

STIFTUNGEN UND TRUSTS: DER BEGRIFF DES WIRTSCHAFTLICHEN EIGENTÜMERS NACH DER DRITTEN GELDWÄSCHERICHTLINIE IM VERGLEICH MIT ABGABENRECHTLICHEN GRUNDSÄTZEN

ALEXANDER HOFMANN / MICHAEL PETRITZ

1 Einleitung

Die Dritte Geldwäscherichtlinie (3. GW-RL)¹⁾ hat auf Basis der revidierten 40 Recommendations der Financial Action Task Force (FATF)²⁾ eine Verschärfung der Geldwäschebestimmungen vorgeschrieben.³⁾ Im Zusammenhang mit der Einführung einer neuen Sorgfaltspflicht zur Feststellung des *wirtschaftlichen Eigentümers* eines Kunden wurde dieser Begriff in der Richtlinie erstmals definiert.⁴⁾ Insbesondere wurde auch normiert, wer als wirtschaftlicher Eigentümer von Stiftungen und Trusts gilt.⁵⁾ Im Abgabenrecht werden Wirtschaftsgüter dem wirtschaftlichen Eigentümer nach den Kriterien des § 24 BAO zugerechnet.⁶⁾ Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich der geldwäscherechtliche Begriff der 3. GW-RL vom abgabenrechtlichen Verständnis des wirtschaftlichen Eigentümers abgrenzt.

2 Allgemeine Bemerkungen zum Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers im Sinne der 3. GW-RL

2.1 Zweck der Identifikation

Ziel der Geldwäschebestimmungen ist es, umfangreiche Schwarzgeldströme, die Verschleierung der Herkunft von Erlösen aus schweren Straftaten (siehe § 165 StGB) sowie die Finanzierung von Terrorismus (siehe § 278d StGB) zu unterbinden (Präambel Abs 1 und 2 3. GW-RL). Institute und Personen (Versicherungsunternehmen, Kredit- und Finanzinstitute, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Rechtsanwälte, Notare, Handelsgewerbetreibende, Immobilienmakler, Unternehmensberater und Versicherungsvermittler) sind bei der Abwicklung von Geschäften mit typischem Geldwäscherisiko zu besonderer Sorgfalt angehalten. Sie haben die *Identität des Kunden* (Art 8 Abs 1 lit a 3. GW-RL) und darüber hinaus nach neuem Recht (entsprechend der Empfehlung Nr. 33 der Customer Due Diligence (CDD) Vorgaben der 40 FATF Recommendations) gegebenenfalls auch die *Identität seines wirtschaftlichen Eigentümers* festzustellen und zu überprüfen (Art 8 Abs 1 lit b 3. GW-RL).⁷⁾

Auf diesem Gebiet geht es vorwiegend darum, zu verhindern, dass Bereicherung oder terroristische Handlungen *natürlicher Personen* durch die Geldwäsche getarnt oder gefördert werden. Daher versucht der Gesetzgeber vornehmlich auf die physischen Personen durchzugreifen, die hinter einem Kunden stehen und kraft ihrer rechtlichen oder faktischen Einflussmöglichkeit letzten Endes tatsächlich auf den *wirtschaftlichen Nutzen* aus einer Transaktion zugreifen oder

- 1) Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2008).
- 2) 40 Recommendations der Financial Action Task Force (FATF) on Money Laundering vom 20.6.2003.
- 3) Versicherungsaufsichtsgesetz (§§ 98a ff VAG idF BGBl I 107/2007), Bankwesengesetz (§ 2, §§ 40 ff BWG idF BGBl I 108/2007), Wirtschaftstreuhandberufs-Ausübungsrichtlinie 2003 (§§ 32 ff WT-ARL 2003), Rechtsanwaltsordnung (§§ 8a ff RAO idF BGBl I 111/2007), Notariatsordnung (§§ 36a ff NO idF BGBl I 111/2007) und Gewerbeordnung (§§ 365m ff GewO idF BGBl I 42/2008) wurden zur Umsetzung entsprechend novelliert. Die hier interessierende Begriffsbestimmung des wirtschaftlichen Eigentümers (Art 3 Z 6 3. GW-RL) wurde zum überwiegenden Teil wörtlich in den österreichischen Normenbestand übernommen. In Liechtenstein wurde mit der Sorgfaltspflichtenverordnung (SPV) vom 17.2.2009 LGBl 98/2009 eine im wesentlichen gleichlautende Regelung getroffen.
- 4) *Siska*, Die Geldwäsche² (2007) 139.
- 5) Siehe dazu *Hofmann*, Wer ist wirtschaftlicher Eigentümer von Stiftungen und Trusts nach der Dritten Geldwäscherichtlinie?, ÖBA 2008, 777.
- 6) Zurechnung von Wertpapieren einer liechtensteinischen Stiftung an inländische Steuerpflichtige (Verneinung der KEST-Freiheit) – EAS-Auskunft des BMF vom 17.7.2000, 04 3202/2-IV/4/00; Zurechnung des Erlöses aus der Veräußerung gestifteter Gesellschaftsanteile an den Stifter – UFSW vom 11.10.2004, RV/0847-W/02.
- 7) *Jacsó-Potyka*, Bekämpfung der Geldwäscherei in Europa (2007) 119; *Bozkurt/Grubhofer*, Kredit- und Finanzinstitute, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, ÖBA 2006, 246.

zugreifen können. Die Verschleierung der kriminellen Herkunft von Geldern oder der Finanzierung von Terrorismus soll auch nicht durch das Verschieben von juristischen Personen oder Konstruktionen sonstiger Art (wie Stiftungen oder Trusts) ermöglicht oder erleichtert werden. Der Begriff des *wirtschaftlichen Eigentümers*, mit dem die 3. GW-RL dies erreichen will, geht auf den Terminus „Beneficial Owner“ der 40 Recommendations der FATF zurück.⁸⁾ Art 3 Z 6 3. GW-RL hat die allgemeinen und für sich wenig aussagekräftigen Begriffsmerkmale der FATF-Definition (*Eigentum, Kontrolle oder Handeln im Auftrag der letztlich wirtschaftlich berechtigten natürlichen Person*) übernommen und durch die Anführung präziserer Tatbestände konkretisiert, die als beispielhafte Aufzählung zu verstehen ist.

Die Begriffsdefinition des Richtlinienetzgebers, die der österreichische Gesetzgeber fast wortgleich übernommen hat, ist unsystematisch gefasst, mit zahlreichen Unklarheiten behaftet, und stellt den Rechtsanwender daher vor schwierige, zum Teil unlösbare Interpretationsaufgaben.⁹⁾ Die Geldwäschebestimmungen sind dennoch autonom und unabhängig vom zivilrechtlichen Selbstverständnis des jeweiligen Rechtsinstitutes (Gesellschaft, Stiftung oder Trust) und auch unabhängig von abgabenrechtlichen Erwägungen auszulegen. Allerdings ist dem Gegenstand adäquat auch hier eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gefordert.

2.2 Weites Begriffsverständnis

Der Fokus liegt auf der Kontrollmöglichkeit des wirtschaftlichen Eigentümers, die diesen (faktisch) in die Lage versetzt, sich den vom kontrollierten Kunden lukrierten wirtschaftlichen Nutzen anzueignen. Soweit dies in einem Treuhandverhältnis oder anderen eigentümerähnlichen Herrschafts- und Dispositionsrechten seinen Ausdruck findet, besteht eine Parallele zum abgabenrechtlichen Grundverständnis des wirtschaftlichen Eigentums (§ 24 Abs 1 lit b, c und d BAO). Das geldwäscherechtliche Verständnis geht jedoch darüber hinaus.

Als wirtschaftlicher Eigentümer im Sinne des Geldwäscherechtes gelten auch solche natürlichen Personen oder Personengruppen, für die das Abgabenrecht im Verhältnis zum Kunden das Trennungsprinzip anerkennt (Gesellschafter, Stifter, Begünstigte oder sonstige Personen mit wesentlicher Beteiligung, Begünstigten- oder Kontrollstellung) oder die als Subjekt einer abgabenrechtlichen Zurechnung noch gar nicht identifizierbar sind (Gruppe noch nicht bestimmter hauptsächlich Begünstigter) (siehe dazu unten unter Abschnitten 3.1 bis 3.4). Da der vom risikobasierten Ansatz (Präambel Abs 10 und Art 8 Abs 1 lit b 3. GW-RL) geleite-

te Richtlinienetzgeber von der Vermutung ausgegangen sein dürfte, dass wesentlich beteiligte oder begünstigte Personen oder Personengruppen einer Gesellschaft, Stiftung oder eines Trust auch ohne besondere Verankerung von Kontrollmöglichkeiten in der rechtlichen Dokumentation – zumindest faktisch – Einfluss auf die Ausschüttung von Gewinnen oder die Auskehrung ihnen zugedachter Vorteile nehmen können, wurden auch sie in den Kreis der zu identifizierenden wirtschaftlichen Eigentümer aufgenommen (siehe dazu unten unter Abschnitten 3.3 und 3.4). Vermutlich haben dabei auch Überlegungen eine Rolle gespielt, die Gefahr der Ausnützung von Transparenzdefiziten und Umgehungsmöglichkeiten auszuschalten.¹⁰⁾ Auch eine Zurechnung an verschiedene Personen aufgrund unterschiedlicher Zurechnungsgründe (Eigentum bzw Kontrolle) ist mE möglich (siehe dazu unten unter Abschnitt 3.1).

2.3 Stiftungen und Trusts

Neben *Gesellschaften* (Art 3 Z 6 lit a 3. GW-RL) erfasst die Definition auch Rechtspersonen und Rechtsvereinbarungen wie *Stiftungen* und *Trusts* (Art 3 Z 6 lit b 3. GW-RL). Einbezogen werden sowohl juristische Personen als auch Sondervermögensmassen, die zur Verwaltung oder Verteilung von (zweckgewidmetem) Vermögen nach in- oder ausländischem Recht wirken oder bestehen. Dies ist insofern nicht unproblematisch als Rechtspersonen von der Natur einer Stiftung (zB die österreichische Privatstiftung) in der Regel (auch aus abgabenrechtlicher Sicht¹¹⁾ keine (wirtschaftlichen) Eigentümer oder Anteilseigner haben. Indes handelt es sich bei der in die Definition ebenfalls einbezogenen Rechtsfigur des Trust im Unterschied zu einer Stiftung nicht um eine rechtsfähige Vermögensmasse, sondern um ein durch Treuhandpflichten (Fiduciary Duties) zu Gunsten des Trust-Begünstigten (Beneficiary) gebundenes Sondervermögen im Eigentum des Trustees.¹²⁾ Dieser unterschied-

8) Deren Definition lautet: „Beneficial owner‘ refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.“

9) Kritisch dazu *Scherbaum*, Problem „unbestimmter Gesetzesbegriff“, KWT Update Geldwäsche April 08, 18.

10) Im Falle von Stiftungen und Trusts umfasst die Identifikationspflicht die Ergreifung risikobasierter und angemessener Maßnahmen (dh solcher, die dem gesamthaft erkennbaren Risiko der Geschäftsbeziehung entsprechen), um die Eigentums- und Kontrollstruktur des Kunden zu verstehen (Art 8 Abs 1 lit b 3. GW-RL).

11) Punkt 19 Stiftungsrichtlinien 2001 (StiftR 2001).

12) Siehe dazu *Petritz*, Der Trust für Zwecke der Vermögensnachfolge (Estate Planning), RdW 2007, 635 [636].

lichen rechtlichen Konstruktion entsprechend kann die Bezeichnung eines Trust-Beneficiary als wirtschaftlicher Eigentümer (Beneficial Owner) – etwa im Sinne einer Treuhandschaft – auch dem abgabenrechtlichen Verständnis (§ 24 Abs 1 lit b und c BAO) entsprechen. Der Terminus Beneficial Owner stammt aus dem Trust Recht.¹³⁾ Allerdings umfasst die FATF-Definition des Beneficial Owners auch die Kontrolle über juristische Personen (control of legal persons), sodass der europäische Gesetzgeber aufgrund der Funktionsverwandtschaft von Trusts und Stiftungen für beide Institute eine einheitliche Regelung mit dem oben beschriebenen weiten Begriffsverständnis finden musste.

3 Die Kriterien für wirtschaftliches Eigentum im Sinne der 3. GW-RL im Detail

3.1 Gesellschaften im Eigentum oder unter Kontrolle natürlicher Personen

Als wirtschaftliche Eigentümer einer Gesellschaft oder Rechtsperson ist/sind die *natürliche/n Person/en* anzusehen, in deren (zivilrechtlichen) Eigentum oder unter deren Kontrolle die juristische Person letztlich steht. Diese Voraussetzungen können durch das direkte oder indirekte Halten eines ausreichend hohen Anteils von Beteiligungs- oder Stimmrechten erfüllt sein.¹⁴⁾ Ein Anteil von mehr als 25% gilt nach der Definition jedenfalls als ausreichend (Art 3 Z 6 lit a i 3. GW-RL). Für Gesellschaften, die an einem geregelten Markt gelistet sind und die den gemeinschaftsrechtlichen oder gleichwertigen Offenlegungspflichten unterliegen, gilt die Identifikationspflicht nicht.¹⁵⁾ Kontrolle kann aber auch „*auf andere Weise*“¹⁶⁾ erfüllt sein (Art 3 Z 6 lit a ii 3. GW-RL). Wirtschaftlicher Eigentümer kann nur die hinter einer juristischen Person stehende, an der Spitze der Kontrollkette angesiedelte *natürliche Person* (oder Gruppe¹⁷⁾ natürlicher Personen) sein. Unklar ist, ob bei indirekter Beteiligung für die Feststellung des kontrollrelevanten Beteiligungsausmaßes eine Durchrechnung vorzunehmen ist. ME müsste es ausreichen, wenn auf jeder Beteiligungsstufe die 25% Schwelle überschritten wird. Stehen Eigentum und Kontrolle unterschiedlichen Personen zu, sind beide als wirtschaftlicher Eigentümer zu betrachten, Das folgt mE aus dem umfassenden Begriffsverständnis, demzufolge, anders als im Abgabenrecht¹⁸⁾, die Zurechnungskriterien als gleichwertig zu betrachten sind und einander nicht ausschließen.

3.2 Sonstige Rechtspersonen (insbesondere Stiftungen und Trusts) unter Kontrolle natürlicher Personen

Die Definition spricht von der Kontrolle über eine „*Rechtsperson*“, wofür sie als Beispiele ausdrücklich auch Stiftungen

und Trusts nennt (Art 3 Z 6 lit a ii und lit b 3. GW-RL). Als wirtschaftliche Eigentümer solcher Rechtspersonen gilt bzw gelten die *natürliche/n Person/en*, die sie letztlich kontrollieren. ME liegt es aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nahe, dies nach den schon zum Übernahme- und Kapitalmarktrecht entwickelten Überlegungen zu beurteilen.¹⁹⁾

Folgende Strukturmerkmale vermitteln in der Regel Kontrollstellung: Dem Stifter vorbehaltenes *Widerrufs-* oder *Änderungsrecht*, Rechte eines Stifters, Begünstigten oder Dritten zur *Bestellung* oder *Abberufung* der *Mehrheit* der Mitglieder des *Stiftungsvorstandes* oder anderer Stiftungsorgane, sofern diesen die Entscheidung über die mehrheitliche Besetzung des Stiftungsvorstandes zukommt, sowie *Weisungs-*, *Zustimmungs-*, *Veto-* und andere *Kontrollrechte*, die bestimmenden Einfluss auf die *Geschäftsführung* verschaffen.

Elemente einer *kontrollierten liechtensteinischen Stiftung* (im Gegensatz zur sog Ermessensstiftung) sind typischerweise: Der sogenannte „*Mandatsvertrag*“, *statutarische Vorbehalte*, *Erstbegünstigtenstellung* des *wirtschaftlichen Stifters*, Einfluss auf *Bestellung* und *Abberufung* von *Organen*, *Personenidentität* von *Stifter*, *Begünstigtem* und *Stiftungsrat*, *Zeichnungsrecht* des Stifters für *Bankkonten*, *Generalvollmacht* des Stifters etc.²⁰⁾

13) Black's Law Dictionary (1991) 156.

14) Die Definition spricht von Aktien, was nur beispielhaft aufgefasst werden kann. Andere Arten von Beteiligungsrechten im weitesten Sinne (Anteile an GmbH oder Personengesellschaft, Wandelschuldverschreibung etc) müssen ebenso darunter fallen.

15) Die Ausnahme ist dadurch gerechtfertigt, dass die Beteiligungspublizität genügend Einblick in die Kontrollstruktur und Schutz gegen Geldwäsche bietet.

16) ZB durch Syndizierung, Abschluss eines Treuhand-, Betriebsführungs- oder Ergebnisabführungsvertrages etc.

17) Die Zurechnung einer qualifizierten Beteiligung an mehrere Personen setzt einvernehmliches Vorgehen bei Ausübung der Anteilsrechte voraus; siehe Punkt 3.3.2.4 der Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Richtlinienvorschlag der Kommission vom 11.5.2005 (2005/C 267/05), deren englische Fassung von „group acting as a „concert party““ spricht.

18) Vgl Stoll, BAO Bd 1 (1991) 304.

19) Hofmann, ÖBA 2008, 778; Zollner, Die kontrollierte Privatstiftung aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, GesRZ 2003, 283; Hofmann, Der mittelbare Beteiligungserwerb durch eine beherrschte Privatstiftung im Übernahmegesetz (ÜbG) nach dem Übernahmerechts-Änderungsgesetz 2006 (ÜbRÄG), GesRZ 2007, 182; Arnold/Schuster, Übernahmerechtliche Folgen einer Änderung der Stiftungserklärung und von Verschiebungen bei Stifterrechten, GesRZ 2007, 303.

20) Siehe Hepberger, Die Liechtensteinische Stiftung – Unter besonderer Berücksichtigung der Rechte des Stifters nach deren Errichtung (2003) 93.

Typische Strukturmerkmale eines *kontrollierten Trust* (*Revocable Trust* oder *Grantor Trust*) sind: Ernennung des *Stifters* (*Settlor*) zum *Trustee*, Vorbehalt des Rechtes zur *Änderung* der *Trust-Urkunde* oder zum *Widerruf* von *Vermögenszuwendungen*. Kriterien, die nach amerikanischem Steuerrecht dazu führen, Einkommen und Vermögen eines Trust dem Grantor (Stifter) als „Beneficial Owner“ zuzurechnen (bestimmte *Anwartschafts-, Kontroll-, Dispositions-, Widerrufs- oder Begünstigtenrechte* des Grantor am Trustvermögen²¹⁾), sprechen auch für die Qualifikation als wirtschaftlicher Eigentümer im Sinne der 3. GW-RL.

Analog zur Regelung für Gesellschaften konkretisiert auch der auf Stiftungen und Trusts abgestimmte Teil der Definition den Kontrolltatbestand mit einem Schwellenwert. *Kontrolle über 25 % oder mehr des Vermögens* reicht aus, um wirtschaftliches Eigentum zu begründen (Art 3 Z 6 lit b iii 3. GW-RL). Um relevante Dispositionsbefugnis zu verschaffen, kommen die oben beschriebenen Kontrollinstrumente und Steuerungsmittel in Frage. Nach dem Regelungszweck ist die Überschreitung der 25% Schwelle mE auf Basis des Vermögens zum *Stichtag der Beurteilung* (*Substanz* und *thesaurierte Erträge*) zu prüfen. Dass das kontrollierte Vermögen vom Inhaber der Kontrolle stammen muss (was die Formulierung in Abs 12 der Präambel 3. GW-RL vermuten ließe), ist keine Voraussetzung.

3.3 Bestimmte qualifizierte Begünstigte von Stiftungen und Trusts

Als wirtschaftlicher Eigentümer gelten auch natürliche Personen, die als (künftig) Begünstigte *bereits bestimmt* sind und denen *mindestens 25% des Vermögens* zugedacht sind (Art 3 Z 6 lit b i 3. GW-RL). Die Begünstigung einer juristischen Person ist derjenigen natürlichen Person zuzurechnen, in deren wirtschaftlichem Eigentum die Gesellschaft steht (siehe oben unter Punkt 3.1). Ob ein eigen- oder gemeinnütziger Zweck (Charitable Trust) verfolgt wird, ist gleichgültig.

Die Personen müssen aufgrund der Begünstigtenregelung (Stiftungserklärung, Statut oder Trust-Dokument) oder einer Auswahlentscheidung der dazu berufenen Stelle (Stiftungsvorstand, Stiftungsrat, Trustee) als Zuwendungsempfänger *bereits bestimmt* sein. Eine Befristung oder auflösende Bedingung für die Begünstigtenstellung tut ebenso wenig zur Sache wie die Möglichkeit ihres Erlöschens oder des Entzuges. Auch ein Rechtsanspruch auf die Zuwendung ist nicht notwendig, wenn der Bedachte zum Begünstigtenkreis zählt und aufgrund geringen Ermessensspielraumes mit Zuwendungen im geforderten Ausmaß zu rechnen hat; insbesondere, wenn er bereits zeitnah Zuwendungen erhalten hat.

Hat eine Person noch keine aktuelle Begünstigtenstellung, kann sie aber als künftiger Begünstigter bereits identifiziert werden, so kommt sie ebenfalls als wirtschaftlicher Eigentümer in Betracht. Art 3 Z 6 lit b i 3. GW-RL sieht vor, dass der künftige Begünstigte „*bereits bestimmt*“ sein muss, was mE als bestimmbar bzw individualisierbar zu lesen ist. Die Regelungen in der Stiftungserklärung oder die Zuwendungsentscheidung der zur Feststellung der Begünstigten berufenen Stelle müssen zumindest ausreichend konkret sein, um den oder die Begünstigte(n) ermitteln zu können.²²⁾ Hierbei kann es sich sowohl um Personen mit einer gesicherten (unentziehbaren) Anwartschaft auf eine künftige Begünstigtenstellung handeln (zB geborene Ersatzbegünstigte, die nach dem Ableben des Erstbegünstigten zum Zug kommen) als auch um aufschiebend bedingt Berufene. Gleiches gilt für Letztbegünstigte. Die Begünstigten müssen keine Einflussrechte haben.

Weiters ist zu prüfen, ob die Begünstigten *25% oder mehr* des Vermögens erhalten sollen. Art 3 Z 6 lit b i 3. GW-RL spricht von „*Begünstigte(n) von 25% oder mehr des Vermögens*“. Unter Vermögen ist hier mE die Summe der *Substanz* und der für die voraussichtliche Bestandsdauer *geschätzten Gesamterträge* zu verstehen. Gemeint ist die Beteiligung an den daraus insgesamt gespeisten (voraussichtlichen) Zuwendungen. Zutreffend wurde die Bestimmung durch VAG, BWG, RAO und NO daher jeweils mit der Wendung „*Begünstigten von 25% oder mehr der Zuwendungen*“ umgesetzt.²³⁾ § 34 Abs 4 Z 2 WT-ARL 2003 fordert in diesem Sinne eine „*wesentliche Begünstigung*“ ab 25%. Der qualifizierte Anteil wird gegeben sein, wenn Zuwendungen im verlangten Ausmaß nicht von vorneherein auszuschließen sind. Zum Zeitpunkt der Prüfung ist eine Prognoserechnung anzustellen. Die qualifizierte Zuwendung kann auch auf mehrere Begünstigte entfallen. Nicht klar ist indessen, welche Verbindung (etwa als Rechtsgemeinschaft) zwischen mehreren Begünstigten bestehen muss, damit ihnen gemeinsam zugerechnet wird. Verschiedene Personen können hinsichtlich derselben qualifizierten Quote konkurrieren (zB Erstbegünstigte mit Zweitbegünstigten oder Begünstigte mit Letztbegünstigten), weil nicht abschbar ist, wer am Ende wie viel erhält.

21) Vgl Title 26, Subtitle A, Chapter 1, Subchapter J, Part I, Subpart E, Sec. 671 ff I.R.C.

22) Präambel Abs 9 3. GW-RL. Vgl Art 3 Abs 1 lit b Z 1 der liechtensteinischen SPV, der darauf abstellt, ob „*die Begünstigten namentlich bestimmt wurden*“.

23) § 98a Abs 2 Z 3 lit b aa VAG, § 2 Z 75 lit b aa BWG, § 8d Z 2 lit a RAO, § 36d Z 2 lit a NO.

Um den Präventionszweck der Geldwäschebestimmungen (Schaffung von Transparenz hinsichtlich der wahren Nutznießer einer Transaktion) nicht zu verfehlen und Verschleierrungsstrategien zu erschweren, sind der Begünstigtenbegriff und das qualitative Kriterium der 25% Schwelle weit auszuweiten. Ein Leistungsaustausch mit Stiftungen und Trusts begünstigt die Anonymität und verlangt deshalb erhöhte Aufmerksamkeit.²⁴⁾

3.4 Gruppe noch nicht bestimmter hauptsächlich Begünstigter von Stiftungen und Trusts

Einzelne Begünstigte können noch nicht bestimmt oder bestimmbar sein, zB weil für ihre Auswahl ein sehr weites Ermessen eingeräumt ist (diskretionäre Stiftung) und auch noch keine Zuwendungsentscheidung gefasst wurde oder weil begünstigte Personen noch nicht geboren sind. In diesem Fall genügt die Feststellung der *Gruppe*, deren Angehörige als potenziell Begünstigte *hauptsächlich* vorgesehen sind oder in Frage kommen. Die Identität einzelner Personen der Gruppe muss dann nicht ermittelt werden (Präambel Abs 9, Art 3 Z 6 lit b ii 3. GW-RL). Es reicht die Angabe oder Beschreibung des Kreises der Personen, in deren *Interesse* die Stiftung oder der Trust hauptsächlich besteht („*wirksam ist oder errichtet wurde*“ – Art 3 Z 6 lit b ii 3. GW-RL).²⁵⁾ Von einer Personengruppe kann gesprochen werden, wenn sich ihre Mitglieder durch gemeinsame Merkmale auszeichnen (zB Nachkommen des Stifters, Belegschaft eines Unternehmens). Ob die Vorteile letztendlich allen Mitgliedern der Gruppe oder nur einem Teil zufallen, ist unerheblich. Ein Größenschluss gebietet es mE jedoch, die Gruppe als hauptsächlichlichen Nutznießer auch dann anzugeben, wenn die ihr angehörenden Begünstigten zwar bereits bestimmt, aber mangels qualifizierter Zuwendung nicht als Einzelperson zu identifizieren sind.

4. Abgabenrechtliche Grundsätze

Vorab festzustellen ist als wichtigste Unterscheidung zwischen den Begriffen der Geldwäsche und des Abgabenrechts, dass im Bereich des Letzteren eine Exklusivität der Zurechnung besteht, dh, dass es nur ein Zurechnungssubjekt für die Vermögensgegenstände und für die Einkünfte

geben kann (wenn gleich dieses unterschiedlich sein kann, wie die nachführenden Ausführungen zeigen werden).

Wie bereits kurz angedeutet, richtet sich die Zurechnung von Wirtschaftsgütern nach den Kriterien des § 24 BAO²⁶⁾, welche das sog wirtschaftliche Eigentum nach abgabenrechtlichen Prinzipien regeln. Wirtschaftlicher Eigentümer ist derjenige, dem bei wirtschaftlicher Anknüpfung des Abgabentatbestandes ein Wirtschaftsgut zuzurechnen ist. Wirtschaftlicher Eigentümer ist idR der zivilrechtliche Eigentümer,²⁷⁾ jedoch fallen zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum auseinander, „wenn ein anderer als der zivilrechtliche Eigentümer die positiven Befugnisse, die Ausdruck des zivilrechtlichen Eigentums sind, wie insbesondere Gebrauch, Verbrauch, Veränderung, Belastung und Veräußerung, auszuüben in der Lage ist, und wenn er zugleich den negativen Inhalt des Eigentumsrechtes, nämlich den Ausschluss Dritter von der Einwirkung auf die Sache geltend machen kann.“²⁸⁾ Ähnlich hat dies bereits der RFH in seinem Grundsatzurteil ausgesprochen, in dem er die Wirtschaftsgutzurechnung an denjenigen vornimmt, der mit dem Wirtschaftsgut „wie ein Eigentümer schalten und walten kann und dies auch tut.“²⁹⁾

Anders als beim wirtschaftlichen Eigentum an Vermögensgegenständen enthält das Ertragsteuerrecht selbst keine generellen expliziten Regeln für die persönliche Zurechnung der Einkünfte. Ebenso wenig enthält § 24 BAO Aussagen über die Zurechnung von Einkünften.³⁰⁾ § 24 BAO kommt in diesem Zusammenhang nach der *Ruppe'schen Zurechnungslehre*³¹⁾,

24) *Trentini*, Über die Arbeit der Arbeitsgruppe zur Umsetzung der Richtlinie, KWT Update April 08, 8; vgl § 37 Abs 2 WT-ARL 2003.

25) Das Erfordernis der Feststellung der Gruppe noch nicht identifizierbarer Begünstigter („*the class of persons in whose main interest the entity or arrangement is set up or operates*“) geht auf die Anregung des Ausschusses des Europäischen Parlamentes für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres vom 3.5.2005 (A6-0137/2005) zurück.

26) Wobei § 24 BAO als Ausfluss der wirtschaftlichen Betrachtungsweise angesehen wird; vgl zB VwGH 9.6.1986, 84/15/0229; *Stoll*, BAO 283; *Ritz*, BAO³ § 24 Rz 1.

27) VwGH 27.8.2008, 2006/15/0013.

28) Vgl zB VwGH 19.3.2002, 99/14/0286; VwGH 28.11.2002, 2001/13/0257; VwGH 21.9.2006, 2003/15/0053; vgl auch *Jakom/Kanduth-Kristen*, EStG (2009) § 31 Rz 15.

29) RFH 22.3.1929, RSBl 1929, 504.

30) Vgl *Ritz*, BAO³ § 24 Rz 5; *Stoll*, BAO § 42, 289; vgl auch VwGH 25.6.1997, 95/15/0192; VwGH 31.3.1998, 98/13/0039; VwGH 23.4.2002, 99/14/0321.

31) *Ruppe*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, in *Tipke* (Hrsg) Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht (1978) 7 [15].



die vom VwGH übernommen wurde³²⁾; keine Bedeutung zu, weil die Zurechnung von Einkünften nach dem Ertragsteuerrecht nicht ein Problem des zivilrechtlichen Eigentums oder der wirtschaftlichen Sachherrschaft über Wirtschaftsgüter ist, sondern von der Innehabung einer Einkunftsquelle abhängt.³³⁾ Für die Zurechnung der Einkünfte kommt es daher entscheidend darauf an, wer über die Einkunftsquelle verfügt. Dies bedeutet aber auch, dass sich die Zurechnung von Einkünften nicht immer mit dem wirtschaftlichen Eigentum an der Einkunftsquelle decken muss.³⁴⁾

Nach der bereits erwähnten *Ruppe'schen Zurechnungslehre*, die der VwGH in stRsp übernommen hat, ist eine Einkunftsquelle (und somit auch die Einkünfte) aber grundsätzlich demjenigen zuzurechnen, der wirtschaftlich über sie disponieren und so die Art ihrer Nutzung bestimmen kann. Entscheidend ist also, wer aus der Tätigkeit das Unternehmerisiko trägt, dh die Möglichkeit besitzt, die sich ihm bietenden Marktchancen auszunutzen, Leistungen zu erbringen oder zu verweigern.³⁵⁾

Diese Prinzipien gelten nicht nur für physische, sondern auch für juristische Personen.³⁶⁾ Sowohl nach der Rsp des

32) Vgl grundlegend VwGH 20.9.1988, 87/14/0167 zur Zurechnung von Trusteinkünften; vgl weiters VwGH 11.7.1995, 91/13/0154; VwGH 5.8.1993, 93/14/0031; VwGH 24.5.2007, 2005/15/0052; VwGH 14.12.2006, 2002/14/0022; VwGH 29.11.2006, 2002/13/0189; VwGH 26.2.2004, 99/15/0127; VwGH 24.6.2003, 2002/14/0134; VwGH 23.4.2002, 99/14/0321; VwGH 26.9.2000, 98/13/0070; 26.9.2000, 98/13/0070; VwGH 19.11.1998, 97/15/0001; VwGH 21.7.1998, 93/14/0149; VwGH 25.6.1997, 95/15/0192; VwGH 29.11.1994, 93/14/0150; VwGH 27.1.1994, 92/15/0136; VwGH 16.3.1989, 89/14/002; vgl auch *Doralt/Renner*, EStG⁸ (2004) § 2 Rz 142.

33) So auch *Stoll*, BAO § 24, 289.

34) Vgl VwGH 29.5.1990, 90/14/0002; VwGH 19.11.1998, 97/15/0001; VwGH 26.9.2000, 98/13/0070.

35) Vgl auch *Zorn*, Einkünftezurechnung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, in 15. ÖJT (2003) Band III/135.

36) *Fischer*, Einkünftezurechnung im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, in 15. ÖJT Band III (2003) 7 (36); mwN *Kofler*, Der steuerliche Durchgriff bei der Privatstiftung (2001) 21 ff; *Lang*, VwGH zu Treaty Shopping, SWI 1998, 216.

Denken Sie in Generationen

Vermögensveranlagung von Stiftungen

Referenten WP/StB Mag. FIRLINGER
WP/StB Ing. Mag. GRUBER
RA/StB MMag. Dr. SCHMIDT

Termine 21.10.09, Wien | 23.04.10, Wien

Die Stiftung nach dem Tod des Stifters

Referenten RA DDr. MÜLLER, Univ.-Prof. Dr. KALSS

Termin 13.11.09, Wien

Substiftungen

Aktuelle Stiftungsgestaltung aus rechtlicher und steuerlicher Sicht

Referenten Univ.-Lekt. RA DDr. HASCH
WP/StB Dr. LUDWIG

Termin 11.11.09, Wien

Safe harbour Privatstiftung?

Wie sicher ist das Vermögen in der Stiftung bei Krise des Stifters?

Referenten Mag. Dr. ZOLLNER, RA Dr. SAURER

Termine 13.01.10, Wien | 16.06.10, Wien

Pflichtteilsrecht

Streitfragen & aktuelle Entwicklungen

Referent FH-Lekt. Dr. VERWEIJEN

Termine 28.10.09, Wien | 26.04.10, Wien

Jahresabschluss und Prüfung von Privatstiftungen

Referent StB MMag. Dr. MARSCHNER, LL.M.

Termin 09.11.09, Wien

Umgründungen – Unternehmensrechtliche Aspekte

Referenten Univ.-Prof. Dr. KALSS, Dr. MÄDEL

Termin 03.12.09, Wien

LEHRGANG Stiftungen

Referenten RA Dr. EISELSBERG
StB MMag. Dr. MARSCHNER, LL.M.
RA Dr. ALTHUBER, LL.M., WP/StB Dr. LUDWIG
RA Dr. VAVROVSKY, MBL-HSG
Univ.-Doz. StB Dr. FRABERGER, LL.M.
Univ.-Lekt. StB MMag. PETRITZ, LL.M.
WP/StB Mag. FIRLINGER, RA DDr. MÜLLER

Termin 23.03.–14.04.10, Wien (3½-tägig)



Müller



Ludwig



Kalss



Von den Besten lernen.

Anmeldung / Information: Tel. +43 (1) 713 80 24-0

Fax Dw -14

E-Mail: office@ars.at

Das gesamte ARS-Seminarprogramm finden Sie auf www.ars.at

VwGH als auch nach der Auffassung des BMF und der Materialien zum PSG ist die *Ruppe'sche Zurechnungslehre* auch bei juristischen Personen anzuwenden, wobei aus der grds Anerkennung eines rechtlichen Gebildes als selbstständiges Steuersubjekt folgt, dass ihm die aus seinem Vermögen zufließenden Einkünfte zuzurechnen sind.³⁷⁾

Dies gilt selbstverständlich auch für Stiftungen und Trusts, wobei besonders hervorzuheben ist, dass der VwGH die *Ruppe'sche Zurechnungslehre* erstmals im sog Trusterkenntnis³⁸⁾ anerkannt hat. Entscheidend wird daher bei Stiftungen und Trusts auf die zweigeteilte Transparenz/Intransparenzprüfung abzustellen sein,³⁹⁾ die

- zunächst einen Typenvergleich mit österreichischen Stiftungen und sodann,
- sofern die (ausländische) Stiftung oder der Trust als vergleichbar und damit als mögliches Zurechnungssubjekt anerkannt ist, anhand der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und der *Ruppe'schen Zurechnungslehre* überprüft, wem die Wirtschaftsgüter und die Einkunftsquellen zuzurechnen sind.

Diesem zweigeteilten Transparenz/Intransparenztest folgt auch die Finanzverwaltung im Entwurf zu den Stiffr 2009.⁴⁰⁾ Hinsichtlich des anzustellenden Typenvergleichs darf auf andere Stellen verwiesen werden.⁴¹⁾

Die Zurechnung zu Stiftungen und Trusts richtet sich daher nach der *Ruppe'schen Zurechnungslehre* bzw dem wirtschaftlichen Eigentum nach der (positiven und negativen) Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle bzw den Wirtschaftsgütern. Dies wird sich – ebenso wie bei anderen juristischen Personen – danach richten, ob die Organe der Stiftung bzw des Trusts autonom über die Einkunftsquelle bzw Wirtschaftsgütern verfügen. Haben hingegen Stifter/Settlor bzw die Begünstigten/Beneficiaries weitgehende Einflussrechte, etwa über einen tatsächlich gelebten Mandatsvertrag,⁴²⁾ besteht zB ein Vermögensverwaltungsauftrag, der es dem Stifter ermöglicht, die Veranlagungen über das Stiftungsvermögen selbstständig tatsächlich vorzunehmen und tut er dies auch regelmäßig, oder hat der Stifter/Settlor/der Begünstigte einen direkten Zugriff zu den Stiftungs- bzw Trustskonten, zB über persönlich verwendete Kreditkarten, die auf die Stiftung oder den Trust lauten, so kann wohl davon ausgegangen werden, dass dem Stifter/Settlor/den Begünstigten das wirtschaftliche Eigentum bzw die Disposition über die Einkunftsquelle zukommt. Somit kann festgehalten werden, dass die Zurechnung der Wirtschaftsgüter bzw der Einkünfte zum Steuerrechtssubjekt (ausländische)

Stiftung bzw Trust zu erfolgen hat, wenn tatsächlich den Organen des Rechtsträgers die (faktische) Dispositionsbefugnis zukommt, dh, sofern diese nicht als „Strohmannen“ fungieren (ganz egal der rechtlich festgelegten Befugnisse, vielmehr kommt es auf die tatsächliche Handhabung an).⁴³⁾ Insofern sind Abgabenrecht und Geldwäschevorschriften gar nicht so weit voneinander entfernt.

Reine Begünstigtenstellungen, auch wenn der Stifter/Settlor Begünstigter der von ihm ins Leben gerufenen Stiftung/Trust ist, reichen hingegen – anders als im Rahmen der Geldwäschevorschriften – nicht für eine Zurechnung aus.

37) Vgl mit den entsprechenden Nachweisen *Kofler*, Der steuerliche Durchgriff bei der Privatstiftung (2001) 57.

38) VwGH 20.9.1988, 87/14/0167.

39) Vgl zB *Fraberger/Petritz*, Die liechtensteinische Familienstiftung im österreichischen Abgabenrecht, RdW 2008, 299 ff; *Hosp*, Liechtensteinische Stiftungen im Lichte des österreichischen Steuerrechts, ÖStZ 2008, 194 ff; *Toifl*, Nochmals: Die Liechtensteinische Familienstiftungen im österreichischen Abgabenrecht, RdW 2008, 428 [429]; *Schuch/Hammer*, Ausländische Stiftungen und Vermögensmassen im österreichischen Abgabenrecht, in *Cerha/Haunld/Huemer/Schuch/Wiedermann* (Hrsg) Stiftungsbesteuerung (2008) 199 [204f]; *Haunold/Wehinger*, Die liechtensteinische Stiftung, in *Cerha/Haunld/Huemer/Schuch/Wiedermann* (Hrsg) Stiftungsbesteuerung (2008) 228 ff; *Fraberger*, Nationale und internationale Unternehmensnachfolge (2001) 267 ff.

40) Rz 21 des Entwurfs der Stiffr. Anders als bei der pauschalen Einordnung von vermögensverwaltenden FL Stiftungen (Kapitalveranlagungsstiftungen) (BMF 23.4.2009, SWK 2008, 450); vgl auch *Mayr*, Stiftungen nach dem SchenkMG 2008, RdW 2008, 487.

41) *Fraberger/Petritz*, Die liechtensteinische Familienstiftung im Abgabenrecht, RdW 2008, 299; *Petritz*, Vergleichbare ausländische Vermögensmasse, in *Fraberger/Petritz* (Hrsg) Schenkungsmeldegesetz 2008, 48; *Petritz*, Die Besteuerung des Trust nach dem SchenkMG, taxlex 2008, 275; *Hammer/Petritz*, EU-Familienstiftungen im österreichischen Abgabenrecht, RdW 2009, 432.

42) Wobei hierbei zu beachten ist, dass ein solcher auch tatsächlich „gelebt“ wurde. Wurde daher ein Mandatsvertrag zwar abgeschlossen, lässt dieser aber dem Stiftungsvorstand/-rat wesentliche Dispositionsbefugnisse offen, so spricht man von sog „weichen Mandatsverträgen“, die nach *Fraberger/Petritz*, Die liechtensteinische Familienstiftung im österreichischen Abgabenrecht, RdW 2008, 299 ff, nicht zu einem Kontrollverhältnis führen.

43) Hierzu kann auch auf die Rsp zum Ort der Geschäftsleitung verwiesen werden. Der Ort der Geschäftsleitung liegt nämlich nach der einschlägigen Rsp am Ort, an dem sich die tatsächliche Oberleitung befindet. Wenn der wesentliche Gesellschafter tatsächlich alle wesentlichen Entscheidungen von einiger Wichtigkeit an sich „reißt“, dann befindet sich der Ort der Geschäftsleitung an diesem Ort. Vgl mwN *Petritz*, Der Ort der Geschäftsleitung bei Beherrschungsverhältnissen, Managementverträgen und Treuhandverträgen, RdW 2008, 492 ff.

Dies muss gleichermaßen für in- als auch für ausländische Rechtsträger gelten.⁴⁴⁾ Noch viel mehr muss diese Auffassung für die Fälle gelten, in denen die Begünstigtenstellung vom Eintritt einer bestimmten Bedingung, zB des Erreichens eines bestimmten Lebensalters, abhängt. Anders könnten hingegen sog fixed-interest trusts gesehen werden, deren Kennzeichen es ist, einen bestimmten Anteil am Vermögen und/oder am Ertrag einem bestimmten Begünstigten/Beneficiary zukommen zu lassen, und zwar auf eine Art und Weise, die es ihm ermöglicht, dieses Recht durchzusetzen, zu pfänden oder zu veräußern.⁴⁵⁾

Dem Stifter/Settlor vorbehaltenen Änderungs- bzw. Widerrufsrechte stellen hingegen für die Zurechnung von Wirtschaftsgütern bzw. Einkünften – sofern sie ohne das Vorhandensein von weiteren Einflussmöglichkeiten des Stifters/Settlers stehen – nach der Auffassung des BMF kein geeignetes Zurechnungskriterium dar.⁴⁶⁾ Ebenso unschädlich sind Veranlagungsrichtlinien⁴⁷⁾ oder Genehmigungsrechte von Rechtsbeziehungen (Geschäften) von besonderer Bedeutung. Deziert wird betont, dass sowohl für in- als auch für ausländische Rechtsträger die gleichen Regeln zu gelten haben.⁴⁸⁾

In Zusammenhang mit Familienstiftungen und Trusts ist besondere Bedeutung auf die Zurechnungslehre bei Kapitaleinkünften und Veräußerungsgeschäften zu legen. Auch in diesem Bereich soll nicht das zivilrechtliche, sondern maximal das wirtschaftliche Eigentum eine Rolle spielen. Nach der *Ruppe'schen Zurechnungslehre* sind dabei die Einkünfte aus Kapitalvermögen demjenigen zuzurechnen, „dem die Befugnis oder auch nur die faktische Möglichkeit zur entgeltlichen Nutzung der fraglichen Wirtschaftsgüter zukommt.“⁴⁹⁾ Im Falle von Veräußerungsgeschäften, insbes nach den §§ 30 und 31 EStG ist Zurechnungsobjekt der Einkünfte derjenige, „der über die betreffenden Wirtschaftsgüter im Innenverhältnis durch Veräußerung disponieren kann.“ Dies wird regelmäßig der wirtschaftliche Eigentümer iSd § 24 BAO sein.⁵⁰⁾



Neueste Infos zu Vergaberecht, StVO, Arbeitnehmerschutz u.v.m.

Alle Themen des aktuellen Heftes unter www.UVS.voe.at

SCHLUSSFOLGERUNGEN

Der Begriff des „Beneficial Owner“ iSd Geldwäschevorschriften geht entsprechend dem risikobasierten Ansatz der 3. GW-RL über den des wirtschaftlichen Eigentümers bzw. desjenigen, der über die Einkunftsquelle disponiert, hinaus. Während im Abgabenrecht prinzipiell ein Exklusivitätsverhältnis besteht, ist ein solches im Sinne der Geldwäschevorschriften nicht auszumachen. Weiters können im Geldwäscherecht nur natürliche Personen wirtschaftliche Eigentümer sein.

Darüber hinaus durchbrechen die Geldwäschevorschriften auch das im Abgabenrecht allgemein anerkannte Trennungsprinzip und „forschen“ auch den „Beneficial Owner“ von Kapitalgesellschaften, aber auch von Stiftungen und Trusts aus. Kapitalgesellschaften, Stiftungen und Trusts stellen aber im Abgabenrecht anerkannte Steuersubjekte dar. In Bezug auf Stiftungen und Trusts stellen die Geldwäschevorschriften auf ein „Kontrollverhältnis“ ab. Dem folgt auch das Abgabenrecht, indem es fingiert, dass bei transparenten Strukturen keine „echte“ Vermögensweitergabe/Übertragung einer Einkunftsquelle an eine Stiftung/Trust/Körperschaft stattgefunden hat.

Führt die Aufgaben einer Stiftung oder eines Trust jedoch tatsächlich der Stiftungsvorstand, -rat oder Trustee aus, sind dem selbstständigen Steuersubjekt – auch nach der einschlägigen Rsp – Wirtschaftsgüter und Einkünfte zuzurechnen.

Reine Begünstigtenstellungen bzw. potentielle Begünstigtenstellungen reichen im Abgabenrecht – anders als in der Welt der Geldwäsche – nicht für eine Zurechnung aus.

- 44) Anders offenbar die Auffassung des BMF, die bei ausländischen Stiftungen/Trusts, bei denen der Settlor/Stifter glz auch Begünstigter ist, von keiner Vergleichbarkeit ausgeht (sog Grantor Trusts; vgl mwN Petritz, Der Trust für Zwecke der Vermögensnachfolge (Estate Planning) RdW 2007, 635); vgl zB BMF BMF 17.1.2007, EAS 2799.
- 45) Haeusler, in Richter/Wachter (Hrsg), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts (2007) 229 (244).
- 46) Vgl BMF 28.5.2003, RdW 2003, 544, zur Vereinbarung einer Widerrufs Klausel bei einer Schenkung einer Beteiligung.
- 47) Dem Stiftungsvorstand/-rat bzw Trustee ist beispielsweise auferlegt, nur in Triple A geratete Blue Chips, die an der Wiener Börse täglich gehandelt werden, zu investieren.
- 48) Gassner, Grundsatzfragen der Einkünftezurechnung, in 15. ÖJZ (2003) 67 [95].
- 49) Vgl mwN Kofler, Der steuerliche Durchgriff bei der Privatstiftung (2001) 64.
- 50) Vgl mwN Kofler, Der steuerliche Durchgriff bei der Privatstiftung (2001) 64.