

Nach der Krise – Finanzmarktrechtliche Aktualitäten aus der Schweiz

- Umgang mit systemrelevanten Instituten,
- Risiken des grenzüberschreitenden Geschäfts und
- Konsequenzen für das Bankkundengeheimnis

Christoph Winzeler¹

1. Wirtschaftskrise als Lernprozess – einleitende Bemerkungen

Mit dem Beinahe-Zusammenbruch und der anschliessenden Stützung von Bear Stearns im Sommer 2007 hat sich die Wirtschaftskrise angekündigt, deren Folgen uns nach wie vor beschäftigen². Für die Schweiz wurden im **Fall der UBS** verschiedene Interventionen der öffentlichen Hand nötig: einerseits durch Gegenparteirisiken im Hypothekenmarkt der USA und andererseits durch Rechtsrisiken im Offshore-Vermögensverwaltungsgeschäft für US-Kunden. Der EBK-Jahresbericht 2008 hält dazu fest³:

„Die fehlende Aufmerksamkeit für die mit dem Bilanzwachstum verbundenen versteckten Risiken sowie ein zu unkritisches Vertrauen in die bestehenden Mechanismen zur Risikoerfassung wertete die Bankenkommision als schwerwiegendes Versäumnis der Bank. Aus der

¹ Vortrag an der Herbstveranstaltung der Deutsch-Schweizerischen Juristenvereinigung (DSJV), 29. Oktober 2010 in Zürich.

² HANSUELI SCHÖCHLI, Die Baustelle der globalen Finanzmarktreformenten, Eine Zwischenbilanz drei Jahre nach dem Ausbrechen der internationalen Finanz- und Bankenkrise, in: NZZ vom 20. Juli 2010, S. 25. Aus einer schweizerischen Perspektive: MICHEL Y. DÉROBERT, Die Finanzkrise, die Steuern und die Banken, La lettre Nr. 39, Genf 2010.

³ EBK-JB 2008, S. 22. Weiter dazu: EBK, Subprime-Krise, Untersuchung der EBK zu den Ursachen der Wertberichtigungen der UBS AG, 30. September 2008; EBK/FINMA, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, 18. Februar 2009 (Kurzbericht USA); TOBIAS STRAUMANN, Die UBS-Krise aus wirtschaftshistorischer Sicht, Expertenbericht erstellt zu Handen der UBS AG, 28. September 2010; UBS, Transparenzbericht an die Aktionärinnen und Aktionäre der UBS AG, Finanzmarktcrise, grenzüberschreitendes US-Vermögensverwaltungsgeschäft, Verantwortlichkeitsfragen und interne Aufarbeitung, 14. Oktober 2010 (Transparenzbericht UBS).

Untersuchung der Bankenkommission ging jedoch nichts hervor, was darauf hätte schliessen lassen, dass die aktuellen Organe der Bank keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit mehr boten.“

Wohl auch deshalb wurde bisher auf einen Verantwortlichkeitsprozess mit ungewissen Erfolgschancen, aber sicheren Kollateralschäden für die Bank verzichtet⁴. Krisen sind jedoch Lernprozesse, die helfen, begangene Fehler nicht zu wiederholen⁵. Eine Bank besteht aus Menschen, die Fehler machen und daraus lernen. Für die Organe der Aufsicht, Gesetzgebung und Staatsleitung gilt nichts Anderes. So empfiehlt sich ein kritischer Blick auf die **Baustellen der Finanzmarktregulierung**. Dabei ist die Mahnung NIKLAUS BLATTNERS, der als Ökonom nicht nur die Schweizerische Bankiervereinigung geleitet, sondern auch der Leitung der Schweizerischen Nationalbank angehört hat, ernst zu nehmen: Wer unvorsichtig reguliert, vertreibt einen Teil des Risikogeschäfts „[v]om Banking zum Schattenbanking“⁶.

Ich wende mich zwei Themen und einer Konsequenz daraus zu, die für die Schweiz **im Fokus des Wandels** stehen, nämlich:

- dem Umgang mit systemrelevanten Instituten,
- den Risiken des grenzüberschreitenden Geschäfts und
- den Konsequenzen für das Bankkundengeheimnis.

⁴ Transparenzbericht UBS (Anm. 3), S. 53–62. Weiter dazu: PETER FORSTMOSER, Stellungnahme zum Transparenzbericht der UBS AG vom Oktober 2010 und zum Entscheid des Verwaltungsrates der UBS AG, auf die Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen zu verzichten, 1. Oktober 2010.

⁵ Statt vieler: CHRISTOPH B. BÜHLER, Finanzmarktregulierung im Spannungsfeld von Recht und Politik, in: SJZ 106 (2010), S. 469–478; MARIO GIOVANOLI, The International Financial Architecture and its Reform After the Global Crisis, in: Ders./Diego Devos (Hg.), International Monetary and Financial Law, The Global Crisis, Oxford 2010, S. 3–39; ERWIN W. HERI, Finanzkrise im Rückblick: Risikomanagement, Corporate Governance und die Krise des Gesellschaftsvertrages, in: Private – Das Anlegermagazin, Heft 5 (2010), S. 6–7; PETER NOBEL, Konsequenzen für die Regulierung, in: University of St. Gallen (Hg.), Responsible Corporate Competitiveness, Heft 1 (2009), S. 10–14; DERS., Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards? Globale Finanzmärkte versus nationale Gesetzgebung und Aufsichtsbehörden, in: Brigitte Strebel-Aerni (Hg.), Standards für nachhaltige Finanzmärkte, Basel/Genf/Zürich 2008, S. 59–73; SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Finanzkrise und Systemstabilität, Fakten Positionen und Argumente in 12 Thesen, Basel 2010; DIES., Jahresbericht 2009/2010, S. 8–11; PETER A. WUFFLI, Liberale Ethik, Orientierungsversuch im Zeitalter der Globalisierung, Bern 2010, passim.

⁶ NIKLAUS BLATTNER, Vom Banking zum Schattenbanking, in: NZZ vom 21. Oktober 2010, S. 31.

2. Umgang mit systemrelevanten Instituten

2.1 Ausgangslage – die implizite Staatgarantie

Dass es Unternehmen gibt, die der Staat aufgrund ihrer Grösse oder Vernetzung nicht zusammenbrechen lässt, weiss man von jeher⁷, auch wenn es die Behörden jahrzehntelang bestritten haben. So beschloss die schweizerische Bundesversammlung 1933, CHF 100 Mio. für die **Sanierung der Schweizerischen Volksbank** aufzuwenden. Damals, ein Jahr vor Erlass des Bankengesetzes⁸, begründete der Bundesrat seinen Antrag mit dem Hinweis auf die etwa 100'000 Genossenschafter der Bank, ihre gegen 350'000 Einlegerinnen und Einleger, ihre 55'000 Schuldner und ihre ausstehenden Anlehensobligationen von über CHF 400 Mio.⁹.

Als es im November 2008 um die **Rekapitalisierung der UBS** ging¹⁰, argumentierte der Bundesrat nicht unähnlich (wobei die Gesichtspunkte der Systemrelevanz und der Reputation des Finanzplatzes hinzu kamen)¹¹:

„Die Konzentration im schweizerischen Bankgeschäft ist im internationalen Vergleich überdurchschnittlich. Hinsichtlich der Summe aller Aktiven dominieren die beiden Grossbanken mit 76% den Schweizer Markt. Im inländischen Kreditmarkt halten sie zusammen einen Marktanteil von rund 35%. Bei den Einlagen ist der Marktanteil ähnlich. Zudem entfällt ein Drittel der Verbindlichkeiten auf dem inländischen Interbankenmarkt alleine auf die UBS AG. Nicht nur aufgrund ihrer Grösse, sondern auch wegen ihrer starken internationalen Verflechtung kommt den beiden Grossbanken eine besondere Bedeutung für das schweizerische Finanzsystem zu. Angesichts dieser Grössenordnungen ist zu befürchten, dass der Ausfall einer Grossbank katastrophale Konsequenzen für unsere Volkswirtschaft hätte.

Für den Fall, dass eine Grossbank ihre zentrale Rolle in den inländischen Depositen- und Kreditmärkten nicht mehr wahrnehmen könnte, wären

⁷ PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Einführung und Überblick, 3. Aufl., Bern 2010, S. 385–389 (SNB als „Lender of Last Resort“) und 418–442 (Grossbanken „Too big to fail“); CHRISTOPH WINZELER, Das schweizerische Bankwesen – „eine Art öffentlicher Dienst“? in: ZSR NF 118 (1999) I, S. 201–202.

⁸ BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG).

⁹ BBI 1933 II, S. 819–820.

¹⁰ VO vom 15. Oktober 2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG; BB vom 15. Dezember 2008 über einen Kredit für die Rekapitalisierung der UBS AG. Dazu: MARKUS SCHOTT, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, in: ZBI 111 (2010), S. 432–440.

¹¹ BBI 2008, S. 8958–8959.

Haushalte und Unternehmen infolge der Blockierung ihrer Konten und der Unterbrechung ihrer Kreditbeziehungen ausserstande, laufende Ausgaben und Investitionen zu tätigen. Dies würde zu einer Lahmlegung des Zahlungssystems führen. Im Fall der UBS AG wären in der Schweiz rund 128'000 KMU-Beziehungen und einschliesslich Privatpersonen weit über 3 Millionen Konten betroffen. Blockiert wäre sodann die Auszahlung der Löhne von rund einem Viertel der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Einlagenversicherung könnte die negativen Folgen kaum abschwächen, denn die durch das Gesetz vorgesehene Obergrenze von 4 Milliarden Franken deckt nur einen kleinen Teil der bei der UBS AG gehaltenen privilegierten Einlagen. Der Ausfall einer Grossbank würde daher zu einer eigentlichen Kettenreaktion führen und zumindest kurzfristig die Liquiditätsversorgung und das Zahlungssystem in der Schweiz destabilisieren.

Ein Ausfall der UBS hätte auch einen beträchtlichen Schaden im übrigen Bankensektor zur Folge. Über den Interbankenmarkt würden die anderen Schweizer Banken direkt erhebliche Verluste auf ihren Forderungen gegenüber der UBS erleiden. Die Reputation des Finanzplatzes wäre dauerhaft geschädigt und eine generelle Vertrauenskrise könnte nicht ausgeschlossen werden. Angesichts der internationalen Ausrichtung des Schweizer Finanzplatzes und der Konzentration auf das Vermögensverwaltungsgeschäft wären die Konsequenzen besonders schwer. Die UBS AG beschäftigt ausserdem 27'000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Schweiz.

Die makroökonomischen Konsequenzen eines Ausfalls einer Grossbank können a priori nicht quantifiziert werden. Aufgrund von Studien über Banken Krisen in anderen Ländern könnten sich die Kosten für die Schweizer Volkswirtschaft während der Krise auf 15–30% des BIP belaufen, was 75–150 Milliarden Franken entspricht. Der langfristige Wachstumsverlust wird in diesen Studien auf 60% bis 300% des BIP geschätzt (300–1'500 Mrd. Franken). Die grosse Spanne der möglichen volkswirtschaftlichen Kosten widerspiegelt die Heterogenität des möglichen Krisenverlaufs und die Unsicherheit bei der Definition dieser Kosten. In den meisten Szenarien liegt das BIP sogar 15 Jahre nach dem Ausbruch der Krise immer noch unterhalb des Niveaus des Trend-Outputs. Dies zeigt, dass eine Bankenkrise das Wachstum einer Volkswirtschaft nachhaltig beeinträchtigen kann.

In Anbetracht der andauernden Finanzkrise, des Vertrauensproblems und der gravierenden volkswirtschaftlichen Auswirkungen erscheint das Massnahmenpaket zur nachhaltigen Stärkung des Schweizer Finanzsystems gerechtfertigt. Die damit erzielte Stabilisierung fördert die gesamtwirtschaftliche Entwicklung in der Schweiz und liegt im Interesse des Landes.“

EUGEN HALTINER, damals noch Präsident der EBK, hält im **grenzüberschreitenden Rückblick** fest¹²:

„Nur dank massiver Hilfe von Zentralbanken und in ihrem Umfang bisher nie gesehener staatlicher Eingriffe liess sich ein Kollaps des globalen Finanzsystems verhindern.“

Im November 2009 nahm eine vom Bundesrat eingesetzte, durch PETER SIEGENTHALER geleitete **Expertenkommission** die Thematik auf, veröffentlichte im April 2010 einen Zwischenbericht¹³ und hielt darin rechtsvergleichend fest¹⁴:

„Die Finanzkrise hat auch unmissverständlich offengelegt, dass systemrelevante Finanzinstitute im Extremfall durch staatliche Interventionen massiv gestützt werden. Mehr als zwei Drittel der einhundert weltweit grössten Banken erhielten in den letzten zwei Jahren in der einen oder anderen Form staatliche Unterstützung, mit vielerorts erheblichen, teilweise dramatischen Konsequenzen für den Staatshaushalt.“

Diesem **Risiko für den Staatshaushalt im Rahmen einer Abwägung von Kosten und Nutzen durch geeignete Massnahmen vorzubeugen**, ist Auftrag der Kommission¹⁵.

2.2 *Rückblick auf die Jahre 2008 bis 2010*

Inzwischen hat die Krise aber schon deutliche **Auswirkungen auf die Bankenregulierung** gezeigt. Dabei wird immer mehr nach Art und Grösse der Banken differenziert: One size no longer fits all.

- *Eigenmittelregulierung*

Im Herbst 2008 hatte die Aufsichtsbehörde eine Verschärfung der Eigenmittelanforderungen für die beiden Grossbanken Credit Suisse und UBS an die Hand genommen¹⁶. Dabei geht es einerseits um erhöhte

¹² EBK-JB 2008, Vorwort, S. 13.

¹³ EXPERTENKOMMISSION ZUR LIMITIERUNG VON VOLKSWIRTSCHAFTLICHEN RISIKEN DURCH GROSSUNTERNEHMEN, Zwischenbericht vom 22. April 2010 (Zwischenbericht TBTF).

¹⁴ Zwischenbericht TBTF (Anm. 13), S. 5.

¹⁵ Zwischenbericht TBTF (Anm. 13), S. 6.

¹⁶ Verfügungen vom 20. November 2008. betr. CS und UBS AG; EBK-JB 2008, S. 23–25; Zwischenbericht TBTF (Anm. 13), S. 7; BUNDESRAT, Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft, Bericht in Beantwortung des Postulats David (08.4039)

Eigenmittelpuffer (Zielgrösse 200%, Interventionsstufe 150% der Basler Mindestanforderung). Eine „Leverage Ratio“ ohne Risikogewichtung begrenzt andererseits den mit Fremdkapital unterlegten Teil der Bilanz (ausser dem inländischen Kreditgeschäft). Diese Massnahmen sind stufenweise bis 2013 umzusetzen.

- *Liquiditätsvorschriften*

Im Frühjahr 2010 haben FINMA und SNB eine Spezialregelung für den Liquiditätshaushalt der Grossbanken erarbeitet¹⁷, wiederum aufgrund der Bestrebungen des Basler Ausschusses. Ihr Ziel ist, dass eine Grossbank auch unter heftigem Stress unabhängig von staatlicher Hilfe bestehen kann. Deshalb wird ihr erstklassige Liquidität vorgeschrieben, die ausreicht, in einem Krisenszenario geschätzte Abflüsse während 30 Tagen decken zu können.

Die Neuregelung erging – rechtlich bemerkenswert – durch Vereinbarung der FINMA mit den beiden Instituten.

- *Vergütungssysteme*

Ein Rundschreiben der FINMA vom Oktober 2009 über die Vergütungssysteme will deren Anreize vom kurzfristigen zum nachhaltigen Geschäftserfolg hin umorientieren¹⁸. Die international abgestimmte Regelung „soll dazu beitragen, dass Vergütungssysteme keine Anreize

und der Motion WAK-N (09.3010), 12. Mai 2010, S. 32 (Bundesratsbericht Finanzmarktaufsicht); FINMA, Diskussionspapier betr. Anpassung der Eigenmittelanforderungen unter Säule 2 und Einführung einer Leverage Ratio, 18. Juni 2010 (Diskussionspapier Eigenmittel), S. 3 und 7; EXPERTENKOMMISSION ZUR LIMITIERUNG VON VOLKSWIRTSCHAFTLICHEN RISIKEN DURCH GROSSUNTERNEHMEN, Schlussbericht vom 30. September 2010 (Schlussbericht TBTF), S. 9.

¹⁷ FINMA-Medienmitteilung betr. Neues Liquiditätsregime für Schweizer Grossbanken, 21. April 2010; Bundesratsbericht Finanzmarktaufsicht (Anm. 16), S. 32–33; Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 9–10.

¹⁸ FINMA-RS 2010/1 vom 21. Oktober 2009 über Mindeststandards für Vergütungssysteme bei Finanzinstituten (RS Vergütungssysteme). Dazu: FINANCIAL STABILITY BOARD, FSF Principles for Sound Compensation Practices, 2. April 2009; DASS., FSB Principles for Sound Compensation Practices – Implementation Standards, 25. September 2009 (FSB Implementation Standards); Bundesratsbericht Finanzmarktaufsicht (Anm. 16), S. 35–36; ERNST FEHR/GERHARD FEHR, Variable Vergütungssysteme zwischen Effizienz und Exzess, in: NZZ vom 8. Oktober 2010, S. 31; DIES., Verteidigung relativer Leistungsindikatoren, in: NZZ vom 20. Oktober 2010, S. 29; STEPHAN HOSTETTLER, Relativ und absolut schlecht? in: NZZ vom 20. Oktober 2010, S. 29; NOBEL (Anm. 7), S. 801–832.

schaffen, unangemessene Risiken einzugehen und damit möglicherweise die Stabilität von Finanzinstituten zu beeinträchtigen. Zudem verbindet [das Rundschreiben] variable Vergütungen mit der Kapital- und Liquiditätsplanung der Institute und schafft durch weitgehende Offenlegungsanforderungen eine verstärkte Transparenz¹⁹. Neu ist v.a. das Institut der aufgeschobenen Vergütung, deren Wert sich während einer bestimmten Frist ändern kann und erst nach deren Ablauf ausbezahlt wird (Grundsatz 7). Bei Geschäftsleitungsmitgliedern und Mitarbeitenden vergleichbaren Einflusses auf das Risikoprofil der Bank beträgt „die Frist mindestens drei Jahre“ (Rz. 52)²⁰. Der Verwaltungsrat muss im Rahmen des öffentlichen Jahresberichts „die Umsetzung des Vergütungsreglements und seiner Vergütungspolitik“ erläutern (Grundsatz 9)²¹. Das Rundschreiben ist für jene Banken und Versicherungen obligatorisch, die auf Instituts- oder Konzernstufe Eigenmittel von mindestens CHF 2 Mrd. halten müssen (Rz. 6–7). Seine Umsetzung muss auf Anfang 2011 abgeschlossen sein (Rz. 81); die Offenlegungsvorschriften gelten schon für die Berichterstattung über das Geschäftsjahr 2010 (Rz. 82).

Gemäss einer publizierten Verfügung der FINMA vom Januar 2010 sind „Vergütungsmodelle [...] so auszugestalten, dass sie eine gute Compliance nicht bestrafen, sondern fördern“²².

Abgesehen von den Massnahmen der Aufsichtsbehörde haben die Grossbanken **selbständig Lehren aus der Krise** gezogen. Es handelt sich dabei um eine Stärkung der Kapitalbasis, eine Begrenzung der Risiken, eine Verkürzung der Bilanz und Anpassungen beim Geschäftsmodell²³. Man darf solche unternehmerischen Massnahmen hinsichtlich ihrer Effizienz nicht unterschätzen,

¹⁹ FINMA-JB 2009, S. 23.

²⁰ Übereinstimmend mit FSB Implementation Standards (Anm. 18), Ziff. 7.

²¹ Übereinstimmend mit FSB Implementation Standards (Anm. 18), Ziff. 15.

²² Verfügung der FINMA vom 11. Januar 2010, in: FINMA-Bulletin 1 (2010), S. 103 und 110.

²³ Zwischenbericht TBTF (Anm. 13), S. 7.

auch wenn sich ihre politische Glaubwürdigkeit noch in Grenzen hält. Ökonomisch haben sie bereits zu messbaren Erfolgen geführt²⁴.

2.3 *Blick in die Zukunft*

In Sichtweite sind **strengere Eigenmittelanforderungen** des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht unter dem Stichwort „Basel III“²⁵. Das Regelwerk bringt weitere Verschärfungen und eine „Leverage Ratio“ nicht mehr nur für die Grossbanken, mit geplanter Umsetzung bis 2018.

Der Schlussbericht der Expertengruppe TBTF vom September 2010 will diese Anforderungen für Schweizer Banken auf denselben Zeitpunkt (2018) um einen beträchtlichen „**Swiss Finish**“ erhöht sehen:

- nochmalige Verschärfung der Eigenmittelregulierung: auf geschätzte 19% der risikogewichteten Aktiven für die Grossbanken (10% als „Common Equity“ und 9% als „Contingent Convertible Bonds“ oder „CoCos“), mit einer progressiven Komponente für systemrelevante Häuser²⁶. Bei diesen „CoCos“ handelt es sich um bedingte Pflichtwandelanleihen mit vertraglicher Auslösung beim Unterschreiten einer Schwelle von 7% „Common Equity“ in der Pufferkomponente und bei 5% in der progressiven Komponente²⁷. Schuld- und wertpapierrechtlich kann ein Unternehmen solche Titel schon heute ausgeben. Was es dazu noch braucht, sind die gesetzliche Schaffung eines entsprechend verwendbaren Wandlungskapitals und – zur Bildung eines Marktes²⁸ – nicht zuletzt steuerliche Massnahmen: ein Abbau der Stempel- und der Verrechnungssteuer,
- Bestätigung der 2010 verschärften Liquiditätsvorschriften²⁹,

²⁴ Vgl. den am 27. Juli 2010 veröffentlichten Quartalsabschluss der UBS AG: rund CHF 2 Mrd. Reingewinn; nur noch CHF 4,7 Mrd. Kundengeldabfluss.

²⁵ „Basel III“ nimmt Form an, Bankenregulierung mit Vorsicht, in: NZZ Online vom 28. Juli 2010; Zwischenbericht TBTF (Anm. 13), S. 11; Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 11.

²⁶ Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 4 und 25–34; MICHAEL FERBER, Strengere Kapitalvorschriften für UBS und CS, in: NZZ vom 5. Oktober 2010, S. 25.

²⁷ Art. 12 VE-BankG betr. Wandlungskapital, in: Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 70. Dazu: Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 26–32 und 88–95.

²⁸ WERNER ENZ, Der CoCo-Markt soll es richten, in: NZZ vom 7. Oktober 2010, S. 27.

²⁹ Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 4 und 35.

- Massnahmen zur besseren Risikoverteilung, wobei es v.a. um die Verringerung der Abhängigkeit zwischen systemrelevanten Banken und weiteren Instituten geht³⁰,
- organisatorische Vorsorge für den Fall der Sanierung oder des Konkurses einer Bank, um ihre systemrelevanten Funktionen rasch aus ihr herauslösen und verselbständigen oder auf eine andere Bank übertragen zu können³¹. Dabei sind Aspekte der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) zu berücksichtigen. Deshalb soll es Aufgabe der Bank sein – sagt die Expertenkommission –, „sich so zu organisieren, dass die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen im Hinblick auf den Krisenfall gewährleistet ist. Kann die Bank jedoch die Weiterführungsfähigkeit der systemrelevanten Funktionen nicht nachweisen, soll die Aufsichtsbehörde die notwendigen organisatorischen Massnahmen anordnen“³². Dadurch soll die Liquidier- und Sanierbarkeit der Grossbanken verbessert werden.

Was jedoch ist eine **systemrelevante Bank**, die in der Wirtschaftspolitik als „too big to fail“ angesehen wird? Die Expertenkommission schlägt eine Definition vor³³:

- „Das Unternehmen erbringt Leistungen, die für die Volkswirtschaft zentral sind und auf die grundsätzlich nicht verzichtet werden kann [...]“ (eine Art Service public³⁴). Als Kriterien dafür schlägt die Expertenkommission erstens die Grösse und Marktkonzentration, zweitens die Vernetzung („interconnectedness“) vor³⁵.

³⁰ Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 4–5 und 36–37.

³¹ Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 5 und 37–44.

³² Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 5 und ferner 39–43.

³³ Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 12–13.

³⁴ Dazu: WINZELER (Anm. 7), S. 201–210.

³⁵ Art. 8 Abs. 2 VE-BankG, in: Schlussbericht TBTF (Anm. 16), S. 67: „Die Systemrelevanz einer Bank ist abhängig von ihrer Grösse, ihrer Vernetzung mit dem Finanzsystem und der Volkswirtschaft sowie der kurzfristigen Substituierbarkeit ihrer Dienstleistungen. Sie wird insbesondere gestützt auf die folgenden Kriterien beurteilt:

- a. der Marktanteil im inländischen Bankgeschäft, insbesondere im Einlagen- und Kreditgeschäft sowie im Zahlungsverkehr;
- b. der Betrag der gesicherten Einlagen nach Artikel 37h, welcher die Systemgrenze überschreitet;
- c. das Verhältnis zwischen der Bilanzsumme der Bank und dem jährlichen Bruttoinlandprodukt der Schweiz;

- „Andere Marktteilnehmer können die systemrelevanten Leistungen des Unternehmens nicht innerhalb der Frist ersetzen, die für die Volkswirtschaft tragbar ist [...]“ (mangelnde Substituierbarkeit).

Als Grenze des politischen Handlungsspielraums stellt PAUL RICHLI fest, dass **explizite Grössenbeschränkungen verfassungswidrig** wären bzw. als strukturpolitische Massnahme einer Grundlage in der Verfassung bedürften³⁶:

„Sollte der Bund zur Überzeugung gelangen, dass den beiden Grossbanken nicht nur zusätzliche Verhaltensvorschriften, gestützt auf den Bankenartikel der BV, gemacht werden müssen, sondern dass man auch ihre Grösse direkt beeinflussen müsse, so wäre eine Änderung von Artikel 98 Absatz 1 BV nötig. Aus staatspolitischer Sicht ist dieses Erfordernis keineswegs ärgerlich. Vielmehr ist es geradezu erwünscht, wenn man veranschlagt, dass die Grösse der UBS und der CS das Gesamtinteresse betreffen. Volk und Stände wären die richtige Instanz, um über derartige strukturpolitische Eingriffe in die Banken- und die Wirtschaftsordnung zu befinden.“

Ansonsten gilt selbstverständlich auch hier, dass Freiheit die **rechtliche Ordnung** braucht. „Recht schafft Freiheit, indem es Grenzen setzt“, wie ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE sagt³⁷.

3. Risiken des grenzüberschreitenden Geschäfts

3.1 Schweizer Tradition und ausländische Interessen

Das **Offshore-Geschäft mit ausländischen Privatkunden** hat eine grosse Tradition in der Schweiz. Vermögende Leute mit Wohnsitz im Ausland bringen ihr Geld nach Basel, Genf, Lugano oder Zürich (Reihenfolge alphabetisch), um es dort verwalten zu lassen. Sachkompetenz und Geschäftsaktivität sind in der Schweiz, die davon profitierenden Kunden im Ausland, ebenso die interessierte Steuerbehörde.

d. das Risikoprofil einer Bank, welches durch das Geschäftsmodell, die Bilanzstruktur, die Qualität der aktiven, die Liquidität und den Verschuldungsgrad bestimmt ist.“

³⁶ PAUL RICHLI, Die Banken als Knacknuss für die Wirtschaftsverfassung, in: NZZ vom 29. April 2010, S. 23.

³⁷ ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Recht schafft Freiheit, indem es Grenzen setzt, in: Ders., Staat, Nation, Europa, Frankfurt a.M. 1999, S. 233–245. Dazu: WUFFLI (Anm. 5), S. 85–100.

Das **gesetzliche, strafbewehrte Bankkundengeheimnis** (Art. 47 BankG, Art. 43 BEHG) erschwert es ausländischen Behörden, so genanntes Schwarzgeld in der Schweiz aufzuspüren. Immerhin hat sich unser Land nie als Steuerhinterziehungsparadies („Tax Haven“) verstanden³⁸. Beim Verfolgen von Straftaten – einschliesslich Abgabe- und Steuerbetrug – leistet die Schweiz den ausländischen Behörden seit je Rechtshilfe. Wo ein entsprechendes Doppelbesteuerungsabkommen besteht, kommt die raschere und weniger umständliche Amtshilfe hinzu. Dasselbe gilt unter Bank- und Börsenaufsichtsbehörden, wo z.B. ein Insiderfall untersucht wird.

Nicht gegriffen haben diese Auskunftspflichten der Schweiz jedoch bei der **„einfachen“ Steuerhinterziehung** (durch Nichtstun). Daran hat sich nun Einiges geändert, worauf sogleich zurück zu kommen sein wird (s. nachstehend 4). Immerhin sei schon an dieser Stelle Folgendes in Erinnerung gerufen³⁹:

- Das Steuern zahlen ist auch in der Schweiz nicht freiwillig und die Hinterziehung von jeher strafbar, freilich als Übertretung, nicht als Vergehen (Art. 175 DBG, Art. 56 StHG). Nur deshalb sind die Banken gegenüber der Steuerbehörde nicht auskunftspflichtig. An der Verbotenheit und Strafbarkeit ändert dies aber wenig.
- Anstiftung und Gehilfenschaft zur Hinterziehung sind ebenfalls strafbar (Art. 177 DBG, Art. 56 Abs. 3 StHG, Art. VStrR), auch für juristische Personen (Art. 181 DBG, Art. 57 Abs. 1–2 StHG). Handelt es sich dabei um eine Bank und ihre Mitarbeitenden, gilt nichts Anderes.
- Systematische Anstiftung oder Gehilfenschaft zur Steuerhinterziehung durch eine Bank lässt schliesslich an deren „Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit“ zweifeln (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG).

Nun sind – im Gefolge der Krise – mehr und mehr Länder dazu übergegangen, **Offshore-Dienstleistungen (insbesondere der Vermögensverwaltung)** für ihre

³⁸ Zu den Entwicklungen bei der Amts- und Rechtshilfe: GÜNTER HEINE, Die Verletzung des Bankgeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Susan Emmenegger (Hg.), Cross-Border Banking, Basel 2009, S. 159–191.

³⁹ Hier beschränkt auf die direkten Steuern aller drei Stufen.

Steuerpflichtigen genauer zu beobachten. Dadurch kann – so eine Verfügung der FINMA vom Januar 2010 – die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts, dessen Überwachung „grundsätzlich nicht zu den Aufgaben der FINMA“ gehört, durch das Rechts- und Reputationsrisiko für die Bank Bewilligungsvoraussetzungen des schweizerischen Rechts, nämlich zum Risikomanagement, zur Organisation der Bank und zur einwandfreien Geschäftstätigkeit verletzen (Art. 3 Abs. 2 BankG)⁴⁰.

3.2 *Deutschland – der aufsichtsrechtliche Approach*

Ein Paukenschlag für schweizerische Ohren war in diesem Sinn das Merkblatt der deutschen BaFin vom April 2005 zum grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäft⁴¹, bestätigt mit dem Fidium-Entscheid des EuGH⁴². Nach dessen Ausführungen gilt zwar die Kapitalverkehrsfreiheit des EU-Primärrechts auch für Anbieter aus Drittstaaten, nicht aber die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs, wozu die meisten Arten des Bankgeschäfts gehören. Somit war Deutschland frei, Bank- und Vermögensverwaltungsangebote von ausserhalb der EU, also z.B. aus der Schweiz, einer **strengeren Aufsicht und Einschränkung als im Binnenmarkt** zu unterwerfen.

Die **entsprechende Regelung** lässt sich etwa wie folgt zusammenfassen⁴³:

- *Einschränkung der aktiven Dienstleistungsfreiheit*

„Anbieter aus Nicht-EWR-Staaten, die Bank- und Finanzdienstleistungsprodukte in Deutschland zielgerichtet vertreten wollen, müssen [...] zur Erlangung der hierzu erforderlichen Erlaubnis ein Tochterunternehmen [...] oder eine Zweigstelle [...] in Deutschland gründen.“
Das gilt namentlich bei der Anbahnung neuer Beziehungen und Geschäfte,

⁴⁰ Verfügung der FINMA vom 11. Januar 2010, in: FINMA-Bulletin 1 (2010), S. 103 und 109–110. Dazu: FINMA, Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft, 22. Oktober 2010 (Positionspapier Rechtsrisiken); HANSUELI SCHÖCHLI, Warnung an Schweizer Geldhäuser, in: NZZ vom 23. Oktober 2010, S. 29; URS ZULAUF, (Zunehmende) Rechtsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzgeschäft [Medienreferat], 22. Oktober 2010.

⁴¹ BaFin-Merkblatt vom 1. April 2005, Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen (BaFin-Merkblatt).

⁴² Urteil vom 3. Oktober 2006, Rechtssache C-452/04.

⁴³ BaFin-Merkblatt (Anm. 41), S. 1.

jedenfalls wenn die Initiative von der ausländischen bzw. schweizerischen Bank ausgeht.

- *Freiheit der passiven Dienstleistung*

„Keine Einschränkung besteht für die sog. passive Dienstleistungsfreiheit, d.h. das Recht der im Inland ansässigen Personen und Unternehmen, aus eigener Initiative Dienstleistungen eines ausländischen Anbieters nachzufragen.“ So darf die Schweizer Bank ihre bestehenden Kundinnen und Kunden in Deutschland weiterhin offshore betreuen, aber nur passiv.

Das Merkblatt enthält Beispiele, die aber nicht abschliessend sind und so **nur begrenzt Rechtssicherheit** schaffen. Heikel sind v.a. Besuche in Deutschland, bei denen sich „aktives“ und „passives“ Verhalten manchmal schwer unterscheiden lassen.

3.3 USA – der steuerrechtliche Approach

Ähnlich waren die Umstände in den USA – Offshore-Betreuung dortiger Kundschaft durch Schweizer Banken –, doch anders die vom Staat eingesetzten Mittel. Während es in Deutschland die Bankenaufsicht war, gingen die USA steuerrechtlich vor, und zwar nicht mit einer neuen Regelung (wie das Merkblatt der BaFin), sondern mit einer **Klageandrohung gegen die UBS**. Möglich geworden war dies dem IRS, nachdem ein Mitarbeiter der Bank als Whistleblower entsprechende Informationen offen gelegt hatte⁴⁴. Dass der Informant BRADLEY BIRKENFELD heute trotzdem für seinen Beitrag zum offen gelegten Unrecht eine Gefängnisstrafe verbüsst, stellt den USA ein bemerkenswert rechtsstaatliches Zeugnis aus (wogegen die Behörden anderer Länder gestohlene Informationen teuer bezahlen und dem Verkäufer erst noch Anonymität gewährleisten).

Der Fall UBS war **Auslöser, wenn auch nicht alleinige Begründung** für die jüngsten Änderungen des Bankkundengeheimnisses. Ich komme deshalb auf den

⁴⁴ EBK/FINMA, Kurzbericht USA (Anm. 3). Weiter dazu: Transparenzbericht UBS (Anm. 3), S. 33–51; WUFFLI (Anm. 5), S. 148–152.

Fall im Zusammenhang mit den Änderungen beim Bankkundengeheimnis zurück (s. nachstehend 5).

4. Kompromittierung des Rechtsstaats

Es gehörte früher – und gehört nach schweizerischem Verständnis noch immer – zum Wesen eines Rechtsstaats, sich **Beweismittel nur auf rechtmässigem Weg** zu beschaffen (vgl. Art. 141 StPO). Rechtswidrig beschaffte Beweismittel sind nach einem Urteil des Bundesgerichts vom Jahr 2005 allerdings verwendbar (BGE 131 I 272)⁴⁵, wenn sie auch rechtmässig hätten beschafft werden können (was bei amtshilfefähigen Bankkundendaten zutrifft. Das Bundesgericht verlangt nur eine Abwägung: „Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, um so eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt“ (Erw. 4.1).

Eine Folge der Wirtschaftskrise und des verstärkten Kampfes gegen die Steuerhinterziehung ist nun, dass Staaten dazu übergegangen sind, **gestohlene oder veruntreute Bankkundendaten** dem Täter für gutes Geld abzukaufen (im Vordergrund: Deutschland und seine Bundesländer). Für die schweizerische Regierung ist spätestens seit 2010 klar, dass auf ein so begründetes Gesuch keine Amtshilfe geleistet wird. In Art. 5 Abs. 2 Bst. c der Amtshilfeverordnung zu den neuen Doppelbesteuerungsabkommen heisst es⁴⁶:

„Das Ersuchen wird abgelehnt, wenn [...] es auf Informationen beruht, die durch nach schweizerischem Recht strafbare Handlungen beschafft oder weitergeleitet worden sind.“

Ein Rechtsstaat sollte sich der **Mitwirkung an rechtswidrigen Geschäften** enthalten und solche Datensätze nicht kaufen, sondern beschlagnahmen. GÜNTER

⁴⁵ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Demandes d'assistance administrative fondées sur des données volées, Avis de droit du 23 février 2010, in: VPB vom 3. August 2010, S. 80–86. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1002–1006 m.w.H.

⁴⁶ Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV) vom 1. September 2010; Anhörung zur Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV), Erläuternder Bericht, 20. Januar 2010, S. 8.

HEINE vertritt am Beispiel der Affäre Liechtenstein die klare Auffassung, so erlangte Informationen seien aufgrund deutschen Strafrechts wie auch Völkerrechts im Strafprozess nicht verwertbar⁴⁷. Für die Schweiz gilt das erst recht.

Die Problematik stellt sich keineswegs nur für die Steuerfahndung, sondern im Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsstrafrecht allgemein. FELIX E. MÜLLER, Chefredaktor der NZZ am Sonntag, umschreibt den **Idealtyp des Whistleblowers** wie folgt⁴⁸:

„Er handelt aus einem moralischen Antrieb, weil er sich an Missständen stört, die Dritten massive Schäden zufügen; zu einer Weitergabe der Informationen entschliesst er sich erst, nachdem er vergeblich interne Stellen auf die Missstände aufmerksam zu machen versuchte; er zieht keinen persönlichen Nutzen aus seinem Handeln.“

Aufgrund der Wall Street Reform soll künftig in den USA bei der Verfolgung von Insidervergehen bis zu 30% der allfälligen Geldstrafe dem Whistleblower zufallen⁴⁹. Dadurch verkommt der ethische zum **finanziellen Anreiz**, und „[d]er Spitzel kehrt“ – so noch einmal MÜLLER –, „zwanzig Jahre nach dem Untergang des Kommunismus, als Stütze des Systems zurück.“ Für MÜLLER hat, „wenn sich der Eindruck durchsetzt, es sei legitim, Unrecht mit Unrecht zu bekämpfen, [...] die Finanzkrise einen nachhaltigeren Schaden angerichtet als die Milliardenverluste in den Büchern der Banken.“

⁴⁷ HEINE (Anm. 38), S. 186–188 m.w.H.; DERS., Der Fall Liechtenstein, insbesondere Fragen der Beweisverwertung vor völkerrechtlichem Hintergrund, auf dem Prüfstand des Strafrechts, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 930–939.

⁴⁸ FELIX E. MÜLLER, Millionen für Firmen-Interna sind staatlich geförderter Verrat, in: NZZ am Sonntag vom 15. August 2010, S. 13.

⁴⁹ Sec. 23 (b) (1) Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (2010).

5. Konsequenzen für das Bankkundengeheimnis

Ein paar Konsequenzen für das schweizerische Bankkundengeheimnis möchte ich abschliessend in einem **Rückblick auf die Jahre 2009 und 2010** zusammen fassen⁵⁰:

5.1 Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 über die UBS AG

Kunden und Mitarbeitende der Bank hatten in den USA Delikte begangen, wie sie im Doppelbesteuerungsabkommen von 1996 umschrieben sind: nicht nur einfache Steuerhinterziehung, sondern amtshilfefähigen Steuerbetrug (Art. 26 Ziff. 1 DBA-USA von 1996: „Tax fraud and the like“). Weil den US-Behörden das schweizerische Amtshilfeverfahren zu lange dauerte, waren sie nicht bereit, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über hängige Beschwerden betroffener Kunden abzuwarten, setzten der Schweiz ein Ultimatum zur Lieferung der gewünschten Informationen und stellten der UBS eine Strafklage des Justizministeriums in Aussicht. Das wäre – so die FINMA – für die Bank mit einer Situation verbunden gewesen, die „ihre Liquiditätsposition und letztlich ihre Existenz“ hätte gefährden können. Ein Zusammenbruch der UBS hätte das Finanzsystem der Schweiz und seine Stabilität unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen (s. vorstehend 2). Deshalb entschied die FINMA gestützt auf Art. 25 und 26 BankG, dass die Bank gewisse Kundendaten sofort und ohne Rücksicht auf das hängige Amtshilfeverfahren an die US-Behörden zu liefern habe. Dadurch wurde die Amtshilfe gemäss DBA durch eine **bankenaufsichtsrechtliche Schutzmassnahme** überholt. Der Fall ist m.E. notrechtlichen Charakters, ungeeignet als Präjudiz und zwangsläufig die Ausnahme, begründet durch den Sonderfall der existenziellen Bedrohung einer für schweizerische Massstäbe systemrelevanten Bank.

⁵⁰ PAOLO BERNASCONI, Banken zwischen internationaler Amts- und Rechtshilfe, Die Aushöhlung des schweizerischen Bankgeheimnisses: ein langer Marsch, in: Peter Nobel (Hg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Institutionengefüge zum Finanzmarkt, Bern 2010, S. 249–268; ROBERT WALDBURGER, Entwicklungen der schweizerischen Amtshilfepolitik in Steuersachen im Überblick, ebd., S. 229–247; CHRISTOPH WINZELER, Rechtsentwicklungen um das Bankkundengeheimnis, Standortbestimmung 2009, in: AJP 19 (2010), S. 162–164 (dort auch Hinweise zu den hier erwähnten Fällen).

Mit Urteil vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009) hat nun freilich das BVG die Verfügung der FINMA aufgehoben; die Sache wird zur Zeit **vom Bundesgericht überprüft**. Das Urteil ist eine Lehre für die Zukunft, sind doch die Daten längst in den USA. Rechtlich kann dem Urteil weitgehend beigeprägt werden. Einerseits fehlt den Art. 25 und 26 BankG wohl die nötige Bestimmtheit für einen so schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Bankkunden (Erw. 5.2–6.4). Andererseits hat die FINMA keine Zuständigkeit für Notrecht, das die Verfassung dem Bundesrat und der Bundesversammlung vorbehalten (Erw. 8). Nachdem es der Bundesrat versäumt hatte, gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV eine Notverfügung zu erlassen, entschied sich die FINMA, das Feuer mit einer zugegeben kühnen Auslegung von Art. 25 und 26 BankG zu löschen. Dies mag rechtlich heikel gewesen sein, war jedoch – ex ante – in der Sache nicht so unverständlich.

Aufgrund bisheriger Doktrin hätten es die Organe der Bank – unter Geltendmachung eines Notstandes (Art. 17–18 StGB) – aufs eigene Risiko nehmen müssen, das Bankkundengeheimnis zu missachten, um Sanktionen des US-Rechts zu vermeiden. Dieses Risiko hat die FINMA der UBS abgenommen. Grundlage hierfür war – neben den angerufenen Bestimmungen des Bankengesetzes – das **öffentliche Interesse an der Stabilität des Bankensystems**. Ihm hätte die bisherige Doktrin weniger gedient (trotz der Meinung HANS GEIGERS, der einen Rechtsbruch der obersten Bankorgane mit anschliessendem Strafprozess gegen sie dem von der FINMA beschrittenen Weg vorgezogen hätte⁵¹). Auch ging es bei den inkriminierten Vorgängen weitgehend um Tatbestände, für die steuerliche Amtshilfe zulässig war und vor denen das Bankkundengeheimnis nicht standgehalten hätte.

5.2 *Übernahme des OECD-Standards durch den Bundesrat am 13. März 2009 (Art. 26 Musterabkommen)*

Bisher hat die Schweiz aufgrund ihrer Doppelbesteuerungsabkommen und der Bilateralen mit der EU im Amtshilfeverfahren Informationen über Bankkunden bloss offengelegt, wenn es um Steuerbetrug, nicht jedoch um einfache

⁵¹ HANS GEIGER (Interview mit Philipp Löpfe), Eine Bank, die Mist baut, muss untergehen können, in: Migros Magazin vom 2. November 2009, S. 34.

Steuerhinterziehung ging (Ausnahme bei den indirekten Bundessteuern, auch unter dem Betrugsabkommen mit der EU). Betrug setzt hier – je nach anwendbarem Gesetz – ein **Urkundendelikt oder qualifiziertes Lügengebäude** voraus. Hinterziehung ist demgegenüber einfaches Nichtstun oder Unterlassen.

Der OECD-Standard sieht Amtshilfe **auch bei einfacher Hinterziehung** vor. Dies hat der Bundesrat nun als Commitment für neue Doppelbesteuerungsabkommen übernommen⁵². Nicht zum OECD-Standard und auch nicht zum Commitment des Bundesrates gehört aber der automatische Austausch von Informationen (wie er sich innerhalb der EU durchzusetzen beginnt). Weiterhin soll ein Amtshilfegesuch mit Darlegung eines begründeten Anfangsverdachts und nach Möglichkeit Nennung des Beschuldigten erforderlich sein. Zu den neuen Abkommen, die nun Amtshilfe auch bei Steuerhinterziehung vorsehen, gehört insbesondere jenes mit den USA und soll auch jenes mit Deutschland kommen.

Die Strategie des Bundesrates geht dahin, bei Vertragsverhandlungen mit anderen Staaten den OECD-Standard für die Amtshilfe zu akzeptieren, jedoch **landesintern beim Status quo** zu bleiben: Schweizerischen Steuerbehörden soll eine Bank wie bisher nur bei Steuerbetrug, nicht aber bei Steuerhinterziehung eines Kunden Auskunft geben (Art. 127 Abs. 2 Satz 2 vs. 188 Abs. 2 DBG, Art. 43 Abs. 2 Satz 2 vs. 61 StHG). Ob und wie lange sich das innenpolitisch halten lässt, ist eine andere Frage.

5.3 Abkommen der Schweiz mit den USA vom 19. August 2009 über ein Amtshilfegesuch des IRS betreffend UBS AG

Zur Besonderheit des UBS-Falls gehört, dass die entgleiste Amtshilfe durch ein **Abkommen der beiden Regierungen** wieder aufgegleist wurde und die USA gestützt darauf ein neues Amtshilfegesuch an die Schweiz richteten⁵³. Mit einem

⁵² EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Die Schweiz will den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen übernehmen (Medienmitteilung vom 13. März 2009).

⁵³ THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Das Abkommen über ein Amtshilfegesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 19. August 2009: Grundlagen und innerstaatliche Anwendbarkeit, in: ASA 78 (2009/2010), S. 349–392 (Abkommen); MICHAEL LEUPOLD/SUSANNE KUSTER, Hintergrund und Zustandekommen des Abkommens über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG, in: ASA 78 (2009/2010), S. 345–347.

weiteren Urteil vom 21. Januar 2010 bescheinigte jedoch das BVG dem Abkommen Rechtswidrigkeit (s. nachstehend 4.4).

Wie schon die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 legitimiert sich auch das Abkommen mit den USA nicht als „Rettungsaktion“ für die UBS, sondern als **Vorkehr zur Stabilisierung des Finanzsystems**⁵⁴. Darin und nur darin liegt das öffentliche Interesse an der bundesrätlichen Politik in dieser Sache. Der Bund hat sich für die UBS nicht um ihrer Arbeitsplätze oder Wertschöpfung willen engagiert, sondern weil sie „too big or too interconnected to fail“ ist. Die Systemstabilität erhielt in der Abwägung den Vorrang vor dem Interesse am Schutz des Bankkundengeheimnisses der Betroffenen.

5.4 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Januar 2010 (A-7789/2009)

Mit Recht sieht das BVG im Abkommen von 2009 eine Auslegungs- oder **„Verständigungsvereinbarung“ gemäss Art. 25 DBA-USA** (Erw. 5.5.2). Eine solche liegt in der Zuständigkeit des Bundesrates und muss im Rahmen des DBA bleiben. Dabei geht es um die Auslegung des unbestimmten Begriffs „Tax fraud and the like“ (Art. 26 DBA-USA und Ziff. 10 des Protokolls dazu). Aufgrund der Entstehungsgeschichte des DBA und seiner bisherigen Auslegung kommt das BVG zu einem streng historischen, für die Amtshilfe restriktiven Verständnis des Begriffs (Erw. 6.3–6.4)^{55 56}:

- „Tax fraud“ bedeute Steuerbetrug mit gefälschten Urkunden (Art. 186 DBG, Art. 59 StHG).
- „[T]he like“ erweitere den Tatbestand nur auf Abgabebetrug (Art. 14 VStrR), bei dem ein Lügengebäude ausreicht, und ausländische Tatbestände gleichen Unrechtsgehalts.

⁵⁴ Botschaft des Bundesrates vom 14. April 2010 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls, in: BBI 2010 (Botschaft UBS-Abkommen), S. 2973–2974.

⁵⁵ Zur historischen Auslegung: ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern/München/Wien 2009, S. 116–146, der immerhin das historische Element bei Verträgen im Vergleich zu Gesetzen tendenziell zurücknimmt (S. 142–146).

⁵⁶ Dem Urteil zustimmend: URS R. BEHNISCH/ANDREA OPEL, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, in: ZBJV 146 (2010), S. 501–509.

Nun gibt es **neben der entstehungsgeschichtlichen auch eine geltungszeitliche Auslegungsmethode**, es gibt den Wortlaut als Bandbreite zulässiger Auslegung, und es gibt einen Wandel der Anschauungen⁵⁷. Wir leben nicht nach der österreichischen Versteinerungstheorie. Die Worte „and the like“ sind bewusst offen gehalten, um Rechtsentwicklungen abzudecken, die man bei Vertragsschluss noch nicht kannte. Sonst hätte man die Bestimmung präziser gefasst. Entsprechend heisst es in Ziff. 10 Abs. 2 Satz 2 des Protokolls zum DBA-USA von 1996, die vorangehende Nennung von Steuer- und Abgabebetrag sei – Zitat – „beispielhaft und nicht abschliessend“.

Indem der Bundesrat mit dem Abkommen von 2009 die bisherige Amtshilfepraxis änderte und die „schweren Steuerwiderhandlungen“ gemäss Art. 190 DBG einbezog, handelte er in der **Bandbreite des Abkommenswortlauts** (Art. 26 DBA-USA)⁵⁸. Dass die Praxisänderung jedenfalls nicht willkürlich war, bestätigt das inzwischen neu ausgehandelte DBA-USA von 2009, mit dem – wie erwähnt – Steuerhinterziehung amtshilfefähig wird. Auch handelte der Bundesrat dabei im Landesinteresse, um einen Jurisdiktions- und Souveränitätskonflikt mit den USA zu entschärfen⁵⁹. In solchen Konflikten, lehrt die Geschichte, zieht unser Land meist den Kürzeren. Das BGV hat ohne zwingenden Grund oder – wie früher das Bundesgericht zu sagen pflegte – „ohne Not“ eine vertretbare Auslegung der Vorinstanz widerrufen.

Weil jedoch das Urteil, auch wenn man es als Fehlurteil ansieht, rechtskräftig ist, blieb dem Bundesrat nur noch der vom Gericht selber angedeutete Weg (Erw. 5.7), das Abkommen der **Bundesversammlung zur Genehmigung** vorzulegen. Diesen Weg hat der Bundesrat beschritten, und im Juni 2010 hat die Bundesversammlung das Abkommen genehmigt⁶⁰. Damit ist der Fall geklärt, denn Art. 190 BV erklärt „Bundesgesetze und Völkerrecht“ für die Gerichte „massgebend“.

⁵⁷ Wie hier: THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Rückwärtsgewandtes Bundesverwaltungsgericht, in: NZZ vom 26. Januar 2010, S. 21.

⁵⁸ Botschaft UBS-Abkommen (Anm. 54), S. 2975–2976; COTTIER/MATTEOTTI (Anm. 53), S. 385–389.

⁵⁹ Botschaft UBS-Abkommen (Anm. 54), S. 2969–2970 und 2972–2973.

⁶⁰ AS 2010, S. 2907.

5.5 *Blick in die Zukunft*

Schon im Jahr 2000 meinte der frühere Schweizer Staatssekretär FRANZ BLANKART – inzwischen Kommanditärteilhaber und strategischer Berater der Privatbankgruppe Mirabaud – in einem Vortrag, es gebe „bei uns verschiedene Banquiers, die nur noch deklarierte Vermögen entgegennehmen, eine Politik, die mittel- und langfristig nicht unklug sein dürfte ...“⁶¹. In der Tat stufen seit einiger Zeit Banken das Rechtsrisiko im Ausland höher ein und passen ihre Geschäftsmodelle an⁶². Entsprechend hat der Bundesrat im Dezember 2009 eine **neue Finanzmarktpolitik der Schweiz** bekannt gegeben⁶³. Auch die im laufenden Jahr (2010) beschlossene, darauf abgestimmte Finanzplatzstrategie 2015 der Schweizerischen Bankiervereinigung nennt an erster Stelle die „Konzentration auf versteuerte Vermögen“⁶⁴.

- So verhandelt die Schweiz mit Partnerstaaten – insbesondere z.Zt. mit Grossbritannien und Deutschland – über neue Doppelbesteuerungsabkommen, wobei sie nicht nur den OECD-Standard, sondern überdies eine Abgeltungssteuer anbietet⁶⁵. Diese würde bei den

⁶¹ FRANZ BLANKART, Bankkundengeheimnis und Ethik, Vortrag an der Generalversammlung des Verbandes Schweizerischer Holding- und Finanzgesellschaften, 22. März 2000 in Zürich (unveröffentlicht), S. 12.

⁶² PATRICK ODIER (Interview mit Markus Städeli), Wir müssen uns auf Steuerehrlichkeit fokussieren, in: NZZ am Sonntag vom 15. November 2009, S. 46–47.

⁶³ SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, Bundesrat stellt Weichen für künftige Finanzmarktpolitik (Medienmitteilung vom 16. Dezember 2009). Ausführlich: BUNDESRAT, Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz, Bericht in Beantwortung des Postulats Graber (09.3209), 16. Dezember 2009 (Bundesratsbericht Strategie), S. 54–59, 60–61 und 63. Zustimmend: SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Finanzmarktpolitik des Bundes wird begrüsst – Zielsetzungen identisch mit Branche – Abschaffung der Stempelabgabe notwendig (Medienmitteilung vom 16. Dezember 2009).

⁶⁴ SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Finanzplatzstrategie 2015, Basel 2010. Dazu: PATRICK ODIER (Interview mit Daniel Hug), Mehr Geld wird zu uns fliessen, in: NZZ am Sonntag vom 31. Oktober 2010, S. 29.

⁶⁵ THE HEAD OF THE SWISS FEDERAL DEPARTMENT OF FINANCE/THE EXCHEQUER SECRETARY TO THE HM TREASURY OF THE UNITED KINGDOM, Joint Declaration vom 25. Oktober 2010; DER VORSTEHER DES EIDGENÖSSISCHEN FINANZDEPARTEMENTS/DER BUNDESMINISTER DER FINANZEN, Gemeinsame Erklärung vom 27. Oktober 2010. Dazu: MICHAEL AMBÜHL (Interview mit Andreas Flütsch und Arthur Rutishauser), Wir haben uns mit Deutschland auf Grundsätze und Formeln geeinigt, in: Tages-Anzeiger vom 21. Oktober 2010, S. 35; ODIER (Anm. 64), passim; WOLFGANG SCHÄUBLE, Wir werden auf Bankdatenkäufe verzichten können (Interview mit Matthias Benz), in: NZZ vom 29. Oktober 2010, S. 29; HANSUELI SCHÖCHLI, Steuer statt Informationsaustausch, Bemerkenswerte Verhandlungsergebnisse für die Schweizer Diplomatie [betr. Grossbritannien], in: NZZ vom 26. Oktober 2010, S. 25; DERS., Geld statt Daten auch für Deutschland, Grundsatzvereinbarung Schweiz-Deutschland zur Lösung des Steuerstreits, in: NZZ vom 28. Oktober 2010, S. 27;

Schweizer Banken an der Quelle erhoben; die Banken müssten dafür keine Kundendaten liefern; die Partnerstaaten erhielten von der Schweiz die zum Einheitssatz erhobene Steuer anonym überwiesen. Im Gegenzug dürften die Banken aus dem entsprechenden Partnerstaat nur noch deklarierte Vermögenswerte annehmen.

- Auf der anderen Seite trägt die Schweizerische Bankiervereinigung nicht nur die Politik der Landesregierung ausdrücklich mit. Sie bereitet auch für ihre Mitglieder so genannte Länderinformationen vor⁶⁶. Im Angebot sein werden 26 Länder, worunter Deutschland, nicht aber die USA.

Für die Zukunft sind hier **nur skizzenhafte Überlegungen** möglich. Weiterhin soll Amtshilfe weder automatisch noch spontan, sondern auf begründetes Gesuch erfolgen. Das Gesuch soll die Bank und ihren beschuldigten oder verdächtigen Kunden benennen und einen Anfangsverdacht begründen. „Fishing Expeditions“ bei einer Vielzahl von Banken aufs Geratewohl sollen dadurch ausgeschlossen bleiben.

Am **Bestand des Bankkundengeheimnisses**, das nicht auf den Ausnahme-, sondern auf den Regelfall des Geschäfts zugeschnitten ist, ändert sich dadurch prinzipiell wenig. Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 wurde sogar die Höchststrafe für seine Verletzung von sechs Monaten auf drei Jahre erhöht (Art. 47 Abs. 1 BankG).

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Jahresbericht 2009/2010, S. 14–17; SCHWEIZERISCHE EIDGENOSSENSCHAFT, Schweiz und Vereinigtes Königreich unterzeichnen Erklärung zur Aufnahme von Verhandlungen im Steuerbereich (Medienmitteilung vom 25. Oktober 2010); DIES., Schweiz und Deutschland unterzeichnen Doppelbesteuerungsabkommen und Erklärung zur Aufnahme von Steuerverhandlungen (Medienmitteilung vom 27. Oktober 2010); BENEDIKT VOGEL, Steuerfrieden gegen Steuermilliarden, in: BaZ vom 14. Oktober 2010, S. 7.

⁶⁶ SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Länderinformationen im Crossborder-Geschäft, Zirkular Nr. 7669 vom 7. Oktober 2010 (im Angebot: Australien, Belgien, Brasilien, Canada, Chile, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Hongkong, Israel, Italien, Liechtenstein, Mexiko, Niederlande, Österreich, Portugal, Russland, Schweden, Südafrika, Taiwan, Thailand, Türkei, Vereinigte Arabische Emirate, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland, Venezuela).