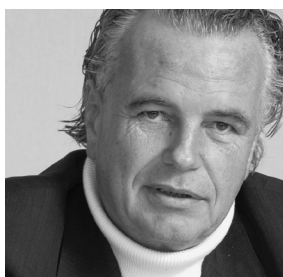


Neue Amtshilfebestimmungen in schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen

Verzicht auf das unbedingte Erfordernis der Nennung des Namens der Informationsinhaberin im Zusatzabkommen zum DBA-F und zur Umschreibung der Identität der betroffenen Person im Zusatzprotokoll zum DBA-US – Probleme mit sog. fishing expeditions?

Prof. Dr. iur. et lic. oec. Robert Waldburger



Prof. Dr. iur. et lic. oec.
Robert Waldburger, Ordina-
rius für Steuerrecht an der
Universität St.Gallen

Inhalt*

1	Problemstellung	3	Zusatzprotokoll mit den Vereinigten Staaten von Amerika
2	Zusatzabkommen mit Frankreich	3.1	Rechtliche Grundlagen und Fragestellung
2.1	Rechtliche Grundlagen und Fragestellungen	3.1.1	Rechtliche Grundlagen
2.1.1	Rechtliche Grundlagen	3.1.2	Fragestellung
2.1.2	Fragestellungen	3.2	Bedeutung der staatsvertraglich festgelegten Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen im DBA-US
2.2	Bedeutung der Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen	3.2.1	Allgemeines
2.2.1	Allgemeines	3.2.2	Bedeutung der neuen Ziff. 10 lit. a(i) des Zusatzprotokolls zum DBA-US
2.2.2	Zusammenhang mit andern Elementen der Amtshilfebestimmung im künftigen DBA-F	3.3	Fazit
2.2.2.1	Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F als Konkretisierung des Erfordernisses von «vraisemblablement pertinents» im künftigen Art. 28 Abs. 1 DBA-F	4	Schlussfolgerung
2.2.2.2	Anforderung an die Kenntnis der Informationsinhaberin betrifft nicht nur Banken		Literatur
2.2.3	Zusammenhang zwischen begründetem Verdacht und Nennung des Namens der Informationsinhaberin		Berichte und Mitteilungen
2.3	Zwischenfazit		Rechtsquellen
2.4	Konkurrenznachteil für Schweizer Banken gegenüber Banken auf andern Finanzplätzen aufgrund des DBA-F?		
2.5	Fazit		

* Der Autor dankt Herrn lic. iur. et lic. oec. Florian Regli für wertvolle Anregungen und Hinweise.

1 Problemstellung

Die Amtshilfebestimmungen der in den letzten Monaten von der Schweiz unterzeichneten Doppelbesteuerungsabkommen fanden in den schweizerischen Medien eine im Vergleich zu bisherigen DBA-Revisionen aussergewöhnlich hohe Resonanz. Gewisse, von andern revidierten Abkommens- bzw. Protokollbestimmungen abweichende Formulierungen, namentlich im Zusatzabkommen mit Frankreich, haben in der Öffentlichkeit zu einer gewissen Verunsicherung bezüglich der praktischen Auswirkungen dieser neuen Amtshilfebestimmungen geführt.¹ Es sind Befürchtungen geäussert worden, wonach es französischen Steuerbehörden künftig möglich sein soll, Rasterfahndungen nach vermutlichen Steuerhinterziehern zu eröffnen und dabei von der Schweiz gemäss den neuen Amtshilfebestimmungen Informationen, namentlich Kundeninformationen von Banken, zu erhalten. Ähnliche Befürchtungen könnten auch bezüglich der neuen Amtshilfebestimmung im DBA mit den USA entstehen.

Ziel dieses Beitrags ist es, diese neuen Amtshilfebestimmungen auf ihre praktischen Auswirkungen hin zu untersuchen und zu klären, ob die teilweise bestehenden Bedenken berechtigt sind.

2 Zusatzabkommen mit Frankreich

2.1 Rechtliche Grundlagen und Fragestellungen

2.1.1 Rechtliche Grundlagen

Art. 10 Zusatzabkommen zum DBA-F enthält die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit der ersuchende Staat ein Amtshilfesuch stellen kann, welches der ersuchte Staat zu bearbeiten hat. Abs. 3 lit. e hat die Frage zum Gegenstand, ob der ersuchende Staat in einem Amtshilfeersuchen auch die Informationsinhaberin² nennen muss, und lautet wie folgt (es ist noch keine Version in deutscher Sprache publiziert):

- e) dans la mesure où ils sont connus, le nom et adresse de toute personne dont il y a lieu de penser qu'elle est en possession des renseignements demandés.

Diese Formulierung stimmt wörtlich mit Art. 5 Abs. 5 lit. e des OECD-Musterabkommens zum Informationsaustausch (Tax Information Exchange Agreement [TIE

MA]) überein und ist in ihrem Wortlaut weiter gefasst als jene der bisher publizierten, neu in DBA eingeführten Amtshilfebestimmungen.³ In jenen Abkommenstexten wird die Nennung des Namens der Informationsinhaberin im Ersuchen ohne Einschränkungen als eine der Voraussetzungen für die Amtshilfegewährung verlangt.

2.1.2 Fragestellungen

Aufgabe dieses Teils des vorliegenden Beitrags ist es zu untersuchen, ob die im Zusatzabkommen zum DBA-F enthaltene Formulierung für die Angaben zur Informationsinhaberin:

1. dazu führen kann, dass Frankreich auf der Basis des Abkommenstextes von der ESTV Rasterfahndungen in jenen Fällen verlangen kann, in denen die französischen Behörden zwar vermuten, dass jemand bei einer schweizerischen Bank undeklariertes Vermögen hat, jedoch nicht wissen, bei welcher Bank sich dieses Vermögen befinden könnte;⁴
2. für die schweizerischen Banken zu einem Konkurrenznachteil führen kann, weil die Möglichkeiten der französischen Behörden zur Beschaffung von Bankinformationen im Verhältnis zur Schweiz weiter gehen als im Verhältnis zu andern Staaten.

2.2 Bedeutung der Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen

2.2.1 Allgemeines

Die hier zu untersuchende Bestimmung kann nicht isoliert von den übrigen Abkommensbestimmungen – allein fokussiert auf die Frage des Informationsaustausches bei Verdacht auf Steuerdelikte, bei denen Frankreich um Bankinformationen ersucht – gesehen werden, obwohl in der öffentlichen Diskussion dieser Aspekt bisher im Vordergrund stand.

3 Die im Zeitpunkt der Schlussredaktion dieses Beitrags bereits publizierten Texte betr. Dänemark, Luxemburg, Frankreich, Norwegen, Österreich, Grossbritannien, Mexiko, Finnland, die Färöer-Inseln, die USA und Katar können auf der Internetseite der ESTV unter <http://www.estv.admin.ch/intsteuerrecht/themen/00170/index.html?lang=de> abgerufen werden. Die bereits paraphierten Texte betr. Japan, die Niederlande, Polen und Singapur sind noch nicht veröffentlicht worden.

4 Wenn hier und im Folgenden Frankreich als ersuchender und die Schweiz als ersuchter Staat genannt wird, so ist darunter grundsätzlich auch der umgekehrte Fall mitgemeint, wobei zu beachten ist, dass aufgrund der heutigen schweizerischen Rechtslage die Schweiz keine Amtshilfeersuchen betr. Bankinformationen wegen Verdachts auf einfache Steuerhinterziehung stellen kann, weil Art. 26 Abs. 3 lit. b OECD-MA bestimmt, dass der ersuchende Staat keine Informationen verlangen kann, für die er nach seiner eigenen Gesetzgebung und Verwaltungspraxis keinen Zugang hat und weil Art. 26 Abs. 5 OECD-MA in diesem Punkt Abs. 3 von Art. 26 OECD-MA nicht derogiert.

1 S. z. B. JARP, Double imposition : Un accord qui dérange (28.8.2009), oder RODRICK, Le conseil national aborde aujourd'hui la Convention bilatérale de double imposition avec la France (23.9.2009).

2 In diesem Beitrag wird davon ausgegangen, dass es sich dabei um eine schweizerische Bank handle.

Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch die hier zu untersuchende Bestimmung, wie jede andere Bestimmung in einem DBA oder in einem vom Parlament genehmigten Protokoll oder einem ähnlichen Instrument, durch die rechtsanwendenden Behörden ausgelegt werden muss.

Im Falle eines Ersuchens, das von den französischen Steuerbehörden gestellt wird, geschieht diese Auslegung durch die schweizerischen Behörden, d. h. durch die ESTV, und im Falle einer Beschwerde gegen eine Schlussverfügung dieser Behörde durch das Bundesverwaltungsgericht. Diese Auslegung hat gemäss den Auslegungsregeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (VRK), Art. 31 ff., zu erfolgen.

2.2.2 Zusammenhang mit andern Elementen der Amtshilfebestimmung im künftigen DBA-F

2.2.2.1 Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F als Konkretisierung des Erfordernisses von «vraisemblablement pertinents» im künftigen Art. 28 Abs. 1 DBA-F

Die wichtigste Voraussetzung, damit Frankreich von der Schweiz Amtshilfe verlangen kann und die Schweiz diesem Begehren nachkommen muss, liegt in der im künftigen Art. 28 Abs. 1 DBA-F enthaltenen Voraussetzung – die mit gleichem Wortlaut auch in Art. 26 Abs. 1 des OECD-Musterabkommens zum Einkommen und Vermögen (OECD-MA) enthalten ist –, dass die verlangten Informationen für die Durchsetzung des französischen Rechts «vraisemblablement pertinents» (engl.: «foreseeably relevant») sein müssen.

Diese Wendung schliesst Fälle aus, die als sog. fishing expeditions qualifiziert werden. Es ist allgemein anerkannt, dass fishing expeditions unzulässig sind und dass das Ausschliessen solcher Fälle die Hauptfunktion der Voraussetzung, dass die verlangten Informationen voraussichtlich für die Besteuerung im ersuchenden Staat bedeutsam («vraisemblablement pertinents») sein müssen, ist. Dies geht auch aus dem Handbuch der OECD zum Informationsaustausch (TIE Manual) klar hervor.⁵ Auch der Kommentar zum TIE MA hält in Tz 57 fest, dass fishing expeditions (franz.: pêches aux renseignements⁶) unzulässig seien und dass die Funktion der in Art. 5 Abs. 5 TIE MA genannten Bedingungen – und damit auch die in Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkom-

men zum DBA-F überführte Bestimmung von Art. 5 Abs. 5 lit. e TIE MA – darin bestehe, das Prinzip, wonach die vom ersuchten Staat verlangten Informationen für dessen Besteuerung «offensichtlich bedeutsam» sein müssen, zu konkretisieren («pour démontrer la pertinence vraisemblable des renseignements demandés»).

Daraus und auch aus verschiedenen andern Anweisungen des TIE Manual ergibt sich, dass die im künftigen Protokoll zum DBA mit Frankreich in Ziff. XI verankerten Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen den im Abkommen selbst festgelegten Grundsatz, wonach die verlangten Informationen für die Behörden des ersuchenden Staats für die Besteuerung voraussichtlich bedeutsam sein müssen, nur bestätigen bzw. konkretisieren. Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F kommt deshalb keine eigenständige Bedeutung zu, sondern diese Bestimmung muss stets im Licht der im künftigen Art. 28 Abs. 1 DBA-F enthaltenen Voraussetzung «vraisemblablement pertinents» gesehen und auch interpretiert werden.

Auch Art. 10 Abs. 2 Zusatzabkommen zum DBA-F verankert auf der Basis der Formulierung «vraisemblablement pertinents» ausdrücklich das Verbot von fishing expeditions und bestätigt damit, dass Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F Teil der dieses Verbot konkretisierenden Bestimmung ist.

Die hier zu untersuchende Bestimmung von Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F kann somit nicht isoliert interpretiert werden, sondern sie ist im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Wendung «vraisemblablement pertinents» im künftigen Art. 28 Abs. 1 DBA-F und damit im Zusammenhang mit dem Verbot von fishing expeditions zu sehen.

Konkret heisst das, dass Frankreich zwar in Einzelfällen trotz einer gewissen Unsicherheit darüber, ob die Informationen bei der Bank A oder bei der Bank B sind, ein Amtshilfeersuchen stellen kann, welches die Schweiz ausführen muss.⁷ Die französischen Behörden können jedoch in keinem Fall bei bloss vagem Verdacht gegen einen französischen Steuerpflichtigen von der ESTV verlangen, dass sie bei allen Banken in der Schweiz oder bei allen Banken eines Ortes oder einer Region (z. B. auf

5 S. TIE Manual Tz 23.

6 Es ist nicht einfach, diesen Ausdruck in die deutsche Sprache zu übersetzen. Im Protokoll zum DBA-D findet sich der Ausdruck «Beweisforschung» (Ziff. 3.a).

7 Das EFD hat in seiner Pressemitteilung vom 14.9.2009 («Amtshilfe in Steuersachen: Schweiz hält sich bei neu verhandelten DBA an OECD-Standard») den Fall angeführt, in welchem die französischen Behörden lediglich über die IBAN-Nummer verfügen. Diese Aussage verkennt jedoch die Tatsache, dass anhand der IBAN-Nummer auch die Bank identifiziert werden kann. Im Kommentar zum TIE MA wird in Tz 58 die Nennung des Bankkontos oder einer ähnlichen Information (darunter kann die IBAN-Nummer verstanden werden) als Beispiel für eine Alternative zur Namensnennung der betroffenen Person (das TIE MA verlangt nicht die Kenntnis des Namens, sondern der Identität der betroffenen Person) angeführt.

dem Platz Genf) nach den entsprechenden Informationen suche. Ein solches Vorgehen wäre sowohl nach dem neuen Zusatzabkommen mit Frankreich als auch nach der international anerkannten Interpretation von Art. 26 OECD-MA und von Art. 5 Abs. 5 TIE MA, aus dem die Formulierung von Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F stammt, eine unzulässige fishing expedition. Die ESTV könnte auf ein solches Ersuchen nicht eintreten.

Zum gleichen Ergebnis führt die Heranziehung von Art. 31 VRK für die Auslegung von Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F. Demgemäss ist auch diese Bestimmung so zu interpretieren, wie sie die beiden Vertragsstaaten nach Treu und Glauben beim Vertragsabschluss verstanden haben. Zumindest auf schweizerischer Seite kann dieser Wortlaut, auch im Licht des Verhandlungsmandats, welches die ESTV vom Bundesrat erhalten hat, in keinem Fall so verstanden worden sein, dass die Schweiz bereit sei, künftig Amtshilfeersuchen auszuführen, wenn die französischen Behörden lediglich einen vagen Verdacht hegen und über keinerlei Anhaltspunkte zur Bank, bei der sie die undeckelten Vermögenswerte vermuten, verfügen.

2.2.2.2 Anforderung an die Kenntnis der Informationsinhaberin betrifft nicht nur Banken

Es ist auch zu berücksichtigen, dass der künftige Art. 28 DBA-F, gleich wie Art. 26 OECD-MA, in seinem Geltungsbereich viel weiter geht, als nur die Amtshilfe bei Verdacht auf Steuerdelikte vorzusehen. Diese Amtshilfebestimmung betrifft sämtliche Informationen, die der richtigen Anwendung des DBA oder der Durchsetzung des unilateralen Rechts der Vertragsstaaten dienen.

Die französischen Steuerbehörden können somit künftig von der Schweiz nebst Bankinformationen sämtliche Informationen verlangen, über welche schweizerische Steuerbehörden verfügen oder zu denen sie gemäss Gesetz und Verwaltungspraxis Zugang haben. Dazu gehören auch generelle Informationen im Bereich der Konzernverrechnungspreise, wie z. B. Informationen über Preise von bestimmten, spezifizierten Produkten auf dem schweizerischen Markt, welche nicht öffentlich bekannt, jedoch den schweizerischen Steuerbehörden zugänglich sind.⁸ In einem solchen Fall können die französischen Steuerbehörden den Namen der Informationsinhaberin u. U. gar nicht kennen, und dennoch ist die Schweiz gemäss künftigem Recht zur Auskunftserteilung verpflichtet, vorausgesetzt, die ESTV bzw. die kan-

tonalen Steuerbehörden können sich diese Informationen auf dem normalen Verwaltungsweg beschaffen. Dieses Beispiel wäre ein Anwendungsfall von Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F, bei dem trotz unbekanntem Namen der Informationsinhaberin(nen) das französische Amtshilfeersuchen vollzogen werden kann und muss.

Angesichts dieser Rechtslage stellt sich die Frage, ob gemäss dem künftigen DBA-Bestimmungen (wie z. B. jenen der DBA mit Dänemark, Luxemburg, USA etc.)⁹, die nach ihrem Wortlaut in jedem Fall die Nennung des Namens der Informationsinhaberin im ausländischen Ersuchen verlangen, in Sachverhalten wie dem oben beispielhaft angeführten ein Amtshilfeersuchen durch die Schweiz vollzogen werden könnte.

Gemäss Auffassung des Verfassers muss auch in einem solchen Sachverhalt die Bestimmung, welche den Namen der Informationsinhaberin als Voraussetzung für den Informationsaustausch nennt, im Licht des in den Abkommen genannten Merkmals «foreseeably relevant» und der Regeln von Art. 31 ff. VRK ausgelegt werden. Demgemäss könnte der Vollzug eines entsprechenden Ersuchens nicht mit dem alleinigen Hinweis auf die fehlende Namensnennung der Informationsinhaberin im Ersuchen verweigert werden, weil die gegenüber der Schweiz verlangten Informationen – sofern dies im Amtshilfeverfahren dargetan worden ist – für die Besteuerung in Frankreich voraussichtlich bedeutsam sind und weil sich aus Treu und Glauben ergibt, dass das Erfordernis der Namensnennung im Ersuchen nicht auf einen solchen Fall zugeschnitten und es auch gar nicht möglich ist, dieses zu erfüllen.

2.2.3 Zusammenhang zwischen begründetem Verdacht und Nennung des Namens der Informationsinhaberin

Ein weiterer Aspekt des Erfordernisses von «vraisemblablement pertinents» besteht darin, dass im Falle des Verdachts auf das Vorliegen einer Steuerhinterziehung die französischen Steuerbehörden im Amtshilfeersuchen einen entsprechenden Verdacht auch glaubhaft darlegen müssen. Bei bloss vager Vermutung des Vorliegens eines Steuerdelikts, z. B. aufgrund eines Auseinanderklaffens zwischen dem Lebensstil eines Steuerpflichtigen und seinen deklarierten Einkünften, können die französischen Steuerbehörden nicht einfach mit der Begründung, der betroffene Steuerpflichtige könnte bei einer schweizerischen Bank undeckelte Vermögenswerte haben, aus denen er seinen Lebensaufwand mitfinanziert, ein Amtshilfeersuchen an die ESTV

8 Dieses Beispiel entspricht dem letzten Lemma von Tz 26 TIE Manual.

9 S. die Aufzählung in Fn 3.

richten. In einem solchen Fall ist nicht «vraisemblablement pertinent», dass die französischen Behörden die verlangten Informationen für die Besteuerung ihres Steuerpflichtigen von der Schweiz erhalten müssen. Die entsprechenden Informationen könnten sich auch bei einer Informationsinhaberin in einem Drittstaat befinden. Damit die Schweiz überhaupt um die Beschaffung und Übermittlung von Informationen ersucht werden kann, muss m. a. W. ein konkreter Verdacht bestehen, dass sich die vermuteten Vermögenswerte in der Schweiz befinden. Und einen solchen Verdacht können die französischen Steuerbehörden nur dann haben, wenn sie tatsächliche Hinweise auf eine konkrete schweizerische Bankverbindung des französischen Steuerpflichtigen haben.

Es sind allerdings auch Ausnahmefälle denkbar, in welchen die französischen Behörden über keine ganz präzisen Angaben zur Person der Informationsinhaberin verfügen und ein Amtshilfeersuchen dennoch nicht wegen des Vorliegens einer fishing expedition zurückzuweisen ist. Zu denken ist etwa an einen Fall, in dem die französischen Behörden aufgrund einer Denunziation einen Verdacht auf begangene Steuerdelikte gegen einen ihrer Steuerpflichtigen haben und der Denunziant zwar weiss, dass die entsprechenden Beweismittel bei einer schweizerischen Bank liegen, er sich jedoch nicht mehr genau erinnern kann, auf welcher Bank sich die inkriminierten Vermögenswerte befinden. Aber auch in einem solchen Fall kann ein Amtshilfeersuchen nur dann vollzogen werden, wenn der Kreis der möglichen Banken eingeschränkt ist.

Beispiel: Die französischen Behörden sind bei einer Denunziation nicht sicher, ob sich das Geld auf der Kantonalbank Genf oder auf der Kantonalbank Waadt befindet, oder es ist nicht klar, ob sich das Geld auf einem Konto bei der «BCG» oder der «CBG»¹⁰ befindet. In einem solchen Ausnahmefall wäre der Vollzug eines Amtshilfeersuchens wegen Verdachts auf Steuerhinterziehung möglich, obwohl die französischen Steuerbehörden den Namen der Informationsinhaberin nicht mit Sicherheit kennen.

2.3 Zwischenfazit

Das in Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F genannte Erfordernis, wonach die französischen Behörden die Namen der Informationsinhaberinnen (nur) «dans la mesure où ils sont connus» im Ersuchen nennen müssen, bedeutet nicht, dass Frankreich auf der Basis dieser Formulierung von der ESTV in Fällen, in denen die französischen Behörden zwar vermuten, dass jemand bei einer schweizerischen Bank undeclared Vermögen hat, jedoch nicht wissen, bei welcher Bank sich dieses Vermögen befinden könnte, Rasterfahndungen verlangen kann.

2.4 Konkurrenznachteil für Schweizer Banken gegenüber Banken auf andern Finanzplätzen aufgrund des DBA-F?

Trotz der in Abschn. 2.2 angeführten Rechtslage bestünde ein Risiko, dass in Frankreich steuerpflichtige Kunden von Schweizer Banken, für die ein französisches Amtshilfeersuchen ein Problem darstellen würde, ihre Vermögenswerte in ein Drittland verlegen würden, wenn die zwischen Frankreich und diesem Drittstaat geltenden DBA- und Ausführungsbestimmungen gemäss ihrem Wortlaut restriktivere Anforderungen an ein französisches Amtshilfeersuchen enthalten würden, als dies in Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F der Fall ist. Verlegungen von Vermögenswerten könnten erfolgen, wenn Kunden bzw. deren Berater die Rechtslage nicht detailliert klären, sondern ihre Risikoabschätzung alleine aufgrund von Vergleichen der Wortlaute jener Abkommens- und Ausführungsbestimmungen vornehmen würden, welche die Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen enthalten, und dann zum Ergebnis kämen, dass die Lösung zwischen der Schweiz und Frankreich für sie ungünstiger ist als jene zwischen dem Drittstaat und Frankreich. Im hier untersuchten Bereich ginge es v. a. um DBA- oder Protokollbestimmungen in Vereinbarungen zwischen Frankreich und einem Drittstaat, welche in ihrem Wortlaut die Nennung des Namens einer bestimmten Informationsinhaberin als unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ausführung eines Amtshilfeersuchens nennen.

Zur umfassenden Klärung dieser Frage müssten sämtliche von Frankreich mit Drittstaaten abgeschlossenen DBA- und Ausführungsbestimmungen analysiert werden. Dies ist jedoch aufgrund der Dynamik, die in diesem Bereich zur Zeit im Gange ist, nicht möglich. Deshalb wird beispielhaft das neu ausgehandelte DBA zwischen Frankreich und Luxemburg bzw. der zugehörige Briefwechsel zum Vergleich herangezogen.

Dabei zeigt sich, dass die zwischen Luxemburg und Frankreich getroffene Lösung sehr ähnlich, vom Wortlaut her sogar noch etwas «weicher» gefasst ist als jene mit der Schweiz. Die Passage über die Bedeutung der Wendung «vraisemblablement pertinents» stimmt wörtlich mit der im Protokoll zwischen der Schweiz und Frankreich getroffenen Regelung überein. Jener Teil des Briefwechsels,¹¹ der sich mit der Frage der Nennung des Namens der Informationsinhaberin befasst, lautet wie folgt:

11 Dieser Briefwechsel stellt, anders als das Zusatzabkommen zum DBA-F, keinen integrierenden Bestandteil des Abkommens, sondern lediglich eine Verständigungslösung zwischen den zuständigen Behörden von Luxemburg und Frankreich dar.

10 Fiktives Beispiel einer ähnlichen Abkürzung.

Elle (l'autorité compétente)¹² pourra aussi, dans la mesure où ils sont connus, communiquer les noms et adresses de toute personne dont il y a lieu de penser qu'elle est en possession des renseignements demandés et, plus généralement, tout élément de nature de faciliter la recherche des informations par l'Etat requis.

Der Vergleich dieser Regelung mit Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F zeigt, dass der einzige Unterschied darin besteht, dass im Verhältnis zur Schweiz die Nennung der Informationsinhaberin als Bedingung formuliert ist, indem verlangt wird, dass die französischen Behörden die Angaben «liefern», während sich die Formulierung im Briefwechsel mit Luxemburg auf die Möglichkeit beschränkt, diese Angaben zu liefern («pourra aussi ... communiquer»). Im Übrigen stimmen die Texte jedoch wörtlich überein.

Es kann somit festgestellt werden, dass für Schweizer Banken im Vergleich zu luxemburgischen Banken aufgrund der hier untersuchten Regelung im Zusatzabkommen zum DBA-F eher ein Konkurrenzvorteil, sicherlich jedoch kein Konkurrenznachteil, resultiert bezüglich von Kunden oder deren Beratern, welche die oben in Abschn. 2.2 dargestellte Rechtslage nicht kennen und bei der Risikoabschätzung einzig auf die in Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F enthaltene Formulierung abstellen.

2.5 Fazit

Obwohl im Zusatzabkommen mit Frankreich die Formulierung der Bestimmung über die Anforderung an die Nennung der Informationsinhaberin aus dem TIE MA, das eigentlich nicht für das Verhältnis zwischen OECD-Staaten, sondern für jenes zwischen OECD-Staaten und solchen (Nicht-OECD-)Staaten, die kein typisches Steuersystem kennen¹³, übernommen worden ist, besteht keine Gefahr, dass die französischen Steuerbehörden aufgrund dieser Bestimmung von der ESTV in Fällen, in denen die französischen Behörden zwar vermuten, dass jemand bei einer schweizerischen Bank undeklariertes Vermögen hat, jedoch nicht wissen, bei welcher Bank sich dieses Vermögen befinden könnte, Informationen verlangen können. Zumindest im Verhältnis zu Luxemburg entsteht für die Schweizer Banken auch dann kein Konkurrenznachteil, wenn Steuerpflichtige oder deren Vertreter, ohne vertieftes Verständnis von Art. 10 Abs. 3 lit. e Zusatzabkommen zum DBA-F, ihre Risikoabschätzung allein aufgrund eines isolierten Vergleichs des Wortlauts dieser Bestimmung mit der analogen Regelung im neuen Abkommen zwischen Frankreich und Luxem-

burg vornehmen. Die Konsultation der einschlägigen Bestimmungen zeigt diesen Personen auf, dass die dortigen Formulierungen fast wörtlich übereinstimmen und deshalb praktisch gleichwertig sind. Die schweizerische Regelung ist sogar noch etwas stärker einschränkend, weil sie die Namensnennung einer Informationsinhaberin als notwendigen Inhalt des Amtshilfeersuchens anführt, während im Verhältnis zwischen Frankreich und Luxemburg diese Namensnennung lediglich als Möglichkeit erwähnt wird.

3 Zusatzprotokoll mit den Vereinigten Staaten von Amerika

3.1 Rechtliche Grundlagen und Fragestellung

3.1.1 Rechtliche Grundlagen

Art. 4 Zusatzprotokoll zum DBA-US bestimmt, dass Ziff. 10 des geltenden Protokolls zum DBA-US vollständig neu gefasst wird. Diese künftige Protokollbestimmung enthält u. a. den notwendigen Inhalt der Amtshilfeersuchen.

Die Frage, ob der ersuchende Staat in einem Amtshilfeersuchen auch den Namen der betroffenen Person¹⁴ nennen muss, wird in der neuen Ziff. 10 lit. a(i) des Protokolls zum DBA-US geregelt, die in der englischsprachigen Originalfassung wie folgt lautet:

- i) information sufficient to identify the person under examination or investigation (typically, name and, to the extent known, address, account number or similar identifying information);

Diese Formulierung ist bezüglich der Anforderungen an die Identifikation der betroffenen Person leicht weiter gefasst als jene der 10 andern bisher publizierten neu vereinbarten Amtshilfebestimmungen.¹⁵ In jenen Abkommenstexten wird die Nennung des Namens der betroffenen Person als Voraussetzung für die Amtshilfegewährung aufgeführt, während im Protokoll zum DBA-US durch die Wendung «typically» zumindest textlich eine gewisse Einschränkung des Erfordernisses der Namensnennung der betroffenen Person erfolgt ist.

3.1.2 Fragestellung

Nachstehend wird untersucht, ob die Formulierung, wie sie im Zusatzprotokoll mit den USA enthalten ist, das Risiko in sich birgt, dass die USA von der ESTV in Fällen, in denen der IRS zwar vermutet, dass jemand bei einer

¹² Anmerkung des Autors.

¹³ Solche Staaten wurden früher von der OECD als Steuerparadiese bezeichnet, im Rahmen der Arbeiten des Global Forum on Exchange of Information and Transparency terminologisch jedoch zu «Participant Partners» befördert.

¹⁴ Es wird hier die in der geltenden VzDBA-US verwendete Terminologie gebraucht.

¹⁵ S. die Aufzählung in Fn 3.

bestimmten schweizerischen Bank¹⁶ undeklariertes Vermögen angelegt hat, jedoch den Namen dieser Person nicht kennt, Informationen verlangen können und dass somit gewisse fishing-expedition-ähnliche Ersuchen gestellt werden könnten.

3.2. Bedeutung der staatsvertraglich festgelegten Anforderungen an ein Amtshilfeersuchen im DBA-US

3.2.1 Allgemeines

Auch die hier zu untersuchende Protokollbestimmung ist im Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen zum Informationsaustausch zu interpretieren. Insoweit kann auf die Ausführungen in den Abschn. 2.2.1 und 2.2.2 verwiesen werden.

Allerdings ist im Zusatzprotokoll zum DBA-US in Art. 3, welcher den neuen Art. 26 DBA-US enthält, eine Abweichung vom Wortlaut von Art. 26 OECD-MA festzustellen. Bezüglich der allgemeinen Anforderung an die Situationen, in denen ein Amtshilfeersuchen gestellt werden kann, findet sich nicht die Wendung «foreseeably relevant», sondern «as may be relevant». Diese Formulierung ist textlich weiter gefasst als jene in Art. 26 OECD-MA. Unter Berücksichtigung der neuen Ziff. 10 lit. b des Zusatzprotokolls zum DBA-US, welche klarstellt, dass die Bedeutung der Formulierung «as may be relevant» den Zweck hat, fishing expeditions und Ersuchen über Informationen, deren Bedeutsamkeit für die Besteuerung einer bestimmten steuerpflichtigen Person unwahrscheinlich ist, auszuschliessen, ergibt sich jedoch, dass diese vom OECD-MA abweichende Formulierung keine materielle Abweichung vom OECD-Standard bedeutet.

3.2.2 Bedeutung der neuen Ziff. 10 lit. a(i) des Zusatzprotokolls zum DBA-US

Wichtig ist Satz 1 (vor der Klammerbemerkung) dieser Bestimmung. Er hält fest, dass im Ersuchen genügend Informationen enthalten sein müssen, damit die Identifikation «einer Person»¹⁷, welche Gegenstand einer Prüfung oder Untersuchung ist, ermöglicht wird. Aus dieser Norm geht klar hervor, dass die USA künftig – anders als gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.3.2009 i. S. UBS-Kunden¹⁸ – nur dann von der Schweiz Informationen verlangen können, wenn diese Informa-

tionen eine bestimmte Person, gegen die der IRS eine Steuerprüfung oder steuerstrafrechtliche Untersuchung führt, betreffen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die in Ziff. 10 lit. a(i) (neu) enthaltene Einschränkung «typically, name» zu interpretieren.

Dazu kann zunächst festgestellt werden, dass die USA in aller Regel faktisch nur dann eine Person einer Steuerprüfung unterziehen oder gegen eine Person eine Untersuchung führen können, wenn sie den Namen dieser Person kennen. Der IRS wird deshalb in diesen Fällen im Amtshilfeersuchen den Namen dieser Person offenlegen, um den Informationsaustausch überhaupt zu ermöglichen.

Der Wortlaut der neuen Protokollbestimmung besagt jedoch, dass die USA im Amtshilfeersuchen zwar den Namen der betroffenen Person nicht in jedem Fall nennen müssen, dass sie jedoch in einem solchen Fall auf andere Weise Angaben zu machen haben, die ausreichen, um eine bestimmte Person identifizieren zu können. Zu beachten ist, dass diese Angaben zur Identifizierung einer Person es auch der schweizerischen Informationsinhaberin ermöglichen müssen, den entsprechenden Kunden zu identifizieren, weil sonst das Amtshilfeersuchen nicht vollzogen werden kann. Könnte der IRS z. B. eine Person nur anhand eines Fingerabdrucks oder anhand von Iris-Merkmalen identifizieren und hätte er gegen diese Person den Verdacht, dass sie ein Steuerdelikt begangen hat (z. B. Nichteinreichen einer U. S.-Steuererklärung trotz Bestehens der entsprechenden Pflicht), könnte ein solches Amtshilfeersuchen in der Schweiz nicht vollzogen werden, weil die Informationsinhaberin aufgrund dieser Merkmale den Kunden nicht identifizieren und deshalb der ESTV auch keine Informationen über den Kunden aushändigen könnte.

Es hält schwer, sich überhaupt Fälle vorzustellen, in denen ein Amtshilfeersuchen ohne Namensnennung der betroffenen Person vollzogen werden kann. Zu denken wäre etwa an eine natürliche Person, die sich verheiratet hat und dabei den Namen des Ehegatten oder der Ehegattin angenommen hat und dem IRS zwar der Name der Person, welche den Namen gewechselt hat, nicht jedoch der Name, den sie durch Heirat angenommen hat, bekannt ist.

In einem solchen Fall könnte der IRS im Ersuchen den ledigen Namen der betroffenen Person nennen und darauf hinweisen, dass diese allenfalls durch Heirat einen neuen, ihm unbekannt Namen angenommen

16 Bezüglich der Informationsinhaberin verlangt der Abkommenstext, dass der IRS deren Namen und, soweit bekannt, auch deren Adresse im Gesuch nennen muss (neue Ziff. 10 lit. a[v] des Zusatzprotokolls zum DBA-US).

17 Hervorhebung durch den Verfasser.

18 BVGE A-7342/2008 und A-7426/2008, 5.3.2009.

haben.¹⁹ Oder es ist ein Fall vorstellbar, in welchem der IRS nur den seinerzeitigen, nicht jedoch den aktuellen Namen einer juristischen Person kennt, die als Folge einer Fusion in einer andern juristischen Person aufgegangen ist oder aus irgendwelchen Gründen den Gesellschaftsnamen geändert hat (z. B. weil sie unter dem seinerzeitigen Namen für Steuerperioden vor der Fusion oder vor der Umfirmierung noch Steuererklärungen eingereicht hat). In solchen Fällen würde jedoch keine fishing-expedition-ähnliche Situation bestehen, und das Amtshilfeersuchen wäre, wenn die übrigen in Ziff. 10 lit. a Zusatzprotokoll genannten Bedingungen erfüllt wären, zu vollziehen, weil die schweizerische Informationsinhaberin aller Wahrscheinlichkeit nach den vom IRS identifizierten Kunden eruieren könnte.

(Im Kommentar zu Art. 5 Abs. 5 lit a TIE MA, welches ebenfalls nicht die Kenntnis des Namens, sondern der Identität der betroffenen Person verlangt, wird in Tz 58 das Beispiel angeführt, in dem die Behörden des ersuchenden Staats lediglich die Kontonummer oder ein vergleichbares Identitätsmerkmal,²⁰ nicht aber den Namen der betroffenen Person kennen. Dieses Beispiel erscheint jedoch sehr realitätsfern. Es ist kaum denkbar, dass die ersuchenden Behörden eine Kontonummer einer Person, gegen die sie eine Untersuchung führen, zuordnen können, jedoch deren Namen nicht kennen.)

3.3 Fazit

Die Prüfung von Ziff. 10 lit. a(i) des künftigen Protokolls zum DBA-US im Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen zum Informationsaustausch zeigt, dass die Einschränkung «typically, name» eine weitestgehend theoretische Ausdehnung des möglichen, von einem Amtshilfeersuchen betroffenen Personenkreises darstellt – ohne grosse praktische Auswirkung und ohne dass sich

daraus eine Gefahr ergäbe, dass der IRS fishing-expedition-ähnliche Amtshilfeersuchen stellen könnte.

Massgeblich ist, dass der IRS – künftig – nur in solchen Fällen Amtshilfeersuchen stellen kann, in denen eine bestimmte, identifizierbare Person Gegenstand einer Steuerprüfung oder einer Untersuchung ist. In aller Regel werden die Informationen, die der IRS im Ersuchen liefert und die der schweizerischen Informationsinhaberin die Identifikation der betroffenen Person erlauben, den Namen dieser Person enthalten. Sollte dies ausnahmsweise einmal nicht der Fall sein, ist entweder das Amtshilfeverfahren gar nicht vollziehbar (was die Informationsinhaberin der ESTV nach Eröffnung der Editionsverfügung oder bereits die ESTV dem IRS im Rahmen der Vorprüfung mitteilen würde), oder die Identifikation ist trotz Unsicherheiten über den Namen der betroffenen Person möglich und das Amtshilfeverfahren kann vollzogen werden, ohne dass von einer fishing expedition gesprochen werden könnte.

4 Schlussfolgerung

Die Analyse der Amtshilfebestimmungen in den kürzlich unterzeichneten Abkommensrevisionen mit Frankreich und den USA hat gezeigt, dass die in der öffentlichen Diskussion teilweise geäusserten Befürchtungen, wonach der Bundesrat in diesen Abkommen in Teilbereichen über den OECD-Standard hinausgegangen sei, nicht begründet sind. Weder die französischen noch die amerikanischen Behörden können künftig²¹ aufgrund vager Vermutungen über den Kreis der betroffenen Personen oder ohne Kenntnis der vermuteten Informationsinhaberinnen von der Schweiz Amtshilfe erhalten.

Literatur

JARP MURIEL, Double imposition : Un accord qui dérange. Un avenant a été signé hier entre la Suisse et la France. Les jours du secret bancaire semblent comptés, *Le Matin* vom 28.8.2009, 14, <http://www.lematin.ch/actu/monde/double-imposition-accord-derange-158617>

RODRICK PHILIPPE, Berne et Paris devront-ils revoir leur accord de double imposition? *Secret Bancaire. Le conseil national aborde aujourd'hui la Convention bilatérale de double imposition avec la France*, au moment où Hans-Rudolf Merz signe un accord

19 In der Vergangenheit wurde in einem Fall im Amtshilfeersuchen des IRS darauf hingewiesen und auch glaubhaft gemacht, dass die in den USA beschuldigte Person unter verschiedenen, falschen Namen im Geschäftsverkehr aufgetreten sei und Unklarheit bestehe, unter welchem Namen diese Person in der Schweiz das Bankkonto eröffnet habe. Die Informationsinhaberin wurde von der ESTV aufgefordert, für sämtliche im Ersuchen des IRS genannten Namen zu prüfen, ob eine Kundenbeziehung bestand und die entsprechenden Informationen zu liefern. In einem solchen Fall kann mit Sicherheit nicht von einer fishing expedition gesprochen werden, obwohl Unsicherheiten über den Namen bestehen. (Nach Auffassung des Verfassers müsste ein solches Amtshilfeersuchen auch in Anwendung von Abkommensbestimmungen, die die Namensnennung ausdrücklich verlangen, in Auslegung dieser Bestimmungen nach ihrem Sinn und Zweck vollzogen werden.)

20 Darunter könnte z. B. die in der Pressemitteilung «Amtshilfe in Steuersachen: Schweiz hält sich bei neu verhandelten DBA an OECD-Standard» des EFD (vom 14.9.2009) angeführte IBAN-Nummer fallen.

21 Bei dieser Aussage wird unterstellt, dass die unterzeichneten Abkommensrevisionen in beiden Staaten ratifiziert und sodann in Kraft gesetzt werden.

du même type avec les Etats-Unis, 24 heures vom 23.9.2009, <http://www.24heures.ch/actu/economie/berne-paris-devront-revoir-accord-double-imposition-2009-09-22>

Berichte und Mitteilungen

Amtshilfe in Steuersachen: Schweiz hält sich bei neu verhandelten DBA an OECD-Standard, Pressemitteilung des EFD (vom 14.9.2009), <http://www.efd.admin.ch/aktuell/medieninformation/00462/index.html?lang=de&msg-id=29002>

Komm. zum TIE MA, in: Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information (18.4.2002), OECD, Paris 2002, 14 ff., <http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/2082215.pdf> (engl.), <http://www.oecd.org/dataoecd/41/18/33977677.pdf> (frz.)

OECD-MA, OECD-Musterabkommen, in: OECD, Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, Stand 17.7.2008, Paris 2008, 18 ff.

TIE MA, Tax Information Exchange Model Agreement, in: Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information (18.4.2002), OECD, Paris 2002, 4 ff., <http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/2082215.pdf> (engl.), <http://www.oecd.org/dataoecd/41/18/33977677.pdf> (frz.)

TIE Manual, Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes, Module on General and Legal Aspects of Exchange of Information, Committee on Fiscal Affairs (23.1.2006), OECD, Paris 2006, www.oecd.org/ctp/eoi/manual

US MC 2006, U. S. Dept. of the Treasury, United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006 (www.treas.gov/offices/tax-policy/library/model006.pdf)

Rechtsquellen

Briefwechsel zum Zusatzabkommen zum DBA LUX-F, Échange de lettres relatif au Troisième Avenant à la Convention entre la France et le Grand-Duché de Luxembourg, http://www.impotsdirects.public.lu/dossiers/conventions/coop__ration_fiscale_internationale/Echange_de_lettres_Luxembourg-France.pdf und [\[ternationale/Echange_de_lettres_Luxembourg-France.pdf\]\(http://www.impotsdirects.public.lu/dossiers/conventions/coop__ration_fiscale_internationale/Echange_de_lettres_Luxembourg-France.pdf\) \(undatierte Fassungen\)](http://www.impotsdirects.public.lu/dossiers/conventions/coop__ration_fiscale_in-</p>
</div>
<div data-bbox=)

DBA-D, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (mit Briefwechsel und Protokoll) (vom 11.8.1971), SR 0.672.913.62

DBA-F, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Französischen Republik zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (mit Zusatzprotokoll) (vom 9.9.1966), SR 0.672.934.91

DBA-US, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen (mit Protokoll und Verständigungsvereinbarung) (vom 2.10.1996), SR 0.672.933.61

VRK, Vertragsrechtskonvention, Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (vom 23.5.1969), SR 0.111

VzDBA-US, V zum schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen vom 2.10.1996 (vom 15.6.1998), SR 672.933.61

Zusatzabkommen zum DBA LUX-F, Avenant à la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la France tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative réciproque en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (du 1.4.1958, modifiée les 8.9.1970 et 24.11.2006) (du 3.6.2009), http://www.impotsdirects.public.lu/dossiers/conventions/coop__ration_fiscale_internationale/Avenant_CONVDI_Luxembourg-France.pdf

Zusatzabkommen zum DBA-F, Avenant à la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (avec protocole add.) (du 9.9.1966 resp. du 27.8.2009), <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/16642.pdf>

Zusatzprotokoll zum DBA-US, Protokoll zur Änderung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen (vom 2.10.1996 bzw. vom 23.9.2009), <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/16932.pdf>