
IFF Institut für Finanzwissenschaft
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

Aus dem Inhalt

Dr. iur. Markus Weidmann

Lic. iur. Harun Can/
Lic. iur. Regula Portmann

Marc. A. Tschirner, RA/
Dr. iur. Raoul Stocker

Lic. iur. Rainer Zigerlig/
Lic. iur. Heinz Baumgartner/
Eric Hess, Fürspr.

Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz

**MWST bei Leistungen im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven
Kapitalanlagen
Unter Berücksichtigung des revidierten MWSTG**

**Verrechnungspreise im grenzüberschreitenden Anlagegeschäft
Vorgehensweise nach den OECD-Verrechnungspreisgrundsätzen unter
Berücksichtigung des Schweizer Steuerrechts**

Gesetzgebungs-Agenda 2010/1

2010/1

Impressum

IFF Forum für Steuerrecht

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

Herausgeber und Verlag

Institut für Finanzwissenschaft 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

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 Prof. Dr. iur. Pascal Hinny

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 416; Studenten: 50 % Rabatt für Neu-Abonnemente; Mehrfach-Abonnemente: Auskunft beim Verlag. In diesen Preisen sind der Jahresordner sowie die Mehrwertsteuer enthalten.

Die Rechnungsstellung erfolgt jeweils am Jahresanfang. Einzelhefte: CHF 104. Es werden die effektiven Versandkosten verrechnet.

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.

Herstellung

Cavelti AG, Druck und Media, CH-9201 Gossau

Internet-Auftritt

www.iff.unisg.ch – Publikationen – IFF Forum für Steuerrecht

Abkürzungsvorschlag

FStR

ISSN 1424-9855

Fortsetzung letzte Innenseite

IFF Institut für Finanzwissenschaft
und Finanzrecht



Universität St.Gallen

IFF Forum für Steuerrecht

2010/1

Inhalt

| | | |
|--|---|-----------|
| | Artikel | |
| Dr. iur. Markus Weidmann | Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz | 3 |
| | Praxis-Forum | |
| Lic. iur. Harun Can/ Lic. iur. Regula Portmann | MWST bei Leistungen im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen Unter Berücksichtigung des revidierten MWSTG | 29 |
| Marc. A. Tschirner, RA/ Dr. iur. Raoul Stocker | Verrechnungspreise im grenzüberschreitenden Anlagegeschäft Vorgehensweise nach den OECD-Verrechnungspreisgrundsätzen unter Berücksichtigung des Schweizer Steuerrechts | 42 |
| | Gesetzgebungs-Agenda | |
| Lic. iur. Rainer Zigerlig/ Lic. iur. Heinz Baumgartner/ Eric Hess, Fürspr. | Gesetzgebungs-Agenda 2010/1 | 62 |

Immigration von Kapitalgesellschaften in die Schweiz

Folgen des Zuzugs bei der Gewinnsteuer, Verrechnungssteuer und den Stempelabgaben

Dr. iur. Markus Weidmann



*Dr. iur. Markus Weidmann,
Rechtsanwalt, dipl. Steuer-
experte, Homburger, Zürich*

Inhalt

| | | | | | |
|-------|--|----|---|---|----|
| 1 | Vorbemerkungen | 4 | 6 | Zusammenfassung und Folgerungen | 24 |
| 2 | Gewinnsteuer | 4 | | Literatur | 25 |
| 2.1 | Abgrenzung auf Grund von Doppel- besteuerungsabkommen gemäss OECD-MA | 4 | | Dokumente. | 27 |
| 2.2 | Besondere Bestimmungen in den Doppelbesteue- rungsabkommen mit Deutschland und den Vereinigten Staaten | 6 | | Schweizer Rechtsquellen | 27 |
| 2.3 | Abgrenzung auf Grund der Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu den Staaten der Europäischen Union | 7 | | Rechtsquellen der Europäischen Union | 27 |
| 2.3.1 | Einfluss des FZA | 7 | | Materialien. | 28 |
| 2.3.2 | Rechtsprechung i. S. de Lasteyrie du Saillant und N betreffend natürliche Personen | 8 | | Praxisfestlegungen der Steuerbehörden | 28 |
| 2.3.3 | Rechtsprechung i. S. Daily Mail und Cartesio betreffend juristische Personen | 9 | | | |
| 2.4 | Umfang der Steuerpflicht | 11 | | | |
| 2.5 | Steuerliche Gewinnermittlung | 12 | | | |
| 2.5.1 | Handelsrechtliche Erfolgsrechnung als Grundlage | 12 | | | |
| 2.5.2 | Sitzverlegung in die Schweiz als Kapitaleinlage. | 13 | | | |
| 2.5.3 | Berücksichtigung der steuerlichen Charakterisierung | 14 | | | |
| 3 | Verrechnungssteuer | 18 | | | |
| 4 | Emissionsabgabe | 21 | | | |
| 4.1 | Immigration kein steuerbarer Tatbestand. | 21 | | | |
| 4.2 | Umgebungsvorbehalt | 22 | | | |
| 5 | Umsatzabgabe | 24 | | | |

1 Vorbemerkungen

Das schweizerische Gesellschaftsrecht ermöglicht es einer ausländischen Gesellschaft, sich ohne Liquidation und Neugründung dem schweizerischen Recht zu unterstellen, wenn das ausländische Recht dies gestattet, die Gesellschaft die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt und die Anpassung an eine schweizerische Rechtsform möglich ist (Art. 161 Abs. 1 IPRG). Der Zuzug einer Gesellschaft in die Schweiz, hier auch Immigration genannt, mittels Sitzverlegung, aber auch der umgekehrte Vorgang des Wegzugs einer Gesellschaft ins Ausland, die Emigration (Art. 163 Abs. 1 IPRG), sind trotz ausdrücklichen, liberal gehaltenen gesellschaftsrechtlichen Grundlagen nach wie vor keine häufigen Vorgänge. Die Gründe hierfür liegen teilweise im oftmals restriktiven ausländischen Gesellschaftsrecht, welches die Emigration gar nicht oder nur unter schwierig zu erfüllenden Bedingungen gestattet. Eine wichtige Rolle spielen ggf. auch die steuerlichen Hemmnisse durch die Erhebung einer Wegzugssteuer im Emigrationsstaat. Allerdings stellt sich die steuerliche Behandlung der Immigration im Zuzugsstaat, namentlich auch in der Schweiz, nicht durchwegs attraktiv dar.

In der jüngeren Vergangenheit sind dennoch unter anderem einige Zuzüge von in den Vereinigten Staaten börsenkotierten Gesellschaften mit Sitz in Ländern wie Bermuda oder den Kaimaninseln zu verzeichnen gewesen.¹ Dabei dürften neben anderen Überlegungen auch antizipierte Änderungen des Steuerrechts der Vereinigten Staaten eine Rolle gespielt haben. Weitere Zuzüge sind nicht im engeren Sinne durch Sitzverlegung erfolgt, sondern mit Hilfe eines gesellschaftsrechtlich unterschiedlich ausgestalteten Aktientausches.² Der Aktien-

tausch führt zu einer anderen Endstruktur als die Sitzverlegung, bietet aber namentlich bei der Verrechnungssteuer erhebliche Vorteile und mag auch gesellschafts- und zivilrechtliche Unsicherheiten der Sitzverlegung zu vermeiden helfen.

Aus schweizerischer steuerrechtlicher Sicht sind die Kernfragen für die Gewinn- und die Verrechnungssteuer, ob beim Zuzug in die Schweiz eine Buchwerterhöhung (ein sog. step-up) Anwendung findet, so dass steuerlich die bisherigen stillen Reserven offen gelegt und die höheren Verkehrswerte den massgeblichen Ansatz für die Eingangsbilanz der Gesellschaft bilden. Bei der Emissionsabgabe muss jeweils beurteilt werden, ob die Immigration ohne Steuerfolgen bleibt oder ob die kurz vor dem Zuzug wegen der Verrechnungssteuer erfolgte Kapitalerhöhung der zuziehenden Gesellschaft eine Umgehung der Emissionsabgabe darstellt. Demgegenüber bringt der Immigrationsvorgang bei der Umsatzabgabe regelmässig keine Schwierigkeiten mit sich. Die nachfolgende Betrachtung steuerlicher Aspekte beschränkt sich, in sozusagen klassischer Manier, auf die Gewinnsteuern, die Verrechnungssteuer sowie die Stempelabgaben auf der Ebene der Gesellschaft, soweit der Immigrationsvorgang als solcher betroffen ist. Es ist offenkundig, dass der Zuzug einer Gesellschaft namentlich bei der Mehrwertsteuer und den Sozialversicherungen komplexe Fragen aufwirft; diese Bereiche bleiben hier aber, ebenso wie die Auswirkungen auf die Finanzierung der Gesellschaft und steuerliche Situation der Aktionäre, ausser Betracht.

2 Gewinnsteuer

2.1 Abgrenzung auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen gemäss OECD-MA

Um die Besteuerungsbefugnisse von Wegzugs- und Zuzugsstaat mit Bezug auf die stillen Reserven der migrierenden Gesellschaft gegeneinander abzugrenzen, bietet sich Art. 13 OECD-MA (bzw. die konkrete entsprechende Norm des anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens) an, der die Gewinne aus der Veräusserung von Vermögen grundsätzlich dem Ansässigkeitsstaat zuordnet.

1 Beispielsweise hat gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich «die ACE Limited, eine nach Cayman Islands-Recht inkorporierte Exempted Company with Limited Liability und beim Registrar of Companies der Cayman Islands registrierte Gesellschaft mit Sitz in George Town (Cayman Islands, UK) mit Beschluss vom 14.7.2008 unter Änderung ihrer Firma in ACE Limited (ACE AG/ACE SA) ihren Sitz ohne Liquidation gemäss den Bestimmungen des IPRG in die Schweiz verlegt»; vgl. auch die ausführliche Beschreibung des Vorgangs im endgültigen Prospekt vom 30.5.2008, abrufbar unter www.sec.gov/Archives/edgar/data/896159/000119312508125338/d424b3.htm (besucht: 6.1.2010), insb. 30, 38 ff. sowie 42 f. betreffend Schweizer Steuern. Vgl. sodann betreffend Tyco International Ltd. in Schaffhausen das Amendment No. 1 to Form S-4 vom 16.1.2009, abrufbar unter www.sec.gov/Archives/edgar/data/833444/000104746909000219/a2189980zs-4a.htm (besucht: 6.1.2010), 45, 83 ff.

2 Die gesellschaftsrechtlichen Schritte unterstehen für die emigrierende Gesellschaft deren anwendbarem Recht. Oft wird ein im Schweizer Recht nicht bekannter Umstrukturierungsplan (sog. Scheme of Arrangement) eingesetzt, welcher gerichtlich sanktioniert werden muss; vgl. betreffend Foster Wheeler AG in Zug das Proxy Statement vom 22.12.2008, abrufbar unter www.sec.gov/Archives/edgar/data/1130385/000104746909000219/a2189980zs-4a.htm (besucht: 6.1.2010), 12, 25 f.; vgl. betreffend Noble Corporation in Baar das Proxy Statement vom 11.2.2009, abrufbar unter www.sec.gov/Archives/edgar/data/1169055/000095012909000386/h65244ddef14a.htm (besucht: 6.1.2010), 23 ff., insb. 25; betreffend Weatherford International Ltd. in Zug das Proxy Statement vom 15.1.2009, abrufbar unter www.sec.gov/Archives/edgar/data/1170565/000095012909000089/h65151ddef14a.htm#103 (besucht: 6.1.2010), 20 ff.

Diese Bestimmung bringt indessen für die hier in Frage stehenden Sachverhalte einen erstaunlich und durchaus enttäuschend geringen Schutz.

Zunächst zeigt sich, dass der Begriff der Veräusserung von Vermögen in Art. 13 OECD-MA nicht definiert ist. Deshalb kommt dem Veräusserungsbegriff gemäss der allgemeinen Regel von Art. 3 Abs. 2 OECD-MA jene Bedeutung zu, welche er nach dem Recht jenes Staats hat, auf den das Abkommen Anwendung findet.³ Der Emigrationsstaat ist nach dem allgemeinen Verständnis von Art. 13 OECD-MA berechtigt, nicht nur entgeltliche Übertragungen des betreffenden Wirtschaftsguts, die nach Schweizer Sprachgebrauch als echte Realisation zu bezeichnen wären, als Veräusserung anzusehen. Bereits die Übertragung wird weit verstanden und umfasst neben Kauf und Tausch auch die Enteignung, die Einbringung in eine Gesellschaft, unentgeltliche Übertragungen und den Übergang von Todes wegen.⁴ Darüber hinaus darf der betreffende Staat solche Vorgänge besteuern, die er einer Übertragung gleichsetzt. Er kann deshalb ohne Verletzung von Art. 13 OECD-MA eine buchmässige Aufwertung (die sog. buchmässige Realisation nach Schweizer Recht) steuerlich erfassen.⁵ Schliesslich wird einem Staat durch Art. 13 OECD-MA nicht verwehrt, die Entstrickungsfälle (sog. steuersystematische Realisation im Schweizer Steuerrecht) durch Verbringen von Wirtschaftsgütern aus seiner Steuerhoheit in einen anderen Staat der Veräusserung gleichzuhalten.⁶ Eine vom Emigrationsstaat erhobene Wegzugsteuer hält demnach vor Art. 13 OECD-MA stand.⁷

Zu keinem anderen Ergebnis führt eine Auslegung von Art. 13 OECD-MA, wonach die «Veräusserung» abkommensrechtlich zu verstehen sei.⁸ Auch nach dieser Auffassung, welche im innerstaatlichen Recht möglicherweise unterschiedlich behandelte Tatbestände einheitlich unter einen abkommensrechtlichen Veräusserungsbegriff subsumieren will, ist dieser Begriff weit auszulegen und umfasst alles, was nach innerstaatlichem Recht wie eine Veräusserung besteuert wird. Buchmässige und steuersystematische Realisation sind somit «Veräusserungen». Nach anderer Auffassung schliesslich bedarf es eines entgeltlichen Wechsels der Verfügungsmacht, damit von einer Veräusserung iSv Art. 13 OECD-MA gesprochen werden kann. Die Wegzugsteuer ist aber auch

nach diesem Verständnis, gestützt auf Art. 21 OECD-MA, zulässig.⁹

Der Immigrationsstaat seinerseits begegnet keiner Beschränkung durch Art. 13 OECD-MA, bei einer Veräusserung von in seine Steuerhoheit verbrachten Wirtschaftsgütern die Steuer zu erheben. Auch für ihn muss gelten, dass sich der Begriff der Veräusserung iSv Art. 13 OECD-MA nach seinem internen Recht richtet. Aus dieser Bestimmung ergibt sich sodann nicht, dass der Immigrationsstaat seine Steuertatbestände in einer Weise einzuschränken habe, die eine doppelte Erfassung eines Veräusserungsgewinns vermiede.¹⁰ Wenn der Emigrationsstaat auf Grund einer Liquidationsfiktion einen Kapitalgewinn auf einem Wirtschaftsgut beim Wegzug besteuert hat, kann somit der Immigrationsstaat die effektive Veräusserung desselben Wirtschaftsguts seiner Besteuerung unterwerfen. Dasselbe Wirtschaftsgut kann demnach auf Grund verschieden definierter Veräusserungstatbestände mehrfach «veräussert» und besteuert werden.

Über die Bemessungsgrundlage eines Veräusserungsgewinns sagt Art. 13 OECD-MA nichts aus. Es ist somit dem jeweiligen Staat anheim gestellt, wie er den steuerbaren Gewinn bestimmt.¹¹ Insbesondere enthält Art. 13 OECD-MA keine Regelungen über die Bewertung.¹² Dies bedeutet aber auch, dass dem Immigrationsstaat aus Art. 13 OECD-MA keine Verpflichtung erwächst, die in seine Steuerhoheit übergeführten Wirtschaftsgüter für seine Steuer mit bestimmten steuerlichen Anlagekosten zu versehen. Weder werden dem Immigrationsstaat die Verwendung des Verkehrswerts als steuerliche Anlagekosten vorgeschrieben, noch muss er den letzten Steuerwert, den der Emigrationsstaat verwendete, übernehmen.

Hieraus ergibt sich ohne weiteres, dass die Situation eintreten kann, dass derselbe Wertzuwachs sowohl vom Wegzugsstaat als auch vom Zuzugsstaat besteuert werden darf: Der Wegzugsstaat besteuert einen Veräusserungsgewinn in der Differenz zwischen den dort steuerlich massgeblichen Anlagekosten und dem Verkehrswert des betreffenden Wirtschaftsguts spätestens im Zeitpunkt des Verlassens der Steuerhoheit des Wegzugsstaats, während der Zuzugsstaat den späteren Gewinn aus der echten Realisation besteuert, wobei er möglicherweise die mass-

3 Komm. OECD-MA, Art. 13 Rz 5. OBERSON, § 8 Rz 524.

4 Komm. OECD-MA, Art. 13 Rz 5.

5 Komm. OECD-MA, Art. 13 Rz 7.

6 Komm. OECD-MA, Art. 13 Rz 10.

7 BAKER, Art. 13 OECD-MA Rz 13B.07; DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux, 261 f.; REIMER, Art. 13 MA N 28, 203 f.; WASSERMEYER, Art. 13 MA N 24.

8 WASSERMEYER, Art. 13 MA N 3, 21.

9 REIMER, Art. 13 MA N 204; TOIFL, Steuerrechtliche Folgen der Wohnsitzverlegung bei natürlichen Personen. Österreichischer Landesbericht, 171.

10 DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux, 263.

11 Komm. OECD-MA, Art. 13 N 12. DANON, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux, 263.

12 REIMER, Art. 13 MA N 40.

geblichen Anlagekosten unter dem Verkehrswert des Wirtschaftsguts bei Wegzug aus dem Zugzugsstaat und somit bei Immigration ansetzt. Aus Art. 13 OECD-MA ist eben kein Grundsatz ableitbar, wonach die stillen Reserven einer Gesellschaft nur von jenem Staat besteuert werden dürfen, in welchem sie entstanden sind.¹³ Eine etwaige Buchwerterhöhung im Zugzugsstaat ergibt sich somit aus dessen internem Recht oder aus einer besonderen Verpflichtung des anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens.¹⁴ Auf Schweizer Verhältnisse angewendet ist offenkundig, dass das Abstellen auf die handelsrechtlichen Buchwerte eine zweifache Besteuerung derselben Wertsteigerung nach sich ziehen kann.

Damit stellt sich die weitere Frage, ob im neuen Ansässigkeitsstaat eine solche doppelte steuerliche Erfassung mittels Befreiungs- oder Anrechnungsmethode iSv Art. 23 OECD-MA vermieden wird. Dies scheitert indessen aus zwei Gründen. Vorab fehlt es an einer Zuordnung der betreffenden Gewinne an den früheren Ansässigkeitsstaat, so dass eine Freistellung oder Anrechnung unter Art. 23 OECD-MA von vornherein ausser Betracht fällt.¹⁵ Sodann geht die beschriebene, bei einer Sitzverlegung drohende doppelte Erfassung der selben Wertsteigerung im Zugzugs- und im Zuzugsstaat darauf zurück, dass die Gesellschaft nacheinander in zwei Staaten ansässig und damit unbeschränkt steuerpflichtig ist. Fälle von Doppelbesteuerung wegen aufeinander folgender unbeschränkter Steuerpflicht werden aber durch Art. 4 bzw. Art. 23 OECD-MA nicht gelöst, so dass eine entsprechende, bloss «wirtschaftliche» Doppelbesteuerung nicht vermieden wird.¹⁶

Daraus folgt, dass Art. 13 OECD-MA keine Zuteilung der bei Sitzwechsel vorhandenen stillen Reserven auf den Zugzugsstaat vorsieht.¹⁷ Der Zuzugsstaat bestimmt die Bemessungsgrundlage bei späterer Veräusserung der in seine Steuerhoheit übergeführten Wirtschaftsgüter selbst und ohne auf eine frühere Besteuerung im Zugzugsstaat Rücksicht nehmen zu müssen.

2.2 Besondere Bestimmungen in den Doppelbesteuerungsabkommen mit Deutschland und den Vereinigten Staaten

Die schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen folgen im Wesentlichen dem OECD-MA. Das bewegliche Vermögen wird nicht einheitlich definiert, indem ein Teil der Abkommen, wie seit der Revision 2003 des OECD-MA in dessen Art. 13 Abs. 4 vorgesehen, die Aktien von Immobiliengesellschaften dem unbeweglichen Vermögen gleichstellt. Dies ist hier, wie gewisse andere Besonderheiten in einzelnen Abkommen, nicht von Interesse. Demgegenüber enthalten die Abkommen mit der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten Bestimmungen, welche die Vertragsstaaten in bestimmten Situationen zu einem step-up verpflichten.

Art. 13 Abs. 5 DBA-D behandelt den Fall, dass eine natürliche Person bei ihrem Wegzug¹⁸ vom bisherigen Wohnsitzstaat einer Steuer auf dem Vermögenszuwachs untersteht, der auf einer wesentlichen Beteiligung an einer in diesem Staat ansässigen Gesellschaft entstanden ist. Diesfalls ist der Zuzugsstaat verpflichtet, wenn die fragliche Beteiligung später veräussert und der Gewinn hieraus vom Zuzugsstaat besteuert wird, als Anschaffungskosten den Betrag zugrunde zu legen, den der Zugzugsstaat im Zeitpunkt des Wegzugs als Erlös angenommen hat.

Das OECD-MA enthält keine mit Art. 13 Abs. 5 DBA-D vergleichbare Regelung. Mit ihr sollen die Vertragsstaaten ihre Besteuerung gegenseitig anerkennen und die Folgen aufeinander abstimmen.¹⁹ Die doppelte Besteuerung desjenigen Teiles des Gewinns aus der tatsächlichen Veräusserung soll verhindert werden, der bereits früher als Gewinn aus der fiktiven Veräusserung der Besteuerung unterworfen worden ist.²⁰ Die Funktionsweise von Art. 13 Abs. 5 DBA-D ist ungewöhnlich, weil ansonsten im Ansässigkeitsstaat die Doppelbesteuerung durch Freistellung oder Steueranrechnung (Art. 23 OECD-MA bzw. Art. 24 DBA-D) vermieden wird.²¹

Diese Verpflichtung richtet sich vor allem an die Schweiz beim Zuzug natürlicher Personen aus der Bundesrepublik Deutschland, weil im umgekehrten Verhältnis die Schweiz beim Wegzug aus der Schweiz keine Einkom-

13 DANON, *Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux* 263.

14 REIMER, Art. 13 MA N 284 ff., insb. 289, 305, 317.

15 Komm. OECD-MA, Art. 23 Rz 8. VOGEL, Art. 23 MA N 3 f.

16 Komm. OECD-MA, Art. 23 Rz 4.1. DANON, *Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux*, 263; vgl. auch DANON/SALOMÉ, *De la double imposition internationale*, 374.

17 DANON, *Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux*, 263.

18 Wegzug bedeutet hier Übertritt von der unbeschränkten in die beschränkte Steuerpflicht durch Aufgabe des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (FLICK/WASSERMAYER/ KEMPERMANN, Art. 13 DBA-D N 117 f.).

19 LOCHER/MEIER/VON SIEBENTHAL/KOLB, *Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland 1971 und 1978*, B 13.5 Nr. 2.

20 SCHERER, Art. 13 DBA-D N 222.

21 FLICK/WASSERMAYER/KEMPERMANN, Art. 13 DBA-D N 125.

menssteuer auf der Veräusserung von Privatvermögen, auch nicht auf wesentlichen Beteiligungen, erhebt.²² Für die Schweiz hat die abkommensrechtliche Verpflichtung wohl nur dann eine Bedeutung, wenn die fragliche wesentliche Beteiligung Teil des Geschäftsvermögens der hier Wohnsitz nehmenden Person ist oder diese für die Einkommenssteuer als Wertschriftenhändler betrachtet wird. Eine Anwendung von Art. 13 Abs. 5 DBA-D auf den Zuzug juristischer Personen erscheint unter Berücksichtigung des klaren Wortlauts der Bestimmung sowie der Materialien²³ nicht zugänglich.

Einen breiteren Anwendungsbereich hat Art. 13 Abs. 7 DBA-US, der weder im OECD-MA noch in der U. S. Model Income Tax Convention (2006 US MC) ein Vorbild hat. Diese recht kompliziert abgefasste Bestimmung geht auf den Fall ein, dass eine in einem Vertragsstaat ansässige Person in beiden Vertragsstaaten der Einkommensbesteuerung unterliegt. Wenn der eine Staat für Steuerzwecke eine Veräusserung von Vermögenswerten annimmt, kann die betreffende Person in ihrer Einkommenssteuererklärung für das Jahr, in dem über diese Vermögenswerte verfügt wurde, verlangen, dass sie so besteuert werde, als habe sie die Vermögenswerte unmittelbar vor dieser Verfügung zum damaligen Marktpreis veräussert und zurückgekauft. Diese Wahl gilt für alle Vermögenswerte, über die die ansässige Person während des Steuerjahres, für welches das Wahlrecht ausgeübt worden ist, oder zu einem späteren Zeitpunkt verfügt hat.

Art. 13 Abs. 7 DBA-US zielt darauf ab, einem amerikanischen Steuerpflichtigen, der Vermögenswerte aus einer Schweizer Betriebsstätte zum Hauptsitz verschiebt, einen höheren Steuerwert zu ermöglichen,²⁴ weil die von der Schweiz erhobene Steuer unter Umständen nicht auf die amerikanische Steuer angerechnet werden kann, so dass eine Doppelbesteuerung entstünde.²⁵ Indessen kann Art. 13 Abs. 7 DBA-US, der für beide Vertragsstaaten gleichermaßen gilt, allenfalls auch im umgekehrten Verhältnis genutzt werden, wenn Vermögenswerte aus den Vereinigten Staaten in die Schweiz übergeführt werden und in der Schweiz Zweifel darüber bestehen, ob diese Vermögenswerte zu ihrem Verkehrswert in die Buchhaltung des Schweizer Hauptsitzes aufgenommen werden können.

2.3 Abgrenzung auf Grund der Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zu den Staaten der Europäischen Union

2.3.1 Einfluss des FZA

Ziel des FZA ist u. a. die Einräumung eines Rechts der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie des Rechts auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Art. 1 lit. a FZA). Das FZA richtet sich somit an natürliche Personen.²⁶ Juristische Personen und Personenvereinigungen können sich grundsätzlich nicht auf das FZA berufen.²⁷ Es ist ihnen immerhin im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA sowie Art. 18 iVm Art. 17 des Anhangs I zum FZA erlaubt, grenzüberschreitende Dienstleistungen anzubieten und zu erbringen und zu diesem Zweck Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu entsenden.²⁸

Der Zuzug einer Gesellschaft aus dem EU-Raum untersteht somit nicht dem FZA, so dass auch nicht ersichtlich ist, dass sich die betreffende Gesellschaft auf Rechte berufen könnte, welche sich aus der Niederlassungsfreiheit ableiten. Damit entfällt auch die Beurteilung der Schweizer gewinnsteuerlichen Situation unter den spezifischen steuerlichen Vorschriften von Art. 21 FZA²⁹ sowie Art. 9 Abs. 2 des Anhangs I zum FZA.³⁰

22 LOCHER/MEIER/VON SIEBENTHAL/KOLB, Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland 1971 und 1978, B 13.5 Nr. 1.

23 Die Botschaft DBA-D, 1442, bezieht sich nur auf den Wegzug natürlicher Personen.

24 Vgl. Botschaft DBA-US, 1093.

25 Technical Explanation von Art. 13 Abs. 7 DBA-US.

26 GROSSEN/DE COULON, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, Rz 13 ff.

27 HINNY, Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, 168.

28 BENESCH, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, 77.

29 Während in Abs. 1 von Art. 21 FZA die Doppelbesteuerungsabkommen vorbehalten werden, verlangt Abs. 2 dieser Bestimmung bei – insbesondere hinsichtlich ihres Wohnsitzes – vergleichbaren Verhältnissen eine Gleichbehandlung der Steuerpflichtigen (hierzu HINNY, Die bilateralen Verträge und ihre Auswirkungen auf unser Steuerrecht. Sind Pauschalbesteuerung und Quellensteuer weiterhin zulässig?, 1149 ff.; DERS., Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, 174 ff.). In Art. 21 Abs. 3 FZA findet sich sodann ein Vorbehalt zu Gunsten der nationalen Steuergesetzgebungen hinsichtlich Massnahmen für die Gewährleistung der Besteuerung und gegen die Steuerflucht.

30 Gemäss dieser Bestimmung geniessen der Arbeitnehmer und seine in Art. 3 des Anhangs I zum FZA genannten Familienangehörigen dort, d. h. im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaats, die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer (hierzu HINNY, Die bilateralen Verträge und ihre Auswirkungen auf unser Steuerrecht. Sind Pauschalbesteuerung und Quellensteuer weiterhin zulässig?, 1148; DERS., Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, 172 ff.).

Wenn im Folgenden dennoch der Einfluss der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 49 (früher Art. 43, ursprünglich Art. 52) AEUV untersucht wird, geht es darum, die schweizerischen steuerlichen Gegebenheiten im europäischen Umfeld zu betrachten.

2.3.2 Rechtsprechung i. S. de Lasteyrie du Saillant und N betreffend natürliche Personen

Das französische Steuerrecht sah vor, dass Steuerpflichtige, die ihren steuerlichen Wohnsitz während der letzten zehn Jahre mindestens sechs Jahre in Frankreich hatten, zum Zeitpunkt, zu dem sie ihren Wohnsitz ins Ausland verlegen, hinsichtlich der Wertsteigerungen auf bestimmten Gesellschafterrechten besteuert wurden. Die Zahlung der Steuer wurde auf Antrag und bei Stellung von Sicherheiten aufgeschoben. Im Falle Hughes de Lasteyrie du Saillant erzog der EuGH, die französische Steuer bei Wegzug sei geeignet, die Ausübung der Niederlassungsfreiheit zu beschränken, da sie für Steuerpflichtige, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollten, zumindest abschreckende Wirkung habe.³¹ Eine Massnahme, die geeignet sei, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken, sei nur zulässig, wenn ein berechtigtes und mit dem AEUV zu vereinbarendes Ziel verfolgt werde und sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sei. In einem solchen Fall müsse allerdings ihre Anwendung zur Erreichung des damit verfolgten Zieles geeignet sein und dürfe nicht über das hinausgehen, was hierzu erforderlich sei.³² Die französischen Vorschriften würden damit gerechtfertigt, dass sie der Steuerflucht vorbeugen sollten, indem verhindert werden sollte, dass Steuerpflichtige, um so die französische Steuer zu vermeiden, kurzfristig ihren Wohnsitz aus Frankreich heraus verlegten. Die Regelung gehe aber über dieses Ziel hinaus, welches auch mit milderen Mitteln, u. a. einer Besteuerung eines Steuerpflichtigen, der nach verhältnismässig kurzem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat und nach Realisierung der Wertsteigerung nach Frankreich zurückkehre, erreicht werden könne. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit lasse sich deshalb nicht rechtfertigen.³³

Im Entscheid Erben von M. E. A. van Hilten-van der Heijden hielt der EuGH fest, dass nationale Regelungen, welche bewirken, dass die Verlegung des Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat erschwert wird, nicht unter der Kapitalverkehrsfreiheit, sondern der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen sind.³⁴

Die hier massgeblichen Überlegungen ergeben sich deutlicher aus dem Entscheid vom 7.9.2006 i. S. N.³⁵ Der bisher in den Niederlanden wohnhafte N. zog nach Grossbritannien. Er war zu diesem Zeitpunkt Alleininhaber dreier Gesellschaften mit beschränkter Haftung niederländischen Rechts. Die niederländische Steuer, die bei Wegzug auf dem Gewinn aus wesentlicher Beteiligung anfiel, wurde gegen die Stellung einer Sicherheit gestundet. Die niederländische Gesetzgebung war mit Abweichungen im Detail mit den französischen Regeln vergleichbar, welche im Entscheid de Lasteyrie du Saillant zu beurteilen waren.

Der EuGH hielt fest, dass es in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vereinheitlichungs- und Harmonisierungsmassnahmen Sache der Mitgliedstaaten sei, insbesondere zur Beseitigung der Doppelbesteuerung die Kriterien für die Aufteilung ihrer Steuerhoheit vertraglich oder einseitig festzulegen. Dabei sei es für die Mitgliedstaaten nicht sachfremd, sich an der internationalen Praxis und dem OECD-MA zu orientieren.³⁶ Es entspreche einem – nicht genau definierten – steuerlichen Territorialitätsprinzip,³⁷ dass die Niederlande beim Wegzug die Steuer auf dem in den Niederlanden angefallenen Wertzuwachs vorsähen.³⁸ Hierzu hatte die Generalanwältin ausgeführt, dass die niederländische Steuer auf die im Inland angefallene Wertsteigerung erhoben werde. Die

vgl. MALMER, Emigration taxes and EC law, 82 ff.; zum Entscheid de Lasteyrie du Saillant s. auch SCHREINER/JAUN, EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung – Eine Chance für die Schweiz? Niederlassungsfreiheit höher gewichtet als Besteuerung stiller Reserven, 769 f.

34 EuGHE van Hilten-van der Heijden (C-513/03, 23.2.2006) Rz 49 f.; vgl. hierzu TERRA/WATTEL, European Tax Law, 784, und zu den Auswirkungen auf die Schweiz als Drittstaat LUUK/OESTERHELT/WINZAP, EuGH Report 2/06, 419 f.

35 EuGHE N. (C-470/04, 7.9.2006).

36 EuGHE N. (C-470/04, 7.9.2006) Rz 44 f.

37 Dieses Territorialitätsprinzip wird in den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.3.2006 i. S. N. wie folgt umschrieben (Rz 93): «Eine praktische Ausprägung dieses Grundsatzes ist, dass die Staaten im Allgemeinen nur im Inland ansässige Personen der unbeschränkten Steuerpflicht unterwerfen und darüber hinaus Einkünfte ortsfremder Personen, die aus inländischen Quellen stammen, im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht besteuern.» Ein solchermassen unbestimmt umschriebenes Prinzip, dessen Grundlage nicht bekannt und wohl weniger normativ als vielmehr deskriptiv zu verstehen ist, muss offenkundig weiter konkretisiert werden, wozu auf das OECD-MA verwiesen wird (genannte Schlussanträge, Rz 94).

38 EuGHE N. (C-470/04, 7.9.2006) Rz 46.

31 EuGHE de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, 11.3.2004) Rz 44 - 48.

32 EuGHE de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, 11.3.2004) Rz 49.

33 EuGHE de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, 11.3.2004) Rz 50 - 58. Bereits in seinem früheren Entscheid i. S. X., Y. hatte der EuGH mit ähnlichen Überlegungen die Erhebung der schwedischen Steuer auf der Übertragung von schwedischen Aktien auf eine ausländische (aber nicht auf eine schwedische) Gesellschaft nicht geschützt (EuGHE X., Y. [C-436/00, 21.11.2002] Rz 43 - 65); vgl. hierzu SCHNEEWEISS, Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, 364 f.; TERRA/WATTEL, European Tax Law, 782 f. Zur Rechtslage vor diesen Entscheiden des EuGH

niederländischen Regeln knüpften somit an ein territoriales Element an und verbänden es mit einer zeitlichen Komponente, nämlich an den Aufenthalt im Inland während des Zeitraums, in dem der steuerpflichtige Gewinn entstanden sei.³⁹

Die niederländische Regelung erwies sich dennoch als unverhältnismässiger Eingriff in die Niederlassungsfreiheit, weil es mildere Massnahmen zur Sicherung der Steuer gebe als die dem Steuerpflichtigen auferlegte Verpflichtung zur Stellung von Sicherheiten. Der EuGH machte auf die Amtshilfe- und die Beitreibungs-RL aufmerksam,⁴⁰ mithin auf die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten der EU, von anderen Mitgliedstaaten Auskünfte in steuerlichen Angelegenheiten und Unterstützung in der Zwangsvollstreckung von Einkommenssteuern zu erhalten.

Die Wegzugssteuer ist demnach innerhalb der EU keineswegs abgeschafft, aber die Steuer darf nicht beim Wegzug erhoben, sondern muss gestundet werden. Eine Sicherstellung der Steuer darf nicht verlangt werden, weil dies ein zu einschneidendes und zugleich unnötiges Mittel für die Eintreibung der Steuer darstellt.⁴¹

Ob der Zuzugsstaat zur Anrechnung des Verkehrswerts im Zeitpunkt des Zuzugs als steuerlich massgebliche Anschaffungskosten verpflichtet ist, ist soweit ersichtlich bisher nicht entschieden worden. Beurteilt wurde bisher nur die Besteuerung durch den Wegzugsstaat.⁴² Solange der Zuzugsstaat seine Steuerpflichtigen unterschiedslos behandelt und beispielsweise immer auf die Anschaffungskosten abstellt, kann wohl nicht von einer Diskriminierung gesprochen werden. Die drohende etwaige Doppelbesteuerung ist Folge unterschiedlicher Steuersysteme und müsste wohl auf dem Weg des Abschlusses von Doppelbesteuerungsabkommen vermieden werden. Hierfür sind indessen die Mitgliedstaaten zuständig. Es bleibt demnach wohl offen, ob unter der Niederlassungs-

freiheit ein step-up im Zuzugsstaat verlangt werden kann.

2.3.3 Rechtsprechung i. S. Daily Mail und Cartesio betreffend juristische Personen

Im berühmten Fall Daily Mail and General Trust plc (kurz: «Daily Mail») hatte der EuGH zu beurteilen, ob das Vereinigte Königreich die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland, nämlich nach den Niederlanden, von einer Zustimmung des britischen Finanzministeriums (H. M. Treasury) abhängig machen dürfe. Daily Mail erhoffte sich, dass sie nach der Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung zwar in den Niederlanden steuerpflichtig würde, aber die Steuer nur auf dem nach der Sitzverlegung anfallenden Wertzuwachs ihres Vermögens erhoben würde, weil die Niederlande für die steuerliche Eröffnungsbilanz den Verkehrswert akzeptierten. Daily Mail beabsichtigte den Verkauf eines Teils ihres Vermögens, um einen Aktienrückkauf durchzuführen. Sie berief sich auf die Niederlassungsfreiheit, welche ihr wie einer natürlichen Person zukomme.⁴³

Der EuGH kam zum Schluss,⁴⁴ dass das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten noch kaum harmonisiert sei und dass es in den nationalen Rechtsordnungen ganz erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Frage gebe, was für eine Verknüpfung eine Gesellschaft mit dem nationalen Gebiet benötige und wie diese Verknüpfung nachträglich wieder gelöst werden könne. Die Modalitäten einer Sitzverlegung seien deshalb Probleme, die nicht durch die Niederlassungsfreiheit gelöst würden, sondern der Rechtsetzung oder des Vertragsschlusses bedürften. Somit gewähre die Niederlassungsfreiheit den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.⁴⁴ Der EuGH führte aus, dass «unlike natural persons, companies are creatures of the law and, in the present state of Community law, creatures of national law. They exist only by virtue of the varying national legislation which determines their incorporation and functioning».⁴⁵ Somit konnte sich Daily Mail für die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Eine Gesellschaft mache im Allgemeinen vom Niederlassungsrecht, wie in Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV vorgesehen, durch die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften Gebrauch.⁴⁶

39 Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.3.2006 i. S. N., Rz 96 f. Der EuGH verweist auf diese Bemerkungen.

40 EuGHE N. (C-470/04, 7.9.2006) Rz 50 - 53.

41 SCHNEEWEISS, Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, 367; TERRA/WATTEL, European Tax Law, 784.

42 Den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30.3.2006 i. S. N. (C-470/04), Rz 103, lässt sich entnehmen, dass gewisse Mitgliedstaaten vor dem EuGH geltend gemacht haben, der Zuzugsstaat sei auf die Besteuerung jener Wertsteigerung beschränkt, die nach dem Zeitpunkt des Zuzugs entstehe. Hierauf wird aber nicht weiter eingegangen, sondern die Streitfrage aus dem Blickwinkel des Wegzugsstaats, der Niederlande, betrachtet, dessen Bemessungsregeln als kohärent beurteilt werden. Zum Rechtfertigungsgrund der Kohärenz der Steuerordnung s. HINNY, Tendenzen der (Grundfreiheiten-)Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Steuerrechts – Auswirkungen auf die Schweiz, 82.

43 EuGHE Daily Mail (81/87, 27.9.1988) Rz 7, 12.

44 EuGHE Daily Mail (81/87, 27.9.1988) Rz 20, 23 f.

45 EuGHE Daily Mail (81/87, 27.9.1988) Rz 19.

46 EuGHE Daily Mail (81/87, 27.9.1988) Rz 17. Im späteren Entscheid Überseering BV (C-208/00, 5.11.2002) hielt der EuGH

Dem Entscheid Daily Mail ist namentlich auch im Nachgang zur Rechtsprechung i. S. de Lasteyrie du Saillant Kritik erwachsen. Insbesondere wird die enge Verknüpfung der Niederlassungsfreiheit mit gesellschaftsrechtlichen Aspekten in Frage gestellt und geltend gemacht, die scharfe Trennung bei der Beurteilung der Niederlassungsfreiheit zwischen natürlichen und juristischen Personen sei nicht aufrecht zu erhalten.⁴⁷

In seinem Entscheid vom 16.12.2008 betreffend Cartesio Oktató és Szolgáltató bt (kurz: «Cartesio») hat aber der EuGH die Rechtsprechung i. S. Daily Mail bestätigt. Cartesio, eine Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts, wollte unter Beibehaltung der Registrierung in Ungarn den operativen Geschäftssitz nach Italien verlegen. Der entsprechende Eintrag wurde ihr von der ungarischen Handelsregisterbehörde mit der Begründung verwehrt, nach geltendem ungarischen Recht könne eine in Ungarn gegründete Gesellschaft ihren Sitz nicht unter Beibehaltung des ungarischen Personalstatuts ins Ausland verlegen. Der EuGH erkannte, dass diese Frage nach wie vor nur nach dem geltenden nationalen Recht beantwortet werden könne.⁴⁸

Der EuGH hat in Cartesio indessen eine Differenzierung gegenüber Daily Mail für den Fall angebracht, dass die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungsort nicht unter Beibehaltung des statutarischen Sitzes, sondern unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts in einen anderen Mitgliedstaat verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird. Dann könne die mitgliedstaatliche Kompetenz des Staats der Gründung der Gesellschaft nicht die Auflösung und Liquidation rechtfertigen und die Gesellschaft so daran hindern, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht des anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach dessen Recht möglich sei. Ein solches Hemmnis für die tatsächliche Umwandlung, ohne vorherige Auflösung und Liquidation, stelle eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der betreffenden Gesellschaft dar.⁴⁹ Ob dies nun aber bedeutet, dass die Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Gesellschaftsrecht beispielsweise die Möglichkeit einer Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat vorzusehen haben, die dann von der Nie-

derlassungsfreiheit geschützt wäre,⁵⁰ erscheint angesichts der unübersichtlichen Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften⁵¹ fraglich, zumal der EuGH in Cartesio nicht den Anträgen des Generalanwalts folgte, der die ungarischen Regeln als gemeinschaftswidrig betrachtete,⁵² und ein solcher Vorgang gar nicht zu beurteilen war. Wenn die Mitgliedstaaten in ihrem Gesellschaftsrecht insbesondere in der Wahl zwischen Sitz- und Inkorporationstheorie frei sind, erscheint es als grosser Schritt, ihnen vorzuschreiben, die liquidationslose Emigration von unter ihrem Recht gegründeten Gesellschaften zu ermöglichen.⁵³ Dies muss wohl durch die Rechtsprechung weiter geklärt werden.

Wie schwierig die Entscheidung i. S. Cartesio einzuordnen und ihre Implikationen insbesondere auf die hier zur Diskussion stehende Frage abzuschätzen sind, zeigt sich auch darin, dass das Gemeinschaftsrecht die grenzüberschreitende Fusion kennt,⁵⁴ aber nicht die Sitzverlegung von einem Mitgliedstaat in einen anderen.⁵⁵ Sodann bestehen die gemeinschaftsrechtlichen Formen der SE (Societas Europaea, Europäische Gesellschaft) und der SCE (Societas Cooperativa Europaea, Europäische Genossenschaft), die ihren Sitz unter bestimmten Voraussetzungen von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegen können. Der EuGH hat in Cartesio eine analoge Berücksichtigung dieser Vorschriften abgelehnt.⁵⁶ Was die steuerliche Behandlung der Sitzverlegung einer SE oder SCE

immerhin dafür, dass eine in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft, die dort auch ihren statutarischen Sitz hat, in ihrer Rechts- und Parteifähigkeit von einem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden muss, in welchen sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt hat.

47 TERRA/WATTEL, European Tax Law, 788 ff.

48 EuGHE Cartesio (C-210/06, 16.12.2008) Rz 104 ff., insb. 109 f.

49 EuGHE Cartesio (C-210/06, 16.12.2008) Rz 111 - 113.

50 So offenbar SCHNEEWEISS, Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, 371, 372.

51 Vgl. hierzu die Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro vom 22.5.2008 i. S. Cartesio (C-210/06) Rz 28.

52 Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro vom 22.5.2008 i. S. Cartesio (C-210/06) Rz 31 ff.

53 Kritisch auch GEBERT/FINGERHUTH, Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland – Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, 447 f., und SZUDOCKY, How Does the European Court of Justice Treat Precedents in its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I, 358 ff.; weniger zurückhaltend HRISTOV, Grenzüberschreitender Wegzug von Gesellschaften im österreichischen Steuerrecht, 343 f.; SCHNEEWEISS, Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, 370, 372.

54 Es bestehen harmonisierte Vorschriften über innerstaatliche, aber nicht über grenzüberschreitende Verschmelzungen. Im Entscheid SEVIC Systems AG (C-411/03, 13.12.2005) hat jedoch der EuGH die Übernahme einer in Luxemburg ansässigen durch eine in Deutschland ansässige Gesellschaft mittels Fusion, welche nicht im deutschen Handelsregister eingetragen wurde, unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit geprüft und geschützt; vgl. auch TERRA/WATTEL, European Tax Law, 528 ff.

55 Die Pläne für einen Richtlinienvorschlag betreffend grenzüberschreitende Sitzverlegungen werden nicht weiterverfolgt (SZUDOCKY, How Does the European Court of Justice Treat Precedents in its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I, 361).

56 EuGHE Cartesio (C-210/06, 16.12.2008) Rz 115 - 120.

angeht, darf es zu keiner steuerlichen Abrechnung kommen, wenn der entsprechende Veräusserungsgewinn⁵⁷ in der Folge tatsächlich einer Betriebsstätte der SE bzw. SCE in dem Mitgliedstaat, aus dem der Sitz verlegt wurde, zugerechnet bleibt, und das zur Erzielung des steuerlich zu berücksichtigenden Ergebnisses beiträgt.⁵⁸ Zu den stillen Reserven, welche dem neuen Sitzstaat zuzuordnen sind (somit den Wegzugsstaat verlassen haben), sagt die Fusions-RL aber nichts aus. Ob nun hierauf die Rechtsprechung i. S. de Lasteyrie du Saillant Anwendung findet, wie postuliert wird,⁵⁹ ist nicht gesichert.

Die Übertragung der Rechtsprechung i. S. de Lasteyrie du Saillant auf die Sitzverlegung juristischer Personen ist somit denkbar, aber nicht absehbar.

2.4 Umfang der Steuerpflicht

Die Schweiz macht u. a. für Geschäftsbetriebe und Betriebsstätten im Ausland keine Steuerhoheit geltend (Art. 52 Abs. 1 Hs. 2 DBG). Gewinne, die auf solche Geschäftsbetriebe und Betriebsstätten entfallen, sind hier nicht der Steuer unterworfen. Die Abgrenzung der Steuerpflicht für u. a. Geschäftsbetriebe und Betriebsstätten im Ausland soll nach den Grundsätzen des Verbots der interkantonalen Doppelbesteuerung erfolgen (Art. 52 Abs. 3 DBG). Indessen ist umstritten, ob dieser Verweis die Anwendung einer quotenmässigen Ausscheidung vorschreibt, wie sie im interkantonalen Steuerrecht gilt. Nach wohl überwiegender Auffassung⁶⁰ kommt eine objektmässige Ausscheidung zum Tragen, welche auf die Betriebsstättenbuchhaltung abstellt und Korrekturen in der Folge eines Drittvergleichs vornimmt.⁶¹ Das Bundesgericht wendet für die Gewinnausscheidung einer Schweizer Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens die direkte Methode an.⁶²

Hieraus folgt immerhin, dass der in einem ausländischen Geschäftsbetrieb oder einer ausländischen Betriebsstätte erzielte Gewinn nicht der Schweizer Steuer unterliegt. Es besteht wegen der Freistellung der ausländischen Gewinne aber auch keine latente Steuerbarkeit von stillen Reserven, die ausländischen Geschäftsbetrieben oder Betriebsstätten zuzurechnen sind. Die entsprechenden stillen Reserven können also im Ausland realisiert und die Gewinne in die Schweiz übergeführt werden, ohne dass dies einen steuerlichen Anknüpfungspunkt in der Schweiz bilden würde. Die dem Ausland zugeordneten stillen Reserven stehen somit ausserhalb der Schweizer Gewinnsteuern. Es handelt sich um kein Schweizer Steuersubstrat, und dieses wird auch nicht latent in Anspruch genommen.

Indessen ist damit noch nichts darüber ausgesagt, wie es sich verhält, wenn stille Reserven, die im Ausland entstanden sind, durch einen Zuzug in die Schweiz übergeführt werden.

Der Wortlaut von Art. 52 DBG bezieht sich darauf, dass eine in der Schweiz unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschaft gleichzeitig eine erhebliche Beziehung zum Ausland durch einen dort gelegenen Geschäftsort oder eine Betriebsstätte unterhält. Jedoch ist der Fall, dass eine Gesellschaft in die Schweiz zuzieht, vom Wortlaut nicht mit umfasst. Nachdem aber sogar in einem ausländischen Geschäftsbetrieb oder einer ausländischen Betriebsstätte einer in der Schweiz bereits unbeschränkt steuerpflichtigen Gesellschaft ohne Schweizer Steuerfolgen stille Reserven gebildet oder aufgelöst werden können, muss die Aufwertung der entsprechenden Wirtschaftsgüter durch eine ausländische Gesellschaft vor dem Zuzug in die Schweiz möglich sein, ohne dass dies aus Schweizer Sicht steuerlich bedenklich wäre. Soweit ersichtlich, ist dies denn auch unbestritten. Dies bedeutet aber auch, dass die vor dem Zuzug entstandenen stillen Reserven grundsätzlich dem Ausland zuzuordnen sind bzw. aus der Bemessungsgrundlage auszuklammern wären, denn eine solche Steuerauscheidung muss auch in die Gewinnermittlung der nunmehr zugezogenen Gesellschaft eingehen. Die Abgrenzung der Steuerhoheit muss also bei der Gewinnermittlung ihren Niederschlag finden.

Die Frage des Weg- und Zuzugs stellt sich bereits im schweizerischen Binnenverhältnis. Auf die entsprechenden Kollisionsnormen verweist Art. 52 Abs. 3 DBG, wenn auch mit nicht vollständig klarem Umfang. Allerdings bildet gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. b StHG u. a. die Sitzverlegung von einem Kanton in einen anderen keinen

57 Veräusserungsgewinne sind gemäss Art. 4 Abs. 1 Fusions-RL als der Unterschied zwischen dem tatsächlichen Wert des übertragenen Aktiv- und Passivvermögens und dessen steuerlichem Wert definiert.

58 Art. 12 Abs. 1 Fusions-RL.

59 SCHNEEWEISS, Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies, 373 f. mwH.

60 LOCHER, Art. 52 DBG N 25 ff.; KS Principal-Gesellschaften Ziff. 4.1; anders OBERSON, Précis de droit fiscal international, Rz 423.

61 HEMMELRATH, Art. 7 MA N 72 ff., 100 ff.

62 BGer, 28.11.2005, StE 2006 A 31.2 Nr. 7 E 4 f. = StR 2006, 433, 436 ff. (so bereits die Entscheide der Vorinstanzen RK II ZH, 16.7.2004, StE 2005 A 31.2 Nr. 5 und VGer ZH, 9.3.2005, RB 2005 Nr. 88 = StE 2005 A 31.2 Nr. 6); BGer, 29.7.2002, StE 2003 B 11.3 Nr. 13 E 4 f., und für das kantonale Recht VGer AG 23.10.2002, StE 2003 B 11.3 Nr. 14 E 3 f.; anders noch, weil Art. 52 Abs. 2 BdBSSt eine quotenmässige Ausscheidung vorschrieb, BGE 117 Ib 248, 255 ff. = ASA 60 (1991/92), 610, 617 ff., und, weil das kantonale Recht das höhere Ergebnis aus entweder der quotenmässigen oder der direkten Methode vor-

schrrieb, VGer ZH 28.9.1994, RB 2005 Nr. 31 = StE 1995 A 21.12 Nr. 10.

Steuertatbestand. Die Wegzugsteuer ist mithin im interkantonalen Verhältnis abgeschafft worden, so dass im schweizerischen Binnenverhältnis die stillen Reserven von einer Steuerhoheit in eine andere übergeführt werden können, ohne dass es zu einer steuerlichen Abrechnung im Wegzugskanton kommt. Ein direkter Vergleich mit dem Zuzug aus dem Ausland ist deshalb nicht mehr möglich, aber immerhin kann eine Parallele zum früheren Rechtszustand ausgemacht werden.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zum interkantonalen Doppelbesteuerungsverbot und vor Erlass von Art. 24 Abs. 2 lit. b StHG die Zulässigkeit einer kantonalen Wegzugssteuer anerkannt. Es hat, auch wenn dies im Ergebnis als unbefriedigend zu bezeichnen sei, den Wegfall der Steuerhoheit als hinreichenden Anlass für eine Besteuerung der stillen Reserven angesehen.⁶³ Über die gewinnsteuerliche Situation im Zuzugskanton hat sich das Bundesgericht, soweit ersichtlich, nicht zu äussern brauchen. Formal betrachtet gewährt das Doppelbesteuerungsverbot möglicherweise keinen Schutz, weil die Gesellschaft, die ihren Sitz verlegt, vorher und nachher nur einer Steuerhoheit unterstellt ist.⁶⁴

Das Bundesgericht hatte jedoch einen Fall zu beurteilen, bei dem es noch um die Besteuerung privater Kapitalgewinne im interkantonalen Verhältnis ging. Der Kanton Solothurn hatte beim Verkauf eines Pakets von Genussscheinen der Kapitalgewinnberechnung als Einstandswert einen (extrem tiefen) Wert vor 25 Jahren zugrunde gelegt. Der Steuerpflichtige hatte jedoch die Aktien einige Jahre zuvor geschenkt erhalten. Die Schenkerin musste bei dieser Schenkung einen Kapitalverlust hinnehmen, den sie steuerlich nicht verrechnen konnte. Das Bundesgericht lehnte es ab, die interkantonale Steuerhoheit in dem Sinne abzugrenzen, dass ein im Veräusserungserlös in Erscheinung tretender Gewinn vom Domizilkanton nur insoweit erfasst werden dürfe, als die Wertsteigerung seit dem Zuzug des Steuerpflichtigen in den Kanton eingetreten sei. Weil die kantonalen Einkommenssteuergesetze, soweit sie noch eine Besteuerung privater Kapitalgewinne vorsähen, diese von einem Realisierungstatbestand abhängig machten, erscheine es folgerichtig, dass der Wohnsitzkanton im Zeitpunkt der Realisierung einen allfälligen Gewinn vollumfänglich besteuern könne.⁶⁵ Die Argumentation erinnert sehr an Art. 13 OECD-MA.

Dies bedeutet indessen nicht, dass beim Zuzug einer juristischen Person gleich entschieden worden wäre. Das

Bundesgericht betonte die Unterschiede zwischen der Ermittlung des Einkommens im Privatvermögen und derjenigen im Geschäftsvermögen. Das Bundesgericht hielt es wohl für möglich, im Geschäftsvermögen bei der Gewinnberechnung dank der kaufmännischen Buchführung auf den Wert im Zeitpunkt des Zuzugs abzustellen.⁶⁶ Die Überlegungen zur Praktikabilität, welche im Bereich des Privatvermögens gegen eine Einschränkung der Steuerhoheit des Zuzugskantons auf die Wertsteigerungen seit dem Zeitpunkt des Zuzugs sprachen, sind deshalb nicht auf das Geschäftsvermögen übertragbar. Zudem hat das Bundesgericht aus dem Doppelbesteuerungsverbot abgeleitet, dass ein Kanton einen Steuerpflichtigen nicht deshalb stärker belasten dürfe, weil er nicht in vollem Umfang seiner Steuerhoheit untersteht, sondern zufolge seiner territorialen Beziehungen auch noch in einem anderen Kanton steuerpflichtig ist. Eine unzulässige Doppelbesteuerung ist daher grundsätzlich gegeben, wenn ein Steuerpflichtiger in mehreren Kantonen zusammen mehr als sein gesamtes Reineinkommen zu versteuern hat, also mehr als bei Konzentration der Steuerpflicht in einem Kanton.⁶⁷ Eine Schlechterstellung tritt selbstverständlich ein, wenn einem Steuerpflichtigen im Wegzugskanton eine Steuer auf den stillen Reserven auferlegt wird, im Zuzugskanton aber auf die tieferen Buchwerte abgestellt wird. Auch wenn es sich formal nicht um eine Doppelbesteuerung handeln mag, weil aufeinander folgende unbeschränkte Steuerpflichten in Frage stehen,⁶⁸ wären der Geist und Zweck des interkantonalen Doppelbesteuerungsverbots und des Schlechterstellungsverbots verletzt.

Somit spricht zumindest in der Sache vieles dafür, bei Zuzug in die Schweiz eine Steuerbilanz zuzulassen, auch wenn der Wortlaut der anwendbaren Bestimmungen zur Abgrenzung der Schweizer Steuerhoheit zum Ausland sowie die Grundsätze des interkantonalen Steuerrechts den hier zu untersuchenden Sachverhalt nicht eindeutig erfassen.

2.5 Steuerliche Gewinnermittlung

2.5.1 Handelsrechtliche Erfolgsrechnung als Grundlage

Ausgangspunkt der Überlegungen muss der Umstand sein, dass die steuerliche Gewinnermittlung an den Saldo der handelsrechtlichen Erfolgsrechnung anknüpft (Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG und, weniger deutlich, Art. 24

63 BGer, 27.4.1990, ASA 60 (1991/92), 443, 447.

64 BGer, 27.4.1990, ASA 60 (1991/92), 443, 445.

65 BGE 111 Ia 44, 48; s. auch HÖHN/MÄUSLI, Interkantonales Steuerrecht, § 14 N 10 ff.

66 BGE 111 Ia 44, 49 f.

67 BGE 111 Ia 44, 47; 107 Ia 41, 42; DE VRIES REILINGH, La double imposition intercantonale, N 57 ff.

68 Die verpönte Mehrbelastung muss indessen nicht auf eine klassische Doppelbesteuerung zurückgehen (HÖHN/MÄUSLI, Interkantonales Steuerrecht, § 4 N 27).

Abs. 1 StHG). Hieraus wird das Massgeblichkeitsprinzip abgeleitet.⁶⁹

Wenn die zuziehende Gesellschaft ihre Buchwerte fortführt und stille Reserven zu verzeichnen sind, werden diese in der Schweiz steuerverhaftet, denn eine etwaige Realisation, sei es durch Veräusserung der betreffenden Wirtschaftsgüter oder eine allfällige Aufwertung, bringt einen Ertrag hervor, der auf Grund des Vollständigkeitsprinzips (Art. 662a Abs. 2 Ziff. 1 OR) in die Erfolgsrechnung Eingang finden muss und damit gewinnsteuerlich erfasst wird. Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn der Vermögensstandsgewinn im Sinne der Differenz zwischen dem Eigenkapital zu Beginn und jenem am Ende des Geschäftsjahres (unter Ausklammerung der Kapitalzuschüsse und unter Hinzurechnung der Kapitalentnahmen)⁷⁰ der Besteuerung zu Grunde gelegt wird, weil sich die Berechnung der steuerbaren Eigenkapitalzunahme auf die handelsrechtlichen Werte abstützt.

Alleine aus der gewinnsteuerlichen Bemessungsgrundlage leitet sich somit kein Grundsatz ab, dass die in der Schweiz entstandenen Wertsteigerungen, aber nur diese, der hiesigen Besteuerung unterliegen.

Immerhin ist aber festzuhalten, dass die Aufwertung in der Handelsbilanz vor Zuzug in die Schweiz aus schweizerischer steuerrechtlicher Sicht anerkannt wird. Soweit in der Handelsbilanz aufgewertet wird, im Extremfall bis zum Verkehrswert, werden die im Ausland entstandenen stillen Reserven noch dort handelsrechtlich aufgedeckt, so dass auf ihnen durch den Zuzug keine latente Schweizer Steuerlast entsteht. Dies ist nicht zu beanstanden, weil sogar bei unbeschränkter schweizerischer Steuerpflicht die auf ausländische Geschäftsorte und Betriebsstätten entfallenden Gewinne von der Schweizer Steuer ausgenommen und ihr auch nicht latent unterworfen sind.⁷¹ Die Aufwertung in der Handelsbilanz ist, soweit ersichtlich, auch von der Verwaltungspraxis akzeptiert und wird nicht als Umgehung der Gewinnsteuer angesehen.⁷² Unter der Voraussetzung einer Aufwertung bis zum Verkehrswert kommt somit im Ergebnis eine sachgerechte Abgrenzung der schweizerischen Steuerhoheit zustande.

Indessen ist nach Massgabe der jeweils anwendbaren Rechnungslegungsgrundsätze die Zulässigkeit der Aufwertung als solche sowie das mögliche Mass der Aufwertung zu prüfen. Wenn die schweizerischen Regeln zu Grunde gelegt würden, wären Aufwertungen offenkundig nur in sehr beschränktem Rahmen überhaupt denkbar, weil das Vorsichtsprinzip den Ansatz des höheren Verkehrswerts erst dann zulässt, wenn sich dieser höhere Wert am Markt bestätigt hat. Denkbar wären nach den Schweizer Regeln die Aufwertung von Wertschriften mit Kurswert bis höchstens zum Durchschnittskurs des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag (Art. 667 Abs. 1 OR) und die Aufwertung von anderen Aktiven bis zu den Anschaffungskosten, höchstens aber bis zum allenfalls tieferen Verkehrswert (Art. 665 Abs. 1, Art. 666 und Art. 667 Abs. 2 OR). Problematisch erscheinen Aufwertungen auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Stetigkeit in Darstellung und Bewertung (Art. 662a Abs. 2 Ziff. 5 OR). Selbst wenn das noch anwendbare ausländische Recht Aufwertungen zulässt, muss die Bilanz nach dem Zuzug mit den Schweizer Grundsätzen der Rechnungslegung vereinbar sein.⁷³ Dementsprechend kann es zu erheblichem Anpassungsbedarf kommen, so dass möglicherweise kurz nach der Aufwertung wieder Abschreibungen erforderlich sind.

Es ist somit im Einzelfall abzuklären, ob eine noch im Ausland erfolgte Aufwertung einen gangbaren Weg darstellt und ob die Aufwertung in einem hinreichenden Mass erfolgen kann, um die Unterstellung der im Ausland entstandenen stillen Reserven unter die Schweizer Gewinnsteuern zu verhindern oder zumindest zu lindern. Je nach Situation des betreffenden Unternehmens mag die Aufwertung zu einer befriedigenden Lösung führen, aber nach dem Gesagten ist die Aufwertung nicht in allen Fällen durchführbar und – selbst wenn grundsätzlich nach ausländischem Recht zulässig – vor dem Hintergrund der Schweizer Regeln nicht immer sachgerecht und erwünscht. Die Aufwertung in der Handelsbilanz vor Zuzug in die Schweiz ist letztlich keine Lösung des steuerlichen Problems, sondern seine Delegation an die Rechnungslegung. Die Rechnungslegung folgt indessen Grundsätzen, mit welchen die sich hier stellenden steuerlichen Fragen nicht beantwortet werden können.

2.5.2 Sitzverlegung in die Schweiz als Kapitaleinlage

Der handelsrechtlich ausgewiesene Gewinn unterliegt steuerlichen Korrekturen. Vorliegend kommen Art. 24

69 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 69 ff. mwH.

70 LOCHER, Art. 57 DBG N 3.

71 BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften national und grenzüberschreitend. Eine rechtsvergleichende Studie, 288; DUSS, Interkantonale und internationale Aspekte der Unternehmensumstrukturierungen, 631; LOCHER, revArt. 61 DBG N 36.

72 Zur vergleichbaren Situation bei einer Privatisierung s. Botenschaft FusG, 4483; KS Umstrukturierungen Ziff. 4.2.5.2.1.

73 Vgl. auch Art. 162 Abs. 3 IPRG, wonach vor der Eintragung der Sitzverlegung ins Handelsregister ein Revisionsexperte in einem Bericht zu bestätigen hat, dass das Grundkapital der Gesellschaft nach schweizerischem Recht gedeckt ist.

Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG in Betracht. Gemäss diesen Bestimmungen entsteht kein steuerbarer Gewinn durch Kapitaleinlagen von Mitgliedern von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, einschliesslich Aufgeldern und Leistungen à fonds perdu.

Gesellschaftsrechtlich liegen eigentlich keine Kapitaleinlagen der Mitglieder vor, weil die immigrierende Gesellschaft ja gerade unter Wahrung ihrer Rechtspersönlichkeit und ohne Liquidation und Neugründung ihren Sitz in die Schweiz verlegt. Die Sitzverlegung weist jedoch gesellschaftsrechtlich starke Ähnlichkeiten mit der Neugründung auf, indem die Gesellschaft sich dem schweizerischen Recht anpassen muss (Art. 161 Abs. 1 und Art. 162 Abs. 1 IPRG). Die Sitzverlegung bedarf der Anpassung der Statuten und kommt somit durch Beschluss der Generalversammlung zustande. Wenn mit der Sitzverlegung stille Reserven in die Schweiz übergeführt werden, geht dies mithin auf die Aktionäre der Gesellschaft zurück. Damit unterscheidet sich der Vorgang grundlegend von der operativen Geschäftstätigkeit, mit der die Gesellschaft ihren Gewinn erzielt. Was das Vermögen der Gesellschaft angeht, muss ein zugelassener Revisionsexperte bestätigen, dass das Grundkapital nach schweizerischem Recht gedeckt ist (Art. 162 Abs. 3 IPRG). Bereits die gesellschaftsrechtliche Regelung indiziert demnach, dass die Überführung des offenen und verdeckten Eigenkapitals der Gesellschaft in die Schweiz mittels Sitzverlegung als Kapitaleinlage der Aktionäre iSv Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG anzusehen ist.

Die genannten steuerlichen Bestimmungen knüpfen jedoch nicht an das Gesellschaftsrecht an. Kapitaleinlagen stellen unabhängig von der Form, in der sie erfolgen, keinen steuerbaren Gewinn dar. Der Begriff der Kapitaleinlage ist demnach steuerrechtlich zu verstehen. Aus einer steuerlichen Sicht ist festzuhalten, dass die zuziehende Gesellschaft neu in die Schweizer Steuerpflicht eintritt. Das Eigenkapital wird der Gesellschaft in der Schweiz durch einen Beschluss der Aktionäre zur Verfügung gestellt. Das Eigenkapital geht nicht auf – während der Schweizer steuerlichen Existenz – erarbeitete Gewinne zurück, sondern entsteht im schweizerischen steuerlichen Bereich, weil es die Aktionäre zur Verfügung stellen. Anstelle einer Sitzverlegung könnte oder müsste, je nach massgeblichem ausländischem Gesellschaftsrecht, der Weg der Liquidation der ausländischen Gesellschaft und der Sacheinlage in eine neu gegründete Schweizer Gesellschaft besprochen werden. Bei dieser Gestaltung mit wirtschaftlich gleichem Ergebnis wie der Sitzverlegung liegt eine offene Kapitaleinlage vor. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die – offenen und stillen – Reserven ausserhalb der Schweizer Steuerpflicht entstan-

den sind. Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG müssen deshalb Anwendung finden.⁷⁴

Diese Schlussfolgerung lässt sich auch auf die Verwaltungspraxis zu einem analogen Fall abstützen. Ein Institut des öffentlichen Rechts kann sich unter Wahrung seiner Rechtspersönlichkeit in eine Kapitalgesellschaft umwandeln (Art. 99 Abs. 1 lit. b FusG). Das betreffende Institut, welches bisher steuerbefreit war (Art. 23 Abs. 1 lit. a - c StHG bzw. Art. 56 lit. a - c DBG), tritt, soweit es nicht wegen der Verfolgung öffentlicher oder gemeinnütziger Zwecke (Art. 23 Abs. 1 lit. f StHG bzw. Art. 56 lit. g DBG) oder aus anderen Gründen steuerbefreit ist, neu in die Steuerpflicht ein. In einem solchen Fall wird die Überführung des Vermögens in den steuerbaren Bereich als Kapitaleinlage iSv Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG anerkannt.⁷⁵

2.5.3 Berücksichtigung der steuerlichen Charakterisierung

Soweit das Eigenkapital der zuziehenden Gesellschaft in der Handelsbilanz erscheint und damit offen ausgewiesen wird, stellt sich die Immigration gewinnsteuerlich als eine offene Kapitaleinlage der Aktionäre dar. Der Vorgang der Immigration ist somit als solcher gewinnsteuerlich neutral. Namentlich kann es nicht zu einer Besteuerung des offen ausgewiesenen Eigenkapitals auf den Zuzug der Gesellschaft hin kommen. Dies dürfte in der Praxis unbestritten sein.

Schwieriger und weniger klar präsentiert sich indessen die Praxis zu den verdeckten Kapitaleinlagen. Die Frage ist hier, ob die Gesellschaft in einer Steuerbilanz höhere gewinnsteuerliche Werte als die handelsrechtlichen Buchwerte geltend machen kann. Es lassen sich folgende Konzepte ausmachen:

- grundsätzlich keine Anerkennung einer Steuerbilanz, mit der Ausnahme von eng umschriebenen Sonderfällen;
- steuerneutrale Aufwertung in der Handelsbilanz kurz nach der verdeckten Einlage;
- Errichtung einer Steuerbilanz zum Zeitpunkt der Einlage, ohne Möglichkeit des späteren Ausweises höherer Steuerwerte;
- Anrechnung höherer steuerlicher Werte spätestens bei der Realisation des betreffenden Vermögenswerts.

74 DANON, Art. 60 LIFD N 40.

75 Botschaft FusG, 4483; KS Umstrukturierungen Ziff. 4.2.5.2.1; s. hierzu auch GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 277 f.

Diese unterschiedlichen Lösungsansätze kombinieren verschiedene Aspekte miteinander, die indessen gesondert zu untersuchen sind. Zuerst ist zu prüfen, ob Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG überhaupt eine Grundlage dafür bilden, dass eine Gesellschaft einen abweichenden Steuerwert geltend machen kann. Wenn dies bejaht wird, schliesst sich die Frage an, in welchem Zeitpunkt ein höherer steuerlicher Wert geltend zu machen ist, damit er im Veräusserungsfall an Stelle des handelsrechtlichen Buchwerts treten kann. Schliesslich bleibt zu beantworten, ob für die Anrechnung oder den Nachweis des höheren Steuerwerts eine bestimmte, von der Gesellschaft einzuhaltende Form oder die Erfüllung weiterer Bedingungen verlangt sind.

Zunächst ist festzuhalten, dass die grundsätzliche Anwendung von Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG auf verdeckte Kapitaleinlagen unbestritten ist.⁷⁶ Die Aktionäre stellen der Gesellschaft mit einer verdeckten gleich wie mit einer offenen Kapitaleinlage eine Finanzierung zur Verfügung.⁷⁷ Somit ist gemäss der einhelligen Lehre für die verdeckte Kapitaleinlage das Massgeblichkeitsprinzip nicht anwendbar, sondern es kommt zu einer steuerlichen Korrektur, damit das höher zu gewichtende Leistungsfähigkeitsprinzip verwirklicht wird.⁷⁸ Dass auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG grundsätzlich eine steuerliche Korrektur zu Gunsten der Gesellschaft erfolgen kann, anerkennt grundsätzlich auch die Verwaltungspraxis, wenn sie bei Privatisierungen (unter bestimmten Voraussetzungen) eine Steuerbilanz zulässt;⁷⁹ eine allgemeine Stellungnahme zur Berücksichtigung verdeckter Kapitaleinlagen in einer Steuerbilanz scheint aber zu fehlen.

In der Literatur werden verschiedene Auffassungen über den Zeitpunkt der Geltendmachung höherer Steuerwerte geäussert. Ein Teil der Lehre spricht sich dafür aus, dass

die verdeckte Kapitaleinlage sofort steuerlich offen gelegt werden muss. Als Grund hierfür wird vorab die Praktikabilität genannt, weil nur bei einem solchen Vorgehen die verdeckte Kapitaleinlage zeitnah bestimmt werden könne. Überdies werde die Steuerbehörde dadurch in die Lage versetzt zu prüfen, ob die verdeckte Kapitaleinlage allenfalls auf der Ebene des Einbringers Steuerfolgen zeitige. Sodann ergebe sich nur bei einem solchen Vorgehen die Möglichkeit, auf einem unterpreislich eingebrachten, abnutzbaren Sacheinlageobjekt die richtigen Abschreibungen zu berechnen.⁸⁰ Weiter wird darauf hingewiesen, dass die Steuererklärung nicht nur eine Wissens-, sondern auch eine Willenserklärung sei. Die Steuerbilanz könne deshalb nach Einreichen der Steuererklärung nur insoweit noch geändert werden, als die Voraussetzungen für einen Widerruf der Steuererklärung erfüllt seien. Diese Voraussetzungen richteten sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher es dem Steuerpflichtigen versage, sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch zu setzen.⁸¹

Dem steht die wohl überwiegende Meinung gegenüber, dass sich die Gesellschaft jederzeit auf einen höheren steuerlichen Wert berufen kann, weil es ansonsten zu einer Besteuerung von Scheingewinnen kommt.⁸² Dass bei einer späteren Geltendmachung eines höheren Steuerwerts Beweisschwierigkeiten entstehen, ist an sich offenkundig, ändert aber nach dieser Auffassung nichts am Ergebnis.⁸³

Die sog. Steuerbilanz ist gesetzlich nicht definiert. Bis zum Inkrafttreten des FusG hat es sogar an jeglichen gesetzlichen Regeln über die Anwendbarkeit höherer steuerlicher Werte gemangelt. Bloss die Deklaration des steuerlichen Eigenkapitals ist in Art. 125 Abs. 3 DBG geregelt.⁸⁴ Seither finden sich ausdrückliche Bestimmungen darüber, dass bei einer nachträglichen Besteuerung einer ursprünglich steuerneutralen Restrukturierung die übernehmende Gesellschaft entsprechende, als Gewinn

76 GIGER, Die prinzipielle Massgeblichkeit. Steuerliche Gewinnermittlung im Spannungsverhältnis von Handelsrecht und Steuerrecht am Beispiel verdeckter Kapitaleinlagen, 326; LOCHER, Art. 60 DBG N 39; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, 8 f.

77 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 274.

78 DANON, Art. 60 LIFD N 37; GIGER, Die Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen in eine Aktiengesellschaft bei den direkten Steuern – ein Diskussionsbeitrag, 285 f.; GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, 554 f.; DERS., Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen aus dem Privatvermögen in eine Aktiengesellschaft, 500 ff.; LOCHER, Art. 60 DBG N 39; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, 11.

79 Botschaft FusG, 4483; KS Umstrukturierungen Ziff. 4.2.5.2.1; s. hierzu auch GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 277 f.

80 CAGIANUT/HÖHN, Unternehmenssteuerrecht, 358; GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, 556; DERS., Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen aus dem Privatvermögen in eine Aktiengesellschaft, 500 ff.

81 BRÜLISAUER/HELBING, Art. 60 DBG N 32.

82 So insb. DANON, Art. 60 LIFD N 38; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 286; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, 13; vgl. sodann die Nachweise bei GLAUSER, 281.

83 GIGER, Die prinzipielle Massgeblichkeit. Steuerliche Gewinnermittlung im Spannungsverhältnis von Handelsrecht und Steuerrecht am Beispiel verdeckter Kapitaleinlagen, 326 f.; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 286; SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, 13.

84 Neu gefasst durch das Unternehmenssteuerreformgesetz II (AS 2008, 2897), in Kraft ab 1.1.2011.

versteuerte stille Reserven geltend machen kann.⁸⁵ Indessen hat das Bundesgericht schon unter dem früheren Recht die Verwendung höherer Steuerwerte in der Folge einer Sperrfristverletzung gefordert. Das Bundesgericht machte geltend, es sei offenkundig widersprüchlich und deshalb willkürlich, wenn einerseits die Fiktion der nachträglichen wirtschaftlichen Realisierung der stillen Reserven beim Sacheinleger zu einer Besteuerung des Liquidationsgewinns führe, andererseits aber die neue Gesellschaft diese Tatsache nicht durch eine Vermögensaufwertung in ihrer Steuerbilanz berücksichtigen dürfe.⁸⁶ Die Steuerbilanz ist ohnehin kein eigenständig nach steuerlichen Grundsätzen errichteter Vermögensstatus, sondern eine Liste mit den steuerlichen Abweichungen zu den handelsrechtlichen Werten.⁸⁷ Diese steuerlichen Abweichungen können durch auf Art. 58 Abs. 1 lit. b und c DBG beruhenden Korrekturen entstehen, die zwecks Berücksichtigung in der späteren Steuerperiode in der Steuerbilanz fortgeführt werden.⁸⁸ Die Steuerbilanz geht demnach, soweit sie nicht einen ausdrücklich gesetzlich geregelten Bereich betrifft, auf den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens zurück, der sich in der Regel an die Steuerbehörden wendet, welche steuerliche Korrekturen anbringen, die sie in späteren Steuerperioden gegen sich gelten lassen müssen.

Praktikabilität und zeitnaher Nachweis der Mehrwerte sprechen sicherlich dafür, dass höhere Steuerwerte grundsätzlich sofort steuerlich ausgewiesen werden. Jedoch genügen diese Gründe für sich alleine nicht, um den sofortigen Ausweis zu fordern, weil es um zwar gewichtige, aber dennoch nur praktische Probleme geht, zumal die Gesellschaft, die sich auf höhere Steuerwerte beruft, diese nachweisen muss, weil es sich um einen steuermindernden Umstand handelt. Deshalb muss es der Gesellschaft möglich sein, sich grundsätzlich jederzeit auf höhere Steuerwerte zu berufen, solange sie sich nicht in Widersprüche verstrickt und so gegenüber den Steuer-

behörden wider Treu und Glauben handelt.⁸⁹ Dabei hat die Gesellschaft die steuerlichen Deklarationspflichten, und dort im Besonderen Art. 125 Abs. 3 DBG, zu beachten. Diese Bestimmung zielt darauf ab, allfällige zum steuerbaren Gewinn gehörige Schuldzinsen auf dem verdeckten Eigenkapital (Art. 65 DBG) festzustellen.⁹⁰ Aus dem Normsinn von Art. 125 Abs. 3 ergibt sich demnach nichts, das gegen die spätere Geltendmachung eines höheren Steuerwerts spräche.

Auch geht es wohl zu weit, alleine aus dem Umstand, dass eine Steuererklärung eine Wissens- und Willenserklärung darstellt,⁹¹ zu schliessen, dass die Geltendmachung eines höheren Steuerwerts in einem späteren als dem Steuerjahr der Einlage ausgeschlossen sei,⁹² weil diese höheren Steuerwerte bisher möglicherweise keinen Einfluss auf die massgeblichen Steuerfaktoren der Gesellschaft hatten. Nur die Steuerfaktoren erwachsen bei einer Steuerveranlagung in Rechtskraft, während die Erwägungen, auf denen die Festsetzungen beruhen, lediglich die Bedeutung von Motiven haben, so dass sowohl die tatsächlichen als auch die rechtlichen Verhältnisse, auf denen eine rechtskräftige Veranlagung beruht, in einer späteren Periode anders beurteilt werden können.⁹³ Soweit die möglichen höheren Steuerwerte insofern ohne Relevanz gewesen sind oder die Gesellschaft aus anderen Gründen keinen Anlass hatte, einen abweichenden Steuerwert zu vertreten, kann ihr aus der unterlassenen steuerlichen Offenlegung noch kein Vorwurf gemacht werden. Vielmehr muss dieser Umstand in die Beurteilung der Gesamtumstände einbezogen werden. Der Nachweis der abweichenden Steuerwerte braucht dabei nicht in einer bestimmten Form erbracht zu werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass das Ziel des Veranlagungsverfahrens die vollständige und richtige Besteuerung ist (Art. 123 Abs. 1 DBG). Ein möglicher Mangel der Steuerklärungsunterlagen führt als solcher nicht zu einem Rechtsverlust, sondern löst allenfalls eine Veranlagung nach pflichtgemäsem Ermessen aus (Art. 130 Abs. 3 DBG). Die Veranlagungsbehörde muss mithin, selbst wenn eine Deklarationspflicht verletzt wurde, den Sachverhalt «pflichtgemäss» würdigen, was eine pauschale und vorweggenommene Ablehnung höherer Steuerwerte ausschliesst.

85 Art. 8 Abs. 3^{bis} Hs. 2 StHG bzw. Art. 19 Abs. 2 Hs. 2 DBG hinsichtlich Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs von einer Personunternehmung auf eine juristische Person (s. hierzu KS Umstrukturierungen Ziff. 3.2.3.2); Art. 24 Abs. 3^{ter} Hs. 2 StHG bzw. Art. 61 Abs. 2 Hs. 2 DBG hinsichtlich Übertragungen auf Tochtergesellschaften (s. hierzu KS Umstrukturierungen Ziff. 4.4.1.2.9); Art. 24 Abs. 3^{quinquies} S. 2 StHG bzw. Art. 61 Abs. 4 S. 2 hinsichtlich konzerninterner Übertragungen (s. hierzu KS Umstrukturierungen Ziff. 4.5.2.17).

86 BGer, 5.7.1979, StR 1980, 26, 28 f. = ZBI 1980, 186, 187 f.; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 171.

87 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER, § 19 lit. b StG ZH N 432.

88 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 172 f.

89 GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 286.

90 ZWEIFEL, Art. 126 DBG N 36.

91 Vgl. ZWEIFEL/CASANOVA, Schweizerisches Steuerverfahrensrecht. Direkte Steuern, § 16 Rz 14 f.

92 Vgl. BRÜLISAUER/HELBING, Art. 60 DBG N 32.

93 BGer, 10.8.2009, StR 2009, 886, 891 f.; BGer, 11.11.2005, ASA 77 (2008/2009), 264 f.

Allerdings schränkt die bundesgerichtliche Praxis den Grundsatz, dass nur das Dispositiv des Veranlagungsentscheidings in Rechtskraft erwächst, zum Nachteil des Steuerpflichtigen ein. Das Bundesgericht hat es abgelehnt, dass eine steuerpflichtige Gesellschaft geltend machen kann, sie hätte in einer früheren Steuerperiode, welche so oder anders mit einem steuerbaren Gewinn von null einzuschätzen war, steuerlich stille Reserven in der Form überhöhter Rückstellungen auflösen müssen. Es hielt fest, dass die gesetzlichen Deklarationspflichten illusorisch wären, wenn bei einer rechtskräftigen Nulltaxation auch später noch stille Reserven aufgelöst und zur Verrechnung gebracht werden könnten. Der Steuerpflichtige sei nicht nur auf den der Steuerbehörde vorgelegten Jahresrechnungen zu behaften, sondern auch auf den weiteren Unterlagen sowie auf der ordnungsgemäss eingereichten Steuererklärung, für deren Richtigkeit und Vollständigkeit er die Verantwortung trage.⁹⁴ Aus materiellrechtlicher Sicht wäre somit die spätere Geltendmachung eines höheren Steuerwerts zuzulassen, jedoch dürften nach Auffassung des Bundesgerichts die steuerlichen Deklarationspflichten eine sofortige Offenlegung fordern.

Die ESTV hat sich bereits in einem Fall X. SA dagegen ausgesprochen, dass eine unterpreislich eingebrachte Beteiligung steuerneutral auf den Verkehrswert aufgewertet werden könne, weil die Gesellschaft an den ursprünglichen handelsrechtlichen Buchwert gebunden sei. Die Steuerrekurskommission des Kantons Freiburg folgte im Entscheid vom 30.10.1987 dieser formalen Betrachtungsweise nicht. Vor dem Hintergrund, dass es sich offenkundig um eine Sacheinlage des Aktionärs im Rahmen der sog. Agio-Lösung zwecks Verhinderung des Transponierungstatbestandes gehandelt habe, sei die X. SA berechtigt gewesen, die Beteiligung in ihren Büchern sofort – noch während des laufenden Geschäftsjahres – aufzuwerten und den Mehrwert direkt den Reserven gutzuschreiben.⁹⁵ Diesem Entscheid folgend hat die Praxis die Verbuchung des Mehrwerts als Agio anerkannt, wobei die Bilanzierung spätestens im Verlaufe des Geschäftsjahres, in dem die Sacheinlagen erfolgten, vorzunehmen sei.⁹⁶ Eine nur in der Steuerbilanz erfolgte Wertanpassung wird indessen auch in diesem Fall abgelehnt.⁹⁷

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid vom 11.3.2002 i. S. R. Holding AG gegen eine steuerneutrale Aufwer-

tung in der Handelsbilanz einer unterpreislich eingebrachten Beteiligung ausgesprochen. Offenbar war die verdeckte Kapitaleinlage zwar 1994 erfolgt, aber die Aufwertung wurde erst im Geschäftsjahr 1995 im Nachgang zur Erhebung der Emissionsabgabe vorgenommen. Das Bundesgericht führte aus, die betroffene Gesellschaft müsse sich auf Grund des Massgeblichkeitsprinzips auch in den folgenden Jahren bei den einmal gewählten Buchansätzen und somit ihrer Unterbewertung behaften lassen; insbesondere könne sie sich bei einer späteren Realisation nicht mit historischen Argumenten gegen die Gewinnverwirklichung zur Wehr setzen; die bei der Einbringung entstandenen stillen Reserven würden im Realisierungszeitpunkt oder bei der Auflösung der Gesellschaft als ihr Gewinn besteuert.⁹⁸ Dieser Entscheid hat lebhaften und einhelligen Widerspruch hervorgerufen. Es wird zu Recht hervorgehoben, dass die Besteuerung der Aufwertung die Grundsätze der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Totalgewinns verletze.⁹⁹ Das Bundesgericht habe sich nicht mit der massgeblichen Frage auseinandergesetzt, ob Art. 60 lit. a DBG angewendet werden müsse. Es habe sich um eine Kapitaleinlage gehandelt, die gemäss dieser Vorschrift, welche dem Massgeblichkeitsprinzip vorgehe, unbesteuert bleibe.¹⁰⁰ Selbst wenn die Aufdeckung der verdeckten Kapitaleinlage nach der strengen verfahrensrechtlichen Betrachtungsweise des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Verlustvorträgen beurteilt wird, müsste die Aufwertung in der Handelsbilanz als Nachvollzug des höheren Steuerwerts anerkannt werden, denn die Gesellschaft machte den höheren Steuerwert offenkundig noch im laufenden Veranlagungsverfahren geltend.¹⁰¹ Aus dem Entscheid des Bundesgerichts vom 11.3.2002 darf nach alledem nicht abgeleitet werden, dass für verdeckte Kapitaleinlagen überhaupt keine steuerlichen Korrekturen der handelsrechtlichen Bilanz und Erfolgsrechnung mehr möglich sind.

94 BGer, 19.1.2007, StE 2007 B 72.11 Nr. 15 E 4.2.1 = StR 2007, 518, 522.

95 RK FR, 30.10.1987, StR 1990, 560, 569 f.

96 AGNER/JUNG/STEINMANN, Art. 60 DBG N 1; GURTNER, Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen aus dem Privatvermögen in eine Aktiengesellschaft, 516; LOCHER, Art. 60 DBG N 40.

97 SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, 8.

98 BGer, 11.3.2002, StE 2002 B 72.13.1 Nr. 3 E 3b = StR 2002, 392, 396.

99 GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, 552; LOCHER, revArt. 61 DBG N 142; SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002. Direkte Bundessteuer, 16.

100 DANON, Art. 60 LIFD N 37; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 277; GURTNER, Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, 556; REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (1. Teil), 233; SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002. Direkte Bundessteuer, 16.

101 Vgl. auch REICH/WALDBURGER, Rechtsprechung im Jahr 2002 (1. Teil), 233; SIMONEK, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002. Direkte Bundessteuer, 16 f.

Auch sollte die Praxis in der Folge des Entscheids X. SA nicht betroffen sein.¹⁰²

Wie schon oben erwähnt, haben Bundesrat und Verwaltung bestätigt, dass bei der Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft die Überführung des Vermögens in den steuerbaren Bereich als Kapitaleinlage iSv Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG anerkannt wird.¹⁰³ Allerdings wird die Steuerbilanz von strengen Bedingungen abhängig gemacht: Eine vorgängige Aufwertung im steuerfreien Bereich müsse unzulässig sein und die stillen Reserven müssten im Inventar festgehalten werden, welches im Allgemeinen durch einen besonders befähigten Revisor zu überprüfen sei. Eine Aufwertung vor der Umwandlung ist nach dieser Auffassung nur bei Banken nicht statthaft, weil für diese die Stetigkeit in der Darstellung und Bewertung spezialgesetzlich vorgeschrieben sei.¹⁰⁴ Im Ergebnis wird somit nur in seltenen Fällen eine Steuerbilanz überhaupt zugelassen. Immerhin scheinen in Einzelfällen bei Nachweis einer ausländischen Wegzugssteuer jene höheren Werte als steuerliche Eingangsbilanz akzeptiert worden zu sein.

Diese einschränkenden Voraussetzungen einer Steuerbilanz lassen sich weder Art. 24 Abs. 2 lit. a StHG bzw. Art. 60 lit. a DBG entnehmen noch vor dem Hintergrund der steuerlichen Deklarationspflichten rechtfertigen. Das Bestreben der Verwaltung geht offenkundig dahin, von der Handelsbilanz abweichende Steuerwerte möglichst zu vermeiden. Dies kann aber auch nicht mit Verwaltungsökonomie und Praktikabilität erklärt werden, weil der Nachweis der höheren Steuerwerte und die ordnungsgemässe Deklaration der steuerpflichtigen Gesellschaft obliegen. Die zu strenge Handhabung formeller Kriterien verunmöglicht die Anwendung des materiellen Rechts und ist deshalb abzulehnen.¹⁰⁵ Auch Billigkeitslösungen befriedigen nicht.

Festzuhalten ist sodann, dass der Bundesrat im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II ausgeführt hat, eine Kapitaleinlage infolge Sacheinlage über den Nennwert des Aktienkapitals oder der Forderung hinaus könne vorübergehend auch bloss in der Steuerbilanz berücksichtigt werden; die Handelsbilanz sei jedoch möglichst unverzüglich anzupassen.¹⁰⁶ Dies zeigt, dass die überstrengen

Voraussetzungen an die Steuerbilanz auch die Verwaltung nicht überzeugen können.¹⁰⁷

Darüber hinaus ist die Aufwertung vor der Umwandlung oder, vorliegend, dem Zuzug in die Schweiz kein Ersatz für die Steuerbilanz, weil die Gesellschaft unter Umständen die schweizerischen Rechnungslegungsgrundsätze nicht einhalten könnte. Schliesslich ist die Begründung, weshalb nur Banken eine Steuerbilanz bilden können, nicht schlüssig. Der Grundsatz der Stetigkeit in Darstellung und Bewertung gilt allgemein (Art. 662a Abs. 2 Ziff. 5 OR), so dass mit dem selben von der Verwaltung vorgebrachten Argument die Steuerbilanz generell zuzulassen ist.

3 Verrechnungssteuer

Der Verrechnungssteuer unterliegen gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG als Erträge auf beweglichem Kapitalvermögen u. a. die Gewinnanteile oder sonstigen Erträge der von einem Inländer ausgegebenen Aktien und Stammanteile an einer GmbH, Genossenschaftsanteile, Partizipationsscheine und Genussscheine. Steuerpflichtig ist der Schuldner der steuerbaren Leistung (Art. 10 Abs. 1 VStG), mithin die inländische Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft (im Folgenden verkürzt nur «Kapitalgesellschaft»). Als Inländer gilt insbesondere, wer im Inland statutarischen Sitz hat oder als Unternehmen im inländischen Handelsregister eingetragen ist (Art. 9 Abs. 1 Hs. 1 VStG). Hieraus ergibt sich, dass die zuziehende Gesellschaft mit ihrem Eintrag im Handelsregister für die unter Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG fallenden Gewinnausschüttungen für die Verrechnungssteuer steuerpflichtig wird.¹⁰⁸

Der Verrechnungssteuer unterliegen alle offenen oder verdeckten Gewinnausschüttungen der inländischen Kapitalgesellschaft (Art. 20 Abs. 1 VStV). Erwirtschaftete, aber einbehaltene und nicht ausgeschüttete Gewinne unterliegen nur latent der Verrechnungssteuer. Die Steuer fällt erst bei der offenen oder verdeckten Ausschüttung an die Aktionäre an.

Nach geltendem Recht bzw. geltender Praxis ist das Nennwertprinzip massgebend. Dieses ergibt sich nicht direkt aus dem VStG. In Art. 20 Abs. 1 VStV ist ausdrücklich festgehalten, dass alle Leistungen, die nicht

102 In diesem Sinn wohl ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, 310.

103 Vgl. auch DANON, Art. 60 LIFD N 39; GLAUSER, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, 277 f.

104 Botschaft FusG, 4483; KS Umstrukturierungen Ziff. 4.2.5.2.1.

105 SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung, 13.

106 Botschaft UStR II, 4802.

107 Vgl. ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, 309, allerdings mit der Einschränkung, dass die handelsrechtliche Höchstbewertung zu beachten sei.

108 Zum Beginn der Steuerpflicht s. PFUND, Art. 10 VStG N 1.13, 2.3 f.

eine formelle Rückzahlung des Nennkapitals darstellen, der Verrechnungssteuer unterworfen sind. Steuerbar sind ebenfalls Gratisaktien.¹⁰⁹ Deshalb unterliegen Kapitaleinlagen der Anteilhaber ins Agio oder in die Reserven ebenfalls latent der Verrechnungssteuer.¹¹⁰ Die Steuerbarkeit der Einlagen lässt sich nicht rechtfertigen; es resultieren auch standortpolitische Nachteile, die wegen der Sockelsteuer auch von den Doppelbesteuerungsabkommen nicht immer vollumfänglich behoben werden können.¹¹¹

Somit werden die im Ausland entstandenen offenen und stillen Reserven (inbegriffen solche, die auf Kapitaleinlagen der Aktionäre zurückgehen) bei der Sitzverlegung in die Schweiz latent der Verrechnungssteuer unterworfen, während nur das Eigenkapital in der Form von Nennkapital verrechnungssteuerfrei bleibt. Weil die Aktionäre die Verrechnungssteuer möglicherweise nicht vollständig zurückfordern oder an ihre ausländische Steuer anrechnen können und überdies einen Liquiditätsnachteil haben, stellt die Verrechnungssteuer einen ganz gewichtigen Nachteil des hiesigen Standorts dar.¹¹² Eine gewisse Abhilfe kann die Schaffung von Nennkapital namentlich durch Ausgabe von Gratisaktien bringen. Um die Verrechnungssteuer zu vermeiden, hat dies vor der Sitzverlegung zu geschehen. Eine Umgehung der Verrechnungssteuer ist dies nicht, weil das Eigenkapital der Gesellschaft im Ausland entstanden ist und vor dem Zuzug in die Schweiz keine Berührungspunkte zur Verrechnungssteuer bestehen. Allerdings muss sich die Gesellschaft diese sachgerechte Gestaltung unter Umständen mit der Emissionsabgabe auf dem neuen Nennwert erkaufen, wenn die Kapitalerhöhung kurz vor der Immigration erfolgt.

Am 1.1.2011 wird der neue Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG in Kraft treten,¹¹³ der das Kapitaleinlageprinzip¹¹⁴ einführt. Die Rückzahlung von Einlagen, Aufgeldern und Zuschüssen, die von den Inhabern der Beteiligungsrechte nach dem 31.12.1996 geleistet worden sind, wird gleich behandelt wie die Rückzahlung von Grund- oder Stammkapital, erfolgt mithin ohne Abzug der Verrechnungssteuer. Allerdings ist diese Gleichstellung, die eigentlich selbstverständlich sein müsste, an die Bedingung geknüpft, dass die Einlagen, Aufgelder und Zuschüsse in der Handelsbilanz auf einem gesonderten Konto ausgewiesen werden und die Gesellschaft jede Veränderung auf diesem Konto der ESTV meldet.

Die Voraussetzung der offenen Verbuchung auf einem gesonderten Konto der Handelsbilanz ist für den hier zur Diskussion stehenden Zuzug einer Kapitalgesellschaft aus dem Ausland offenkundig zu eng gefasst. Zunächst verlangt der Wortlaut des Gesetzes die Verwendung eines Kontos der Handelsbilanz. Somit werden verdeckte Kapitaleinlagen sachwidrig vom Kapitaleinlageprinzip ausgeschlossen. Es leuchtet nicht ein, weshalb trotz etwagem erbrachtem Nachweis einer verdeckten Kapitaleinlage diese weiterhin latent der Verrechnungssteuer unterliegen soll, stammen doch diese Mittel von den Aktionären und sind nicht von der Gesellschaft erarbeitet worden.¹¹⁵ Weder der Sicherungs- noch der Belastungszweck der Verrechnungssteuer vermögen diese gesetzliche Einschränkung zu begründen, die sich auch in einem gesetzesinternen Widerspruch mit der Liquidationsfiktion für die Sitzverlegung ins Ausland (Art. 4 Abs. 2 VStG) befindet.

Es ist auch zu beachten, dass Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG nichts über den Zeitpunkt sagt, in welchem die Verbuchung auf das gesonderte Konto der Handelsbilanz erfolgen muss; jedoch sind Veränderungen auf dem Konto der ESTV zu melden. Somit bleibt an sich die Möglichkeit offen, die Verbuchung noch im laufenden oder in einem späteren Geschäftsjahr vorzunehmen. Diese Auffassung steht mit den bundesrätlichen Ausführungen in der Botschaft UStR II in Einklang,¹¹⁶ wonach eine Sacheinlage über den Nennwert des Aktienkapitals oder der Forderung hinaus vorübergehend auch bloss in der Steuerbilanz berücksichtigt werden könne; die Handelsbilanz sei jedoch möglichst unverzüglich anzupassen. Die in einer Steuerbilanz steuerlich offen gelegten verdeckten Kapitaleinlagen können deshalb noch bei der Realisation des entsprechenden Aktivums in die handelsrechtliche Bilanz übergeführt werden.¹¹⁷ Der ESTV ist die Kontrolle des Einlagekontos und seiner Entwicklung ohne weiteres an Hand

109 Hierzu Duss/von AH, Art. 4 VStG N 123 ff.

110 PFUND, Art. 4 VStG N 3.45.

111 Botschaft UStR II, 4800 f.

112 Botschaft UStR II, 4801.

113 Unternehmenssteuerreformgesetz II (AS 2008, 2900).

114 Zum Begriff s. Botschaft UStR II, 4801.

115 Die verdeckten Kapitaleinlagen sind in der Botschaft UStR II nicht erwähnt worden. Die Begründung für den offenen Ausweis in der Handelsbilanz geht dahin (Botschaft UStR II, 4801), dass die ausländischen Rechnungslegungsvorschriften im Bereich des Eigenkapitals den separaten Ausweis von zusätzlichen Einzahlungen der Gesellschafter (Agios) forderten, so dass zwischen Reserven, die durch Einlagen von Aktionären geschaffen wurden, und solchen, die durch Gewinne der Gesellschaft geäuft wurden, unterschieden werden könne. Wäre eine entsprechende Buchführungsnorm im Handelsrecht vorgesehen, käme man wohl schon auf Grund des Massgeblichkeitsprinzips nicht darum herum, das einbezahlte Agio dem Nennwertkapital gleichzustellen.

116 Botschaft UStR II, 4802.

117 RECHSTEINER/SIGRIST, Das Kapitaleinlageprinzip der UStR II. Unklarheiten in der Praxis klären und vorbeugend handeln, 785; UNTERSANDER, Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II, 49. ALTORFER/ALTORFER, Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, 309 f., lassen offen, ob die «möglichst unverzügliche» Anpassung der Handelsbilanz bedeutet, dass sie in dem Steuerjahr erfolgen

der handelsrechtlichen Bilanz und der ergänzenden Angaben in der Steuerbilanz möglich. Ob die Verwaltung diesem konsequenten und sachlich gerechtfertigten Lösungsansatz folgen wird, ist angesichts ihrer Zurückhaltung gegenüber dem Ausweis von verdeckten Kapitaleinlagen in einer Steuerbilanz fraglich.

Sodann müssten die gesamten offenen (und nach dem eben Gesagten auch die in einer Steuerbilanz ausgewiesenen stillen) Reserven der zuziehenden Gesellschaft als steuerfrei rückzahlbare Einlagen anerkannt werden, weil erstens die Gesellschaft neu in die Steuerpflicht eintritt und zweitens bei der Sitzverlegung die gesamten Eigenmittel durch Beschluss der Aktionäre dieser neu schweizerischen Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden.¹¹⁸ Würde die Sitzverlegung aus Gründen des ausländischen Gesellschaftsrechts mit gleicher Endstruktur mittels Liquidation der ausländischen Gesellschaft und Sacheinlage der Aktiven und Passiven in eine neu errichtete Gesellschaft bewerkstelligt, stünde ausser Zweifel, dass das Eigenkapital vollständig auf Leistungen der Aktionäre zurückgeht.

Auch die Überlegung, dass der Zuzug der umgekehrte Vorgang des Wegzugs ist, lässt die Reserven der zuziehenden Gesellschaft als Einlagen der Aktionäre iSv Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG erscheinen. Wenn die Gesellschaft bei einem Wegzug ins Ausland verrechnungssteuerlich liquidiert wird (Art. 4 Abs. 2 VStG), muss der Zuzug ins Inland als eine Neugründung behandelt werden, so dass die gesamten Reserven Einlagen der Aktionäre darstellen.¹¹⁹ Schliesslich dürften Reserven auch in anderen Fällen, in denen bisher nicht der Verrechnungssteuer verhaftete Eigenmittel in eine inländische Kapitalgesellschaft übergeführt werden, im Umfang der im verrechnungssteuerfreien Bereich entstandenen Reserven als Einlagen der Aktionäre anzuerkennen sein. Zu denken ist hier namentlich an Umwandlungen von Instituten des öffentlichen Rechts, Vereinen und Stiftungen in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft. Der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft ist nicht anders zu behandeln, weil die (offenen und stillen) Reserven verrechnungssteuerfrei im Ausland entstanden sind.

Dem Vernehmen nach will aber die ESTV die in die Schweiz übergeführten Reserven, welche nicht auf Kapitaleinlagen im Ausland zurückgehen, nicht als Kapi-

taleinlagen der Aktionäre in die zugezogene Schweizer Gesellschaft anerkennen. Diese Ansicht lässt sich aus dem Wortlaut und dem Sinn von Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG kaum herleiten. Die Begründung ist wohl in einem anderen Zusammenhang zu suchen. Das Kapitaleinlageprinzip wird mit den selben Voraussetzungen auch bei der Einkommensbesteuerung der privaten Schweizer Aktionäre eingeführt.¹²⁰ Nach der Immigration wäre es also denkbar, dass die Gesellschaft verrechnungssteuerfrei Reserven an die Aktionäre ausschüttet, welche bei diesen steuerbaren Ertrag iSv Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bilden müssten. Einkommens- und Verrechnungssteuer wären somit in diesem Bereich nicht mehr lückenlos aufeinander abgestimmt.

Dem ist entgegenzuhalten, dass beim privaten Aktionär nicht zwischen Erträgen aus inländischen oder ausländischen Beteiligungsrechten unterschieden wird. Solange sich die Gesellschaft im Ausland befindet, wird die Schweizer Einkommenssteuer nicht durch die Verrechnungssteuer gesichert, so dass es keine Parallelität zwischen Einkommens- und Verrechnungssteuer gibt. Im schweizerischen Binnenverhältnis ist die unterschiedliche Qualifikation für die Verrechnungs- und Einkommenssteuern ohne weiteres gerechtfertigt, weil es sich um zwei verschiedene Steuern und wesentlich unterschiedliche Sachverhalte handelt. Während sich für den privaten Aktionär einkommenssteuerlich durch die Sitzverlegung nichts ändert, tritt die Gesellschaft neu in die Verrechnungssteuerpflicht ein. Die Disparität zwischen Verrechnungssteuer und Einkommenssteuer der privaten Schweizer Aktionäre ist deshalb hinzunehmen. Stärker als der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer ist hier die sachgerechte Abgrenzung der Schweizer Steuerhoheit zum Ausland zu gewichten, denn gerade in den Fällen des Zuzugs ausländischer Gesellschaften befinden sich deren Aktionäre oftmals im Ausland. Gegenüber diesen Aktionären lässt sich die Erhebung der Verrechnungssteuer auf den im Ausland entstandenen Reserven nicht rechtfertigen.

Als Alternative zur Sitzverlegung, welche eine verrechnungssteuerlich ungünstige Situation schafft, ist im Einzelfall der sog. Aktientausch zu prüfen. Mittels Einlage der Aktien der ausländischen Gesellschaft in eine neu gegründete Schweizer Gesellschaft wird offen eingelegtes Eigenkapital geschaffen, welches gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} VStG verrechnungssteuerfrei an die Aktionäre zurückgezahlt werden kann. Die verrechnungssteuerlich anerkannte Kapitaleinlage kann dabei bis zur Höhe des Verkehrswerts reichen, so dass sich je nach Situation eine

muss, in welchem der Gesellschaft die verdeckte Kapitaleinlage zugewendet wird.

118 So auch DENNER/PRATTER, Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz, 791.

119 DENNER/PRATTER, Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz, 790 f.

120 Art. 7b StHG bzw. Art. 20 Abs. 3 DBG idF gemäss Unternehmenssteuerreformgesetz II (AS 2008, 2898 bzw. 2895).

wesentlich höhere Basis an verrechnungssteuerfrei auszahlbaren Eigenmitteln ergibt. Dieser Umstand kann bei einem vorwiegend ausländischen Aktionariat von ganz erheblicher Bedeutung sein. Ein weiterer Vorteil des Aktientausches kann darin bestehen, dass er emissionsabgabefrei vollzogen werden kann, wenn es sich um einen Restrukturierungsvorgang handelt (Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG), während eine Nennkapitalerhöhung vor dem Zuzug weniger verrechnungssteuerfrei rückzahlbares Eigenkapital schafft und zudem unter Umständen mit der Emissionsabgabe belegt wird. Der Aktientausch wird in der Praxis auf verschiedene Weisen bewerkstelligt, worauf hier nicht näher eingegangen werden kann.

4 Emissionsabgabe

4.1 Immigration kein steuerbarer Tatbestand

Der Emissionsabgabe unterliegen u. a. die entgeltliche oder unentgeltliche Begründung und Erhöhung des Nennwerts von Beteiligungsrechten inländischer Kapitalgesellschaften (Art. 5 Abs. 1 lit. a StG). Auf den Ort der tatsächlichen Verwaltung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.¹²¹ Der Inländerbegriff ist somit formell umschrieben.¹²² Als Inländer gilt u. a., wer in der Schweiz seinen statuarischen Sitz hat (Art. 4 Abs. 1 StG). Bei einer Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz ohne Liquidation im Ausland und Neugründung in der Schweiz bleibt das Rechtssubjekt bestehen und unterstellt sich neu dem Schweizer Recht. Es liegt keine Neugründung vor und damit auch keine Begründung eines Beteiligungsrechts, weil das Beteiligungsrecht bereits besteht. Das Beteiligungsrecht wird nicht begründet, sondern lediglich dem Schweizer Recht unterstellt und somit «inländisch». Die Immigration einer ausländischen Kapitalgesellschaft in die Schweiz unterliegt somit gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a StG nicht der Emissionsabgabe.

Dass sich Art. 5 Abs. 1 lit. a StG nur auf die neu geschaffenen und inländischen Beteiligungsrechte beschränkt, ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus einer historischen und systematischen Auslegung. Die Immigration war schon immer ein gesonderter Steuertatbestand. Vor Inkrafttreten des geltenden StG hatte eine ausländische Aktiengesellschaft, die ihren Sitz ohne Liquidation und Neugründung in die Schweiz verlegen wollte, diejenigen Emissionsabgaben zu entrichten, die sie zu bezahlen verpflichtet gewesen wäre, wenn sie ih-

ren Sitz bei der Ausgabe der Titel in der Schweiz gehabt hätte. Weil diese gesetzliche Ordnung aufwendige Abklärungen im Einzelfall nach sich zog, wurde für das neue Recht die Sitzverlegung der Neugründung gleichgestellt.¹²³ Damit wurde ein zusätzlicher Steuertatbestand geschaffen. Art. 5 Abs. 2 lit. c StG lautete wie folgt:¹²⁴

²Der Begründung von Beteiligungsrechten im Sinne von Absatz 1 Buchstabe a sind gleichgestellt:

c. die Verlegung des Sitzes einer ausländischen Aktiengesellschaft in die Schweiz ohne Neugründung (...).

Art. 5 Abs. 2 lit. c StG wurde auf den 1.4.1993 mit der Begründung aufgehoben¹²⁵, das EU-Recht verzichtete auf die Besteuerung dieser wirtschaftlichen Vorgänge.¹²⁶ Das EU-Recht war schon beim Erlass des StG berücksichtigt worden.¹²⁷ Die mittlerweile durch die Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG abgelöste Kapitalansammlungs-RL 69/355/EWG sah vor, dass die Verlegung des Orts der tatsächlichen Geschäftsleitung innerhalb der EU nicht der «Gesellschaftssteuer», d. h. der Steuer auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften, unterliegt.¹²⁸ Hierzu muss angefügt werden, dass innerhalb der EU die Kompetenz zur Erhebung der Gesellschaftssteuer demjenigen Staat zusteht, in welchem sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung der Kapitalgesellschaft zum Zeitpunkt der Kapitalzuführung befindet.¹²⁹ Unter der geltenden Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG hat sich insofern nichts geändert.¹³⁰ Indessen ist die vollständige Abschaffung der Gesellschaftssteuer durch die Mitgliedstaaten beabsichtigt. Sie darf nur noch weiterhin und zu einem maximalen Satz von 1 % von jenen Mitgliedstaaten erhoben werden, welche sie bereits am 1.1.2006 erhoben haben, und eine etwaige Wiedereinführung der Gesellschaftssteuer ist untersagt.¹³¹

Für die schweizerische Emissionsabgabe wurde die Regelung über die Verlegung des Orts der tatsächlichen Ge-

123 Botschaft StG, 1290 f.

124 AS 1974 I 11, 13.

125 AS 1993 I 223, 227.

126 Bericht StG, 516; HINNY, Emissionsabgabebefreiung bei Umstrukturierungen. Eine Untersuchung hinsichtlich der vom Gesetz verlangten Europakompatibilität, 564 f.

127 Botschaft StG, 1282; HINNY, Emissionsabgabebefreiung bei Umstrukturierungen. Eine Untersuchung hinsichtlich der vom Gesetz verlangten Europakompatibilität, 562 f.

128 Art. 4 Abs. 3 lit. b Kapitalansammlungs-RL 69/335/EWG; anders hingegen die Regelung für die Zuzüge durch Sitzverlegung aus Drittstaaten, welche der Gesellschaftsteuer unterworfen sind (Art. 4 Abs. 2 lit. f Kapitalansammlungs-RL 69/335/EWG).

129 Früher Art. 2 Abs. 1 Kapitalansammlungs-RL 69/335/EWG und neu Art. 10 Abs. 1 Unterabs. 1 Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG.

130 Art. 5 Abs. 1 lit. d (ii) Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG.

131 Art. 7 Abs. 1 und 2 Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG.

121 Risi, Art. 4 StG N 11.

122 Risi, Art. 4 StG N 3, 7.

schäftsleitung sinngemäss übernommen,¹³² indem für die Schweizer Emissionsabgabe nach wie vor die Begründung von formell inländischen Beteiligungsrechten massgeblich ist, während der Ort der tatsächlichen Verwaltung unerheblich ist.

Die Immigration ist nach dem Gesagten nicht von der Emissionsabgabe befreit, sondern vom Steuertatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a StG nicht erfasst; es bedarf keines Umkehrschlusses aus der Abschaffung von Art. 5 Abs. 3 lit. c StG. Diese Nichtunterstellung der Immigration unter die Emissionsabgabe ist sodann vorbehaltlos; es kommt nicht darauf an, wo sich der Ort der tatsächlichen Verwaltung befindet und ob die Beteiligungsrechte im Wegzugsstaat mit einer der Emissionsabgabe vergleichbaren Steuer belegt wurden.

4.2 Umgehungsvorbehalt

Die Praxis der ESTV erblickt in der kurz vor Immigration erfolgten Gründung der Gesellschaft oder Erhöhung des Nennkapitals eine Steuerumgehung.¹³³ Im Sinne einer Faustregel scheinen Gründungen oder Kapitalerhöhungen innert eines Jahres vor Zuzug in die Schweiz mögliche Steuerumgehungen darzustellen. Besteuert wird der Nennwert der Aktien. Als maximal angemessenes Aktienkapital, welches ohne Emissionsabgabe im Ausland gebildet werden konnte, wird das minimale steuerliche Eigenkapital anerkannt.¹³⁴ Eine sinngemässe Praxis findet sich bei der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG,¹³⁵ womit Restrukturierungsvorgänge von der Emissionsabgabe freigestellt werden. Nachdem die Immigration von Kapitalgesellschaften nicht der Emissionsabgabe unterliegt, kann auch kein entsprechender Steuertatbestand umgangen werden. Vielmehr muss sich die etwaige Umgehung auf die Begründung inländischer Beteiligungsrechte beziehen. Somit wird unterstellt, die betreffende Gesellschaft habe richtigerweise die Erhöhung des Nennkapitals in der Schweiz und damit der Schweizer Emissionsabgabe unterliegend durchführen müssen.

Die Umstrukturierungen und die Sitzverlegungen in die Schweiz sind im selben Zug durch Einfügung von Art. 6

Abs. 1 lit. a^{bis} StG und Streichung von Art. 5 Abs. 1 lit. c StG von der Emissionsabgabe befreit worden. Die Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG beschlägt deshalb ein eng verwandtes Thema und muss aus diesem Grund bei der Beurteilung der Immigration herangezogen werden.

Das Bundesgericht hat hinsichtlich der Fusion zwischen zwei faktisch liquidierten Gesellschaften festgehalten, dass die Befreiung gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG (bzw. damals noch die Ermässigung gemäss aufgehobenem Art. 9 Abs. 1 lit. a StG) nicht mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise verweigert werden könne. Die Stempelabgabe sei eine Kapitalverkehrssteuer, die an bestimmte, im Gesetz umschriebene Vorgänge des Rechtsverkehrs anknüpfe. Dem formalen Charakter dieser Steuer entspreche, dass für die Abgabepflicht die rechtliche Gestaltung eines Geschäftes entscheidend sei und nicht der von den Beteiligten verfolgte wirtschaftliche Zweck. Eine Ausnahme gelte nur dort, wo das Gesetz selbst wirtschaftlich geprägte Begriffe und Umschreibungen verwende, wie etwa beim Mantelhandel oder bei «Fusionen wirtschaftlich gleichkommenden Zusammenschlüssen».¹³⁶ Bei einem fusionsähnlichen Zusammenschluss durch Einbringung von Beteiligungsrechten (der sog. Quasifusion) verlangt das Bundesgericht für die Befreiung von der Emissionsabgabe gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a^{bis} StG, dass sich wirtschaftlich aktive Gesellschaften zusammenschliessen.¹³⁷ Sodann hat das Bundesverwaltungsgericht bei indirekten Zuschüssen iSv Art. 5 Abs. 2 lit. a StG die bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach das StG einen formellen Aktionärsbegriff verwendet, der nicht wirtschaftlich, sondern zivilrechtlich geprägt ist.¹³⁸

Der Zuzug in die Schweiz ist von der Emissionsabgabe gerade nicht erfasst, und die Steuer fällt gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a StG auf der Begründung oder Erhöhung von inländischen Beteiligungsrechten an, was ein rechtlicher Vorgang ist. Eine allfällige Kapitalerhöhung vor der Sitzverlegung in die Schweiz ist somit nach formalen Kriterien zu beurteilen, und eine wirtschaftliche Betrachtungsweise fällt ausser Betracht. Deshalb kommt eine Erhebung der Emissionsabgabe nur in Frage, wenn eine eigentliche Steuerumgehung nachgewiesen werden kann. Eine schematisierende Betrachtungsweise verbietet sich demnach, aber auch eine Besteuerung, die einzig auf Überlegungen zum wirtschaftlichen Gehalt der Transaktion beruht.

132 Bericht StG, 516, mit Hinweis auf die RL 85/303/EWG des Rates zur Änderung der Kapitalansammlungs-RL 69/355/EWG. Die RL 85/303/EWG brachte namentlich die Befreiung von Unternehmensumstrukturierungen von der Gesellschaftssteuer und einen maximalen Steuersatz von 1 % und gab den Mitgliedstaaten sodann die Möglichkeit, ihre jeweilige Gesellschaftssteuer gänzlich abzuschaffen.

133 Vgl. auch ECKERT/PIQUET, Art. 5 LT N 75.

134 Die ESTV wendet das KS Verdecktes Eigenkapital an und ermittelt auf diese Weise das maximal steuerfrei immigrierbare Aktienkapital. Bei Beteiligungen sind 30 % Eigenkapital gefordert, so dass bis zu 30 % Aktienkapital gebildet werden kann.

135 KS Umstrukturierung Ziff. 4.1.7.5.

136 BGer, 5.2.1996, ASA 65 (1996/97), 666, 668 f.

137 BGer, 12.12.1997, StR 1998, 358, 360 f.

138 BVGE 2009/21, 259, 264 f.

Dieser Schluss wird auch durch die hier hilfsweise heranziehbar Rechtsprechung des EuGH gestützt. In einem jüngeren Entscheid vom 8.11.2007 i. S. Firma Ing. Auer – Die Bausoftware GmbH ging es um die Frage, ob die Verlegung des Orts der tatsächlichen Geschäftsleitung von Deutschland nach Österreich dort der Gesellschaftsteuer unterworfen werden könne.¹³⁹ Wie bereits ausgeführt, kann gemäss der Kapitalansammlungs-RL 69/355/EWG jener Mitgliedstaat die Gesellschaftsteuer auf Kapitalzuführungen durch Kapitalerhöhung oder Einlagen jeder Art erheben, in dem sich der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung befindet.¹⁴⁰ Die Verlegung des Orts der tatsächlichen Geschäftsleitung in einen anderen Mitgliedstaat darf dort nicht mehr der Gesellschaftsteuer unterworfen werden, sofern beide Mitgliedstaaten die betreffende Gesellschaft als Kapitalgesellschaft ansehen.¹⁴¹ Im zu beurteilenden Fall wurde am 9.9.1999 eine österreichische GmbH mit Ort der tatsächlichen Verwaltung in Deutschland gegründet. Bereits am 16.9.1999 erfolgte ein Zuschuss der deutschen Alleingesellschafterin und am 22.9.1999 die Einbringung eines Einzelunternehmens. Zugleich wurde der bisherige Einzelunternehmer Geschäftsführer der GmbH, die damit den Ort der Geschäftsleitung nach Österreich verlegte. Der EuGH erkannte zunächst, dass trotz der Abschaffung der Gesellschaftsteuer in Deutschland die GmbH als Kapitalgesellschaft anzusehen sei und somit bei der Verlegung des Orts der tatsächlichen Geschäftsleitung nach Österreich dort nicht mehr mit der Gesellschaftsteuer belastet werden könne.¹⁴² Sodann führte der EuGH aus, dass der Umstand, dass eine Gesellschaft in einem bestimmten Mitgliedstaat mit dem Ziel gegründet wurde, in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen, als solcher nicht ausreicht, um auf das Bestehen einer missbräuchlichen Ausnutzung des Gemeinschaftsrechts zu schliessen. Doch falle die Gründung einer Gesellschaft in einem Mitgliedstaat im Rahmen rein künstlicher, jeder wirtschaftlichen Realität barer Konstruktionen zu dem

Zweck, die normalerweise zu zahlende Steuer zu umgehen, nicht mehr unter den Schutz der Kapitalansammlungs-RL 69/355/EWG, auch wenn diese keinen ausdrücklichen Missbrauchsvorbehalt enthalte. Ob objektive Merkmale einer solchen missbräuchlichen Praxis vorlägen, sei noch weiter zu prüfen.¹⁴³ Diese Rechtsprechung ist mit Entscheid vom 9.7.2009 i. S. Königreich Spanien bestätigt worden.¹⁴⁴

Die Umgehungspraxis der ESTV bei Zuzügen von Gesellschaften aus dem Ausland in die Schweiz dürfte wohl weniger aus der Sorge um die Emissionsabgabe entstanden sein, sondern vielmehr dazu dienen, latentes Verrechnungssteuersubstrat zu schaffen. Die immigrierende Gesellschaft wird durch die drohende Emissionsabgabe entmutigt, ihr Nennkapital vor dem Zuzug in die Schweiz zu erhöhen, so dass die im Ausland entstandenen Reserven neu der Verrechnungssteuer unterliegen. Wenn sich die immigrierende Gesellschaft nicht von einer günstigeren und sehr wohl sachgerechten Gestaltung der Verhältnisse abhalten lässt und somit kein Verrechnungssteuersubstrat geschaffen wird, so ist – dies mag die Überlegung sein – immerhin die Emissionsabgabe so gezahlt worden, wie wenn die Gesellschaft in der Schweiz gegründet worden wäre. Indessen unterscheidet sich die Immigration einer bestehenden ausländischen Gesellschaft in die Schweiz grundlegend von der Neugründung einer Gesellschaft. Die bisherige rechtliche Existenz wird bereits zivilrechtlich anerkannt, und die Emissionsabgabe soll bei der Immigration gerade nicht erhoben werden. Eine Kongruenz zwischen Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer ähnlich wie im Binnenverhältnis lässt sich somit nicht herstellen und kann auch nicht für die Auslegung der Steuertatbestände herangezogen werden.

Bei der Beurteilung einer Immigration ist somit vom formalen Charakter der Emissionsabgabe als Transaktionssteuer auszugehen, welche an den zivilrechtlichen Vorgang der Begründung von inländischen Beteiligungsrechten anknüpft. Eigenkapitalveränderungen vor dem Zuzug liegen deshalb ausserhalb des Bereichs der Emissionsabgabe. Eine Steuerumgehung kann nur in besonderen Fällen angenommen werden, in denen der Vorgang einzig auf die Vermeidung der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten inländischer Kapitalgesellschaften gerichtet ist. Soweit die zuziehende Gesellschaft schon seit einiger Zeit besteht, ihre Aktiven nicht einzig aus flüssigen Mitteln bestehen, sondern in Beteiligungen inves-

139 EuGHE Ing. Auer (C-251/06, 8.11.2007).

140 Art. 4 Abs. 1 lit. a - d iVm Art. 2 Abs. 1 Kapitalansammlungs-RL 69/335/EWG bzw. Art. 3 lit. a - d iVm Art. 10 Abs. 1 Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG.

141 Art. 4 Abs. 3 lit. b Kapitalansammlungs-RL 69/335/EWG bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. d (ii) Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG. Gemäss EuGHE Hellenische Republik (C-178/05, 7.6.2007) Rz 21 ff., insb. 32, darf ein Mitgliedstaat die Befreiung von der Gesellschaftsteuer bei Zuzug nicht davon abhängig machen, dass der Wegzugsstaat die Gesellschaftsteuer erhebt. Der EuGH hat in diesem Entscheid die Missbrauchsbekämpfung vorbehalten. Zum Rechtfertigungsgrund der Missbrauchsverhinderung s. HINNY, Tendenzen der (Grundfreiheiten-)Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Steuerrechts – Auswirkungen auf die Schweiz, 82.

142 EuGHE Ing. Auer (C-251/06, 8.11.2007) Rz 21, 26 ff.; HEIDENBAUER/HRISTOV/SCHILCHER, Die Verlegung der Geschäftsleitung im Lichte der jüngsten EuGH-Judikatur zur Gesellschaftsteuer, 558, 560.

143 EuGHE Ing. Auer (C-251/06, 8.11.2007) Rz 40 ff.; einlässlich hierzu HEIDENBAUER/HRISTOV/SCHILCHER, Die Verlegung der Geschäftsleitung im Lichte der jüngsten EuGH-Judikatur zur Gesellschaftsteuer, 562 ff.

144 EuGHE Königreich Spanien (C-397/07, 9.7.2009) Rz 29 f.

tiert oder im Geschäftsbetrieb gebunden sind, müssen Massnahmen vor der Immigration in die Schweiz unbedenklich sein. Es handelt sich um eine anzuerkennende günstige Gestaltung der Verhältnisse.

5 Umsatzabgabe

Die durch Sitzverlegung in die Schweiz immigrierende Gesellschaft behält ihre Rechtspersönlichkeit, auch wenn sie sich neu dem Schweizer Recht unterstellt. Der Zuzug erfolgt ohne Auflösung der ausländischen Gesellschaft und Neugründung einer schweizerischen Gesellschaft. Somit fällt bereits mangels Übertragung von Eigentum keine Umsatzabgabe an (Art. 13 Abs. 1 StG),¹⁴⁵ und es ist nicht weiter zu prüfen, ob sich unter den Aktiven der Gesellschaft steuerbare Urkunden (Art. 13 Abs. 2 StG) befinden. Diese Feststellung ist deshalb von Bedeutung, weil gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Übertragung von Aktiven und Passiven ein entgeltliches und grundsätzlich der Umsatzabgabe unterliegendes Geschäft zu erblicken ist, selbst wenn diese Übertragung bei einer ansonsten steuerneutralen Restrukturierung erfolgt,¹⁴⁶ jedoch ist die mit einer Umstrukturierung verbundene Übertragung von steuerbaren Urkunden wiederum von der Umsatzabgabe befreit (Art. 14 Abs. 1 lit. i StG).

Die Gesellschaft erfüllt nach ihrem Zuzug in die Schweiz gegebenenfalls die Voraussetzungen, um Effektenhändlerin im Sinne der Umsatzabgabe zu werden (Art. 13 Abs. 3 StG). Die Abgabepflicht des Effektenhändlers beginnt grundsätzlich mit der Aufnahme der Geschäftstätigkeit (Art. 13 Abs. 1 StV), so dass die Sitzverlegung nicht notwendigerweise auch die sofortige Abgabepflicht nach sich zieht. Sofern eine Gesellschaft nur deshalb gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. d StG als Effektenhändlerin gilt, weil ihre Aktiven nach Massgabe der letzten Bilanz zu mehr als Fr. 10 Mio. aus steuerbaren Urkunden (Art. 13 Abs. 2 StG) bestehen, wird sie laut Art. 18 Abs. 2 S. 1 StV erst sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres, in dem diese Voraussetzungen eingetreten sind, abgabepflichtig. Weil die fragliche Gesellschaft erst mit der Sitzverlegung in die Schweiz überhaupt Effektenhändlerin werden kann, beurteilt sich die etwaige Abgabepflicht gemäss Art. 13 Abs. 3 lit. d StG erstmals auf Grund der

Bilanz des ersten in der Schweiz abgeschlossenen Geschäftsjahres.¹⁴⁷

6 Zusammenfassung und Folgerungen

Eingangs ist die Kernfrage formuliert worden, ob die Gesellschaft beim Zuzug in die Schweiz für die Gewinnsteuer eine Buchwerterhöhung in einer Steuerbilanz geltend machen könne. Eine solche Buchwerterhöhung lässt sich nicht auf ein allenfalls anwendbares Doppelbesteuerungsabkommen stützen, sondern ist einzig nach dem internen Recht zu beurteilen. Auch innerhalb der EU findet sich keine hinreichend klare und etablierte Praxis zu den Steuerfolgen, wenn eine Gesellschaft ihren Sitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegen will.

Während sich die Lehre für eine Buchwerterhöhung ausspricht, ist die Verwaltungspraxis in der Anerkennung höherer steuerlicher Buchwerte äusserst zurückhaltend. Eine Steuerbilanz scheint ein ungern gesehenes Dokument zu sein. Weil der Zuzug in die Schweiz gewinnsteuerlich als Einlage der Aktionäre in die nunmehr in der Schweiz steuerpflichtige Gesellschaft anzusehen ist, wäre hier im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben eine flexiblere Position wünschenswert. Die Steuerbilanz ist sachlich gerechtfertigt und bringt angesichts der steuerlichen Mitwirkungspflichten der betreffenden Gesellschaft auch keine praktischen Schwierigkeiten mit sich, welche die gegenwärtige restriktive Praxis rechtfertigen könnten.

Ebenfalls verbesserungsfähig ist die Behandlung der Sitzverlegung bei der Verrechnungssteuer. Im Interesse einer sachgerechten Abgrenzung der Schweizer Steuerhoheit zum Ausland sollten unter dem Kapitaleinlageprinzip sämtliche offenen Reserven im Zeitpunkt des Zuzugs als Kapitaleinlagen der Aktionäre erfasst werden und die stillen Reserven in einer Steuerbilanz aufgeführt werden, so dass sie bei ihrer Realisation auf das handelsrechtliche Einlagekonto gebucht werden können. Die Praxis scheint aber einen anderen Weg gehen zu wollen und die in die Schweiz übergeführten Reserven so zu beurteilen, wie wenn die Gesellschaft seit jeher in der Schweiz ansässig gewesen wäre, so dass bisher nicht der Verrechnungssteuer unterstehende Reserven neu der Steuer unterworfen werden, obwohl die zuziehende Gesellschaft diese Reserven erwirtschaftete, als sie ihren Sitz noch im Ausland hatte. Diese Betrachtungsweise rückt den Zusammenhang mit der Besteuerung der privaten Schweizer Aktionäre in den Vordergrund. Jedoch

145 Vgl. zum Fall einer Umwandlung einer juristischen Person KS Umstrukturierungen Ziff. 4.2.1.6.

146 BGer, 28.6.1996, ASA 65 (1996/97), 671, 675 f.; SRK 4.5.2001, VPB 65.102 E 5 = StR 2002, 100, 104 ff. (nicht in ASA 70 [2001/2002], 774 abgedruckt).

147 Dem entspricht, soweit ersichtlich, die Verwaltungspraxis.

muss der Aspekt der Abgrenzung der Schweizer Steuerhoheit stärker gewichtet werden. Es ist nicht gerechtfertigt, die Verrechnungssteuer auf der Ausschüttung von Reserven zu erheben, die noch im Ausland erwirtschaftet wurden.

Die Immigration einer Kapitalgesellschaft untersteht nicht der Emissionsabgabe. Eine Steuerumgehung, weil kurz vor dem Zuzug das Nennkapital erhöht wurde, sollte nur in besonderen Fällen angenommen werden, in denen der Vorgang einzig auf die Vermeidung der Emissionsabgabe auf Beteiligungsrechten inländischer Kapitalgesellschaften gerichtet ist. Die Verwaltungspraxis fasst die Steuerumgehung bei der Emissionsabgabe eher weiter.

Insgesamt liesse sich in der Praxis die steuerliche Behandlung des Zuzugs von Kapitalgesellschaften vervollkommen, wenn die Steuerbilanz bei verdeckten Kapitaleinlagen akzeptiert würde.

Literatur

- AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995
- ALTORFER JÜRIG/ALTORFER JÜRIG B., Das Kapitaleinlageprinzip. Ein Systemwechsel mit weitreichenden Folgen, ST 2009, 270 - 275 (1. Teil), 309 - 323 (2. Teil)
- BAKER PHILIP, Double Taxation Conventions, A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, London (Loseblatt Stand 2007)
- BEHNISCH URS, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften – national und grenzüberschreitend. Eine rechtsvergleichende Studie, Basel 1996
- BENESCH SEBASTIAN, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft. Ein Beitrag zum schweizerischen Europäisierungprozess, Tübingen 2007
- BRÜLISAUER PETER/HELBING ANDREAS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2. A., Basel 2008
- CAGIANUT FRANCIS/HÖHN ERNST, Unternehmenssteuerrecht, 3. A., Bern u. a. 1993
- DANON ROBERT, Fiscalité directe et restructurations internationales de sociétés de capitaux – Analyse comparative du droit suisse, européen et conventionnel, ASA 74 (2005/2006), 257 - 311
- in: Danielle Yersin/Yves Noël (éds.), Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Basel 2008
- DANON ROBERT/SALOMÉ HUGUES, De la double imposition internationale, ASA 73 (2004/2005), 337 - 390
- DE VRIES REILINGH DANIEL, La double imposition intercantonale, Bern 2005
- DENNER REINER/PRATTER KIRSTEN, Kapitaleinlageprinzip im internationalen Umfeld. Optimierungsmöglichkeiten bei Umstrukturierungen zur Stärkung des Investitionsstandortes Schweiz, ST 2008, 789 - 793
- DUSS MARCO, Interkantonale und internationale Aspekte der Unternehmensumstrukturierungen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel u. a. 1996
- DUSS MARCO/VON AH JULIA, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. II/2, Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG), Basel u. a. 2005
- ECKERT JEAN-BLAISE/PIGUET JÉRÔME, in: Xavier Oberson/Pascal Hinny (Hrsg.), StG, Kommentar Stempelabgaben, Zürich u. a. 2006
- FLICK HANS/WASSERMAYER FRANZ/KEMPERMANN MICHAEL, Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland-Schweiz. Steuern vom Einkommen und Vermögen, Nachlass- und Erbschaftssteuern, Köln (Loseblatt Stand 2007)
- GEBERT DANIEL/FINGERHUTH JÖRN, Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland – Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, IStR 2009, 445 - 449
- GIGER ERNST, Die Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen in eine Aktiengesellschaft bei den direkten Steuern – ein Diskussionsbeitrag, ASA 76 (2007/2008), 265 - 298
- Die prinzipielle Massgeblichkeit. Steuerliche Gewinnermittlung im Spannungsverhältnis von Handelsrecht und Steuerrecht am Beispiel verdeckter Kapitaleinlagen, ST 2009, 324 - 328
- GLAUSER PIERRE-MARIE, Apports et impôt sur le bénéfice. Le principe de détermination dans le contexte des apports et autres contributions de tiers, Genf etc. 2005
- GROSSEN DIETER W./DE COULON CLAIRE, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und

- ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer et al. (Hrsg.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU*, Handbuch, Zürich u. a. 2007, 135 - 187
- GURTNER PETER, Steuerrechtliche Behandlung verdeckter Kapitaleinlagen aus dem Privatvermögen in eine Aktiengesellschaft, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli, *FS 100 Jahre Verband bernischer Notare*, Langenthal 2003, 491 - 521
- Verdeckte Kapitaleinlage als Objekt der Gewinnsteuer, *StR* 2002, 547 - 557
- HEIDENBAUER SABINE/HRISTOV DIMITAR/SCHILCHER MICHAEL, Die Verlegung der Geschäftsleitung im Lichte der jüngsten EuGH-Judikatur zur Gesellschaftsteuer, *SWI* 2007, 558 - 568
- HEMMELRATH ALEXANDER, in: Klaus Vogel/Moris Lehner (Hrsg.), *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5. A., München 2008
- HINNY PASCAL, Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, *FStR* 2004, 165 - 188
- Die bilateralen Verträge und ihre Auswirkungen auf unser Steuerrecht. Sind Pauschalbesteuerung und Quellensteuer weiterhin zulässig?, *ST* 2000, 1147 - 1156
 - Emissionsabgabebefreiung bei Umstrukturierungen. Eine Untersuchung hinsichtlich der vom Gesetz verlangten Europakompatibilität, *StR* 2001, 562 - 579
 - Tendenzen der (Grundfreiheiten-)Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Steuerrechts – Auswirkungen auf die Schweiz, *FStR* 2009, 77 - 90
- HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, *Interkantonaies Steuerrecht*, 4. A., Bern u. a. 2000
- HRISTOV DIMITAR, Grenzüberschreitender Wegzug von Gesellschaften im österreichischen Steuerrecht, *SWI* 2009, 342 - 347
- LOCHER KURT/MEIER WALTER/VON SIEBENTHAL RUDOLF/KOLB ANDREAS, *Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz-Deutschland 1971 und 1978. Steuern vom Einkommen und Vermögen, Nachlass- und Erbschaftssteuern*, Therwil (Loseblatt)
- LOCHER PETER, *Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, II. Teil, Art. 49 - 101 DBG, Therwil-Basel 2004
- LUUK JAN OLE/OESTERHELT STEFAN/WINZAP MAURUS, *EuGH Report 2/06*, *StR* 2006, 412 - 430
- MALMER KERSTIN, *Emigration taxes and EC law*, CDFI 87b (2002), 79 - 94
- OBERSON XAVIER, *Précis de droit fiscal international*, 3. A., Bern 2009
- PFUND W. ROBERT, *Die Eidgenössische Verrechnungssteuer*, I. Teil, Basel 1971
- RECHSTEINER CHRISTOPH/SIGRIST JONAS, *Das Kapitaleinlageprinzip der UStR II. Unklarheiten in der Praxis klären und vorbeugend handeln*, *ST* 2008, 783 - 788
- REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, *Rechtsprechung im Jahr 2002 (1. Teil)*, *FStR* 2003, 221 - 233
- REIMANN AUGUST/ZUPPINGER FERDINAND/SCHÄRRER ERWIN, *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, 2. Bd., *Das Einkommen der natürlichen Personen (§§ 19 - 32 StG)*, Bern 1963
- REIMER EKKEHART, in: Klaus Vogel/Moris Lehner (Hrsg.), *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5. A., München 2008
- RISI ANDREAS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas/Maja Bauer-Balmelli (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht II/3, Bundesgesetz über die Stempelabgaben (StG)*, Basel/Genf/München 2006
- SCHERER THOMAS B., in: Helmut Debatin/Franz Wasermeier (Hrsg.), *Doppelbesteuerung*, Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, München (Loseblatt Stand Oktober 2009)
- SCHNEEWEISS HERMANN, *Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies*, *INTERTAX* 2009, 363 - 374
- SCHREINER RENÉ/JAUN ROGER, *EuGH-Urteil zur Wegzugsbesteuerung – Eine Chance für die Schweiz? Niederlassungsfreiheit höher gewichtet als Besteuerung stiller Reserven*, *ST* 2004, 769 - 776
- SIMONEK MADELEINE, *Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002. Direkte Bundessteuer*, *ASA* 73 (2004/2005), 1 - 25
- *Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung*, *FStR* 2002, 3 - 15
- SZUOCKY RITA, *How Does the European Court of Justice Treat Precedents in its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I*, *INTERTAX* 2009, 346 - 362

TERRA BEN J. M./WATTEL PETER J., *European Tax Law*, 5. A., Alphen aan den Rijn 2008

TOIFL GERALD, *Steuerrechtliche Folgen der Wohnsitzverlegung bei natürlichen Personen*. Österreichischer Landesbericht, CDFI 87b (2002), 149 - 175

UNTERSANDER OLIVER, *Kapitaleinlageprinzip und Unternehmenssteuerreform II*, Zürich 2005

VOGEL KLAUS, in: Klaus Vogel/Moris Lehner (Hrsg.), *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5. A., München 2008

WASSERMAYER FRANZ, in: Helmut Debatin/Franz Wassermeyer (Hrsg.), *Doppelbesteuerung*, Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, München (Loseblatt Stand Oktober 2009)

ZWEIFEL MARTIN, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2b*, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 2. A., Basel 2008

ZWEIFEL MARTIN/CASANOVA HUGO, *Schweizerisches Steuerverfahrensrecht*. Direkte Steuern, Zürich u. a. 2008

Dokumente

2006 US MC, *United States Model Income Tax Convention* (of 11-15-2006), U. S. Dept. of the Treasury, abrufbar unter www.treas.gov/offices/tax-policy/library/model006.pdf, besucht: 6.1.2010

Komm. OECD-MA, *OECD Committee on Fiscal Affairs, Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention*, in: OECD, *Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version*, Stand 17.7.2008, Paris 2008, 43 ff.

OECD-MA, *OECD-Musterabkommen*, in: OECD, *Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version*, Stand 17.7.2008, Paris 2008, 17 ff.

Schweizer Rechtsquellen

BdBSt, BRB über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (vom 9.12.1940), BS 6, 350

DBA-D, *Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutsch-*

land zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (vom 11.8.1971), SR 0.672.913.62

DBA-US, *Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen* (vom 2.10.1996), SR 0.672.933.61

DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11

FusG, BG über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (*Fusionsgesetz*) (vom 3.10.2003), SR 211.301

FZA, *Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit* (vom 21.6.1999), SR 0.142.112.681

IPRG, BG über das internationale Privatrecht (vom 18.12.1987), SR 291

OR, BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (vom 30.3.1911), SR 220

StG, BG über die Stempelabgaben (vom 27.6.1973), SR 641.10

StHG, BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 642.14

StV, V über die Stempelabgaben (vom 3.12.1973), SR 641.101

Unternehmenssteuerreformgesetz II, BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893

VStG, BG über die Verrechnungssteuer (vom 13.10.1965), SR 642.14

VStV, VV zum BG über die Verrechnungssteuer (vom 19.12.1966), SR 642.211

Rechtsquellen der Europäischen Union

AEUV, *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, in der Fassung des Vertrags von Lissabon (vormals *Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*), ABI C 115 vom 9.5.2008, 47 - 199

Amtshilfe-RL, RL 77/799/EWG des Rates über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Be-

hörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern (vom 19.12.1977, mit diversen späteren Änderungen), ABI L 336 vom 27.12.1977, 15 - 20

Beitreibungs-RL, RL 2008/55/EG des Rates über die gegenseitige Unterstützung bei der Beitreibung von Forderungen in Bezug auf bestimmte Abgaben, Zölle, Steuern und sonstige Massnahmen (kodifizierte Fassung) (vom 26.5.2008), ABI L 150 vom 10.6.2008, 28 - 38

Fusions-RL, RL 2009/133/EG des Rates über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat (vom 19.10.2009), ABI L 310 vom 25.11.2009, 34 - 46

Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG, RL 2008/7/EG des Rates betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (vom 12.2.2008), ABI L 46 vom 21.2.2008, 11 - 22

Kapitalansammlungs-RL 69/355/EWG, RL 69/355/EWG des Rates betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (vom 17.7.1969); aufgehoben ab 1.1.2009 durch Art. 16 Kapitalansammlungs-RL 2008/7/EG

RL 85/303/EWG des Rates zur Änderung der Kapitalansammlungs-RL 69/355/EWG (vom 10.6.1985), ABI L 156 vom 15.6.1985, 23 - 24

Materialien

Bericht StG, Bericht der Kommission des Nationalrates betreffend Parlamentarische Initiative Bundesgesetz über die Stempelabgaben, Änderung (vom 16.9.1991), BBl 1991 IV, 497

Botschaft DBA-D, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Doppelbesteuerungsabkommen mit der Bundesrepublik Deutschland (vom 20.10.1971), BBl 1971 II, 1423

Botschaft DBA-US, Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika (vom 10.3.1997), BBl 1997 II, 1085

Botschaft FusG, Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) (vom 13.6.2000), BBl 2000, 4337

Botschaft StG, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem neuen Bundesgesetz über die Stempelabgaben (vom 25.10.1972), BBl 1972 II, 1278

Botschaft UStR II, Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) (vom 22.6.2005), BBl 2005, 4733

Praxisfestlegungen der Steuerbehörden

KS Umstrukturierungen, KS Nr. 5 (1-005-DVS-2004) der ESTV – Umstrukturierungen (vom 1.6.2004)

KS Verdecktes Eigenkapital, KS Nr. 6 (W97-006D) der ESTV – Verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 6.6.1997)

KS Principal-Gesellschaften, KS Nr. 8 (W02-008D) der ESTV – Internationale Steuerauscheidung von Principal-Gesellschaften (vom 18.12.2001)

Technical Explanation des DBA-US, Technical Explanation of the Convention between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income (Signed at Washington on October 2, 1996) and the Protocol (Signed at Washington on October 2, 1996), Dept. of the Treasury, abrufbar unter www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/teswiss.pdf, besucht: 6.1.2010

MWST bei Leistungen im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen

Unter Berücksichtigung des revidierten MWSTG

Lic. iur. Harun Can, LL.M. (Tax)/Lic. iur. Regula Portmann



Harun Can, lic. iur. HSG, LL.M. (Tax), Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte und MWST-Experte FH, Partner, Schellenberg Wittmer, Zürich



Regula Portmann, lic. iur., Rechtsanwältin und dipl. Steuerexpertin, Schellenberg Wittmer, Zürich

Inhalt*

| | | | | | |
|------------|--|-----------|------------|--|-----------|
| 1 | Einleitung | 30 | 3.4 | Ort der Dienstleistung | 34 |
| 2 | Leistungen im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen | 30 | 3.4.1 | Im Allgemeinen | 34 |
| 2.1 | Vertriebsleistungen | 30 | 3.4.2 | Ausländische Domizilgesellschaften. | 34 |
| 2.1.1 | Allgemeines | 30 | 3.4.3 | Ausländische kollektive Kapitalanlagen gemäss Art. 119 KAG | 35 |
| 2.1.2 | Ausgabe | 31 | 3.5 | Ausgenommener Auslandumsatz im Finanzbereich 35 | |
| 2.1.3 | Vertrieb. | 31 | 3.5.1 | Allgemeines und Voraussetzungen der Vorsteuerkürzung | 35 |
| 2.1.4 | Kauf und Verkauf. | 31 | 3.5.2 | Kollektive Kapitalanlage nach KAG | 36 |
| 2.1.5 | Bestandespflege | 31 | 3.5.3 | Vertriebsleistung | 37 |
| 2.1.6 | Rücknahme. | 31 | 3.5.3.1 | Praxis der ESTV. | 37 |
| 2.1.7 | Kundenvermittlung | 31 | 3.5.3.2 | Abgrenzung des Vertriebs zur Vermittlung. | 37 |
| 2.2 | Verwaltungsleistungen | 31 | 3.5.3.3 | Abgrenzung des Vertriebs zur Kundenvermittlung | 38 |
| 2.2.1 | Vorbemerkung | 31 | 3.5.4 | Verwaltungsleistung | 38 |
| 2.2.2 | Administration | 31 | 3.5.5 | Leistung durch Fondsleitung, Depotbank oder Beauftragten | 39 |
| 2.2.3 | Vermögensverwaltung. | 32 | 4 | Fazit | 39 |
| 2.2.4 | Vertretung | 32 | | Literatur | 40 |
| 2.2.5 | Zahlstelle. | 32 | | Berichte | 40 |
| 2.2.6 | Depotführung für kollektive Kapitalanlage | 32 | | Rechtsquellen | 41 |
| 2.2.7 | Depotführung für Anleger | 32 | | Materialien | 41 |
| 3 | Mehrwertsteuerrechtliche Analyse | 33 | | Praxisanweisungen | 41 |
| 3.1 | Grundsatz | 33 | | | |
| 3.2 | Mehrwertsteuerpflichtige Person | 33 | | | |
| 3.3 | Entgeltlichkeit | 33 | | | |

* Die Autoren danken Frau RA Anita Schläpfer, Partnerin bei Schellenberg Wittmer, für die wertvollen Hinweise zu den aufsichtsrechtlichen und strukturellen Aspekten kollektiver Kapitalanlagen.

1 Einleitung

Die Schweiz ist international für den Vertrieb und die Verwaltung von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen von Bedeutung.¹ Dagegen hat die Schweiz als Standort von kollektiven Kapitalanlagen gegenüber Luxemburg und Irland in der Vergangenheit laufend an Boden verloren. Heute werden rund EUR 1631 Mia. (25 % der gesamten Nettoaktiven der europäischen Fondsbranche) durch in Luxemburg domizilierte kollektive Kapitalanlagen gehalten. Das durch in der Schweiz domizilierte kollektive Kapitalanlagen gehaltene Vermögen beläuft sich dagegen «nur» auf rund EUR 145 Mia. (2,3 % der gesamten Nettoaktiven der europäischen Fondsbranche).²

Zwar hat die Schweiz die regulatorischen Rahmenbedingungen für kollektive Kapitalanlagen mit dem per 1.1.2007 in Kraft gesetzten BG über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) stark verbessert. Die Steuerbelastung schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen, namentlich die Verrechnungssteuer von 35 % auf gewissen Erträgen aus schweizerischen Kapitalanlagen, benachteiligt jedoch den Standort Schweiz für kollektive Kapitalanlagen weiterhin stark und führt dazu, dass bestimmte neue kollektive Kapitalanlageformen des KAG in der Praxis kaum verwendet werden. Hier ist zu hoffen, dass die zurzeit diskutierte Abgeltungssteuer – allenfalls in Verbindung mit einem tieferen Steuersatz und der Beschränkung der Anwendbarkeit dieser Steuer auf Privatinvestoren – dazu führen wird, dass die Verrechnungssteuer auf bestimmten Erträgen schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen durch eine solche, attraktiv ausgestaltete Abgeltungssteuer ersetzt werden kann. Dies würde sicher zu einer erhöhten Attraktivität des Standorts Schweiz für kollektive Kapitalanlagen beitragen.

Hinsichtlich der schweizerischen Mehrwertsteuer interessiert die meisten in der Schweiz ansässigen Vermögensverwalter, Vertriebsträger und weiteren Leistungserbringer kollektiver Kapitalanlagen (d. h. Banken, Asset-Manager, Vertreiber von kollektiven Kapitalanlagen etc.), wie ihre Leistungen, die im Zusammenhang mit diesen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen erbracht werden, zu qualifizieren sind.

Typische Beispiele für solche ausländische kollektive Kapitalanlagen sind die luxemburgische Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (Lux-SICAV) und die

luxemburgische Investmentgesellschaft mit festem Kapital (Lux-SICAF). Weiter beinhaltet der Begriff «ausländische kollektive Kapitalanlage» aber z. B. auch limited partnerships nach dem Recht von Guernsey oder companies nach dem Recht der Britischen Jungferninseln (BVI), welche der kollektiven Kapitalanlage dienen.

Dieser Artikel fokussiert deshalb auf die mehrwertsteuerliche Behandlung solcher Leistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen. Nachfolgend werden die typischen Leistungen schweizerischer Leistungserbringer dargestellt. Diese Darstellung basiert einerseits auf dem Diskussionspapier «Vertriebsvergütungen» der EBK bzw. FINMA vom August 2008 und andererseits auf der Publikation «Invest Wisely: An Introduction to Mutual Funds» der SEC. Anschliessend wird eine mehrwertsteuerliche Analyse dieser Leistungen vorgenommen; Basis ist das ab 1.1.2010 geltende revidierte Mehrwertsteuergesetz (MWSTG).

2 Leistungen im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen

2.1 Vertriebsleistungen

2.1.1 Allgemeines

Viele kollektive Kapitalanlagen haben kein eigenes Vertriebsnetz und keinen eigenen Kundenstamm in den Absatzländern. Für den Vertrieb brauchen sie deshalb Partner, um ihre Anteile platzieren zu können. Dafür gibt es Vertriebspartner, die sich auf den Vertrieb von Anteilen an Kunden spezialisiert haben. Diese Vertriebstätigkeit kann auf verschiedene Arten finanziert werden. Dabei ist zu beachten, dass ausländische kollektive Kapitalanlagen, welche in der Schweiz zum öffentlichen Vertrieb zugelassen sind, u. a. einen Vertreter in der Schweiz bestellen müssen. Dieser Vertreter kann die Vertriebstätigkeit selber vornehmen und/oder Schweizer Vertriebspartner damit beauftragen. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, welche in der Schweiz nicht zum öffentlichen Vertrieb zugelassen sind, werden in der Regel durch deren Sponsoren, Vermögensverwalter und/oder andere Vertreiber in der Schweiz platziert. Folgende Kommissionen bzw. Gebühren können im Zusammenhang mit dieser unterschiedlich strukturierten Vertriebstätigkeit anfallen.

1 Die eidg. Finanzverwaltung hat einen lesenswerten Bericht zur strategischen Stossrichtung für die Finanzmarktpolitik der Schweiz publiziert, in welchem sie auch zum Fondsmarkt Schweiz Stellung nimmt; s. Finanzplatz und Finanzmarktpolitik Schweiz.

2 Trends in the European Investment Fund Industry in the Second Quarter of 2009, S. 8.

2.1.2 Ausgabe

Bei der Ausgabe einer kollektiven Kapitalanlage kann zusätzlich zur Courtage³ je nach kollektiver Kapitalanlage eine Ausgabe-Kommission (Einstiegs-Gebühr, issue fee, sales load oder front-end load) von bis zu 5 % des vom Investoren zugeführten Kapitals erhoben werden. Die Ausgabe-Kommission ist einmalig und verringert die Anlagesumme. Sie wirkt sich aber nicht auf die Performance der kollektiven Kapitaleinlage aus, da sie dem Anleger direkt belastet wird, d. h. vor Investition in den kollektiven Kapitalanlageanteil vom investierten Geld abgezogen wird. Ausgabe-Kommissionen sind im Prospekt aufgeführt.

Bei zum öffentlichen Vertrieb zugelassenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen zieht die Zahlstelle die Ausgabe-Kommission typischerweise vom durch den Investor eingezahlten Betrag zugunsten des Schweizer Vertreters, der diese allenfalls (teilweise) an die weiteren Vertriebsträger oder andere Dienstleistungserbringer weiterleitet, ab. Bei anderen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen wird die Ausgabe-Kommission vom (ausländischen) Administrator (s. auch Abschn. 2.2.2), der mit der Besorgung der Ausgabe der Anteile betraut ist, oder der Zahlstelle zugunsten der (ausländischen) Fondsleitung und/oder anderer mit dem Vertrieb befasster Dienstleistungserbringer erhoben.

2.1.3 Vertrieb

Im Zusammenhang mit dem Vertrieb in der Schweiz kann die Fondsleitung oder der Schweizer Vertreter einer ausländischen kollektiven Kapitalanlage an Vertriebsträger – allenfalls zusätzlich zu einem Anteil an der Ausgabe-Kommission – eine einmalige Vertriebs-Kommission (selling commission oder distribution fee), ausgedrückt als Prozentsatz des zugeführten Volumens, entrichten. Die Vertriebs-Kommission wird im Prospekt offengelegt. Soweit diese aus dem Fondsvermögen bezahlt wird, verringert sie die Performance.

2.1.4 Kauf und Verkauf

Courtage (brokerage fees) sind Entschädigungen, welche der Anleger seinem Effektenhändler⁴ für den Kauf und Verkauf von Wertschriften (z. B. Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen) bezahlt. Meistens entspricht der Betrag einem prozentualen Wert des Transaktionsbetrags.

2.1.5 Bestandespflege

Als Bestandespflege-Kommission (trailer fee) bezeichnet man jenen Teil der Entschädigung, welcher zusätzlich zur einmaligen Vertriebs-Kommission jährlich als Vergütung an die Vertriebspartner (z. B. bewilligte Vertriebsträger, Banken, Effektenhändler, Vermögensverwalter) fließt.

2.1.6 Rücknahme

Bei Rückgabe der Anteile kann der Fondsleitung oder anderen Dienstleistern im Vertriebskanal eine Rücknahme-Kommission (redemption fee) gezahlt werden. Diese Rücknahme-Kommission wird einmalig erhoben und den Anlegern direkt belastet, indem sie von der Auszahlung abgezogen wird.

2.1.7 Kundenvermittlung

Wer z. B. einer Bank durch das Überlassen von Investorenkontakten Vermögenswerte zuführt, erhält dafür üblicherweise eine Beibringungs-Kommission (finder's fee), die einmalig entrichtet wird. Finder's fees werden üblicherweise in Prozenten oder Promillen des zugeführten Kapitals definiert. Dabei handelt es sich aber nicht um Vertriebsleistungen im engeren Sinn. Sie werden hier aufgeführt, weil sie von der Vertriebsleistung abgegrenzt werden (s. unten, Abschn. 3.5.3.3).

2.2 Verwaltungsleistungen

2.2.1 Vorbemerkung

Da kollektive Kapitalanlagen meist selbst über kein oder nur geringes Personal verfügen, vergeben sie die Verwaltung an Externe und zahlen dafür die folgenden Entschädigungen.

2.2.2 Administration

Die ausländische Fondsleitung beauftragt regelmässig eine Verwaltungsgesellschaft (Administrator) mit der Administration der kollektiven Kapitalanlage. Die Aufgaben umfassen etwa die Führung der Bücher und – soweit dies nicht durch den Schweizer Vertreter erledigt wird – die Entgegennahme von Zeichnungs- und Rücknahmegesuchen, den Kontakt mit Behörden und Anlegern etc. Für diese Tätigkeiten erhält die Verwaltungsgesellschaft von der Fondsleitung periodisch (monatlich oder quartalsweise) eine vom Nettovermögen abhängige Verwaltungs-Gebühr (administration fee). Sie reduziert die Performance und wird im Prospekt offengelegt.

³ Dazu mehr in den folgenden Abschnitten.

⁴ Oft ist der Effektenhändler eine Bank. Es kann aber auch ein Makler, Broker, Börsenagent, Börsenhändler sein, welcher für Rechnung des Kunden, aber in eigenem Namen, gewerbmässig an der Börse Geschäftsabschlüsse tätigt. Im engeren Sinne hat der Makler, Broker, Agent im Gegensatz zum Händler lediglich eine Nachweis- oder Vermittlerfunktion, indem er in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung Verträge vermittelt oder entsprechende Abschlussmöglichkeiten nachweist.

Da die Verwaltungsgesellschaft typischerweise nicht in der Schweiz domiziliert ist, fehlt es bei Zahlungen zwischen Fondsleitung und Verwaltungsgesellschaft an einem Bezug zur Schweiz.

2.2.3 Vermögensverwaltung

Meist verwalten spezialisierte Vermögensverwalter das Vermögen der kollektiven Kapitalanlage. Die durch die kollektive Kapitalanlage zu zahlende fixe Vermögensverwaltungs-Gebühr (asset management fee, management fee, investment management fee, portfolio fee) stellt denn auch den Hauptanteil der indirekt vom Anleger zu tragenden Vergütungen dar, da sie laufend anfällt. Die Vermögensverwaltungs-Gebühr für kollektive Kapitalanlagen kann je nach Art und Komplexität der Anlage jährlich bis zu 3 % des Nettovermögens der kollektiven Kapitalanlage betragen. Bei Portfolio- und Aktienfonds ist sie üblicherweise höher als bei Obligationen- und Geldmarktfonds.

Die Vermögensverwaltungs-Gebühr steht dem Asset-Manager zu und entschädigt ihn für seine Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Portfolio-Management. Sie wird dem Vermögen der kollektiven Kapitalanlage belastet. Die Entwicklung des Vermögens der kollektiven Kapitalanlagen verringert sich damit um diese an den Asset-Manager geleistete Vergütung. Die Höhe der Vermögensverwaltungs-Gebühr wird im Prospekt, der Teil des Kollektivanlagevertrags mit dem Anleger bildet, offengelegt sowie im Jahres- und Halbjahresbericht mitgeteilt.

Zusätzlich zur fixen Vermögensverwaltungs-Gebühr kann im Vermögensverwaltungsvertrag eine erfolgsabhängige Vermögensverwaltungs-Entschädigung (performance fee) vorgesehen sein, die ebenfalls im Prospekt aufgeführt wird. Wenn bspw. eine aktiv gemanagte kollektive Kapitalanlage eine bessere Wertentwicklung aufweist als ein vorher festgelegter Vergleichsindex, wird die performance fee (von 5 % - 20 %) ausbezahlt.

2.2.4 Vertretung

Werden ausländische kollektive Kapitalanlagen in der Schweiz oder von der Schweiz aus öffentlich vertrieben, so muss die Fondsleitung (bzw. die Gesellschaft) vorgängig einen Vertreter für die Wahrnehmung der sich daraus ergebenden Pflichten bestimmen.⁵ Der Vertreter vertritt die ausländische kollektive Kapitalanlage gegenüber Anlegern und der FINMA.⁶ Zu den Pflichten des Vertreters gehören insbes. die gesetzlichen Melde-, Publikations- und Informationspflichten sowie die Beachtung der Ver-

haltensregeln von Branchenorganisationen, insbes. der Swiss Funds Association (SFA)⁷.

2.2.5 Zahlstelle

Für in der Schweiz zum öffentlichen Vertrieb zugelassene ausländische kollektive Kapitalanlagen muss eine Bank als Zahlstelle bestimmt werden,⁸ bei welcher die Anleger die Ausgabe und Rücknahme der Anteile verlangen können. Die Zahlstelle wird für ihre Tätigkeit direkt oder indirekt durch die kollektive Kapitalanlage entschädigt.

2.2.6 Depotführung für kollektive Kapitalanlage

Für die Aufbewahrung und technische Verwaltung von Vermögenswerten und die Besorgung des Zahlungsverkehrs der kollektiven Kapitalanlage erhebt die Depotbank von dieser eine Depotführungs-Kommission (custody fee) von 0,1 % - 0,5 % des Depotvermögens.

2.2.7 Depotführung für Anleger

Für die Aufbewahrung und technische Verwaltung des Vermögens des Anlegers verlangt die Bank von ihren Bankkunden üblicherweise verschiedene Gebühren, insb. eine Depotführungs-Kommission (custody fee). Diese Depotführungs-Kommission ist nicht zu verwechseln mit der Depotführungs-Kommission der kollektiven Kapitalanlage an ihre Depotbank.

Vereinfacht können alle diese Zahlungsverpflichtungen graphisch wie folgt dargestellt werden.

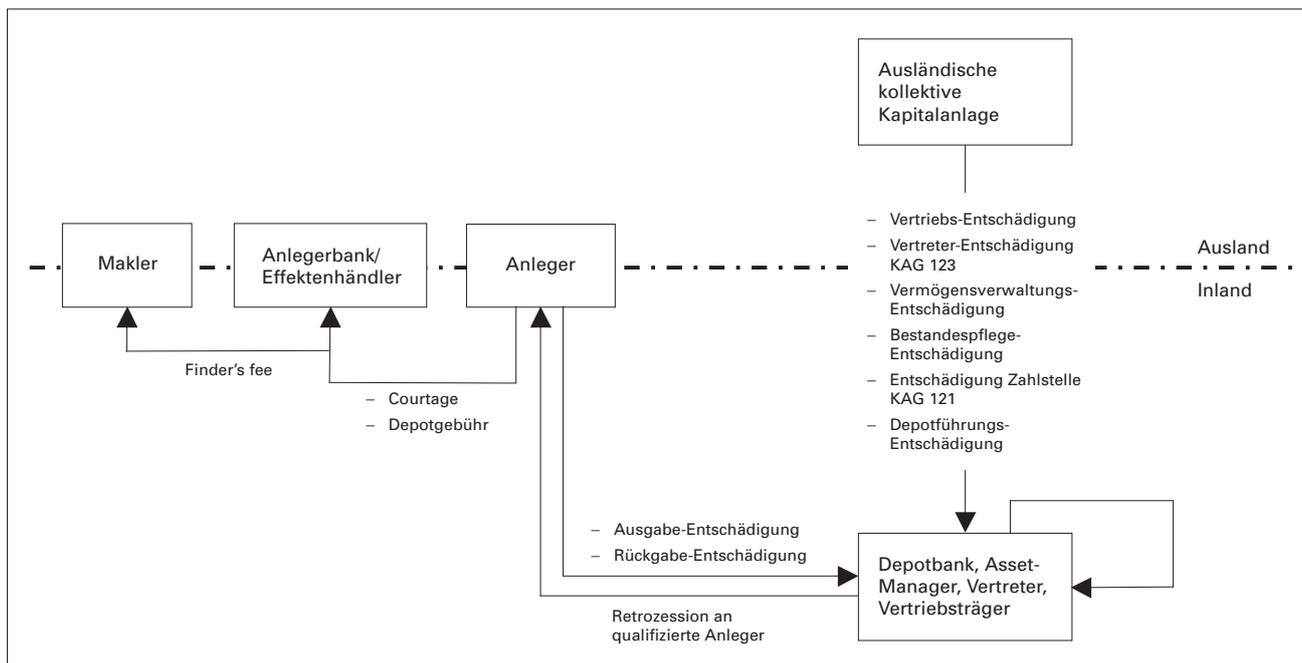
⁵ Art. 123 KAG.

⁶ Art. 124 KAG.

⁷ S. Verhaltensregeln für Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen.

⁸ Art. 121 KAG.

Grafik: Zahlungsverpflichtungen im Zusammenhang mit kollektiven Kapitalanlagen



3 Mehrwertsteuerrechtliche Analyse

3.1 Grundsatz

Leistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen unterliegen gemäss Art. 18 Abs. 1 MWSTG der Mehrwertsteuer, wenn sie:

1. durch eine mehrwertsteuerpflichtige Person;
2. gegen Entgelt;
3. im Inland erbracht werden; und
4. das MWSTG keine Ausnahme vorsieht.

Diese 4 Voraussetzungen werden nachfolgend kurz dargestellt.

3.2 Mehrwertsteuerpflichtige Person

Gemäss Art. 10 Abs. 1 MWSTG ist eine Person mehrwertsteuerpflichtig, wenn sie unabhängig von Rechtsform, Zweck und Gewinnabsicht ein Unternehmen betreibt (d. h. eine auf nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Leistungen ausgerichtete berufliche oder gewerbliche Tätigkeit selbständig ausübt und unter eigenem Namen nach aussen auftritt) und zudem nicht von der Steuerpflicht befreit ist.

Von der Mehrwertsteuerpflicht ist u. a. befreit, wer im Inland innerhalb eines Jahres weniger als CHF 100 000 Umsatz aus steuerbaren Leistungen erzielt, sofern er nicht auf die Befreiung von der Steuerpflicht verzichtet.

In der Schweiz ansässige Dienstleister für die Fondsbranche (z. B. Banken, Vertreter, Asset-Manager) mit

Personal sind meistens als mehrwertsteuerpflichtige Personen im Register der ESTV eingetragen. Es ist hier aber darauf hinzuweisen, dass diese Dienstleister bei isolierter Betrachtung aufgrund der Umsätze, welche sie mit Dienstleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen erzielen, nicht mehrwertsteuerpflichtig wären (d. h., ein opting out aus der Mehrwertsteuerpflicht wäre allenfalls möglich). Dies ist deshalb der Fall, weil sich die meisten Umsätze mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen nicht als steuerbare Umsätze im Inland qualifizieren.⁹ Meist erbringen diese Dienstleister aber auch noch steuerbare Leistungen an Inländer und sind deshalb mehrwertsteuerpflichtig oder unterstellen sich freiwillig der Mehrwertsteuer zum Zweck des (teilweisen) Vorsteuerabzugs.

Bei Dienstleistern, welche in der Schweiz keinen gesellschaftsrechtlichen Sitz haben, aber von der Schweiz aus durch Personal tätig sind, kann sich im Einzelfall die Frage stellen, ob sie nicht doch der Mehrwertsteuer unterliegen. Auf diese Frage soll hier aber nicht näher eingegangen werden.

3.3 Entgeltlichkeit

Die 2. Voraussetzung, welche erfüllt sein muss, damit eine Dienstleistung der schweizerischen Mehrwertsteuer

⁹ Dazu mehr nachfolgend.

unterliegt, ist, dass die Dienstleistung gegen Entgelt erbracht wird.¹⁰

Die in den obenstehenden Beispielen erwähnten Dienstleistungen werden gegen Entgelt erbracht. Damit ist diese Voraussetzung für eine mehrwertsteuerpflichtige, steuerbare Leistung meist erfüllt.

3.4 Ort der Dienstleistung

3.4.1 Im Allgemeinen

Als 3. Voraussetzung ist zu prüfen, ob die Dienstleistung im Inland¹¹ erbracht wurde. Dienstleistungen, welche mehrwertsteuerrechtlich als im Ausland erbracht gelten, unterliegen nicht der schweizerischen Mehrwertsteuer.

Wo sich mehrwertsteuerrechtlich der Ort der Dienstleistung befindet, wird in Art. 8 MWSTG geregelt. Da Dienstleistungen nicht nur im Inland, sondern auch grenzüberschreitend erbracht werden und auch ausländische Staaten eine Mehrwertsteuer erheben, hat die Schweiz zwecks Vermeidung von Doppelbesteuerungen in Art. 8 MWSTG die Kollisionsregeln der Europäischen Union¹² übernommen. Diese Kollisionsregeln weisen die Besteuerung von Dienstleistungen je nach ihrer Art entweder dem Erbringerort, dem Tätigkeitsort oder dem Empfängerort zu.

Bei den oben genannten Dienstleistungen gilt das Empfängerortprinzip von Art. 8 Abs. 1 MWSTG, da Art. 8 Abs. 2 MWSTG nicht zur Anwendung gelangt. Damit gelten diese Dienstleistungen mehrwertsteuerrechtlich als an dem Ort erbracht, an welchem der Empfänger der Dienstleistung den Sitz seiner wirtschaftlichen Tätigkeit hat.

Da die ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung im Ausland haben,^{13, 14} unterliegen die Dienstleistungen aufgrund von Art. 8 Abs. 1 MWSTG nicht der Mehrwertsteuer. So unterliegt z. B. die durch eine ausländische kollektive Kapitalanlage an einen Inländer bezahlte *finder's fee* nicht der Mehrwertsteuer und ist echt, also mit Vorsteuerabzug, von der

Mehrwertsteuer befreit.¹⁵ Zu beachten ist allerdings die Praxis der ESTV betreffend Leistungen an ausländische Domizilgesellschaften.

3.4.2 Ausländische Domizilgesellschaften

Werden die oben aufgeführten Leistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen erbracht, stellt sich die Frage, ob der Schweizer Dienstleister zurecht aufgrund von Art. 8 MWSTG eine Befreiung von der Mehrwertsteuer geltend macht, weil er eine Leistung an eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland erbringt. Die ESTV hat nämlich eine Umgehungspraxis entwickelt, um zu verhindern, dass ausländische Domizilgesellschaften genutzt werden, um eine solche Befreiung geltend machen zu können.¹⁶

Unter einer ausländischen Domizilgesellschaft wird gemäss bisheriger Praxis der ESTV ein ausländischer Rechtsträger¹⁷ verstanden, welcher:

- seinen statutarischen Sitz im Ausland hat, aber dort über keinerlei Infrastruktur oder eigenes Personal verfügt;
- keine eigentliche Geschäftstätigkeit ausübt;
- sich darauf beschränkt, als Inhaber eines Kontos für die Entgegennahme von Geldern oder als Eigentümer von Vermögenswerten (bspw. eines Wertschriftenportefeuilles) aufzutreten;
- Dienstleistungen bezieht, die sich idR auf die Verwaltung und Betreuung der in seinem Eigentum stehenden Vermögenswerte beschränken (z. B. Depotführung, Portfolio- und Asset-Management).

Werden Leistungen an solche Domizilgesellschaften erbracht, so überprüft die ESTV, wo sich das Domizil der Mehrheit der Inhaber der Beteiligungsrechte der Gesellschaft (idR der wirtschaftlich Berechtigten) befindet.

Wird die ausländische Domizilgesellschaft durch Personen mit Domizil im Inland beherrscht, so führt dies für Mehrwertsteuerzwecke zu einem Durchgriff durch die ausländische Domizilgesellschaft (d. h. zu einer transparenten Behandlung der ausländischen Domizilgesellschaft).

10 Nach Art. 3 lit. f MWSTG ist Entgelt definiert als Vermögenswert, den der Empfänger oder an seiner Stelle eine Drittperson für den Erhalt einer Leistung aufwendet.

11 Das Fürstentum Liechtenstein zählt für Zwecke der Mehrwertsteuer zum Inland.

12 Art. 43 ff. MWStSystRL.

13 S. Art. 119 KAG; bei gesellschaftsrechtlich ausgestalteten Anlageformen ist zudem vorausgesetzt, dass die Anleger einen Anspruch auf Rückzahlung der Anteile zum Nettoinventarwert haben.

14 Es ist zu beachten, dass, wie bereits erwähnt, für die Zwecke der Mehrwertsteuer – im Gegensatz zum KAG – das Fürstentum Liechtenstein als Inland gilt.

15 Möglicherweise fällt aber für die ausländische kollektive Kapitalanlage eine ausländische Mehrwertsteuer an.

16 S. BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.4.1 mit Verweis auf BB Finanzbereich 2000 Ziff. 5.4 – ausländische Domizilgesellschaften (Offshore-Gesellschaften). Diese Praxis wird gegenwärtig überarbeitet.

17 Es spielt keine Rolle, in welchem Rechtskleid oder in welcher Gesellschaftsform der konkret zur Beurteilung stehende Rechtsträger auftritt. Es kann sich somit namentlich um Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Genossenschaften handeln.

Befindet sich das Domizil der Personen, welche die Mehrheit der Beteiligungsrechte an einer Offshore-Gesellschaft innehaben, im Ausland, sind an diese Gesellschaft erbrachte Dienstleistungen nach Art. 8 Abs. 1 MWSTG als im Ausland erbracht zu betrachten und unterliegen nicht der schweizerischen Mehrwertsteuer.

Betrachtet man diese Kriterien der ESTV, dann wären die meisten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen als ausländische Domizilgesellschaften zu qualifizieren, weil sie im Ausland meist keine Büros und kein eigenes Personal haben und sich auch die erwähnten Dienstleistungen erbringen lassen. Vorbehalten bleibt die mehrwertsteuerliche Anerkennung ausländischer kollektiver Kapitalanlagen gemäss der nachfolgend dargestellten Praxis der ESTV.

3.4.3 Ausländische kollektive Kapitalanlagen gemäss Art. 119 KAG

Die ESTV hält in BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.4.2 fest, dass folgende Formen kollektiver Kapitalanlagen nicht als ausländische Domizilgesellschaften gelten und Leistungen an solche ausländische kollektive Kapitalanlagen nicht der Mehrwertsteuer unterliegen:¹⁸

1. Anlageformen, welche in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen sind; oder
2. Anlageformen, welche im Ausland einer Aufsicht über kollektive Kapitalanlagen unterstehen; oder
3. vertraglich oder gesellschaftsrechtlich ausgestaltete offene Anlageformen, (a) deren Zweck die kollektive Kapitalanlage ist und (b) die ihren Sitz im Ausland haben und (c) deren Anleger gegenüber der Anlageform oder einer ihr nahestehenden Gesellschaft einen Rechtsanspruch auf Rückzahlung ihrer Anteile zum Nettoinventarwert haben;¹⁹
4. vertraglich oder gesellschaftsrechtlich ausgestaltete geschlossene Anlageformen, (a) deren Zweck die kollektive Kapitalanlage ist und (b) die ihren Sitz im Ausland haben.

Interessant ist, dass die ESTV zwar im Titel von BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.4.2 auf Art. 119 KAG verweist, dort aber die oben in Ziff. 2 angeführten Anlageformen, welche im Ausland einer Aufsicht über kollektive Kapitalanlagen unterstehen, nicht erwähnt werden. Das bedeutet, dass die ausländische Aufsicht für Zwecke des KAG kein Kriterium für das Vorliegen einer ausländi-

schen kollektiven Kapitalanlage darstellt.²⁰ Entsprechend hat die FINMA auch keine offizielle Liste anerkannter ausländischer Aufsichtsbehörden publiziert.²¹ Eine solche Liste findet sich hingegen in Anhang V zum KS KAG/VStG und StG.

Dies hat zur Folge, dass für Mehrwertsteuerzwecke²² auch sog. Einanlegerfonds, welche grundsätzlich nicht der kollektiven Kapitalanlage dienen, als solche akzeptiert werden, sofern die ausländische Aufsicht dies akzeptiert. Damit unterliegen die oben genannten Leistungen an solche Einanlegerfonds nicht der Mehrwertsteuer. Ob das immer sachgerecht ist, sei hier offengelassen.

Interessant ist auch, dass die ESTV für den Ort der Dienstleistung eine weite Auslegung des Begriffs der kollektiven Kapitalanlage vornimmt. Bei der Frage, ob Leistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG ausgenommen sind, wird – wie unten dargelegt – aber eine enge Definition gewählt.

3.5 Ausgenommener Auslandumsatz im Finanzbereich

3.5.1 Allgemeines und Voraussetzungen der Vorsteuerkürzung

Als 4. Voraussetzung für das Vorliegen einer mehrwertsteuerpflichtigen Leistung verlangt Art. 18 Abs. 1 MWSTG, dass die Leistung nicht von der MWST ausgenommen sei.

Im gegebenen Zusammenhang kann man argumentieren, dass die Frage, ob die Leistung ausgenommen sei, gar keine Bedeutung habe, weil ja die Leistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen aufgrund des ausländischen Orts der Dienstleistung gar nicht der Mehrwertsteuer unterliegen. Auf den ersten Blick ist dies richtig. Bei näherer Betrachtung stellt man aber fest, dass es auch bei Dienstleistungen, welche ins Ausland erbracht werden, sehr wichtig ist zu wissen, ob diese ausgenommen sind oder nicht. Es gibt nämlich auch nach dem revidierten MWSTG ausgenommene Auslandumsätze, bei welchen der Schweizer Leistungserbringer auf eine Rück-

18 Diese Aufzählung entspricht der Definition in KS KAG/VStG und StG Ziff. 3.1.1.

19 Dieses Kriterium ist gemäss BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.4.2 erfüllt, sofern mindestens ein einmaliges Rückgaberecht pro Jahr vorgesehen ist. Eine Lock-up-Periode von maximal 5 Jahren ändert an der Erfüllung dieses Kriteriums nichts.

20 Vgl. COMTESSE/FISCHER/STUPP, Art. 119 KAG N 10.

21 Immerhin hat die Eidg. Bankenkommission im Jahresbericht 1998 (S. 66) festgestellt, dass im Rahmen von bis dahin (d. h. unter dem AFG) durchgeführten Bewilligungsverfahren die Mitgliedstaaten des EWR, die USA, Guernsey und Jersey über eine dem Anlegerschutz dienende öffentliche Aufsicht verfügen.

22 S. für die anderen Steuern KAPALLE/TAROLLI SCHMIDT, Neue Kreisschreiben zu den kollektiven Kapitalanlagen – Eine Bewertung aus Sicht der Praxis, S. 346; HESS/SCHERRER, Die Besteuerung der kollektiven Kapitalanlagen gemäss Kollektiv-anlagengesetz und deren Anleger, S. 368 ff.

forderung der Vorsteuern verzichten, d. h. eine Vorsteuerkürzung gemäss Art. 29 Abs. 1 MWSTG vornehmen muss. Art. 29 Abs. 1 MWSTG hält fest, dass kein Anspruch auf Vorsteuerabzug bei Leistungen bestehe, welche für die Erbringung von ausgenommenen Leistungen verwendet werden und für deren Versteuerung nicht optiert wurde. Die ESTV legt dies zu Recht so aus, dass ausgenommene Auslandumsätze im Finanzbereich weiterhin zu einer Vorsteuerkürzung führen.²³

Nachfolgend wird deshalb dargelegt, unter welchen Voraussetzungen der Schweizer Leistungserbringer, welcher eine Leistung an eine ausländische kollektive Kapitalanlage iSv Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG erbringt, eine Vorsteuerkürzung nach Art. 29 Abs. 1 MWSTG vornehmen muss. Es handelt sich gemäss Gesetzeswortlaut um folgende Voraussetzungen: Die Leistung

1. wird einer kollektiven Kapitalanlage nach dem KAG erbracht;
2. stellt eine Vertriebsleistung oder Verwaltungsleistung dar;
3. wird durch eine Fondsleitung, Depotbank oder einen Beauftragten erbracht.

3.5.2 Kollektive Kapitalanlage nach KAG

Die ESTV geht davon aus, dass als kollektive Kapitalanlage iSv Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG nur solche ausländische kollektive Kapitalanlagen zählen, welche in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen sind²⁴ und knüpft dabei an die durch die FINMA publizierte Liste der zum Vertrieb bewilligten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen²⁵ an.

Wenn man die Gesetzesbestimmung von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG liest, könnte man aber auch die Meinung vertreten, dass der Begriff «kollektive Kapitalanlage» auch ausländische Kapitalanlagen beinhalte,

welche in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassen sind. Es sind also 2 Fragen zu unterscheiden: Was ist eine ausländische kollektive Kapitalanlage gemäss Art. 119 KAG, und wann unterliegt eine solche kollektive Kapitalanlage den Bestimmungen von Art. 120 KAG, d. h., wann darf sie in der Schweiz vertrieben werden?

Oesterhelt/Winzap halten diesbezüglich fest, dass eine ausländische kollektive Kapitalanlage, welche unter die Definition von Art. 119 KAG fällt, steuerlich als ausländische kollektive Kapitalanlage zu behandeln sei.²⁶ Dies sei selbst dann der Fall, wenn sie schliesslich nicht dem KAG untersteht, weil sie gemäss Art. 120 KAG nicht öffentlich vertrieben werden darf.²⁷ Weidmann/Zindel dagegen führen aus, dass es sich für Mehrwertsteuerzwecke nur dann um kollektive Kapitalanlagen gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG handle, wenn diese in der Schweiz öffentlich vertrieben werden dürfen.²⁸

Der Gesetzeswortlaut von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG spricht von «kollektiven Kapitalanlagen nach dem Kollektivanlagengesetz». Damit muss es sich um eine Anlageform handeln, in welche mehrere Investoren investieren und die extern verwaltet wird. Nicht erforderlich ist gemäss Wortlaut, dass diese kollektive Kapitalanlage in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen ist und entsprechend auch auf der Liste der FINMA²⁹ erscheint.

Zudem ist die Praxis der Hauptabteilung MWST widersprüchlich, wenn sie den Begriff der kollektiven Kapitalanlage für die Frage, ob eine befreite Leistung an eine Domizilgesellschaft vorliege, weiter auslegt (s. dazu oben, Abschn. 3.4).

Wenn die Hauptabteilung MWST den Begriff «kollektive Kapitalanlage» in Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG für Mehrwertsteuerzwecke anders auslegt als die Hauptabteilung DVS für Zwecke der Verrechnungssteuer und Stempelabgaben, so hat dies sicher damit zu tun, dass der Verweis auf die FINMA-Liste für Mehrwertsteuerzwecke einfach handhabbar ist und – an sich wertvolle – Rechtssicherheit schafft. So ist es nicht erforderlich, für jedes einzelne Vehikel zu prüfen, ob es sich um eine kollektive Kapitalanlage handle, weil diese Abklärung schon durch die FINMA vorgenommen wurde.³⁰

23 Gemäss Art. 60 MWSTV ist der Vorsteuerabzug für im Ausland erbrachte ausgenommene Leistungen im selben Umfang möglich, wie wenn diese Leistungen im Inland erbracht und nach Art. 22 MWSTG freiwillig der Mehrwertsteuer unterstellt worden wären. Da für die hier interessierenden Umsätze im Finanzbereich jedoch nach Art. 22 Abs. 2 lit. a MWSTG nicht optiert werden kann, zieht die Erzielung solcher Umsätze, unabhängig davon, ob sie im Inland oder Ausland erzielt werden, weiterhin eine Vorsteuerkürzung für die Schweizer Leistungserbringer nach sich. Aufgrund von E 4.2 des Bundesgerichtsurteils 2A.78/2002 vom 30.7.2003 ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht diese Sicht weiterhin stützen wird, insbes. auch deshalb, weil sich weder aus den parlamentarischen Beratungen noch aus der Botschaft eine Absicht des Gesetzgebers ableiten lässt, dass ausgenommene Auslandumsätze im Finanzbereich nicht mehr zu einer Vorsteuerkürzung führen sollen.

24 WEIDMANN/ZINDEL, Vor Art. 1 KAG Rz 648.

25 S. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die zum Vertrieb in der Schweiz zugelassen sind.

26 Der Bewilligungspflicht des KAG unterstehen kollektive Kapitalanlagen, für die in oder von der Schweiz aus öffentlich geworben wird; vgl. hier auch RS Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen.

27 OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und ihrer Anleger, S. 117.

28 WEIDMANN/ZINDEL, Vor Art. 1 KAG Rz 642.

29 Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die zum Vertrieb in der Schweiz zugelassen sind.

30 Mit Ausnahme der Frage, ob der Ort der Dienstleistung im Ausland liegt (s. oben, Abschn. 3.4).

Weiter ist die Lösung der Hauptabteilung MWST auch im Sinne der inländischen Leistungserbringer, weil nicht zum Vertrieb zugelassene ausländische kollektive Kapitalanlagen nicht unter die kostenträchtige³¹ Ausnahme von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG fallen. Damit findet Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG nur beschränkt Anwendung, und die inländischen Leistungserbringer haben nur im Bereich der zum Vertrieb zugelassenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen eine entsprechende Vorsteuerkürzung in Kauf zu nehmen. Die enge und eigenständige Auslegung von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG für die Festlegung, ob ein ausgenommener Umsatz vorliegt, ist damit aus Sicht der Fondsbranche zu begrüssen.

3.5.3 Vertriebsleistung

Als 2. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG ist zu prüfen, ob eine Vertriebsleistung erbracht wird.

3.5.3.1 Praxis der ESTV

Gemäss Praxis der ESTV liegt eine Vertriebsleistung vor, wenn der Vertriebsträger von der Fondsleitung, der Depotbank, der kollektiven Kapitalanlage bzw. deren Beauftragten beauftragt ist, den Vertrieb aufgrund eines schriftlichen Vertriebsvertrags (Art. 24 Abs. 2 KAG) wahrzunehmen.³²

Als Vertriebsleistung gilt gemäss Praxis:

- die Ausgabe von Anteilen;
- die Rücknahme von Anteilen;
- die Abwicklung des Anteilverkehrs;³³
- der Vertrieb durch Beauftragte bzw. Unterbeauftragte in direkter oder indirekter Stellvertretung;
- die Bestandespflege.³⁴

Die ESTV verlangt einen schriftlichen Vertriebsvertrag, obwohl dies gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG nicht vorgesehen ist. Die Vertriebstätigkeit zugunsten der ausländischen kollektiven Kapitalanlage kann allenfalls auch durch andere Beweismittel als einen schriftlichen Vertrag bewiesen werden. Gemäss Art. 81 Abs. 3 MWSTG hat die ESTV neu auch andere Beweismittel zuzulassen und sollte deshalb auf die Voraussetzung

des schriftlichen Vertrags verzichten. Es ist auch nicht Sache der ESTV, die Vorschriften des KAG, welche u. a. in Art. 24 KAG und Art. 30 Abs. 1 lit. c KVV schriftliche Vertriebsverträge vorsehen, umzusetzen.³⁵

3.5.3.2 Abgrenzung des Vertriebs zur Vermittlung

Interessant ist nun die Abgrenzung des Vertriebs von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG zur ausgenommenen Vermittlung von Wertrechten nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. e MWSTG.

Wie oben dargelegt, sind nämlich nur Vertriebsleistungen für zum Vertrieb zugelassene ausländische kollektive Kapitalanlagen ausgenommene Leistungen. Ist die ausländische kollektive Kapitalanlage nicht zum Vertrieb zugelassen, dann ist eine Vertriebsleistung (d. h. der inländische Vertrieb an qualifizierte Investoren gemäss dem KAG bzw. dem entsprechenden RS Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen der FINMA) von der Mehrwertsteuer befreit, und der Leistungserbringer hat Anspruch auf den vollen Vorsteuerabzug.

Es stellt sich nun die Frage, ob diese Vertriebsleistung allenfalls nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. e MWSTG trotzdem ausgenommen ist, weil es sich zusätzlich um eine Vermittlungsleistung von Wertrechten handelt. Gemäss bisheriger Praxis der ESTV gilt als Vermittlung iSd MWSTG indessen einzig das Abschliessen von Verträgen ausdrücklich im Namen und für Rechnung von Dritten (direkte Stellvertretung), d. h. das Bewirken von Umsätzen ausdrücklich in fremdem Namen und für fremde Rechnung.³⁶ Diese Auslegung des Vermittlungsbegriffs wurde durch das Bundesgericht bestätigt.³⁷ Im Weiteren liegt gemäss Praxis der ESTV eine Vermittlung nur dann vor, wenn die Gebühr für die Vermittlung durch den Vertretenen ausgerichtet wird. Damit ist der Begriff «Vertrieb» gemäss lit. f weiter als der Begriff «Vermittlung» gemäss lit. e, weil er auch die indirekte Stellvertretung beinhaltet,³⁸ d. h., «Vertrieb» beinhaltet auch das Handeln in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung.

Handelt der Vertreter jedoch im Namen und auf Rechnung einer nicht zum Vertrieb zugelassenen ausländischen kollektiven Kapitalanlage (d. h., ist er an sich Vermittler), sind die Autoren der Ansicht, dass Art. 21

31 Es ist in diesem Fall keine Vorsteuerkürzung durch den inländischen Leistungserbringer vorzunehmen.

32 BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.2.1.5.

33 Es ist nicht ganz klar, ob damit auch Courtagen gemeint sind. Courtagen sind auch gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. e MWSTG von der MWST ausgenommen.

34 S. BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.2.1.5 und auch die PM Vereinfachte Handhabung der MWST, welche im Sinne einer Praxisänderung die bis dahin geltende unterschiedliche Beurteilung von Vertriebs- und Bestandespflege-Entschädigung aufgehob.

35 Vgl. WEIDMANN/ZINDEL, Vor Art. 1 KAG Rz 632 ff. In der Praxis schliessen die Parteien allerdings regelmässig einen schriftlichen Vertrag ab.

36 BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.10.

37 BGer 2C.686/2007, 19.5.2008.

38 Vgl. HENZEN/PATT, Überarbeitung der Branchenbroschüre Finanzbereich. Status Quo kurz vor dem Inkrafttreten des revidierten Mehrwertsteuergesetzes, S. 779 f.

Abs. 2 Ziff. 19 lit. e MWSTG trotzdem nicht zur Anwendung gelangt, d. h. nicht doch ein ausgenommener Umsatz entsteht, weil Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG lex specialis zu Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. e MWSTG ist. Mit anderen Worten: Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG regelt den Vertrieb von solchen Anteilen abschliessend, und es ist kein Platz für die Anwendung von lit. e.

3.5.3.3 Abgrenzung des Vertriebs zur Kundenvermittlung

Der ausgenommene Vertrieb von zum Vertrieb zugelassenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen ist auch von der nicht ausgenommenen Kundenvermittlung³⁹ (finder's fee) abzugrenzen.⁴⁰ Weder eine Vermittlung noch ein Vertrieb von Anteilen an ausländischen kollektiven Kapitalanlagen liegt vor, wenn Kundenbeziehungen vermittelt werden, weil dann nicht ausländische kollektive Kapitalanlagen im Rahmen einer indirekten oder direkten Stellvertretung übertragen werden. Der Finder führt der kollektiven Kapitalanlage oder der Bank Anleger zu, ohne dass er bei der Übertragung der Anteile an der kollektiven Kapitalanlage – und das ist zentral – zivilrechtlich als Stellvertreter beteiligt ist. Er handelt also nicht auf Rechnung einer Drittperson. Die ESTV und auch das Bundesgericht bezeichnen diese Finder-Tätigkeit als Werbeleistung.⁴¹ Man sollte hier aber viel eher von einer Makler-Dienstleistung iSv Art. 412 OR sprechen.

Im Gegensatz zum Finder handelt der Vertreter einer ausländischen kollektiven Kapitalanlage als Stellvertreter auf Rechnung der kollektiven Kapitalanlage und vertritt Anteile in eigenem oder fremdem Namen.

Kauft der Anleger eine ausländische kollektive Kapitalanlage in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und richtet der Vermögensverwalter hierfür dem Kundenvermittler eine aus der Verwaltungs-Kommission finanzierte Retrozession aus, so handelt es sich dabei ebenfalls um eine finder's fee.⁴²

3.5.4 Verwaltungsleistung

Handelt es sich nicht um eine Vertriebsleistung, ist zu prüfen, ob es sich um eine Verwaltungsleistung gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG handelt, welche allenfalls eine ausgenommene Leistung an eine ausländi-

sche kollektive Kapitalanlage ist und zu einer aus Sicht des Pflichtigen unerwünschten Vorsteuerkürzung führt.

Gemäss Praxis der ESTV gelten alle Leistungen, die die Fondsleitung gemäss Art. 30 KAG⁴³ und die Depotbank gemäss Art. 73 KAG⁴⁴ zu erbringen haben, als Verwaltungsleistungen.⁴⁵

Die ESTV listet namentlich Entgelte für folgende, als Verwaltungsleistungen iSv Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG geltende Leistungen auf:⁴⁶

- Depot-Gebühren für Depotbankfunktion (Aufbewahrung des Kollektivanlagevermögens);
- Überwachungs-Kommission für Aufsichtsfunktion;
- Entschädigung für die Gesuchseinreichung und die entsprechenden Gebühren für die Börsenkotierung der Anteile;
- Entschädigung für die Gesuchseinreichung und die entsprechenden Gebühren für das Einholen der Bewilligung gemäss Art. 120 Abs. 1 KAG, bspw. durch den künftigen Vertreter;
- Vertretungs-Gebühr für Vertretung ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Art. 123 ff. KAG);
- Einlöse-Kommission für Coupons-Inkasso;
- Management-Gebühr für Asset-Management;
- Verwaltungs-/Management-Gebühr für Administration der kollektiven Kapitalanlage;
- Entschädigung für Entwicklung bzw. Gründung der kollektiven Kapitalanlage;
- Entschädigung für Produktentwicklung;
- Rückforderungs-Gebühren für Steuerrückforderungen für kollektive Kapitalanlagen;
- Schätzungshonorar für Schätzungsexperten von Immobilienfonds;
- Verwaltungs-Gebühr für Verwaltung von Liegenschaften für Immobilienfonds im direkten oder indirekten Besitz;
- Gebühr für Administration von Immobilienanlagefonds in direkten und indirekten Treuhandanlagen;
- Entschädigung für das Führen der Buchhaltung der kollektiven Kapitalanlage.

39 Die Kundenvermittlung ist eine steuerbare Leistung, wenn sie an einen Inländer, z. B. an eine inländische Bank, erbracht wird.

40 Vgl. FRÖHLICH, MWST und Anlagefonds, S. 869.

41 BGer 2C.686/2007, 19.5.2008; BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.10.3.

42 BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.10.5.

43 Dabei handelt es sich insbes. um Leistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe von Anteilen, den Anlagen und deren Bewertung, der Berechnung des Nettoinventarwerts, der Festsetzung von Ausgabe- und Rücknahmepreis sowie Gewinnausschüttungen und der Geltendmachung von dem Anlagefonds gehörenden Rechten.

44 Dabei handelt es sich insbes. um die Aufbewahrung des Fondsvermögens, die Besorgung der Ausgabe und Rücknahme der Anteile und den Zahlungsverkehr sowie die Prüfung, ob die Fondsleitung das Fondsreglement beachtet.

45 S. dazu auch RS Delegation durch Fondsleitung/SICAV.

46 BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.2.1.4.

Nicht als Entgelt für Verwaltungsleistungen gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG gelten dagegen gemäss Praxis der ESTV:⁴⁷

- Honorare der Prüfungsgesellschaft für Prüfung (Revision) von kollektiven Kapitalanlagen;
- Kostenerstattungen für Textverfassung, Druck und Inseratekosten für gesetzliche Publikationspflichten (Jahresbericht, Halbjahresbericht, Reglemente und Reglementsänderungen) sowie Kurspublikationen.

Weiter, und das ist hier sehr bedeutend, fällt gemäss Praxis der ESTV nur das Entgelt für die Verwaltung von dem KAG unterstellten inländischen kollektiven Kapitalanlagen unter die Ausnahmebestimmung von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG.

Damit werden die oben genannten Verwaltungstätigkeiten an ausländische kollektive Kapitalanlagen nicht zu ausgenommenen Leistungen, welche zu einer Vorsteuerkürzung führen. Vielmehr sind diese Verwaltungsleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen aufgrund von Art. 8 MWSTG von der Mehrwertsteuer befreit und geben dem Leistungserbringer einen Anspruch darauf, alle Vorsteuern im Zusammenhang mit diesen Leistungen zurückzufordern.

Die ESTV hat damit im Bereich der Verwaltungsleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen eine praxisfreundliche Lösung gewählt und befreit sie von der Mehrwertsteuer, so dass es in diesem Bereich für die inländischen Leistungserbringer nicht zu Vorsteuerkürzungen kommt. Weshalb sie aber für die Vertriebsleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen nicht ebenfalls eine praxisfreundliche Lösung getroffen hat, ist nicht klar. In der Literatur findet sich jedenfalls keine Begründung für diese ins Gewicht fallende unterschiedliche Behandlung.⁴⁸ Ein Vorteil dieser unterschiedlichen Behandlung von Vertriebsleistung (ausgenommen) und Verwaltungsleistung (befreit, wenn gegenüber Ausländern erbracht) besteht immerhin darin, dass die Qualifikation der Vertriebsleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen als ausgenommene Umsätze dafür sorgt, dass Leistungen der Untervertreiber an in der Schweiz ansässige Vertreiber ebenfalls ausgenommen sind. Diese Qualifikation der Vertriebsleistung als ausgenommene Leistung führt dazu, dass der Schweizer Vertreiber nicht aufgrund der Untervertriebsleistungen eines Schweizer Untervertreibers an ihn mit Mehrwertsteuer belastet wird, welche er nicht zurückfordern könnte, weil er mit dieser

Untervertriebsleistung eine ausgenommene Hauptvertriebsleistung erbringt.

3.5.5 Leistung durch Fondsleitung, Depotbank oder Beauftragten

Schliesslich ist die Vertriebsleistung im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen nur dann ausgenommen, wenn sie durch Personen, welche die kollektiven Kapitalanlagen verwalten oder aufbewahren, durch Fondsleitungen, durch Depotbanken oder durch Beauftragte, denen die kollektiven Kapitalanlagen nach dem KAG Aufgaben delegieren können, vorgenommen werden.

Werden delegierbare Aufgaben⁴⁹ (auch über mehrere Stufen) weiterdelegiert, so gilt gemäss Praxis der ESTV grundsätzlich jede Delegationsstufe – in direkter oder indirekter Stellvertretung – als Beauftragte iSv Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG.⁵⁰

Der Vertreiber kann also den Vertrieb auch an Untervertreiber weitergeben, und der Untervertreiber erzielt trotzdem einen ausgenommenen Umsatz aus der Vertriebs-Kommission, welche ihm der Vertreiber in eigenem Namen, aber auf Rechnung der kollektiven Kapitalanlage zahlt.

Gemäss Gesetzeswortlaut bedarf es für den Untervertrieb weder einer direkten noch einer indirekten Stellvertretungsstellung des Vertreibers. Der Untervertreiber muss einzig Beauftragter des Vertreibers sein. Der Untervertreiber, welcher eine Vertriebsleistung an den Vertreiber erbringt, weiss gar nicht, ob der ihn beauftragende Vertreiber in indirekter Stellvertretung (d. h. auf fremde Rechnung) handelt. Dies wäre aber erforderlich, damit er die Leistung als ausgenommen qualifizieren kann.

Allenfalls entschärft sich diese Stellvertretungsproblematik aufgrund des neu formulierten Stellvertretungsartikels Art. 20 Abs. 2 lit. b MWSTG.⁵¹ Gemäss dieser Bestimmung ist es wohl zulässig, dass der Untervertreiber aufgrund der Vertriebsmöglichkeit des Vertreibers (also aus den Umständen) annimmt, dass dieser für Mehrwertsteuerzwecke als direkter Vertreter der kollektiven Kapitalanlage handle.

47 Ein Kriterium, dass diese Tätigkeiten nicht als Verwaltung gelten, ist, dass es sich um untypische Leistungen handelt, welche nicht nur an kollektive Kapitalanlagen erbracht werden.

48 WEIDMANN/ZINDEL, Vor Art. 1 KAG Rz 652; SCHEUNER, Kollektive Kapitalanlagen und Mehrwertsteuer, S. 26 f.

49 S. hier auch RS Delegation durch Fondsleitung/SICAV.

50 BB Finanzbereich 2009 Ziff. 5.2.1.3.

51 Der Gesetzestitel «Zuordnung der Leistungen» ist unglücklich, da es bei diesem Artikel um Stellvertretungsverhältnisse geht; dies sollte in der Bezeichnung zum Ausdruck kommen.

4 Fazit

Das neue Mehrwertsteuergesetz bringt im Bereich von Leistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen keine grossen Änderungen. Einzig im Bereich der Form-erfordernisse lässt sich feststellen, dass die ESTV ab 1.1.2010 bei Untervertriebsverhältnissen aufgrund von Art. 81 Abs. 3 MWSTG auch andere Beweismittel als einen schriftlichen Vertrag zulassen muss. Zudem stellt sich die Frage, ob nicht jeder Untervertreiber aufgrund des revidierten und erweiterten Art. 20 Abs. 2 lit. b MWSTG zu den Stellvertretungsregeln geltend machen könnte, dass der Vertreter aufgrund der Umstände als direkter Stellvertreter der ausländischen kollektiven Kapitalanlage handelt.

Die ESTV hat im Bereich von Leistungen für ausländische kollektive Kapitalanlagen sachgerechte Auslegungen getroffen, welche dafür sorgen, dass die Verwaltungsleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen nicht aus Gründen der Mehrwertsteuer ins Ausland abwandern.

Bei der nächsten Gesetzesrevision sollte allenfalls bereits im Gesetz festgehalten werden, dass sich Verwaltungsleistungen an ausländische kollektive Kapitalanlagen entgegen dem an sich klaren Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG heute gemäss Praxis der ESTV nicht als ausgenommene Leistungen qualifizieren und deshalb nicht zu einer Vorsteuerkürzung führen.

Schliesslich sollte aus einem revidierten Gesetzeswortlaut von Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG auch hervorgehen, dass nicht alle Vertriebsleistungen an sämtliche ausländische kollektive Kapitalanlagen ausgenommen sind, sondern nur Vertriebsleistungen an in der Schweiz zum Vertrieb zugelassene ausländische kollektive Kapitalanlagen.

Literatur

- COMTESSE STEPHANIE/FISCHER GÉRARD/STUPP ERIC, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/René Bösch/François Rayrouz/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz (KAG), Basel 2009
- FRÖHLICH PETER, MWST und Anlagefonds, StR 2005, S. 864 ff.
- HENZEN BARBARA/PATT THOMAS, Überarbeitung der Branchenbroschüre Finanzbereich. Status Quo kurz vor dem in Kraft treten des revidierten Mehrwertsteuergesetzes, ST 2009, S. 778 ff.
- HESS TONI/SCHERRER PATRICK, Die Besteuerung der kollektiven Kapitalanlagen gemäss Kollektivan-

lagengesetz und deren Anleger, ASA 77 (2008/09), S. 361 ff.

HILTPOLD ESTHER, MWST-Auswirkungen des Kollektivanlagegesetzes. Leistungen von Finanzintermediären im Zusammenhang mit kollektiven Kapitalanlagen, ST 2007, S. 569 ff.

KAPALLE URS/TAROLLI SCHMIDT NADIA, Neue Kreisschreiben zu den kollektiven Kapitalanlagen – Eine Bewertung aus Sicht der Praxis, eine Trilogie, I. Teil, StR 2009, S. 338 ff.

OESTERHELT STEFAN/WINZAP MAURUS, Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und ihrer Anleger (3. Teil), FStR 2009, S. 115 ff.

SCHEUNER PIERRE, Kollektive Kapitalanlagen und Mehrwertsteuer, FStR 2008, S. 21 ff.

WEIDMANN MARKUS/ZINDEL KIM, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/René Bösch/François Rayrouz/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz (KAG), Basel 2009

Berichte

- Finanzplatz und Finanzmarktpolitik Schweiz, Eidg. Finanzdepartement, aktualisiert: 15.04.2009, www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/00616/index.html?lang=de
- Invest Wisely: An Introduction to Mutual Funds, U. S. Securities and Exchange Commission, aktualisiert: 2.7.2008, www.sec.gov/investor/pubs/inwsmf.htm
- Jahresbericht 1998, Eidg. Bankenkommission, besucht: 27.1.2010, www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/bericht/pdf/jb98.pdf
- Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz, Bericht des Bundesrats in Beantwortung des Postulats Graber (09.3209) (16.12.2009), aktualisiert: 16.12.2009, www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01622/index.html?lang=de
- Trends in the European Investment Fund Industry in the Second Quarter of 2009, European Fund and Asset Management Association (Hrsg.), besucht: 18.11.2009, www.efama.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=1033&Itemid=-99
- Vertriebsvergütungen. Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten (EBK-Bericht «Vertriebsvergütungen»), Diskussionspapier der EBK, August 2008, besucht: 20.12.2009, www.efama.org

finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/konsultationen/bericht-vertriebsverguetungen-20080904-d.pdf

ESTV (vom 30.3.2007), www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=11877

Rechtsquellen

AFG, BG über die Anlagefonds (vom 18.3.1994), AS 1994, S. 2523 (aufgehoben)

KAG, BG über die kollektiven Kapitalanlagen (vom 23.6.2006), SR 951.31

KVV, V über die kollektiven Kapitalanlagen (vom 22.11.2006), SR 951.311

MWSTG, BG über die Mehrwertsteuer (vom 12.6.2009; gültig ab 1.1.2010), SR 641.20

MWStSystRL, RL 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (Mehrwertsteuersystemrichtlinie) (vom 28.11.2006), AB1 EU 2006 L 347, S. 1

MWSTV, V zum BG über die Mehrwertsteuer (vom 27.11.2009; gültig ab 1.1.2010), SR 641.201

RS Delegation durch Fondsleitung/SICAV, FINMA-RS 08/37 – Delegation durch Fondsleitung/SICAF (vom 20.11.2008); gültig ab 1.1.2009

RS Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen, FINMA-RS 08/8 – Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen (vom 20.11.2008); gültig ab 1.1.2009

Verhaltensregeln für Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen (vom 31.3.2009), Swiss Funds Association (SFA), www.sfa.ch/self-regulation/codes-of-conduct

Materialien

Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer (vom 25.6.2008), BBl 2008, S. 6885 ff.

Praxisanweisungen

Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die zum Vertrieb in der Schweiz zugelassen sind (Liste der FINMA), aktualisiert: 9.1.2010, www.finma.ch/institute/pdf_d/dafetr.pdf

BB Finanzbereich 2000, BB Nr. 14 (610.540-14) der ESTV – Finanzbereich (Banken, Vermögensverwalter, Finanzgesellschaften, Effekthändler, Fondsgesellschaften u. Ä.) (vom Sept. 2000); gültig vom 1.1.2001 - 30.9.2009

BB Finanzbereich 2009, BB Nr. 14 (610.540-14) der ESTV – Finanzbereich (Banken, Vermögensverwalter, Finanzgesellschaften, Effekthändler, Kollektive Kapitalanlagen u. Ä.) (vom Sept. 2009); gültig vom 1.10.2009 - 31.12.2009

KS KAG/VStG und StG, KS Nr. 24 der ESTV (1-024-VS-2008) – Kollektive Kapitalanlagen als Gegenstand der Verrechnungssteuer und der Stempelabgaben (vom 1.1.2009)

PM Vereinfachte Handhabung der MWST, Die Eidg. Steuerverwaltung vereinfacht die Handhabung der Mehrwertsteuer weiter. Pressemitteilung der

Verrechnungspreise im grenzüberschreitenden Anlagefondsgeschäft

Vorgehensweise nach den OECD-Verrechnungspreisgrundsätzen unter Berücksichtigung des Schweizer Steuerrechts

Marc A. Tschirner, RA/Dr. iur. HSG et lic. rer. pol. Raoul Stocker



*Marc A. Tschirner, Ass. iur.,
Rechtsanwalt deutschen
Rechts und Leiter Verrech-
nungspreise bei der Julius
Bär Gruppe AG, Zürich*



*Dr. iur. HSG et lic. rer. pol.
Raoul Stocker, dipl. Steuer-
experte, Leiter der Verrech-
nungspreispraxis bei Ernst &
Young Schweiz und Lehrbe-
auftragter der Universität
St.Gallen für Steuerrecht und
Transfer Pricing*

Inhalt

| | | | | | |
|------------|---|-----------|---|--|-----------|
| 1 | Einführung | 43 | 4.2 | Risiken im Anlagefondsgeschäft | 52 |
| 2 | Schweizer Grundlagen und Verwaltungspraxis | 43 | 4.2.1 | Allgemeines | 52 |
| 3 | Vorgehen nach Massgabe der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze unter Berücksichtigung der Schweizer Praxis. | 45 | 4.2.2 | Geschäfts-Risiko | 53 |
| 3.1 | Aktuelle Praxis | 45 | 4.2.2.1 | Liquiditäts-Risiko | 53 |
| 3.1.1 | Vergleichbarkeit von Transaktionen | 45 | 4.2.2.2 | Transparenz-Risiko | 53 |
| 3.1.2 | Vergleichbarkeitskriterien | 45 | 4.2.2.3 | Delegations-Risiko | 53 |
| 3.1.3 | Überprüfung von Verrechnungspreisen | 47 | 4.2.3 | Investitions-Risiko | 53 |
| 3.1.4 | Methodenhierarchie/Methodenwahl. | 47 | 4.2.3.1 | High Watermark Risk | 53 |
| 3.2 | Geplante zukünftige Praxis | 48 | 4.2.3.2 | Konzentrations-Risiko | 54 |
| 3.2.1 | Allgemeines | 48 | 4.2.4 | Markt-Risiko | 54 |
| 3.2.2 | Methodenwahl | 48 | 4.2.4.1 | Hebel-Risiko | 54 |
| 3.2.3 | Vergleichbarkeitsanalyse | 48 | 4.2.4.2 | Leerverkaufs-Risiko. | 54 |
| 4 | Relevante Funktionen und Risiken für die Ermittlung von Verrechnungspreisen im Anlagefondsgeschäft | 49 | 5 | Entschädigung der Funktionen und Risiken im Anlagefondsgeschäft | 54 |
| 4.1 | Funktionen im Anlagefondsgeschäft | 49 | 5.1 | Das typische Verrechnungspreismodell | 54 |
| 4.1.1 | Marketing und Vertrieb | 50 | 5.2 | Ermittlung einer fremdvergleichskonformen Entschädigung | 56 |
| 4.1.1.1 | Marketing | 50 | 5.2.1 | Klassifizierung der Funktionen und Risiken | 56 |
| 4.1.1.2 | Vertrieb | 50 | 5.2.2 | Entschädigung von Funktionen und Risiken | 57 |
| 4.1.1.3 | Kundenberatung | 50 | 5.2.2.1 | Routinefunktionen | 57 |
| 4.1.2 | Administration | 50 | 5.2.2.2 | Schlüsselfunktionen | 57 |
| 4.1.3 | Fonds-Leitung | 50 | 5.2.3 | Entschädigung für immaterielle Wirtschaftsgüter. | 58 |
| 4.1.3.1 | Portfolio-Management | 50 | 5.3 | Fazit | 58 |
| 4.1.3.2 | Advisory | 51 | 6 | Schlussbetrachtung | 58 |
| 4.1.3.3 | Risiko-Management | 51 | Literatur | 59 | |
| 4.1.4 | Wertschöpfungskette | 51 | Berichte und Dokumente | 60 | |
| | | | Rechtsquellen | 60 | |
| | | | Praxisanweisungen | 60 | |

* Die Verfasser danken Fabian Berr, Dipl.-Volkswirt, für die verdienstvolle Mitarbeit.

1 Einführung

Anlagefonds gehören heute zu den beliebtesten Formen der Geldanlage und zeichnen sich v. a. durch ihre Vielseitigkeit und Flexibilität aus. Eine Investitionsgesellschaft sammelt das Geld der Anleger, bündelt es in einem Sondervermögen – dem Anlagefonds – und investiert es in einem oder mehreren Anlagebereichen. Die eingehenden Gelder fliessen damit auf direktem Wege dem Fondsvermögen des Anlagefonds zu. Die Gesamtsumme des Fondsvermögens wird als net asset value (NAV) bezeichnet. Die Anteilsscheine können idR an jedem beliebigen Börsentag gehandelt werden und vermitteln dem Anleger dadurch eine hohe Flexibilität. Das Geld im Anlagefonds wird nach vorher festgelegten Anlageprinzipien z. B. in Aktien, festverzinslichen Wertpapieren, am Geldmarkt und/oder in Immobilien angelegt. Anlagefonds müssen im Regelfall bei der Geldanlage den Grundsatz der Risikodiversifikation beachten, d. h., es darf nicht das gesamte Fondsvermögen in nur eine Aktie oder nur eine Immobilie investiert werden. Durch die Streuung der Mittel auf verschiedene Anlagegegenstände wird das Anlageisiko unter meist gleich bleibender Rendite reduziert.

Mit dem Kauf von Anlagefondsanteilen wird der Anleger Miteigentümer am Fondsvermögen und hat einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung und Anteilsrückgabe zum jeweils gültigen Rücknahmepreis. Teilt man das Gesamtvolumen durch die Anzahl der ausgegebenen Anteile, so erhält man den aktuellen Wert des einzelnen Anteils. Das Fondsvermögen wird professionell verwaltet und ist nach schweizerischem Recht Sondervermögen, d. h., die Anlagen müssen strikt getrennt von dem Vermögen der Gesellschaft gehalten werden. Das Sondervermögen steigt durch neue Einlagen von Anlegern und durch Kurs-, Dividenden- und/oder Zinsgewinne bzw. fällt durch Rückerstattung von Anteilen oder durch Verluste.

In den letzten Jahren ist der NAV von Anlagefonds stetig gestiegen, wie eine Auswertung von ca. 10 000 in der Schweiz gehandelter Anlagefonds ergeben hat. So betrug im Jahr 2004 das verwaltete Medianvermögen pro Anlagefonds 30,3 Mio. CHF; dieses stieg bis auf 39 Mio. CHF im Jahr 2007.¹ Allerdings dürfte dieser Trend, bedingt durch die Finanzkrise, derzeit gebrochen sein. So schrumpften etwa die verwalteten Vermögen am Finanzplatz Genf zwischen Sommer 2008 und März 2009 um etwa die Hälfte.² Weniger dramatisch scheint der Rückgang bei den verwalteten Vermögen in den USA zu sein. So gingen die durch US-amerikanische Investitionsunternehmen verwalteten (kumulierten) Vermögen zwi-

schen Ende 2007 und Ende 2008 von 12,9 Bio. USD auf 10,3 Bio. USD zurück.³

Der vorliegende Artikel möchte erklären, wie Verrechnungspreise im Bereich von Anlagefonds ermittelt werden. Dazu wird auch auf die in der Praxis auftretenden Probleme eingegangen. Ebenso sollen die Änderungen, die in naher Zukunft, bedingt durch die Arbeiten der OECD, zu erwarten sind, aufgezeigt werden.⁴

2 Schweizer Grundlagen und Verwaltungspraxis

Die Schweiz hat bisher keine spezifischen Verrechnungspreisvorschriften erlassen. Leistungsbeziehungen zwischen Aktionär bzw. diesem nahestehenden Personen und einer Gesellschaft sind gemäss Art. 58 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 StHG nach Massgabe des Fremd- bzw. Drittpreises zu bestimmen. Diese gesetzlichen Grundlagen definieren die Berechnung des steuerbaren Gewinns und ermächtigen die Schweizer Steuerbehörden, den Saldo der Erfolgsrechnung für Steuerzwecke zu korrigieren. Der Korrekturbetrag enthält nicht geschäftsmässig begründete Aufwendungen sowie nicht gutgeschriebene Erträge. Sowohl Art. 58 Abs. 1 DBG als auch Art. 24 Abs. 1 StHG dienen deshalb als gesetzliche Grundlage für die Bestimmung von Verrechnungspreisen, müssen diese doch dem Fremd- bzw. Drittpreis entsprechen. Damit ist zwecks Bestimmung von Verrechnungspreisen die schweizerische (Bundesgerichts-) Praxis zu geldwerten Leistungen (und zwar sowohl in Bezug auf Gewinnvorwegnahmen und verdeckte Gewinnausschüttungen als auch auf Kapitaleinlagen) massgebend.⁵

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine geldwerte Leistung vor, wenn kumulativ folgende 3 Voraussetzungen erfüllt sind:⁶

- Es wird eine Leistung ausgerichtet, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, so dass sich

1 Vgl. Switzerland Funds Charges.

2 Vgl. Wicks, Der Finanzplatz Genf und die Finanzkrise: Katerstimmung an der Rhone, S. 18.

3 Vgl. ELWELL, Impact of the Economic Downturn on Transfer Pricing in the Asset Management Industry, S. 8.

4 Anlagefonds bilden einen Teil des sog. Asset-Managements. Im Folgenden wird darunter das Geschäft mit Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen verstanden. Diese Definition folgt jener in VÖGELE/BREM, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, Rn 688. Im Gegensatz dazu steht das physische Asset-Management, das die Administration von Anlagevermögensgegenständen wie z. B. Gebäuden zum Gegenstand hat, vgl. HASTINGS, Physical Asset Management, S. 3 ff.

5 Vgl. STOCKER/STUDER, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, S. 386 f.

6 BRÜLISAUER/POLTERA, Art. 58 DBG N 92 ff. und dort zitierte Entscheide.

die Leistung als Entnahme von Gesellschaftsmitteln, in einer Verminderung des durch die Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Geschäftsergebnisses auswirkt.

- Mit der Leistung wird ein Anteilinhaber oder eine ihm nahestehende Person begünstigt, d. h., die Leistung wird direkt oder indirekt zugehalten, wobei anzunehmen ist, dass die Leistung unterblieben oder unwesentlich wäre, wenn der Begünstigte eine der Gesellschaft fernstehende Person wäre, die Leistung also insofern ungewöhnlich ist und sich nicht mit sachgemäßem Geschäftsgebaren vereinbaren lässt.
- Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung muss für die handelnden Organe erkennbar gewesen sein, so dass davon ausgegangen werden kann, dass die Begünstigung beabsichtigt war.

Im Bundesgerichtsentscheid vom 21.5.1985⁷ wird ausdrücklich ein klares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt, weshalb geringfügige Differenzen für die Annahme einer geldwerten Leistung nicht genügen. Eine Korrektur konzerninterner Transaktionen kann deshalb nach schweizerischer Auffassung nur bei einem eindeutigen Missverhältnis, das ohne weiteres erkennbar ist, vorgenommen werden.

Die eidg. Steuerrekurskommission hat in ihrem Entscheid vom 8.6.2006 festgehalten, dass ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Organe dann nicht erkennbar gewesen sei, wenn eine umfassende, gut dokumentierte und plausibel begründete unabhängige Verrechnungspreisstudie für den vergleichbaren europäischen Markt eine vergleichbare Entschädigungshöhe beschreibt.⁸ In der Konsequenz kann damit nicht von geldwerten Leistungen ausgegangen werden, soweit die Entschädigungshöhe durch eine unabhängige Verrechnungspreisstudie dokumentiert ist.

Leistungen, die gemischtwirtschaftliche, im öffentlichen Interesse tätige Unternehmen an nahestehende Personen erbringen, sind nach Art. 58 Abs. 3 DBG zum jeweiligen Marktpreis (Preisvergleichsmethode, comparable uncontrolled price method [CUP]), zu den jeweiligen Gestehungskosten zuzüglich eines angemessenen Aufschlages (Kostenaufschlagsmethode, cost plus method) oder zum jeweiligen Endverkaufspreis abzüglich einer angemessenen Gewinnmarge (Wiederverkaufspreismethode, resale minus method) zu bewerten. Dabei ist, falls möglich, die CUP-Methode anzuwenden. Die in dieser Sondernorm für Partnerwerke von Elektrizitätsgesellschaften aufgeführten Methoden der Überprüfung von Verrechnungspreisen stellen nach OECD-Terminologie

traditionelle Methoden dar, die wenn immer möglich vor den gewinnbezogenen Methoden⁹ (transaktionsbasierte Nettomargen-Methode, transaction based net margin method [TNMM] und profit split) zu verwenden sind.¹⁰

Obschon der Schweizer Gesetzgeber darauf verzichtet hat, spezifische Gesetzesbestimmungen zu Verrechnungspreisen in das Steuerrecht aufzunehmen, existieren eine Reihe von Verwaltungsanweisungen (u. a. Kreisschreiben, Rundschreiben), die sich implizit oder explizit auf die Bestimmung konzerninterner Verrechnungspreise beziehen. So weist das Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 4.3.1997 (KS OECD-Verrechnungspreisgrundsätze) die Kantone an, bei der Bestimmung von Verrechnungspreisen international tätiger Konzerne die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze zu befolgen. Im Kreisschreiben lassen sich keine Einschränkungen in Bezug auf den Geltungsbereich finden, weshalb die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze selbst bei Transaktionen in Nicht-DBA-Länder von den schweizerischen Steuerbehörden zu berücksichtigen sind.¹¹ Zudem existieren Verwaltungsanweisungen, die safe harbour-Regelungen statuieren und es erlauben, Verrechnungspreise (solange diese den safe harbour-Regelungen genügen) ohne besondere Dokumentation oder Begründung zu bestimmen:

- KS Geschäftstätigkeit im Ausland, betr. Besteuerung von inländischen Gesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit zur Hauptsache im Ausland ausüben (vom 29.6.1959);
- KS Ausländische Gesellschaften mit Betriebsstätten in der Schweiz, betr. Besteuerung ausländischer Gesellschaften, die in der Schweiz Betriebsstätten unterhalten (vom 1.6.1960);
- KS Verdecktes Eigenkapital, betr. verdecktes Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 6.6.1997);
- KS Principal-Gesellschaften, betr. internationale Steuerauscheidung von Principal-Gesellschaften (vom 18.12.2001);
- KS Dienstleistungsgesellschaften, betr. Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften (vom 19.3.2004);
- RS Zinssätze/geldwerte Leistungen, betr. Zinszahlungen zwischen verbundenen Konzerneinheiten (vom 3.2.2009; wird jährlich aktualisiert).

In allen Fällen bleibt den schweizerischen Steuersubjekten vorbehalten, mittels Dokumentation günstigere Fremd- bzw. Drittpreise nachzuweisen.

7 StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5.

8 Vgl. SRK 2005-114 E 3b/cc, 8.6.2006, VPB 70.85, S. 15 f.

9 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.1. ff.

10 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze, Kap. 2.

11 Vgl. STOCKER/STUDER, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, S. 387.

Mit dem KS Dienstleistungsgesellschaften hat die ESTV festgelegt, dass sich die Kostenaufschlagsmethode für Finanzdienstleistungen, also auch für das Anlagefondsgeschäft, und Management-Funktionen nur in Ausnahmefällen als geeignete Methode erweise.¹² Das bedeutet, dass die Auswahl der geeigneten Verrechnungspreismethode auf eine Analyse der Funktionen und Risiken gestützt werden muss.¹³ Handelt es sich um eigentliche Schlüsselfunktionen,¹⁴ sind diese nicht mittels Gewinnaufschlags auf den anfallenden Kosten zu entschädigen. Für eigentliche Routinefunktionen ist jedoch die Anwendung der Kostenaufschlagsmethode nicht nur opportun, sondern aufgrund der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze international gar geboten.¹⁵

In einem neuen Kreisschreiben, das derzeit als nicht-öffentlicher Entwurf vorliegt,¹⁶ nimmt die ESTV zur steuerlichen Behandlung der Entschädigung von Private-Equity- und Hedge-Fonds-Managern Stellung. Darin wird festgelegt, dass die Verrechnungspreise für Transaktionen innerhalb eines verbundenen Unternehmens¹⁷ (im Folgenden: Gruppe) wie auch die Entschädigungen für das Portfolio-Management fremdvergleichskonform sein müssten.

Aufgrund der allgemeinen Verbindlichkeit der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze in der Schweizer Steuerrechtspraxis werden deshalb nachfolgend die wesentlichen Grundsätze und Vorgehensweisen zur Bestimmung der internationalen Verrechnungspreise dargestellt.

3 Vorgehen nach Massgabe der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze unter Berücksichtigung der Schweizer Praxis

3.1 Aktuelle Praxis

3.1.1 Vergleichbarkeit von Transaktionen

Ausgangspunkt eines jeden Fremdvergleichs bildet die Überprüfung, inwieweit die vereinbarten Bedingungen der betrachteten konzerninternen Geschäfte mit jenen zwischen Dritten (Vergleichstransaktionen) übereinstimmen (Vergleichbarkeitsanalyse¹⁸).¹⁹ Abweichungen bzw. Unterschiede in den vereinbarten Bedingungen führen zu unterschiedlichen Preisen. Der Vergleichbarkeitsanalyse liegt damit die Überlegung zugrunde, dass unterschiedliche Leistungen am Markt mit unterschiedlichen Preisen bewertet werden.

Je nach den Merkmalen der Vergleichstransaktion lassen sich verschiedene Formen von Fremdvergleichen unterscheiden. Ein konkreter Fremdvergleich liegt vor, wenn zur Überprüfung der Angemessenheit der Verrechnungspreise eine tatsächlich vollzogene Transaktion zwischen Dritten herangezogen, d. h. ein Vergleich zwischen 2 Ist-Transaktionen vorgenommen wird. Lässt sich ein solcher Fremdvergleich mangels vorhandener Vergleichsmöglichkeiten nicht durchführen, ist auf einen hypothetischen Fremdvergleich abzustellen. Bei diesem ist zu untersuchen, was Dritte unter vergleichbaren Bedingungen vereinbart hätten. Der hypothetische Fremdvergleich basiert damit auf einem Vergleich von Soll- mit Ist-Transaktionen.

3.1.2 Vergleichbarkeitskriterien

Im Rahmen der Vergleichbarkeitsanalyse ist weiter zu klären, ob Transaktionen direkt oder nur indirekt verglichen werden können. Dabei sind die Bedingungen eines konzerninternen Geschäfts mit jenen zwischen Dritten zu vergleichen.²⁰ Zu vergleichen sind insbesondere diejenigen wirtschaftlich relevanten Bedingungen, die geeignet sind, den Fremdpreis zu beeinflussen.²¹ Zu diesen zählen die Eigenschaften der gelieferten Güter oder erbrachten Dienstleistungen, die Verhältnisse auf den Märkten, die von den Parteien verfolgte Geschäfts-

12 Vgl. KS Dienstleistungsgesellschaften, S. 1.

13 Vgl. STOCKER/STUDER, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, S. 388.

14 Bei Leistungen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte wird in diesem Zusammenhang von KERT-Funktionen (key entrepreneurial risk-taking functions) gesprochen; s. dazu ausführlich STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung bei Betriebsstätten, und DERS., Internationale Erfolgsabgrenzung beim Global Trading mit Finanzinstrumenten.

15 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.46 ff. und STOCKER/STUDER, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, S. 388.

16 Vgl. KAPALLE/TAROLLI SCHMIDT, Geplantes Kreisschreiben betreffend Entschädigungen an Private Equity und Hedge Manager, eine Trilogie, S. 791.

17 Im Sinne von Art. 9 OECD-MA, vgl. hierzu z. B. auch BECKER.

18 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.19 ff.

19 Nach Massgabe der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze sind dabei die Funktionen und Risiken einer konzerninternen Transaktion mit einer solchen Transaktion unter Dritten zu vergleichen, welche am wenigsten komplex ist (tested party). Tested party ist damit (auch bei Anwendung eines profit splits) nie diejenige Gesellschaft, welche eigentliche unternehmerische (entrepreneurial) Funktionen wahrnimmt.

20 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.15.

21 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.17.

bzw. Preisstrategie, die von den involvierten Parteien wahrgenommenen Funktionen (unter Berücksichtigung des Kapitaleinsatzes und der übernommenen Risiken), die Lieferbedingungen (Vertragsbedingungen) und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien.²² Ein zwischen Dritten zustande gekommener Preis kann also nur dann als Vergleichspreis dienen, wenn er unter gleichen oder ähnlichen Verhältnissen wie der Verrechnungspreis zustande gekommen ist.

Unterschiede zwischen Markt- und Verrechnungspreis entstehen regelmässig aufgrund von unterschiedlichen Produkt- und Dienstleistungseigenschaften.²³ Deshalb sind bei der Übertragung von materiellen Wirtschaftsgütern ihre physischen Eigenschaften, ihre Qualität und Zuverlässigkeit sowie ihre Verfügbarkeit und Liefermenge zu berücksichtigen. Bei der Erbringung von Dienstleistungen wirkt sich v. a. deren Art und Umfang auf den Preis aus. Bei immateriellen Wirtschaftsgütern sind die Art des Geschäfts (Lizenzvergabe oder Verkauf), die Art des Vermögenswerts (z. B. Patente, Marken, Know-how), die Dauer und der Grad des Schutzes sowie die geplanten Erträge aus der Verwendung des Vermögenswerts von Bedeutung.

Innerhalb der Vergleichbarkeitsanalyse kommt der Funktionsanalyse grosse Bedeutung zu (s. Abschn. 4.1).²⁴ Im Rahmen dieser Analyse wird untersucht, auf welche Konzerneinheiten die wirtschaftlich bedeutenden Tätigkeiten und Verantwortlichkeiten einer betrieblichen Wertschöpfungskette verteilt sind. Gleichzeitig lassen sich durch die Funktionsverteilung auch Rückschlüsse auf die Allokation der Risiken (s. Abschn. 4.2) und Unterschiede in der Kapitalstruktur (eingesetztes Kapital und Kosten des eingesetzten Personals etc.) ziehen. Da in der Vergütung von Transaktionen zwischen Dritten die von jedem Beteiligten wahrgenommenen Funktionen und Risiken sowie der Kapitaleinsatz zum Ausdruck kommen, wirken sich abweichende Funktions-, Risiko- und Kapitalverteilungen auf die vereinbarten Preise aus. Im Sinn der Vergleichbarkeitsanalyse können damit lediglich Preise miteinander verglichen werden, die bei Transaktionen mit gleicher Funktions-, Risiko- und Kapitalverteilung zwischen den Kontraktpartnern zustande gekommen sind. Massgeblich für die Funktionsanalyse ist grundsätzlich die Aufgabenverteilung, wie sie sich aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ergibt.²⁵ Deutet das Verhalten der Parteien darauf hin, dass die Vertragsbedingungen nicht eingehalten oder nur vor-

getäuscht werden, ist auf die tatsächliche, wirtschaftliche Funktionsverteilung abzustellen.

Einen Einfluss auf den Fremdpreis üben auch die wirtschaftlichen Umstände bzw. Verhältnisse auf den Absatzmärkten aus.²⁶ So können aufgrund der geographischen Lage und der Grösse der Märkte, der Wettbewerbsposition von Käufer und Verkäufer, der Angebots- und Nachfragemengen, der Kaufkraft der Konsumenten, der Art und des Umfangs der Marktregulierung sowie der Produktionskosten selbst für Güter und Dienstleistungen mit denselben Eigenschaften unterschiedliche Preise resultieren. Es ist deshalb wichtig, dass im Rahmen der Vergleichbarkeitsanalyse die unterschiedlichen Verhältnisse auf den Märkten berücksichtigt und durch entsprechende Anpassungen korrigiert werden.

Der Fremdpreis kann auch von der Geschäfts- bzw. Preisstrategie des Unternehmens abhängen. Einen Einfluss auf die Preise von Gütern und Dienstleistungen üben insbesondere die Elastizität des Wettbewerbs (z. B. Möglichkeiten der Substitution, Konkurrenten), die verfolgte Preisstrategie (z. B. Gewinnmaximierung durch Höchstpreise, Umsatzmaximierung durch Tiefstpreise) sowie Innovation und Entwicklung neuer Produkte aus.²⁷ Ebenso wirken sich unterschiedliche Lieferbedingungen (Vertragsbedingungen) wie Haftungsverhältnisse, Zahlungsfristen, Rabatte, Skonti, Gefahrentragung und Gewährleistung sowie Wechselkursrisiken auf die Preise von Vergleichsgeschäften aus.²⁸ Dabei ist auch zu überprüfen, ob die zwischen den verbundenen Gesellschaften vereinbarten Vertragsbedingungen eingehalten werden oder nur vorgetäuscht sind.

Stimmen die Bedingungen der konzerninternen Geschäfte mit denjenigen einer Vergleichstransaktion zwischen Dritten annähernd überein, liegt ein direkter Fremdvergleich vor. Müssen jedoch hinsichtlich der Bedingungen wesentliche Abweichungen zwischen der Konzern- und Vergleichstransaktion festgestellt werden, ist nur ein indirekter Fremdvergleich möglich. Bei diesem sind in einem ersten Schritt die Unterschiede in den wirtschaftlich relevanten Bedingungen zwischen Konzern- und Vergleichstransaktion zu ermitteln und in einem zweiten Schritt zu quantifizieren. Mit anderen Worten wird beim indirekten Fremdvergleich versucht, die Unterschiede in den Bedingungen mittels Anpassungsrechnung zu eliminieren.²⁹ Die Vergleichbarkeit mit Dritt-Transaktionen wird regelmässig im Rahmen von Verrechnungspreisdokumentationen dargestellt. Eine solche Darstellung ist nach

22 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.17.

23 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.19.

24 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.20 ff.

25 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.28 f.

26 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.30 ff.

27 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.31 ff.

28 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.28.

29 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.15 und 1.30.

dem Entscheid der eidg. Steuerrekurskommission vom 8.6.2006 solange zu akzeptieren, als es sich um eine umfassende, gut dokumentierte und plausibel begründete unabhängige Verrechnungspreisstudie handelt.³⁰

Der Grundsatz des Fremdvergleichs soll im Idealfall, um dem allgemeinen Marktwert möglichst nahe zu kommen, auf jedes einzelne Geschäft gesondert angewandt werden. Nur in Ausnahmefällen, d. h. wenn einzelne Geschäfte so eng miteinander verbunden sind oder so eng aufeinander folgen, dass eine sachgerechte Beurteilung des einzelnen Geschäfts nicht möglich ist, sollen solche Geschäfte unter Anwendung geeigneter Fremdvergleichsmethoden gesamthaft beurteilt werden.³¹

3.1.3 Überprüfung von Verrechnungspreisen

Bei der Überprüfung der Verrechnungspreise ist vom tatsächlich abgewickelten Geschäft, wie es von den verbundenen Unternehmen gestaltet worden ist, unter Verwendung der von ihnen angewandten Methoden auszugehen.³² Eine Umqualifizierung von tatsächlich abgeschlossenen in fiktive Geschäfte durch die Steuerverwaltung ist damit grundsätzlich nicht zulässig. Einzig wenn der wirtschaftliche Gehalt eines Geschäfts nicht seiner äusseren Form entspricht oder bei Vereinbarungen, die unabhängige Unternehmen bei wirtschaftlich vernünftiger Vorgehensweise so nicht getroffen hätten (z. B. bei Simulation), kann die Steuerverwaltung von diesem Grundsatz abweichen.

Da die Überprüfung von Verrechnungspreisen keine exakte Wissenschaft ist, führt die Anwendung der am ehesten geeigneten Methode bzw. Methoden idR zu einer Bandbreite von Beträgen, die allesamt gleichermaßen geeignet sind, dem Grundsatz des Fremdvergleichs zu entsprechen.³³ Ein fakturierter Verrechnungspreis, der sich innerhalb dieser Bandbreite bewegt, genügt deshalb dem Erfordernis der Fremdvergleichskonformität. Nach Auffassung auch der Schweizer Rechtsprechung führt der Umstand einer grossen Bandbreite von Beträgen keinesfalls zur Unmassgeblichkeit. Es geht nicht darum, den idealen Verrechnungspreis zu bestimmen, sondern darum zu beurteilen, ob sich der Verrechnungspreis in einem Rahmen hält, welcher als marktüblich bezeichnet werden kann. So kann beispielsweise einem Verrechnungspreis, der sich zwischen der oberen und unteren Grenze der Bandbreite von Fremdbeträgen befindet, nicht die Marktüblichkeit abgesprochen werden.³⁴

Um einen Fremdvergleich herzustellen, wird es grundsätzlich notwendig sein, Daten sowohl des geprüften Jahres als auch der Vorjahre zu untersuchen.³⁵ Denn die Analyse von Mehrjahresdaten kann Tatsachen zum Vorschein bringen, welche die Ermittlung des Verrechnungspreises beeinflusst haben (z. B. Verluste bei Vergleichsunternehmen).

3.1.4 Methodenhierarchie/Methodenwahl

Die Angemessenheit von Verrechnungspreisen kann nach den Vorgaben der OECD mittels einer Reihe von traditionellen Standardmethoden (Preisvergleich, Wiederverkaufspreis und Kostenaufschlag) und gewinnbezogenen Methoden (profit split und TNMM) überprüft werden.³⁶ Dem gewissenhaften Steuerpflichtigen steht es dabei weitgehend frei, die für ein konzerninternes Geschäft sachgerechte Verrechnungspreismethode auszuwählen.³⁷ Diese Wahl darf nur bei einem Ermessensmissbrauch beanstandet werden.³⁸ Der Grundsatz des Fremdvergleichs verlangt nach Auffassung der OECD vom Steuerpflichtigen nicht die Heranziehung mehrerer Methoden oder eine Begründung, weshalb bestimmte Methoden nicht angewendet werden.³⁹ Dies steht im Gegensatz zu den Regelungen in den USA, die eine Begründung für die Nichtanwendung der anderen Methoden verlangen. Auch ist die Anwendung anderer, von der OECD nicht beschriebener (nicht-spezifizierter) Methoden grundsätzlich zulässig. Bedingung hierzu ist einzig, dass die gewählte Methode mit dem Grundsatz des Fremdvergleichs vereinbar ist.⁴⁰ In der Praxis werden oft sogenannte Rentabilitäts-Methoden (z. B. Eigen- oder Gesamtkapitalrentabilität) oder die Berry Ratio (Gewinnaufschlag auf den allgemeinen Vertriebs- und Verwaltungskosten) verwendet. Nicht geschäftsfallbezogene Methoden wie z. B. die globale, formelhafte Gewinnaufteilung werden als mit dem Grundsatz des Fremdvergleichs nicht vereinbar qualifiziert und sind nicht anwendbar.⁴¹

Nach dem Verständnis der OECD dienen der Überprüfung der zwischen verbundenen Unternehmen festgelegten Verrechnungspreise vorrangig die traditionellen Methoden.⁴² Innerhalb dieser Methoden kommt der Preisvergleichsmethode eine Vorzugsstellung zu, sofern tatsächliche Vergleichsgeschäfte zwischen Dritten vor-

30 Vgl. SRK 2005-114 E 3b/cc, 8.6.2006, VPB 70.85, S. 15 f.

31 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.42 ff.

32 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.36 ff.

33 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.45 ff.

34 Vgl. SRK 2005-114 E 3b/cc, 8.6.2006, VPB 70.85, S. 16.

35 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.49 ff.

36 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.1 ff.

37 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.36.

38 Vgl. auch SRK 2005-114 E 2d und 3b/cc, 8.6.2006, VPB 70.85, S. 9 und 15 f.

39 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.68 f.

40 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.68.

41 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.1 und 3.74.

42 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.49.

liegen.⁴³ Fehlen Vergleichsgeschäfte und scheiden auch Anpassungsrechnungen aus, sind andere traditionelle Methoden zu verwenden.⁴⁴

In Ausnahmefällen, d. h. wenn traditionelle Methoden zu keinen zuverlässigen Resultaten führen oder sonst versagen (weil z. B. aufgrund fehlender Daten oder mangelnder Qualität der vorhandenen Daten weder ein direkter noch ein indirekter Fremdvergleich vorgenommen werden kann), sind gewinnbezogene Methoden anzuwenden.⁴⁵ Gleiches gilt, wenn komplexe wirtschaftliche Sachverhalte die praktische Anwendung der traditionellen Methoden erschweren oder zwischen Geschäften eine so enge wechselseitige Beziehung besteht, dass eine gesonderte Beurteilung jedes einzelnen Geschäfts nicht möglich ist (hoher Integrationsgrad).⁴⁶ Gewinnbezogenen Methoden kommt damit nach Auffassung der OECD lediglich sekundäre Bedeutung zu. Es handelt sich um eigentliche sog. methods of last resort.⁴⁷

3.2 Geplante zukünftige Praxis

3.2.1 Allgemeines

In den letzten Jahren hat sich die OECD intensiv mit dem Thema Verrechnungspreise auseinandergesetzt. Dies hat zu einer Reihe von Diskussionsentwürfen geführt, die mittlerweile zum Teil in endgültiger Form vorliegen.⁴⁸ Aus einigen dieser Diskussionsentwürfe ist eine Neufassung der Kap. I - III der OECD-Verrechnungspreisgrundsätze (Proposed Revision of the Transfer Pricing Guidelines) entstanden, die am 9.9.2009 von der OECD als Entwurf vorgelegt wurde.

3.2.2 Methodenwahl

Die wichtigste Neuerung, auch in Bezug auf das Anlagefondsgeschäft, ist die Aufhebung der Hierarchie der Methoden. Die OECD spricht in diesem Zusammenhang von der sog. most appropriate method für einen bestimmten Fall, wobei dies jede der 5 in Abschn. 2 dargestellten Methoden sein kann.⁴⁹ Die Auswahl der am ehesten geeigneten Methode obliegt weiterhin dem gewissenhaften Steuerzahler.⁵⁰ Um diese zu bestimmen, sind die durch eine Funktionsanalyse ermittelbaren Stärken und Schwächen jeder der von der OECD akzeptierten Methoden zu

berücksichtigen, insbesondere im Hinblick auf die untersuchte Transaktion.⁵¹ Des Weiteren muss die Verfügbarkeit von genügend verlässlichen Informationen, um die gewählte Methode anwenden zu können, sowie die notwendige Vergleichbarkeit, die nötigenfalls durch Anpassungen erreicht werden kann, gewährleistet sein⁵² (s. auch den folgenden Abschnitt).

Die OECD stellt auch hierbei klar, dass – falls sowohl die traditionellen als auch die gewinnbezogenen Methoden angewendet werden können – erstere zu bevorzugen sind.⁵³ Dabei bleibt die CUP-Methode, falls anwendbar, die bevorzugte Methode.⁵⁴ Um die Anwendbarkeit einer Methode festzustellen, ist es jedoch nicht notwendig, jede Methode im Detail zu überprüfen.⁵⁵ Darüber hinaus ist es möglich, zur Unterstützung der gewählten Methode eine zweite Methode anzuwenden.⁵⁶

Die OECD sieht die Anwendung einer gewinnbezogenen Methode explizit vor, falls die Transaktionsparteien zu einem immateriellen Wirtschaftsgut beitragen oder die Aktivitäten stark miteinander verflochten sind.⁵⁷

Die Sichtweise der OECD ist dahingehend zu interpretieren, dass nach wie vor eine Entschädigung nach Massgabe der CUP-Methode die bevorzugte Methode darstellt und diese auf jeden Fall benutzt werden sollte, sofern sie anwendbar ist. Sollte diese – und die anderen traditionellen Methoden – nicht anwendbar sein, wird es dem Steuerzahler in Zukunft erleichtert, eine der gewinnbezogenen Methoden als geeignete Methode auszuwählen.

3.2.3 Vergleichbarkeitsanalyse

Der Vergleichbarkeitsanalyse widmet die OECD ein eigenes Kapitel in ihrem Diskussionsentwurf (Kap. III der Proposed Revision of the Transfer Pricing Guidelines). Darin wird festgelegt, wie die Vergleichbarkeit zu ermitteln ist, und dem Steuerzahler wird ein beispielhafter 10-Schritte-Plan an die Hand gegeben, um eine Vergleichbarkeitsanalyse durchzuführen:⁵⁸

- *Schritt 1:* erste Sachverhaltsanalyse;
- *Schritt 2:* Ermittlung der zu untersuchenden Jahre;

43 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.1 und 2.7.

44 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.5.

45 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.49 f. und 3.49 f.

46 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.2, 3.5 und 3.50 f.

47 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.45, 2.49, 3.50 ff. und in Bezug auf Dienstleistungen Tz 7.31.

48 Z. B. die von der OECD am 17.7.2008 veröffentlichte endgültige Fassung des Report on the Attribution of Profits.

49 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.1.

50 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.63.

51 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.63.

52 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.63.

53 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.2.

54 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.2.

55 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.7.

56 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.10 ff.

57 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.3. In Zusammenhang damit steht Tz 1.53, in der die OECD aufzeigt, dass die Anwendung der CUP-Methode schwierig anzuwenden ist, falls immaterielle Wirtschaftsgüter involviert sind. Im Anhang I zu Kap. II Part III gibt die OECD zusätzlich einige Beispiele, wie ein profit split angewendet werden kann.

58 Vgl. Proposed Revision of the Transfer Pricing Guidelines Tz 3.5 ff.

- *Schritt 3:* Darlegung des Verständnisses der untersuchten Transaktionen (basierend auf einer Funktionsanalyse), um die zu prüfende Partei (falls nötig), die am ehesten geeignete Verrechnungspreismethode, den zu untersuchenden Gewinnindikator (falls eine gewinnbezogene Methode gewählt wurde) zu bestimmen und die signifikanten Vergleichbarkeitskriterien zu ermitteln;
- *Schritt 4:* Analyse der vergleichbaren internen Transaktionen (falls vorhanden);
- *Schritt 5:* Bestimmung von verfügbaren externen Quellen (falls benötigt) und deren Verlässlichkeit;
- *Schritt 6:* Auswahl der am ehesten geeigneten Verrechnungspreismethode und, abhängig von der gewählten Methode, Definition eines geeigneten Gewinnindikators;
- *Schritt 7:* Ermittlung von möglicherweise vergleichbaren Transaktionen: Definition der wichtigsten Vergleichbarkeitsmerkmale, basierend auf den relevanten Faktoren, die in Schritt 3 ermittelt wurden;
- *Schritt 8:* Prüfung und ggf. Durchführung von Anpassungen;
- *Schritt 9:* Interpretation der gesammelten Daten und Ermittlung einer fremdvergleichskonformen Entschädigung;
- *Schritt 10:* Implementierung von unterstützenden Prozessen und Überprüfung, um im Fall von bedeutenden Veränderungen eine Anpassung und Dokumentation sicherzustellen.

In der Praxis werden diese Schritte nicht linear aufeinander folgen; insbesondere die Schritte 5 bis 7 müssen möglicherweise mehrmals durchgeführt werden, um ein fremdvergleichskonformes Ergebnis zu erzielen.⁵⁹

4 Relevante Funktionen und Risiken für die Ermittlung von Verrechnungspreisen im Anlagefondsgeschäft

4.1 Funktionen im Anlagefondsgeschäft

Bei der Betrachtung des Geschäftsmodells eines typischen Anlagefonds zeigt sich, dass es dabei sowohl komplexe Funktionen, aber auch einige Routinefunktionen gibt. Allerdings ist die Klassifizierung nicht unproblematisch und zudem eine strikte Trennung zwischen einzelnen Funktionen nicht immer möglich (s. insbesondere Abschn. 4.1.3). Für die Ermittlung der Verrechnungspreise ist es von Relevanz, diejenigen Funktionen zu be-

stimmen, die wirtschaftlich bedeutend sind.⁶⁰ Für das Anlagefondsgeschäft lassen sich hierfür die 3 Funktionsgruppen Marketing und Vertrieb, Administration und Fonds-Leitung ermitteln, die in den folgenden Unterabschnitten näher beschrieben werden sollen.

Natürlich handelt es sich dabei nicht um die einzige sinnvolle Aufteilungsmöglichkeit. So unterscheiden z. B. Vögele/Kobes oder auch Vögele/Brem zwischen dem institutionellen und dem Privatkundengeschäft einerseits und dem Kleinanlegergeschäft andererseits.⁶¹ Der Unterschied zwischen den beiden Klassifizierungsansätzen besteht darin, dass Portfolios im Kleinanlegergeschäft nicht für jeden Kunden individuell zusammengestellt werden. Aus dieser Unterscheidung können sich auch Unterschiede für die Ermittlung der Verrechnungspreise ergeben (s. Abschn. 5.2.1 ff.). Elwell dagegen sieht nur die beiden Funktionen Portfolio-Management und Verkauf/Distribution als die wesentlichen Funktionen an, die Werte generieren; alle anderen Funktionen seien lediglich Hilfsfunktionen.⁶²

Der Report on the Attribution of Profits beschäftigt sich u. a. ausführlich mit den Steuerproblemen, die im Global Trading⁶³ auftreten können. Um diese darzulegen, enthält der Bericht auch eine Funktionsanalyse der wesentlichen Funktionen des Global Tradings.⁶⁴ Für einige Funktionen, z. B. Marketing und Vertrieb, ist das Anlagefondsgeschäft dem Global Trading sehr ähnlich.

⁶⁰ Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.20.

⁶¹ Vgl. VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 787 f., und VÖGELE/BREM, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, Rn 694.

⁶² Vgl. ELWELL, Impact of the Economic Downturn on Transfer Pricing in the Asset Management Industry, S. 8.

⁶³ Den Begriff «Global Trading» sieht die OECD als Sammelbegriff für alle Aktivitäten von Finanzinstitutionen zur Durchführung von Kundenaufträgen im Zusammenhang mit Finanzprodukten in weltweiten Märkten an; vgl. Report on the Attribution of Profits, Part III Tz 8. Anderer Auffassung sind dagegen VÖGELE/BREM, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, die den Unterschied zwischen Global Trading und Asset-Management darin sehen, dass beim Global Trading ein Finanzdienstleister auf eigene Rechnung handelt (Rn 678), dagegen im Asset-Management dem Handel ein Kundenauftrag im Sinn einer Dienstleistung vorausgeht (Rn 688). STOCKER unterscheidet zwischen Global Trading i.e.S. und Global Trading i.w.S., wobei einzig die Handelstätigkeit von Finanzinstitutionen unter diesen Begriff subsumiert wird; vgl. STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung beim Global Trading mit Finanzinstrumenten, S. 18 f.

⁶⁴ Vgl. Report on the Attribution of Profits, Part III Tz 40 ff. Darüber hinaus enthält dieser Bericht auch Kommentare zu den Funktionen des Asset-Managements bei Versicherungsbetriebsstätten (Part IV Tz 44). Die OECD unterscheidet dabei die beiden primären Funktionen Investitionsmanagement (hier: Fonds-Leitung) und Asset-/Liability-Management, das sich mit der Vorschriftenausarbeitung bezüglich der Investitionen für bestimmte Geschäftsgebiete von Versicherungen, also hier des Asset-Managements, befasst.

⁵⁹ OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.6.

4.1.1 Marketing und Vertrieb

Generell ist das Personal, das in Marketing und Vertrieb tätig ist, verantwortlich für alle Kontakte mit den Kunden. Das Marketing- und Vertriebspersonal wird üblicherweise so organisiert, dass eine gute Erreichbarkeit der Kunden gewährleistet ist, d. h., die Organisationsstruktur dieser Funktion ist weitgehend unabhängig von der Organisation der restlichen im Anlagefondsgeschäft wahrgenommenen Funktionen.⁶⁵

4.1.1.1 Marketing

Das Marketingpersonal hat v. a. eine Informationsfunktion. Diese beinhaltet alle Massnahmen, um potentielle Investoren über die angebotenen Produkte, aber auch über die erzielten Ergebnisse, zu informieren.⁶⁶ Möglicherweise bestehen auch gesetzliche Pflichten, die zur regelmässigen Veröffentlichung der Ergebnisse anhalten.⁶⁷ Insbesondere erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang die Bestrebungen der EU-Kommission, grundsätzliche Rahmenbedingungen für alternative Anlagefonds⁶⁸ zu schaffen. Der am 30.4.2009 vorgestellte Vorschlag widmet sich in einem ganzen Kapitel der Frage der Transparenzvorschriften.⁶⁹

Die Marketingfunktion beginnt mit Marktforschung, um mögliche Absatzmärkte zu erkunden. Darauf folgt die Entwicklung einer Marketingstrategie, welche die Fragen der Marktpositionierung, mögliche Vertriebskanäle (s. unten) u. Ä. klärt. Schliesslich beinhaltet die Marketingfunktion auch die Ausarbeitung von Werbematerialien, wie z. B. Prospekten, die über einen Anlagefonds informieren, sowie die Planung von geeigneten Werbemassnahmen, um möglichst viele Investoren für den Anlagefonds zu finden.⁷⁰

4.1.1.2 Vertrieb

Der Vertrieb kann direkt (business to consumer, «B2C»), aber auch indirekt (business to business, «B2B») erfolgen. Im ersten Fall können sich Investoren durch das konzerneigene Privatkundengeschäft auf einem direkten Kommunikationsweg, z. B. Telefon oder Internet, an die

Anlagefondsgesellschaft wenden, um in einen Anlagefonds zu investieren. Dies kann auch nach Beratung durch unabhängige Vermögensverwalter erfolgen. Im zweiten Fall erfolgt die Investition in den Anlagefonds über Intermediäre wie z. B. Banken, Versicherungen oder Pensionspläne.⁷¹

4.1.1.3 Kundenberatung

Um ein gutes Verhältnis mit institutionellen Anlegern sicherzustellen, steht normalerweise auf Seiten des Anlagefonds ein Kundenbetreuer zur Verfügung, der Auskunft über die Gründe für eine bestimmte Investition und die Wertentwicklung des Anlagefonds geben kann, aber auch allgemeine Fragen beantwortet.⁷² Im Kleinanlegergeschäft dagegen ist die Betreuung weniger intensiv, und die Hauptaufgabe der Kundenbetreuung liegt hier in der Erstellung von monatlichen Berichten über die Entwicklung des Anlagefonds sowie der Beantwortung möglicher Fragen am Telefon oder per E-Mail.⁷³

4.1.2 Administration

Zu den administrativen Tätigkeiten zählen alle Arten von Aktivitäten, die nötig sind, um den Geschäftsbetrieb am Laufen zu halten. Diese Aktivitäten beinhalten beispielsweise die Verarbeitung sämtlicher Fondstransaktionen, die Ermittlung steuerlicher Kennzahlen, die Meldung an Aufsichts- und Steuerbehörden und die Publikation des Anteilspreises. Dazu müssen eine Buchhaltungsabteilung, eine IT-Abteilung, eine Personalabteilung etc. unterhalten werden, darüber hinaus auch eine Rechtsabteilung, die u. a. für die Vertragsgestaltung und die Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bei der Neuauflage eines Portfolios zuständig ist.

4.1.3 Fonds-Leitung

Die Fonds-Leitungsfunktion beinhaltet sowohl die eigentliche Kernfunktion des Anlagefondsgeschäfts, die Portfolio-Managementfunktion, als auch die dazugehörenden Unterstützungsfunktionen.

4.1.3.1 Portfolio-Management

Das Portfolio-Management ist die Kernfunktion des Anlagefondsgeschäfts. Hier werden sämtliche regulatorischen, vertraglichen, gesetzlichen, reputativen und wei-

65 Report on the Attribution of Profits, Part III Tz 41.

66 Vgl. z. B. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 3, und VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 787.

67 Für eine ausführliche Betrachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen in verschiedenen Ländern s. LHABITANT, Handbook of Hedge Funds, S. 37 ff.

68 Für eine Definition s. Art. 3 Proposal for a Directive on Alternative Investment Funds Managers.

69 Proposal for a Directive on Alternative Investment Funds Managers, Kap. 4.

70 Vgl. z. B. VÖGELE/BREM, Dokumentation von Verrechnungspreissachverhalten, Rn 252 ff.

71 Vgl. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 4.

72 Vgl. VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 788.

73 VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 788.

teren Risiken sowie die Verantwortung für die Aushandlung von Vertriebsvereinbarungen und das Management von Direktanlagen übernommen. Auf der Grundlage der von den investment advisors erhaltenen Ergebnisse konstruieren die Portfolio-Manager verschiedene Portfolios mit verschiedenen Anlagestrategien und Wertpapierarten. Wenn diese festgelegt sind, folgt die Phase der genaueren Ausarbeitung, d. h., es wird ermittelt, welcher Geldbetrag genau in die einzelnen Portfolios investiert werden wird. Dies wird sowohl durch Datenanalysen als auch durch den Erwerb zusätzlicher Daten unterstützt, mit denen festgestellt wird, ob eine bestimmte Investition zur festgelegten Strategie passe. Bei der Festlegung der Strategie müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen beachtet werden, die z. B. eine Begrenzung des Anteils einer bestimmten Wertpapierart vorschreiben können.⁷⁴ Nach dieser Phase werden schliesslich die einzelnen Wertpapiere, die in den Anlagefonds aufgenommen werden sollen, festgelegt und für den Anlagefonds gekauft.

Für falsche Investitionsentscheidungen, die dem Anlagefonds Verluste einbringen, muss sich das Portfolio-Management rechtfertigen. Grobe Fehlentscheidungen (s. auch Abschn. 4.2.3) können dazu führen, dass die Portfolio-Manager durch ein anderes Team ersetzt werden bzw. ein nicht unerheblicher rechtlicher und reputativer Schaden zu Lasten des Anlagefonds bzw. der ganzen Gruppe entsteht. Die Portfolio-Managementfunktion wird idR durch die Fondsleitungsgesellschaft ausgeführt, kann aber auch in bestimmtem, regulatorisch und/oder gesetzlich zulässigem Umfang delegiert werden.

4.1.3.2 Advisory

Um eine höhere Rendite zu erzielen, sind die im Advisory-Bereich⁷⁵ tätigen Personen, die investment advisors, dafür verantwortlich, attraktive Investitionsmöglichkeiten zu finden bzw. derzeit gehaltene Positionen im Portfolio mit alternativen Anlagemöglichkeiten zu vergleichen, um eine Wertsteigerungschance zu erkennen, aber auch auf die notwendigerweise einzugehenden Risiken hinzuweisen. Das Ergebnis dieser Forschungsarbeit wird in Form einer konkreten Empfehlung an den Portfolio-Manager weitergegeben, der auf dieser Grundlage ein Portfolio entsprechend einrichten bzw. umstrukturieren kann. Oft werden diese Analysen auch von nicht

verbundenen Dritten, z. B. Banken, durchgeführt.⁷⁶ Eine Abschlusskompetenz steht den investment advisors grundsätzlich nicht zu, es sei denn, sie wurde seitens eines Portfolio-Managers subdelegiert.

4.1.3.3 Risiko-Management

Bei vielen Anlagefonds ist die Risiko-Managementfunktion untrennbar mit der Portfolio-Managementfunktion verbunden, d. h., mit der Investitionsentscheidung (s. nächsten Abschnitt) wird die Entscheidung über das gewünschte einzugehende Risiko getroffen. Gründe wie z. B. gesetzliche Vorschriften können aber dazu führen, dass die Risiko-Managementfunktion von der Investitions-Entscheidungsfunktion getrennt werden muss.⁷⁷ Darüber hinaus existiert eine strategische Risiko-Managementkomponente, die über das Mass des vorgenannten «normalen» Risiko-Managements hinausgeht. Dies bedeutet, dass die zuständigen Aufsichtsbehörden oder die Fondsleitungsgesellschaft sicherstellen wollen, dass genügend Kapital zur Verfügung steht, um die eingegangenen Risiken tragen zu können.⁷⁸

4.1.4 Wertschöpfungskette

Basierend auf den Funktionen stellt die folgende Grafik 1 die Wertschöpfungskette für das Anlagefondsgeschäft dar:

74 Vgl. z. B. die Anmerkungen der OECD zu Rentenfonds in den OECD Guidelines on Pension Funds Asset Management, Annex I Tz 4.1, oder auch LHABITANT, Handbook of Hedge Funds, S. 37 ff.

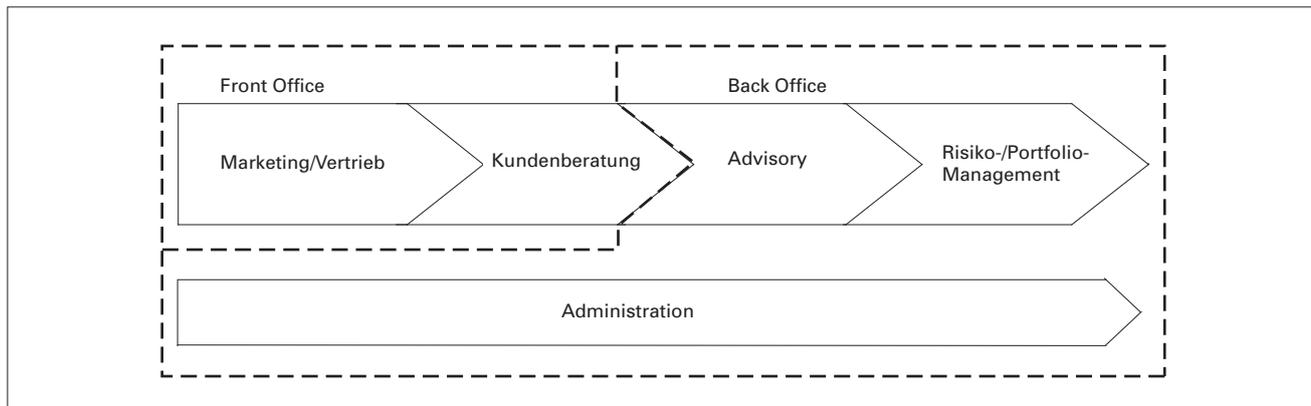
75 In der Literatur wird diese Funktion auch als investment research bezeichnet, vgl. z. B. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 3.

76 Vgl. VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 787.

77 Vgl. Report on the Attribution of Profits, Part III Tz 50. Erwähnenswert hierbei auch Art. 11 Proposal for a Directive on Alternative Investment Funds Managers, der eine strikte Trennung der Risiko-Managementfunktion von der Portfolio-Managementfunktion vorsieht.

78 Vgl. Report on the Attribution of Profits, Part III Tz 74 ff. und Art. 12 Proposal for a Directive on Alternative Investment Funds Managers.

Grafik 1: Wertschöpfungskette im Anlagefondsgeschäft



Für Investoren sind nur die Funktionen Marketing und Vertrieb sowie Kundenberatung als Kontaktstellen verfügbar (sog. front office); dagegen sind alle anderen Funktionen für die Investoren nicht transparent (sog. back office).

4.2 Risiken im Anlagefondsgeschäft

4.2.1 Allgemeines

Um eine fremdvergleichskonforme Entschädigung (s. Abschn. 3.1.4) für die Funktionen des Anlagefondsgeschäfts ermitteln zu können, ist es nicht nur notwendig zu klären, welches die wahrgenommenen Funktionen sind und wo diese ausgeführt werden, sondern auch, welche Risiken damit verbunden sind. Die Übernahme eines höheren Risikos sollte auf einem freien Markt auch zu einer höheren Entschädigung führen. Daher sieht die OECD eine Funktionsanalyse auch als nicht vollständig an, solange nicht geklärt ist, welche wesentlichen Risiken von den einzelnen beteiligten (juristischen) Personen übernommen werden⁷⁹ und welche Vermögensgegenstände, insbesondere immateriellen Wirtschaftsgüter (s. Abschn. 5.2.3), hierbei eingesetzt werden.⁸⁰

Vertragspartner gegenüber den Investoren eines Anlagefonds sind idR die Fondsleitungsgesellschaft und die Depotbank. Ohne anderslautende vertragliche Vereinbarungen könnte in einem Haftungsfall einzig die Fondsleitungsgesellschaft und die Depotbank seitens der Geschädigten ins Recht gefasst werden und keinesfalls andere Gruppengesellschaften. Daraus ergibt sich, dass das aus der Fonds-Leitungsfunktion resultierende Haftungs-Risiko aus rechtlicher Sicht auch bei der Fondsleitungsgesellschaft liegt. Sollte die ausländische Fondsleitungsgesellschaft nicht in der Lage sein, das finanzielle Risiko selbst zu tragen, könnten aus Reputationsgründen «kon-

zernintern» deren Verbindlichkeiten übernommen werden, wobei in diesem Falle aus rein steuersystematischer Sicht einzig die Rekapitalisierung der Fondsleitungsgesellschaft seitens der jeweiligen Muttergesellschaft zur Verfügung stünde.⁸¹

Natürlich sind multinationale Anlagefondsgesellschaften auch anderen Risiken unterworfen, wie z. B. dem Wettbewerbs-Risiko oder Wechselkurs-Risiko. Da diese Risiken aber für das Anlagefondsgeschäft nicht spezifisch sind, wird im Folgenden darauf nicht weiter eingegangen.⁸²

Grundsätzlich lassen sich die Risiken in die 3 Kategorien Geschäfts-Risiko, Investitions-Risiko und Markt-Risiko einteilen, die im Folgenden dargestellt werden.⁸³ Es ist klar, dass zwischen diesen Risiken eine starke Korrelation besteht und eine Aufteilung in gewisser Weise immer willkürlich bleiben wird. Die folgende Grafik 2 bietet eine Übersicht über die im Folgenden beschriebenen Risiken.

79 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.24.

80 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.22.

81 Vergleichbare Situationen lassen sich innerhalb eines Konzernverbands auch ausserhalb der Finanzdienstleistungsinstitutionen finden. Ob die Fonds-Leitung genügend kapitalisiert ist, hängt von den regulatorischen Vorschriften des Sitzstaates ab.

82 S. z. B. VÖGELE/BREM, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, Rn 63.

83 Vgl. STAVETSKI, Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures, S. 81 ff.

Grafik 2: Risiken im Anlagefondsgeschäft



4.2.2 Geschäfts-Risiko

Das Geschäfts-Risiko bezieht sich generell auf das Risiko, das durch den Geschäftsbetrieb und die Administration des Anlagefonds verursacht wird. Als Unterkategorien lassen sich dabei das Liquiditäts-Risiko, das Transparenz-Risiko und das Delegations-Risiko unterscheiden.

4.2.2.1 Liquiditäts-Risiko

Das Liquiditäts-Risiko umfasst mehrere Schichten. Zum einen versteht man darunter die Gefahr, dass sich Investoren entscheiden, so viel Geld aus dem Anlagefonds abzuziehen, dass dadurch ein Liquiditätsengpass auftritt, der die Fonds-Leitung dazu zwingt, gehaltene Wertpapiere zum gerade aktuellen – möglicherweise ungünstigen – Preis zu veräußern. Als am 15.9.2008 Lehmann Brothers einen Insolvenzantrag gestellt hatte, führte dies u. a. auch dazu, dass innerhalb weniger Tage ca. 300 Mia. USD aus den Geldmarktfonds⁸⁴ abgezogen worden sind.⁸⁵ Ein Liquiditäts-Risiko kann auch entstehen, wenn eine eingegangene Position glattgestellt werden muss und dafür nicht genug liquide Mittel vorhanden sind, was dazu führt, dass ein gut laufendes Wertpapier verkauft werden muss, um den Liquiditätsengpass zu decken.⁸⁶ Ebenso entsteht möglicherweise ein Liquiditäts-Risiko, wenn sich manche Wertpapiere nicht veräußern lassen, da sie niemand handeln möchte.

4.2.2.2 Transparenz-Risiko

Das Transparenz-Risiko ergibt sich aus dem Wunsch der Investoren, möglichst genau über die Aktivitäten des An-

lagefonds Bescheid zu wissen, um ihr Risiko aus einer Investition in den Anlagefonds zu verkleinern. Das führt dazu, dass die Fonds-Leitung zu einem gewissen Grad gezwungen ist, die Strategie und die Advisory-Entscheidung zu offenbaren, was auch der Konkurrenz wertvolle Einblicke gewähren kann.⁸⁷

4.2.2.3 Delegations-Risiko

Mitunter werden Funktionen und Risiken im Anlagefondsgeschäft, sofern regulatorisch zulässig, auch an Konzerngesellschaften oder an fremde Dritte delegiert, woraus ein Delegations-Risiko entstehen kann. Unbeschadet dessen kann sich die Fondsleitungsgesellschaft ihrer Haftung nicht durch Delegation entledigen und bleibt gegenüber den Investoren und dem Regulator in der Pflicht.

4.2.3 Investitions-Risiko

Das Investitions-Risiko bezieht sich auf mögliche Fehlentscheidungen der Fondsmanager bei der Anlage.

4.2.3.1 High Watermark Risk

Mit dem Ausdruck «high watermark risk» bezeichnet man das Risiko, das der Manager eines Anlagefonds trägt, der mit einer speziellen Form der performance fee (s. Abschn. 5.1) entschädigt wird. Um möglichst hohe Erträge sicherzustellen, bezahlen manche Anlagefonds nur eine performance fee an ihre Portfolio-Manager, wenn der Wert des investierten Geldes grösser ist als der jemals zuvor erzielte höchste Wert. Die Fondsmanager erhalten erst dann wieder eine performance fee, wenn die genannte Bedingung erfüllt ist.⁸⁸ Dieses Entlohnungsmodell kann jedoch dazu führen, dass riskantere Investitionen eingegangen werden, wenn der Wert der Investition, z. B. bedingt durch eine Krise, gering ist. Der

84 Eine Kategorie von Anlagefonds, die bestrebt ist, mögliche Verluste durch als sicher geltende Investitionen einzugrenzen, d. h. als riskant geltende Investition vermeidet.

85 Vgl. DICK ET AL., SEC Proposes Amended Rules for Money Market Funds, S. 14. Diese Ereignisse haben auch dazu geführt, dass die US-amerikanische Börsenaufsichtsbehörde SEC das Regelwerk für Geldmarktfonds (money market funds) weiter verschärfen will, vgl. DICK ET AL., S. 15 ff.

86 Vgl. Lessons From Change – Restoring Trust in the Asset Management Industry, S. 13.

87 Vgl. STAVETSKI, Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures, S. 91.

88 STAVETSKI, Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures, S. 87.

Grund für dieses Verhalten der Manager liegt darin, dass in schlechten Zeiten nur durch sehr riskante Investitionen die Schwelle zur Erzielung einer performance fee erreicht werden kann. Funktioniert die Strategie nicht, so ist – zumindest kurzfristig – aus der Sicht des Managers unabhängig vom Umfang der Wertebusse einfach keine performance fee erzielt worden.

4.2.3.2 Konzentrations-Risiko

Das Konzentrations-Risiko bezieht sich auf die Entscheidung des Fondsmanagers, eine grosse Anzahl Wertpapiere einer bestimmten Firma oder eines bestimmten Sektors zu halten.⁸⁹ Dieses Risiko könnte man auch den Marktrisiken zuordnen, da es viele Anlagefonds gibt, die nur in einen bestimmten Sektor investieren.⁹⁰

4.2.4 Markt-Risiko

Das Markt-Risiko bezieht sich generell auf die Unwägbarkeit des Marktes. Natürlich besteht ein Zusammenhang mit dem Investitions-Risiko, da in einem schlechten Marktumfeld viele Investitionsentscheidungen riskanter werden. Die Finanzkrise hat dazu geführt, dass sich die Markt-Risiken verstärkt haben. Das grösste Markt-Risiko ist derzeit die Auswirkung der Krise.⁹¹ Damit verbunden ist ein krisenbedingtes Reputations-Risiko, das zu einer Verringerung der Investitionen in Anlagefonds führt.⁹²

Im Folgenden werden 2 Marktrisiken, die bei Hedge-Fonds⁹³ auftreten können, dargestellt.⁹⁴

4.2.4.1 Hebel-Risiko

Der Hebeleffekt bezeichnet die Chance auf hohe (absolute) Erträge, selbst wenn die zur Verfügung stehende Kapitalbasis gering ist. Allerdings beinhaltet diese Chance, die durch Investitionen in derivative Finanzinstrumente wie calls oder puts erzielt werden kann, deutlich höhere Risiken als eine Investition in die zugrundeliegenden Wertpapierklassen. Analog zum high watermark-Risiko ist auch hier die Bereitschaft der Fondsmanager, hohe Risiken einzugehen, besonders gross, wenn die Erträge ohnehin schlecht sind; auf diese Weise sollen die Verluste möglichst schnell wieder ausgeglichen werden.

4.2.4.2 Leerverkaufs-Risiko

Ein Leerverkauf (short sale) wird im Allgemeinen dazu benutzt, um bei fallenden Wertpapierkursen Gewinne zu erzielen. Dies wird erreicht, indem man sich ein Wertpapier ausleiht und auch gleich zum aktuellen Kurs verkauft. Das Wertpapier muss jedoch zu einem späteren Zeitpunkt wieder an den Verleiher zurückgegeben werden. Da man nicht mehr im Besitz desselben ist, muss es dann zum zukünftigen Preis gekauft werden. Falls der Kurs, entgegen der Erwartung, steigt, ist das Verlust-Risiko theoretisch unbegrenzt.⁹⁵

5 Entschädigung der Funktionen und Risiken im Anlagefondsgeschäft

5.1 Das typische Verrechnungspreismodell

Im Anlagefondsgeschäft ist es für die Ermittlung einer fremdvergleichskonformen Entschädigung und damit der Verrechnungspreise nötig, die Funktionen und übernommenen Risiken für die an einer Transaktion beteiligten verbundenen Unternehmen zu ermitteln (s. Abschn. 2 und 3).

Die Verrechnungspreisproblematik wird relevant, wenn die in Abschn. 4 dargestellten Funktionen in verschiedenen Ländern verrichtet werden. Dabei muss zunächst geklärt werden, wo welche Funktionen ausgeführt (Risiken getragen) werden und welche Transaktionen zwischen den einzelnen Unternehmen der Gruppe stattfinden. Um fremdvergleichskonforme Verrechnungspreise zu erreichen, muss ermittelt werden, welche Entschädigung zwischen unverbundenen Unternehmen unter ähnlichen Be-

89 STAVETSKI, *Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures*, S. 89.

90 Zum Beispiel verlor der US-amerikanische Anlagefonds Amaranth Advisors im Jahr 2006 innerhalb einer Woche 5 Mia. USD (ca. die Hälfte des verwalteten Vermögens) durch Investitionen in mit Erdgas verbundene Finanzinstrumente (v. a. Futures, deren Wert stark volatil ist); vgl. DAVIS, *Private Money: The New Financial Order*.

91 Nicht nur der Rückgang der verwalteten Vermögen belegt dies (s. Abschn. 1), sondern z. B. auch eine von Ernst & Young durchgeführte Studie im Asset-Management, die die Auswirkungen der Krise als grösstes Risiko der Branche bezeichnet; vgl. EY 2009 *Business Risk Report – Asset Management*.

92 Im EY 2009 *Business Risk Report – Asset Management* wird das Reputationsrisiko als zweitgrösstes Risiko der Branche bezeichnet.

93 Der Begriff «Hedge-Fonds» benannte ursprünglich einen Anlagefonds, der das Markt-Risiko durch derivative Instrumente (s. auch Abschn. 4.2.4) absichert. Mittlerweile wird dieser Begriff jedoch auf zusätzliche Arten von Anlagefonds ausgeweitet. Zumeist wird der Begriff aber nicht näher definiert. Einen Überblick über eine mögliche sinnvolle Klassifizierung liefern z. B. GREGORIOU ET AL., *Hedge Funds – Insights in Performance Measurement, Risk Analysis, and Portfolio Allocation*, S. 80 f. (eine ähnliche Klassifizierung findet sich etwa auch in STAVETSKI, *Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures*, S. 5 ff.).

94 Vgl. STAVETSKI, *Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures*, S. 91 f.

95 Vgl. STAVETSKI, *Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures*, S. 92.

dingungen für die Übernahme von vergleichbaren Funktionen und/oder Risiken bezahlt worden wäre.⁹⁶

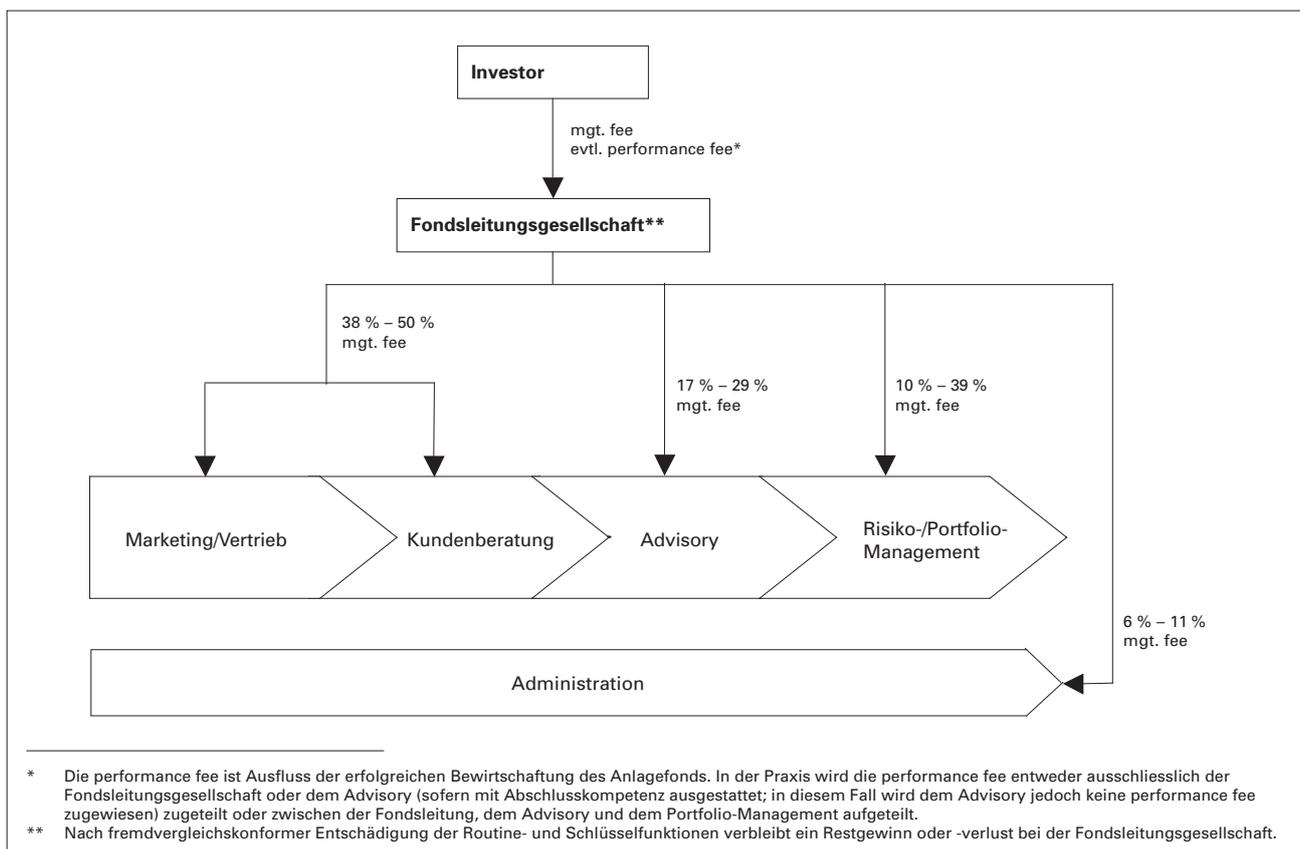
Die Investoren zahlen der Fondsleitungsgesellschaft zur Administration des Anlagefonds regelmässig folgende Entschädigungen:

- Ausgabeaufschlag und/oder Rücknahmeabschlag;
- Verwaltungsgebühr (management fee);
- ggf. erfolgsabhängige Vergütung (performance fee);
- Depotbankgebühr.

Für die Investoren ist es unerheblich, in welchem Umfang die Fondsleitungsgesellschaft die Einnahmen des Anlagefonds den einzelnen Funktionen und Risiken zuspricht. Die folgende Grafik 3 zeigt eine in der Praxis oft anzutreffende Aufteilung der management fee auf die verschiedenen Funktionen:⁹⁷

dürfen. In der Hedge-Fonds-Branche besteht ein gängiges Gebührenmodell darin, den Investoren 1 - 2 % der verwalteten Vermögen als management fee sowie 15 - 20 % der erwirtschafteten Erträge als zusätzliche performance fee in Rechnung zu stellen.⁹⁸ Allerdings müssen institutionelle Investoren, bedingt durch die Finanzkrise, zunehmend Kosten sparen, wodurch dieses seit langem verwendete Gebührenmodell immer weniger Anwendung findet.⁹⁹ Eine Auswertung von 10 339 in der Schweiz gehandelten (traditionellen) Anlagefonds hat ergeben, dass diese management fees zwischen 0,68 % und 1,50 % (Interquartil-Bandbreite) mit einem Median von 1 % erhalten (die Daten stammen hauptsächlich aus dem Jahr 2007). Die verwalteten Vermögen pro Anlagefonds lagen dabei zwischen 7,5 Mio. CHF und 156,7 Mio. CHF (Interquartil-Bandbreite) mit einem Median

Grafik 3: Entschädigung der Funktionen und Risiken im Anlagefondsgeschäft



Die maximale Höhe der management fee/performance fee und der Depotbankvergütung wird bereits in den Vertragsbedingungen festgelegt (und auch regelmässig öffentlich publiziert), ebenso eine Liste derjenigen Aufwendungen, die aus dem Fondsvermögen gezahlt werden

von 39,9 Mio. CHF.¹⁰⁰ Bei der Auswertung von 13 680 in Deutschland gehandelten Anlagefonds hat sich ein sehr ähnliches Bild ergeben. Die management fees lagen dort

96 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 1.3 ff.
 97 Vgl. Benchmarking, Switzerland Funds Charges, Germany Funds Charges und Asset Manager Fee Survey.

98 Vgl. z. B. SHADAB, The Law and Economics of Hedge Funds: Financial Innovation and Investor Protection, S. 7.
 99 Vgl. z. B. Lessons From Change – Restoring Trust in the Asset Management Industry, S. 21.
 100 Vgl. Switzerland Funds Charges.

zwischen 0,60 % und 1,50 % (Interquartil-Bandbreite) mit einem Median von 1 %, und die verwalteten Vermögen hatten ein vergleichbares Volumen.¹⁰¹

Da es sich bei den Funktionen im Anlagefondsgeschäft um Dienstleistungen handelt, erfolgt die Entschädigung für die Funktionen und Risiken in Form von Gebühren. Die Manager eines Anlagefonds werden üblicherweise mit einem Anteil an der management fee und, insbesondere bei Hedge-Fonds, zusätzlich mit einer performance fee entschädigt. Allerdings müssen von diesen Gebühren auch alle anderen Kosten gedeckt werden, da die oben genannten (und möglichen anderen) Gebühren die einzigen Einnahmequellen eines Anlagefonds darstellen.¹⁰²

5.2 Ermittlung einer fremdvergleichskonformen Entschädigung

5.2.1 Klassifizierung der Funktionen und Risiken

Es ist idR nicht möglich, eine einzige Verrechnungspreismethode zu wählen und diese auf alle Funktionen anzuwenden. Um die Wahl der richtigen Methode zu erleichtern, ist es sinnvoll, die Funktionen zunächst in Routine- und Schlüsselfunktionen einzuteilen. Dabei ist die Klassifizierung der Administrationsfunktionen als Routinefunktion unproblematisch.

Schon bei der Marketingfunktion dagegen hängt es vom Umfang der Aktivitäten ab, ob es sich dabei um eine Routinefunktion handelt. Falls es sich um eine umfangreiche Funktion handelt, könnten dabei sog. marketing intangibles (s. Abschn. 5.2.3) wie z. B. ein bekanntes Warenzeichen entstehen, die entsprechend zu vergüten sind, so dass die Marketingfunktion nicht mehr als Routinefunktion klassifiziert werden kann.

Bei der Kundenberatungs- und Vertriebsfunktion ist die Klassifizierung in Routinefunktionen oder Schlüsselfunktionen umstritten.¹⁰³ Die Einteilung hängt davon ab, welchen Grad von Komplexität diese Funktionen im Einzelfall aufweisen und welche Risiken mit ihnen verbun-

den sind. Eine mögliche Entscheidungshilfe kann die Zielgruppe des Anlagefonds sein.¹⁰⁴ Preisvergleiche unter Dritten zeigen, dass die Kundenberatungs- und Vertriebsfunktion regelmässig die am höchsten entschädigte Funktion im Rahmen der Anlagefonds-Wertschöpfungskette darstellt und nicht selten bis zu 50 % und mehr der management fee erhält.

Die Advisory-Funktion, wie sie hier dargestellt wurde (s. Abschn. 4.1.3.2), ist eher zu den Schlüsselfunktionen zu zählen, wobei sich das Problem ergeben kann, dass sie nicht von der Portfolio-Management- und der Risiko-Managementfunktion getrennt werden kann, insbesondere dann, wenn einem investment advisor Portfolio-Managerkompetenzen subdelegiert worden sind. Die sich daraus ergebende Problemstellung, wie die Advisory-Funktion dann zu entschädigen ist, bedarf einer näheren Betrachtung. Bei Durchsicht der einschlägigen Literatur findet sich keine Antwort; vielmehr drängt sich der Eindruck auf, dass ein Portfolio-Manager, der einen Teil seiner Tätigkeiten subdelegiert, 100 % der für diesen Teil marktüblichen Entschädigung an den Sub-Delegierten entrichten müsste. Diese Ansicht widerspricht aber schon der allgemeinen Lebenserfahrung. Man denke in diesem Zusammenhang nur an das Beispiel eines Generalunternehmers, welcher sich zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber seinem Klienten eines Sub-Unternehmers bedient und diesen selbstverständlich nicht mit der vollumfänglichen, vom Klienten vereinnahmten Vergütung entschädigt, sondern stets eine angemessene Differenz für sich behält.

Wenn die Advisory-Funktion dagegen z. B. lediglich die Überwachung der einschlägigen Finanzpresse umfasst und keine Analysen durchgeführt werden, die in einer konkreten Empfehlung resultieren, handelt es sich um eine Routinefunktion.

Unstrittig dagegen ist, dass die Portfolio-Managementfunktion und die Risiko-Managementfunktion Schlüsselfunktionen darstellen.¹⁰⁵

Für die Wahl der geeigneten Verrechnungspreismethode bedeutet dies, dass zunächst der Umsatz um die Entschädigung für die Routinefunktionen zu kürzen und der Rest zwischen den Schlüsselfunktionen aufzuteilen ist,¹⁰⁶ sofern diese nicht nach Massgabe der CUP-Methode (s. nächsten Abschnitt) entschädigt werden können.

101 Die Interquartil-Bandbreite pro Anlagefonds lag zwischen 5,2 Mio. EUR und 104,7 Mio. EUR, mit einem Median von 26,7 Mio. EUR; vgl. Germany Funds Charges.

102 Vgl. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 5.

103 Z. B. sind ZUCKERSCHWERDT/MEUTER, Verrechnungspreisproblematik beim grenzüberschreitenden Management von Private-Equity- und Hedge-Funds, S. 24, der Auffassung, dass es sich idR um eine Routinefunktion handle; anderer Auffassung dagegen z. B. RAFIQ ET AL., Hedge Funds Evolution: Transfer Pricing Implications and Consequences. Vgl. auch den Report on the Attribution of Profits, der unter bestimmten Voraussetzungen der Vertriebsfunktion KERT (key entrepreneurial risk-taking)-Status zuerkennt (Part II Tz 13 und 65 sowie Part III Tz 68).

104 Vgl. auch VÖGELE/BREM, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, Rn 690 ff.

105 Vgl. RAFIQ ET AL., Hedge Funds Evolution: Transfer Pricing Implications and Consequences, S. 330.

106 Vgl. VÖGELE/BREM, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, Rn 692.

5.2.2 Entschädigung von Funktionen und Risiken

Die Klassifizierung von Funktionen in Routine- und Schlüsselfunktionen spielt solange eine untergeordnete Rolle, als die CUP-Methode zur Anwendung gelangt. Dabei unterscheidet man zwischen einem internen Preisvergleich, d. h. der Entschädigung für eine Transaktion zwischen einem Gruppenunternehmen und einer unverbundenen dritten Partei, und einem externen Preisvergleich, d. h. der Entschädigung für eine Transaktion zwischen unverbundenen dritten Unternehmen. Soweit also für die im Anlagefondsbereich ausgeführten Funktionen und wahrgenommenen Risiken ein interner oder externer Preisvergleich vorhanden ist, muss dieser für eine fremdvergleichskonforme Entschädigung verwendet werden. Aufgrund des erforderlichen hohen Masses an Vergleichbarkeit ist im Preisvergleich die Art der Funktionen (Routine- oder Schlüsselfunktionen) und Risiken bereits erhalten. Schlüsselfunktionen erzielen unter Dritten denn auch nachweislich höhere Preise als reine Routinefunktionen.

Soweit kein Preisvergleich unter Dritten auffindbar ist, erweist sich eine Klassifizierung zwischen Routine- und Schlüsselfunktion als notwendig. Erstere sind nämlich regelmässig mittels traditioneller Methoden (bzw. TNMM auf Basis Vollkosten, s. unten) zu entschädigen.¹⁰⁷

5.2.2.1 Routinefunktionen

Die Entschädigung der Routinefunktionen sollte nach Möglichkeit nach Massgabe der CUP-Methode erfolgen. Dabei ist zu prüfen, ob die nötige Vergleichbarkeit tatsächlich vorliegt (s. hierzu auch Abschn. 3.1.1 ff.).¹⁰⁸ Konkret heisst das für das Anlagefondsgeschäft, dass die Anlagefonds, die für die CUP-Methode ausgewählt wurden, ein vergleichbares Anlagespektrum besitzen.

In vielen Branchen ist es aufgrund der schlechten Datennlage nicht möglich, die CUP-Methode anzuwenden. Da aber über die Asset-Management-Branche viele Studien existieren und externe Datenlieferanten idR die nötigen Daten liefern können,¹⁰⁹ sind hier die Aussichten, geeignete Daten zu finden, als hoch einzuschätzen.

Falls es nicht möglich sein sollte, einen geeigneten CUP zu finden, ist es nötig, eine andere Methode anzuwenden. Die Wiederverkaufspreismethode ist angesichts der Funktionen und Risiken im Anlagefondsgeschäft ungeeignet. Die Kostenaufschlagsmethode dagegen ist geeignet, um den Verrechnungspreis zu bestimmen. Allerdings ergibt sich hier die Schwierigkeit, dass diese Methode auf der Bruttomarge basiert und es oft nicht möglich ist, Daten über Bruttomargen von vergleichbaren Unternehmen zu finden. Daher ist die Aussage, dass die Kostenaufschlagsmethode geeignet sei, zwar theoretisch richtig, aber praxisfern.¹¹⁰ Letztendlich muss in den meisten Fällen auf die gewinnbezogene TNMM ausgewichen werden,¹¹¹ obwohl diese nach dem – noch aktuellen – Verständnis der OECD eine Methode letzter Wahl ist. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass der Nettogewinn transaktionsbezogen zu ermitteln ist, und nicht unternehmensweite Daten als Basis herangezogen werden können,¹¹² sowie dass Daten mehrerer Jahre zur Analyse herangezogen werden sollten.¹¹³

5.2.2.2 Schlüsselfunktionen

Auch bei der Ermittlung der Entschädigung für Schlüsselfunktionen sollte zunächst untersucht werden, ob ein geeigneter CUP gefunden werden kann. Die Praxis zeigt, dass dies insbesondere für den Asset-Management-Bereich regelmässig möglich ist. Einzig für den Fall, dass keine vergleichbaren Preise gefunden werden können, ist über eine andere Verrechnungspreismethode eine fremdvergleichskonforme Entschädigung sicherzustellen. Zur Entschädigung von Schlüsselfunktionen sieht die OECD hierfür einen profit split vor.¹¹⁴ Zunächst muss dabei die Höhe des aufzuteilenden Gewinns ermittelt werden.¹¹⁵ Im Fall des Anlagefondsgeschäfts ergibt sich die Höhe des Gewinns aus den Einnahmen durch die Gebühren abzüglich der – im vorangehenden Abschnitt dargestellten – Entschädigung für die Routinefunktionen¹¹⁶ (sog. residual profit split). Die Aufteilung kann anhand von einem oder mehreren kombinierten Allokationsfaktoren erfolgen. Ein solcher Allokationsfaktor könnte z. B. das Gehalt der involvierten Personen sein¹¹⁷ oder die Anzahl

107 Der Buchgewinn verbleibt dann automatisch bei den Schlüsselfunktionen. Sofern Schlüsselfunktionen von mehreren Gruppeneinheiten wahrgenommen werden, ist zudem zu entscheiden, wie der verbleibende Restgewinn (-verlust) unter diesen aufzuteilen ist (profit split).

108 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 2.7 ff.

109 Vgl. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 7.

110 Vgl. ZUCKERSCHWERDT/MEUTER, Verrechnungspreisproblematik beim grenzüberschreitenden Management von Private-Equity- und Hedge-Funds, S. 30.

111 ZUCKERSCHWERDT/MEUTER, Verrechnungspreisproblematik beim grenzüberschreitenden Management von Private-Equity- und Hedge-Funds, S. 7.

112 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.42.

113 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.34 ff. und 3.44.

114 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.5.

115 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 3.5.

116 Vgl. z. B. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 8.

117 Vgl. z. B. FEDINA/HALES/KATZ, Financial Institutions: Profit Split's New Frontier, S. 35. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass

der involvierten Mitarbeiter.¹¹⁸ Entscheidend ist dabei, dass eine angemessene und sachgerechte Vergütung sichergestellt ist.¹¹⁹

5.2.3 Entschädigung für immaterielle Wirtschaftsgüter

Immaterielle Wirtschaftsgüter sind in der bisherigen Analyse noch unberücksichtigt geblieben. Diese sind in der Asset-Management-Branche von grosser Bedeutung.¹²⁰ Im Bereich des Asset-Managements sind im Prinzip 2 Arten von immateriellen Wirtschaftsgütern denkbar. Zum einen sog. marketing intangibles wie z. B. Warenzeichen, Kundenlisten oder spezielle Vertriebskanäle,¹²¹ zum anderen sog. know-how intangibles, zu denen z. B. die Entwicklung von bestimmten Investitionsstrategien oder die Anpassung von Standardsoftware auf die Bedürfnisse im Asset-Management zählen.¹²²

Um eine Entschädigung für die immateriellen Wirtschaftsgüter zu ermitteln, sollte zuerst die Anwendbarkeit der CUP-Methode überprüft werden.¹²³ Falls eine Entschädigung nach Massgabe der CUP-Methode nicht möglich ist, gilt auch hier laut OECD die gleiche Reihenfolge der Methoden, wie sie in Abschn. 2 dargestellt wurde.¹²⁴ Auf die Schwierigkeiten bei der Methodenwahl im Zusammenhang mit immateriellen Wirtschaftsgütern wird im Rahmen dieses Artikels nicht weiter eingegangen.¹²⁵ Meistens wird in der Praxis hierfür ein profit split vorgenommen.¹²⁶

v. a. in den USA und in Grossbritannien stark leistungsbezogene Vergütungssysteme im Finanzbereich vorherrschen. Dies steht im Gegensatz zur Schweiz und anderen kontinentaleuropäischen Ländern, in welchen fixe Gehaltsbestandteile vorherrschen. Ein Aufteilungsschlüssel basierend einzig auf der variablen Gehaltskomponente führt deshalb zu einer nicht sachgerechten Gewinnverschiebung in die USA und nach Grossbritannien (vgl. dazu STOCKER, Internationale Erfolgsabgrenzung beim Global Trading mit Finanzinstrumenten, S. 241 ff.).

118 Vgl. z. B. VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 792.

119 VÖGELE/KOBES, Verrechnungspreise im Asset Management, S. 792. Ein zunehmend an Bedeutung gewinnender Ansatz, um eine Aufteilungsmöglichkeit zu finden, sind die Methoden der Spieltheorie; vgl. z. B. VÖGELE/GONNET/GOTTSCHLING/FÜGEMANN, Transfer Prices Determined by Game Theory: 3 – Application to the Banking Industry, S. 3.

120 Vgl. LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 8.

121 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 6.4 ff.

122 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 6.3 und LLINARES/SUZUKI/GILBERT, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, S. 6 und 8.

123 Vgl. OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 6.23.

124 OECD-Verrechnungspreisgrundsätze Tz 6.13 ff.

125 Für eine ausführliche Betrachtung s. z. B. MIYATAKE, Transfer pricing and intangibles. General Report, und die Landesberichte zu diesem Thema in CDFI 89a (2007).

126 Vgl. MIYATAKE, Transfer pricing and intangibles. General Report, S. 29.

Bezüglich der Problematik der Entschädigung für immaterielle Wirtschaftsgüter gilt es jedoch zu bedenken, dass es schwierig ist, die Existenz solcher immaterieller Wirtschaftsgüter festzustellen. Häufig sind die immateriellen Wirtschaftsgüter nämlich wie beschrieben fest mit einer Funktion verbunden. Im Fall des Asset-Managements tritt dieses Problem regelmässig nicht auf, weil die Entschädigung für die Schlüsselfunktionen entweder nach Massgabe der CUP-Methode (womit das immaterielle Wirtschaftsgut sozusagen schon im Preis mit enthalten ist, da die Anforderungen an die Vergleichbarkeit bei der Anwendung der CUP-Methode sehr hoch sind) oder in Form eines profit split geregelt wird (auch in diesem Fall wird das immaterielle Wirtschaftsgut zumindest indirekt mit entschädigt).

5.3 Fazit

Im grenzüberschreitenden Anlagefondsgeschäft lassen sich in der Praxis regelmässig Preisvergleiche zur Entschädigung von Routine- und Schlüsselfunktionen (Administration, Marketing/Vertrieb, Kundenberatung, Advisory und Risiko-/Portfolio-Management) finden. Nach fremdvergleichskonformer Entschädigung der Routine- und Schlüsselfunktionen verbleibt der Restgewinn bzw. -verlust bei der Fondsleitungsgesellschaft.

6 Schlussbetrachtung

Das Ziel dieses Artikels war es aufzuzeigen, wie für das grenzüberschreitende Anlagefondsgeschäft die Verrechnungspreise ermittelt werden können und welche Schwierigkeiten dabei auftreten. Dabei ist zur Bestimmung der Entschädigungshöhe der in der Schweiz ausgeführten Funktionen und getragenen Risiken nach Massgabe von Art. 58 DBG und Art. 24 StHG der Fremd- bzw. Drittpreis heranzuziehen. Zwecks Konkretisierung des Fremd- bzw. Drittpreises hat sich die Schweiz politisch dazu verpflichtet, die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze zu beachten. Die Kantone wurden zudem im Rahmen des KS OECD-Verrechnungspreisgrundsätze der ESTV angehalten, bei der Bestimmung der Verrechnungspreise die OECD-Verrechnungspreisgrundsätze einzuhalten. Für das grenzüberschreitende Anlagefondsgeschäft bedeutet dies Folgendes:

1. Ob die Höhe von Verrechnungspreisen fremdvergleichskonform festgelegt wurde, bestimmt sich jeweils nach Massgabe derjenigen Gesellschaft, welche im Rahmen einer Konzerntransaktion die am wenigsten komplexen Funktionen ausübt bzw. Risiken übernimmt (tested party).
2. Zwecks Beurteilung der Fremdvergleichskonformität sind Konzerntransaktionen mit Transaktionen

zwischen fremden Dritten zu vergleichen. Im Rahmen einer Vergleichbarkeitsanalyse ist Unterschieden bei der Preisbildung entsprechend Rechnung zu tragen.

3. Die Auswahl der Verrechnungspreismethode zwecks Festsetzung der Entschädigung bei Konzerntransaktionen obliegt den involvierten Gesellschaften. Die Steuerbehörden können nur in Fällen von Ermessensmissbrauch von der Methodenwahl der involvierten Gesellschaften abweichen.
4. Liegt zwecks Überprüfung der fremdvergleichskonformen Bestimmung der Verrechnungspreise ein interner bzw. externer Preisvergleich vor (was insbesondere im Anlagefondsgeschäft für Vertrieb, Advisory und Portfolio-Management der Fall ist), sind diese nach heutiger und auch zukünftiger Auffassung vorrangig zu verwenden. Der Verwendung der CUP-Methode ist, sofern vergleichbare Transaktionen vorliegen, immer Vorrang einzuräumen.
5. Im grenzüberschreitenden Anlagefondsgeschäft lassen sich in der Praxis regelmässig Preisvergleiche zur Entschädigung von Routine- und Schlüsselfunktionen (Administration, Marketing/Vertrieb, Kundenberatung, Advisory und Risiko-/Portfolio-Management) finden. Nach fremdvergleichskonformer Entschädigung der Routine- und Schlüsselfunktionen verbleibt der Restgewinn bzw. -verlust bei der Fondsleitungsgesellschaft.

Literatur

- BECKER HELMUT, in: Helmut Becker/Horst-Dieter Höppner/Siegfried Grotherr/Heinz-Klaus Kroppen (Hrsg.), DBA-Kommentar, Herne u. a. o. Jg.
- BRÜLISAUER PETER/POLTERA FLURIN, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1 - 82, 2. A., Basel u. a. 2008
- DAVIS ANN, Private Money: The New Financial Order, Wall Street Journal vom 19.9.2006
- DICK DOUGLAS/MURPHY JACK/ZACHARSKI ANTHONY/BABIKEN KEVIN/HASENAUER BROOK, SEC Proposes Amended Rules for Money Market Funds, Tax Planning International – Corporate Restructuring 9 (2009) Nr. 8, S. 14 - 17
- ELWELL DAVID, Impact of the Economic Downturn on Transfer Pricing in the Asset Management Industry, in: Ernst & Young Financial Services Transfer Pricing Insights October 2009, o. Ort 2009, S. 8 - 12
- FEDINA LUCIA/HALES STAN/KATZ ADAM, Financial Institutions: Profit Split's New Frontier, Tax Management Transfer Pricing Report 16 (2007) Nr. 1, S. 32 - 35
- GREGORIOU GREG/HÜBNER GEORGES/PAPAGEORGIOU NICOLAS/ROUAH FABRICE, Hedge Funds – Insights in Performance Measurement, Risk Analysis, and Portfolio Allocation, Hoboken, NJ, 2005
- HASTINGS NICHOLAS, Physical Asset Management, London 2010
- KAPALLE URS/TAROLLI SCHMIDT NADIA, Geplantes Kreisschreiben betreffend Entschädigungen an Private Equity und Hedge Manager, eine Trilogie (3. Teil), StR 2009 S. 790 - 800
- LHABITANT FRANÇOIS-SERGE, Handbook of Hedge Funds, Hoboken, NJ, 2006
- LLINARES EMMANUEL/SUZUKI TAKEFUMI/GILBERT SYLVAIN, Why Transfer Pricing Matters in Asset Management, in: International Tax Review Tax Reference Library 2008 No 46, Intellectual Property (7th edition), o. Ort 2008, S. 3 - 9
- MAUTE WOLFGANG, Ansässigkeit von juristischen Personen: Sitz oder tatsächliche Verwaltung, StR 2005, S. 547 - 550
- MIYATAKE TOSHIO, Transfer pricing and intangibles. General Report, Cahiers de droit fiscal international, Bd. 92a (2007), Rotterdam 2007, S. 17 - 38
- RAFIQ AAMER/MCDONALD DAVID/LOOTS LIRIZE/WANG MIMI/KATZ ADAM/DOUGLAS FRANK/CALVA MAC/DIAKONOVA IRINA/THOMAS RYAN/YIP FLORENCE/EAST MARIANA/LAU PAUL, Hedge Funds Evolution: Transfer Pricing Implications and Consequences, Tax Management Transfer Pricing Report 16 (2009) No. 9, S. 327 - 332
- SERAFI REMA/KYTE JUSTIN, Banks' Transfer Pricing Policies Await Discussion Draft Approval, International Tax Review – Industry Guide: Financial Services, Juni 2004
- SHADAB HOUMAN, The Law and Economics of Hedge Funds: Financial Innovation and Investor Protection, Berkeley Business Law Journal 6 (2009) No. 1, S. 240 - 297
- STAVETSKI EDWARD, Managing Hedge Funds Managers – Quantitative and Qualitative Performance Measures, Hoboken, NJ, 2009
- STOCKER RAOUL, Internationale Erfolgsabgrenzung bei Betriebsstätten, FStR 2007, S. 87 - 102

– Internationale Erfolgsabgrenzung beim Global Trading mit Finanzinstrumenten, Diss. St.Gallen 2006, Bamberg 2006

STOCKER RAOUL/STUDER CHRISTOPH, Bestimmung von Verrechnungspreisen – Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, ST 2009, S. 386 - 393

VÖGELE ALEXANDER/BREM MARKUS, Betriebswirtschaftliche Verrechnungspreisoptimierung, in: Alexander Vögele/Thomas Borstell/Gerhard Engler, Handbuch der Verrechnungspreise, 2. A., München 2004

VÖGELE ALEXANDER/BREM MARKUS, Dokumentation von Verrechnungspreissachverhalten, in: Alexander Vögele/Thomas Borstell/Gerhard Engler, Handbuch der Verrechnungspreise, 2. A., München 2004

VÖGELE ALEXANDER/GONNET SEBASTIEN/GOTTSCHLING BASTIAN/FÜGEMANN HENDRIK, Transfer Prices Determined by Game Theory: 3 – Application to the Banking Industry, Tax Planning International – Transfer Pricing 2008 No. 12, S. 1 - 4

VÖGELE ALEXANDER/KOBES MELANIE, Verrechnungspreise im Asset Management, Internationales Steuerrecht 2001, S. 787 - 792

WICKS JOHN, Der Finanzplatz Genf und die Finanzkrise: Katerstimmung an der Rhone, Schweizer Bank 2009 Nr. 12, S. 18

ZUCKERSCHWERDT CHRISTOPH/MEUTER HANS ULRICH, Verrechnungspreisproblematik beim grenzüberschreitenden Management von Private-Equity- und Hedge-Funds, ZStP 2009, S. 1 - 32

Berichte und Dokumente

Asset Manager Fee Survey, Mercer, 2008

Benchmarking, Benchmarking Investment advisory Fees, 2006, 2007, 2008; Benchmarking Offshore Fund Administration Fees, 2008; Offshore Fund Charges, April 2008; UK Fund Charges, April 2008; Italy Fund Charges, April 2008

EY 2009 Business Risk Report – Asset Management, The 2009 Ernst & Young Business Risk Report – Asset Management, Ernst & Young, o. Ort 2009

Germany Funds Charges, Lipper, April 2008

Lessons From Change – Restoring Trust in the Asset Management Industry, Ernst & Young, o. Ort 2009

OECD Guidelines on Pension Funds Asset Management, OECD Insurance and Private Pensions Committee and Working Party on Private Pensions,

OECD Guidelines on Pension Funds Asset Management (1-26-2006), Paris 2006 (www.oecd.org/dataoecd/59/53/36316399.pdf)

OECD-MA, OECD-Musterabkommen, OECD Committee On Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version (7-17-2008), Paris 2008

OECD-Verrechnungspreisgrundsätze, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (9-15-2009), Paris 2009

Proposed Revision of the Transfer Pricing Guidelines, OECD Centre for Tax Policy and Administration, Proposed Revision of Chapters I - III of the Transfer Pricing Guidelines (9-9-2009 - 1-9-2010), Paris 2009 (www.oecd.org/dataoecd/1/57/43655703.pdf)

Report on the Attribution of Profits, OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, Parts I (General Remarks), II (Banks) and III (Global Trading) (7-17-2008), Paris 2008 (www.oecd.org/dataoecd/20/36/41031455.pdf)

Switzerland Funds Charges, Lipper, April 2008

Rechtsquellen

DBG, BG über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1990), SR 642.11

Proposal for a Directive on Alternative Investment Funds Managers, Proposal for a Directive of the European Parliament and Council on Alternative Investment Funds Managers and amending Directives 2004/39/EC and 2009/.../EC (vom 30.4.2009), http://ec.europa.eu/internal_market/investment/docs/alternative_investments/fund_managers_proposal_en.pdf

StHG, BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (vom 14.12.1990), SR 642.14

Praxisanweisungen

KS Ausländische Gesellschaften mit Betriebsstätten in der Schweiz, KS Nr. 24 der ESTV – Besteuerung ausländischer Gesellschaften, die in der Schweiz Betriebsstätten unterhalten (vom 1.6.1960; StR 1960, S. 435 ff.)

KS Dienstleistungsgesellschaften, KS Nr. 4 der ESTV (1-004-DV-2004-d) – Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften (vom 19.3.2004)

- KS Geschäftstätigkeit im Ausland, KS Nr. 14 der ESTV
– Besteuerung von inländischen Gesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit zur Hauptsache im Ausland ausüben (vom 29.6.1959; ASA 28 [1959/60], S. 43 ff.)
- KS OECD-Verrechnungspreisgrundsätze, KS der ESTV
– Verrechnungspreisgrundsätze der OECD für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen (vom 4.3.1997) (nicht publiziert)
- KS Principal-Gesellschaften, KS Nr. 8 (W02-008D) der ESTV – Internationale Steuerauscheidung von Principal-Gesellschaften (vom 18. 12.2001)
- KS Verdecktes Eigenkapital, KS Nr. 6 (W97-006D) der ESTV – Verdecktes Eigenkapital (Art. 65 und 75 DBG) bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (vom 6.6.1997)
- RS Zinssätze/geldwerte Leistungen, RS (2-060-DV-2009-d) der ESTV – Zinssätze 2009 für die Berechnung der geldwerten Leistungen (vom 3.2.2009) (wird jährlich aktualisiert)

Gesetzgebungs-Agenda 2010/1

Lic. iur. Rainer Zigerlig*/Lic. iur. Heinz Baumgartner**/Eric Hess, Fürspr.***

Inhalt

| | | | | | |
|-----|--|----|------|--|----|
| 1 | Bund | 63 | 2.10 | Nidwalden | 71 |
| 1.1 | Ehe- und Familienbesteuerung | 63 | 2.11 | Schwyz | 71 |
| 1.2 | Unternehmenssteuerreform III | 63 | 2.12 | Solothurn | 71 |
| 1.3 | Steuerliche Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an politische Parteien | 63 | 2.13 | Tessin | 72 |
| 1.4 | Totalrevision des Mehrwertsteuergesetzes | 64 | 2.14 | Thurgau | 72 |
| 1.5 | Ausgleich der Folgen der kalten Progression | 64 | 2.15 | Uri | 73 |
| 1.6 | Eidg. Volksinitiativen zum Bausparen | 64 | 2.16 | Waadt | 74 |
| 1.7 | Eidg. Volksinitiative «Für faire Steuern. Stopp dem Missbrauch beim Steuerwettbewerb (Steuergerechtigkeits-Initiative)» | 65 | 2.17 | Zug | 74 |
| 1.8 | Eidg. Volksinitiative zur Eigenmietwertbesteuerung («Sicheres Wohnen im Alter») | 65 | 2.18 | Zürich | 74 |
| 1.9 | In der Wintersession 2009 behandelte Motionen und Initiativen | 66 | 3 | Doppelbesteuerungsabkommen | 75 |
| 2 | Kantone | 66 | 3.1 | Informationsaustausch | 75 |
| 2.1 | Aargau | 66 | 3.2 | Bangladesch | 75 |
| 2.2 | Appenzell Ausserrhoden | 66 | 3.3 | Ghana | 75 |
| 2.3 | Basel-Stadt | 67 | 3.4 | Abkommensnetz per Ende 2009 | 75 |
| 2.4 | Bern | 68 | | | |
| 2.5 | Freiburg | 68 | | | |
| 2.6 | Genf | 68 | | | |
| 2.7 | Glarus | 69 | | | |
| 2.8 | Graubünden | 69 | | | |
| 2.9 | Luzern | 70 | | | |

* Leiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen.

** Juristischer Mitarbeiter des Kantonalen Steueramts St.Gallen, St.Gallen.

*** Stellvertreter a. i. des Chefs der Abteilung für Internationales, Eidg. Steuerverwaltung, Bern.

1 Bund

1.1 Ehe- und Familienbesteuerung

Die Reform der Ehe- und Familienbesteuerung hat einen langwierigen Prozess der Entscheidungsfindung hinter sich¹ und nunmehr mit dem BG vom 25.9.2009 über die steuerliche Entlastung von Familien mit Kindern² ein vorläufiges Ende gefunden. Dieses sieht bei der direkten Bundessteuer die Einführung eines sog. Elterntarifs vor. Der entsprechende Tarif, der Ehepaaren und alleinerziehenden Personen gewährt werden soll, geht vom heute geltenden Verheiratetentarif aus; der dabei errechnete Steuerbetrag wird aber zusätzlich um Fr. 250 pro Kind reduziert. Die bereits heute bestehenden kinderbezogenen Abzüge (Kinderabzug und Kinderversicherungsprämienabzug) bleiben unverändert. Zudem wird neu ein Abzug für die von der Familie getragenen Kosten der Fremdbetreuung von Kindern, jedoch max. Fr. 10 000, bei der direkten Bundessteuer eingeführt. Die Kantone werden verpflichtet, einen entsprechenden Abzug auch im kantonalen Recht einzuführen, wobei sie die Obergrenze jedoch frei festlegen können. Bei der direkten Bundessteuer ist sodann neu vorgesehen, dass Eltern, die nicht gemeinsam besteuert werden, jedoch das gemeinsame Sorgerecht haben, unter bestimmten Voraussetzungen je die Hälfte des Kinderabzugs geltend machen können.

Neben der steuerlichen Entlastung von Familien mit Kindern wird neu die Tarifautonomie der Kantone bei der Besteuerung der Alleinerziehenden nach ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wieder hergestellt. Den Kantonen wird damit nicht mehr vorgeschrieben, wie sie Alleinerziehende steuerlich zu belasten haben. Damit wird der vom Bundesgericht gerügte verfassungswidrige Eingriff in die Tarifhoheit der Kantone beseitigt. Diese bleiben selbstredend weiterhin verpflichtet, die Alleinerziehenden nach Massgabe ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu besteuern.

Die Referendumsfrist ist am 14.1.2010 unbenutzt abgelaufen. Damit tritt das BG über die steuerliche Entlastung von Familien mit Kindern am 1.1.2011 in Kraft. Die Kantone haben den Abzug für Kosten der Fremdbetreuung von Kindern innert 2 Jahren seit Inkrafttreten den Vorgaben des Bundesrechtes entsprechend neu einzuführen oder auszugestalten.

1.2 Unternehmenssteuerreform III

Im Auftrag des Vorstehers des Eidg. Finanzdepartements hat eine Arbeitsgruppe mit Vertretern von Bund und Kantonen die Ziele einer weiteren Unternehmenssteuerreform zur nachhaltigen Sicherung des Wirtschaftswachstums konkretisiert und entsprechende Massnahmen vorgeschlagen. Der Bundesrat hat die Erkenntnisse der Arbeitsgruppe zur Kenntnis genommen und am 10.12.2008 das Eidg. Finanzdepartement beauftragt, eine Vernehmlassungsvorlage für eine weitere Reform der Unternehmensbesteuerung auszuarbeiten. Zum einen sollen die in der Schweiz tätigen Firmen von unnötigen Steuerlasten befreit und zum anderen die Position der Schweiz im internationalen Steuerwettbewerb gestärkt werden.³

Wann die Vernehmlassungsvorlage vorliegt, steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht fest.

1.3 Steuerliche Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an politische Parteien

In Ausführung einer parlamentarischen Initiative haben die eidg. Räte am 12.6.2009 das BG über die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an politische Parteien verabschiedet.⁴ Dieses sieht vor, dass Mitgliederbeiträge und Zuwendungen neu von den Einkünften der natürlichen Personen bis zu einem bestimmten Gesamtbetrag in Abzug gebracht werden können, wenn die bedachte Partei gewisse Voraussetzungen erfüllt. Bei der direkten Bundessteuer beträgt der Maximalabzug Fr. 10 000; für die kantonalen Steuern ist der Höchstbetrag im kantonalen Recht festzusetzen.

Der ursprüngliche Antrag, auch Unternehmensspenden von juristischen Personen an politische Parteien zum Abzug zuzulassen, ist im Gesetz nicht mehr enthalten, da solche unter bestimmten Voraussetzungen bereits unter Politsponsoring als Betriebsaufwand verbucht werden können.

Die Referendumsfrist ist am 1.10.2009 unbenutzt abgelaufen. Am 22.12.2009 hat der Bundesrat das BG auf den 1.1.2011 in Kraft gesetzt.⁵ Die Kantone haben ihre Gesetzgebung innert 2 Jahren, mithin bis zum 1.1.2013, anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist entfaltet das BG seine Wirkung für alle Kantone. Soweit kantonales Recht noch nicht angepasst sein sollte, ist der für die direkte Bundessteuer vorgesehene Maximalabzug auch für das kantonale Recht massgebend.

1 S. dazu Gesetzgebungs-Agenda 2008/3, Abschn. 1.2, FStR 2008, 236 f., und Gesetzgebungs-Agenda 2009/3, Abschn. 1.1, FStR 2009, 237 f.

2 BBl 2009, 6667.

3 Für Einzelheiten s. Gesetzgebungs-Agenda 2009/2, Abschn. 1.2, FStR 2009, 150 f.

4 BBl 2009, 4389.

5 S. Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 22.12.2009), www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=30880.

1.4 Totalrevision des Mehrwertsteuergesetzes

Am 25.6.2008 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer zu Handen der eidg. Räte. Sie ist in der Form einer Sammelbotschaft ausgestaltet und umfasst 2 Teile. Der Teil A («Steuer-gesetz») enthält ein vollständig überarbeitetes Mehrwertsteuergesetz und legt damit das Fundament der Steuerreform. Der Teil B («Einheitssatz») übernimmt alle Massnahmen des Teils A, geht indessen in der Vereinfachung konsequent weiter und sieht einen einheitlichen Steuersatz von 6,1 % vor, bei Abschaffung der meisten heute bestehenden 25 Steuerausnahmen. Die Sammelbotschaft ist so aufgebaut, dass beide Teile nacheinander behandelt werden können; es ist aber auch möglich, direkt und ausschliesslich den Teil B zu behandeln. Der Bundesrat strebt die Umsetzung sowohl der im Teil A als auch der im Teil B enthaltenen Reformen an.

Am 12.6.2009 haben die eidg. Räte das BG über die Mehrwertsteuer (Teil A) verabschiedet.⁶ Dieses ist grundsätzlich am 1.1.2010 in Kraft getreten. Vorbehalten bleibt das Inkrafttreten von Art. 34 Abs. 3 (Möglichkeit, das Geschäftsjahr als Steuerperiode heranzuziehen) und von Art. 78 Abs. 4 (Anspruch auf Durchführung einer Kontrolle), das vom Bundesrat zu einem späteren Zeitpunkt bestimmt wird.

Am 27.11.2009 hat der Bundesrat die Verordnung zum neuen Mehrwertsteuergesetz (MWSTV) erlassen, die gleichzeitig mit dem neuen Gesetz auf den 1.1.2010 in Kraft getreten ist.⁷ Die Verordnung ersetzt einen wesentlichen Teil der heutigen Publikationen der ESTV. Sodann präzisiert sie die Neuerungen des neuen Mehrwertsteuergesetzes. Dazu gehören namentlich eine flexiblere Ausgestaltung der Gruppenbesteuerung, die Ausweitung des Vorsteuerabzugsrechts für steuerpflichtige Unternehmen, die Einführung eines fiktiven Vorsteuerabzugs und die Ausweitung der Abrechnung mit Saldosteuer-sätzen. Die Verordnung erklärt u. a. den Vorsteuerabzug auch bei vielen von der Steuer ausgenommenen Leistungen, die im Ausland erbracht werden, für zulässig. Sie präzisiert zudem den Anwendungsbereich des fiktiven Vorsteuerabzugs und die Bemessungsgrundlage im Falle von Leistungen des Arbeitgebers an das Personal. Die Verordnung enthält weiter eine Definition von Subventionen, die im Einklang mit dem Subventionsgesetz steht.⁸

Was den Teil B betrifft, so ist der Bundesrat in der Zwischenzeit zur Erkenntnis gelangt, dass aufgrund der veränderten Wirtschaftslage die ursprüngliche Botschaft nicht mehr genüge, um das Geschäft in den eidg. Räten zu behandeln. Er will zwar grundsätzlich an der Einführung eines Einheitssatzes und an der Abschaffung zahlreicher Steuerausnahmen festhalten. Er möchte indessen zusätzliche Möglichkeiten zur Vereinfachung der Mehrwertsteuer prüfen, wie beispielsweise ein Zweisatzmodell oder einen weniger weit gehenden Verzicht auf Ausnahmen. Gemäss Beschluss vom 14.10.2009 will er entsprechende Anträge den eidg. Räten mit einer Zusatzbotschaft unterbreiten.⁹ Dementsprechend ersucht er die WAK-N, den Teil B der Botschaft vorerst nicht zu behandeln.

1.5 Ausgleich der Folgen der kalten Progression

Am 25.9.2009 haben die eidg. Räte eine Änderung des BG über die direkte Bundessteuer betreffend Ausgleich der kalten Progression verabschiedet.¹⁰ Während nach bisherigem Recht bei den Einkommenstarifen und -abzügen der direkten Bundessteuer die kalte Progression jeweils periodisch, nach aufgelaufener Teuerung seit dem letzten Ausgleich um mind. 7 %, ausgeglichen wurde, soll neu der Ausgleich jährlich erfolgen. Der Bundesrat wollte gemäss seiner Botschaft¹¹ an einem periodischen Ausgleich festhalten, allerdings neu bereits bei einer kumulierten Teuerung von mind. 3 %. Diesem Antrag folgten die eidg. Räte indessen nicht und entschieden sich für einen jährlichen Ausgleich. Zudem ist neu vorgesehen, dass der Postnumerando-Tarif auch bei Kapitalleistungen aus Vorsorge zur Anwendung gelangt.

Die Änderung tritt am 1.1.2011 in Kraft, nachdem die Referendumsfrist am 14.1.2010 unbenutzt abgelaufen ist.

1.6 Eidg. Volksinitiativen zum Bausparen

Am 29.9.2008 reichten die Schweiz. Gesellschaft zur Förderung des Bausparens sowie ein «Initiativkomitee eidg. Bausparinitiative» eine Volksinitiative ein, welche den Kantonen die Einführung eines steuerbegünstigten Bausparmodells auf der Basis des im Kanton Basellandschaft praktizierten Modells ermöglichen soll. Zusätzlich soll neu auch das Ansparen von Investitionskapital für energiesparende Sanierungsmassnahmen an

6 AS 2009, 5203; für Einzelheiten s. Gesetzgebungs-Agenda 2009/4, Abschn. 1.4, FStR 2009, 306 f.

7 AS 2009, 6743.

8 S. Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 27.11.2009), www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=30396.

9 S. Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 14.10.2009), www.efd.admin.ch/00468/index.html?msg-id=29507&lang=de.

10 BBI 2009, 6665.

11 S. BBI 2009, 165, und Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 6.3.2009), www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=25688.

bestehendem Wohneigentum steuerlich begünstigt werden.

Auch der Hauseigentümergebiet Schweiz reichte zusammen mit weiteren Verbänden am 23.1.2009 eine Volksinitiative zum Bausparen («Eigene vier Wände dank Bausparen») ein.

Mit Botschaft vom 18.9.2009¹² beantragt der Bundesrat den eidg. Räten, beide Initiativen Volk und Ständen mit der Empfehlung zu unterbreiten, diese abzulehnen. Der Bundesrat lehnt auch einen Gegenvorschlag ab. Seiner Auffassung nach ist ein steuerlich privilegiertes Bausparen weder ein effektives noch ein effizientes Mittel zur Förderung von selbstgenutztem Wohneigentum. Sodann bestehen mit den Vorbezugsmöglichkeiten im Rahmen der beruflichen und der gebundenen Vorsorge bereits wirksame Instrumente für dessen Förderung. Zudem hat das Bausparen negative volkswirtschaftliche Auswirkungen und würde das geltende Steuerrecht verkomplizieren.

1.7 Eidg. Volksinitiative «Für faire Steuern. Stopp dem Missbrauch beim Steuerwettbewerb (Steuergerechtigkeits-Initiative)»

Am 6.5.2008 wurde die sog. Steuergerechtigkeits-Initiative in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht. Sie sieht einerseits Mindeststeuersätze für höhere Einkommen und Vermögen und andererseits das Verbot von degressiven Steuertarifen vor. Namentlich soll der Grenzsteuersatz der kantonalen und kommunalen Einkommenssteuern zusammen für alleinstehende Personen mind. 22 % auf dem Teil des steuerbaren Einkommens betragen, der Fr. 250 000 übersteigt. In gleicher Weise soll für alleinstehende Personen der Grenzsteuersatz der kantonalen und kommunalen Vermögenssteuern zusammen mind. 5 % auf dem Teil des steuerbaren Vermögens betragen, der Fr. 2 Mio. übersteigt. Für gemeinsam veranlagte Paare und für alleinstehende Personen, die mit Kindern oder unterstützungsbedürftigen Personen zusammenleben und deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten, können die Betragsgrenzen erhöht werden. Auch sollen die Folgen der kalten Progression periodisch ausgeglichen werden.¹³

Mit Botschaft vom 6.3.2009 lehnt der Bundesrat diese Initiative ohne Gegenvorschlag ab.¹⁴ Nach seiner Auffas-

sung stellt die Initiative die kantonale Souveränität in Steuerbelangen und damit den Steuerwettbewerb in Frage. Die Annahme der Initiative würde nicht nur die Niedrigsteuerkantone, sondern alle Kantone betreffen. Je nach gesetzlicher Umsetzung der Initiative wären auch tiefe und mittlere Einkommen direkt von der Initiative betroffen. Denn im Zug der Umsetzung der Initiative könne Druck entstehen, die Steuertarife auch für Steuerpflichtige unterhalb der Einkommensgrenze anzupassen sowie die Sozialabzüge zwischen den Kantonen zu harmonisieren. Der Handlungsspielraum der Kantone würde dadurch massiv eingeschränkt. Zudem würde sich die Annahme der Initiative negativ auf die Standortattraktivität des Landes auswirken.

Die Beeinträchtigung der Dynamik des Steuerwettbewerbs würde zudem die Vorteile des Steuerwettbewerbs schmälern. Auch bestehe die Gefahr, dass der Steuerwettbewerb durch einen Angebotswettbewerb ersetzt werde. Ein solcher würde sich bezüglich Effizienz und Transparenz negativ auf die Schweizer Volkswirtschaft auswirken.

In der Wintersession 2009 hat der Ständerat als Erstrat dem Antrag des Bundesrates zugestimmt, d. h., die Initiative ohne Gegenvorschlag abgelehnt.

1.8 Eidg. Volksinitiative zur Eigenmietwertbesteuerung («Sicheres Wohnen im Alter»)

Am 23.1.2009 reichte der Hauseigentümergebiet Schweiz zusammen mit weiteren Verbänden neben der Volksinitiative zum Bausparen¹⁵ auch eine Volksinitiative zur Eigenmietwertbesteuerung ein. Diese Initiative will Rentnerinnen und Rentnern das Recht einräumen, den Eigenmietwert nicht mehr zu versteuern. Im Gegenzug könnten diese Personen die mit dem Wohneigentum verbundenen Schuldzinsen steuerlich nicht mehr geltend machen. Gemäss der Initiative sollen jedoch die jährlichen Unterhaltskosten bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 4000 sowie die Kosten für Massnahmen, die dem Energiesparen, dem Umweltschutz und der Denkmalpflege dienen, vollumfänglich abzugsberechtigt bleiben.

In der Frage der Wohneigentumsbesteuerung haben die eidg. Räte bereits vor längerer Zeit eine Motion gutgeheissen, mit welcher der Bundesrat beauftragt wird, eine Vorlage mit dem Ziel auszuarbeiten, die Besteuerung des Eigenmietwerts des selbst bewohnten Wohneigentums auf allen Stufen aufzuheben. Die Schuldzinsen sowie die

12 BBI 2009, 6975, und Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 18.9.2009), www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=29112.

13 S. Gesetzgebungs-Agenda 2008/3, Abschn. 1.8, FStR 2008, 239.

14 BBI 2009, 1907, und Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 6.3.2009), www.efd.admin.ch/aktuell/medienin-

[formation/00462/index.html?msg-id=25692](http://www.efd.admin.ch/aktuell/medienin-formation/00462/index.html?msg-id=25692).

15 S. Abschn. 1.6.

Unterhaltskosten sollen dabei in einem beschränkten Ausmass weiterhin abzugsfähig bleiben. Weitere Motionen in dieser Frage wurden inzwischen eingereicht.

Am 17.6.2009 fällt der Bundesrat in der Frage der Eigenmietwertbesteuerung einen Grundsatzentscheid. Er lehnt eine fakultative Befreiung von der Eigenmietwertbesteuerung, beschränkt auf Rentnerinnen und Rentner, wie das von der Volksinitiative verlangt wird, ab, anerkennt jedoch einen Handlungsbedarf. Mit einem indirekten Gegenvorschlag will er die Besteuerung des Eigenmietwerts für alle Wohneigentümerinnen und Wohneigentümer aufgeben und im Gegenzug die bisherigen Abzugsmöglichkeiten auf 2 Ausnahmen beschränken. Künftig sollen nur noch Hypothekarzinsen bei Ersterwerb sowie qualitativ hochwertige Energiespar- und Umweltschutzmassnahmen steuerlich berücksichtigt werden. Der Bundesrat beauftragte das Eidg. Finanzdepartement, eine entsprechende Botschaft auszuarbeiten.¹⁶ Dieses hat nunmehr am 4.11.2009 ein Vernehmlassungsverfahren zu einem entsprechenden Botschaftsentwurf eröffnet; das Vernehmlassungsverfahren dauert bis zum 15.2.2010.¹⁷

1.9 In der Wintersession 2009 behandelte Motionen und Initiativen

Der Nationalrat hat:

- eine Motion zur Steigerung der Attraktivität des Stiftungsstandortes Schweiz angenommen;
- die Frist für die Behandlung der parlamentarischen Initiative Hegetschweiler (Änderung der Aufschubspraxis bei der Grundstückgewinnsteuer) um zwei Jahre verlängert.¹⁸

Der Ständerat hat:

- eine Motion betr. Aufsichts- und Durchsetzungslücke im BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden angenommen;
- eine Motion, welche eine gleichwertige Ermässigung der Einkommenssteuern für Alleinerziehende wie jene für die verheirateten Personen fordert, abgelehnt;
- eine Motion, welche gleiche Kompetenzen für kantonale und ausländische Steuerbehörden im Bereich der Amtshilfe verlangt, abgelehnt;

- eine parlamentarische Initiative, welche auf eine erneute Revision des BG über die Stempelabgaben abzielt, angenommen.

2 Kantone

2.1 Aargau

Der Grosse Rat hat am 10.11.2009 eine Teilrevision des Steuergesetzes beschlossen, mit der ausschliesslich Anpassungen ans StHG mit unterschiedlichen Inkraftsetzungen im kantonalen Recht vorgenommen werden:

- Unternehmenssteuerreform II¹⁹ (Inkraftsetzung: 1.1.2011);
- Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige²⁰ (Inkraftsetzung: 1.1.2010);
- Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung²¹ (Inkraftsetzung: 1.1.2010);
- kollektive Kapitalanlagen²² (Inkrafttreten: 1.1.2010);
- Abschaffung der Dumont-Praxis²³ (rückwirkende Inkraftsetzung: 1.1.2009).

2.2 Appenzell Ausserrhoden

Der Kantonsrat hat am 14.9.2009 die Teilrevision 2010 des Steuergesetzes in 2. Lesung verabschiedet. Beschlossen wurden insbes. folgende Massnahmen:

- Senkung des Einkommenssteuertarifs;
- Erhöhung der Abzüge für Versicherungsprämien/Sparzinsen für Verheiratete von Fr. 3800 auf Fr. 4000 und für Alleinstehende von Fr. 1900 auf Fr. 2000 sowie für Kinder von Fr. 600 auf Fr. 1000;
- Erhöhung des Zweiverdienerabzugs auf 10 % der Nettoerwerbseinkünfte, mind. Fr. 2400 und höchstens Fr. 5000;
- Erhöhung der Vermögensfreibeträge für Verheiratete von Fr. 100 000 auf Fr. 150 000, für Alleinstehende von Fr. 60 000 auf Fr. 75 000 und für Kinder von Fr. 20 000 auf Fr. 25 000;

16 S. Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 17.6.2009), www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?msg-id=27483.

17 S. Medienmitteilung des Eidg. Finanzdepartements (vom 4.11.2009), www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=de&msg-id=29910.

18 Für Einzelheiten s. Gesetzgebungs-Agenda 2009/3, Abschn. 1.9, FStR 2009, 241.

19 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

20 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

21 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

22 BG über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) (vom 23.6.2006), SR 951.31.

23 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

- Senkung des Vermögenssteuertarifs für Vermögen über Fr. 250 000 von 0,6 ‰ auf 0,55 ‰ einfache Steuer;
- Anpassungen an geändertes Bundesrecht: Unternehmenssteuerreform II,²⁴ Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung,²⁵ Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige,²⁶ Gaststaatgesetz;²⁷
- Überführung der Verordnungsbestimmung über die Gleichstellung der Energiespar- und Umweltschutzmassnahmen mit den Unterhaltskosten für Liegenschaften in das Gesetz;
- Nachvollzug der Abschaffung der Dumont-Praxis;²⁸ die Dumont-Praxis wurde auf Verordnungsebene bereits per 1.1.2009 aufgehoben;
- Senkung der einfachen Steuer für Vereine, Stiftungen und übrige juristische Personen von 1,6 ‰ auf 1 ‰;
- Einführung einer proportionalen Steuer von 1 ‰ (einfache Steuer) des Gewinns der kollektiven Kapitalanlagen;
- Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, um Inkasodienstleistungen für Dritte (Kanton, Gemeinden etc.) anbieten zu können;
- Aufhebung der Bestimmung über die Bekanntgabe der letzten steuerbaren Faktoren.

Die Referendumsfrist ist am 17.11.2009 unbenutzt abgelaufen. Der Regierungsrat hat am 8.12.2009 die Teilrevision des Steuergesetzes per 1.1.2010 in Kraft gesetzt. Teile der Unternehmenssteuerreform II treten analog den Bundesbestimmungen per 1.1.2011 in Kraft. Der Wortlaut der neuen Bestimmungen kann im Internet eingesehen werden.²⁹

2.3 Basel-Stadt

Der Grosse Rat hat am 11.11.2009 eine Teilrevision des Steuergesetzes gutgeheissen. Hauptpunkt der Vorlage

bildet die Umsetzung der Unternehmenssteuerreform II³⁰ (inkl. Teilbesteuerung der Dividenden aus qualifizierten Beteiligungen des Geschäfts- und des Privatvermögens zu 50 ‰ bei gleicher Methode wie im Bund). Die Gesetzesvorlage sieht des Weiteren die Umsetzung der Bundesvorgaben zur vereinfachten Nachbesteuerung in Erbfällen und zur straflosen Selbstanzeige³¹ sowie die Abschaffung der Dumont-Praxis³² und die Anpassung verschiedener Bestimmungen an das Gaststaatgesetz³³ vor. Neu ist auch die Möglichkeit der Amtshilfe an Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anderer Kantone vorgesehen.

Die Referendumsfrist ist am 28.12.2009 unbenutzt abgelaufen. Die Neuerungen treten jeweils per 2010 oder 2011 in Kraft. Der Gesetzesbeschluss sowie die Berichte des Regierungsrats und der WAK sind im Internet einsehbar.³⁴

Der Regierungsrat hat am 17.11.2009 ein Vernehmlassungsverfahren zur Senkung der Gewinnsteuer der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften eröffnet. Mit der Vorlage soll der maximale Gewinnsteuersatz von gegenwärtig 22 ‰ sukzessive auf 20 ‰ reduziert werden. Vorgeslagen wird eine erste Teilsenkung des Steuersatzes auf 21,5 ‰ für die Steuerperiode 2011. Weitere Teilsenkungen von jeweils einem halben Prozentpunkt pro Steuerperiode sollen folgen, allerdings unter der doppelten Bedingung, dass das reale Bruttoinlandprodukt der Schweiz zunimmt und die Nettoschuldenquote des Kantons eine bestimmte Schwelle nicht überschreitet. Mit der Senkung der Gewinnsteuer soll die Attraktivität Basels als Wirtschaftsstandort gestärkt werden. Die Vernehmlassungsunterlagen sind im Internet einsehbar.³⁵

Steuerliche Erleichterungen verlangen auch folgende Volksinitiativen:

- Die am 3.7.2009 zustande gekommene SVP-Initiative «Konkurrenzfähige Einkommenssteuern für den Mittelstand im Vergleich zu Baselland (Mittelstandsinitiative)» möchte eine Reduktion der Steuersätze beim Einkommenssteuertarif. Der Grosse Rat hat diese Initiative am 11.11.2009 für rechtlich zulässig

24 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

25 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

26 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

27 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

28 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

29 S. www.ar.ch – Aktuell – Amtsblatt Nr. 38 (vom 18.9.2009), S. 1212 ff.

30 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

31 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

32 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

33 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

34 www.steuerverwaltung.bs.ch/stgg-gesetzesmaterialien.htm.

35 www.steuerverwaltung.bs.ch/stgg-geschaeft.htm.

erklärt und am 9.12.2009 dem Regierungsrat zur Berichterstattung überwiesen.

- Die FDP-Initiative «Milderung der Vermögenssteuer (Entlastung von Mittelstand und Gewerbe bei der Vermögenssteuer)» vom 3.7.2009 wünscht eine Verdoppelung der Freibeträge bei der Vermögenssteuer. Der Grosse Rat hat diese Initiative am 11.11.2009 für rechtlich zulässig erklärt und am 9.12.2009 dem Regierungsrat zur Berichterstattung überwiesen.

2.4 Bern

Der Regierungsrat hat am 12.8.2009 eine Teilrevision des Steuergesetzes zuhanden des Grossen Rats verabschiedet. Im Wesentlichen geht es um folgende Punkte:

- bei Liegenschaften, die nicht als Wohnsitz dienen, soll zukünftig der für die direkte Bundessteuer massgebliche höhere Eigenmietwert für die Besteuerung herangezogen werden;
- Aufnahme der Praxis, wonach die Verzugszinspflicht weder durch das Ergreifen eines Rechtsmittels noch durch die Gewährung einer Zahlungserleichterung berührt wird, ins Steuergesetz;
- Einführung des jährlichen Ausgleichs der kalten Progression;
- Anrechnung der Gewinnsteuer an die Kapitalsteuer;
- Einführung des proportionalen Gewinnsteuertarifs unter gleichzeitiger Senkung des Steuersatzes auf 3,5 % (einfache Steuer);
- Aufnahme von neuen Bestimmungen zur detaillierteren Regelung des Steuererlasses;
- Umsetzung von Bundesrecht: Unternehmenssteuerreform II,³⁶ Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung,³⁷ Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige,³⁸ Gaststaatgesetz.³⁹

Die vorberatende Kommission hat sich in mehreren Sitzungen mit der Vorlage befasst. Sie möchte weitergehende Entlastungen vornehmen. Insbesondere spricht sie sich für eine deutlich grössere Senkung der Einkommenssteuertarife und für Entlastungen bei der Vermögenssteuer aus. Auf die Einführung eines proportionalen Gewinnsteuertarifs unter gleichzeitiger Senkung des

Steuersatzes möchte die vorberatende Kommission hingegen verzichten. Sie sieht – wie vom Regierungsrat vorgeschlagen – den jährlichen Ausgleich der kalten Progression bei den Einkommenssteuertarifen vor. Bei den übrigen Tarifen und Abzügen schlägt sie gegenüber heute einen rascheren Ausgleich vor, und zwar bereits bei einer Teuerung von 3 %, statt wie bisher erst bei einer solchen von 5 %. Die vorberatende Kommission will dem Grossen Rat die Möglichkeit einräumen, die Entlastungen beim Einkommenssteuertarif erst auf das Jahr 2012 in Kraft zu setzen.

Der Grosse Rat hat die Vorlage in 1. Lesung behandelt. Die 2. Lesung und die Schlussabstimmung sind für März 2010 geplant. Das Inkrafttreten ist auf den 1.1.2011 vorgesehen.

2.5 Freiburg

Der Grosse Rat hat am 6.10.2009 eine Teilrevision des Gesetzes über die direkten Kantonssteuern verabschiedet. Beschlossen wurden folgende Massnahmen:

- Erhöhung der Sozialabzüge für Kinder um Fr. 1000 und des maximalen Abzugs für Betreuungskosten pro Kind um Fr. 1500;
- Senkung der Besteuerung der Kapitalleistungen aus Vorsorge um durchschnittlich 10,8 %;
- Senkung der Gewinn- und Kapitalsteuern aller juristischen Personen um 5 %;
- Anpassungen an die geänderte Bundesgesetzgebung: Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige,⁴⁰ Abschaffung der Dumont-Praxis.⁴¹

Die Änderungen sind am 1.1.2010 in Kraft getreten.

2.6 Genf

Das vom Grossen Rat am 12.6.2009 erlassene Gesetz über die Besteuerung der natürlichen Personen (Gesetz 10 199) wurde in der Volksabstimmung vom 27.9.2009 angenommen. Im Wesentlichen geht es um Folgendes:

- Neuordnung der gegenwärtig 5 Gesetze über die Besteuerung der natürlichen Personen (betr. Einkommen und Vermögen) mit diversen Aktualisierungen;
- Einführung eines Stufentarifs bei der Einkommenssteuer anstelle der gegenwärtigen, wenig transparenten mathematischen Formel;
- Ersatz des Doppeltarifs durch einen Einheitstarif mit Vollsplitting;

36 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

37 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

38 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

39 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

40 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

41 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

- Abschaffung des Systems des Rabatts auf der Einkommenssteuer, dafür Einführung eines Abzugs von Fr. 500 bei Erwerbstätigkeit beider Ehegatten und eines Kinderbetreuungskostenabzugs von max. Fr. 4000 pro Kind bis zum Alter von 12 Jahren. Abgesehen von der Tatsache, dass der gegenwärtige zusätzliche Rabatt für die Kinderbetreuung abgeschafft wird, ist der Abzug der effektiven Kosten nicht mehr auf Einelternfamilien beschränkt. Zudem ist ein Abzug für Familienlasten enthalten (Fr. 9000 im Jahr 2010 und Fr. 10 000 ab dem Jahr 2011). Und schliesslich wird ein degressiver Abzug für alleinstehende AHV-/IV-Rentner und -Rentnerinnen von max. Fr. 10 000 und für AHV-/IV-Rentnerpaare von max. Fr. 11 500 eingeführt;
- Steuerfreiheit für altrechtliche Renten aus der 2. Säule im Umfang von 20 % (analog zum System bei der direkten Bundessteuer);
- Begrenzung des Abzugs für die Krankenkassen- und Unfallversicherungsprämien auf einen Betrag, der dem Doppelten der durchschnittlichen kantonalen Prämie für die obligatorische Krankenpflegeversicherung (inkl. Unfallversicherung) entspricht, welche vom Bundesamt für Gesundheit pro Altersklasse der Versicherten festgesetzt wird. Derzeit ist der Abzug unbegrenzt;
- Senkung des Selbstbehalts bei den Krankheitskosten von 1 % auf 0,5 % des Nettoeinkommens;
- Begrenzung der kantonalen und kommunalen Einkommens- und Vermögenssteuern auf 60 % des steuerbaren Nettoeinkommens (ab 2011). Findet eine Reduktion statt, so wird diese auf die Vermögenssteuer angerechnet.

Das Gesetz 10 199 sieht eine Koordinationsbestimmung mit dem Gesetz 10 247⁴² vor, indem es für die Bestimmungen für die natürlichen Personen, die aus der Unternehmenssteuerreform II⁴³ herrühren – mit Ausnahme der Bestimmungen über die Milderung der Dividendenbesteuerung und über die dringenden Massnahmen –, die Inkraftsetzung auf den 1.1.2011 vorsieht. Im Übrigen trat das Gesetz 10 199 grundsätzlich am 1.1.2010 in Kraft.

2.7 Glarus

Der Landrat hat am 9.12.2009 die Teilrevision des Steuergesetzes zuhanden der Landsgemeinde 2010 verabschiedet. Sein Antrag an die Landsgemeinde beinhaltet folgende Punkte:

-
- 42 S. Gesetzgebungs-Agenda 2009/3, Abschn. 2.6, FStR 2009, 244.
 43 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

- Entlastung bei der Vermögenssteuer (Tarif): Der Landrat lehnt den Antrag eines Bürgers⁴⁴ aufgrund der guten Positionierung im gesamtschweizerischen Vergleich ab.
- Die Dumont-Praxis soll auf den 1.1.2010 abgeschafft werden.⁴⁵ Der Landrat beantragt der Landsgemeinde die entsprechende Änderung des Steuergesetzes.
- Der Antrag, dem Regierungsrat die Kompetenz für den Abschluss besonderer Steuervereinbarungen mit Unternehmen zu erteilen, welche eine Sondernutzung für öffentliche Sachen (z. B. Kraftwerksgesellschaften) beanspruchen, wird vom Landrat als gesetzwidrig abgelehnt.

2.8 Graubünden

Auf den 1.1.2010 ist der 1. Teil der Teilrevision des Steuergesetzes in Kraft getreten. Der 2. Teil umfasst die Anpassungen an die Unternehmenssteuerreform II⁴⁶ und wird zusammen mit den entsprechenden Bestimmungen des DBG per 2011 in Kraft gesetzt. Mit der Neuregelung für den Ausgleich der kalten Progression erfolgt auf den 1.1.2010 eine Indexanpassung, die in den untenstehenden Zahlen zu berücksichtigen ist. Die wesentlichen Revisionspunkte können wie folgt zusammengefasst werden:

- Wechsel zu einer proportionalen Gewinnsteuer von 5,5 % einfache Steuer (heute: progressiver Tarif mit Maximum von 7 %);
- Reduktion der Vermögenssteuer durch Erhöhung der Steuerfreibeträge (Fr. 65 000 für Alleinstehende, Fr. 130 000 für Ehepaare und Fr. 25 000 für Kinder, für die ein Kinderabzug gewährt wird) sowie Herabsetzung der Maximalbelastung von 2,25 ‰ auf 1,75 ‰;
- Erhöhung der Kinderabzüge auf Fr. 6200 (Vorschulalter), Fr. 9300 (minderjährig und in Ausbildung) und Fr. 18 600 (in Ausbildung mit auswärtigem Wochenaufenthalt);
- Erhöhung des maximalen Abzugs für die externe Kinderbetreuung von Fr. 6000 auf Fr. 10 300;
- rascherer Ausgleich der kalten Progression: Anpassung schon bei einer Grenze von 3 % (die Indexanpassung auf 103 % wird bereits auf den 1.1.2010 wirksam);

44 S. Gesetzgebungs-Agenda 2009/3, Abschn. 2.7, FStR 2009, 245.

45 Bundesrechtliche Vorgabe: BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

46 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

- Schaffung einer gesetzlichen Grundlage, um Inkasodienstleistungen für Dritte (Kanton, Gemeinden, Kreise, Gerichte etc.) anbieten zu können;
- Abschaffung der Dumont-Praxis auf den gleichen Zeitpunkt wie im DBG;⁴⁷
- Anpassungen an das harmonisierte Bundessteuerrecht: Unternehmenssteuerreform II⁴⁸ (Inkrafttreten auf 2011), Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung,⁴⁹ Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige,⁵⁰ Gaststaatgesetz.⁵¹

Die Gesetzesrevision kann im Internet eingesehen werden.⁵²

2.9 Luzern

Der Kantonsrat setzt mit der von ihm verabschiedeten Steuergesetzesrevision 2011 die Politik der kontinuierlichen Steuerentlastungen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Kantons Luzern fort. Er hat insbes. folgende Änderungen des Steuergesetzes beschlossen:

- Halbierung der Gewinnsteuer: Nach der auf 2010 beschlossenen Senkung der Gewinnsteuer um 25 % wird diese auf 2012 nochmals halbiert. Der Kanton Luzern wird damit ab 2012 mit einer Gewinnsteuerbelastung von rd. 4,0 % - 6,5 % (je nach Gemeinde) den ersten Rang unter den Kantonen einnehmen;
- Entlastung des Mittelstands bei der Einkommenssteuer und Ausgleich der kalten Progression: Die mittleren Einkommen werden nochmals spürbar entlastet. Gleichzeitig wird im Hinblick auf den Standortwettbewerb eine Abflachung des Progressionsverlaufs bei den höheren Einkommen vorgenommen. Zudem wird die kalte Progression beim Tarif und bei den Abzügen vorzeitig ausgeglichen;
- Schaffung eines generellen Kinderbetreuungsabzugs: Für die Eigenbetreuung der Kinder können neu Fr. 2000 abgezogen werden. Fremdbetreuungskosten für Kinder können nur so weit geltend gemacht

- werden, als sie den generellen Kinderbetreuungsabzug von Fr. 2000 übersteigen. Der generelle Kinderbetreuungsabzug und der Fremdbetreuungskostenabzug werden für Kinder bis 15 Jahre gewährt. Bei Fremdbetreuung infolge Berufstätigkeit wird der Abzug im Maximum gesamthaft Fr. 6700 betragen;
- Höchstbelastung: Die Bestimmungen über die steuerliche Höchstbelastung der natürlichen Personen werden vereinfacht und den gesenkten Steuern angepasst;
- Gleichstellung von Stief- und Pflegekindern mit Nachkommen bei der Erbschaftssteuer: Die nicht mehr zeitgemässe Schlechterstellung von Stief- und Pflegekindern gegenüber den leiblichen Nachkommen bei der Erbschaftssteuer wird beseitigt;
- Einsicht in Steuerdaten: Die öffentliche Auflage des Steuerregisters sowie die Auskunftserteilung über die Steuerfaktoren werden vorab aus Gründen des vermehrten Persönlichkeitsschutzes abgeschafft;
- Änderung des Handänderungssteuergesetzes: Neu erfolgt die Berechnung der Handänderungssteuer nur noch bei Rechtsgeschäften unter nahestehenden Personen auf der Grundlage des sog. subsidiären Handänderungswerts (Katasterwert bei nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken bzw. um 200 % erhöhter Katasterwert bei landwirtschaftlichen Grundstücken, die nicht in der Bauzone liegen). Bei Rechtsgeschäften unter unabhängigen Dritten wird dagegen die Berechnung der Handänderungssteuer aufgrund des vereinbarten Kaufpreises vorgenommen;
- Änderung des Grundstückgewinnsteuergesetzes: Grundstückgewinne ausserkantonaler Liegenschaftshändlerinnen und -händler werden neu nicht mehr der Grundstückgewinnsteuer, sondern der ordentlichen Einkommens- oder Gewinnsteuer unterliegen. Ferner wird die Bestimmung über den Steueraufschub bei der Ersatzbeschaffung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke gelockert. Die Einschränkung des Steueraufschubs im Verhältnis der ertragsmässigen Gleichwertigkeit des veräusserten Grundstücks zum Ersatzgrundstück wird aufgehoben;
- Anpassungen an das Bundesrecht: Die notwendige Anschlussgesetzgebung in den Bereichen Unternehmenssteuerreform II⁵³ (u. a. Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Personen mit massgeblichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, erleichterte Liquidation bei Selbständigerwerbenden, aber keine Anrechnung der Gewinnsteuer an die Kapitalsteuer), kollektive

47 Bundesrechtliche Vorgabe: BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

48 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

49 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

50 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

51 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

52 S. www.kantonsamtsblatt.ch/amtliches/doks/2009/2392-2426.pdf.

53 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

Kapitalanlagen,⁵⁴ Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung,⁵⁵ Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige,⁵⁶ Gaststaatgesetz⁵⁷ sowie Abzug der Instandstellungskosten für neu erworbene Liegenschaften (Abschaffung der Dumont-Praxis)⁵⁸ wird im kantonalen Recht umgesetzt.

Die Stimmberechtigten haben die Steuergesetzrevision 2011 in der Volksabstimmung vom 27.9.2009 angenommen. Die Änderungen treten grundsätzlich am 1.1.2011 in Kraft. Die Halbierung der Gewinnsteuer tritt am 1.1.2012 in Kraft. Für einzelne Bestimmungen hat der Regierungsrat das Inkrafttreten rückwirkend auf den 1.1.2009 (Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Personen mit massgeblichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften) und auf den 1.1.2010 (u. a. Abschaffung der Dumont-Praxis sowie Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige) festgelegt.

2.10 Nidwalden

Der Regierungsrat hat am 27.10.2009 eine Teilrevision des Steuergesetzes zuhanden des Landrates verabschiedet. Vorgesehen sind im Wesentlichen folgende Massnahmen:

- Senkung des Maximalsteuersatzes bei der Einkommenssteuer von 3 % auf 2,75 %;
- Einführung eines Kinderabzugs von Fr. 3000 für die Eigenbetreuung;
- Senkung der festen Gewinnsteuer für juristische Personen von 9 % auf 6 %;
- Senkung der festen Kapitalsteuer für juristische Personen von 1 ‰ auf 0,1 ‰;
- Aufhebung der Erbschafts- und Schenkungssteuer bei Unternehmensnachfolge;
- Senkung der festen Gewinnsteuer für Stiftungen und Vereine auf 1 %;
- Aufhebung der Erbschafts- und Schenkungssteuer für Eltern sowie Stief- und Pflegeeltern;
- Ausgleich der kalten Progression;

54 BG über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) (vom 23.6.2006), SR 951.31.

55 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

56 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

57 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

58 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

- Anpassungen an das Bundesrecht: Gaststaatgesetz,⁵⁹ Unternehmenssteuerreform II,⁶⁰ steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (Abschaffung der Dumont-Praxis),⁶¹ Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige.⁶²

Die Teilrevision soll auf den 1.1.2011 in Kraft treten, die Abschaffung der Dumont-Praxis bereits auf den 1.1.2010.

2.11 Schwyz

Da Art. 11 Abs. 1 StHG in der Fassung vom 25.9.2009 mit der geänderten Vorgabe zur Besteuerung der Alleinerziehenden erst am 1.1.2011 in Kraft tritt, hat der Regierungsrat beschlossen, auch die entsprechende Bestimmung im revidierten Steuergesetz⁶³ erst auf Beginn des kommenden Jahres in Kraft zu setzen. Alleinerziehende werden deshalb letztmals für die Steuerperiode 2010 nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gleich wie Ehepaare besteuert. Ab der Steuerperiode 2011 gilt wieder die seit April 2006 ausgesetzte Sonderregelung für Einelternfamilien. Die übrigen Neuerungen der Teilrevision des Steuergesetzes vom 18.3.2009⁶⁴ treten wie vorgesehen gestaffelt am 1.1.2010 bzw. 2011 in Kraft.

2.12 Solothurn

Die Vorlage des Regierungsrates vom 30.6.2009 zur Teilrevision des Steuergesetzes⁶⁵ ist in der Vernehmlassung positiv aufgenommen worden. Am 22.12.2009 hat der Regierungsrat Botschaft und Entwurf zuhanden des Kantonsrats verabschiedet.⁶⁶ Dabei konnte er die Vernehmlassungsvorlage über weite Strecken unverändert übernehmen, da sie grösstenteils unbestritten geblieben ist. Aufgrund von bundesrechtlichen Vorgaben wurde die Vorlage mit folgenden Punkten ergänzt:

59 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

60 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

61 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

62 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

63 S. § 35 Abs. 1 Bst. e StG in der Fassung vom 18.3.2009; www.sz.ch/documents/Broschuere_17_Mai_09_GzD.pdf.

64 S. Gesetzgebungs-Agenda 2009/3, Abschn. 2.12, FStR 2009, 247.

65 S. Gesetzgebungs-Agenda 2009/4, Abschn. 2.12, FStR 2009, 314 f.

66 S. www.so.ch/fileadmin/internet/sk/skse/pdf/medienmitteilungen/2009/dezember/pmb%2BEUSTR11.pdf.

- Zuwendungen und Beiträge an politische Parteien im Sinne des BG über die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an politische Parteien⁶⁷ sollen von natürlichen Personen bis zum Betrag von Fr. 10 000 abgezogen werden können.
- Aufgrund des BG über die steuerliche Entlastung von Familien mit Kindern⁶⁸ werden der Abzug für die Betreuung von Kindern angepasst und der Kinderabzug bei gemeinsamem Sorgerecht von getrennt veranlagten Eltern aufgeteilt. Ausserdem sollen Alleinerziehende neu mit einem besonderen Abzug statt mit dem Splittingtarif für Verheiratete entlastet werden.

Weiter ist vorgesehen, die Anzahl der innerkantonalen Steuerauscheidungen deutlich zu reduzieren, indem Mindestfaktoren beim steuerbaren Einkommen und Vermögen bzw. bei Gewinn und Kapital festgelegt werden.

Die Vorlage wird im 1. Semester 2010 vom Kantonsrat beraten. Das Inkrafttreten ist auf 2011 vorgesehen.

Die Volksinitiative des kantonalen Hauseigentümergebietes «Willkommen im Kanton Solothurn – Ja zur steuerfreien Handänderung von selbst genutztem Wohneigentum»⁶⁹ ist in der Volksabstimmung vom 29.11.2009 mit einer Zweidrittel-Mehrheit angenommen worden. Neu wird demzufolge der Erwerb von Grundstücken als dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum von der Handänderungssteuer befreit. Die Neuerung tritt ebenfalls 2011 in Kraft. Es ist mit Mindererträgen von jährlich Fr. 9 - 10 Mio. zu rechnen.

2.13 Tessin

Das Volk lehnte in der Abstimmung vom 29.11.2009 eine Senkung des Gewinnsteuertarifs von 9 % auf 8,5 % des Reingewinns⁷⁰ ab.

2.14 Thurgau

Nach der Ablehnung der Flat-rate-tax-Vorlage in der Volksabstimmung vom 27.9.2009 hat der Regierungsrat am 17.11.2009 dem Grossen Rat eine neue Botschaft zur Teilrevision des Steuergesetzes unterbreitet. Es geht dabei im Wesentlichen um folgende Änderungen:

- Senkung des Einkommenssteuertarifs: Der Tarif mit bisher 11 Stufen soll auf 7 Stufen gestrafft werden,

wobei die ersten 5 Stufen unverändert bleiben sollen. Der Satz der höchsten Stufe soll neu noch 8 % betragen. Ausserdem soll für Ehepaare und Alleinerziehende das Vollsplitting eingeführt werden (bisher Teilsplitting mit Divisor 1,9);

- Senkung der Quellensteuer: Mit der Glättung des Tarifverlaufs bei der Einkommenssteuer sollen auch die Quellensteuersätze gesenkt werden, und zwar für Künstler, Artisten, Sportler und Referenten von 15 % auf 13 %, für Verwaltungsräte von 20 % auf 15 %, für Hypothekargläubiger von 15 % auf 13 % und für Grundstückvermittler von 20 % auf 15 %;
- Rentenversicherungen sollen während der Bezugsphase neu nicht mehr der Vermögenssteuer unterliegen;
- wirtschaftliche Handänderung bei juristischen Personen: Ausschluss des Beteiligungsabzugs, wenn Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft mit Gewinn veräussern;
- wirtschaftliche Handänderung bei Holdinggesellschaften: Festschreibung der bisherigen Praxis im Gesetz, wonach Kapitalgewinne aus der Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft als Erträge aus Grundeigentum der ordentlichen Besteuerung unterworfen werden;
- wirtschaftliche Handänderung bei Gesellschaften mit besonderem Steuerstatus: Bei Domicil- und Verwaltungsgesellschaften sollen neu Kapitalgewinne aus wirtschaftlichen Handänderungen praxisgemäss der ordentlichen Besteuerung unterliegen;
- gesetzliches Grundpfandrecht: Neu soll das Grundpfandrecht für alle Steuerforderungen bestehen, die durch das Halten oder Veräussern von Liegenschaften entstehen. Dies soll insbesondere auch für Grundstückgewinne aufgrund wirtschaftlicher Handänderungen gelten oder für Kapitalgewinne aus der direkten oder indirekten Veräusserung von Liegenschaften, die der Gewinnsteuer für juristische Personen unterworfen sind;
- Anpassungen an Bundesrecht: kollektive Kapitalanlagen,⁷¹ Unternehmenssteuerreform II,⁷² Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern⁷³ sowie Vereinfachung

67 BG über die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an politische Parteien (vom 12.6.2009), BBl 2009, 4389.

68 BG über die steuerliche Entlastung von Familien mit Kindern (vom 25.9.2009), BBl 2009, 6667.

69 S. Gesetzgebungs-Agenda 2009/2, Abschn. 2.13, FStR 2009, 159, und 2009/4, Abschn. 2.12, FStR 2009, 315.

70 S. Gesetzgebungs-Agenda 2009/4, Abschn. 2.14, FStR 2009, 316.

71 BG über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) (vom 23.6.2006), SR 951.31.

72 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

73 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige.⁷⁴

Die Teilrevision soll grundsätzlich per 1.1.2011 in Kraft gesetzt werden. Der Regierungsrat soll jedoch die Möglichkeit haben, die Änderung beim Einkommenssteuertarif je nach Entwicklung der Wirtschaftssituation erst auf den 1.1.2012 in Kraft zu setzen. Die Vorlage kann im Internet eingesehen werden.⁷⁵

2.15 Uri

Der Regierungsrat hat am 3.12.2009 das Vernehmlassungsverfahren zur Totalrevision der Urner Steuergesetze eröffnet. Die 3 geltenden Urner Steuergesetze – das Gesetz über die direkten Steuern, das Grundstückgewinnsteuergesetz sowie das Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz – sollen in einem Rechtserlass zusammengefasst werden. Gleichzeitig schlägt der Regierungsrat verschiedene materielle Massnahmen vor, um die Steuerbelastung massvoll zu senken. Dabei sind nebst mehreren Steuerentlastungen auch geringfügige Anpassungen mit Steuer mehrbelastungen vorgesehen, soweit dies neue Erkenntnisse empfehlen. In materieller Hinsicht geht es im Wesentlichen um folgende Punkte:

Natürliche Personen:

- Anpassung der Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung beim Einkommen: Erträge aus massgeblichen Beteiligungen von mind. 10 % sollen im Privatvermögen zu 60 % (bisher 40%), im Geschäftsvermögen zu 50 % (bisher 40 %) besteuert werden;
- Verzicht auf eine Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung beim Vermögen (Vermögen aus massgeblichen Beteiligungen von mind. 10 %);
- Der steuerbare Eigenmietwert soll neu 75 % der Marktmiete betragen (bisher 80 %);
- Senkung des Einkommenssteuersatzes von 15,4 % auf 15,2 %;
- Erhöhung des Sozialabzugs beim Vermögen für Alleinstehende von Fr. 80 000 auf Fr. 90 000 und für Verheiratete von Fr. 160 000 auf Fr. 180 000;
- Senkung des proportionalen Vermögenssteuersatzes von 2,6 ‰ auf 2,1 ‰;
- jährlicher Ausgleich der kalten Progression (in Analogie zum DBG).

Juristische Personen:

- Senkung des proportionalen Gewinnsteuersatzes von 10,4 % auf 9,4 %;

- Besteuerung der Korporationen als juristische Personen.

Anpassungen an Bundesrecht:

- Abschaffung der Dumont-Praxis⁷⁶ (Umsetzung bereits per 1.1.2010);
- Einführung eines Abzugs für Zuwendungen an politische Parteien bis zu Fr. 10 000;⁷⁷
- Erhöhung des Alters von 12 auf 14 Jahre für die Fremdbetreuung von Kindern⁷⁸ bei gleichzeitiger Beibehaltung des unbeschränkten Abzugs für Fremdbetreuungskosten;
- Übernahme der Bestimmungen zur Unternehmenssteuerreform II (zweiter Teil):⁷⁹ Bei der definitiven Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit soll der Liquidationsgewinn, der nicht zur Vorsorge verwendet wird, ebenfalls zum Sondersatz für Kapitalleistungen aus Vorsorge besteuert werden;
- Anschlussgesetzgebung in weiteren Bereichen des Bundesrechts: kollektive Kapitalanlagen,⁸⁰ Nachsteuer- und Strafverfahren,⁸¹ Gaststaatgesetz,⁸² Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige,⁸³ Bundesgericht⁸⁴ und Bundesverwaltungsgericht.⁸⁵

Grundstückgewinnsteuer:

- Der progressive Grundstückgewinnsteuertarif soll durch einen proportionalen Grundstückgewinnsteuersatz ersetzt werden, und gleichzeitig soll der Steuerfreibetrag von Fr. 7000 auf Fr. 10 000 erhöht werden. Der Steuersatz soll bei kurzer Besitzdauer von weniger als einem Jahr 30 % betragen und bei einer Besitzdauer von über 20 Jahren 10 %;
- Verrechnung von Betriebsverlusten mit Grundstücksgewinnen.

74 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

75 www.steuerverwaltung.tg.ch/xml_48/internet/de/application/f8776.cfm.

76 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

77 BG über die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zuwendungen an politische Parteien (vom 12.6.2009), BBl 2009, 4389.

78 BG über die steuerliche Entlastung von Familien mit Kindern (vom 25.9.2009), BBl 2009, 6667.

79 BG über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (vom 23.3.2007), AS 2008, 2893.

80 BG über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) (vom 23.6.2006), SR 951.31.

81 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

82 BG über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (vom 22.6.2007), SR 192.12.

83 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

84 BG über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) (vom 17.6.2005), SR 173.110.

85 BG über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz) (vom 17.6.2005), SR 173.32.

Erbschafts- und Schenkungssteuer:

- Der progressive Erbschafts- und Schenkungssteuertarif soll ebenfalls durch einen proportionalen Satz ersetzt werden, und gleichzeitig soll der Steuerfreibetrag von Fr. 5000 auf Fr. 15 000 erhöht werden. Der Steuersatz soll in Abhängigkeit vom Verwandtschaftsgrad zwischen 8 % und 24 % betragen;
- Befreiung von erbrechtlichen Zuwendungen und Schenkungen an Adoptiv- und Stiefkinder sowie zwischen Konkubinatspartnern.

Die Vernehmlassungsfrist zur Steuergesetzrevision 2011 dauert bis 28.2.2010. Das neue Gesetz soll per 1.1.2011 in Kraft treten.

2.16 Waadt

Der Grosse Rat hat am 9.12.2009 eine Teilrevision der Steuergesetze beschlossen. Im Wesentlichen geht es um folgende Änderungen:

- Anpassungen an Bundesrecht: Abschaffung der Dumont-Praxis⁸⁶ (rein formelle Änderung des Gesetzes, da der Kanton Waadt die Dumont-Praxis schon vor rund 10 Jahren abgeschafft hat), Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung,⁸⁷ Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und straflose Selbstanzeige;⁸⁸
- Steuerbezug bei juristischen Personen: Einführung des gleichen Bezugssystems wie bei den natürlichen Personen;
- Abschaffung der Handänderungssteuer bei Handänderungen zwischen Ehegatten.

Die Änderungen sind am 1.1.2010 in Kraft getreten.

2.17 Zug

Der Kantonsrat hat am 27.8.2009 in 2. Lesung der Entlastung des Mittelstands bei der Einkommenssteuer um bis zu 28 % zugestimmt. Die Entlastung wird durch gezielte Anpassungen bei den entsprechenden Tarifstufen erreicht. Zusätzlich wird die kalte Progression ausgeglichen. Die Änderungen sind am 1.1.2010 in Kraft getreten.

2.18 Zürich

Am 30.9.2009 verabschiedete der Regierungsrat eine Vorlage, in der er zu den zwei Referenden mit Gegenvorschlägen von Stimmberechtigten Stellung nimmt, die gegen die Steuergesetzrevision vom 30.3.2009 zur Steuerentlastung für natürliche Personen eingereicht worden waren. Der Regierungsrat beantragte, einen der beiden Gegenvorschläge von Stimmberechtigten, nämlich den von der Grünliberalen Partei des Kantons Zürich eingereichten Gegenvorschlag «Eine nachhaltige Steuerstrategie», für teilweise ungültig zu erklären. Inzwischen hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Kantonsrates über die Vorlage beraten. Im Gegensatz zum Regierungsrat beantragt die Kommission dem Kantonsrat, den Gegenvorschlag der Grünliberalen Partei für vollumfänglich ungültig zu erklären.

Weiter wird mit der am 25.3.2009 eingereichten kantonalen Volksinitiative «Für einen wettbewerbsfähigen Kanton Zürich» eine Halbierung der Steuersätze für die Progressionsstufen des Vermögenssteuertarifs und damit eine Halbierung der Vermögenssteuer verlangt. In seiner Stellungnahme vom 18.11.2009 zur Volksinitiative beantragt nunmehr der Regierungsrat dem Kantonsrat, die Initiative den Stimmberechtigten zur Ablehnung zu empfehlen. Der Regierungsrat weist darauf hin, dass der Kanton Zürich – im Vergleich zu den Nachbarkantonen – für untere und mittlere Vermögen zwar eine günstige, für sehr hohe Vermögen jedoch die höchste Belastung vorsehe. Im interkantonalen Steuerwettbewerb komme erschwerend hinzu, dass Steuerpflichtige mit sehr hohen Vermögen in der Regel auch über sehr hohe Einkommen verfügten, bei denen der Kanton Zürich im Vergleich mit den anderen Kantonen ebenfalls zurückfalle.

Diesem Umstand wird jedoch gemäss dem Regierungsrat in der Steuergesetzrevision vom 30.3.2009 zur Steuerentlastung für natürliche Personen Rechnung getragen. Weiter weist der Regierungsrat auf die hohen Steuerausfälle hin, die mit einer Halbierung der Steuersätze für die Progressionsstufen des Vermögenssteuertarifs verbunden wären. Ausgehend von den Budgetjahren 2009 und 2010 bzw. den Planjahren 2011 - 2013 würden sich diese Steuerausfälle für die Staatssteuer in einer Bandbreite zwischen rund Fr. 240 und Fr. 290 Mio. bewegen. Solche Steuerausfälle seien im Hinblick auf die aktuelle Finanzlage des Kantons, aber auch vor dem Hintergrund der mit der Steuergesetzrevision vom 30.3.2009 verbundenen Steuerausfälle, abzulehnen. Der Regierungsrat lehnt daher die Volksinitiative «Für einen wettbewerbsfähigen Kanton» ab.

86 BG über die steuerliche Behandlung von Instandstellungskosten bei Liegenschaften (vom 3.10.2008), AS 2009, 1515.

87 BG über Änderungen des Nachsteuerverfahrens und des Strafverfahrens wegen Steuerhinterziehung auf dem Gebiet der direkten Steuern (vom 20.12.2006), AS 2007, 2973.

88 BG über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige (vom 20.3.2008), AS 2008, 4453.

3 Doppelbesteuerungsabkommen

3.1 Informationsaustausch

Im 4. Quartal 2009 wurden mit weiteren Staaten Verhandlungen über eine Revision der bestehenden Abkommen zwecks Einfügung einer Amtshilfebestimmung nach dem OECD-Standard geführt:

- Mit der *Türkei* konnten die Nachverhandlungen zu dem am 22.5.2008 unterzeichneten, aber noch nicht in Kraft stehenden DBA am 4.11.2009 mit der Paraphierung eines revidierten Abkommensentwurfs abgeschlossen werden.
- Am 2.12.2009 wurde ein Änderungsprotokoll zum bestehenden DBA vom 21.10.1999 mit *Kasachstan* paraphiert.
- Mit *Indien* und mit *Singapur* konnte auf technischer Ebene ebenfalls eine Einigung erzielt werden, doch sind vor der Paraphierung in diesen Staaten noch interne Konsultationen erforderlich.
- In den Verhandlungen mit der *Slowakei*, *Russland* und *Deutschland* wurden zwar Fortschritte, aber noch keine Einigung erzielt. Diese Verhandlungen werden im Frühjahr 2010 weitergeführt.

Hingegen wurden im 4. Quartal keine weiteren Abkommen mit einer neuen Amtshilfebestimmung unterzeichnet.

3.2 Bangladesch

Das Einkommenssteuerabkommen vom 10.12.2007 mit Bangladesch⁸⁹ ist am 13.12.2009 in Kraft getreten. Die Bestimmungen dieses Abkommens finden Anwendung für die Steuerjahre, die in der Schweiz am oder nach dem 1.1.2009 bzw. in Bangladesch am oder nach dem 1.7.2009 beginnen.

3.3 Ghana

Am 31.12.2009 trat das am 23.7.2008 mit Ghana unterzeichnete Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen, vom Vermögen und auf Veräusserungsgewinnen in Kraft.

Das Abkommen folgt formal und inhaltlich weitgehend dem Musterabkommen der OECD. Bauausführungen und Montagen begründen eine Betriebsstätte, wenn deren Dauer 9 Monate übersteigt. Dividenden, die an Gesellschaften gezahlt werden, die am Kapital der ausschüttenden Gesellschaft eine Beteiligung von mind. 10 % halten, können im Quellenstaat mit 5 % besteuert werden; für

andere Dividenden beträgt dieser Satz 15 %. Für Zinsen wird das Besteuerungsrecht des Quellenstaats auf 10 % begrenzt. Zinsen im Zusammenhang mit Kreditverkäufen sowie Zinsen für ein von einer Bank gewährtes Darlehen sind jedoch nur im Ansässigkeitsstaat des Empfängers steuerbar. Lizenzgebühren können im Quellenstaat mit 8 % besteuert werden.

Weil Ghana aus ausländischen Quellen stammende Einkünfte oder Veräusserungsgewinne einer in Ghana ansässigen Person in gewissen Fällen nur dann besteuert, wenn sie nach Ghana überwiesen werden, sieht das Abkommen vor, dass die Schweiz in einem solchen Fall die Entlastung von seiner Steuer nur für den Teil der Einkünfte oder Veräusserungsgewinne gewähren muss, die in Ghana tatsächlich besteuert werden.

Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung gewährt Ghana die Anrechnung der schweizerischen Steuern an die ghanaische Steuer. Dies gilt auch für die auf Dividenden aus Beteiligungen von mehr als 10 % lastende Gewinnsteuer. In der Schweiz wird die Doppelbesteuerung mittels Befreiung unter Progressionsvorbehalt vermieden und für die nicht rückforderbare ghanaische Steuer auf Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren die pauschale Steueranrechnung gewährt.

Die Amtshilfebestimmung sieht einen Informationsaustausch lediglich für die ordnungsgemässe Anwendung des Abkommens vor. Dies entspricht zwar nicht der seit dem 13.3.2009 geltenden schweizerischen Abkommenspolitik auf diesem Gebiet. Aufgrund des beidseitigen Interesses an einer raschen Inkraftsetzung dieses Abkommens wurde jedoch darauf verzichtet, nachträglich noch eine Amtshilfebestimmung nach dem OECD-Standard einzubauen.

3.4 Abkommensnetz per Ende 2009

Ende 2009 standen DBA mit folgenden 75 Staaten in Kraft:

| | | | |
|-----------------|------------|----------------|--------------|
| Ägypten | Albanien | Algerien | Armenien |
| Aserbaidschan | Australien | Bangladesch | Belarus |
| Belgien | Bulgarien | China | Dänemark |
| Deutschland | Ecuador | Elfenbeinküste | Estland |
| Finnland | Frankreich | Ghana | Griechenland |
| Grossbritannien | Indien | Indonesien | Iran |
| Irland | Island | Israel | Italien |
| Jamaika | Japan | Kanada | Kasachstan |
| Kirgisistan | Kroatien | Kuwait | Lettland |
| Liechtenstein | Litauen | Luxemburg | Malaysia |
| Marokko | Mazedonien | Mexiko | Moldova |
| Mongolei | Montenegro | Neuseeland | Niederlande |

89 S. Gesetzgebungs-Agenda 2008/2, Abschn. 3.1, FSr 2008, 154.

| | | | |
|-----------|------------|----------------------|----------------------|
| Norwegen | Österreich | Pakistan | Philippinen |
| Polen | Portugal | Rumänien | Russland |
| Schweden | Serbien | Singapur | Slowakei |
| Slowenien | Spanien | Sri Lanka | Südafrika |
| Südkorea | Thailand | Trinidad + Tobago | Tschech. Republik |
| Tunesien | Ukraine | Ungarn | Usbekistan |
| USA | Venezuela | Vietnam | |

Im Weiteren findet das noch nicht in Kraft stehende Abkommen mit Argentinien seit 2001 provisorisch Anwendung.

Unterzeichnet, aber noch nicht in Kraft sind die Abkommen mit Chile, Kolumbien und Malta.

Impressum (Fortsetzung)

IFF Beirat Steuerrecht

Prof. Dr. Peter Athanas
Dr. Ruedi Baumann
Dr. Ivo P. Baumgartner
Prof. Dr. Ulrich Cavelti
Yvon de Coulon, avocat
Dr. Marco Duss
Lic. iur. Urs Hartmann
Prof. Dr. Pascal Hinny
Dr. Walter Jakob
Dr. Heinz Keller
Dr. Urs Landolf
Alfred Meier, Fürsprecher
Dr. Thomas Meister
Prof. Dr. Xavier Oberson
Prof. Dr. Markus Reich
Prof. 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 Finanzwissenschaft 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 416 pro Jahr, beginnend mit:

Ausgabe 2001/1 Ausgabe 200__/1 Ausgabe 2010/1

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:
