

Prof. Dr. iur. Thomas Cottier / Prof. Dr. iur. René Matteotti

## **Die UBS-Amtshilfeabkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten: Direkt anwendbare Kriterien zur Beurteilung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung**

---

Am 17. November 2009 wurde der drei Monate unter Verschluss gehaltene Annex zur Amtshilfevereinbarung zwischen der Schweiz und den USA in der Causa UBS amtlich publiziert. Die im Annex enthaltenen Kriterien zur Umschreibung der amtshilfefähigen Steuerdelikte haben in der Tagespresse eine heftige Kontroverse über die Rechtmässigkeit der UBS-Amtshilfevereinbarung ausgelöst. Der folgende Kurzbeitrag beleuchtet ausgewählte völker-, verfassungs- und steuerrechtliche Aspekte, welche bei der Würdigung des Staatsvertrags zu beachten sind. Die Autoren gelangen zum Schluss, dass der Staatsvertrag trotz seiner Umstrittenheit für das Bundesverwaltungsgericht massgebend und direkt anwendbar ist.

---

Rechtsgebiet(e): Völkerrecht; Übriges Verfassungsrecht; Steuerrecht

Zitiervorschlag: Thomas Cottier / Prof. Dr. iur. René Matteotti, Die UBS-Amtshilfeabkommen zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten: Direkt anwendbare Kriterien zur Beurteilung von Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, in: Jusletter 23. November 2009

## Inhaltsübersicht

Kontext des UBS Amtshilfeabkommens

Die Annexkriterien erfassen auch fortgesetzte, schwere Steuerhinterziehungen

Geltung, Massgeblichkeit und unmittelbare Anwendung

Präjudizielle Wirkung des UBS-Amtshilfeabkommens?

## Kontext des UBS Amtshilfeabkommens<sup>1</sup>

[Rz 1] Am 19. Februar 2009 reichte das Departement of Justice in Florida im Rahmen des «John Doe Summons-Verfahren» eine Vollstreckungslage ein, mit welcher die UBS gezwungen werden sollte, Informationen zu Konten von ungefähr 52'000 US-amerikanischen Kunden der UBS an den Internal Revenue Service (IRS) herauszugeben. Da die schweizerische Eidgenossenschaft einen Konflikt zwischen der schweizerischen und der amerikanischen Rechtsordnung und damit eine Gefährdung der schweizerischen Rechtssouveränität befürchtete, schaltete sie sich in das Verfahren ein. Nach zähen Verhandlungen erzielten die Schweiz und die Vereinigten Staaten am 19. August 2009 eine Einigung. Diese stellt zusammen mit dem gleichentags zwischen der UBS und den US Steuerbehörden abgeschlossenen Vertrag im wesentlichen Teil eines aussergerichtlichen Vergleichs dar. Die USA willigten ein, auf die einseitige Durchsetzung der Zivilklage einstweilig zu verzichten und stattdessen gestützt auf das derzeit noch geltende Doppelbesteuerungsabkommen aus dem Jahre 1996 (DBA-USA 1996) ein Amtshilfesuch einzureichen, welches den Informationsaustausch für die Durchführung des innerstaatlichen Rechts – im Gegensatz zum noch nicht in Kraft gesetzten neuen DBA-USA – nur bei Verdacht auf «Betrugsdelikten und dergleichen» vorsieht. Die Schweiz ist im Gegenzug verpflichtet, ein neues, rund 4450 Konten betreffendes Amtshilfesuch innert eines Jahres nach den Kriterien des Annexes zum UBS-Abkommen zu bearbeiten. Dieser wurde auf Verlangen der USA erst am 17. November, drei Monate nach Inkrafttreten des Abkommens, in der Amtlichen Sammlung publiziert, um eine möglichst grosse Zahl von UBS Kunden zur freiwilligen Compliance und Nachbesteuerung zu motivieren. Die formell noch hängige Zivilklage in den USA wird nach erfolgreicher Umsetzung des Abkommens vollständig zurückgezogen.

## Die Annexkriterien erfassen auch fortgesetzte, schwere Steuerhinterziehungen

[Rz 2] Der Annex des UBS-Amtshilfeabkommens verweist explizit auf den Bundesverwaltungsgerichtsentscheid vom 5. März 2009 (ASA 77 [2009], 837 ff.). Entsprechend sind Bankauskünfte im UBS-Amtshilfeverfahren auch zu gewähren, wenn das Amtshilfesuch die Namen der verdächtigen Steuerpflichtigen nicht nennt. Die Schweiz und die

Vereinigten Staaten waren sich nämlich einig, dass aufgrund des Verfahrens in den USA hinreichende Verdachtsmomente bestehen, dass eine grosse Anzahl US-Personen die von der UBS angebotenen Finanzdienstleistungen systematisch für Steuerverkürzungen missbraucht haben.

[Rz 3] In Bezug auf die amtshilfefähigen Steuerdelikte geht der Annex zum UBS-Amtshilfeabkommen weiter als die bisherige Praxis. Gemäss den im Anhang zum Abkommen aufgeführten Kriterien sind im Falle eines begründeten Verdachts auf «Betrugsdelikte und dergleichen» folgende Personen durch das US-Amtshilfesuch erfasst:

- Kunden der UBS mit Wohnsitz in den USA, die zwischen 2001 und 2008 mehr als eine Million Franken auf nicht gemeldeten Konten (undisclosed (non-W-9) custody accounts und banking deposit accounts) direkt hielten und daran wirtschaftlich berechtigt waren;
- US-Staatsangehörige (ungeachtet ihres Wohnsitzes), die zwischen 2001 und 2008 an Konten einer Offshore-Gesellschaft (offshore company accounts) wirtschaftlich berechtigt waren.

[Rz 4] Für beide Kategorien ist gemäss Abkommen zu prüfen, ob «Betrugsdelikte und dergleichen» im Sinne des geltenden Doppelbesteuerungsabkommens vorliegen. Dieser Begriff wird im Anhang zum Abkommen für den Fall UBS konkretisiert. Darunter fällt einerseits betrügerisches Verhalten, wie zum Beispiel das Aufbauen eines Lügengebäudes oder das Einreichen unrichtiger oder falscher Unterlagen, um Vermögenswerte zu verschleiern und so eine niedrige Deklaration von Einkommen zu erreichen. Wo ein solches Verhalten nachgewiesen worden ist, sind bereits Inhaber von Konten mit einem Vermögen ab 250'000 Franken vom US-Amtshilfesuch betroffen. Neben diesen klassischen betrügerischen Vorgehensweisen sind auch fortgesetzte und schwere Steuerdelikte amtshilfefähig. Gemäss Anhang betrifft dies Konten, auf denen während mindestens drei Jahren durchschnittliches Einkünfte von mehr als 100'000 Franken erzielt und nicht der amerikanischen Steuerbehörde IRS gemeldet wurden. Die Durchschnittseinkünfte werden dabei vertraglich definiert als Bruttoeinkommen (Zinsen und Dividenden) und Kapitalgewinne. Letztere sind gemäss Abkommen pauschal zu ermitteln und betragen 50% der während des relevanten Zeitraums auf den Konten erzielten Bruttoverkaufserlöse.

[Rz 5] Indem das UBS-Amtshilfeabkommen auch schwere und fortgesetzte Steuerhinterziehung als amtshilfefähig bezeichnet, knüpft es an das besondere innerstaatliche Untersuchungsverfahren gemäss Art. 190 ff. DBG an, nach dem auch im internen Verhältnis bei fortgesetzter Hinterziehung grosser Steuerbeträge Bankinformationen zwangsweise beschafft werden können. Mit Blick darauf, dass das UBS-Amtshilfeabkommen das Potential hat, die Rechtsstellung der betroffenen UBS-Kunden rückwirkend zu verschlechtern, stellt sich nun die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht an die Annexkriterien gebunden ist und die darin enthaltenen Kriterien unmittelbar anwenden muss.

---

<sup>1</sup> Die folgenden Überlegungen basieren auf einem von den Autoren im Auftrag des Bundesamtes für Justiz verfassten Gutachten ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)). Ein darauf beruhender Aufsatz ist unter [www.asaonline.ch](http://www.asaonline.ch) erhältlich und wird im Dezember in der Fachzeitschrift Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA) 6-7 (2009), S. 385 ff. in gedruckter Form publiziert.

## **Geltung, Massgeblichkeit und unmittelbare Anwendung**

[Rz 6] Das UBS-Amtshilfeabkommen stellt eine völkerrechtliche Verständigungsvereinbarung der Exekutive dar. Sie enthält u.a. eine auf den UBS-Fall bezogene authentische Interpretation der offenen Formulierung «Betrugsdelikte und dergleichen» («tax fraud and the like»). Die Vertragsschlusskompetenz stützt sich völkerrechtlich auf Art. 25 des DBA-USA 1996, auf Grund dessen die beiden Steuerverwaltungen Verständigungsvereinbaren treffen können, um Schwierigkeiten oder Zweifel zu beseitigen, die bei der Auslegung oder Anwendung des DBA entstanden sind.

[Rz 7] Die Formulierung «Betrugsdelikte und dergleichen» stellt ohne Zweifel eine unvollständige bzw. offene Tatbestandsbeschreibung dar, welche einer Konkretisierung im Rahmen einer Verständigungsvereinbarung zugänglich ist. Offenbar haben sich die Vertragsparteien im Rahmen der Verhandlungen zum Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens schwer getan, sich über die Voraussetzungen der erweiterten Amtshilfe zu einigen. Die Amerikaner strebten einen umfassenden Informationsaustausch für die Durchführung des innerstaatlichen Steuerrechts an, während die Schweiz das Bankgeheimnis so wenig wie möglich durchbrechen wollte. Der Zusatz «und dergleichen» war eine Notlösung, zu der die Vertragsstaaten gegriffen haben, um den Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens nicht zu gefährden. Zwar wird in der Literatur mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass «dergleichen» eigentlich nichts bedeutet. Wenn sich beide Vertragsparteien darin einig gewesen wären, hätten sie diesen Zusatz jedoch gar nicht in den Abkommenstext aufnehmen müssen. Nach Treu und Glauben muss der Zusatz «dergleichen» also irgendetwas bedeuten; umstritten ist aber was. Dass die Formulierung «Betrugsdelikte und dergleichen» im Rahmen einer Verständigungsvereinbarung nun weiter konkretisiert wird, ist an und für sich nichts Anrüchiges. Das Gegenteil ist der Fall: Das Parlament genehmigte das DBA-USA 1996 im Bewusstsein um die offene Formulierung der amtshilfefähigen Steuerdelikte. Indem es der Exekutive gleichzeitig die Ermächtigung einräumte, Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung des DBA-USA 1996 im einfachen Verfahren zu lösen, hat es auch den Weg für eine spätere Konkretisierung von «Betrugsdelikten und dergleichen» durch die Exekutive geebnet. Weder das DBA-USA 1996 noch eine andere völkerrechtliche Bestimmung auferlegen den schweizerischen und amerikanischen Exekutiven ein Verbot, die nebulöse Formulierung «Betrugsdelikte und dergleichen» nachträglich authentisch zu interpretieren.

[Rz 8] Mit der Ausdehnung der Amtshilfe auf schwere, fortgesetzte Steuerdelikte, worunter auch die fortgesetzte Hinterziehung grosser Steuerbeträge fällt, haben sich die schweizerischen und amerikanischen Exekutivbehörden für die Bewältigung der causa UBS einer Erwägung des

Bundesverwaltungsgerichts im ersten UBS-Amtshilfeverfahren (ASA 77 [2009], 837 ff.) bedient. Ob das Gericht eine solche Erweiterung in einem konkreten Fall tatsächlich hätte vornehmen dürfen, kann aufgrund der langjährigen restriktiven Praxis, welche bei der Auslegung einer DBA-Norm ebenfalls zu berücksichtigen ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. b VRK; ähnlich ASA 77 [2009], 861 E. 5.5.), bezweifelt werden. Der Exekutive ist es aber aufgrund von Art. 25 Abs. 3 DBA-USA 1996 nicht verwehrt, eine bisherige offene Abkommensnorm mit dem Instrument der Verständigungsvereinbarung für die Bewältigung eines spezifischen Falles zu konkretisieren. Da die Ermächtigung des Bundesrates zum Abschluss von Verständigungsvereinbarungen im beschriebenen Sinn auf einem vom Parlament genehmigten Völkerrechtsvertrag beruht, bedurfte es nach Art. 7a Abs.1 RVOG keiner parlamentarischen Genehmigung des UBS-Amtshilfeabkommens. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 120 Ib 362 ff.) könnte eine fehlende Kompetenz die Unverbindlichkeit des Vertrages im Übrigen nur dann bewirken, wenn der Bundesrat offensichtlich zum Abschluss eines solchen Vertrages nicht befugt gewesen wäre (Art. 46 VRK). Das trifft vorliegend aus den genannten Gründen aber nicht zu. Zudem trägt das Parlament durch die Bewilligung zusätzlicher Mittel den Vertrag indirekt und auf der politischen Ebene mit.

[Rz 9] An der völkerrechtlichen Verbindlichkeit ändert auch nichts, dass die Vertragsparteien das neue Verständnis des bisher unklaren Zusatzes «und dergleichen» auf bereits vorbestehende Sachverhalte anwenden. Das Völkerrecht enthält nämlich kein rigides zwingendes Rückwirkungsverbot (siehe Art. 28 VRK), wie es dem Verfassungsrecht bekannt ist. Keine unzulässige Rückwirkung ist auch mit der verzögerten Publikation des Annexes verbunden. Die Rechtsunterworfenen wurden nämlich im bereits laufenden Amtshilfeverfahren über die Kriterien des Annexes informiert. Sie erleiden durch die auf Verlangen der USA verzögerten Publikationen in einem allfälligen Beschwerdeverfahren keinen Nachteil. In konstanter Praxis vertritt das Bundesgericht sogar die Auffassung, dass Amtshilfeklauseln Verfahrensbestimmungen darstellten, die mit ihrer Inkraftsetzung ohnehin auch auf frühere Steuerperioden betreffende Amtshilfebegehren zur Anwendung gelangten. Im vorliegenden Fall muss aber gar nicht auf die fragwürdige Praxis des Bundesgerichts zurückgegriffen werden, da Art. 28 VRK den Vertragsstaaten kein zwingendes Rückwirkungsverbot auferlegt.

[Rz 10] Auch der Umstand, dass die Vertragsstaaten aufgrund des Eingeständnisses der UBS AG, die von ihr in den USA erbrachten Finanzdienstleistungen seien systematisch für die Verkürzung amerikanischer Steuern missbraucht worden, das Bestehen eines Anfangsverdachts anerkannt haben, macht das UBS-Amtshilfeabkommen nicht zu einer unzulässigen Verständigungsvereinbarung. Es geht hier nämlich um eine Sachverhaltswürdigung, welche unbestrittenermassen Gegenstand einer Übereinkunft nach Art. 25 DBA-USA 1996 sein kann. Dies gilt vorliegend umso mehr, als das DBA-USA

1996 nicht explizit die Namensnennung im Amtshilfeverfahren voraussetzt. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 9. März 2009 (ASA 77 [2009], 837 ff.) bei Vorliegen eines konkreten Verdachts auf ein amtshilfefähiges Steuerdelikt auch die Zulässigkeit eines Amtshilfegesuchs ohne Namensnennung bejaht hat, kann kaum noch argumentiert werden, die Exekutive habe ihre Kompetenz offensichtlich überschritten. Etwas anderes würde gelten, wenn mit dem UBS-Amtshilfeabkommen Rasterfahndungen im eigentlichen Sinne zugelassen würden. Solche liegen aber nicht vor, da aufgrund der Sachverhaltsermittlungen in den Vereinigten Staaten hinreichende konkrete Verdachtsgründe vorliegen, dass US-Personen mit den von der UBS angebotenen Finanzdienstleistungen den amerikanischen Fiskus jahrelang «ausgetrickst» haben.

[Rz 11] Das Abkommen und insbesondere sein Annex sind nicht nur völkerrechtlich verbindlich, sondern aufgrund des Vorranges und der Massgeblichkeit des Völkerrechts gemäss Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht auch massgebend. Dies gilt aufgrund eines Leitentscheids des Bundesgerichts (BGE 120 Ib 360) selbst dann, wenn argumentiert würde, der Bundesrat hätte mit dem Abschluss des Abkommens seine Kompetenzen überschritten. Eine teleologische Reduktion von Art. 190 BV kann nicht auf Präjudizien abgestützt werden. Sie lässt sich auch nicht mit dem Demokratieprinzip herbeibegründen, da der Verfassungsgeber unter ausdrücklichem Verweis auf die Judikatur auch die vom Bundesrat abgeschlossenen Staatsverträge als für die Judikative massgebend bezeichnen wollte (BBI 1996 I 428 mit Verweis auf BGE 120 Ib 362 ff.).

[Rz 12] Das UBS-Amtshilfeabkommen und der Annex entfalten auch unmittelbare Wirkung. Die Bestimmungen sind hinreichend bestimmt und entsprechen den Kriterien der Justiziabilität. Sie verlangen keine weitere Umsetzung seitens des Bundesrates oder des Parlaments. Als *lex posterior* und *lex specialis* geht das UBS-Amtshilfeabkommen dem DBA-USA 1996 völkerrechtlich vor. Letzteres findet im Rahmen des UBS-Amtshilfeverfahrens nur insofern Anwendung, als es mit dem UBS-Amtshilfeabkommen vereinbar ist. Da dieses die Voraussetzungen für das UBS-Amtshilfeverfahren völkerrechtlich weitgehend verbindlich fixiert, braucht das Bundesverwaltungsgericht an und für sich nicht zu untersuchen, ob Amtshilfegesuche ohne Namensnennung und die Erweiterung der Amtshilfe auf schwere, fortgesetzte Steuerhinterziehungen in der causa UBS mit dem DBA-USA 1996 konform sind. Immerhin haben Steuerbehörden und Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition zu prüfen, ob bei den in das Amtshilfeverfahren einbezogenen Personen sich der Verdacht auf eine schwere, fortgesetzte Steuerhinterziehung erhärtet. Dies wäre beispielsweise dann nicht der Fall, wenn die verdächtige Person den Nachweis erbringen kann, dass sie ihre steuerlichen Meldepflichten erfüllte oder sie bei einer effektiven Ermittlung der erzielten Kapitalgewinne während der relevanten Dreijahresperiode Durchschnittseinkünfte

von deutlich unter CHF 100'000 bzw. gar keine Einkünfte erzielte. In einer solchen Konstellation kann nicht mehr von einer amtshilfefähigen fortgesetzten, schweren Steuerhinterziehung gesprochen werden. Die Gewährung der Amtshilfe erwiese sich als unverhältnismässig.

## **Präjudizielle Wirkung des UBS-Amtshilfeabkommens?**

[Rz 13] Das UBS-Amtshilfeabkommen ist mit seinen Bestimmungen und als Teil eines aussergerichtlichen Vergleichs inhaltlich und zeitlich beschränkt. Nach erfolgreichem Abschluss des Verfahrens wird die Vereinbarung gegenstandslos. Die darauf basierenden Entscheide entfalten keine präjudizielle Auswirkung auf Amtshilfeverfahren ausserhalb des UBS-Amtshilfe-Abkommens. Erlöscht das UBS-Amtshilfe-Abkommen, fällt eine zentrale Argumentationsstütze weg, die es erlauben würde, in Abweichung der langjährigen restriktiven Übung die Amtshilfe auf fortgesetzte, schwere Steuerhinterziehung zu erweitern. Allerdings haben die Vereinigten Staaten der Schweiz die Zusicherung abgerungen, die Annexkriterien analog auch bei Amtshilfeverfahren in anderem Zusammenhang anzuwenden. Eine solche analoge Anwendung setzt aber ähnliche Verhältnisse voraus. Es müsste also – wie in der Causa UBS – ebenfalls ein konkreter Verdacht darauf bestehen, dass die beispielsweise von einer Bank erbrachten Finanzdienstleistungen systematisch zur Umgehung amerikanischer Steuerpflichten in Anspruch genommen worden sind. Nicht auszuschliessen ist, dass die im Annex enthaltenen Kriterien als Benchmark Signalwirkung für künftige Abkommen haben werden. Das wird insbesondere auch für künftige Verhandlungen mit weiteren Staaten oder mit der Europäischen Union gelten, die gleiches Recht und Gleichbehandlung mit den USA einfordern werden. Ob die Exekutive vergleichbare Abkommen abschliessen können, hängt jedoch von den jeweils anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen ab. Liegt keine dem DBA-USA 1996 vergleichbare erweiterte Amtshilfeklausel vor, wird auf die Mitwirkung des Parlaments bei der Vergangenheitsbewältigung nicht verzichtet werden können.

---

Prof. Dr. iur. Thomas Cottier, LL.M., ist ordentlicher Professor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern und Fürsprecher. In Jusletter ist er als Fachredaktor verantwortlich für den Bereich «Wirtschafts-Völkerrecht». Prof. Dr. iur. René Matteotti, LL.M. Tax, ist ordentlicher Professor für schweizerisches, europäisches und internationales Steuerrecht an der Universität Bern und Rechtsanwalt.

---

\* \* \*