

Giovanni Molo/Lars Schlichting/Samuele Vorpe (Hrsg.)

# Automatischer Informationsaustausch in Steuersachen

**Kommentar**

Helbing Lichtenhahn Verlag



# Automatischer Informationsaustausch in Steuersachen

Kommentar

Herausgegeben von

**Giovanni Molo**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Lugano

**Lars Schlichting**

LL.M., Rechtsanwalt in Lugano

**Samuele Vorpe**

MAS SUPSI in Tax Law

Leiter des Kompetenzzentrums für Steuerrecht an der SUPSI

Helbing Lichtenhahn Verlag

Zitiervorschlag: BEARBEITER/-IN, in: Komm. AIA, Art. 12 AIAG N 5

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind  
im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht,  
das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder  
digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu  
vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen  
oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den  
genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb  
der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4039-0

© 2018 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel  
[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## Vorwort

Am 1. Januar 2017 sind in der Schweiz die internationalen sowie die landesrechtlich massgebenden Bestimmungen in Kraft getreten, mit denen zwei neue Formen der Amtshilfe in Steuersachen eingeführt werden: der automatische und der spontane Informationsaustausch. Gleichzeitig wurde auch eine neue Grundlage für den Informationsaustausch auf Ersuchen geschaffen. Nachdem der Bundesrat im Dezember 2009 den bilateralen OECD-Standard bezüglich des Informationsaustauschs auf Ersuchen übernommen hat, folgt nun ein weiterer Schritt. Dieser beinhaltet einen multilateralen Standard und gilt für alle Formen des Informationsaustauschs, jenen auf Ersuchen, den automatischen als sodann den spontanen Informationsaustausch.

Dieser Kommentar konzentriert sich auf den automatischen Informationsaustausch. Da jedoch alle drei Formen von Amtshilfe in einer integrierten Weise betrachtet werden sollen, und es sich dabei um drei komplementäre Instrumente von internationaler Zusammenarbeit handelt, werden wir auch auf die anderen zwei Formen des Informationsaustauschs hinweisen. Der Kommentar wird demzufolge auf die wichtigsten Bestimmungen des multilateralen Abkommens über die Amtshilfe eingehen. Dieses Abkommen, das im Jahr 2010 revidiert wurde, gilt als eigentliche «*Convention mère*». Es bestimmt den materiellen, persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereich der Amtshilfe auf Ersuchen und des automatischen Informationsaustauschs. Sodann dient es als Grundlage für die AIA-Vereinbarung. Die Bestimmungen dieser Vereinbarung, die den automatischen Informationsaustausch im Detail regeln, werden je einzeln behandelt. Eine separate und spezielle Grundlage für die Anwendung des automatischen Informationsaustauschs mit den Mitgliedstaaten der EU ist das betreffende AIA-Abkommen. Seine Bestimmungen werden mit derjenigen der AIA-Vereinbarung verglichen, so dass Analogien und Unterschiede hervorgehoben werden können.

Internationale Abkommen über den automatischen Austausch müssen mit Hilfe von nationalen Normen umgesetzt werden. Im Kommentar wird somit auch das Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG) behandelt. Es wird demzufolge sowohl auf die Sorgfalts- und Mitteilungspflichten der Finanzinstitute als aber auch auf die Stellung der vom automatischen Austausch betroffenen Personen eingegangen. Insbesondere werden die Verfahrensgarantien und das Recht auf Datenschutz dieser Personen eingehend erörtert.

Die drei Herausgeber danken allen Autoren, die an diesem Kommentar mitgewirkt haben sowie der Assistentin des «*Centro di Competenze Tributarie*» der SUPSI, Kelly Scapozza, für die wissenschaftliche Betreuung des Gesamtwerkes. Unser Dank gilt sodann Incoronato Sammarone für seine detaillierte Überprüfung des Kommentars zum Gemeinsamen Meldestandard und Alessandra Borella bezüglich der Kommentierung von Art. 19 AIAG. Zu danken haben wir des Weiteren der Fondazione Fidinam, der Bank EFG, der Banca dello Stato del

## **Vorwort**

Cantone Ticino und der KPMG ohne die die Herausgabe dieses Kommentars nicht möglich gewesen wäre. Für deren Beitrag am Werk werden letztlich auch Patrick Simon vom Helbing Lichtenhahn Verlag und Remo Bornatico herzlich verdankt.

Lugano, im April 2018

Die Herausgeber

## Autorinnen und Autoren

Flavio Amadò

Rechtsanwalt und Notar in Lugano, Ersatzrichter am Appellationsgericht des Kantons Tessin

Art. 22 Amtshilfeübereinkommen

Art. 16, 38 und 39 AIAG

Sacha Cattelan

MAS SUPSI in Tax Law, Steuerberater in Agno

Abschn. 1.1 und 2.2 AIA-Vereinbarung

Art. 1 und 2 EU-Abkommen

Abschn. I.A–E GMS

Art. 2, 20 und 21 AIAG

Sibilla G. Cretti

Dr. iur., TEP, LL.M. Tax, Rechtsanwältin in Neuchâtel

Art. 17 AIAG

Rocco Filippini

Rechtsanwalt, MAS SUPSI in Tax Law, Leiter des Rechtsdiensts der Steuerverwaltung des Kantons Tessin

Art. 23, 24, 29 und 30 AIAG

Simona Genini

Rechtsanwältin, LL.M. International Tax Law, ehemalige Leiterin des Rechtsdiensts der Steuerverwaltung des Kantons Tessin

Arbschn. 3.1–3.6, 4 und 8 AIA-Vereinbarung

Art. 3 und 4 EU-Abkommen

Giordano Macchi

Dipl. Math. ETH, lic. sc. econ., MAS SUPSI in Tax Law, Stellvertretender Leiter der Steuerverwaltung des Kantons Tessin

Art. 4 und 7 Amtshilfeübereinkommen

Giovanni Molo

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Lugano

Art. 1, 4, 6, 28 und 30 Amtshilfeübereinkommen

Präambel, Abschn. 1.1, 1.2, 2.1 und 5–7 AIA-Vereinbarung

Präambel, Art. 1, 2, 6–8, 10 und 11 EU-Abkommen

Art. 2, 6, 8, 13–15, 19, 21, 22, 25, 27, 28, 31–37 und 40 AIAG

## **Autorinnen und Autoren**

Andrea Pedrolì

Dr. iur., Gerichtspräsident am Appellationsgericht des Kantons Tessin

Art. 5 und 22 Amtshilfeübereinkommen

Art. 26 AIAG

Lars Schlichting

LL.M., Rechtsanwalt in Lugano

Abschn. 1.1 und 2.2 AIA-Vereinbarung

Art. 1 und 2 EU-Abkommen

Abschn. I.A–E, II.A–E, III.A–E, IV.A–C, V.A–E, VI.A, VII.A–C; VIII.A–E  
und IX.A GMS

Art. 2–5, 7, 9–12, 18, 35 und 41 AIAG

Curzio Toffoli

MLaw HSG, MAS SUPSI in Tax Law, Rechtsanwalt in Chiasso

Art. 1 AIAG

Samuele Vorpe

MAS SUPSI in Tax Law, Leiter des Kompetenzzentrums für Steuerrecht an der SUPSI

Art. 1, 2, 4, 6–7, 28 und 30 Amtshilfeübereinkommen



# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Autorinnen und Autoren	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis	XXXIII

<b>Teil I: Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Amtshilfeübereinkommen)</b>	1
---	---

Art. 1 Amtshilfeübereinkommen	3
Art. 2 Amtshilfeübereinkommen	12
Art. 4 Amtshilfeübereinkommen	17
Art. 5 Amtshilfeübereinkommen	31
Art. 6 Amtshilfeübereinkommen	34
Art. 7 Amtshilfeübereinkommen	38
Art. 22 Amtshilfeübereinkommen	66
Art. 28 Amtshilfeübereinkommen	79
Art. 30 Amtshilfeübereinkommen	86

<b>Teil II:</b>	95
-----------------	----

<b>A. Multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (AIA-Vereinbarung)</b>	95
---	----

<b>B. Änderungsprotokoll zu dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind (EU-Abkommen)</b>	95
---	----

Präambel AIA-Vereinbarung	97
Präambel EU-Abkommen	
Abschn. 1.1 AIA-Vereinbarung	106
Art. 1 Abs. 1 EU-Abkommen	

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abschn. 1.2 AIA-Vereinbarung	115
Art. 1 Abs. 2 EU-Abkommen	
Abschn. 2.1 AIA-Vereinbarung	120
Art. 2 Abs. 1 EU-Abkommen	
Abschn. 2.2 AIA-Vereinbarung	122
Art. 2 Abs. 2 EU-Abkommen	
Abschn. 3 AIA-Vereinbarung	125
Art. 3 EU-Abkommen	
Abschn. 4 AIA-Vereinbarung	130
Art. 4 EU-Abkommen	
Abschn. 5 AIA-Vereinbarung	131
Art. 6 EU-Abkommen	
Abschn. 6 AIA-Vereinbarung	138
Art. 7 EU-Abkommen	
Art. 8 EU-Abkommen	
Abschn. 7 AIA-Vereinbarung	146
Art. 11 EU-Abkommen	
Art. 7 EU-Abkommen	
Art. 10 EU-Abkommen	
Abschn. 8 AIA-Vereinbarung	155
<b>Teil III: Gemeinsamer Melde- und Sorgfaltsstandard für Informationen über Finanzkonten (GMS)</b>	159
Abschn. I.A GMS	161
Abschn. I.B–E GMS	174
Abschn. II GMS	176
Abschn. III.A GMS	181
Abschn. III.B GMS	182
Abschn. III.C GMS	194
Abschn. III.D–E GMS	203
Abschn. IV GMS	204
Abschn. V.A–C GMS	208
Abschn. V.D GMS	213
Abschn. V.E GMS	221

	Seite
Abschn. VI      GMS	224
Abschn. VII     GMS	234
Abschn. VIII.A   GMS	238
Abschn. VIII.B   GMS	249
Abschn. VIII.C   GMS	258
Abschn. VIII.D   GMS	278
Abschn. VIII.E   GMS	298
Abschn. IX       GMS	302
<b>Teil IV:   Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)</b>	305
Art. 1    AIAG	307
Art. 2    AIAG	319
Art. 3    AIAG	328
Art. 4    AIAG	337
Art. 5    AIAG	340
Art. 6    AIAG	343
Art. 7    AIAG	363
Art. 8    AIAG	365
Art. 9    AIAG	367
Art. 10   AIAG	376
Art. 11   AIAG	379
Art. 12   AIAG	387
Art. 13   AIAG	388
Art. 14   AIAG	391
Art. 15   AIAG	398
Art. 16   AIAG	414
Art. 17   AIAG	417
Art. 18   AIAG	429
Art. 19   AIAG	431

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Art. 20 AIAG	449
Art. 21 AIAG	453
Art. 22 AIAG	459
Art. 23 AIAG	460
Art. 24 AIAG	462
Art. 25 AIAG	464
Art. 26 AIAG	465
Art. 27 AIAG	469
Art. 28 AIAG	469
Art. 29 AIAG	474
Art. 30 AIAG	475
Art. 31 AIAG	478
Art. 32 AIAG	481
Art. 33 AIAG	483
Art. 34 AIAG	483
Art. 35 AIAG	484
Art. 36 AIAG	485
Art. 37 AIAG	486
Art. 38 AIAG	487
Art. 39 AIAG	489
Art. 40 AIAG	493
Art. 41 AIAG	496

<b>Anhang</b>	497
---------------	-----

I.	Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuer- sachen (Amtshilfeübereinkommen)	499
II.	Multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (AIA-Vereinbarung)	523
III.	Gemeinsamer Melde- und Sorgfaltsstandard für Informa- tionen über Finanzkonten (GMS)	531

	Seite
IV. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten (EU-Abkommen)	559
V. Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)	611
VI. Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAV)	631
<b>Sachregister</b>	645



Art. 1

<b>Ziel des Übereinkommens und unter das Übereinkommen fallende Personen</b>	<b>1. Vorbehaltlich des Kapitels IV leisten die Vertragsparteien einander Amtshilfe in Steuersachen. Diese Amtshilfe kann gegebenenfalls auch Massnahmen von Justizbehörden umfassen.</b> <b>2. Diese Amtshilfe umfasst:</b> <b>a. den Informationsaustausch, einschliesslich gleichzeitiger Steuerprüfungen und der Teilnahme an Steuerprüfungen im Ausland;</b> <b>b. die Amtshilfe bei der Vollstreckung, einschliesslich Sicherungsmassnahmen; und</b> <b>c. die Zustellung von Schriftstücken.</b> <b>3. Eine Vertragspartei leistet Amtshilfe unabhängig davon, ob die betroffene Person in einer Vertragspartei oder in einem anderen Staat ansässig ist oder die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei oder eines anderen Staates besitzt.</b>
--	--

Inhalt	Note
I. Die Rechtsnatur des Übereinkommens über die Amtshilfe . . . . .	1
II. Der örtliche Anwendungsbereich des Amtshilfeübereinkommens . . . . .	16
III. Der materielle Anwendungsbereich des Amtshilfeübereinkommens . . . . .	18
IV. Der persönliche Anwendungsbereich des Amtshilfeübereinkommens . . . . .	24

I. Die Rechtsnatur des Übereinkommens über die Amtshilfe

Art. 1 des Amtshilfeübereinkommens verpflichtet die Parteien, sich im Steuerbereich gegenseitig Amtshilfe zu leisten. Das Amtshilfeübereinkommen begründet unmittelbare Pflichten und Rechte für die Vertragsparteien. Demgegenüber stellt das OECD-MA, und im Bereich des Informationsaustausches insbesondere Art. 26 OECD-MA, lediglich ein Modellabkommen dar, das durch ein internationales Abkommen (wie das DBA) übernommen werden muss. Durch seine Rechtsnatur unterscheidet sich das Amtshilfeübereinkommen demzufolge vom Bezugsstandard in Art. 26 OECD-MA.

Das Amtshilfeübereinkommen stellt den Konvergenzpunkt zwischen den zwei internationalen Organismen dar, die dessen Initiatoren sind, nämlich dem Europarat auf der einen und der OECD auf der anderen Seite. Als solches fällt das Übereinkommen nicht unter die vom Global Forum der OECD verwendeten Quellen, um die Einhaltung durch eine Jurisdiktion den internationalen Standard über den Informationsaustausch auf Ersuchen zu überwachen. Die Quellen dieses Standards sind lediglich **Art. 26 OECD-MA** und das vom OECD im April 2002 aufgesetzte **TIEA inklusive Kommentaren** (vgl. OECD, Handbook for peer reviews, 29). Die vom Global Forum definierten primären zwingenden Quellen (*«primary authoritative source»*, OECD, Handbook for peer reviews, 29) sind Mustermodelle ohne rechtliche Tragweite (von daher die Definition als *hard law* auf politischer Ebene und als *soft law* auf rechtlicher Ebene), während das Amts-

hilfeübereinkommen, obwohl es nicht zu diesen Quellen gehört, selbst eine Quelle des Völkerrechts darstellt. Somit fällt Letzteres in die Tradition der Übereinkommen des Europarates, die 1950 mit der Europäischen Menschenrechtskonvention eingeführt und mit den verschiedenen Übereinkommen auf dem Gebiet der Auslieferung und der Rechtshilfe im Strafbereich weiterverfolgt worden ist. Das Übereinkommen ist daher kein Element, das zum Standard der OECD im Bereich des Informationsaustausches gehört, sondern im Gegensatz zu diesem Standard selbst **ein unmittelbar für die Parteien verbindliches völkerrechtliches Übereinkommen**.

- 3 Obwohl das Amtshilfeübereinkommen nicht zum Standard der OECD im Bereich der Amtshilfe gehört, ist gemäss dem Global Forum der OECD die Ausweitung der Anzahl der Vertragsparteien des Übereinkommens zu begrüßen, weil es sich auf weltweiter Ebene um das vorrangige Instrument handle, um **die Transparenz zu verstärken und die internationalen Steuervergehen zu bekämpfen, und es sich zudem um das ideale Instrument für die Umsetzung der neuen Bestimmung über den automatischen Austausch** handle (OECD, Convention sur la coopération fiscale franchit la barre des 100, 1).
- 4 Im Bereich der Überwachung durch das Global Forum der OECD in Bezug auf die Schweiz ist damit der Abschluss des Amtshilfeübereinkommens als ein bedeutendes Element geschätzt worden. Es erlaubt der Schweiz, die territoriale Tragweite des Informationsaustausches auf Ersuchen derart auszuweiten, dass es (endlich) die zweite Phase der Prüfung ihrer Gesetzgebung besteht, wie es der Bericht des Global Forums von Juli 2016 festhält (vgl. insb. zur Bedeutung des Übereinkommens bei der Prüfung der schweizerischen Gesetzgebung: OECD, Peer review report phase 2, 10, 107–110, 113–114, 121–122). Mit dem Bestehen dieser Prüfung entfällt die Besonderheit des schweizerischen Regimes in Bezug auf den fehlenden Informationsaustausch in Steuersachen. Diese Entwicklung widerspiegelt den insbesondere mit der Unterzeichnung des Amtshilfeübereinkommens am 15. Oktober 2013 beim Sitz der OECD in Paris (vgl. Botschaft AIA, 5441) bekundeten Willen des Bundesrates, alle Schritte zu unternehmen, um das schweizerische Recht den internationalen Standards anzupassen und folglich das Ansehen des Finanzplatzes Schweiz zu verbessern.
- 5 Das Amtshilfeübereinkommen führt eine internationale Pflicht zur Zusammenarbeit mit einem Vertragsstaat ein. Doch sieht es auch Ausnahmen und Beschränkungen derselben vor und legt die Bedingungen dafür fest. Dies ist eine logische Ergänzung. Hält eine internationale Bestimmung die Pflicht zur Zusammenarbeit fest, macht es Sinn auch die Gründe aufzulisten, warum ein Staat es ablehnen kann, eine solche Zusammenarbeit zu leisten. Könnten diese im Landesrecht der Vertragsstaaten vorgesehen werden, hätten diese leichtes Spiel, die völkerrechtliche Pflicht jeglichen Inhaltes zu entleeren. Zu bemerken ist, dass solche abschliessend vom Amtshilfeübereinkommen vorgesehenen Rechtfertigungsgründe **kein Verbot der Zusammenarbeit, sondern lediglich eine mögliche Ausnahme begründen**, deren Prüfung allein in den Ermessensspielraum einer Vertragspartei fällt.



Es können **drei Formen der Milderung der völkerrechtlichen Pflicht** der Vertragsstaaten zur Leistung von Amtshilfe festgestellt werden. 6

Es handelt sich an erster Stelle um **Faktoren der Ausgewogenheit bei der Anwendung des Übereinkommens** (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen Nr. 3, 39). Das Erfordernis der «Ausgewogenheit» wird erzielt, indem das öffentliche Interesse des die Informationen empfangenden Staates demjenigen des die Informationen haltenden Staates gegenübergestellt wird. Beim Ersten besteht das Interesse das eigene Steuerrecht vollständig und effektiv anzuwenden. Der Zweite versucht in mit dem Übereinkommen vereinbar Weise die eigenen Garantien zu wahren. Diesem letzten Interesse entspricht dasjenige der Steuerpflichtigen. Erstens behält Art. 1 Abs. 1 Amtshilfeübereinkommen die Bestimmungen von Kapitel IV des Übereinkommens vor. In diesen wird der Vorbehalt der Rechte von Steuerpflichtigen sowie Möglichkeiten der Abweisung gestellter Ersuche und Beschränkungen der Leistungspflicht der Amtshilfe beschrieben (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen, Nr. 3, 39). Diese, vom Übereinkommen als für die verschiedenen Formen der Amtshilfe «gemeinsamen» (und daher insbesondere sowohl auf den Informationsaustausch auf Ersuchen als auch auf den spontanen Austausch anwendbaren) Bestimmungen zählen in Art. 21 Amtshilfeübereinkommen **die Gründe für die Verweigerung der Zusammenarbeit** auf. Es geht um die **Verletzung der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit** (vgl. insb. Art. 21 Abs. 2 lit. g und h), **der öffentlichen Ordnung und des Diskriminierungsverbots** (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. d und f) und **eines Handels-, Fabrik- oder Berufsgeheimnisses** (Art. 21 Abs. 2 lit. d). Des Weiteren sind Hinweise in Bezug auf die Inhalte des Amtshilfesuches gemäss Art. 18 des Amtshilfeübereinkommens vorgesehen, deren Nichterfüllung die Pflicht des ersuchten Staates, ihm stattzugeben, dahinfallen lassen kann. Wie man unter Verweis auf den spezifischen Kommentar dieser Bestimmung ersehen wird, sieht schliesslich Art. 22 **Vorschriften über den Schutz der Vertraulichkeit der im Empfängerstaat erhaltenen Daten** vor. 7

Eine zweite Kategorie der Bedingungen der Zusammenarbeitspflicht und folglich auch der Ablehnung dieser Pflicht falls diese Bedingungen nicht erfüllt sind, ist im **Grundsatz der Reziprozität** begründet. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Amtshilfeübereinkommen muss die Amtshilfe «reziprok» sein (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen, Nr. 3, 39). Wenn somit der Vertragsstaat A dem Vertragsstaat B keine Zusammenarbeit leistet, ist Letzterer berechtigt, dem Staat A keine Zusammenarbeit zu leisten. Der Grundsatz der Reziprozität fügt sich im Übrigen in die verschiedenen vom Amtshilfeübereinkommen vorgesehenen Formen der Amtshilfe ein, auf die später zurückgekommen wird. Für jede Form der Amtshilfe kann daher die fehlende Umsetzung durch einen Vertragsstaat einem anderen gegenüber für Letzteren eine analoge Weigerung rechtfertigen. Während sich in diesem Sinne die Reziprozität auf die Gleichwertigkeit der geleisteten mit der erhaltenen Zusammenarbeit bezieht, betrifft Art. 21 Abs. 2 des Amtshilfeübereinkommens die Möglichkeit für einen ersuchten Staat, die Zusammenarbeit abzulehnen, wenn die ersuchte Mass- 8

nahme von der Gesetzgebung oder der Verwaltungspraxis des ersuchenden Staates abweicht. Dieses Verständnis der Reziprozität ist in der Zwischenzeit vom Standard der OECD, wie er in Art. 26 OECD-MA vorgesehen ist, überholt worden. Es bleibt jedoch im Rahmen des Amtshilfeübereinkommens massgebend. Demzufolge kann ein ersuchender Staat, dessen interne Gesetzgebung Einschränkungen in der Beschaffung von Finanzdaten von Steuerpflichtigen vorsieht, den ersuchten Staat nicht zwingen, ihm Amtshilfe zu leisten. Angesichts der von dem schweizerischen Recht vorgesehenen internen Beschränkungen könnte diese Bestimmung daher einen Grund für die Verweigerung der Zusammenarbeit mit der Schweiz seitens der anderen Vertragsstaaten liefern. Ein solcher Grund für die Verweigerung der Zusammenarbeit fällt, wie die anderen, in den Ermessensspielraum des Staates im Besitze der Informationen.

- 9 Der dritte Milderungsfaktor in Bezug auf die Pflicht, Amtshilfe in Steuersachen zu leisten, weist eine verfahrensrechtliche Natur aus. Gemäss des Kommentars der OECD verfügen die Steuerpflichtigen über alle vom Recht der Amtshilfe leistenden Staaten gewährten Garantien (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen, Nr. 8, 38). Der diesbezügliche Verweis bezieht sich auf die **Verfahrensgarantien zum Schutz der Steuerpflichtigen**, wie sie, im schweizerischen Recht von Art. 29 BV, der den Anspruch auf **rechtliches Gehör** in jedem Gerichts- und Verwaltungsverfahren bestimmt, und von Art. 29a BV, der den **Zugang zum Gericht** regelt, festgelegt sind. Diese Garantien müssen auch im Rahmen der Amtshilfe in allen ihren Formen beachtet werden. Das Erfordernis der Effizienz bei der Abwicklung der Amtshilfe in ihren verschiedenen Formen erlaubt nämlich nicht solche verfahrensmässigen Garantien zum Schutz des Steuerpflichtigen aufzuheben.
- 10 Zu unterstreichen ist schliesslich, dass diese Beschränkungen der Pflicht zur Leistung von Amtshilfe, wie sie vom Amtshilfeübereinkommen vorgesehen sind, grundsätzlich auf alle Formen der Amtshilfe angewendet werden können. Sie erweisen sich indessen manchmal (man denke z.B. an die Mindestinhalte eines Amtshilfesuchs, die offensichtlich nicht auf den spontanen Informationsaustausch zur Anwendung gelangen können) auf eine einzige Form der Zusammenarbeit zugeschnitten.
- 11 Die völkerrechtlichen Pflichten, die aufgrund des Amtshilfeübereinkommens entstehen, müssen von seinen internen rechtlichen Auswirkungen unterschieden werden. Dies teilt sich in zwei weitere Aspekte auf: der erste bezieht sich auf die Beziehungen zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Verfassungsrecht des zur Diskussion stehenden Vertragsstaates und betrifft im Allgemeinen die Tragweite des Amtshilfeübereinkommens in dieser Rechtsordnung; der zweite, der sich dagegen eher auf den normativen Inhalt der einzelnen auf einen konkreten Sachverhalt anzuwendenden Bestimmung bezieht, betrifft den Umstand, ob diese genügend klar und genau ist, um ohne die Notwendigkeit zusätzlicher Ausführungsbestimmungen unmittelbar angewendet zu werden. Der erste Aspekt fällt zusammen mit der Unterscheidung zwischen einer monistischen Rechtsordnung und eines dualistischen Regimes. Bei Monismus ist die Norm des Völker-

rechts direkt in der Rechtsordnung des Vertragsstaates gültig und bildet sie ohne Notwendigkeit ihrer Übertragung in das Landesrecht dessen integrierenden Bestandteil. Eine strenge Trennung zwischen den Quellen des Völkerrechts und jenen des Landesrechts begründet hingegen ein dualistisches Regime, auf Grund dessen die Ersteren zuerst in das Landesrecht des zur Diskussion stehenden Staates übertragen werden müssen, um in dessen Rechtsordnung integriert zu werden.

Die Schweiz hat ein **monistisches System**. Daraus folgt, dass das Amtshilfeübereinkommen eine unmittelbar in das schweizerische Recht integrierte Rechtsquelle darstellt, ohne die Notwendigkeit von Übertragungshandlungen. Die monistische Natur der schweizerischen Rechtsordnung ergibt sich auch aus Art. 5 BV, wonach der Bund und die Kantone das Völkerrecht beachten, und aus Art. 190 BV, der für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden sowohl das Bundesrecht als auch das Völkerrecht als massgebendes Recht bestimmt. Diese Verfassungsbestimmungen betrachten indessen nicht ausdrücklich den Fall eines Konfliktes zwischen einer Norm des Völkerrechts und einer anderen des Landesrechts und sehen keine diesbezüglichen Lösungsansätze vor. 12

Es wird, mit anderen Worten, nicht ausdrücklich der Rang des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung festgelegt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts neigt dazu, das **Primat des Völkerrechts** auch in der schweizerischen internen Rechtsordnung anzuerkennen. Dies ist eine Folge des Grundsatzes **«pacta sunt servanda»** und der sich daraus ergebenden bindenden Wirkung der völkerrechtlichen Verpflichtung. Absolut festgelegt wird jedoch dieses Primat nicht. Dies bezieht sich auf die sog. **«Schubert-Praxis»** des Bundesgerichts, wonach der Bundesgesetzgeber bewusst das Landesrecht von einer völkerrechtlichen Bestimmung abweichen lassen kann (BGE 99 Ib 39, bestätigt in BGE 112 II 1 E. 8, vgl. auch Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2308–2314). Zu bemerken ist nämlich, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Tragweite der sog. **«Schubert-Praxis»** allein auf die Garantien der Menschenrechte (vgl. BGE 122 II 485 E. 3a; BGE 122 II 234 E. 4e; BGE 119 V 171; BGer, 12.10.2012, 2C\_828/2011, E. 5.1) und mit Bezug auf das Abkommen über die Personenfreizügigkeit (FZA) (s. BGer, 25.11.2016, 2C\_716/2014, E. 3) relativiert hat. Ein völkerrechtliches Abkommen wie das Amtshilfeübereinkommen, das nicht in den Bereich der Menschenrechte und der Personenfreizügigkeit fällt, könnte demzufolge in seinem Inhalt von einer späteren Bestimmung des Landesrechts und insbesondere des Bundesgesetzes über die Amtshilfe in Steuersachen überholt werden. Eine solche Eventualität erforderte indessen dass Art. 1 Abs. 2 StAhiG, der ausdrücklich das Primat des staatsvertraglichen Rechts vorsieht, aufgehoben sei bzw. angesichts einer besonderen landesrechtlichen Bestimmung aufgrund der Grundsätze **«lex specialis»** und **«lex posterior»** nicht zur Anwendung komme. 13

Zusammenfassend kann man daher zum Schluss gelangen, dass das Amtshilfeübereinkommen integrierender Bestandteil der internen schweizerischen 14

Rechtsordnung ist und in der Regel dem Landesrecht vorgeht. Man kann darum vom **«Primat des Völkerrechts mit Abwägungsvorbehalt»** (THÜRER, § 31 N 31) reden.

- 15 Für die Frage, ob das Amtshilfeübereinkommen direkt anwendbar (oder justiziabel oder *«self-executing»*), hinsichtlich dieser Qualität einer völkerrechtlichen Norm vgl. Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2286) ist oder nicht, ist der Inhalt des Übereinkommens selbst oder, genauer, die zur Diskussion stehende Bestimmung massgeblich. Als **«self-executing»**, das heisst von selbst (und ohne die Notwendigkeit, einen weiteren Rechtsakt zu erlassen) anwendbar, werden generell die Bestimmungen anerkannt, die genügend konkret und klar sind, um daraus Rechte und Pflichten abzuleiten, die geltend gemacht werden können, und die nicht bloss programmatische Normen sind, die sich an den Staat als Ganzes wenden. Sie sollen sich hingegen in der Regel an die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden richten (Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2286; vgl. auch BGE 126 I 240 E. 2b). In Bezug auf den Adressaten der völkerrechtlichen Bestimmung ist zu präzisieren, dass die Rechtsprechung eine völkerrechtliche Bestimmung als *«self-executing»* anerkannt hat, weil ihr Inhalt für genügend konkret, klar und bestimmt gehalten wurde, auch wenn sie, so wie das Amtshilfeübereinkommen, sich an «die Parteien» bzw. «Vertragsstaaten» und nicht an ihre Gerichte bzw. ihre Verwaltungsorgane wendete (vgl. BGE 124 III 90 E. 3a). Grundsätzlich haben die Bestimmungen des Amtshilfeübereinkommens einen genügend klaren, genauen und bestimmten Inhalt, um vor den schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden direkt geltend gemacht zu werden, um, in anderen Worten, justiziabel zu sein oder «selbst vollstreckt» (*«self-executing»*) werden zu können. Dies ist jedenfalls der Fall für Art. 1 des Amtshilfeübereinkommens.

## II. Der örtliche Anwendungsbereich des Amtshilfeübereinkommens

- 16 Die Pflicht zur internationalen Zusammenarbeit, die die Amtshilfe zum Gegenstand hat, ist definitionsgemäss bilateralen Natur, da die Leistung einer oder mehrerer Formen von Zusammenarbeit des einen Staates einem anderen gegenüber sowie umgekehrt betrifft. Im Gegensatz zu den auf Art. 26 OECD-MA gestützten DBA, wird diese Pflicht jedoch nicht nur im Verhältnis zu einem einzelnen Vertragsstaat begründet, sondern **gegenüber einer Mehrheit von anderen Staaten**, die das Amtshilfeübereinkommen angenommen haben und die daher in dem von Art. 1 Abs. 1 dieses Übereinkommens vorgesehenen Sinne dessen «Parteien» sind. Das Amtshilfeübereinkommen unterscheidet sich somit von den Amtshilfeklauseln der DBA durch seine **multilaterale Natur**. Parteien des Amtshilfeübereinkommens sind die Staaten, die Mitglieder des Europarates sind, sowie die Mitglieder der OECD, die 1988 das Übereinkommen unterzeichnet haben und in denen dieses in Kraft getreten ist. Das Übereinkommen ist in der Folge mit Berichtigungsprotokoll vom 1. Juni 2011 revidiert worden, das

auch den Staaten, die nicht Mitglieder des Europarates oder der OECD sind, die Möglichkeit eröffnet hat, ihm beizutreten (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen, Nr. 5, 37). Ein auf den neuesten Stand gebrachtes Verzeichnis der Parteien des Übereinkommens, als welches in der Schweiz das vom Berichtigungsprotokoll vom 1. Juni 2011 vorgesehene Übereinkommen verstanden wird, während für andere Parteien es das Übereinkommen von 1988 sein könnte, ist auf der Internetseite <www.oecd.org> einsehbar.

Die multilaterale Natur des Amtshilfeübereinkommens ist, darauf ausgerichtet, 17 dank der einheitlichen Auslegung seiner Bestimmungen eine effiziente Zusammenarbeit unter zahlreichen Staaten zu erlauben (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen, Nr. 2, 37). Es bezweckt somit, mittels eines multilateralen Instruments den gemeinsamen Anwendungsrahmen der Amtshilfe auszudehnen.

### III. Der materielle Anwendungsbereich des Amtshilfeübereinkommens

Art. 1 Abs. 1 grenzt den Gegenstand des Übereinkommens ab, der die «Amtshilfe in Steuersachen» zwischen den Vertragsparteien betrifft. Die internationale 18 Zusammenarbeit im Steuerbereich, insbesondere auf dem Gebiet der Bekämpfung von Steuerstraftaten, ist auch mit einer anderen Art von internationaler Zusammenarbeit, namentlich der internationalen Rechtshilfe, möglich (OECD/Europarat, Kommentar zum Amtshilfeübereinkommen, Nr. 1, 39). Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen im weiten Sinne umfasst alle vom ersuchten Staat angewendeten Massnahmen, um die strafrechtliche Verfolgung von Straftaten im ersuchenden Staat zu erleichtern. Diese Massnahmen können, folgt man den Kapiteln des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), in (i) die Auslieferung, (ii) den Vollzug ausländischer Strafentscheide, (iii) die stellvertretende Strafverfolgung und (iv) die akzessorische Rechtshilfe, die insbesondere den Austausch von Beweismitteln umfasst, unterteilt werden (vgl. BJ, Richtlinien Rechtshilfe in Strafsachen, 5). Je nach dem Gegenstand der internationalen Zusammenarbeit, Person, Vermögenswert oder Beweismittel, kann sich eine **Unterteilung zwischen den persönlichen, realen oder sich auf die Beweise beziehenden Formen der Zusammenarbeit** ergeben. Ein weiteres Unterscheidungskriterium könnte schliesslich mit der endgültigen oder vorsorglichen Natur der Unterstützung zusammenhängen, die im ersuchten Staat geleistet wird, da man z.B. die Auslieferungshaft einer Person, um sie in einem vorsorglichen Regime in Haft zu halten, von ihrer Übergabe zur Verbüsung einer Strafe, unterscheiden muss. Analog ist die Beschlagnahme von Vermögenswerten im Vollzug eines Rechtshilfegesuchs seitens eines ersuchenden Staates von der definitiven Übergabe von Vermögenswerten an den ersuchenden Staat zur Einziehung oder Zuteilung an geschädigte Parteien zu unterscheiden. In diesem Sinne können vorsorgliche Massnahmen der Zusammenarbeit von definitiven Massnahmen unterschieden werden.

gungen der voraussichtlichen Erheblichkeit zu beurteilen (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 2.1.4; SCHODER, Art. 6 StAhiG N63). Der schweizerische Gesetzgeber hat in Art. 6 Abs. 2 StAhiG eine Liste von Informationen aufgestellt, die im Ersuchen enthalten sein müssen. Diese Liste ist aber subsidiär und gelangt dann zur Anwendung, wenn das anwendbare Abkommen nichts anderes vorsieht. Während die von der Schweiz zur Anpassung an Art. 26 OECD-MA revidierten DBA in den diesbezüglichen Protokollen die Informationen bestimmen, die von der Behörde des ersuchenden Staates im Ersuchen dargelegt werden müssen, schweigt sich darüber das Amtshilfeübereinkommen aus. Aus diesem Grund ist **die subsidiäre Liste von Art. 6 Abs. 2 StAhiG direkt anwendbar**. Grundsätzlich muss der ersuchende Staat Angaben darlegen, die genügen, die voraussichtliche Erheblichkeit des Ersuchens nachzuweisen. Falls die gelieferten Angaben diese Anforderungen nicht erfüllen, enthält das StAhiG seinerseits Verfahrensbestimmungen, die es der ESTV erlauben, die ersuchende Behörde zu interpellieren, um ihr die Möglichkeit zu geben, das Ersuchen schriftlich zu ergänzen (Art. 6 Abs. 3 StAhiG).

- 13 Zum Nachweis der voraussichtlichen Erheblichkeit der Informationen schreibt Art. 6 Abs. 2 StAhiG dem ersuchenden Staat vor, ein Ersuchen zu stellen, das folgende Angaben enthält:
  - a. die Identität der betroffenen Person, wobei diese Identifikation auch auf andere Weise als durch Angabe des Namens und der Adresse erfolgen kann;
  - b. eine Beschreibung der verlangten Informationen sowie Angaben zur Form, in welcher der ersuchende Staat diese Informationen zu erhalten wünscht;
  - c. den Steuerzweck, für den die Informationen verlangt werden;
  - d. die Gründe, die zur Annahme führen, dass die verlangten Informationen sich im ersuchten Staat oder im Besitz oder unter der Kontrolle eines Informationsinhabers befinden, der im ersuchten Staat ansässig ist;
  - e. den Namen und die Adresse des mutmasslichen Informationsinhabers, soweit bekannt;
  - f. die Erklärung, dass das Ersuchen den gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben sowie der Verwaltungspraxis des ersuchenden Staates entspricht, sodass die ersuchende Behörde diese Informationen, wenn sie sich in ihrer Zuständigkeit befinden würden, in Anwendung ihres Rechts oder im ordentlichen Rahmen ihrer Verwaltungspraxis erhalten könnte;
  - g. die Erklärung, welche präzisiert, dass der ersuchende Staat die nach seinem innerstaatlichen Steuerverfahren üblichen Auskunftsquellen erschöpft hat (sog. Subsidiaritätsprinzip).
- 14 Unter Berücksichtigung des **Grundsatzes von Treu und Glauben** haben die schweizerischen Behörden in der Regel, insbesondere in Bezug auf die letzten zwei Elemente, keinen Anlass, an der Korrektheit des im Amtshilfesuch Behaupteten zu zweifeln (BGE 128 II 407, insb. E. 3.2, 4.3.1; BGE 107 Ib 264 E. 4b; SCHELLER, 180).

## V. Die Gruppensuchen

Nach schweizerischen Landesrecht sind **Gruppensuchen erlaubt**. Sie stellen 15  
 Amtshilfegesuche dar, mit denen Informationen über mehrere Personen verlangt werden, die nach einem identischen Verhaltensmuster vorgegangen sind und anhand präziser Angaben identifizierbar sind (Art.1 Abs.1 StAHiV) (SCHELLER, 181). Im Gegensatz zu den ordentlichen Ersuchen, für welche die Individualisierung der berührten Steuerpflichtigen **ex ante** vom ersuchenden Staat vorgenommen wird, wird im Fall der Gruppensuchen diese Individualisierung **ex post** im ersuchten Staat vorgenommen (MOLO/DRZALIC, 24). Es ist wichtig zu unterstreichen, dass die Gruppensuchen eine sehr umfangreiche Menge von Verhaltensweisen und nicht nur mit der Banken- und Parabankenwelt zusammenhängende Sachverhalte abdecken können.

Im Bankenkontext wird nur das Bankinstitut in der Lage sein, unter der Gesamt- 16  
 heit seiner Bankbeziehungen jene auszuwählen, die den vom ersuchenden Staat angegebenen Suchkriterien entsprechen. Deshalb wird es das Bankinstitut sein, welches die vom Gruppensuch betroffenen Personen erstmals benennt (MOLO/DRZALIC, 24).

Leitet ein Vertragsstaat eine Untersuchung über eine bestimmte Gruppe von 17  
 Steuerpflichtigen ein, bezweckt jedes sich daraus ergebende Ersuchen, bei «*der Anwendung oder dem Vollzug*» seines internen Rechts zu helfen. Folglich entspricht dies den Anforderungen von Abs.1 von Art. 26 OECD-MA (und damit übereinstimmend von Art. 4 Abs. 1 Amtshilfeübereinkommen, das den gleichen Standard vorsieht), solange der Grundsatz der voraussichtlichen Erheblichkeit beachtet wird. Dies ist der Fall, wenn der ersuchende Staat **eine detaillierte Beschreibung** einer Gruppe von Steuerpflichtigen liefert und dabei **die Gründe** erklärt, aufgrund derer zu vermuten sei, dass diese Gruppe, die Gegenstand des Ersuchens ist, das Gesetz nicht beachtet hat. Überdies ist der ersuchende Staat gehalten nachzuweisen, dass die verlangten Informationen ihm helfen werden, die Steuergesetzgebung auf die Gruppe von Steuerpflichtigen anzuwenden (Kommentar des OECD-MA, Art. 26 OECD-MA N 5.2; VORPE/MACCHI/MOLO, 733 f.). Die Beteiligung des Inhabers der Informationen und/oder eines Dritten an einem verdächtigen Verhaltensmodell, wenn sie auch kein obligatorisch konstitutives Element eines zulässigen Gruppensuchens darstellt, ist ohne Weiteres ein typisches Element davon. In Anwendung des **Verhältnismässigkeitsprinzips** muss die Verknüpfung zwischen dem Sachverhalt, den das Amtshilfeersuchen aufzudecken anstrebt, und den Handlungen des Inhabers der Informationen und/oder einer anderen Person in der Schweiz konkret und direkt sein (MOLO/DRZALIC, 28).

Eine entscheidende Frage ist, mit welchem Kriterium es möglich ist, abzugren- 18  
 zen, wo ein zulässiges Gruppensuchen endet und eine **fishing expedition** beginnt. Die Aktualisierung von Art. 26 OECD-MA vom 17. Juli 2012 führt, auf der einen Seite, die Möglichkeit der Gruppensuchen ein, verbietet auf der anderen Seite jedoch ausdrücklich die *pêche aux renseignements*. Der Randtitel 5.2

des Kommentars des OECD-MA definiert den normativen Rahmen, der in den Randtiteln 8. und 8.1 des Kommentars des OECD-MA mit neuen positiven (lit. e, f, g und h) und negativen (lit. a und b) Beispielen angereichert ist. Die Anforderungen für ein Gruppensuchen erlauben es, die folgende **logisch-mathematische Auslegung** zusammenzufassen: ein Gruppensuchen mündet dann in eine *fishing expedition* aus, wenn die vorgeschlagene Kasuistik Steuerpflichtige einschliesst oder einschliessen kann, die das Recht des ersuchenden Staates beachten. Wahrscheinlich läuft jedes Gruppensuchen potentiell darauf hinaus, dass auch redliche Steuerpflichtige getroffen werden; was zählt, ist das Verhältnis dieser Fälle im Vergleich zu allen Fällen. Ein Gruppensuchen, bei dem die Wahrscheinlichkeit ehrliche Steuerpflichtige zu finden bei 2% oder darunter liegt, ist akzeptabel, während ein solches, bei dem der Prozentsatz der Ehrlichen 50% erreicht, einer *fishing expedition* entsprechen würde. Es ist somit **eine Frage des Überwiegens**.

- 19 Mit Entscheidung des Bundesgerichts 2C\_276/2016 vom 16. September 2016 (vgl. Bundesgericht, Pressecommuniqué vom 12. September 2016, Dossier Nr. 11.5.2-39/2016) wurde die Typologie von Gruppensuchen gemäss **holländischem Amtshilfegesuch** übernommen. Demnach ist ein Gruppensuchen eines Staates denkbar, welches sich auf Kunden dieses Staates richtet, die eine Bankbeziehung mit einem schweizerischen Bankinstitut haben und von demselben aufgefordert wurden innerhalb eines bestimmten Zeitraumes anzugeben, ob ihre Bankbeziehung deklariert worden sei, ohne dieser Aufforderung jedoch Folge geleistet zu haben. Eine solche Art von Amtshilfe ist vom Bundesgericht als zulässig beurteilt worden. In diesem Zusammenhang muss indessen berücksichtigt werden, dass ein Urteil des Bundesgerichts sich auf die konkret vorgebrachten Rügen stützt. Es wäre daher nicht angebracht solche Modalitäten der Zusammenarbeit zu generalisieren. Richtete sich nämlich ein solches Ersuchen an die Gesamtheit der in der Schweiz anwesenden Bankinstitute, könnten sich unter dem Gesichtswinkel der verpönten Beweisausforschung Schwierigkeiten stellen, da ein solches Vorgehen eine Form des automatischen Informationsaustauschs antizipieren würde. Wären hingegen nur einzelne Bankinstitute betroffen, könnten sich unter dem Gesichtswinkel der Gleichbehandlung Schwierigkeiten stellen, weil kein objektiver Grund gegeben wäre, die Kundendaten einiger Institute zu verbreiten, nicht hingegen jene anderer Bankinstitute.
- 20 Mit Bezug auf die Abgrenzung zwischen einer zulässigen Gruppenanfrage und einer verpönten Beweisausforschung, ist es angebracht, einige der im Kommentar des OECD-MA vorgeschlagenen Beispiele zu übernehmen. Das in lit. h, Randtitel 8 des Kommentars zu Art. 26 OECD-MA aufgezeigte Beispiel sieht Folgendes vor: Der Erbringer von Finanzdiensten B hat seinen Sitz im Staat B. Die Steuerbehörden des Staates A haben entdeckt, dass B ein Finanzprodukt für die Bewohner des Staates A vermarktet und dabei täuschende Informationen verwendet, die zur Annahme verleiten, dass die Erträge dieses Produkts der Besteuerung entgehen könnten. Das Produkt erfordert die Eröffnung eines Kontos beim Institut B, das die Investition vorgenommen hat. Die Steuerbehörden des



Staates A haben für die eigenen Steuerpflichtigen ein Informationsbulletin veröffentlicht, um jene aufmerksam zu machen, die das Produkt benutzt haben. Im Dokument wird erklärt, dass die vom Finanzinstitut angegebenen Steuervorteile nicht zugelassen werden und dass die erzielten Erträge deklariert werden müssen. B vermarktet gleichwohl weiterhin das Produkt auf seiner Webseite und der Staat A verfügt über Beweise, dass dieses auch durch ein Beraternetz vermarktet worden ist. Der Staat A hat bereits entdeckt, dass viele seiner Steuerpflichtigen in das Produkt investiert haben und dass es alle unterlassen haben, die im Zusammenhang mit dieser Investition erzielten Erträge zu deklarieren. Der Staat A hat alle von seinen internen Steuerverfahren vorgesehenen üblichen Informationsquellen ausgeschöpft, die es ihm erlauben, die Identität seiner Bewohner zu bestimmen, die in das Produkt investiert haben (sog. «Subsidiaritätsprinzip»). Der Staat A ersucht daher die zuständige Behörde des Staates B um Informationen über alle seine Bewohner, die (i) über ein Konto beim Institut B verfügen und (ii) in dieses Finanzprodukt investiert haben. In diesem Fall sind sich sowohl das Institut B wie auch alle seine Kunden des Staates A bewusst, dass dem Staat A zugehörige steuerbare Erträge verheimlicht werden. Mit anderen Worten ist das Ersuchen so formuliert, dass es nicht redliche Steuerpflichtige treffen kann. Das in lit. a im Randtitel 8.1 des Kommentars zu Art. 25 OECD-MA angegebene Beispiel dagegen sieht folgende Situation vor: Bank B hat ihren Sitz in Staat B. Die Bewohner in Staat A werden für die Gesamtheit ihrer Einnahmen besteuert, wo immer diese erzielt worden sind (sog. Prinzip des «worldwide income»). Die zuständige Behörde des Staates A ersucht die zuständige Behörde des Staates B um Übermittlung der Informationen in Bezug auf der im Staat A wohnhaften Personen, die über ein Konto bei der Bank B des Staates B verfügen. Im Ersuchen wird angegeben, dass die Bank B dafür bekannt ist, zahlreiche ausländische Kontoinhaber zu haben, ohne jedoch weitere Informationen zu liefern. In diesem Fall handelt es sich um eine verpönte Beweisausforschung, die nicht unter die Bedingung der voraussichtlichen Erheblichkeit fällt. Denn die Nachfrage nach allen Bankbeziehungen der im Staat A wohnhaften Personen bei der Bank B kann offensichtlich auch unschuldige Steuerpflichtige umfassen, die seit jeher ihre Bankbeziehung in ihrem Wohnsitzstaat deklariert haben.

Gruppenersuchen, die die Schwelle «dieses Gruppenersuchen umfasst potentiell 21 konforme Steuerpflichtige» auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes des Überwiegens erreichen, müssten nach Art. 26 OECD-MA abgewiesen werden. Dieser Test ist ein Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips und muss vom ersuchten Staat vorgenommen werden.

Die Zulässigkeit von Gruppenersuchen wurde in das Landesrecht, und insbeson- 22 dere in das StAHiG und die StAHiV, aufgenommen. Dies entsprach dem zum Ausdruck gebrachten Willen der Regierung, auf diese Weise statt mittels Konventionsklauseln die Erneuerung des OECD-Standards von 2012 zu übernehmen (MOLO/DRZALIC, 24). Die landesrechtliche Grundlage muss daher unter dem Gesichtswinkel der Legalität als genügend angesehen werden. Diese beach-

tet den Grundsatz von Treu und Glauben in die Beziehungen zwischen Staat und Bürgern auch dann, wenn die Möglichkeit, Gruppenersuchen zu stellen, vom anwendbaren Konventionsrecht nicht vorgesehen ist (MOLO/DRZALIC, 24; anders diesbezüglich die Rechtsprechung des Bundesgerichts, die indessen mit der abweichenden Stellungnahme von 2 Bundesrichtern aus 5 angenommen worden ist, vgl. Bundesgericht, Pressecommuniqué vom 12. September 2016, Dossier Nr. 11.5.2-39/2016). Unter einem materiellen Gesichtspunkt stellt Art. 4 Abs. 1 Amtshilfeübereinkommen nur die Pflicht auf, dass das Ersuchen das Erfordernis der voraussichtlichen Erheblichkeit erfüllt. Dies dient dem Zweck die «*fishing expedition*» auszuschliessen. Nicht enthalten sind dagegen, wie es z.B. in dem zwischen der Schweiz und Italien abgeschlossenen DBA erfolgt ist, die Angaben, die ein Vertragsstaat dem anderen Vertragsstaat liefern muss, um die verlangten Informationen zu erhalten.

- 23 Aus diesem Grund sind **subsidiär** die vom schweizerischen Landesrecht, und genauer von Art. 2 Abs. 1 StAHiV, vorgesehenen Angaben anwendbar. Ein Gruppenersuchen muss daher die folgenden Angaben enthalten:
- a. eine detaillierte Umschreibung der Gruppe und der dem Ersuchen zugrundeliegenden Tatsachen und Umstände;
  - b. eine Beschreibung der verlangten Informationen sowie Angaben zur Form, in der der ersuchende Staat diese Informationen zu erhalten wünscht;
  - c. den Steuerzweck, für den die Informationen verlangt werden;
  - d. die Gründe zur Annahme, dass die verlangten Informationen sich im ersuchten Staat oder im Besitz oder unter der Kontrolle eines Informationsinhabers befinden, der im ersuchten Staat ansässig ist;
  - e. soweit bekannt, den Namen und die Adresse des mutmasslichen Informationsinhabers;
  - f. eine Erläuterung des anwendbaren Rechts;
  - g. eine klare und auf Tatsachen gestützte Begründung der Annahme, dass die Steuerpflichtigen der Gruppe, über welche die Informationen verlangt werden, das anwendbare Recht nicht eingehalten haben;
  - h. eine Darlegung, dass die verlangten Informationen helfen würden, die Rechtskonformität der Steuerpflichtigen der Gruppe zu bestimmen;
  - i. sofern der Informationsinhaber oder eine andere Drittpartei aktiv zum nicht rechtskonformen Verhalten der Steuerpflichtigen der Gruppe beigetragen hat, eine Darlegung dieses Beitrages;
  - j. die Erklärung, dass das Ersuchen den gesetzlichen und reglementarischen Vorgaben sowie der Verwaltungspraxis des ersuchenden Staates entspricht, sodass die ersuchende Behörde diese Informationen, wenn sie sich in ihrer Zuständigkeit befinden würden, in Anwendung ihres Rechts oder im ordentlichen Rahmen ihrer Verwaltungspraxis erhalten könnte;
  - k. die Erklärung, dass der ersuchende Staat die nach seinem innerstaatlichen Steuerverfahren üblichen Auskunftsquellen ausgeschöpft hat (sog. Subsidiaritätsprinzip).

Art. 7 StAhiG sieht vor, dass in gewissen Situationen **die ESTV sich weigern kann, auf das Ersuchen einzutreten**, wenn es sich ergibt, dass das Ersuchen allein zum Zweck der Beweisforschung gestellt worden ist (lit. a), wenn Informationen verlangt worden sind, die von den Amtshilfebestimmungen des anwendbaren Abkommens nicht erfasst sind (lit. b) oder wenn es den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, insbesondere wenn es auf Informationen beruht, die mittels nach schweizerischem Recht strafbaren Handlungen erlangt worden sind (lit. c) (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 2.1.4). 24

Mit Ausnahme des Falles, in dem die Berücksichtigung einer notorischen Tatsache von vorneherein aufzeigt, dass die Sachverhaltsdarstellung offensichtlich falsch ist (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 2.1.4; BGer, 4.4.2015, 2C\_252/2015, E. 5.1), oder der ersuchte Staat das Vorliegen einer Situation gemäss Art. 7 StAhiG vermutet, schreiben die Verfahrensbestimmungen des StAhiG dem ersuchten Staat nicht vor, Prüfungen vorzunehmen oder die Begründetheit der vom ersuchenden Staat gelieferten Informationen in Frage zu stellen (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 2.1.4; SCHODER, Art. 7 StAhiG N 62). 25

## VI. Die von der schweizerischen Steuerbehörde gestellten Ersuchen

Zu unterstreichen ist, dass zurzeit in quantitativer Hinsicht ein starkes Missverhältnis zwischen gestellten Ersuchen von ausländischen Staaten an die Schweiz (in der Grössenordnung von Tausenden) und Ersuchen der Schweiz an andere Staaten (in der Grössenordnung von Dutzenden) besteht. Nichts untersagt es indessen der Schweiz, den anderen Vertragsstaaten (des Amtshilfeübereinkommens) selbst Massenersuchen zu stellen. 26

In der Folge werden einige mögliche Szenarien von schweizerischen Ersuchen aufgrund des Amtshilfeübereinkommens beziehungsweise in den bilateralen Beziehungen mit Italien nach dem am 13. Juli 2016 in Kraft getretenen Art. 27 DBA CH-ITA (EFD, Protokoll DBA CH-ITA) betrachtet: 27

- a. ein erstes aufgrund von identifizierten Steuerpflichtigen gangbares Beispiel (VORPE, Falsi frontalieri, 18 und 25) könnte ein Massenersuchen sein, das geeignet ist, die sog. «unechten Grenzgänger» zu ermitteln, da die diesbezüglichen Informationen in der Schweiz spärlich und nicht überprüfbar sind, während das Wohnsitzland über weitere Prüfungsbefugnisse verfügt, um zu bestimmen, ob der Wohnsitz ausserhalb oder innerhalb des vom Abkommen über die Grenzgänger zwischen der Schweiz und Italien vom 3. Oktober 1974 vorgesehenen Gürtels von 20 km liegt;
- b. ein zweites, ebenfalls aufgrund von klar identifizierten Steuerpflichtigen gangbares Beispiel könnte im Zusammenhang mit den Steuerberatern stehen, die während der Zeit der *Voluntary Disclosure* im Kanton Tessin (z.B. in Lugano) gearbeitet haben. Steuerliche Thematik ist in diesem Fall das allfällige Bestehen einer festen Organisation einer Kanzlei in der Schweiz, die während vielen Monaten in einem separaten Sitzungszimmer einer Bank

oder einer Treuhandgesellschaft von Lugano tätig war, indem Verträge unterzeichnet, Dokumente analysiert und solche Unterlagen, die selbstverständlich nicht über die Grenze gehen konnten, deponiert worden sind. Solche Informationen sind für die schweizerischen Steuerbehörden nicht auffindbar, da das Bankgeheimnis gilt und die Belastungen für diese Dienste auf dem Kundenkonto erfolgen und nicht als Kosten in der Buchhaltung der Bank erscheinen. Die italienische Steuerbehörde hat dagegen leichten Zugang zu den Konten italienischer Kanzleien (z.B. von Mailand) und kann, bei Auffinden von Aufwendungen, die von Rechnungen in die Schweiz stammen, nützliche Informationen liefern, um die Frage der festen Organisation zu beantworten;

- c. ein drittes Beispiel: Eine im Zusammenhang mit Kleinunternehmern, die Handwerksmaterial zollamtlich abfertigen, nicht gültige *fishing expedition* wäre das Ersuchen der am italienischen Zoll erfolgten Listen der Ausfuhren, die von der italienischen MWST befreit wurden, um zu kontrollieren, ob diese in der Folge tatsächlich von der schweizerischen MWST besteuert worden sind. Der Grund dafür liegt darin, dass das Ersuchen zu ausgedehnt wäre, da es wahrscheinlich viele Fälle einbeziehen würde, in denen die Pflicht erfüllt wurde. Dagegen sind die italienischen Steuerbehörden immer berechtigt, die Plausibilität der Ertragsrechnung der Handwerker, die Güter in die Schweiz ausführen, zu prüfen, indem sie die Informationen über die MWST ankreuzen;
- d. ein viertes und letztes Beispiel im Zusammenhang mit der italienischen Bankenwelt. Schon seit längerer Zeit ist die schweizerische Steuerbehörde im Besitz einer Broschüre einer Grenzbank, die ein *«für den schweizerischen Anleger sehr bequemes Produkt: eine gute Verzinsung ohne Verrechnungssteuer»* verkauft. Angesichts des Fehlens eines Informationsaustauschs in Steuer-sachen ist es wahrscheinlich, dass einige in der Schweiz Ansässige sich von dieser Art von Investition angezogen gefühlt haben und dabei diese Guthaben im Wertschriftenverzeichnis weggelassen und somit nach dem schweizerischen Steuerrecht eine Steuerhinterziehung begangen haben. Dieser «Ausweg» wird angesichts des bevorstehenden automatischen Austauschs von Bankdaten gefährlich werden, welchem sich Italien und die Schweiz ab 2017 angeschlossen haben. Als Annahme in diesem Beispiel ist zu vermuten, dass die Schliessungen der Konten durch in der Schweiz Ansässige im Jahre 2016 vollzogen wurden. Das Verhaltensmodell könnte das Folgende sein: Schliessung dieser Konten mit Überweisung auf ein (noch vom Bankgeheimnis geschütztes) Konto in der Schweiz oder in ein Land offshore. Selbstverständlich kann das Verhaltensmodell nicht allgemein auf alle sich auf schweizerische Steuerpflichtige beziehenden, von italienischen Bankinstituten vorgenommenen Auszahlungen angewendet werden, sondern soll bestimmte Verdachtselemente erwecken. Diese könnten sich z.B. auf die frühere Tätigkeit des einzelnen Bankinstitutes, an welches das Gruppenersuchen gerichtet würde, beziehen. Denn die Freiheit, in einer Bankbeziehung Übermittlungen auszuführen, wird von der Vertragsfreiheit und auf transnationaler Ebene vom Grundsatz

des freien Kapitalverkehrs geschützt und deren Ausübung kann nicht Anlass zu einem Gruppenersuchen geben.

## VII. Das Verbot der Übermittlung der Informationen über die vom Ersuchen nicht betroffenen Personen

Art. 4 Abs. 3 StAhiG schliesst die Übermittlung von Informationen über **vom Ersuchen nicht betroffene Personen** aus. Der Begriff «*Personen, die nicht vom Ersuchen betroffen sind*» (Art. 4 Abs. 3 StAhiG) muss anhand des Erfordernisses der voraussichtlichen Erheblichkeit der Informationen geprüft werden (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.6.1; BGer, 24.9.2015, 2C\_963/2014, E. 4). Diese Bestimmung **muss restriktiv ausgelegt werden** (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.6.1; RAPPO/TILLE, 14), um die Tragweite des Amtshilfegesuchs nicht ihres Sinnes zu entleeren (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 2.1.4; SCHODER, Art. 4 StAhiG N 49). Der Zweck besteht stattdessen darin, **einen möglichst weiten Informationsaustausch zu erlauben, dabei aber die «fishing expedition» auszuschliessen**. Das StAhiG dient dazu, auf interner Ebene die Zuständigkeiten, das Verfahren und die Rechtsmittel gesetzlich zu regeln, verfolgt aber nicht den Zweck, materielle Pflichten einzuführen, die darauf gerichtet sind, den Informationsaustausch auf der Grundlage der anwendbaren Abkommen zu behindern (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.1.6; RAPPO/TILLE, 4) oder die von diesen Abkommen definierte Tragweite der Amtshilfe einzuschränken (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.1.6; Botschaft zum StAhiG, 6196). Betrifft die verlangte Information nicht nur die im Sinne von Art. 4 Abs. 3 StAhiG betroffenen Personen, sondern auch nicht beteiligte Dritte, obliegt es der angerufenen Behörde, eine Interessenabwägung vorzunehmen (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.6.1). Dies bedeutet, dass der ersuchte Staat Informationen über unbeteiligte Dritte entfernen muss, wenn dies keine Auswirkung auf das Ersuchen hat (z.B. die Namen der Bankangestellten, die mit der dem Ersuchen zugrundeliegenden Steuerfrage nichts zu tun haben). Dagegen kann Art. 4 Abs. 3 StAhiG nicht als eine Pflicht der schweizerischen Behörden verstanden werden, die für den ersuchenden Staat erheblichen Informationen zu entfernen, die unbeteiligte Dritte betreffen (die z.B. auf der ein Bankkonto betreffenden Transaktionen aufgeführt sind), weil deren Entfernung die Amtshilfe wertlos machen würde (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.6.1; Botschaft zum StAhiG, 6205). Die Dritten, deren Namen auf diesen Dokumenten erscheinen, sind geschützt. Denn am Schluss des Verfahrens muss die ersuchte Behörde die ersuchende Behörde auf die Einschränkungen bei der Verwendung der übermittelten Informationen und die Geheimhaltungspflicht hinweisen (Art. 20 Abs. 2 StAhiG) (BGer, 24.9.2015, 2C\_1174/2014, E. 4.6.1). Übrigens sollten unbeteiligte Dritte vor der Übermittlung von Informationen benachrichtigt und ihnen eine vollumfängliche Parteieigenschaft im Rahmen des Amtshilfeverfahrens zuerkannt werden.

## Abschnitt 4 AIA-Vereinbarung

### Zusammenarbeit bei Einhaltung und Durchsetzung der Vereinbarung

Eine zuständige Behörde wird die andere zuständige Behörde unterrichten, wenn die erstgenannte (unterrichtende) zuständige Behörde Grund zu der Annahme hat, dass ein Fehler zu einer unrichtigen oder unvollständigen Informationsmeldung geführt hat oder dass ein meldendes Finanzinstitut die geltenden Meldepflichten und Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach dem gemeinsamen Meldestandard nicht einhält. Die unterrichtete zuständige Behörde wird sämtliche nach ihrem innerstaatlichen Recht zur Verfügung stehenden geeigneten Massnahmen ergreifen, um gegen die in der Unterrichtung beschriebenen Fehler oder Fälle von Nichteinhaltung vorzugehen.

## Art. 4 EU-Abkommen

### Zusammenarbeit bei der Einhaltung und Durchsetzung des Abkommens

Die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats unterrichtet die zuständige Behörde der Schweiz und die zuständige Behörde der Schweiz unterrichtet die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats, wenn die erstgenannte (unterrichtende) zuständige Behörde Grund zu der Annahme hat, dass ein Fehler zu einer unrichtigen oder unvollständigen Informationsübermittlung nach Artikel 2 geführt hat oder dass ein meldendes Finanzinstitut die geltenden Meldepflichten und Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten nach den Anhängen I und II nicht einhält. Die unterrichtete zuständige Behörde ergreift sämtliche nach ihrem innerstaatlichen Recht zur Verfügung stehenden geeigneten Massnahmen, um gegen die in der Unterrichtung beschriebenen Fehler oder Fälle von Nichteinhaltung vorzugehen.

## I. Kommentar

- 1 Die Bestimmungen sowohl der AIA-Vereinbarung als auch des Abkommens mit der EU unterscheiden sich in der Form, nicht aber in der Substanz, da beide Bestimmungen die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden im Fall vorsehen, dass Übermittlungsfehler oder Verletzungen der Meldepflichten oder der Sorgfaltspflichten durch ein meldendes FI erfolgen. Wenn die zuständige Behörde eines Staates den begründeten Verdacht hat, mit einem Übermittlungsfehler oder mit einer Pflichtverletzung seitens eines Finanzinstitutes konfrontiert zu sein, muss sie es der zuständigen Behörde des anderen Staates melden. Das Recht eines jeden Staates muss die notwendigen Massnahmen vorsehen und insbesondere die Kontrollen und die Strafbestimmungen festlegen. In der Schweiz wird dies von Art. 28 und 32 AIAAG vorgesehen. Nach der AIA-Vereinbarung und dem Abkommen mit der EU erfolgt die Zusammenarbeit ausschliesslich zwischen den zuständigen Behörden (Botschaft AIA, 5466; Botschaft zum Abkommen mit der EU, 9219). Im OECD-Kommentar dagegen wird die Möglichkeit offengelassen, einen direkten Kontakt zwischen der zuständigen Behörde eines Staates und einem Finanzinstitut des anderen Staates vorzusehen. Dies

könnte insbesondere der Fall sein, wenn man es mit blossen administrativen Fehlern oder geringfügigen Fehlern zu tun hat. Diese Möglichkeit muss indessen von der nationalen Gesetzgebung eines jeden einzelnen Staates vorgesehen werden und wird wahrscheinlich vom Volumen der Anfragen beeinflusst werden, die die zuständige Behörde zu empfangen erwartet. In diesem Fall muss der Text des Abschn. 4 geändert werden, indem die Möglichkeit des direkten Kontakts mit dem Finanzinstitut eingeführt wird, wobei in jedem Fall die Voraussetzung bleibt, dass die zuständige Behörde informiert werden muss. Dieser direkte Kontakt muss auch in der nationalen Gesetzgebung über den Schutz der Personendaten vorgesehen sein (OECD, Kommentar zur AIA-Vereinbarung, Abschn. 4 N 3). Festzuhalten ist, dass die Schweiz diese Lösung nicht übernommen hat.

Nach der Wegleitung ESTV kann im Falle einer ungenauen Meldung ein schweizerisches FI die der ESTV übermittelten Informationen korrigieren, indem es spätestens bis zum 30. Juni nach Ablauf des Kalenderjahres, auf den sich diese beziehen, eine neue Meldung einreicht und die vorausgehende storniert. Im Fall, in dem ein FI bemerken müsste, eine Meldung unterlassen zu haben, kann diese noch innerhalb von fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem diese hätte übermittelt werden können, übermittelt werden. Gleichfalls kann vom meldenden schweizerischen FI eine ungenaue Meldung oder eine unrechtmässig erfolgte Übermittlung von Daten innerhalb von fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dessen Verlauf sie übermittelt worden ist, storniert werden (Wegleitung ESTV, Nr. 7.5, 170–171). 2

## Abschnitt 5 AIA-Vereinbarung

### Vertraulichkeit und Datenschutz- vorkehrungen

1. Alle ausgetauschten Informationen unterliegen den im Amtshilfeübereinkommen vorgesehenen Vertraulichkeitsvorschriften und sonstigen Schutzvorkehrungen einschliesslich der Bestimmungen, welche die Verwendung der ausgetauschten Informationen einschränken, und werden, soweit für die Gewährleistung des notwendigen Schutzes personenbezogener Daten erforderlich, im Einklang mit den gegebenenfalls von der übermittelnden zuständigen Behörde nach Massgabe ihres innerstaatlichen Rechts festgelegten und in Anhang C aufgeführten Schutzvorkehrungen ausgetauscht.
2. Eine zuständige Behörde wird das Sekretariat des Koordinierungsgremiums unverzüglich über alle Verstösse gegen die Vertraulichkeitsvorschriften und jedes Versagen der Schutzvorkehrungen sowie alle daraufhin verhängten Sanktionen und ergriffenen Gegenmassnahmen unterrichten. Das Sekretariat des Koordinierungsgremiums wird sämtliche zuständigen Behörden unterrichten, für die diese Vereinbarung eine wirksame Vereinbarung mit der erstgenannten zuständigen Behörde darstellt.

## Art. 6 EU-Abkommen

### Vertraulichkeit und Schutz personenbezogener Daten

1. Alle Informationen, die ein Staat (ein Mitgliedstaat oder die Schweiz) nach diesem Abkommen erhalten hat, werden vertraulich behandelt und in derselben Weise geschützt wie Informationen, die der betreffende Staat nach seinem innerstaatlichen Recht erlangt hat, und zwar, soweit für den Schutz personenbezogener Daten erforderlich, im Einklang mit dem anwendbaren innerstaatlichen Recht und Schutzvorkehrungen, die von dem die Informationen erteilenden Staat nach Massgabe seines innerstaatlichen Rechts angegeben werden können.

2. Diese Informationen dürfen in jedem Fall nur den Personen oder Behörden (einschliesslich der Gerichte und der Verwaltungs- oder Aufsichtsorgane) zugänglich gemacht werden, die mit der Veranlagung, Erhebung, Einziehung, Vollstreckung oder Strafverfolgung oder mit der Entscheidung über Rechtsmittel hinsichtlich der Steuern des betreffenden Staates (eines Mitgliedstaats oder der Schweiz) oder mit der Aufsicht darüber befasst sind. Nur die vorgenannten Personen oder Behörden dürfen die Informationen verwenden, und zwar nur für die im vorstehenden Satz genannten Zwecke. Sie dürfen die Informationen ungeachtet des Absatzes 1 in einem öffentlichen Gerichtsverfahren oder in einer Gerichtsentscheidung im Zusammenhang mit diesen Steuern offenlegen.

3. Ungeachtet der vorstehenden Absätze können Informationen, die ein Staat (ein Mitgliedstaat oder die Schweiz) erhalten hat, für andere Zwecke verwendet werden, sofern diese Informationen nach dem Recht des die Informationen erteilenden Staates (der Schweiz beziehungsweise eines Mitgliedstaats) für diese anderen Zwecke verwendet werden dürfen und die zuständige Behörde dieses Staates diese Verwendung genehmigt. Informationen, die ein Staat (ein Mitgliedstaat oder die Schweiz) einem anderen Staat (der Schweiz beziehungsweise einem Mitgliedstaat) erteilt, können von Letzterem an einen dritten Staat (einen anderen Mitgliedstaat) weitergeleitet werden, sofern dies von der zuständigen Behörde des erstgenannten Staates, aus dem die Informationen stammen, vorab genehmigt wurde. Informationen, die ein Mitgliedstaat einem anderen Mitgliedstaat auf der Grundlage seiner geltenden Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2011/16/EU des Rates über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung erteilt, können an die Schweiz weitergeleitet werden, sofern dies von der zuständigen Behörde des Mitgliedstaats, aus dem die Informationen stammen, vorab genehmigt wurde.

4. Jede zuständige Behörde eines Mitgliedstaats oder der Schweiz wird die andere zuständige Behörde (der Schweiz beziehungsweise des betreffenden Mitgliedstaats) umgehend über alle Verstösse gegen die Vertraulichkeitsvorschriften und jedes Versagen der Schutzvorkehrungen sowie alle daraufhin verhängten Sanktionen und ergriffenen Gegenmassnahmen unterrichten.



**Inhalt**

Note

I.	Die Verletzung der Vertraulichkeitspflicht und der Schutzvorkehrungen . . . . .	1
II.	Das Meldeverfahren . . . . .	10
III.	Die Sanktionen und die Gegenmassnahmen . . . . .	14

**I. Die Verletzung der Vertraulichkeitspflicht und der Schutzvorkehrungen**

Die zwei Bestimmungen führen, aus materieller Sicht analog, das «*Meldeverfahren bei Verstössen gegen die Vertraulichkeitsvorschriften und einem Versagen der Schutzvorkehrungen*» ein (vgl. Botschaft AIA, 5469; Botschaft zum Abkommen mit der EU, 9221). Vor der Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen, die sich aus solchen Tatbeständen ergeben, muss man sich deshalb mit dessen Inhalten befassen.

Die **Umfassung der «Vertraulichkeitspflicht» und der «Schutzvorkehrungen»**, deren Verletzung zum Meldeverfahren führt, wird von Abschn. 5.1 AIA-Vereinbarung bzw. von Art. 6 Abs. 1–3 Abkommen mit der EU behandelt. Verwiesen wird insbesondere auf das **Steuergeheimnis**, das heisst auf die qualifizierte Vertraulichkeitspflicht, die deshalb qualifiziert ist, weil sie sich über das Amtsgeheimnis, das in allen Bereichen der öffentlichen Verwaltung gilt, «*da allgemein anerkannt ist, dass solche Daten – die Steuerdaten – speziell zu schützen sind*» (Botschaft AIA, 5466). Darüber hinaus wird die Schutzvorkehrung auf das **Spezialitätsprinzip** ausgedehnt, welches sich, namentlich im Steuerbereich, auf eine Beschränkung der möglichen Verwendung der ausgetauschten Informationen bezieht. Die fraglichen Schutzvorkehrungen enthalten auch ein **Verbot der Weiterleitung der Informationen** durch den Staat, der sie anfänglich automatisch empfangen hat, an einen Drittstaat (vgl. diesbezüglich Botschaft AIA, 5468). Geschützt durch diese Normen werden die vom automatischen Informationsaustausch betroffenen Personen, insbesondere die Steuerpflichtigen.

Der Begriff des Versagens bedingt die Notwendigkeit, ein Bezugselement zu definieren. **Versagen in Bezug auf welches Recht?** Es geht somit darum, sich zu fragen, nach welchem Recht die für den automatischen Informationsaustausch massgeblichen Schutzvorkehrungen bestimmt werden. Es wird diesbezüglich angebracht sein, einen **pluralistischen Ansatz** zu verfolgen, der eine Gesamtheit von Rechtsquellen berücksichtigen wird. Der Staat, der die Informationen empfängt, muss diese insbesondere in Bezug auf die Beachtung des Steuergeheimnisses, ohne Weiteres auf mit den eigenen internen Bestimmungen konforme Weise behandeln. Die Beachtung der internen Bestimmungen des Staates, der die Informationen empfängt, könnte indessen nicht genügen, um einen ausreichenden Schutz der Steuerpflichtigen zu gewährleisten. Diesbezüglich bilden das Amtshilfeübereinkommen in Verbindung mit der AIA-Vereinbarung auf der einen Seite und das Abkommen mit der EU auf der anderen Seite autonome Quellen zur Festsetzung des materiellen Schutzniveaus der Steuerpflichtigen. Auf der Grundlage sowohl der AIA-Vereinbarung als auch des

Abkommens mit der EU wird der Staat, der die Informationen erteilt, die Mindestanforderungen an Vorkehrungen zum Schutz der Steuerpflichtigen gewährleisten müssen.

- 4 Man kann sich fragen, ob als Vorkehrungen zum Schutz des Steuerpflichtigen über die Bestimmungen im Bereich der Verwendung der ausgetauschten Daten (Spezialitätsprinzip) sowie der Vertraulichkeit auch andere Schutzvorkehrungen verstanden werden können. **Der Begriff der «Schutzvorkehrung» wird von Abschn. 5 AIA-Vereinbarung bzw. von Art. 6 Abkommen mit der EU nicht abschliessend definiert.** Als Generalklausel der Schutzvorkehrung muss der **Vorbehalt der öffentlichen Ordnung** anerkannt werden. In den verschiedenen Bereichen der internationalen Zusammenarbeit, vom Strafbereich (sowohl im Rechtshilfe- als auch im Auslieferungsbereich) zum zivilrechtlichen Bereich mit Bezug auf die Anerkennung und den Vollzug ausländischer Urteile (*exequatur*), enthält die öffentliche Ordnung eine verfahrensmässige und eine materielle Komponente.
- 5 Die **verfahrensmässige Komponente der öffentlichen Ordnung** ist darauf gerichtet, die grundlegenden Verfahrensgarantien eines Rechtsstaates, wie sie in der EMRK kodifiziert sind, zu schützen. Insbesondere wird das Recht gewährleistet, ohne Willkür im Rahmen eines Verfahrens, dessen Entscheidungsinstanzen und Verfahrensschritte vom Gesetz nach den Kriterien der Gleichbehandlung geregelt sind, behandelt zu werden. Im Verlaufe solcher Verfahren müssen daher den betroffenen Personen verfahrensmässige Mindestgarantien anerkannt werden, wie der **Anspruch auf rechtliches Gehör**, der insbesondere das Recht umfasst, vor der Entscheidungsinstanz die eigenen Meinungen darzulegen, und der **Anspruch auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteilichen Richter**.
- 6 Der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung hat typischerweise eine **negative Funktion**. Seine Verletzung begründet das Recht eines Staates, es abzulehnen, dem Staat Zusammenarbeit zu leisten, in dem die Gefahr der Verletzung dieses Vorbehalts besteht. Somit muss der Staat, der automatisch die Informationen empfangen wird, diese im Rahmen von Verfahren behandeln, die die in einem Rechtsstaat als wesentlich anerkannten verfahrensmässigen Garantien der betroffenen Personen gewährleisten. Diese Schutzvorkehrung wird im Rahmen des automatischen Informationsaustauschs ihre Wirkungen nicht so sehr in ihrer typischen negativen Funktion entfalten, sondern wird **in eine Meldepflicht** des Staates **münden**, der die Informationen empfangen und die Grundrechte der vom automatischen Austausch berührten Personen verletzt hat.
- 7 **Der materielle Aspekt der öffentlichen Ordnung** hat dagegen eine bloss marginale Bedeutung. Man könnte sich insbesondere fragen, ob sich darin das Verbot der sog. «konfiskatorischen Besteuerung», die das Vermögen eines Steuerpflichtigen mit übermässigen gegen die Eigentumsgarantie verstossenden Besteuerungsansätzen angreift, bzw. das Verbot übermässiger Strafen widerspiegeln könnten. Aus diesen Gründen kann der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung angesichts der Freiheit der Staaten, autonom ihre Steuer- und Sanktionierungs-

regimes auszugestalten, nur in ausserordentlichen Fällen angerufen werden. Nichtsdestotrotz werden die Steuerpflichten gleich wie die straf- oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen unter Beachtung dieses Vorbehalts ausschliesslich anhand von aus materieller Sicht (somit auf der Grundlage von allgemeinen, abstrakten und voraussehbaren Bestimmungen) und aus formeller Sicht (in Bezug somit auf eine letztlich demokratische Legitimation dieser Bestimmungen) genügenden Rechtsgrundlagen angewendet werden dürfen. Insbesondere wird z.B. ein Verfahren gegen die öffentliche Ordnung verstossen, das gegen einen Steuerpflichtigen auf Grund politischer Motive eingeleitet wird.

Der Schutz der öffentlichen Ordnung entfaltet sich nicht nur abstrakt in Bezug auf eine gesetzliche Regelung einer bestimmten Rechtsordnung, sondern auch konkret in Bezug auf deren Anwendung auf bestimmte Sachverhalte. 8

**Die Tragweite der Schutzvorkehrungen muss extensiv ausgelegt werden.** Die Folge der umfassenden Gestaltung des automatischen Informationsaustauschs ist nämlich das Erfordernis der Gewährleistung des Schutzes der Steuerpflichtigen und der anderen vom automatischen Austausch betroffenen Personen. **Mit einem einheitlichen Raum internationaler Steuertransparenz muss nämlich ein gleich einheitlicher Raum auf der Ebene des Schutzes der Grundrechte der zur Diskussion stehenden Personen verbunden sein.** Auf keinen Fall können Erfordernisse der Effizienz und Wirksamkeit des automatischen Informationsaustauschs angerufen werden, um diese Schutzvorkehrungen zu schmälern und die Konsequenzen zu beschränken, die sich im Falle ihrer Missachtung daraus ergeben. Es muss von einer Gemeinschaft von Rechtsstaaten angenommen werden, dass die von den Parteien mit dem automatischen Austausch verfolgten steuerlichen Ansprüche den Erfordernissen des Schutzes der Grundrechte, darunter der Anspruch auf die Achtung der Vertraulichkeit und der Privatsphäre, sowie der verfahrensmässigen Garantien der betroffenen Personen, untergeordnet sind. Es ist daher unabdingbar, dass diese Schutzvorkehrungen im Staat, der die Informationen empfängt, vollständig beachtet werden. 9

## II. Das Meldeverfahren

Der Abschn. 5.2 AIA-Vereinbarung bzw. Art. 6 Abs. 4 Abkommen mit der EU stellen zu Lasten der zuständigen Behörde, in deren Staat eine Verletzung der Vertraulichkeit oder der anderen Schutzvorkehrungen zugunsten der Steuerpflichtigen stattgefunden hat, eine **Pflicht zur sofortigen Meldung** auf. 10

Unterschiedlich ist in den zwei Abkommen **der Empfänger der Meldung**. Es handelt sich um das Sekretariat des Koordinationsgremiums in Anwendung der AIA-Vereinbarung, während im Rahmen des Abkommens mit der EU die Meldung der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaates zuhanden der zuständigen schweizerischen Behörde erfolgt, wenn die Verletzung in einem solchen Mitgliedstaat stattgefunden hat, und umgekehrt von der schweizerischen Behörde 11

an jene des Mitgliedstaates, wenn die Verletzung stattdessen in der Schweiz stattgefunden hat.

- 12 Es stellt sich die Frage, ob dieses Meldeverfahren auch vom Staat in Gang gesetzt werden kann, der die Informationen erteilt hat, wenn er annimmt, dass im anderen Staat ein Versagen stattgefunden hat. Darauf ist negativ zu antworten. Denn das Meldeverfahren muss zusammen mit der Aussetzung der Abkommen verstanden werden (vgl. dazu Botschaft AIA, 5469). Der Staat, der die Informationen erteilt hat, wird ausser der Möglichkeit, das Abkommen im Falle von Verstössen gegen die Schutzvorkehrungen auszusetzen, sich auf Schwierigkeiten in der Anwendung des Abkommens im Sinne von Abschn. 6.1 AIA-Vereinbarung bzw. Art. 7 Abs. 1 Abkommen mit der EU berufen können. Das Meldeverfahren ist dagegen im Falle von Verstössen gegen die Schutzvorkehrungen **ausschliesslich für die Partei vorgesehen, bei der dieses Versagen sich ereignet hat**, und nicht schon für die andere Partei, die nach den zwei Abkommen über andere Handlungsinstrumente verfügt.
- 13 In Bezug auf die Einleitung des Meldeverfahrens kann man sich fragen, ob im Fall, in dem der Staat, in dem das Versagen in Bezug auf die Schutzvorkehrungen stattgefunden hat, untätig bleibt, stattdessen an seiner Stelle die Person, die die Folgen dieses Versagens erlitten hat, bzw. eine andere Partei handeln darf. In der Annahme, dass z.B. von der Schweiz an den Staat A in Bezug auf Herrn XY übermittelte Finanzinformationen von der Presse verbreitet und demzufolge im Rahmen diskriminierender, wegen seiner kritischen politischen Haltung der Regierung gegenüber, geführter Verfahren verwendet werden, könnte Herr XY diese Meldung vornehmen, wenn die zuständige Behörde des Staates A keine Meldung an die zuständige schweizerische Behörde bzw. an das Sekretariat des Koordinierungsgremiums vornimmt? Könnte beziehungsweise der Kunde Z, dessen Daten Gegenstand eines automatischen Austauschs von der Schweiz an den Staat A sein werden, vorgehen, weil er über das mögliche Versagen in Bezug auf die Schutzvorkehrungen besorgt ist? Oder konnte auch eine nicht direkt betroffene Partei wie eine beim Schutz der Menschenrechte tätige Vereinigung die Meldung vornehmen? Entsprechend einem Ansatz zum Informationsaustausch, der die Stellung der von ihm betroffenen Parteien nicht zu jener blosser Objekte in Verfahren, deren einzige Akteure die Vertragsstaaten sind, reduzieren will, und in Übereinstimmung mit einer extensiven Auslegung der Schutzvorkehrungen, ist anzunehmen, dass die **Meldeverfahren auch von Einzelpersonen und nicht nur von Staaten in Gang gesetzt werden können**. Daher sind die oben gestellten Fragen positiv zu beantworten und in den fraglichen Beispielen davon auszugehen, dass sowohl XY als auch eventuell eine nicht direkt in das Austauschverfahren involvierte Partei das Meldeverfahren einleiten können.

### III. Die Sanktionen und die Gegenmassnahmen

Zu konkretisieren bleiben schliesslich die in den beiden Bestimmungen erwähnten **«Sanktionen»** und **«Gegenmassnahmen»**. Es wird diesbezüglich nötig sein, eine sich auf den einzelnen Sachverhalt, in dem ein bestimmtes Versagen erfolgt ist, beziehende Mikroebene von einer Makroebene zu unterscheiden, die sich auf die Modalitäten in ihrer Gesamtheit bezieht, mit denen die Schutzvorkehrungen verfolgt werden. Ziel sowohl der Sanktionen wie auch der Gegenmassnahmen ist **die Wiederherstellung der Schutzvorkehrungen**. Z.B. im Fall, in dem die ausgetauschten Informationen auf gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit verstossende Weise verbreitet werden, müssten Massnahmen ergriffen werden, um das bereitete Unrecht wiedergutzumachen bzw. die für die Verbreitung der Daten verantwortlichen Personen zu identifizieren und zu sanktionieren. Sowohl im einen (Schadenersatz und Genugtuung) als auch im anderen Fall (Sanktion gegen den, der konkret die Verletzung begangen hat) haben die unternommenen Massnahmen eine Heilungsfunktion, weil sie eine Antwort auf das «Versagen der Schutzvorkehrungen» darstellen und, auf einer Makroebene, eine allgemeine präventive Wirkung auslösen. Denn sie stellen eine Hemmbremse gegen die Begehung solcher Versagen dar.

Gegenmassnahmen werden auch mit einer **Neutralisierung** der unter Verletzung der Vertraulichkeit und der Spezialität empfangenen **Informationen** erfolgen können. Werden ausschliesslich zu Steuerzwecken übermittelte Informationen von der in diesem Bereich zuständigen Behörde einer auf einem anderen Gebiet tätigen Behörde übermittelt und würde diese Übermittlung gegen das Spezialitätsprinzip verstossen, müsste die Behörde, die diese Daten nachträglich erhalten hat, in die Lage versetzt werden, sie nicht konkret verwenden zu können.

Je nach Fall werden die Gegenmassnahmen sich in einer **Heilungsmassnahme im konkreten Fall**, in dem das Versagen der Schutzvorkehrungen erfolgt ist, entfallen können oder die **Aktivierung von Gesetzesmechanismen von allgemeiner Tragweite** mit materiellen Bestimmungen (z.B. im Straf- oder Datenschutzbereich) oder organisatorischen Bestimmungen (z.B. durch Erteilung besonderer Funktionen in Bezug auf den Datenschutz bei der Durchführung des automatischen Informationsaustauschs an einen besonderen Beauftragten) erforderlich machen. Unter dem Gesichtspunkt der Schaffung eines angemessenen Systems von gegenseitigen Kontrollen wird es angebracht sein, dass neben der für die Übermittlung bzw. den Empfang der Daten zuständigen Steuerbehörden **einer unabhängigen Instanz in Bezug auf den Datenschutz Funktionen zugewiesen** werden, damit die Effizienzanforderungen mit der Beachtung der Schutzvorkehrungen und des Datenschutzes in Einklang gebracht werden. Die Einrichtung einer solchen unabhängigen Instanz erscheint sowohl im Staat, der die Informationen empfängt, als auch in jenem, der sie übermittelt, zweckmässig.

Abschnitt I

Allgemeine  
Meldepflichten

B. In den gemeldeten Informationen muss die Währung genannt werden, auf die die Beträge lauten.

C. Ungeachtet des Unterabschnitts A Nummer 1 müssen Steueridentifikationsnummer(n) und Geburtsdatum in Bezug auf meldepflichtige Konten, die bestehende Konten sind, nicht gemeldet werden, wenn diese Steueridentifikationsnummer(n) beziehungsweise dieses Geburtsdatum nicht in den Unterlagen des meldenden Finanzinstituts enthalten ist und nicht nach innerstaatlichem Recht von diesem meldenden Finanzinstitut zu erfassen sind. Ein meldendes Finanzinstitut ist jedoch verpflichtet, angemessene Anstrengungen zu unternehmen, um bei bestehenden Konten die Steueridentifikationsnummer(n) und das Geburtsdatum bis zum Ende des zweiten Kalenderjahrs, das dem Jahr folgt, in dem bestehende Konten als meldepflichtige Konten identifiziert wurden, zu beschaffen.

D. Ungeachtet des Unterabschnitts A Nummer 1 ist die Steueridentifikationsnummer nicht zu melden, wenn (i) vom betreffenden meldenden Staat keine Steueridentifikationsnummer ausgegeben wird oder (ii) das innerstaatliche Recht des betreffenden meldenden Staates nicht zur Erfassung der durch den meldenden Staat ausgegebenen Steueridentifikationsnummer verpflichtet.

E. Ungeachtet des Unterabschnitts A Nummer 1 ist der Geburtsort nicht zu melden, es sei denn, das meldende Finanzinstitut hat ihn nach innerstaatlichem Recht zu beschaffen und zu melden und er ist in den elektronisch durchsuchbaren Daten des meldenden Finanzinstituts verfügbar.

Inhalt	Note
I. Abschnitt I.B	1
II. Abschnitt I.C	2
III. Abschnitt I.D	5
IV. Abschnitt I.E	7

I. Abschnitt I.B

- 1 Die Meldung erfolgt unter Angabe der Währung des Kontos. Lautet das Konto auf mehrere Währungen, kann das FI für die Meldung der anderen Währungen unter Verwendung des Wechselkurses am Jahresende die Referenzwährung verwenden (Wegleitung ESTV, 171, Ziff. 7.2. in Verbindung mit Ziff. 7.1). Die schweizerischen FI können wählen, ob sie die Beträge in CHF oder USD angeben wollen (Art. 12 Abs. 4 AIAG).

## II. Abschnitt I.C

Alle schweizerischen FI sind verpflichtet, das Geburtsdatum ihrer Kunden zu registrieren (Art. 17 GwV); bis zum Inkrafttreten des AIAG bestand dagegen keine Pflicht, die SIN eines Kunden festzustellen. 2

Den schweizerischen FI stehen zwei Jahre zur Verfügung, um die SIN der eigenen Klienten, die Inhaber eines bestehenden Kontos sind, zu beschaffen. Sie müssen sich auf angemessene Weise dafür einsetzen, diese Information zu erhalten. Der Einsatz wird als vernünftig betrachtet, wenn die FI wenigstens einmal jährlich den Kunden um die Angabe seiner SIN angefragt haben. Die SIN kann vom Kunden in jeglicher Form angegeben werden, also auch auf telematischem Weg (Fax, E-Mail, Telefon usw.). Wenn nach Ablauf der zwei Jahre das FI die verlangte SIN nicht erhalten hat, wird dies keine Konsequenzen für die Führung des Kontos haben, das nicht gesperrt werden muss (analog Art. 27 Abs. 1 AIAV). Das FI wird indessen auch nach Ablauf der zwei Jahre sich weiterhin angemessen darum bemühen, die SIN zu erhalten (Wegleitung ESTV, 145, Ziff. 6.3.2.2; 155 f., Ziff. 6.4.4; 162, Ziff. 6.5.4). Die Suche nach der SIN wird gemäss den Anforderungen im Bereich der Revision zu dokumentieren sein, um den angemessenen Einsatz nachzuweisen. 3

Die gleichen Regeln gelangen auch auf die Neukonten zur Anwendung (Art. 27 Abs. 2 AIAV). 4

## III. Abschnitt I.D

Ein **Verzeichnis der SIN** in jedem einzelnen Staat wird von der OECD auf der Seite <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/tax-identification-numbers>> (zuletzt am 25.4.2018 eingesehene Seite) aufgeführt. 5

Mit der Einführung des AIAG verlangt die Schweiz für die bestehenden Konten den Erhalt der SIN innerhalb von zwei Jahren (vgl. Kommentar zu Abschn. I.C GMS). 6

## IV. Abschnitt I.E

Die schweizerischen Gesetzesbestimmungen über die Geldwäscherei verlangen nicht die Feststellung des Geburtsortes. Aus diesem Grund ist das schweizerische FI nicht gehalten, diese Information zu melden, auch wenn sie vorhanden wäre. Das schweizerische FI kann indessen **fakultativ** diese Information von seinen Kunden verlangen (Wegleitung ESTV, 15, Ziff. 1.3.2.1, lit. f; 144 f.; Ziff. 6.3.2.2). Zu bemerken ist indessen, dass ein eindeutiger Geburtsort in den USA ein genügendes Indiz für die in der Anhang II, Abschn. II.V.1.b FATCA-Abkommen vorgesehene Anerkennung einer in den Vereinigten Staaten steuerpflichtigen Per- 7

son darstellt. Obwohl der Geburtsort vom GMS nicht verlangt wird, verlangt das von **der SBA ausgearbeitete Selbstauskunftsformular**, das den Anforderungen sowohl des GMS als auch des FATCA-Abkommens entspricht, die Angabe des Geburtsorts, wenn dieser in den USA und auf dem Gebiet der Vereinigten Staaten gelegen ist.

Abschnitt II

Allgemeine  
Sorgfaltspflichten

- A. Ein Konto gilt ab dem Tag als meldepflichtiges Konto, an dem es nach den Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in den Abschnitten II–VII als solches identifiziert wird und, sofern nichts anderes vorgesehen ist, müssen die Informationen in Bezug auf ein meldepflichtiges Konto jährlich in dem Kalenderjahr gemeldet werden, das dem Jahr folgt, auf das sich die Informationen beziehen.
- B. Der Saldo oder Wert eines Kontos wird zum letzten Tag des Kalenderjahrs oder eines anderen geeigneten Meldezeitraums ermittelt.
- C. Ist eine Saldo- oder Wertgrenze zum letzten Tag eines Kalenderjahrs zu ermitteln, so muss der betreffende Saldo oder Wert zum letzten Tag des Meldezeitraums ermittelt werden, der mit diesem Kalenderjahr oder innerhalb dieses Kalenderjahrs endet.
- D. Jeder Staat kann meldenden Finanzinstituten gestatten, zur Erfüllung der Melde- und Sorgfaltspflichten, die ihnen im Sinne des innerstaatlichen Rechts auferlegt werden, Dienstleister in Anspruch zu nehmen, wobei die Verantwortung für die Erfüllung dieser Pflichten weiterhin bei den meldenden Finanzinstituten liegt.
- E. Jeder Staat kann meldenden Finanzinstituten gestatten, die für Neukonten geltenden Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten auf bestehende Konten anzuwenden und die für Konten von hohem Wert geltenden Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten auf Konten von geringerem Wert anzuwenden. Gestattet ein Staat die Anwendung der für Neukonten geltenden Verfahren zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten auf bestehende Konten, finden die ansonsten geltenden Vorschriften für bestehende Konten weiterhin Anwendung.

Inhalt	Note
I. Abschnitt II.A. ....	1
II. Abschnitt II.B. ....	3
III. Abschnitt II.C. ....	5
IV. Abschnitt II.D. ....	7
V. Abschnitt II.E. ....	11

I. Abschnitt II.A.

- 1 In Anwendung der Überprüfungsverfahren wird ein Konto vom Zeitpunkt an, in dem das FI die Identifizierungsverfahren gemäss Abschn. III GMS (für die be-



stehenden Konten natürlicher Personen) oder Abschn. V GMS (für die bestehenden Konten von Rechtsträgern) abgeschlossen hat, als meldepflichtiges Konto erachtet. Im Sinne der gegenteiligen Bestimmungen wird ein Konto dagegen in den folgenden Fällen nicht als meldepflichtig erachtet:

- wenn es als im Sinne des Abschn. VIII.C.17 GMS oder Art. 4 AIAG als ausgenommen qualifiziert wird;
- wenn das Konto vor dem Ablauf der Frist nach Art. 11 Abs. 2 oder 3 AIAG aufgelöst worden ist und das Verfahren zur Überprüfung des Kontos noch nicht abgeschlossen ist (Art. 28 Abs. 1 AIAG). Ist die Überprüfung, auch im Zusammenhang mit nicht mit dem automatischen Informationsaustausch zusammenhängenden Umständen (z.B. zur Festlegung der Anwendung einer Quellensteuer), innert der vorgesehenen Zeitspanne abgeschlossen worden, stellt das Konto ein meldepflichtiges Konto dar;
- wenn das Konto aufgelöst worden ist, ohne dass das FI in der Lage gewesen ist, die steuerliche Ansässigkeit des Inhabers festzustellen (Art. 28 Abs. 2 AIAG, wobei diese Situation wenig wahrscheinlich ist);
- wenn das Konto nach einer Änderung von Gegebenheiten aufgelöst worden ist (vgl. OECD, Kommentar GMS, Abschn. III.B.3; III.C.5.a und V.E. 3 GMS) und das FI nicht in der Lage gewesen ist, das neue Überprüfungsverfahren innerhalb der der Auflösung des Kontos vorausgegangenen 90 Tagen abzuschliessen (Art. 28 Abs. 3 AIAG i.V.m. der Wegleitung ESTV, 165, Ziff. 6.6.1.2; 146, Ziff. 6.3.2.4; 165 ff., Ziff. 6.6.1.3.1; vgl. auch OECD, Kommentar GMS, Abschn. III.B.4; III.C.5.b; IV.C.e und V.E. 3 GMS). Das FI kann indessen aus eigener Initiative auch dieses Konto als meldepflichtig betrachten und die Informationen dem vor der Änderung der Gegebenheiten identifizierten Staat übermitteln;
- wenn zufolge einer Änderung der Gegebenheiten der Inhaber oder eine die Kontrolle der passiven NFE ausübende Person die Qualifikation als meldepflichtige Person verliert.

Immer als meldepflichtige Konten gelten dagegen die Konten, für die die steuerliche Ansässigkeit der Inhaber oder der beherrschenden Personen festgestellt worden ist zufolge:

- von Überprüfungsverfahren oder zufolge anderer Gegebenheiten (z.B. Einzug der Quellensteuer) auch vor dem Ablauf der von Art. 11 Abs. 2 oder 3 AIAG vorgesehenen Fristen;
- der Auflösung des Kontos nach dem Ablauf der von Art. 11 Abs. 2 oder 3 AIAG vorgesehenen Fristen (*e contrario* Art. 28 Abs. 1 AIAG);
- der Auflösung des Kontos in den auf einer Änderung der Gegebenheiten folgenden 90 Tagen (*e contrario* Art. 28 Abs. 3 AIAG i.V.m. der Wegleitung ESTV, 165 f., Ziff. 6.6.1.3.1; vgl. auch OECD, Kommentar GMS, Abschn. III. B.4; III.C.5.b; IV.C und V.E. 3 GMS).

## II. Abschnitt II.B

- 3 Als angemessene Rechenschaftsperiode gilt die Zeit vom 1. Januar bis zum Tag der Auflösung der meldepflichtigen Beziehung.
- 4 Die **Rechenschaftsperioden** entsprechen nicht immer dem **Kalenderjahr**. In einigen Ländern endet die Rechenschaftsperiode, die immer die Dauer von einem Jahr hat, nicht am 31. Dezember, sondern an einem anderen Tag (z.B. in Neuseeland am 31. März). In einem solchen Fall werden die ausländischen Steuerbehörden Informationen erhalten, die nicht auf dem 31. Dezember beruhen.

## III. Abschnitt II.C

- 5 Die Bestimmung der Wertgrenze wird ausdrücklich bei der Erledigung des Überprüfungsverfahrens für die bestehenden Konten von natürlichen Personen (um festzustellen, ob es sich um ein Konto von hohem Wert oder von geringerem Wert handelt), für die bestehenden Konten von Rechtsträgern (Abschn. V.A, V.B und V.E.1 GMS) sowie auch für die Zusammenfassungen der Werte (Abschn. VII.C.1 und VII.C.2 GMS) verlangt.
- 6 Der **Schwellenwert** wird am **letzten Tag** der Rechenschaftsperiode des meldepflichtigen Jahres bestimmt. War das Konto während dieses Jahres noch offen, stimmt der Rechenschaftstag mit dem letzten Tag des Jahres überein. Wurde das Konto während des Jahres aufgelöst, stimmt der Rechenschaftstag mit dem Tag überein, an dem das Konto aufgelöst worden ist. Der Rechenschaftstag muss immer innerhalb des Meldejahres sein.

## IV. Abschnitt II.D

- 7 Im Gegensatz zum FATCA-Abkommen sieht der GMS keinen Status wie den *owner documented FFI* oder den *sponsored FFI* vor, der es einer Drittperson erlaubt, die **Verantwortung für die Meldung** der Finanzinformationen zu übernehmen. Der Status als *owner documented FFI* erlaubt es dem FI, das als Verwahrer eines Finanzkontos eines anderen FI (insbesondere eines Investmentunternehmens gemäss Art.2 Abs.1 Nr.11 FATCA-Abkommen als Sitzgesellschaft oder Stiftung) handelt, die Informationen zum Finanzkonto **im Namen und im Auftrag** des *owner documented FFI* zu melden. Auf diese Weise muss der *owner documented FFI* sich nicht beim IRS registrieren lassen; jede Bank, die in seinem Namen als Verwahrerin handelt, wird unabhängig die Informationen über die von ihr gehaltenen Konten direkt dem IRS übermitteln. Der Status als *sponsored FFI* erlaubt es dagegen einem Dritten (dem *sponsored FFI*), die Meldung im Namen und im Auftrag des gesponserten Rechtsträgers (die *sponsoring FFI*) vorzunehmen.
- 8 Wie im FATCA-Abkommen wird sich auch nach dem GMS jedes FI, insbesondere die **Investmentunternehmen** gemäss Abschn. VIII.A.6.b GMS (als Sitz-

gesellschaft und als Stiftungen mit diskretionärer Vermögensverwaltung) und die **Treuhandgesellschaften** (die meldende FI sein können, obwohl sie nicht über eine zur Gewährleistung einer korrekten Meldung geeignete Organisation verfügen) **registrieren lassen** und **direkt verantwortlich** sein für die korrekte Bestimmung der steuerlichen Ansässigkeit der eigenen Kundschaft sowie für die Übermittlung der Daten der entsprechenden Konten durch die ESTV an die Steuerbehörden ihres Wohnsitzes. Im Unterschied zu dem, was vom FATCA-Abkommen vorgesehen ist, ist das FI immer direkt für die korrekte Meldung verantwortlich. Der Abschn. II.D GMS erlaubt es nämlich dem FI nur und ausschliesslich, einen Dritten, z.B. den Dienstleister, der seinerseits nicht zwingend ein FI ist und auch nicht in der Schweiz ansässig sein muss, mit diesem Geschäft zu **beauftragen**. Dieser kann indessen in keiner Hinsicht für die Korrektheit der Meldung verantwortlich sein (vgl. auch Art. 9 Abs. 1 lit a AIAG; Wegleitung ESTV, 168, Ziff. 6.6.3). Diese Lösung weist im Vergleich zum FATCA-Abkommen Beschränkungen auf, denn der Dienstleister wird die das Gesamtvermögen des FI betreffenden Informationen (und nicht nur die über die Einlage bei der aufbewahrenden Bank) übermitteln müssen. Angesichts mehrerer Bankbeziehungen wird somit der Dienstleister die Informationen mit Vollmacht von allen Bankinstituten oder vom FI selbst sammeln müssen. In diesem Fall wird indessen der Dienstleister keine Gewähr dafür haben, dass die gelieferten Informationen vollständig sind. Das FI bleibt daher für die Meldung sämtlicher für eine korrekte Übermittlung an die Steuerbehörden verlangten Informationen verantwortlich. Im Gegensatz dazu nehmen im Fall des vom FATCA-Abkommen vorgesehenen *owner documented FFI* die einzelnen verwahrenden Banken, die FFI sind, die Meldung für die bei ihnen verwahrten Guthaben vor. Statt einer Meldung wird die Anzahl der Meldungen derjenigen der beteiligten Banken entsprechen. Der Dienstleister, der die Meldung im Auftrag eines meldenden FI vornimmt, wird als Informationen über den Rechtsträger, der die Meldung vornimmt (Name und Identifikationsnummer, Abschn. I.A.3 GMS) jene über das meldende FI und nicht jene über den Dienstleister angeben.

Die Beauftragung des Dienstleisters darf nicht verwechselt werden mit den 9  
Pflichten, die der Trustee im Namen des Trusts (**«trustee documented trust»**) erfüllen kann, was sowohl im GMS als auch im FATCA-Abkommen vorgesehen ist. Die Qualifikation des *«trustee documented trust»* wird auf einen Trust angewendet, der selbst ein FI ist, sofern die vom Abschn. VIII.A.6.b GMS verlangten Erfordernisse erfüllt sind und gleichzeitig über einen Trustee verfügt, der seinerseits ein FI ist, sofern er die vom Abschn. VIII.A.6.a GMS verlangten Erfordernisse erfüllt. In diesem Fall ist im Gegensatz zum FI, der einen Drittleister mit der Meldung beauftragt, der **Trustee** allein für die korrekte Erfüllung der vom AIAG und vom GMS festgelegten Pflichten **verantwortlich**. Der Trustee wird somit (i) alle mit dem Trust verbundenen Personen (*settlor*, Begünstigte, Protektor) identifizieren, (ii) die Personen- und Finanzinformationen sammeln, (iii) sowie diese an die Steuerbehörden am Sitz des Trust als für die für den Trust zuständigen Behörden, auch wenn dieser in einem anderen Staat gegründet worden ist, übermitteln müssen. Falls der Trust ein FI ist, der Trustee jedoch nicht,

verbleiben die Meldepflichten zu Lasten des Trusts beim Trustee. Dieser wird die einzige Person sein, die die Meldung an die Steuerbehörde am Ort der Gründung des Trusts und nicht an jenem seines Sitzes vorzunehmen haben wird. Schliesslich besteht die Möglichkeit, dass das Land der Gründung des Trusts auch angesichts eines Trustees, der ein FI ist, eine Meldepflicht an den eigenen Staat vorsieht (z.B. wenn der Trust einer Aufsicht unterstellt ist oder wenn ein *co-trustee* besteht). In diesem Fall wird die Meldung vom Trustee auch an die ausländische Aufsichtsbehörde vorgenommen werden (vgl. auch Art. 17 AIAG).

- 10 Der Dienstleister wird die Meldung an die Steuerbehörde des Staates am Sitz des beauftragenden FI vornehmen. Dies kann jedoch nicht die Steuerbehörde des Staates des Dienstleisters sein. Z.B. könnte eine Sitzgesellschaft mit Sitz in einem karibischen Land, die aber von einer schweizerischen Treuhandgesellschaft verwaltet wird, einen schweizerischen Dienstleister mit der Meldepflicht beauftragen (da alle Informationen über den Kunden und die Finanzinformationen sich in der Schweiz befinden). Der schweizerische Dienstleister wird dann die Meldung an die Steuerbehörde des karibischen Landes, in dem die Briefkastengesellschaft ihren Sitz hat, vornehmen. Dennoch würde diese Meldung eine von der Schweiz zu Gunsten eines Drittstaates darstellen und wäre als solche im Sinne von **Art. 271 StGB** strafbar, wenn sie ohne die nötige Ermächtigung erfolgt. Art. 17 AIAG erlaubt es den Trustees von im Ausland als FI errichteten Trusts, eine solche Meldung vorzunehmen (vgl. N9). Die Ermächtigung beschränkt sich indessen allein auf die Trustees. Das Fehlen einer ausdrücklichen Ermächtigung für den Dienstleister (wie für die Trustees) stellt eine **Gesetzeslücke** dar. Aus diesem Grund müsste die Ermächtigung in analoger Anwendung von Art. 17 AIAG in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 lit. a AIAG und Abschn. II.D GMS auch für die anderen Dienstleister anerkannt werden. Denn es besteht kein Grund, warum sie nur für die Trustees gelten soll. Unter anderem bringt diese Situation eine starke Beschränkung der Delegation der Meldung an die Dienstleister mit sich. Vor der Vornahme der Meldung ins Ausland, wird der Dienstleister zu prüfen haben, ob der ausländische Staat es erlaubt, dass ein ausländischer Rechtsträger die Meldung namens eines in diesem Land ansässigen FI vornehmen kann.

## V. Abschnitt II.E

- 11 Die Schweiz hat von dieser Befugnis auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 1 lit. b AIAG (für die Anwendung der Überprüfungsverfahren für die Konten von hohem Wert auf die Konten von geringerem Wert) und von Art. 9 Abs. 1 lit. c AIAG (für die Anwendung der Überprüfungsverfahren für die Neukonten auf die bestehenden Konten) Gebrauch gemacht.
- 12 Andere auf bestehende Konten anwendbare Bestimmungen sind die besonderen Vorschriften in Bezug auf die Steueridentifikationsnummer oder das Geburtsdatum (Abschn. I.C GMS) und auf die auf bestimmte Konten in Bezug auf die Sorgfalts-, Identifizierungs- und Meldepflicht anzuwendenden Ausnahmen (Abschn. III.A und Abschn. V.A GMS; Botschaft AIA, 5492).

Abschnitt III

Sorgfaltspflichten bei bestehenden Konten natürlicher Personen	Die folgenden Verfahren gelten für die Identifizierung meldepflichtiger Konten unter den bestehenden Konten natürlicher Personen. A. Nicht überprüfungs-, identifizierungs- oder meldepflichtige Konten. Ein bestehendes Konto einer natürlichen Person, bei dem es sich um einen rückkaufsfähigen Versicherungs- oder Rentenversicherungsvertrag handelt, muss nicht überprüft, identifiziert oder gemeldet werden, vorausgesetzt, die Gesetze verhindern tatsächlich den Verkauf solcher Verträge durch das meldende Finanzinstitut an im meldepflichtigen Staat ansässige Personen.
--	---

Inhalt	Note
I.    Abschnitt III . . . . .	1
II.   Abschnitt III.A . . . . .	2

I. Abschnitt III

Mit der Einführung des automatischen Informationsaustauschs über Finanzkonten sind die FI gehalten, ihre **bestehenden Kunden** und demzufolge die bestehenden Konten, deren Inhaber diese sind, zu identifizieren. Die Bestimmung der **steuerlichen Ansässigkeit** der letzteren wird es erlauben, die Steuerbehörde festzustellen, der die Informationen einzureichen sein werden. Die FI verfügen über verschiedene Möglichkeiten, um das Überprüfungsverfahren für die bestehenden Konten natürlicher Personen durchzuführen: (i) die Durchführung des ordentlichen Verfahrens gemäss Abschn. III GMS (Art.9 Abs.1 lit.e AIAG); (ii) die Durchführung des Verfahrens für Neukonten (Abschn. IV GMS) auf alle oder bestimmte bestehende Konten (Art.9 Abs.1 lit.c AIAG); oder (iii) beschränkt auf bestehende Konten von geringerem Wert die Durchführung des Hausanschriftverfahrens (*Residence Address Test*, Abschn. III.B.1 GMS; Art.9 Abs.1 lit.e AIAG). In allen Fällen werden die FI entsprechend den Anforderungen im Bereich der Revision die vorgenommene Wahl **dokumentieren** (Wegleitung ESTV, 130, Ziff. 6.2.1). Z.B. werden die FI die Verfahren für die Inhaber von Neukonten auf die Inhaber bestehender Konten, die eine Selbstauskunft entsprechend Abschn. IV GMS unterzeichnet haben, anwenden können.

II. Abschnitt III.A

Die Ausnahme gemäss Abschn. III.A GMS gilt nur, wenn die auf den Verkauf von Versicherungsverträgen, für die ein Rückkaufswert errechnet werden kann, oder Rentenversicherungsverträgen anwendbaren Gesetze den Verkauf eines solchen Vertrages an eine in einem meldepflichtigen Staat ansässige Person verhindern, unabhängig vom Umstand, ob die Transaktion erfolgt ist oder nicht.

**Art. 3****Nicht meldende  
Finanzinstitute**

<sup>1</sup> Als nicht meldendes Finanzinstitut, das ein staatlicher Rechtsträger ist, gelten namentlich:

- a. die Schweizerische Eidgenossenschaft;
- b. die Kantone und die Gemeinden;
- c. die Einrichtungen und Vertretungen, die sich im Alleineigentum einer Einheit nach Buchstabe a oder b befinden, insbesondere die Institutionen, Einrichtungen und Fonds des Sozialversicherungssystems auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene.

<sup>2</sup> Als nicht meldendes Finanzinstitut, das eine internationale Organisation ist, gelten namentlich:

- a. Partnerorganisationen eines internationalen Sitzabkommens mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft;
- b. diplomatische Missionen, ständige Missionen oder andere Vertretungen bei internationalen Organisationen, konsularische Vertretungen oder Sondermissionen, deren Status, Privilegien und Immunitäten im Wiener Übereinkommen vom 18. April 1961 über diplomatische Beziehungen, im Wiener Übereinkommen vom 24. April 1963 über konsularische Beziehungen oder im Übereinkommen vom 8. Dezember 1969 über Sondermissionen festgelegt sind.

<sup>3</sup> Als nicht meldendes Finanzinstitut, das eine Zentralbank ist, gelten namentlich die Schweizerische Nationalbank und die sich in ihrem Alleineigentum befindenden Einrichtungen.

<sup>4</sup> Finanzinstitute nach den Absätzen 1–3 sind meldende Finanzinstitute in Bezug auf Zahlungen, die aus einer Verpflichtung im Zusammenhang mit gewerblichen Finanzaktivitäten stammen, die denen einer spezifizierten Versicherungsgesellschaft, eines Verwahrinstituts oder eines Einlageinstituts entsprechen.

<sup>5</sup> Als nicht meldendes Finanzinstitut, das ein Altersvorsorgefonds mit breiter Beteiligung, ein Altersvorsorgefonds mit geringer Beteiligung, ein Pensionsfonds eines staatlichen Rechtsträgers, einer internationalen Organisation oder einer Zentralbank oder ein Rechtsträger ist, bei dem ein geringes Risiko besteht, dass er zur Steuerhinterziehung missbraucht wird, und der im Wesentlichen ähnliche Eigenschaften aufweist wie die nicht meldenden Finanzinstitute nach dem anwendbaren Abkommen, gelten namentlich die folgenden Institute der beruflichen Vorsorge:

- a. die Vorsorgeeinrichtungen und anderen Vorsorgeformen, die gestützt auf die Artikel 48 und 49 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), Artikel 89a Absatz 6 oder 7 des Zivilgesetzbuches (ZGB) oder Artikel 331 Absatz 1 des Obligationenrechts (OR) in der Schweiz errichtet worden sind;
- b. die Freizügigkeitseinrichtungen, die in Umsetzung der Artikel 4 Absatz 1 und 26 Absatz 1 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 (FZG) errichtet worden sind;
- c. die Auffangeinrichtung nach Artikel 60 BVG;
- d. der Sicherheitsfonds nach den Artikeln 56–59 BVG;
- e. Einrichtungen der anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 BVG;

f. die Anlagestiftungen nach den Artikeln 53g–53k BVG, sofern sämtliche an der Anlagestiftung Beteiligten Pensionseinrichtungen oder andere Vorsorgeformen nach den Buchstaben a–e sind.

<sup>6</sup> Sieht das anwendbare Abkommen keine Frist vor, so gilt ein Kreditkartenanbieter als qualifizierter Kreditkartenanbieter und somit als nicht meldendes Finanzinstitut, wenn er bei Inkrafttreten dieses Gesetzes die Voraussetzungen nach dem anwendbaren Abkommen erfüllt. Nimmt ein Kreditkartenanbieter die Geschäftstätigkeit nach Inkrafttreten dieses Gesetzes auf, so gilt er als nicht meldendes Finanzinstitut, wenn er die Voraussetzungen nach dem anwendbaren Abkommen spätestens sechs Monate nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit erfüllt.

<sup>7</sup> Als nicht meldendes Finanzinstitut, das ein ausgenommener Organismus für gemeinsame Anlagen ist, gelten namentlich schweizerische kollektive Kapitalanlagen, die dem Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006 unterstehen und die Voraussetzungen im anwendbaren Abkommen betreffend Beteiligungen am Organismus für gemeinsame Anlagen sowie betreffend Anteilsscheine, die als auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Wertpapiere ausgestaltet sind, erfüllen. Der Bundesrat legt die Kriterien fest, nach denen ein Organismus für gemeinsame Anlagen als nicht meldendes Finanzinstitut gilt. Er bezeichnet die Organismen.

<sup>8</sup> Sieht das anwendbare Abkommen keine Frist vor, so erfüllen Organismen für gemeinsame Anlagen die Voraussetzung betreffend Anteilsscheine, die als auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Wertpapiere ausgestaltet sind, wenn sie:

- a. ab Inkrafttreten dieses Gesetzes keine Anteilsscheine ausgeben, die als auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Wertpapiere ausgestaltet sind; und
- b. über Massnahmen und Verfahren verfügen, die sicherstellen, dass Anteilsscheine, die als auf den Inhaber oder die Inhaberin lautende Wertpapiere ausgestaltet sind, so bald wie möglich, spätestens jedoch zwei Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes eingelöst werden oder nicht mehr verkehrsfähig sind.

<sup>9</sup> Sieht das anwendbare Abkommen es vor, so gilt ein Trust als nicht meldendes Finanzinstitut, soweit der Treuhänder oder die Treuhänderin des Trusts (Trustee) ein meldendes Finanzinstitut ist und sämtliche nach dem anwendbaren Abkommen zu meldenden Informationen zu sämtlichen meldepflichtigen Konten des Trusts meldet.

<sup>10</sup> Als nicht meldendes Finanzinstitut, das ein Rechtsträger ist, bei dem ein geringes Risiko besteht, dass er zur Steuerhinterziehung missbraucht wird, und der im Wesentlichen ähnliche Eigenschaften aufweist wie die nicht meldenden Finanzinstitute nach dem anwendbaren Abkommen, gelten aufgrund von Artikel 712/ Absatz 2 ZGB errichtete Stockwerkeigentümergeinschaften. Der Bundesrat legt die Kriterien fest, nach denen eine Stockwerkeigentümergeinschaft als nicht meldendes Finanzinstitut gilt.

<sup>11</sup> Der Bundesrat kann weitere Rechtsträger als nicht meldende Finanzinstitute bezeichnen, wenn bei diesen ein geringes Risiko besteht, dass sie zur Steuerhinterziehung missbraucht werden, und die im Wesentlichen ähnliche Eigenschaften aufweisen wie die nicht meldenden Finanzinstitute nach dem anwendbaren Abkommen. Er legt die Kriterien fest, nach denen weitere Rechtsträger als nicht meldende Finanzinstitute gelten.

Inhalt	Note
I. Einleitung . . . . .	1
II. Institute, die staatliche Rechtsträger sind . . . . .	2
III. Institute, die internationale Organisationen sind . . . . .	4
IV. Nationalbanken als Finanzeinrichtung . . . . .	6
V. Meldepflichtige Tätigkeiten von staatlichen Rechtsträgern, internationalen Organisationen und Zentralbanken . . . . .	8
VI. Altersvorsorgefonds . . . . .	10
VII. Qualifizierte Kreditkartenherausgeber . . . . .	12
VIII. Gemeinsame Kapitalanlagen . . . . .	15
IX. Trust als nicht meldendes FI (trustee documented trust) . . . . .	19
X. Stockwerkeigentümergeinschaften . . . . .	26
XI. Andere nicht meldende FI . . . . .	28

I. Einleitung

1 Der Ausdruck **«nicht meldendes Finanzinstitut»** umfasst die schweizerischen FI, die vom Anwendungsbereich des automatischen Informationsaustauschs ausgenommen sind, weil sie grundsätzlich ein geringes Risiko ihrer Verwendung zu Zwecken der Steuerhinterziehung aufweisen. Der Abschn. VIII.B GMS sieht spezifische Kategorien von nicht meldenden FI und eine Schutzklausel vor. Diese Klausel erlaubt es den einzelnen Staaten, unter Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten zu den im GMS angegebenen weitere Rechtsträger als nicht meldende FI zu definieren. Notwendige Voraussetzung dafür ist, dass solche Rechtsträger ein geringes Risiko ihrer Verwendung zu Zwecken der Steuerhinterziehung aufweisen, dass sie im Wesentlichen den vom GMS beschriebenen nicht meldenden FI ähnlich sind und dass ihr Status als nicht meldende FI die Verfolgung der Zwecke des GMS nicht präjudiziert. Es wird erwartet, dass jeder Staat, der den Standard für den automatischen Austausch anwendet, ein Verzeichnis der nicht meldenden FI aufstellt und es publiziert. Art. 3 AIAG konkretisiert somit die im GMS angegebenen Kategorien der nicht meldenden FI. Die nicht meldenden FI bleiben FI mit allen Wirkungen und müssen als solche die Beachtung der AIA-Vereinbarung und des GMS garantieren.

II. Institute, die staatliche Rechtsträger sind

2 Als vollständig **im Eigentum der staatlichen Rechtsträger stehende Institute und Vertretungen** gelten: die Fonds des Sozialversicherungssystems, die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), die Invalidenversicherung (IV), die Ergänzungsleistungen (EL), die berufliche Vorsorge (BV), die Krankenversicherung (KV), die Unfallversicherung (UV), die Militärversicherung (MV), die Erwerbsersatzordnung (EO) einschliesslich des Schutzes bei Mutterschaft, die Arbeitslosenversicherung (ALV) und die Familienzulagen. In Bezug auf die Fonds des



Systeme der Sozialversicherungen sind insbesondere der Ausgleichsfonds der AHV, der IV und der EL, der Ausgleichsfonds der Arbeitslosenversicherung, die Familienausgleichsfonds und die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) zu nennen (Botschaft AIA, 5484; vgl. ausserdem Abschn. VIII.B.1.a GMS und Wegleitung ESTV, 53, Ziff. 2.4.21). Auch die ausländischen staatlichen Rechtsträger sind nicht meldende FI (Abschn. VIII.B.1 GMS) und daher nicht-meldepflichtige Personen (Abschn. VIII.D.2 GMS). Wenn indessen der staatliche Rechtsträger nicht als Einlagerechtsträger, Verwahrungsrechtsträger oder Investmentunternehmen handelt, wird er nicht den Status eines nicht meldenden FI, sondern eines aktiven NFE haben (Abschn. VIII.D.9.c GMS). Eine gleiche Bestimmung ist im FATCA-Abkommen vorgesehen, das die staatlichen Rechtsträger als befreite Nutzungsberechtigte qualifiziert (Abschn. I.A. Anhang II FATCA-Abkommen).

Die nicht meldenden FI, die staatliche Rechtsträger sind, sind ausschliesslich in Bezug auf Zahlungen meldepflichtig, die aus einer Verpflichtung im Zusammenhang mit gewerblichen Finanzaktivitäten stammen (Art. 3 Abs. 4 AIAG; Wegleitung ESTV, 52, Ziff. 2.4.1).

### III. Institute, die internationale Organisationen sind

Das Verzeichnis der internationalen Organisationen, die ein internationales Sitzabkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft abgeschlossen haben, ist auf der Seite <www.eda.admin.ch> (> Aussenpolitik > Internationale Organisationen) verfügbar. Auch die internationalen Organisationen mit Sitz im Ausland sind nach Abschn. VIII.B.1.a GMS nicht meldende FI. Die Qualifikation als befreite Nutzungsberechtigte für die internationalen Organisationen ist auch im FATCA-Abkommen vorhanden (Abschn. I.C Anhang II FATCA-Abkommen).

Wie für die staatlichen Rechtsträger, sind auch die nicht meldenden FI, die internationale Organisationen sind, in Bezug auf Zahlungen meldepflichtig, die aus einer Verpflichtung im Zusammenhang mit Finanzaktivitäten stammen (Art. 3 Abs. 4 AIAG; Wegleitung ESTV, 52 f.; Ziff. 2.4.1 und 2.4.2.2).

### IV. Nationalbanken als Finanzeinrichtung

Nicht nur die SNB, sondern auch die ausländischen Zentralbanken sind gemäss Abschn. VIII.B.1 GMS nicht meldende FI. Die Qualifikation als befreite Nutzungsberechtigte für die SNB ist auch im FATCA-Abkommen vorgesehen (Abschn. I.B Anhang II).

Die SNB und die Einrichtungen in ihrem Besitz sind in Bezug auf Zahlungen meldepflichtig, die aus einer Verpflichtung im Zusammenhang mit Finanzaktivitäten stammen (Art. 3 Abs. 4 AIAG; Wegleitung ESTV, 52, Ziff. 2.4.1).

## **V. Meldepflichtige Tätigkeiten von staatlichen Rechtsträgern, internationalen Organisationen und Zentralbanken**

- 8 Die Kantonalkassen fallen in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung, weil sie eine gewerbliche Finanzaktivität ausüben. Sie sind deshalb auch dann meldende FI, wenn 100 % ihres Kapitals vom betreffenden Kanton gehalten wird (Botschaft AIA, 5484).
- 9 Diese Bestimmung gelangt gleicherweise auf die Rechtsträger gemäss Art.3 Abs.1–3 AIAG zur Anwendung, die ihren Haupttätigkeiten auch gewerbliche Finanzaktivitäten zur Seite stellen. Ein Rechtsträger, der solche Aktivitäten ausübt, ist deshalb ein meldendes schweizerisches FI (Botschaft AIA, 5484; vgl. auch Abschn. VIII.B.5 GMS und Wegleitung ESTV, 52 f., Ziff. 2.4.2.1–2.4.2.3).

## **VI. Altersvorsorgefonds**

- 10 Wie alle anderen nicht meldenden FI werden die Institute der beruflichen Vorsorge als FI (und nicht als aktive oder passive NFE) qualifiziert, sind aber nicht gehalten, der ESTV irgendeine Meldung zu erstatten. Das Verzeichnis gemäss Art.3 Abs.5 AIAG muss mit den Personalfürsorgeeinrichtungen gemäss Art.89a Abs.6 ZGB ergänzt werden (Botschaft AIA, 5485). Die Qualifikation als befreite Nutzungsberechtigte der Vorsorgeeinrichtungen ist auch im FATCA-Abkommen vorgesehen (Abschn. I.D Anhang II).
- 11 Auch die ausländischen Altersvorsorgefonds mit breiter Beteiligung, die Altersvorsorgefonds mit geringer Beteiligung, die Pensionsfonds eines staatlichen Rechtsträgers, einer internationalen Organisation oder einer ausländischen Zentralbank oder die ausländischen Rechtsträger, die ein geringes Risiko aufweisen, zur Steuerhinterziehung missbraucht zu werden, sind nicht meldende FI (Abschn. VIII.B.1.b und c GMS).

## **VII. Qualifizierte Kreditkartenherausgeber**

- 12 Diese Bestimmung legt fest, dass, um als nicht meldendes FI qualifiziert zu werden, ein qualifizierter Kreditkartenherausgeber im Sinne von Abschn. VIII.B.8 GMS ab 1. Januar 2017, dem Datum des Inkrafttretens des AIAG, die dort vorgesehenen Verfahren beachten muss.
- 13 Ein Kreditkartenherausgeber, der aus nicht mit der Tätigkeit der Herausgabe von Kreditkarten zusammenhängenden Gründen ein FI ist (z.B. weil er gleichzeitig auch ein Einlageinstitut ist), kann sich nicht auf diese Ausnahme berufen. Nur die Herausgeber, die ausschliesslich wegen ihrer Tätigkeit mit Kreditkarten FI sind, können von dieser Befreiung Gebrauch machen.

Ein Kreditkartenherausgeber, der ein meldendes FI ist, ist nicht gehalten, Informationen über einen Kunden zu melden, wenn dieser Kunde nur ein sich auf die Kreditkarte beziehendes Konto hat und wenn dieses Konto als ausgenommenes Konto im Sinne von Art. 4 AIAG bzw. Abschn. VIII.C.17.f GMS qualifiziert werden kann. 14

### VIII. Gemeinsame Kapitalanlagen

Um als nicht meldende FI zu gelten, müssen die gemeinsamen Kapitalanlagen die vom anwendbaren Abkommen in Abschn. VIII.B.9 GMS vorgesehenen Bedingungen erfüllen. In der Schweiz können als nicht meldende gemeinsame Kapitalanlagen die von der FINMA bewilligten Abwicklungsgesellschaften (vertragliche Anlagefonds, die SICAV, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen und die SICAF) wie auch die Investmentgesellschaften in Form einer Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 3 KAG) gelten, diese aber nur, wenn sie börsenkotiert sind (Art. 3 Abs. 7 AIAG; Wegleitung ESTV, 55, Ziff. 2.4.2.6). Das FATCA-Abkommen betrachtet die Kollektivanlagenvehikel als FATCA-konform erachtetes registriertes Finanzinstitut, also als nicht meldende FI, wenn diese die Bedingungen gemäss Abschn. II.C von Anhang II erfüllen. 15

Die börsenkotierten Investmentgesellschaften in der Form einer Aktiengesellschaft sind nicht meldepflichtige FI. Diese Gesellschaften weisen Charakteristiken auf, die im Wesentlichen denen der im KAG geregelten kollektiven Kapitalanlagen gleichen, und, obwohl sie letzterem nicht unterstehen, unterstehen sie der Börsengesetzgebung und daher der Börsenaufsicht, die insbesondere strengere Erfordernisse im Bereich der Transparenz verlangt (vgl. EFD, Revision AIAV, 7). 16

In jedem Fall gelten die kollektiven Kapitalanlagen nicht als nicht meldende FI, wenn die Beteiligungen direkt von oder über einen von meldepflichtigen Personen beherrschten passiven NFE gehalten werden (Art. 2 Abs. 2 AIAV). Um diese Unannehmlichkeiten zu vermeiden, ist es opportun, dass die Halter der Beteiligungen FI und dagegen die passiven NFE die indirekten Halter der Beteiligungen über das FI sind. In diesem Fall bleiben die kollektiven Kapitalanlagen nicht meldende FI. 17

Die gemeinsamen Kapitalanlagen mit Anteilscheinen in der Form von Inhaberpapieren im Sinne von Abschn. VIII.B.9 GMS müssen die von Art. 3 Abs. 8 AIAG festgelegten Bedingungen erfüllen, um als nicht meldende FI qualifiziert zu werden. 18

### IX. Trust als nicht meldendes FI (trustee documented trust)

- 19 Ein Trust kann als meldendes FI, als nicht meldendes FI oder als NFE qualifiziert werden, je nach der von ihm ausgeübten Aktivität, dem Ort der Gründung und dem Status seines Trustees (Wegleitung ESTV, 47 f., Ziff. 2.2.3.4).
- 20 Besteht ein Trust den *Gross Income Test* und den *Managed by Test*, wird es als FI gelten (für eine Definition vgl. OECD, Kommentar GMS, Abschn. VIII.A.6.b GMS N 14 ff.). In diesem Fall gilt der Trust selbst als nicht meldendes FI, falls auch der Trustee des Trusts ein meldendes FI ist. Diese Lösung wird **«trustee documented trust»** genannt, wenn der Trustee in seinem Namen die Meldungen namens des Trusts vornehmen kann (Abschn. VIII.B.1 GMS; Wegleitung ESTV, 56, Ziff. 2.4.2.10). In diesem Fall wird der Trustee für die Meldung verantwortlich sein, die bei der schweizerischen Steuerbehörde erfolgen wird, die aber auch die Anforderungen des Orts der Gründung des Trusts beachten muss. Diese im Vergleich zu den Fällen, in denen der Rechtsträger, der sich um die Verwaltung befasst (z.B. der Vermögensverwalter) als ein meldendes FI gilt, genau umgekehrte Lösung hat eine praktische Erklärung: Angesichts des Umstandes, dass ein Trust ein Vermögen ist und kein Geschäft abwickeln kann, **ist der Trustee der Rechtsträger, der die Meldung namens des Trusts vornimmt**. In der Regel ist ausserdem ein Trustee für mehrere Trusts tätig. Um es zu vermeiden, bei der zuständigen Steuerbehörde alle vom Trustee verwalteten Trusts zu registrieren und für jeden von ihnen eine Meldung zu erstatten, **erweist es sich als praktischer, den Trustee selber als FI zu betrachten**, nur letzteren zu registrieren und sich zu versichern, dass dieser die Meldungen für alle seine Trusts vornimmt. Die Regel des **«trustee documented trust»** gelangt indessen nur zur Anwendung, wenn der Trustee selbst ein FI ist. Im Falle eines Trustees, der ein NFE oder eine natürliche Person ist, wird der Trust als meldendes FI gelten, auch wenn die Meldung de facto immer noch vom Trustee vorgenommen wird. In diesem Fall wird jedoch der Trust sich bei der zuständigen Steuerbehörde registrieren müssen. In Anbetracht des Umstandes, dass der Trust seine eigene Ansässigkeit dort hat, wo der Trustee ansässig ist, werden die Registrierung und die Meldung in jedem Fall bei der Steuerbehörde am Ort der Ansässigkeit des Trustees erfolgen. **Ausnahmen können aber von Gesetzesbestimmungen des Orts der Gründung des Trusts vorgesehen werden**. Wenn der teilnehmende Staat einen Trust als FI qualifiziert, auch wenn der Trustee seinerseits ein FI ist, wird der Trustee die Meldung der Steuerbehörde am Sitz des Trusts zu erstatten haben (Art. 17 AIAG). Diese Unterscheidung hat eine bedeutende Auswirkung für die schweizerischen Steuerpflichtigen eines Trusts mit schweizerischem Trustee. **Wenn nämlich der Trustee ein meldendes FI ist, wird er keine Meldung über die schweizerischen Begünstigten, Settlor oder Protektor vorzunehmen haben, während wenn der Trustee die Meldung namens des im Ausland als FI geltenden Trusts vorzunehmen hat, diese Meldung auch für die schweizerischen Steuerpflichtigen erfolgen wird**. Im **«trustee documented trust»** ist daher für die Übermittlung der Daten der Trustee selbst und nicht mehr der Trust verantwortlich. Diese Situation ist nicht vergleichbar mit der von Art. 9 Abs. 1 lit. a AIAG erteilten Befugnis, die es den FI

erlaubt, die Meldepflicht an Dritte zu delegieren, wobei sie jedoch für das Wirken der beauftragten Dritten verantwortlich bleiben. Die Kasuistik des «*trustee documented trust*» ist auch in einigen von den USA zur Übernahme des FATCA mit bei der Gründung von Trusts aktiven Staaten abgeschlossenen IGA bekannt. Wenn sie auch im FATCA-Abkommen mit der Schweiz nicht vorgesehen ist, gelangt die Kasuistik auch auf Trusts mit schweizerischem Trustee in Bezug auf die Anwendung der Bestimmungen zum FATCA und insbesondere den 1.1.1471–5 (f)(1)(i)(F)(3) *IRS Code* zur Anwendung.

Ist der Trustee ein Rechtsträger, der keinen Sitz in einem teilnehmenden Staat hat oder der nicht in der *White List* eingetragen ist (Art. 1 AIAV), wird als passiver NFE gelten (Abschn. VIII.D.8.ii GMS). In Anbetracht des Umstandes, dass ein Trust am Ort ansässig ist, an dem der Trustee selbst ansässig ist, wird (mit Ausnahme des der ausländischen Aufsicht unterstehenden Trusts; Art. 19 AIAV; Wegleitung ESTV, 52, Ziff. 2.3.5) auch der Trust als passiver NFE gelten und wird in diesem Fall die verwahrende Bank die Meldung vornehmen müssen. 21

Erfüllt der Trust den *Gross Income Test*, nicht aber den *Managed by Test* (vgl. OECD, Kommentar GMS, Abschn. VIII.A.6 GMS N 14), wird der Trust als passiver NFE gelten. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Funktion der Vermögensverwaltung **von einer natürlichen Person ausgeübt wird** oder wenn das Vermögen des Trusts nicht verwaltet wird (z.B. bei einem Trust, der eine Immobilie hält). 22

Ein Trust der den *Gross Income Test* nicht erfüllt (vgl. OECD, Kommentar GMS, Abschn. VIII.A.6 GMS N 14 ff.) wird dagegen als ein aktiver NFE gelten. Dieser Fall ist, wenn auch eher selten, möglich. 23

**Die Meldepflichten des Trusts unterscheiden sich, je nachdem, ob der Trust als ein FI oder ein NFE gilt** (Wegleitung ESTV, 183, Ziff. 10.3). Wird er als FI qualifiziert, wird der Trust den Namen des Settlors, der Begünstigten, die eine Ausschüttung erhalten haben, und der anderen den Trust beherrschenden Personen (Trustee und Protektor) übermitteln und den Gesamtsaldo des Finanzvermögens des Trusts (Abschn. VIII.A.7 GMS) sowie die Beträge der erfolgten Ausschüttungen angeben. Im Gegensatz dazu werden, wenn der Trust als passiver (oder aktiver) NFE qualifiziert wird, die Namen des Settlors, der Begünstigten und der anderen den Trust beherrschenden Personen (unabhängig davon, ob eine Ausschüttung erfolgt ist oder nicht) sowie die Daten über den Gesamtsaldo des Finanzvermögens und der erfolgten Zahlungen gemeldet. Der Vorteil eines Trusts als FI mit einem Trustee als FI besteht daher in der Beschränkung der übermittelten Informationen, da die Namen der Begünstigten nur im Fall einer tatsächlichen Ausschüttung meldepflichtig sind. Indessen wird im Fall eines Trusts, der kein passiver NFE ist, das meldende FI sich unter den Bedingungen gemäss Art. 9 Abs. 2 AIAG für eine Meldung der Daten über die Begünstigten nur im Falle von Ausschüttungen entscheiden können. 24

25 Zusammenfassend sind folgende Konstellationen möglich:

Typologie von Trustees		Gross Income Test FI Managed by Test	Gross Income Test FI	Gross Income Test NFE
Trustee ist ein FI	Status	trustee documen- ted trust	Passiver NFE	Aktiver NFE
	Meldender Rechtsträger	Trustee in eigener Verantwortung	Depotbank	Depotbank
	Ort der Meldung	Steuerbehörde am Sitz des Trusts	Steuerbehörde am Sitz der De- potbank	Steuerbehörde am Sitz der Depotbank
	Meldepflichtige	Settlor, Personen, die Ausschüttun- gen erhalten oder den Trust beherr- schen	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector
Trustee ist ein NFE oder eine natürliche Person	Status	FI	Passiver NFE	Aktiver NFE
	Meldender Rechtsträger	Trustee namens des Trust	Depotbank	Depotbank
	Ort der Meldung	Steuerbehörde am Sitz des Trusts	Steuerbehörde am Sitz der Depotbank	Steuerbehörde am Sitz der Depotbank
	Meldepflichtige	Settlor, Personen, die Ausschüttun- gen erhalten oder den Trust beherr- schen	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector
Trustee ist in einem nicht teilnehmen- den Staat ansässig	Status	Passiver NFE	Passiver NFE	Aktiver NFE
	Meldender Rechtsträger	Depotbank	Depotbank	Depotbank
	Ort der Mel- dung	Steuerbehörde am Sitz der Depotbank	Steuerbehörde am Sitz der Depotbank	Steuerbehörde am Sitz der Depotbank
	Meldepflichtige	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector	Settlor, Trustee, Begünstigte (aus- ser bei Anwen- dung von Art. 9 Abs. 2 AIAG), Protector



ISBN 978-3-7190-4039-0



9 783719 040390