



BIALAW.up date

November 2011

Liebe Leserinnen, liebe Leser

Aktuell möchten wir Sie über die am 1. Januar 2012 in Kraft tretende Erhöhung der Schwellenwerte für die ordentliche Revision informieren. Daneben berichten wir über die weiterentwickelte Gerichtspraxis zur Besteuerung als selbständiger Wertschriftenhändler und beleuchten einen Entscheid zur Sorgfaltspflicht von Vermögensverwaltern bei der Wahl der Anlagestrategie für ihre Kunden. Im Fokus berichten wir über die mögliche Einführung einer eidgenössischen Erbschafts- und Schenkungssteuer, die bei Erbfällen rückwirkend auch alle ab dem 1. Januar 2012 erfolgenden Schenkungen des Erblassers erfassen würde.

In personeller Hinsicht dürfen wir Ihnen mitteilen, dass Frau M.A. HSG Christina Blumental ab dem 1. November 2011 bei uns ihre einjährige praktische Ausbildung («Substitutenjahr») absolviert, die Zulassungsvoraussetzung zur zürcherischen Anwaltsprüfung darstellt.

Rechtsentwicklung

Erhöhte Schwellenwerte für die ordentliche Revision

Heute ist ein Unternehmen gemäss Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR zur ordentlichen Revision verpflichtet, falls es in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren mindestens zwei der nachstehenden drei Grössen erreicht: CHF 10 Mio. Bilanzsumme, CHF 20 Mio. Umsatzerlös und 50 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt. Mit Wirkung zum 1. Januar 2012 werden die drei Schwellenwerte auf CHF 20 Mio. Bilanzsumme, CHF 40 Mio. Umsatzerlös und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt erhöht. Gemäss Übergangsbestimmung müssen Unternehmen, die heute der ordentlichen Revisionspflicht unterstehen, ihre Jahresrechnung

ab dem Geschäftsjahr 2012 nur noch eingeschränkt überprüfen lassen (Art. 727a OR), falls sie in den Jahren 2011 und 2012 mindestens zwei der drei revidierten Schwellenwerte in wenigstens einem der beiden Jahre verfehlen. Für die Jahresrechnung 2011 dagegen gelten noch die alten Schwellenwerte.

Die Gesetzesänderung beschränkt nicht nur die Tragweite der ordentlichen Revision, sondern erweitert auch die Möglichkeit der Aktionäre, einstimmig auf eine Revision zu verzichten. Ein solches Opting-out steht Unternehmen offen, die nicht der ordentlichen Revision unterliegen und nicht mehr als zehn Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt haben (Art. 727a Abs. 2 OR).

Das Gesagte gilt kraft entsprechender Gesetzesverweise auch für die GmbH, die Genossenschaft und für Stiftungen, nicht jedoch für Vereine. Die Konsolidierungsschwellenwerte von Art. 663e OR, die den bisherigen Schwellenwerten für die ordentliche Revision entsprechen, werden nicht erhöht. Ihre allfällige Anpassung wird Teil des revidierten Rechnungslegungsrechts sein, das im Parlament noch zu Ende beraten werden muss.

Rechtsprechung

Besteuerung als selbständiger Wertschriftenhändler

Mit unserem BIALAW.up date vom Juni 2010 haben wir darauf hingewiesen, dass das Verwaltungsgericht Zürich eine selbständige Erwerbstätigkeit anders als das Bundesgericht nur dann erkennt, wenn eine nach aussen sichtbare Tätigkeit vorliegt. Damit wurde im Kanton Zürich der steuerfreie Kapitalgewinn von Wertschriftenerlösen in Fällen akzeptiert, in denen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch eine andere Betrachtungsweise möglich gewesen wäre.



Mit Entscheid vom 3. November 2010 hat das Verwaltungsgericht Zürich seine Jahrzehnte alte Praxis faktisch aufgegeben und festgehalten, wenn die anderen vom Bundesgericht genannten Kriterien erfüllt seien (insbesondere Tätigkeit auf eigenes Risiko, Einsatz von Kapital und Arbeit, frei bestimmte [Selbst-]Organisation, Gewinnerzielungsabsicht, Planmässigkeit, Häufigkeit der Transaktionen, besondere Berufskennntnisse, Einsatz von Fachkenntnissen, Einsatz von Fremdkapital), so werde der Marktauftritt in der Regel vermutet. Diese Kehrtwendung vollzog das Verwaltungsgericht Zürich letztlich unter dem Druck des Steuerharmonisierungsgesetzes, das es erlaubt, letztinstanzliche kantonale Steuerentscheide beim Bundesgericht anzufechten.

Das Bundesgericht hat nunmehr mit Entscheid vom 29. Juli 2011 festgestellt, ein Marktauftritt sei unnötig, um auf eine selbständige Erwerbstätigkeit zu schliessen, wenn andere Kriterien erfüllt seien. Damit ist jetzt auch im Kanton Zürich klar, dass auf einen selbständigen Wertschriftenhandel z.B. auch dann geschlossen werden kann, wenn der betreffende Steuerpflichtige über keine Börsenlizenz verfügt. Somit muss damit gerechnet werden, dass sich insbesondere im Bereich des Wertschriftenhandels die Praxis des Kantons Zürich mit Bezug auf die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit (und damit die Verweigerung des steuerfreien Kapitalgewinns) verschärfen wird.

Vermögensverwaltungsvertrag

Die Erstellung eines Kundenprofils gehört zu den Sorgfaltspflichten eines Vermögensverwalters und muss vor oder gleichzeitig mit dem Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrags vorgenommen werden. Anhand dieses Profils soll insbesondere das Ausmass des Risikos bestimmt werden, das der Kunde bei der Anlage seines Geldes eingehen will und nach seinen

Lebensumständen auch eingehen kann (sog. subjektive und objektive Risikofähigkeit des Kunden). Trotzdem wird der Vermögensverwalter, der die Erstellung des Profils unterlässt, nicht haftbar, sofern der Kunde in eine riskante, spekulative Anlagepolitik einwilligt und dies durch den Vermögensverwaltungsvertrag eindeutig zum Ausdruck kommt. Unter diesen Voraussetzungen kann sich der Kunde nicht nachträglich darauf berufen, das nicht erstellte Kundenprofil hätte ergeben, dass eine konservative, primär auf Erhaltung und nicht auf Vermehrung des Vermögens ausgerichtete Anlagepolitik seinen persönlichen Verhältnissen angemessen gewesen wäre. Ein solches Verhalten wäre widersprüchlich und verdient daher gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz (Bundesgerichtsentscheid 4A_140/2011 vom 27. Juni 2011, E. 2.1).

Im Fokus

Besteuerung von Schenkungen an Nachkommen ab 1. Januar 2012?

EVP, SP und Grüne haben eine eidgenössische Volksinitiative zur Einführung einer 20%-igen Erbschafts- und Schenkungssteuer auf Bundesebene lanciert, welche im Wesentlichen in einem neuen Artikel 129a der Bundesverfassung (BV) verankert werden soll.

Erbschaftssteuer. Diese soll auf dem Nachlass natürlicher Personen, die ihren Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes in der Schweiz hatten oder bei denen der Erbgang in der Schweiz eröffnet worden ist, erhoben werden (Abs. 2). Von der Besteuerung ausgenommen wären (Abs. 3):

- a. ein einmaliger Freibetrag von zwei Millionen Franken auf der Summe des Nachlasses und aller steuerpflichtigen Schenkungen;

BIALAW.up date

November 2011

- b. die Teile des Nachlasses und die Schenkungen, die dem Ehegatten, der Ehegattin, dem registrierten Partner oder der registrierten Partnerin zugewendet werden;
- c. die Teile des Nachlasses und die Schenkungen, die einer von der Steuer befreiten juristischen Person zugewendet werden;
- d. Geschenke von höchstens 20 000 Franken pro Jahr und beschenkte Person.

Der steuerpflichtige Nachlass soll sich gemäss Abs. 2 lit. a einer neuen Ziffer von Art. 197 BV wie folgt zusammensetzen:

1. dem Verkehrswert der Aktiven und Passiven im Zeitpunkt des Todes;
2. den steuerpflichtigen Schenkungen, die der Erblasser oder die Erblasserin ausgerichtet hat;
3. den Vermögenswerten, die zur Umgehung der Steuer in Familienstiftungen, Versicherungen und dergleichen investiert worden sind.

Schenkungssteuer. Diese soll beim Schenker resp. bei der Schenkerin (nicht dem/der Beschenkten) erhoben werden (Art. 129a Abs. 2 BV), sobald der Freibetrag von zwei Millionen Franken durch Geschenke in CHF 20 000 Franken übersteigendem Ausmass pro Jahr und beschenkte Person überschritten wird (Abs. 2 lit. b der vorgesehenen neuen Ziffer von Art. 197 BV).

Zu den Schenkungen zählen auch Erbvorbezüge und sog. gemischte Schenkungen, also Zuwendungen, bei denen der Empfänger eine nicht gleichwertige Gegenleistung erbringt. Gerade bei lebzeitigen Immobilienübertragungen an Nachkommen sind gemischte Schenkungen an der Tagesordnung.

Besondere Steuerermässigungen sollen gelten, wenn Unternehmen oder Landwirtschaftsbetrie-

be zum Nachlass oder zur Schenkung gehören und vom Zuwendungsempfänger während mindestens zehn Jahren weitergeführt werden. Auf diese Weise sollen deren Fortbestand und die Erhaltung von Arbeitsplätzen gesichert werden (Art. 129a Abs. 4 und 5 BV).

Steuersatz. Dieser würde gemäss dem vorgeschlagenen Art. 129a Abs. 2 BV zwanzig Prozent betragen. Zum Vergleich: Abgesehen von Appenzell Innerrhoden, Neuenburg und Waadt sind heute Schenkungen und Zuwendungen von Todes wegen an Nachkommen in allen Kantonen steuerbefreit. Aber auch Schenkungen an entferntere Verwandte unterliegen oft geringeren Steuersätzen als die vorgesehenen 20%.

Rückwirkung auf Schenkungen ab dem 1. Januar 2012. Hervorzuheben ist die vorgesehene Rückwirkung: Demnach sollen bei einem Erbfall die Schenkungen, die der Erblasser ab dem 1. Januar 2012 ausgerichtet hat, rückwirkend dem Nachlass zugerechnet werden.

Auswirkungen und Handlungsbedarf. Die 18-monatige Frist für die Unterschriftensammlung hat erst am 16. August 2011 begonnen und wird damit lange nach dem Stichtag (31. Dezember 2011) enden, nämlich am 16. Februar 2013. Wer also Vorkehrungen treffen will, um die drohende, bis zu 20%-ige Reduktion seines Nachlasses zu vermeiden, muss dies nicht nur binnen sehr kurzer Zeit tun, sondern insbesondere ehe er weiss, ob die Initiative überhaupt zustande kommt und wie die gesetzliche Regelung bei Annahme der Initiative im Detail ausgestaltet sein wird.

Für Privatpersonen, deren Nachlass mutmasslich die Zweimillionen-Franken-Schwelle überschreiten wird, bieten die wenigen verbleibenden Wochen des Jahres 2011 die letzte Gelegenheit, mit Sicherheit bundesschenkungssteuerfreie Zuwendungen an ihre Nachkommen vorzunehmen.



BIALAW.up date

November 2011

Dem möglichen Unbehagen über den durch die Umstände erzwungenen vorzeitigen Rechtsübergang auf die nächste Generation kann durch die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen Rechtsgeschäfts zumindest teilweise Rechnung getragen werden, insbesondere durch Abreden und Vorkehrungen wie etwa:

- Widerrufsvorbehalte und/oder aufhebende Bedingungen bei reinen oder gemischten Schenkungen
- Vorbehalt von Rückfalls- und Rückkaufsrechten bei Liegenschaftsschenkungen oder -veräußerungen zu unter dem Verkehrswert liegendem Preis (gemischte Schenkungen)
- Vorbehalt von Nutzniessungs- oder Wohnrechten
- Verpfändung (=Zuwendung gegen Unterhaltsverpflichtung)
- Aktionärbindungsverträge bei Unternehmensnachfolge
- Einsetzung eines Vermögensbeistands bei unmündigen Nachkommen

BIA-Porträt

Peter Kuhn schloss sein Studium an der Universität Zürich im Dezember 2003 ab und war danach juristischer Mitarbeiter in einer wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Anwaltskanzlei in Pfäffikon SZ/Zürich sowie ausserordentlicher Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz. Nach dem Erwerb des Anwaltspatents im Jahre 2005 war er als ausserordentlicher Gerichtsschreiber am Bezirksgericht March SZ tätig. Danach absolvierte er das LL.M.-Programm des University College London, welches er im Jahre 2007 abschloss. Im Oktober 2007 nahm Peter Kuhn seine Tätigkeit als Rechtsanwalt bei BIA auf. Seine Haupttätigkeiten liegen in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Vertragsrecht, Banken-



und Kapitalmarktrecht sowie Prozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit. Er arbeitet in deutscher und englischer Sprache.

Peter Kuhn wird assistiert von Frau **Severa Lanz**.

BILL ISENEGGER ACKERMANN AG
Rechtsanwälte, Attorneys at Law
Witikonstrasse 61
Postfach, CH-8032 Zürich

T +41 (0)44 386 88 88
F +41 (0)44 386 88 99

bia@bialaw.ch
www.bialaw.ch