

Vorwort zu „Banche e imprese nel procedimento penale“

Paolo Bernasconi war schon sieben Jahre als Staatsanwalt des Sottoceneri tätig, als ich 1976 als frischgebackener Anwalt in die Dienste des damals noch sehr kleinen Sekretariates der Eidg. Bankenkommission (EBK) eintrat. Schon bald geriet der Finanzplatz Tessin mit den Affären Banca Weisscredit und vor allem dem Milliardenkandal der Filiale Chiasso der Schweizerischen Kreditanstalt und ihrer geheimen, unbewilligten Schattenbank Texon, einer liechtensteinischen Anstalt, in den Fokus der EBK. Dabei lernten wir aus dem fernen Bern den unerschrockenen und effizienten Tessiner Staatsanwalt Bernasconi kennen, mit dem sich in der Folge eine enge und erfolgreiche Zusammenarbeit entwickelte. Auch nach seinem Wechsel in die Advokatur und Wissenschaft Mitte der 80-er Jahre begegneten wir uns in Expertenkommissionen und Fachtagungen sowie sporadisch zu einem freundschaftlichen bilateralen Gespräch über die Praktiken am Schweizer Finanzplatz und seiner anwachsenden Regulierung. Die Entwicklung, die wir in diesen dreieinhalb Jahrzehnten beobachten und zum Teil selbst aktiv mitgestalten konnten, war von verschiedenen Paradigmenwechseln gekennzeichnet, die wir beide uns Ende der 70-er Jahre so nicht vorstellen konnten.

Als Antwort auf den Chiasso-Skandal wurde auf Anstoss der Schweizerischen Nationalbank 1977 die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) mit der Schweizerischen Bankiervereinigung abgeschlossen, mit der die ärgsten Missbräuche des Bankgeheimnisses und des Bankensystems für Zwecke der Wirtschaftskriminalität bekämpft werden sollten. Die VSB 1977 als Mutter aller Selbstregulierungen verankerte erstmals die Pflicht der Banken zur Identifikation ihrer Vertragspartner und zur Feststellung der dahinter stehenden wirtschaftlich Berechtigten (dokumentiert auf dem immer noch gültigen Formular A) als Basis-Voraussetzung für den heute selbstverständlichen, umfassenderen Grundsatz des „know your customer“. Sie erlaubte aber grosszügige Ausnahmen von der Pflicht der Bank zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, wenn der Kunde gegenüber der Bank durch einen Schweizer Rechtsanwalt oder ein Mitglied der Schweizerischen Treuhand-Kammer vertreten war und diese Intermediäre auf dem sog. Formular B bescheinigten, den wirtschaftlich Berechtigten zu kennen. Dieses Schlupfloch wurde rege genutzt, um Zehntausende von Vermögensverwaltungskunden der Banken unter dem Deckmantel vor allem des strafrechtlich geschützten Anwaltsgeheimnisses – einer Art Super-Bankgeheimnis – zu verbergen. Es konnte erst nach heftigen Auseinandersetzungen mit den Berufsverbänden 1987 für die Treuhänder ganz abgeschafft und 1991 für die Rechtsanwälte auf eng umschriebene Tatbestände der berufsspezifischen Anwaltstätigkeit (Formular R) eingeschränkt werden. Man fühlt sich an jene Verschleierungs-Manöver der VSB-Gründerjahre zurückerinnert, wenn heute als Reaktion auf die erweiterte Amtshilfe in Steuerhinterziehungsfällen, Steueramnestien und künftige Abgeltungssteuern den ausländischen Vermögensverwaltungskunden Versicherungsmäntel (insurance wrappers) angeboten werden, um sie nicht als wirtschaftlich Berechtigte in den Akten der Bank festhalten zu müssen. Wiederum braucht es neue Regeln zur Abgrenzung legitimer Versicherungsprodukte von offensichtlichen Umgehungsvehikeln der erfinderischen Finanzbranche und ein neues Formular, das diesmal die Abkürzung I für „Insurance“ trägt.

Bereits die erste VSB von 1977 enthielt neben den Identifikationspflichten aber auch noch das Verbot der aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht und zur Steuerhinterziehung. Ersteres verlor

mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs in den Herkunftsländern allmählich seine Bedeutung. Das VSB-Verbot der aktiven Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen beschränkt sich auf unvollständige oder auf andere Weise irreführende Bescheinigungen für Täuschungsmanöver gegenüber Behörden (vor allem Steuerbehörden) des In- und Auslandes. Ausdrücklich nicht verboten wurde aber die Entgegennahme und Verwahrung von unversteuerten Einkommen und Vermögen der Kunden, die im Offshore Private Banking zum *courant normal* des Finanzplatzes Schweiz gehörten. Wesentlich weiter wollte hier die sog. Bankeninitiative gehen, welche 1977 ebenfalls als Reaktion auf den Chiasso-Skandal von der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz und entwicklungs-politischen Bewegungen, die vor allem die Kapitalflucht aus Drittweltländern und von korrupten Potentaten ins Visier nahmen, lanciert wurde. Mit dieser Volksinitiative sollte das Bankgeheimnis gegenüber in- und ausländischen Steuerbehörden auch in Fällen von Steuerhinterziehung gelüftet, also die subtile schweizerische Unterscheidung zwischen Steuerbetrug und Steuerhinterziehung vor allem in der internationalen Rechts- und Amtshilfe beseitigt werden. Die SP-Bankeninitiative wurde 1984 von Volk und Ständen wuchtig verworfen und damit das Dogma des Steuerbankgeheimnisses als eine der tragenden Säulen des schweizerischen Finanzplatzes gefestigt. Dieses Dogma hielt sich – innenpolitisch unangefochten – bis im Jahre 2009 und wurde von den Finanzministern jeweils mit der trotzigigen Aussage, das Bankgeheimnis sei unverhandelbar, bekräftigt.

Die alte *Reduit-Bastion* fiel erst unter dem Druck der G20-Staaten als Folge der epochalen Finanz- und Wirtschaftskrise, welche die staatlichen Fiskaldefizite und damit den Appetit auf Ausschöpfung des Steuersubstrates rapide ansteigen liess. Zusätzlich beschleunigt wurde der Zerfall durch das existenzbedrohende Verfahren der US-Justiz- und Steuerbehörden gegen die UBS wegen Verletzung von Steuer- und Aufsichtsrecht im grenzüberschreitenden Geschäft mit US-Privatkunden. Der Bundesrat sah sich deshalb am 13. März 2009 gezwungen, die OECD-Standards zur Amtshilfe in Steuersachen nach Art. 26 des OECD-Musterabkommens zu übernehmen und eine stattliche Anzahl Doppelbesteuerungs-abkommen mit auf Steuerhinterziehung erweiterter Amtshilfe abzuschliessen, um der drohenden Aufnahme der Schweiz auf eine schwarze Liste unkooperativer Länder zu entgehen.

Die EBK und ihre Rechtsnachfolgerin FINMA entwickelten kontinuierlich ihre Aufsichtspraxis zur dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit der leitenden Bankorgane. Aus der sehr allgemein formulierten Gewährsbestimmung leitete die EBK eine Reihe von Verhaltenspflichten der Bank als Unternehmen ab, die den Zweck des Bankengesetzes – zum Ärger traditioneller Bankjuristen, aber mit dem Segen des Bundesgerichtes – weit über den engen Gläubigerschutz auf die Wahrung des guten Rufes des Finanzplatzes und den Systemschutz ausdehnten. Schon 1979 wurde mit dem Gewährserfordernis die Pflicht der Banken begründet, den wirtschaftlichen Hintergrund von Geschäften abzuklären, wenn im Einzelfall Anzeichen darauf hindeuten, dass die Transaktion Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes bilden könnte oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt. Gestützt auf diesen Grundsatz wurde längst vor Erlass spezifischer gesetzlicher Vorschriften oder gar von Strafbestimmungen eingeschritten gegen die Beihilfe zu Korruptionsgeschäften im Ausland, die Umgehung ausländischer Embargovorschriften, das Ausnützen vertraulicher Informationen bei Börsentransaktionen (Insiderhandel), Kursschnitte oder Kursmanipulationen sowie die ungerechtfertigte Bereicherung der Bank oder ihrer Angestellten bei Aktienemissionen.

Bankengesetzliche Gewährsbestimmung und Organisationsanforderungen erlaubten insbesondere den Aufbau eines primär präventiven Abwehrdispositivs zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor, die national und international gegen Ende der 80-er Jahre in Schwung kam. Der Schweiz gelang es, als Exportschlager die VSB-Identifikationspflichten und die EBK-Praxis zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe von Geschäften sowie zur erhöhten Sorgfalt bei Geschäftsbeziehungen mit Problemländern in den 40 Empfehlungen der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) von 1990 festzuschreiben. Globale Geltung erhielten die ursprünglich nur von 15-OECD-Mitgliedsländern ausgearbeiteten FATF-Empfehlungen dank einer effizienten Kombination aus völkerrechtlich nicht verbindlichen Mindeststandards, periodischen Umsetzungskontrollen durch Länderexamen von Expertenteams aus anderen Mitgliedsländern („peer reviews“), der Publikation der Prüfungsergebnisse (bei gröberen Mängeln gefolgt von Nachkontrollen) sowie nötigenfalls Sanktionen gegenüber unbotmässigen Ländern („non-compliant jurisdictions“) in der Form von schwarzen Listen („naming and shaming“). Das aufwendige, aber erfolgreiche Vorgehen der FATF wird inzwischen imitiert vom Internationalen Währungsfonds mit sog. Financial Sector Assessment Programs, mit denen die Einhaltung der Mindeststandards der internationalen Standard-Setzer der Banken-, Wertpapier- und Versicherungsaufsicht geprüft wird. Ebenso bedient sich dieser Methode seit der Finanzkrise das Financial Stability Board, das die Arbeit der Standard-Setzer koordiniert und an die allmächtigen G20-Führer rapportiert. Stand für die FATF ursprünglich die Geldwäscherei von Drogengeld im Vordergrund, erweiterte sich der Kreis der Vortaten auf alle schweren Verbrechen und wird mit hoher Wahrscheinlichkeit bald auf Steuerdelikte ausgedehnt, was die Schweiz vor knifflige Probleme stellt. Nach den Terroranschlägen der Al Kaida vom 11. September 2001 kam auf Betreiben der USA sehr rasch die Bekämpfung der Terrorismus-Finanzierung hinzu, bei der es nicht nur auf die Herkunft von Vermögenswerten, sondern ebenso den verbrecherischen Verwendungszweck ankommt.

Der Umgang von Schweizer Banken mit Vermögenswerten korrupter Potentaten, vornehmlich aus Entwicklungs- und Schwellenländern, war früher recht unbesorgt. Als Rechtfertigung wurde angeführt, solange die Schweiz zu einem Staat diplomatische Beziehungen unterhalte, sei die Legitimität seiner Repräsentanten nicht zu hinterfragen, zumal die Ablehnung oder gar der Abbruch der Geschäftsbeziehungen schweizerischen Interessen im betreffenden Land schaden könnte. Es sei zu akzeptieren, dass in fremden Ländern andere Sitten herrschten, und es könne nicht Aufgabe einer Bank sein, hier den Weltpolizisten zu spielen. Bestechung oder andere Delikte gegen einen fremden Staat seien ohnehin nach schweizerischem Recht nicht strafbar. Peinlich wurde es erst dann, wenn in einem Land ein Regimewechsel eintrat und die neuen Machthaber eine Beschlagnahme und Rückgabe des von ihren Vorgängern geraubten Volksvermögens forderten. Nach dem Sturz des Schahs von Iran begründete der damalige Justizminister Kurt Furgler 1979 im Parlament mit ausführlichen rechtlichen Erwägungen, warum dem Begehren der neuen iranischen Regierung nicht Folge gegeben werden konnte. Der Paradigmawechsel erfolgte im Jahre 1986, als der Bundesrat nach dem Sturz des philippinischen Präsidenten Ferdinand Marcos direkt gestützt auf seine aussenpolitischen Kompetenzen in der Bundesverfassung und ohne Vorliegen eines formellen Rechtshilfeersuchens die Beschlagnahme der Vermögenswerte bei einer Anzahl Banken verfügte. Die Blockierungsmassnahme wurde anschliessend ergänzt durch ein Rundschreiben der EBK an alle Banken, mit welchem die Institute angewiesen wurden, allfällige Vermögenswerte der Familie Marcos und ihr nahestehender Personen zu melden sowie deren Abzug nicht zuzulassen, bis auf dem Wege der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen darüber entschieden werde. Trotz anfänglich

heftigen Protesten der Bankbranche, untermauert mit Rechtsgutachten, wurden von da an beharrlich Regeln der EBK im Umgang mit politisch exponierten Personen (sog. PEPs) entwickelt, die Eingang in die Geldwäscherei-Regulierung fanden. Im Fall des nigerianischen Diktators Sani Abacha veröffentlichte die EBK im Jahr 2000 nach einer breit angelegten Untersuchung nicht nur einen Bericht über die fehlbaren Banken in der Schweiz, sondern zeigte auch die bedeutenden Geldflüsse von und zu anderen wichtigen Finanzplätzen auf. Mit dieser Blossstellung anderer Finanzplätze wurde eine Internationalisierung der PEP-Problematik erreicht. Mit der 2010 erlassenen „Lex Duvalier“ ist die Schweiz wiederum einen Schritt voraus gegangen, erlaubt sie doch die erleichterte Sperrung, Einziehung und Rückerstattung unrechtmässiger Vermögenswerte von PEPs, wenn das Rechtshilfegesuch eines Staates wegen des Versagens staatlicher Strukturen zu keinem Ergebnis führt.

Eine neue Dimension haben schliesslich in jüngster Zeit die Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft erreicht. Lange brauchte sich ein Schweizer Finanzintermediär, der ohne physische Präsenz im Ausland ausschliesslich in oder von der Schweiz aus mit im Ausland wohnhaften Kunden verkehrte, wenig um ausländische Rechtsordnungen und schon gar nicht um ausländisches Steuerrecht zu kümmern. Das hat sich mit der zunehmend konsequenteren und aggressiveren Durchsetzung ihres Rechts seitens vieler ausländischer Aufsichts-, Steuer- und Strafverfolgungsbehörden radikal geändert. Das traditionelle Offshore-Geschäftsmodell wird dadurch in Frage gestellt und die Rechts- und Reputationsrisiken können für einzelne Institute existenzbedrohende und für die Volkswirtschaft destabilisierende Ausmasse annehmen. Der Fall UBS in den USA ist insofern nur ein Extrembeispiel, als die schweizerischen Behörden wegen des Status einer Grossbank als „too-big-to-fail“ zu aussergewöhnlichen Massnahmen gezwungen waren. Die FINMA hat in ihrem Positionspapier Rechtsrisiken vom 22. Oktober 2010 auf die vielfältigen Gefahren hingewiesen und alle Beaufsichtigten (nicht nur die Banken!) aufgefordert, das ausländische Aufsichtsrecht zu befolgen und für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell festzulegen. Gemäss dem bewährten Risikomanagement-Ansatz müssen die Beaufsichtigten auch die ihrem grenzüberschreitenden Geschäft inhärenten Risiken kennen und diesen mit geeigneten Massnahmen begegnen. In der Übergangsphase zur Legalisierung der Altlasten unseres Finanzplatzes stellt dies eine besondere Herausforderung dar.

Das zusehends durch globale Standards geprägte Finanzmarktrecht und das spezifische Umfeld des Finanzplatzes Schweiz haben sich also in den gemeinsam mit Paolo Bernasconi durchlebten Jahrzehnten gewaltig verändert. Das Leben der Finanzdienstleister, ihrer Berater, Prüfer und Aufseher ist dadurch äusserst komplex geworden. Umso mehr ist es zu begrüssen, wenn ihnen mit diesem Buch ein profunder Kenner Orientierungshilfe durch eine systematische Darstellung der vernetzten Zusammenhänge und praktische Handlungsanweisungen bietet.