

Prof. Dr. iur. Peter V. Kunz

Mitbestimmung des Volkes bei künftigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)?

Ein weiteres Beispiel zur Rechtsstaats-Debatte in der Schweiz

In der sog. «Steuerparadiesen»-Debatte hat der Bundesrat unter internationalem Druck entschieden, das global anerkannte Regime zur Amtshilfe im schweizerischen Recht zu implementieren. Die Empfehlungen der OECD, d.h. konkret: Art. 26 des entsprechenden OECD-Musterabkommens, sollen in völkerrechtlichen Verträgen, nämlich in Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), übernommen werden. Der Autor plädiert dafür, solche DBA dem fakultativen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen, und zwar alle solchen völkerrechtlichen Verträge. Diese juristische Debatte zur Referendumpflicht von DBA muss in einem breiteren rechtspolitischen Kontext gesehen werden, erfolgten doch in den letzten 12 Monaten in der Schweiz immer wieder rechtsstaatlich umstrittene Entscheidungen.

Rechtsgebiet(e): Übriges Verfassungsrecht; Steuerrecht; Internationale Rechtshilfe

Zitiervorschlag: Peter V. Kunz, Mitbestimmung des Volkes bei künftigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)?, in: Jusletter 10. August 2009

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
 - A. Fragestellungen
 - B. Rechtsstaat in der Krise?
 - C. Vorgeschichte
- II. Exkurs – umstrittene Verfügungen von Behörden
 - A. EBK-Verfügung re SNB StabFund: Gründung
 - B. FINMA-Verfügung re UBS AG: Herausgabe von Bankkundendaten
 - a) Ereignisse
 - b) Kurzanalyse
- III. Doppelbesteuerungsabkommen und Staatsvertragsrecht
 - A. Ausgangslage
 - a) Art. 26 MA-OECD
 - b) Umsetzung ins Schweizer Recht
 - c) Grundlagen der Bundesverfassung
 - B. Zur Referendumspflicht bei DBA
 - a) Obligatorisches Referendum?
 - b) Fakultatives Referendum?
 - aa) Basis
 - bb) Anwendbarkeit auf DBA
 - C. Präjudizwirkung des «ersten DBA» auf die folgenden DBA?
- IV. Ergebnisse

I. Vorbemerkungen

A. Fragestellungen

[Rz 1] Die *Stichworte* sind nicht allein dem Fachpublikum, sondern in der Schweiz ebenfalls dem interessierten Laienpublikum hinlänglich bekannt und heutzutage weniger berühmt als vielmehr *berühmt*, nämlich beispielsweise: «globale Finanz- und Bankenkrise», «UBS AG», «Herausgabe von Bankkundendaten», «FINMA»¹, «Relativierung des Bankkundengeheimnisses»², «Steuerflüchtlinge», «G 20», «Steueroasen», «Steuerbetrug» versus «Steuerhinterziehung», «Indianer» gegen «Kavallerie», «OECD»³, «EU», «Doppelbesteuerungsabkommen», «automatischer Informationsaustausch» – und noch viele Stich- bzw. Schlagworte mehr.

[Rz 2] Die Emotionen in den öffentlichen sowie in den veröffentlichten Meinungen gehen nicht allein, aber gerade in der Schweiz hoch⁴, und eine Änderung erscheint zumindest

vorläufig nicht absehbar. Nebst (i) *juristischen* Gesichtspunkten dominieren insbesondere (ii) *politische* sowie (iii) *diplomatische* Aspekte einer erhofften Problemlösung.

[Rz 3] Die Thematik – besser: die Problematik – ist aktuell, wichtig und komplex. *Überfordert* sind fast alle Beteiligten und Interessierten: Politiker, Behörden, Finanzinstitute, Medien und nicht zuletzt die sog. Experten, zu denen der Unterzeichner ebenfalls gehört⁵. Da es keine «sauberen Lösungen» in diesem *globalen Tohuwabohu* gibt (und kaum geben kann), das bis anhin *ohne Präjudiz* besteht, wird regelmässig mit praxisnahen Vorschlägen operiert.

[Rz 4] M.E. erscheint indes zumindest *rechtsstaatlich heikel*, ausschliesslich *ergebnisorientiert* vorzugehen. Diese Überzeugung war eine Motivation für den vorliegenden Beitrag.

[Rz 5] Bekanntlich werden zurzeit⁶ seitens der Eidgenossenschaft mit anderen Staaten zahlreiche *Doppelbesteuerungsabkommen* (DBA) neu verhandelt⁷. In deren Rahmen soll ein international anerkannter Standard des *Austausches von steuerrelevanten Informationen* eingeführt werden⁸. Dem Bundesrat sowie den Eidgenössischen Räten stellen sich somit spätestens ab *Herbst/Winter 2009* die folgenden *zwei Rechtsfragen* (mit höchster politischer Brisanz):

- *Frage 1*: Unterstehen entsprechende DBA als Staatsverträge einem *Referendum*, d.h. müssen diese völkerrechtlichen Verträge einer *Abstimmung* vorgelegt werden – sei es (fakultativ) dem Volk oder sogar (obligatorisch) dem Volk und den Ständen?⁹
- *Frage 2* (bei Bejahung der ersten Fragestellung): Gilt diese Referendumspflicht für *sämtliche* DBA oder ist es legal, dem *ersten DBA* eine *präjudizierende* Wirkung zuzugestehen und somit bei den weiteren Staatsverträgen auf solche Abstimmungen zu verzichten?¹⁰

[Rz 6] Der Unterzeichner hat sich schon früh mit diesen Themenbereichen beschäftigt¹¹, was zu einer entsprechenden Medienpräsenz führte¹². Die Zeitschrift «Finanz und Wirtschaft» (Zürich) führte unter dem Titel «Doppelbesteuerungsabkommen»

¹ *FINMA*: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht; per 1. Januar 2009 organisiert als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit und mit Sitz in Bern; in der FINMA geht u.a. die frühere Eidgenössische Bankenkommission (EBK) auf; Grundlage der FINMA: Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

² Allg. dazu: PETER V. KUNZ, Mythos schweizerisches «Bankgeheimnis», in: Jusletter vom 17. November 2008, Rz. 1 ff. [«Mythos»] – eine detaillierte Fassung dieses Aufsatzes findet sich im Tagungsband der Veranstaltung in Istanbul, der im Verlaufe dieses Jahres publiziert wird.

³ *OECD*: Organisation for Economic Co-operation and Development; gegründet am 14. Dezember 1960 (als Nachfolgeorganisation der OEEC) mit heute 30 Mitgliedsländern und Sitz in Paris.

⁴ Nebst der Schweiz sind verschiedene andere *Kleinststaaten* – innerhalb und ausserhalb der Europäischen Union (EU) – betroffen, etwa Luxemburg, Belgien, Oesterreich sowie Liechtenstein.

⁵ Es handelt sich fast um eine Art «coming back to the roots», hat sich doch der Unterzeichner bereits in seiner *Lizenziatsarbeit* zu Beginn der 1990er-Jahre mit dem Doppelbesteuerungsrecht beschäftigt.

⁶ Der Beitrag wurde abgeschlossen am 21. Juli 2009.

⁷ Im heutigen Zeitpunkt stehen 73 DBA in Kraft; als Übersicht zu den aktuellen DBA insbesondere: Internationale Doppelbesteuerung, Dokumentation des EFD.

⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. III. A. a).

⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. III. B.

¹⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. III. C.

¹¹ PETER V. KUNZ, OECD-Musterabkommen und die Schweiz: Wie den Vorbehaltsverzicht umsetzen?, Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik, Hrsg. SECO, 06-2009 (2009) 6 Kasten 1 [«Vorbehaltsverzicht»].

¹² Tages-Anzeiger vom 12. Juni 2009, 21 («DBA: Rechtsprofessor legt sich mit dem Bundesrat an»).

erungsabkommen vors Volk?» eine Umfrage¹³ durch mit der Frage: «Soll das Volk in einer Abstimmung über Doppelbesteuerungsabkommen entscheiden?» – und zwar mit durchaus interessanten Ergebnissen¹⁴.

[Rz 7] In den Jahren 2007/2008 dominierte die heute andauernde globale Finanz- und Bankenkrise nicht allein die Schweiz, sondern die ganze Welt. Die sog. «*Steueroasen-Krise*» des Jahres 2009, die zu Beginn ein wenig beachtetes Nebengleis dieser Krise darstellte, findet m.E. ihren *Katalysator* in der Schweiz¹⁵.

[Rz 8] Der Unterzeichner ist *weder Politiker noch Diplomat* und *völlig unabhängig*, so dass keine spezifischen Rücksichten genommen werden müssen. Im Folgenden werden ausschliesslich *juristische* Aspekte abgehandelt, und zwar wie sie der Unterzeichner sieht¹⁶. Es bleibt zu hoffen, dass eine *seriöse Rechtsdebatte* zu den zahlreichen Fragestellungen gestartet wird. Immerhin fällt auf, dass bis anhin nur wenige Experten – aus welchen Gründen auch immer – öffentliche Stellungnahmen wag(t)en, was m.E. sehr bedauert werden muss.

B. Rechtsstaat in der Krise?

[Rz 9] Ein *Rechtsstaat* – wie die Schweiz¹⁷ – muss sich weniger in Schönwetterlagen als vielmehr in Krisenzeiten bestätigen und bewähren. Die globale Finanz- und Bankenkrise der letzten Jahre hat in hervorragendem Masse eine Grossbank der Schweiz, nämlich die *UBS AG*, getroffen und sogar in eine eigentliche Krise geführt¹⁸. Von verschiedener Seite werden in diesem Zusammenhang *behördliche Reaktionen* unter *rechtsstaatlichen* Aspekten *kritisiert*.

¹³ Finanz und Wirtschaft Nr. 51 vom 1. Juli 2009, S. 9.

¹⁴ 41%: Ja, und zwar über jedes DBA einzeln; 18%: Ja, als DBA-Gesamtpaket zur Amtshilfe; 41%: Nein, Ratifizierung ist Sache des Parlaments.

¹⁵ Die umstrittene FINMA-Verfügung vom 18. Februar 2009 – vgl. dazu hinten Ziff. II. B. a) – hat nämlich die ab Frühling 2009 folgenden internationalen Streitigkeiten um die «Steueroasen» ausgelöst oder *zumindest beschleunigt*; es gab nebst der FINMA wohl noch nie eine schweizerische Behörde, die innert sieben Wochen nach ihrem Bestehen eine *internationale Resonanz* verursachte.

¹⁶ Der Unterzeichner sieht sich selber als *unabhängiger Rechtsbeobachter*.

¹⁷ Ein ausdrückliches Bekenntnis zum Rechtsstaat liefert Art. 5 Abs. 1 BV, der für Bund und Kantone den Rechtsstaat im formellen Sinne verwirklicht: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht»; allg. zum Rechtsstaat: Ivo HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 5 ff., in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar (2. A. Zürich/St. Gallen 2008); PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2. A. Bern 2007) § 6 N 21 ff. [«Staatsrecht»]; GERHARD SCHMID/FELIX UHLMANN, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz (Zürich 2001) § 13; PIERRE MOOR, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz (Zürich 2001) § 16.

¹⁸ Allg.: www.ubs.com.

[Rz 10] Als *Beispiele* werden in jüngerer Vergangenheit (i) die *Gründung einer Zweckgesellschaft* der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zur Auslagerung von sog. «toxic assets» der UBS AG sowie (ii) die Verfügung der FINMA an die UBS AG zur *Herausgabe von Bankkundendaten* an US-amerikanische Behörden während laufenden (Gerichts-)Verfahren erwähnt¹⁹ – auf beide Themen soll kursorisch²⁰ hingewiesen werden.

[Rz 11] Auf das jüngste (zurzeit noch nicht entschiedene!) Beispiel, nämlich (iii) die Frage der allfälligen *Volksmitbestimmung bei DBA*, wird detaillierter²¹ eingegangen.

[Rz 12] Der Unterzeichner bereitet heute zwar (noch) *keine 1. August-Rede* zur möglichen und nahe liegenden Thematik: «Die Schweiz: ein Rechtsstaat in der Krise?» vor. Doch selbst ein problem- und lösungsorientierter Wirtschaftsrechtler kommt wohl nicht darum herum, rechtliche Grundsatzfragen – selbst *verfassungsrechtlicher* Natur²² – zu stellen und gegebenenfalls den *Finger auf wunde Punkte* zu legen. Dass ein Kritiker ebenfalls kritisiert wird, gehört zum diskursiven Dialog und geht selbstverständlich in Ordnung.

C. Vorgeschichte

[Rz 13] Die aktuelle DBA-Thematik (prägnanter: «Steueroasen-Krise») ist, wie erwähnt²³, eigentlich nur ein Nebengleis der globalen Finanz- und Bankenkrise. Nichtsdestotrotz dürfte sie wohl *ab Herbst 2009* die (rechts-)politische Debatte in der Schweiz dominieren. Auslöser bzw. Katalysator war m.E. eine *Verfügung der FINMA* vom 18. Februar 2009, mit der die UBS AG angewiesen wurde, Bankkundendaten an US-Behörden herauszugeben, obwohl die entsprechenden Verfahren²⁴ noch nicht rechtskräftig entschieden waren²⁵.

[Rz 14] In der Folge nahm der *internationale politische und diplomatische Druck*, das schweizerische Bankkundengeheimnis unter dem Aspekt der «Steuerflucht»²⁶ zu relativieren, erheblich zu²⁷. Diese Entwicklung, die für die «Steueroasen»

¹⁹ *Vorverurteilungen* von angeblichen «Steuerbetrügnern» durch *hohe Politiker* in den Medien wurden m.E. mit gutem Grund ebenfalls als *rechtsstaatlich fragwürdig* kritisiert; auf diese (politische) Thematik soll im Folgenden allerdings nicht weiter eingegangen werden.

²⁰ Es handelt sich um einen *Exkurs*: vgl. dazu hinten Ziff. II. A. sowie Ziff. II. B.

²¹ Vgl. dazu hinten Ziff. III.

²² Der Unterzeichner bewegt sich damit zwar *ausserhalb* der wirtschaftsrechtlichen Kernkompetenz, doch sind die Argumente selbstverständlich durch Spezialisten *überprüfbar*.

²³ Vgl. dazu vorne Ziff. I.A.

²⁴ Es waren im damaligen Zeitpunkt verschiedene Verfahren rechtshängig, und zwar sowohl bei der *Eidgenössischen Steuerverwaltung* (ESTV) als auch beim *Bundesverwaltungsgericht* (BVGer).

²⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. a).

²⁶ Allg.: PETER LOCHER, Das schweizerische Bankgeheimnis aus steuerrechtlicher Sicht, StR 2003, 346 ff.

²⁷ Der Druck kam insbesondere aus der OECD, aus der EU und von

einen *Dambruch* darstellte, war nicht wirklich überraschend²⁸. Der Bundesrat war anfangs durchaus bereit, politischen Widerstand zu leisten, doch fand bald schon ein *schweizerischer Paradigmenwechsel* statt:

[Rz 15] Bis anhin war in der Schweiz einzig der (i) sog. *Steuerbetrug*, nicht aber die (ii) sog. *Steuerhinterziehung* gegenüber *ausländischen Anfragen*²⁹ amtshilfefähig³⁰ sowie rechtshilfefähig³¹. Dass diese steuerrechtliche Unterscheidung zwischen Steuerbetrug einerseits und Steuerhinterziehung andererseits, die international weder verstanden wird noch jemals akzeptiert wurde und als «*Swiss finish*» qualifiziert werden muss, kaum länger aufrechtzuerhalten war, erstaunt unter rechtspolitischem Aspekt ebenfalls nicht³².

[Rz 16] Am 13. März 2009 entschied der Bundesrat³³, den Widerstand – angesichts von internationalen Sanktionsdrohungen bzw. wegen sog. «schwarzen» oder sog. «grauen» Listen³⁴ – aufzugeben und den *international anerkannten Standard* des Informationsaustausches bei Steuerflucht, nämlich Art. 26 des aktuellen OECD-Musterabkommens³⁵, zu akzeptieren.

[Rz 17] Dieser (rechts-)politische Entscheid ist nunmehr in zeitnaher Zukunft ins *schweizerische Recht umzusetzen*, und zwar durch die zuständigen Instanzen:

[Rz 18] Der Weg, den die Schweiz in diesem Zusammenhang gehen will, ist die *Implementierung von Art. 26 MA-OECD* in

verschiedenen gewichtigen Einzelstaaten (z.B. USA, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien).

²⁸ Mit dieser Prognose bereits der Unterzeichner: Bloomberg (online)/Bloomberg News, 19. Februar 2009, 12:57:37 («UBS AG May «Open Floodgates» of Challenges to Swiss Bank Secrecy»).

²⁹ Es ging und geht also niemals um den *schweizerischen Fiskus*, d.h. in der Schweiz bleibt die Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung weiterhin *bestehen*.

³⁰ Informationsaustausch mit ausländischen Behörden, insbesondere mit *ausländischen Steuerbehörden*, die ein Amtshilfegesuch bei der EStV stellen – Basis sind in erster Linie die abgeschlossenen *DBA*; zur Abgrenzung von Amtshilfe und Rechtshilfe: URS BEHNISCH, *Neuere Entwicklungen der internationalen Rechtshilfe im Steuerstrafrecht*, in: Festschrift für W. Ryser (Bern 2005) 289.

³¹ Informationsaustausch insbesondere mit *ausländischen Strafverfolgungsbehörden*, die ein Rechtshilfegesuch stellen – Basis ist in erster Linie das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20 März 1981 (IRSG: SR 351.1); m.E. dürfte es unausweichlich sein, sozusagen *DBA-analog das IRSG anzupassen*: KUNZ, *Vorbehaltsverzicht*, 7; zur Rechtslage: BEHNISCH, *Entwicklungen*, 293 ff. m.w.H.; GÜNTER HEINE, *Die Schweiz, das Bankgeheimnis und die Rechtshilfe, insbesondere bei Fiskaldelikten*, in: *Gedächtnisschrift für T. Vogler* (Heidelberg 2004) 67 ff.; KUNZ, *Mythos*, Rz. 41 ff., v.a. Rz. 47 f.

³² KUNZ, *Mythos*, Rz. 55 ff.

³³ *Jurius*, *Übernahme des OECD-Standards bei der Amtshilfe in Steuersachen*, in: Jusletter 16. März 2009.

³⁴ Es ist mit gutem Grund umstritten, ob bzw. welche *Sanktionen* damit hätten verbunden sein können.

³⁵ OECD-MA 2008: www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf; vgl. dazu hinten Ziff. III. A. a).

*DBA der Schweiz*³⁶, wobei die schweizerische Verhandlungsposition ungünstig erscheint³⁷. Ausserdem wird die Art und Weise der legalen Umsetzung m.E. die bereits aufgeworfene Frage³⁸ nach der *Rechtsstaatlichkeit der Krisenbewältigung* durch verschiedene schweizerische Behörden in Zukunft (mit-)beantworten.

[Rz 19] Bevor die rechtlichen Aspekte dazu untersucht werden³⁹, soll vorerst auf die beiden weiteren Beispiele für die *umstrittene Rechtsstaatlichkeit* eingegangen werden⁴⁰.

II. Exkurs – umstrittene Verfügungen von Behörden

A. EBK-Verfügung re SNB StabFund: Gründung

[Rz 20] Die Eidgenossenschaft kam im Rahmen der globalen Finanz- und Bankenkrise anscheinend nicht darum herum, *stabilisierend zu intervenieren* mit einem eigentlichen Massnahmenpaket zugunsten der schweizerischen Grossbanken⁴¹. Im *Vordergrund* stand die *UBS AG*:

[Rz 21] Das Konzept zur UBS AG-Stabilisierung sah u.a. die Auslagerung von abschreibungsgefährdeten Vermögenswerten auf eine sog. *Zweckgesellschaft* vor. Diese Gesellschaft sollte die damals nicht oder kaum veräusserbaren Aktiven für max. 60 Milliarden Dollar erwerben. Der Kauf wurde finanziert durch einen UBS AG-Eigenkapitalbeitrag von max. 6 Milliarden Dollar und durch ein Darlehen der SNB in Höhe von max. 54 Milliarden Dollar. Die ausgelagerten Aktiven der UBS AG werden im Anschluss während acht bis zwölf Jahren liquidiert.

[Rz 22] Entgegen den ursprünglichen Plänen wurde diese Gesellschaft – aus welchen Gründen auch immer – nicht im Ausland domiziliert⁴². Vielmehr erfolgte die Gesellschaftsgründung mit Sitz in Bern als sog. *Kommanditgesellschaft*

³⁶ Dieser Beitrag behandelt ausschliesslich die *DBA-Situation*, wobei *Alternativen zu DBA* möglich wären: (i) Zusatzprotokoll zu *DBA*, (ii) *Tax Information Exchange Agreements (TIEA)*, (iii) *Regelung(en) in Abkommen der Schweiz mit der EU* (z.B. *Zinsbesteuerungs- oder Betrugsbekämpfungsabkommen*; hierzu: KUNZ, *Vorbehaltsverzicht*, 7).

³⁷ CHARLES B. BLANKART/ERIK R. FASTEN, *Steuerzahler im Netz des globalisierten Fiskus*, NZZ vom 17. Juni 2009, S. 27 [«Fiskus»]; kritisch: RENÉ LÜCHINGER, *Auf Anfrage, automatisch, spontan*, Weltwoche Nr. 25 vom 18. Juni 2009, S. 23.

³⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. I. B.

³⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. III.

⁴⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. II. A. sowie Ziff. II. B.

⁴¹ Details: PETER V. KUNZ, *Eine etwas überraschende Wiederbelebung der Personengesellschaften durch die Schweizerische Nationalbank*, Jusletter vom 15. Dezember 2008, Rz. 1 ff. m.w.H. [«Wiederbelebung»].

⁴² Dafür hätte es allerdings gute Gründe gegeben: *Berner Zeitung BZ* vom 22. Oktober 2008, S. 3 («Cayman-Inseln: Die Steuer-Oase mit zwiespältigem Ruf»).

für kollektive Kapitalanlagen (KkK)⁴³. Der Unterzeichner hat die Wahl dieser Gesellschaftsform unter juristischen (sic!) Aspekten kritisiert⁴⁴. Grundlage der Gesellschaftsgründung ist eine *unveröffentlichte EBK-Verfügung*.

[Rz 23] Im Parlament wurde die Angelegenheit rechtspolitisch sogar in der Fragestunde des Nationalrats thematisiert unter dem Titel: «Ist die Auffanggesellschaft der SNB illegal». Die Behörden sehen angeblich *keine Rechtsprobleme* in diesem Zusammenhang⁴⁵.

[Rz 24] Die Wahl einer KkK für die SNB StabFund birgt *zahlreiche rechtliche Risiken* – die Kritik soll nicht im Einzelnen wiederholt werden⁴⁶. Die KkK als Gesellschaftsform für die SNB StabFund erscheint nicht allein *unzweckmässig* (z.B. fehlende Rechtssicherheit oder mögliche Kompetenzvermischung zwischen FINMA und SNB), sondern steht m.E. in *Widerspruch zum geltenden Kollektivanlagenrecht*, und zwar in verschiedener Hinsicht (z.B. Zweckwidrigkeit sowie Unzulässigkeit einer Einpersonengesellschaft).

[Rz 25] *Ob bzw. wie* die erwähnte EBK-Verfügung diese *legalen Widersprüche gelöst* hat, ist unbekannt; die unveröffentlichte Verfügung der Bankenaufsichtsbehörde lag und liegt dem Unterzeichner nicht vor.

[Rz 26] M.E. als *rechtsstaatlich bedenklich* erscheint in jedem Fall, dass durch diesen «Sonderfall» das neue Rechtsinstitut der KkK *einseitig präjudiziert* wird⁴⁷. Nicht weniger rechtsstaatlich bedenklich wäre es zudem, wenn die FINMA als Nachfolgerin der EBK diese *Präjudizierung* durch die SNB StabFund-Verfügung der EBK für andere Gesuchsteller als

die UBS AG bzw. die SNB in Zukunft *ablehnen* würde (was m.E. nicht unwahrscheinlich sein dürfte).

B. FINMA-Verfügung re UBS AG: Herausgabe von Bankkundendaten

a) Ereignisse

[Rz 27] Am 18. Februar 2009 erliess die FINMA eine Verfügung, mit der die UBS AG zur *Herausgabe von Bankkundendaten* an die Aufsichtsbehörde verpflichtet wurde. Die FINMA erhielt den Datenträger mit den Daten am gleichen Tag und gab diesen ebenfalls gleichentags an die US-amerikanischen Behörden weiter⁴⁸. Das *BVGer untersagt* der FINMA und der UBS am 20. Februar 2009 (also: zwei Tage später) *superprovisorisch* die Herausgabe der Daten⁴⁹, doch war dies – natürlich – *zu spät*, weil sich der Datenträger längst in der USA befand⁵⁰.

[Rz 28] Diese *FINMA-Verfügung vom 18. Februar 2009*, die wenig überraschend *nicht öffentlich* ist⁵¹ und dem Unterzeichner nicht vorliegt⁵², darf als kontrovers bezeichnet werden und bedarf einer bankenrechtlichen Analyse⁵³. Der *Sachverhalt* ergibt sich aus einer Zwischenentscheidung des BVGer vom 30. April 2009⁵⁴ gegen die UBS AG als Beschwerdegegnerin und die FINMA als Vorinstanz – *zusammenfassend* steht somit fest, was folgt⁵⁵:

[Rz 29] Im Herbst 2007 eröffnete das US Department of Justice (DoJ) ein Verfahren gegen die UBS AG im Zusammenhang mit Kundenkontakten in den USA hinsichtlich allfälliger

⁴³ Firma: *SNB StabFund Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen*; im Detail zu dieser für die Schweiz neuen Gesellschaftsform: PETER V. KUNZ, Die neue Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KkK), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV*, Hrsg. Peter V. Kunz et al. (Bern 2009) 45 ff.

⁴⁴ PETER V. KUNZ, Vorzüge der Schweiz gegenüber den Cayman Islands? Offene Rechtsfragen zur Zweckgesellschaft der Schweizerischen Nationalbank für UBS AG-Aktiven – Zahlreiche Stolpersteine zu gewärtigen, *Finanz und Wirtschaft* Nr. 97 vom 6. Dezember 2008, S. 20; *detailliert*: KUNZ, Wiederbelebung, Rz. 49 ff. m.w.H.; es überrascht den Unterzeichner, dass diese Kritik bis anhin (noch) *nie gekontert* wurde.

⁴⁵ Der Bundesrat antwortete am 9. März 2009 wie folgt: «Die von der Nationalbank (...) entwickelte Lösung auf der Grundlage der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen ist von einem *einzelnen Rechtswissenschaftler* kritisiert worden. Die *Nationalbank* hat sich mit dieser Kritik auseinandergesetzt und ist zum Schluss gekommen, dass kein einziger der kritisierten Punkte stichhaltig ist. Der *Bundesrat* teilt diese Auffassung»; Hervorhebungen hinzugefügt – diese «Antwort» dürfte wohl für sich sprechen!

⁴⁶ Details: KUNZ, Wiederbelebung, Rz. 49 ff.

⁴⁷ KUNZ, Wiederbelebung, Rz. 72: «Sollten bei der SNB-Zweckgesellschaft irgendwelche *Ausnahmen* von der gesetzlichen KkK-Konfektion gemacht worden sein (z.B. betreffend dem Liquidationszweck), könnten diese für die Zukunft *heikle Präjudizien* darstellen. Das kleine «Pflänzchen» der KkK droht durch die vorliegende Gesellschaft überrollt zu werden»; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴⁸ Medienmitteilung des BVGer vom 26. Februar 2009 («Beschwerdeverfahren in Sachen UBS und FINMA. Weitere Schritte»).

⁴⁹ Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009: Ziff. 1/S. 4: «Der [FINMA] und der [UBS AG] (der [UBS AG] unter Androhung von Strafe nach Art. 292 StGB im Unterlassungsfall) wird *verboten*, die Beschwerdeführenden betreffende Bankunterlagen oder Dokumente an Dritte, insbesondere an *amerikanische Behörden*, herauszugeben»; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁵⁰ Die betroffenen UBS-Bankkunden *konnten sich überhaupt nicht* mittels Beschwerde *wehren*, weil die Unterlagen *bereits herausgegeben* und in die USA geliefert waren, bevor (sic!) die FINMA-Verfügung eröffnet war; auch das anschließende Herausgabeverbot durch das BVGer *konnte nicht früher* ergehen.

⁵¹ Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ: SR 152.3) ist nämlich auf die *FINMA nicht anwendbar*: Art. 2 Abs. 2 BGÖ.

⁵² Die FINMA reichte sogar dem BVGer ursprünglich nur eine *geschwärzte* Version der Verfügung ein; als sie dem Gericht aber schliesslich eine *ungeschwärzte* Version herausgab bzw. herausgeben musste, machte die FINMA darauf aufmerksam, «dass der Inhalt der Verfügung im Rahmen der fortdauernden Auseinandersetzung mit den USA die öffentlichen Interessen der Schweiz tangiere, weshalb die integrale Verfügung vertraulich zu behandeln sei» (Zwischenentscheid des BVGer: S. 7/H.a.E.).

⁵³ Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. b).

⁵⁴ Zwischenentscheid vom 30. April 2009 vom [«Zwischenentscheid des BVGer»].

⁵⁵ Zwischenentscheid des BVGer: S. 2 f./A. und B.

Steuerflucht. Der Internal Revenue Service (IRS) stellte bei der EStV am 16. Juli 2008 ein sog. *Amtshilfesuch* gestützt auf das DBA Schweiz/USA⁵⁶. Mitte Oktober 2008 erliess die EStV erste Verfügungen, mit denen *Amtshilfe gewährt* wurde.

[Rz 30] Einige Betroffene führten anschliessend *Beschwerden* gegen die Verfügungen der EStV an das BVGer, die im Februar 2009 noch *rechtshängig* waren.

[Rz 31] In der Zwischenzeit hatte die UBS AG mit dem DoJ eine Art *temporären Vergleich* geschlossen⁵⁷. Nebst der Zahlung von USD 780 Mio. verpflichtete sich die UBS AG u.a. zur Auslieferung von bestimmten Bankkundendaten. Am 17. Februar 2009 stellte das DoJ in Aussicht, die *UBS anzuklagen*, sofern die gewünschten Bankkundendaten (rund 300 Kundendossiers) nicht sofort geliefert würden⁵⁸. Die Verfügung der FINMA erging am folgenden Tag.

[Rz 32] Die FINMA stützte sich bei der Verfügung auf Art. 25 f. BankG⁵⁹ und begründete ihre Anordnung nebst drohender Illiquidität bzw. Insolvenz der UBS AG im Fall der Einleitung eines Strafverfahrens durch das DoJ weiter wie folgt: «Im öffentlichen Interesse der Schweiz, welches im konkreten Fall allfälligen privaten Interessen an der Geheimhaltung der Daten [vorgeht], sowie unter Berücksichtigung des *Verhältnismässigkeitsprinzips* [hat] sich die [FINMA] deshalb entschieden, der [UBS AG] die Anordnung zu geben, die verlangten Kundendaten *zwecks Weitergabe an die US-Behörden* an sie zu übermitteln»⁶⁰.

[Rz 33] Das BVGer hielt in einem Zwischenentscheid *vorläufig* fest: «[Es handelt] sich bei den von der [FINMA] mit der angefochtenen Verfügung getroffenen Massnahmen um solche, bei denen *nicht ohne weiteres klar* ist, dass sie sich auf Art. 25 f. BankG stützen lassen»⁶¹.

[Rz 34] Der folgenden *bankrechtlichen* Analyse des Unterzeichners⁶² kommt nicht theoretische, sondern praktische Bedeutung zu. Das BVGer hat nämlich entschieden, die in Frage stehende FINMA-Verfügung vom 18. Februar 2009 auf deren *Rechtmässigkeit* hin zu überprüfen, obwohl in Bezug auf die konkreten herausgegebenen Bankkundendaten kein Rechtsschutzinteresse mehr besteht⁶³ und in der Folge zwei

vereinigte Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit *abgeschrieben* wurden⁶⁴; m.E. ist dieses Vorgehen des BVGer zu *begrüssen*:

[Rz 35] «Für das erkennende Gericht ist ein *massgebliches öffentliches Interesse* an der Beantwortung der vorliegend aufgeworfenen Rechtsfragen offensichtlich, was denn auch von keiner der Verfahrensparteien bestritten wird. (...). Aufgrund der massgeblichen Bedeutung, welche der Gesetzgeber der Verwendung von Daten beimisst, sowie des Umgangs mit Bankkundendaten insbesondere, erscheint es dem Bundesverwaltungsgericht von *grundsätzlicher Bedeutung*, rechtliche Klarheit in Bezug auf derartige Fragestellungen zu schaffen»⁶⁵.

b) Kurzanalyse

[Rz 36] Das schweizerische Bankengesetz⁶⁶ sieht *Eingriffskompetenzen* der Aufsichtsbehörde – also der FINMA – vor. Die FINMA stützte ihre Verfügung vom 18. Februar 2008 (angeblich) auf die Normen von Art. 25 f. BankG ab⁶⁷; es handelt sich konkret um sog. «Massnahmen bei Insolvenzgefahr»⁶⁸. Die FINMA kann insbesondere *Schutzmassnahmen verfügen*, d.h. namentlich den *Bankorganen* auch *Weisungen* erteilen⁶⁹ (i.c. die Herausgabe von Bankkundendaten). Doch steht der FINMA diese weitgehende Befugnis *nicht voraussetzungslos* zu.

[Rz 37] Art. 25 Abs. 1 BankG nennt als *Voraussetzungen* nämlich in erster Linie die «begründete Besorgnis, dass eine Bank [i] überschuldet ist oder [ii] ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder (...) die [iii] Eigenmittelvorschriften» nicht (mehr) erfüllt; die dritte alternative Voraussetzung dürfte für die FINMA kein Thema gewesen sein. Zu den anderen beiden Aspekten muss insbesondere der *Wille des Gesetzgebers* beachtet werden⁷⁰:

ch/20090501mmzwischenent.pdf; konkret ist das BVGer auf das Eventualbegehren eingetreten, «wonach die *Rechtswidrigkeit* der angefochtenen Verfügung *festzustellen* sei» (Hervorhebungen hinzugefügt): Zwischenentscheid des BVGer: S. 31/Ziff. 3.

⁵⁶ Generelles betreffend die Rechtsgrundlagen: URS BEHNISCH, *Amtshilfe in Steuersachen an die USA: Zur Bedeutung der QI-Normen*, in: Jusletter vom 26. Januar 2009, Rz. 1 ff.; das QI-System ist vom DBA Schweiz/USA nicht erfasst: a.a.O. Rz. 24.

⁵⁷ Sog. *Deferred Prosecution Agreement*: NZZ vom 24. Februar 2009, S. 19 («Juristisches Damoklesschwert über der UBS – Heikle Aspekte rund um Aufschiebung der Strafverfolgung in den USA»).

⁵⁸ In Aussicht gestellt wurde ein *strafrechtliches* Verfahren.

⁵⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. b).

⁶⁰ Zwischenentscheid des BVGer: S. 3/B.a.E.

⁶¹ Zwischenentscheid des BVGer: S. 24 f./Ziff. 4.2; Hervorhebung hinzugefügt.

⁶² Vgl. dazu hinten Ziff. II. B. b).

⁶³ Medienmitteilung des BVGer vom 1. Mai 2009: www.bvger.

⁶⁴ Allg.: PETER NOBEL, *UBS-Urteil: «Wirtschaftlich Berechtigter» ist nicht gleich wirtschaftlich Berechtigter*, in: Jusletter vom 23. März 2009, Rz. 1 ff.

⁶⁵ Zwischenentscheid des BVGer: S. 24 f./Ziff. 4.2.

⁶⁶ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG): SR 952.0.

⁶⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II. B. a).

⁶⁸ Dies ergibt sich aus dem sog. *systematischen* Auslegungselement, nämlich der Marginalie vor Art. 25 BankG («Elfter Abschnitt: Massnahmen bei Insolvenzgefahr»).

⁶⁹ Art. 26 Abs. 1 lit. a BankG.

⁷⁰ Es handelt sich um das sog. *historische* Auslegungselement; diesem Element kommt gerade bei jungen Erlassen – wie dem revidierten BankG – eine erhöhte Bedeutung zu: BGE 115 V 347 Erw. 1 c, wonach der Wille des Gesetzgebers insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen nicht übergangen werden darf; zudem BGE 118 II 50 Erw. 3 a, 127 III 342 Erw. 2 a.

[Rz 38] Im Jahre 2002⁷¹ sollte das Bankenrecht im Hinblick auf *Bankensanierungen bzw. Bankenliquidierungen* revidiert werden. Ein Fall wie der vorliegende «Sonderfall» war indes überhaupt kein Thema; vielmehr stand eine Situation wie der notorische «*Spar- und Leihkasse Thun*»-Fall (SLT) im Vordergrund⁷², d.h. es sollte der Aufsichtsbehörde die Kompetenz gewährt werden, einen sog. «*bank run*» zu verhindern⁷³ – ein solcher stand i.c. nie zur Debatte.

[Rz 39] Aufgrund der vorliegenden Informationen⁷⁴ dürften selbst nach der Drohung des DoJ vom 17. Februar 2009 der UBS AG weder einer *Überschuldung* noch *ernsthafte Liquiditätsprobleme* im Sinne von Art. 25 Abs. 1 BankG gedroht haben, so dass die Anrufung dieser Normen m.E. von der FINMA – aus welchen Gründen auch immer – als «*vorgeschoben*» erscheint: Einerseits muss bezweifelt werden, dass das DoJ tatsächlich die Existenz der UBS AG in den USA mittels Strafverfahren gefährdet hätte⁷⁵; andererseits wäre – selbst in einem «worst case»-Szenario – der UBS AG «nur» das US-Geschäft abgebrochen, was wohl kaum die reale Gesamtexistenz der global tätigen Grossbank in Frage gestellt hätte.

[Rz 40] Zwar bedarf es keines förmlichen Nachweises, doch müssen zumindest «besondere Umstände auf eine *bestehende oder in naher Zukunft* eintretende Überschuldung der in Frage stehenden Bank schliessen lassen»⁷⁶; rechtsrelevante Liquiditätsprobleme liegen beispielsweise vor, «wenn eine Bank nicht in der Lage ist, sich zu Marktbedingungen flüssige Mittel zu verschaffen, und davon ausgegangen werden muss, dass die *vorhandene Liquidität* die fälligen oder die nächstens fällig werdenden Verpflichtungen *nicht mehr deckt*»⁷⁷. M.W. waren und sind im konkreten Fall diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

[Rz 41] M.E. sind – mindestens basierend auf den öffentlich zugänglichen Informationen – die Intervention der FINMA in hängige Rechtsverfahren vor der EStV und vor dem BVGer und das konkrete Vorgehen⁷⁸ *rechtsstaatlich bedenklich*; dass die seitens der FINMA offensichtlich angerufene

Rechtsgrundlage wohl nicht «ausreicht», akzentuiert die Problematik.

[Rz 42] Das BVGer wird sich vertieft mit den bankenrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen und dabei ausschliesslich *rechtlichen* statt politischen oder gar diplomatischen Überlegungen folgen müssen. *Sollte* das BVGer die Rechtswidrigkeit der Verfügung der FINMA erkennen, *könnte* dies für die UBS AG bzw. für die FINMA und die verantwortlichen Personen zivilrechtliche, strafrechtliche sowie verwaltungsrechtliche Konsequenzen haben – im heutigen Zeitpunkt soll indes darauf (noch) nicht eingegangen werden. Nichtsdestotrotz ist davon auszugehen, dass das *BVGer unbeeinflusst entscheiden* wird.

III. Doppelbesteuerungsabkommen und Staatsvertragsrecht

A. Ausgangslage

a) Art. 26 MA-OECD

[Rz 43] Das *Musterabkommen der OECD* zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (MA-OECD)⁷⁹ wurde immer wieder überarbeitet⁸⁰, letztmals im Jahre 2008. Das MA-OECD stellt keinen völkerrechtlichen Vertrag dar, sondern enthält *rechtsunverbindliche Empfehlungen* der OECD an ihre Mitgliedstaaten für deren Ausgestaltung von DBA⁸¹. Die DBA können ohne weiteres *weiter oder weniger weit* als das MA-OECD gehen.

[Rz 44] Die bekannteste Regelung findet sich in *Art. 26 MA-OECD* (in «Abschnitt VI. Besondere Bestimmungen») zum Informationsaustausch zwischen DBA-Steuerbehörden. Es wird seit dem Jahre 2005 eine *umfassende Amtshilfe* zwischen den (Steuer-)Behörden der Signatarstaaten vorgesehen, und zwar inklusive *Bankinformationen*. Im 5. Absatz wird festgehalten:

[Rz 45] «Absatz 3 [von Art. 26 MA-OECD] ist nicht so auszulegen, als erlaube er einem Vertragsstaate, die Erteilung von Informationen abzulehnen, nur weil sie sich im Besitze einer Bank (...) befinden (...)». Dieser Ansatz steht m.E. in *diametralem Verhältnis* zum bisherigen schweizerischen Recht betreffend der Steuerhinterziehung, die nicht amtshilfefähig ist bzw. war⁸².

[Rz 46] Wenig überraschend *erneuerte* die Schweiz ihren

⁷¹ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002: BBl 2002 8060 ff. [«Botschaft BankG»].

⁷² Botschaft BankG: BBl 2002 8061 sowie 8062.

⁷³ Botschaft BankG: BBl 2002 8080.

⁷⁴ Es bleibt indes zu beachten, dass der Autor dieses Beitrags über *keine Hintergrundinformationen* verfügt, die den Sachverhalt allenfalls in einem anderen Licht darstellen könnten.

⁷⁵ Immerhin stehen z.B. knapp *30'000 Arbeitsstellen* zur Debatte; ausserdem hat die UBS AG in den USA sicherlich eine grössere *Systemrelevanz* als etwa Lehman Brothers.

⁷⁶ Botschaft BankG: BBl 2002 8079; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁷⁷ Botschaft BankG: BBl 2002 8079; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁷⁸ (i) FINMA-Verfügung und (ii) Herausgabe der Unterlagen durch die UBS AG an die FINMA sowie (iii) Lieferung in die USA – *alles am 18. Februar 2009*, und zwar *bevor* sich die betroffenen Kunden überhaupt wehren konnten; durch dieses Vorgehen wurde das superprovisorische Herausgabeverbot durch das BVGer vom 20. Februar 2009 m.E. *faktisch unterlaufen*.

⁷⁹ Es geht um die Vermeidung der Doppelbesteuerung bei Einkommenssteuern und bei Vermögenssteuern von in einem Vertragsstaat ansässigen Personen.

⁸⁰ Detailliert dazu: ANDREAS KOLB, Neufassung des Artikels 26 des OECD-Musterabkommens, ASA 73 (2004) 193 ff. [«Neufassung»].

⁸¹ Allg.: KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 m.w.H.

⁸² KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6.

langjährigen *formellen Vorbehalt* zu Art. 26 MA-OECD im Jahre 2005⁸³: «Switzerland reserves its position on paragraphs 1 and 5 [von Art. 26 MA-OECD]. It will propose to limit the scope of this Article to information necessary for carrying out the provisions of the Convention [sc. MA-OECD]»⁸⁴. *Kein Vorbehalt* wurde hingegen betreffend *Steuerbetrug* gemacht, d.h. der Betrug bei – anders als die Hinterziehung von – Steuern war in der Schweiz immer schon amtshilfefähig.

[Rz 47] Der Bundesrat schlägt nunmehr indes vor, wie erwähnt, auf diesen *Vorbehalt zu verzichten* und damit die *Amtshilfe zu erweitern* (insbesondere inklusive Steuerhinterziehung)⁸⁵. Inhaltlich soll darauf bestanden werden⁸⁶, dass nur im Einzelfall auf konkrete und begründete Anfrage von ausländischen Steuerbehörden ein Informationsaustausch stattfindet. Der Vorbehaltsverzicht gegenüber dem MA-OECD soll *rechtsverbindlich umgesetzt* werden⁸⁷. Dies könnte leichter gesagt als getan sein, wenn eine Referendumpflicht bestünde⁸⁸.

b) Umsetzung ins Schweizer Recht

[Rz 48] Der Bundesrat schlägt im heutigen Zeitpunkt vor, den materiellen Regelungsinhalt von Art. 26 MA-OECD im Rahmen von *bilateralen DBA* in die schweizerische Rechtsordnung umzusetzen und damit für die Eidgenossenschaft rechtsverbindlich⁸⁹ auszugestalten⁹⁰. Die Schweiz braucht anscheinend, so die aktuellen Informationen⁹¹, insgesamt *zwölf DBA* gemäss diesen OECD-Empfehlungen, um von der sog. «grauen Liste» gestrichen zu werden⁹².

[Rz 49] Ein DBA ist ein völkerrechtlicher Vertrag⁹³. Der *Ab-*

schluss eines jeden Staatsvertrages erfolgt u.a. im Rahmen der Bundesverfassung⁹⁴ wie folgt⁹⁵: (i) Verhandlungen⁹⁶ und Annahme des Vertragstextes⁹⁷; (ii) Unterzeichnung des Vertrags⁹⁸; (iii) Genehmigung durch die Eidgenössischen Räte⁹⁹; (iv) allenfalls Publikation der Referendumsvorlage sowie Referendum; (v) Ratifikation¹⁰⁰; (vi) Inkrafttreten; (vii) Publikation.

c) Grundlagen der Bundesverfassung

[Rz 50] Initiativen sowie Referenden werden im Wesentlichen in Art. 138 ff. BV geregelt. Zu beachten ist das Prinzip: «Der Bundesrat besorgt die auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung»¹⁰¹ – bei DBA interessiert das Zusammenwirken zwischen Bundesrat sowie Parlament sowie «Volk».

[Rz 51] Ein «*Auslandsbezug*» kann das *gesamte Panoptikum* mit sich bringen, nämlich (i) ein obligatorisches Referendum mit Abstimmung von Volk und Ständen¹⁰², (ii) ein fakultatives Referendum mit möglicher Volksabstimmung¹⁰³ oder (iii) überhaupt kein Referendum.

[Rz 52] Die offene Formulierung bzw. die Orientierung an der Wichtigkeit der rechtssetzenden Bestimmungen¹⁰⁴ hat zur Folge, dass die Zuständigkeit für die Entscheidung *fak-*

⁸³ Der Vorbehalt bestand schon früher: KOLB, Neufassung, 201 f.; zudem: BEHNISCH, Entwicklungen, 288.

⁸⁴ Die Schweiz wollte also insbesondere *nicht Amtshilfe* gewähren für die *Zwecke des innerstaatlichen Rechts* des ersuchenden Staates: KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6.

⁸⁵ Dadurch wird einer *internationalen Tendenz* gefolgt, die für Experten bereits *seit Jahren absehbar* war – Übersicht zu den Entwicklungen: PETER LOCHER, Die schweizerische Haltung zur internationalen Amtshilfe bei den direkten Steuern in einem veränderten Umfeld, in: Festschrift für W. Rysler (Bern 2005) 269 ff. m.w.H.; dies gilt ebenfalls für das Verhältnis zur EU etc.: THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Der Steuerstreit Schweiz-EG: Rechtslage und Perspektiven, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007 (Zürich/Bern 2007) 221 ff.

⁸⁶ KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 7 FN 16.

⁸⁷ Vgl. dazu hinten III. A. b).

⁸⁸ Vgl. dazu hinten III. B./C.

⁸⁹ Die DBA gehören zum *Bundesrecht* und gehen damit beispielsweise kantonalen Steuerrechten vor: ERNST HÖHN/ROBERT WALDBURGER, Steuerrecht – Bd. I (9. A. Bern 2001) § 32 N 8.

⁹⁰ BLANKART/FASTEN, FISKUS, 27; KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 f.

⁹¹ Interview von Bundesrat HANS-RUDOLF MERZ: NZZ vom 29. Juni 2009, S. 7 («Ohne deutsche Zugeständnisse gibt es kein Steuerabkommen»); allg.: PETER MORF, Finanz und Wirtschaft Nr. 52 vom 4. Juli 2009, S. 17.

⁹² Am 2. Juli 2009 erfolgt die Paraphierung des DBA mit Polen als *neuntem* DBA gemäss Art. 26 MA-OECD; ein Überblick zu den aktuellen Verhandlungen und deren Ergebnissen findet sich beispielsweise bei der EStV.

⁹³ Statt aller: PETER LOCHER, Einführung in das internationale Steuerrecht der

Schweiz (3. A. Bern 2005) 57.

⁹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV): SR 101.

⁹⁵ Hierzu: Paraphierung und weitere Etappen bis zum Inkrafttreten, ESTV; detailliert: TSCHANNEN, Staatsrecht, § 47 N 7 ff.

⁹⁶ Die Kompetenz liegt beim Bund (Art. 54 BV) – vorbehaltlich Art. 56 BV.

⁹⁷ Die *Verhandlungsführer* nehmen die sog. *Paraphierung* vor, d.h. sie legen den Vertragstext durch Anbringen der Initialen *vorläufig* fest – der paraphierte Text bleibt *vertraulich*; der Inhalt wird indes durch einen Kurzbericht den Kantonen und den betroffenen Wirtschaftsverbänden zur *Stellungnahme* bekannt gemacht.

⁹⁸ Die *Ermächtigung* zur Unterzeichnung erteilt der *Bundesrat* – erst jetzt wird der Vertrag *veröffentlicht*; mit der Unterzeichnung erklärt der Bundesrat, durch den Vertrag völkerrechtlich gebunden zu sein, doch erfolgt dies unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Bundesversammlung sowie der Ratifikation (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (7. A. Zürich/Basel/Genf 2008) N 1899 [«Bundesstaatsrecht»]).

⁹⁹ Die Genehmigung stellt einen landesrechtlichen Akt dar (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 47 N 12); zum Verhältnis von Bundesrat und Eidgenössischem Parlament betreffend Aussenpolitik bzw. Staatsverträgen: Art. 166 Abs. 2 BV und Art. 24 Abs. 2 ParlG sowie Art. 184 Abs. 2 BV.

¹⁰⁰ Die Ratifikation stellt einen *völkerrechtlichen* Akt dar, durch den ein Staat in verbindlicher Weise erklärt, durch einen Staatsvertrag gebunden zu sein.; zuständig ist der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 2 BV (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 1912; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 47 N 25 f.).

¹⁰¹ Art. 184 Abs. 1 BV.

¹⁰² Vgl. dazu hinten Ziff. III. B. a).

¹⁰³ Vgl. dazu hinten Ziff. III. B. b).

¹⁰⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. III. B. a)/b).

tisch an das Parlament delegiert wird¹⁰⁵. Ist ein Gegenstand referendumspflichtig, gibt das Stimmrecht¹⁰⁶ einen Anspruch auf förmliche Unterstellung unter das Referendum. Dabei hat das Parlament für eine sog. Referendums Klausel zu sorgen, wobei das Stimmrecht verletzt wird, wenn ein referendumspflichtiger Erlass ohne Referendums Klausel veröffentlicht¹⁰⁷ oder statt des obligatorischen nur das fakultative Referendum angeordnet¹⁰⁸ wird¹⁰⁹.

[Rz 53] Bei dieser Ausgangslage ist naheliegend, dass weniger juristische, als vielmehr politische und allenfalls sogar diplomatische Aspekte in den Vordergrund der parlamentarischen Beschlussfassung(en) geraten. Die Eidgenössischen Räte stellen zwar kein Gericht dar, nichtsdestotrotz sollten sie sich m.E. von rechtsstaatlichen und legalen Argumenten¹¹⁰ leiten lassen.

B. Zur Referendums Pflicht bei DBA

a) Obligatorisches Referendum?

[Rz 54] Volk und Ständen werden im Sinne eines obligatorischen Referendums u.a. unterbreitet: «der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften»¹¹¹ – zu erwähnen sind beispielsweise die UNO sowie die EU.

[Rz 55] Ein DBA ist hingegen ein «normaler» Staatsvertrag, mit dem weder die erste noch die zweite Variante des obligatorischen Staatsvertragsreferendums erfüllt werden. Dies gilt selbst für den Fall, dass Art. 26 MA-OECD implementiert wird, so dass m.E. die DBA generell dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nicht unterstehen¹¹².

b) Fakultatives Referendum?

aa) Basis

[Rz 56] Dem fakultativen Referendum¹¹³ unterliegen insbesondere «völkerrechtliche Verträge, die: [i] unbefristet und unkündbar sind; [ii] den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen; [iii] wichtige rechtssetzende Bestimmun-

gen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordern»¹¹⁴.

[Rz 57] Die letztere Variante trat erst in Kraft am 1. August 2003. Da bei DBA keine Umsetzung durch den Erlass von Bundesgesetzen notwendig ist, stellt sich die Frage, ob DBA – sei es generell oder zumindest hinsichtlich von Art. 26 MA-OECD – sog. «wichtige rechtssetzende Bestimmungen» enthalten oder eben nicht¹¹⁵.

bb) Anwendbarkeit auf DBA

[Rz 58] Der Bundesrat hat im Parlament im Jahre 2003 darauf hingewiesen, dass DBA regelmässig nicht dem fakultativen Referendum zu unterstellen seien. Der damalige Finanzminister, Bundesrat KASPAR VILLIGER, präziserte diese Aussage indes bei den entsprechenden Beratungen zum DBA der Schweiz mit Israel¹¹⁶, und zwar in generell-abstrakter Weise wie folgt:

[Rz 59] «Anders wäre das (...), wenn wir plötzlich eine neue Qualität in solche Doppelbesteuerungsabkommen einführen würden. Das ist nicht völlig ausgeschlossen. Sie wissen, dass wir ja in Bezug auf das Bankgeheimnis usw. auf verschiedenen Ebenen Diskussionen hatten. Wenn nun also plötzlich ein Doppelbesteuerungsabkommen käme, das der Schweiz erhebliche neue oder zusätzliche Verpflichtungen aufbürden würde, würde der Bundesrat ganz klar davon ausgehen, dass hier wichtige, Recht setzende Bestimmungen enthalten wären, und er würde Ihnen in diesem Fall beantragen, dieses Abkommen dem fakultativen Referendum zu unterstellen»¹¹⁷.

[Rz 60] Dies entspricht gerade dem aktuellen Fall! Mit dem geplanten Vorbehaltsverzicht wird das Bankkundengeheimnis staatsvertragsrechtlich «relativiert» bzw. modifiziert, und die künftigen Verpflichtungen zum Informationsaustausch werden erheblich vergrössert.

[Rz 61] M.E. führen somit nur, aber immerhin diejenigen DBA, die Art. 26 MA-OECD implementieren, in diesem Umfang «wichtige rechtssetzende Bestimmungen» gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV ein. Solche DBA unterstehen folglich

¹⁰⁵ THÜRER, St. Galler Kommentar zu Art. 141 BV, Rz. 31.

¹⁰⁶ Art. 136 Abs. 1 BV

¹⁰⁷ BGE 108 Ia 234.

¹⁰⁸ BGE 118 Ia 422.

¹⁰⁹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 51 N 33.

¹¹⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. III. B.

¹¹¹ Art. 140 Abs. 1 lit. b BV.

¹¹² KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 Kasten 1.

¹¹³ Eine fakultative Referendums Pflicht bedeutet, dass eine Volksabstimmung (ohne Ständemehr) stattfinden muss, wenn dies 50'000 Stimmberechtigte oder acht Kantone innert 100 Tagen seit amtlicher Veröffentlichung z.B. des Staatsvertrags verlangen: Art. 141 Abs. 1 BV.

¹¹⁴ Art. 141 Abs. 1 lit. d BV.

¹¹⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. III. B. b) bb); rechtliche Auslegeordnung in einem Bericht des Bundesamts für Justiz: VPB 69.75.

¹¹⁶ Hierzu: Bericht der Aussenpolitischen Kommission des Ständerates vom 30. Oktober 2003 (03.059); Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 3. November 2003 (03.059); Amtl. Bull. StR 2003 1044 ff.; Amtl. Bull. NR 2003 2043 ff.

¹¹⁷ Amtl. Bull. StR 2003 1046; Hervorhebungen hinzugefügt; das Parlament diskutierte die Thematik breit – Ständerat: Amtl. Bull. StR 2003 1044 f. (M. Reimann); Amtl. Bull. StR 2003 (C. Schmid) 1045 f. und 1047; Amtl. Bull. StR 2003 1046 (P. Briner); im Nationalrat: Amtl. Bull. NR 2003 2043 (A. Oehrl); Amtl. Bull. NR 2003 2044 (R. Gysin); Amtl. Bull. NR 2003 2044 f. (BR K. Villiger); die Eidgenössischen Räte werden im Herbst/Winter 2009 nicht darum herum kommen, auf diese (rechtlichen) Fragestellungen erneut einzugehen.

dem *fakultativen* Referendum¹¹⁸. Für diese Interpretation sprechen materielle und historische Auslegungselemente. Ob die Eidgenössischen Räte diese legale Analyse¹¹⁹ teilen werden, bleibt jedoch vorerst abzuwarten.

C. Präjudizwirkung des «ersten DBA» auf die folgenden DBA?

[Rz 62] Der Bundesrat will im heutigen Zeitpunkt anscheinend nur das *erste DBA* (sic!) gemäss Art. 26 MA-OECD dem fakultativen Referendum unterstellen und in der Folge (i) der Nichtergreifung des Referendums oder (ii) der positiven Volksabstimmung eine *Präjudizwirkung* zuerkennen. Alle folgenden DBA mit diesem OECD-Informationsaustauschsystem sollen somit generell nicht (mehr) dem Referendum gemäss Art. 141 Abs. 1 BV unterstehen.

[Rz 63] Die Lehre hat sich in der Schweiz – mindestens bis anhin – m.W. noch kaum mit der Thematik vertieft auseinandergesetzt; immerhin zeigen sich die bisherigen (erst zwei) Ansichten *zurückhaltend bzw. ablehnend*: Eine solche Präjudizwirkung des «ersten DBA» wird von einem anerkannten Verfassungsrechtler als «kaum einsichtig»¹²⁰ und vom Unterzeichner als «rechtsstaatlich fragwürdig und allenfalls sogar verfassungswidrig»¹²¹ bezeichnet.

[Rz 64] Diese Rechtsfrage könnte in Zukunft *politisch entschieden* werden¹²² bzw. bereits politisch schon entschieden worden sein¹²³ unter dem Stichwort «Parallelismus»¹²⁴. Vorerst erscheint diese legale Thematik trotzdem (zumindest dem Unterzeichner) *noch offen*.

[Rz 65] M.E. muss eine *Präjudizwirkung des «ersten DBA»* gemäss Art. 26 MA-OECD *abgelehnt* werden für die Umsetzung ins Schweizer Recht¹²⁵. Eine rechtsverbindliche Rechtssetzung¹²⁶ setzt immer eine sog. *generell-abstrakte* Ordnung

voraus; diese fehlt aber gerade durch sog. *individuell-konkrete* DBA, so dass diesem «System» keine Rechtsverbindlichkeit zukommen kann¹²⁷. Dem bundesrätlichen Vorschlag einer Präjudizwirkung *fehlt die Rechtsgrundlage*.

[Rz 66] Für diese Auslegung sprechen ausserdem präventive Rechtsstaatsüberlegungen. Ansonsten wäre es nämlich im Übrigen (allzu) einfach, das Prinzip durch *erstmalige* Behandlung eines *unumstrittenen* DBA «einzukaufen» bzw. zu implementieren im Hinblick auf allenfalls umstrittenen DBA in der Folge (konkret heute: USA, Deutschland etc.)¹²⁸.

IV. Ergebnisse

[Rz 67] Die *Implementierung der OECD-Empfehlungen* betreffend internationalem Informationsaustausch bei Steuerflucht ins Schweizer Recht¹²⁹ soll nach Vorstellung des Bundesrats auf völkerrechtlicher Ebene – nämlich durch *Staatsverträge*: DBA – erfolgen.

[Rz 68] Die völkerrechtlichen Verträge, die Art. 26 MA-OECD¹³⁰ übernehmen, müssen nach Ansicht des Unterzeichners dem *fakultativen Staatsvertragsreferendum* unterstellt werden¹³¹. Dabei ist m.E. juristisch *nicht* angängig, dem ersten entsprechenden DBA sozusagen *Präjudizwirkung* zu attestieren und einzig diesen Staatsvertrag dem Referendum zu unterstellen¹³².

[Rz 69] Es ist aber zu befürchten, dass nicht allein der Bundesrat, sondern ebenfalls in der Folge die Eidgenössischen Räte im Rahmen einer «politischen Risikoabwägung» eine Abkürzung bzw. einen sog. «short cut» nach bundesrätlicher Vorstellung beschliessen werden. Damit dürfte die *Volksmitbestimmung beschnitten* werden, was m.E. *rechtsstaatlich bedenklich* wäre.

[Rz 70] Zwar soll der Teufel nicht an die Wand gemalt werden. Nichtsdestotrotz sind bei der jüngsten Krisenbewältigung verschiedene behördliche Verhaltensweisen unter dem Aspekt des Rechtsstaats zu kritisieren – mindestens nach Ansicht des Unterzeichners; als Beispiele können die Gründung der SNB-Zweckgesellschaft (nämlich: SNB StabFund

¹¹⁸ KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 Kasten 1.

¹¹⁹ Nur, aber immerhin ein fakultatives Referendum ist nach der hier vertretenen Ansicht «verfassungskonform»: KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 7 a.E.

¹²⁰ JÖRG KÜNZLI, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 128 I (2009) 53 [«Partizipationsrechte»].

¹²¹ KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 Kasten 1.

¹²² Selbst eine «fälschlicherweise [erfolgte] Genehmigung» entsprechender DBA ohne fakultative Referendumpflicht ist *gerichtlich nicht überprüfbar*: KÜNZLI, Partizipationsrechte, 53 f.m.w.H.

¹²³ Zur entsprechenden «Kommunikation» zwischen dem Bundesrat und der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats: KÜNZLI, Partizipationsrechte, 53 FN 25 («Das Parlament hat in dieser Frage klein beigegeben»); m.E. ist indes dieser *bisherige politische Austausch rechtsunverbindlich*.

¹²⁴ Detailliert: Motion 04.3203 vom 22. April 2004; Bericht der Staatspolitischen Kommission des StR vom 28. April 2005; Bericht der Staatspolitischen Kommission des NR vom 9. September 2005; Amtl.Bull. StR 2005 638 ff.; Amtl.Bull. NR 2005 1462 ff..

¹²⁵ KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 Kasten 1.

¹²⁶ Recht zu setzen bedeutet, generell-abstrakte Normen zu erlassen; allg.: HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 1113; GEORG MÜLLER, Elemente

einer Rechtssetzungslehre (2. A. Zürich 2006) § 2.

¹²⁷ In diesem Sinne bereits: KUNZ, Vorbehaltsverzicht, 6 Kasten 1 a.E.; tatsächlich sollte eine *Praxis zur Auslegung* von Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV *begründet* werden: Botschaft über ein Doppelbesteuerungsabkommen mit Israel vom 19. September 2003 (BBl 2003 6474 f.) – diese Praxis konnte indes bis zum heutigen Zeitpunkt *nicht etabliert* werden.

¹²⁸ Zu recht weist insbesondere KÜNZLI, Partizipationsrechte, 53 darauf hin, dass auch ein «umstrittener Vertragspartner (...) Auslöser für ein Referendum sein» kann.

¹²⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. III. A. b).

¹³⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. III. A. a).

¹³¹ Vgl. dazu vorne Ziff. III. B. b).

¹³² Vgl. dazu vorne Ziff. III. C.

KkK)¹³³ sowie die Herausgabe von UBS-Kundendaten an US-amerikanische Behörden¹³⁴ erwähnt werden¹³⁵.

* * *

[Rz 71] Die *UBS AG* schreibt also, wie die obigen zwei bzw. eventuell drei Beispiele zeigen dürften, wieder einmal *Schweizer Rechtsgeschichte*. Dies war notabene bereits der Fall bei deren Gründung bzw. Fusion im Jahre 1998: Obwohl nach Praxis und Lehre unzulässig, bewilligten die schweizerischen Behörden damals der *UBS AG* einen sog. *Doppelsitz* in Zürich und Basel¹³⁶. Diese repetitiven «Sonderfälle» rücken nicht allein die Grossbank, sondern ebenfalls die damit beschäftigten *schweizerischen Behörden* in den *rechtsstaatlichen* Fokus.

[Rz 72] Nicht nur Verfassungsrechtler müssen sich in und für die Schweiz fragen: Wer ist gleich? Wer hat Anspruch auf Gleichbehandlung? Und inwiefern gibt es realiter Präjudizwirkungen? Inwiefern sollen politische oder diplomatische Überlegungen juristische Aspekte verdrängen? Mögliche Antworten wurden im Rahmen dieses Beitrags angedeutet.

Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown) ist ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung an der Universität Bern, geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht (www.iwr.unibe.ch) sowie Leiter des Departements für Wirtschaftsrecht; ein Forschungsschwerpunkt liegt im schweizerischen und internationalen Finanzmarktrecht. Er betreut für Jusletter die Redaktion «Wirtschaftsrecht». Er bedankt sich für seine grosse fachliche Unterstützung bei diesem Aufsatz bei Rechtsanwalt MARK MONTANARI, Assistent an seinem Lehrstuhl.

¹³³ Vgl. dazu vorne Ziff. II. A.

¹³⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. II. B.

¹³⁵ M.E. scheint es rechtspolitisch *überflüssig*, das *Bankkundengeheimnis* in der *Bundesverfassung* zu verankern, um die Wiederholung eines solchen «Sonderfalls» zu verhindern; a.M.: HANS GEIGER, Das Bankgeheimnis in die Verfassung!, Schweizer Bank Nr. 7/Juli 2009, S. 20; das DoJ verwendete übrigens diese Herausgabe in einem notorischen Verfahren der IRS gegen die *UBS AG* in Miami als Argument, dass anscheinend die Offenlegung von Bankkundendaten das *schweizerische Bankkundengeheimnis nicht verletzt*: NZZ vom 30. Juni 2009, S. 17 («Argumente der USA in der Causa *UBS*»).

¹³⁶ PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht (Habil. Bern 2001) § 13 N 64: «Eine rechtsstaatlich nicht unbedenkliche *Ad-hoc-Ausnahme* vom Verbot des Doppelsitzes wurde von den Behörden bei der 1998 vollzogenen Fusion zwischen der Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) mit Sitz in Zürich und dem Schweizerischen Bankverein (SBV) mit Sitz in Basel zur neuen *UBS AG* gemacht»; Hervorhebung im Original; ausserdem: MANFRED KÜNG, Zu diesem Jahrbuch, in: Jahrbuch des Handelsregisters 1998 (Zürich 1999) 3 ff. – a.a.O. 6: «Ist es schlimm, dass sich das Bundesamt für Justiz zum Justizbüro von Helvetistan deklariert hat? Kaum. Jetzt wissen wir das und können uns darauf einstellen».