

Newsletter 2/2012

St. Gallen, 04. Dezember 2012

von Lukas Metzler und Markus Schmuki

Liebe Kundin, lieber Kunde von AMG Rechtsanwälte

Wir nutzen den aktuellen Newsletter, Ihnen mitzuteilen, dass wir umziehen.

Am 14. Dezember 2012 ist es soweit. Wir beziehen unsere neu ausgebauten Büroräumlichkeiten im Neumarkt 5. Aus diesem Grund bleiben unsere Büros am 13. und 14. Dezember 2012 geschlossen.

Unsere neue Adresse lautet:

AMG Rechtsanwälte
Vadianstrasse 25a
CH-9000 St. Gallen.

Wir freuen uns, Sie bei nächster Gelegenheit in unseren neuen grosszügigen Räumlichkeiten begrüessen zu dürfen.

Unsere Spezialisten haben für Sie aber auch wiederum interessante Beiträge aus verschiedenen Rechtsgebieten verfasst.

Im ersten von zwei Artikeln befasst sich Damian Keel mit dem Internet und der neuen Verpflichtung, ein aussagekräftiges Impressum auf der Website aufzuführen. Im zweiten Artikel informiert er Sie über die neuste Rechtsprechung bezüglich Retrozessionen, welche er schon im letzten Newsletter behandelt hat.

Christoph Locher fasst die Neuerungen über das revidierte Erwachsenenschutzrecht zusammen.

Schliesslich behandelt unser Steuerexperte Christof Schäfli den gewerbsmässigen Wertschriftenhandel.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen beim Lesen unseres Newsletters.

Bei Fragen zu den einzelnen Themen stehen Ihnen unsere Spezialisten jederzeit gerne zur Verfügung.

Inhaltsverzeichnis

1	Internet - Neu: Impressum für Anbieter von Waren, Werken und Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr	4
2	Retrozessionen II	5
3	Das revidierte Erwachsenenschutzrecht bringt neue Möglichkeiten der privaten Vorsorge	6
4	Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel.....	9
4.1	Einleitung.....	9
4.2	Wann liegt gewerbsmässiger Wertschriftenhandel vor?	9
4.3	Private Vermögensverwaltungsgesellschaft als Alternative?	10

1 Internet - Neu: Impressum für Anbieter von Waren, Werken und Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr

von Damian Keel

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) wurde teilweise revidiert. Die Änderungen / Neuerungen sind ab 1. April 2012 in Kraft. Dabei wurden u.a. neue Regelungen für Anbieter von Waren, Werken oder Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr geschaffen. Diese Regelungen finden sich in Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG.

Wer Waren, Werke oder Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet, hat nun u.a. klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse einschliesslich der elektronischen Post zu machen.

Diese neue Informationspflicht findet grundsätzlich nur auf standardisierte Angebote von Massenartikeln im Internet Anwendung. Die Absenderadresse hat so ausführlich zu sein, dass der Adressat die Identität des Werbenden ohne kriminalistische Studien erkennen kann. Ist der Werbende im Handelsregister eingetragen, genügt die Angabe der genauen Firma und des Sitzes. Die Adresse kann im Handelsregister nachgeschlagen werden. Besteht kein Handelsregistereintrag, dann hat der Absender neben seiner Firma oder Enseigne seinen bürgerlichen Namen und eine Zustelladresse bekannt zu geben. Die blossige Angabe eines Postfaches genügt nicht, da die Post nicht verpflichtet ist, jedermann Auskunft über den tatsächlichen Inhaber eines Postfaches zu erteilen.

Anonyme Direktwerbung verstösst mit dieser Neuregelung gegen das Gebot der Klarheit im Wettbewerb, insbesondere dasjenige der Erkennbarkeit des Anbieters.

Sollten Sie Anbieter für Waren, Werke und Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr sein, prüfen Sie bitte Ihre Adressangaben sowie die weiteren Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG.

2 Retrozessionen II

von Damian Keel

Im letzten Newsletter 1 / 2012 habe ich Sie über die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinsichtlich der Erstattung von künftigen Retrozessionen informiert.

Bis dahin hatte das Bundesgericht lediglich Entscheide mit Bezug auf unabhängige Vermögensverwalter gefällt. Hinsichtlich der Erstattung von Retrozessionen durch Banken, die ein Vermögensverwaltungsmandat ausüben, gab es noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Nun hat das Bundesgericht auch entschieden, was gilt, wenn die Vermögensverwaltung von einer Bank ausgeübt wird. Der Entscheid datiert vom 30.10.2012 (Entscheid 4A_127/2012 und 4A_141/2012).

Zusammengefasst hat das Bundesgericht festgehalten:

- Eine Bank mit einem Vermögensverwaltungsmandat ist gleich wie ein externer Vermögensverwalter zu behandeln; es sind die auftragsrechtlichen Bestimmungen anwendbar, insbesondere die Bestimmung über die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR.
- Die Herausgabepflicht der Bank besteht unabhängig davon, ob die Retrozessionen von Dritten oder von konzerninternen Gesellschaften stammen.
- Die Bank hat zusätzlich zum Auftragshonorar geltend gemachte Auslagen, wie z.B. spezifische Vertriebsleistungen, grundsätzlich zu beweisen.
- Für einen gültigen Verzicht des Kunden auf die (zukünftige) Erstattung der Retrozessionen gelten auch gegenüber Banken als Vermögensverwalter die bisher vom Bundesgericht festgelegten Regelungen. Diese sind im Aufsatz zum letzten Newsletter detailliert aufgeführt.

Sollten Sie also einen Vermögensverwalter oder eine Bank mit der Vermögensverwaltung beauftragt haben, so können Sie von Ihrem Vermögensverwalter / Ihrer Bank eine Zusammenstellung sämtlicher Leistungen Dritter verlangen, die diese im Rahmen dieser Kundenbeziehung in den letzten 10 Jahren erhalten haben. Sollte zusätzlich von Ihrer Seite kein gültiger Verzicht auf die Erstattung dieser Leistungen vorliegen, dann können Sie ausserdem die Vergütung dieser Leistungen geltend machen.

3 Das revidierte Erwachsenenschutzrecht bringt neue Möglichkeiten der privaten Vorsorge

von Christoph Locher

Ein Skifahrer gerät in eine Lawine und wird schwer verletzt. Er muss ins künstliche Koma versetzt werden und bleibt über Monate in der Intensivstation. - Immer mehr betagte Leute leiden an Demenz. - Beiden Schicksalen ist eines gemeinsam: Die betroffenen Personen können ihre persönlichen Angelegenheiten nicht mehr selber besorgen und brauchen Hilfe. Bislang mussten für solche Menschen vormundschaftliche Massnahmen verfügt werden. Es wurde ein Beistand, ein Beirat oder ein Vormund eingesetzt, der für die betroffene Person handeln konnte. Die betroffene Person hat keinen Einfluss auf die Wahl des Beistandes oder Vormundes und kann keine Wünsche oder Weisungen formulieren, die zu befolgen sind – die Vormundschaftsbehörde verfügt.

Am 1. Januar 2013 tritt das neue Erwachsenenschutzrecht in Kraft, welches das bisherige Vormundschaftsrecht tiefgreifend revidiert. Es führt zwei Institute ein, die es bislang im Gesetz so nicht gab: Den Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung. In einem ersten Abschnitt mit dem Titel ‚Die eigene Vorsorge‘ werden diese beiden Institute näher geregelt. Worum geht es? Getreu dem liberalen Staatsverständnis soll jede Person die Möglichkeit erhalten, für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit bestimmte verbindliche Anordnungen zu treffen. Die eigene Vorsorge geht dann den staatlichen Massnahmen vor, welche die Erwachsenenschutzbehörde (bislang Vormundschaftsbehörde) treffen muss, wenn eine Person urteilunfähig wird und Hilfe braucht.

Mit dem **Vorsorgeauftrag** kann eine handlungsfähige (d.h. über 18 jährige und urteilsfähige) Person eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit (a) die Personensorge oder (b) die Vermögenssorge zu übernehmen oder (c) sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Die Personensorge umfasst Entscheidungen über alle persönlichen Angelegenheiten: Wo wohne ich – in einer privaten Wohnung oder in einer Institution? Mit wem sollen Kontakte gepflegt werden, welche Pflege wünsche ich etc. Die Vermögenssorge umfasst die Verwaltung des Einkommens und des Vermögens (z.B. Entscheidungen über die Anlagestrategie bei Wertschriftenbeständen, über Verkauf oder Vermietung von Liegenschaften etc.). Die Vertretung im Rechtsverkehr umfasst die Vertretung gegenüber Behörden (Steueramt etc.) und Privaten (Abschluss und Auflösung von Verträgen wie Mietvertrag, Kreditvertrag etc.). Sinnvollerweise umfasst ein Vorsorgeauftrag alle drei erwähnten Bereiche. Zudem müssen die Aufgaben, die der beauftragten Person übertragen werden sollen, zumindest in den Grundzügen umschrieben werden. Der beauftragten Person können Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilt werden. Die so beauftragte Person erhält die Stellung eines umfassenden Beistandes, bloss dass eben die Wahl der Person durch die hilfsbedürftige Person erfolgt und dass der beauftragten Personen von der hilfsbedürftigen Person im Vorsorgeauftrag Weisungen erteilt werden können.

Die Errichtung des Vorsorgeauftrages erfolgt in den Formen, die für ein Testament gelten: Entweder wird der Vorsorgeauftrag eigenhändig geschrieben, datiert und unterzeichnet oder er wird als öffentliche Urkunde ausgestaltet, die von einer Urkundsperson aufgesetzt und mitunterzeichnet wird. Beim Zivilstandsamt am Wohnsitz der betroffenen Person können die Tatsache, dass ein solcher Vorsorgeauftrag errichtet wurde und der Ort, wo er aufbewahrt wird, registriert werden. Der Vorsorgeauftrag (d.h. die entsprechende Urkunde) kann jedoch – anders als beim Testament – nicht hinterlegt werden. Jedermann ist selber dafür verantwortlich, dass er im richtigen Zeitpunkt aufgefunden werden kann. Der Vorsorgeauftrag kann jederzeit widerrufen oder geändert werden. Dazu sind die gleichen Formen wie für die Errichtung zu wahren oder das Original des Vorsorgeauftrages kann vernichtet werden.

Wird die Person, die einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, tatsächlich für längere Zeit (d.h. nicht nur kurz und vorübergehend) urteilsunfähig, so muss der Vorsorgeauftrag durch die Erwachsenenschutzbehörde validiert werden. Im Regelfall werden die Angehörigen, die sinnvollerweise von der Existenz des Vorsorgeauftrages Kenntnis haben, die Erwachsenenschutzbehörde informieren und um Validierung des Vorsorgeauftrages ersuchen. Dazu prüft die Erwachsenenschutzbehörde (a) ob der Vorsorgeauftrag gültig errichtet wurde, (b) ob die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit – insbesondere der Eintritt der längeren oder dauernden Urteilsunfähigkeit – gegeben sind, (c) ob die beauftragte Person für die übertragenen Aufgaben geeignet ist und (d) ob allenfalls weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes nötig sind (was z.B. dann zutreffen könnte, wenn der Vorsorgeauftrag nicht alle nötigen Bereiche der Sorge umfasst). Nach dieser Prüfung fragt die Erwachsenenschutzbehörde die beauftragte Person an, ob sie den Auftrag annehmen will und wenn dies zutrifft, weist die Erwachsenenschutzbehörde die beauftragte Person in ihre Aufgaben ein und stellt ihr eine Urkunde aus, in der ihre Aufgaben und Kompetenzen beschrieben sind. Damit kann sich dann die beauftragte Person jederzeit gegenüber Dritten ausweisen. Erst mit diesem behördlichen Akt ist die beauftragte Person in ihr Amt eingesetzt. Die Erwachsenenschutzbehörde kann zudem um Interpretation des Vorsorgeauftrages ersucht werden, sollte der unklar sein. Zudem kann die Erwachsenenschutzbehörde z.B. auf Antrag von nahe stehenden Personen einschreiten, sollte der Verdacht entstehen, dass die beauftragte Person den Auftrag nicht korrekt ausführt. Das Amt der beauftragten Personen endet automatisch, sollte die hilfsbedürftige Person die Urteilsfähigkeit wieder erlangen (z.B. aus dem Koma erwachen und das Spital verlassen können) oder sterben.

Mit einer **Patientenverfügung** kann eine urteilsfähige Person festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt. Hier geht es insbesondere darum, ob eine Person will, dass im Falle, dass sie unheilbar krank wird, lebensverlängernde Massnahmen getroffen werden sollen, ob Organe für Spenden entnommen werden dürfen, ob gegebenenfalls schmerzlindernde Medikamente verabreicht werden sollen, die den Sterbeprozess beschleunigen können etc. Die Person kann zudem eine andere Person bestimmen, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit die medizinischen Massnahmen mit den Ärzten besprechen und in ihrem Namen entsprechende Entscheidungen treffen soll. Die Patientenverfügung deckt somit gleichsam einen Teilbereich der Personensorge ab, die auch in einem Vorsorgeauftrag geregelt werden kann. Sie kann daher in einen Vorsorgeauftrag integriert werden. Sie kann aber auch als eigenständiges Dokument errichtet werden.

Eine Patientenverfügung muss schriftlich errichtet werden, d.h. es braucht ein Dokument, das die betroffene Person eigenhändig unterschreibt. Eine öffentliche Beurkundung ist nicht notwendig. Die Tatsache, dass es eine solche Patientenverfügung gibt und wo sie deponiert ist, kann auf der Versichertenkarte eingetragen werden. Aber auch hier gilt, dass die Patientenverfügung selber nirgendwo amtlich aufbewahrt werden kann. Jedermann ist daher selber dafür verantwortlich, dass sie gegebenenfalls aufgefunden werden kann.

Behandelnde Ärzte müssen im Falle der Urteilsunfähigkeit eines Patienten auf der Versichertenkarte nachsehen, ob es eine solche Patientenverfügung gibt und müssen sie sich beschaffen (soweit sie das können). Vorbehältlich dringender Fälle müssen die Ärzte die Patientenverfügung beachten. Abweichen dürfen sie davon nur, wenn sie (a) gegen eine gesetzliche Vorschrift verstösst (z.B. verlangt, dass aktive Strebehilfe betrieben wird), (b) wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung auf freiem Willen beruht oder (c) wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung (noch) dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht. Weicht ein Arzt von der Patientenverfügung ab, so muss er dies in der Krankengeschichte dokumentieren. Auf Anzeige nahe stehender Personen kann die Erwachsenenschutzbehörde eingreifen, wenn (a) ein Arzt ohne Grund eine Patientenverfügung missachtet, (b) die Interessen des Patienten

gefährdet sind oder (c) eine Patientenverfügung nicht auf freiem Willen beruht (wenn also jemand gedrängt wurde, eine Patientenverfügung mit bestimmtem Inhalt zu unterschreiben).

Sowohl Patientenverfügungen als auch Vorsorgeaufträge (bzw. Partnervollmachten, wie sie bisweilen genannt wurden) wurden schon bislang errichtet. Deren Bedeutung und Verbindlichkeit waren jedoch nicht immer restlos klar. Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht erlangen diese Akte der Vorsorge eine gesetzliche Grundlage. Jedermann ist gut beraten, sich Gedanken darüber zu machen, ob er solche Dokumente errichten will um damit die Grundsätze festzuhalten, die zu beachten sind, sollte eine eigene Entscheidung nicht mehr gefällt werden können. Damit tut man nicht nur sich selber einen Gefallen, sondern auch den Angehörigen, die sonst eventuell ratlos sind.

4 Gewerbmässiger Wertschriftenhandel

von Christof Schäfli

4.1 Einleitung

Ob eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt oder nicht, hat steuerlich ganz erhebliche Auswirkungen. Diese Erwerbstätigkeit muss daher einerseits von der Hobbytätigkeit, andererseits von der unselbständigen Erwerbstätigkeit und privater Vermögensverwaltung abgegrenzt werden.

Die wesentlichen Konsequenzen bei Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind die folgenden:

- Kapitalgewinne sind steuerpflichtig.
- Verluste sind steuerlich mit übrigem Einkommen verrechenbar.
- Es ist zwischen Privat- und Geschäftsvermögen zu unterscheiden.
- Es liegt bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit die Pflicht zur Aufzeichnung vor.
- Die selbständige Erwerbstätigkeit führt zur AHV Pflicht.

Eine besondere Rolle spielt die Grundstückgewinnsteuer, indem Grundstücksgewinne stets grundsätzlich steuerbar sind. Es handelt sich im Übrigen, wenig überraschend, um eine Ausnahme einzig zu Gunsten des Fiskus, weil Verluste aus Grundstückverkäufen im Falle einer fehlenden selbständigen Erwerbstätigkeit steuerlich unbeachtlich sind. Wird daher ein Grundstück unter den Anlagekosten verkauft (eine Gefahr die sich aufgrund der derzeit sehr hohen Grundstückspreise verbunden mit tiefen Finanzierungskosten in Zukunft häufiger ergeben dürfte), sind die anfallenden Verluste steuerlich irrelevant.

Aufgrund der Interessenlage neigen die Steuerbehörden dazu, verlustbringende Tätigkeiten als Hobby, gewinnbringende Tätigkeiten hingegen als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren.

4.2 Wann liegt gewerbmässiger Wertschriftenhandel vor?

Immer wieder zu Diskussionen Anlass gibt insbesondere der gewerbmässige Wertschriftenhandel. Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat in einem jüngeren Kreisschreiben (Kreisschreiben Nr. 36 vom 27. Juli 2012¹) zur Problematik erneut Stellung genommen.

Bei der Regelung ist einerseits ein sicherer Hafen definiert, bei welchem in keinem Fall Gewerbmässigkeit vorliegt:

- Die Mindesthaltedauer beträgt 6 Monate.
- Das Transaktionsvolumen (Kaufpreise und Verkaufserlöse) beträgt nicht mehr als das Fünffache des Wertpapierbestandes von anfangs Jahr.

¹ Link im Artikel auf unserer Website: <http://www.amglaw.ch/de/unternehmen/newsletterarchiv/newsletternr2-2012/#wertschriftenhandel>

- Das Wertpapiergeschäft ersetzt nicht fehlendes übriges Einkommen.
- Es fehlt an einer Fremdfinanzierung bzw. die (steuerbaren) Zinsen, Dividende etc. sind grösser als die Schuldzinsen.
- Derivate werden nur zur Absicherung eigener Positionen eingesetzt.

Sind diese Voraussetzungen nicht alle kumulativ erfüllt, erfolgt der Eintritt in das Reich der steuerlichen Willkür. Als etwas anderes kann meines Erachtens die Praxis nicht bezeichnet werden. Es sind nämlich grundsätzlich die gleichen Gesichtspunkte massgebend, wie diejenigen, welche den vorgenannten safe haven Kriterien zu Grunde liegen. Allerdings kann nach Auffassung der Verwaltung, welche sich dabei auf das Bundesgericht stützen kann, auch das Vorliegen auch nur eines einzigen Kriteriums schon genügen, wenn es denn in der entsprechenden Intensität gegeben ist. Gar keine Rolle soll nach Auffassung des Bundesgerichts der Auftritt gegen aussen bilden, was im Allgemeinen eine zwingende Voraussetzung für die selbständige Erwerbstätigkeit bildet.

Es ist daher schwierig im Einzelfall vorauszusagen, ob die Tätigkeit gerade noch private Vermögensverwaltung darstellt oder gewerbsmässiger Wertschriftenhandel.

Dies scheint mir im Abgaberecht, wo das Legalitätsprinzip besonders ausgeprägte Gültigkeit hat, als unbefriedigend. Rechtssicherheit sieht anders aus. Es trifft wohl zu, dass eine Regelung der Materie aufgrund der Komplexität und der Verschiedenartigkeit der Lebenssachverhalte schwierig ist. Die richtige Lösung wäre aber in diesen Fallkonstellationen entsprechendes Verhalten eben gerade nicht als selbständige Erwerbstätigkeit zu behandeln. Immerhin ist nach dem neuen Kreisschreiben, entgegen der früheren Praxis, die Nähe zur beruflichen Tätigkeit sowie das planmässige Vorgehen nicht mehr von gleicher Bedeutung (aber offenbar auch nach wie vor nicht bedeutungslos). Immerhin verbessert dies die Situationen von Personen, die hauptberuflich in der Vermögensverwaltung tätig sind. Insgesamt bleibt die Situation meines Erachtens unbefriedigend, weil keine Planungssicherheit besteht. So vergehen zwischen der Verwirklichung eines Lebenssachverhaltes und dem Aufgreifen durch die Steuerbehörden mitunter Jahre, so dass sich die betroffene steuerpflichtige Person Jahre nach Anlageerfolgen plötzlich mit Existenz bedrohenden Steuerforderungen konfrontiert sieht.

4.3 Private Vermögensverwaltungsgesellschaft als Alternative?

Um sich den Unwägbarkeiten zu entziehen, kann sich alternativ der Einsatz einer persönlichen Vermögensverwaltungsgesellschaft anbieten. Auch bei Einsatz einer solchen persönlichen Vermögensverwaltungsgesellschaft sind allerdings gewisse Grundsätze zu beachten, damit die Fiskalbehörden deren Einsatz nicht als Steuerumgehung qualifizieren. Ausführlich diskutiert wird der Einsatz solcher Gesellschaften in einem Gutachten², welches von Madeleine Simonek zu Händen des Zürcher Steueramtes erstellt wurde (http://www.steuern.ch/internet/finanzdirektion/ksta/de/aktuell/mitteilungen/amtsmitteilungen_2012/persoene_holdinggesellschaften.html). Der Einsatz einer persönlichen Holdinggesellschaft kann sich namentlich bei Einsatz von Fremdmittel bei Wertpapiergeschäften lohnen, da es steuerlich günstiger ist, eine Vermögensverwaltungsgesellschaft an einem Tiefsteuerstandort einzusetzen, und die Dividenden im Teileinkünfteverfahren besteuern zu lassen, statt in der Regel rückwirkend für einen mehrjährigen Zeitraum als selbständig erwerbende Person qualifiziert zu werden. Interessant kann auch die Gewährung eines zinsfreien Darlehens an eine solche Gesellschaft sein. In der Folge können persönliche Einkommenssteuern gänzlich vermieden werden (stattdessen erfol-

² Link im Artikel auf unserer Website: <http://www.amglaw.ch/de/unternehmen/newsletterarchiv/newsletternr2-2012/#wertschriftenhandel>

gen Amortisationen des gewährten Darlehens). In der Schweiz fällt in solchen Konstellationen aber in jedem Fall die Vermögenssteuer an (im Gegensatz zur Situation in derzeit den meisten Nachbarstaaten).