

Frau Bundesrätin E. Widmer-Schlumpf
Vorsteherin des EFD
Staatssekretariat für internationalen
Finanzfragen (SIF)
Bundesgasse 3
3003 Bern

per Email versandt:
vernehmlassungen@sif.admin.ch

RR/jsa

312

Bern, 4. September 2015

SAV Stellungnahme zum Protokoll zur Änderung des Zinsbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) dankt Ihnen für die Gelegenheit zu den oben genannten Vernehmlassungen Stellung nehmen zu können.

1. Allgemeines

Der Automatische Informationsaustausch (AIA) ist ein Instrument zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung. Offenbar wiegt die Problematik der Steuerhinterziehung derart schwer, dass sich Ende Oktober 2014 89 Staaten (darunter die wichtigsten Finanzplätze) bereit erklärt haben, den AIA ab 2015 rasch umzusetzen. Diesem Verlangen nach mehr oder vollständiger Transparenz über Finanzkonten kann und sollte sich die Schweiz nicht widersetzen. Wir unterstützen daher die Einführung des AIA.

Statt dass der AIA zwischen der Schweiz und jedem der einzelnen Staaten der EU bilateral aktiviert wird, erachten wir es als sinnvoll, den AIA mittels eines multilateralen Staatsvertrags

einzuführen. Sodann ist es richtig, dass es bei vollständiger Transparenz über Finanzkonten keines Steuerrückbehalts auf Zinszahlungen mehr bedarf. Ebenso wenig bedarf es künftig der Quellensteuerabkommen mit Grossbritannien und mit Österreich.

2. Spontaner Informationsaustausch

Wir begrüßen, dass das Änderungsprotokoll keinen spontanen Informationsaustausch vorsieht. Dies im Unterschied zum Übereinkommen der Mitgliedstaaten des Europarates und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Amtshilfeübereinkommen). Dieses Abkommen tritt zwischen Staaten und der Schweiz lediglich dann in Kraft, wenn die Schweiz wie auch der entsprechende Vertragsstaat beim Sekretariat des Koordinierungsgremiums erklärt haben, dass zwischen ihnen das Amtshilfeübereinkommen Geltung haben soll. Wir würden es begrüßen, wenn die Schweiz das Änderungsprotokoll ratifizieren würde. Umgekehrt sehen wir aber keine Notwendigkeit, weshalb die Schweiz gegenüber EU-Staaten zusätzlich eine Erklärung abgeben sollte, wonach nebst dem Änderungsprotokoll auch das Amtshilfeübereinkommen zur Anwendung gelangen sollte.

3. Problematik von diskretionären Vermögensstrukturen

Im Zusammenhang mit diskretionären Vermögensstrukturen werden die Anwälte oft mit der Frage konfrontiert, welche der beteiligten Personen zu melden ist.

Die Antwort darauf ist unklar, und das ist höchst unbefriedigend. Deshalb erwarten wir zu diesem Punkt eine Präzisierung in einer Verordnung oder zumindest in einer Verwaltungsanweisung. Lassen Sie uns das Problem wie folgt aufzeigen:

Der gemeinsame Meldestandard als Anhang I zum Änderungsprotokoll entspricht dem Common Reporting Standard (CRS) des Amtshilfeübereinkommens. Deshalb ist davon auszugehen, dass die von der OECD herausgegebene Kommentierung zum CRS bei der Auslegung des gemeinsamen Meldestandard herangezogen wird.

Meldepflichtig unter dem AIA sind Finanzinstitute. Dazu gehören etwa Banken und Investmentunternehmen wie Anlagefonds. Auch Trusts können als meldepflichtige Finanzinstitute gelten. Als Vorfrage muss jeweils geklärt werden, unter welchem innerstaatlichen Recht die Qualifikation des Trusts vorzunehmen ist.

3.1 Trust qualifiziert als Finanzinstitut

Ist die Frage des anwendbaren Rechts geklärt, stellt sich die Frage, ob es sich beim Trust um ein Finanzinstitut handelt. Ein Trust gilt grundsätzlich als Finanzinstitut, sofern er a) professionell verwaltet wird (z.B. durch einen Corporate Trustee, der selbst als Finanzinstitut gilt) und (kumulativ) b) die Bruttoeinkünfte des Trusts vorwiegend aus dem Handel, der Anlage oder Wiederanlage von Finanzvermögen stammen (d.h. passive Einkünfte).¹ Professionelle Verwaltung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Verwaltung des Trusts (bzw. die Verwaltung dessen Vermögenswerte) durch eine Gesellschaft erfolgt, welche selbst als Finanzinstitut gemäss AIA gilt. Dies wird bei Corporate Trustees regelmässig der Fall sein. Mithin ist ein Trust, dessen gesamtes Wertschriftendepot durch eine Bank oder Vermögensverwaltungsgesellschaft verwaltet wird, in aller Regel ein Finanzinstitut. Sind natürliche Personen Trustees des Vermögens, werden die obigen Erfordernisse üblicherweise nicht erfüllt sein.² Folglich kann der Trust in solchen Fällen kein Finanzinstitut darstellen.

Handelt es sich beim Trust um ein Investmentunternehmen und damit um ein meldepflichtiges Finanzinstitut, rückt die Frage in den Vordergrund, welche Personengruppen des Trusts identifiziert und gemeldet werden müssen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob und wie der Settlor und die Begünstigten gemeldet werden müssen.

Gemäss Meldestandard gelten bei Investmentunternehmen Fremd- und Eigenkapitalgeber als „Kontoinhaber“ und müssen entsprechend identifiziert und gemeldet werden.³ Fremdkapitalbeteiligungen spielen bei Trusts eine untergeordnete Rolle. Deshalb wird es in der Praxis ausschlaggebend sein, wer bei einem Trust als Eigenkapitalgeber gilt. Im Fall eines Trusts gilt eine Eigenkapitalbeteiligung als von einer Person gehalten, die als Settlor oder als Begünstigter des gesamten oder eines Teils des Trusts betrachtet wird, oder von einer sonstigen natürlichen Person, die den Trust tatsächlich beherrscht.⁴ **Als Begünstigter eines Trusts gilt, wer berechtigt ist, unmittelbar oder mittelbar (zum Beispiel durch einen Bevollmächtigten) eine Pflichtausschüttung aus dem Trust zu erhalten, oder nach dem Ermessen des Trustee unmittelbar oder mittelbar Ausschüttungen aus dem Trust erhalten kann.**⁵

Der Kommentar zum CRS gibt weiter Aufschluss darüber, inwieweit diskretionär Begünstigte in einer bestimmten Periode zu identifizieren und zu melden sind.⁶ Hierbei wird klargestellt, dass ein diskretionär Begünstigter erst in der Periode identifiziert und gemeldet werden muss, in welcher

¹ Vgl. Abschn. VIII.A.6.b gemeinsamer Meldestandard.

² CRS Komm., Abschn. VIII, Ziff. 22, Beispiel 5.

³ Abschn. VIII. C.1.a gemeinsamer Meldestandard.

⁴ Abschn. VIII.C.4 gemeinsamer Meldestandard.

⁵ Abschn. VIII.C.4 gemeinsamer Meldestandard.

⁶ CRS Komm., Abschn. VIII, Ziff. 70.

er effektiv eine Ausschüttung erhält (entweder ausbezahlt oder zahlbar).⁷ Dies lässt den Umkehrschluss zu, dass ein diskretionär Begünstigter mit einer reinen Anwartschaft für die Zwecke des Meldestandards nicht identifiziert oder gemeldet werden muss. Dies ist unser Erachtens auch die angemessene Lösung, weil dem Begünstigten (noch) keine Vermögenswerte zugerechnet werden können und deshalb das Risiko einer Steuerhinterziehung bei ihm nicht besteht. Diesem Konzept folgend, machen wir beliebt, die Klagbarkeit eines Anspruchs als Abgrenzungskriterium für zu meldende Personen beizuziehen. Dem entsprechend, wäre beispielsweise eine Person ohne einen klagbaren Anspruch auf Ausschüttungen eines Trusts, keine zu meldende „beherrschende“ Person. Dieses Verständnis, würde auch mit Ansätzen anderer Europäischer Staaten zur Abgrenzung meldepflichtiger Begünstigter korrelieren.

In Bezug auf den Settlor enthält der Kommentar zum CRS keine weiteren Erläuterungen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der AIA den Regeln des FATCA folgt und deshalb bei Revocable Trusts, das volle Trustvermögen dem Settlor zugerechnet wird.

3.2 Trust qualifiziert als „Non Financial Entity“

In der Praxis werden Trusts, welche vorwiegend reale Vermögenswerte (bspw. Immobilien, Schiffe, Kulturland) halten, die zweite Bedingung (Bruttoeinkünfte aus Finanzvermögen) regelmässig nicht erfüllen. Erfüllen sie die Bedingungen nicht, werden sie als „Non Financial Entity“ (NFE) gelten.

Als NFE kann der Trust entweder als "Active NFE" oder "Passive NFE" gelten. In der Praxis wird ein Trust selten als Active NFE anzutreffen sein.⁸ Typischerweise wird der Trust als Passive NFE gelten, da seine Bruttoerträge überwiegend aus passiver Geschäftstätigkeit herrühren bzw. er nicht überwiegend Vermögenswerte hält, welche der Erzielung von aktiven Einkünften dienen.

Als Active NFE ist der Trust vom Finanzinstitut, bei welchem er Finanzkonten unterhält, zu identifizieren und, sofern der Trust in einem meldepflichtigen Staat ansässig ist, zu melden. Keine Meldung erfolgt über die assoziierten Personen (Settlor, Begünstigter etc.).

Gilt der Trust als Passive NFE, sind sowohl der Trust wie auch die beherrschenden Personen durch das Finanzinstitut zu identifizieren und zu rapportieren. Der Ausdruck "beherrschende Personen" bedeutet den/die Settlor, den/die Trustee, (gegebenenfalls) den/die Protektor(en), den/die Begünstigten oder Begünstigten Kategorien sowie alle sonstigen natürlichen Personen, die den Trust tatsächlich beherrschen. Der Ausdruck "beherrschende Personen" ist auf eine Weise

⁷ CRS Komm., Abschn. VIII, Ziff. 70.

⁸ Beispielsweise über Ausnahmebestimmungen gemäss Abschn. VIII.D.9 als „Holding Vehikel“ einer Nichtfinanzgruppe.

auszulegen, die mit den FATF-Empfehlungen vereinbar ist.⁹ Der Kommentar zum CRS verweist explizit auf die FATF Empfehlung vom Februar 2012.¹⁰

Hierbei ist anzumerken, dass nicht alle Staaten, welche sich dem CRS verschrieben haben, die Empfehlung 2012 vollständig umgesetzt haben und einige Staaten beispielsweise erst frühere Empfehlungen anwenden. Dies kann dazu führen, dass in Staaten mit noch nicht vollständiger Umsetzung von FATF-Empfehlung 2012 weniger Personen als beherrschende Personen im Trustbereich identifiziert werden. Deshalb wird es in einer Übergangsphase relevant bleiben, in welchem Land das identifizierende Finanzinstitut ansässig ist, und wie dieser Staat den Begriff „beherrschende Personen“ im Trustbereich unter seinen unilateralen GwG/KYC Regeln auslegt.

Unabhängig von der Frage, ob die FATF-Empfehlung 2012 umgesetzt wurden, liefert der Kommentar zum CRS eine unserer Erachtens zu weit gehende, der vorerwähnten und für „Investment Entities“ geltenden Beschreibung widersprechende und somit falsche Präzisierung, wer beim Trust als beherrschende Person aufzufassen ist.¹¹ **Gemäss CRS Kommentar gelten Settlor, der Trustee, der Protektor, die Begünstigten oder Klassen von Begünstigten stets als beherrschende Personen und zwar unabhängig davon, ob sie letztlich eine tatsächlich beherrschende Stellung haben.**¹²

Wir sehen in dieser Kommentierung eine klare, unzulässige Erweiterung des Ausdrucks "beherrschende Personen". Eine Vertragsauslegung im Sinne dieser Kommentierung würde dazu führen, dass Personen zu melden wären, die gar keinen klagbaren Rechtsanspruch auf Vermögenswerte oder Einkünfte gegenüber einem Trust haben. Sodann ist die Feststellung, wer zum Personenkreis der Begünstigten gehört, in der Praxis teilweise unmöglich. Man stelle sich nur vor, dass ein Trust den Kreis der Begünstigten sehr weit ziehen würde, z.B. alle Studierenden einer Universität mit Anrecht auf Stipendien.

Es ist deshalb wichtig, dass der Bundesrat im Rahmen des Einführungsgesetzes oder gegebenenfalls einer Verordnung festhält, dass ein Settlor, der Trustee, der Protektor, die Begünstigten oder Klassen von Begünstigten lediglich dann zu melden sind, wenn sie tatsächlich eine beherrschende Stellung haben. Eine tatsächliche Beherrschung ist stets dann gegeben, wenn der Begünstigte einen Anspruch auf einen auch der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Vorteil aus dem Vermögen des Trusts hat. Ein diskretionär Begünstigter, dem lediglich eine Anwartschaft zusteht, kann daher nie eine beherrschende Stellung innehaben. Er kann daher auch hinsichtlich seiner Anwartschaft keine

⁹ Abschn. VIII.D.6 gemeinsamer Meldestandard.

¹⁰ CRS Komm., Abschn. VIII, Ziff. 132.

¹¹ CRS Komm., Abschn. VIII, Ziff. 134.

¹² "[...], regardless of whether or not any of them exercises control over the trust"; CRS Comm, Abschn. VIII, Ziff. 134.

Steuerhinterziehung begehen. Folglich müssen Settlor und Begünstigte eines irrevocable, diskretionären Trusts nicht gemeldet werden. Erst bei Ausschüttungen aus einem irrevocable, diskretionären Trusts sind die Begünstigten zu melden.

Unsere diesbezügliche Empfehlung deckt sich mit der langjährigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile A-6903/2010 vom 23. März 2011, Erw.5.1. *in fine* sowie A-6925/2010 vom 1. Juli 2011, Erw.3.).

Mit bestem Dank für Ihre Kenntnisnahme und mit freundlichen Grüßen

für den SAV

SAV Präsident

Sergio Giacomini

SAV Generalsekretär

René Rall