfolgen kann.

Ebenso stellen die Restbesteuerung, welche selbst bei Gewährung des Holdingstatus durch die direkte Bundes-

4 Bundesgesetz über die Risikokapitalgesellschaften (BRKG), SR 642.15; Verordnung über die Risikokapitalgesellschaften (VRKG), SR 642.151.

5 Siehe die Informationen auf der Website des SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft: www.kmuinfo.ch.

6 Art. 2 BRKG.

7 Art. 3 BRKG.

8 Art. 4 Abs. 1 BRKG.

9 Art. 4 Abs. 2 BRKG.

10 Art. 28 Abs. 2 StHG.

steuer auf Nicht-Beteiligungserträgen resultiert, und die Kapitalsteuer eine Zusatzbelastung dar, welche im Ausland oft vermieden werden kann.

Solche Investitionsstrukturen sind steuerlich oft ganz transparent, um jegliche Zusatzkosten zu vermeiden.

2.4 Business Angel

Das BRKG definiert den Business Angel nicht. Üblicherweise wird jedoch davon ausgegangen, es handle sich um einen erfahrenen und reichen Unternehmer, der eine Gesellschaft in der Aufbauphase mit Arbeit und Geld unterstützt und sich von ihr wieder trennt, sobald diese Start-up-Phase durchschritten ist.

Ein Business Angel, der nachrangige Darlehen aus dem Privatvermögen gewährt, hat Anspruch auf steuerliche Erleichterungen:

«Natürliche Personen können für Darlehen nach Absatz 1 einen pauschalen Investitionsabzug geltend machen; dieser beträgt höchstens 50 Prozent des Darlehensbetrages, während der Geltungsdauer des Gesetzes¹¹ jedoch insgesamt höchstens 500 000 Franken.

Wieder eingebrachte Investitionsabzüge sind steuerbar.

Effektiv realisierte Verluste ... werden bei der Nachbesteuerung berücksichtigt. Übersteigen die Verluste die Investitionsabzüge, so kann der überschüssende Teil zur Hälfte, höchstens jedoch im Umfang von 250 000 Franken, abgezogen werden.»¹²

3 Erkenntnisse der ERU

Die Analysen der ERU haben bestätigt, dass das BRKG, gemessen an seiner eigenen Zielsetzung, nicht genügt. Es bewirkt keinen wesentlichen Zufluss von neuem Risikokapital, womit es die angestrebte Lenkungswirkung nicht erreicht hat. Die steuerlichen Fördermassnahmen greifen entweder nicht oder zu wenig stark oder bloss für einzelne Gruppen von Investoren und sind damit zu wenig flexibel, um der Vielfalt von möglichen Konstellationen gerecht zu werden. Auch sind im Ausland angesiedelte Strukturen wegen dem BRKG nicht in die Schweiz transferiert worden, und neue Strukturen für Risikokapitalinvestitionen werden nach wie vor vornehmlich im Ausland errichtet, selbst zwecks Investition in Schweizer Gesellschaften.

Es wurden deshalb alternative Modelle untersucht, insbesondere solche, welche im Ausland erfolgreich implementiert sind.

4 Alternative Modelle

4.1 Limited Partnership

Im Ausland werden Risikokapitalstrukturen oft in der zivilrechtlichen Form von «limited partnerships» errichtet. Diese unterscheiden sich von unseren Personengesellschaftsstrukturen gemäss Artikel 530 ff. OR primär darin, dass die Partner bloss limitierter Haftung ausgesetzt sind und überdies keine Restriktionen in Bezug auf die Rechtsform der Partner bestehen.

Insbesondere sogenannte Private-Equity-Strukturen werden oft in der Rechtsform von limited partnerships errichtet. Nichts liegt demnach näher, als diesen Gesellschaftstypus ins Schweizer Zivilrecht aufzunehmen. Die zu beantwortende Frage bleibt jedoch, ob damit auch steuerlich ein Vorteil erzielt wird.

Partner, als natürliche oder juristische Personen, von in der Schweiz errichteten Personengesellschaften sind in der Schweiz entweder aufgrund ihrer persönlichen Zugehörigkeit unbeschränkt steuerpflichtig oder aufgrund ihrer wirtschaftlichen Beschränkung. Dies wäre bei einem limited partnership nicht grundsätzlich anders als bei unlimited partnerships.

Demnach kämen zur Besteuerung von limited partnerships die heutigen Regeln der Besteuerung von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften zur Anwendung. Vermögen solcher Geschäftsbetriebe gilt als Geschäftsvermögen. Gewinne sind Geschäftsgewinne im Geschäftsvermögen und werden den einzelnen Gesellschaftern steuerlich zugerechnet und entsprechend besteuert. Juristische Personen als Gesellschafter würden nicht vom Holdingstatus profitieren können und wären demnach der direkten Bundessteuer und der Kantons- und Gemeindesteuer unterworfen. Überdies wäre der participationsabzug wohl kaum anwendbar. Natürliche Personen als Gesellschafter könnten keine steuerfreien privaten Kapitalgewinne vereinnahmen, weil das Vermögen der Personengesellschaft Geschäftsvermögen darstellen würde. Überdies würden natürliche Personen noch mit der AHV belastet.

Demnach bringt die Einführung eines neuen Gesellschaftstypus als limited partnership per se noch keine steuerlichen Erleichterungen. Bloss dann, wenn man statuieren würde, dass ein limited partnership als Risikokapitalgesellschaft keine kaufmännische Unternehmung sei und deshalb nicht zur steuerlichen Anknüpfung führe, weder als eigenes Steuersubjekt noch im Sinne einer wirtschaftlichen Zugehörigkeit der einzelnen Gesellschafter, könnten sich steuerlich positive Effekte erge-

11 10 Jahre, Art. 9 Abs. 3 BRKG.

12 Art. 5 Abs. 2–4 BRKG.

ben, weil privat gehaltene Anteile dann dem Privatvermögen zuzuweisen wären.

4.2 Transparente Besteuerung nach den Regeln der Anlagefonds

Risikokapitalstrukturen werden international so gewählt, dass sie keine oder möglichst geringe Kosten bewirken, um so die Rendite aus den Investitionen für die Investoren zu maximieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass oft institutionelle Investoren als Kapitalgeber auftreten, die keine oder bloss geringe Steuern entrichten, womit sämtliche Steuern auf Zwischenstufen, z.B. in Risikokapitalgesellschaften, eine endgültige Zusatzbelastung darstellen.

Damit stellt sich die Frage, ob völlige steuerliche Transparenz von Risikokapitalstrukturen steuerlich am vorteilhaftesten sei. Dabei würden die Erträge der Risikokapitalgesellschaft dem Investor direkt und persönlich an seinem Ansässigkeitsort steuerlich anteilmässig zugerechnet.

Die Schweiz kennt im Bereich der Besteuerung von Anlagefonds Regeln der transparenten Besteuerung. Dies

führte zum Auftrag an die ERU, zu prüfen, ob die Regeln der Besteuerung von Anlagefonds auch auf Risikokapitalgesellschaften angewendet werden könnten, um damit eine steuerlich vorteilhafte Lösung zu erreichen.

Die nachfolgenden Ausführungen stellen eine Zusammenfassung der Erkenntnisse der ERU dar:¹³

4.2.1 Betrachtung aus Sicht natürlicher Personen als Investoren

4.2.1.1 Übersicht

Die nachfolgende Übersicht¹⁴ enthält einen Vergleich zwischen der steuerlichen Behandlung einer Risikokapitalgesellschaft nach den Regeln einer Kapitalgesellschaft und als transparentes Gebilde im Sinne eines Anlagefonds, unter Einbezug der steuerlichen Situation des Anlegers (natürliche Person, Anteile im Privatvermögen).

4.2.1.2 Erkenntnisse

Die Übersicht lässt verschiedene Schlussfolgerungen zu, je nach involvierten Personen.

	Risikokapitalgesellschaft	Aktionär RKG	Anleger Anlagefonds
Kapitalgewinne auf Beteiligungen unter 5 %	8,5 % direkte Bundessteuer	Ausschüttung: max. 40 %	Steuerfrei
Kapitalgewinne auf Beteiligungen über 5 %	Beteiligungsabzug	Ausschüttung: max. 40 %	Steuerfrei
Laufende andere (Vermögens-) Erträge	8,5 % direkte Bundessteuer	Bei Thesaurierung: 0 % Bei Ausschüttung: max. 40 %	Laufende Besteuerung: max. 40 %
Verkauf des Anteils an der RKG	–	Steuerfreier Kapitalgewinn (insbesondere auch für thesaurierte Erträge)	Steuerfreier Kapitalgewinn (auch für Pro-rata-Erträge)
Rückgabe des Anteils	–	Teilliquidation: max. 40%	Steuerfrei (auch für Pro-rata-Erträge)
Liquidation der Struktur	Realisation stiller Reserven: Besteuerung abhängig von Art des Aktivums (Beteiligungsabzug ja/nein)	max. 40%	Kapitalgewinne steuerfrei ¹⁵ , Rest steuerbar

Die heutige Rechtslage ohne steuerliche Transparenz von Risikokapitalgesellschaften ist steuerlich für natürliche Personen mit Privatvermögen dann nachteilig, wenn die RKG mehrheitlich Kapitalgewinne realisiert und diese Gewinne als Dividenden ausgeschüttet werden, weil die Anteile an der RKG mangels eines liquiden Markts nicht verkauft werden können.

Würden diese Kapitalgewinne durch einen Anlagefonds realisiert, so könnten sie steuerlich direkt dem Investor als privater Kapitalgewinn zugerechnet werden.

Andererseits profitieren natürliche Personen mit Anteilen im Privatvermögen von der heutigen Konstellation, wenn die Aktien an der RKG mittels steuerfreiem Kapitalgewinn veräussert werden können. Dies zu erreichen

13 Anhang 5 zum Schlussbericht der ERU vom 29. Juni 2001, 11 ff.

15 Gleiches gilt für die Quote des Anlegers am Fondskapital.

14 Anhang 5 zum Schlussbericht der ERU vom 29. Juni 2002, 11.

ist in der Praxis bei nicht kotierten Risikokapitalgesellschaften aber oft schwierig.

Steuerliche Transparenz von Risikokapitalgesellschaften führt demnach nicht immer zu einer günstigeren Besteuerung für natürliche Personen als Investoren.

4.2.2 Juristische Personen als Investoren

Auch aus Sicht juristischer Personen ergibt sich keine eindeutige Antwort, ob steuerliche Transparenz von Risikokapitalgesellschaften günstiger sei oder zu zusätzlichen Steuerfolgen führe. Dies hängt wesentlich vom Steuerstatus der investierenden Gesellschaft selbst ab, von der Art der Einkünfte und von der Höhe der Beteiligungen und damit davon, ob der Beteiligungsabzug gewährt wird.

4.2.3 Institutionelle, steuerbefreite Investoren

Institutionelle, steuerbefreite Investoren haben grundsätzlich ein Interesse an steuerlicher Transparenz von Anlagevehikeln, auch von Risikokapitalgesellschaften. Sämtliche Steuern von Zwischengesellschaften stellen zusätzliche Kosten dar, welche bei transparenter Behandlung vermieden werden könnten.

4.2.4 Gesamtbeurteilung und Vorschlag

Es lässt sich keine allgemein gültige Aussage machen, ob steuerliche Transparenz von Risikokapitalgesellschaften und ähnlichen Investitionsvehikeln steuerlich immer günstiger sei als die selbständige Steuerpflicht solcher Gesellschaften.

Um den verschiedenen möglichen Konstellationen gerecht zu werden und um ein Instrumentarium zu entwickeln, das den spezifischen Gegebenheiten entsprechend eingesetzt werden kann, ist ein Wahlrecht zu schaffen. Risikokapitalgesellschaften sollte ein Wahlrecht eingeräumt werden, wonach sie sich steuerlich entweder transparent oder als eigene Steuersubjekte behandeln lassen können.

5 Mögliche Entwicklungen

5.1 Ausdehnung des BRKG auf Kantons- und Gemeindesteuern

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR hat eine Motion eingereicht¹⁶, wonach die Steuererleichterungen gemäss BRKG auf die Staats- und Gemeindesteuern

auszudehnen seien. Der Bundesrat hat diese Motion entgegengenommen¹⁷. In der Zwischenzeit erfolgte eine weitere Interpellation in dieser Sache.¹⁸

5.2 Business Angels

Das BRKG limitiert die Steuererleichterungen für Business Angels auf nachrangiges Fremdkapital. Nicht erfasst wird das Eigenkapital. Hierzu fehlt es an zweierlei: Erstens braucht es eine eindeutige Aussage, dass ein Business Angel bezüglich seiner Investitionen gemäss BRKG nicht als gewerbmässiger Wertpapierhändler im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis gilt, und zweitens bedarf es der Ausdehnung der steuerlichen Erleichterungen auf Eigenkapitalinvestitionen. Dieser würde in einem Investitionsabzug bestehen – temporär, solange die Investition dauert, und endgültig bei Verlust.

5.3 Limited partnership ohne steuerliche Anknüpfung

Es ist zu prüfen, ob die Rechtsform eines limited partnership ins Zivilrecht aufgenommen werden soll, unter gleichzeitiger Statuierung, dass Risikokapitalstrukturen in dieser Rechtsform als nicht kaufmännisch gelten und deshalb steuerlich weder zu einer wirtschaftlichen Anknüpfung noch zu Geschäftsvermögen führen.

5.4 Wahlrecht im oben vorgeschlagenen Sinne

Im Sinne der Flexibilisierung des Systems und mit dem Zweck der Bereitstellung von Konzepten, welche unterschiedlichen Konstellationen möglichst optimal gerecht werden, sollte Risikokapitalgesellschaften ein Wahlrecht eingeräumt werden, steuerlich transparent oder als selbständiges Steuersubjekt behandelt zu werden. Die Ausübung der Option müsste selbstredend für alle Steuerarten gleichermassen gelten.

5.5 Mögliche Auswirkungen des BRKG auf andere Bereiche des Steuerrechts

Es ist möglich, dass die reduzierten Grenzwerte für die Gewährung des Beteiligungsabzuges gemäss BRKG¹⁹ im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II ins DBG und auch ins StHG und damit in die kantonalen Gesetze Eingang finden werden.

¹⁶ Motion vom 22.9.1999 (99.3472).

¹⁷ 6.12.1999.

¹⁸ Interpellation vom 13.3.2002 (02.3048).

¹⁹ Art. 4 Abs. 2 BRKG im Vergleich zu Art. 69 und 70 DBG.

5.6 Entwicklungen in der Europäischen Union

Die Förderung von Risikokapital, auch mit steuerlichen Mitteln, stellt in der EU ein permanentes Thema dar, sowohl auf EU-weiter Ebene als auch auf Stufe der einzelnen Mitgliedstaaten.²⁰ Stillstand der Schweiz verstärkt den Rückstand gegenüber dem Ausland. Handeln tut Not, innovative Lösungen sind gefragt, alte Dogmen dürfen nicht die Parameter für die Zukunft sein.

Literatur und Materialien

BISCHOF MARCEL, Steuererleichterungen für Risikokapitalgesellschaften (RKG) – ein wirtschaftspolitischer Flop?, *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht* 2001, 85 ff.

EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBESTEUERUNG, Anhang 5 zum Bericht der Expertenkommission Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung (ERU), erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, Bern 2001; zur Zeit auch: www.estv.admin.ch/data/dvs/index/d/index.htm

GROSSENBACHER MARIUS/JEAN-PHILIPPE KRAFFT, Steuerliche Privilegierung von Risikokapital, *Zürcher Steuerpraxis* 2000, 247 ff.

KRAFFT JEAN-PHILIPPE, s. Grossenbacher Marius

KÜNG JOSEPH, Erstmals Steuererleichterungen für Risikokapitalgesellschaften, *ST* 2000, 646 ff.

PLATTNER GIAN-RETO, Technologietransfer, Risikokapital und Steuervergünstigungen, *ST* 1999, 113

TANNER SAMUEL, Risikokapital, *StR* 2000, 132 ff.

VON STRENG ETIENNE, Le capital-risque en Suisse, *ST* 2000, 649 ff.

20 Europäische Wirtschaft, Beiheft A, Wirtschaftsanalysen, Nr. 12 – Dezember 1999 (www.europa.eu.int/comm/economy_finance) sowie weitere Mitteilungen der Europäischen Kommission (über Internet abrufbar).

Der Schlussbericht Steuern als Standortfaktor: Reformbedarf für die Schweiz?

Dr. oec. HSG Kurt Arnold*

Inhalt

1	Einleitung
2	Ausgangspunkt und Zielsetzung
3	Inventur des Umfeldes
3.1	Vergleich mit neun Ländern
3.2	Beschränkte Aussagefähigkeit internationaler Steuervergleiche
3.3	Keine gesicherte Korrelation zwischen Steuerbelastung und volkswirtschaftlicher Leistung
4	Schwierige Definition der steuerlichen Standortqualität
5	63 Vorschläge und ihre Dringlichkeit
5.1	Besteuerung der Unternehmen und des darin investierten Kapitals
5.2	Natürliche Personen
5.3	Allgemeine Steuerthemen
6	Beurteilung
	Anhang: Liste der steuerlichen Prioritäten aus Standortsicht
	A. Massnahmen mit höchster Priorität («Notwendige Massnahmen»)
	B. Massnahmen in der 2. Prioritätsklasse («Nützliche Massnahmen»)
	C. Massnahmen in der 3. Prioritätsklasse («Geringer direkter Nutzen»)
	D. Massnahmen, von denen abgesehen werden sollte («Ohne direkten Nutzen»)
	E. Massnahmen mit Kompensationscharakter («Zu starke aktuelle Förderung»)

Literatur und Materialien

1 Einleitung

Im Laufe der Jahre hat es auch in der Schweiz nicht an Anregungen, Vorschlägen und Rezepten gefehlt, wie das Steuerrecht verbessert werden könnte. In letzter Zeit hat sich nun aber die Diskussion um das «richtige» Steuersystem deutlich akzentuiert. Angesichts der fortschreitenden Globalisierung der Wirtschaftstätigkeit stand dabei ganz ausgeprägt die Frage der steuerlichen Wettbewerbsfähigkeit unseres Landes im Mittelpunkt. Die Sorge um die Attraktivität unserer Steuerordnung fand ihren Niederschlag sowohl in wissenschaftlichen Arbeiten^{1,2} als auch in Konzepten von Wirtschaftsseite^{3,4}. Auch die Berichte der Expertenkommissionen «Steuerlücken»⁵ und «Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung»⁶ enthielten vielfältige Anregungen und beflügelten kurzfristig die Reformphantasien.

Auf der anderen Seite sind auf internationaler Ebene seit geraumer Zeit grosse Anstrengungen unternommen worden, um dem grenzüberschreitenden Steuerwettbewerb engere Grenzen zu setzen. Namentlich in der OECD sind seit der Verabschiedung des Berichts über den schädlichen Steuerwettbewerb gezielte steuerliche Anreize, besonders vorteilhafte Steuerregime und auch das Bankgeheimnis unter zunehmend stärkeren Beschuss geraten⁷. Parallel dazu hat auch die EU die Steuerordnungen ihrer Mitgliedsländer unter die Lupe genommen, um zu verhindern, dass gewissen Unternehmen zu attraktive fiskalische Bedingungen offeriert werden⁸. Es ist schwierig abzuschätzen, wohin diese Entwicklungen letztlich führen werden.

* Steuerkonsulent bei der Credit Suisse Group, Zürich

1 GEBHARD KIRCHGÄSSNER, Eine moderne Steuer- und Abgabenordnung für die Schweiz, Chur/Zürich 1999.

2 T. ANGELINI/L.P. FELD/H. HAUSER/G. KIRCHGÄSSNER/K. VALLENDER/R. WALDBURGER, Ein neues Steuerrecht für die Schweiz: Ökonomische Grundlagen und Grundzüge der rechtlichen Ausgestaltung, St. Gallen 2000.

3 Steuerkonzept für die Schweiz, Vorschläge der Wirtschaft zur Neugestaltung der Finanzordnung, SCHWEIZERISCHER HANDELS- UND INDUSTRIEVEREIN (VORORT), Zürich, April 2000.

4 Vorschläge zu einer KMU-freundlichen Ausgestaltung des Steuersystems, Bericht des SCHWEIZERISCHEN GEWERBEVERBANDES, ARBEITSGRUPPE STEUERPOLITIK, Bern, Februar 2002.

5 Bericht der EXPERTENKOMMISSION ZUR PRÜFUNG DES SYSTEMS DER DIREKTEN STEUERN AUF LÜCKEN, Bern 1998.

6 Bericht der EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBESTEUERUNG (ERU), Bern 2001.

7 OECD, Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue, Paris, April 1998; OECD, Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, Paris, März 2000.

8 Vgl. den Bericht der GRUPPE «VERHALTENSKODEX» ZUR UNTERNEHMENSBESTEUERUNG vom 29.11.1999 an den ECOFIN (Primarolo-Bericht).

In diesem Spannungsfeld ist es bemerkenswert, wenn die Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) eine standortorientierte Bestandsaufnahme des schweizerischen Steuerrechts⁹ erstellt. Den Anstoss dazu hat der Direktor der ESTV im Sommer 2000 gegeben, als er eine Arbeitsgruppe einsetzte, welche Vertreter der ESTV, des Staatssekretariats für Wirtschaft sowie kantonaler Steuerverwaltungen umfasste. Der Schlussbericht wurde im Sommer 2001 abgeliefert und einem breiteren Kreis von Interessierten zugänglich gemacht. Ohne inhaltlich vorgreifen zu wollen, darf festgestellt werden, dass schon die Initiative der ESTV für sich allein betrachtet sehr positiv zu würdigen ist. In den nachstehenden Ausführungen soll die Studie zuerst zusammenfassend dargestellt und dann anschliessend auch der Versuch einer Wertung einzelner Ergebnisse unternommen werden.

2 Ausgangspunkt und Zielsetzung

Aus der Einsicht heraus, dass das moderne Steuerrecht sehr stark von wirtschaftlichen und finanzwissenschaftlichen Erkenntnissen und Ideen beeinflusst und gesteuert wird, ist die Standortstudie ausgeprägt ökonomisch orientiert. Für sie sind die volkswirtschaftlichen Auswirkungen *die* Messlatte für die Bewertung der Effizienz eines Steuersystems als Ganzes wie auch für jeden einzelnen Baustein. Begriffe wie Wachstum, Beschäftigung, Wertschöpfung ziehen sich denn auch wie ein roter Faden durch die ganze Studie. Es ist unverkennbar: Der Arbeitsgruppe oblag der Auftrag, das schweizerische Steuersystem auf seinen Beitrag zum volkswirtschaftlichen Erfolg und nicht auf seine systematische Kohärenz oder auf die Einhaltung anerkannter Steuererhebungsprinzipien zu durchleuchten. Grundsätze wie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung, die Verteilungsgerechtigkeit usw. standen nicht im Zentrum der Studie.

3 Inventur des Umfeldes

3.1 Vergleich mit neun Ländern

Sehr breiten Raum nimmt im Bericht die Beschreibung des wirtschaftlichen und steuerlichen Umfeldes ein. Die Schweiz wird dabei anhand volkswirtschaftlicher, finanzwirtschaftlicher sowie steuerlicher Kennzahlen

neun Ländern gegenübergestellt. Die Auswahl fiel auf die Nachbarländer (mit Ausnahme von Liechtenstein) sowie auf fünf kleinere, mit der Schweiz in mancher Hinsicht vergleichbare Länder (Niederlande, Belgien, Dänemark, Schweden und Irland). Untersucht wurden die Jahre 1990–1999 hauptsächlich hinsichtlich Wachstum, Beschäftigung, Staatsverschuldung, Steuerquote und Steuersätze.

Der sorgfältig und gründlich angestellte Vergleich der verschiedenen Messgrössen fördert wenig Überraschendes zu Tage, sondern bestätigt eher, was schon bekannt war oder doch vermutet wurde. So verwundert wohl nicht, dass die Schweiz als reife und hoch entwickelte Volkswirtschaft ein vergleichsweise eher tiefes reales Wachstum des Bruttoinlandproduktes aufweist. Ins Auge sticht viel mehr, wie weit abgeschlagen wir in diesem Bereich den letzten Rang belegen. Zu denken geben muss auch die Bestätigung der starken relativen Verschlechterung der Staatsverschuldung in der letzten Dekade des vergangenen Jahrhunderts. Selbst bei der in der Schweiz noch immer tiefen Arbeitslosenquote haben wir Terrain eingebüsst.

3.2 Beschränkte Aussagefähigkeit internationaler Steuervergleiche

Als wesentlich schwieriger als die Gegenüberstellung volkswirtschaftlicher Daten hat sich für die Arbeitsgruppe die Aufgabe erwiesen, einen aussagekräftigen internationalen Steuervergleich zu erstellen. Zu verschiedenen sind die Systeme, Bemessungsgrundlagen und besonderen Regime für bestimmte Kategorien von Steuerpflichtigen, als dass Vergleiche sehr verlässlich ausfallen könnten. Interessant ist immerhin die Feststellung des Berichts, dass angesichts des internationalen Steuerwettbewerbs die Belastungen für Unternehmen im letzten Jahrzehnt fast überall eine sinkende Tendenz aufwiesen,¹⁰ während die Einkommenssteuern wenig in Bewegung geraten sind. Diese Entwicklung trifft auch für die Schweiz zu, wobei wir uns bei den Unternehmenssteuern insgesamt noch immer in einer der vorderen Positionen befinden. Bei den Einkommenssteuern sind hingegen vor allem in den höheren Progressionsstufen für die Schweiz kaum mehr ins Gewicht fallende Standortvorteile auszumachen.

Interessant ist auch die im Bericht gewonnene Erkenntnis, dass Länder mit einer für Unternehmen und Investoren insgesamt hohen marginalen Steuerbelastung für die

9 Steuern als Standortfaktor: Reformbedarf für die Schweiz, Schlussbericht der ARBEITSGRUPPE «STANDORTSTUDIE», Bern, 1.6.2001; www.estv.admin.ch.

10 Trotzdem haben die prozentualen Anteile des Körperschaftsteueraufkommens im Verhältnis zum gesamten Einkommen-

und Gewinnsteueraufkommen in den 90er-Jahren in vielen Ländern zugenommen (Bericht der EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBESTEUERUNG (ERU), Anhang 2, S.82). Dieses Phänomen ist jedoch der konjunkturellen Entwicklung und nicht steigenden Steuersätzen zuzuschreiben.

Einräumung besonderer steuerlicher Anreize und Vorteile viel anfälliger sind als solche mit einer massvollen Belastung. Dies bestätigt die an sich bekannte These, dass Steuerordnungen mit breiten Bemessungsgrundlagen nicht nur dem Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung besser entsprechen, sondern auch zu tieferen Steuersätzen tendieren.

3.3 Keine gesicherte Korrelation zwischen Steuerbelastung und volkswirtschaftlicher Leistung

Aufgrund des erstellten, breiten empirischen Inventars und der neueren einschlägigen Lehrmeinungen gehen dann die Autoren der Frage nach, ob gesicherte Abhängigkeiten zwischen Steuerbelastung und volkswirtschaftlichem Erfolg bestehen. Sie kommen dabei grundsätzlich zu einem negativen Ergebnis. Trotzdem sind Teilerkenntnisse aufschlussreich: Bei zunehmender Globalisierung führt die hohe Elastizität des Kapitals einerseits tendenziell zu einer Reduktion der Steuern auf dem Faktor Kapital und andererseits zu einer relativen Erhöhung der Steuern auf dem Faktor Arbeit. Die Studie gelangt im Weiteren auch zum bedeutsamen Schluss, dass in der Standortpolitik mit steuerlichen Mitteln der niedrigen Belastung der Unternehmen eine dominante Rolle zugewiesen werden muss. In Übereinstimmung mit der Studie der Universität St. Gallen aus dem Jahr 2000¹¹ wird schliesslich auch die grosse Bedeutung der strukturellen Zusammensetzung der Steuerlast hervorgehoben. Welche Steuern im Einzelnen auf welcher Basis erhoben werden, wird als deutlich wichtiger eingeschätzt als die in einer Zahl ausgedrückte Steuerquote.

Diesen ersten Schluss der Studie scheint indirekt das tatsächliche Verhalten der natürlichen Personen in der Schweiz zu bestätigen. Trotz zunehmend grösser gewordenen Diskrepanzen bei den kantonalen Einkommenssteuern ist es bisher nicht zu massiven Abwanderungen aus Hochsteuernantonen gekommen. Das Gros der steuerpflichtigen natürlichen Personen verhält sich gegenüber den Belastungsunterschieden bei den Einkommen noch immer erstaunlich unelastisch und indifferent.

4 Schwierige Definition der steuerlichen Standortqualität

Im zweiten Teil der Studie unternehmen die Autoren den Versuch, dem Begriff der «steuerlichen Standortqualität» einen Inhalt zu geben. Nebst der selbstverständlich notwendigen moderaten Steuerbelastung sind aus der

Sicht der Arbeitsgruppe ein einfaches, rationales Steuersystem, hohe Rechtssicherheit und der leichte Zugang zu den Steuerbehörden wichtige Voraussetzungen für einen attraktiven Standort. Die Erfahrung hat aber offenbar gezeigt, dass selbst eine Steuerordnung, die diese Elemente in sich vereinigt, steuerlich unattraktiv sein kann. Die Wettbewerbsfähigkeit entscheidet sich letztlich daran, welche realistischen Alternativen einem Steuerpflichtigen im konkreten Fall offen stehen. Die Studie verzichtet daher darauf, die Standortqualität noch näher zu definieren. Sie behilft sich stattdessen mit einem Bewertungsraster in Form von sechs Thesen, an welchen ein effizientes, wettbewerbsfähiges und rechtsstaatliches Voraussetzungen genügendes Steuersystem gemessen werden kann. Sie lauten wie folgt:

1. Die Schweiz ist zu vielseitig, um nur für bestimmte Zielgruppen von Steuerzahlern ein attraktiver Standort sein zu können.
2. Eine Strategie «möglichst niedrige Steuerbelastung für alle» ist standortpolitisch kurzfristig nicht erfolgversprechend, langfristig aber anzustreben.
3. Die Mobilität der Produktionsfaktoren muss im Steuersystem berücksichtigt werden.
4. Das Steuersystem muss mit geringen Kosten auskommen.
5. Die sog. «weichen» Faktoren des Steuersystems sind sehr bedeutend.
6. Das Steuersystem darf Umstrukturierungen von Unternehmen nicht behindern.

Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Thesenwahl pragmatische und sogar etwas willkürliche Züge trägt. Die Verfasser des Berichts sind sich dieser Problematik auch sehr bewusst. Wie sie die Thesen verstanden haben wollen, erläutern sie in den entsprechenden Kommentaren. Im Zentrum der Standortpolitik mit steuerlichen Mitteln stehen nach der ersten These generell Unternehmen mit viel Know-how und hoher Wertschöpfung. Wichtiger als das durch diese Unternehmen generierte eigene Steuersubstrat erscheint den Berichtsautoren das mit der Neuansiedlung verbundene Potential zur Schaffung gut bezahlter zusätzlicher Arbeitsplätze.

In der zweiten These bekennt sich die Studie unmissverständlich zu einer gewissen Nischenpolitik und sogar zu einem «volkswirtschaftlich motivierten steuerpolitischen Aktivismus». Sie relativiert damit zwangsläufig ihre erste These. Gerechtfertigt wird die Forderung nach gezielten steuerlichen Anreizen mit der durch andere Länder der OECD praktizierten Lockvogelpolitik bei der Ansiedlung von Unternehmen und dem Nutzen, den neu zuziehende Firmen letztlich für alle bewirken. Aus dieser Wertung ergibt sich mit der gleichen Begründung zwanglos die These 3, welche bei der Ausgestaltung des Steuersystems eine angemessene Berücksichtigung der

11 Vgl. vorne, Fussnote 2.

Mobilität der Produktionsfaktoren verlangt und sogar vor einem «zu weit gefassten Verständnis der steuerlichen Gleichbehandlung» warnt. Die Thesen 4 und 5 sprechen für eine möglichst effiziente und für den Bürger verständliche Steuerrechtsordnung sowie einen einfachen, unbürokratischen Umgang zwischen Steuerpflichtigen und Behörden. Gerade diesen «weichen» Faktoren des Steuerklimas, bei denen die Schweiz nach der Einschätzung der Arbeitsgruppe recht gut abschneidet, misst die Studie auch für die Zukunft einen sehr hohen Stellenwert bei. Die sechste und letzte These befasst sich schliesslich mit einem ausgesprochenen Spezialaspekt, nämlich der richtigerweise anzustrebenden Steuerneutralität von Unternehmensumstrukturierungen. Ob dabei, wie im Interesse der Standortgunst angeregt, die Steuerbehörden gar «quasi den Part der Steuerberatung» übernehmen sollen, scheint mir dann aber doch etwas diskutabel und recht weit gegriffen.

5 63 Vorschläge und ihre Dringlichkeit

Den eigentlichen Kern der Studie bildet die Analyse von nicht weniger als 63 Vorschlägen (inkl. Untervarianten) zur Verbesserung der steuerlichen Standortqualität der Schweiz. Hinsichtlich der Dringlichkeit der Realisierung wurden fünf Kategorien gebildet:

1. Notwendige Massnahmen;
2. Sinnvolle, aber weniger prioritäre Massnahmen;
3. Massnahmen mit nur geringem Nutzen;
4. Massnahmen ohne direkten Nutzen;
5. Massnahmen, aus denen sogar ohne Standortsschaden Mehreinnahmen resultieren (Abschaffung von Pseudoprivilegien).

Nach Eliminierung aller Duplizitäten verblieben noch 27 Einzelmassnahmen, die auf die fünf genannten Kategorien verteilt wurden (s. Anhang). Selbstverständlich nimmt die Studie nicht für sich in Anspruch, alle denkbaren Ansätze zur steuerlichen Standortverbesserung lückenlos erkannt oder gar bei der Festlegung der Prioritäten den Nagel in jedem einzelnen Fall auf den Kopf getroffen zu haben. Zu weit ist das Feld der subjektiven Einschätzungen und Präferenzen! Im Rahmen dieses Artikels ist es auch nicht möglich, die Prioritätenliste der Standortstudie unter steuersystematischen und finanzwissenschaftlichen Gesichtspunkten detailliert zu würdigen. Es seien daher nur einige Anmerkungen gestattet und Fragen zu den Vorschlägen gestellt.

5.1 Besteuerung der Unternehmen und des darin investierten Kapitals

Auffallend sind die Parallelen zwischen den in der 1. Priorität eingestuften notwendigen Vorschlägen zur Besteuerung der Unternehmen und deren Beteiligten einerseits und den Ideen der Eidg. Steuerverwaltung zur Unternehmungssteuerreform 2 andererseits. Wer hat hier wohl wen «befruchtet»? In der Zwischenzeit hat sich gezeigt, dass die im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2 ins Auge gefassten Verbesserungen von den (vor allem personenbezogenen) Unternehmen und deren Investoren gar nicht gewünscht werden, falls sie mit einer wie auch immer gearteten Beteiligungsgewinnsteuer erkaufte werden müssten.

Die zeitlich limitierte Verrechnung von im Geschäftsvermögen erlittenen Verlusten trägt das Risiko der Besteuerung fiktiver Gewinne in sich. Weshalb figuriert eine erweiterte Verlustverrechnung nur unter der 3. Priorität?

Bei globalisierten (Finanz-) Märkten begünstigen Transaktionssteuern wie die schweizerische Umsatzabgabe erwiesenermassen die Abwicklung der Geschäfte an Orten ohne derartige Abgaben. Weshalb schon die bloss proaktive Anpassung des Stempelabgaberechts nur nützlich (und nicht auch notwendig) sein soll, ist schwierig nachzuvollziehen.

5.2 Natürliche Personen

Bei den Mitarbeiteroptionen regt die Studie einen Wechsel von der Besteuerung bei der Zuteilung zur Besteuerung bei der Optionsausübung an. Schiesst diese Anregung nicht über das Ziel hinaus? Wäre eine Wahlmöglichkeit zwischen der Besteuerung bei der Optionsausübung und der Besteuerung beim Erwerb eines festen, unwiderruflichen Anspruchs auf die Option (d.h. beim sog. «vesting») nicht vorzuziehen?¹² Es ist damit zu rechnen, dass dieser Sachbereich demnächst rechtlich neu geregelt wird.

Bei der Erbschaftssteuer unterstreichen die Autoren überraschend deutlich deren Bedeutung als Nischeninstrument der Standortförderung. Eine gesamtschweizerische Steuer wird konsequenterweise verworfen.

5.3 Allgemeine Steuerthemen

Die Studie betont ohne Vorbehalte die grosse standortpolitische Rolle des interkantonalen Steuerwettbewerbs. Sie befasst sich nicht mit den möglichen politischen und wirtschaftlichen Aspekten, welche sich aus sehr krassen und in Zukunft möglicherweise noch grösser werdenden Belastungsunterschieden ergeben könnten. Auch das Risiko, dass als zu stossend empfundene Diskrepanzen ei-

12 Vgl. den Bericht einer durch das Eidg. Finanzdepartement eingesetzten ARBEITSGRUPPE ZUR BESTEUERUNG VON MITARBEITEROPTIONEN, Bern, 21. Dezember 2001.

ne materielle Harmonisierung beim Souverän mehrheitsfähig machen könnten, wird nicht angesprochen und somit auch nicht bewertet.

Gegenüber dem in der Studie mit höchster Priorität vorgesehenen Postulat der besseren staatlich organisierten internationalen Vermarktung des Steuerstandortes Schweiz sind aus meiner Sicht Vorbehalte angebracht. Ein Blick auf die jüngsten Aktivitäten verschiedener internationaler Gremien (OECD, EU, G7 usw.) sollte eigentlich zu Augenmass und Zurückhaltung mahnen. Penetrantes Standortmarketing kann getrost privaten Promotoren überlassen werden.

6 Beurteilung

Der Bericht Standortstudie ist nicht nur als Faktum erfreulich, sondern verdient auch materiell eine gute Note. Die Arbeitsgruppe hat innerhalb einer kurzen Zeit eine grosse Arbeit bewältigt und viele Facetten der steuerlichen Standortattraktivität der Schweiz angesprochen und vertieft. Es manifestiert sich darin der Wille der Verwaltung, künftig nicht bloss auf Forderungen von politischen Parteien und Interessengruppen zu reagieren, sondern proaktiv die Wettbewerbsfähigkeit des Steuerstandortes Schweiz zu verteidigen und zu stärken. Die internationale Attraktivität des Steuersystems ist unmissverständlich zu einem zentralen Anliegen der Politik deklariert worden. Und noch ein Fazit der Studie: Reformen tun Not!

Was die durch die Berichtsautoren getroffene Prioritätenordnung anbelangt, lassen sich natürlich da und dort – je nach Standpunkt und Wertung – mit guten Gründen abweichende Positionen vertreten. Ein Blick auf die Konzepte des Vorortes und des Gewerbeverbandes belegt dies anschaulich. Als Beispiele seien die Besteuerung der Beteiligungsgewinne oder die Transaktionssteuern auf Wertpapiergeschäften genannt. Es ist allerdings hier nicht der Ort, die einzelnen Arbeiten einem Vergleich zu unterziehen.

Etwas zu kurz gekommen sind nach meiner Einschätzung die eher grundsätzlichen Aspekte der Wettbewerbsfähigkeit eines Steuersystems. So hat beispielsweise Ernst Höhn¹³ schon vor Jahren darauf hingewiesen, wie unterschiedlich wettbewerbsrelevant direkte und indirekte Steuern sind. Inwieweit diese Aussage gegenüber neuesten ökonomischen Erkenntnissen noch standhält und die Unterscheidung in direkte und indirekte Steuern

überhaupt zweckmässig ist, mag heute offen sein. Eine etwas vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik wäre aber trotzdem zu begrüssen gewesen. Auch die möglichen Auswirkungen ökologisch ausgerichteter Reformansätze wären mit Blick auf die Weiterentwicklung des schweizerischen Steuerrechts sicher mit Interesse zur Kenntnis genommen worden. Als Folge der stark pragmatisch und auf die unmittelbare Umsetzbarkeit der Massnahmen orientierten Stossrichtung der Studie sind schliesslich die standortpolitischen Auswirkungen generell tiefer Steuersätze recht spärlich ausgeleuchtet worden. Sonst hätte möglicherweise das Postulat, Steuersätze nicht punktuell, sondern (bei dafür vielleicht breiterer Bemessungsbasis) für alle zu senken, einen besseren Rang belegt (Priorität 4, «ohne direkten Nutzen»). Wahrscheinlich hat der sehr praxisorientierte und auf die volkswirtschaftlichen Folgen ausgerichtete Auftrag dazu geführt, dass die Studie einen leichten Zug zu Standortmarketing und Wirtschaftsförderung erhalten hat und gleichzeitig die steuersystematischen und grundsätzlichen Fragen etwas knapp dargestellt sind.

Diese Randbemerkungen sollen aber dem positiven Eindruck des verwaltungsinternen Berichts in keiner Weise Abbruch tun. Er vermag gegenüber den durch Arbeitsgruppen der Wirtschaft verfassten Konzepten gut zu bestehen. Auf jeden Fall bietet der Bericht sowohl den Steuerbehörden als auch den gesetzgeberisch und steuerpolitisch tätigen Akteuren eine von einem immer wichtiger werdenden Gesichtspunkt ausgehende nützliche Orientierungshilfe. Es ist zu wünschen, dass er periodisch auf seine Aktualität hin überprüft wird und dass auch ein Dialog darüber mit den Steuerzahlern entsteht.

Anhang: Liste der steuerlichen Prioritäten aus Standortsicht

A. Massnahmen mit höchster Priorität («Notwendige Massnahmen»)

1. Paket «Unternehmensbesteuerung/Investoren»
 - 1.1 Steuerliche Behandlung von Beteiligungen natürlicher Personen nach den Regeln des Geschäftvermögens
 - 1.2 Gleichmässige (und niedrigere) Besteuerung von Dividenden auf Beteiligungen und Gewinnen auf Beteiligungsveräusserungen
 - 1.3 Fallenlassen von Sperrfristen für Beteiligungsveräusserungen
 - 1.4 Aufhebung (oder allmähliche Senkung) der kantonalen Kapitalsteuer der juristischen Personen

13 ERNST HÖHN, Steuerbelastung und internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz, StR 50 (1995), S. 370 ff.

- 1.5 Aufhebung oder Milderung der kantonalen Vermögenssteuer der natürlichen Personen auf Beteiligungen
2. Aufhebung der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten und Obligationen
3. Steuerbefreiung der Eigenkapitalrückzahlung (Agioreserve)
4. Anerkennung von F+E-Rücklagen für Eigenentwicklungen und Forschungsaufträge an Dritte, mit Auflösungsfristen
5. Höchstens 2 Steuersätze und einfacherer Vollzug der Mehrwertsteuer
6. Begrenzung der Gesamtbelastung der natürlichen Personen (Benchmark)
7. Verbesserung der gezielten internationalen Information über steuerliche Vorteile der Schweiz

B. Massnahmen in der 2. Prioritätsklasse («Nützliche Massnahmen»)

8. Laufende proaktive Revisionen der Umsatzabgabe auf Wertschriftentransaktionen
9. Senkung der Grenze für den Beteiligungsabzug bei juristischen Personen
10. Einheitliche Spesenregelung für direkte Steuern und Mehrwertsteuer
11. Jährliche Mehrwertsteuer-Abrechnung mit Akontozahlungen
12. Weitere Ermässigung für Expatriates mit hohem Einkommen
13. Einheitliche und zeitnahe Globalbeurteilung grenzüberschreitender Verrechnungspreise
14. Sachgerechte Besteuerung von Mitarbeiter-Optionen

C. Massnahmen in der 3. Prioritätsklasse («Geringer direkter Nutzen»)

15. Ausweitung des Meldeverfahrens (an Stelle der Verrechnungssteuer) auf personenbezogene Gesellschaften
16. Einräumung einer Option für die Gruppenbesteuerung bei den direkten Steuern mit Verlustverrechnung im Konzern
17. Fixierung einer Zielfiskalquote in der Bundesverfassung

D. Massnahmen, von denen abgesehen werden sollte («Ohne direkten Nutzen»)

18. Materielle Steuerharmonisierung
19. Steuersatzsenkungen zu Gunsten einer Ausweitung der Bemessungsgrundlagen
20. Entschärfung/Verschärfung der Vorschriften über das verdeckte Eigenkapital
21. Abschwächung der steuerlichen Privilegierung der Vorsorge
22. Flächendeckende Quellensteuer für Arbeitnehmer
23. Abschaffung der direkten Bundessteuer
24. Formelle Harmonisierung der Erbschaftssteuer

E. Massnahmen mit Kompensationscharakter («Zu starke aktuelle Förderung»)

25. Aufhebung der vollständigen Befreiung von der direkten Bundessteuer im Bundesbeschluss zugunsten wirtschaftlicher Erneuerungsgebiete (Lex Bonny)
26. Abschaffung der Arbeitsbeschaffungsreserven
27. Verschiebung hin zur Mehrwertsteuer

Literatur und Materialien

ANGELINI T./FELD L.P./HAUSER H./KIRCHGÄSSNER G./VALLENDER K./WALDBURGER R., Ein neues Steuerrecht für die Schweiz: Ökonomische Grundlagen und Grundzüge der rechtlichen Ausgestaltung, St. Gallen 2000

ARBEITSGRUPPE «STANDORTSTUDIE», Steuern als Standortfaktor: Reformbedarf für die Schweiz, Schlussbericht, Bern, 1.6.2001; www.estv.admin.ch

ARBEITSGRUPPE ZUR BESTEUERUNG VON MITARBEITER-OPTIONEN, Bericht, Bern, 21. Dezember 2001

EXPERTENKOMMISSION RECHTSFORMNEUTRALE UNTERNEHMENSBESTEUERUNG (ERU), Bericht, Bern 2001

EXPERTENKOMMISSION ZUR PRÜFUNG DES SYSTEMS DER DIREKTEN STEUERN AUF LÜCKEN, Bericht, Bern 1998

GRUPPE «VERHALTENSKODEX» ZUR UNTERNEHMENSBESTEUERUNG, Bericht vom 29.11.1999 an den ECOFIN (Primarolo-Bericht)

HÖHN ERNST, Steuerbelastung und internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz, StR 50 (1995), S. 370 ff.

KIRCHGÄSSNER GEBHARD, Eine moderne Steuer- und Abgabenordnung für die Schweiz, Chur/Zürich 1999

OECD, Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue, Paris, April 1998

- Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, Paris, März 2000

SCHWEIZERISCHER GEWERBEVERBAND, ARBEITSGRUPPE STEUERPOLITIK, Vorschläge zu einer KMU-freundlichen Ausgestaltung des Steuersystems, Bericht, Bern, Februar 2002

SCHWEIZERISCHER HANDELS- UND INDUSTRIEVEREIN (VORORT), Steuerkonzept für die Schweiz, Vorschläge der Wirtschaft zur Neugestaltung der Finanzordnung, Zürich, April 2000

Gesetzgebungs-Agenda 2002/4

Lic. iur. Rainer Zigerlig*/Lic.iur. Agostino Cozzio**/Eric Hess, Fürsprecher***

Inhalt

- 1 Bund
- 1.1 Ehepaar- und Familienbesteuerung
- 1.2 Wohneigentumsbesteuerung
- 1.3 Umsatzabgabe
- 1.4 Neue Finanzordnung (ab 2007)
- 2 Kantone
- 2.1 Basel-Landschaft
- 2.2 Basel-Stadt
- 2.3 Genf
- 2.4 Jura
- 2.5 Luzern
- 2.6 Neuenburg
- 2.7 Tessin
- 2.8 Zürich
- 3 Doppelbesteuerungsabkommen
- 3.1 Nachtrag zum 2. Quartal 2002
- 3.2 Entwicklungen Juli – September 2002

1 Bund

1.1 Ehepaar- und Familienbesteuerung

In der Herbstsession 2002 hat der Ständerat als Zweirat die vom Bundesrat im Rahmen des Steuerpaketes 2001 unterbreitete Vorlage zur Ehegatten- und Familienbesteuerung behandelt. Zuvor hatte seine Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-S) zu den von ihr entwickelten Modellen bei den Kantonen eine Vernehmlassung durchgeführt. In ihren Anträgen lehnte sie das von Bundesrat und Nationalrat beschlossene Teilsplitting ab und schlug mit der Einführung der individuellen Besteuerung auf 2008 für Bund und Kantone einen eigentlichen Systemwechsel vor. Für die vorangehenden Jahre sollte für die direkte Bundessteuer im Sinne einer Übergangslösung Ehepaaren und Alleinerziehenden mit Kindern ein Rabatt von 15 % auf dem Steuerbetrag, plafoniert auf Fr. 3000, gewährt werden. Der Ständerat entschied indessen, am vom Bundesrat vorgeschlagenen Teilsplitting mit dem Divisor 1,9, dem bereits der Nationalrat in der Herbstsession 2001 zugestimmt hatte, festzuhalten. Er lehnte allerdings das vom Nationalrat beschlossene Wahlrecht für Konkubinatspaare mit Kindern ab, sich als Familie besteuern zu lassen. Beim Kinderabzug entschied sich der Ständerat für eine Höhe von Fr. 9300 und beim Kinderbetreuungsabzug für eine solche von Fr. 4400. Die Gewährung eines zusätzlichen Abzugs von Fr. 3000 pro Kind in Ausbildung lehnte er ab. Unbestritten blieben dagegen der Haushaltsabzug von Fr. 11 000 für Alleinstehende und der allgemeine Abzug von Fr. 1400.

Die Vorlage geht damit wieder an den Nationalrat.

1.2 Wohneigentumsbesteuerung

Bei der Beratung der Vorlage über den Systemwechsel bei der Besteuerung des (selbstgenutzten) Wohneigentums – weiterer Bestandteil des Steuerpaketes 2001 – lehnte der Ständerat in der vergangenen Herbstsession, entgegen dem Antrag des Bundesrates und dem Beschluss des Nationalrates in der Herbstsession 2001, einen Systemwechsel ab. Nach seiner Auffassung soll am geltenden System – Besteuerung der Eigenmietwerte, Abzugsmöglichkeit für Unterhaltskosten und

* Leiter des Kantonalen Steueramts St. Gallen, St. Gallen

** Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St. Gallen, St. Gallen

*** Stellvertreter des Chefs der Abteilung für internationales Steuerrecht und Doppelbesteuerungssachen, Eidg. Steuerverwaltung, Bern

Schuldzinsen – festgehalten werden. Allerdings soll nach seinen Beschlüssen der heute von Kanton zu Kanton unterschiedliche Eigenmietwert von durchschnittlich 70 % auf einheitlich 60 % des Marktmietwertes gesenkt werden. In Härtefällen soll dieser sogar um die Hälfte herabgesetzt werden können. Auch hat sich der Ständerat für eine Beschränkung des Bausparens im Rahmen der gebundenen Selbstvorsorge (Säule 3a) ausgesprochen und damit das Baselbieter Modell des Bausparens abgelehnt, dem der Nationalrat als Erstrat noch zugestimmt hatte.

Auch diese Vorlage geht nunmehr zurück an den Nationalrat.

1.3 Umsatzabgabe

Dritter Bestandteil der bundesrätlichen Vorlage zum Steuerpaket 2001 sind Entlastungen bei der Umsatzabgabe. Im Hinblick auf die Kooperation der Schweizer Börse mit der Londoner Börse wurden diese zunächst aus zeitlichen Gründen in ein dringliches Bundesgesetz aufgenommen, das von den Eidgenössischen Räten in der Wintersession 2000 verabschiedet wurde. Dieses Bundesgesetz ist seit 1. Januar 2001 in Kraft und zeitlich bis Ende 2002 befristet. Im Rahmen des Steuerpaketes 2001 soll nunmehr das dringliche Bundesrecht in ordentliches Recht überführt werden.

Mit dem dringlichen Bundesgesetz wurden namentlich die ausländischen institutionellen Anleger und die schweizerischen Anlagefonds von der Umsatzabgabe befreit, ebenso der Handel mit Schweizer Titeln (vor allem blue chips) an ausländischen Börsen. Pensionskassen und andere inländische institutionelle Anleger gelten dagegen ab 1. Juli 2001 neu als Effekthändler und bleiben damit abgabepflichtig. Im Rahmen der Beratungen des ordentlichen Rechts beschloss der Nationalrat in der Herbstsession 2001 zusätzliche Erleichterungen. Namentlich sollen nach seinen Beschlüssen neu auch inländische Pensionskassen, inländische Lebensversicherungen und Firmenkunden mit Sitz im Ausland von der Umsatzabgabe befreit werden. Auch soll die Freigrenze bei der Emissionsabgabe von Fr. 250 000 auf Fr. 1 Mio. erhöht werden.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde zunehmend absehbar, dass es aus zeitlichen Gründen nicht möglich ist, die dringlichen Massnahmen im vorgesehenen Zeitrahmen ins ordentliche Recht zu überführen. Die Eidgenössischen Räte genehmigten deshalb in der Sommersession 2002 eine Vorlage, welche eine Verlängerung der dringlichen Massnahmen bis Ende 2005 vorsieht. In der Herbstsession 2002 hat der Ständerat in verschiedenen Punkten wieder zurückbuchstabiert. Namentlich hat er beschlossen, inländische

Pensionskassen und inländische Lebensversicherungen entgegen dem Willen des Nationalrates nicht von der Umsatzabgabe zu befreien. Einzig bei den Firmenkunden mit Sitz im Ausland war er bereit, eine – allerdings deutlich reduzierte – Befreiung in Kauf zu nehmen. Demgegenüber hat er am Beschluss des Nationalrates festgehalten, die Freigrenze bei der Emissionsabgabe auf Fr. 1 Mio. zu erhöhen.

Auch dieses Geschäft geht damit wieder an den Nationalrat.

1.4 Neue Finanzordnung (ab 2007)

Der Bundesrat hat am 3. Juli 2002 die Vernehmlassungsergebnisse zum Entwurf einer neuen Finanzordnung (NFO) zur Kenntnis genommen und, gestützt darauf, seine Beschlüsse gefasst. Die NFO soll die Haupteinkommensquellen des Bundes sichern, die Bundesverfassung nachführen und das Steuersystem vereinfachen. Die Bundesfinanzen sollen eine neue Verfassungsgrundlage erhalten. Die Kompetenz des Bundes zur Erhebung der direkten Bundessteuer (dBSt) und der Mehrwertsteuer (MWST) ist nach geltendem Verfassungsrecht bis Ende 2006 befristet. In der Vorlage wird nun eine unbefristete Kompetenz des Bundes zur Erhebung dieser Steuern angestrebt. Die Höchstsätze für die dBSt und die MWST sollen dagegen weiterhin in der Verfassung verankert bleiben, wobei für den Höchstsatz der Gewinnsteuer für juristische Personen der derzeit geltende Satz von 8,5 % übernommen werden soll. Bei der MWST sollen nur noch ein Normalsatz und ein reduzierter Satz angewendet werden. Der Sondersatz für Beherbergungsleistungen soll deshalb abgeschafft werden, jedoch als Übergangslösung statt bis Ende 2003 bis Ende 2006 gelten. Damit sollen die notwendigen Strukturanpassungen im Tourismusbereich in der Übergangszeit unterstützt werden. Die entsprechende Botschaft soll dem Parlament im Spätherbst unterbreitet werden. Da es sich hierbei um Verfassungsänderungen handelt, haben über die neue Finanzordnung Volk und Stände zu befinden.

Die entsprechende Abstimmung ist auf das Jahr 2004 terminiert.

2 Kantone

2.1 Basel-Landschaft

Der Landrat hat am 6. Juni 2002 verschiedene punktuelle Steuergesetzänderungen beschlossen, welche am 1. Januar 2003 in Kraft treten sollen. Dazu gehört einerseits die Erhöhung des Mietkostenabzugs auf neu Fr. 1250. Im gleichen Zug sollen andererseits die kan-

tonalen Eigenmietwerte um 12 % angehoben werden. Diese beiden Massnahmen sind nötig geworden, um den aktuellen Verhältnissen im Sinne des Gebots der rechtsgleichen Behandlung von Mietern und Wohneigentümern Rechnung zu tragen. Ein weiterer Revisionspunkt betrifft den neu einzuführenden Selbstbehalt von 5 % bei der Abzugsfähigkeit von Krankheits-, Unfall- und Invaliditätskosten vom Einkommen, wie ihn die direkte Bundessteuer sowie andere kantonale Rechtsordnungen bereits kennen. Für freiwillige Geldspenden an gemeinnützige Institutionen soll die Abzugsfähigkeit dieser Zuwendungen inskünftig auf 10 % des Reineinkommens beschränkt werden, wie dies bei der direkten Bundessteuer bereits der Fall ist.

Nach dem politischen Willen des Landrats soll der Kinderabzug inskünftig wieder vom geschuldeten Steuerbetrag statt vom steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden, um der sozialpolitischen Komponente dieses Abzugs mehr Gewicht zu verleihen. Im Zuge dieser Neuanpassung soll eine Erhöhung des Kinderabzugs auf neu Fr. 600 pro Kind erfolgen.

Gegen diesen Landratsbeschluss ist das Referendum ergriffen worden. Die Volksabstimmung findet am 24. November 2002 statt.

2.2 Basel-Stadt

Hängig ist nach wie vor die Volksinitiative für familienfreundliche Erbschaftssteuern: Sie verlangt die Befreiung der Nachkommen von der Erbschafts- und Schenkungssteuer. Der Regierungsrat hat zu diesem Volksbegehren mit Bericht Nr. 9176 vom 2. Juli 2002 Stellung bezogen und dem Grossen Rat beantragt, die Initiative dem Volk ohne Gegenvorschlag und mit der Empfehlung auf Annahme vorzulegen. Die Behandlung im Grossen Rat steht noch aus; auch ist der Abstimmungstermin noch nicht festgelegt.

Zusätzlich befinden sich verschiedene parlamentarische Vorstösse (Anzüge, Motionen) beim Regierungsrat oder bei der Grossratskommission WAK in Bearbeitung:

- Einführung des Vollsplittings bei der Ehegattenbesteuerung;
- Ausdehnung des Anwendungsbereichs für den Alleinerzieherabzug;
- steuerliche Entlastungen für Elternpaare mit Kindern;
- Kinderabzug direkt vom Steuerbetrag (Familienbonus);
- Straffung der Einkommens- bzw. der Vermögenssteuertarife;
- tarifliche Besserstellung der hetero- und homosexuellen Konkubinatspaare bei der Erbschafts- und Schenkungssteuer.

2.3 Genf

Der Grosse Rat des Kantons Genf hat am 29. August 2002 das Gesetz 8756 verabschiedet, mit dem das Gesetz über die Besteuerung der natürlichen Personen vom 22. September 2000 in den Bereichen Ermittlung des Reineinkommens, Steuerberechnung und kalte Progression angepasst wird. Es sieht im Einzelnen eine Erhöhung der massgebenden Beträge für den Steuerrabatt zur Berücksichtigung der Familienlasten ab dem Steuerjahr 2001 sowie eine Anhebung der Einkommensgrenzen zur Bestimmung der Personen, für deren Unterhalt der Steuerpflichtige aufkommt, ab dem Steuerjahr 2002 vor. Vorgesehen sind auch eine Glättung des Kurvenverlaufs des Verheiratetentarifs, ebenfalls ab dem Steuerjahr 2002, sowie ein Verzicht auf den Bezug von Zinsen für das Steuerjahr 2001.

In der Volksabstimmung vom 27. Oktober 2002 ist dieses Gesetz gutgeheissen worden.

2.4 Jura

In Ausführung der Initiative «Für angemessene Vermögenssteuer- und Mietwerte sowie eine vernünftige und Anreize schaffende Besteuerung des Grundeigentums» hatte der Kantonsrat mit Beschluss vom 21. Dezember 2001 den Grundsatz der Ermittlung von vorsichtigen und mässigen Vermögenssteuer- und Mietwerten in das Steuergesetz eingefügt und gleichzeitig eine allgemeine Senkung der Vermögenssteuerwerte der Liegenschaften um 7,5 % und der Mietwerte um 5 % beschlossen. Dagegen hatten die Initianten Rekurs beim Verfassungsgerichtshof des Kantonsgerichts eingereicht. Über einzelne Rekursbegehren entschied der Verfassungsgerichtshof mit Urteil vom 24. April 2002 (vgl. FStR 2002, 244). Mit Urteil vom 9. September 2002 hat er nunmehr auch entschieden, dass die allgemeine Senkung der Vermögensteuerwerte der Liegenschaften und der Mietwerte rechtens sei und weder gegen Kantons- noch gegen Bundesrecht verstosse. Die entsprechenden Senkungen werden ab der Steuerperiode 2003 berücksichtigt.

2.5 Luzern

Am 24. November 2002 wird im Kanton Luzern über die Volksinitiative «Weniger Steuern für Sie!» abgestimmt. Die Initiative verlangt, dass die Einkommens- und Vermögenssteuern der natürlichen Personen im Kanton Luzern bis spätestens Ende 2011 so festgelegt werden, dass die Steuerbelastung die durchschnittliche Belastung der Zentralschweizer Kantone Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden und Zug, wie sie im Jahr 2002 besteht, nicht übersteigt. Die Gemeindesteuern sind von der Initiative nicht betroffen. Allein durch die Senkung

der Staatssteuern soll die derzeitige durchschnittliche Steuerbelastung der übrigen Zentralschweizer Kantone bis zum Jahr 2011 erreicht werden.

Im Weiteren wird verlangt, Gebühren, Abgaben, indirekte Steuern und Bussgelder auf der Indexbasis Januar 2000 zu plafonieren. Eine allfällige Erhöhung dieser Abgaben und der direkten Steuern für juristische Personen soll dem obligatorischen Referendum (Volksabstimmung) unterliegen. Bei Annahme der Initiative müssten daher Gebührenerhöhungen seit Januar 2000 rückwirkend dem Volke unterbreitet werden.

Der Regierungsrat und die grosse Mehrheit des Grossen Rates lehnen die Initiative ab. Bei Annahme der Initiative müsste der Kanton seine Ausgaben bis 2007 pro Jahr um rund Fr. 250 Mio. und bis 2011 pro Jahr um rund Fr. 500 Mio. kürzen.

2.6 Neuenburg

Eine von der Handels- und Industriekammer des Kantons Neuenburg lancierte Volksinitiative verlangt die Reduktion der Einkommenssteuer der natürlichen Personen um 12 % (in drei Jahresschritten von je 4 %) und eine Reduktion der Gewinnsteuer der juristischen Personen um 25 %. Der Vorstoss liegt derzeit bei der Regierung.

2.7 Tessin

Das Kantonsparlament hat am 4. Juni 2002 die Gesetzesrevision für den Übergang zur Gegenwartsbemessung der natürlichen Personen (ab 2003) gutgeheissen. Diese Revision enthält sowohl eine Korrektur der Steuertarife (Neutralisierung des Überganges zur Gegenwartsbemessung) als auch Reduktionen der Steuerbelastung 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. 10 400);
- Erhöhung des Maximalabzuges für im Studium befindliche Kinder (von Fr. 5600 auf Fr. 12 600);
- Erhöhung des Abzuges bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten (von Fr. 4400 auf Fr. 7200);
- Ermässigung des Steuertarifs für alleinstehende Steuerpflichtige;
- Erhöhung der steuerfreien Quote bei der Vermögenssteuer von Fr. 100 000 auf Fr. 200 000;

- Herabsetzung des Kapitalsteuersatzes der juristischen Personen von 2 ‰ auf 1,5 ‰.

2.8 Zürich

Im Zusammenhang mit den hängigen Vorstössen zum Grundsteuerrecht lehnt der Regierungsrat bei der Besteuerung der Grundstückgewinne 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).

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 Teilrevision des Steuergesetzes, die gegenwärtig vom Kantonsrat beraten wird, sollen die Forderungen verschiedener penderter 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 Abzugs 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 % (einfache Staatssteuer). 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.

Am 24. Juni 2002 hat der Kantonsrat die erste Lesung über eine Teilrevision des Steuergesetzes betreffend natürliche Personen abgeschlossen. Der Antrag auf Ungültigerklärung der Volksinitiative «Weniger Steuern für niedrige Einkommen (Volksinitiative für mehr Steuergerechtigkeit im Kanton Zürich)» hat jedoch keine Mehrheit gefunden. Die zuständige Kommission des Kantonsrates wird dem Plenum beantragen, zuerst über die Volksinitiative zu befinden und erst nach der Volksabstimmung über die Initiative auf die zweite Lesung der erwähnten Revisionsvorlage zurückzukommen.

Am 22. September 2002 haben die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger die Senioreninitiative – in Form einer allgemeinen Anregung – knapp angenommen. Der Regierungsrat wird nunmehr eine Gesetzesvorlage für eine Wiedereinführung eines Altersabzuges vorzulegen haben.

Der Regierungsrat hat im Weiteren eine Reduktion der Erbschafts- und Schenkungssteuern für entfernte Verwandte und Nichtverwandte aus Budgetgründen abgelehnt. Nachkommen sind bereits seit 1. Januar 2000 von der Erbschafts- und Schenkungssteuer befreit.

Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Festsetzung des Eigenmietwertes und des Vermögenssteuerwertes für Liegenschaften hat das Bundesgericht im Juli 2002 abgewiesen. Die geänderten Bestimmungen wurden nunmehr auf den 1. Januar 2003 in Kraft gesetzt. Danach hat der Eigenmietwert im Ergebnis zwischen 60 % und 70 % des Marktwertes zu betragen.

3 Doppelbesteuerungsabkommen

3.1 Nachtrag zum 2. Quartal 2002

Das am 20. September 1999 unterzeichnete Doppelbesteuerungsabkommen mit der *Mongolei* ist am 25. Juni 2002 mit dem Eingang der diplomatischen Note der Mongolei, in welcher bestätigt wird, dass das nach internem mongolischem Recht erforderliche Verfahren für die Genehmigung dieses Abkommens abgeschlossen ist, in Kraft getreten. Die Bestimmungen dieses Abkommens finden rückwirkend auf den 1. Januar 2002 Anwendung. – Für Dividenden begrenzt das Abkommen das Besteuerungsrecht des Quellenstaates grundsätzlich auf 15 %. Ist aber der Empfänger eine Gesellschaft, die an der ausschüttenden Gesellschaft eine Beteiligung von mindestens 25 % hält, beträgt die Quellensteuer lediglich 5 %. Zinsen können im Quellenstaat mit 10 % besteuert werden. Werden Zinsen indessen im Zusammenhang mit Verkäufen von gewerblichen, kaufmännischen oder wissenschaftlichen Ausrüstungen oder von Waren auf Kredit oder für ein von einer Bank gewährtes Darlehen gezahlt, sind sie von der Quellensteuer befreit und können nur im Ansässigkeitsstaat des Empfängers besteuert werden. Für Lizenzgebühren sieht das Abkommen eine Sockelsteuer von 5 % vor, doch wird im Protokoll festgehalten, dass diese Bestimmung nicht anwendbar ist und Lizenzgebühren nur im Ansässigkeitsstaat des Empfängers besteuert werden können, solange die Schweiz nach internem Recht auf ausfliessenden Lizenzgebühren keine Quellensteuer erhebt. Leasingzahlungen gelten nicht als Lizenzgebühren. Diese Lösungen, insbesondere der faktische Nullsatz auf Lizenzgebühren und die Quellensteuerbefreiung für wichtige Zinskategorien, können als für die Schweiz günstig bezeichnet werden. – Wie in verschiedenen anderen Abkommen mit Entwicklungsländern begründen Bauausführungen und Montagen sowie damit

zusammenhängende Aufsichtstätigkeiten eine Betriebsstätte, wenn deren Dauer sechs Monate übersteigt. – Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit können nicht nur beim Vorliegen einer festen Einrichtung in dem Staat besteuert werden, in dem sie ausgeübt werden, sondern auch dann, wenn die Aufenthaltsdauer in diesem Staat 183 Tage pro Kalenderjahr übersteigt.

3.2 Entwicklungen Juli – September 2002

Im August fanden Verhandlungen über den Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens mit *Nordkorea* statt. Zwar bestehen gegenwärtig kaum wirtschaftliche Beziehungen zu diesem Staat. Dennoch ist Nordkorea an einem baldigen Abschluss eines Abkommens interessiert. Es kann erwartet werden, dass diese Verhandlungen in einer zweiten Runde, die im Laufe des nächsten Jahres stattfinden soll, mit der Paraphierung eines Abkommensentwurfs abgeschlossen werden können.

Seit längerem bekundet die schweizerische Wirtschaft ein erhebliches Interesse am Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens mit *Brasilien*. Nach brasilianischem Recht unterliegen indessen Einkünfte aller Art aus brasilianischen Quellen, die an im Ausland ansässige Personen gezahlt werden, hohen Quellensteuern. Brasilien hat sich bisher einer wesentlichen Einschränkung seiner Besteuerungsbefugnisse in Doppelbesteuerungsabkommen stets widersetzt. Dennoch haben zahlreiche Industriestaaten aufgrund des Potenzials des brasilianischen Marktes Doppelbesteuerungsabkommen mit Brasilien abgeschlossen, in denen sie den brasilianischen Besteuerungsanspruch in sehr weitgehendem Umfang anerkannt und Besteuerungsregeln zugestimmt haben, die mit der schweizerischen Abkommenspolitik als nicht vereinbar erscheinen. Die in den 80er-Jahren und zu Beginn der 90er-Jahre geführten Verhandlungen führten deshalb zu keiner Annäherung der Positionen. – In einer anlässlich eines Brasilienbesuchs von Bundesrat Delamuraz im Jahre 1994 unterzeichneten Absichtserklärung wurde vereinbart, diese Verhandlungen so bald als möglich weiterzuführen. Aus verschiedenen Gründen konnten die Kontakte jedoch erst im Juli vergangenen Jahres im Rahmen von technischen Gesprächen wieder aufgenommen werden. Diese Gespräche und die im September dieses Jahres geführten Verhandlungen bestätigten, dass der Abschluss eines Abkommens nur möglich sein wird, wenn die Schweiz bereit ist, zu Konzessionen Hand zu bieten, die weiter gehen als diejenigen, die sie in anderen Abkommen mit Entwicklungsländern zugestanden hat. – Die ESTV beabsichtigt, in nächster Zeit in einem Vernehmlassungsverfahren die Kantone und die interessierten Wirtschaftsverbände über den Stand dieser Ver-

handlungen zu informieren. Dabei soll abgeklärt werden, ob sich unter diesen Bedingungen, die für andere lateinamerikanische Staaten durchaus präjudiziellen Charakter haben könnten, der Abschluss eines Abkommens rechtfertigt.

Impressum (Fortsetzung)

IFF Beirat Steuerrecht

Dr. Kurt Arnold
Prof. Dr. Peter Athanas
Dr. Ruedi Baumann
Dr. Ivo P. Baumgartner
Dr. Ulrich Cavelti
Yvon de Coulon, tit. brevet avocat
Dr. Marco Duss
Lic. iur. Urs Hartmann
Dr. Walter Jakob
Dr. Heinz Keller
Dr. Urs Landolf
Alfred Meier, Fürsprecher
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 +41 (0)71 224 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:
