

Revision der Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch

Die Aufhebung der bisherigen AIA-Ausnahmebestimmungen führt zu einschneidenden Auswirkungen für gemeinnützige Stiftungen in der Schweiz

Stand: Februar 2019

Autoren: Dr. Andrea Opel, Professorin für Steuerrecht an der Universität Luzern und Konsultantin bei Bär & Karrer, Zürich; Hanna Surmatz, Legal Council beim European Foundation Center, Brüssel; Lukas von Orelli, Geschäftsführer VELUX STIFTUNG und Präsident SwissFoundations; Beate Eckhardt, Geschäftsführerin SwissFoundations

Ausgangslage

Aufgrund der vom Global Forum anlässlich der letzten Peer Review ausgesprochenen Empfehlungen plant die Schweiz, die bestehenden Ausnahmebestimmungen für gemeinnützige Stiftungen im Bereich des AIA aufzuheben (Art. 6 und 11 AIAV). Gemeinnützige Stiftungen können demnach neu meldepflichtig werden und ihre Konten lassen sich nicht mehr als ausgenommene Konten behandeln.¹ Die Streichung dieser Ausnahmeregelungen wird für den Gemeinnützigkeitssektor einschneidende Konsequenzen zeitigen.

Die Vernehmlassung zur Vorlage ist am 27. Februar 2019 eröffnet worden und dauert bis zum 12. Juni 2019. Die Änderungen sollen auf den 1. Januar 2021 in Kraft treten.

Qualifikation von gemeinnützigen Stiftungen als meldepflichtige Finanzinstitute

Wird Art. 6 AIAV gestrichen, können gemeinnützige Stiftungen neu als meldepflichtige Finanzinstitute (FI) im Sinne des Common Reporting Standard (CRS) qualifizieren – und zwar in Form des sog. Investmentunternehmens (Abschnitt VIII/A./6./b). Dies trifft unter folgenden zwei Voraussetzungen zu:

- **«income test»:** Die Bruttoeinkünfte der Stiftung sind vorwiegend der Anlage oder Wiederanlage von Finanzvermögen oder dem Handel damit zuzurechnen. Davon ist dann auszugehen, wenn die den entsprechenden Tätigkeiten zuzurechnenden Bruttoeinkünfte der Stiftung mindestens 50% ihrer Bruttoeinkünfte entsprechen, und zwar entweder (i) während des dreijährigen Zeitraums, der am 31. Dezember des Jahres vor dem Bestimmungsjahr endet, oder (ii) während des Zeitraums des Bestehens der Stiftung, je nachdem, welcher Zeitraum kürzer ist.
- **«managed-by test»:** Die Stiftung wird von einem anderen Rechtsträger verwaltet, bei dem es sich um ein Finanzinstitut handelt. Vorausgesetzt wird, dass das Finanzvermögen basierend auf diskretionären Entscheidungskompetenzen durch ein FI ganz oder teilweise verwaltet wird (CRS-Komm. zu VIII Rz. 17/AIA-Wegleitung Ziff. 2.1.3). Keine professionelle Verwaltung liegt vor, wenn lediglich unverbindliche Anlageempfehlungen abgegeben werden (CRS-Komm. zu VIII Rz. 16).

¹ Für bestehende FI (insb. Banken) hätte dies u.a. zur Folge, dass sie sämtliche Meldepflichten hinsichtlich Konten von Stiftungen, die selbst keine FI sind, übernehmen müssten.

Von effektiven Meldepflichten verschont bleiben meldepflichtige FI dann, wenn keine AIA-relevanten Bezüge zum Ausland bestehen. Bedeutsam ist daher auch der mögliche Inhalt der Meldepflichten.

Möglicher Inhalt der Meldepflichten

Angedacht ist, dass Stiftungen dieselben Meldepflichten treffen wie Trusts (so die Auskunft vom SIF; in diesem Sinne auch CRS-Komm. zu VIII Rz. 69, 136).

Investmentunternehmen haben nach CRS Eigen- und Fremdkapitalbeteiligungen zu melden (VIII/C./1./a)), wobei für Trusts eigens definiert wird, was unter Eigenkapitalbeteiligten zu verstehen ist (VIII/C./4.), nämlich die Treugeber (Settlor) oder Begünstigten des gesamten oder eines Teils des Trusts und weitere natürliche Personen, die den Trust tatsächlich beherrschen (siehe auch CRS-Komm. zu VIII, Rz. 69). Gemäss CRS-Komm (VIII, Rz. 134) sind auch die Treuhänder (Trustees) zu melden – und zwar unabhängig davon, ob sie den Trust effektiv kontrollieren oder nicht.

Der Inhalt der Meldepflichten sähe dann wohl wie folgt aus (vgl. Implementation Handbook, S. 111):

Eigenkapitalbeteiligter	Kontostand/-wert	Bruttozahlungen
Stifter	Gesamtwert des Stiftungsvermögens	Bruttozahlungen/-gutschriften zugunsten des Stifters, falls im Meldezeitraum erfolgt
Begünstigte mit Rechtsanspruch	Gesamtwert des Stiftungsvermögens	Bruttozahlungen/-gutschriften zugunsten der Begünstigten, falls im Meldezeitraum erfolgt
Ermessensbegünstigte	-	Bruttozahlungen/-gutschriften zugunsten der Begünstigten, falls im Meldezeitraum erfolgt
Andere Person(en), welche die Stiftung tatsächlich beherrschen (Stiftungsräte)	Gesamtwert des Stiftungsvermögens	Bruttozahlungen/-gutschriften zugunsten des Stifters, falls im Meldezeitraum erfolgt
Fremdkapitalgeber	Nominalwert der Schuld	Bruttozahlungen/-gutschriften, falls im Meldezeitraum erfolgt

Von der Meldepflicht erfasst wären damit nicht nur die Begünstigten, sondern auch der Stifter sowie die Stiftungsräte.

Beantwortung der Fragen

Im Hinblick auf die Erarbeitung der Botschaft zur Vorlage sowie die Klärung von Umsetzungsfragen für betroffene Stiftungen hat das Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen den Branchenverband SwissFoundations um Input gebeten – diesem Wunsch kommen wir hiermit gerne nach:

Frage 1: Präzisierung zu betroffenen Stiftungen im Allgemeinen sowie Fallbeispiele

Betroffenheitskriterium I: Gemeinnützige Förderstiftungen

Mit über 13'000 gemeinnützigen Stiftungen und einem Gesamtvermögen von rund CHF 100 Mrd. nimmt die Schweiz im internationalen Vergleich eine absolute Spitzenposition ein. In Bezug auf die Bevölkerungszahl gibt es in der Schweiz sechsmal mehr gemeinnützige Stiftungen als in den USA oder Deutschland.

Von den 13'000 Stiftungen gelten 6'600 als sogenannte Förderstiftungen, d.h. Stiftungen, die finanziell unabhängig sind (namentlich von Spenden), da sie über eigenes Vermögen verfügen und ihre Förderaktivitäten mit Erträgen daraus (oder bei Verbrauchsstiftungen auch mit dem Vermögen selbst) finanzieren. Auch wenn Förderstiftungen ein kleines Vermögen aufweisen (die Median Bilanzsumme der 4'500 unter eidgenössischer Aufsicht stehender gemeinnützigen Stiftungen beläuft sich auf CHF 221'619), wird dieses heute in den meisten Fällen professionell bewirtschaftet bzw. angelegt.

2018 hat SwissFoundations zum dritten Mal einen Benchmark Report zu Rendite und Kosten der Vermögensbewirtschaftung bei gemeinnützigen Förderstiftungen publiziert. An der Umfrage teilgenommen haben 34 Förderstiftungen mit einem Gesamtvermögen von CHF 9.5 Mrd. Die durchschnittliche Vermögensallokation der teilnehmenden Stiftungen bestand aus 9% liquiden Mitteln, 27% Obligationen, 46% Aktien, 12% Immobilien sowie 6% Private Equity, alternative und sonstige Anlagen.

→ Aufgrund dieser Analyse kann davon ausgegangen werden, dass insbesondere die rund **6'600 Förderstiftungen**, ob sie ein kleines oder grosses Vermögen ausweisen, Gefahr laufen, meldepflichtig zu werden.

Betroffenheitskriterium II: Internationale Bezüge

Gemäss Datenbank des Center for Philanthropy Studies (CEPS) der Universität Basel sind **2'079 Förderstiftungen international tätig** und laufen damit Gefahr, meldepflichtig zu werden.

Weiter existieren gemäss CEPS **2'606 Förderstiftungen, die einen oder mehrere Stiftungsräte mit ausländischer Staatsbürgerschaft aufweisen**. Erhebungen dazu, wie viele dieser Stiftungsräte auch ihr Steuerdomizil im Ausland haben, fehlen jedoch bislang. Grundsätzlich laufen jedoch auch diese Stiftungen Gefahr, meldepflichtig zu werden, jedenfalls wenn die Meldepflicht auf Stiftungsräte erstreckt wird.

→ Die Analyse zeigt auf, dass kaum abschätzbar ist, wie viele Stiftungen effektiv von der Abschaffung der Ausnahmen betroffen wären. Schaden nähmen nicht nur die einzelnen Stiftungen, sondern der Schweizer Stiftungssektor insgesamt.

Frage 2: Informationen zu Fallkonstellationen, in denen die Umsetzung des AIA zu Problemen führen könnte

- **Monitoring des «income test»:** Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die Bruttoeinkünfte des Rechtsträgers vorwiegend der Anlage oder Wiederanlage von Finanzvermögen oder dem Handel damit zuzurechnen sind. Im CRS fehlt ein Schwellenwert, wonach etwa nur Rechtsträger mit einem bestimmten Vermögen den «income test» erfüllen können. Für Stiftungen bedeutet dieses Kriterium, dass sie – unabhängig von ihrer Grösse – fortwährend (d.h. jedes Jahr) überprüfen müssen, ob die Kriterien erfüllt sind oder nicht.

→ Vor dem Hintergrund, dass 85% der Schweizer Stiftungen ein Vermögen von weniger als CHF 5 Mio. besitzen, können diese in der Regel mit einer maximalen Rendite von

max. CHF 100'000 – 150'000 pro Jahr rechnen. Mit Buchhaltungs-, Treuhand-, Revisions-, Aufsichts-, weiteren Berichterstattungsgebühren und neu Aufwendungen für die Meldepflicht laufen diese Stiftungen Gefahr, die Hälfte ihrer Erträge ausserhalb ihres eigentlichen Wirkungszweckes ausgeben zu müssen. Das ist ein dramatisches Signal an potenzielle Stifter.

- **Monitoring des «managed-by test»:** Wie dargelegt, gilt eine Stiftung als professionell verwaltet, wenn das Finanzvermögen durch ein FI diskretionär *ganz oder teilweise* verwaltet wird. Diese Umschreibung weist einige Unschärfen auf, die in der Praxis zu Schwierigkeiten führen können: So scheint etwa fraglich, ob eine professionelle Verwaltung auch dann anzunehmen ist, wenn die Vermögensverwaltung formal beim Stiftungsrat belassen wird, materiell jedoch bei einem externen Verwalter liegt (dessen Empfehlungen dann regelmässig/immer umgesetzt werden). Weiter stellt sich die Frage, ob der «managed-by test» auch dann erfüllt ist, wenn nur ein (untergeordneter) Teil des Stiftungsvermögens extern verwaltet wird. Laut Kommentar ist eine teilweise externe Verwaltung ausreichend, ohne dass eine Untergrenze statuiert würde. Dies wiederum *widerspricht dem Wortlaut des CRS* – denn dort wird verlangt, dass der Rechtsträger selbst von einem anderen Rechtsträger verwaltet wird (VIII/A./6./b)).

➔ Weder der «income test» noch der «managed-by test» vermögen sicherzustellen, dass nicht auch kleinere Stiftungen und Kleinststiftungen als FI qualifizieren. *Jede* Stiftung wird sich mit der AIA-Thematik befassen müssen, jedenfalls sofern sie nicht *ausschliesslich* durch die Stiftungsräte selbst verwaltet wird.

- **Inhalt der Meldepflichten:** Werden die Meldepflichten so weit gefasst wie angedacht (siehe oben), so werden auch zahlreiche Stiftungen erfasst, die rein national tätig sind, nämlich dann, wenn der Stifter oder ein Stiftungsrat im Ausland ansässig ist oder wird. Das bedeutet für als FI qualifizierende Stiftungen ein fortlaufendes Monitoring. Dieser Aufwand scheint besonders vor dem Hintergrund fragwürdig, dass es u.E. an einer inneren Berechtigung für die Meldung des Stifters/der Stiftungsräte fehlt (siehe unten).
- **Durchführung der Meldepflichten:** Meldepflichtige Stiftungen werden regelmässig nicht in der Lage sein, ihren AIA-Pflichten selbst nachzukommen. Gerade anders als bei «herkömmlichen» Finanzinstituten fehlt i.d.R. das entsprechende «Know-how». Zu denken ist etwa an mitunter komplexe Abklärungen mit Blick auf die steuerliche Ansässigkeit der Begünstigten und/oder Stiftungsräte.

➔ Gemeinnützige Stiftungen sind anders als u.U. herkömmliche Finanzinstitute regelmässig nicht in der Lage, die AIA-Meldepflichten selbst zu stemmen.

Frage 3: Informationen zur Situation und konkreten Umsetzung des AIA betreffend Stiftungen im Ausland / Konkurrenzfinanzplätzen

Die europäischen Stiftungsverbände DAFNE² und EFC³ arbeiten gemeinsam mit nationalen Experten an einer vergleichenden Übersicht zur konkreten Umsetzung des CRS betreffend Stiftungen im Ausland. Bis heute sind Daten aus 10 Ländern eingetroffen, die allerdings noch genauer ausgewertet und präzisiert werden müssen. Eine detaillierte Übersicht wird frühestens Ende Februar/Mitte März erwartet. Eine erste Sichtung ergab, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen gemeinnützige Stiftungen als FI qualifizieren, verschieden beantwortet wird. Zurückzuführen ist dies auf eine unterschiedliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals «managed by». Einige Staaten scheinen dieses Erfordernis – so wie dies dem Wortlaut des CRS entspricht – nur dann als erfüllt anzusehen, wenn die *Stiftung selbst* (und nicht nur ihr Vermögen) von einem FI verwaltet wird (was regelmässig nicht zutrifft; siehe unten). Zudem ist derzeit noch unklar, in welchem Umfang die Anwendbarkeit der CRS auf den Gemeinnützigkeitssektor überhaupt problematisiert (bzw. erkannt) wurde.

Frage 4: Weitere Angaben, sofern vorhanden und relevant

- **Grundsätzliche Fragwürdigkeit:** Die Einbindung von gemeinnützigen Stiftungen schweizerischen Rechts in den AIA ist unnötig, da diesen kein Steuerhinterziehungsrisiko innewohnt. Dies entspricht offenbar auch der Ansicht des Bundesrats, der vor diesem Hintergrund gerade die nunmehr in Frage stehenden Ausnahmebestimmungen geschaffen hat. Der Druck seitens der OECD dürfte auf fehlendem Verständnis für das hiesige Konzept der gemeinnützigen Stiftung beruhen. Die Implementierung des AIA im Gemeinnützigkeitssektor wird zu einem – wie dargelegt – schwer bezifferbaren Mittelabfluss führen, ohne dass damit ein Mehrwert verbunden wäre.
- **Wider «Good Foundation Governance»-Grundsätze:** Der im Stiftungssektor über die Landesgrenzen hinaus bedeutsame Swiss Foundation Code⁴ enthält ausführliche Empfehlungen zur Bewirtschaftung des Stiftungsvermögens (S. 101 ff.). Auf S. 112 f. liest sich Folgendes:

«Die Vermögensbewirtschaftung wird in aller Regel durch Mandate an externe Vermögensverwalter oder Banken vergeben werden. Dies ermöglicht im Sinne der Gewaltentrennung eine effiziente Kontrolle und optimale Vergleichbarkeit und erhöht die Flexibilität im Falle schlechter oder zu kostspieliger Ausführung. Die Stiftung soll die Vermögensbewirtschaftung *nur ausnahmsweise* und unter Sicherstellung der erforderlichen Fachkompetenzen selbst übernehmen» (Hervorhebung hinzugefügt).

Die Ausgliederung der Vermögensbewirtschaftung wird also angeraten, um die erforderliche Sachkompetenz sicherzustellen und Interessenkonflikte zu vermeiden (so auch der von SwissFoundations veröffentlichte Leitfaden für die Bewirtschaftung von Stiftungsvermögen⁵). Die Einbindung von gemeinnützigen Stiftungen in den AIA wird in der Praxis jedoch zur Konsequenz haben, dass – gerade entgegengesetzt – Stiftungen versucht

² <https://dafne-online.eu/>.

³ <https://www.efc.be/>.

⁴ Sprecher/Egger/von Schnurbein, 3. Aufl., Basel 2015.

⁵ SwissFoundations, Aus der Praxis für die Praxis, Leitfaden für die Bewirtschaftung von Stiftungsvermögen, Zürich 2016.

sein werden, die Vermögensbewirtschaftung wieder selbst an die Hand zu nehmen, um nicht als «managed-by» zu qualifizieren.

- **Andere Auslegung in verschiedenen europäischen Staaten:** Die Rücksprache mit verschiedenen europäischen Stiftungsverbänden hat ergeben, dass sich deren staatliche Regulatoren strikt auf den Wortlaut des CRS und nicht auf die weiteren Ausführungen im Kommentar dazu stützen. Gemäss dem CRS bezieht sich der Begriff „managed-by“ nicht auf die Vermögen, die extern verwaltet werden, sondern auf den Rechtsträger selbst („entity managed by another financial institution“). Damit würde die Grossmehrheit der von der Abschaffung betroffenen Förderstiftungen entlastet. Bis auf die bei einer Dachstiftung angesiedelten unselbständigen Stiftungen werden gemeinnützige Förderstiftungen in der Schweiz von einem unabhängig zusammengesetzten Stiftungsrat geführt, der vollumfänglich mit seinem Privatvermögen haftet.
- **Diskrepanz zu FATCA-Regelung:** Die FATCA-Vereinbarung mit den USA – die dem AIA gewissermassen als Vorbild gedient hat – kennt für gemeinnützige Einrichtungen ebenfalls eine Ausnahmebestimmung (vgl. Anhang 2/II./B./Ziff. 1 des FATCA-Abkommens).
- **Fragwürdige Meldepflichten:** Die vorgesehenen Meldepflichten lassen sich nicht rechtfertigen. Gemeinnützige Stiftungen⁶ können nicht ohne Weiteres mit Trusts gleichgesetzt werden. Sie ruhen gewissermassen in sich selbst – und dies grundsätzlich «auf ewig». Der Stifter kann die Stiftung nicht widerrufen oder sonst wie einen Mittelrückfluss an sich selbst erwirken. Weiter handelt es sich bei den Stiftungsräten nicht um Willensbildungsorgane, sondern um «dienende» Organe, die den Stiftungszweck treuhänderisch umzusetzen haben. Für ihr Tun sind sie zudem uneingeschränkt haftbar. Ihre Stellung ist jener eines Trustees auch nicht entfernt vergleichbar – namentlich werden Stiftungsräte nicht Eigentümer des Stiftungsvermögens. Zentral ist weiter, dass gemeinnützige Stiftungen der öffentlichen Aufsicht unterstehen. Diese Charakteristika der schweizerischen gemeinnützigen Stiftung sind der OECD an sich bekannt (vgl. Peer Review Report, Phase 2, S. 66 ff.). Den Stifter und die Stiftungsräte als «Eigenkapitalberechtigte» einzustufen, wäre folglich absolut verfehlt. In Bezug auf die Stiftungsräte ergibt sich dies auch aus Formular S nach VSB (unter Vorbehalt von Ziff. 5).

⁶ Familienstiftungen vorbehalten. Zu beachten ist jedoch, dass sich schweizerische Familienstiftungen zufolge Art. 335 ZGB auch nicht beherrschen lassen. Weder können sie vom Stifter widerrufen werden noch sind die Begünstigten oder Stiftungsräte befugt, das Stiftungsvermögen und die Erträge nach Belieben zu verwenden. Im Gegensatz zu den gemeinnützigen Stiftungen fehlt jedoch eine staatliche Aufsicht.