

Automatischer Informationsaustausch

Susan Emmenegger (Hrsg.)

Institut für Bankrecht, Universität Bern

SBT 2016 – Schweizerische Bankrechtstagung 2016

Automatischer Informationsaustausch

herausgegeben von Susan Emmenegger

mit Beiträgen von
Hans-Joachim Jaeger
Adriano Marantelli
Mirjam Eggen/Thirza Döbeli
Christoph Schelling
Urs Zulauf
Mark Livschitz

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Die Druckvorlagen wurden von der Herausgeberin reprofertig geliefert.

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 gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3850-2

© 2016 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Im Nachgang zur Finanzkrise hat sich die Bekämpfung der grenzüberschreitenden Steuerhinterziehung zu einem prioritären Anliegen der politischen Agenden entwickelt. Entsprechend forderten die G20-Staaten bereits im Jahr 2009 die Verbesserung der Transparenz und des Informationsaustauschs im Steuerbereich. Am 18. März 2010 führten die USA FATCA ein. Daraufhin zementierte sich das Interesse verschiedener Staaten, einen globalen Informationsaustausch anzustreben. Am 15. Juli 2014 hat die OECD den globalen Standard für den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen verabschiedet. Im Oktober 2014 teilte der Bundesrat mit, die Schweiz beabsichtige den globalen Standard umzusetzen. Die Rechtsgrundlagen wurden vom Parlament im Dezember 2015 angenommen und treten 2017 in Kraft, der erste Datenaustausch ist für 2018 vorgesehen. Mit der Einführung des AIA bekennt sich die Schweiz zur Steuertransparenz im grenzüberschreitenden Bankkundenbereich. Es stellen sich allerdings zahlreiche Umsetzungsfragen. Sie waren Gegenstand der Bankrechtstagung 2016 und finden sich im vorliegenden Tagungsband.

HANS-JOACHIM JAEGER übernimmt die Einleitung in das Thema des AIA und klärt die zentralen Begriffe. Gleichzeitig zeigt er auf, wie die Steuerbehörden künftig mit den erhaltenen Daten umgehen werden. ADRIANO MARRANTELLI geht vertieft auf die Frage des Steuerdomizils im Kontext des AIA ein und legt dar, wie die verschiedenen Konstellationen zu beurteilen sind. MIRJAM EGGEN und THIRZA DÖBELI erläutern die Thematik der Self-Certification und konzentrieren sich dabei auf die zivilrechtlichen Herausforderungen, die damit verbunden sind, einschliesslich der Haftungsrisiken, die den Banken dabei erwachsen können. Unter dem Titel «AIA: Mit welchen Partnern» gewährt Botschafter CHRISTOPH SCHELLING vom Staatssekretariat für internationale Finanzfragen einen Einblick in Überlegungen, die für die Schweiz mit Blick auf den Abschluss künftiger AIA-Abkommen von massgeblicher Bedeutung sind.

Der AIA ist ein "work in progress". Umso wichtiger ist die Frage, wie mit Bankkundinnen und Bankkunden aus Staaten umzugehen ist, die mit der Schweiz (noch) kein AIA-Abkommen geschlossen haben. Welche Strategien die Banken im Hinblick auf das damit verbundene Kundensteuerrisiko entwickeln können, erläutert URS ZULAUF. MARK LIVSCHITZ zeigt derweil auf, wie beschränkt die Möglichkeiten von Bankkundinnen und Bankkunden sind, die sich gegen eine Datenweitergabe ganz oder teilweise rechtlich

wehren wollen. Man muss hier wohl von einem gesetzgeberischen Fehlgriff sprechen.

Ein Glücksgriff hingegen waren die diesjährigen Referierenden – Ihnen sei an dieser Stelle ganz herzlich gedankt für die anregenden und weiterführenden Referate! Dank gebührt weiter dem Team des Instituts für Bankrecht für die Organisation dieser Tagung. Ich konnte mich in jeder Phase voll und ganz auf Euch verlassen – herzlichen Dank für den tollen und erfolgreichen Einsatz! Besonderen Dank gebührt Frau MLaw MIRJAM FRITSCHI für die Federführung bei der Organisation der Tagung, und Frau MLAW RAHEL GOOD, Rechtsanwältin, sowie Frau BLAW Eva Stokar von Neuforn für das Mitdenken und die tatkräftige Unterstützung. MIRJAM FRITSCHI und RAHEL GOOD zeichnen zudem für den Tagungsband verantwortlich, auch dafür ganz herzlichen Dank.

Bern, im Juli 2016

Susan Emmenegger

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
Absch.	Abschnitt
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AIA	Automatischer Informationsaustausch
AIAG	BG über den internationalen automatischen Informationsaustausch (AIA-Gesetz) vom 18. Dezember 2015 (SR 653.1), AS 2016, S. 1297 ff.
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern)
AuM	assets under management
automat.	automatisch
BankG	BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BBl	Bundesblatt
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
beschr. Stpfl.	beschränkte Steuerpflicht
betr.	betreffend
BFIT	Bulletin for International Taxation (Amsterdam)
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Reinach)
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BStGer	Bundesstrafgericht
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c/o	care of (erreichbar über die angegebene Adresse)
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme (= EGMR)
CHF	Schweizerfranken
CRS	Common Reporting Standard
CTS	Common Transmission System

d.h.	das heisst
DAC 2	Richtlinie 2014/107/EU des Rates vom 9. Dezember 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich der Verpflichtung zum automatischen Austausch von Informationen im Bereich der Besteuerung
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBG	BG über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DD	Due Diligence
DSG	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
E.	Erwägung
E-AIAG	Entwurf des Bundesgesetzes über den internationalen automatischen Informationsaustausch (Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung)
EF	Expert Focus (Zürich)
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch
EMRK	Konventionen zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende
FAQ	Frequently Asked Questions
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FATF/GAFI	Financial Action Task Force/Groupe d'Action financière
FI	Finanzinstitut
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FKAustG	Finanzkonteninformationsaustauschgesetz
Fn.	Fussnote
FStR	IFF Forum für Steuerrecht (St. Gallen)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen) vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
G20	Gruppe der zwanzig wichtigsten Industrie- und Schwellenländer
GMS	Gemeinsamer Meldestandard i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. b AIAG: «der gemeinsame Melde- und Sorgfaltsstandard für Informationen über Finanzkonten der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)»

Gw	Geldwäscherei
GwG	BG über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vom 8. Dezember 2010 (Geldwäschereiverordnung-FINMA; SR 955.033.0)
HGer	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Universität St. Gallen
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Id.	idem (lat. derselbe/dieselbe)
IGA	Intergovernmental Agreement
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IStR	Internationales Steuerrecht (München)
IStR-LB	Internationales Steuerrecht Länderbericht (München)
j.P.	juristische Person
Jr.	Junior
jur.	juristische
KGK	Kollektivgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen
lit.	litera
MAC	Multilateral Convention on Administrative Assistance in Tax Matters
MCAA	Multilateral Competent Authority Agreement
m.E.	meines Erachtens
mind.	mindestens
Mio.	Million/en
MLaw	Master of Law
N	Note, Randnote
nat.	natürliche
NFE	non-financial entity
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
od.	oder
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD-MA	OECD-Musterabkommen (Einkommens- und Kapitalsteuer)
OGer	Obergericht
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)

Para.	Paragraph
PIC	personal investment company
publ.	publiziert
QI	qualified intermediary
resp.	respektive
RT	Rechtsträger
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.l.	sine loco (ohne Ortsangabe)
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBT	Schweizerische Bankrechtstagung (Bern)
schweiz.	schweizerisch
SICAF	Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
Sr.	Senior
SSK	Schweizerische Steuerkonferenz
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich, ab Heft 08/2015 Expert Focus, EF)
StAhiG	BG über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz) vom 28. September 2012 (SR 651.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	BG über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
SWI	Steuer und Wirtschaft International – Tax and Business Review (Wien)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
tats. G.L.	tatsächliche Geschäftsleitung
Tel. Nr.	Telefonnummer
TIN	Taxpayer Identification Number
TRACE	Treaty Relief and Compliance Enhancement
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UK	United Kingdom
unbeschr. Stpfl.	unbeschränkte Steuerpflicht
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
USA	United States of America
US-DOJ	United States Department of Justice

US-FATCA	siehe unter FATCA
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz vom Kanton Zürich vom 24. Mai 1959 (SR 175.2)
vs.	versus
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz; SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZivGer	Zivilgericht
ZN	Zweigniederlassung
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Inhaltsübersicht

Meldepflichtige Finanzinstitute und andere black boxes: Qualifikationsfragen im AIA.....	1
Dr. HANS-JOACHIM JAEGER Partner (Tax – Financial Services), Ernst & Young, Zürich	
Die Bestimmung der Ansässigkeit im Kontext des automatischen Informationsaustausches.....	19
Prof. Dr. ADRIANO MARANTELLI Professor an der Universität Bern	
Zivilrechtliche Anforderungen an die Self-Certification.....	67
Prof. Dr. MIRJAM EGGEN Assoziierte Professorin an der Universität Bern	
THIRZA DÖBELI Doktorandin an der Universität Bern	
Automatischer Informationsaustausch – mit welchen Partnern?.....	111
CHRISTOPH SCHELLING Botschafter, Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF), Bern	
Bankkunden aus Nicht-AIA Staaten – Steuerkonformitätsprüfung?.....	125
Prof. Dr. URS ZULAUF Titularprofessor an der Universität Genf; Head Client Tax Policy, Credit Suisse, Zürich	
Rechtsschutz beim automatischen Informationsaustausch.....	147
Dr. MARK LIVSCHITZ Rechtsanwalt, Zürich	

Meldepflichtige Finanzinstitute und andere black boxes: Qualifikationsfragen im AIA

Hans-Joachim Jaeger, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	2
1.	Gedankenexperiment	2
2.	Die Schweiz im «Fadenkreuz» ausländischer Fiskalbehörden.....	4
3.	Meilensteine der Steuertransparenz.....	4
4.	Vom Abzugssystem zum Meldesystem.....	5
II.	Meldende Finanzinstitute.....	6
1.	Entscheidungsbaum.....	6
a)	Rechtsträger.....	7
b)	Ansässigkeit im teilnehmenden Staat.....	7
c)	Finanzinstitut.....	7
d)	Nicht meldendes Finanzinstitut.....	7
2.	Territoriale Definition.....	8
3.	Verschiedene Arten der meldenden Finanzinstitute.....	8
a)	Einlageninstitut (<i>depository institution</i>).....	8
b)	Verwahrinstitut (<i>custodial institution</i>).....	8
c)	Investmentunternehmen (<i>investment entity</i>).....	9
d)	Spezifizierte Versicherungsgesellschaften.....	9
4.	Nicht meldende Finanzinstitute.....	9
III.	Common Reporting Standard.....	10
1.	Modus operandi.....	10
2.	Einführung.....	10
a)	Spezialfall USA.....	10

* Dr. oec., Partner (Tax – Financial Services), Ernst & Young, Zürich. Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Vortrags. Es gilt das gesprochene Wort.

b) Schweiz.....	11
IV. Typische Meldesituationen.....	11
1. Archetypische Fälle.....	11
2. «Passive» <i>non-financial entity</i> (NFE).....	12
3. Truststruktur.....	12
V. «Matching»-Mechanismus.....	13
1. Empfangene Daten unter dem CRS.....	14
2. CRS ist kein <i>Tax Reporting</i>	15
3. Steuerbehörden und Daten.....	15
a) Datenwolke.....	16
b) Rückforderung Quellensteuern.....	16
c) Fazit.....	17
VI. Schlusswort.....	17

I. Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren, auch von meiner Seite guten Morgen und willkommen. Mein Name ist Hans-Joachim Jaeger. Wie Frau Emmenegger bereits erwähnte, bin ich seit einigen Jahren bei EY ziemlich stark mit diesen Transparenzinitiativen beschäftigt. Ich habe den grossen Vorteil, dass ich heute Morgen der Eisbrecher sein darf. Deshalb habe ich mit Frau Emmenegger ausgemacht, dass ich eventuell auch ein klein wenig politisch – in manchen Fällen auch politisch weniger korrekt – werden kann. Ich werde einiges Fachliches und auch einiges nicht Fachliches sagen.

1. Gedankenexperiment

Eine Vorbemerkung zum nun folgenden Gedankenexperiment: Stellen Sie sich vor, dass Sie vor einem Bild stehen mit hundert Schafen. Davon sind 80 schwarz und 20 weiss. Wenn man dieses Bild im Kontext des Automatischen Informationsaustauschs betrachtet, weiss man, dass es sich dabei um steuerlich motivierte Schafe handelt.

Sprechen wir nun aber über Menschen. Stellen Sie sich vor, Sie wohnen in Deutschland, haben aber ein Konto bei einer Bank in der Schweiz. Ich kann mit relativer Sicherheit sagen, vier von fünf von Ihnen Steuern hinterziehen. Diese Verteilung kenne ich, weil Herr Norbert Walter-Borjans, seines Zeichens Finanzminister des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen (Deutsch-

land), sie mitteilte, wenn man Presseberichten Glauben schenken darf. Weil die deutschen Steuerbehörden glauben, dass Schweizer Banken bei deutschen Kunden Beihilfe zur Steuerhinterziehung leisteten, ging er – dem Beispiel der USA folgend – auf diese Banken zu: Die Banken würden verklagt, es könne aber von einer Anklage abgesehen werden, wenn eine aussergerichtliche Einigung zustande käme. Eine solche Einigung führe aber zu einer Strafzahlung, deren Höhe festgelegt werden müsse.

Tatsächlich passiert Folgendes: Bei den Banken, die angeblich Beihilfe zur Steuerhinterziehung leisteten, betrachtet man den Umsatz der letzten zehn Jahre, der mit deutschen Kunden erzielt wurde. Die Zeitspanne von zehn Jahren entspricht der Verjährungsfrist. Im weiteren wird von einer *cost income ratio* von 60 % ausgegangen (60 % Kosten, 40 % Nettoertrag), die mittlerweile nicht mehr bei allen Schweizer Banken so ist. Aus früheren Daten von – neutral formuliert – «abhandengekommenen» Datenträgern wisse man, dass 80 % dieser Erträge bzw. Vermögensgegenständen schwarz, d.h. nicht deklariert sind. Von dem Nettoertrag in Höhe von 40% seien deshalb 80 % abzuschöpfen, was 32 % ergibt. Wenn also 32 % des Umsatzes mit den deutschen Kunden als Strafeingeständnis bezahlt würden, dann würde die Bank aus der prekären Situation einer möglichen Klage entlassen.

Die eingangs erwähnten Schafe können nun in 80 % schwarze und 20 % weisse Schafe gruppiert werden. Das Interessante für die Steuerverwaltung ist jetzt – an diesem Punkt kommt der Konnex zum AIA –, dass sie sehr viele Daten erhält. Nun ist es nur noch eine Frage der Statistik: Angenommen wir alle setzten uns heute Mittag jeweils zu sechst an einen Tisch, dann lässt sich relativ einfach statistisch ausrechnen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit für bspw. genau drei schwarze Schafe an einem Sechsertisch ist. In diesem Fall beträgt die Wahrscheinlichkeit 7.9 %, was nicht allzu hoch ist. Für Herrn Walter-Borjans und die Steuerfahndung ist aber die kumulative Wahrscheinlichkeit interessant: Für mindestens vier Schafe an irgendeinem dieser Tische beträgt die Wahrscheinlichkeit über 90 %.

Mit solchen Überlegungen werden die Steuerverwaltungen in Zukunft spielen. Sie werden grosse Datenmengen aggregieren, Wahrscheinlichkeiten darauf anwenden und daraus schlussfolgern können, wie gross die Wahrscheinlichkeit ist, ein schwarzes Schaf zu erwischen. Beispielsweise wäre es für einen Steuerfahnder sehr interessant, wenn er sich an einen Tisch setzen könnte und wüsste, dass sich unter diesen sechs Personen mindestens vier schwarze Schafe befinden. Für die Zukunft schränkt dies den Aufwand der

Steuerfahndung massiv ein. Darauf komme ich später in der Sektion «politisch nicht ganz so korrekt» zurück.

2. Die Schweiz im «Fadenkreuz» ausländischer Fiskalbehörden

In der Folge einige Zahlen, um zu verstehen, warum die Schweiz so stark im Kreuzfeuer der ausländischen Steuerbehörden war und ist. Gemäss einer jährlich erscheinenden Studie der Boston Consulting Group (BCG) ist die Schweiz immer noch mit Abstand der grösste Offshore-Finanzplatz der Welt.¹ Laut der BCG-Studie – durch die Statistiken der Nationalbank untermauert – sind ungefähr 5 Billionen Dollar an *assets* bei den Schweizer Banken angelegt. Ungefähr die Hälfte, 2.4 Billionen Dollar, stammt von Kunden, die nicht in der Schweiz ansässig sind. Ich glaube, die Schweiz ist im Moment der grösste Offshore-Finanzplatz und wird es in naher Zukunft auch bleiben, weil die anderen Länder gar nicht so schnell aufholen können. Zugegebenermassen gibt es Länder mit grösseren Finanzplätzen, aber der Anteil der Offshore-Vermögen ist in der Schweiz weitaus der grösste.

3. Meilensteine der Steuertransparenz

Der Weg zur Steuertransparenz lässt sich in vier grosse Blöcke aufteilen:

- Schweizer Banken sind seit 2001 Teil des amerikanischen QI-System, bei dem die Banken das erste Mal verpflichtet wurden, amerikanische Steuerpflichtige bzw. US-Personen zu identifizieren und dem IRS zu melden.
- Den zweiten Block bildete das Zinsbesteuerungsabkommen zwischen der EU und der Schweiz seit 2005. Um ein solches Meldesystem innerhalb der EU implementieren zu können, braucht es Einstimmigkeit, was Kompromisse im politischen Prozess bedingt. Konzipiert war die EU-Zinsbesteuerung lediglich als ein Meldesystem zwischen den EU Staaten, und zwar nur für Zinserträge von natürlichen Personen – juristische Personen, Dividendenerträge und andere Erträge sind ausgeklammert.

¹ BOSTON CONSULTING GROUP (BCG), Global Wealth 2015: Winning the Growth Game, abrufbar unter: <<https://www.bcgperspectives.com/content/articles/financial-institutions-growth-global-wealth-2015-winning-the-growth-game/?chapter=2>>.

- 2008 kam der Fall UBS. Man stellte fest, dass das QI-System an sich gut funktioniert, aber die bestehenden «scheunentorgrossen» Schlupflöcher geschlossen werden müssen. Deshalb kam FATCA, womit von einem System mit einer Koexistenz zwischen Meldung oder Steuerabzug zu einem solchen, das nur noch eine Meldung bzw. *reporting* vorsieht, gewechselt wurde. FATCA ist das erste System, das nur noch *reporting* akzeptiert. Im Jahre 2012/13 kam dann die ganze Diskussion über BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) auf. Es stellte sich die Frage, ob man mehr Transparenz im Bereich der juristischen Personen schaffen kann. Dies soll aber heute und hier nicht Thema sein.
- Als sich 2014/15 alles stark komprimierte, kam die OECD mit dem *Common Reporting Standard* (CRS), über den wir heute sprechen. Zur gleichen Zeit wollte die EU einen AIA, den *Directive on Administrative Cooperation in Tax Matters*, einführen. Dabei handelt es sich grundsätzlich um ein *Copy-Paste*-Modell des CRS. Wenn man den Text durchliest, bemerkt man allerdings die Abweichungen des CRS vom EU-AIA. Dies mit der Folge, dass die Banken in der Schweiz, die mit der EU den Vertrag schlossen, sich nun in der unangenehmen Situation befinden, in zwei verschiedenen, nicht völlig kongruenten Systemen, Kunden melden zu müssen. Kongruenz wäre wünschenswert, ist aber vorliegend nicht der Fall.

4. Vom Abzugssystem zum Meldesystem

Die einzige belastbare und offizielle Statistik in der Schweiz im weiteren Bereich der «Steuertransparenz» ist meines Wissens die Statistik, welche die ESTV im Bereich der EU-Zinsbesteuerung herausgibt. Mit Blick auf die letzte solche Statistik² lässt sich ein interessanter Trend feststellen: Aus der Statistik gehen einerseits die Meldungen für 2012, andererseits diejenigen für 2014 hervor. Wenn man diese Zahlen miteinander vergleicht, kann man Erstaunliches feststellen. Exemplarisch drei Länder: Seit 2012 hat sich die Anzahl der Meldungen in Deutschland mehr als verdoppelt, in Frankreich mehr als vervierfacht und in Spanien fast versechsfacht.

² EIDGENÖSSISCHE STEUERVERWALTUNG ESTV, Zinsbesteuerungsabkommen – Statistik vom 01.01.2012 bis 31.12.2014, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/allgemein/dokumentation/zahlen-und-fakten/steuerstatistiken/eu-zinsbesteuerung.html>>.

Offensichtlich vernahmen die Kunden die Nachricht einer baldigen, völligen Transparenz bei den Konten. So wurden offensichtlich Konten von EU ansässigen Steuerzahlern, auf denen die Schweizer Banken bis anhin die Abzüge auf den Zinszahlungen vornahmen, dem Fiskus gegenüber offenlegt. Wissend um die kommende Transparenz versuchen die EU-Bürger daher, mit ihren eigenen Steuerverwaltungen ins Reine zu kommen. Sie betreten den Weg einer Selbstanzeige oder einer *voluntary disclosure* und fordern anschliessend die Bank zum Melden auf, weil es keinen Sinn mehr macht, 35 % abzuziehen und diese dann im eigenen Land zurückzufordern. Zwar gibt es immer noch legitime Fälle, bei denen nicht gemeldet wird, aber das Gros der Kunden verlangt offensichtlich eine Meldung.

II. Meldende Finanzinstitute

Nun folgt das Hauptthema dieses Vortrags, nämlich die Kernbegriffe. Ein solcher Kernbegriff ist das meldende Finanzinstitut. Bei dessen Definition hilft bisweilen ein Blick über die Grenze. Ich empfinde eine gewisse «Freude» – ich darf das sagen, weil ich ursprünglich selbst Deutscher bin – bei der Gestaltung der deutschen Gesetzesnamen. «Finanzkonteninformationsaustauschgesetz» ist ein Wort mit 39 Buchstaben in 13 Silben – ich glaube, das schafft in dieser «sprachlichen Dichte» kein anderes Land. Ich musste heute Morgen üben, damit ich mich nicht verhasple.

Interessant ist die darin enthaltene Definition des meldenden Finanzinstitutes. Ein meldendes Finanzinstitut ist «ein Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates, bei dem es sich nicht um ein nicht meldendes Finanzinstitut handelt» (§ 19 Nr. 1 FKAustG). Im Nachhinein wird einem schon klar, warum diese Norm eine Negativdefinition enthält. Man möchte eine allumfassende Definition schaffen, was aber zur Folge hat, dass man dann halt die nicht meldenden Finanzinstitute genau zu definieren hat. Ich glaube, dabei handelt es sich um einen Trend: Vergleicht man dies mit den Transparenzinitiativen, so finden sich vermehrt solche Negativdefinitionen.

1. Entscheidungsbaum

Um feststellen zu können, was nun ein meldendes oder nicht meldendes Finanzinstitut ist, ist ein Entscheidungsbaum abzuarbeiten.

a) Rechtsträger

Einleitend stellt sich die Frage, ob es sich um einen Rechtsträger handelt. Eine Privatperson, eine natürliche Person, kann nie ein meldendes Finanzinstitut eines Staates sein.

b) Ansässigkeit im teilnehmenden Staat

Zweites stellt sich die Frage, ob das Finanzinstitut in einem teilnehmenden Staat ansässig ist. Hier wird die Schweiz ein strenges Territorialitätsprinzip anwenden – Herr Marantelli wird in seinem Beitrag darauf noch genauer eingehen.³ Wenn sich der Sitz des Finanzinstitutes oder die Niederlassung einer ausländischen Bank in der Schweiz befindet, dann gilt das Finanzinstitut oder die Niederlassung für die dort geführten Konten als meldendes Finanzinstitut.

c) Finanzinstitut

Drittens ist fraglich, ob es in den Katalog der verschiedenen Finanzinstitute fällt. Diejenigen, die sich mit FATCA beschäftigen, werden nun ein Déjà-vu erleben: Es gibt Einlageninstitute (*depository institutions*), Verwahrinstitute (*custodial institutions*), Investmentunternehmen (*investment entities*) und spezialisierte Versicherungsgesellschaften. Dabei handelt es sich um Institute, die tatsächlich melden müssen.

Hierbei sind die sprachlichen Unterschiede zu beachten. Eine *institution dépositaire* im Französischen ist nicht das Gleiche wie eine *depository institution* im Englischen – sondern genau das Umgekehrte. Eine *institution dépositaire* ist bei uns ein Verwahrinstitut.

Hier ist noch zu erwähnen, dass sich diese Definition nicht notwendigerweise nach dem Aufsichtsrecht bestimmt, sondern umfassender ist.

d) Nicht meldendes Finanzinstitut

Als Letztes ist zu klären, ob es sich um ein nicht meldendes Finanzinstitut handelt. Von der Meldepflicht ausgenommen sind bspw. die Zentralbank, staatliche und internationale Organisationen, der Bund, die Kantone und Gemeinden, oder auch qualifizierte Kreditkartenanbieter, die auf ihren Kreditkartenkonten kein Guthaben von mehr als CHF 50'000 zulassen.

³ ADRIANO MARANTELLI, Bestimmung der Ansässigkeit im Kontext des AIA, in diesem Band.

2. Territoriale Definition

An dieser Stelle sei auf die strenge Territorialität zurückzukommen. Eine Schweizer Bank ist ein meldendes Finanzinstitut in der Schweiz. Eine holländische Bank wird zu einem meldenden Finanzinstitut in der Schweiz, wenn sie eine Schweizer Niederlassung hat, die dort Finanzkonten führt. *E contrario* ist die Zweigniederlassung einer Schweizer Bank im Ausland (bspw. in England), für die in der Zweigniederlassung geführten Konten, kein meldendes Finanzinstitut in der Schweiz. Das geografische Territorium ist somit entscheidend.

3. Verschiedene Arten der meldenden Finanzinstitute

Wie bereits erwähnt, unterteilt man meldende Finanzinstitute in vier Gruppen, nämlich das Einlageninstitut, das Verwahrinstitut, die Investmentunternehmung und die spezifizierte Versicherungsgesellschaft – über Letztere wird hier nicht gesprochen.

a) Einlageninstitut (*depository institution*)

Ein Einlageninstitut ist typischerweise eine Bank. Diese erbringt Bankdienstleistungen, d.h. einerseits die passivseitige Entgegennahme von Geldern, andererseits die aktivseitige Erbringung von Bankdienstleistungen, wie Darlehensvergabe, Akkreditivvergabe usw.

Typischerweise sind dies Banken, Sparkassen, Genossenschaftsbanken und auch Unternehmen, die innerhalb einer Betriebssparkasse Mitarbeiterkonten führen (z.B. die SBB). Diesbezüglich eine interessante Ausnahme ist die Schweizerische Nationalbank (SNB), die ebenfalls Mitarbeiterkonten für ihre Mitarbeiter führt. Die SNB ist jedoch vom Kanon der meldenden Finanzinstitute aufgrund ihres Status als Zentral- und Notenbank ausgenommen.

b) Verwahrinstitut (*custodial institution*)

Verwahrinstitutionen führen typischerweise Depots, in denen Wertpapiere gelagert werden. Als Schwellenwert müssen mind. 20 % der Bruttoeinkünfte (über die letzten drei Jahre) aus diesem Geschäft stammen. In der Schweiz haben wir kein Trennbankensystem, sondern grundsätzlich ein Universalbankensystem. Dies führt zu einem Verwischen der beiden Begriffe Ein-

lageninstitut und Verwahrinstitut, denn Banken erbringen meist beide Dienstleistungen.

c) Investmentunternehmen (*investment entity*)

Hierbei handelt es sich um eine *Catch-All*-Klausel. Es wird alles erfasst, was sich nicht unter die ersten beiden Begriffe subsumieren lässt. Die üblichen Verdächtigen sind die individuelle oder kollektive Vermögensverwaltung und die sonstige Verwaltung von Finanzvermögen für Dritte.

Hierzu das Beispiel der Fondsindustrie: Wahrscheinlich muss ein Fond, der seine Anteilsinhaber nicht selbst kennt, zumindest dafür sorgen, dass die Anteile von einer Bank verwaltet werden, die selbst meldendes Finanzinstitut ist. Man möchte also sicherstellen, dass am Ende der Kette ein Finanzinstitut steht, das über die ESTV eine Meldung absetzt. Dasselbe gilt auch für vertragliche Anlagefonds wie SICAV, SICAF und KGK, welche immer dann erfasst sind, wenn sie ihre Anteile selbst verwahren, also wenn sie typischerweise den Endinvestor kennen und melden können. Ansonsten wäre auch hier sicherzustellen, dass am Ende der Kette der Depositäre jemand steht, der selbst melden kann.

d) Spezifizierte Versicherungsgesellschaften

Spezifizierte Versicherungsgesellschaften sind in der Regel Versicherungen, die Versicherungsverträge mit einem Rückkaufswert oder Barwert verkaufen. Die Möglichkeit der Zeichnung einer Versicherung und des späteren Rückkaufs ist in der Logik des CRS ein Anlageprodukt. Dies ist nicht notwendigerweise davon abhängig, ob ein Schadensereignis eintritt. Da es sich schlussendlich um ein Anlageinstrument handelt, muss es gemeldet werden. Ein typisches Beispiel sind die im Zuge eines *Insurance Wrappers* bei einer Bank eingelegten Vermögensgegenstände, die eine Einmaleinlage für den Versicherungsvertrag sind und dann von der Bank verwaltet werden.

4. Nicht meldende Finanzinstitute

Hier wird zwar auf die FATCA-Regeln Bezug genommen. Und in diesen gibt es für nicht meldende Finanzinstitute den Teil *Non-Reporting Swiss Financial Institutions*. Dazu gehören bspw. kleinere Lokalbanks, bei denen über 98 % der Kundenvermögen nicht aus dem Ausland stammen. Eine solche Ausnahmeregelung im Sinne einer Vereinfachung sieht der automatische Informationsaustausch nicht vor.

III. Common Reporting Standard

1. Modus operandi

Dieser soll am Beispiel der Schweiz und den Niederlanden verdeutlicht werden. Wenn sich die Schweiz und die Niederlande über den Informationsaustausch einigen, dann bedeutet dies für die Schweizer Finanzinstitute, dass sie aus dem Kreise ihrer Kunden zunächst alle natürlichen Personen unter die Lupe nehmen müssen, um feststellen zu können, ob irgendwelche Indizien für eine Ansässigkeit in den Niederlanden vorliegt. Zudem müssen die Finanzinstitute sämtliche Unternehmen anschauen und dann diejenigen herausfiltern, die passiver Natur sind. Bei diesen Unternehmen ist anschliessend festzustellen, ob dahinter irgendeine «kontrollierende Person» steht, die in den Niederlanden ansässig sein könnte. Sollte dies der Fall sein, so werden diese Personen bzw. die *assets* (die Vermögensgegenstände und die Einkommensströme) über die ESTV in die Niederlande gemeldet.

Die Niederlande machen genau das reziproke: Die niederländischen Finanzinstitutionen überprüfen ihre Kunden, ob sie steuerlich in der Schweiz ansässig sind bzw. ob ein hinter der Gesellschaft stehender Aktionär oder eine andere «Kontrollperson» in der Schweiz ansässig ist.

2. Einführung

Viele Staaten haben sich für den CRS verpflichtet. Einige werden den ersten automatischen Informationsaustausch bereits ab 2017 machen und dies basierend auf den Zahlen vom Jahre 2016. Hierbei handelt es sich um ca. 50 sogenannte «*Early Adopter*» Staaten. Ab dem 1. Januar 2016 müssen die Finanzinstitute in diesen Staaten in der Lage sein, neue Kunden zu identifizieren. Andere Staaten führen das Ganze ein Jahr später ein.

a) Spezialfall USA

Die USA nehmen nach heutigem Kenntnisstand nicht am automatischen Informationsaustausch teil. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass sie mit einer Vielzahl von Ländern Staatsverträge basierend auf FATCA – u.a. auch viele reziproke *Agreements* – abschlossen haben. Problematisch ist – um es politisch unkorrekt zu sagen –, dass der Durchmesser an Informationen *in* die USA einer Pipeline entspricht und umgekehrt der Durchmesser an Informationen *aus* den USA in die anderen Länder eher demjenigen einer

Regenrinne gleichkommt. Von den USA gibt es wesentlich weniger Informationen; die amerikanischen Finanzinstitute müssen beispielsweise nicht durch passive Strukturen hindurchschauen und melden entsprechend auch keine kontrollierenden Personen.

Das führt zu folgender – politisch unbefriedigender - Situation: Das Konto eines Trusts bei einem amerikanischen Finanzinstitut sowie die dazugehörigen Kontrollpersonen werden wohl nie gemeldet, da die US Banken nicht verpflichtet sind, durch solche passiven Strukturen hindurchzuschauen. Ein weiteres Beispiel, das keine Meldepflicht der US Bank auslöst, ist ein Konto eines ausländischen Unternehmens, auf dem nur Bargeldbestand liegt.

b) Schweiz

Herr Schelling mag mich korrigieren oder macht vielleicht nachher sogar noch einen Blick in die Zukunft.⁴ Die Liste der Länder, mit denen die Schweiz Informationen austauscht, ist heute noch ein wenig jungfräulich. Ich kann mir aber vorstellen, Herr Schelling leidet nicht unter Langeweile und wird in den nächsten Monaten sicherlich noch einige Verhandlungen führen müssen, so dass noch weitere Länder hinzukommen.

IV. Typische Meldesituationen

Ich präsentiere Ihnen nun vier typische Situationen, in welchen gemeldet werden muss.

1. Archetypische Fälle

Darunter fällt beispielsweise als erstes der Fall, bei welchem ein ausländischer Kunde, der in Spanien (AIA-Staat) steuerlich ansässig ist, bei einer Bank in England (AIA-Staat) ein Konto hat. Die englische Bank identifiziert diesen Kunden als in Spanien ansässig, und muss somit an die spanischen Steuerbehörden melden.

Ferner fällt darunter der Fall eines Kunden, der in Ägypten steuerlich ansässig ist. Ägypten äussert sich im Moment noch nicht zum AIA und nimmt, so glaube ich, auch in naher Zukunft nicht daran teil. Dieser Kunde hat ein Konto in England. Auch in diesem Fall identifiziert die englische

⁴ CHRISTOPH SCHELLING, AIA – Mit welchen Partnern?, in diesem Band.

Bank den Kunden und sieht, dass dieser in Ägypten ansässig ist; die Bank meldet nicht.

2. «Passive» *non-financial entity* (NFE)

Eine Person, die in Indien (AIA-Staat) wohnt, hält in den Niederlanden (AIA-Staat) eine Gesellschaft, die als «passive» *non-financial entity* (NFE) angesehen wird. Das kann bspw. ein Trust oder auch eine Investmentgesellschaft sein, über die die Person ihre *assets* hält. In einem solchen Fall muss die Bank z.B. in Deutschland (AIA-Staat), bei welcher die Person über die NFE ein Konto besitzt, zunächst den Kunden identifizieren und wird feststellen, dass es sich hierbei um eine «passive» NFE handelt. Anschließend hat die Bank zu prüfen, ob hinter dieser Gesellschaft eine Person steht, die in einem Partnerland ansässig ist. Aufgrund des kontrollierenden Inhabers aus Indien hat die deutsche Bank in einem solchen Fall zwei *reports* abzusetzen, nämlich einen nach Indien und einen in die Niederlande.

Ein weiterer Fall ist Folgender (es handelt sich um eine Spielart des soeben erwähnten Falles): Die «passive» NFE befindet sich in einem Land, das nicht am AIA teilnimmt. Das bedeutet aber nicht, dass sich die Prüfung für die Bank damit erübrigt. Sie muss durch die Gesellschaft hindurchschauen und prüfen, ob dahinter eine kontrollierende Person steht, die in einem teilnehmenden Staat ansässig ist. Sollte dies der Fall sein, so muss die Bank über ihre Steuerbehörden eine Meldung an das Land der kontrollierenden Person senden. An das Land der «passiven» NFE wird kein *report* gesendet.

3. Truststruktur

Bei den eben genannten drei Fällen handelt es sich um Standardfälle. Um einiges komplizierter sind typische Truststrukturen. Diese zeichnen sich in der Regel durch einen *settlor* in Land A aus, welcher einen Trust im Land B errichtet hat, der vielleicht Begünstigte in einem anderen Staat hat. Der Trust wiederum hält in der Regel eine *personal investment company* (PIC), eine sogenannte «*underlying company*». Letztere ist in vielen Fällen Kontoinhaberin bei einer Bank in wiederum einem anderen Land.

Für die Banken bedeutet die Identifizierung bei einer solchen Struktur relativ viel Arbeit. Einerseits hängt der Aufwand davon ab, ob der Trust oder die Zwischengesellschaften in Ländern ansässig sind, die beim AIA

mitmachen. Andererseits stellt sich die Frage, ob das Trustkonstrukt oder die PIC selbst Finanzinstitutionen darstellen. Sollte dies der Fall sein, so haben diese, und nicht die kontoführende Bank, zu melden. Wenn es sich allerdings unter dem Recht des Landes um eine NFE, also nicht um eine Finanzinstitution, handelt, dann muss geprüft werden, ob hinter der Gesellschaft eine kontrollierende Person steht, die gemeldet werden muss. In solchen Fällen muss die ganze Kette überprüft werden, bis man ganz oben beim Begünstigten bzw. *settlor* angelangt ist.

Bei Trusts kommt erschwerend hinzu, dass neben dem *settlor* bzw. *beneficiary* auch der *trustee*, die *trust company*, eventuell sogar ein *protector* gemeldet werden. Somit werden sehr viele Daten, insb. auch über Personen, die in Bezug auf diese Vermögenswerte überhaupt nicht steuerpflichtig sind, durch die Welt geschickt. Dadurch wird – ein wenig hart formuliert – ein grosses Drohgebilde aufgebaut, welches den Leuten das Sicherheitsgefühl nehmen und diese daher die Steuererklärung lieber korrekt ausfüllen.

Für die Banken tritt eine zusätzliche Erschwernis ein. Sie müssen ein Rechtsgebilde in einem nicht teilnehmenden Staat im Grundsatz immer als eine passive NFE behandeln. Dies unabhängig davon, ob das Rechtsgebilde der Definition nach einer Finanzinstitution entspräche. Der CRS will auf diese Weise sicherstellen, dass die Bank in jedem Fall die dahinterstehenden Kontrollinhaber sieht.

Wenn sich das Land entscheidet, beim Informationsaustausch mitzumachen, dann wandelt sich die Qualifikation einer solchen NFE gegebenenfalls in eine Finanzinstitution um und die Bank müsste den Durchgriff nicht mehr machen. Die Banken müssen deshalb immer beobachten, welches Land mit welchen Ländern Informationen austauscht, weil davon die Qualifikation einer *entity* in diesem Land abhängt.

V. «Matching»-Mechanismus

Nun kommen wir zum eingangs erwähnten, politisch nicht korrekten Teil. Was sind die Gründe, warum wir das Ganze machen? Ich hatte bereits gesagt: es wird eine grosse Drohkulisse aufgebaut, damit die Steuerpflichtigen von einem immer enger werdenden Informationsnetz davon abgehalten werden, Steuerhinterziehungen zu begehen. Die Amerikaner können dies durch das sog. *matching* schon seit etlichen Jahren. Die amerikanische Idee basiert darauf, möglichst viele Informationen durch die Steuerpflichtigen über die Steuererklärung und durch die Finanzdienstleister zu bekommen.

Wenn man diese Informationen *matchen* kann – diese also inhaltlich und betragsmässig zusammenpassen –, dann kann man Steuerhinterziehung bzw. Steuerbetrug ausschliessen. Für die eindeutige Identifizierung der Personen dient den Amerikanern die Sozialversicherungsnummer. In der Schweiz sind wir im Moment daran, eine solche *Taxpayer Identification Number* (TIN) überhaupt einzuführen.

Ich habe selbst ein Konto bei einer deutschen Bank, die mich fragte, ob sie meine TIN habe könne, worauf ich als Antwort schrieb, dass ich momentan keine solche habe. Auf die Frage nach einer anderen Nummer habe ich geantwortet, ich könne der Bank die kantonale Registrierungsnummer geben, mit der sie aber nichts anfangen könne. Nachdem sich die Bank wahrscheinlich diesbezüglich erkundigte, verlangte sie die AHV-Nummer, worauf ich erwiderte, dass diese Nummer aber momentan keine TIN sei. Im Moment ist das der letzte Stand der Korrespondenz, und ich bin wahrscheinlich zu dem geworden, was eine Bank als *recalcitrant account holder*, einen aufmüpfigen Kunden, bezeichnet.

1. Empfangene Daten unter dem CRS

Das ganze System des CRS ist sehr elaboriert; die Steuerbehörden erhalten eine grosse Menge an sehr granularen Daten. Es stellt sich somit die Frage, was die Steuerbehörden am Ende mit diesen Daten machen.

Das möchte ich Ihnen an einem Beispiel aufzeigen. Angenommen ein schweizerischer Steuerzahler hat in Frankreich ein Konto, weil er bspw. ein Ferienhaus in Frankreich besitzt. Die französische Bank identifiziert diese Person und meldet sie über die französische Steuerverwaltung an die ESTV. Zufälligerweise hat diese Person auch noch ein Konto in England. Auch die englische Bank muss diese Person identifizieren und, weil sie in der Schweiz ansässig ist, melden.

Die erste nicht triviale Aufgabe der empfangenden Steuerbehörde ist es, zu prüfen, ob es sich in beiden Fällen um dieselbe Person handelt. Wenn man eine TIN hat, dann ist das machbar, ohne Nummer wird es schwierig.

Die zweite nicht triviale Aufgabe der empfangenden Steuerbehörde ist die Konsolidierung der beiden Datensätze aus Frankreich und England auf der Stufe des Steuerpflichtigen. Im Idealfall kann die Steuerverwaltung diese aggregierten Zahlen mit der Steuererklärung der Person vergleichen. Problematisch ist, dass die Steuerverwaltung dies per Definition nie genau schaffen wird. In der Folge zeige ich Ihnen, warum dies so ist.

2. CRS ist kein *Tax Reporting*

Viele Banken haben in den letzten Jahren viel Geld investiert, um den eigenen Kunden ein *Tax Reporting* zu geben; nicht nur Schweizer *Tax Reportings*, sondern bspw. auch deutsche und französische. Für die Kunden handelt es sich hierbei um einen wertvollen Dienst, da sie so dem Steuerberater nur die Unterlagen abgeben können und dieser kann die Steuererklärung dementsprechend ausfüllen.

Angenommen eine Schweizer Bank gibt ihren deutschen Kunden ein *Tax Reporting*. Die Schweizer Bank ist unter dem CRS verpflichtet, über die ESTV Informationen an die deutsche Steuerverwaltung weiterzugeben – den CRS-Report. Im Idealfall würden die beiden *reports matchen* bzw. deckungsgleich sein – faktisch aber nicht. Das hat folgenden Grund: Beim Steuerreport setzt man sich die deutsche Steuerbrille auf, weil es für den Deutschen keinen Sinn macht, wenn er ein französisches Steuerreporting bekommt. Beim CRS-Report hingegen setzt man sich die Schweizer Brille auf. Man identifiziert also jeden Einkommensstrom unter schweizerischer Optik. Nun könnten Sie einwenden, Dividenden sind Dividenden und Zinsen sind Zinsen; da ändert sich nicht viel. Aber wenn Sie bspw. in den Bereich der strukturierten Produkte gehen, dann ist jeder Einkommensstrom in schweizerischer Lesart steuerlich völlig anders zu werten als in deutscher Lesart. Auf absehbare Zeit werden die Steuerbehörden sicherlich nicht dieses *matching* machen können. Die Steuerbehörden haben im Prinzip nur die Möglichkeit, Plausibilisierungen anzustellen.

3. Steuerbehörden und Daten

Vor einigen Monaten hielt ich einen Vortrag an einer Ausbildungsstätte für Steuerfahnder. An dieser Veranstaltung wurde auch ein Vortrag präsentiert, aus dem ich Nachfolgendes entliehen habe.

Vorab Folgendes: Ich finde es interessant, welche Gedanken sich Steuerbehörden in mehreren Ländern machen, wie sie die Daten unter dem CRS nutzen können. Sie fragen sich, was genau sie mit den erhaltenen Daten machen sollen. Nichts damit zu machen, wäre meines Erachtens politisch kaum rechtfertigbar.

a) Datenwolke

Die Steuerbehörden werden in den nächsten Jahren nicht nach Kausalitäten, sondern nach Korrelationen suchen. Die Steuerbehörden werden Daten über Steuerpflichtige aus vielen anderen Ländern erhalten. Das sind Daten über die Vermögensgegenstände und über die Einkommensströme. Man kann zum Beispiel erfahren, wie viele *assets under management* (AuM) von einer Gesellschaft oder einer Person gehalten werden oder wie viele Dividenden oder Zinseinkünfte von diesen Personen vereinnahmt werden. Diese tausende, zehntausende oder vielleicht hunderttausende von Datensätzen ergeben eine Art Datenwolke. Ein Punkt in der Datenwolke ist bspw. Jochen Jaeger. Er hat entsprechend so viele AuMs und so viele Erträge.

Was macht jeder Statistiker mit einer solchen Datenwolke? Er versucht, mithilfe einer Regressionsanalyse oder einer Regressionsgeraden eine Korrelation herauszufinden. Damit kann man bei einer bestimmten Höhe von Vermögensanlagen das zu erwartende Einkommen feststellen. Durch die Definition einer Standardabweichung nach oben und nach unten wird schlussendlich ein «Korridor» von zu erwartenden Datenpunkten geschaffen. Alle Datenpunkte, die unter diesem Korridor liegen – viele AuM bei gleichzeitig geringem Ertrag –, sind diejenigen Punkte, die man genauer anschauen möchte. Es wird somit nicht dieses *matching* vorgenommen, sondern versucht, aus der Datenwolke diejenigen herauszufiltern, die nicht ins Muster passen und für die sich eine nähere Überprüfung zu lohnen scheint.

b) Rückforderung Quellensteuern

Die erste Korrelation kann man versuchen, mit anderen Korrelationen zu verbinden: Ein starker Indikator für möglicherweise nicht deklarierte Einkünfte sind die Rückforderungen ausländischer Quellensteuern. Ein sehr diversifiziertes Portfolio mit amerikanischen, britischen, deutschen und anderen Wertpapieren hat zur Folge, dass auf den Erträgen aus diesen Wertpapieren i.d.R. ausländische Quellensteuern anfallen. Fraglich ist, ob man sich diese Quellensteuern zumindest teilweise unter dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen zurückerstatten lassen möchte. Wenn ja, dann muss man seinen Namen offenlegen. Will man eine solche Offenlegung nicht, dann verzichtet man wahrscheinlich auf die Rückforderung der Quellensteuer. Hier wird nun genau das Gleiche gemacht: Man schaut, wie viele AuMs vorhanden sind, und diejenigen Steuerpflichtigen, die sehr grosse AuMs hatten, aber nichts zurückforderten, filtert man heraus und

schaut sie genauer an. Dies waren nur zwei Beispiele – es können noch andere Korrelationen gefunden werden.

c) Fazit

Man nimmt die Datenwolke bezüglich der AuM und der Erträge, kombiniert diese mit der Datenwolke bezüglich der Rückforderung der Quellensteuer, legt statistische Massstäbe an – d.h. man definiert bspw. Konfidenzintervalle, innerhalb derer man sich die Personen anschauen möchte – und kommt so wieder zu unserem Ausgangspunkt zurück. Damit kann man relativ simpel und mit erstaunlicher Genauigkeit einige schwarze Schafe aus der grossen Herde von Schafen herausfiltern; diese haben dann gegenüber den Steuerbehörden zumindest einen Erklärungsbedarf.

VI. Schlusswort

Ein abschliessender Gedanke: Es werden nun sehr viele Daten kreierte. Wer sagt mir, dass diese Daten nicht irgendwo zentral gelagert werden? Etwas provokant formuliert: Wer diese Daten besitzt und allenfalls auswerten kann, der kann praktisch einen Nebenerwerbszweig als «K-Tipp für Investoren» aufbauen. Derjenige, der alle Daten besitzt, sieht genau, welche Bank für ihre Kunden in irgendeinem Land konsistent mehr Einkünfte erwirtschaftet als andere Banken. Das ist die vielleicht noch weniger verfängliche Frage.

Die Datenschützer werden sich zusätzlich mit der Überlegung befassen müssen, dass man plötzlich Daten hat, die man vorher nicht hatte. Man erfährt Dinge, die man vorher nicht kannte. Bspw. könnte ein Staat sehen, dass seine Steuerpflichtigen viel mehr Geld in einem Drittstaat anlegen, als man vorher angenommen hatte. Man kann sich unschwer ausmalen, was dann im politischen Prozess passieren wird.

Im Moment betrachten wir im Bereich Datenschutz und dem Gebrauch der Daten (Big Data) kleine Partikularbilder. Es bleibt zu sehen, was passiert, wenn wir in den kommenden Jahren das ganze Bild sehen. Damit möchte ich Sie entlassen. Ich übergebe das Wort gerne an Herrn Marantelli.

Die Bestimmung der Ansässigkeit im Kontext des automatischen Informationsaustausches

Adriano Marantelli, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	21
1.	Allgemeines.....	21
2.	Exkurs: unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht.....	22
a)	Einleitung.....	22
b)	Unbeschränkte Steuerpflicht.....	23
aa)	Unbeschränkte Steuerpflicht natürlicher Personen.....	23
bb)	Unbeschränkte Steuerpflicht juristischer Personen.....	23
c)	Beschränkte Steuerpflicht.....	24
aa)	Beschränkte Steuerpflicht natürlicher Personen.....	24
bb)	Beschränkte Steuerpflicht juristischer Personen.....	24
II.	Die AIA-Ansässigkeit von «Kontoinhabern».....	25
1.	Einleitung.....	25
2.	«Person eines meldepflichtigen Staates».....	25
3.	Fallkonstellationen.....	28
a)	Einleitung.....	28

* Ausserordentlicher Professor für schweizerisches, europäisches und internationales Steuerrecht an der Universität Bern. Der Aufsatz ist eine überarbeitete Fassung eines am 11. März 2016 in Bern im Rahmen der Bankrechtstagung des Instituts für Bankrecht der Universität Bern gehaltenen Vortrages. Der Aufsatz wurde in formell leicht überarbeiteter Form ebenfalls publiziert in: Jusletter vom 9. Mai 2016. Der Autor dankt Herrn Botschafter Christoph Schelling, Abteilungsleiter Steuern im Staatssekretariat für internationale Finanzfragen und Herrn Urs Kapalle, Leiter Finanzpolitik & Steuern der Schweiz. Bankiervereinigung für wertvolle Hinweise sowie Herrn MLaw Julian Kläser, Assistent am Institut für Steuerrecht der Universität Bern, für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung des Beitrages.

b)	Fallkategorie A: Ansässige natürliche Person oder ansässiger Rechtsträger.....	28
aa)	Unbeschränkte Steuerpflicht einer natürlichen Person.....	28
bb)	Unbeschränkte Steuerpflicht einer juristischen Person.....	29
cc)	Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht einer natürlichen Person.....	30
dd)	Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht einer juristischen Person.....	32
ee)	Doppelansässigkeit (konkurrierende unbeschränkte Steuerpflichten) einer natürlichen Person.....	32
ff)	Doppelansässigkeit (konkurrierende unbeschränkte Steuerpflichten) einer juristischen Person.....	35
c)	Fallkategorie B: Nachlass eines ehemals ansässigen Erblassers...	37
d)	Fallkategorie C: Nicht ansässige Rechtsträger.....	38
aa)	Einleitung.....	38
bb)	Personengesellschaft.....	38
cc)	Zweigniederlassung.....	39
e)	Weitere Fallkategorie: Passive Non Financial Entities (passive NFEs).....	42
III.	Die AIA-Ansässigkeit von Finanzinstituten.....	45
1.	Einleitung.....	45
2.	«Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates».....	46
3.	Fallkonstellationen.....	49
a)	Einleitung.....	49
b)	Fallkategorie A: Ansässige Finanzinstitute.....	49
c)	Fallkategorie B: Nicht-ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts)...	52
d)	Fallkategorie C: Mehrfach ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts).....	54
e)	Fallkategorie D: Trusts.....	55
IV.	Kurzwürdigung der AIA-Ansässigkeitsregeln.....	57
V.	Schlusswort.....	60
	Literaturverzeichnis.....	62
	Materialien.....	64

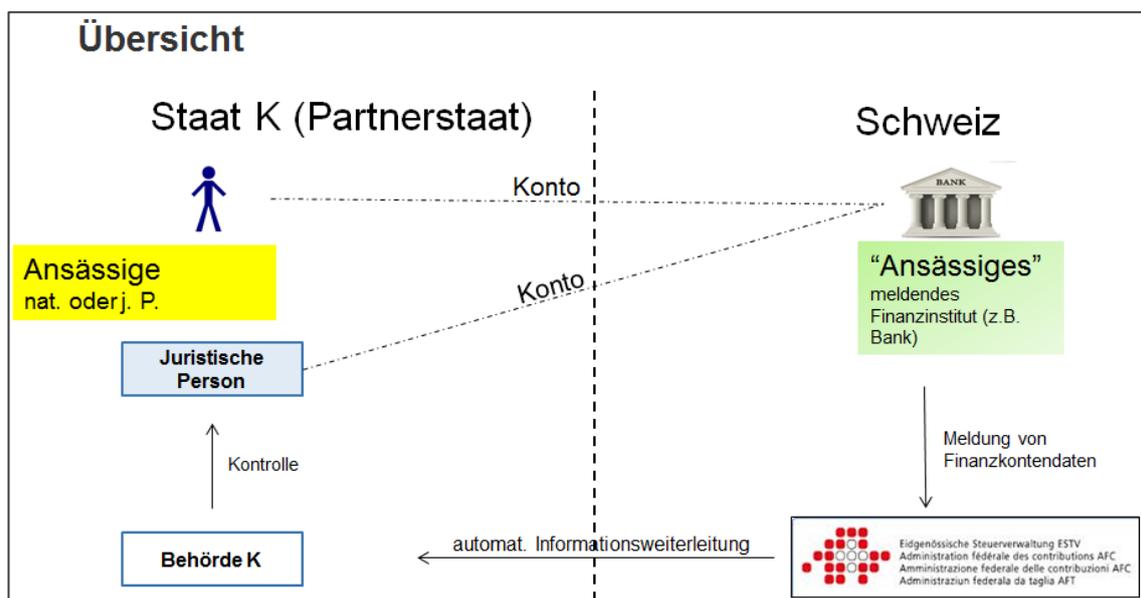
I. Einleitung

1. Allgemeines

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit der Thematik des persönlichen Geltungsbereiches des AIA-Regelwerkes.¹ Konkret angesprochen sind dabei *Finanzinstitute* einerseits sowie deren «Kunden» (*Kontoinhaber/-innen*) andererseits. Beide müssen jeweils in anderen Staaten «ansässig» sein, damit es überhaupt zu einer automatischen Informationsweiterleitung im Sinne des AIA kommen kann, immer vorausgesetzt, alle anderen Voraussetzungen sind auch gegeben.

Stellt man die Ansässigkeitsfragen in den übergeordneten Kontext, geht es bei Finanzinstituten um die Frage, ob ein «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates» i.S.v. Abschnitt VIII(A)(2) des Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandards (GMS) vorliegt, und bei Kontoinhabern/-innen um die Thematik, ob eine «Person eines meldepflichtigen Staates» gemäss GMS, Abschnitt VIII(D)(3) gegeben ist.

Stellt man beide Themenkomplexe im Rahmen der AIA-Funktionsweise graphisch dar, ergibt sich folgendes vereinfachtes Bild:



¹ Zum AIA-Regelwerk aus schweizerischer Sicht allgemein vgl. SIMONEK, SWI 2015, S. 233 ff.

Damit das ganze AIA-Regelwerk mit dem daraus sich ergebenden Informationsfluss – bei Vorliegen auch sämtlicher anderer Voraussetzungen – überhaupt zur Anwendung kommen kann, müssen die *Kontoinhaber/-innen* (links auf der Skizze) im Partnerstaat K und das *Finanzinstitut* (rechts auf der Skizze) in einem anderen Partnerstaat, hier der Schweiz, «ansässig» sein.

Diese beiden Themenbereiche werden in der Folge separat dargestellt. In Abschnitt II geht es um die AIA-Ansässigkeit von «Kontoinhabern», in Abschnitt III um diejenige von Finanzinstituten.

Die hier gemachten Ausführungen beruhen unter anderem auf der Lektüre der Multilateralen Vereinbarung, des Gemeinsamen Meldestandards, des OECD Implementation Handbooks, des Entwurfes eines AIA-Gesetzes und der dazugehörigen Materialien sowie gewisser Sekundärliteratur. Wie immer bei komplexen Normgebungsprojekten, die, zumindest in der Schweiz, noch nicht in Kraft sind und bei denen noch keine Praxis resp. Judikatur besteht, ist deren Darstellung resp. Beurteilung kein einfaches Vorhaben, da man als Jurist immer Gefahr läuft, einen bestimmten Text entweder zu eng oder zu weit zu interpretieren. Trotzdem sei hier dieser Versuch unternommen, ist man doch als Jurist ohnehin entschuldigt, zumindest wenn man mit dem französischen Schriftsteller JEAN GIRAUDOUX von folgender Annahme ausgeht: «Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.»²

2. Exkurs: unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht

a) Einleitung

Der Gemeinsame Melde- und Sorgfaltsstandard spricht im Zusammenhang mit der Ansässigkeit wiederholt von «Steuerpflicht». Dabei ist im Regelfall die sog. unbeschränkte Steuerpflicht gemeint.³ Da allerdings je nach Konstellation auch die beschränkte Steuerpflicht eine Rolle spielen kann,⁴ sei im vorliegenden Kapitel im Sinne eines Exkurses für Leser, die sich nicht den

² JEAN GIRAUDOUX, aus: «La Guerre de Troie n'aura pas lieu».

³ Vgl. etwa OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 4 und Abschnitt VI Rz. 7 sowie LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 112. Dies gilt auch für die EU unter dem Regime der am 16.12.2014 ergänzten steuerlichen Informationsaustauschrichtlinie («DAC 2») (SOMARE/WÖHRER, Intertax 2015, S. 809).

⁴ Nämlich bei der in Abschnitt III. hienach behandelten Frage nach der AIA-Ansässigkeit von Finanzinstituten, und zwar soweit Zweigniederlassungen betroffen sind.

ganzen Tag mit Steuerrechtsfragen befassen, vorerst kurz auf die beiden Begriffe «unbeschränkte» resp. «beschränkte Steuerpflicht» aus schweizerischer Perspektive eingetreten.

b) Unbeschränkte Steuerpflicht

aa) Unbeschränkte Steuerpflicht natürlicher Personen

Nach schweizerischem (Einkommens-/Vermögens-) Steuerrecht begründen Wohnsitz resp. qualifizierter Aufenthalt eine sog. unbeschränkte Steuerpflicht für natürliche Personen. Art. 3 Abs. 2 DBG⁵ und Art. 3 Abs. 2 StHG⁶ umschreiben dabei den Wohnsitzbegriff in Anlehnung an Art. 23 Abs. 1 ZGB.⁷

Qualifizierter Aufenthalt dagegen liegt gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a und b DBG vor, wenn eine natürliche Person

«in der Schweiz ungeachtet vorübergehender Unterbrechung:

- a. während mindestens 30 Tagen verweilt und eine Erwerbstätigkeit ausübt;
- b. während mindestens 90 Tagen verweilt und keine Erwerbstätigkeit ausübt».

Das Steuerharmonisierungsgesetz geht in Art. 3 StHG von analogen Voraussetzungen aus.

bb) Unbeschränkte Steuerpflicht juristischer Personen

Was die unbeschränkte Steuerpflicht juristischer Personen anbelangt, umschreibt Art. 50 DBG diese lapidar wie folgt: «Juristische Personen sind aufgrund persönlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sich ihr Sitz oder ihre tatsächliche Verwaltung in der Schweiz befindet.»

Eine gleichartige Regelung ergibt sich auch aus Art. 20 Abs. 1 StHG.

⁵ Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990, SR 642.11.

⁶ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1999, SR 642.14.

⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

c) Beschränkte Steuerpflicht

aa) Beschränkte Steuerpflicht natürlicher Personen

Art. 4 und 5 DBG resp. Art. 4 Abs. 1 und 2 StHG zählen eine ganze Reihe von Anknüpfungen auf, welche eine sog. beschränkte Steuerpflicht begründen können. Im Zusammenhang mit der vorliegend interessierenden Frage nach der AIA-Ansässigkeit steht die Betriebsstätte gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b DBG resp. Art. 4 Abs. 1 StHG im Vordergrund sowie allenfalls noch der «Geschäftsbetrieb» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a DBG resp. Art. 4 Abs. 1 StHG.

Als Betriebsstätte gilt hierbei nach der Definition von Art. 4 Abs. 2 DBG «eine feste Geschäftseinrichtung, in der die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens oder ein freier Beruf ganz oder teilweise ausgeübt wird. Betriebsstätten sind insbesondere Zweigniederlassungen, Fabrikationsstätten, Werkstätten, Verkaufsstellen, ständige Vertretungen, Bergwerke und andere Stätten der Ausbeutung von Bodenschätzen sowie Bau- oder Montagestellen von mindestens zwölf Monaten Dauer».

Primär relevant bei der hier behandelten Thematik ist die «Zweigniederlassung».

bb) Beschränkte Steuerpflicht juristischer Personen

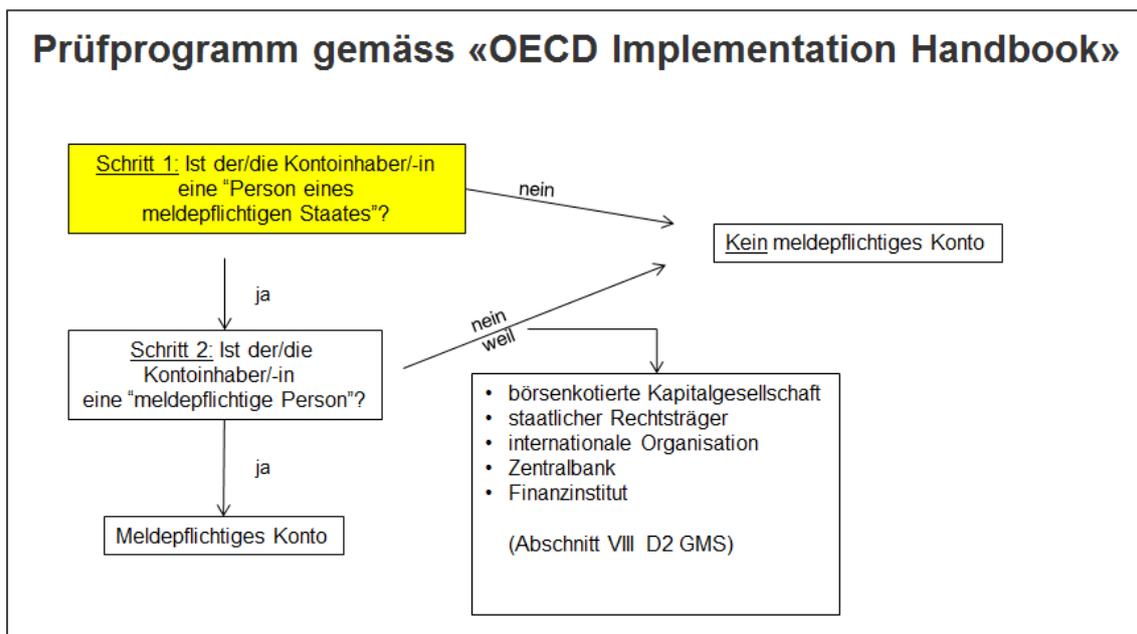
Auch bei den juristischen Personen umschreiben Art. 51 Abs. 1 DBG resp. Art. 21 StHG eine Reihe von Anknüpfungspunkten, welche eine beschränkte Steuerpflicht begründen. Im Vordergrund steht auch hier die Betriebsstätte gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG resp. Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG, wozu auch die Zweigniederlassung zu zählen ist. Allenfalls könnte auch noch der Geschäftsbetrieb von Art. 51 Abs. 1 lit. a DBG resp. Art. 21 Abs. 1 lit. a StHG eine gewisse Relevanz erlangen. Die Definition der Betriebsstätte in Art. 51 Abs. 2 DBG ist – von hier nicht relevanten Abweichungen abgesehen – praktisch identisch mit derjenigen von Art. 4 Abs. 2 DBG bei den natürlichen Personen (siehe die wörtliche Wiedergabe der Definition im unmittelbar vorangehenden Unterabschnitt).

II. Die AIA-Ansässigkeit von «Kontoinhabern»

1. Einleitung

Wie oben bereits erwähnt, geht es hier um die Frage, ob ein bestimmter Kontoinhaber/eine Kontoinhaberin eine sog. «Person eines meldepflichtigen Staates» ist.

Betrachtet man das Implementation Handbook der OECD,⁸ lässt sich diese Frage wie folgt in das AIA-Prüfprogramm und damit in den etwas grösseren Zusammenhang stellen.



Die hier interessierende Frage beschränkt sich auf den ersten, dunkel unterlegten Schritt in der oben wiedergegebenen Skizze.

2. «Person eines meldepflichtigen Staates»

Gemäss dem Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard⁹ bedeutet der

«Ausdruck „Person eines meldepflichtigen Staates“ [...] eine natürliche Person oder einen Rechtsträger, die beziehungsweise der nach dem Steuerrecht eines meldepflichtigen Staates in diesem ansässig ist, oder einen

⁸ OECD, Implementation Handbook, Rz. 96.

⁹ GMS, BBl 2015, S. 5560, Abschnitt VIII (D)(3).

Nachlass eines Erblassers, der in einem meldepflichtigen Staat ansässig war. In diesem Sinne gilt ein Rechtsträger, bei dem keine steuerliche Ansässigkeit vorliegt, beispielsweise eine Personengesellschaft, eine Limited Liability Partnership oder ein ähnliches Rechtsgebilde, als in dem Staat ansässig, in dem sich der Ort seiner tatsächlichen Geschäftsleitung befindet».

Der Gemeinsame Melde- und Sorgfaltsstandard unterscheidet somit drei Fallkategorien (von Kontoinhabern/-innen), nämlich:

- A) ansässige natürliche Personen oder Rechtsträger, inkl. nicht transparent besteuerte Personengesellschaften,
- B) Nachlässe von ehemals ansässigen Erblassern,
- C) nicht ansässige Rechtsträger, d.h. transparent besteuerte Rechtsträger wie z.B. transparent besteuerte Personengesellschaften oder Limited Liability Partnerships.

Nicht unter Kategorie C fallen dagegen die als sog. passive Non Financial Entities behandelten Trusts (vgl. dazu unten Abschnitt II.3.e.).

Bezüglich der ersten beiden Fallgruppen A und B liegt dann eine «Person eines meldepflichtigen Staates» vor, d.h. ist dann eine «Ansässigkeit» im Sinne des AIA gegeben, wenn eine *Steuerpflicht* gemäss dem lokalen Steuerrecht des meldepflichtigen Staates vorliegt.¹⁰

Bei Fallkategorie C dagegen muss der «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» im meldepflichtigen Staat gegeben sein. Der in Englisch verfasste GMS-Kommentar spricht diesbezüglich von «place of effective management» und definiert diesen als «place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the Entity's business as a whole are in substance made».¹¹ Und weiter konkretisiert dies der GMS-Kommentar wie folgt: «All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An Entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.»¹²

Was den im oben zitierten GMS, Abschnitt VIII(D)(3) verwendeten Begriff «Rechtsträger» (Entity) anbelangt, ist darunter gemäss dem Gemeinsa-

¹⁰ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 106 f. Vgl. auch OECD, Implementation Handbook, Rz. 97 sowie ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 65 und WEBER/RÜEGGER/KING, ST 2014, S. 1172.

¹¹ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 109.

¹² OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 109.

men Melde- und Sorgfaltsstandard eine juristische Person oder ein Rechtsgebilde (wie zum Beispiel eine Kapitalgesellschaft, eine Personengesellschaft, ein Trust oder eine Stiftung) zu verstehen.¹³

Überblicksmässig können die hier interessierenden drei Fallkategorien wie folgt dargestellt werden:

Fall	Kontoinhaber/-in	«Person eines meldepflichtigen Staates» <u>falls:</u>	Quelle
A	Ansässige natürliche Person oder Rechtsträger (inkl. nicht transparent besteuerte Personengesellschaften).	Steuerpflicht gemäss lokalem Steuerrecht des meldepflichtigen Staates gegeben ist.	GMS, Absch. VIII D 3; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 106 f.
B	Nachlass eines ehemals ansässigen Erblassers.	Steuerpflicht des Erblassers gemäss lokalem Steuerrecht des meldepflichtigen Staates gegeben ist.	GMS, Absch. VIII D 3; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 110.
C	Nicht ansässige Rechtsträger (d.h. transparent besteuerte Rechtsträger wie z.B. transparent besteuerte Personengesellschaften oder Limited Liability Partnerships). Als «passive NFE» behandelte Trusts fallen nicht darunter.	«Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» im meldepflichtigen Staat gegeben ist. <ul style="list-style-type: none"> Definiert im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 109. 	GMS, Absch. VIII D 3; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 108.

¹³ GMS, BBI 2015, S. 5563, Abschnitt VIII (E)(3). Vgl. dazu auch ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 59.

3. Fallkonstellationen

a) Einleitung

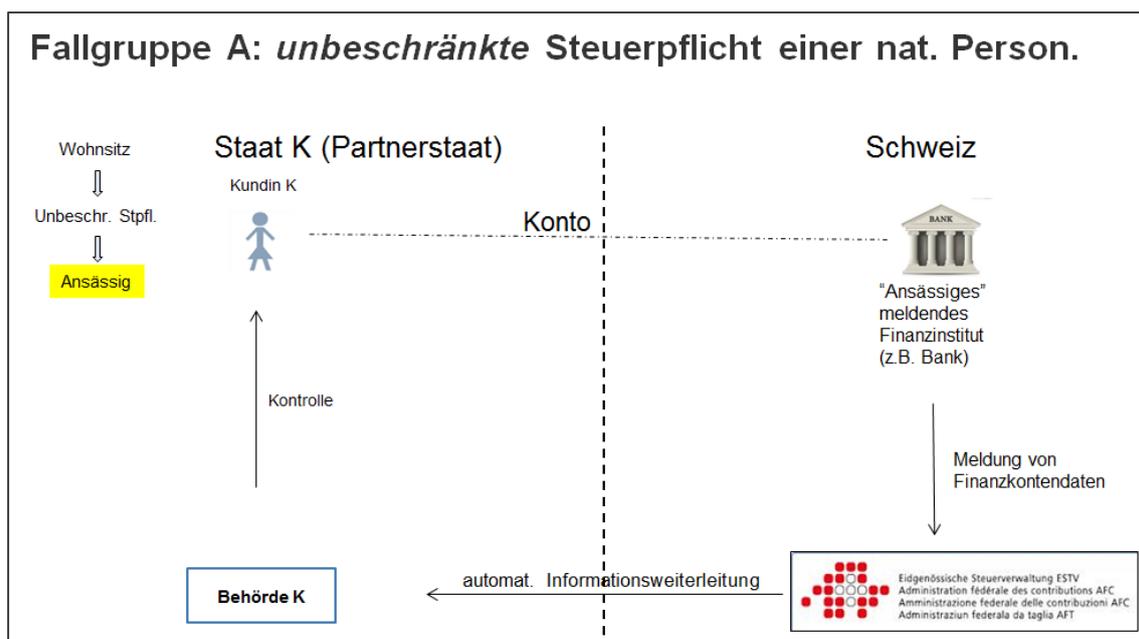
Die bisherigen theoretischen Ausführungen seien in der Folge anhand verschiedener Fallbeispiele exemplifiziert. Dabei werden die oben im Raster unter Abschnitt II.2. erwähnten Fallkategorien A bis C der Reihe nach anhand konkreter Beispiele dargestellt.

b) Fallkategorie A: Ansässige natürliche Person oder ansässiger Rechtsträger

aa) Unbeschränkte Steuerpflicht einer natürlichen Person

Diese Fallgruppe sei anhand des folgenden Sachverhaltes erläutert.

Sachverhalt 1



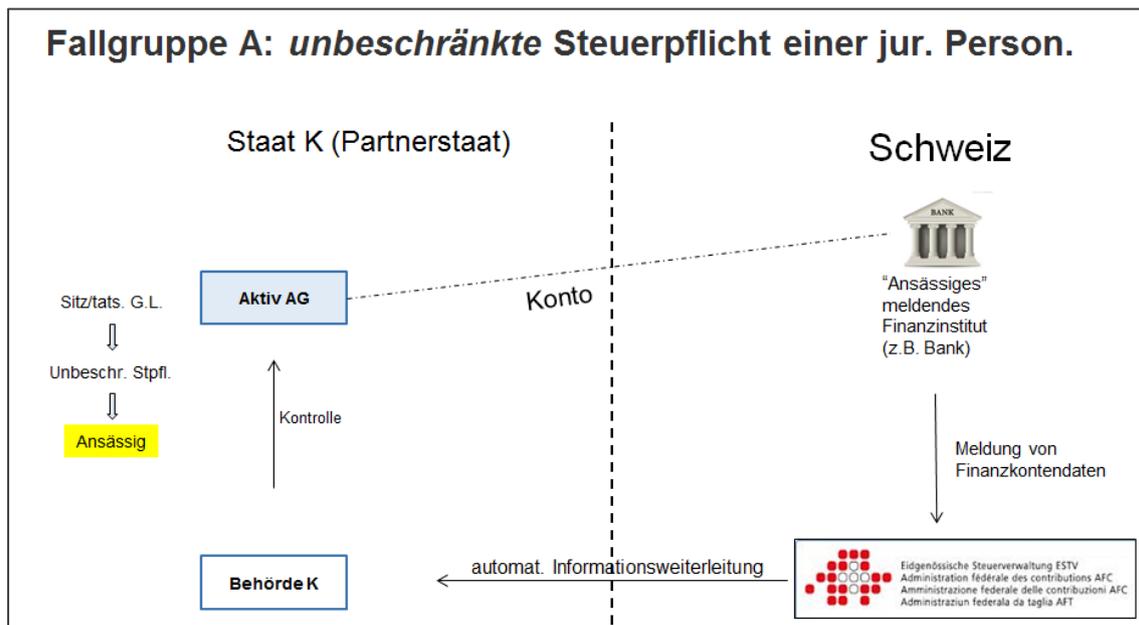
Die Bankkundin K ist als natürliche Person qua Wohnsitz im AIA-Partnerstaat K unbeschränkt steuerpflichtig, und zwar nach Massgabe des lokalen Steuerrechts von Staat K. Die Bankkundin K gilt dadurch als ansässig (resident) im Sinne des AIA-Regelwerkes. Bankkundin K hat bei einer schweizerischen Bank neu ein Konto eröffnet.

Bei dieser Ausgangslage müsste in Zukunft unter dem AIA-Regime bezüglich des von K bei der Schweizer Bank unterhaltenen sog. Neukontos seitens der Bank jeweils eine Meldung an die Eidg. Steuerverwaltung

(ESTV) erfolgen. Die ESTV ihrerseits würde dann eine automatische Informationsweiterleitung an die zuständige Behörde von Staat K vornehmen.¹⁴ Nur nebenbei sei hier bemerkt, dass anders als beim FATCA-Regelwerk¹⁵ die Staatsangehörigkeit von K für die hier interessierende Frage nach der «Person eines meldepflichtigen Staates» keine Rolle spielt.¹⁶

bb) Unbeschränkte Steuerpflicht einer juristischen Person

Sachverhalt 2



Analoges gilt, wenn nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person, im vorliegenden Sachverhalt die Aktive AG, neu ein Bankkonto bei einer Schweizer Bank eröffnet. Aufgrund ihres Sitzes verbunden mit einer aktiven

¹⁴ Falls ein Konto mehrere Inhaber aus verschiedenen Staaten hat, müssen die Kontoinformationen über dieses Konto an alle diese Staaten übermittelt werden, sofern zu sämtlichen dieser Staaten eine Vereinbarung über den automatischen Informationsaustausch besteht (ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 65).

¹⁵ Vgl. zur Wirkungsweise von FATCA allgemein die übersichtliche Darstellung bei BRAMERDORFER/STUNDNER, FATCA, S. 1 ff. Vgl. ferner auch die Darstellung aus Schweizer Optik bei VORPE/MOLO, ASA 82, S. 257 ff.

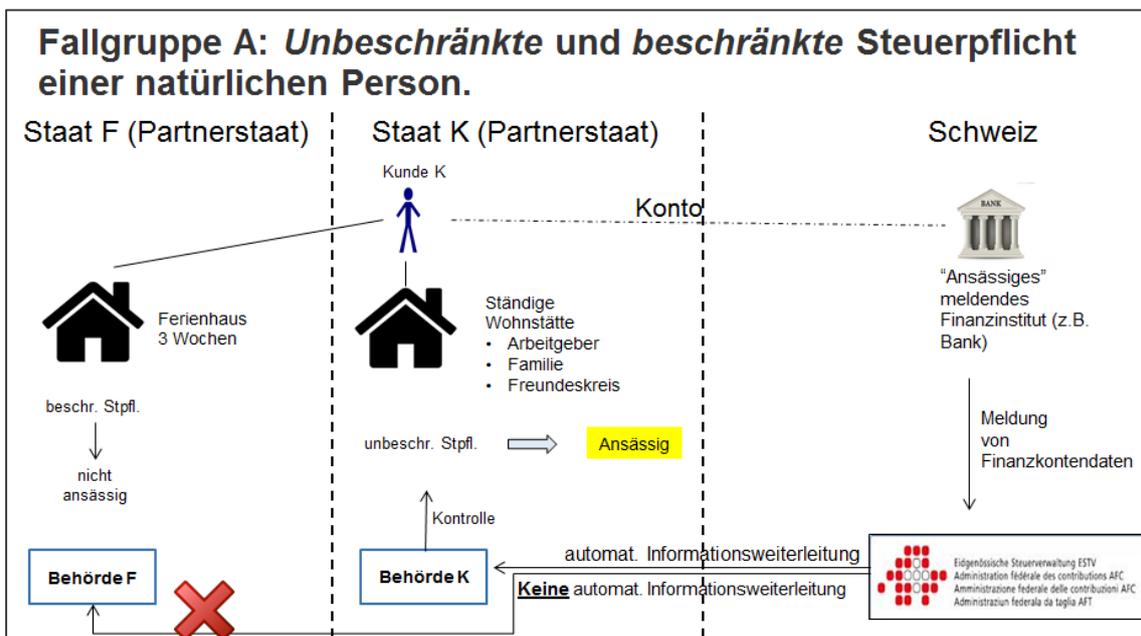
¹⁶ OECD, Implementation Handbook, Rz. 37; ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 65; LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 11. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 26 FATCA-Abkommen (SR 0.672.933.63) lautet nämlich wie folgt: «Der Ausdruck „US-Person“ bedeutet eine natürliche Person, die **Staatsbürger oder Staatsbürgerin** der Vereinigten Staaten oder dort ansässig ist [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

Tätigkeit und der damit verbundenen nötigen «Substanz»¹⁷ im Staat K ist die Aktiv AG im Staat K aufgrund dessen lokalen Steuerrechts unbeschränkt steuerpflichtig und damit im Staat K ansässig (resident). Damit gilt sie in der Terminologie des AIA-Regelwerkes, gleich wie die natürliche Person im vorangehenden Sachverhalt, als sog. «Person eines meldepflichtigen Staates», so dass in Zukunft im Rahmen des automatischen Informationsaustausches auch hier die Kontendaten dieses neu eröffneten Finanzkontos jährlich durch die schweizerische Bank der ESTV zwecks Weiterleitung an den Staat K gemeldet werden müssen.

cc) Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht einer natürlichen Person

Im vorliegenden Abschnitt sei anhand eines weiteren Sachverhalts kurz auf den Fall einer unbeschränkten in Kombination mit einer beschränkten Steuerpflicht für natürliche Personen eingegangen.

Sachverhalt 3



K arbeitet und wohnt mit seiner Familie im Staat K. Er ist infolgedessen gemäss lokalem Steuerrecht qua Wohnsitz unbeschränkt steuerpflichtig und damit gemäss dem Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard im Staat K

¹⁷ Zu diesem schillernden, untechnischen Begriff vgl. ZITTER/GENTSCH, FStR 2009, passim.

ansässig (resident). Gleichzeitig ist K Eigentümer eines Ferienhauses im Staat F, wo er zusammen mit seiner Familie rund drei Wochen pro Jahr seine Ferien verbringt. Das Grundeigentum im Staat F begründet gemäss dem lokalen Steuerrecht von Staat F eine beschränkte Steuerpflicht von K im Staat F. K eröffnet nun neu ein Konto bei einer schweizerischen Bank. Handelt es sich dabei um ein meldepflichtiges Konto und falls ja, in Bezug auf welche Staaten muss eine Meldung erfolgen?

Durch das Ferienhaus und die dadurch bewirkte bloss beschränkte Steuerpflicht im Staat F muss an diesen Staat mangels Ansässigkeit (Residency) von K im Staat F keine automatische Informationsweiterleitung an diesen Staat erfolgen. Es kann dazu auf den GMS-Kommentar verwiesen werden, der Folgendes festhält:

«Generally, an individual will be resident for tax purposes in a jurisdiction if, under the laws of that jurisdiction (including tax conventions), he pays or should be paying tax therein by reason of his domicile, residence or any other criterion of a similar nature, **and not only from sources in that jurisdiction.**» (Hervorhebung hinzugefügt).¹⁸

Der letzte, hervorgehobene Satzteil verweist klar auf die beschränkte Steuerpflicht, die eben keine Ansässigkeit (Residency oder Domicile¹⁹) begründet und damit bewirkt, dass der fragliche Sachverhalt für die automatische Informationsweiterleitung ausscheidet.

Was die Sorgfaltsprüfung der Bank im oben erwähnten Sachverhalt anbelangt, wird diese wohl wie folgt ablaufen:²⁰ Im Rahmen der Kontoeröffnung wird die schweizerische Bank bei K eine sog. Selbstauskunft²¹ einholen. Hierbei wird K sowohl als Wohnadresse als auch in der Rubrik «Staat oder Staaten der steuerlichen Ansässigkeit» den Staat K angeben. Diese Angabe ist letztlich auch korrekt, da wie gesagt nur im Staat K, nicht aber im Staat F eine unbeschränkte Steuerpflicht und damit eine Ansässigkeit (Resi-

¹⁸ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 4. Der Wortlaut ist offensichtlich angelehnt an Art. 4 Abs. 1 OECD-MA.

¹⁹ LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 112 machen einen Unterschied zwischen Residence (Aufenthalt) und Domicile (Wohnsitz).

²⁰ Betreffend die Sorgfaltsprüfung bei der Eröffnung von Neukonten, wie sie im Sachverhalt gegeben ist vgl. GMS, BBl 2015, S. 5542, Abschnitt IV. Vgl. ferner allgemein die übersichtliche Darstellung zur Sorgfaltsprüfung bei ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 62 ff. Vgl. auch WEBER/KING/ROHRER, EF 2015, S. 703; WEBER/KING, ST 2015, S. 319 sowie SCHMIDT/RUCKES, IStR 2014, S. 657 f.

²¹ Vgl. dazu OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 7 ff.

gency) besteht. Die schweizerische Bank ihrerseits hat im Rahmen der Plausibilitätsprüfung, des sog. Reasonableness Tests,²² im vorliegenden Fall keinen Anlass, an der Selbstauskunft von K zu zweifeln.²³

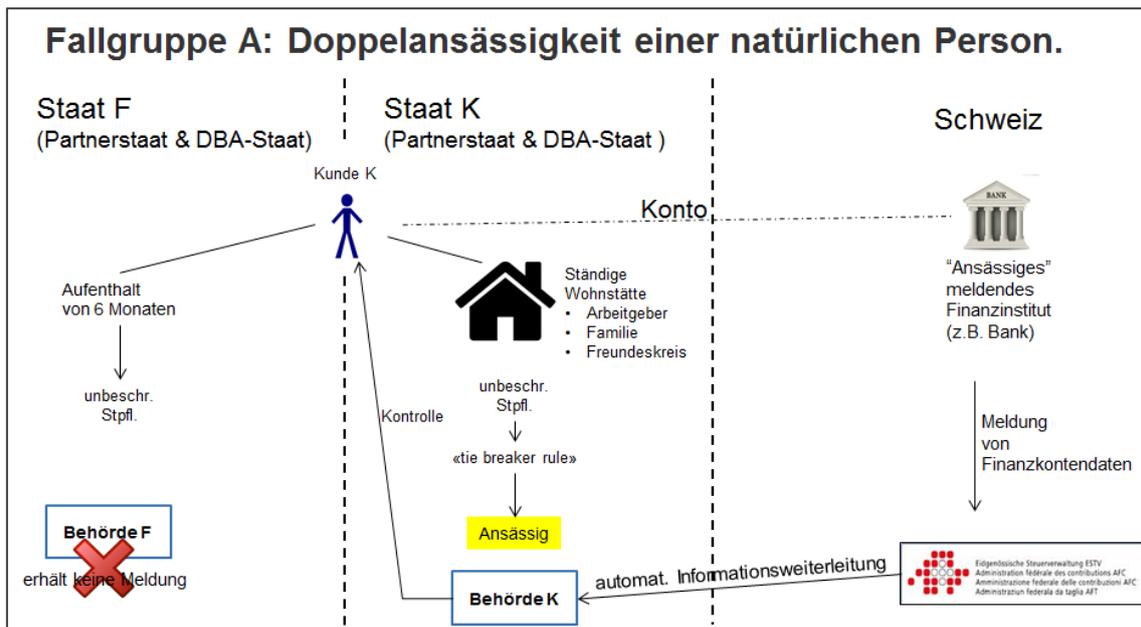
dd) Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht einer juristischen Person

Diese Fallkonstellation betrifft beispielsweise eine juristische Person, die in einem anderen Partnerstaat eine beschränkt steuerpflichtige Betriebsstätte unterhält. Da diese Thematik eng mit den bei Fallgruppe C diskutierten Fragen zusammenhängt, sei sie im entsprechenden Sachzusammenhang in Abschnitt II.3.d.3. hienach diskutiert.

ee) Doppelansässigkeit (konkurrierende unbeschränkte Steuerpflichten) einer natürlichen Person

Die Doppelansässigkeit einer natürlichen Person sei an folgendem Beispiel erläutert.

Sachverhalt 4



²² Vgl. dazu OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 22 ff., insb. auch die Beispiele in Rz. 24.

²³ Vgl. auch OECD, Implementation Handbook, Rz. 140. Das OECD Implementation Handbook hält in Rz. 141 zudem Folgendes fest: «Participating Jurisdictions are expected to provide information to assist taxpayers to determine their residence(s) for tax purposes. The OECD will endeavor to facilitate the dissemination of such information.» Für ein Beispiel einer Inkonsistenz vgl. STOJANOVIC, ST 2015, S. 513 f.

K hat seinen Wohnsitz im Staat K. Er ist hier Eigentümer eines Einfamilienhauses, hat also – in der international-steuerrechtlichen Terminologie – eine sog. ständige Wohnstätte.²⁴ Familie, Freundeskreis und Arbeitgeber von K befinden sich ebenfalls im Staat K. Bankkunde K ist somit aufgrund des lokalen Steuerrechts im Staat K unbeschränkt steuerpflichtig. Während eines Sabbaticals hält sich K für rund sechs Monate im Staat F auf. Aufgrund des lokalen Steuerrechts wird K ebenfalls im Staat F unbeschränkt steuerpflichtig. Es liegt also im Gegensatz zum vorangehenden Beispiel nicht eine unbeschränkte in Kombination mit einer beschränkten Steuerpflicht vor, sondern es besteht in beiden Staaten je eine unbeschränkte Steuerpflicht. Diese Konstellation ist im internationalen Steuerrecht recht häufig, und es ist denn auch nicht überraschend, dass der Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard diesbezüglich auf die allgemeinen international-steuerlichen Grundsätze, konkret auf die sog. Tie-breaker-Regelung von Art. 4 Abs. 2 des OECD-Musterabkommens verweist.²⁵

Die soeben genannte Bestimmung sieht für derartige Doppelansässigkeitsfälle mit Bezug auf Einkommens- und Vermögenssteuern bekanntlich das folgende kaskadenartige Prüfprogramm vor:

1. Ständige Wohnstätte
2. Mittelpunkt der Lebensinteressen
3. Gewöhnlicher Aufenthalt
4. Staatsangehörigkeit
5. Verständigungsverfahren

Besteht in einem Staat eine ständige Wohnstätte und im andern nicht, hat derjenige Staat mit der ständigen Wohnstätte den Vorrang, gilt also dieser als sog. Ansässigkeitsstaat. Bestehen in beiden Staaten ständige Wohnstätten, ist kaskadenartig das nächste Kriterium heranzuziehen und zu prüfen, in welchem der beiden Staaten sich der sog. «Mittelpunkt der Lebensinteressen» befindet. Diese Prüfung wird fortgesetzt, bis im (eher unwahrscheinli-

²⁴ Zu diesem Begriff vgl. Kommentar zum OECD-Musterabkommen, Art. 4 OECD-MA, Rz. 13 sowie BSK Internat. Steuerrecht-ZWEIFEL/HUNZIKER, Art. 4 OECD-MA N 105 ff.

²⁵ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 4. Vgl. auch WEBER/RÜEGGER/KING, ST 2014, S. 1172.

chen) Extremfall ein sog. Verständigungsverfahren²⁶ eingeleitet werden muss.

Sofern K im vorliegenden Sachverhalt im Staat F keine ständige Wohnstätte hat, sondern z.B. im Hotel wohnt, wird der Wohnsitzstaat K zum Ansässigkeitsstaat, weil dieser im Gegensatz zum Staat F das Kriterium «ständige Wohnstätte» erfüllt. Würde K – in Abweichung zum dargestellten Sachverhalt – im Staat F ebenfalls über eine «ständige Wohnstätte», z.B. eine Mietwohnung, verfügen, würde sich am Endergebnis freilich nichts ändern, weil aufgrund des nächstfolgenden Tie-breaker-Kriteriums der sog. «Mittelpunkt der Lebensinteressen» ebenfalls im Staat K anzunehmen ist. Hier befindet sich gemäss Sachverhalt bekanntlich K's Familie, Freundeskreis und Arbeitgeber, so dass anzunehmen ist, dass besagter Mittelpunkt der Lebensinteressen im Staat K liegt.

Welche Auswirkungen hat diese steuerliche Qualifikation auf die AIA-Meldepflichten wenn angenommen wird, dass K unter den gegebenen Umständen bei einer schweizerischen Bank neu ein Konto eröffnet. Im vorliegenden Sachverhalt wäre K aufgrund des oben Gesagten nur im Staat K ansässig²⁷ und deshalb nur mit Bezug auf Staat K eine «Person eines meldepflichtigen Staates». Es würde somit auch nur an die Behörde von Staat K eine automatische Informationsweiterleitung erfolgen, nicht aber an die zuständige Verwaltungsstelle von Staat F.

Auch hier wird die schweizerische Bank im Rahmen der Kontoeröffnung bei K eine sog. Selbstauskunft einholen. K seinerseits wird sowohl als Wohnadresse als auch in der Rubrik «Staat oder Staaten der steuerlichen Ansässigkeit» den Staat K angeben. Diese Angabe ist denn auch korrekt, da aufgrund des anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens – Stichwort: Tie-breaker-Regelung – nur im Staat K, nicht aber im Staat F die steuerliche Ansässigkeit gegeben ist. Und die schweizerische Bank ihrerseits hat im Rah-

²⁶ Vgl. zum Verständigungsverfahren Art. 25 OECD-MA sowie LOCHER, Einführung, S. 535 ff.

²⁷ Terminologisch ist es richtig und wichtig, dass man jeweils von «Ansässigkeit» und nicht bloss von «unbeschränkter Steuerpflicht» spricht. Denn die Tie-breaker-Regeln heben je nach vertretener Ansicht die unbeschränkte Steuerpflicht unter dem lokalen Steuerrecht des Quellenstaates nicht auf, sondern verneinen diesbezüglich nur die abkommensrechtliche Ansässigkeit (so z.B. LANG, Introduction, S. 71). In der Schweiz ist die Frage freilich umstritten (vgl. dazu die Nachweise bei SIMONEK, nachrangige Ansässigkeit, S. 296 ff.).

men der Plausibilitätsprüfung erneut keinen Anlass, an der Selbstauskunft von K zu zweifeln.²⁸

Anders wäre es nur, wenn zwischen Staat F und Staat K in Abweichung zum Grundsachverhalt kein Doppelbesteuerungsabkommen und damit keine Tie-breaker-Regelung zur Anwendung käme. Dann würde nämlich die aufgrund des lokalen Steuerrechts gegebene unbeschränkte Steuerpflicht von Staat F nicht durch ein Doppelbesteuerungsabkommen eingeschränkt. K müsste als Folge davon im Rahmen der Selbstauskunft bei Kontoeröffnung als Wohnadresse zwar immer noch Staat K angeben, in der Rubrik «Staat oder Staaten der steuerlichen Ansässigkeit» aber neben Staat K wohl auch Staat F nennen.²⁹ Folge davon wäre, dass bei dieser Sachverhaltsvariante und anders als im Grundsachverhalt die Information betreffend das Neukonto zukünftig auch an die zuständige Behörde von Staat F und nicht nur an diejenige von Staat K automatisch weitergeleitet werden müsste.

ff) Doppelansässigkeit (konkurrierende unbeschränkte Steuerpflichten) einer juristischen Person

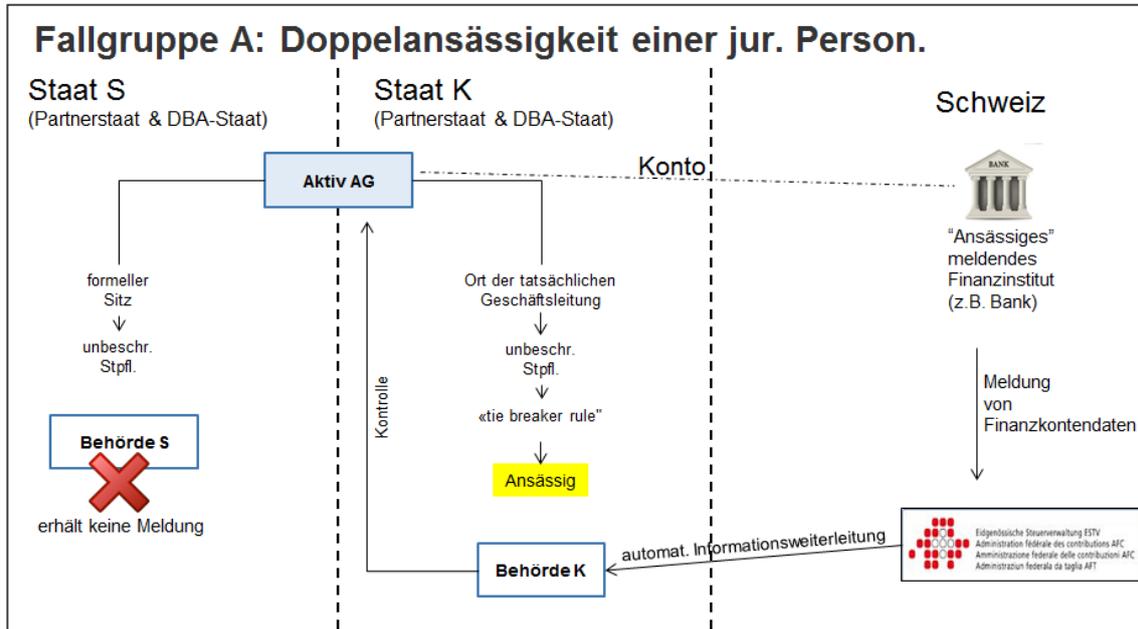
Im Folgenden sei, ebenfalls anhand eines weiteren Sachverhaltes, die Doppelansässigkeit einer juristischen Person, also eines sog. Rechtsträgers (Entity) gemäss AIA-Regelwerk, geprüft.³⁰

²⁸ Zudem wird im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 23 sowieso Folgendes festgehalten: «Reporting Financial Institutions are not expected to carry out an independent legal analysis of relevant tax laws to confirm the reasonableness of a self-certification.»

²⁹ Vgl. dazu OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt I Rz. 6: «In the case of a Reportable Person that is identified as having more than one jurisdiction of residence, the jurisdictions of residence to be reported are all the jurisdictions of residence identified by the Reporting Financial Institution for the Reportable Person [...]» Vgl. auch LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 112.

³⁰ Dabei bedeutet der Ausdruck Rechtsträger nach dem Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard – wie weiter oben bereits erwähnt – «eine juristische Person oder ein Rechtsgebilde wie zum Beispiel eine Kapitalgesellschaft, eine Personengesellschaft, einen Trust oder eine Stiftung» [GMS, BBl 2015, S. 5563, Abschnitt VIII (E)(3)]. Vgl. dazu auch ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 59.

Sachverhalt 5



Die Aktiv AG ist neu Kontoinhaberin gegenüber einer schweizerischen Bank. Die Aktiv AG ist im Staat S aufgrund ihres dortigen formellen Sitzes nach Massgabe des lokalen Steuerrechts unbeschränkt steuerpflichtig. Da sich im Staat S nur ihr formeller Sitz befindet, die tatsächliche Geschäftsleitung indes im Staat K vonstattengeht, ist die Aktiv AG ebenfalls im Staat K unbeschränkt steuerpflichtig, und zwar aufgrund dessen lokalen Steuerrechts. Es besteht infolgedessen in beiden Staaten eine unbeschränkte Steuerpflicht, so dass ein Fall sog. Doppelansässigkeit vorliegt. Ferner wird angenommen, dass zwischen den Staaten S und K ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, das dem OECD-Musterabkommen folgt.

Im Moment sieht der einschlägige Art. 4 Abs. 3 OECD-MA noch explizit vor, dass bei juristischen Personen im Falle einer Doppelansässigkeit, also einer Konkurrenz von «formellem Sitz» und «tatsächlicher Geschäftsleitung», letztere den Vorrang hat.³¹

³¹ Die diesbezüglich im Zuge des sog. BEPS-Projektes geplanten Änderungen von Art. 4 Abs. 3 OECD-MA, seien hier vernachlässigt, zumal gegenwärtig noch unklar ist, ob und allenfalls wie die neue Regelung in Zukunft auf den AIA ausstrahlen würde. Zu diesen Änderungen vgl. OECD, Action 6, 2015 Final Report, S. 72 ff. sowie die Würdigung bei BRÄUMANN/TUMPEL, Dual Resident Companies, S. 305 ff.

Im vorliegenden Sachverhalt hätte die Aktiv AG ihre Ansässigkeit im Sinne des OECD-Musterabkommens resp. des AIA-Regelwerkes³² demzufolge im Staat K, wo sich ihr «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» befindet.

Konkret würde die Aktiv AG somit bei der Kontoeröffnung im Rahmen der Selbstauskunft sowohl als «Adresse» als auch als «Staat der Ansässigkeit» den Staat K angeben und die schweizerische Bank hätte im Rahmen der Plausibilitätsprüfung³³ erneut keinen Grund, an den Angaben zu zweifeln, zumal im Kommentar zum gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard klar Folgendes festgehalten wird:

«Reporting Financial Institutions are not expected to carry out an independent legal analysis of relevant tax laws to confirm the reasonableness of a self-certification.»³⁴

Entsprechend würde im hier interessierenden Sachverhalt die fragliche Kontoinformation betreffend Neukonto der Aktiv AG im Rahmen des automatischen Informationsaustausches auch nur an Staat K weitergeleitet.

Anders wäre es bloss, wenn zwischen den Staaten S und K kein Doppelbesteuerungsabkommen bestehen würde. Dann müsste an beide Staaten, also an Staat S und Staat K, eine automatische Informationsweiterleitung erfolgen. Entsprechend hätte die Aktiv AG bei der Kontoeröffnung im Rahmen der Selbstauskunft in der Rubrik «Staaten der Ansässigkeit» beide Staaten, also K und S, aufzuführen.³⁵

c) Fallkategorie B: Nachlass eines ehemals ansässigen Erblassers

Bei dieser Fallkategorie ist das Prinzip grundsätzlich analog wie bei den bisher besprochenen Ansässigkeitsfällen *natürlicher Personen*, nur eben bezogen auf einen Erblasser/eine Erblasserin. Es sei deshalb sinngemäss auf die Ausführungen in Abschnitt II.3.b. hievore verwiesen.

³² Vgl. den Hinweis auf die Tie-breaker-Regeln im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VI Rz. 7.

³³ Vgl. zu dieser auch OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VI Rz. 12 ff., inkl. Beispiele in Rz. 14.

³⁴ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VI Rz. 13.

³⁵ Vgl. dazu LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 112: «Ist eine meldepflichtige Person in mehr als einem Staat ansässig, so sind die Informationen an sämtliche Ansässigkeitsstaaten zu senden.»

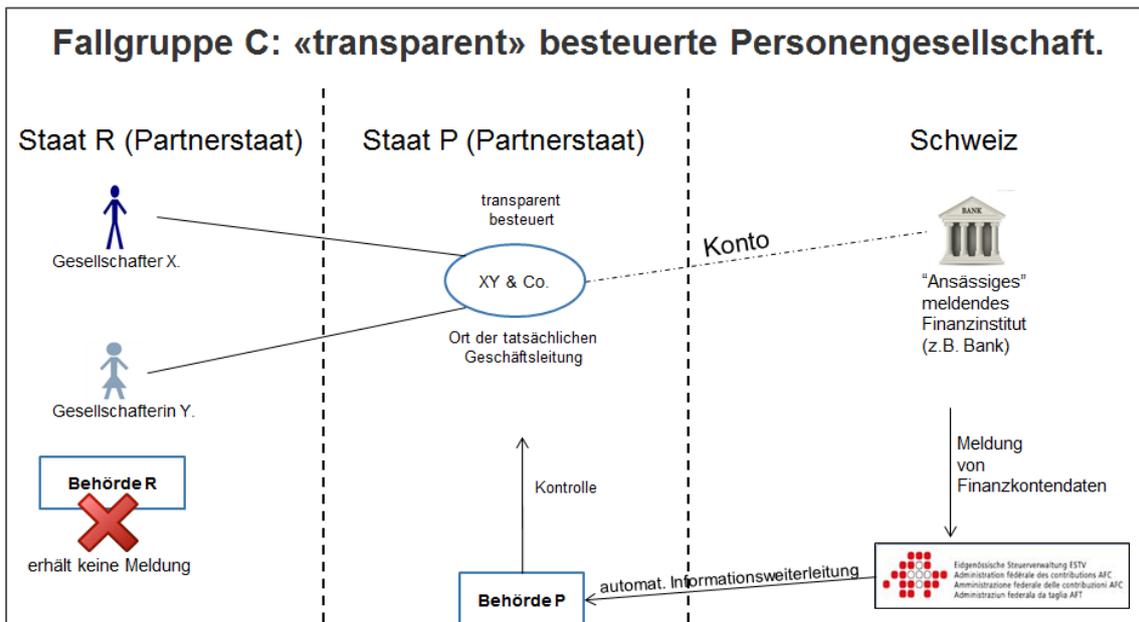
d) Fallkategorie C: Nicht ansässige Rechtsträger

aa) Einleitung

Die sog. nicht ansässigen Rechtsträger, worunter gemäss dem Gemeinsamen Meldestandard z.B. transparent besteuerte Personengesellschaften³⁶ oder Limited Liability Partnerships³⁷ gehören, sind dann «Personen eines meldepflichtigen Staates», wenn der «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» im meldepflichtigen Staat gegeben ist. Es sei exemplifikativ auf nachfolgendes Fallbeispiel mit einer Personengesellschaft verwiesen. Daran anschliessend sei ebenfalls kurz diskutiert, ob auch eine Zweigniederlassung unter diese Kategorie zu subsumieren ist.

bb) Personengesellschaft

Sachverhalt 6



³⁶ Falls eine Personengesellschaft aufgrund des lokalen Steuerrechts nicht transparent, sondern analog einer juristischen Person besteuert werden sollte, gilt sie im Staat, von dem sie besteuert wird, als AIA-ansässig (OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 107). Im oben erwähnten Sachverhalt 6 wäre dies somit auch Staat P.

³⁷ Diese Partnerschaft mit beschränkter Haftung gibt es im schweizerischen Recht (noch) nicht (vgl. zum Ganzen BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 30 sowie HÖSSL, Juristische Person, S. 178 f.).

Die Kollektivgesellschaft XY & Co. ist im Staat P tätig. Gesellschafter X. und Gesellschafterin Y. sind beide im teilnehmenden Staat R aufgrund des lokalen Rechts unbeschränkt steuerpflichtig und damit in R ansässig. Nach dem Steuerrecht von Staat P werden Personengesellschaften und damit auch die Kollektivgesellschaft XY & Co. transparent besteuert, so wie das beispielsweise gemäss Art. 10 DBG auch in der Schweiz der Fall wäre. Dies bedeutet, dass die Kollektivgesellschaft für ihren allfälligen Gewinn nicht selbst steuerpflichtig wird, also nicht selbst Steuersubjekt ist, sondern dass ein allfälliger Gewinn der XY & Co. letztlich den Gesellschaftern zugerechnet wird und diese dafür als Steuersubjekte der Einkommenssteuerpflicht unterliegen.

Die Besteuerung von Personengesellschaften ist eines der komplexesten Gebiete im internationalen Steuerrecht. Entsprechend hat die OECD im Jahre 1999 einen – allerdings in vielen Punkten sehr umstrittenen – Bericht dazu verfasst.³⁸

Das AIA-Regelwerk geht nun freilich etwas eigene Wege, indem es für transparent besteuerte Personengesellschaften selbst eine explizite Regelung normiert. Danach ist die Ansässigkeit für Zwecke des automatischen Informationsaustausches steuerlich transparenter Personengesellschaften – wie oben bereits erwähnt – am «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung»³⁹ anzunehmen.⁴⁰

Übertragen auf unseren Fall würde somit – bei Vorliegen auch aller anderen Voraussetzungen – eine automatische Informationsweiterleitung an die zuständige Behörde von Staat P, nicht aber an diejenige von Staat R erfolgen.

cc) Zweigniederlassung

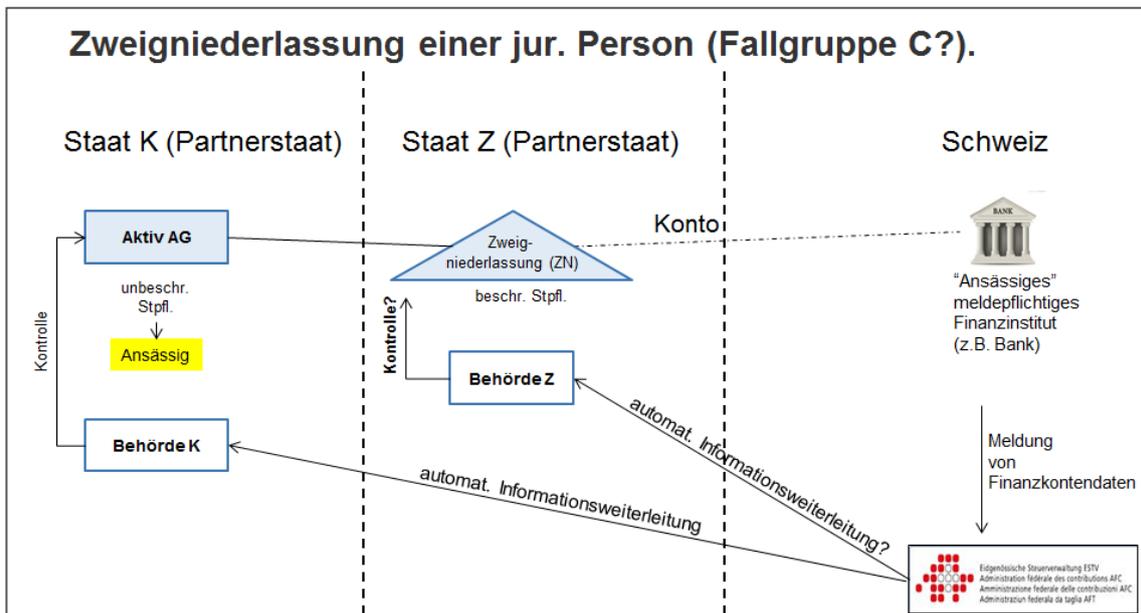
Nicht ganz klar und seitens des SIF meines Wissens noch nicht definitiv entschieden ist der Fall einer Zweigniederlassung. Ist dieser gleich wie derjenige einer Personengesellschaft zu behandeln oder nicht? Dazu folgender Sachverhalt:

³⁸ OECD, Issues in International Taxation No. 6, passim. Zur Kritik vgl. statt Vieler: LANG, Application, passim.

³⁹ Zur Definition dieses Begriffs vgl. OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 109.

⁴⁰ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VI Rz. 10. Vgl. zum Ganzen auch den Hinweis im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 10.

Sachverhalt 7



Die Aktiv AG hat ihren Sitz im Staat K, wo sie auch operativ tätig ist. Sie ist infolgedessen aufgrund des internen Steuerrechts von Staat K unbeschränkt steuerpflichtig und damit im Staat K ansässig (resident). Die Aktiv AG unterhält im Partnerstaat Z eine Zweigniederlassung, wodurch sie im Staat Z aufgrund des lokalen Steuerrechts beschränkt steuerpflichtig wird. Die Zweigniederlassung Z eröffnet bei einer Schweizer Bank ein Konto. Muss dieses Neukonto bei Vorliegen sämtlicher übriger Voraussetzungen in Zukunft seitens der Bank der ESTV gemeldet werden?

Der Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard oder das OECD Implementation Handbook geben dazu leider keine explizite, klare Antwort. Zwar ist im Kommentar Folgendes zu lesen:

«However, the existence of a permanent establishment (including a branch) in a Reportable Jurisdiction (including an address of a permanent establishment) is not by itself an indication of residence for this purpose».

Damit aber wird bloss gesagt, dass eine Zweigniederlassung nicht als ansässig (resident) gilt. Es könnte nun aber durchaus sein, dass sie gleich wie eine transparente Personengesellschaft zu behandeln ist.⁴¹ Für diese gilt ja man-

⁴¹ Alleine aus der Tatsache, dass eine Betriebsstätte und damit auch eine Zweigniederlassung, anders als eine Personengesellschaft, gar keine Person i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 4 Abs. 1 OECD-MA ist (LANG, Introduction, S. 70), kann meines Erachtens

gels Ansässigkeit (Residency) ebenfalls ein Sonderregime, wozu auf die im vorangehenden Abschnitt gemachten Ausführungen verwiesen sei. Und der Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard⁴² spricht bekanntlich explizit von Partnerships, Limited Liability Partnerships oder «similar legal arrangements». Ist eine Zweigniederlassung demzufolge ein derartiges «similar legal arrangement»? Falls dem so wäre, müsste die Zweigniederlassung ebenfalls der Gruppe der «nicht ansässigen Rechtsträger» zugeordnet werden mit der Folge, dass an den Staat «der tatsächlichen Geschäftsleitung» – im vorliegenden Fall Staat Z – und allenfalls auch an den Staat des Hauptsitzes,⁴³ eine Meldung erfolgen müsste.

Dies würde an sich auch Sinn- und Zweck der AIA-Melderegeln entsprechen, weil man andernfalls plötzlich eine Lücke im System hätte. Denn sofern das neu eröffnete Konto direktsteuerlich der Zweigniederlassung als Betriebsstätte und nicht dem Hauptsitz im Staat K zuzurechnen ist, wäre es ebenfalls die Zweigniederlassung, welche die Zinseinnahmen im Staat Z versteuern müsste.⁴⁴ Damit wäre es auch sachgerecht, wenn der Staat Z auf-

noch nicht zwingend geschlossen werden, dass man Zweigniederlassungen mit Bezug auf die «AIA-Ansässigkeit» nicht gleich behandeln dürfte wie Personengesellschaften. Das Personenkriterium wird ja denn auch in der Literatur mitunter etwas relativiert, so wenn LOCHER schreibt: «Bei Personengesellschaften [...] kommt es für die DBA-Berechtigung weniger auf die Eigenschaft als „Person“ an, als vielmehr darauf, ob Personengesellschaften [...] als „in einem VSt ansässige Personen“ angesehen werden können.» (LOCHER, Einführung, S. 148). Zudem weicht die AIA-Ansässigkeit ja auch andernorts von der traditionell international-steuerrechtlichen Ansässigkeit ab, so dass auch hier ein Abweichen vom Personenerfordernis für die Annahme einer AIA-Ansässigkeit von Zweigniederlassungen noch nicht a priori ausgeschlossen wäre.

⁴² OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VI Rz. 10.

⁴³ Ob man zusätzlich auch an den Staat des Hauptsitzes/Stammhauses eine Meldung machen sollte, hängt wohl von folgender Überlegung ab: Wenn man vom Sinn und Zweck der Regelung ausgeht (siehe sogleich im Text), dürfte die automatische Informationsweiterleitung bei Betriebsstätten wohl nicht von einer – trotz vieler OECD-Seiten zu diesem Thema – oft unberechenbaren Ertrags-/Aufwandzuweisung an das Stammhaus oder die Betriebsstätte abhängen und es wäre in diesen Fällen wohl an den Betriebsstätte- und den Stammhausstaat eine automatische Informationsweiterleitung zu machen. Allerdings würde man dadurch eine Diskrepanz zu den Personengesellschaften schaffen, bei denen gemäss der hier präsentierten Lösung an den Ansässigkeitsstaat der Gesellschafter keine Informationsweiterleitung erfolgt.

⁴⁴ Betreffend der Zurechnung von Aufwänden/Erträgen zum Stammhaus oder zur Betriebsstätte vgl. BSK Internat. Steuerrecht-BRÜLISAUER, Art. 7 OECD-MA N 437; FROTSCHER, Internationales Steuerrecht, Rz. 485 f.; SASSEVILLE, Commentaire, Art. 7 OECD-

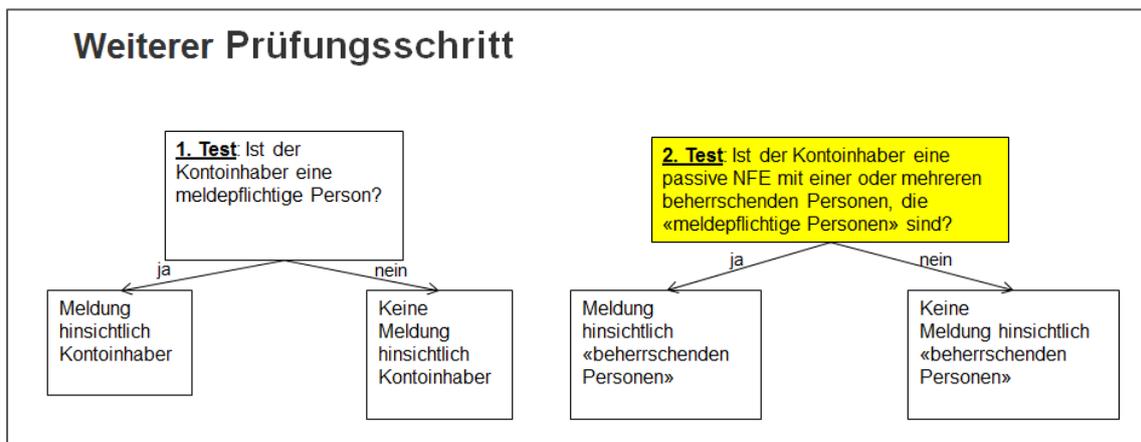
grund einer Meldung die korrekte Versteuerung der Zinseinnahmen bei der Zweigniederlassung überprüfen könnte.

e) Weitere Fallkategorie: Passive Non Financial Entities (passive NFEs)

Vorne in Abschnitt II.1. wurde auf das Prüfprogramm gemäss OECD Implementation Handbook hingewiesen. Je nach Konstellation ist nun aber noch eine weitere Prüfung vorzunehmen.⁴⁵ Konkret geht es um die Problematik im Zusammenhang mit sog. passiven Non Financial Entities (passive NFEs).

Im Rahmen der hier interessierenden Ansässigkeitsprüfung ist nämlich jeweils auch noch zu klären, ob ein Kontoinhaber/eine Kontoinhaberin eine sog. passive NFE ist, die von einer oder mehreren Personen beherrscht wird,⁴⁶ die ihrerseits Personen eines meldepflichtigen Staates sind.

Graphisch dargestellt ist dieser Prüfungsschritt (siehe das dunkel unterlegte Rechteck) wie folgt in das Prüfschema gemäss OECD Implementation Handbook einzupassen:⁴⁷



MA N 44 ff. sowie KAESER, Kommentar Doppelbesteuerung, N 490 zu Art. 7 OECD-MA.

⁴⁵ Vgl. GMS, BBl 2015, S. 5543, Abschnitt V (D)(2) und GMS, BBl 2015, S. 5545, Abschnitt VI (A)(2).

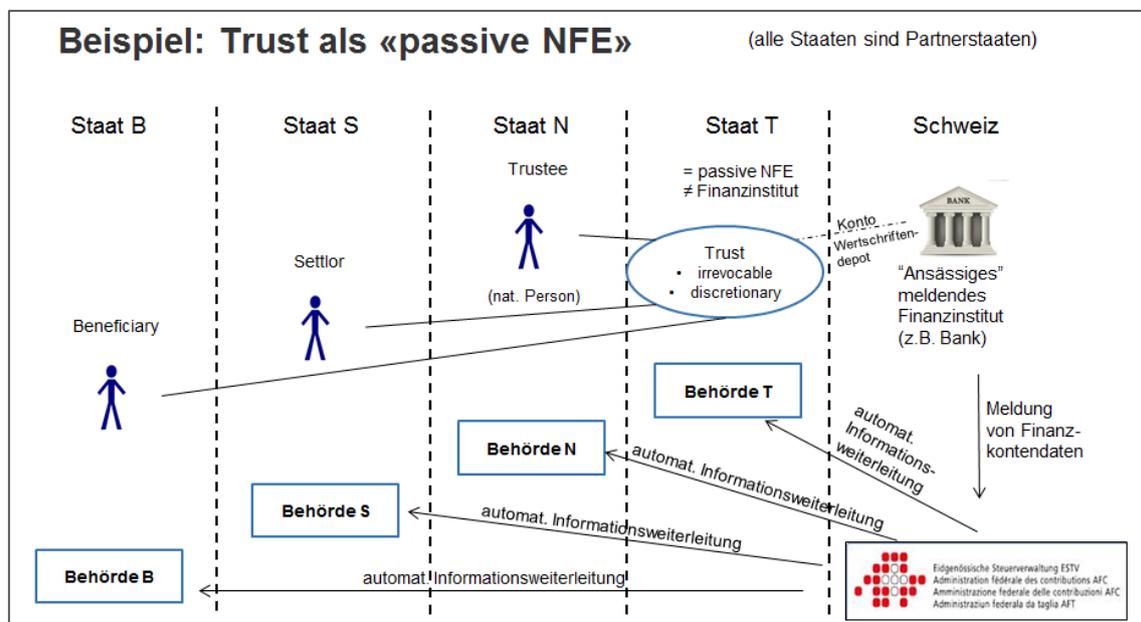
⁴⁶ Zur breiten Definition der beherrschenden Personen vgl. GMS, BBl 2015, S. 5560, Abschnitt VIII (D)(6).

⁴⁷ Vgl. zur passiven NFE das OECD Implementation Handbook, Rz. 101 ff.

Was ist der Hintergrund dieser Fragestellung? Der automatische Informationsaustausch resp. dessen Wirkungsweise soll nicht durch das Dazwischenschalten von juristischen Personen oder anderen Rechtsgebilden ausgehebelt werden können.⁴⁸ Um dies zu vermeiden, ist bei gewissen Fallkonstellationen somit auf die hinter einer bestimmten Struktur stehenden Personen zurückzugreifen.

Das soeben beschriebene Aushebelungsrisiko besteht nicht zuletzt bei Trust-Strukturen (und verwandten Rechtsgebilden), weshalb denn das AIA-Regelwerk der OECD,⁴⁹ wie auch das schweizerische AIA-Gesetz⁵⁰ verschiedene Sonderbestimmungen zur Behandlung von Trusts enthalten. Diese seien anhand des folgenden Beispiels ebenfalls kurz beleuchtet.⁵¹

Sachverhalt 8



⁴⁸ Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5472 und S. 5478 sowie OECD, Kommentar MCAA&CRS, Introduction, Rz. 9. Diese Aushebelungsmöglichkeit war eine der Schwächen der EU-Zinsrichtlinie resp. des EU-Zinsbesteuerungsabkommens (BIRRI/ZÜND, EF 2015, S. 636; SOMARE/WÖHRER, Intertax 2015, S. 805).

⁴⁹ Vgl. bspw. das OECD Implementation Handbook, Rz. 195 ff. mit den jeweiligen Verweisen auf den GMS und den Kommentar zum GMS.

⁵⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 9, Art. 5 Abs. 4, Art. 9 Abs. 2 und Art. 17 AIAG.

⁵¹ Vgl. auch das Beispiel im OECD Implementation Handbook, Rz. 238 resp. dasjenige bei BIRRI/ZÜND, EF 2015, S. 638.

Im Staat T wurde ein sog. irrevocable, discretionary Trust errichtet.⁵² Der Trustee, eine natürliche Person ist im Staat N ansässig, der Settlor im Staat S und der Beneficiary im Staat B. Bei sämtlichen Staaten handelt es sich um AIA-Partnerstaaten. Der Trust eröffnet bei einer Schweizer Bank ein Konto resp. Wertschriftendepot. Der Trust in unserem Beispiel gilt als sog. passive Non Financial Entity, abgekürzt passive NFE. Eine derartige passive NFE kann gemäss Botschaft zum AIA-Gesetz vereinfacht umschrieben werden als Rechtsträgerin, die «kein Finanzinstitut ist und kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt».⁵³

Gemäss Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard und nach Massgabe des OECD Implementation Handbook ist bei dieser Fallkonstellation nicht der Trust oder genauer der Trustee, sondern die schweizerische Bank meldendes Finanzinstitut.⁵⁴ Letztere hat somit die Finanzkontendaten der ESTV zu melden,⁵⁵ welche ihrerseits an sämtliche der involvierten Staaten eine automatische Informationsweiterleitung machen muss.⁵⁶

Beim Beneficiary gilt dabei noch folgende Besonderheit. Der Ansässigkeitsstaat des meldenden Finanzinstituts kann gemäss Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard⁵⁷ in seinem internen Recht die Regelung einführen, dass eine Meldung an die Behörde des Ansässigkeitsstaates des Beneficiary nur dann erfolgt, wenn auch effektiv eine Ausschüttung an den Beneficiary vorgenommen wird.⁵⁸ Die Schweiz hat eine derartige Regelung bspw. in Art. 9 Abs. 2 AIAG eingeführt.⁵⁹

⁵² Zur Umschreibung des irrevocable discretionary Trusts vgl. Kreisschreiben Nr. 20 der ESTV vom 27. März 2008 = Kreisschreiben Nr. 30 der SSK vom 22. August 2007, Ziff. 3.7.3 sowie AMONN, ASA 76, S. 497.

⁵³ Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5477. Ebenso ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 63 und SCHMIDT/RUCKES, IStR 2014, S. 658.

⁵⁴ Vgl. OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 22, Beispiel 5; OECD, Implementation Handbook, Rz. 223 ff.

⁵⁵ Zum Umfang der Meldung vgl. das OECD Implementation Handbook, Rz. 237.

⁵⁶ Vgl. dazu auch ROHNER/SCHÄRER, EF 2015, S. 714.

⁵⁷ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 134. Vgl. auch OECD, Implementation Handbook, Rz. 16.

⁵⁸ OECD, Implementation Handbook, Rz. 229.

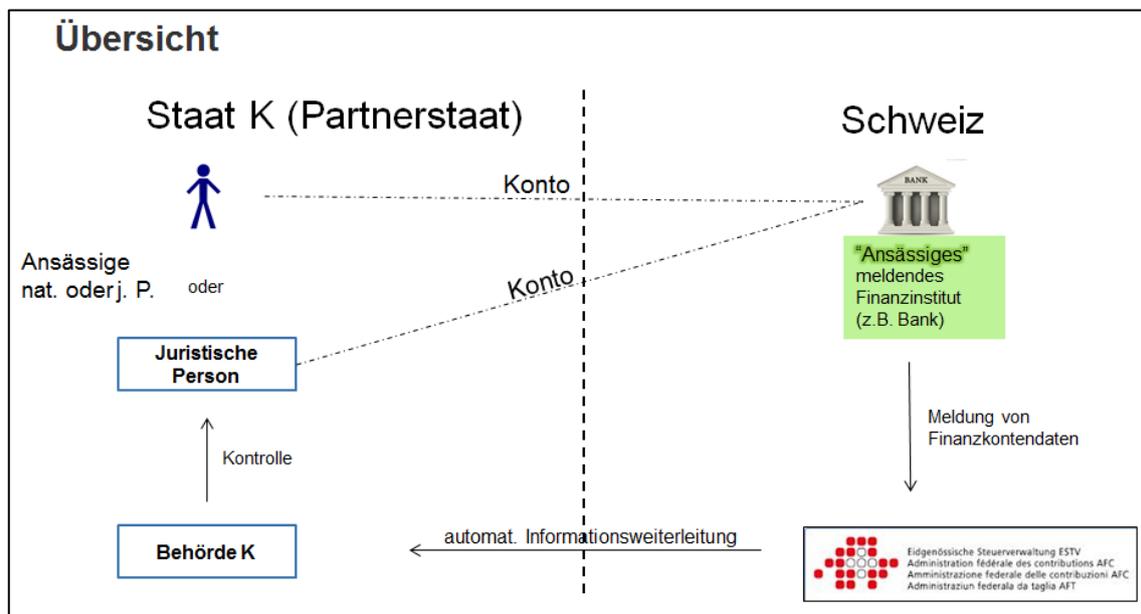
⁵⁹ Vgl. dazu auch die Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5494 sowie die Ausführungen im Beispiel bei BIRRI/ZÜND, EF 2015, S. 638.

Im vorliegenden Beispiel müsste also unter diesen Voraussetzungen – d.h. wenn auch an den Beneficiary eine Ausschüttung erfolgt – an sämtliche involvierte Staaten eine automatische Informationsweiterleitung erfolgen.

III. Die AIA-Ansässigkeit von Finanzinstituten

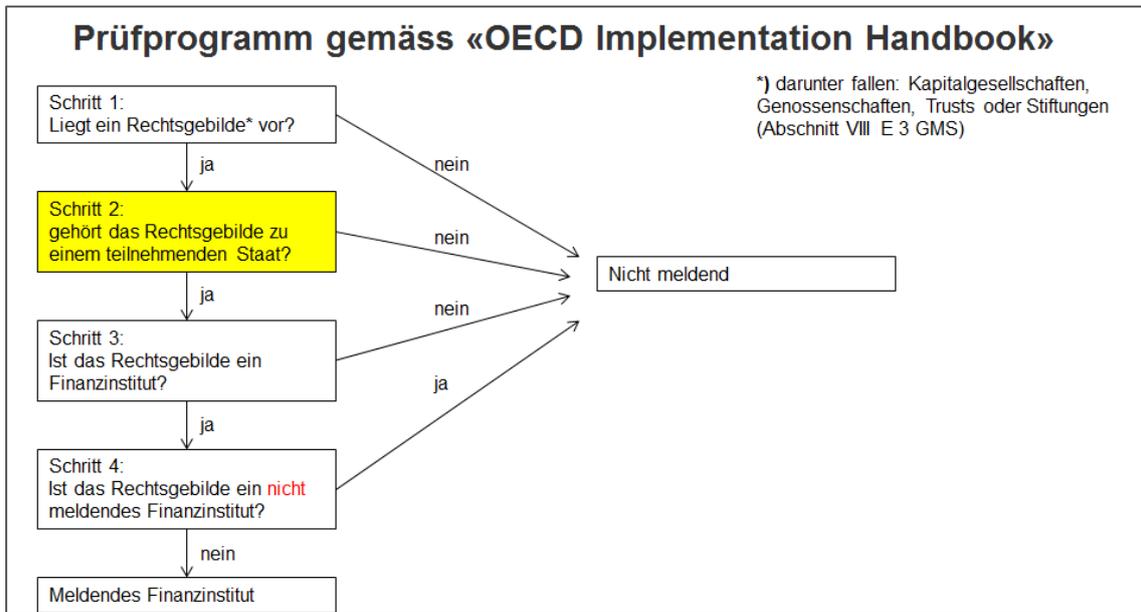
1. Einleitung

Nach der Problematik der Ansässigkeit von Kontoinhabern/-innen resp. der Frage nach dem Vorliegen einer «Person eines meldepflichtigen Staates» sei im vorliegenden Kapitel die Thematik der Ansässigkeit von *Finanzinstituten* betrachtet. Graphisch eingeordnet geht es um den auf der Skizze dunkel unterlegten Bereich.



Wenn man sich auch in diesem Zusammenhang erneut das Prüfprogramm des OECD Implementation Handbook vor Augen hält,⁶⁰ sieht man, dass es sich bei der hier interessierenden Fragestellung ebenfalls nur um einen einzelnen Baustein im ganzen Meldegebäude handelt. Der im vorliegenden Abschnitt interessierende Schritt ist in der nachfolgenden Skizze wiederum dunkel markiert.

⁶⁰ OECD, Implementation Handbook, Rz. 78.



2. «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates»

Betrachtet man das AIA-Regelwerk, werden insgesamt vier Kategorien von «Finanzinstituten eines teilnehmenden Staates» unterschieden.⁶¹ Es handelt sich dabei um

- A) ansässige Finanzinstitute;
- B) nicht-ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts);
- C) mehrfach ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts), und schliesslich um
- D) Trusts.

Was die massgebenden rechtlichen Grundlagen für den hier interessierenden Bereich angeht, bedeutet gemäss GMS, Abschnitt VIII (A)(2)⁶² der «Ausdruck „Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates“ [...] (i) ein in einem teilnehmenden Staat ansässiges Finanzinstitut, jedoch nicht Zweigniederlassungen dieses Finanzinstituts, die sich ausserhalb dieses teilnehmenden Staates befinden, oder (ii) eine Zweigniederlassung eines nicht in einem teilnehmenden Staat ansässigen Finanzinstituts, wenn diese sich in diesem teilnehmenden Staat befindet».

⁶¹ Vgl. dazu etwa den Raster, der im OECD Implementation Handbook, Rz. 82 wiedergegeben ist. Vgl. auch Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5490.

⁶² Vgl. auch Multilaterale Vereinbarung, BBl 2015, S. 5528 f., Abschnitt I (1)(c) sowie die Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5481.

Dieser Begriff wird dann im GMS-Kommentar noch weiter erläutert und um die oben erwähnten Fallgruppen B bis D angereichert.⁶³ Art. 5 AIAG schliesslich umschreibt die Ansässigkeit von Finanzinstituten in der Schweiz.

Die ansässigen Finanzinstitute der oben erwähnten *Kategorie A* gelten dann als «Finanzinstitute eines teilnehmenden Staates», wenn die Steuerpflicht gemäss dem jeweiligen lokalen Steuerrecht eines teilnehmenden Staates gegeben ist.⁶⁴ Betreffend die Frage, ob damit die unbeschränkte oder die beschränkte Steuerpflicht gemeint ist, sei auf Abschnitt III.3.b. hienach verwiesen.

Die nicht-ansässigen Finanzinstitute von *Fallkategorie B*, also z.B. die transparent besteuerten Personengesellschaften und Limited Liability Partnerships wiederum gehören dann zu den «Finanzinstituten eines teilnehmenden Staates», wenn alternativ

- der Ort der Eintragung;
- der Ort der Geschäftsleitung resp. tatsächlichen Verwaltung; oder
- der Ort der Unterstellung unter die Finanzaufsicht

in einem teilnehmenden Staat liegt.⁶⁵

Bei den mehrfach ansässigen Finanzinstituten gemäss *Fallgruppe C* muss der «Ort der Führung der Finanzkonten» in einem teilnehmenden Staat gegeben sein, damit diese als «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates» gelten.⁶⁶

Schliesslich sind Trusts gemäss der obigen *Fallkategorie D* «Finanzinstitute eines teilnehmenden Staates», falls der Ort der Ansässigkeit eines oder mehrerer *Trustees* in einem teilnehmenden Staat gegeben ist (ausser die fraglichen Finanzkontendaten werden anderweitig gemeldet, weil der Trust nicht im Staat des Trustees als ansässig gilt).⁶⁷

⁶³ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4 ff. Vgl. ebenfalls OECD, Implementation Handbook, Rz. 82.

⁶⁴ GMS, BBl 2015, S. 5548, Abschnitt VIII (A)(2); OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4; für die Schweiz vgl. Art. 5 Abs. 1 und 5 AIAG.

⁶⁵ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4; für die Schweiz vgl. Art. 5 Abs. 2 AIAG.

⁶⁶ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4; für die Schweiz vgl. Art. 5 Abs. 3 AIAG.

⁶⁷ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4; für die Schweiz vgl. Art. 5 Abs. 4 AIAG.

Zusammenfassend ergibt sich somit folgender Raster:

Fall	Finanzinstitute (z.B. Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, Trusts, Stiftungen)	«Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates», <u>falls:</u>	Rechtsgrundlagen
A	Ansässige Finanzinstitute, <ul style="list-style-type: none"> • jedoch ohne ausländische Zweigniederlassungen aber • inkl. schweizerischer Zweigniederlassungen von im Ausland ansässigen Finanzinstituten. 	Steuerpflicht gemäss dem lokalen Recht eines teilnehmenden Staates gegeben ist.	Art. 5 Abs. 1 und 5 AIAG; GMS, Absch. VIII A. 2; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 3 f.
B	Nicht-ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts) (z.B. transparent besteuerte Personengesellschaften, Limited Liability Partnerships)	<ul style="list-style-type: none"> • der Ort der Eintragung • der Ort der Geschäftsleitung resp. tatsächlichen Verwaltung • der Ort der Unterstellung unter die Finanzaufsicht in einem teilnehmenden Staat gegeben ist.	Art. 5 Abs. 2 AIAG; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 4.
C	Mehrfach ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts)	der «Ort der Führung der Finanzkonten» in einem teilnehmenden Staat gegeben ist.	Art. 5 Abs. 3 AIAG; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 5.
D	Trusts	der Ort der Ansässigkeit eines oder mehrerer Trustees in einem teilnehmenden Staat gegeben ist (ausser die fraglichen Finanzkontendaten werden anderweitig gemeldet, weil der Trust nicht im Staat des Trustees als ansässig gilt).	Art. 5 Abs. 4 AIAG; OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Absch. VIII Rz. 4.

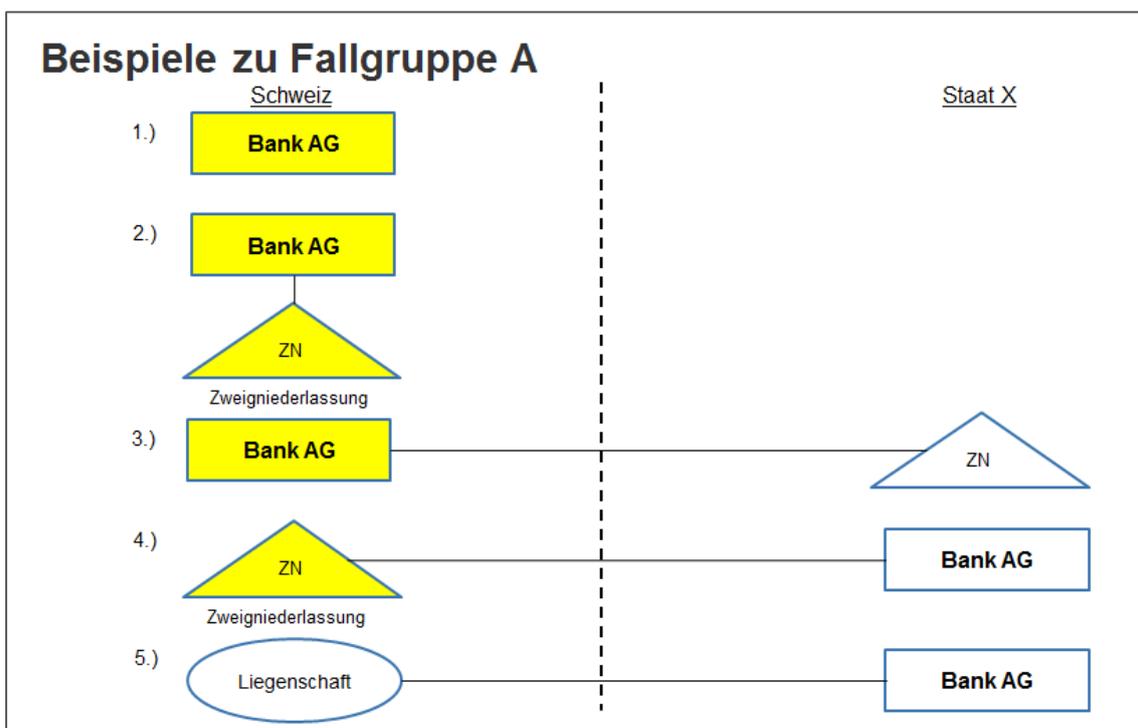
3. Fallkonstellationen

a) Einleitung

Die bisherigen theoretischen Ausführungen seien in der Folge erneut anhand verschiedener Fallbeispiele konkretisiert und erläutert.

b) Fallkategorie A: Ansässige Finanzinstitute

Betrachtet man Fallkategorie A aus Schweizer Optik, d.h. unter der Annahme, dass der Rechtsträger (z.B. die «Bank AG») in der Schweiz ansässig ist, lassen sich in Anlehnung an das OECD Implementation Handbook⁶⁸ folgende Fälle unterscheiden, die hier eingangs erneut anhand einer Skizze dargestellt und im Nachgang dazu kurz erläutert seien.



Was Beispiel 1 anbelangt, ist dies der absolute Standardfall. Es handelt sich um eine Bank, hier die Bank AG, die ihren Sitz in der Schweiz hat und hierzulande auch ihre Geschäftstätigkeit ausübt. Gemäss dem lokalen schweizerischen Steuerrecht (Art. 50 DBG resp. Art. 20 Abs. 1 StHG) begründet die Bank AG in der Schweiz eine unbeschränkte Steuerpflicht und gilt damit

⁶⁸ OECD, Implementation Handbook, Rz. 81.

auch als «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates» gemäss dem OECD-Regelwerk zum automatischen Informationsaustausch⁶⁹ resp. Art. 5 Abs. 1 AIAG.

Analoges gilt für Beispiel 2. Auch die schweizerische Zweigniederlassung der schweizerischen Bank AG wäre in der Schweiz «AIA-ansässig» und würde damit in den Geltungsbereich des automatischen Informationsaustausches fallen.⁷⁰ Meines Erachtens ist Randziffer 81 des OECD Implementation Handbook zudem so zu interpretieren, dass Hauptsitz und Zweigniederlassung in dieser Konstellation je eine eigene selbständige Meldung betreffend den von ihnen gehaltenen Finanzkonten an die ESTV machen.

Bei Beispiel 3 schliesslich würde nur der schweizerische Hauptsitz der Bank AG als «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates», hier der Schweiz, im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AIAG gelten, nicht aber die ausländische Zweigniederlassung. Diese hätte somit keine Meldeverpflichtung gemäss der für die Schweiz massgebenden AIA-Regeln, sondern höchstens, je nach Fallkonstellation, aufgrund der AIA-Gesetzgebung von Staat X.⁷¹ Das strenge Territorialitätsprinzip des Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandards gilt somit auch in diesem gleichsam «umgekehrten» Fall.⁷²

Obschon bei Beispiel 4 die schweizerische Zweigniederlassung der ausländischen Bank Corporation in der Schweiz aufgrund von Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG resp. Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG nur eine beschränkte Steuerpflicht begründet, gilt sie AIA-mässig trotzdem als hierzulande ansässig.⁷³ Die schweizerische Zweigniederlassung der ausländischen Bank Corporation wird damit zum «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates». Damit besteht eine Diskrepanz zu den Regeln des allgemeinen internationalen Steuerrechts, aufgrund derer eine Zweigniederlassung regelmässig bloss be-

⁶⁹ GMS, BBl 2015, S. 5548, Abschnitt VIII (A)(2); OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4.

⁷⁰ Vgl. dazu das Beispiel im OECD Implementation Handbook, Rz. 81. Die «branch» wird definiert im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 6.

⁷¹ Vgl. auch das Beispiel im OECD Implementation Handbook, Rz. 81.

⁷² Vgl. dazu auch SCHMIDT/RUCKES, IStR 2014, S. 655.

⁷³ Bei einer derartigen Zweigniederlassung handelt es sich gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. d Ziff. 2 AIAG um ein schweizerisches Finanzinstitut.

schränkt steuerpflichtig ist und damit im Sinne allgemein internationalsteuerrechtlicher Regeln keine Ansässigkeit begründet.⁷⁴

Betriebsstätten resp. Zweigniederlassungen im Sinne der vorhin genannten DBG- und StHG-Bestimmungen dürften allerdings, zusammen allenfalls noch mit Geschäftsbetrieben gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a DBG und Art. 21 Abs. 1 lit. a StHG, die einzigen beschränkt steuerpflichtigen Geschäftseinrichtungen sein, die eine AIA-mässige Anknüpfung zur Schweiz begründen. Für eine ausländische Bank als Eigentümerin einer schweizerischen Liegenschaft, z.B. einer Kapitalanlageliegenschaft (vgl. Beispiel 5), wird dies nicht mehr gelten, obschon aus steuerlicher Sicht auch eine derartige Liegenschaft, gleich wie eine Zweigniederlassung, eine beschränkte Steuerpflicht in der Schweiz begründen würde.

Dass blosses Eigentum an schweizerischen Liegenschaften keinen genügenden Meldepflicht-Nexus eines ausländischen Finanzinstituts zur Schweiz herstellen kann, ist meines Erachtens auf der Hand liegend. In der Botschaft zum AIA-Gesetz wird dies aber der guten Ordnung halber noch explizit festgehalten.⁷⁵

Steuerpflicht bei der hier interessierenden Fallgruppe A meint somit primär die unbeschränkte Steuerpflicht, ergänzt durch die bloss beschränkte Steuerpflicht von Betriebsstätten in der Form von Zweigniederlassungen.

⁷⁴ Eine Person ist gemäss internationalem Steuerrecht in einem Staat ansässig, wenn sie nach dem internen Recht des betreffenden Vertragsstaates unbeschränkt steuerpflichtig ist (LOCHER, Einführung, S. 149). Zweigniederlassungen können Betriebsstätten sein. Betriebsstätten aber begründen nur eine beschränkte Steuerpflicht (Art. 4 Abs. 1 lit. b und Art. 51 Abs. 1 lit. b DBG; Art. 4 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 lit. b StHG) resp. sind unter Umständen nicht einmal eine «Person» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a und 4 Abs. 1 OECD-MA (LANG, Introduction, S. 70).

Freilich ist die ganze Ansässigkeitsproblematik von Betriebsstätten nicht unumstritten und die mangelnde Ansässigkeit wird denn teilweise auch hinterfragt. Es kann auf den bekannten «Saint-Gobain»-Entscheid des EuGH verwiesen werden (EuGH v. 21.9.1999 C-307/97 – Saint Gobain) sowie auf die Literatur, welche die Frage diskutiert, ob die Verneinung von DBA-Vorteilen für Betriebsstätten nicht das Diskriminierungsverbot von Art. 24 Abs. 3 OECD-MA verletzt (vgl. zu dieser Frage die Übersicht bei LANG, Introduction, S. 77 f. und OBERSON, droit fiscal, S. 290 f.). Entsprechend soll in der Schweiz ja denn auch der Gesetzgeber mit Bezug auf die pauschale Steueranrechnung bei Betriebsstätten im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III tätig werden (vgl. den Entwurf eines Art. 2 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1951 über die Durchführung von zwischenstaatlichen Abkommen des Bundes zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, publ. in BBl 2015, S. 5216).

⁷⁵ Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5490.

Hier wird die in Art. 5 Abs. 5 AIAG vorbehaltene bundesrätliche Verordnung weitere Anhaltspunkte liefern.⁷⁶

Was speziell Kantonalbanken anbelangt, soll gemäss Botschaft zum AIA-Gesetz in der soeben erwähnten, noch zu erlassenden Verordnung des Bundesrates explizit normiert werden, dass Kantonalbanken, die bekanntlich je nach kantonaler Regelung unter Umständen nicht unter die subjektive Steuerpflicht fallen,⁷⁷ als ansässig im Sinne des AIA und damit als meldende Finanzinstitute gelten und zwar unabhängig davon, ob sie steuerbefreit sind oder nicht.⁷⁸ Diese explizite Regelung ist aus systematischen Gründen angezeigt, weil die Steuerbefreiung von Kantonalbanken in den kantonalen Steuergesetzen regelmässig bei den Ausnahmen von der steuerlichen Zugehörigkeit, d.h. der subjektiven Steuerpflicht geregelt ist⁷⁹ und nicht etwa erst bei den Ausnahmen von der objektiven Steuerpflicht.

c) **Fallkategorie B: Nicht-ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts)**

Was Fallgruppe B, also beispielsweise die transparent besteuerten Personengesellschaften anbelangt,⁸⁰ kann grundsätzlich an die Ausführungen in Abschnitt II.3.d.2 hiervoor zu den Konti haltenden transparenten Personengesellschaften angeknüpft werden.

Die im vorliegenden Abschnitt interessierende Fragestellung bezüglich Finanzinstitute sei wiederum anhand eines konkreten Sachverhaltes erläutert, der graphisch wie folgt dargestellt werden kann.

⁷⁶ Vgl. zu dieser Verordnung auch die Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5522.

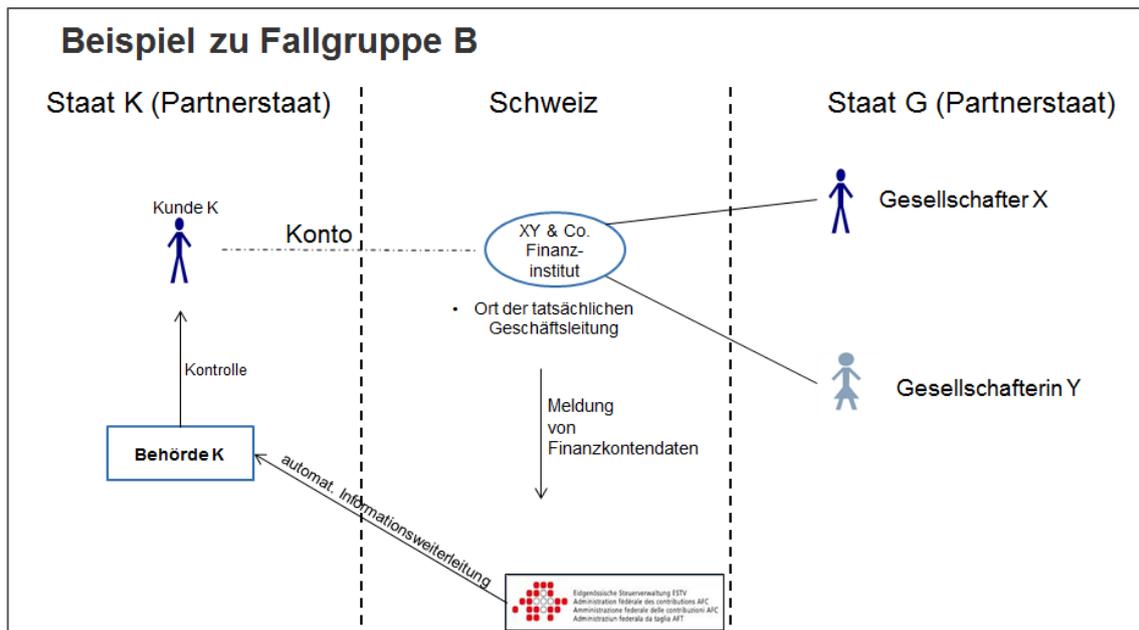
⁷⁷ Dies ist eine Frage des kantonalen Verfassungsrechts (BSK Steuerharmonisierung-GRETER, Art. 23 StHG N 9).

⁷⁸ Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5484.

⁷⁹ Vgl. etwa Art. 23 Abs. 1 lit. b StHG, worunter Kantonalbanken wohl fallen müssten.

⁸⁰ Der OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4 nennt als Beispiel für nicht-ansässige Finanzinstitute neben den transparent besteuerten Personengesellschaften auch Finanzinstitute in Staaten *ohne* Einkommenssteuern.

Sachverhalt 9



Die XY & Co. ist eine Kollektivgesellschaft, die in der Schweiz errichtet wurde und hierzulande auch operativ als Finanzinstitut tätig ist. Gesellschafter sind X und Y, beide mit Wohnsitz und damit unbeschränkter Steuerpflicht im Staat G. Die Personengesellschaft hat eine Kunden- resp. Konto- beziehung mit Kunde K, der im Staat K aufgrund seines dortigen Wohnsitzes unbeschränkt steuerpflichtig ist. Wie bereits erwähnt, behandelt das schweizerische Steuerrecht Personengesellschaften in Anwendung von Art. 10 DBG steuerlich als transparent, d.h. der allfällige Gewinn der XY & Co. wird nicht bei dieser als Steuersubjekt besteuert, sondern auf Stufe der Gesellschafter X und Y erfasst. Bei dieser Konstellation sehen das OECD-Regelwerk zum automatischen Informationsaustausch⁸¹ resp. Art. 5 Abs. 2 AIAG vor, dass die Personengesellschaft zum Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates, hier der Schweiz, wird, wenn sich alternativ in der Schweiz befinden:

- der Ort der Eintragung, oder
- der Ort der Geschäftsleitung einschliesslich ihrer tatsächlichen Verwaltung⁸² resp.

⁸¹ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4.

⁸² Die Übersetzung des GMS-Kommentars in der Botschaft Schweiz/EU, BBl 2015, S. 9296 lautet: «[...] Ort seiner Geschäftsleitung (einschliesslich der tatsächlichen Geschäftslei-

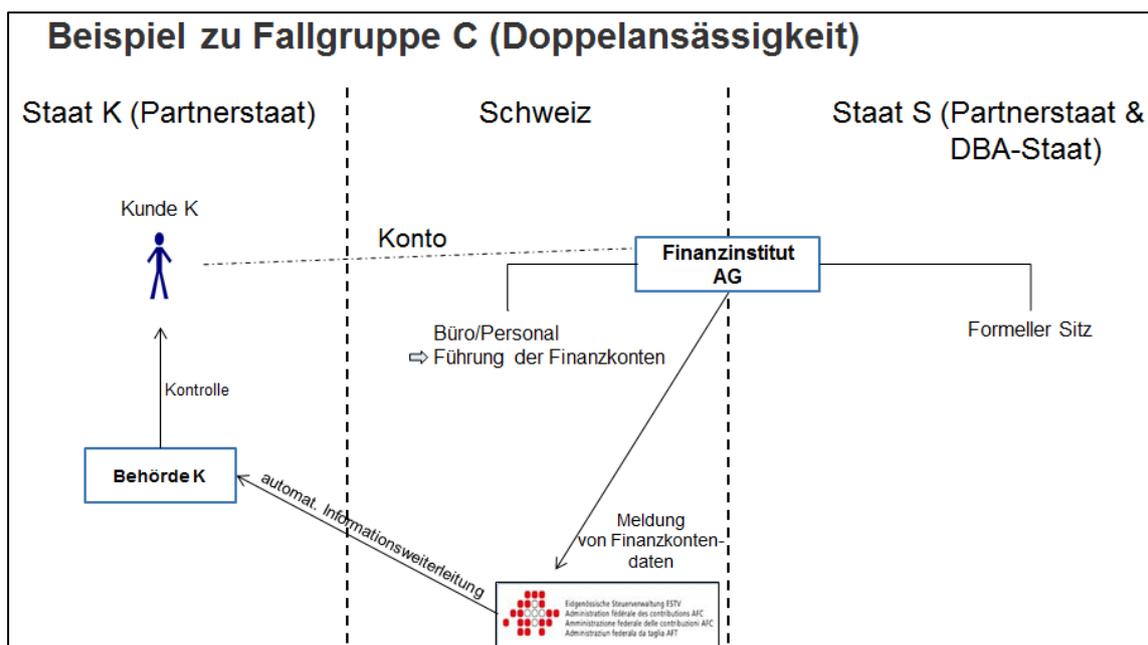
- der Ort der Unterstellung unter die Finanzaufsicht.

Da die XY & Co. gemäss Sachverhalt operativ in der Schweiz tätig ist, wird sie zumindest den Ort der tatsächlichen Verwaltung hierzulande haben. Möglicherweise werden auch noch andere Anknüpfungskriterien, wie etwa der Ort der Eintragung oder der Ort der Unterstellung unter die Finanzaufsicht, in der Schweiz gegeben sein. Die XY & Co. hat somit – sofern auch alle anderen Voraussetzungen gegeben sind – eine Meldepflicht gegenüber der ESTV, welche ihrerseits dann die entsprechenden Finanzkontendaten automatisch an die Behörde von Staat K weiterleiten muss.

d) Fallkategorie C: Mehrfach ansässige Finanzinstitute (ohne Trusts)

Was die mehrfach ansässigen Finanzinstitute anbelangt, sei diese Kategorie anhand eines Beispiels mit einer Doppelansässigkeit näher erläutert.

Sachverhalt 10



tung) in dem Mitgliedstaat [...]», während Art. 5 Abs. 2 lit. b AIAG von «[...] Ort der Geschäftsleitung einschliesslich ihrer tatsächlichen Verwaltung [...]» spricht. Einen ähnlichen Unterschied im Wortlaut hat man auch bei Art. 50 DBG im Vergleich zu Art. 4 Abs. 3 OECD-MA, was aber keinen Unterschied machen soll (so zumindest die Botschaft Steuerharmonisierung, BBl 1983 III, S. 108). Entsprechend ist wohl auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der unterschiedliche Wortlaut keine materiellen Auswirkungen hat.

Die Finanzinstitut AG hat ihren formellen Sitz im Staat S und übt ihre operative Tätigkeit mit Büro und Personal in der Schweiz aus, wo sie ebenfalls die entsprechenden Finanzkonten für ihre Kunden, darunter auch Kunde K aus Staat K, führt.

Aus Sicht des lokalen Steuerrechts der Schweiz resp. von Staat S wird angenommen, dass die Finanzinstitut AG in beiden Staaten, d.h. sowohl in der Schweiz als auch im Staat S, unbeschränkt steuerpflichtig ist. In diesem Fall käme die vorne in Abschnitt II.3.b.ff. bereits erwähnte Tie-breaker-Regelung von Art. 4 Abs. 3 OECD-Musterabkommen zur Anwendung, immer unter der Voraussetzung, dass zwischen Staat S und der Schweiz ein Doppelbesteuerungsabkommen besteht, das dem OECD-Musterabkommen folgt. Da gemäss der Tie-breaker-Norm der «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» dem bloss formellen Sitz vorgeht, wäre die Finanzinstitut AG dieser Regel zufolge in der Schweiz steuerlich ansässig.

Zum gleichen Ergebnis, wenngleich auf einem etwas anderen dogmatischen Weg, kommt man auch mit Bezug auf die AIA-Meldepflicht. Nach Massgabe von Art. 5 Abs. 3 AIA sowie gemäss Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard⁸³ gilt die Finanzinstitut AG dann als schweizerisches Finanzinstitut im Sinne des AIA, wenn der «Ort der Führung der Geschäftskonten» in der Schweiz liegt. Formaljuristisch wird damit zwar anders als im herkömmlichen internationalen Steuerrecht nicht auf den «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» abgestellt. Faktisch wird beides aber im DBA-Fall wohl in der Regel zusammenfallen, da die Kontenführung eine personelle und sachliche Infrastruktur voraussetzen und damit auch gleichzeitig einen «Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung» begründen wird.

Im vorliegenden Fall hätte die Finanzinstitut AG somit gegenüber der ESTV eine Meldeverpflichtung bezüglich des Kontos von K und die ESTV ihrerseits eine automatische Weiterleitungsverpflichtung gegenüber der zuständigen Behörde von Staat K.

e) Fallkategorie D: Trusts

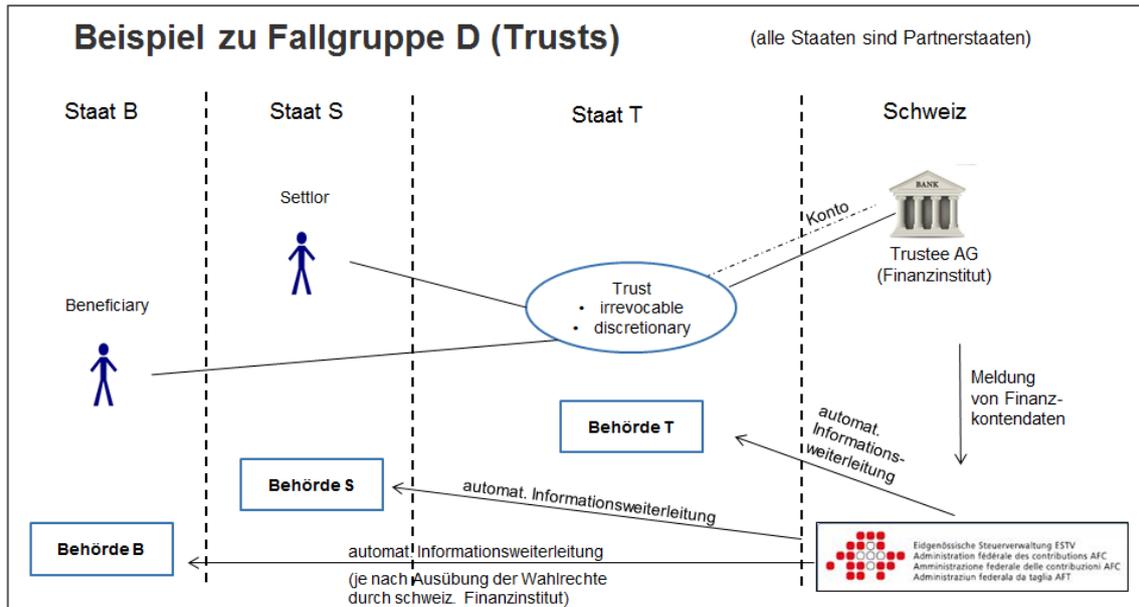
Zum Schluss sei auch hier noch auf den Trust hingewiesen. Wenn dieser nämlich nicht, wie vorne in Abschnitt II.3.e., eine passive Non Financial Entity, sondern ein Finanzinstitut ist, weil es sich beispielsweise beim Trustee

⁸³ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 5.

um eine AG handelt, kann auch ein Trust, oder genauer: der Trustee, zum meldenden Finanzinstitut werden.⁸⁴

Dazu folgender Sachverhalt, der eingangs auch hier graphisch dargestellt sei.

Sachverhalt 11



Im Staat T wurde ein irrevocable, discretionary Trust errichtet. Trustee ist die in der Schweiz ansässige Trustee AG, ein Finanzinstitut im Sinne des automatischen Informationsaustausches. Der Settlor des Trusts ist im Staat S, der Beneficiary im Staat B ansässig.

Im vorliegenden Fall muss der in der Schweiz ansässige Trustee die relevanten Finanzkontendaten der ESTV melden.⁸⁵ Dies deshalb, weil der Trustee als AG in der Schweiz nach Massgabe von Art. 50 DBG resp. Art. 20 Abs. 1 StHG unbeschränkt steuerpflichtig und damit auch ansässig im Sinne der OECD-Regeln zum automatischen Informationsaustausch⁸⁶ resp. von Art. 5 Abs. 4 AIAG ist.⁸⁷

⁸⁴ GMS, BBl 2015, S. 5550, Abschnitt VIII (B)(1)(e). Vgl. auch OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 55. Vgl. ferner ROHNER/SCHÄRER, EF 2015, S. 712 f.

⁸⁵ Vgl. dazu OECD, Implementation Handbook, Rz. 209. Zum Umfang der Meldepflicht vgl. OECD, Implementation Handbook, Rz. 222.

⁸⁶ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VIII Rz. 4.

⁸⁷ Vgl. auch GMS, BBl 2015, S. 5550, Abschnitt VIII (B)(1)(e).

Die ESTV wiederum nimmt eine automatische Informationsweiterleitung an die zuständigen Behörden in den teilnehmenden Staaten T und S vor. Im Falle des Beneficiary ist die Situation indes insofern etwas komplexer, als hier das schweizerische Finanzinstitut gewisse Wahlrechte hat. Gemäss Art. 9 Abs. 2 AIAG kann das meldende schweizerische Finanzinstitut in Bezug auf die namentlich bekannten Begünstigten eines Trusts, die lediglich eine Anwartschaft auf Ausschüttungen haben, wählen, wie es diese behandelt:

- generelle Behandlung als beherrschende Person, was eine entsprechende Meldepflicht impliziert;
- blosse Behandlung als beherrschende Person für Kalenderjahre, in denen der Begünstigte eine Ausschüttung erhält, was eine Meldung bloss in diesen Jahren bedeutet resp.
- keine Behandlung als beherrschende Person für Kalenderjahre, in denen der Begünstigte keine Ausschüttung erhält und damit keine Meldung.

Meldende schweizerische Finanzinstitute können diese Wahl separat je Konto treffen, sofern die Ausübung des Wahlrechts dem Zweck des gemeinsamen Meldestandards nicht entgegensteht.

IV. Kurzwürdigung der AIA-Ansässigkeitsregeln

Wie ist das alles zu beurteilen? Etwas derart komplexes⁸⁸ wie den weltweiten automatischen Informationsaustausch regeln zu müssen, ist sicher kein leichtes Unterfangen. Insofern gebührt der OECD, welche diese schwierige Aufgabe unternommen hat, sicherlich die nötige Anerkennung.

Trotzdem seien an dieser Stelle auch ein paar kritische Anmerkungen erlaubt und zwar zum automatischen Informationsaustausch generell sowie zu dessen Implementierung resp. den Ansässigkeitsregeln im Besonderen.

In der Literatur, welche den automatischen Informationsaustausch im Allgemeinen beurteilt, wird vor allem die Verhältnismässigkeit des automa-

⁸⁸ Die Komplexität zeigt sich auch etwa bereits an den Formularmustern, die auf der Webseite der OECD aufgeschaltet sind (abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/>>). Ohne steuerliche Kenntnisse resp. der Mithilfe eines Steuerberaters wird man diese nicht mit der nötigen Seriosität ausfüllen können.

tischen Informationsaustausches in Frage gestellt.⁸⁹ Daneben werden ebenfalls der Datenschutz⁹⁰ resp. – wie allgemein bei «internationalen Standards» – gewisse Demokratiedefizite als kritisch erachtet.⁹¹ Ferner wird auch festgestellt, dass das ganze AIA-Regelwerk, trotz seines Umfangs und seines Detaillierungsgrades (oder vielleicht gerade deshalb?) immer noch zahlreiche Schlupflöcher offenlässt.⁹²

Was schliesslich die technische Ausgestaltung anbelangt, wird vor allem darauf hingewiesen, dass das gesamte Regelwerk unter grossem Zeitdruck erstellt werden musste, was bei der sprachlichen und juristischen Präzision ihre Spuren hinterlassen hat.⁹³ Wenn man bedenkt, dass die OECD im Steuerbereich praktisch gleichzeitig auch noch das ganze BEPS-Projekt «stemmen» musste, und auch die personellen und sachlichen Ressourcen dieser Organisation nicht unendlich sind, ist dies nicht weiter verwunderlich.

Die soeben angetönten teils sprachlichen (oder allenfalls auch Übersetzungsbedingten), teils juristisch-technischen Mängel zeigen sich auch im Bereich der hier interessierenden AIA-Ansässigkeit.

Gewisse Stellen im Kommentar zum Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard sind diesbezüglich etwas verwirrend abgefasst. So wird beispielsweise im Textteil des Kommentars explizit auf die Tie-breaker-Regelung des OECD-Musterabkommens verwiesen.⁹⁴ Die unmittelbar daran anschliessenden Beispiele werden dann aber so gelöst, wie wenn es diese Tie-breaker-Bestimmungen gerade nicht gäbe.⁹⁵

Fraglich ist auch, ob die Klassifizierung resp. Bezeichnung der verschiedenen Fallgruppen immer geglückt ist. Bekanntlich gibt es bei den Finanzinstituten die Gruppe der «Nicht-ansässigen Rechtsträger» (Non-tax resident

⁸⁹ Vgl. dazu vor allem OPEL, Neuausrichtung, S. 407 ff.; vgl. ferner NAEF/NEURONI NAEF, Jusletter 07.12.2015, Rz. 118 ff. Letztere weisen in ihrem Aufsatz auch auf weitere verfassungsrechtliche Schwachpunkte hin.

⁹⁰ Vgl. dazu HAMACHER, IStR 2016, S. 171 ff. sowie EHRKE-RABEL, SWI 2016, S. 67.

⁹¹ Allgemein betreffend internationalen Standards vgl. NOBEL, SZW 2015, S. 559 ff.

⁹² Vgl. dazu KAPALLE, BFIT 2015, S. 226 und ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 79 f. Betreffend den Lücken im EU-Recht, das ebenfalls auf dem Gemeinsamen Melde- und Sorgfaltsstandard beruht vgl. SOMARE/WÖHRER, Intertax 2015, S. 814.

⁹³ LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 142.

⁹⁴ OECD, Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 4 sowie zu Abschnitt VI Rz. 7.

⁹⁵ Vgl. namentlich Beispiel 1 im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt IV Rz. 5 resp. Beispiel 2 im OECD Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt VI Rz. 8.

Entities),⁹⁶ obschon auch hier die Frage, ob ein «Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates» vorliegt, im Regelfall ja eigentlich gerade von dessen wie auch immer definierten Ansässigkeit abhängt. Analoges gilt für die Gruppe der «Nicht-ansässigen Rechtsträger» bei den Kontoinhabern/-innen.⁹⁷ Bei diesen Fallkonstellationen hätte man wohl eine etwas andere Gruppenbezeichnung wählen müssen. Wenn man die beim AIA verwendete Regelungstechnik auf den Fall der direkten Bundessteuer übertragen würde, wäre dies etwa so, wie wenn man im DBG eine Personenkategorie «Nicht-unbeschränkt Steuerpflichtige» definieren, dann aber gegenüber dieser Personenkategorie trotzdem die Rechtsfolgen der unbeschränkten Steuerpflicht eintreten lassen würde. Hier ist die Terminologie im AIA-Regelwerk nicht durchwegs geglückt.

Generell kann man bezüglich Normierung der AIA-Ansässigkeit vielleicht auch noch Folgendes festhalten: Beim Lesen, vor allem des Kommentars, beschleicht einen teilweise ein etwas «schwammiges Gefühl». Das hängt wohl nicht zuletzt damit zusammen, dass man über das ganze AIA-Meldekonzert das dogmatische Regelwerk der subjektiven Steuerpflicht gestülpt hat, dann aber teilweise doch wiederum davon abgewichen ist. Für den unvoreingenommenen Leser ist nun nicht immer einfach festzustellen, ob

- die verwendete Terminologie strikte der allgemeinen, internationalsteuerrechtlichen entspricht bzw.
- teilweise einen etwas anderen, AIA-spezifischen Inhalt erhalten hat, oder
- bloss die Formulierungen resp. Übersetzungen unpräzise sind.

Dazu noch einmal ein Beispiel. Im traditionellen internationalen Steuerrecht gibt es stets nur einen einzigen Ansässigkeitsstaat.⁹⁸ Dies ist ja denn auch der Hintergrund der Tie-breaker-Regeln. Im AIA-Regelwerk, konkret im OECD-

⁹⁶ OECD, Implementation Handbook, Rz. 82. Vgl. auch Art. 5 Abs. 2 AIAG, der dann die OECD-Vorgabe ins interne Recht übernimmt.

⁹⁷ Vgl. dazu Abschnitt II.2. hievor.

⁹⁸ Vgl. dazu LANG, Introduction, S. 71: «D[ouble] T[ax] C[onvention]’s are applicable even if worldwide tax liability exists in both states. In this case, a choice between the two contracting states must be made in order to determine the residence state for tax treaty purposes, since the functioning of all allocation rules and the method article requires that there **is only one residence state.**»

Kommentar MCAA&CRS zu Abschnitt I Rz. 6 steht nun aber beispielsweise folgender Satz:

«In the case of a Reportable Person that is identified as having more than one jurisdiction of residence, the jurisdictions of residence to be reported are all the jurisdictions of residence identified by the Reporting Financial Institution for the Reportable Person [...]»⁹⁹

Mit grosser Wahrscheinlichkeit hat man es hier nicht mit einer materiellen Abweichung zu den etablierten Regeln des allgemeinen internationalen Steuerrechts, sondern bloss mit einer etwas zwiespältigen Formulierung zu tun, als man im Kommentar möglicherweise besser von «worldwide», «full» oder «unlimited» tax liability, d.h. unbeschränkter Steuerpflicht anstatt von «Residence», d.h. Ansässigkeit gesprochen hätte.

Eines auf alle Fälle ist klar. Die Adepten der juristischen Methodenlehre können sich schon jetzt auf spannende Fragestellungen freuen.

V. Schlusswort

Das Ganze AIA-Regelwerk ist – wie bereits erwähnt – äusserst komplex und die zuständigen Personen bei unseren Banken, die das alles implementieren und dann in der täglichen Praxis handhaben müssen, sind nicht zu beneiden.

Die Komplexität ergibt sich wohl auch daraus, dass der Gemeinsame Meldestandard sehr stark vom FATCA-Regelwerk und damit von den Amerikanern beeinflusst ist.¹⁰⁰ Dies merkt man auch an der Normsetzungstechnik. ENGEL-KAZEMI/WÖHRER umschreiben dies in vornehmer Zurückhaltung

⁹⁹ Diese Aussage ist dann auch schon von der Literatur aufgenommen worden, so etwa wenn es bei LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 112 heisst: «Ist eine meldepflichtige Person in mehr als einem Staat ansässig, so sind die Informationen an sämtliche Ansässigkeitsstaaten zu senden.»

¹⁰⁰ Botschaft AIA, BBl 2015, S. 5441, S. 5450 und S. 5455 resp. OECD, Kommentar MCAA&CRS, Introduction, Rz. 5. Vgl. ferner ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 56; WEBER/KING, ST 2015, S. 316; CZAKERT, IStR-LB 2014, S. 97; LANG/SCHÄRER, Jusletter 21.03.2016, Rz. 3 und 9; SOMARE/WÖHRER, Intertax 2015, S. 805; SCHMIDT/RUCKES, IStR 2014, S. 654 sowie folgende Aussage bei BRAMERDORFER/STUNDNER, FATCA, S. 41: «Die De-facto-Übernahme des FATCA-Konzepts in Form des IGA-1-Modells durch die OECD in ihren Common Reporting Standard hat dessen US-Konzeption und Systematik zu einer weltweiten gemacht.»

mit den Worten, der Gemeinsame Meldestandard zeichne sich «durch eine sehr detaillierte Ausgestaltung der Vorschriften aus».¹⁰¹

Und an die diesbezüglichen angelsächsischen Gepflogenheiten hat sich der Autor auch nach mehr als dreissig Jahren Jurisprudenz noch immer nicht gewöhnt.

Dazu zum Abschluss zwei Beispiele.

Im GMS, Abschnitt VIII (A)(1)¹⁰² findet sich die folgende Definition von geradezu kafkaesker Schlichtheit wenn es da heisst:

«1. Der Ausdruck „meldendes Finanzinstitut“ bedeutet ein Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates, bei dem es sich nicht um ein nicht meldendes Finanzinstitut handelt.»

Oder aber in GMS, Abschnitt VIII (E)(1) findet sich folgende sprachlich und darstellungsmässig ungegliederte Monsterdefinition:

«Abschnitt VIII: Begriffsbestimmungen

[...]

E. Sonstige Begriffsbestimmungen

1. Der Ausdruck „Kontoinhaber“ bedeutet die Person, die vom kontoführenden Finanzinstitut als Inhaber eines Finanzkontos geführt oder identifiziert wird. Eine Person, die kein Finanzinstitut ist und als Vertreter, Verwahrer, Bevollmächtigter, Unterzeichner, Anlageberater oder Intermediär zugunsten oder für Rechnung einer anderen Person ein Finanzkonto unterhält, gilt nicht als Kontoinhaber im Sinne des gemeinsamen Meldestandards, stattdessen gilt die andere Person als Kontoinhaber. Im Fall eines rückkaufsfähigen Versicherungsvertrags oder eines Rentenversicherungsvertrags ist der Kontoinhaber jede Person, die berechtigt ist, auf den Barwert zuzugreifen oder den Begünstigten des Vertrags zu ändern. Kann niemand auf den Barwert zugreifen oder den Begünstigten des Vertrags

¹⁰¹ ENGEL-KAZEMI/WÖHRER, Meldestandard, S. 57.

¹⁰² Ebenso in Multilaterale Vereinbarung, BBl 2015, S. 5529, Abschnitt 1 (1)(d). Die Definition beruht offensichtlich auf dem FATCA-Regelwerk, wo bspw. in Art. 2 Ziff. 1 Nr. 15 FATCA-Abkommen (SR 0.672.933.63) folgende Definition wiedergegeben wird: «Der Ausdruck „rapportierendes schweizerisches Finanzinstitut“ bedeutet jedes schweizerische Finanzinstitut, das nicht ein nichtrapportierendes schweizerisches Finanzinstitut ist.»

ändern, so ist der Kontoinhaber jede Person, die im Vertrag als Eigentümer genannt ist, und jede Person, die nach den Vertragsbedingungen einen unverfallbaren Zahlungsanspruch hat. Bei Fälligkeit eines rückkaufsfähigen Versicherungsvertrags oder eines Rentenversicherungsvertrags gilt jede Person, die vertragsgemäss einen Anspruch auf Erhalt einer Zahlung hat, als Kontoinhaber.»

Wenn man das alles liest, dann wünschte sich der Autor manchmal, Eugen Huber würde von den Toten auferstehen, vom Zivil- zum Steuerrechtler mutieren und den Amerikanern zeigen, wie man Normtexte auch noch formulieren könnte. Mit dieser leicht polemischen Feststellung sei der vorliegende Aufsatz abgeschlossen.

Literaturverzeichnis

- AMONN TONI, Trustbesteuerung in der Schweiz – eine Standortbestimmung, ASA 76 (2007/2008), S. 493 ff.
- BIRRI JÜRIG/ZÜND PHILIPP, Wer wird vom AIA erfasst?, EF 2015, S. 636 ff.
- BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009.
- BRAMERDORFER NORBERT/STUNDNER DOMINIK, FATCA und seine Umsetzung in Österreich, in: Michael Lang/Peter Haunold (Hrsg.), Transparenz, Eine neue Ära im Steuerrecht, Schriftenreihe zum internationalen Steuerrecht Nr. 96, Wien 2016, S. 1 ff.
- BRÄUMANN PETER/TUMPEL MICHAEL, The Tiebreaker for Dual Resident Companies, the Holding Period for Intercompany Dividends and the Modifications to Article 13(4) of the OECD Model, in: Michael Lang/Pasquale Pistone/Alexander Rust/Josef Schuch/Claus Staringer/Alfred Storck (Hrsg.), Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), The Proposals to Revise the OECD Model Convention, Series on International Tax Law Vol. 95, Wien 2016, S. 303 ff.
- BRÜLISAUER PETER, in: Martin Zweifel/Michael Beusch et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, Basel 2015.
- CZAKERT ERNST, Zeichnung des Multilateral Competent Authority Agreements in Berlin, IStR-LB 2014, S. 97 ff.
- EHRKE-RABEL TINA, Geheimhaltungs- und Informationsinteressen beim automatischen Informationsaustausch nach dem GMSG, SWI 2016, S. 67 ff.
- ENGEL-KAZEMI NORA/WÖHRER VIKTORIA, Der Gemeinsame Meldestandard der OECD, in: Michael Lang/Peter Haunold (Hrsg.), Transparenz, Eine neue Ära im Steuerrecht, Schriftenreihe zum internationalen Steuerrecht Nr. 96, Wien 2016, S. 47 ff.
- FROTSCHER GERRIT, Internationales Steuerrecht, 4. Auflage, München 2015.

- GRETER MARCO, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. Auflage, Basel 2002.
- HAMACHER ROLFJOSEF, Datenschutz und internationaler Informationsaustausch, IStR 2016, S. 171 ff.
- HINNY PASCAL, Steuerrecht 2016, Zürich/Basel/Genf 2016.
- HÖSSLI BERNHARD, Die schweizerische juristische Person & Co., Diss. St. Gallen, Bern 2008.
- KAESER CHRISTIAN, in: Franz Wassermeyer et al. (Hrsg.), Doppelbesteuerung, Loseblatt, Stand 131. Ergänzungslieferung, München 2015.
- KAPALLE URS, Transparency and Exchange of Information with Switzerland – The Possibilities and Overview of the Legal Framework, BFIT 2015, S. 222 ff.
- LANG MICHAEL, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, 2nd edition, Vienna 2013.
- The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Vienna 2000.
- LANG PETER/SCHÄRER CHRISTOPH, Gemeinsamer Melde- und Sorgfaltsstandard für Informationen über Finanzkonten in der schweizerischen Lebensversicherungswirtschaft, Ausgewählte Aspekte von Neukonten natürlicher Personen und deren Meldung, Jusletter 21. März 2016.
- LOCHER PETER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2005.
- NAEF FRANCESCO/NEURONI NAEF ELENA, Sur l'inconstitutionnalité de l'échange automatique de renseignements, De l'Etat de droit libéral à l'ésotérisme bancaire, Jusletter 7. Dezember 2015.
- NOBEL PETER, Was heisst «Internationale Standards»? , SZW 2015, S. 556 ff.
- OBERSON XAVIER, Précis de droit fiscal international, 4^e édition, Berne 2014.
- OPEL ANDREA, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Eine rechtliche Würdigung, Habil. Basel, Bern 2015.
- ROHNER TOBIAS F./SCHÄRER CHRISTOPH, Diskretionäre Trusts als letztes Mittel gegen den AIA in Steuersachen?, EF 2015, S. 711 ff.
- SASSEVILLE JACQUES, in: Robert Danon/Daniel Gutmann/Xavier Oberson/Pasquale Pistone (Eds.), Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, Commentaire, Bâle 2014.
- SCHMIDT CARSTEN/RUCKES ANDREAS, OECD Common Reporting Standard – Hintergrund, Eckpunkte und Praxisaspekte, IStR 2014, S. 652 ff.
- SIMONEK MADELEINE, Der spontane und automatische Informationsaustausch vor der Einführung in der Schweiz, SWI 2015, S. 224 ff.
- Wirkungen einer nachrangigen Ansässigkeit auf die Steuerpflicht in der Schweiz – Ein Lösungsversuch, in: Jürg-Beat Ackermann/Felix Bommer (Hrsg.), Liber amicorum für Dr. Martin Vonplon, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 292 ff.
- SOMARE MARYTE/WÖHRER VIKTORIA, Automatic Exchange of Financial Information under the Directive on Administrative Cooperation in the Light of the Global Movement towards Transparency, Intertax 2015, S. 804 ff.

- STOJANOVIC SASCHA, AIA in Steuersachen – Bedeutung für Schweizer Versicherer, ST 2015, S. 512 ff.
- VORPE SAMUELE/MOLO GIOVANNI, Das FATCA-Abkommen zwischen der Schweiz und den USA, ASA 82 (2013/2014), S. 257 ff.
- WEBER MARKUS/KING ROBIN, Umsetzung des AIA nach OECD-Standard in der Schweiz, ST 2015, S. 315 ff.
- WEBER MARKUS/KING ROBIN/ROHRER ANDREAS, Umsetzung des AIA nach OECD-Standard als Herausforderung für Finanzinstitute, EF 2015, S. 703 ff.
- WEBER MARKUS/RÜEGGER ANNEMARIE/KING ROBIN, Globaler AIA in Steuersachen nach OECD-Standard, Einführung in die Funktionsweise, Konzepte und Begrifflichkeiten, ST 2014, S. 1170 ff.
- ZITTER GERNOT/GENTSCH DANIEL, Substanz von Empfängergesellschaften bei Outbound-Dividenden. Analyse und Würdigung der Schweizer Praxis, FStR 2009, S. 215 ff. und S. 253 ff.
- ZWEIFEL MARTIN/HUNZIKER SILVIA, in: Martin Zweifel /Michael Beusch et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, Basel 2015.

Materialien

Stand der Materialien und Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 31. März 2016. Die von der ESTV angekündigte Wegleitung sowie die auf Art. 5 Abs. 5 AIAG basierende Verordnung des Bundesrates lagen bei Redaktionsschluss noch nicht vor.

BOTSCHAFT zur Genehmigung und Umsetzung eines Protokolls zur Änderung des Zinsbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU vom 25. November 2015, BBl 2015, S. 9199 ff.

BOTSCHAFT zur Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu ihrer Umsetzung (Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen), BBl 2015, S. 5437 ff.

BOTSCHAFT vom 23. August 1983 zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (Botschaft über die Steuerharmonisierung), BBl 1983, Band III, Nr. 33, S. 1 ff.

BUNDESGESETZ über den internationalen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG), zitiert gemäss der Vorlage der Redaktionskommission für die Schlussabstimmung, auch publiziert bei HINNY, S. 929.

ESTV, Kreisschreiben Nr. 20 vom 27. März 2008, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/dokumentation/kreisschreiben.html>>, entspricht SSK, Kreisschreiben Nr. 30 vom 22. August 2007, abrufbar unter: <http://www.steuerkonferenz.ch/downloads/kreisschreiben/ks030_d.pdf>.

- GEMEINSAMER MELDE- UND SORGFALTSSTANDARD (GMS) für Informationen über Finanzkonten, Übersetzung des französischen Originaltextes in: BBl 2015, S. 5535 ff.
- MULTILATERALE VEREINBARUNG der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten, Übersetzung des französischen Originaltextes in: BBl 2015, S. 5527 ff., auch publiziert bei HINNY, S. 921.
- OECD, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2015 Final Report, Paris 2015.
- Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters, The CRS Implementation Handbook, s.l. 2015, abrufbar auf der OECD Webseite unter: <<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm>>.
 - Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters, Commentaries on the Model Competent Authority Agreement (MCAA) and the Common Reporting Standard (CRS), s.l. 2014, abrufbar auf der OECD-Webseite unter: <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/common-reporting-standard-and-related-commentaries/#d.en.345314>>.
 - Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version (as it read on 15 July 2014) abrufbar auf der OECD-Website unter: <<https://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>>;
 - Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention abrufbar auf der OECD-Website unter: <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>>.
 - Issues in International Taxation No. 6, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Paris 1999, abrufbar auf der OECD-Webseite unter: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2399521e.pdf?expires=1464602431&id=id&accname=ocid53019942&checksum=936D58911875E9BD7CF951CF8FC D9F20>>.

Zivilrechtliche Anforderungen an die Self-Certification

Mirjam Eggen/Thirza Döbeli, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	69
II.	Self-Certification nach AIA.....	71
	1. Begriff.....	71
	2. Anwendungsbereich.....	72
	a) Neukonto einer natürlichen Person.....	73
	b) Neukonto eines Rechtsträgers.....	73
	c) Bestehendes Konto einer natürlichen Person.....	74
	d) Bestehendes Konto eines Rechtsträgers.....	76
	3. Form.....	77
	4. Plausibilisierung.....	78
	a) Allgemeiner Massstab.....	78
	b) Prüfpflichten bei Neukonten.....	79
	c) Prüfpflichten bei bestehenden Konten.....	79
	5. Fehlende, unzutreffende oder unvollständige Selbstauskunft.....	80
	6. Zwischenergebnis.....	81
III.	Vertragliche Grundlagen der Selbstauskunft.....	82
	1. Grundlagen.....	82
	2. Verpflichtung zur Abgabe einer Selbstauskunft.....	83

* Prof. Dr. iur. Mirjam Eggen, LL.M., Rechtsanwältin, Universität Bern. MLaw Thirza Döbeli, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Bankrecht, Universität Bern.

Wir danken Frau Eva Stokar von Neuforn, Hilfsassistentin am zivilistischen Seminar der Universität Bern, für ihre Unterstützung bei den Recherchen für diesen Aufsatz.

a)	Vorbemerkung.....	83
b)	Vertragliche Regelung bei Neukonten.....	83
c)	Vertragliche Regelung bei bestehenden Konten.....	84
d)	Ausgestaltung der vertraglichen Regelung.....	85
3.	Einwilligung zur Datenmeldung.....	86
4.	Selbstauskunft und banklagernde Korrespondenz.....	87
a)	Zustellung der Aufforderung zur Selbstauskunft.....	88
b)	Abwarten der Reaktion des Kunden.....	89
5.	Zwischenergebnis.....	91
IV.	Fehlende oder unzutreffende Selbstauskunft.....	92
1.	Weigerung zur Erteilung einer Selbstauskunft.....	93
a)	Ausgangslage.....	93
b)	Rechtsrisiken.....	93
c)	Handlungsbedarf.....	94
2.	Erteilung einer unzutreffenden Selbstauskunft.....	95
a)	Ausgangslage.....	95
b)	Rechtsrisiken.....	95
c)	Handlungsbedarf.....	96
3.	Unterlassener Hinweis auf veränderte Gegebenheiten.....	96
4.	Zwischenergebnis.....	97
V.	Einholung und Verwertung der Selbstauskunft.....	97
1.	Einholung unzureichender Informationen.....	98
a)	Ausgangslage.....	98
b)	Rechtsrisiken.....	98
c)	Handlungsbedarf.....	100
2.	Einholung zu weitgehender Informationen.....	100
a)	Ausgangslage.....	100
b)	Rechtsrisiken.....	100
c)	Handlungsbedarf.....	101
3.	Unterlassene Information des Kunden.....	101
a)	Ausgangslage.....	101
b)	Rechtsrisiken.....	102
c)	Handlungsbedarf.....	103
4.	Verfrühte Meldung.....	104
a)	Ausgangslage.....	104
b)	Rechtsrisiken.....	104
c)	Handlungsbedarf.....	105
5.	Zwischenergebnis.....	106

VI. Ergebnis.....	106
Literaturverzeichnis.....	108
Materialien.....	110

I. Einleitung

Die Einführung des automatischen Informationsaustauschs in Steuersachen (AIA) in die schweizerische Rechtsordnung ist mit der Einsicht verbunden, dass die Beziehung zwischen einem Finanzinstitut und seinem Kunden keine schrankenlose Vertraulichkeit geniessen kann. Gestützt auf den AIA müssen schweizerische Finanzinstitute der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) Daten von Kunden weiterleiten, die ihre steuerliche Ansässigkeit in einem AIA-Partnerstaat haben.¹ Diese Angaben werden durch die ESTV an die zuständige ausländische Steuerbehörde übermittelt.² Den Behörden soll damit die Möglichkeit zukommen, die Steuerehrlichkeit der fraglichen Personen zu überprüfen.

Der AIA führt in seinem Anwendungsbereich zu einer weiteren Einschränkung des Bankkundengeheimnisses und stellt einen signifikanten Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Kunden dar. Für die Finanzinstitute ist er zudem mit einem nicht zu unterschätzenden administrativen Mehraufwand verbunden.³ In materieller Hinsicht ist der automatische Informationsaustausch für Finanzdienstleister mit ausländischen Kunden jedoch eine Entlastung. Das Finanzinstitut wird im Rahmen des AIA durch das inländische Recht zur Sammlung und Übermittlung bestimmter Daten verpflichtet. Diese Angaben werden in einem geregelten und international anerkannten Verfahren an die zuständige ausländische Behörde weitergeleitet. Kommt der Dienstleister den regulatorischen Anforderungen nach, kann

¹ BIRRI/SCHLICHTING/ZÜND, ST 5/15, S. 412; HALLER/SCHEWIOR/HEINEMANN, digma 2015, S. 107.

² ALTENBURGER, Informationsaustausch, S. 71; HALLER/SCHEWIOR/HEINEMANN, digma 2015, S. 107.

³ Vgl. Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5518, wonach die mit der Einführung des AIA verbundenen Kosten für den Bankensektor auf ungefähr 300 – 600 Mio. CHF geschätzt werden.

er grundsätzlich weder von der ausländischen Behörde noch vom Kunden belangt werden. Zudem läuft er nicht Gefahr, mit der Weiterleitung der Daten ins Ausland gegen inländisches Recht zu verstossen.

Gestützt auf diese Überlegungen werden Finanzinstitute im Geltungsbereich des AIA vom Dilemma befreit, sich zwischen einer Verletzung von inländischem Straf- oder Aufsichtsrecht und einer Sanktionierung durch eine ausländische Behörde entscheiden zu müssen. So schreiben ihnen die Normen des AIA klar vor, welche Informationen sie auf welche Art und Weise von den Kunden einfordern müssen. Insbesondere hat der Gesetzgeber die Frage geklärt, wann sich die Finanzinstitute auf eine Selbstauskunft ihres Kunden stützen dürfen und was zu tun ist, wenn dieser die Auskunft verweigert.

Auf den ersten Blick scheinen mit dieser Regelung auch die zivilrechtlichen Probleme der Finanzinstitute weitgehend gelöst zu sein: Die Kunden dürfen eine gestützt auf die AIA-Regulierung eingeforderte Selbstauskunft nicht verweigern. Tun sie dies dennoch oder machen sie unzutreffende Angaben, kann das Finanzinstitut durch die ausländische Behörde nicht belangt werden, solange es die regulatorisch geforderten Schritte unternommen hat. Bei einer genaueren Betrachtung ergeben sich aber auch unter der neuen Rechtslage zivilrechtliche Fragestellungen.

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, welche privatrechtlichen Herausforderungen die Regeln des AIA zur Selbstauskunft der Kunden mit sich bringen. Nach einer Darstellung von Begriff, Anwendungsbereich und Form der sog. Self-Certification gemäss AIA widmen sich die Ausführungen der Frage nach den vertragsrechtlichen Grundlagen einer gültigen Selbstauskunft. Anschliessend untersucht die Abhandlung Konstellationen, in denen ein Finanzinstitut mit einer fehlerbehafteten Selbstauskunft eines Kunden konfrontiert wird. Entsteht dem Finanzinstitut daraus ein Schaden? Wenn ja, welche Vorkehrungen muss es vertragsrechtlich treffen, damit es diesen Schaden dem Kunden gegenüber geltend machen kann? Schliesslich befasst sich die Untersuchung mit den Haftungsrisiken, welche das Finanzinstitut mit einer Verletzung vertraglicher Pflichten anlässlich der Einholung oder Verwertung einer Selbstauskunft eingeht.

II. Self-Certification nach AIA

Die Regularien rund um den AIA definieren zum einen, unter welchen Voraussetzungen das Finanzinstitut eine Self-Certification einzuholen hat. Die Bestimmungen unterscheiden dabei zwischen Konten, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AIA bereits bestehen, und Konten, die erst nach Inkrafttreten der neuen Vorschriften eröffnet werden. Zum anderen legen die Vorschriften die Form der Selbstauskunft fest und stellen gewisse Anforderungen an die Plausibilisierung der Angaben. Schliesslich sehen die AIA-Regeln auch vor, welche Konsequenzen eine fehlende, unzutreffende oder unvollständige Selbstauskunft nach sich zieht.

1. Begriff

Der Begriff der Self-Certification – oder Selbstauskunft – wird in der AIA-Gesetzgebung nicht eigens definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt. Der OECD-Kommentar zum gemeinsamen Meldestandard gemäss AIA⁴ bezeichnet die Selbstauskunft als «certification by the Account Holder that provides the Account Holder's status and any other information that may be reasonably requested by the Reporting Financial Institution to fulfil its reporting and due diligence obligations, such as whether the Account Holder is resident for tax purposes in a Reportable Jurisdiction». Die Definition der OECD orientiert sich damit an den Zielsetzungen, die durch die Einholung einer Selbstauskunft erreicht werden sollen. Ähnlich argumentiert auch die Botschaft zum AIAG, wonach die Selbstauskunft «einen wesentlichen Zweck im AIA»⁵ erfüllt, indem sie «Auskunft über die steuerliche Ansässigkeit [gibt] und (...) damit entscheidend für die richtige Adressierung der Meldung» ist.⁶

Die Selbstauskunft der Kunden ist jedoch nicht das einzige Mittel zur Informationsbeschaffung des Finanzinstituts. Vielmehr enthält die Regulierung eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten, wie das Finanzinstitut an die re-

⁴ OECD (2014), Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OECD Publishing, Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 7, S. 128.

⁵ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5513.

⁶ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5513. Siehe bereits OECD (2015), Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, The CRS Implementation Handbook, Para. 140, S. 57, wonach die Self-Certification «establishes where the individual is resident for tax purposes».

levanten Informationen gelangen kann. Im Vordergrund steht dabei die Referenz auf eigene Quellen des meldenden Instituts, wie zum Beispiel die Suche in seinen elektronischen Datensätzen oder Papierunterlagen.⁷ Eine Selbstauskunft ist daher gestützt auf den AIA-Standard nicht immer nötig, um die steuerliche Ansässigkeit eines Kontoinhabers festzustellen und die notwendigen Informationen weiterzuleiten. Deren Einholung ist vielmehr nur dann erforderlich, wenn das Finanzinstitut nicht selbst über die fraglichen Angaben verfügt⁸ und deshalb auf die Kooperation des Kunden angewiesen ist.⁹

Unter der Selbstauskunft gemäss AIA sind somit alle Angaben des Kunden zu verstehen, die ein Finanzinstitut für die Erfüllung seiner Pflichten gemäss der AIA-Regulierung benötigt. Im Zentrum stehen dabei jene Informationen, welche das Finanzinstitut für die Abklärung braucht, ob das Konto eines Kunden unter die AIA-Meldepflicht fällt oder nicht.¹⁰ Im Sinne des oben beschriebenen Subsidiaritätsgedankens wird eine Selbstauskunft im Wesentlichen erst erforderlich, wenn das Finanzinstitut die fraglichen Informationen ohne Mitwirkung des Kunden nicht erlangen kann.

2. Anwendungsbereich

Die Tatbestände, unter denen gemäss AIA eine Selbstauskunft des Kunden erforderlich ist, sind äusserst unterschiedlich. Bei der näheren Bestimmung des Anwendungsbereichs der Selbstauskunft sind stets die folgenden Grundkonstellationen auseinanderzuhalten. Erstens wird danach unterschieden, ob der Kunde eine natürliche Person oder ein sog. Rechtsträger ist.¹¹ Zweitens ist zwischen Neukonten und bestehenden Konten zu differenzieren.

⁷ OECD, Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten, Gemeinsamer Meldestandard (GMS, Common Reporting Standard, CRS), Abschnitt III.B.2 und III.C; HALLER/SCHIEWIOR/HEINEMANN, *digma* 2015, S. 108; WEBER/RÜEGGER/KING, ST 12/14, S. 1173.

⁸ Bzw. die Informationen nicht über öffentlich zugängliche Quellen einholen kann.

⁹ So auch Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5513: «Über die eigene steuerliche Ansässigkeit weiss namentlich die meldepflichtige Person Bescheid. Sie ist deshalb verpflichtet, dem Finanzinstitut darüber vollständig und richtig Auskunft zu erteilen».

¹⁰ HALLER/SCHIEWIOR/HEINEMANN, *digma* 2015, S. 108; STOJANOVIC, ST 6-7/15, S. 513 f.

¹¹ Zum Begriff siehe sogleich, Abschnitt 2.b.

a) Neukonto einer natürlichen Person

Ein Konto qualifiziert als Neukonto gemäss AIA, wenn es «am Tag der Anwendbarkeit des automatischen Informationsaustauschs mit einem Partnerstaat oder später eröffnet wird».¹² Meldende schweizerische Finanzinstitute haben gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. c AIAG die Möglichkeit, «die für Neukonten geltenden Verfahren zur Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten auf bestimmte oder alle bestehenden Konten [anzuwenden]»¹³ oder «Finanzkonten, die frühestens im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes eröffnet werden, als Neukonten [zu] behandeln».¹⁴ Bei einem solchen Vorgehen wird der Begriff des Neukontos zumindest partiell ausgedehnt.

Bei der Eröffnung eines Neukontos für natürliche Personen spielt die Selbstauskunft eine wichtige Rolle. Das Finanzinstitut ist gemäss Abschnitt IV des gemeinsamen AIA-Meldestandards verpflichtet, anlässlich der Kontoeröffnung eine Selbstauskunft des Kunden einzuholen. Alternativen zu diesem Vorgehen stehen nicht bereit.¹⁵ Die Auskunft kann «Bestandteil der Kontoeröffnungsunterlagen sein» und muss es dem Finanzinstitut ermöglichen, «die steuerliche(n) Ansässigkeit(en) des Kontoinhabers» festzustellen.¹⁶ Ergibt die Selbstauskunft, «dass der Kontoinhaber in einem meldepflichtigen Staat steuerlich ansässig ist, so muss das meldende Finanzinstitut das Konto als meldepflichtiges Konto betrachten».¹⁷

b) Neukonto eines Rechtsträgers

Wird das Neukonto nicht durch eine natürliche Person, sondern durch einen Rechtsträger – d.h. durch «eine juristische Person oder ein Rechtsgebilde wie zum Beispiel eine Kapitalgesellschaft, eine Personengesellschaft, einen Trust oder eine Stiftung»¹⁸ – eröffnet, so muss das Finanzinstitut differenzierte Abklärungen treffen. Im Vordergrund stehen zwei Fragen: Zum einen muss das Finanzinstitut herausfinden, ob der Rechtsträger selbst als meldepflichtig-

¹² Vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. j AIAG. Es muss sich um ein Finanzkonto handeln. Zum Begriff des Finanzkontos vgl. Abschnitt VIII.C GMS.

¹³ Art. 9 Abs. 1 Bst. c AIAG.

¹⁴ Art. 9 Abs. 1 Bst. g AIAG.

¹⁵ Abschnitt IV.A GMS.

¹⁶ Abschnitt IV.A GMS.

¹⁷ Abschnitt IV.B GMS.

¹⁸ Abschnitt VIII.E.3 GMS.

tige Person qualifiziert.¹⁹ Zum anderen muss es abklären, ob eine beherrschende Person²⁰ dieses Rechtsträgers ebenfalls eine meldepflichtige Person ist.²¹

In diesem Kontext ist eine Selbstauskunft erstens für die Abklärung erforderlich, ob der fragliche Rechtsträger eine meldepflichtige Person gemäss AIA ist. Dies ist grundsätzlich zu bejahen, wenn der Kontoinhaber in einem meldepflichtigen Staat ansässig ist.²² Zweitens benötigt das Finanzinstitut die Selbstauskunft regelmässig,²³ um festzustellen, ob der Rechtsträger ein passiver NFE ist.²⁴ Ist dieser Umstand etabliert, dann stützt sich das Finanzinstitut drittens auf die Selbstauskunft, um zu prüfen, ob «eine beherrschende Person eines passiven NFE»²⁵ als meldepflichtige Person zu qualifizieren ist oder nicht.²⁶ Sobald das Finanzinstitut festgestellt hat, dass ein Unternehmen ein passiver NFE ist, wird es immer eine Selbstauskunft des wirtschaftlich Berechtigten einholen.

c) Bestehendes Konto einer natürlichen Person

Ein Konto gilt unter dem AIA dann als bestehendes Finanzkonto, wenn es «am Tag vor Beginn der Anwendbarkeit des automatischen Informationsaustauschs mit einem Partnerstaat von einem meldenden schweizerischen

¹⁹ Zum Begriff der meldepflichtigen Person vgl. Abschnitt VIII.D.2 GMS.

²⁰ Abschnitt VIII.D.6 GMS; OECD-Kommentar zu Abschnitt VIII, Para. 132 ff., S. 198.

²¹ Abschnitt VI.A.2.c GMS.

²² Vgl. Abschnitt VI.A.1.a und b GMS.

²³ Keine Selbstauskunft ist erforderlich, wenn «das meldende Finanzinstitut (...) anhand von in seinem Besitz befindlichen oder öffentlich verfügbaren Informationen in vertretbarer Weise feststellen [kann], dass der Kontoinhaber ein aktiver NFE ist oder ein anderes Finanzinstitut als ein unter Abschnitt VIII Unterabschnitt A Nummer 6 Buchstabe b beschriebenes Investmentunternehmen, bei dem es sich nicht um ein Finanzinstitut eines teilnehmenden Staates handelt» (Abschnitt V.D.2.a GMS).

²⁴ Abschnitt VI.A.2.a GMS. Als passiver NFE qualifizieren Unternehmen, die keine aktiven NFE sind. Aktive NFE sind u.a. «Rechtsträger, welche zu mehr als 50% aktive Einkünfte vereinnahmen (d. h. nicht Vermögenserträge) und von deren Vermögenswerten weniger als 50% zur Erzielung passiver Einkünfte gehalten werden» (BIRRI/ZÜND, EF 8/15, S. 637). Weiter gelten auch «gewisse nicht in einem AIA-Staat ansässige Investmentunternehmen» als passive NFE (BIRRI/ZÜND, EF 8/15, S. 637, sowie Abschnitt VIII.D.8 und 9 GMS).

²⁵ Abschnitt VI.A.2.c GMS.

²⁶ Abschnitt VI.A.2.c GMS.

Finanzinstitut geführt wird».²⁷ Bestehende Konten von natürlichen Personen werden in Konten von geringem Wert und solche von hohem Wert unterteilt. Ein Konto hat dann einen geringen Wert, wenn es «am 31. Dezember vor Beginn der Anwendbarkeit des automatischen Informationsaustauschs mit einem Partnerstaat einen Gesamtsaldo oder Gesamtwert von höchstens einer Million Franken aufweist».²⁸ Als Konten von hohem Wert gelten gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. 1 AIAG sämtliche Konten, welche diese Parameter übersteigen. Bei Konten von geringem Wert sind die Abklärungspflichten der Finanzinstitute gemäss AIA weniger weitgehend als bei Konten von hohem Wert.

Bei *Konten von geringem Wert* kommt die Einholung einer Selbstauskunft nur ausnahmsweise zur Anwendung. Im Vordergrund steht in diesen Konstellationen das Abstützen auf eine bekannte Hausanschrift oder die Suche in den elektronischen Datensätzen des meldenden Finanzinstituts.²⁹ Liegen Indizien vor, dass der Kontoinhaber in einem meldepflichtigen Staat ansässig ist, können diese durch eine Selbstauskunft des Kontoinhabers entkräftet werden.³⁰ Die Finanzinstitute werden regulatorisch nicht verpflichtet, in diesem Fall eine Selbstauskunft einzuholen und einzusetzen. Vielmehr überlassen es die Vorschriften dem Finanzinstitut, ob es von der Option Gebrauch machen will oder nicht.³¹ Das Finanzinstitut ist hingegen auch bei fehlenden Indizien zur Einholung einer Selbstauskunft verpflichtet, wenn es bei der elektronischen Suche auf einen Postlagerungsauftrag oder eine c/o-Anschrift trifft. Als Alternative dazu stehen ihm das Einfordern von Belegen oder die Suche in den Papierdokumenten des Instituts zur Verfügung.³²

Bei *Konten von hohem Wert* wird das Finanzinstitut zur Einholung einer Selbstauskunft angehalten, wenn es bei der elektronischen Suche auf einen Postlagerungsauftrag oder eine c/o-Anschrift in einem meldepflichtigen Staat stösst und über keine weiteren Indizien für die steuerliche Ansässig-

²⁷ Art. 2 Abs. 1 Bst. i AIAG.

²⁸ Art. 2 Abs. 1 Bst. k AIAG.

²⁹ Abschnitt III.B GMS. Siehe auch Art. 9 Abs. 1 Bst. e AIAG, wonach die Institute zwischen den beiden Verfahren frei wählen können.

³⁰ Abschnitt III.B.6 GMS.

³¹ Siehe auch den Originalwortlaut von Abschnitt III.B.6 GMS: «Notwithstanding a finding of indicia under subparagraph B(2), a Reporting Financial Institution *is not required* to treat an Account Holder as a resident of a Reportable Jurisdiction if (...)» [Hervorhebung durch die Autorinnen].

³² Abschnitt III.B.5 GMS.

keit des Kontoinhabers verfügt.³³ Auch hier kann das Finanzinstitut einen Beleg anstelle einer Selbstauskunft einfordern, um die steuerliche Ansässigkeit des Kontoinhabers festzustellen.³⁴ Keine ausreichende Alternative bietet dagegen eine Suche in den Papierdokumenten. Weiter kann das Finanzinstitut die Selbstauskunft auch bei Konten von hohem Wert heranziehen, um Indizien zu entkräften, wonach der Kontoinhaber in einem meldepflichtigen Staat ansässig ist.³⁵

d) Bestehendes Konto eines Rechtsträgers

Wie bei Neukonten muss das Finanzinstitut auch bei einem bestehenden Konto eines Rechtsträgers abklären, ob der Rechtsträger selbst als meldepflichtige Person qualifiziert und ob eine beherrschende Person dieses Rechtsträgers eine meldepflichtige Person ist.³⁶ Daneben unterscheidet die AIA-Regulierung bei bestehenden Konten zwischen nicht überprüfungspflichtigen und überprüfungspflichtigen Konten. Erstere liegen dann vor, wenn sie «einen Kontosaldo oder -wert von höchstens 250'000 US-Dollar» aufweisen.³⁷ Sobald ein Konto diesen Wert übersteigt, wird es zu einem überprüfungspflichtigen Konto.³⁸

Anders als bei Neukonten ist bei der Überprüfung von bestehenden Konten eines Rechtsträgers eine Selbstauskunft nicht immer zwingend:³⁹ Sie kann erstens herangezogen werden, um Hinweise auf eine Meldepflicht zu entkräften.⁴⁰ Für diesen Fall statuiert die Regulierung aber nur die Möglichkeit und nicht die Pflicht zur Auskunftseinholung. Eine Selbstauskunft wird zweitens benötigt, um den Status des Rechtsträgers als passiven NFE abzuklären.⁴¹ Kann das Finanzinstitut den fraglichen Rechtsträger allerdings gestützt auf eigene oder öffentliche Informationen als aktiven NFE bezeichnen,

³³ Abschnitt III.C.5.c GMS.

³⁴ Abschnitt III.C.5.c GMS.

³⁵ Abschnitt III.C.5.b GMS m.H. auf Abschnitt III.B.6 GMS.

³⁶ Siehe Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5477 f.

³⁷ Abschnitt V.A GMS. Zur Konkretisierung im Schweizer Recht siehe Art. 9 Abs. 1 Bst. d AIAG.

³⁸ Abschnitt V.B GMS; MATTEOTTI/BOURQUIN/MANY, ASA 82, S. 706.

³⁹ Die Abklärungen werden meistens gestützt auf bereits vorhandene Informationen vorgenommen, siehe Abschnitt V.D GMS.

⁴⁰ Abschnitt V.D.1.b GMS.

⁴¹ Abschnitt V.D.2.a GMS.

darf es diesbezüglich auf die Selbstauskunft verzichten.⁴² Drittens muss das Finanzinstitut eine Selbstauskunft einholen, um zu prüfen, ob «eine beherrschende Person eines passiven NFE eine meldepflichtige Person ist».⁴³ Alternativen zur Selbstauskunft bestehen für diese Frage nur, wenn der Kontosaldo nicht höher als eine Million USD ist. Diesfalls kann sich das Institut auf die GwG-Informationen stützen.⁴⁴

3. Form

Die Selbstauskunft kann in einer beliebigen Form abgegeben werden.⁴⁵ Auch eine vertretungsweise⁴⁶ oder eine mündliche Selbstauskunft ist grundsätzlich zulässig.⁴⁷ Erfolgt eine Selbstauskunft in Bezug auf das Neukonto einer natürlichen Person, sieht der gemeinsame Meldestandard zum AIA allerdings vor, dass die Auskunft durch eine Unterschrift oder auf andere Weise durch den Kunden bestätigt werden muss.⁴⁸ Eine solche Bestätigung gilt dann als erfolgt, wenn das Finanzinstitut über eine eindeutige Aussage des Kunden verfügt, dass er mit der fraglichen Auskunft einverstanden ist.⁴⁹ Zudem muss die Selbstauskunft im Zusammenhang mit der Eröffnung eines Neukontos datiert sein, den Namen, die Wohnadresse, den Staat der steuerlichen Ansässigkeit, die Steueridentifikationsnummer und das Geburtsdatum des Kunden enthalten.⁵⁰ Diese Voraussetzungen qualifizieren als Gültigkeitserfordernisse: Fehlt eine Anforderung, gilt die Selbstauskunft als nicht erteilt.⁵¹

Für Selbstauskünfte in anderen Konstellationen – d.h. insbesondere für Selbstauskünfte zu bestehenden Konten bzw. von nicht natürlichen Personen – sehen die AIA-Regularien keine besonderen formellen Anforderungen

⁴² Abschnitt V.D.2.a GMS.

⁴³ Abschnitt V.D.2.c GMS.

⁴⁴ Vgl. Art. 3 ff. GwG.

⁴⁵ Vgl. OECD-Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 9 f., S. 129. Gemäss AIA-FAQ, Frage 9, kann die Selbstauskunft so vorbereitet werden, dass der Kunde mit «Ja» oder «Nein» auf die entsprechenden Fragen antworten kann.

⁴⁶ Vgl. AIA-FAQ, Frage 10.

⁴⁷ Vgl. AIA-FAQ, Frage 8.

⁴⁸ Vgl. das CRS Implementation Handbook, Para. 142, S. 57.

⁴⁹ Vgl. AIA-FAQ, Frage 7.

⁵⁰ OECD-Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 7, S. 128 f., und CRS Implementation Handbook, Para. 142, S. 57 f.

⁵¹ OECD-Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 7, S. 128.

vor. Es ist allerdings davon auszugehen, dass das Finanzinstitut auch in diesen Fällen eine schriftliche oder anderweitig klare Bestätigung des Kunden über sein Einverständnis mit der Selbstauskunft einfordern muss. Insbesondere dürfte das Stillschweigen auf die Zustellung eines ausgefüllten Fragebogens nicht als Selbstauskunft im Sinne des AIA qualifizieren.⁵² Nicht in jedem Fall notwendig erscheint dagegen die Angabe der weiteren Informationen wie Adresse, Steuerdomizil oder Geburtsdatum. Bei bestehenden Kontobeziehungen verfügt das Finanzinstitut in aller Regel bereits über diese Angaben und kann sie bei Bedarf intern abfragen.⁵³

4. Plausibilisierung

a) Allgemeiner Massstab

Die meldenden Finanzinstitute müssen bei der Einholung einer Selbstauskunft einen Mindeststandard anwenden. So schreibt der gemeinsame Meldestandard für sämtliche Selbstauskünfte vor, dass sich das Finanzinstitut nicht auf Selbstauskünfte verlassen darf, «wenn ihm bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass die Selbstauskunft oder die Belege nicht zutreffend oder unglaubwürdig sind».⁵⁴ Weiter statuiert Art. 11 Abs. 1 AIAG, dass eine Selbstauskunft immer nur «so lange gültig [ist], bis eine Änderung der Gegebenheiten eintritt, aufgrund der dem meldenden schweizerischen Finanzinstitut bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass die Selbstauskunft nicht zutreffend oder unglaubwürdig ist».

Neben diesen allgemeinen Pflichten macht der gemeinsame Meldestandard vereinzelt besondere Angaben zur Art und Weise, wie eine Selbstauskunft zu plausibilisieren ist. Diese Vorschriften ergänzen den allgemeinen Massstab, ohne ihn zu verdrängen. Zu unterscheiden ist dabei zwischen den besonderen Anforderungen an eine Selbstauskunft für ein Neukonto und an eine Auskunft zu einem bestehenden Konto.

⁵² Vgl. OECD-Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 7, S. 128: «a self-certification is valid only if it is signed (or otherwise positively affirmed) by the Account Holder».

⁵³ Bei relevanten Änderungen dieser Eckpunkte besteht jedoch eine Pflicht zur Aktualisierung der ursprünglich erteilten Selbstauskunft, vgl. Art. 18 AIAG.

⁵⁴ Abschnitt VII.A GMS.

b) Prüfpflichten bei Neukonten

Erfolgt die Selbstauskunft für das *Neukonto einer natürlichen Person*, hat das Finanzinstitut die Plausibilität dieser Angaben gestützt auf die bei der Kontoeröffnung «beschafften Informationen» zu überprüfen.⁵⁵ Einzubeziehen sind insbesondere die Unterlagen, welche das Finanzinstitut zur Erfüllung seiner GwG-Pflichten eingeholt hat.⁵⁶ Der gemeinsame Meldestandard hält zudem ausdrücklich fest, dass das Finanzinstitut eine neue Selbstauskunft einholen muss, wenn es aufgrund veränderter Gegebenheiten darauf aufmerksam wird oder darauf aufmerksam werden müsste, «dass die ursprüngliche Selbstauskunft nicht zutreffend oder unglaubwürdig ist».⁵⁷

Wird die Selbstauskunft für das *Neukonto eines Rechtsträgers* erbracht, statuiert der gemeinsame Meldestandard nur für die Frage, ob der Rechtsträger eine meldepflichtige Person ist, besondere Anforderungen an die Plausibilisierung: Die Auskunft muss wie bei den Neukonten für natürliche Personen anhand der Informationen plausibilisiert werden, welche das Finanzinstitut bei der Kontoeröffnung eingeholt hat.⁵⁸ Insbesondere darf die Erklärung, es liege keine steuerliche Ansässigkeit vor, gestützt «auf die Anschrift des Hauptsitzes des Rechtsträgers» beurteilt werden.⁵⁹

c) Prüfpflichten bei bestehenden Konten

Die Regeln zur Selbstauskunft bei *bestehenden Konten von natürlichen Personen* statuieren keine besonderen Anforderungen an die Plausibilisierung der Angaben. Es kommen somit ausschliesslich die allgemeinen Vorgaben der AIA-Regulierung zur Anwendung.

Für die Plausibilisierung der Selbstauskunft bei *bestehenden Konten von Rechtsträgern* sieht der gemeinsame Meldestandard für die Abklärung, ob der Rechtsträger eine meldepflichtige Person ist, in Abschnitt V eine eigene Plausibilisierungsregel vor. Gemäss dieser Vorschrift muss das Finanzinstitut eine neue Selbstauskunft besorgen, wenn es aufgrund veränderter Gegebenheiten darauf aufmerksam wird oder aufmerksam werden müsste, «dass

⁵⁵ Abschnitt IV.A GMS.

⁵⁶ Zu den Anforderungen an diesen *reasonableness test* vgl. OECD-Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 22 ff., S. 133.

⁵⁷ Abschnitt IV.C GMS sowie allgemein Art. 11 Abs. 1 AIAG.

⁵⁸ Abschnitt VI.A.1.a GMS.

⁵⁹ Abschnitt VI.A.1.a GMS.

die Selbstauskunft (...) nicht zutreffend oder unglaubwürdig» ist.⁶⁰ Für Finanzinstitute, die dem Schweizer AIAG unterstehen, gilt diese Vorschrift jedoch bereits gestützt auf die allgemeinen Plausibilisierungsanforderungen.⁶¹

5. Fehlende, unzutreffende oder unvollständige Selbstauskunft

Gelingt es dem meldenden Finanzinstitut in den unter Abschnitt II.2 beschriebenen Konstellationen nicht, eine Selbstauskunft vom Kontoinhaber einzuholen, kann es die Meldepflicht des fraglichen Kontos nicht ausreichend prüfen. Der AIA-Standard hält Regeln bereit, welche die Konsequenzen einer fehlenden, unzutreffenden oder unvollständigen Selbstauskunft festlegen.

Hat das Finanzinstitut für ein *Neukonto* bis 90 Tage nach Kontoeröffnung nicht alle relevanten Informationen erhalten, um seine Pflichten gemäss den AIA-Vorschriften erfüllen zu können, muss es das Konto gestützt auf die schweizerische AIA-Regelung schliessen oder sperren.⁶² Eine Schliessung ist erforderlich, wenn «Name, Anschrift und Geburtsdatum des Kontoinhabers oder der Kontoinhaberin und der beherrschenden Personen» nicht vorliegen.⁶³ In den übrigen Fällen wird das Konto gesperrt.⁶⁴

Fehlen einem Finanzinstitut die erforderlichen Informationen in Bezug auf ein *bestehendes Konto*, präsentiert sich die Lage weniger einheitlich. Bei fehlenden Informationen über die steuerliche Ansässigkeit einer natürlichen Person muss das Finanzinstitut das Konto als nicht dokumentiertes Konto melden.⁶⁵ Für bestehende Konten von Rechtsträgern ist keine entsprechende Regelung vorgesehen. Hier können sich die Finanzinstitute nur punktuell auf regulatorische Handlungsanweisungen stützen: Zum einen erlaubt bereits der gemeinsame Meldestandard ein partielles Ausweichen auf andere

⁶⁰ Abschnitt V.E.3 GMS.

⁶¹ Siehe Art. 11 Abs. 1 AIAG.

⁶² Art. 11 Abs. 8 und 9 AIAG.

⁶³ Art. 11 Abs. 8 AIAG. Vorbehalten bleiben die Pflichten nach Art. 9 f. GwG. Vgl. dazu Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5498.

⁶⁴ Art. 11 Abs. 9 AIAG.

⁶⁵ Vgl. Abschnitt III.B.5 GMS (Konten von geringem Wert) und Abschnitt III.C.5.c GMS (Konten von hohem Wert). Zum Begriff des nicht dokumentierten Kontos vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. e AIAG.

zulässige Informationsquellen.⁶⁶ Zum anderen sieht der entsprechende OECD-Kommentar Möglichkeiten vor, wie das Finanzinstitut die fehlenden Angaben substituieren kann.⁶⁷ Die Meldepflicht der Finanzinstitute wird durch die fehlende Selbstauskunft aber grundsätzlich nicht beeinflusst.

Hat das Finanzinstitut angemessene organisatorische Vorkehrungen getroffen, um die Selbstauskunft einzuholen,⁶⁸ darf ihm aus der fehlenden oder mangelhaften Auskunft kein Nachteil erwachsen. Für den Kontoinhaber haben jedoch die vorsätzliche Angabe von falschen Informationen sowie die unterlassene Meldung von veränderten Gegebenheiten erhebliche Konsequenzen. So sieht Art. 35 AIAG vor, dass ein solches Vorgehen mit einer Busse von bis zu 10'000 CHF bestraft wird.⁶⁹

6. Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich der Selbstauskunft wird durch die AIA-Regulierung genau umrissen. Insbesondere halten die Vorschriften des gemeinsamen Meldestandards detailliert fest, für welche Angaben zwingend eine Selbstauskunft einzuholen ist. Weniger umfassend behandelt der Meldestandard dagegen die Frage nach der Form, in welcher Selbstauskünfte einzuholen sind. Insbesondere fehlen Aussagen über die formellen Anforderungen an die Selbstauskunft für bestehende Konten. Schliesslich äussern sich die Vorschriften auch zur Plausibilisierung der erhaltenen Auskünfte sowie zu den Konsequenzen einer fehlenden oder mangelhaften Selbstauskunft. Gerade im letzten Punkt sind die Regeln ebenfalls nicht erschöpfend. Aus den Zielsetzungen der Regulierung und den vorhandenen punktuellen Regeln ist jedoch zu schliessen, dass eine fehlende oder ungenügende Selbstauskunft die Pflichten des Finanzinstituts nur dann beeinflusst, wenn es gestützt auf die unterbliebene Information die Meldung an die ESTV nicht sinnvoll vornehmen kann. In sämtlichen übrigen Fällen hat das Institut eine Meldung im Rahmen des Möglichen zu erbringen.

⁶⁶ Vgl. z.B. Abschnitt V.D.1 GMS.

⁶⁷ Siehe u.a. OECD-Kommentar zu Abschnitt V, Para. 24, S. 141.

⁶⁸ Vgl. Art. 11 Abs. 7 AIAG.

⁶⁹ Zu den praktischen Problemen der Strafverfolgung vgl. Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5513.

III. Vertragliche Grundlagen der Selbstauskunft

Die Anforderungen an die Selbstauskunft gemäss AIA-Standard werden im öffentlichen Recht festgehalten. Die Einholung und Weitergabe von Kundendaten muss aber auch den privatrechtlichen Voraussetzungen an ein solches Vorgehen gerecht werden. Im Folgenden wird deshalb untersucht, inwiefern die Einführung des AIA eine Änderung der vertraglichen Beziehungen zwischen dem Finanzinstitut und seinen Kunden erforderlich macht.

1. Grundlagen

Die Selbstauskunft von Kontoinhabern ist für die meldenden Finanzinstitute eine wesentliche Voraussetzung zur Einhaltung der AIA-Vorschriften. Der privatrechtliche Rahmen, in welchem sich das Finanzinstitut und der Kunde bewegen, ermöglicht das Einholen einer Selbstauskunft aber nicht ohne weiteres. So ist der Kunde zwar gestützt auf seinen Vertrag mit dem Finanzinstitut verpflichtet, diesem die zur Leistungserbringung erforderlichen Informationen zu erteilen.⁷⁰ Weitergehende Angaben muss er jedoch grundsätzlich nicht machen.⁷¹ Zudem ist dem Finanzinstitut gestützt auf das dispositive Privatrecht eine Herausgabe von Kundendaten nur unter restriktiven Voraussetzungen erlaubt. Insbesondere unterliegen die Finanzinstitute nach Art. 398 OR und Art. 2 ZGB einer privatrechtlichen Geheimhaltungspflicht.⁷² Die Weitergabe von Kundendaten an eine Behörde erfordert daher in aller Regel die Zustimmung des betroffenen Kunden.

⁷⁰ Zu den Mitwirkungspflichten des Kunden im Auftragsverhältnis vgl. BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 279.

⁷¹ Zu den Pflichten des Auftraggebers im Allgemeinen vgl. BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 274 ff.

⁷² EMMENEGGER/ZBINDEN, *Aufhebung des Bankgeheimnisses*, S. 203; MÜLLER, *AJP* 2015, S. 1539 in Fn. 9. Zusätzlich wird die vertrauliche Behandlung von Kundendaten durch Art. 47 BankG und die Vorschriften des Datenschutzrechts geschützt.

2. Verpflichtung zur Abgabe einer Selbstauskunft

a) Vorbemerkung

Damit ein Finanzinstitut seine Meldepflichten gemäss AIAG erfüllen kann, benötigt es oft bereits für die erstmalige Feststellung der steuerlichen Ansässigkeit eine Auskunft des Kunden. Neben dieser initialen Selbstauskunft ist es darauf angewiesen, dass ihm der Kunde im Verlauf der Geschäftsbeziehung relevante Änderungen der ursprünglich gelieferten Angaben aktiv meldet. Das AIAG kennt jedoch keine allgemeine Pflicht zur Abgabe von Selbstauskünften. Zwar werden die Kunden in Art. 18 AIAG ausdrücklich dazu angehalten, dem Finanzinstitut nach einer bereits erteilten Selbstauskunft veränderte Gegebenheiten mittels einer neuen Selbstauskunft mitzuteilen.⁷³ Ein Unterbleiben dieser Aktualisierung wie auch eine falsche Selbstauskunft werden unter Strafe gestellt.⁷⁴ Die Weigerung, überhaupt eine Auskunft abzugeben, wird durch die Strafnorm dagegen nicht berührt.⁷⁵ Das Finanzinstitut muss sich somit zumindest für die Einholung einer initialen Selbstauskunft ausschliesslich auf seine privatrechtliche Beziehung mit dem Kunden stützen.

b) Vertragliche Regelung bei Neukonten

Bei *Neukonten*, die nach dem Inkrafttreten des AIAG eröffnet werden, lassen sich die vertraglichen Grundlagen zur Abgabe von Selbstauskünften verhältnismässig einfach schaffen: Der Kunde ist im Rahmen der Kontoeröffnungsunterlagen zu einer initialen Selbstauskunft anzuhalten.⁷⁶ Weiter hat er sich vertraglich zur Mitteilung von veränderten Gegebenheiten zu verpflichten. Diese Pflicht ist ebenfalls in den Kontoeröffnungsunterlagen des Finanzinstituts zu statuieren.

⁷³ Vgl. Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5504.

⁷⁴ Art. 35 AIAG. Siehe dazu auch WEBER/KING/ROHRER, EF 9/15, S. 710. Die Bestimmung stellt nur die vorsätzliche Falschauskunft bzw. unterlassene Anpassung der Selbstauskunft unter Strafe. Zur Entstehungsgeschichte vgl. KING, EF 1-2/16, S. 8.

⁷⁵ Siehe *e contrario* die Ausführungen zu Art. 36 E-AIAG in der Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5513.

⁷⁶ Vgl. OECD-Kommentar zu Abschnitt IV, Para. 10, S. 129 f., zum möglichen Vorgehen bei der Einholung einer initialen Selbstauskunft.

c) Vertragliche Regelung bei bestehenden Konten

Für *bestehende Konten* muss das Finanzinstitut nicht bei allen Kunden eine Selbstauskunft einholen. Es kann sich vielmehr auf jene Konten beschränken, für die es ein Indiz einer steuerlichen Ansässigkeit in einem AIA-Partnerstaat gefunden hat.⁷⁷ Gerade bei Rechtsträgern wird die Einholung der Selbstauskunft dennoch relativ breit ausfallen: Bestehen Unsicherheiten über die steuerliche Ansässigkeit, hat das Finanzinstitut beim Kunden nachzufragen und eine Selbstauskunft einzuholen. Dies ergibt sich bereits gestützt auf Art. 11 Abs. 7 AIAG. Gemäss dieser Bestimmung müssen die Finanzinstitute angemessene organisatorische Massnahmen treffen, um sicherzustellen, «dass ihnen alle Informationen vorliegen, die (...) im Rahmen der Kontoeröffnung erhoben werden müssen, insbesondere dass die Selbstauskunft erteilt wird».

Wie holt das Finanzinstitut Bank eine solche Selbstauskunft ein? Wurde die Geschäftsbeziehung zwischen dem Kunden und dem Finanzinstitut vor der Einführung des AIA abgeschlossen, findet sich in der vertraglichen Vereinbarung mit hoher Wahrscheinlichkeit keine ausdrückliche Regelung über die Lieferung der entsprechenden Informationen. Auch eine Nebenleistungspflicht des Kunden zur Abgabe einer Selbstauskunft lässt sich aus dem Vertragsverhältnis zum Finanzinstitut in der Regel nicht ableiten. Zwar können öffentlichrechtliche Pflichten, die einer Vertragspartei auferlegt werden, durchaus zu vertraglichen Nebenpflichten der Gegenpartei führen⁷⁸ und die verpflichtete Vertragspartei kann bei deren Nichteinhaltung schadenersatzpflichtig werden.⁷⁹ Allerdings erleidet das Finanzinstitut gestützt auf das AIAG keinen Rechtsnachteil, wenn es vom Kunden trotz ernsthafter Bemühungen keine Selbstauskunft erhält. Vielmehr muss es das fragliche Konto diesfalls als nicht dokumentiertes Konto melden bzw. die verfügbaren Informationen an die Behörde einreichen.⁸⁰ Die Erteilung der Selbstauskunft ist somit nicht als eigentliche Pflicht, sondern als Obliegenheit zu qualifizieren.⁸¹

⁷⁷ Zu den relevanten Indizien vgl. Abschnitt III.B.1 und 2 GMS, Abschnitt III.C.1 und 2 GMS (natürliche Personen) sowie Abschnitt V.D.1 und 2 GMS (Rechtsträger).

⁷⁸ Vgl. zum Steuerrecht KOLLER, ZSR 1993 I, S. 174; für das deutsche Recht WALZ, BB 1991, S. 880 ff.

⁷⁹ Vgl. Art. 402 Abs. 2 OR.

⁸⁰ Vgl. oben Abschnitt II.5.

⁸¹ Zur Unterscheidung vgl. BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 279 f.

Auf eine Vertragsänderung i.e.S. kann im Hinblick auf die Erstauskunft trotzdem verzichtet werden: Entweder erklärt sich der Kunde mit der Informationserteilung einverstanden oder nicht. Stimmt er der Auskunftserteilung zu, ist der Kunde auch hier zu verpflichten, Änderungen in der steuerlichen Ansässigkeit aktiv mitzuteilen. Verweigert er dagegen eine initiale Selbstauskunft, so wird sich das Finanzinstitut in den meisten Fällen gezwungen sehen, das Vertragsverhältnis zu beenden.⁸² Vor einem solchen Schritt hat es den Kunden über die Konsequenzen einer Nichtkooperation zu informieren.⁸³

d) Ausgestaltung der vertraglichen Regelung

Bei der Formulierung der beschriebenen Vertragspassagen müssen die allgemeinen vertragsrechtlichen Gültigkeitserfordernisse eingehalten werden. Insbesondere dürfen die Klauseln die Inhaltsschranken von Art. 19 ff. OR und Art. 27 ZGB nicht durchbrechen. Dies bedeutet unter anderem, dass sich der Kunde mit seiner Pflicht zur Erteilung einer Selbstauskunft nicht übermässig binden darf. Eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB würde vorliegen, wenn der Kunde der Willkür des Finanzinstituts ausgesetzt wäre, weil «die grundsätzliche Vertragserfüllungspflicht im Ermessen» des Finanzinstituts stehen würde.⁸⁴ Dies könnte etwa dann eintreten, wenn die Einholung der Selbstauskunft völlig in das Ermessen des Finanzinstituts gestellt würde oder sich ausschliesslich aus internen Richtlinien ableiten würde.⁸⁵ Verweist der Vertragstext dagegen auf die klaren Voraussetzungen für eine Einforderung von Selbstauskünften gemäss der AIA-Regulierung und dupliziert damit die öffentlichrechtlichen Pflichten des Finanzinstituts, ist eine übermässige Bindung der Parteien zu verneinen.

Schliesslich sind bei der Formulierung der Klausel auch die spezifischen Anforderungen an die AGB-Kontrolle zu beachten.⁸⁶ Im Vordergrund steht

⁸² Vgl. unten, Abschnitt IV.

⁸³ Diese Warnpflicht ist als Nebenpflicht des Beauftragten zu qualifizieren. Vgl. dazu BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 267 ff. Gestützt auf Art. 404 OR bleibt es dem Finanzinstitut aber auch unter einer Missachtung dieser Pflicht in der Regel unbenommen, das Verhältnis zum Kunden jederzeit zu beenden.

⁸⁴ EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 102.

⁸⁵ Vgl. EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 106.

⁸⁶ Im Einzelnen vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 1123 ff., und WIDMER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen, N 67 ff.

dabei die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel.⁸⁷ Die Pflicht zur Lieferung von Angaben zur steuerlichen Ansässigkeit ist für geschäftsunerfahrene Kunden zwar wenig naheliegend und qualifiziert aus einer subjektiven Sichtweise somit – zumindest kurz vor und nach Inkrafttreten des AIAG – regelmässig als ungewöhnlich. Objektiv wird die Pflicht zur Auskunftserteilung in Steuerbelangen jedoch zunehmend zum Standard. Spätestens mit dem Inkrafttreten des AIAG transponiert eine Klausel, wonach die Kunden zur Abgabe von Selbstauskünften verpflichtet werden, lediglich die öffentlichrechtlichen Pflichten der Finanzinstitute auf die relevanten Kunden. Die Bestimmung kann deshalb kaum mehr als geschäftsfremd und objektiv ungewöhnlich bezeichnet werden.⁸⁸

3. Einwilligung zur Datenmeldung

Der Gesetzgeber war sich beim Erlass der AIA-Regulierung bewusst, dass Konflikte zwischen der Pflicht zur Weiterleitung von Kundendaten sowie den vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten des Finanzinstituts bestehen können. Er hat deshalb festgelegt, dass die Finanzinstitute zur Meldung bestimmter Kundeninformationen verpflichtet sind: Gemäss Art. 15 AIAG müssen Finanzinstitute die Daten, die sie unter den anwendbaren Abkommen gesammelt haben, an die ESTV weiterleiten. Gestützt auf diese Grundlage verfügen die Institute über einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund, der sowohl die privatrechtliche wie auch die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht aufhebt.⁸⁹ Eine Einwilligung des Kunden zur Weitergabe der Daten an die in- und ausländischen Behörden ist gestützt auf schweizerisches Recht somit nicht erforderlich⁹⁰ und das Finanzinstitut muss in diesem Punkt den Vertrag zwischen ihm und seinem Kunden nicht anpassen.⁹¹

⁸⁷ Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 1136 ff.

⁸⁸ Zum Erfordernis der objektiven Ungewöhnlichkeit vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 1138.

⁸⁹ Vgl. EMMENEGGER/ZBINDEN, Aufhebung des Bankgeheimnisses, S. 275 ff.

⁹⁰ Zum Verhältnis zwischen der Meldepflicht nach AIAG und dem Schutz gemäss DSG vgl. Art. 19 AIAG.

⁹¹ Eine vertragliche Einwilligung zur Weitergabe von Kundendaten könnte dem Finanzinstitut höchstens in Fällen helfen, in denen es Konten von natürlichen Personen aus Nicht-AIA-Staaten als sog. nicht dokumentierte Konten meldet und eine anschliessende gerichtliche Auseinandersetzung in einem Nicht-AIA-Staat stattfindet. Gerichte von Staaten, die mit der Schweiz kein Abkommen über einen automatischen Informations-

Allerdings kann es für das Finanzinstitut aus einer privatrechtlichen Sicht vorteilhaft sein, in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zumindest über seine Meldepflicht gemäss AIAG zu informieren. Mit einer Auf-führung dieser gesetzlichen Aufweichung des Bankkundengeheimnisses in seiner Vertragsdokumentation wahrt das Finanzinstitut seine vertragliche Pflicht zu einer offenen Information des Kunden.⁹² Dies kann es zwar auch auf andere Weise tun. So sind Finanzinstitute bereits gemäss Art. 14 AIAG verpflichtet, die «vom AIA betroffenen Personen (...) spätestens am 31. Ja-nuar des Jahres der ersten Übermittlung sie betreffender Informationen» über die Meldung an die ESTV und die Partnerstaaten der Schweiz zu in-formieren.⁹³ Neukunden werden zudem anlässlich der Kontoeröffnung zu einer Selbstauskunft angehalten und über die AIA-Meldepflicht informiert. Gerade für Kunden ohne bankenspezifische Kenntnisse ist es jedoch ver-ständlicher, wenn das Finanzinstitut in seinen AGB nicht nur die Geltung des Bankkundengeheimnisses statuiert, sondern auch auf die wohl wesent-lichste Ausnahme davon hinweist.

4. Selbstauskunft und banklagernde Korrespondenz

Die Nichterteilung einer AIA-Selbstauskunft hat für bestehende Kontoinha-ber einschneidende Konsequenzen.⁹⁴ Es liegt deshalb sowohl im Interesse des Kunden wie auch des Finanzinstituts, dass der Kunde die relevanten Informationen rechtzeitig übermittelt. Besteht zwischen dem Finanzinstitut und den von der AIA-Regulierung betroffenen Kunden eine Vereinbarung zur banklagernden Korrespondenz, wird die Einholung der Selbstauskunft erschwert. Aus einer zivilrechtlichen Perspektive stellen sich die folgenden Fragen: Einerseits ist zu prüfen, wann die Aufforderung des Finanzinstituts, eine Selbstauskunft einzureichen, bei Kunden mit einem Banklagernd-Dossier als zugestellt gilt. Andererseits muss geklärt werden, bis wann das

austausch abgeschlossen haben, werden das AIAG nur zurückhaltend als Grundlage zur Informationsvermittlung anerkennen. Entsprechende Risiken könnten mit einer kundenseitigen Zustimmung zur Datenerhebung und -weitergabe vermieden werden.

⁹² Zu den Treuepflichten im Auftragsrecht vgl. BK OR-FELLMANN, Art. 394 N 251 ff. und 267 ff.

⁹³ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5500.

⁹⁴ Insbesondere wird sich das Finanzinstitut bei einer nachhaltigen Weigerung regelmä-sig gezwungen sehen, die Geschäftsbeziehung zum Kunden zu beenden, siehe unten, Abschnitt IV.

Finanzinstitut von Kunden mit banklagernder Korrespondenz eine Antwort auf die Einforderung der Selbstauskunft erwarten darf.

a) Zustellung der Aufforderung zur Selbstauskunft

Vereinbart das Finanzinstitut mit dem Kunden eine banklagernde Korrespondenz, so bewahrt es seine Sendungen zuhanden des Kunden auf und erhöht damit die Diskretion der Korrespondenz zu dessen Gunsten.⁹⁵ Gestützt auf diese Interessenlage können die Sendungen nicht erst dann als zugestellt gelten, wenn sie durch den Kunden effektiv abgeholt worden sind. Deshalb vereinbaren die Finanzinstitute mit ihren Kunden regelmässig die sog. Zustellfiktion. Gemäss dieser Vereinbarung gelten die bei einem Finanzinstitut gelagerten Mitteilungen «in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem diese ins Banklagernd-Dossier abgelegt werden».⁹⁶ Es wird angenommen, der Kunde erlange dann sogleich Kenntnis davon.⁹⁷ In der Realität holt er die Korrespondenz jedoch nicht umgehend ab und trägt somit das Risiko einer verspäteten Kenntnisnahme.⁹⁸

Die Vereinbarung der Zustellfiktion wird grundsätzlich als zulässig erachtet, darf aber nicht rechtsmissbräuchlich eingesetzt werden.⁹⁹ Zudem bezieht sich die Zustimmung zur Zustellfiktion nur auf Risiken, mit denen der Kunde bei Eingehung der Vereinbarung rechnen musste.¹⁰⁰ Eine vertraglich vereinbarte Zustellfiktion ist aber nicht bereits ungültig, nur weil sie sich zum Nachteil des Kunden auswirkt.¹⁰¹

⁹⁵ BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.2.2; CHRISTEN, BJM 1994, S. 128.

⁹⁶ EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 122.

⁹⁷ BGE 124 II 124 E. 2d/aa S. 128; BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2.

⁹⁸ BGer Urteil 4A_262/2008 vom 23. September 2008 E. 2.3; 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005 E. 2.2, m.w.H. LOMBARDINI, Droit bancaire, N 108.

⁹⁹ Vgl. EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 123, sowie den Verweis auf BGer Urteil 4C.378/2004 bei SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 74.

¹⁰⁰ Urteil des HGer ZH HG090121 vom 19. Mai 2011 E. 4.3; BERTSCHINGER, Sorgfaltspflichten, S. 214 f.; EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 124.

¹⁰¹ Insbesondere muss der Kunde damit rechnen, «dass die Bank bei grundlegenden Änderungen der Rahmenbedingungen den Vertrag anpassen will und ihm entsprechende Willensäusserungen zustellt» (EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 124). Mit grober Fahrlässigkeit oder Vertragsverletzungen von Seiten des Finanzinstituts muss dagegen nicht gerechnet werden (GUTZWILLER, Vermögensverwaltung, S. 196).

Die Zustellfiktion ist von der Genehmigungsfiktion zu unterscheiden.¹⁰² Während mit der Genehmigungsfiktion eine Willenserklärung des Kunden fingiert wird, dient die Zustellfiktion lediglich dazu, «Zustellungsvereitelungen oder -Verzögerungen durch den Adressaten zu verhindern, bzw. dem Verantwortungsbereich des Empfängers zuzuweisen, wenn anzunehmen ist, dieser sei seiner Obliegenheit, den Empfang der Sendung zu ermöglichen, nicht nachgekommen».¹⁰³ Mit der Zustellfiktion wird somit ein Fristenlauf ausgelöst, «der andernfalls auf unbestimmte Zeit aufgeschoben bliebe».¹⁰⁴

Wird die Aufforderung zur Selbstauskunft über eine banklagernde Korrespondenz übermittelt, dann gilt sie gestützt auf die beschriebenen Grundsätze zur Zustellfiktion als zugestellt, sobald sie in das Banklagernd-Dossier des Kunden gelegt worden ist. Ein rechtsmissbräuchliches Handeln des Finanzinstituts ist in diesem Kontext wenig naheliegend. Zudem muss der Kunde damit rechnen, dass das Finanzinstitut ihm Formulare oder ähnliche Dokumente mittels banklagernder Korrespondenz zustellt. Die Zustellfiktion entfaltet somit bei der Aufforderung an den Kunden, eine Selbstauskunft zu erteilen, ihre vorgesehene Wirkung.

b) Abwarten der Reaktion des Kunden

Mit der Zustellung der Aufforderung, eine Selbstauskunft zu erteilen, hat das Finanzinstitut sein Ziel noch nicht erreicht. Entscheidend für das Institut ist vielmehr, ob der Kunde nun effektiv eine Selbstauskunft erteilt oder nicht. Um das Fehlen einer Antwort durch den Kunden zu antizipieren, vereinbaren Finanzinstitute mit den Kunden eines Banklagernd-Dossiers neben der Zustellfiktion regelmässig auch die Genehmigungsfiktion.¹⁰⁵ Damit einigen sich die Parteien darauf, dass «ein passives Verhalten des Kunden als Annahme»¹⁰⁶ des Antrags des Finanzinstituts zu verstehen ist.¹⁰⁷ Lehre und

¹⁰² Zur Genehmigungsfiktion vgl. sogleich unten, Abschnitt b.

¹⁰³ BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3. Ähnlich im Urteil 4A_42/2015 vom 9. November 2015 E. 6.3.

¹⁰⁴ BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002 E. 4.3. Die Auslösung eines Fristenlaufs durch die Zustellfiktion wird teilweise kritisiert, vgl. KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Kommentar zum BankG, Art. 47 N 272. Unterstützend dagegen BGE 124 II 124 E. 2 d/aa S. 128, sowie GUTZWILLER, Vermögensverwaltung, S. 196.

¹⁰⁵ EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 122.

¹⁰⁶ SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73.

Rechtsprechung erachten die Vereinbarung einer Genehmigungsfiktion in den AGB von Finanzinstituten grundsätzlich als zulässig.¹⁰⁸ Die Anwendung der Klausel darf aber nicht «zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis» führen.¹⁰⁹ Nach dem Vertrauensprinzip darf die Genehmigungsfiktion schliesslich nur greifen, wenn das Finanzinstitut «nach den Umständen in guten Treuen Gewissheit haben durfte», dass der schweigende Kunde der Vertragsänderung zustimmen wollte.¹¹⁰

Die Genehmigungsfiktion findet im vorliegenden Fall nicht unmittelbar Anwendung. Gestützt auf den OECD-Kommentar zum GMS¹¹¹ benötigt das Finanzinstitut eine eindeutige Reaktion des Kunden, damit es von einer gültigen Selbstauskunft ausgehen kann. Das blosses Schweigen auf eine Auskunftsaufforderung kann somit nie als ausreichende Selbstauskunft qualifizieren, selbst wenn das Finanzinstitut der Aufforderung zur Selbstauskunft bereits bekannte Kundendaten zur Bestätigung beilegt.¹¹² Die aus dem Vertrauensprinzip abgeleiteten Grundsätze der Genehmigungsfiktion können aber als Leitlinien dienen, um zu bestimmen, wie sich das Finanzinstitut nach der Zustellung der Auskunftsaufforderung zu verhalten hat.

Leistet ein Kunde der Aufforderung zur Selbstauskunft nachhaltig keine Folge, muss das Finanzinstitut anhand der vorhandenen Informationen über die Meldepflicht gemäss AIA entscheiden.¹¹³ Gestützt auf das Vertrauensprinzip hat das Finanzinstitut dem Kunden jedoch ausreichend Zeit zu geben, um auf die Anfrage zu reagieren. Weiss es etwa, dass der Kunde die

¹⁰⁷ Die Genehmigungsfiktion stellt somit eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz dar, dass eine Zustimmung zu einem Antrag meistens nicht durch blosses Schweigen erfolgen kann. Siehe EMMENEGGER/GOOD, *Welche Rechte haben Abschleicher?*, S. 118, sowie GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, OR AT I, Rz. 451; BK OR-KRAMER, Art. 6 N 44.

¹⁰⁸ SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73 f., sowie EMMENEGGER/GOOD, *Welche Rechte haben Abschleicher?*, S. 118, m.w.H. auch zur Ungewöhnlichkeit der Fiktion. Damit die Klausel Anwendung finden kann, muss der Kunde Gelegenheit haben, sich effektiv gegen deren Anwendbarkeit auszusprechen. Siehe CHRISTEN, BJM 1994, S. 128; SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 73.

¹⁰⁹ SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 74 m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

¹¹⁰ SIBBERN/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 74.

¹¹¹ Siehe oben, Fn. 52.

¹¹² Vgl. oben, Abschnitt II.3.

¹¹³ Zur Meldung von Beziehungen als nicht dokumentierte Konten vgl. oben, Abschnitt II.5.

Unterlagen aus seinem Banklagernd-Dossier üblicherweise halbjährlich abholt, muss es diesen Zeitraum abwarten, bevor es seinen Entscheid über die Meldung trifft.¹¹⁴ Verzichtet der Kunde auf eine regelmässige Einsicht in sein Dossier, hat ihm das Finanzinstitut trotzdem eine angemessene Reaktionszeit zu gewähren.¹¹⁵

Entschliesst sich das Finanzinstitut aufgrund der fehlenden Reaktion für eine Beendigung der Kontobeziehung, kann es dies gestützt auf Art. 404 OR grundsätzlich jederzeit tun. Insbesondere muss es die oben beschriebenen Fristen nicht einhalten.¹¹⁶ Die Beendigung darf dem Kunden aber nicht leichthin über eine Mitteilung in das Banklagernd-Dossier kommuniziert werden. Vielmehr muss das Finanzinstitut versuchen, den Kunden über eine solche Massnahme direkt zu informieren. Im Normalfall hat das Institut mit dem Kunden eine Möglichkeit vereinbart, wie es ihn in Notfällen ausserhalb der banklagernden Korrespondenz erreichen kann. Dieser Kontakt ist nun durch das Finanzinstitut zu aktivieren. Verfügt es über keinen Notfallkontakt zum Kunden, wird ihm in der Regel nichts anderes übrig bleiben, als den Kunden an seiner Heimadresse zu kontaktieren.¹¹⁷

5. Zwischenergebnis

Das Finanzinstitut ist für die Erfüllung der AIA-Pflichten auf eine Mitwirkung des Kunden angewiesen. Der Kunde selbst untersteht jedoch gestützt auf die neuen Vorschriften zum automatischen Informationsaustausch nur einem sehr eingeschränkten Pflichtenkatalog. Insbesondere ist er regulatorisch erst zur Abgabe einer Selbstauskunft verpflichtet, wenn er vorgängig

¹¹⁴ Ähnlich bereits EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 125.

¹¹⁵ Vgl. EMMENEGGER/GOOD, Welche Rechte haben Abschleicher?, S. 125, welche die Frage im Rahmen der Zustellfiktion lösen.

¹¹⁶ Die reine Beendigung der Kontobeziehung ist gestützt auf das Auftragsrecht grundsätzlich jederzeit möglich (vgl. Art. 404 Abs. 1 OR). Bei einer Kontobeendigung mangels eingetreffener Selbstauskunft könnte der Kunde somit höchstens eine Beendigung zur Unzeit gemäss Art. 404 Abs. 2 OR geltend machen, was nicht leichthin zu bejahen wäre.

¹¹⁷ Zwar geht mit diesem Vorgehen ein Verstoß des Finanzinstituts gegen die vertragliche Vereinbarung zur banklagernden Korrespondenz einher. Andererseits muss der Kunde aber kaum damit rechnen, dass er von der Beendigung der Geschäftsbeziehung ausschliesslich über sein Banklagernd-Dossier Kenntnis erhält. Zudem benötigt das Finanzinstitut regelmässig weitere Angaben, um die Überweisung der vorhandenen Vermögenswerte zu veranlassen.

bereits eine solche erteilt hat. Das Finanzinstitut muss sich deshalb für die Einholung der Selbstauskunft auf seine privatrechtliche Beziehung zum Kunden stützen. Die Einholung der initialen Selbstauskunft bei Kunden von Neukonten hat anhand der Kontoeröffnungsunterlagen zu erfolgen. Ist bei bestehenden Konten eine initiale Selbstauskunft angebracht, ist diese während der laufenden Geschäftsbeziehung einzuholen. In beiden Fällen ist die Einholung der initialen Selbstauskunft mit der vertraglichen Verpflichtung zu verbinden, die Informationen bei veränderten Gegebenheiten aktiv zu berichtigen. Die Weiterleitung der eingeholten Informationen an die ESTV wird dagegen durch das AIAG geregelt und bedarf keiner vertragsrechtlichen Ergänzung.¹¹⁸ Das Finanzinstitut ist gemäss Art. 15 AIAG zur Meldung der fraglichen Angaben verpflichtet und hat deshalb einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für die partielle Aufhebung des Bankkundengeheimnisses.

Eine besondere Herausforderung stellt sich dem Finanzinstitut dann, wenn es mit dem Kunden eine Vereinbarung zur banklagernden Korrespondenz abgeschlossen hat. Gestützt auf die in den Banken-AGB verankerte Zustellfiktion gilt die Aufforderung zur Selbstauskunft zwar bereits als zugestellt, sobald das Dokument in das Banklagernd-Dossier des Kunden gelegt worden ist. Das Finanzinstitut hat dem Kunden jedoch eine angemessene Reaktionszeit einzuräumen, bevor es über die Meldung der Kontobeziehung an die ESTV entscheidet.

IV. Fehlende oder unzutreffende Selbstauskunft

Die bisherigen Ausführungen haben sich mit den Regeln zur Selbstauskunft gestützt auf den AIA-Standard sowie mit den vertraglichen Grundlagen zur Umsetzung dieser Normen befasst. Der folgende Abschnitt geht der Frage nach, wie das Finanzinstitut mit Kunden umgehen soll, die sich der Einreichung einer eingeforderten Selbstauskunft entgegenstellen. Dabei werden zum einen die Risiken dargestellt, die sich für das Finanzinstitut aus einer fehlenden oder unzutreffenden Selbstauskunft ergeben können. Zum anderen wird untersucht, wie sich das Finanzinstitut zu verhalten hat, um diese Risiken zu begrenzen.

¹¹⁸ Zum Ausnahmefall vgl. oben, Abschnitt III.3.

Die Darstellung untersucht verschiedene Szenarien. Sie beginnt bei einer Weigerung des Kunden, eine Selbstauskunft zu erteilen. Anschliessend befassen sich die Ausführungen mit der Erteilung einer unzutreffenden Selbstauskunft sowie mit dem Unterlassen eines selbständigen Hinweises auf veränderte Gegebenheiten durch den Kunden.

1. Weigerung zur Erteilung einer Selbstauskunft

a) Ausgangslage

Weigert sich der Kunde, eine Selbstauskunft zu erteilen, so fehlen dem Finanzinstitut unter Umständen Angaben, die es für die Feststellung des steuerlichen Status dieses Kunden benötigt, oder Informationen, die es gemäss AIA-Standard an die ESTV weiterleiten muss.

b) Rechtsrisiken

Erfolgt die Weigerung bei der Eröffnung eines *Neukontos*, fehlen dem Finanzinstitut regelmässig ausreichende Informationen, um eine Beurteilung der Meldepflicht in Bezug auf das fragliche Konto vorzunehmen. Für diesen Fall sehen Art. 11 Abs. 8 und 9 AIAG eine Schliessung oder Sperrung des Kontos vor. Befolgt das Finanzinstitut die Anweisungen des Gesetzgebers, entstehen ihm aus der Auskunftswigerung des Kunden grundsätzlich keine zusätzlichen Rechtsrisiken.

Weigert sich der Inhaber eines *bestehenden Kontos*, eine Selbstauskunft zu erteilen, ist dies nicht zwingend mit einer ungenügenden Informationslage beim Finanzinstitut verbunden.¹¹⁹ Selbst wenn dies der Fall sein sollte, sehen die AIA-Vorschriften weder die Sperrung noch die Schliessung des fraglichen Kontos vor. Vielmehr muss das Finanzinstitut das fragliche Konto als nicht dokumentiertes Konto melden bzw. jene Informationen an die Behörde einreichen, über die es effektiv verfügt.¹²⁰ Über die privatrechtlichen Folgen dieser Nichtauskunft hat das Finanzinstitut selber zu entscheiden. Hat die Weigerung zur Vertragsanpassung jedoch überhaupt keine Konsequenzen, verletzt es damit seine Pflicht, die erforderlichen organisatorischen Mass-

¹¹⁹ Insbesondere kann das Finanzinstitut regelmässig auf bereits vorhandene eigene Informationen zurückgreifen (vgl. oben, Abschnitt II.1).

¹²⁰ Siehe oben, Abschnitt II.5.

nahmen zur Einholung von Selbstauskünften vorzusehen.¹²¹ Bei Vorliegen entsprechender Indizien läuft es zudem Gefahr, als Gehilfe zur Steuerhinterziehung oder Täter einer Geldwäschereihandlung verurteilt zu werden.¹²²

c) Handlungsbedarf

Fehlt eine Zustimmung zu den vertraglichen Grundlagen für ein *Neukonto*, verpflichtet Art. 11 AIAG das Finanzinstitut, das Vertragsverhältnis aufgrund der fehlenden Angaben zu kündigen oder bereits einbezahlte Gelder zu blockieren.¹²³ Dazu ist das Finanzinstitut gestützt auf Art. 404 OR im Grundsatz jederzeit berechtigt.¹²⁴ Bei der Beendigung der Geschäftsbeziehung hat es allerdings den GwG-Vorschriften Genüge zu tun. Mit anderen Worten muss es bei gegebenen Voraussetzungen eine Verdachtsmeldung gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG tätigen und die betroffenen Vermögenswerte allenfalls¹²⁵ gemäss Art. 10 Abs. 1 GwG sperren.¹²⁶ Die Geschäftsbeziehung darf gestützt auf Art. 32 Abs. 3 GwV-FINMA zu diesem Zeitpunkt nicht abgebrochen werden. Es bleibt abzuwarten, ob eine behördliche Sicherstellungsmassnahme erfolgt.¹²⁷ Ist dies gar nicht oder nicht innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Fristen der Fall,¹²⁸ kann das Finanzinstitut gemäss Art. 30 Abs. 1 GwV-FINMA nach eigenem Ermessen über die Weiterführung der Geschäftsbeziehung entscheiden. Bei einem Abbruch der Beziehung darf es allerdings einen Rückzug von bedeutenden Vermögenswerten gemäss Art. 30 Abs. 2 GwV-FINMA nur unter Wahrung des *Paper Trails* erlauben. Reichen die Indizien für eine Verdachtsmeldung gestützt auf Art. 9 GwG nicht aus,¹²⁹ wird die Geschäftsbeziehung aber dennoch als

¹²¹ Vgl. Art. 11 Abs. 6 AIAG.

¹²² Vgl. ROMERIO/IVELL, Barauszahlungen, S. 149 ff., sowie Art. 37 GwG.

¹²³ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5498 f.; WEBER/KING/ROHRER, EF 9/15, S. 710.

¹²⁴ Zum jederzeitigen Kündigungsrecht beim Auftrag vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 404; BK OR-FELLMANN, Art. 404 N 7 ff.

¹²⁵ Eine Sperre hat gemäss Art. 10 GwG erst und nur dann zu erfolgen, wenn die Meldung an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wird.

¹²⁶ Vorerst hat das Finanzinstitut Kundenaufträge gestützt auf Art. 9a GwG weiterhin auszuführen, wobei Art. 33 GwV-FINMA vorbehalten bleibt.

¹²⁷ Gleiches gilt für den Fall, dass das Finanzinstitut von seinem Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB Gebrauch macht.

¹²⁸ Bzw. wird eine behördliche Sicherungsmassnahme zwar angeordnet, aber später wieder aufgehoben.

¹²⁹ Und nimmt das Finanzinstitut sein Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB nicht in Anspruch.

zweifelhaft eingestuft, darf die Beziehung gestützt auf Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA ebenfalls nur unter Wahrung des *Paper Trails* abgebrochen werden. Gemäss Art. 32 Abs. 2 GwV-FINMA dürfen zudem keine konkreten Anzeigen für eine unmittelbar bevorstehende behördliche Sicherstellungsmassnahmen bestehen.

Bei *bestehenden Konten* hat das Finanzinstitut das fragliche Konto als nicht dokumentiertes Konto zu melden bzw. jene Informationen einzureichen, über die es im konkreten Fall effektiv verfügt. Gestützt auf seine Organisationspflicht aus Art. 11 Abs. 7 AIAG darf es sich nicht leichthin mit dem Fehlen der Selbstauskunft zufrieden geben. Die Kenntnis, dass ein Kunde Informationen über seine steuerliche Ansässigkeit verweigert, bewirkt beim Finanzinstitut schliesslich ein erhöhtes Risiko einer strafrechtlich verpönten Mitwirkung an der Steuerhinterziehung oder Begehung einer Begehung einer Geldwäschereihandlung.¹³⁰ Bei einer nachhaltigen Auskunftsverweigerung ist die Kontobeziehung daher zu beenden.¹³¹ Anders zu beurteilen sind lediglich Fälle, in denen die angefragte Selbstauskunft ausschliesslich der Entkräftung von Indizien für die steuerliche Ansässigkeit in einem AIA-Partnerstaat dienen soll.¹³²

2. Erteilung einer unzutreffenden Selbstauskunft

a) Ausgangslage

Der Kunde kann eine Selbstauskunft nicht nur verweigern. Vielmehr besteht auch die Möglichkeit, dass er dem Finanzinstitut zwar Informationen erteilt, diese aber unzutreffend sind. Das Finanzinstitut läuft in diesen Fällen Gefahr, der ESTV und mittelbar der zuständigen Behörde in einem AIA-Partnerstaat falsche Informationen über die steuerliche Ansässigkeit eines Kunden zu erteilen.

b) Rechtsrisiken

Das Finanzinstitut ist gehalten, die Erhebung der Kundeninformationen über deren steuerliche Ansässigkeit gemäss den Vorgaben des AIA-Standards vorzunehmen. Insbesondere muss es gemäss Art. 11 Abs. 7 AIAG

¹³⁰ Vgl. oben, Abschnitt IV.1.b.

¹³¹ Auch hier sind die beschriebenen Vorschriften des GwG zu berücksichtigen.

¹³² Siehe oben, Abschnitt II.2.

durch angemessene organisatorische Massnahmen sicherstellen, dass seine Kunden die erforderlichen Selbstauskünfte erteilen. Weiter darf es sich nicht auf eine Selbstauskunft verlassen, «wenn ihm bekannt ist oder bekannt sein müsste», dass diese «nicht zutreffend oder unglaubwürdig» ist.¹³³

Vernachlässigt das Finanzinstitut bei der Erhebung einer Selbstauskunft die beschriebenen Sorgfaltspflichten, macht es sich bei einer vorsätzlichen Pflichtverletzung nach Art. 32 Bst. a AIAG strafbar. Daneben kann aber auch der Kunde für sein Verhalten strafrechtlich belangt werden.¹³⁴

c) Handlungsbedarf

Das Finanzinstitut hat mittels seiner internen Prozesse zu gewährleisten, dass es bei der Sammlung der relevanten Kundendaten die Sorgfaltspflichten des AIA-Standards einhält. Ein weiterer Handlungsbedarf besteht grundsätzlich nicht. Insbesondere kann es gestützt auf die AIA-Regulierung nicht für das steuerunehrliche Verhalten seiner Kunden haftbar gemacht werden. Anders präsentiert sich die Lage dann, wenn das Finanzinstitut bei der Datenerhebung merkt oder merken müsste, dass ein Kunde falsche Angaben liefert, um seine steuerliche Ansässigkeit zu vertuschen und sich damit einer Steuerpflicht zu entziehen. In dieser Konstellation muss das Finanzinstitut seine Geschäftsbeziehung zum Kunden beenden, wenn es sich nicht dem Vorwurf einer strafrechtlichen Beihilfe zur Steuerhinterziehung oder der Begehung einer Geldwäschereihandlung aussetzen will.¹³⁵

3. Unterlassener Hinweis auf veränderte Gegebenheiten

Wird das Finanzinstitut darauf aufmerksam, dass ein Kunde es unterlassen hat, auf veränderte Gegebenheiten hinzuweisen, bestehen grundsätzlich dieselben Risiken wie bei der Erteilung einer unzutreffenden Selbstauskunft. Insbesondere kann dem Finanzinstitut das Weiterleiten der veralteten – und damit unzutreffenden – Angaben nur angelastet werden, wenn es bei der Prüfung des Steuerstatus seines Kunden Sorgfaltspflichten nach dem AIA-Standard verletzt hat. Entsprechend ist auch für den Handlungsbedarf bei einem unterlassenen Hinweis auf veränderte Gegebenheiten auf die Ausführungen in Abschnitt 2 zu verweisen.

¹³³ Abschnitt VII.A GMS.

¹³⁴ Vgl. Art. 35 AIAG und Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5513.

¹³⁵ Vgl. oben, Abschnitt IV.1.b.

4. Zwischenergebnis

Die vorangehenden Szenarien zeigen die Rolle des Finanzinstituts im Kontext der AIA-Gesetzgebung deutlich auf: Das Finanzinstitut ist verpflichtet, bei der Bestimmung der steuerlichen Ansässigkeit – und damit auch bei der Einholung von Selbstauskünften – die Sorgfaltspflichten der neuen Regulierung einzuhalten. Die Implementierung des Standards führt aufgrund der detaillierten Anweisungen des Gesetzgebers zu einem deutlichen Mehraufwand. Befolgt das Finanzinstitut jedoch die geforderten Pflichten, ergeben sich aus den neuen Regeln kaum zusätzliche Risiken. Insbesondere sind die Finanzinstitute nicht verantwortlich für eine vollständige und wahre Information ihrer Kunden.

Diese Ausgangslage widerspiegelt sich auch in den Folgen einer unzureichenden Selbstauskunft durch einen Kunden. Hat das Finanzinstitut alle Pflichten gemäss AIA erfüllt, kann es für das unbefriedigende Ergebnis – d.h. die unvollständige Informationslage – nicht verantwortlich gemacht werden. Daran ändert auch Art. 11 Abs. 7 AIAG nichts, wonach das Finanzinstitut die Einholung der Selbstauskünfte mittels organisatorischer Kautele sicherzustellen hat. Entsteht beim Finanzinstitut jedoch im Verlauf seiner Bemühungen, eine Selbstauskunft einzuholen, der Verdacht, dass sich der Kunden nicht steuerlich verhält, hat es die Kontobeziehung in aller Regel abubrechen. Nur so erreicht es einen ausreichenden Abstand zu den illegalen Aktivitäten des fraglichen Kunden und damit eine angemessene Kontrolle der eigenen Rechtsrisiken.

V. Einholung und Verwertung der Selbstauskunft

Nachdem im vorangehenden Abschnitt die Auswirkungen kundenseitigen Fehlverhaltens bei Erstatte einer Selbstauskunft untersucht wurden, gehen die folgenden Ausführungen der Frage nach, welche Risiken sich für das Finanzinstitut bei der Einholung und Verwertung einer Selbstauskunft aus eigenem Verhalten ergeben können und wie sich diese Risiken begrenzen lassen.

Dabei werden vier verschiedene Sachverhaltskonstellationen betrachtet. Erstens wird geprüft, ob das Finanzinstitut in gewissen Fällen eine Selbstauskunft auch dann einholen muss, wenn ihm dies nach AIA-Regulierung freigestellt wird. Zweitens wird untersucht, welchen Risiken sich ein Finanzinstitut aussetzt, wenn es den Kunden im Rahmen der Selbstauskunft dazu

verpflichtet, weitergehend Daten bekannt zu geben, als sie für eine Meldung notwendig sind. Drittens wird abgeklärt, welche Konsequenzen sich aus dem Fehlen einer ausreichenden Information des Kunden über die mit dem AIA in Kraft tretende neue Gesetzeslage ergeben. Viertens wird analysiert, ob das Finanzinstitut sich durch eine zu frühe Meldung der Kundendaten haftbar machen kann.

1. Einholung unzureichender Informationen

a) Ausgangslage

Wie gesehen verpflichtet die AIA-Regulierung das Finanzinstitut in bestimmten Konstellationen zur Einholung einer Selbstauskunft. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Finanzinstitut ein *Neukonto* eröffnet.¹³⁶ Bei der Überprüfung *bestehender Konten* ist das Einholen dem Finanzinstitut demgegenüber häufig freigestellt.¹³⁷

b) Rechtsrisiken

Die – gemäss AIA-Regulierung – freiwillig erfolgende Einholung einer Selbstauskunft kann bei der Überprüfung bestehender Konten unter Umständen insofern zur Entlastung des Kunden führen, als damit eine bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Meldepflicht entkräftet werden kann.¹³⁸ Bei gegebenen Voraussetzungen dürfte es somit regelmässig im Interesse des Kunden liegen, dass eine Selbstauskunft eingeholt wird. Es fragt sich daher, ob das Finanzinstitut gestützt auf seine vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 2 ZGB nicht auch in denjenigen Fällen zur Einholung einer Selbstauskunft verpflichtet ist, in denen unter der AIA-Regulierung keine Pflicht dafür besteht.

Dies kann grundsätzlich bejaht werden. Das Finanzinstitut unterliegt einer privatrechtlichen Geheimhaltungspflicht.¹³⁹ Danach hat es unnötige Pub-

¹³⁶ Siehe oben, Abschnitt II.2.a und b.

¹³⁷ Vgl. oben, Abschnitt II.2.c und d.

¹³⁸ Siehe etwa Abschnitt V.D.1.b GMS.

¹³⁹ Siehe dazu oben, Abschnitt III.1. Zur privatrechtlichen Geheimhaltungspflicht allgemein siehe BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 49 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 11 f. Geschützt wird die vertrauliche Behandlung von Kundendaten weiter durch Art. 47 BankG und datenschutzrechtliche Vorschriften.

lizität zu vermeiden¹⁴⁰ und muss mit den Daten seines Kunden entsprechend sorgfältig umgehen.¹⁴¹ Lässt sich eine Offenlegung kundenseitiger Informationen durch das Einholen einer Selbstauskunft vermeiden, ist das Finanzinstitut gestützt auf Art. 398 OR und Art. 2 ZGB dazu angehalten.

Eine Verletzung dieser Pflicht führt jedoch nicht in allen Fällen zu einem Haftungsrisiko des Finanzinstituts. Erfolgt eine Meldung in dem Sinne unberechtigt, als sie bei Vorliegen einer Selbstauskunft nicht erfolgt wäre, kann weitestgehend ausgeschlossen werden, dass gestützt darauf eine Steuerveranlagung resultiert. Denn ist der Kunde in demjenigen Staat, dem er gemeldet wurde, nicht steuerlich ansässig, wird er nicht rechtmässig zur Bezahlung von Steuern zugunsten dieses Staates verpflichtet werden. Demgegenüber ist nicht auszuschliessen, dass die erfolgte Meldung zu Aufwendungen des Kunden führt, so etwa, wenn dieser gestützt darauf zur Partei eines Verfahrens der ausländischen Steuerbehörde wird und sich weiteren Abklärungen zu unterziehen hat. Entsprechende Schadenspositionen sind ihm nach Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR vom Finanzinstitut zu ersetzen.

Bleiben die ins Ausland transferierten Daten bei den Steuer- bzw. bei den Strafbehörden, so wie es nach dem Spezialitätsprinzip¹⁴² erwartet werden kann, ist nicht von weiteren dadurch hervorgerufenen Schadensszenarien auszugehen. Werden die Daten demgegenüber erwartungswidrig zweckentfremdet, sei es von Behörden oder privaten Dritten, ist bei einem Schaden des Kunden immerhin zu prüfen, ob zwischen diesem Schaden und der Nichteinholung der Selbstauskunft in Verletzung von Art. 398 Abs. 2 OR die notwendige Kausalität und im Rahmen des Verschuldens die Vorhersehbarkeit noch gegeben ist. Dies ist wohl ganz überwiegend zu verneinen.¹⁴³

¹⁴⁰ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 12.

¹⁴¹ Die Sorgfaltspflicht erstreckt sich auf alle Haupt- und Nebenpflichten des Beauftragten, vgl. HUGUENIN, Obligationenrecht, Rz. 3263, und BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 25. Sie bezieht sich entsprechend auch auf die privatrechtliche Geheimhaltungspflicht.

¹⁴² Zum Spezialitätsprinzip des AIA-Standards vgl. Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5466 f. Zum Begriff siehe Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5464.

¹⁴³ Der Schaden entsteht diesfalls infolge der Zweckentfremdung der Daten der ausländischen Behörden oder privater Dritter, nicht aber wegen der Nichteinholung einer Selbstauskunft durch das meldende Finanzinstitut.

c) Handlungsbedarf

Die Einholung einer Selbstauskunft zur Entkräftung der Meldepflicht kann vertraglich geboten sein, auch wenn dafür keine regulatorische Pflicht besteht. Kommt das Finanzinstitut dieser Pflicht nicht nach, entstehen ihm jedoch einzig minimale Risiken, namentlich dass es für Aufwendungen des Kunden im Rahmen eines ausländischen Steuerverfahrens schadenersatzpflichtig wird. Diese Risiken lassen sich durch konsequentes Einholen einer Selbstauskunft begrenzen. Allein deshalb erscheint aber der Aufwand zur Einholung einer Selbstauskunft aus Sicht des Finanzinstituts nicht unbedingt angezeigt. Allerdings ist zu bedenken, dass dem Finanzinstitut ein Reputationsschaden entstehen kann, wenn es nicht im besten Interesse seiner Kunden handelt. Vor diesem Hintergrund erscheint der Aufwand für die Einholung einer nach AIA freiwilligen Selbstauskunft durchaus gerechtfertigt.

2. Einholung zu weitgehender Informationen

a) Ausgangslage

Das Finanzinstitut hat mittels Selbstauskunft mindestens diejenigen Informationen beim Kunden einzuholen, die es benötigt, um seiner Meldepflicht nachkommen zu können. Es bleibt ihm grundsätzlich aber unbenommen, darüber hinaus weitere Informationen einzuholen, wenn es dies mit dem Kunden vertraglich vereinbart.¹⁴⁴

b) Rechtsrisiken

Holt das Finanzinstitut mehr Informationen ein, als es im Kontext des AIA benötigt, steigert dies die Möglichkeit, dass es dadurch auf Ungereimtheiten im Rahmen der vom Kunden gemachten Angaben stösst und Indizien dafür erhält, dass dieser sich steuerunehrlich bzw. strafbar verhält. Unmittelbare Folge davon ist, dass sich das Finanzinstitut dann nicht mehr auf die Selbstauskunft verlassen darf, sondern diese einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen hat.¹⁴⁵ Stellt das Finanzinstitut fest, dass sich die Auskünfte des Kun-

¹⁴⁴ Ob das Finanzinstitut tatsächlich berechtigt ist, die geforderten Informationen einzuholen, ist im Einzelfall konkret zu prüfen, zu beachten ist insbesondere Art. 27 Abs. 2 ZGB.

¹⁴⁵ Siehe Abschnitt VII.A GMS sowie oben, Abschnitt II.4.

den nicht plausibilisieren lassen und erhärten sich die Indizien eines deliktischen Kundenverhaltens, setzt sich das Finanzinstitut unter Umständen dem Risiko aus, sich selber der Gehilfenschaft zu einem Steuerdelikt oder aber der Begehung einer Geldwäschereihandlung strafbar zu machen, wenn es die Geschäftsbeziehung weiterführt.¹⁴⁶

c) Handlungsbedarf

Das Risiko, sich selber strafbar zu machen, kann das Finanzinstitut *reaktiv* einzig dadurch zuverlässig begrenzen, dass es eine bestehende Geschäftsbeziehung zum entsprechenden Kunden beendet. Dabei hat es die in Abschnitt IV.1.c beschriebenen Meldepflichten des GwG zu berücksichtigen. Neben der Meldepflicht gestützt auf das GwG kommt dem Finanzinstitut indessen keine weitergehende Anzeigepflicht zu. Würde das Finanzinstitut Strafanzeige gegenüber seinem Kunden erheben, läge zivilrechtlich eine Treuepflichtverletzung i.S.v. Art. 398 Abs. 2 OR vor, welche jedoch mangels Schaden im Rechtssinne keinerlei grösseren finanziellen Auswirkungen auf das Finanzinstitut hätte.

Präventiv ist dem Finanzinstitut beim Einholen von Kundeninformationen zu raten, sich gerade so viele Informationen einzuholen wie nötig, um seinen AIA-Meldepflichten nachkommen zu können, nicht aber ohne Grund darüber hinausgehende Angaben einzufordern.

3. Unterlassene Information des Kunden

a) Ausgangslage

Gemäss Art. 14 Abs. 1 AIAG haben die meldenden Finanzinstitute die vom AIA betroffenen Personen darüber zu informieren, dass sie betreffende Daten gemeldet werden. Gesetzliches Minimum ist eine einmalige und abstrakte Information.¹⁴⁷ Hat es ein Finanzinstitut unterlassen, die meldepflichtigen

¹⁴⁶ Dies unter anderem deshalb, weil es aufgrund der eingeholten und mittels Plausibilitätskontrolle untersuchten Informationen über einen genügenden Kenntnisstand der Kundenabsichten verfügen kann, um einen eigenen strafrechtlichen Vorsatz zu begründen.

¹⁴⁷ Das Finanzinstitut muss spätestens bis zum 31. Januar des Jahres der ersten Übermittlung informieren. Es kann dies aber schon früher tun, zum Beispiel zu einem Zeitpunkt, zu dem mit dem Ansässigkeitsstaat der betroffenen Person noch kein AIA vereinbart worden ist, siehe Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5500.

Personen gemäss Art. 14 Abs. 1 AIAG zu informieren, so hat es dennoch Meldung zu erstatten.¹⁴⁸ Die Verletzung der Informationspflicht ist gemäss Art. 32 AIAG jedoch mit einer strafrechtlichen Sanktion, konkret mit einer Busse bis zu 250'000 Franken, bedroht.

b) Rechtsrisiken

Die Informationspflicht gemäss Art. 14 AIAG soll einerseits sicherstellen, dass die betroffenen Personen auf ihre Rechte gemäss DSGVO und AIAG aufmerksam gemacht werden. Andererseits soll sie die Transparenz der Verwendung und des Austauschs der Informationen gewährleisten.¹⁴⁹ Fraglich ist, ob über sie hinaus eine vertragliche Verpflichtung des Finanzinstituts besteht, den Kunden über die Geltung des AIA aufzuklären, und ob deren Verletzung allenfalls zivilrechtliche Konsequenzen zeitigt.

Grundsätzlich besteht zivilrechtlich keine allgemeine Pflicht, den Vertragspartner unaufgefordert über alle für ihn möglicherweise wesentlichen Umstände aufzuklären.¹⁵⁰ Jede Partei hat sich selber zu informieren.¹⁵¹ Eine Informations- bzw. Aufklärungspflicht kann sich jedoch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben¹⁵² oder als Ausfluss der auftragsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR ergeben.¹⁵³

Bei der Anwendbarkeit des AIA handelt es sich um eine wesentliche Tatsache, welche den Vertragsschluss des Bankkunden mit dem Finanzinstitut beeinflussen kann. Denn sie führt zu einer umfassenden Einschränkung des Bankkundengeheimnisses.¹⁵⁴ Das Finanzinstitut hat gegenüber dem Kunden zum Geltungsbereich und den Wirkungen des AIA regelmässig einen Wissensvorsprung. Vom Kunden kann jedenfalls kurz nach Inkrafttreten des AIA in den meisten Fällen nicht erwartet werden, dass er sich des Inkrafttretens des AIA und seiner Eigenschaft als meldepflichtige Person bewusst ist. Entsprechend ergibt sich aus Art. 389 Abs. 2 bzw. Art. 2 ZGB die (vor)vertragliche Pflicht des Finanzinstituts, den Bankkunden über die An-

¹⁴⁸ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5501.

¹⁴⁹ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5501.

¹⁵⁰ BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 161.

¹⁵¹ BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 17.

¹⁵² BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 132.

¹⁵³ BK OR-FELLMANN, Art. 398 N 144 und N 146. Siehe insbesondere N 146 zur Abgrenzung zwischen der Aufklärungspflicht als Ausfluss der allgemeinen Treuepflicht und der Auskunft gemäss Art. 400 Abs. 1 OR.

¹⁵⁴ Siehe dazu oben, Abschnitt III.1.

wendbarkeit des AIA und die Einschränkung des Bankkundengeheimnisses zu informieren.

Verstösst das Finanzinstitut gegen seine (vor)vertragliche Pflicht, den Kunden zu informieren, ergeben sich zivilrechtlich nur sehr beschränkt Risiken. Hätte der Kunde bei richtiger Information keinen Vertrag mit dem Finanzinstitut geschlossen und seine Vermögenswerte stattdessen in einem Nicht-AIA-Staat deponiert, führt die Nichtinformation dazu, dass er im meldepflichtigen Staat steuerpflichtig wird. Dadurch dürfte ihm jedoch kein Schaden entstehen, den er auf das Finanzinstitut überwälzen kann.¹⁵⁵

Hätte der Kunde den Vertrag auch bei Information durch das Finanzinstitut geschlossen, hätte er diesfalls aber erfolgreich eine Berichtigungsklage gemäss Art. 5 Abs. 2 DSG bzw. Art. 19 Abs. 2 DSG zur Verhinderung der Meldung falscher Daten erhoben, so entstehen ihm nachträglich möglicherweise Aufwendungen, welche er durch Wahrung seiner Datenschutzrechte vermieden hätte.¹⁵⁶ Diese Aufwendungen sind ihm vom Finanzinstitut gestützt auf Art. 389 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 OR zu ersetzen.

Wäre es dem Bankkunden gestützt auf die geschuldete Information des Finanzinstituts möglich gewesen, eine Datenübermittlung ins Ausland zu verhindern¹⁵⁷ und sieht er sich aufgrund der unterlassenen Information ernstlichen Nachteilen ausgesetzt, wird das Finanzinstitut schadenersatzpflichtig, falls sämtliche Anspruchsvoraussetzungen von Art. 97 OR vorliegen. Dies dürfte jedoch nur in seltenen Fällen zu bejahen sein.

c) Handlungsbedarf

Durch Information des Kunden können die dargelegten Risiken vom Finanzinstitut begrenzt bzw. ausgeschlossen werden. Nachdem die Finanzinstitute den Kunden für die Einholung einer Selbstauskunft ohnehin kontaktieren müssen und zudem die Schaffung einer vertraglichen Grundlage zur

¹⁵⁵ Als nicht überwälzbarer Schaden qualifizieren Steuerbussen und weitere Bussen, die dem Kunden auferlegt werden (KOLLER, AJP 2008, S. 1301). Dasselbe gilt aber auch für die anfallenden Steuern als solche (vgl. dazu bereits KOLLER, ZSR 1994 I, S. 201 f.).

¹⁵⁶ Wenn in einem rechtskräftigen Entscheid festgestellt wird, dass Informationen, die der zuständigen ausländischen Behörde bereits geliefert wurden, unzutreffend waren, so übermittelt das meldende Finanzinstitut der ESTV die berichtigten Informationen. Letztere leitet diese an die zuständige ausländische Behörde weiter, siehe Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5505.

¹⁵⁷ Vgl. Art. 19 Abs. 2 AIAG i.V.m. Art. 25a VwVG.

aktiven Meldung von Veränderungen empfohlen wird,¹⁵⁸ ist davon auszugehen, dass eine angemessene Kundeninformation über die Bedeutung des AIA auf diesem Wege erfolgen wird. Zumindest auf Nachfrage sind die Kunden zudem darüber aufzuklären, sobald effektiv konkrete Kundendaten an die ESTV geliefert werden.

4. Verfrühte Meldung

a) Ausgangslage

Gemäss Art. 11 Abs. 2 bis 4 AIAG haben die Finanzinstitute die Wahl, die bestehenden Konten entweder innert einer gesetzlich bestimmten Frist ab Anwendbarkeit des AIA mit einem Partnerstaat, oder aber ab Inkrafttreten des AIAG zu überprüfen. Dieser sog. «breitere Ansatz»¹⁵⁹ und damit die Möglichkeit, ab Inkrafttreten des AIAG mit der Überprüfung zu beginnen, ermöglicht es einem Finanzinstitut, alle bestehenden Konten gleichzeitig zu überprüfen und nicht zeitlich versetzt, jeweils wenn der AIA mit einem weiteren Partnerstaat eingeführt wird.¹⁶⁰ Finanzinstitute dürfen daher eine Selbstauskunft bereits dann einholen, wenn noch kein Abkommen und damit keine in dem Sinne ausreichende staatsvertragliche Grundlage dafür besteht. Fraglich ist, ob die damit eingeholten Informationen auch bereits vor Inkrafttreten eines Abkommens gemeldet werden dürfen oder ob ein solches Vorgehen Rechtsrisiken birgt.

b) Rechtsrisiken

Anders als bei den Sorgfaltspflichten besteht keine rechtliche Grundlage für schweizerische Finanzinstitute, ihren Meldepflichten bereits vor Inkrafttreten eines konkreten Abkommens nachzukommen. Obwohl weder das MCAA noch der GMS den am AIA teilnehmenden Staaten verbieten,¹⁶¹ eine

¹⁵⁸ Siehe oben, Abschnitt III.2.

¹⁵⁹ Siehe dazu WEBER/KING, ST 4/15, S. 318.

¹⁶⁰ Botschaft zum AIAG, BBl 2015, S. 5496.

¹⁶¹ Diese lassen es den teilnehmenden Staaten sogar offen, Daten über Jahre rückwirkend zu übermitteln, also für einen Zeitraum, indem der AIA noch nicht in Kraft war, siehe OECD-Kommentar, S. 73: «A Jurisdiction may however choose, subject to its domestic laws, to exchange with respect to the earlier years in which case this is also consistent with the CRS and the Model CAA».

innerstaatliche Rechtsgrundlage dafür zu schaffen, kennt das AIAG keine entsprechende Möglichkeit.

Entsprechend dürfen die meldenden Finanzinstitute zwar Selbstauskünfte auch in Bezug auf Länder, mit denen noch kein Abkommen in Aussicht gestellt wird, einholen, die Informationen jedoch nicht weiter verwenden, solange kein Abkommen besteht.¹⁶² Es ist daher die Aufgabe der Finanzinstitute, sich hinsichtlich jedes Kunden zu versichern, dass mit dessen meldepflichtigem Staat bereits ein Abkommen besteht.¹⁶³ Falls die Meldung ohne gesetzliche Grundlage ergeht, verletzt das Finanzinstitut nicht «nur» seine vertragliche Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR bzw. Art. 2 ZGB, sondern begeht auch eine Bankgeheimnisverletzung i.S.v. Art. 47 BankG und einen Verstoß gegen das Datenschutzgesetz.

c) Handlungsbedarf

Werden die frühzeitig eingeholten Informationen vor Abschluss eines Abkommens mit dem meldepflichtigen Staat an die ESTV weitergeleitet, entsteht dem betroffenen Kunden dadurch in der Regel kein Schaden i.S.v. Art. 97 OR. Es ist zu erwarten, dass die zu früh gemeldeten Daten bei der ESTV verbleiben und keine weiteren Konsequenzen zeitigen. Werden die Daten von der ESTV wider Erwarten an die zuständige ausländische Steuerbehörde übermittelt, bevor ein Staatsvertrag besteht, wird der Bankkunde im meldepflichtigen Staat steuerpflichtig. Je nachdem, ob der AIA in der Folge zwischen der Schweiz und dem meldepflichtigen Staat bilateral aktiviert wird, entsteht die Steuerpflicht des Bankkunden durch die Meldung für eine frühere Steuerperiode als beabsichtigt, oder – wenn es in der Folge gar nie zum Abschluss eines Abkommens kommt – sie entsteht überhaupt. In beiden Fällen ergibt sich jedoch aus der Pflicht zur Bezahlung der geschuldeten Steuer kein überwältigbarer Schaden i.S.v. Art. 97 OR.¹⁶⁴ Die zivilrechtlichen Risiken für das Finanzinstitut bleiben daher minimal. Aufgrund der dargestellten verwaltungs- oder strafrechtlichen Vorwerfbarkeit eines solchen Verhaltens tut das Finanzinstitut aber trotzdem gut daran, vor einer Meldung klarzustellen, dass ein AIA-Abkommen besteht.

¹⁶² STOJANOVIC, ST 6-7/15, S. 513. Siehe auch WEBER/KING, ST 4/15, S. 318, wonach der «breitere Ansatz» keinen Einfluss auf die Meldepflichten habe.

¹⁶³ Nicht dokumentierte Konten vorbehalten.

¹⁶⁴ Siehe bereits oben, Abschnitt 3.b.

5. Zwischenergebnis

Die AIA-Regulierung äussert sich detailliert zu den Pflichten des Finanzinstituts bei der Einholung und Verwertung einer Selbstauskunft. Darüber hinaus bestehen vertragliche Pflichten, deren Nichteinhaltung risikobehaftet ist. Bei der Bearbeitung der Bankkundendaten hat sich das Finanzinstitut an seinen Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR und Art. 2 ZGB zu orientieren. So hat es Kundeninformationen nur soweit nötig einzuholen, diese so umfassend wie möglich geheim zu halten und den Kunden über die Wirkung des AIA aufzuklären. Gibt das Finanzinstitut Informationen preis, ohne dafür gestützt auf eine gesetzliche Grundlage berechtigt bzw. verpflichtet zu sein und kommt es seiner Aufklärungspflicht gegenüber dem Kunden nicht nach, macht es sich dadurch schadenersatzpflichtig. Die Risiken sind jedoch minimal, da die hauptsächliche Konsequenz in der Steuerpflicht des Kunden besteht.

VI. Ergebnis

Die vorangehenden Ausführungen bestätigen die einleitenden Thesen auch für den Bereich der Selbstauskunft: Für die Finanzinstitute ist der automatische Informationsaustausch – jedenfalls in materieller Hinsicht – eine Entlastung. Das Finanzinstitut wird im Rahmen des AIA durch das inländische Recht zur Sammlung und Übermittlung von Kundendaten angehalten. Hält sich das Institut an die regulatorischen Vorgaben, geht es im In- und Ausland nur minimale Rechtsrisiken ein. Auch die zivilrechtlichen Herausforderungen für die Selbstauskunft halten sich in einem überschaubaren Rahmen. Solange sich das Finanzinstitut bei der Einholung der Selbstauskunft an die Anforderungen des AIA hält, geht es aus einer zivilrechtlichen Sichtweise keine übermässigen Risiken ein.

Die Selbstauskunft nach AIA wird die Finanzinstitute bei der Einführung des automatischen Informationsaustauschs aber dennoch intensiv beschäftigen. Die Gründe dafür sind gleich dreifach: Erstens ist die Einholung der initialen Selbstauskunft bei bestehenden Konten mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Neben der Sichtung bereits vorhandener Informationen müssen die Finanzinstitute auch die eingehenden Selbstauskünfte auswerten und über die Meldepflicht der einzelnen Kunden entscheiden. Zweitens muss sich das Finanzinstitut nur so lange nicht materiell mit der Steuersituation des Kunden befassen, als die erforderlichen Auskünfte geliefert

werden und sich plausibilisieren lassen. Geschieht dies nicht, muss das betroffene Finanzinstitut auch unter der neuen Regelung Massnahmen dem betroffenen Kunden gegenüber einleiten, wenn es sich nicht dem Vorwurf der Geldwäscherei oder der Beihilfe zur Steuerhinterziehung aussetzen will. Schliesslich ziehen die Einholung von und der Umgang mit Kundendaten beträchtliche Reputationsrisiken mit sich. Auch wenn ein Finanzinstitut vor einem Zivilgericht nur mit verhältnismässig geringen Schadenersatzzahlungen rechnen muss, tut es gut daran, die vertraglichen Sorgfalts- und Treuepflichten dem einzelnen Kunden gegenüber gewissenhaft einzuhalten. Denn auch unter der neuen Regulierung verlassen sich die Kunden von Schweizer Finanzinstituten nach wie vor darauf, dass die eingereichten Informationen sorgfältig verwaltet und nur äusserst restriktiv an Dritte weitergegeben werden.

Literaturverzeichnis

- ALTENBURGER PETER R., Der internationale Informationsaustausch in Steuersachen (Direkte Steuern), in a nutshell, St. Gallen 2015.
- BERTSCHINGER URS, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, in: Dieter Zobl u.a. (Hrsg.), Schweizer Schriften zum Bankrecht, 9. Band, Zürich 1991.
- BIRRI JÜRIG/SCHLICHTING LARS/ZÜND PHILIPP, AIA: Bedeutung der Regularisierung unversteuerten Vermögenswerte, ST 5/15, S. 411-414.
- BIRRI JÜRIG/ZÜND PHILIPP, Wer wird vom AIA erfasst?, EF 8/15, S. 636-640.
- CHRISTEN THOMAS, Vermögensverwaltungsauftrag an die Bank, BJM 1994, S. 113-134.
- EMMENEGGER SUSAN/GOOD RAHEL, Der Einfluss ausländischer (Steuer-)Regulierung auf die Bank/Kunden-Beziehung: Welche Rechte haben Abschleicher? in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, S. 33-140.
- EMMENEGGER SUSAN/ZBINDEN ANDREA, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, S. 293-282.
- FELLMANN WALTER, Art. 394, 398 und 404 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der einfache Auftrag, Art. 394-406, Band VI/2/4, Bern 1992.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014.
- GUTZWILLER P. CHRISTOPH, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich 2008.
- HALLER MATTHIAS/SCHEWIOR ANNIKA/HEINEMANN JAN PHILIPP, Automatischer Informationsaustausch, digma 2015, S. 106-111.
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Art. 2 ZGB, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Band I/1, Bern 2012.
- HONSELL HEINRICH, Art. 2 ZGB, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014.
- KING ROBIN, Zustimmung zu den Vorlagen zum automatischen Informationsaustausch, EF 1-2/16, S. 8.
- KLEINER BEAT/SCHWOB RENATE/WINZELER CHRISTOPH, Art. 47 BankG, in: Dieter Zobl u.a., Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 22. Nachlieferung, Zürich 2014.
- KOLLER THOMAS, Strafsteuern, Bussen und Geldstrafen als privatrechtlich nicht ersatzfähiger Schaden – ein weiteres Beispiel für die enge Verzahnung zweier rechtlicher Subsysteme (Besprechung von BGE 134 III 59), AJP 2008, S. 1295-1307.

- KOLLER THOMAS, Steuern und Steuerbussen als privatrechtlich relevanter Schaden, ZSR 1994 I, S. 183-205.
- KOLLER THOMAS, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, ZSR 1993 I, S. 157-176.
- KRAMER ERNST A., Art. 6 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Band VI/1/1, Bern 1986.
- LOMBARDINI CARLO, Droit bancaire suisse, 2. Aufl., Zürich 2008.
- MATTEOTTI RENÉ/BOURQUIN GABRIEL/MANY SELINA, Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, ASA 82, S. 669-709.
- MÜLLER SEBASTIAN, Wahrung berechtigter Interessen in Banken-AGB, AJP 2015, S. 1538-1550.
- ROMERIO FLAVIO/IVELL KATRIN, Barauszahlungen bei Verdacht auf Steuerdelikte, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Verhaltensregeln, Basel 2015, S. 141-177.
- SIBBERN ERIC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.194/2005 vom 28. September 2005 i.S. Bank X. (Beklagte und Berufungsklägerin) gegen A. (Kläger und Berufungsbeklagter), SZW 2006, S. 70-78.
- STOJANOVIC SASCHA, AIA in Steuersachen – Bedeutung für Schweizer Versicherer, ST 6-7/15, S. 512-516.
- WALZ W. RAINER, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Recht der Leistungsstörungen, BB 1991, S. 880-887.
- WEBER MARKUS/KING ROBIN, Umsetzung des AIA nach OECD-Standard in der Schweiz, ST 4/15, S. 315-320.
- WEBER MARKUS/KING ROBIN/ROHRER ANDREAS, Umsetzung des AIA nach OECD-Standard als Herausforderung für Finanzinstitute, EF 9/15, S. 703-710.
- WEBER MARKUS/RÜEGGER ANNEMARIE/KING ROBIN, Globaler AIA in Steuersachen nach OECD-Standard, ST 12/14, S. 1170-1175.
- WEBER ROGER, Art. 398 und 404 OR, in: Heinrich Honsell u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, St. Gallen 2015.

Materialien

BOTSCHAFT zur Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu ihrer Umsetzung (Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen, AIAG) vom 5. Juni 2015, BBl 2015, S. 5437-5524.

BUNDESGESETZ über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG) vom 18. Dezember 2015, BBl 2015 0665, S. 9573-9592 (Ablauf der Referendumsfrist: 9. April 2016).

OECD, CRS-related FAQs (AIA-FAQ), November 2015.

OECD (2014), Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, Commentary, abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/common-reporting-standard-and-related-commentaries/#d.en.345314>>.

OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, The CRS Implementation Handbook, August 2015.

OECD, Standard für den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten, Gemeinsamer Meldestandard (GMS, Common Reporting Standard, CRS), abrufbar unter: <<https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/standard-fur-den-automatischen-informationsaustausch-von-finanzkonten.pdf>>.

Automatischer Informationsaustausch – mit welchen Partnern?

Christoph Schelling, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	112
II.	Entwicklungen im Bereich des Austauschs von Steuerdaten.....	112
1.	Steuersicherung.....	113
a)	Schuldnerprinzip.....	113
b)	Zahlstellenprinzip.....	113
c)	Fazit.....	114
2.	Verbreitung des AIA-Standards.....	114
3.	Globale Einführung des AIA.....	115
4.	Fazit.....	116
III.	Kriterien bei den Verhandlungsmandaten.....	117
1.	Sachliche Kriterien.....	117
a)	Reziprozität.....	117
b)	Spezialitätsprinzip.....	117
c)	Datenschutz und -sicherheit.....	118
d)	Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten.....	118
2.	Prioritäre Verhandlungen.....	119
a)	Europäische Union.....	119
b)	USA.....	119
3.	Weitere Kriterien bei Verhandlungen.....	119
a)	Regularisierungsmöglichkeiten.....	119
b)	Marktzugang.....	120
c)	Rechtsgrundlagen für die Umsetzung des AIA.....	121

* Christoph Schelling ist Botschafter und Leiter der Abteilung Steuern im Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF). Beim vorliegenden Text handelt es sich um die Aufzeichnung des mündlichen Vortrags.

IV.	Einführung des AIA durch die Schweiz	121
1.	Umsetzung des AIA.....	121
2.	Besonderheiten beim Einführungsverfahren	121
3.	Aktueller Stand.....	122
V.	AIA – mit welchen Partnern?.....	123
1.	Europa.....	123
2.	Offshore-Finanzplätze	123
3.	Grosse Volkswirtschaften ausserhalb Europa.....	123
4.	Asiatische Finanzplätze.....	123

I. Einleitung

Sehr geehrte Damen und Herren, danke für die Gelegenheit, an dieser Tagung über die Hintergründe und politischen Aspekte des automatischen Informationsaustausches sprechen zu dürfen. Das Thema ist punktgenau gewählt, denn es wird für die Zukunft von Interesse sein, mit wem die Schweiz eine Vereinbarung über den automatischen Informationsaustausch abschliesst, und welches die Gründe für diese Entscheidung sein können. Bevor ich auf diese Fragen eingehe, werde ich zunächst einige wichtige Rahmenbedingungen erläutern, die meines Erachtens von Bedeutung sind.

II. Entwicklungen im Bereich des Austauschs von Steuerdaten

Die Entwicklungslinien hin zum automatischen Informationsaustausch (AIA) wurden bereits im Referat von Hans-Joachim Jaeger nachgezeichnet.¹ Diesbezüglich kann ich Folgendes ergänzen: Die ersten Dokumente zu diesem Thema, die wir in der Steuerverwaltung fanden, sind Schreiben der USA aus der zweiten Hälfte der 1960er-Jahre. Darin forderten die USA die Schweiz auf, sie möge doch die Konten ihrer Banken für Steuerzwecke offenlegen. Diese (maschinengeschriebenen) Schreiben fanden sich zusammen mit den Antwortschreiben in der entsprechenden Ablage. Und man konnte dann auch sehen, dass zunächst einmal zehn bis fünfzehn Jahre nichts geschah. Im Zuge der Verhandlungen zur Revision des Doppelbesteuerungs-

¹ HANS-JOACHIM JAEGER, Meldepflichtige Finanzinstitute und andere black boxes: Qualifikationsfragen im AIA, in diesem Band.

abkommens wurden entsprechende Begehren von amerikanischer Seite wieder aufgebracht, und so gab es eine lange Entwicklung, die dem heutigen AIA vorausgegangen ist.

1. Steuersicherung

Wir haben uns in der Schweiz schon lange konzeptionell damit auseinandersetzen müssen, wie die Steuersicherung erstens im Inland und zweitens grenzüberschreitend bzw. international verwirklicht werden soll. Inland und Ausland sind zwei verschiedene Themenbereiche, auf die man teilweise getrennte Antworten gefunden hat.

a) Schuldnerprinzip

In der Schweiz erfolgt die Steuersicherung grundsätzlich über die Verrechnungssteuer. Diese Art der Steuersicherung geht auf die Zeit des zweiten Weltkrieges zurück. Es handelt sich um das Konzept einer Quellensteuer, das auf dem sogenannten Schuldnerprinzip fusst. Dieses Prinzip besagt, dass der Schuldner der Leistung (d.h. der Schuldner des Vermögensertrages) die Quellensteuer erhebt. Es handelt sich nicht um ein umfassendes System: Es werden nur Dividenden und bestimmte Zinsen aus schweizerischer Quelle davon erfasst – andere Kapitalerträge sowie Kapitalgewinne bleiben aussen vor.

In diesem Bereich vertritt die Schweiz traditionell die Haltung, dass die Quellensteuer ein System ist, welches das Geld direkt dem Fiskus zuführt und so zu einer Deklarationspflicht führt. Wird die Deklarationspflicht nicht erfüllt, so behält der Fiskus die geleistete Sicherungssteuer (d.h. die Verrechnungssteuer) ein.

b) Zahlstellenprinzip

Das System der Quellensteuer nach dem Schuldnerprinzip erhielt Konkurrenz, als in den 1990er-Jahren die Europäische Union – damals unter der Anleitung des zuständigen Kommissars Mario Monti – einen Plan vorlegte, die Steuersicherung mit dem sogenannten Zahlstellenprinzip zu erzielen. Beim Zahlstellenprinzip ist nicht mehr der Schuldner des Vermögensertrages (zum Beispiel bei einer Dividendenzahlung die Nestlé AG) verantwortlich für die Steuersicherung, sondern die Bank, welche die eingehenden Vermögenserträge dem Konto des Kunden gutschreibt.

In der Schweiz schaffte das Zahlstellenprinzip im Jahre 2004 mit dem Abschluss des Zinsbesteuerungsabkommens mit der Europäischen Union den Durchbruch. Operativ wurde das System 2005. Gleichzeitig führte die Schweiz damit erstmals auch einen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen ein – allerdings mit einer klaren Einschränkung: Es handelte sich um einen optionalen automatischen Informationsaustausch. Der Zinsempfänger konnte zwischen der Zahlung eines Steuerrückbehalts und einer freiwilligen Meldung wählen. Die Meldung entspricht systematisch dem automatischen Informationsaustausch, die Zahlung einer Quellensteuer. Die Grundsätze sind einfach. Die Durchführung aber ist relativ komplex.

c) **Fazit**

Die Frage der Steuersicherung wird sicherlich auch in der Schweiz den Gesetzgeber und die Politik weiterhin in Atem halten. Grund dafür sind Überlegungen, ob man auch für interne schweizerische Zwecke zum Zahlstellenprinzip übergehen soll. Das hätte zur Folge, dass Finanzintermediäre, d.h. insbesondere Banken, die Steuersicherung übernähmen. Dies wäre eine Abkehr vom Schuldnerprinzip, das in der Schweiz unter dem geltenden Verrechnungssteuersystem vorherrscht. Die Frage wird technisch und politisch diskutiert, und dabei gehen die Meinungen auseinander. Die Politik wird entscheiden müssen, welchem Prinzip der Vorrang zu gewähren ist.

Dies wird auch einen Bezug zum sogenannten steuerlichen Bankgeheimnis im Inland haben. Um es klarzustellen: Das steuerliche Bankgeheimnis im Inland wird durch die neue AIA-Gesetzgebung nicht tangiert. Der AIA betrifft ausschliesslich Auslandssachverhalte. Die im Inland geltende Gesetzgebung gewährt bei Fiskalstraftaten einen Zugriff auf Kundeninformationen, die bei den Banken lagern, nur durch den Richter und in gesetzlich bestimmten Fällen (bei Verdacht auf Steuerbetrug).

2. **Verbreitung des AIA-Standards**

Nach dem Abschluss des Zinsbesteuerungsabkommens im Jahre 2004 richtete die Schweiz ihren Fokus auf die Abgeltungssteuerabkommen und setzte zwei solche Vereinbarungen um (mit dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland sowie mit Österreich). Dennoch wurde der AIA bereits 2014 zum einschlägigen weltweiten Standard. Dies wurde insbesondere durch zwei Umstände stark begünstigt:

Der erste Umstand war die *causa* UBS, bei der eine grosse Anzahl von nicht steuerkonformen amerikanischen Steuerpflichtigen zur Kasse gebeten wurden. Die damit lancierte Steuerdebatte führte in den USA zum *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). FATCA wiederum war Vorbild und Vorlage für den *Common Reporting Standard* (CRS) der OECD, mit dem wir uns nun auseinandersetzen.

Ein zweiter Umstand – und auch dieser hat einen Schweizer Bezug – liegt in den Abgeltungssteuerabkommen. Das Konzept dieser Abkommen stiess nicht bei allen Grossmächten auf Gegenliebe. Diesbezüglich kann ich auf den ehemaligen Chef der amerikanischen Steuerverwaltung verweisen, der sich so äusserte: *I read it. I think it's substantial.* – Ich habe es gelesen. Es ist substantiell (will heissen, es ist nicht Hokusfokus, sondern es dient effektiv dazu, den richtigen Steuerbetrag zu erheben). Der dritte und wohl wichtigste Punkt seiner Aussage aber war: *But I don't like it.* – Aber ich mag es nicht. Ich gehe davon aus, dass viele seiner Amtskollegen aus anderen Staaten ähnlich dachten. Dieser Umstand führte massgeblich dazu, dass die Abgeltungssteuerabkommen keine Weiterverbreitung fanden, sondern international dem AIA den Vorzug gegeben wurde.

3. Globale Einführung des AIA

Nun ist der AIA Realität. Auf der veröffentlichten Liste des *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* finden sich per März 2016 siebenundneunzig Länder, die sich zur Einführung des automatischen Informationsaustausches verpflichtet haben.² In dieser Liste sind grundsätzlich alle Länder enthalten, die über einen ernstzunehmenden Finanzplatz verfügen. Für eine erste Gruppe von Ländern, die sogenannten *early adopters*, beginnt der Austausch 2017. Für eine zweite Gruppe, zu der auch die Schweiz zählt, beginnt dieser 2018.

Einen Sonderfall bildet Panama, das – per März 2016 – auf der Liste der AIA-Staaten noch aufgeführt ist. Da sich Panama sich zwischenzeitlich dahingehend äusserte, dass es den CRS nicht als verbindlich erachte, ist offen, ob das *Global Forum* Panama von der Liste der «*committed jurisdictions*» strei-

² Die Liste wird fortwährend nachgeführt. Per 14. April 2016 sind es 98 Länder, die sich um automatischen Informationsaustausch verpflichtet haben. Per 9. Mai 2016 waren es 101 Länder.

chen wird.³ Für die USA, die sich nicht auf der Liste befinden, gilt eine besondere Regelung.⁴

Bezüglich den USA ist anzumerken, dass sie den OECD-Standard grundsätzlich immer mitgetragen haben. Sie machen aber geltend, sie hätten eine spezielle Lösung. In der Tat bieten die USA heute keine vollständig reziproke Lösung an, die dem OECD-Standard genügt. Über kurz oder lang müssen die USA über die Bücher gehen und sich fragen, ob sie sich dem Standard anpassen wollen. Sollte dies nicht der Fall sein, könnte ich mir vorstellen, dass die Amerikaner international unter Druck geraten.

Das Global Forum wird in Zukunft überprüfen, ob die aufgeführten Länder ihren politischen Versprechen tatsächlich nachkommen. Für die Wettbewerbsstellung der Schweiz ist es sehr wichtig, dass sich global ein sogenanntes *Level Playing Field* bildet.

4. Fazit

Es ist an dieser Stelle festzuhalten, dass das System des automatischen Informationsaustausches nicht nur hinsichtlich Finanzkonten und entsprechenden Erträgen zur Anwendung gelangen kann. Es gibt auch andere mögliche Anwendungsfelder für den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen, wenngleich die Bankkontendaten sicherlich den wichtigsten Anwendungsbereich bilden. So ist beispielsweise im Rahmen der Arbeiten der OECD unter dem Titel BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) vorgesehen, dass es einen automatischen Informationsaustausch über *Country-by-Country Reports* geben wird. Multinationale Unternehmen werden gewisse Kenndaten für jedes Land, in dem sie tätig sind, vorlegen müssen. Details, wie ihre

³ Per 14. April 2016 ist Panama auf der Liste der Länder aufgeführt, die sich noch nicht zur Übernahme des AIA verpflichtet haben oder noch keinen Zeitplan für die Übernahme bekannt gegeben haben. Per 9. Mai 2016 [im Nachgang zu den Panama-Papers] figuriert Panama wiederum auf der Liste derjenigen Länder, die sich zum AIA per 2018 verpflichten.

⁴ In der OECD Liste wird in einer Fussnote auf die besondere Situation der USA Bezug genommen. Sie lautet wie folgt: «The United States has indicated that it is undertaking automatic information exchanges pursuant to FATCA from 2015 and has entered into intergovernmental agreements (IGAs) with other jurisdictions to do so. The Model 1A IGAs entered into by the United States acknowledge the need for the United States to achieve equivalent levels of reciprocal automatic information exchange with partner jurisdictions. They also include a political commitment to pursue the adoption of regulations and to advocate and support relevant legislation to achieve such equivalent levels of reciprocal automatic exchange.»

Tochtergesellschaften in diesen Ländern wirtschaften (Gewinne, bezahlte Steuern, Personalbestand usw.), müssen in Zukunft den zuständigen Steuerverwaltungen mitgeteilt werden. Auch in diesem Bereich ist in der Schweiz eine Gesetzesvorlage in Vorbereitung, die im ersten Halbjahr 2016 in die Vernehmlassung gehen wird.

III. Kriterien bei den Verhandlungsmandaten

Mit wem soll nun die Schweiz automatisch Informationen austauschen? Bereits im Herbst 2014 hat der Bundesrat zu dieser Frage ein Mandat verabschiedet. Es enthält einerseits sachliche Kriterien, die direkt mit der technischen Durchführung des AIA zusammenhängen. Andererseits gibt es korrelierende Ziele und Vorgaben für die Konkretisierung des Kreises der AIA-Partnerstaaten.

1. Sachliche Kriterien

Aus dem CRS-Standard und seiner Kommentierung, aus den OECD-Mustervorlagen für dessen Umsetzung und insbesondere aus den von der Schweiz abgeschlossenen staatsvertraglichen Bestimmungen ergibt sich, welche Bedingungen und Kriterien allgemein für die konkrete Durchführung des AIA erfüllt sein müssen.

a) Reziprozität

Grundsätzlich muss Reziprozität gegeben sein. Ein Land muss nicht nur jene Informationen liefern, die im CRS erfasst sind, sondern es hat auch den Anspruch, solche Informationen vom Partnerstaat zu erhalten.

b) Spezialitätsprinzip

Das sogenannte Spezialitätsprinzip bestimmt, dass die übermittelten Informationen durch die empfangenden Fiskalbehörden vertraulich zu behandeln sind und ausschliesslich für steuerliche Belange verwendet werden dürfen.

c) Datenschutz und -sicherheit

Einen weiteren wichtigen Punkt stellen Datenschutz und Datensicherheit dar. Zwischen diesen beiden Begriffen ist zu unterscheiden. Unter Datenschutz sind die Datenschutzbestimmungen zu verstehen, die allgemein und spezifisch für den vom AIA abgedeckten Bereich in einem Staat gelten. Unter Datensicherheit sind die Anforderungen an die Sicherheit in Bezug auf unerlaubte Zugriffe (z.B. Hackerangriffe) bei den Fiskalbehörden gemeint. Dies wird durch Länderprüfungen, die sowohl die Amerikaner bei der Anwendung von FATCA (sofern reziprok) wie auch das Global Forum allgemein im Rahmen der Umsetzung des AIA durchführen, untersucht.

Im Februar 2016 durchlief die Schweiz in Antizipation des Übergangs zum FATCA-Modell 1 eine solche Überprüfung: Bei einem sogenannten *On-Site Visit* überprüften die Amerikaner in Bern (und an anderen Orten) den Datenschutz und die -sicherheit. Partnerstaaten erhalten durch die Überprüfung die Bestätigung, ob ein Land den einschlägigen Anforderungen genügt. Entsprechend können künftig Daten in den geprüften Staat geliefert werden.

Die Ergebnisse dieser Untersuchungen sind nicht öffentlich; sie werden nur den zuständigen Regierungen und Amtsstellen zugänglich gemacht. Diese Beschränkung soll dazu dienen, dass die Staaten *On-Site Visits* auf ihrem Gebiet überhaupt zulassen.

d) Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten. Der CRS enthält diesbezüglich zahlreiche Bestimmungen. Relevant sind in diesem Zusammenhang auch die bei der Geldwäschereibekämpfung erlassenen Bestimmungen, in der Schweiz speziell die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken im Rahmen der geltenden Selbstregulierung.

Der Bereich der Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten wird im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung Prüfungen durch FATF/GAFI (*Financial Action Task Force/Groupe d'Action financière*) unterzogen. Gegenwärtig läuft in der Schweiz ein solches Länderprüfverfahren.

2. Prioritäre Verhandlungen

a) Europäische Union

Im Oktober 2014 beschloss der Bundesrat, der reziproke AIA sei prioritär mit den Mitgliedstaaten der EU und den USA einzuführen. Der konkrete Auftrag lautete, bis zum März 2015 ein entsprechendes Abkommen mit der EU auszuhandeln. Bezüglich der technischen Aushandlung war wichtig, dass der weltweite Standard CRS auch gegenüber der EU unverändert zur Anwendung kommt. Ein Spezialstandard war zu vermeiden, da abweichende Bestimmungen die Komplexität und die Umsetzungskosten in die Höhe treiben. Dies ist im Ergebnis weitestgehend gelungen.

b) USA

Mit den USA schreiten die Gespräche für einen Übergang zum FATCA-Modell 1 voran. Es ist davon auszugehen, dass das Abkommen bald abgeschlossen werden kann. Mit der Umsetzung ist 2018 oder 2019 zu rechnen.

3. Weitere Kriterien bei Verhandlungen

Es gibt weitere Kriterien bei Verhandlungen über die Einführung des AIA, die eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Diese sind eher politischer Natur und finden sich nicht in den von der OECD erarbeiteten Unterlagen.

a) Regularisierungsmöglichkeiten

Ein für die Schweiz speziell interessantes Kriterium ist jenes der Regularisierungsmöglichkeit. Es geht um die Frage, ob ein Steuerhinterzieher in seinem Ansässigkeitsstaat eine Selbstanzeige erstatten kann mit der Folge, dass er zwar hinterzogene Steuern nachbezahlen und allenfalls Verzugszinsen und eine Strafzahlung leisten muss, nicht aber einer Freiheitsstrafe unterworfen wird.

Wenn letzteres der Fall ist, gibt es wenig Anreiz für eine freiwillige Meldung. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Betroffene alles in ihrer Macht stehende tun, um ihr Geld weiterhin vor dem Fiskus zu verstecken. Dies ist kein erfolgsversprechender Ansatz, weil man damit kaum auf Freiwilligkeit fussende Steuerkonformität herstellen kann. Das haben wir bereits im Rahmen der Aushandlung der Abgeltungssteuerabkommen intensiv mit unseren Partnern diskutiert. Zahlreiche Staaten haben in den vergangenen Jahren

Regularisierungsprogramme aufgelegt. Sie sind in einer Publikation der OECD aufgelistet.⁵

b) Marktzugang

Das Kriterium des Marktzugangs findet keine Erwähnung im OECD-Standard und stellt für den AIA auch keine Konditionalität dar. Trotzdem folgt es aber einer gewissen Logik. Damit überhaupt Bankkontendaten sinnvoll ausgetauscht werden können, muss es zulässig sein, dass ein Ansässiger des Staates A ein Bankkonto im Staat B eröffnet. Wenn dies im Staat A nicht oder nur unter stark einschränkenden Bedingungen zulässig ist, liegt ein Grundsatzproblem vor; es gibt dann keine Freiheit für die Erbringung von Finanzdienstleistungen sowie Beschränkungen für den freien Kapitalverkehr. In einem solchen Szenario kann der AIA faktisch hinfällig werden, denn es darf grenzüberschreitend grundsätzlich gar oder fast keine austauschbaren Bankkundendaten geben. Der Staat A wird bei dieser Ausgangslage zudem regelmässig die auf seinem Gebiet ansässigen Personen bestrafen, von denen bekannt wird, dass sie ohne eine besondere, in der Praxis oft kaum erhältliche Bewilligung Bankkundenbeziehungen im anderen Staat unterhalten.

Die Feststellung ist wichtig, dass zwischen den Marktzugangsmöglichkeiten für grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen und dem AIA ein Zusammenhang besteht. Deshalb haben wir das in den Gesprächen mit den Partnerstaaten regelmässig angesprochen. Bisher wurden Fragen der Erbringung grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen soweit nötig und möglich in sogenannten *Joint Declarations* integriert. Man darf aber keine Wunder erwarten: Die Staaten öffnen wegen der Einführung des AIA ihren Markt für Finanzdienstleistungen nicht von heute auf morgen. Die schweizerischen Unterhändler streben vorab an, dass das Bewusstsein bezüglich dieses Punktes verstärkt und – wenn möglich – mit den Partnerstaaten eine Art Stillhaltevereinbarung abgeschlossen werden kann. Letzteres hat zum Inhalt, dass die Schweiz und ihre Partnerstaaten vereinbaren, bestehende Marktzutrittsmöglichkeiten nicht einzuschränken. Auf der Grundlage von entsprechend ausgestalteten *Joint Declarations* wollen die Schweiz und Partnerstaaten zudem auch aktiv nach Verbesserungen beim Marktzugang suchen.

⁵ OECD, Update on Voluntary Disclosure Programmes: A pathway to tax compliance, August 2015.

c) **Rechtsgrundlagen für die Umsetzung des AIA**

Ein weiterer Punkt, der eine Konditionalität darstellt, ist folgender: Es muss jeder am AIA teilhabende Staat sicherstellen, dass die zur Umsetzung des AIA notwendigen Rechtsgrundlagen vorhanden sind. Im Umsetzungsbe-
reich des MCAA (*Multilateral Competent Authority Agreement*) gehört dies zu den Tatbeständen, die obligatorisch dem für die Koordination zuständigen Sekretariat bei der OECD gemeldet werden müssen.

IV. Einführung des AIA durch die Schweiz

1. Umsetzung des AIA

Es gibt grundsätzlich zwei unterschiedliche Formen, um den AIA umzusetzen. Beim ersten Modell bildet ein Staatsvertrag zwischen den Vertragsstaaten die Grundlage für den Austausch. Ein typisches Beispiel ist der Vertrag zwischen der Schweiz und der EU. Technisch gesehen handelt es sich bei diesem Vertrag um eine Totalrevision des Zinsbesteuerungsabkommens Schweiz-EU. Bildlich gesprochen wurde im Zinsbesteuerungsabkommen der bestehende Text gelöscht und auf den leeren Seiten der Text des neuen AIA-Abkommens eingefügt.

Beim zweiten Modell wird der AIA über eine bilaterale Aktivierung gestützt auf zwei multilaterale völkerrechtliche Verträge eingeführt, nämlich die MAC (*Multilateral Convention on Administrative Assistance in Tax Matters*)⁶ und das MCAA (*Multilateral Competent Authority Agreement*). Die bilaterale Aktivierung erfolgt mittels Notifikation an das Sekretariat des Koordinierungsgremiums bei der OECD. Mit folgenden Staaten hat die Schweiz dieses Umsetzungsmodell gewählt: Australien, Guernsey, Jersey, Insel Man, Island, Norwegen, Japan, Kanada und Südkorea.

2. Besonderheiten beim Einführungsverfahren

Die Liste der Staaten, mit denen die Schweiz bisher den AIA vereinbart hat, ist kürzer als bei einigen anderen Staaten. Das liegt allerdings vor allem daran, dass die Schweiz für den Abschluss solcher Abkommen ein anderes Vorgehen gewählt hat als viele andere Staaten.

⁶ Übereinkommen des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Amtshilfeübereinkommen).

In den meisten Staaten liegt die Kompetenz zum Abschluss des AIA mit Partnerstaaten in den Händen der Regierung oder des Finanzministeriums. Diese Staaten brauchen nur eine kurze Vorlaufzeit von wenigen Wochen, um den AIA mit einem Partnerstaat einzuführen. Die Schweiz unterstellt demgegenüber für jeden individuellen Staat die Einführung des AIA der Zustimmung durch die Bundesversammlung. Das hat zur Folge, dass die Einführung nicht wenige Wochen, sondern anderthalb Jahre oder mehr erfordert.

Wenn nun im Hinblick auf den Ausbau des AIA-Netzes allenthalben moniert wird, die Schweiz presche vor oder handle überstürzt, muss dies angesichts der gemachten Feststellungen relativiert und in Kontext der langen Vorläufe für die Einführung des AIA gestellt werden. Im Ergebnis geht die Schweiz nicht schneller voran als andere Staaten, und sie ist mit der Einführung des AIA ab 2017/2018 ohnehin ein Jahr später dran als jene Länder, die (wie insbesondere die EU-Mitgliedstaaten) zum Kreis der sogenannten *early adopters* gehören. Zudem darf man nicht vergessen, dass es bei Inkraftsetzung von AIA-Vereinbarungen und auch danach Korrekturmöglichkeiten gibt. Wenn ein Staat, mit dem der AIA vorgesehen ist, die Erfordernisse für die Einführung des AIA nicht (mehr) erfüllt, kann mit der Notifikation als Voraussetzung für das Inkrafttreten des AIA so lange zugewartet werden, bis alle Voraussetzungen im Partnerstaat erfüllt sind. Und ist der AIA bereits eingeführt, sind aber wichtige Voraussetzungen im Partnerstaat nicht (mehr) gegeben, kann die Durchführung des AIA sistiert oder die Vereinbarung gekündigt werden.

3. Aktueller Stand

Nachdem die vorberatende Kommission dem EU-Abkommen und dem Abkommen mit Australien klar zustimmte, gehen wir davon aus, dass der Ständerat beide Abkommen am kommenden Montag gutheissen wird.⁷ Die acht weiteren Abkommen werden im Herbst/Winter behandelt.

Das AIA-Abkommen mit der EU wird referendumspflichtig sein – die auf dem MCAA fussenden anderen Abkommen hingegen nicht. Dies wurde im AIA-Gesetz so vorgesehen, damit angesichts der erwarteten zahlreichen Partnerstaaten nicht bei jedem Abkommen jeweils der ganze Referendumsprozess durchlaufen werden muss.

⁷ Sowohl dem Abkommen mit der EU (AB 2016, S. 160 ff.) wie auch dem Abkommen mit Australien (AB 2016, S. 163 ff.) stimmte der Ständerat zu.

V. AIA – mit welchen Partnern?

Damit kommen wir zur entscheidenden Frage: Mit welchen Partnerstaaten und in welcher Reihenfolge schliesst die Schweiz den AIA ab? Diese kann hier nicht abschliessend beantwortet werden. Trotzdem möchte ich folgende Hinweise anbringen:

1. Europa

Mit jenen europäischen Staaten, die noch kein AIA-Abkommen mit der Schweiz haben, werden aus Gründen des *Level Playing Field* Verhandlungen geführt werden. Zu diesen Staaten gehören unter anderen das Fürstentum Liechtenstein, Andorra und Monaco.

2. Offshore-Finanzplätze

Interessant ist sicherlich auch der Abschluss von Abkommen mit relevanten Offshore-Finanzplätzen, wie z.B. den Cayman Islands, Barbados sowie weiteren Karibikstandorten.

3. Grosse Volkswirtschaften ausserhalb Europa

Ebenfalls von Interesse ist die Frage, mit welchen grossen Volkswirtschaften ausserhalb Europas die Schweiz den AIA abschliessen wird. Zu einigen G-20-Staaten – unter anderem Indien, Südafrika, Argentinien, Mexiko und Brasilien – führte das *Global Forum* bereits Arbeiten hinsichtlich des Bestehens der gesetzlichen und rechtlichen Voraussetzungen für den AIA durch. Es ist zu erwarten, dass alle Mitgliedstaaten der G20 über kurz oder lang an der Einführung des AIA mit der Schweiz interessiert sind.

4. Asiatische Finanzplätze

Bedeutende Finanzzentren in Asien – insbesondere Singapur und Hongkong – sind für die Schweiz weitere wichtige Partner bei der Einführung des AIA. Die beiden genannten Finanzplätze haben zwar die MAC (*Multilateral Convention on Administrative Assistance in Tax Matters*) unterzeichnet, aber sie nehmen am MCAA (*Multilateral Competent Authority Agreement*) bisher nicht teil. Die Einführung des AIA wird über separate Abkommen erfolgen müssen – analog zur Umsetzung mit der EU. Die Schweiz steht mit den entsprechenden Partnern in Kontakt, um das *Level Playing Field* zu sichern.

Bankkunden aus Nicht-AIA Staaten – Steuerkonformitätsprüfung?

Urs Zulauf, Bern*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	126
II.	AIA-Staaten und Nicht-AIA Staaten.....	127
III.	Selbstanzeigeprogramme, AIA und Regularisierung unverteuerter Bankkundengelder.....	129
IV.	Regularisierung unverteuerter Bankkundengelder – ja oder nein?.....	130
	1. Kundensteuerrisiko.....	130
	2. Vorgaben des Schweizer Geldwäschereirechts.....	131
	3. Geschäftsmodell.....	132
	4. Kohärenz und Compliance.....	133
	5. Geschäftsverlust und Wettbewerb.....	133
	6. Zeitpunkt.....	134
	7. Rechtsstaatliche Überlegungen.....	134
	8. Globale Geschäftstätigkeit.....	134
	9. Moral und Ethik.....	135
V.	Kernelemente der steuerlichen Regularisierung von Bankkundengeldern.....	135
	1. Informations- und Erwartungsbriefe der Bank.....	135
	2. Steuerklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	136
	3. Steuerkonformitätserklärungen der Kunden.....	137
	4. Ermächtigung zur Angabe von Daten an Steuerbehörden.....	138
	5. Steuerkonformitätserklärungen von Steuerberatern.....	140
	6. Erhöhte Sorgfalt trotz Steuerkonformitätserklärungen.....	140

* Head Client Tax Compliance Credit Suisse Zürich, Titularprofessor Universität Genf, Adjunct Professor Cornell Law School. Diese Ausführungen binden einzig den Autor.

7. Wissen der Bank und der Kundenberater.....	141
8. Risiken des Abzugs unverteuerter Vermögenswerte.....	141
9. Anpassen von Finanzprodukten.....	142
10. Governance bankinterner Regularisierungsprogramme.....	142
11. Finanzielle Anreize für Kundenberater und Geschäftseinheiten.....	143
VI. Fazit.....	143
Literaturverzeichnis.....	144
Materialien.....	145

I. Einleitung

Dieser Tagungsband befasst sich mit dem automatischen Informationsaustausch von Bankkundendaten zwischen Steuerbehörden unter dem neuen OECD Standard, kurz AIA. Der AIA ist zwar schon heute ein globaler Standard. Er ist als internationaler Standard aber vorerst einmal eine *softrechtliche* oder eine *internationalrechtliche Realität*. Nur zwischen wenigen Staaten ist er auch eine *rechtliche Realität*. Das dürfte auch noch einige Jahre so bleiben.¹ Erst wenn die Staaten sich nicht nur zum AIA im Grundsatz verpflichten, sondern ein neuronales Netz bilateraler AIA-Vereinbarungen global ausrollen, wird er auch zu einer *praktischen Realität* werden.

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einer jedenfalls für den Schweizer Finanzplatz wichtigen Frage auf dem Weg dorthin: wie umgehen mit allfälligen bestehenden oder neuen unverteuerten Kundengeldern aus Nicht-AIA Staaten oder (noch)Nicht-AIA Staaten? Im Einzelnen suchen wir Antworten auf folgende Fragen:

- Wie wird sich das AIA-Netz der Schweiz voraussichtlich entwickeln?
- Welche Rolle spielen Selbstanzeigeprogramme in den (noch)Nicht-AIA Staaten?
- Welche Gründe sprechen für und gegen eine steuerliche Regularisierung von Kundengeldern aus (noch)Nicht-AIA Staaten?

¹ Verschiedene «early adopter» Staaten haben offenbar Mühe, die rechtlichen Grundlagen für den AIA bereit zu stellen. Nach Angaben von SWISSBANKING von Ende Juni 2016 hatten 10 der 55 early adopter Staaten noch überhaupt keine gesetzliche Grundlage geschaffen. Bei etwa der Hälfte würden noch die technischen Ausführungsvorschriften der zweiten Regulierungsstufe fehlen. SWISSBANKING, Insight 2.16, AEOI.

- Welche praktischen Fragen stellen sich bei der Regularisierung bestehender und der Abwehr neuer unverteuerter Kundengelder?

Der Schwerpunkt des Beitrages liegt auf dem letzten Punkt. Der AIA ist ein wichtiges, aber nur ein Element einer umfassenden Veränderung der steuerlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen für das grenzüberschreitende Privatkundengeschäft. Sie haben die *Kundensteuerrisiken* für die Banken erheblich erhöht, d.h. das Risiko der Banken und ihrer Angestellten für Steuerdelikte ihrer Kunden strafrechtlich mitverantwortlich gemacht zu werden. Alle diese Veränderungen der regulatorischen Rahmenbedingungen können hier nicht nachgezeichnet werden. Ich habe mich an anderer Stelle dazu geäußert,² beziehungsweise werde dies noch tun.³

Sieht man vom zwischenstaatlichen Aspekt ab, steht der AIA für einen *erweiterten Zugang von Steuerbehörden auf Bankkundendaten*. Der AIA gibt den *ausländischen* Steuerbehörden diesen Zugang nicht nur für Strafverfahren, sondern auch zum Überprüfen der Steuerveranlagung. Die *Schweizer* Steuerbehörden dagegen haben bekanntlich nur in Strafverfahren wegen Steuerbetrug oder schwerer Steuerwiderhandlung direkten Zugang zu Bankkundendaten.⁴ Die Schweiz ist in diesem Sinn ein Nicht-AIA Land. Ob sie ein (noch)Nicht-AIA Land werden oder eher ein Nie-AIA Land bleiben wird, entscheidet auch eine 2017 oder 2018 stattfindende Volksabstimmung über die «Matter-Initiative» zum «Schutz der Privatsphäre» oder (wahrscheinlicher) über den «Ettlin-Gegenvorschlag». Auch diese Frage ist mit Blick auf die Kundensteuerrisiken relevant, muss aber hier weitgehend ausgeklammert bleiben.⁵

II. AIA-Staaten und Nicht-AIA Staaten

CHRISTOPH SCHELLING schildert in diesem Tagungsband den Stand des Schweizer AIA Netzwerks. Beschlossen hat das Schweizer Parlament die AIA-Verträge mit der EU für alle ihre (noch)⁶ 28 Mitgliedstaaten und mit

² ZULAUF, Weissgeldstrategie, passim.

³ ZULAUF/ROHNER/CERUTTI, Unversteuerte Bankkundengelder, passim.

⁴ Vgl. die Darstellungen der aktuellen Rechtslage in BUNDESRAT, Vernehmlassungsbericht zur Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts, S. 8 ff. sowie in BVGer Urteile A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009, E 4.3.

⁵ ZULAUF/ROHNER/CERUTTI, Unversteuerte Bankkundengelder, Kapitel XI.

⁶ Nach einem Austritt Grossbritanniens aus der EU («Brexit») wird sich die Frage stellen, ob ein separater AIA-Vertrag zu vereinbaren ist. Das wäre zu begrüßen, denn der

Australien.⁷ Im Parlament hängig sind AIA-Verträge mit weiteren 8 Staaten (Norwegen, Island, Jersey, Guernsey, Isle of Man, Japan, Südkorea, Kanada).⁸ Kommt nichts dazwischen und können diese Verträge notifiziert werden und in Kraft treten, wird die Schweiz mit 37 Staaten ab September 2018 automatisch Daten über Finanzkonten austauschen. Darunter befinden sich nur 20 der 50 gemessen am Bruttoinlandprodukt wirtschaftlich stärksten Staaten, mit 7 der 20 stärksten Staaten (Saudi-Arabien und die Schweiz nicht gerechnet) besteht noch kein AIA-Abkommen.

Wie weiter? CHRISTOPH SCHELLING hat Recht: «Es ist zu erwarten, dass alle Mitgliedstaaten der G20 über kurz oder lang an der Einführung des AIA mit der Schweiz interessiert sind.»⁹ Der Abschluss, die Genehmigung und die Inkraftsetzung neuer AIA-Abkommen werden aber aus verschiedenen Gründen noch Jahre in Anspruch nehmen. Bis dahin stellt sich für die Banken die Frage, wie sie mit allfälligen bestehenden unversteuerten Kundengeldern aus Staaten umgehen sollen, mit denen die Schweiz entweder noch keine AIA-Vereinbarung geschlossen hat (Noch-Nicht-AIA Staaten) oder mangels Vorliegen der Voraussetzungen gar kein Abkommen schliessen kann oder will (Nie-AIA Staaten). Wie hinten ausgeführt wird, stellt sich die Frage sogar noch vermehrt im Vorfeld eines AIA-Abkommens der Schweiz.

Es wird sich zeigen, ob es solche Nicht- oder Nie-AIA Staaten von wirtschaftlichem oder politischem Gewicht geben wird. Dabei liegt das wohlverstandene Interesse des Schweizer Finanzplatzes an einem möglichst breiten Netz an AIA-Vereinbarungen.

Aufwand zur dauernden Aufrechterhaltung des geltenden Quellensteuerabkommens lässt sich nicht rechtfertigen.

⁷ AIA-Vertrag mit EU: Bundesbeschluss in Schlussabstimmungen von National- und Ständerat am 17. Juni 2016 angenommen (BBl 2016, S. 4995 ff.). AIA-Vertrag mit Australien: Annahme Bundesbeschluss durch Ständerat (14. März 2016) und durch Nationalrates (31. Mai 2016). Siehe dazu Geschäfte des Bundesrates Nr. 15.076 und 15.081 abrufbar auf der Webseite <www.parlament.ch>.

⁸ Vgl. die Übersicht auf der Webseite des Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) unter: <www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/automatischer-informationsaustausch.html>.

⁹ SCHELLING, SBT 2016, S. 125.

III. Selbstanzeigeprogramme, AIA und Regularisierung unversteuerter Bankkundengelder

Das Steuerrecht verschiedener Staaten erlaubt den Steuerpflichtigen, allfällige unversteuerte Vermögenswerte und Einkommensbestandteile nachträglich zu melden und zu erleichterten Bedingungen zu regularisieren. Dies können zeitlich befristete «Amnestieprogramme» oder dauernde Selbstanzeigeprogramme sein. Die OECD publizierte dazu zwei Berichte in den Jahren 2010 und 2015. Darin wertete sie solche Regularisierungserleichterungen als positiv: «When drafted carefully, voluntary disclosure programmes benefit everyone involved – taxpayers making the disclosure, compliant taxpayers, and governments.»¹⁰

Sorgfältig ausgestaltete Selbstanzeigeprogramme liegen auch im Interesse von Banken, welche unversteuerte Gelder von Kunden verwahren und dies ändern möchten. Ein Selbstanzeigeprogramm erhöht die Chance markant, dass Bankkunden der Aufforderung einer Bank Folge leisten, die Steuerkonformität der angelegten Gelder nachzuweisen. Es erhöht auch die Chance, dass eine Bank den Kunden überzeugen kann, die Vermögenswerte nach einer Regularisierung bei ihr zu belassen. Entsprechend haben viele Schweizer Banken in den letzten Jahren solche Regularisierungsinitiativen nur für Kunden lanciert, denen ein Selbstanzeigeprogramm in ihrem Domizilland offensteht.

In der gleichen Logik macht der Bundesrat den Abschluss von AIA-Vereinbarungen grundsätzlich auch davon abhängig, dass die entsprechenden Staaten ein Selbstanzeigeprogramm kennen.¹¹ Der Bundesrat folgte dabei einer Empfehlung der «Expertenkommission BRUNETTI 1» vom Juni 2013. Noch weiter geht der Steuerrechtler MATTEOTTI in einem für das Finanzdepartement verfassten «Kurzgutachten» vom August 2015.¹² Darin leitet er aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzip ab, dass ein AIA nur mit einem Partnerstaat «vereinbart»¹³ beziehungsweise «aktiviert»¹⁴ werden dürfe, wenn dieser «eine insgesamt faire Regularisierungslösung» kennt und die Menschenrechtsstandards der EMRK oder des UNO-Paktes erfüllt.

¹⁰ OECD, Update on Voluntary Disclosure Programmes, S. 9.

¹¹ BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 8. Oktober 2014. SCHELLING, SBT 2016, S. 121.

¹² MATTEOTTI, Kurzgutachten Verfassungskonformität.

¹³ *Id.*, S. 18.

¹⁴ *Id.*, S. 22. Das würde eine Vereinbarung eines AIA erlauben, aber keine Aktivierung.

Es wird sich zeigen, ob die Schweiz den AIA tatsächlich nur mit Staaten vereinbart oder aktiviert, welche ein Selbstanzeigeprogramm kennen. Ein Testfall dürfte Griechenland sein, welches als Teil der EU von der AIA-Vereinbarung der Schweiz mit der EU erfasst wird, aber noch kein Selbstanzeigeprogramm eingeführt hat (Stand Juli 2016).

Auch ausserhalb Westeuropas haben in den letzten Jahren und Monaten einige wichtige Zielländer von Schweizer Banken mit internationalem Vermögensverwaltungsgeschäft Selbstanzeigeprogramme neu aufgelegt oder sind daran, dies zu tun. Zu erwähnen sind die Programme in Russland, Südafrika, Indien, Indonesien, Argentinien, Brasilien und Mexico. Die «Fairness» dieser Programme und die rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen in diesen Staaten können hier nicht erläutert werden. Es dürften aber einige Länder verbleiben, die keine Selbstanzeigeprogramme kennen oder planen und mit denen die Schweiz erst in einigen Jahren oder gar keine AIA-Vereinbarung abschliessen wird. Im Folgenden ist der Frage nachzugehen, wie Banken mit allfälligen un versteuerten Geldern von Kunden aus solchen Ländern umgehen sollen und können.

IV. Regularisierung unverteuerter Bankkundengelder – ja oder nein?

Alle Schweizer Banken stehen vor der Aufgabe, ob, wie und wann sie bestehende unverteuerte Kundengelder «regularisieren» sollen, von bestehenden Kunden den Nachweis der Steuerkonformität verlangen und den Zufluss neuer unverteuerter Gelder vermeiden können. Ob sie dabei eine ausdrückliche «Kundensteuerpolitik» definieren, ist von untergeordneter Bedeutung. Zur Beantwortung der Fragen gilt es, verschiedene Parameter abzuwägen, die sich teilweise widersprechen:

1. Kundensteuerrisiko

Noch einmal: Das Kundensteuerrisiko ist das Risiko der Banken und ihrer Angestellten, für Steuerdelikte ihrer Kunden nach ausländischem oder Schweizer Steuer-, Straf-, Zivil- oder Aufsichtsrecht verantwortlich gemacht zu werden. Seit 2009 hat dieses Risiko gerade (aber nicht nur) für Schweizer Banken mit grenzüberschreitendem Privatkundengeschäft erheblich zugenommen und sich in verschiedenen Fällen realisiert. Davon zeugen Strafver-

fahren verschiedenerer Staaten, so den USA, Deutschland, Frankreich und Italien.

Nicht alle Staaten, auch nicht alle Hochsteuerstaaten, verfolgen Berater und Banken als Beihelfer zu Steuerdelikten, weder lokal noch grenzüberschreitend. Das kann verschiedene Gründe haben: mangelnde rechtliche Grundlagen, fehlender politischer Wille zur Durchsetzung vorhandener Gesetze, ungenügende Ressourcen der Strafbehörden oder deren ungenügende Fachkenntnisse. Eine reine Risikobetrachtungsweise würde erlauben, einen differenzierten Ansatz zu wählen, und bei Kunden mit Domizil in diesen Ländern weniger auf Steuerkonformität zu achten. Diese Risikosicht ist nach schweizerischem Aufsichtsrecht von der FINMA auch als Minimalstandard gefordert. Eine Risikosicht ist aus Sicht der FINMA aber auch immer noch gestattet,¹⁵ jedenfalls wenn sie sich nicht im Rückblick als falsch erweist.

2. Vorgaben des Schweizer Geldwäschereirechts

Neben den aufsichtsrechtlichen Erwartungen der FINMA als Aufsichtsbehörde haben die Schweizer Banken als Mindeststandard die Vorgaben zu beachten, welche sich aus den qualifizierten Steuerdelikten als Vortat zur Geldwäscherei ergeben. Seit Januar 2016 ist die vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Annahme und Verwaltung von Vermögenswerten, die aus einem «qualifizierten Steuervergehen» «herrühren», nach Art. 305^{bis} des Strafgesetzbuches als Geldwäscherei strafbar. Dabei gilt allerdings eine relativ hohe Schwelle: Bei direkten Steuern muss der Steuerpflichtige durch die unterlassene oder falsche Deklaration 300'000 Franken Steuern pro Steuerperiode vermeiden und zudem gefälschte Urkunden benützen.

Der Bundesrat schlug zudem «erhöhte Sorgfaltspflichten» der Finanzintermediäre zur Abwehr unversteuerter Gelder vor. Diese sollten neben und zusätzlich zu den sich aus dem Steuerbetrug als Vortat zur Geldwäscherei ergebenden Sorgfaltspflichten gelten. Zwei Gesetzesvorschläge dazu wurden jedoch in der Vernehmlassung überwiegend abgelehnt. Dennoch unterbreitete der Bundesrat im Juni 2015 dem Parlament einen Gesetzesentwurf,¹⁶ auf den das Parlament im Dezember 2015 nicht eintrat. Zusammengefasst

¹⁵ Vgl. ZULAUF, Weissgeldstrategie, S. 16 f.; FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken, S. 14 ff: «Als Aufsichtsbehörde erwartet die FINMA, dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt und für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell definiert wird.»

¹⁶ BBl 2015, S. 4233 ff. (Botschaft), S. 4247 f. (Entwurf).

lautete die Begründung für die Ablehnung: «Das neue Gesetz käme den Bankensektor teuer zu stehen und würde dessen Wettbewerbsfähigkeit schaden».¹⁷

Was folgt aus dieser Ablehnung allgemein erhöhter gesetzlicher Sorgfaltspflichten zur Abwehr unversteuerter Gelder durch das Schweizer Parlament? Eine mögliche Lesart wäre: Unterhalb des durch die Norm zum Steuerbetrug als Vortat zur Geldwäscherei Gebotenen sind keine Massnahmen erforderlich, insbesondere bei Kunden aus Ländern, mit denen die Schweiz keinen AIA vereinbart hat. Diese Schlussfolgerung wäre meines Erachtens falsch und unvorsichtig und auch aus einem anderen Grund verfehlt: Die Sorgfaltspflichten, welche sich aus den qualifizierten Steuervergehen als Vortat zu Geldwäscherei ergeben, werden auch auf unversteuerte Vermögenswerte ausstrahlen, durch die weniger als 300'000 Franken direkte Steuern in einer Steuerperiode vermieden werden. Zum einen gilt diese Schwelle nur bei direkten, nicht indirekten Steuern wie der Mehrwertsteuer. Zum andern steht nicht mit Sicherheit fest, wie diese Grenzwerte konkret zu berechnen sind. Schliesslich wäre es unvorsichtig zu meinen, unterhalb dieser Schwelle sei das Verwalten unversteuerter Kundengelder grundsätzlich rechtlich erlaubt und deshalb unproblematisch. Vorsichtiger und wohl nachhaltiger ist die andere Lesart dieser Norm: die Annahme und die Verwaltung unversteuerter Kundengelder ist grundsätzlich rechtlich problematisch, wenn auch erst bei Vorsatz und Vorliegen gewisser Bedingungen als Geldwäscherei strafbar.

3. Geschäftsmodell

Das Schweizer grenzüberschreitende Privatkundengeschäft war jahrzehntelang durch Opportunitäten getrieben. Kunden wurden ungeachtet ihres Domizils akzeptiert. Zu beachten waren immer die allgemeinen Sorgfaltsstandards aus der Geldwäschereigesetzgebung. Das führte dazu, dass auch relativ kleine Banken teilweise Kunden aus über weit hundert Domizilländern betreuten oder noch betreuen. Angesichts der von der FINMA seit 2010

¹⁷ Tagesanzeiger vom 23. September 2015, S. 4: Zusammenfassung der Argumente der Mehrheit des Nationalrates in der Beratung vom 22. September 2015 zum Geschäft des Bundesrates Nr. 15.048, Änderung Geldwäschereigesetz, abrufbar auf der Website <www.parlament.ch>.

geforderten höheren Standards¹⁸ und den sich nicht zuletzt daraus ergebenden höheren Compliancekosten begannen Banken, die Zahl von «aktiven Zielmärkten» stark zu verkleinern. Ebenfalls aus Kosten- und Complianceüberlegungen bedienen einzelne Banken Kunden mit geringeren Vermögenswerten aus bestimmten Märkten nicht mehr und verabschieden sie oder «verkaufen» ganze Kundenportfolios an andere Banken. Darüber hinaus verringerten jedenfalls einzelne Banken auch die Zahl der Länder, in denen sie einzelne Kunden passiv bedienen. Fallen Kunden aus solchen Märkten generell weg, erübrigen sich Überlegungen zu ihrer Steuerkonformität.

4. Kohärenz und Compliance

Es ist schwer, langfristig innerhalb einer Bank Standards in Bezug auf un-versteuerte Kundengelder zu pflegen, die sich je nach Domizil der Kunden grundlegend unterscheiden. Dies gilt insbesondere für Banken mit einer Vielzahl von Kundenberatern, von denen jedenfalls einzelne immer noch Kunden aus verschiedenen Ländern betreuen. Es ist eine grosse Herausforderung für diese und die Complianceabteilungen, über Jahre unterschiedliche Standards je nach Domizilland des Kunden als Vorgabe zu beachten.

5. Geschäftsverlust und Wettbewerb

Die Regularisierung bestehender, unverteuerter Kundengelder führt, wenn sie glaubwürdig umgesetzt wird, zwangsläufig zu einer jedenfalls kurzfristigen Verminderung der verwalteten Kundenvermögen aus dem betreffenden Markt. Einzelne Kunden entziehen sich der Forderung, die Steuerkonformität der bei der Bank angelegten Vermögenswerte zu dokumentieren, und transferieren diese Vermögenswerte. Angesichts dieser zu erwartenden Abflüsse zögern die Banken, sich in einem Markt als erste Bank zu bewegen. Sie befürchten, dass die Kunden zuerst zur Konkurrentin über die Strasse wechseln. Es wird als möglich erachtet, dass später eine Regularisierung einmal für alle Banken erforderlich wird. In diesem Zeitpunkt würden sich dann aber alle Banken etwa gleichzeitig bewegen, was die Möglichkeit der Kunden einschränkt, mit unversteuertem Geld die Bank zu wechseln.

¹⁸ «Als Aufsichtsbehörde erwartet die FINMA, dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt und für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell definiert wird.» FINMA, Positionspapier Rechtsrisiken, S. 3; ebenso FINMA, Entwurf Rundschreiben Operationelle Risiken, Rz. 136.4.

6. Zeitpunkt

Fehlt es in einem Domizilland an einem «fairen Selbstanzeigeprogramm» warten viele Banken noch zu, bis sie Massnahmen zur steuerlichen Regularisierung unversteuerter Kundengelder einleiten. Zum Teil geht dieses Zuwarten auch mit der Hoffnung einher, die politischen Verhältnisse könnten sich ändern und ein Selbstanzeigeprogramm beschlossen werden. Beginnen solche Diskussionen, werden die Banken meist so lange warten, von ihren Kunden die Regularisierung unversteuerter Vermögenswerte zu verlangen, bis das Selbstanzeigeprogramm wirklich beschlossen ist.

7. Rechtsstaatliche Überlegungen

Die ideale Welt entspricht bekanntlich nicht der realen Welt und umgekehrt. In einigen Domizilländern von grenzüberschreitend betreuten Privatkunden gibt es rechtstaatliche Defizite. Im schlimmsten Fall verbinden sich hohe Steuern mit umfassender Korruption, verfehlter vergangener, aktueller und künftiger Wirtschaftspolitik, korrupter und unfähiger Regierung, hoher Kriminalität, katastrophaler Sicherheitslage und der Auflösung der staatlichen Ordnung insgesamt. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob Kunden aus diesem Land nach einer angesichts der zwangsläufig erhöhten «normalen» Geldwäschereirisiken überhaupt bedient werden sollen. Dafür gibt es Gründe. In diesem Fall stellt sich aber immer noch die Frage ihres Steuerstatus. Auch wenn diese Faktoren in einem Land nicht alle in dieser Form zusammenkommen, kann etwa fundamentales Misstrauen gegenüber herrschenden oder künftigen Regierungen die Erfolgchancen auch gut gemeinter und sogar rechtsstaatlich akzeptabler und «fairer» steuerlicher Selbstanzeigeprogramme erheblich verringern.

8. Globale Geschäftstätigkeit

Verschiedene Schweizer Banken bedienen und buchen Privatkunden grenzüberschreitend auch in Geschäftseinheiten ausserhalb der Schweiz, wie etwa in Luxemburg, London, Singapur, Hong Kong, Dubai, den USA oder auf den Bahamas. Mit Blick auf die steuerliche Regularisierung bestehender Kunden fragt es sich zum einen, ob eine Bankgruppe global die gleichen Standards anwenden und etwa Programme zur steuerlichen Regularisierung global ausrollen und umsetzen soll. Dies ist zumindest vorsichtiger und glaubwürdiger. Zum anderen ist fraglich, ob als globale Vorgabe die

Masstäbe des Buchungszentrums angewendet werden sollen, in dem die meisten Kunden eines bestimmten Marktes gebucht sind. Dies können für asiatische Kunden etwa Singapur oder Hong Kong oder für lateinamerikanische Kunden die USA sein. Der andere Ansatz wäre, den in der Schweiz für andere vergleichbare Märkte entwickelten Masstab anzuwenden. Für beides gibt es valable Gründe.

9. Moral und Ethik

Schliesslich hat die Frage der Steuerkonformität von Kundengeldern auch noch eine moralische und ethische Ebene. Für die Geschäftstätigkeit einer Bank sind diese absolut relevant. Oft bleibt es auch nicht bei Moral und Ethik. Vielmehr sind Verschiebungen von Wertvorstellungen oft Vorläufer politischer und regulatorischer Entwicklungen und, ebenso wichtig, neuer Themen und Kampagnen von Straf- und Aufsichtsbehörden. Dazu sei hier eine Stimme zitiert: «Die Toleranz gegenüber Steuerdelikten hat sich fundamental geändert. Es ist ein ökonomisch unsinniges und moralisch inakzeptables Geschäftsmodell, wissentlich unversteuerte Gelder anzunehmen.»¹⁹

V. Kernelemente der steuerlichen Regularisierung von Bankkundengeldern

Gehen wir einmal davon aus, die Führung einer Bank entschliesse sich nach Abwägung der soeben geschilderten Faktoren, eine steuerliche Regularisierung bestehender Kunden auch aus einem (noch)Nicht- oder Nicht-AIA Staat anzustreben. Dann stehen die Verantwortlichen vor der Frage, mit welchen Mitteln ein solcher Entscheid umgesetzt werden kann. Folgende Überlegungen sollen als Anhaltspunkte für eine Antwort dienen.

1. Informations- und Erwartungsbriefe der Bank

Die Bank kann auch Kunden aus (noch)Nicht- oder Nicht-AIA Ländern schriftlich in besonderen Schreiben über den Trend zu globaler Steuertransparenz informieren (*Informationsbrief*). Sie kann diesen Informationsbriefen Broschüren oder Faktenblätter internationaler Beratungsfirmen beilegen,

¹⁹ So URS ROHNER im Interview in NZZ vom 28. Mai 2013, S. 31.

welche diese Ausführungen vertiefen. Möglich ist, in diesen Schreiben einen Schritt weiterzugehen und die klare Erwartung zu äussern, dass ihre Kunden die bei ihr angelegten Vermögenswerte und die Erträge daraus pflichtgemäss (wo eine solche Pflicht besteht) deklarieren und versteuern («*Erwartungsbrief*»).

Ein blosser Informationsbrief dürfte die Risiken einer Bank kaum gross verringern. Etwas höher dürfte die risikomindernde Wirkung eines einseitig kommunizierten Erwartungsbriefes sein. Die Bank gibt darin klar zum Ausdruck, dass sie vom Kunden Steuerkonformität erwartet.

Die Bank kann noch einen Schritt weitergehen, und diesen Erwartungsbrief vom Kunden gegenzeichnen und zurückschicken lassen («*bestätigter Erwartungsbrief*»). Sie kann von den Kunden bestätigen lassen, dass sie den Brief erhalten oder diese Erwartung der Bank zur Kenntnis genommen haben. Diese Bestätigung der Kunden dürfte die risikomindernde Wirkung zwar noch etwas erhöhen. Ein solches Vorgehen beinhaltet aber andere Risiken. Zum einen können auch Kunden mit unversteuerten Vermögenswerten ohne Lüge bestätigen, dass sie den Brief erhalten und seinen Inhalt zur Kenntnis genommen haben. Zudem fragt sich für die Bank, was mit Kunden zu tun ist, welche nicht auf dieses Schreiben reagieren. Das kann durchaus unverdächtige Gründe haben, und sei es auch nur eine allgemeine Abneigung, solche Anfragen zu beantworten und aktiv etwas zu tun. Jedenfalls kann eine Bank die fehlende Bestätigung nicht einfach ohne Reaktion lassen. Sie muss bei allen nicht antwortenden Kunden ein erhöhtes Risiko annehmen, dass ihre Vermögenswerte unversteuert sind.

2. Steuerklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Einige Banken haben Steuerkonformitätserklärungen in ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen. Als Beispiel sei hier die entsprechende Bestimmung in den AGB der UBS wiedergegeben:

«9. Einhaltung von Gesetzen

Der Kunde ist für die Einhaltung der auf ihn anwendbaren gesetzlichen und regulatorischen Bestimmungen verantwortlich. Dies beinhaltet unter anderem auch die Verpflichtung zur Steuerdeklaration und Zahlung.»²⁰

²⁰ AGB UBS SCHWEIZ, Stand Januar 2015, abrufbar unter: <<https://www.ubs.com/ch/de/swissbank/unternehmen/zahlungsverkehr/downloads.html>>.

Solche Bestimmungen sind ohne Zweifel rechtlich von Bedeutung. Sie geben den Willen der Bank zum Ausdruck, keine unbesteuerten Kundengelder verwahren zu wollen. Dadurch mindern solche Klauseln in beschränktem Umfang auch das Kundensteuerrisiko der Bank. Die Banken müssen sich aber der Grenzen dieser risikomindernden Wirkung bewusst sein. Zum einen gelten die grundsätzlichen rechtlichen Unsicherheiten von AGB. Bestehende Kunden nehmen Änderungen nur zur Kenntnis und unterschreiben sie nicht. Zum anderen können die Gerichte die Geltung der Bestimmung beschränken oder ablehnen. Solche Klauseln geben schliesslich keine Sicherheit, dass der Kunde die durch die Bank verwahrten Gelder und die Erträge daraus auch tatsächlich ordnungsgemäss deklariert und versteuert.

3. Steuerkonformitätserklärungen der Kunden

Ein zusätzlicher Schritt besteht darin, von neuen oder auch von bestehenden Kunden eine ausdrückliche «Steuerkonformitätserklärung» zu verlangen. Verschiedene Banken haben dies getan. Von *bestehenden* Kunden wurden Steuerkonformitätserklärungen bisher ausschliesslich oder vorwiegend im Rahmen der steuerlichen Regularisierung bei Kunden aus Ländern mit Selbstanzeigeprogrammen eingeholt. Anders bei neuen Kunden. Von diesen verlangen verschiedene Banken flächendeckend eine ausdrückliche Bestätigung der Steuerkonformität der angelegten Gelder. So haben alle neuen Kunden der Credit Suisse in ihren Kontoeröffnungsunterlagen folgende Aussage zu unterschreiben:

«5. Einhaltung von gesetzlichen Vorschriften

Der Kunde ist für die Einhaltung von auf ihn anwendbaren gesetzlichen Vorschriften (einschliesslich Steuergesetzen) verantwortlich und er hält solche gesetzliche Vorschriften jederzeit ein.»²¹

Einer Bank stehen mehrere Wege offen, vom Kunden eine Steuerkonformitätserklärung einzuholen. Die Erklärung kann Teil der Erklärungen zur Kontoeröffnung oder eines anderen Formularsatzes sein. Sie kann auch in einem separaten von der Bank vorformulierten Schriftstück erfolgen oder mündlich gegenüber dem Kundenberater auf ausdrückliche Frage.

Die Steuerkonformitätserklärung ist rechtlich relevant, auch wenn ungewiss ist, ob sich der Kunde mit einer falschen Angabe wegen Falschbeur-

²¹ CREDIT SUISSE, Vertrag zur Eröffnung einer Bankverbindung für Einzelpersonen, Fassung 12.15.

kundung strafbar machen würde. Gerade wegen ihrer rechtlichen Relevanz mindert sie auch das Kundensteuerrisiko der Bank. Ausschliessen tut sie es allerdings ebenso wenig wie das genannte Erwartungsschreiben der Bank. So dürfte ein Kunde, welcher Vermögen und Einkommen nicht pflichtgemäss deklariert, möglicherweise auch bereit sein, seiner Bank eine falsche Angabe zu machen.

Die technische Umsetzung von Steuerkonformitätserklärungen ist nicht trivial. Relativ klar sind die Verhältnisse bei Individualkunden. Dort wird die Bank vom Kontoinhaber eine solche Erklärung einverlangen. Gibt es wie bei «comptes joints» mehrere Kontoinhaber, muss jeder eine Erklärung abgeben. Sehr viel komplizierter sind die Verhältnisse bei Domizilgesellschaften oder Trusts (Strukturen). Dort gibt es verschiedene Möglichkeiten, die auch kombinierbar sind. So kann vom Organ der kontoinhabenden Gesellschaft eine Erklärung zur Steuerkonformität dieser selbst sowie aller wirtschaftlich Berechtigten verlangt werden. Die Bank kann alternativ oder zusätzlich von jedem wirtschaftlich Berechtigten für sich selbst eine Erklärung einholen. Das kann zu Schwierigkeiten führen und nicht praktikabel sein, z.B. wenn Begünstigte noch gar nichts von ihrer Begünstigung wissen. Solange keine Dividenden ausgeschüttet werden, dürften in der Regel aber auch noch keine Steuerpflichten anfallen.

Mit der Steuerkonformitätserklärung setzen die Banken heute ein Instrument ein, welches in der politischen Diskussion noch vor wenigen Jahren für rote Köpfe sorgte.²² Eine Abwehrreaktion der Kunden blieb offenbar weitgehend aus, was verschiedene Gründe haben könnte.

4. Ermächtigung zur Angabe von Daten an Steuerbehörden

Die Bank kann vom Kunden auch verlangen, dass er sie ermächtigt, auf Anfrage der Steuerbehörde seines Domizillandes gewisse Daten direkt offenzulegen. Das kann sich jedenfalls dort rechtfertigen, wo Wissen oder klare Hinweise auf mangelnde Steuerkonformität eines Kunden bestehen.

Einen solchen Verzicht auf das «steuerliche Bankgeheimnis» verlangen viele Banken heute standardmässig von Kunden aus EU-Ländern. Für die dem Zinsbesteuerungsabkommen unterliegenden Zinszahlungen ist die Option einer Ermächtigung zur sogar automatischen Meldung seit 2004 aus-

²² Der Vorschlag einer solchen als «Selbstdeklaration» bezeichneten Erklärung im Diskussionspapier des Bundesrates vom Februar 2012 wurde damals heftig kritisiert.

drücklich im Schweizer Recht vorgesehen.²³ Eine solche öffentlich-rechtliche Grundlage zum Verzicht auf das steuerliche Bankgeheimnis im öffentlichen Recht ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Die Kunden («Geheimnisherren») haben die Hoheit über ihren Geheimhaltungsanspruch gegenüber der Bank. Sie können ihn beschränken oder sogar vollständig darauf verzichten. Sie können Details ihrer Bankbeziehung Dritten offen legen oder sogar ganz öffentlich machen. Allerdings kann trotz Ermächtigung des Kunden Art. 271 des Strafgesetzbuches einer direkten Auskunft einer Bank an eine ausländische Steuerbehörde entgegenstehen. Nach der Praxis des Bundesrates ist allerdings davon auszugehen, dass das zuständige Eidg. Finanzdepartement angesichts der Zustimmung des Kunden eine solche Auskunftserteilung bewilligen würde.²⁴

Eine solche partielle Entbindung der Bank von ihrer Geheimhaltungspflicht durch ihre Kunden ist rechtlich zulässig, aber zumindest in der Schweiz²⁵ ungewöhnlich. Es empfiehlt sich deshalb, die Kunden ein separates Schriftstück unterzeichnen zu lassen. Unzureichend ist m.E. eine Ermächtigung in allgemeinen Geschäftsbedingungen.²⁶ Zudem sollte ein solcher «waiver» so präzise und so verständlich wie möglich formuliert sein und auch Detailfragen klären (berechtigte Behörde, von einer Übermittlung betroffene Daten, Wirkung und Folgen eines Widerrufs).

Eine solcher «waiver» erhöht die Glaubwürdigkeit einer Steuerkonformitätserklärung beträchtlich. Auch er gibt jedoch keine absolute Gewissheit. Die Kunden können darauf spekulieren, dass die Steuerbehörde an ihrem Domizil keine Anfrage machen wird.

²³ Art. 6 Zinsbesteuerungsgesetz, SR 641.91.

²⁴ In der zwischen der Schweiz und Italien im Februar 2015 erzielten Einigung in Steuerfragen ging der Bundesrat noch einen Schritt weiter und erachtete gar keine Bewilligung erforderlich für die von Schweizer Banken aufgrund einer Ermächtigung italienischer Kunden zur Unterstützung des italienischen Selbstanzeigeprogramms erforderlichen direkten Meldungen. Siehe dazu BUNDESRAT, «Roadmap», Ziff 2.2.4 sowie BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 23. Februar 2015.

²⁵ Üblich sind und von den Banken auch benutzt werden solche sehr allgemein formulierte «waiver» oder im Ergebnis ähnliche Klauseln wie beispielsweise in den AGB der Banken in Singapur. So z.B. folgende Bestimmung in den «Terms and Conditions Governing Personal Deposit Accounts» der HSBC:
«1.3 Sharing: The Bank may [...] transfer and disclose any Customer Information to the following recipients wherever located [...] (c) in response to any requests from any Authorities;» (effective 9 May 2016).

²⁶ Dazu EMMENEGGER/ZBINDEN, SBT 2009, S. 219 ff.

5. Steuerkonformitätserklärungen von Steuerberatern

Am Glaubwürdigsten dürfte eine Steuerkonformitätserklärung sein, welche Dritte für die Kunden leisten, die vertrauenswürdig sind und die Steuersituation des Kunden kennen. In Frage kommen fachkundige Steuerberater der Kunden. Die Bank kann sie auffordern zu bestätigen, dass die von der Bank verwahrten Vermögenswerte und die Erträge daraus ordnungsgemäss versteuert sind oder nach dem anwendbaren Steuerrecht nicht offenzulegen oder zu versteuern sind. Vorsichtigerweise stellt die Bank gewisse Anforderungen an die Steuerberater und akzeptiert nicht solche, bei denen es nicht zumindest Hinweise auf ihre Vertrauenswürdigkeit gibt. Im Detail können Standarderklärungen von Steuerberatern schwierig beizubringen sein. Individuelle Bestätigungen sind umgekehrt schwierig zu interpretieren. Werden Steuerberaterbestätigungen von einer grösseren Zahl von Kunden beigebracht, ist eine Standardisierung aus operationellen Gründen fast zwingend.

6. Erhöhte Sorgfalt trotz Steuerkonformitätserklärungen

All diese Steuerkonformitätserklärungen geben der Bank eine gewisse Sicherheit, dass ihre Kunden ihre durch die Bank verwahrten Vermögenswerte tatsächlich ordnungsgemäss deklarieren und versteuern. Der Grad dieser Gewissheit ist für die geschilderten Formen der Erklärung unterschiedlich. Am meisten Gewissheit geben die mit einem «waiver» verbundene Erklärung und die Erklärung eines glaubwürdigen und vertrauenswürdigen Steuerberaters. Absolute Sicherheit bieten aber auch diese nicht. Zudem gelten solche Bestätigungen nur für die Vergangenheit oder für die Gegenwart. Für die Zukunft sind sie bloss Absichtserklärungen. Immerhin ist es plausibel, dass ein einmal den Steuerbehörden offengelegtes Konto auch in Zukunft deklariert wird. Wenig praktikabel ist auch die Umsetzung des naheliegenden Gedankens, vom Kunden statt einer Steuerkonformitätserklärung eine Kopie der Steuererklärung oder sogar eine Bestätigung der Steuerbehörden zu verlangen, woraus die Vermögenswerte bei der Bank ersichtlich sind.

Steuerkonformitätserklärungen der Kunden selbst (jedenfalls ohne zusätzlichen «waiver») schützen eine Bank aber nicht oder nur beschränkt, wenn sie weiss oder sehr starke Indizien bestehen, dass die verwahrten Gelder dennoch unversteuert sind. Zur Beschränkung des Kundensteuerrisikos empfiehlt es sich deshalb, jedenfalls offensichtlichen und unerklärlichen Widersprüchen zwischen Erklärungen und Risikoindikatoren nachzugehen,

sogar wenn das neue Schweizer Geldwäschereirecht dies nicht zwingend verlangt. Die erwähnte Ablehnung zusätzlicher erhöhter Sorgfaltspflichten durch das Schweizer Parlament hilft wenig gegen Kundensteuerrisiken, welche sich für die Banken aus dem *ausländischen Recht* ergeben. Auch das geltende Schweizer Steuerstrafrecht birgt gewisse Beihilferisiken.²⁷

7. Wissen der Bank und der Kundenberater

Ein wesentlicher Risikofaktor ist das Wissen einer Bank oder blindes Nichtwissen. Kundenberater in der Bank wissen in einzelnen Fällen von der fehlenden Steuerkonformität ihrer Kunden oder haben starke Hinweise dafür. Ein solches Wissen könnten Strafbehörden unter Umständen der Bank selbst zurechnen, was ihr Kundensteuerrisiko erhöht und risikomindernde Massnahmen nahelegt. Das legt nahe, dass die Banken dieses Wissen der Kundenberater systematisch in Erfahrung bringen und risikomindernde Massnahmen treffen. Damit einher geht aber auch die Instruktion und Absicherung der Kundenberater. Sie sollen wissen, was die Bank von ihnen erwartet, was aus Sicht der Bank erlaubt ist und was nicht. Darüber sollte keine Ungewissheit bestehen.

8. Risiken des Abzugs unversteuerter Vermögenswerte

Nicht nur das *Betreuen* bestehender und die Annahme neuer unversteuerter Vermögenswerte beinhaltet Kundensteuerrisiken, sondern auch und gerade der Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen mit unversteuerten Vermögenswerten. Helfen oder beraten Kundenberater der Bank Kunden mit unversteuerten Vermögenswerten beim Abzug unversteuerter Vermögenswerte, kann genau dies aufgrund des anwendbaren Steuer- und Geldwäschereistrafrechts eine Strafbarkeit der Berater oder der Bank begründen. Wie hoch dieses Risiko ist, muss für jedes Land gesondert ermittelt werden, was sehr aufwändig ist und oft mangels klarer Rechtsprechung keine klaren Resultate ergibt. Verschiedene Banken treffen deshalb allgemein Vorsichtsmassnahmen, welche grundsätzlich, allenfalls abgestuft, unabhängig des

²⁷ Vgl. Art. 177 Abs. 1 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), SR 642.11, wonach Strafbarkeit der Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung und solidarische Haftung für die durch den Haupttäter hinterzogene Steuer besteht. Strafbar ist auch die juristische Person für Teilnehmehandlungen in ihrem Geschäftsbereich, siehe dazu Art. 181 Abs. 2 DBG.

Domizils der Kunden gelten. Zu erwähnen sind: Verbot oder Beschränkung von Auszahlungen in Bargeld oder Edelmetallen (Paper Trail bei Kontenschliessungen), Überweisungen nur auf Konten auf den Namen des gleichen Vertragspartners oder wirtschaftlich Berechtigten, Verbot jeglicher Beratung des Kunden. Insbesondere bei den Barauszahlungsbeschränkungen besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den steuerstrafrechtlichen Risiken der Bank und dem grundsätzlichen zivilrechtlichen Barauszahlungsanspruch des Kunden. Die bisherige Praxis der Zivilgerichte geht in Richtung Schutz des Barauszahlungsanspruchs. Trotz erster Entscheide des Bundesgerichts²⁸ ist das letzte Wort hier noch nicht gesprochen.²⁹

9. Anpassen von Finanzprodukten

Erhöhte Kundensteuerrisiken beinhalten auch Finanzprodukte, bei denen eine erhöhte Gefahr besteht, dass sie besonders von Bankkunden mit un versteuerten Vermögenswerten in Anspruch genommen werden. Eine Überprüfung solcher Produkte empfiehlt sich wohl unabhängig vom Domizil der Kunden. Als Folge dieser Überprüfung sollten zumindest risikomindernde Massnahmen ergriffen werden, wenn diese Produkte weiter angeboten werden, da sie ja durchaus auch legitimen Zwecken dienen können. Als Beispiel sei hier die banklagernde Post (*poste restante*, *retained mail*) erwähnt. So ist eine ordnungsgemässe Deklaration wenig wahrscheinlich, wenn der Kunde die Bankunterlagen während Jahren nicht abholt. Die Kunden sollten ihre Bankunterlagen periodisch zwingend zugestellt erhalten. Das dient auch der Reduktion des mit banklagernder Post verbundenen Risikos betrügerischer Handlungen von Bankmitarbeitern.

10. Governance bankinterner Regularisierungsprogramme

Die Regularisierung unverteuerter Gelder von Kunden aus bestimmten Ländern kann je nach Grösse der Bank sehr komplex sein. So können Kunden in verschiedenen Geschäftseinheiten und in- und ausländischen Buchungszentren gebucht und betreut sein. Jedenfalls in solchen Verhältnissen müssen die Regularisierungen in klar geführten und strukturierten Projekten betreut werden, welche alle Kunden erfassen. Das gilt auch für Kunden,

²⁸ BGer Urteile 4A_168/2015 und 4A_170/2015 vom 28. Oktober 2015.

²⁹ So auch THÉVENOZ/EMMENEGGER, SZW 2016, S. 208 f. und S. 225 ff. in ihrer Besprechung dieser Urteile.

welche von «externen Vermögensverwaltern» betreut werden. Ein wichtiger Teil dieser Projekte ist die Schulung aller involvierten Mitarbeiter in den Fronteinheiten, aber auch der «zweiten Verteidigungslinie» insbesondere der Compliance-Mitarbeiter. Prozesse und Resultate sind so zu dokumentieren, dass die zweite (Compliance), dritte (interne Revision) und vierte Verteidigungslinie (externe Revision und FINMA) nachvollziehen können, was getan wurde.

11. Finanzielle Anreize für Kundenberater und Geschäftseinheiten

Werden Programme zur Regularisierung unverteuerter Kundengelder ernsthaft durchgeführt, führen sie angesichts der Vergangenheit des Privatkundengeschäfts zu Vermögensabflüssen. Diese können beträchtlich sein. Ihre Höhe hängt von verschiedenen Faktoren ab. Ein wichtiger Faktor ist insbesondere bei Kunden aus Nicht-AIA Staaten ohne Selbstanzeigeprogramme, wie sich andere Banken und Finanzplätze verhalten. Angesichts der Möglichkeit von erheblichen Abflüssen besteht die Gefahr gegensätzlicher Anreize für Kundenberater. Zum einen erwartet die Bank ein konsequentes Mitmachen beim Regularisierungsprogramm. Umgekehrt können die damit verbundenen Vermögensabflüsse das Erreichen bestehender und allenfalls bonusrelevanter Netto-Neugeldziele von Kundenberatern und Geschäftseinheiten erschweren. Solche sich widersprechenden Anreize sind unbedingt zu vermeiden zum Beispiel durch das Neutralisieren regulierungsbedingter Abflüsse bis auf Stufe Kundenberater.

VI. Fazit

Kommen wir zurück auf den automatischen Informationsaustausch (AIA) und das Kundensteuerrisiko. All die vorgenannten Massnahmen zur Steuerkonformitätsprüfung sind aufwändig und geben jedenfalls langfristig nur bedingte Sicherheit gegen Kundensteuerrisiken. Anders der automatische Informationsaustausch (AIA). Er verringert das Kundensteuerrisiko der Banken erheblich und nachhaltig. Nur bei der mit dem AIA verbundenen Steuertransparenz können und dürfen Banken grundsätzlich davon ausgehen, dass die Vermögenswerte der Kunden versteuert sind. Zumindest haben die Steuerbehörden im Domizilland die erforderlichen Informationen, um selbst das Nötige zu veranlassen und ihre Steuergesetze durchzusetzen, sofern die

Umsetzung des AIA funktioniert und die Behörden die übermittelten Informationen bewältigen können.

Diese Risikobetrachtung aus Sicht der Banken ist sicher nicht die einzig mögliche und die einzig zulässige. Sie ist aber legitim. Es wäre schwer zu vertreten und nicht nachhaltig, einen Finanzplatz ohne un versteuerte Kundengelder dauerhaft mit erhöhten Sorgfaltspflichten der Finanzinstitute zu erreichen. Transparenz ist leistungsfähiger.

Aber: Das Kundensteuerrisiko reduziert sich durch den AIA erst, wenn der Staat des Buchungszentrums tatsächlich Steuerdaten mit dem Domizilland des wirtschaftlich berechtigten Kunden austauscht. In der Schweiz wird dies ab Januar 2017 zunächst für die 37 Staaten gelten, mit denen die Schweiz bisher den AIA vereinbart hat, sowie den USA unter US-FATCA. Das ist angesichts der durch die Schweiz lange Jahre verteidigten Positionen bemerkenswert. Es sollte aber nicht dabei bleiben. Vielmehr sollte die Schweiz den AIA rasch auch mit weiteren Staaten vereinbaren. Ein zusätzliches AIA-Abkommen ist nicht eine Niederlage, sondern ein Gewinn für den Finanzplatz.

Literaturverzeichnis

- EMMENEGGER SUSAN / ZBINDEN ANDREA, Die Standards zur Aufhebung des Bankheimnisses, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Cross Border Banking, Schweizerische Bankrechtstagung 2009, Basel 2009, S. 193-282.
- SHELLING CHRISTOPH, Automatischer Informationsaustausch, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Automatischer Informationsaustausch, Schweizerische Bankrechtstagung 2016, Basel 2016, S. 113-126.
- THÉVENOZ LUC/EMMENEGGER SUSAN, Le droit bancaire privé suisse 2015. Das schweizerische Bankprivatrecht 2015, SZW 2016, S. 206-230.
- ZULAUF URS/ROHNER URS/CERUTTI ROMEO, Unversteuerte Bankkundengelder – Was tun? (erscheint im Januar 2017).
- ZULAUF URS, «Weissgeldstrategie» für das Schweizer Private Banking?, in: Peter R. Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), Vermögensverwaltung VI, Zürich 2013, S. 7-40.

Materialien

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 31. Juni 2016.

BUNDESRAT, Medienmitteilung vom 23. Februar 2015, «Schweiz und Italien unterzeichnen Einigung in Steuerfragen», abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-56318.html>>.

- «Roadmap on the Way Forward in Fiscal and Financial Issues between Italy and Switzerland», abrufbar unter: <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38401.pdf>>.
- Medienmitteilung vom 8. Oktober 2014, «Automatischer Informationsaustausch in Steuersachen: Bundesrat beschliesst Verhandlungsmandate mit Partnerstaaten», abrufbar unter: <<https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilungen.msg-id-54768.html>>.
- Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über eine Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vom 29. Mai 2013 (Vernehmlassung), abrufbar unter: <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2288/Steuerstrafrecht_Erl.-Bericht2_de.pdf>.
- Diskussionspapier vom 22. Februar 2012, «Strategie für einen steuerlich konformen und wettbewerbsfähigen Finanzplatz», abrufbar unter: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-43511.html> (Archiv Medienmitteilungen EFD, 2012, Medienmitteilung vom 22. Februar 2012, «Finanzplatzstrategie: Bundesrat bekräftigt Stossrichtung», Dokumente).

FINMA, Entwurf Rundschreiben 2008/21 Operationelle Risiken Banken vom 1. März 2016, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Dokumentation > Anhörungen > Abgeschlossene Anhörungen > 2016 > Rundschreiben zur Corporate Governance bei Banken.

- Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010 abrufbar unter: <www.finma.ch>, news, 2010.
- Rundschreiben 08/21 vom 20. November 2008: Operationelle Risiken Banken, abrufbar unter: <www.finma.ch>, Dokumentation > Rundschreiben.

MATTEOTTI RENÉ, Verfassungskonformität des automatischen Informationsaustauschs, Kurzgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Internationale Finanzfragen, Redaktionell überarbeitete Fassung vom 2. September 2015, abrufbar unter: <www.sif.admin.ch>, Themen > Automatischer Informationsaustausch > Weiterführende Informationen > Dokumentation.

OECD, Update on Voluntary Disclosure Programmes: A Pathway to Tax Compliance, August 2015, abrufbar unter: <<http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Voluntary-Disclosure-Programmes-2015.pdf>>.

SWISSBANKING, Insight 2.16 vom 30. Juni 2016, AEOI – Is it only a paper moon? (Autor: Urs Kapalle), abrufbar unter: <<http://insight.sbv.ch/insight/webapp/#article?id=169>>.

Rechtsschutz beim automatischen Informationsaustausch

Mark Livschitz, Zürich*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einführung.....	147
II.	Zeitliche Rahmenbedingungen des AIA-Rechtsschutzes.....	149
III.	Effektivität des AIA-Rechtsschutzes	152
	1. Am Beispiel «Miller Jr.» getestet.....	152
	2. Am Beispiel «Miller Sr.» getestet.....	156
	3. Gegenüber der ESTV bei drohenden <i>ordre public</i> -Verstössen?.....	157
IV.	Risiken des AIA-Rechtsschutzes.....	158
V.	Verfassungsmässigkeit des AIA im AIA-Rechtsschutz.....	159
VI.	Fazit und Lösungsvorschläge	163
	Literaturverzeichnis.....	165
	Materialien.....	165

I. Einführung

Die Problematik des Rechtsschutzes beim automatischen Informationsaustausch («AIA») sei am nachfolgenden Fallbeispiel dargestellt, das sich hypothetisch Anfang 2018 ereignet.

Mr. Miller Sr. ist ein britischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz im Vereinigten Königreich. Er ist Settlor eines Trusts (Miller Trust) nach dem Recht von Guernsey im Rahmen seiner Nachlassplanung. Der Trust ist «discretionary» und «irrevocable». Potenziell begünstigt ist sein Sohn Miller Jr. Dieser

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Mark Livschitz AG, Zürich.

ist in der Schweiz gemeldet, wo auch seine Frau in der gemeinsam bewohnten ehelichen Wohnung lebt. In der Schweiz hat Herr Miller Jr. einen Freundeskreis und erzielt daselbst Einnahmen aus einigen Immobilien. In der Schweiz wird der Miller Trust durch einen daselbst ansässigen Trustee verwaltet; dieser ist eine natürliche Person, keine Finanzinstitution im Sinne des AIA.¹

Herr Miller Jr. wohnt aber teils in Deutschland. Er geht dort unter der Woche seiner Berufstätigkeit im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses nach, bewohnt dort als Wochenaufenthalter eine Wohnung, hat dort auch einen Freundeskreis sowie zwei Aufsichtsratsmandate. Die Kinder des Ehepaars Miller Jr. besuchen in Deutschland Internate.

Herr Miller Jr. hat aus dem Trust noch keine Ausschüttung erhalten. Er hat also nur eine Anwartschaft auf die Trustmittel.

Der schweizerische Trustee verwaltet die Trustmittel bei einer schweizerischen Bank. Diese plant, Miller Jr. mit Bezug auf den gesamten Saldo der Trust-Bankverbindung (CHF 5 Mio.) und den gesamten im Jahre 2017 erzielten Gewinn (CHF 150'000) der ESTV zwecks AIA mit Deutschland zu melden. Die Schweizer Bank plant überdies, den Settlor des Trusts, Miller Sr., der ESTV zwecks AIA mit dem Vereinigten Königreich ebenfalls mit den genannten Parametern (Saldo CHF 5 Mio.; Gewinn CHF 150'000) zu melden.

Herr Miller Jr. ist über den Plan der Schweizer Bank nicht erfreut. Er will die Meldung an die ESTV mit dem Argument verhindern, die Bank hätte die sog. «Tiebreaker»-Regel² falsch angewandt. Bei richtiger Anwendung sei er als in der Schweiz steuerlich ansässig zu betrachten und folglich vom Geltungsbereich des AIA auszunehmen.

Auch Herr Miller Sr. ist mit dem Meldevorhaben der Bank nicht gänzlich einverstanden. Gegen die Meldung an sich hat er zwar nichts. Indessen ist er der Auffassung, dass mit Bezug auf ihn ein Saldo und Gewinn von je CHF 0 zu melden sei, da er ja als Settlor eines discretionary und irrevocable Trusts keinerlei Kontrolle über die Geldmittel der fraglichen Bankverbindung ausüben kann.³

Die rechtlichen Interventionsmöglichkeiten der beiden betroffenen Personen werden ausgehend vom vorstehenden Fallbeispiel nachfolgend analysiert.

¹ Siehe dazu ROHNER/SCHÄRER, EF 2015, S. 712 f.

² Zur Anwendbarkeit vgl. OECD, Kommentar MCAA&CRS, S. 128 und 144.

³ So jedenfalls die Ansicht von ROHNER/SCHÄRER, EF 2015, S. 714 oben.

II. Zeitliche Rahmenbedingungen des AIA-Rechtsschutzes

Eine Analyse des im AIA möglichen Rechtsschutzes setzt einen Blick auf den zeitlichen Ablauf des AIA voraus.

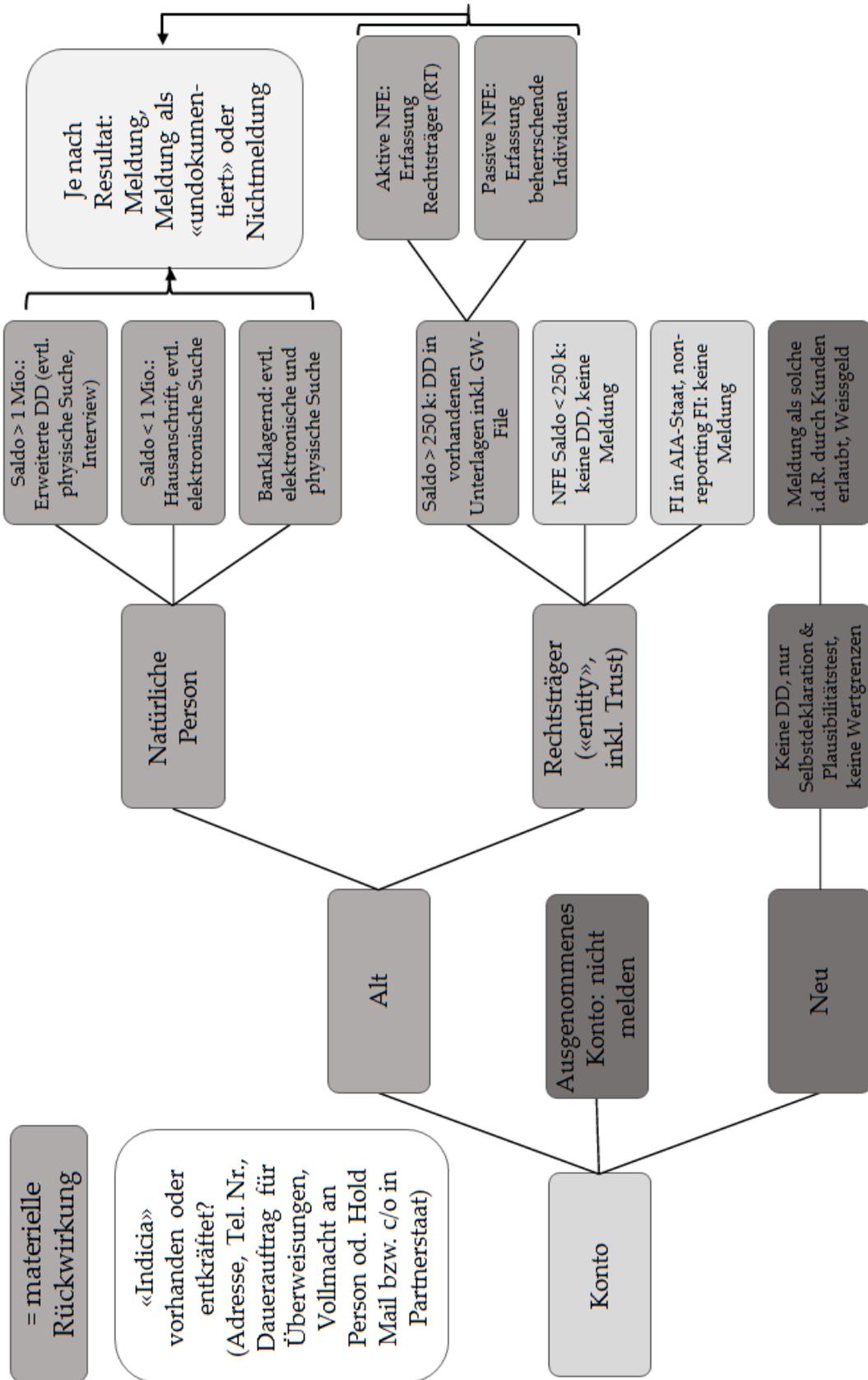
In der Annahme, dass der AIA mit der EU ab 2017 wirksam wird und erstmals ab 2018 Informationen automatisch ausgetauscht werden,⁴ wird die Schweizer Bank im Jahre 2017 in ihrem Kundenstamm eine Due Diligence gemäss dem Grobschema⁵ auf der nachfolgenden Seite vornehmen.

Von besonderem Interesse sind dabei die Altbestände der Bank. Im Rahmen der Suche nach einschlägigen «Indicia», d.h. steuerlich relevanten Berührungspunkten zwischen den eine Bankverbindung wirtschaftlich kontrollierenden Individualpersonen und einem EU-Staat, wird die Bank diverse, zuweilen nicht ganz triviale Abklärungen zu treffen haben. Darunter fällt bspw. auch die Prüfung nach den sog. (doppelbesteuerungsrechtlichen) «Tiebreaker»-Regeln,⁶ welchem Staat eine Individualperson bei grenzüberschreitendem Mehrfachwohnsitz steuerlich zuzurechnen ist. Im Zusammenhang mit solchen Abklärungen wird die Bank regelmässig schon im Verlaufe des Jahres 2017 Kontakt zu der betreffenden Kundschaft aufnehmen, um bspw. Informationen in vorhandenen Unterlagen inkl. der GwG-Akte zu validieren, etc. In Fällen wie dem vorliegenden werden daher betroffene wirtschaftlich Berechtigte nicht selten schon im Verlaufe des Jahres 2017 von relevanten bankseitigen Abklärungen bzw. korrespondierenden AIA-Melderisiken erfahren und entsprechend (theoretisch) die Möglichkeit erhalten, sich hiergegen zur Wehr zu setzen.

⁴ Vgl. <www.sif.admin.ch>, Dokumentation > Medienmitteilungen > 19. März 2015.

⁵ Grundlage: Gemeinsamer Melde- und Sorgfaltsstandard, BBl 2015, S. 5535 ff.

⁶ Vgl. OECD, Kommentar, S. 128 und 144.



Spätestens aber am 31. Januar 2018 wird das Bankinstitut die Betroffenen über die bevorstehende Meldung an die ESTV einschliesslich der einschlägigen gesetzlich vorgesehenen Informationen (u.a. die gemäss AIA-Abkommen auszutauschenden Informationen, die vorgesehene Nutzung der Informationen und die Rechte der meldepflichtigen Personen nach dem Datenschutzgesetz und dem AIA-Gesetz) orientieren.⁷ Spätestens ab dann hat die betroffene Individualperson Gelegenheit, den gesetzlich⁸ vorgesehenen Rechtsschutz gegen den Informationsaustausch in Anspruch zu nehmen.

Allerdings steht dem Betroffenen hierzu nur ein beschränktes Zeitfenster zur Verfügung. Denn spätestens am 30. Juni 2018 wird die Information der ESTV übergeben,⁹ soweit die Meldung nicht zuvor im Namen des besagten Rechtsschutzes unterbunden werden kann. Nach Übergabe der Daten an die ESTV lässt sich die Weitergabe der Information an den betreffenden Partnerstaat nur im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 in fine AIAG i.V.m. Art. 25a VwVG unterbinden, d.h. nur, wenn im Partnerstaat (aus Schweizer Sicht) eine Verletzung der öffentlichen Ordnung befürchtet werden muss und auf dieser Grundlage von der ESTV verlangt wird, den Informationsaustausch zu unterlassen (bzw. eine nach Art. 25a VwVG erlassene ablehnende ESTV-Verfügung weitergezogen wird). Andernfalls können gegenüber der ESTV im Wesentlichen nur noch Auskunfts- und Berichtigungsansprüche mit Bezug auf Übermittlungsfehler geltend gemacht werden.¹⁰

Somit hat eine vom AIA betroffene Individualperson schlimmstenfalls weniger als ein halbes Jahr Zeit, um sich gegen den Informationsaustausch (sprich: die Übermittlung der Information seitens der Bank an die ESTV) zur Wehr zu setzen, falls sie erstmals im gesetzlich spätestmöglichen Zeitpunkt, also am 31. Januar 2018, von der bevorstehenden Meldung erfährt. In der Annahme, dass zahlreiche Betroffene schon früher im Rahmen der bankseitigen Due Diligence von dem Vorhaben erfahren, dürfte sich diese Frist häufig um einige Monate verlängern; sie wird aber wohl in den wenigstens Fällen signifikant länger als im Durchschnitt ein Jahr sein. Diese zeitlichen Rahmenbedingungen sind für die Analyse der Effektivität des Rechtsschutzes im AIA entscheidend. Die Effektivität des Rechtsschutzes soll nachfolgend anhand der eingangs vorgestellten Fallstudie getestet werden.

⁷ Art. 14 AIAG.

⁸ Art. 19 Abs. 1 AIAG i.V.m. Art. 15 DSG.

⁹ Art. 15 Abs. 1 AIAG.

¹⁰ Art. 19 Abs. 2 und 3 AIAG.

III. Effektivität des AIA-Rechtsschutzes

1. Am Beispiel «Miller Jr.» getestet

Der vorstehende Rechts- und Zeitrahmen bedeutet in der vorliegenden Fallstudie für das Anliegen von Miller Jr., was folgt:

Die Geltendmachung von Datenschutzansprüchen gemäss Art. 19 Abs. 1 AIAG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 DSGVO¹¹ (insb. auf Untersagung der Datenbekanntgabe an die ESTV) ist im ordentlichen Zivilverfahren innerhalb der durchschnittlich in etwa einjährigen Zeitperiode nicht realistisch. Ein Zivilprozess dauert im ordentlichen Verfahren in erster Instanz in aller Regel deutlich länger als ein Jahr, zumal wenn – wie vorliegend – im ordentlichen Verfahren¹² durchgeführt und im Rahmen desselben ein doppelter Schriftenwechsel, eine Hauptverhandlung und (je nach kantonaler Gepflogenheit)¹³ eine von dieser unabhängige Beweisabnahmeverhandlung mit Anhörung von Zeugen stattfinden würde. Dieser Umstand ist eine offenkundige Rechtstat- sache und braucht vorliegend nicht weiter erörtert zu werden. Somit er- scheint aufgrund der jedenfalls rechtstatsächlichen Fristigkeiten, die Gel- tendmachung von Datenschutzansprüchen auf dem ordentlichen Prozess- weg keine realistische Option zu sein, um gerichtlichen Rechtsschutz gegen möglicherweise ungerechtfertigte AIA-Meldungen zu erhalten.

Bleibt die Frage, ob sich in unserer Fallstudie Miller Jr. mit einem Antrag auf vorsorgliche, womöglich gar superprovisorische Massnahmen¹⁴ gegen die Bank behelfen kann, die Informationsmeldung an die ESTV bis zum Ab- schluss des vorerwähnten ordentlichen Verfahrens einstweilig zu verbieten. Das dabei anwendbare summarische Verfahren¹⁵ ist straffer und kürzer als das ordentliche, und die Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen hat i.d.R. keine aufschiebende Wirkung.¹⁶ Zwar löst dies scheinbar das soeben dargestellte Zeitproblem. Gleichwohl stellt im Ergebnis das datenschutz- rechtliche, vorsorgliche Massnahmenverfahren vor Zivilgerichten keinen

¹¹ Es wird hier ohne weitere Prüfung angenommen, dass Art. 19 Abs. 1 AIAG eine Kollisionsnorm ist und somit keine Anknüpfung nach IPRG stattfinden muss. Varianten der internationalen (örtlichen) Zuständigkeit werden im Rahmen dieses Beitrags nicht beleuchtet.

¹² Art. 219 ff. ZPO.

¹³ Entgegen Art. 231 ZPO.

¹⁴ Art. 261 ff., 265 ZPO.

¹⁵ Art. 248 lit. d und 252 ff. ZPO.

¹⁶ Art. 315 Abs. 4 und 5 ZPO.

effektiven Rechtsbehelf gegen ungerechtfertigten automatischen Informationsaustausch dar.

Der Grund liegt im materiellen Prozessthema, welches in aller Regel schwerlich von einem Zivilgericht beurteilt werden kann. Die Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme sind bekanntlich eine günstige Hauptsachenprognose (sog. «Verfügungsanspruch»), eine für den Geschwister sprechende Nachteilsprognose (sog. «Verfügungsgrund»), die Dringlichkeit (bzw. bei der superprovisorischen Anordnung: die besondere Dringlichkeit) der Massnahme sowie deren Verhältnismässigkeit.¹⁷ Die Hauptsachenprognose beurteilt sich vorliegend ausweislich Art. 4 Abs. 3 DSGVO in erster Linie danach, ob die streitbefangene Meldung an die ESTV eine gesetzlich vorgesehene Datenbearbeitung ist. Bejaht man diese Frage, ist die Weiterleitung der Information ohne weiteres erlaubt; andernfalls müssten die weiteren Voraussetzungen rechtmässiger Datenbearbeitung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 und 3 DSGVO¹⁸ und möglicherweise auch Art. 6 DSGVO¹⁹ beurteilt werden. Hauptsächlicher Dreh- und Angelpunkt der materiellrechtlichen Diskussion vor Gericht wird somit die Frage sein, ob – in der vorliegenden Fallstudie – Miller Jr. gemäss Art. 15 Abs. 1 AIAG i.V.m. dem anwendbaren Abkommen bzw. dem gemeinsamen Meldestandard (GMS)²⁰ zurecht als in Deutschland steuerlich ansässig qualifiziert und folglich von der ESTV als zu Recht meldepflichtig betrachtet wurde. Die Zivilgerichte werden hier zu rasch an Grenzen möglicher Justizgewährung gelangen, wie sogleich zu zeigen ist.

Wenn in diesem Zusammenhang Miller Jr. argumentiert, die «Tiebreaker»-Regeln seien vorliegend falsch angewandt worden, dürfte mancher zur Beurteilung berufene Zivilrichter in der Schweiz zunächst einmal denken, er verstehe leider nichts von Tennis. Ungeachtet solcher Assoziationen dürfte jedenfalls die Aussage rechtstatsächlich zutreffen, dass die weitaus meisten Zivilrichter keinerlei Erfahrung im Umgang mit doppelbesteuerungsrechtlichen «Tiebreaker»-Regeln haben werden und ihnen damit häufig die Kompetenz fehlen dürfte, zuweilen komplexe Mehrfachwohnsitzkonstellationen doppelbesteuerungsrechtlich korrekt anzuknüpfen. Es mutet seltsam an, dass der Gesetzgeber eine international-steuerrechtliche Streitsituation ei-

¹⁷ Siehe bspw. (statt Vieler) ZivGer BS, Urteil vom 4. November 2014, BJM 2015, S. 176-185 betr. Datenherausgabe an die USA/Datenschutz.

¹⁸ Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Vorhersehbarkeit, Zweckkonformität.

¹⁹ Zusätzliche Voraussetzungen für einen Datentransfer ins Ausland, obschon technisch gesehen die Meldung an die ESTV kein Auslandstransfer ist (aber immerhin im Hinblick auf einen solchen erfolgt).

²⁰ Art. 7 ff. AIAG.

nem erstinstanzlichen Zivil-Einzelgericht zur Beurteilung zugewiesen hat. Dies ist ähnlich, wie wenn man mit einer Augeninfektion zum Gastroenterologen geht. Die Chance, dass der Gastroenterologe mit dem entzündeten Auge nicht viel anfangen kann und stattdessen nach möglichen Verdauungsstörungen fragt, ist nicht gering, obschon beide in Frage stehenden Disziplinen der Medizin angehören. Lässt man auch diese Assoziation beiseite, muss man ernsthaft anzweifeln, ob erstinstanzliche Zivil-Einzelgerichte im summarischen Verfahren hinlänglich in der Lage sind, die hier in Frage stehenden Rechtsfragen zu beurteilen. Es ist vor diesem Hintergrund erstaunlich, dass der Gesetzgeber den AIA-Rechtsschutz auf den Zivilweg verwiesen hat.

Nicht wesentlich besser sieht es mit den weiteren Verfügungsvoraussetzungen aus. Während die Frage der Dringlichkeit vor dem Hintergrund der zuvor ausgeführten zeitlichen Rahmenbedingungen bzw. Fristigkeiten noch einigermaßen einfach zu argumentieren sein dürfte, tauchen bei der Nachteilsprognose und der Verhältnismässigkeit scheinbar unüberwindbare Hürden auf. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat unlängst in der Angelegenheit *G.S.B. vs. Schweiz*²¹ im Zusammenhang mit der seinerzeitigen direkten Herausgabe von UBS-Kundendaten an die amerikanischen Behörden entschieden, dass – unter Gesichtspunkten des Privatsphärenschutzes, Art. 8 EMRK – dem betroffenen Datensubjekt kein hinreichend gewichtiger Nachteil entsteht und im Übrigen die mit der Meldung verbundene Privatsphärentangierung zumutbar und damit verhältnismässig sei. Weder seien die in Frage stehenden Bankdaten allzu stark schutzwürdig, noch wiege das Geheimhaltungsinteresse des Bankkontoinhabers schwerer als das Gesamtinteresse der Schweiz am Schutz des nationalen wirtschaftlichen Wohlergehens, welches durch das Vorgehen der US-amerikanischen Behörden gefährdet gewesen sei. In den Worten des EGMR:

«Le secteur bancaire représentant une branche économique importante pour la Suisse, la Cour estime que la mesure incriminée, qui participait d'une tentative globale du gouvernement suisse de régler le conflit entre UBS SA et les autorités fiscales américaines, pouvait valablement être considérée comme de nature à contribuer à la protection du bien-être économique du pays. (...). S'agissant de la situation du requérant, il échet d'observer que seules sont en question ses données bancaires, soit des informations purement financières; il ne s'agissait donc nullement de données intimes ou liées étroitement à son identité qui auraient mérité une pro-

²¹ EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, *G.S.B. vs. Schweiz*.

tection accrue. Il s'ensuit que la marge d'appréciation de la Suisse était ample.»²²

Es besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass Zivilgerichte in Anwendung von Art. 15 i.V.m. 4 Abs. 3 DSG unter massnahmenrechtlichen Verhältnismässigkeitsaspekten analog argumentieren, zumal (i) sowohl das DSG als auch Art. 8 EMRK Aspekte des Persönlichkeitsschutzes darstellen und somit grundsätzlich der Analogieargumentation zugänglich sind, und (ii) der politische Druck, den automatischen Informationsaustausch nicht ohne Not zu verzögern, erheblich sein dürfte. Daran vermögen wohl die diversen im Zusammenhang mit dem Schweizer Bankenprogramm des US-DOJ ergangenen Entscheide von Zivilgerichten im Zusammenhang mit beabsichtigter Übermittlung von Daten betreffend schweizerische Bankangestellte an die US-Behörden nichts ändern, welche eine solche Datenübermittlung für das schweizerische Datensubjekt überwiegend als nachteilig und somit als unzulässig untersagt haben.²³ Im Gegensatz zu den vom AIA betroffenen Datensubjekten, welche mindestens mutmasslich im Ausland wohnhafte, fremde Steuerzahler mit Bankkonto in der Schweiz sind, handelte es sich bei den Fällen des Schweizer Bankenprogramms um schweizerische Angestellte ohne wesentliche Bezüge zu den USA, bei denen möglicherweise latent auch noch Arbeiterschutzaspekte eine Rolle gespielt haben dürften.

Im Sinne eines Zwischenfazits lässt sich somit feststellen, dass nicht nur Zweifel an der hinreichenden (spezifischen) Fachqualifikation der Zivilgerichte zur Beurteilung der sich hier stellenden Fragen, sondern auch die Verknüpfung des Rechtsschutzes in voller Kognition mit den Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme und damit (i) einer hinreichenden Nachteilsprognose samt (ii) korrespondierendem Verhältnismässigkeitstest hohe Rechtszugangshürden für den Betroffenen darstellen. Mit anderen Worten: Nur diejenigen, die von vornherein als ganz besonders hart betroffen und offensichtlich falsch behandelt herüberkommen, werden überhaupt richtig (in voller Kognition) angehört. Das sind ungewöhnlich strenge Rechtsschutzvoraussetzungen, wenn man bspw. den Vergleich zum Rechtsschutz bei der «gewöhnlichen» Amtshilfe zieht: Dort gibt es diesen «Filter» nicht, und ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung ist nicht er-

²² EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz, §§ 83 und 93 in fine, Hervorhebungen hinzugefügt.

²³ Siehe bspw. HGer ZH, Urteil HG140186-O vom 16. Dezember 2015; OGer ZH, Urteil LB150052-O/U vom 8. Februar 2016.

kennbar. Auf diesen Aspekt wird später (im Rahmen der Verfassungsmässigkeitsdiskussion) zurückzukommen sein. Hinzu kommt, dass die Beurteilung der zuvor diskutierten zivilrechtlichen Massnahmenvoraussetzungen von den Gerichten lokal unterschiedlich gehandhabt werden. Während in einigen Kantonen und Bezirken weniger strenge Beurteilungsmassstäbe zur Anwendung gelangen, sind andere Gerichte²⁴ aussergewöhnlich streng. Dies macht die Rechtszutrittshürden für die AIA-Betroffenen nicht nur hoch und von der Beurteilung durch in der Regel fachlich Unqualifizierte abhängig, sondern auch noch diskretionär und teils von der zufälligen Bankkonto-Verortung gesteuert. Im Vergleich zum sich eigentlich im vorliegenden Zusammenhang aufdrängenden Verwaltungsweg (mit Rechtmässigkeitsprüfung einer Verfügung ohne diskretionäre Rechtszugangshürde und mit Beurteilung durch steuerrechtliche Fachspezialisten) erscheint somit der im AIAG vorgesehene Individualrechtsschutz als wenig opportun und potenziell nicht zielführend.

2. Am Beispiel «Miller Sr.» getestet

Das vorstehend zur Inopportunität und mangelhafter Effizienz des Rechtsschutzes mit Bezug auf Miller Jr. Gesagte gilt sinngemäss auch für das Anliegen von Miller Sr. Immerhin geht es indes für Miller Sr. nicht um die gänzliche Untersagung der Datenmeldung an die ESTV; es geht nur um die technische Frage, ob ein Saldo von Null oder aber von 5 Mio. bzw. kein Gewinn oder ein solcher von CHF 150'000 gemeldet werden soll. Hier lässt sich argumentieren, dass gemäss Art. 19 Abs. 3 AIAG eine Korrektur der gemeldeten Parameter auch nachträglich der ESTV nachgemeldet werden kann. Es besteht somit zumindest theoretisch keine akute Eile, die hier strittige Frage bis zum 30. Juni des massgebenden Jahres rechtskräftig zu klären bzw. mittels vorsorglicher Massnahme den Informationsaustausch bis zur ordentlichen Klärung auszusetzen. Es bleibt aber auch dann immerhin beim grundsätzlichen Zweifel an der fachlichen Eignung der Ziviljustiz zur Beurteilung der hier sich stellenden Rechtsfragen und in dem Sinne bleiben gleichwohl Fragezeichen im Raum hinsichtlich der Opportunität und somit Fairness der schweizerischen Rechtsschutzregelung unter dem AIA.

Hinzu kommen Zweifel, ob an einer nachträglichen Meldung korrigierter Parameter i.S.v. Art. 19 Abs. 3 AIAG überhaupt ein praktisches Interesse

²⁴ Allgemein bekannt in dem Zusammenhang ist das Einzelgericht (Audienz) am Bezirksgericht Zürich.

besteht. Haben die britischen Behörden einmal die ursprünglichen Daten erhalten und ausgewertet und ein korrespondierendes Verfahren im Vereinigten Königreich gegen Miller Sr. eröffnet, dürften sie sich von einer nachträglichen Meldung korrigierter Veranlagungsparameter wenig beeindrucken lassen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Frage der massgeblichen Parameter ungeachtet einer Nachmeldung nach nationalem Recht lokal zu klären sein wird. Ob dann bei einer fahrlässig fehlerhaften Meldung seitens der Bank diese (bspw. aus Verletzung des Bankvertrages) zu Schadenersatz verpflichtet werden kann, oder aber Art. 19 Abs. 3 AIAG eine abschliessende Schadensregelung i.S.v. Naturalerschadenersatz (als *lex specialis* zu den allgemeinen vertragsrechtlichen Normen) Geldersatz ausschliesst, oder aber gar Kausalitätserwägungen gegen eine Haftung der Bank sprechen, sind Fragen, deren Beantwortung den Rahmen des vorliegenden Beitrages sprengen würde. So oder anders lässt sich angesichts des Ausgeführten im Sinne eines zweiten Zwischenfazit feststellen, dass auch zur Beantwortung bloss technischer (und nicht grundsätzlicher) Meldefragen das im AIAG vorgesehene Rechtsschutzregime unglücklich und wenig zielführend erscheint.

3. Gegenüber der ESTV bei drohenden *ordre public*-Verstössen?

Gemäss Art. 19 Abs. 2 in fine AIAG kann der betroffene Steuerpflichtige, dem im Partnerstaat (aus Schweizer Sicht) ein *ordre public*-Verstoss droht, immerhin eine Verfügung nach Art. 25a VwVG von der ESTV verlangen und diese nach Art. 19 StAhiG anfechten. Doch abgesehen davon, dass mit solchen «Partnerstaaten» gar keine AIA-Abkommen geschlossen werden sollten, nützt dem Betroffenen diese Möglichkeit *de facto* wenig. Für die Steueramtshilfe (und damit eine Anfechtung nach Art. 19 StAhiG) gelten analog die Regeln der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.²⁵ Dort kann ein drohender *ordre public*-Verstoss die Rechtshilfe nur verhindern, wenn der Betroffene belegen kann, dass er bereits konkret Opfer eines solchen Verstosses geworden ist und der ersuchende Staat keine Garantien abgibt, einschlägige Verfahrensrechte zu beachten. Gibt indes der ersuchende Staat diese Garantie ab, wird Rechtshilfe auch einem Staat mit gewöhnlich fragwürdigem Grundrechtsstandard gewährt, da gemäss dem in der Rechtshilfe

²⁵ OSWALD, Verfahrensrechtliche Aspekte, Rz. 25 m.w.H.

massgeblichen zwischenstaatlichen Vertrauensprinzip einer solchen Garantieerklärung hinreichend hohes Gewicht zukommt.²⁶

Genauso wie der *ordre public*-Schutz in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen aufgrund der soeben skizzierten Rechtslage häufig Makulatur ist, dürfte er auch im AIA oftmals wenig zielführend sein. Zwar würde immerhin der Betroffene einen (im Gegensatz zum vorne diskutierten Normalfall) formell fairen Verfahrensweg an das Bundesverwaltungsgericht erhalten. Materiell handelt es sich dabei aber häufig um eine Sackgasse. Denn gerade bei den problematischen Partnerstaaten (so es denn solche überhaupt geben wird) verkennt das Bundesgericht häufig die Realität, wenn es (*pro forma*) abgegebenen Verfahrensgarantien Vertrauen schenkt.

IV. Risiken des AIA-Rechtsschutzes

Hinzu kommt: Selbst wenn ein Betroffener in einem datenschutzrechtlichen Zivilverfahren obsiegen und dadurch die Meldung verhindern kann, würde es sich potenziell um einen Pyrrhussieg handeln.

Man sehe sich beispielsweise den im Internet (anonym) publizierten Sachverhalt zum schon zitierten datenschutzrechtlichen Entscheid des Zürcher Handelsgerichts²⁷ auszugsweise an:

«(...) Zur Einhaltung dieser Bedingungen für die Datenherausgabe informierte die Beklagte namentlich die Kläger 1 - 3 mit separaten Schreiben datierend vom 5. Juni 2014 (act. 3/14-15) darüber, dass sie beabsichtige, im Rahmen des US Programms unter Wahrung der dort angesetzten Frist bis 30. Juni 2014 Daten der Kläger an die USA zu überliefern und einen allfälligen Widerspruch bis zum 17. Juni erwarte (act. 1 Rz. 31; act. 9 Rz. 51). Bei den Klägern 1 und 2 handelt es sich um in Zürich praktizierende und im Anwaltsregister des Kantons Zürich eingetragene Rechtsanwälte (act. 1 Rz. 2). Die Klägerin 3 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche gemäss Handelsregister das Erbringen von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte und andere qualifizierte Berater, sowie damit verbundene Tätigkeiten, bezweckt (act. 3/1). (...) Bei der Beklagten bestanden vom 22. September 2009 bis Ende Oktober/Anfangs November 2011 sieben Konten und sieben Unterkonten von sieben panamaischen Stiftungen, deren jeweiliger wirtschaftlich Berechtigter ein amerikanischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in den

²⁶ Statt Vieler: BGE 134 IV 156 E. 6.7 S. 169 f.; BStGer Urteil RR.2015.296 vom 21. April 2016 E. 6.2 f.

²⁷ HGer ZH, Urteil HG140186-O vom 16. Dezember 2015, E. A.c.

USA ist (act. 9 Rz. 34 und 41). Die Kläger 1 und 2 verfügten über Vollmachten für diese Konten und die Bankkorrespondenz derselben war an die Adresse der Klägerin 3 zuhanden des Klägers 2 zuzustellen (act. 9 Rz. 36 f.).»

Liest die interessierte Steuerbehörde diese Fakten, etwa weil sie auf die Idee kommt, die Websites der Gerichte systematisch nach für sie interessanten Tatsachen zu durchsuchen, wird sie ohne weiteres bspw. ein Amtshilfege-such nach Art. 1 Abs. 1 lit. a und 5 ff. StAhiG auf Offenlegung der Namen stellen können. Sie wird dabei von der Rechtskraftwirkung des Zivilentscheides nicht gebremst werden, denn über den Informationstransfer an einen ersuchenden Staat im individuellen Amtshilfeverfahren und die amts-hilferechtlich massgeblichen steuerlichen Fragen wurde im datenschutz-rechtlichen Zivilverfahren zwischen anderen Parteien (dem Betroffenen und der Bank) nicht bzw. nur vorfrageweise entschieden; die amts-hilferechtliche Datenherausgabe ist damit – jedenfalls gemäss Praxis des Bundesgerichts – von der Rechtskraftwirkung des Zivilentscheides nicht umfasst.²⁸ Dies wäre ein Grund mehr für den Gesetzgeber gewesen, den Rechtsschutz im AIA konsistent auf den Verwaltungsweg nach StAhiG zu verweisen. So aber werden in jeder Hinsicht statt Rechtsschutz nur lauter negative Anreize, ja im vorliegenden Zusammenhang gar handfeste Risiken im Kleid des vermeintlichen Rechtswegs geschaffen.

V. Verfassungsmässigkeit des AIA im AIA-Rechtsschutz

Im AIA-Rechtsschutz, so er denn effektiv wäre, würde sich natürlich auch die Frage der Verfassungsmässigkeit des AIA stellen. Diese bildete bereits Gegenstand diverser gegenläufiger Analysen.²⁹ Die Konformität des AIA mit der Bundesverfassung hat dabei nur diskursive Bedeutung, ist doch die Bundesverfassung kraft ihres Art. 190 gegenüber Bundesgesetzen unverbindlich. Von praktischem Interesse ist darum nur, aber immerhin, die Kon-

²⁸ BGE 123 III 16 E. 2a S. 18 f.; 121 III 474 E. 4a S. 477 f.; vgl. auch BGer Urteil 4A_547/2012 vom 5. Februar 2013 E. 3; BGer Urteil 4A_603/2011 vom 22. November 2011 E. 3.1; BGer Urteil 5C.245/2004 vom 15. Juli 2008 E. 1.3; allerdings will STACHER im nicht der offiziellen Entscheidsammlung angehörenden BGer Urteil 4A_496/2012 vom 25. Februar 2013 E. 3.2.3 eine Praxisänderung des Bundesgerichts erkennen, wobei unklar ist, ob es sich nicht eher um einen Ausreisser handelt. Siehe dazu STACHER, Berner Kommentar, N 91 zu Art. 372 ZPO.

²⁹ Die Verfassungsmässigkeit bejahen MATTEOTTI, Verfassungskonformität AIA, S. 17 f.; BJ, Verfassungsmässigkeit AIA, Ziff. 2.2.2.1 f. Verneinend: NAEF, AIA verfassungswidrig, Rz. 12 ff.; NAEF/NEURONI NAEF, Jusletter, Rz. 88 ff.

formität des AIA mit der EMRK, vorab Art. 8 (Schutz der Privatsphäre) und Art. 13 (i.V.m. Art. 8) EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde). In Anwendung von Art. 30 und 31 ff. Wiener Vertragsrechtskonvention³⁰ muss dabei angenommen werden, dass die EMRK als Repositorium des europäischen *ordre public*³¹ gegenüber den neueren AIA-Abkommen angewandt werden will. Nur das in Art. 7 EMRK garantierte Rückwirkungsverbot (der AIA hat bei nicht rechtzeitig saldierten Altbeständen materielle Rückwirkung, wenn der Partnerstaat kein freiwilliges Regularisierungsverfahren kennt), ist vorliegend nicht anwendbar, da der AIA als Spielart der Amtshilfe gemäss EGMR dem Verfahrensrecht zuzurechnen ist und neues Verfahrensrecht unbesehen etwaiger Rückwirkung ab Inkrafttreten einfach anzuwenden ist.³²

Prüft man die Konformität des AIA mit Art. 8 EMRK, muss unter Verweis auf den schon erwähnten jüngsten einschlägigen Entscheid des EGMR³³ auf die zuvor diskutierten Rechtswegdefizite zurückgekommen werden. Der EGMR bejahte in seinem Entscheid die Konventionskonformität der Datenherausgabe u.a. deshalb, weil der Betroffene eine ausreichende innerstaatliche Beschwerdegelegenheit hatte.³⁴ Diese Bedingung wäre gemäss schweizerischer Staatsrechtsdogmatik unter dem Titel der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bzw. Zumutbarkeit zu prüfen, und wäre vorliegend ausweislich des zur Effektivität des Rechtsweges Ausgeführten nicht erfüllt. So gesehen bestehen ernsthafte Zweifel, ob die Ausgestaltung des AIA in der Schweiz unter Berücksichtigung der Rechtsschutzdefizite EMRK-konform ist. Aus demselben Grund dürfte der AIA in seiner Schweizer Ausgestaltung auch Art. 13 EMRK verletzen, setzt doch eine effektive Beschwerdemöglichkeit einen Rechtsbehelf mit Suspensiveffekt voraus.³⁵ Letz-

³⁰ SR 0.111.

³¹ PETERMANN, CEDH, S. 12 m.w.H.

³² EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz, §§ 76 f.

³³ EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz, §§ 83 und 93.

³⁴ EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz, § 96.

³⁵ Siehe bspw. EGMR Urteil 25389/05 vom 26. April 2007, Gebremedhin vs. Frankreich, § 58; EGMR Urteil 40035/98 vom 11. Juli 2000, Jabari vs. Türkei, § 50. Die von KIENER vertretene Auffassung, dass Art. 13 EMRK nur beim Verbot der Folter (Art. 3 EMRK) greift, lässt sich nicht validieren; richtig ist immerhin, dass bisher Art. 13 EMRK, soweit ersichtlich, nur im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK angewandt wurde. Siehe dazu KIENER, Kommentar VRG-ZH, N 5 zu § 6 VRG-ZH.

terer ist vorliegend aber von diskretionären, lokal unterschiedlich gehandhabten Entscheidbedingungen abhängig und mithin nicht gewährleistet.³⁶

Das Problem an der vorgenannten Argumentation ist indes, dass auch sie in eine Sackgasse führt: Ist nämlich – der Argumentation entsprechend – effektiver Rechtsschutz gewährleistet, überwiegt gemäss EGMR das nationale (politische) Gesamtinteresse am AIA ohne weiteres das Individualinteresse.³⁷ Richtige steuerrechtliche Rechtsanwendung vorausgesetzt, wird alsdann das Verfassungsmässigkeitsargument ins Leere laufen.

Dogmatisch kann man diese Rechtslage mit Fug kritisieren, zumal fraglich ist, ob das der Verfassungsmässigkeitsprüfung zugrunde zu legende öffentliche Interesse (mit dem EGMR) das politische Interesse am Schutz der Schweiz vor ausländischem Druck oder aber das (sachlich konnexe) Interesse am Kampf gegen die Steuerhinterziehung bzw. das steuerliche Sicherungsinteresse sein soll; bei ersterem ist der Schritt zur verfassungsrechtlich verpönten Staatsraison nicht weit, wenn man bedenkt, dass vor wenigen Jahren noch der Schutz der Offshore-Praktiken des Schweizer Private Banking als politisches und juristisches Primat galt. Nur muss man konzedieren, dass auch bei Zugrundelegung des sachlich konnexen steuerlichen Sicherungsinteresses der AIA im Rahmen des Verfassungsmässigkeits-tests als Notwendigkeit vertreten werden kann, wenn man sich die (mutmasslich) hohe Schwarzgeldquote innerhalb der Bankverbindungen ausländischer Steuerpflichtiger ohne Wohnsitz in der Schweiz vor Augen führt. Auch dürfte aus praktischer Warte das Verfassungsmässigkeitsargument gegen den AIA kaum hohe Chancen haben. Man denke da – *per analogiam* – nur etwa an die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 67a IRSG, einem spontanen Informationsaustauschmechanismus in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Gemäss Art. 67a IRSG ist die schweizerische Strafverfolgungsbehörde ohne jedes «Kundenverfahren» berechtigt, dem betroffenen ausländischen Staat einen seine Zuständigkeit betreffenden Strafverdacht spontan zu melden und ihn zum Stellen eines Rechtshilfege-suchs an die Schweiz einzuladen. Das Bundesgericht sieht im Fehlen jedes individuellen Rechtsschutzes gegen eine solche Spontanmeldung kein Prob-

³⁶ Vorne III.1. S. 6 ff.

³⁷ EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz, §§ 83 und 93; ebenso MATTEOTTI, Verfassungskonformität AIA, S. 10 f.; ähnlich auch das BJ, das den Schutz der Integrität des Steuersystems sowie die Konkurrenzfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz durch den AIA geschützt haben will. Zu Ende gedacht würde die Argumentation des BJ freilich bedeuten, dass Steuersysteme ohne AIA nicht integer sind, was wohl nicht stimmen kann. Siehe dazu BJ, Verfassungsmässigkeit AIA, Ziff. 2.2.2.1.

lem; entweder komme ein Rechtshilfegesuch, in welchem Fall gegen spätere Rechtshilfeverfügungen der Beschwerdeweg offen stehe, oder aber das Rechtshilfegesuch komme nicht, in welchem Fall der Betroffene kein Rechtsschutzinteresse habe.³⁸ Wenn schon das Bundesgericht trotz im Ausland drohender Strafverfolgung (ob mit oder ohne Rechtshilfeersuchen an die Schweiz) so lakonisch urteilt, ist dies erst recht im Zusammenhang mit dem AIA zu erwarten.

Zu erinnern ist aber auch, dass wir im Innenverhältnis gegenüber ausländischen Mitbürgerinnen und Mitbürgern bereits den automatischen Informationsaustausch kennen. Gemäss Art. 32 ff. StHG sind ausländische Staatsangehörige mit Jahreseinkommen unter CHF 120'000 quellensteuerpflichtig, und zwar unter Namensnennung (also nicht anonym). Jeder Arbeitgeber übermittelt dem zuständigen Steueramt automatisch und ohne jedes «Kundenverfahren» sämtliche Steuerfaktoren unter Identifikation des Steuerpflichtigen. Nicht nur wurde diese Rechtslage nicht als verfassungswidrig hinterfragt; das Bundesgericht hat sogar kürzlich aus der Warte des Freizügigkeitsabkommens mit der Europäischen Gemeinschaft³⁹ (FZA) entschieden, dass weil (i) die Quellensteuer ein Sicherungsinstrument sei und (ii) der Sicherungszweck gemäss Art. 21 Abs. 3 FZA die diesbezügliche Ungleichbehandlung mit den Schweizerinnen und Schweizern erfordere, keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vorliege. Es lässt sich mit Bezug auf den AIA und das jeweils massgebende AIA-Abkommen unschwer analog argumentieren. Ist der innerstaatliche AIA gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfassungsmässig, weil ein legitimer Sicherungszweck dies erfordert, muss dies *a fortiori* gegenüber im Ausland domizilierten ausländischen Steuerpflichtigen gelten, die zur Schweiz keinen anderen Bezug haben als ein Bankkonto.

Weiteres Zwischenfazit: Wenn auch – wie bei jeder Verfassungsmässigkeitsdiskussion – die Verfassungsmässigkeit (bzw. in praxi einzig von Interesse: die EMRK-Konformität) des AIA (angesichts des schon recht schweren Grundrechtseingriffs) weder eindeutig bejaht⁴⁰ noch verneint werden kann (aber immerhin einleuchtende Argumente für die EMRK-Konformität sprechen), lässt sich aus den genannten Gründen mit einem EMRK-Angriff

³⁸ BGE 125 II 238 E. 6 S. 247 f.

³⁹ SR 0.142.112.681.

⁴⁰ Darum behilft sich das BJ schliesslich auch mit dem Praktikabilitätsargument, welches aber in der Verfassungsmässigkeitsprüfung unbegründet ist. Siehe dazu BJ, Verfassungsmässigkeit AIA, Ziff. 2.2.2.2, S. 10.

auf den AIA, jedenfalls in der Rechtswirklichkeit, wenig gewinnen. Am AIA an sich ist realistischweise nicht zu rütteln. EMRK-widrig (weil Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK verletzend) ist hingegen der ineffektiv und inopportun ausgestaltete AIA-Rechtsschutz, weil (de facto) keine Beurteilung mit Suspensiveffekt gewährleistet. Dieses Defizit stellt wiederum unter dem Titel der mangelnden Verhältnismässigkeit im engeren Sinne die EMRK-Konformität des AIA in schweizerischer Ausgestaltung ernsthaft in Frage, führt man sich § 96 des EGMR-Urteiles G.S.B. vs. Schweiz⁴¹ vor Augen.

VI. Fazit und Lösungsvorschläge

Gesamthaft betrachtet ist das Analyseergebnis ernüchternd. Der im AIAG vorgesehene Rechtsschutz ist inopportun, da (i) nicht sachverständigen Fachrichtern zugewiesen, (ii) von diskretionären und lokal unterschiedlich gehandhabten Zugangsbarrieren abhängig, (iii) keinen Suspensiveffekt und damit keine EMRK-konforme effektive Beurteilung gewährleistet und letztlich (iv) den Betroffenen wegen der (gemäss Lesart des Bundesgerichts) fehlenden Rechtskraftwirkung eines Datenschutzentscheides angesichts der (selbst anonymen) Entscheidpublikation dem interessierten ausländischen Staat (über ein Amtshilfeverfahren) ausliefernd.

Damit schießt Art. 19 Abs. 1 AIAG, mit dem der Gesetzgeber den Betroffenen zweifelsohne einen verfassungskonformen Rechtsschutz gewähren wollte, am legislativen Ziel vorbei. Ein Gesetz, das am Ziel vorbeischießt, ist auf das richtige Ausmass teleologisch zu reduzieren.⁴² Nach hier vertretener Auffassung müsste der in Art. 19 Abs. 1 AIAG vorgesehene datenschutzrechtliche Zivilweg auf blosse Übermittlungsfehler bzw. Berichtigungsansprüche reduziert werden, denn nur dafür passt im vorliegenden Kontext das Datenschutzrecht, bzw. nur diese Fragen sind einem Zivilgericht im vorliegenden Kontext leichthin zugänglich, und nur in einem solchen Zusammenhang lässt sich der de facto nicht gewährleistete Suspensiveffekt knapp rechtfertigen. Für international-steuerrechtlich zu entscheidende Fragen der prinzipiellen Meldeberechtigung, wie in der eingangs vorgestellten Fallstudie des Herrn Miller Jr., muss eine Gesetzeslücke angenommen werden, die in Analogie zu Art. 19 Abs. 2 in fine AIAG zu schliessen ist: Die ESTV muss nach Art. 25a VwVG auf Antrag eine nach StAhiG anfechtbare Verfügung

⁴¹ EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz.

⁴² Siehe z.B. BGE 140 I 305 E. 6.2 S. 311.

ausstellen; nur dann ist für die Betroffenen eine sachgerechte und effektive Beurteilung der sich stellenden materiellrechtlichen Fragen gewährleistet.

Noch ein Aspekt befriedigt nicht: Die AIA-Betroffenen haben – bei Altbeständen – jahrelang vertraut, dass die Schweiz (wie bis vor kurzem) das traditionell praktizierte «Offshore Private Banking» juristisch schützt. Wenn sie jetzt in Länder ohne Regularisierungsmöglichkeit verraten werden, kommt dies materiell der Rückwirkung des AIA gleich. Dies ist zwar nach EGMR verfassungsrechtlich unbedenklich,⁴³ im Einklang mit Treu und Glauben ist dies aber sicherlich nicht. Da Datenbearbeitung gemäss Art. 4 Abs. 2 DSG nach Treu und Glauben erfolgen soll und gemäss Art. 6 AIAG die ESTV im Rahmen zwischenstaatlicher Vereinbarungen Auflagen zur Durchsetzung eines aus Schweizer Sicht angemessenen Datenschutzstandards machen darf, sollte bei Ländern mit fehlender Regulierungsmöglichkeit die Auflage durchgesetzt werden, dass die Meldung von Altbeständen zwar für die Nachbesteuerung, nicht aber für steuerstrafrechtliche Sanktionen genutzt werden darf. Dies wäre eine ehrenwerte Geste in einem für alle Beteiligten problematischen Paradigmenwechsel.

⁴³ EGMR Urteil 28601/11 vom 22. Dezember 2015, G.S.B. vs. Schweiz, §§ 76 f.

Literaturverzeichnis

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 16. Mai 2016.

KIENER REGINA, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.

NAEF FRANCESCO, Automatischer Informationsaustausch ist verfassungswidrig, abrufbar unter: <www.csnlaw.com>, Publications.

NAEF FRANCESCO/NEURONI NAEF ELENA, Sur l'inconstitutionnalité de l'échange automatique de renseignements. De l'état de droit libéral à l'érotisme bancaire, in: Jusletter vom 7. Dezember 2015.

OSWALD DIANA, Verfahrensrechtliche Aspekte der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, Fribourg 2015.

PETERMANN NATHANAËL, Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse, Bern 2014.

ROHNER TOBIAS F./SCHÄRER CHRISTOPH, Diskretionäre Trusts als letztes Mittel gegen den AIA in Steuersachen?, in: EF 2015, S. 711–715.

STACHER MARCO, Art. 372 ZPO, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 353–399 und Art. 407 ZPO, Band III, Bern 2014.

Materialien

Stand sämtlicher Internet-Referenzen in diesem Beitrag ist der 16. Mai 2016.

BJ – Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Öffentliches Recht, Stellungnahme zur Verfassungsmässigkeit des automatischen Informationsaustausches in Steuersachen vom 25. Juni 2015 (nicht publiziert).

GEMEINSAMER MELDE- UND SORGFALTSSTANDARD (GMS) für Informationen über Finanzkonten, Beilage zur Multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten, BBl 2015, S. 5535 ff., abrufbar unter: <www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2620/Automatischer-Informationsaustausch_Vereinbarung_de.pdf>.

MATTEOTTI RENÉ, Verfassungskonformität des automatischen Informationsaustauschs, Kurzgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Internationale Finanzfragen, Redaktionell überarbeitete Fassung vom 2. September 2015, abrufbar unter: <www.sif.admin.ch>, Themen > Automatischer Informationsaustausch > Weiterführende Informationen > Dokumentation.

OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, Commentaries on the Model Competent Authority Agreement (MCAA) and the Common Reporting Standard (CRS), Paris 2014, abrufbar unter: <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314131e.pdf?expires=1464102392&id=id&accname=guest&checksum=2ED4F82C494A794AA4B2C2303F571644>>.

