

# **Verfassungskonformität des automatischen Informationsaus- tauschs**

Kurzgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Internationale Finanzfragen

erstattet von

Prof. Dr. iur. René Matteotti, M.A., LL.M. Tax, ordentlicher Professor für Schweizerisches, Europäisches und Internationales Steuerrecht an der Universität Zürich,  
Rechtsanwalt und Konsulent bei Baker & McKenzie, Zürich

Zürich, 13. August 2015\*

\* Redaktionell überarbeitete Fassung vom 2. September 2015

## **Inhalt**

<b>A.</b>	<b>AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG</b> .....	3
<b>B.</b>	<b>KERNPUNKTE DER AIA-VORLAGE</b> .....	4
	1. Auszutauschende Informationen .....	4
	2. Datenschutz und Rechtsschutz .....	5
	3. Verwendungsmöglichkeiten für die an die ESTV übermittelten Daten .....	6
<b>C.</b>	<b>VERHÄLTNIS DER AIA-VORLAGE ZUM SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE UND DER PERSÖNLICHEN FREIHEIT</b> .....	7
	1. Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV und der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV .....	7
	2. Öffentliches Interesse .....	7
	3. Verhältnismässigkeit .....	8
	3.1 Vorbemerkung .....	8
	3.2 Geeignetheit .....	9
	3.3 Erforderlichkeit .....	10
	3.4 Verhältnismässigkeit i.e.S. ....	11
	4. Fazit .....	17
<b>D.</b>	<b>RECHTSWEGGARANTIE GEMÄSS ART. 29A BV</b> .....	18
<b>E.</b>	<b>VERFASSUNGSRECHTLICHE KOMPETENZORDNUNG BEI ÄNDERUNGEN DER AIA-VEREINBARUNG</b> .....	21
<b>F.</b>	<b>SCHLUSSFOLGERUNGEN</b> .....	21

## A. AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

Am 15. Juli 2014 hat die OECD den neuen globalen Standard für den internationalen automatischen Informationsaustausch („AIA“) in Steuersachen verabschiedet. Die G-20-Staaten haben am 15. und 16. November 2014 in Brisbane den Standard unterstützt und die rasche Einführung des AIA gefordert. In der Zwischenzeit haben sich rund 100 Staaten zur Einführung des AIA bekannt.<sup>1</sup> Mit der globalen Einführung des AIA soll die internationale Steuerflucht bekämpft werden. Konkret soll verhindert werden, dass Steuerpflichtige Kapitalvermögen und –erträge im Ausland vor dem heimischen Fiskus verstecken und Steuern verkürzen. Für die Umsetzung des AIA-Standards stehen rechtlich zwei Modelle zur Verfügung: Modell 1 basiert auf einem separaten Staatsvertrag, der die Einführung des AIA beinhaltet. Der geplante AIA mit der EU folgt Modell 1. Beim Modell 2 wird der AIA auf das multilaterale Amtshilfeübereinkommen<sup>2</sup> abgestützt. Art. 6 des Amtshilfeübereinkommens sieht vor, dass zwei oder mehrere Vertragsparteien vereinbaren können, in bestimmten Fallkategorien und nach gemeinsam vereinbarten Verfahren Informationen automatisch auszutauschen. Die am 5. Juni 2015 der Bundesversammlung unterbreitete Botschaft zur Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (Multilateral Competent Authority Agreement, „MCAA“ bzw. „AIA-Vereinbarung“) und zu ihrer Umsetzung („AIA-Vorlage“) hat die Einführung des AIA-Standards nach dem Modell 2 zum Gegenstand. Die AIA-Vereinbarung stellt die völkerrechtliche Grundlage für den auf Art. 6 des Amtshilfeübereinkommens abgestützten AIA zwischen der Schweiz und den Partnerstaaten dar. Da jedoch nicht alle Bestimmungen der AIA-Vereinbarung ausreichend detailliert, justiziabel und direkt anwendbar sind, bedarf es zusätzlich eines Durchführungsgesetzes, des Bundesgesetzes über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen („AIA-Gesetz“). Dieses enthält insbesondere die Bestimmungen über die Organisation, das Verfahren, die Rechtswege und die anwendbaren Strafbestimmungen. Zu beachten ist, dass mit Inkrafttreten der AIA-Vereinbarung und des AIA-Gesetzes der AIA mit einem Partnerstaat, welcher das Amtshilfeübereinkommen ebenfalls ratifiziert und in Kraft gesetzt hat, nicht automatisch wirksam wird. Es bedarf nämlich einer bilateralen Aktivierung des AIA, welche gemäss Art. 39 E-AIA-Gesetz für jedes Land im Rahmen eines separaten einfachen Bundesbeschlusses von der Bundesversammlung genehmigt werden muss.

Im Rahmen der im Vorfeld der parlamentarischen Debatte geführten Auseinandersetzung wurde die Verfassungskonformität der AIA-Vorlage angezweifelt. Die Kritiker stellen sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die AIA-Vorlage verfassungswidrig sei, weil sie das Verhältnismässigkeitsprinzip, insbesondere das Verbot der Beweisausforschung, und die Rechtsweggarantie verletze. Kritisiert wird ausserdem die in der AIA-Vereinbarung enthaltene Bestimmung, dass das Recht der teilnehmenden Staaten periodisch geändert werden könne, um Anpassungen am gemeinsamen Meldestandard abzubilden. Damit werde die Bestimmung und Änderung der materi-

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden Botschaft vom 5. Juni 2015 zur Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten und zu ihrer Umsetzung (Bundesgesetz über den internationalen Informationsaustausch in Steuersachen), BBl 2015 5437 ff. („Botschaft AIA“).

<sup>2</sup> Übereinkommen des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen. Die Schweiz hat das Amtshilfeübereinkommen am 15. Oktober 2013 unterzeichnet. Der Bundesrat hat die Genehmigung dieses Amtshilfeübereinkommens ebenfalls am 5. Juni 2015 mit separater Botschaft dem Parlament unterbreitet (BBl 2015 5585).

ell-rechtlichen Grundlagen für den AIA sachlich an eine supranationale Organisation, die OECD, delegiert.<sup>3</sup>

Aufgrund dieser bedenkenswerten Kritik beauftragte das Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen den Schreibenden, die erhobene verfassungsrechtliche Kritik aus unabhängiger rechtswissenschaftlicher Sicht zu analysieren. Dabei soll beleuchtet werden, ob die AIA-Vorlage gegen den Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV (Kap. C), die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV (Kap. D) oder gegen die bestehende verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zur Änderung von Staatverträgen (Kap. E) verstösst. Bevor die verfassungsrechtliche Analyse vorgenommen wird, sind die Kernpunkte der AIA-Vorlage und deren Zusammenspiel mit anderen Gesetzen (insbes. mit dem Datenschutzgesetz und dem Verwaltungsverfahrensgesetz) herauszuschälen.

## **B. KERNPUNKTE DER AIA-VORLAGE**

### **1. Auszutauschende Informationen**

Wird der AIA mit einem Partnerstaat aktiviert, haben die Finanzinstitute eines Partnerstaats spezifische Finanzinformationen ihrer Kundinnen und Kunden, welche im anderen Partnerstaat steuerlich ansässig sind, zu sammeln. Diese Informationen umfassen gemäss Abschnitt 2 Abs. 2 der AIA-Vereinbarung:

1. *Identifikationsinformationen:* Namen, Adresse, den oder die Staaten der steuerlichen Ansässigkeit, die Steueridentifikationsnummer und bei natürlichen Personen das Geburtsdatum und den Geburtsort.
2. *Kontoinformationen:* Kontonummer und Name sowie gegebenenfalls die Identifikationsnummer des meldenden Finanzinstituts.
3. *Finanzinformationen:* Saldo oder Wert des Kontos, einschliesslich des Bar- oder Rückkaufswerts bei Versicherungen, per Ende Jahr oder per Kontoschliessung, sowie Bruttobeträge der Zinsen, Dividenden, Einkünfte aus bestimmten Versicherungsprodukten, Verkaufserlöse aus Finanzvermögen und sonstigen Einkünfte aus auf dem Konto gehaltenem Vermögen oder in Bezug auf das Konto geleistete Zahlungen.

Die Finanzinstitute übermitteln einmal jährlich die von ihnen gesammelten Informationen an die Steuerbehörden des Staates, in dem sie ansässig sind. Jene sind dann für den Austausch mit dem Partnerstaat verantwortlich. Der Informationsaustausch bezieht sich einerseits auf Neukonten, welche nach Inkraftsetzung des AIA und dessen bilateralen Aktivierung bei einem Finanzinstitut errichtet werden, andererseits aber auch auf bestehende Konten. Für letztere sieht die AIA-Vereinbarung besondere Bestimmungen vor. Der Beginn des Zeitraums, für den Informationen über bestehende Konten mit einem Partnerstaat erstmals ausgetauscht werden, wird in der Notifi-

---

<sup>3</sup> Siehe hierzu insbesondere FRANCESCO NAEF, Der AIA widerspricht der Bundesverfassung, in: Finanz und Wirtschaft vom 22. Mai 2015; DERS., Automatischer Informationsaustausch ist verfassungswidrig (abgerufen am 4. August 2015): <http://www.csnlaw.com/wp/wp-content/uploads/2015/05/Der-Automatischer-Informationsaustausch-ist-verfassungswidrig-def.pdf>.

kation festgehalten.<sup>4</sup> Die AIA-Vereinbarung verlangt keinen Austausch von Informationen zu Steuerverbindlichkeiten, welche vor der Notifikation entstanden sind.

## 2. Datenschutz und Rechtsschutz

Die AIA-Vereinbarung verweist bezüglich der vertraulichen Behandlung der ausgetauschten Informationen und des Spezialitätsprinzips u.a. auf Art. 22 des Amtshilfeübereinkommens. Folgende Punkte sind diesbezüglich hervorzuheben: Die übermittelnde Partei kann der empfangenden Partei mitteilen, welche Datenschutzbestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts vom Partnerstaat einzuhalten sind. In dieser Hinsicht ermächtigt Art. 6 E-AIA-Gesetz den Bundesrat, mit den zuständigen Behörden das Datenschutzniveau zu vereinbaren, welches beim AIA eingehalten werden muss. Die einzuhaltenden Datenschutzbestimmungen müssen dabei mindestens dem Schutzniveau des Datenschutzgesetzes vom 19. Juni 1992 (DSG) und des AIA-Gesetzes entsprechen. Nach dem Spezialitätsprinzip dürfen die übermittelten Informationen nur den Personen und Behörden zugänglich gemacht werden, die mit der Festsetzung, Vollstreckung oder Strafverfolgung oder mit der Entscheidung über Rechtsmittel hinsichtlich der Steuern des betroffenen Staates oder mit der Aufsicht darüber befasst sind. Die erhaltenen Informationen dürfen grundsätzlich nicht einem anderen Staat weitergegeben werden. Verstösse des empfangenden Staates gegen die Vertraulichkeitsvorschriften sind dem OECD-Sekretariat des Koordinationsgremiums mitzuteilen und können vom übermittelnden Staat durch die Aussetzung des AIA<sup>5</sup> sanktioniert werden.

Das AIA-Gesetz auferlegt in Art. 14 den meldenden schweizerischen Finanzinstituten eine Informationspflicht. Danach müssen die meldenden Finanzinstitute die vom AIA betroffenen Personen darüber in Kenntnis setzen, dass Informationen über sie an die ESTV und danach an die Partnerstaaten der Schweiz weitergeleitet werden. Dies muss spätestens am 31. Januar des Jahres der ersten Übermittlung der sie betreffenden Informationen geschehen. Die Finanzinstitute können aber auch früher informieren. Diese Informationspflicht dient zur Sicherstellung, dass die betroffenen Personen insbesondere auf die Rechte aufmerksam gemacht werden, die ihnen nach dem DSG und dem AIA-Gesetz zustehen. Art. 19 E-AIA-Gesetz behält nämlich explizit die Datenschutzrechte gemäss DSG vor. Das DSG gewährt den vom AIA betroffenen Personen ein umfassendes Auskunftsrecht (Art. 8 DSG) und ein Recht auf Berichtigung unrichtiger Informationen (Art. 5 DSG). Art. 6 DSG verbietet die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleisten würde. Die im DSG enthaltenen Ansprüche können gestützt auf Art. 15 DSG vor dem Zivilrichter nach Art. 28 ZGB und der ZPO geltend gemacht werden. Fraglich bleibt indes, inwieweit sich die vom AIA betroffenen Personen auf Art. 6 DSG berufen können.<sup>6</sup> Weder das Amtshilfeübereinkommen noch das AIA-Abkommen stehen der Anwendung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen entgegen. So hält Art. 21 Amtshilfeübereinkommen explizit fest, dass die Rechte und Sicherheiten, die Personen durch das Recht oder die Verwaltungspraxis des ersuchten Staates gewährt werden, nicht

---

<sup>4</sup> Abschnitt 3 Abs. 3 AIA-Vereinbarung.

<sup>5</sup> Abschnitt 7 Abs. 3 AIA-Vereinbarung.

<sup>6</sup> Siehe hierzu S. 21.

berührt werden. Im Übrigen behält Art. 21 Abs. 2 Amtshilfeübereinkommen den Ordre public vor, der auch im Bereich des AIA zur Anwendung gelangt.<sup>7</sup>

Gegenüber der ESTV können die betroffenen Personen gestützt auf Art. 19 Abs. 2 E-AIA-Gesetz zwar ebenfalls ein Auskunftsrecht geltend machen. Ein Anspruch auf Berichtigung besteht aber nur in Bezug auf Daten, welche fehlerhaft übermittelt wurden (z.B. statt eines KontosalDOS von CHF 10'000 wird einer von CHF 100'000 übermittelt). Gegen die automatische Übermittlung von Finanzinformationen sieht das AIA-Gesetz nicht explizit ein Rechtsmittel vor. In der Botschaft wird ausgeführt, dass gegenüber der ESTV kein Recht auf Sperrung der Bekanntgabe der Kontoinformationen gestützt auf Art. 20 DSGVO besteht, da die Weiterleitung der Daten ins Ausland im Rahmen eines automatisierten Prozesses erfolge. Art. 29 E-AIA-Gesetz behält indes explizit die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) vor. Dabei ist zu beachten, dass der automatische Informationsaustausch durch die ESTV einen Realakt darstellt. Art. 25a VwVG sieht nun die Möglichkeit vor, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten betreffen, zu verlangen, dass in naher Zukunft drohende widerrechtliche Handlungen unterlassen werden. Die Behörde hat über ein solches Begehren in der Form einer Verfügung zu entscheiden, gegen welche Beschwerde gemäss VwVG erhoben werden kann. Es stellt sich daher die Frage, ob die betroffene Person trotz Art. 19 E-AIA-Gesetz von der ESTV eine anfechtbare Verfügung verlangen kann, wenn sich diese in Situationen, in denen z.B. eine Verletzung des Ordre public im Sinne von Art. 21 Abs. 2 Bst. b Amtshilfeübereinkommen droht, weigert, eine Weiterleitung der Kontoinformationen ins Ausland zu unterlassen. Eine Verletzung des Ordre public läge vor, wenn die automatische Übermittlung im empfangenden Staat in einem Verfahren münden würde, welches grundsätzliche Fairnessprinzipien vermissen lässt und das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt. Dies wäre etwa der Fall, wenn eine automatische Übermittlung einer Information zur Aufdeckung eines Steuerdelikts führen könnte, für welches im empfangenden Staat eine drakonische Strafe (z.B. Todesstrafe, Körperstrafe, Kollektivstrafe oder eine andere den Kerngehalt der Menschenwürde verletzende Strafe) angedroht ist.

### **3. Verwendungsmöglichkeiten für die an die ESTV übermittelten Daten**

In Bezug auf die *von Ausland übermittelten Informationen* sieht Art. 20 E-AIA-Gesetz die Aufhebung der Selbstbeschränkung vor mit der Folge, dass die der Schweiz übermittelten Informationen für Steuerzwecke ausgewertet werden können. Die *von den schweizerischen Finanzinstituten an die ESTV übermittelten Informationen* dürfen demgegenüber zur Anwendung und Durchsetzung des schweizerischen Steuerrechts nur weiterverwendet werden, wenn sie nach schweizerischem Recht beschafft hätten werden können. Wie die Botschaft zum AIA ausführt, ist dies nach geltendem Recht der Fall in Steuerstrafverfahren, die nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht betreffend die Verrechnungssteuer, die Stempelabgaben und die Mehrwertsteuer, nach Art. 190 ff. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG) betreffend schwerwiegende Steuervergehen bei der Einkommens- und Gewinnsteuer oder nach der Strafprozessordnung wegen Steuerbetrugs geführt werden.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Siehe hierzu OECD, Standard for automatic exchange of financial account information in tax matters (2014), S. 79.

<sup>8</sup> Botschaft AIA, BBl 2015 5503.

## **C. VERHÄLTNIS DER AIA-VORLAGE ZUM SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE UND DER PERSÖNLICHEN FREIHEIT**

### **1. Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 13 BV und der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV**

Die aufgrund der AIA-Vereinbarung dem Partnerstaat zu übermittelnden Finanzinformationen über Konten, die bei schweizerischen Finanzinstituten von sog. meldepflichtigen Personen gehalten werden, fallen ohne weiteres in den Schutzbereich von Art. 13 BV, Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II. Der in diesen Bestimmungen mitenthaltene verfassungsrechtliche Datenschutz schützt vor jeder Form der Erhebung, Speicherung, Verwendung, Weitergabe, Verarbeitung oder Veröffentlichung personenbezogener Daten.<sup>9</sup> Dies impliziert nach der Lehre, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung oder Speicherung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchen Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden.<sup>10</sup> Der staatliche Zugriff auf personenbezogene Informationen im Rahmen der Beweiserhebung bei der Sachverhaltsermittlung stellt nicht nur einen Eingriff in den Schutz der Privatsphäre, sondern auch in denjenigen der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) dar.<sup>11</sup>

Grundrechtseingriffe sind im Grundsatz unzulässig. Ein Eingriff ist gemäss Art. 36 BV aber möglich, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: 1. Es besteht eine formell-gesetzliche Grundlage; 2. der Eingriff liegt im öffentlichen Interesse; 3. er wahrt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und den Kerngehalt des Freiheitsrechts, in welches eingegriffen wird. Vorliegend wird auch von den Kritikern der AIA-Vorlage nicht bestritten, dass bei einer Inkraftsetzung der AIA-Vereinbarung und des AIA-Gesetzes eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den AIA besteht. Die folgende Prüfung konzentriert sich daher auf das Kriterium des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (inkl. der Wahrung des Kerngehalts).

### **2. Öffentliches Interesse**

Der globale Standard zum AIA dient in erster Linie der weltweiten Bekämpfung der Steuerhinterziehung. Die am AIA teilnehmenden Staaten wollen damit die gesetzeskonforme und rechtsgleiche Besteuerung der Steuerpflichtigen in den Ansässigkeitsstaaten sicherstellen. Der AIA soll verhindern, dass Steuersubstrat im Ausland vor dem Fiskus versteckt wird.<sup>12</sup> Damit soll die Steuermoral international erhöht werden. Indem ein globaler Standard geschaffen worden ist, zu dem sich derzeit rund 100 Staaten – darunter auch die wichtigsten Finanzzentren – bekannt haben, sollen gleich lange Spiesse geschaffen und allfällige Wettbewerbsverzerrungen zwischen den einzelnen Finanzplätzen beseitigt werden.

---

<sup>9</sup> Siehe hierzu statt vieler RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung (2014), Art. 13 N 74 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Statt vieler siehe SABINE GLESS, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, (2014), Art. 139 N 16 m.w.H. („BSK StPO-Autor“).

<sup>12</sup> So Botschaft AIA, BBl 2015 5438.

Zwar stellt aus schweizerischer Perspektive die Sicherstellung der Steuerkonformität im Ausland kein prioritäres öffentliches Interesse dar. Allerdings kann es auch nicht im Interesse der Schweiz sein, die Steuerverkürzung im Ausland zu fördern. Ein Abseitsstehen der Schweiz würde voraussichtlich den Finanzplatz international in Verruf bringen und die politischen Bemühungen torpedieren, den Zutritt der schweizerischen Finanzdienstleister zu ausländischen Märkten zu verbessern.

Im Gefolge der Finanz- und Schuldenkrise haben zahlreiche Staaten die Verfolgung von Steuerhinterziehungsdelikten und Geldwäscherei intensiviert. Die Digitalisierung der Wirtschaft, der Erwerb von gestohlenen Banken-CDs sowie die Erweiterung der Amtshilfeverpflichtungen haben zudem die Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter erheblich erhöht und auch die Verletzlichkeit des Finanzplatzes Schweiz aufgezeigt. Mit der Übernahme des AIA-Standards können die Straf- und Reputationsrisiken, denen der international ausgerichtete schweizerische Finanzplatz bei der Betreuung von ausländischen Kunden besonders ausgesetzt ist, erheblich reduziert werden.

Indem der AIA-Standard global umgesetzt werden soll, werden für die Finanzplätze gleich lange Spiesse geschaffen. Die Einführung des AIA soll für die Schweiz in erster Linie einen starken, international akzeptierten und konkurrenzfähigen Finanzplatz sicherstellen.<sup>13</sup> Dieses Ziel stellt ohne weiteres ein öffentliches Interesse dar, welches aus schweizerischer Sicht im Vordergrund steht. Wird der AIA reziprok vereinbart - was der Schweiz, wie im AIA-Gesetzesentwurf vorgesehen, ermöglicht wird, die aus dem Ausland stammenden Informationen für Steuerzwecke im Inland zu verwenden - leistet die AIA-Vorlage gleichzeitig auch einen Beitrag zur Bekämpfung der Steuerflucht in der Schweiz. Die Sicherstellung der Steuerkonformität der Finanzkonten, welche von in der Schweiz steuerpflichtigen Personen gehalten werden, ist ohne Zweifel ebenfalls im öffentlichen Interesse, zumal die Grundsätze der gesetzeskonformen und rechtsgleichen Besteuerung in der Schweiz Verfassungsrang haben. Für die Einführung des AIA-Standards können somit hinreichende öffentliche Interessen geltend gemacht werden. Dies wird auch von den Kritikern des AIA anerkannt. Die verfassungsrechtliche Kernfrage ist aber, ob der AIA eine verhältnismässige Massnahme zur Erreichung der herausgeschälten öffentlichen Interessen darstellt.

### **3. Verhältnismässigkeit**

#### **3.1 Vorbemerkung**

Die Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs ist zu bejahen, wenn die vom Gesetzgeber ergriffene Massnahme geeignet ist, das bzw. die damit anvisierten Ziele zu erreichen, sie hierzu erforderlich und auch verhältnismässig i.e. S. ist.

---

<sup>13</sup> Botschaft AIA, BBl 2015 5451.

## 3.2 Geeignetheit

Bei der *Geeignetheit* geht es um die Frage, ob das angestrebte Ziel bzw. die angestrebten Ziele mit den vorgesehenen Mitteln überhaupt erreichbar sind.<sup>14</sup>

Führt die Schweiz den AIA im Verhältnis zum Ausland ein, werden sich die Straf- und Reputationsrisiken massiv reduzieren. Bei richtiger Umsetzung des AIA-Standards ist kaum vorstellbar, wie sich Banken und ihre Mitarbeiter zukünftig in den Fängen des ausländischen Fiskalstrafrechts verstricken könnten. Die Einführung des AIA wird damit einen wesentlichen Beitrag zu einem integren und international akzeptierten Finanzplatz leisten können. Damit kann verhindert werden, dass diesem international Wettbewerbsnachteile erwachsen. Ein Abseitsstehen würde nicht nur die Bemühungen des Bundesrats torpedieren, den Zugang der schweizerischen Finanzdienstleister zu ausländischen Märkten zu erleichtern, sondern Gegenmassnahmen auslösen. Diese könnten etwa in der Kündigung oder Aussetzung von Doppelbesteuerungs-, Investitionsschutz- und Freihandelsabkommen bestehen. Aber auch für die Erhöhung der Steuerkonformität in der Schweiz stellt der AIA durchaus eine geeignete Massnahme dar, da die Steuerbehörden nach dem AIA-Gesetzesentwurf die aus dem Ausland stammenden Informationen für Steuerzwecke in der Schweiz benutzen dürfen. Es ist davon auszugehen, dass die Kantone dieses neue Kontrollinstrument auch einsetzen werden.

Gegen die Geeignetheit des AIA-Standards könnte nun eingewendet werden, dass die übermittelten Informationen nicht hinreichend zielgenau sind. Mit dem AIA werden die ausländischen Steuerbehörden nämlich keinen Einblick in einzelne Transaktionen erhalten. So kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass unversteuerte Einkünfte in einem Kalenderjahr über ein meldepflichtiges Finanzkonto fliessen und noch im selben Jahr für den Erwerb eines nicht meldepflichtigen Vermögenswertes (z.B. Kunst, Immobilien, Edelmetall, etc.) verwendet werden. Denkbar ist aber auch, dass mit dem AIA Informationen geliefert werden, die der andere Staat gar nicht benötigt, da er gewisse Einkünfte (z.B. Kapitalgewinne oder Einkünfte aus rückkaufsfähigen Lebensversicherungen) von der Besteuerung ausnimmt oder die betroffene Person von einem speziellen Steuerregime profitiert (z.B. Pauschalbesteuerung oder „Non-Dom“-Status nach dem Steuerrecht des Vereinigten Königreichs). Diese Zielungenauigkeit ist die Folge der Globalisierung des Standards. Anders als der Informationsaustausch gemäss FATCA, welcher genau auf das amerikanische Steuerrecht zugeschnitten ist, soll der AIA-Standard den Bedürfnissen einer möglichst hohen Anzahl von Staaten gerecht werden. Die übermittelten Daten sollen die Behörden zumindest in die Lage versetzen, im Veranlagungsverfahren zu prüfen, ob die erstellten Steuerdeklarationen plausibel sind. In den meisten Fällen dürfte dies auch möglich sein. Es wird aber ohne weiteres Problemfälle geben, bei denen es zu Divergenzen zwischen den in der Steuerveranlagung angegebenen und den mittels AIA übermittelten Daten kommen wird. In einem solchen Fall hat der Steuerbeamte mit den ihm zur Verfügung stehenden Veranlagungsinstrumenten den Steuersachverhalt weiter zu prüfen. Hierzu ein Beispiel aus schweizerischer Sicht: Diskretionäre Trusts mit einem ausländischen Settlor, welcher in die Schweiz zugezogen und daher steuerlich ansässig ist, werden in der Schweiz respektiert. Es besteht nun durchaus das Risiko, dass ein ausländisches Finanzinstitut für die Meldepflichten gemäss AIA sämtliche Vermögenswerte und die daraus erzielten Erträge dem in der Schweiz ansässigen Settlor zurechnet, obwohl diese in der Schweiz bei Respektierung des Trusts nicht steuerbar sind. In einem solchen Fall dürfte eine Divergenz zwischen Steuerdeklaration und den durch den AIA übermittelten Daten vorliegen. Sie wird dem Steuerbe-

---

<sup>14</sup> Statt vieler: BSK StPO-GFELLER, Vor Art. 241-254 N 19.

amten Anlass geben, weitere Untersuchungen anzustellen. Insgesamt ist aber trotz der sicherlich bestehenden Ungenauigkeiten des AIA zu konstatieren, dass die zu übermittelnden Daten ein geeignetes Kontrollinstrument sind, um die Steuerkonformität eines Steuerpflichtigen zu prüfen. Werden die empfangenen Daten auch mit den Steuererklärungen abgeglichen – dies wird im Idealfall elektronisch geschehen –, wird der AIA ohne Zweifel auch präventiv wirken und die Steuerpflichtigen davon abhalten, undeclared Finanzkonten zu halten. Die Geeignetheit des AIA für die Erreichung der vom Gesetzgeber anvisierten Ziele (Wahrung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz aufgrund der Übernahme der internationalen Standards und wirksamer Beitrag an die Bekämpfung der Steuerflucht) ist daher zu bejahen.

### 3.3 Erforderlichkeit

Unter dem Kriterium der *Erforderlichkeit* ist zu prüfen, ob die vom Gesetzgeber getroffene Massnahme zur Zielerreichung auch notwendig ist. Mit anderen Worten dürfen keine mildereren Mittel zur gleichen Zielerreichung vorhanden sein.<sup>15</sup>

Die Finanz- und Schuldenkrise erhöhte den Druck auf die Schweiz, bei der Bekämpfung von Steuerdelikten zu kooperieren, in einem derartigen Masse, dass sich der Bundesrat in Abstimmung mit den Repräsentanten des schweizerischen Finanzplatzes genötigt sah, in seinem Bericht zur Finanzmarktpolitik vom 19. Dezember 2012 die Flucht nach vorne anzutreten und eine Weisgeldstrategie zu präsentieren.<sup>16</sup> Dem Bundesrat und dem Schweizer Finanzplatz war bereits im Jahre 2012 klar, dass sich die OECD und die G-20-Staaten nicht mit der Übernahme der grossen Amtshilfe auf Anfrage zufrieden geben werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass die grosse Amtshilfe als Kontrollinstrument nur beschränkt tauglich ist. Der ersuchende Staat muss nämlich im Rahmen der grossen Amtshilfe plausibel darlegen, dass er Grund zur Annahme hat, eine steuerpflichtige Person verfüge bei einer bestimmten oder ohne grossen Aufwand bestimmbarer Bank über ein Konto. Da eine steuerunehrliche Person in der Regel darauf achten wird, keine Spuren zu einem undeclared Konto zu hinterlassen, gelingt es den Steuerbehörden nur in Ausnahmefällen (z.B. bei Denunziationen durch Familienmitglieder, Freunde, Geschäftspartner oder Whistleblowers oder Hinweisen aus der Presse), erfolgreich eine Anfrage zu stellen. Da 2012 absehbar war, dass sich der Druck auf das Bankkundengeheimnis trotz Übernahme der grossen Amtshilfeklausel erhöhen wird, schlug der Bundesrat in seiner Finanzmarktstrategie 2012 bekanntlich die sog. Abgeltungssteuer vor. Die Idee bestand darin, eine Grundlage zu schaffen, welche die Privatsphäre der ausländischen Bankkunden respektiert und dennoch die Steuerkonformität sicherstellt. Das Modell der Abgeltungssteuer sollte dem AIA in seiner Wirkung dauerhaft gleichkommen. Spätestens nach der definitiven Ablehnung des von der Schweiz und Deutschland unterzeichneten Quellensteuerabkommens stellte sich jedoch heraus, dass das Konzept der Quellensteuer zur Bekämpfung der Steuerflucht international nicht auf Akzeptanz stossen wird. Die Kritiker machten im Wesentlichen geltend, dass die Abgeltungssteuer zu einem Souveränitätsverlust der Wohnsitzstaaten geführt hätte, welche die Sicherstellung der Steuerkonformität in grossem Umfang auf die Quellenstaaten delegiert hätten müssen. Angriffsfläche bot aber auch der Umstand, dass die Entgegennahme undeclared Vermögenswerten (z.B. aus Erbschaften oder aus Schwarzarbeit) nicht wirksam unterbunden hätte werden können. Eine abgeltende Quellensteuer hätte schliesslich nicht in die Steuerrechtsordnungen zahlreicher Länder integriert werden können, welche das steuerbare Einkommen einem progressiven Steuertarif unterwerfen.

<sup>15</sup> Statt vieler: BSK StPO-GFELLER, Vor Art. 241-254 N 25.

<sup>16</sup> Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012.

Aufgrund dieser Entwicklung stellt der automatische Informationsaustausch derzeit realistischerweise die einzige international – insbesondere von der OECD und den G-20-Staaten – akzeptierte Lösung zur Bekämpfung der internationalen Steuerflucht dar. Damit steht heute keine Alternative zur Verfügung, die weniger stark in die Privatsphäre eingreift und die Steuerkonformität gleichermassen sicherstellt. Die Einführung des AIA erweist sich deswegen unter Berücksichtigung der internationalen Entwicklungen als erforderlich, um einen international akzeptierten, sauberen und wettbewerbsfähigen schweizerischen Finanzplatz sicherzustellen. Auch im Rahmen einer gesetzgeberischen Gesamtstrategie, die Steuerkonformität im Inland sicherzustellen und die diesbezüglich bestehenden Lücken im nationalen Recht zu schliessen, würde die Einführung des AIA mit den wichtigsten Finanzzentren einen wesentlichen Baustein darstellen. Er würde verhindern, dass griffige innerstaatliche Regelungen zur Bekämpfung der Steuerflucht durch die Verschiebung der Zahlstelle ins Ausland umgangen werden könnten.<sup>17</sup> Es ist daher nun zu prüfen, ob der AIA verhältnismässig i.e.S. ist.

### **3.4 Verhältnismässigkeit i.e.S.**

#### **3.4.1 Vorbemerkung**

Bei der *Verhältnismässigkeit i.e.S.* geht es um eine Güterabwägung zwischen dem Eingriffszweck und der Intensität des Grundrechtseingriffs.<sup>18</sup> Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der mit dem AIA einhergehende Eingriff in die Freiheitsrechte nur gerechtfertigt werden kann, wenn er in einem vernünftigen Verhältnis zu den mit dem AIA verfolgten Zielen (Sicherstellung der Steuerkonformität und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes) steht.

#### **3.4.2 Beweisausforschungsverbot als Ausfluss der Verhältnismässigkeit**

Der AIA wird von seinen Kritikern im Wesentlichen abgelehnt, weil er gegen das Verbot der Beweisausforschung verstosse, welches Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips sei.<sup>19</sup> Eine verpönte und unverhältnismässige Beweisausforschung liege vor, wenn zur Begründung oder Erhärtung eines (noch) fehlenden oder ungenügenden Verdachts nach belastenden Beweismitteln gesucht wird, ohne dass zuvor bereits hinreichend konkrete Anhaltspunkte für ein illegales Verhalten bestanden haben.<sup>20</sup> Die Argumentation mit dem Beweisausforschungsverbot hält in dieser pauschalen Form einer näheren rechtswissenschaftlichen Analyse jedoch nicht stand. Sie ist zu undifferenziert und muss daher abgelehnt werden.

Das Verbot der Beweisausforschung stellt grundsätzlich ein strafprozessuales Institut dar: Es fallen polizeiliche und untersuchungsrichterliche Massnahmen darunter, die „aufs Geratewohl“

---

<sup>17</sup> Siehe hierzu auch Botschaft AIA, BBl 2015 5520.

<sup>18</sup> Statt vieler: BSK StPO-GFELLER, Vor Art. 241-254 N 29.

<sup>19</sup> Siehe hierzu die unter FN 3 aufgeführten Belege.

<sup>20</sup> Statt vieler: BGE 103 Ia 206 E. 6.

durchgeführt werden.<sup>21</sup> Eine Beweiserhebung ist dann ziellos, wenn sie auf keinen tatsächlichen Anhaltspunkten basiert, sondern damit die Begründung eines zunächst nicht vorhandenen Tatverdachts bezweckt wird. Der Zweck des Beweisausforschungsverbots liegt darin, den Beamten, welche von Gesetzes wegen und ex officio Strafuntersuchungen einleiten können und mit den entsprechenden Untersuchungsmitteln ausgestattet sind, eine Schranke aufzuerlegen. Von entscheidender Bedeutung ist nun, dass die unzulässige Beweisausforschung grundsätzlich nur bei der repressiven Untersuchungstätigkeit von Bedeutung ist, wo es um die Aufdeckung bereits begangener Delikte geht. Bei präventiv-polizeilichen Tätigkeiten spielt das Verbot der Beweisausforschung jedoch keine Rolle, wenn die durchgeführten Kontrollmassnahmen die Gefahrenabwehr und die Wahrung der öffentlichen Sicherheit zum Zweck haben und nicht darauf ausgerichtet sind, Beweise zur Begründung eines noch nicht vorhandenen Tatverdachts zu beschaffen.<sup>22</sup> Als typische Beispiele hierfür werden in der Literatur polizeiliche Grosskontrollen bei Sportanlässen oder Demonstrationen genannt. Der Katalog staatlicher Kontrollmassnahmen (z.B. periodische Fahrzeugkontrolle, Bauabnahmen durch die Baupolizei), welche stets in irgendeiner Form in Freiheitsrechte eingreifen, liesse sich beliebig erweitern. Freilich muss staatliches Handeln immer verhältnismässig sein, auch wenn es sich um präventive Kontrollmassnahmen handelt (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV).

Der AIA zielt darauf ab, die Steuerpflichtigen mit steuerlich relevanten Bezügen zum Ausland dazu zu bewegen, ihre Einkünfte und Vermögensverhältnisse offen zu legen, soweit dies notwendig ist, um eine gesetzeskonforme und rechtsgleiche Besteuerung in den Wohnsitzstaaten sicherzustellen. Auch wenn die Steuerveranlagung in der Schweiz beispielsweise grundsätzlich auf Vertrauen beruht, bedarf es gewisser Kontrollinstrumente, um die Einhaltung der Deklarationspflichten überprüfen zu können und zu verhindern, dass Steuerpflichtige das in sie gesetzte Vertrauen zu Lasten der Allgemeinheit missbrauchen. Die Grundsätze der gesetzeskonformen und rechtsgleichen Besteuerung gebieten daher gewisse Kontrollmöglichkeiten. Auch dem schweizerischen Steuerrecht sind solche Kontrollinstrumente nicht fremd. So bestehen beispielsweise Meldepflichten von Dritten (Art. 129 DBG) an die Steuerbehörden über bestimmte Einkünfte, welche dem Steuerpflichtigen zufließen (z.B. Meldepflichten der beruflichen Vorsorge und der gebundenen Selbstvorsorge über erbrachte Leistungen und der Arbeitgeber in bestimmten Kantonen). Der AIA stellt ein Instrument dar, bei welchem klarerweise die Sicherstellung der gesetzeskonformen Veranlagung und weniger die Aufdeckung bereits begangener Steuerdelikte im Vordergrund steht. Das automatisierte Informationsverfahren setzt keine Entscheidung der zuständigen Behörde des empfangenden Staats voraus, ob die im übermittelnden Staat aufbereiteten Daten abgerufen werden sollen.<sup>23</sup> Damit ist auch gesagt, dass der AIA keine Untersuchungsmassnahme darstellt, welche aufgrund eines behördlichen Entscheids eingeleitet wird und darauf gerichtet ist, Beweise zu ergattern, um gegen einen Steuerpflichtigen einen bisher nicht vorhandenen Tatverdacht zu begründen. Der AIA unterscheidet sich daher wesentlich von der grossen oder spontanen Amtshilfe, welche von einem Entscheid eines mit Untersuchungsmitteln ausgestatteten Beamten ausgeht, und insbesondere bei Gruppenanfragen darauf gerichtet ist, Beweise für ein repressives Fiskalstrafverfahren zu beschaffen. Da der AIA somit auf Kontrolle resp. Prävention abzielt und nicht ein Untersuchungsmittel darstellt, dessen Einsatz von einem behördlichen Ermessensentscheid abhängt,

---

<sup>21</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden die vertiefte und differenzierte Auseinandersetzung mit dem Beweisausforschungsverbot in CORNELIA HÜRLIMANN, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Diss. UZH (2006), S. 108 ff.

<sup>22</sup> Siehe HÜRLIMANN, wie FN 21, S. 110, wo auch die Abgrenzung von präventiven und repressiven Untersuchungsmassnahmen diskutiert wird, welche indes mitunter Probleme bereitet. Von Bedeutung ist insbesondere, dass nicht unter dem Deckmantel präventiv-polizeilicher Tätigkeit repressive Instrumente eingesetzt werden.

<sup>23</sup> Siehe auch Botschaft AIA, BBl 2015 5505.

greift das Beweisausforschungsverbot nicht. Im Gegenteil: Da der präventive Charakter des AIA nicht in Frage steht, dürfte das Vertrauen der Steuerbeamten in die Richtigkeit der Steuerdeklaration steigen und das Bedürfnis, Steueruntersuchungen gegen Steuerpflichtige mit ausländischen Konten einzuleiten, sinken. Damit ist erhellt, dass das Beweisausforschungsverbot aus rechtlicher Sicht der falsche Aufhänger ist, um die Verhältnismässigkeit i.e.S. des AIA zu beurteilen.

### **3.4.3 Datenschutzrechtliche Minimalgarantien als Folge der Verhältnismässigkeit**

Die deutschsprachige Lehre hat sich aufgrund verschiedener Leitentscheide des deutschen Bundesverfassungsgerichts intensiv mit den allgemeinen Voraussetzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschäftigt. Dabei wurde anerkannt, dass die Abfrage von Kontoinformationen seitens der Steuerbehörden einen Eingriff in die Privatsphäre des Steuerpflichtigen darstellt. Mit Blick auf ein vom Gesetzgeber verfolgtes öffentliches Interesse erweist sich ein Eingriff nur als verhältnismässig i.e.S. ist, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:<sup>24</sup>

- Der Verwendungszweck der Daten muss bereichsspezifisch und präzise bestimmt sein. Die Daten müssen ausserdem auf ein für die Zweckerreichung erforderliches Minimum beschränkt sein und dürfen nicht auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken erhoben werden.
- Es muss ein „amtshilfefester Schutz“ gegen Zweckentfremdung durch Weitergabeverbote und Verwertungsverbote der Daten vorgesehen sein.
- Es muss ein verfahrensrechtlicher Schutz mit Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten gegeben sein.
- Überdies muss das Gesetz datenschutzrechtlich geprüft sein.

Im Folgenden ist zu prüfen, inwieweit diese Voraussetzungen beim AIA erfüllt sind.

Im Zusammenhang mit dem AIA ist von Bedeutung, dass die Steuerpflichtigen gestützt auf die jeweils anwendbaren nationalen Steuergesetze ihre finanziellen Verhältnisse gegenüber der für die Veranlagung zuständigen Steuerbehörde sowieso offenlegen müssen, um eine gesetzeskonforme und rechtsgleiche Besteuerung herbeiführen zu können. Der AIA verfolgt lediglich das Ziel, dass die Steuerpflichtigen die für die Veranlagung notwendigen finanziellen Informationen gegenüber den Steuerbehörden auch deklarieren. Entsprechend kann die Verwendungsmöglichkeit der automatisch übermittelten Daten gestützt auf Abschnitt 5 Abs. 1 AIA-Vereinbarung vom übermittelnden Staat, soweit für die Gewährleistung des notwendigen Schutzes personenbezogener Daten erforderlich, eingeschränkt werden. In diesem Zusammenhang ist nun wesentlich, dass die Schweiz gestützt auf Art. 15 Abs. 3 E-AIA-Gesetz die zuständigen Behörden der Partnerstaaten auf die Einschränkungen bei der Verwendung der übermittelten Informationen sowie die Geheimhaltungspflichten nach den Amtshilfebestimmungen des anwendbaren Abkommens hinweisen wird. Soweit nicht anders vereinbart, gelten das Vertraulichkeits- und das Spezialitätsprinzip nach Art. 22 des Amtshilfeübereinkommens. Danach dürfen die ausgetauschten Informationen nur den

---

<sup>24</sup> BVfGer vom 15.12.1983, S. 28.

Personen oder Behörden zugänglich gemacht werden, die mit der Festsetzung, Erhebung, Vollstreckung oder Strafverfolgung oder der Entscheidung über Rechtsmittel der Steuern befasst sind. Eine über steuerliche Zwecke hinausgehende Verwendung der Informationen wird nur möglich sein, wenn eine bilaterale Vereinbarung eine solche vorsieht und die ESTV ihre Zustimmung gibt. Sollen die Informationen an Strafbehörden weitergeleitet werden, muss auch das Bundesamt für Justiz einverstanden sein. Eine mit diesen Grundsätzen korrespondierende Einschränkung der Verwendung sieht das AIA-Gesetz in Art. 20 auch für die vom Ausland automatisch an die ESTV übermittelten Informationen vor. Die bestehenden Rechtsgrundlagen stellen damit sicher, dass die übermittelten Informationen nicht für fremde Zwecke verwendet werden.

Freilich kann ein Datenmissbrauch seitens des empfangenden Vertragsstaates nicht ausgeschlossen werden. In einem solchen Fall ist der übermittelnde Staat berechtigt und verpflichtet, das OECD-Sekretariat über die Verletzung des Spezialitätsvorbehalts und der Vertraulichkeitsvorschriften und über die darauf ergriffenen Gegenmassnahmen zu informieren. Diese Gegenmassnahmen können in der Aussetzung oder Kündigung des AIA mit dem Partnerstaat bestehen (siehe Abschnitt 7 Abs. 3 und 4 AIA-Vereinbarung). Die vorgesehenen Rechtsgrundlagen sehen somit einen bereichsspezifischen und bestimmten Verwendungszweck vor, welcher mit dem primären Ziel des AIA – Sicherstellung der Steuerkonformität – abgestimmt ist. Die AIA-Vorlage erweist sich damit in Bezug auf den vorgesehenen Datenschutz und möglichen Schutzvorkehrungen bei Zweckentfremdung bzw. Datenmissbräuchen grundsätzlich als verhältnismässig i.e.S. Freilich hat der Bundesrat und die Bundesversammlung bei Staaten ohne bewährte Rechtsstaatskultur die Aktivierung des AIA u.U. von vorgängig abgegebenen Garantien des empfangenden Staats in Bezug auf die korrekte Verwendung der erhaltenen Daten und den Datenschutz abhängig zu machen.

Da der AIA-Standard global zur Anwendung gebracht werden soll, um gleich lange Spiesse für alle Finanzzentren zu schaffen und Wettbewerbsverzerrung zu verhindern, mag er in Bezug auf einzelne Steuerpflichtige nicht zielgenau sein und zur Übermittlung von Informationen führen, welche im konkreten Fall für die Veranlagung nicht bedeutsam sind. Da der AIA aber nicht systematisch zu einem überschüssenden Informationsaustausch führt und ein bilaterales Informationsaustauschsystem, welches auf die nationalen Besonderheiten der ausländischen Steuerrechtsordnungen Rücksicht nimmt, nicht flächendeckend umgesetzt werden könnte, darf die einem globalen Standard inhärente Ungenauigkeit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung in Kauf genommen werden. Die gestützt auf den AIA ausgetauschten Daten werden damit auf ein für die Zweckerreichung erforderliches Minimum beschränkt sein, soweit dies im Rahmen eines globalen Standards überhaupt möglich ist.

Bei der Analyse, ob der Eingriff in das Recht der informationellen Selbstbestimmung mit Blick auf das anvisierte Ziel des AIA verhältnismässig i.e.S. ist, müssen zumindest nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welche in die schweizerische Datenschutzdoktrin eingeflossen ist, auch die dem Steuerpflichtigen gewährten datenschutzrechtlichen Ansprüche berücksichtigt werden. Was die Informationsaufbereitung durch die Finanzinstitute anbelangt, besteht gestützt auf Art. 14 E-AIA-Gesetz eine Informationspflicht an die betroffenen Steuerpflichtigen seitens der schweizerischen Finanzinstitute spätestens fünf Monate vor der Übermittlung der aufbereiteten Daten an die ESTV. Damit können die vom AIA betroffenen Personen vor der Übermittlung der Daten an die ESTV gegenüber dem Finanzinstitut Auskunft verlangen und gegebenenfalls die Daten berichtigen lassen. Ein Auskunftsrecht steht den betroffenen Personen auch gegenüber der ESTV zu, wobei ihr gegenüber nur Fehler berichtet werden können, welche auf einem Übermittlungsfehler beruhen (siehe oben B.2). Die verfassungsrechtlich geforderten Mindestgarantien an den Datenschutz sind damit zumindest in der Schweiz erfüllt.

Problematisch ist indes die bestehende Lücke in Bezug auf die Löschung der übermittelten Finanzdaten. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verleiht den betroffenen Personen einen Anspruch darauf, dass der empfangende Staat die übermittelten Informationen löscht, sobald sie für die Steuererhebung nicht mehr relevant sind. Dies ist regelmässig der Fall, wenn im empfangenden Staat die Veranlagungs- bzw. Steuerstrafverfolgungsverjährung eingetreten ist. Spätestens in diesem Zeitpunkt besteht kein Verwendungsbedarf für die übermittelten Daten, weswegen sie gelöscht werden müssen. Selbstverständlich gilt dies auch für die Informationen, welche die Schweiz aus dem Ausland erhält. Der bestehende verfassungsrechtliche Datenschutzmangel liesse sich im laufenden Gesetzgebungsverfahren theoretisch beseitigen, indem die ESTV und die Kantone verpflichtet würden, die erhaltenen Daten innerhalb einer bestimmten Frist zu löschen. Aufgrund einer solchen Bestimmung könnte die Schweiz gestützt auf Abschnitt 5 Abs. 1 AIA-Vereinbarung die empfangenden Staaten ebenfalls anweisen, die Daten nach Ablauf einer bestimmten Frist zu löschen. Freilich ist zu konstatieren, dass es sich bei der aufgeworfenen Thematik der Löschung nicht mehr benötigter Informationen um eine grundsätzliche datenschutzrechtliche Fragestellung handelt, welche das gesamte Datenschutzrecht betrifft und nicht AIA-spezifisch ist. Es erweist sich daher als vertretbar, die Thematik gesetzgeberisch in einem breiteren Rahmen aufzugreifen.

Weder im AIA-Gesetz noch im Entwurf des Bundesbeschlusses sind konkrete datenschutzrechtliche Vorkehrungen getroffen, die von den empfangenden Behörden anzuwenden sind. Der Bundesrat führt in der Botschaft diesbezüglich indes aus, dass im Rahmen der Aktivierung des AIA die im Partnerstaat geltenden Vorschriften untersucht werden sollen, bevor festgelegt wird, ob die empfangende Behörde weitergehende Schutzmassnahmen anwenden muss. Bei der Beurteilung, ob ein Staat ein angemessenes Datenschutzniveau aufweist, sollen die von der Schweiz in der Vergangenheit gemachten Erfahrungen im Zusammenhang mit den gestützt auf ein DBA oder ein SIA vorgenommenen Informationsaustausche berücksichtigt werden. Schliesslich soll auch auf die vom Global Forum durchgeführten Evaluationen der Partnerstaaten in Bezug auf die Wahrung der Vertraulichkeit in Steuersachen zurückgegriffen werden. Um der verfassungsrechtlich gebotenen datenschutzrechtlichen Überprüfung möglichst Nachachtung zu verschaffen, könnte der Gesetzgeber Art. 6 E-AIA-Gesetz in der Weise präzisieren, dass der Bund verpflichtet wird, im Rahmen eines Berichts zu prüfen, ob die Partnerstaaten ein Datenschutzniveau erreichen, welches den schweizerischen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.<sup>25</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an den Datenschutz im Rahmen der AIA-Vorlage grundsätzlich erfüllt werden können, wenn die vorliegend vorgeschlagenen Präzisierungen in Bezug auf die datenschutzrechtliche Prüfungspflicht und die Löschungspflicht vorgenommen werden. Letztere stellt jedoch eine grundsätzliche Thematik des schweizerischen Datenschutzrechts dar, welche am wirksamsten im Rahmen einer Revision des Datenschutzgesetzes aufgegriffen werden könnte.

---

<sup>25</sup> Vgl. Botschaft AIA, BBl 2015 5471, wo sich der Bundesrat dieser Problematik bewusst ist.

### 3.4.4 Berücksichtigung der drohenden Nachteile als Folge des AIA

Die Beurteilung der Verhältnismässigkeit i.e.S. hängt auch davon ab, welche über die Informationserhebung hinausgehenden Nachteile der betroffenen Person aufgrund des Informationsaustausches drohen oder von ihr nicht ohne Grund zu befürchten sind.<sup>26</sup>

Aufgrund der Informationspflicht gemäss Art. 14 E-AIA-Gesetz ist kaum vorstellbar, dass ein ausländischer Kunde in Zukunft einem schweizerischen Finanzinstitut oder einem Finanzinstitut eines anderen Staates, welcher den AIA umsetzen wird, undeclared Vermögenswerte anvertrauen wird, deren Meldung aufgrund des AIA ihn in ernsthafte Gefahr in seinem Ansässigkeitsstaat bringen könnte. Fragen des Ordre public dürften sich daher bei neuen Konten, die nach Inkraftsetzung des AIA bei einem Schweizer Finanzinstitut errichtet werden, in der Regel nicht stellen.

Von grösserer praktischer Bedeutung dürften die *Nachteile sein, welche im Zusammenhang mit bestehenden, nicht deklarierten Konten drohen*. Zwar sieht weder die AIA-Vorlage noch die OECD einen automatischen Austausch von Finanzinformationen über vergangene Steuerperioden vor. Allerdings erlaubt der erstmalige Austausch von Informationen über ein bestehendes Konto einen Rückschluss auf die Steuerkonformität der betroffenen Person in der Vergangenheit. Stellt sich heraus, dass das Konto in der Vergangenheit nicht deklariert wurde, dürfte gegen die betroffene Person ein Nachsteuer- und Steuerhinterziehungsverfahren eingeleitet werden. Da im Rahmen des AIA auch der Name des Finanzinstituts offen gelegt wird, bei welchem ein Konto gehalten wird, kann der empfangende Staat mit Aussicht auf Erfolg gestützt auf die grosse Amtshilfeklausel ein Amtshilfegesuch auf Anfrage stellen, um die Kontoinformationen in Bezug auf die vor Inkraftsetzung des AIA abgeschlossenen Steuerperioden zu erhalten. Der Kontoinhaber sieht sich damit rückwirkend mit steuerstrafprozessualen Nachteilen konfrontiert, mit denen er im Zeitpunkt der Kontoeröffnung nicht gerechnet hat. Dies ist unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit und desjenigen von Treu und Glauben problematisch, weswegen ein automatischer Informationsaustausch aus Fairnessgründen in Bezug auf bestehende Konten nur stattfinden sollte, wenn der die Informationen empfangende Staat seinen Steuerpflichtigen die Möglichkeit eröffnet, sich unter strafrechtlich privilegierten Rahmenbedingungen zu regularisieren.<sup>27</sup> Die Steuerpflichtigen müssen mit anderen Worten eine Brücke in die Legalität haben bzw. erhalten, um offene Steuerschulden in einem fairen und vernünftigen Verfahren begleichen zu können.<sup>28</sup> Andernfalls ist der Eingriff in den Privatsphärenschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht als äusserst delikats zu beurteilen. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. könnte mit guten Gründen verneint werden. Bei Staaten, welche keine fairen Regularisierungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen, könnte auch eine Verletzung des Beweisausforschungsverbot virulent werden, da in Bezug auf bestehende Konten die Grenze zwischen präventiver und repressiver Massnahme verwischt werden könnte. Die aufgeworfene Frage wird v.a. bei der Aktivierung des AIA mit einem Partnerstaat, welche mit separatem Bundesbeschluss erfolgen wird, von Bedeutung sein.

Denkbar sind Einzelfälle, in denen eine vom AIA betroffene Person ein Konto aus Fahrlässigkeit nicht offengelegt oder die an und für sich vorhandene Regularisierung aus anderen Gründen nicht genutzt hat. Bestünde in einer solchen Ausnahmesituation das realistische Risiko einer Verletzung

---

<sup>26</sup> Siehe hierzu überzeugend auch das Urteil des BVerfG vom 13. Juni 2007, 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05, Rz. 133 ff.

<sup>27</sup> So wohl die Botschaft AIA, BBl 2015 5505 f.

<sup>28</sup> Ibid.

des Ordre public, weil die betroffene Person durch die Bekanntgabe der Kontoinformationen in ihrer Persönlichkeit schwerwiegend gefährdet würde (z.B. Gefahr einer menschenrechtswidrigen Behandlung in einem Strafverfahren, drohenden Todesstrafe, Körperstrafe, Kollektivstrafe oder einer anderen den Kerngehalt der Menschenwürde verletzenden Strafe, Verletzung grundlegender Verfahrensprinzipien)<sup>29</sup>, muss der AIA ausnahmsweise verweigert werden können. Der Ordre public kann verfassungsrechtlich mit keiner Rechtfertigung zur Disposition gestellt werden, da er zum Kernbereich der Grundrechte gehört. Die OECD anerkennt die Problematik des Ordre public im Rahmen des AIA, auch wenn sie das Risiko eines derartigen Konflikts als gering einschätzt. In ihrem Kommentar führt sie daher aus, dass gewisse Staaten von ihren zuständigen Behörden verlangen werden, Informationen nur unter dem Hinweis auszutauschen, dass sie nicht in Verfahren verwendet werden dürfen, bei welchen die Gefahr einer Verletzung des Ordre public bestehe.<sup>30</sup> Auch wenn solche Hinweise durchaus begrüssenswert sind, kann ein Rechtsstaat wie die Schweiz es nicht dabei bewenden lassen, wenn die betroffene Person genügend klar eine drohende Verletzung des Ordre public darlegen kann. Entsprechend dürfen die Ausführungen im OECD-Kommentar nicht dahin ausgelegt werden, dass einer vom AIA betroffenen Person verwehrt wird, bei einem an die ESTV gerichteten Begehren auf Unterlassung der automatischen Amtshilfe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Amtshilfeübereinkommen den Ordre public anzurufen. Eine gegenteilige Auffassung könnte in Ausnahmefällen zu einer Verletzung der Privatsphäre und der persönlichen Freiheit führen. Der AIA sollte gestützt auf das Amtshilfeübereinkommen daher nur mit Staaten aktiviert werden, deren innerstaatliches Recht und Praxis den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention oder dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1996 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) entsprechen.

#### **4. Fazit**

Die AIA-Vorlage greift in die Privatsphäre, insbesondere in das Recht der informationellen Selbstbestimmung, ein. Der AIA, wie er gestützt auf die AIA-Vereinbarung und das AIA-Gesetz umgesetzt werden soll, erfüllt aber die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen von Art. 36 BV für einen Freiheitseingriff. Insbesondere stellt der AIA eine geeignete und erforderliche Massnahme zur Sicherstellung der Steuerkonformität ausländischer Kunden und der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes dar. In Bezug auf die Verhältnismässigkeit i.e.S. sind gewisse Vorbehalte anzubringen, welche jedoch weniger die vorliegend zu beurteilende AIA-Vorlage, sondern die Voraussetzungen für die Aktivierung des AIA mit Partnerstaaten betreffen:

1. Automatisch übermittelte Kontoinformationen, die nicht mehr verwendet werden bzw. wegen Verjährung der Veranlagung bzw. Strafverfolgung nicht mehr verwendet werden dürfen, sind zu löschen. Um diesen verfassungsrechtlichen Erfordernis zu erfüllen, könnte eine Präzisierung im AIA-Gesetz erfolgen. Die Löschungspflicht stellt freilich ein grundsätzliches Thema des schweizerischen Datenschutzrechts dar. Sie ist nicht AIA-spezifisch, weswegen auch erwogen werden könnte, die Thematik in grundsätzlicher Weise im Rahmen einer Revision des Datenschutzgesetzes aufzugreifen.
2. Eine Aktivierung des AIA sollte nur mit Partnerstaaten erfolgen, welche den verfassungsrechtlichen Mindeststandard an den Datenschutz erfüllen. Um der verfassungsrechtlich

---

<sup>29</sup> Siehe hierzu oben S. 6 ff.

<sup>30</sup> Siehe hierzu OECD, Standard for automatic exchange of financial account information in tax matters (2014), S. 80 f.

gebotenen datenschutzrechtlichen Überprüfung möglichst Nachachtung zu verschaffen, könnte der Gesetzgeber Art. 6 E-AIA-Gesetz in der Weise präzisieren, dass der Bund verpflichtet wird, im Hinblick auf die Aktivierung des AIA im Rahmen eines Berichts zu prüfen, ob die Partnerstaaten ein Datenschutzniveau erreichen, welches den schweizerischen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

3. Der AIA sollte nur mit Staaten vereinbart werden, die
  - (i) im Hinblick auf die Einführung des AIA eine insgesamt faire Regularisierungslösung zur Verfügung stellen und
  - (ii) deren innerstaatliches Recht und Praxis den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention oder dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1996 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) entsprechen.

Vorliegend ist zu beachten, dass die Feststellung der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in die Privatsphäre und der persönlichen Freiheit stets nur für den Moment, in dem sie getroffen wurde, Gültigkeit hat. Ändern sich die Verhältnisse, sodass die Verhältnismässigkeit des AIA in Bezug auf einen Staat verneint werden muss, wird die Schweiz nicht darum herum kommen, den AIA gegenüber diesem Staat zu beenden. Das AIA-Übereinkommen sieht eine solche Notbremse vor.

#### **D. RECHTSWEGGARANTIE GEMÄSS ART. 29A BV**

Gemäss Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Die Verhältnismässigkeitsprüfung im Zusammenhang mit dem Eingriff in die Privatsphäre und die Rechtsweggarantie sind aufs Engste verknüpft. Die Intensität des Eingriffs für die vom AIA betroffene Person hängt nämlich auch davon ab, welche Möglichkeit diese hat, einen unrechtmässigen Freiheitseingriff (z.B. infolge Fehlerhaftigkeit der Daten oder Verletzung des Ordre public) auf dem Beschwerdeweg abwehren zu können.

Die Kritiker des AIA vertreten die Auffassung, dass die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV verletzt werde. Es gebe keine klare Regelung des Rechtsschutzes der Bankkunden gegenüber den Verfügungen der ESTV. In Bezug auf die Weiterleitung der Informationen ins Ausland schliesse das vorgeschlagene System das Recht auf die Sperrung der Bekanntgabe von Personendaten sowie jeglichen Rechtsschutz aus.

Wie bereits oben dargestellt worden ist, behält Art. 19 Abs. 1 E-AIA-Gesetz die Ansprüche und Verfahren gemäss Datenschutzgesetz vor. Dies bedeutet, dass eine vom AIA betroffene Person gegenüber dem Finanzinstitut zumindest ein gerichtlich durchsetzbares Auskunfts- und Berichtigungsrecht (Art. 5 und 8 DSG) hat. Im Rahmen einer Berichtigungsklage wird ein Gericht auch überprüfen können, ob die Kontoinformationen von einem Finanzinstitut in Einklang mit der AIA-Vereinbarung und dem AIA-Gesetz aufbereitet worden sind. Gerade bei Vermögensverwaltungsstrukturen könnten delikate Auslegungsfragen auftreten, welche aufgrund der datenschutzrechtlichen Zuständigkeitsordnung von Zivilgerichten zu entscheiden wären (Art. 15 DSG). Da die Bank gemäss Art. 14 E-AIA-Gesetz verpflichtet ist, den Kunden über den AIA spätestens am 31. Januar des Jahres, in dem erstmals ihn betreffende Informationen ausgetauscht werden, zu informieren, können die datenschutzrechtlichen Ansprüche von den betroffenen Personen auch

faktisch geltend gemacht werden. In Bezug auf die Kontrolle der Richtigkeit der ausgetauschten Informationen ist der Rechtsweg somit garantiert.

Dasselbe gilt auch in Bezug auf Übermittlungsfehler. Gegenüber der ESTV können die betroffenen Personen gestützt auf Art. 19 Abs. 2 E-AIA-Gesetz nämlich ebenfalls das Auskunftsrecht geltend machen und verlangen, dass Übermittlungsfehler berichtigt werden.

In der Botschaft wird indes ausgeführt, dass die ESTV keine materielle Prüfung der Daten vornehmen könne, da sie gar nicht in der Lage dazu wäre.<sup>31</sup> Es seien die meldenden Finanzinstitute, die mit den Kontoinhabern in Kontakt stehen und die Sorgfaltspflichten anwenden. Das Recht auf die Sperrung der Bekanntgabe von Personendaten, welches gemäss Art. 20 DSG gegenüber dem verantwortlichen Bundesorgan geltend gemacht werden kann, sei ausgeschlossen, da im Rahmen des AIA die Übermittlung der Informationen gestützt auf Staatsverträge erfolge, die genau regeln, welche Informationen über wen wann zu übermitteln seien. Die meldenden schweizerischen Finanzinstitute und die ESTV hätten keinen Ermessensspielraum, ob sie eine Übermittlung vornehmen wollen oder nicht. Vor diesem Hintergrund würde die Anwendung von Art. 20 DSG dazu führen, dass die ESTV die Sperrung jeweils verweigern würde mit dem Hinweis, dass eine Rechtspflicht zur Bekanntgabe bestehe.

Die vom Bundesrat in der Botschaft geltend gemachten Argumente dürften in der Praxis wohl in den allermeisten Fällen zutreffen, wenn bei der Auswahl der Staaten, mit denen der AIA aktiviert wird, die oben dargelegten Grundsätze beachtet werden und die Partnerstaaten gegenüber der Schweiz die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Minimalgarantien und des Ordre public garantieren.

Sollte entgegen der hier ausgesprochenen Empfehlung gestützt auf das AIA-Übereinkommen der AIA auch mit Ländern vereinbart werden, welche die oben geforderten Mindestgarantien gemäss EMRK oder Uno-Pakt II in der Praxis nicht zuverlässig umsetzen, kann im Zusammenhang mit nicht offengelegten Konten nicht ausgeschlossen werden, dass in einem konkreten<sup>32</sup> Fall aufgrund aussergewöhnlicher Umstände, die die betroffene Person hinreichend darlegen kann, bei einer Übermittlung der Daten eine Verletzung des Ordre public droht. Es stellt sich in diesem Fall die Frage, ob sich die betroffene Person hinreichend zur Wehr setzen kann. Da der Ordre public die rechtsstaatlichen Kerngarantien beinhaltet und überdies auch vom Amtshilfeübereinkommen vorbehalten wird, liesse sich eine Verweigerung der Rechtsweggarantie gestützt auf Art. 29a Satz 2 BV verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen. Dies bedeutet, dass die möglichen vorhandenen Rechtsbehelfe verfassungskonform auszulegen sind. Einer solchen Auslegung kann jedoch nur zum Durchbruch verholfen werden, wenn sie nicht einem klaren Gesetzestext oder dem gesetzgeberischen Willen, wie er den Materialien entnommen werden kann, widerspricht.

Der klare Wortlaut gemäss Art. 19 Abs. 2 E-AIA-Gesetz und die Ausführungen in der Botschaft schliessen eine Beschwerde gegenüber der ESTV gestützt auf Art. 20 DSG mit dem Antrag auf Unterlassung des automatischen Informationsaustausches klarerweise aus. Theoretisch könnte man sich fragen, ob eine Beschwerde auf Art. 25a VwVG<sup>33</sup> abgestützt werden könnte, zumal der Vorbehalt des Ordre public, dessen Verletzung gerügt werden könnte, im Amtshilfeübereinkom-

---

<sup>31</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden Botschaft AIA, BBl 2015 5504 f.

<sup>32</sup> Siehe hierzu die oben auf S. 14 dargestellten Konstellationen.

<sup>33</sup> Siehe hierzu die Ausführungen oben S. 4.

men und nicht im Datenschutzgesetz enthalten ist. Bei einer restriktiven Auslegung bezieht sich Art. 19 Abs. 2 E-AIA-Gesetz nämlich nur auf die Rechte gemäss DSG. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht in einem konkreten Fall die Hilfskonstruktion über Art. 25a VwVG im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung anerkennen würde. Gegen eine solche Interpretation spricht jedoch der Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“, der in der Praxis freilich nicht allzu schematisch und formalistisch angewendet werden sollte. Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass im beschriebenen „worst Case“ aufgrund der bestehenden Rechtslage nicht mit Sicherheit feststeht, ob ein Gericht wegen drohender Verletzung des Ordre public auf ein öffentlich-rechtliches Beschwerdeverfahren eintreten würde.

Einen anderen möglichen Rechtsbehelf stellt eine Klage der vom AIA betroffenen Person gestützt auf Art. 19 E-AIA-Gesetz in Verbindung mit Art. 15 Abs. 3 DSG dar. Nach Art. 6 Abs. 1 DSG dürfen Personendaten nämlich nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Nach den Materialien zum DSG gewährleistet eine Gesetzgebung dann ein angemessenes Schutzniveau, wenn sie den Anforderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten („STE 108“)<sup>34</sup> entspricht. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, wie diese Gesetzgebung in der Praxis umgesetzt wird. Zu beachten ist nun, dass sich das STE 108 bloss auf das Recht der informationellen Selbstbestimmung und damit auf den eigentlichen Datenschutz bezieht. Eine Verpflichtung, die Mindestgarantien gemäss EMRK oder Uno-Pakt II zu gewährleisten, ist im STE 108 nicht explizit enthalten. Eine vom AIA betroffene Person hat damit zwei Hürden zu überspringen, will sie eine Verletzung des Ordre public gestützt auf Art. 6 DSG rügen: Erstens muss sie geltend machen, dass es sich bei der Übermittlung der Daten vom inländischen Finanzinstitut an die ESTV um eine grenzüberschreitende Datenbekanntgabe nach Art. 6 DSG handelt. Bei einer formalistischen Auslegung könnte die Anwendbarkeit von Art. 6 DSG verneint werden, da rein formal das schweizerische Finanzinstitut gestützt auf den AIA-Mechanismus ja gerade keine Daten ins Ausland liefert. Stellt man hingegen die Wirkung der Datenübermittlung seitens des inländischen Finanzinstituts in den Vordergrund und berücksichtigt man den Umstand, dass der Rechtsschutz im Verhältnis zur ESTV stark eingeschränkt ist (wenn die Hilfskonstruktion über Art. 25 VwVG abgelehnt wird), könnte jedoch die Anwendbarkeit von Art. 6 DSG bejaht werden. Ist dies der Fall muss aber die vom AIA betroffene Person noch eine zweite Hürde überspringen: Art. 6 Abs. 1 DSG muss von einem Gericht in dem Sinne ausgelegt werden, dass auch eine drohende Verletzung des Ordre public eine schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit der betroffenen Personen darstellt. Beschränkt sich ein Gericht aufgrund der Materialien bloss auf eine datenschutzrechtliche Prüfung im Sinne vom STE 108, fällt die Rüge der Verletzung des Ordre public unter Umständen durch die Maschen des Rechtsschutzes. Somit besteht auch in Bezug auf Art. 19 Abs. 1 E-AIA-Gesetz eine Unsicherheit, ob in einem aussergewöhnlichen Einzelfall die Verletzung des Ordre public gerügt werden kann.

Mit Blick auf Art. 29a BV erweisen sich die bestehenden Unsicherheiten in Bezug auf die Rechtsweggarantie als verfassungsrechtlich unbefriedigend, auch wenn die Thematik bloss aussergewöhnliche Einzelfälle betreffen dürfte: Sollte mit Staaten der AIA aktiviert werden, bei welchen Zweifel darüber bestehen, ob sie die Mindestgarantien der EMRK oder des UNO-Pakts II in ihrer Rechtspraxis auch wahren, besteht aus verfassungsrechtlicher Sicht ein berechtigtes Bedürfnis nach einer gesetzgeberischen Klärung der offenen Rechtsfragen in Bezug auf den Rechtsschutz. Eine solche könnte dadurch herbeigeführt werden, indem im Gesetz oder in den Materia-

---

<sup>34</sup> SR 0.235.1.

lien eine Präzisierung zu Art. 19 Abs. 2 E-AIA-Gesetz angebracht wird, dass diese Bestimmung den Anspruch auf eine Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG nicht beschneidet.

## **E. VERFASSUNGSRECHTLICHE KOMPETENZORDNUNG BEI ÄNDERUNGEN DER AIA-VEREINBARUNG**

Abschnitt 6 Abs. 2 AIA-Vereinbarung enthält eine Abänderungsklausel. Danach kann der AIA-Standard mittels Konsens durch schriftliche Übereinkunft aller zuständigen Behörden geändert werden, für welche die Vereinbarung wirksam ist. Sofern nichts anderes vereinbart wurde, wird diese Änderung am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von einem Monat nach der letzten Unterzeichnung dieser schriftlichen Übereinkunft folgt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Abänderungsklausel der AIA-Vereinbarung zu einer verfassungswidrigen Aushöhlung der bestehenden Kompetenzordnung führt, wie es Kritiker des AIA geltend machen.<sup>35</sup>

Gemäss Art. 166 Abs. 2 BV sind völkerrechtliche Verträge durch die Bundesversammlung zu genehmigen. *Ausgenommen sind die Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist.*

Gemäss Art. 7 Abs. 2 E-AIA-Gesetz erhält der Bundesrat die Ermächtigung, Änderungen der AIA-Vereinbarung in die Beilage zur multilateralen Vereinbarung aufzunehmen, wenn diese von beschränkter Tragweite sind. Als solche gelten gemäss Art. 7 Abs. 3 E-AIA-Gesetz Änderungen, die für die meldepflichtigen Personen und meldenden schweizerischen Finanzinstitute keine neuen Pflichten begründen oder keine bestehenden Rechte aufheben, sowie solche, die sich in erster Linie an die Behörden richten, administrativ-technische Fragen regeln oder keine bedeutenden finanziellen Aufwendungen verursachen. Änderungen, die nicht von beschränkter Tragweite sind, müssen jedoch gemäss Art. 7 Abs. 2 E-AIA-Gesetz der Bundesversammlung zur Genehmigung unterbreitet werden. Gemäss Ausführungen in der Botschaft kann die zuständige Behörde der Schweiz eine Änderung der AIA-Vereinbarung daher erst nach Genehmigung dieser Änderung durch die Bundesversammlung zustimmen.

Aufgrund der dargestellten gesetzlichen Bestimmungen ist nicht ersichtlich, inwieweit das AIA-Gesetz zu einer verfassungswidrigen Kompetenzdelegation führt. Art. 166 Abs. 2 BV wird durch die vorgesehene landesrechtliche Umsetzung von Abschnitt 6 Abs. 2 AIA-Vereinbarung nicht verletzt.

## **F. SCHLUSSFOLGERUNGEN**

Aus der durchgeführten verfassungsrechtlichen Analyse können in Bezug auf die Verfassungskonformität der AIA-Vorlage folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

---

<sup>35</sup> Siehe hierzu die unter FN 3 aufgeführten Belege.

## 1. Vereinbarkeit der AIA-Vorlage mit dem Schutz der Privatsphäre:

Die AIA-Vorlage greift zwar in die Privatsphäre, insbesondere in das Recht der informationellen Selbstbestimmung, ein. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV für den Freiheitseingriff sind jedoch grundsätzlich erfüllt, da der AIA eine geeignete und erforderliche Massnahme zur Sicherstellung der Steuerkonformität ausländischer Kunden, der internationalen Akzeptanz und der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes darstellt. Bei der Aktivierung des AIA mit Partnerstaaten sind jedoch folgende Grundsätze zu beachten:

- Automatisch übermittelte Kontoinformationen sollten gelöscht werden, wenn sie nicht mehr verwendet werden bzw. wegen Verjährung der Veranlagung bzw. Strafverfolgung nicht mehr verwendet werden dürfen. Um dieses verfassungsrechtliche Erfordernis zu erfüllen, könnte eine Präzisierung im AIA-Gesetz erfolgen. Das Thema der Löschungspflicht, welches sich generell und nicht nur in Bezug auf den AIA stellt, müsste sinnvollerweise in einem breiteren Rahmen aufgegriffen und gelöst werden.
- Eine Aktivierung des AIA sollte nur in Bezug auf Partnerstaaten erfolgen,
  - (i) welche den verfassungsrechtlichen Mindeststandard an den Datenschutz erfüllen,
  - (ii) deren innerstaatliches Recht und Praxis den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention oder dem Internationalen Pakt vom 16. Dezember 1996 über bürgerliche und politische Rechte genügen und
  - (iii) die im Hinblick auf die Einführung des AIA den vom AIA erfassten Personen eine insgesamt faire Regularisierungslösung zur Verfügung stellen.

Die Feststellung der Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in die Privatsphäre hat stets nur für den Moment, in dem sie getroffen wurde, Gültigkeit. Ändern sich die Verhältnisse, sodass die Verhältnismässigkeit des AIA im Verhältnis zu einem Staat verneint werden muss, wird die Schweiz nicht darum herum kommen, den AIA gegenüber diesen Staat zu beenden. Das AIA-Übereinkommen sieht eine solche Notbremse vor.

## 2. Vereinbarkeit der AIA-Vorlage mit der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV

In Bezug auf die datenschutzrechtlich gewährten Auskunfts- und Berichtigungsrechte ist die Rechtsweggarantie für die vom AIA betroffenen Personen erfüllt. Insbesondere besteht die Möglichkeit, eine mit Blick auf die AIA-Vereinbarung und das AIA-Gesetz nicht korrekte Aufbereitung der Daten durch ein Finanzinstitut gerichtlich korrigieren zu lassen. In Bezug auf die Überprüfung des Ordre public, welche gemäss Amtshilfeübereinkommen einen Grund zur Verweigerung der Amtshilfe darstellt, besteht jedoch eine in der Praxis wohl eher untergeordnete, verfassungsrechtlich mit Blick auf Art. 29a BV dennoch problematische Rechtsunsicherheit. Diese könnte sich insbesondere bei bestehenden nicht offengelegten Konten manifestieren, wenn der AIA mit Staaten aktiviert werden sollte, welche die oben geforderten Mindestgarantien gemäss EMRK oder Uno-

Pakt II in der Praxis nicht zuverlässig umsetzen. Eine Klärung der offenen Fragen in Bezug auf die Einhaltung der Rechtsweggarantie könnte herbeigeführt werden, indem im Gesetz oder in den Materialien eine Präzisierung zu Art. 19 Abs. 2 E-AIA-Gesetz erfolgt, welche sicherstellt, dass der Anspruch auf Erlass einer gerichtlich anfechtbaren Verfügung gemäss Art. 25a VwVG vorbehalten bleibt.

### **3. Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung bei Änderungen der AIA-Vereinbarung**

Art. 7 Abs. 2 E-AIA-Gesetz stellt sicher, dass Änderungen der AIA-Vereinbarung, welche nicht bloss von beschränkter Bedeutung im Sinne von Art. 7 Abs. 3 E-AIA-Gesetz sind, der Bundesversammlung zur Genehmigung unterbreitet werden. Gemäss Ausführungen in der Botschaft wird die zuständige Behörde der Schweiz eine Änderung der AIA-Vereinbarung daher erst nach Genehmigung dieser Änderung durch die Bundesversammlung zustimmen. Die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung wird bei einer Änderung der AIA-Vereinbarung daher eingehalten.

\* \* \* \* \*