

Das Schweizer Bankgeheimnis: Steter Tropfen hat den Stein längst ausgehöhlt

Als sich die Schweiz Mitte März 2009 dazu entschlossen hat, bei der Amtshilfe in Steuersachen die OECD-Standards zu übernehmen, gingen die Wogen der Empörung hoch. Dabei war weniger die Aufgabe der nicht nur im Ausland umstrittenen Unterscheidung zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug der Stein des Anstosses, als vielmehr der Umstand, dass es dem Anschein nach die Peitschenhiebe des deutschen Finanzministers Steinbrück waren, die die Schweiz zum Einlenken bewegten. Dieser stellte aufgrund seiner irritierenden Äusserungen denn auch ein dankbares Feindbild dar. Doch in Tat und Wahrheit wurde der Kerngehalt des Schweizer Bankgeheimnisses schon lange vor dem Aussenden der «Kavallerie» durch Steinbrück und europäische Konsorten unter amerikanischem Druck preisgegeben.



*Von lic. iur. Björn Bernhard
Rechtsanwalt
Advokatur Bernhard, Bern/Zürich*

Über die Ursprünge des Schweizer Bankgeheimnisses mögen sich die Geister scheiden. Während die einen «anti-nazistische», humanitäre Gründe anführen, kritisieren die anderen diese moralische Überhöhung, indem sie auf das Eigeninteresse der Schweizer Ban-

ken verweisen oder das Bankgeheimnis als blosses «Nebenprodukt» des aufgrund der Volksbank-Krise von 1931 geschaffenen Bankengesetzes betrachten.

Weitgehend einig ist man sich hingegen über die Bedeutung, welche das Bankgeheimnis in der Folge für den Finanzplatz Schweiz gewonnen hat. Gewiss verschafften die im Vergleich zum Ausland vorteilhaften politischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen den Schweizer Banken einen bedeutenden Standortvorteil. Doch spätestens mit der zunehmenden politischen und wirtschaftlichen Stabilisierung der ausländischen Staaten wurde das Schweizer Bankgeheimnis zu einem entscheidenden Trumpf.

Vom Know Your Customer zum Know Your Citizen

Das Bankgeheimnis ist für den Bankkunden heute zentraler denn je. Denn die sich im Laufe der Jahre stetig verschärfenden Know-Your-Customer-Regeln führten dazu, dass die Banken über immer mehr sensible Kundendaten verfügen. Parallel zu dieser Entwicklung wurde aus dem für die Ban-

ken geltenden Know Your Customer in immer zahlreicheren ausländischen Staaten ein für die Behörden geltendes Know Your Citizen – der «gläserne Bürger», das «gläserne Portemonnaie» ist vielerorts bereits weitgehend Realität.

Entsprechend ist das Schutzbedürfnis der internationalen Kundschaft Schweizer Banken gewachsen. Doch die Entwicklung verläuft zunehmend auch in der Schweiz in entgegengesetzter Richtung. «Unantastbar wie eine Klosterfrau», wie es Bundesrat Willi Ritschard seinerzeit ausdrückte, ist das Schweizer Bankgeheimnis längst nicht mehr. Die international, und insbesondere zu den USA, auf gute Beziehungen angewiesenen Grossbanken, welche im ohne das Bankgeheimnis auskommenden Investment Banking viel Geld verdienen, manövierten das Schweizer Bankgeheimnis zunehmend ins Abseits – tatkräftig unterstützt von offizieller Schweizer Seite.

Insiderstrafnorm: «Lex americana» Teil 1

Diese Entwicklung wurde spätestens im Jahr 1981 absehbar, als die Securities and Exchange Commission (SEC) im Zusammenhang mit einem amerikanischen Insiderstrafverfahren von verschiedenen schweizerischen Banken Auskünfte verlangte. Die Schweiz konnte jedoch keine Rechtshilfe leisten, da Insiderhandel in der Schweiz grundsätzlich nicht strafbar war und es damit an der Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit fehlte.

Amerikanische Gerichte drohten daraufhin den ausländischen Niederlassungen schweizerischer Banken mit hohen Bussen und der Verhaftung von leitenden Angestellten. Nachdem diese Streitigkeit vorläufig beigelegt werden konnte, wurde als direkte Folge dieses Konflikts im Jahr 1988 als eigentliche «Lex americana» ein strafrechtliches Verbot von Insiderhandel in Kraft gesetzt.

Revision des Börsengesetzes: «Lex americana» Teil 2

Nachdem die SEC aufgrund angeblicher Insiderdelikte im Vorfeld der Übernahme der Elsas Bailey durch die ABB in den USA Zivilklage gegen Unbekannt eingereicht hatte, ersuchte sie die Eidgenössische Bankkommission (EBK) im Oktober 1998 um Amtshilfe, worauf diese im Mai 1999 bereitwillig die Weiterleitung der verlangten Bankakten verfügte. Dies obwohl die SEC die erhaltenen Informationen jeweils noch während des laufenden Verfahrens mittels eines sog. «Litigation Release» inkl. Namensnennung der involvierten Parteien im Internet veröffentlichte. Das von den Kontoinhabern angerufene Bundesgericht setzte dieser fundamentale schweizerische Rechtsgrundsätze verletzenden Vorverurteilung schliesslich (vorerst) ein Ende.

Doch die Kontoinhaber wähten sich in falscher Sicherheit. Denn nachdem die SEC und die EBK vom Bundesgericht in die Schranken gewiesen worden waren, fand die Schweiz einen anderen Weg, um den Druck aus den USA zu mindern: die prompte Änderung des Börsengesetzes in dem Sinne, dass neu ausländische «Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren» der schweizerischen Rechts- und Werteordnung vorangehen würden. Dem scharfen Widerspruch des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten zum Trotz wurde diese zweite «Lex americana» auf Empfehlung des Bundesrats hin durch das Schweizer Parlament im Jahr 2005 gutgeheissen.

Damit wurde auf amerikanischen Druck hin eine Gesetzesänderung vorgenommen, auf deren Grundlage detaillierte Informationen über Schweizer Bankkonten amtshilfeweise an die

USA (und andere Staaten mit vergleichbaren Vorschriften) übermittelt und dort, noch vor einer richterlichen Beurteilung, im Internet veröffentlicht werden.

9/11: Einsicht des amerikanischen Geheimdienstes in den internationalen Zahlungsverkehr

Im Gefolge der Anschläge vom 11. September 2001 ist es auf amerikanischen Druck hin international zu einer Erweiterung der Zugriffsbefugnisse auf personenbezogene Daten im Finanzdienstleistungssektor gekommen. So hat die internationale Bankentransaktionszentrale Swift einer richterlichen Verfügung aus den USA zugestimmt, wonach den amerikanischen Behörden Zugang zu fast allen Daten des internationalen Finanzverkehrs gewährt wird.

Die im Überwachungsgremium der Swift vertretene Schweizerische Nationalbank hat nach eigenen Angaben u.a. sowohl die EBK als auch das Eidgenössische Finanzdepartement über die Aktivitäten der amerikanischen Ermittler informiert. Doch weder diese noch die Schweizer Grossbanken sahen dadurch das Bankgeheimnis tangiert, geschweige denn verletzt, da kein Kunde einer Schweizer Bank erwarten könne, dass der in der Schweiz garantierte Schutz der Privatsphäre auch ausserhalb der Landesgrenzen (in diesem Fall in Belgien) durchgesetzt werden könne.

Eine zumindest bemerkenswerte Haltung, wenn es als unproblematisch erachtet wird, dass die Swift als Erfüllungshelfer (auch der Schweizer) Banken derart sensible Daten pauschal und ohne konkrete Bedrohung einer klar definierten Personengruppe an den amerikanischen Geheimdienst weitergibt.

Memorandum of Understanding: Amtshilfe an die USA bei Steuerbetrug «und dergleichen»

Während Doppelbesteuerungsabkommen ursprünglich fiskalische Mehrbelastungen vermeiden sollten, wurden diese seit den 70er Jahren zunehmend zweckentfremdet, indem darin ein allgemeiner Informationsaustausch zwischen Steuerbehörden zwecks Ahndung von Steuerdelikten vereinbart

wurde. Ihren vorläufigen Höhepunkt aus Schweizer Sicht fand diese Entwicklung schliesslich in dem im Jahr 2003 zwischen der Schweiz und den USA abgeschlossenen «Memorandum of Understanding», in welchem der vermeintlich eiserne Grundsatz, dass die Schweiz nur bei Steuerbetrug (und nicht bei Steuerhinterziehung) Hilfe gewähren durfte, gegenüber den USA faktisch fallen gelassen wurde, indem nun plötzlich Betrugsdelikte «und dergleichen» («Tax Fraud and the Like») für die Gewährung von Amtshilfe genügen würden.

Qualified-Intermediate-Abkommen und seine Folgen: Amtshilfe

an die USA bei Steuerhinterziehung
Seit 2001 können «US-Personen» auf Grund des Qualified-Intermediate-Abkommens (QI-Abkommen) bei Schweizer Banken nur noch Geld in US-Wertpapieren anlegen, wenn sie dies den Steuerbehörden offenlegen. Dies konnten sie jedoch durch Zwischenschalten einer Offshore-Gesellschaft leicht umgehen, da die USA, im Unterschied zu der in Geldwäschereifragen vorbildlichen Schweiz, nicht nach der dahinterstehenden Person, dem tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten, fragten.

Diese Unzulänglichkeit des US-Systems machten sich auch einzelne UBS-Kunden zunutze, worauf die US-Steuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) Mitte Juli 2008 bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) ein Amtshilfeersuchen stellte, flankiert von einer politischen Attacke auf die UBS in einem US-Senatsausschuss.

Daraufhin stellte die ESTV in ihrer Schlussverfügung vom 31. Oktober 2008 zwar explizit fest, dass das Zwischenschalten einer ausländischen Gesellschaft «eine Steuerhinterziehung, nicht aber einen Steuerbetrug» darstelle. Nichtsdestotrotz kam die ESTV in derselben Verfügung aber zum befremdenden Schluss, dass sich die steuerstrafrechtliche Qualifikation des dargestellten Sachverhalts «im spezifischen Kontext des QI-Systems» anders darstelle, weshalb dieser eben dennoch als amtshilfefähig zu beurteilen sei. Mit diesem Spagat wurde die Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und

Wenn die EU aber erst einmal mit geeinter Stimme spricht, so bedeutet dies wohl auch für die Schweiz früher oder später den automatischen Informationsaustausch und damit das definitive Ende jeglichen Bankgeheimnisses.

Steuerhinterziehung im Verhältnis zu den USA ein weiteres Mal ausgehebelt.

Übergabe von Kundendaten an die USA: Übernahme der OECD-Standards als direkte Konsequenz

Doch der eigentliche Kniefall der Schweiz vor den USA in Form der Preisgabe des ordentlichen Schweizer Rechtsverfahrens sollte erst noch folgen. Trotz der bereits sehr weit gehenden Kooperation der UBS und der Schweizer Behörden mit den USA und des aus deren Sicht vielversprechenden Verlaufs des Amtshilfeverfahrens drohten die USA mit einer strafrechtlichen Anklage gegen die UBS, sofern nicht sofort, d.h. noch vor der Beurteilung der gegen die ESTV-Verfügung eingelegten Rechtsmittel, Kundendaten übermittelt würden.

Ein solches Vorgehen entbehrte jedoch einer Grundlage im geltenden Schweizer Recht. Letzteres ist bei Bedarf bekanntlich jedoch flexibel. So ordnete die Finma am 18. Februar 2009 «zur Wahrung der Gläubiger- und Anlegerinteressen der UBS-Kunden sowie der Systemstabilität des Schweizer Finanzplatzes» dem hängigen Rechtsmittelverfahren zum Trotz die sofortige Herausgabe der Kundendaten an. Und damit nicht genug: Um der am 20. Februar 2009 folgenden superprovisorischen Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts zuvorzukommen, übergab die Finma die Daten unverzüglich und klammheimlich bereits am 18. Februar 2009 den USA.

Mit diesem selbst von namhaften Experten als «kriminell» bezeichneten Vorgehen hat die Finma eine eigentliche Kettenreaktion in Gang gesetzt. Denn damit war der Damm zwangsläufig auch gegenüber der EU gebrochen, welche postwendend eine Gleichbehandlung forderte. Vielsagend fasste die Süddeutsche Zeitung am 23. Februar

2009 die Lage zusammen: «Schweizer Kapitulation: Das Bankgeheimnis des Alpenstaates ist nicht mehr viel wert.»

Der Appetit der EU war geweckt. So meinte Steinbrück anlässlich eines Treffens der EU-Finanzminister am 10. März 2009 treffend: «Noch nie war der Zeitpunkt so günstig, das Fenster so weit offen.» Und er sollte Recht behalten. Nur wenige Tage später beschloss die Schweiz, die OECD-Standards in Steuersachen zu übernehmen und somit auch bei blosser Steuerhinterziehung Amtshilfe zu leisten.

Von der Übernahme der OECD-Standards zum automatischen Informationsaustausch?

Während die endgültige Aufgabe der Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung in der Praxis wohl viel weniger Auswirkungen hat, als es die nationale und internationale Beachtung dieses Schritts vermuten lässt, so wird sich nun spätestens bei den Neuverhandlungen zum Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU zeigen, ob das Bankgeheimnis – oder was davon noch übrig ist – definitiv fällt.

Gemäss dem Zinsbesteuerungsabkommen, welches im Oktober 2004 zwecks Einbindung der Schweiz in das Zinsbesteuerungssystem der EU unterzeichnet wurde, kassiert die Schweiz eine Steuer auf die Erträge von europäischen Kontobesitzern und überweist diese dann an die jeweiligen Mitgliedstaaten der EU. Dieses Verfahren hat den Vorteil, dass die Schweiz die Bankkunden nicht namentlich nennen muss.

Doch damit wurde das Bankgeheimnis keineswegs, wie der Präsident der Bankiervereinigung voreilig frohlockte, «mindestens für die nächsten 15 Jahre betonierte». Denn laut Abkommen ist eine Überprüfung des Vertrags zwar erst (aber immerhin) vorgesehen,

wenn Erfahrungen der letzten Stufe vorliegen – also erst 2013 oder 2014. Nichtsdestotrotz signalisierte die ESTV jedoch bereits im Mai 2008 ihre Bereitschaft, «mit der EU darüber zu reden, ob der Geltungsbereich der Zinsbesteuerung ausgedehnt werden könne». Diese Bereitschaft wird nun wohl schon bald zum Zwang werden, und zwar nicht nur betreffend des Geltungsbereichs.

Denn die Zinsbesteuerungsrichtlinie der EU sieht vor, dass auch die letzten mit der Schweiz verbündeten EU-Staaten, Österreich, Luxemburg und Belgien, vom auf das Bankgeheimnis abgestimmten Steuerrückbehalt zum automatischen Informationsaustausch übergehen, falls Drittstaaten wie die Schweiz sich zur Amtshilfe gemäss OECD-Abkommen verpflichten. Damit sind nun auch diese EU-Staaten unter massiven Druck geraten.

Während die EU-Kommission bereits Anfang Februar 2009 einen Vorschlag «zur Aufhebung des Bankgeheimnisses für Gebietsfremde» angenommen hat, welcher die Aussetzung des Bankgeheimnisses im Falle von Amtshilfe in Steuersachen zwischen zwei EU-Staaten vorsieht, so hat nun das Europaparlament am 24. April 2009 nachgedoppelt, indem es ein Ende des Bankgeheimnisses in allen EU-Staaten bis spätestens Mitte 2014 forderte.

Nachdem Belgien bereits die Aufgabe seines Bankgeheimnisses bis 2010 angekündigt hat, ist realistischerweise kaum anzunehmen, dass der Widerstand von Österreich und Luxemburg unter diesen Umständen noch lange anhalten kann. Wenn die EU aber erst einmal mit geeinter Stimme spricht, so bedeutet dies wohl auch für die Schweiz früher oder später den automatischen Informationsaustausch und damit das definitive Ende jeglichen Bankgeheimnisses – dies umso mehr, als mit Barack Obama in den USA ein Mann an die Macht gekommen ist, welcher im Februar 2007, noch als Senator, einen Gesetzesvorschlag («Stop Tax Haven Abuse Act») eingereicht hat, welcher die Schweiz auf eine schwarze Liste von auszutrocknenden Steuerparadiesen setzt.

www.advokaturbernhard.ch ●