

# 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\*

<b>1</b>	<b>Einleitung</b> . . . . .	<b>30</b>	<b>3.4</b>	<b>Ort der Dienstleistung</b> . . . . .	<b>34</b>
<b>2</b>	<b>Leistungen im Zusammenhang mit ausländischen kollektiven Kapitalanlagen</b> . . . . .	<b>30</b>	3.4.1	Im Allgemeinen . . . . .	34
<b>2.1</b>	<b>Vertriebsleistungen</b> . . . . .	<b>30</b>	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	<b>3.5</b>	<b>Ausgenommener Auslandumsatz im Finanzbereich</b> <b>35</b>	
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
<b>2.2</b>	<b>Verwaltungsleistungen</b> . . . . .	<b>31</b>	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	<b>4</b>	<b>Fazit</b> . . . . .	<b>39</b>
2.2.4	Vertretung . . . . .	32		<b>Literatur</b> . . . . .	<b>40</b>
2.2.5	Zahlstelle. . . . .	32		<b>Berichte</b> . . . . .	<b>40</b>
2.2.6	Depotführung für kollektive Kapitalanlage . . . . .	32		<b>Rechtsquellen</b> . . . . .	<b>41</b>
2.2.7	Depotführung für Anleger . . . . .	32		<b>Materialien</b> . . . . .	<b>41</b>
<b>3</b>	<b>Mehrwertsteuerrechtliche Analyse</b> . . . . .	<b>33</b>		<b>Praxisanweisungen</b> . . . . .	<b>41</b>
<b>3.1</b>	<b>Grundsatz</b> . . . . .	<b>33</b>			
<b>3.2</b>	<b>Mehrwertsteuerpflichtige Person</b> . . . . .	<b>33</b>			
<b>3.3</b>	<b>Entgeltlichkeit</b> . . . . .	<b>33</b>			

\* 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.<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup>

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 Courtage<sup>3</sup> 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 Effekthändler<sup>4</sup> 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, Effekthändler, 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.

<sup>3</sup> Dazu mehr in den folgenden Abschnitten.

<sup>4</sup> Oft ist der Effekthändler 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.<sup>5</sup> Der Vertreter vertritt die ausländische kollektive Kapitalanlage gegenüber Anlegern und der FINMA.<sup>6</sup> 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)<sup>7</sup>.

### 2.2.5 Zahlstelle

Für in der Schweiz zum öffentlichen Vertrieb zugelassene ausländische kollektive Kapitalanlagen muss eine Bank als Zahlstelle bestimmt werden,<sup>8</sup> 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.

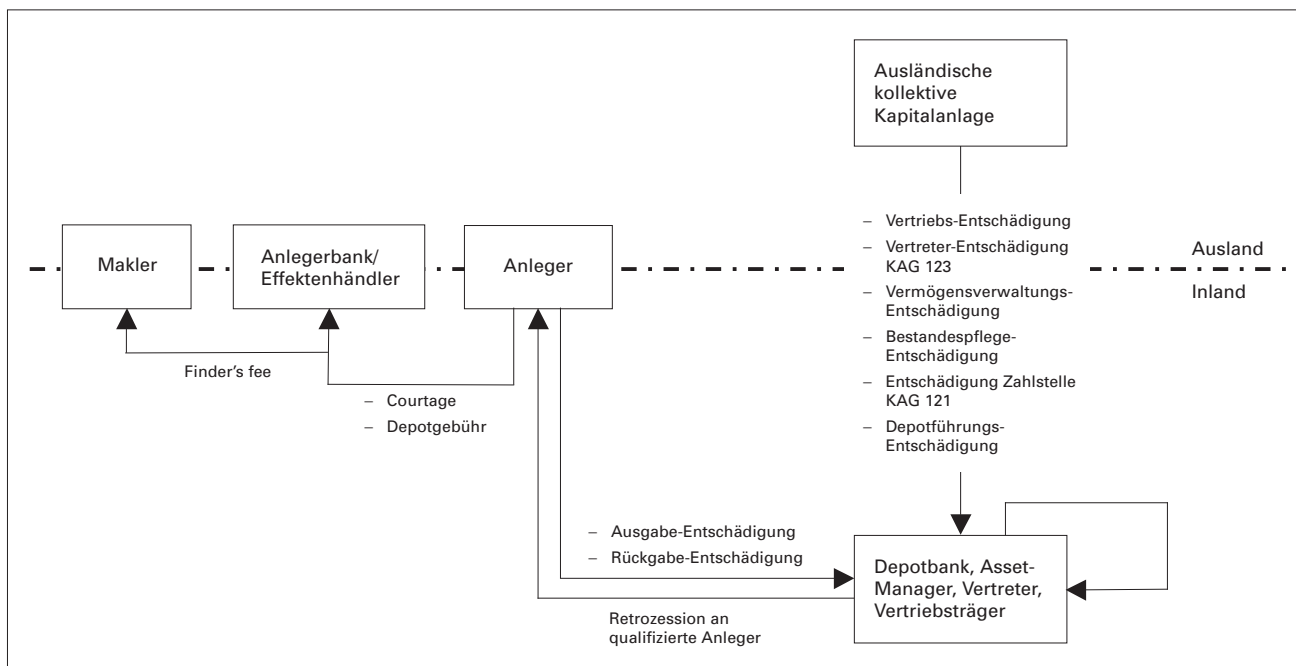
<sup>5</sup> Art. 123 KAG.

<sup>6</sup> Art. 124 KAG.

<sup>7</sup> S. Verhaltensregeln für Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen.

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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 Inland<sup>11</sup> 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 Union<sup>12</sup> 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,<sup>13, 14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

Unter einer ausländischen Domizilgesellschaft wird gemäss bisheriger Praxis der ESTV ein ausländischer Rechtsträger<sup>17</sup> 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:<sup>18</sup>

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;<sup>19</sup>
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.<sup>20</sup> Entsprechend hat die FINMA auch keine offizielle Liste anerkannter ausländischer Aufsichtsbehörden publiziert.<sup>21</sup> Eine solche Liste findet sich hingegen in Anhang V zum KS KAG/VStG und StG.

Dies hat zur Folge, dass für Mehrwertsteuerzwecke<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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 sind<sup>24</sup> und knüpft dabei an die durch die FINMA publizierte Liste der zum Vertrieb bewilligten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Dies sei selbst dann der Fall, wenn sie schliesslich nicht dem KAG untersteht, weil sie gemäss Art. 120 KAG nicht öffentlich vertrieben werden darf.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

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 FINMA<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

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 kostenträchtige<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

Als Vertriebsleistung gilt gemäss Praxis:

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

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.<sup>35</sup>

#### 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.<sup>36</sup> Diese Auslegung des Vermittlungsbegriffs wurde durch das Bundesgericht bestätigt.<sup>37</sup> 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,<sup>38</sup> 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 Kundenvermittlung<sup>39</sup> (finder's fee) abzugrenzen.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

### 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 KAG<sup>43</sup> und die Depotbank gemäss Art. 73 KAG<sup>44</sup> zu erbringen haben, als Verwaltungsleistungen.<sup>45</sup>

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

- 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:<sup>47</sup>

- 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.<sup>48</sup> 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 Aufgaben<sup>49</sup> (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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup> 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](http://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](http://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](http://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](http://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](http://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](http://www.efama.org)

[finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/konsultationen/bericht-vertriebsverguetungen-20080904-d.pdf](http://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](http://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](http://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](http://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