

## Meinungen

**Tribüne** Die Pflichten der Schweizer Banken unter dem US-Programm. *Peter Hongler und Thomas Müller*

# Können Banken US-Bussen von der Steuer absetzen?

Unter der Vereinbarung zur Beilegung des Steuerstreites mit den USA (US-Programm) hatten die Schweizer Banken bis zum 31. Dezember 2013 Zeit, sich in den USA zu melden, sollten sie davon ausgehen, dass sie US-Recht verletzt haben. Gemäss Kathryn Keneally, einer ranghohen Vertreterin des amerikanischen Justizministeriums (DOJ), haben sich 106 Banken gemeldet. Dies entspricht rund einem Drittel der Banken in der Schweiz. Sie fallen alle in die Kategorie 2 des US-Programms.

Die Kategorie-2-Banken peilen den Abschluss einer sogenannten Non-Prosecution-Vereinbarung mit dem DOJ an. Mit Abschluss dieser Vereinbarung entgehen die Banken zwar einer Strafverfolgung, sie müssen im Gegenzug aber mit hohen Bussen rechnen. Die Höhe der Busse hängt nicht direkt vom Verschulden der Bank ab. Berechnungsgrundlage bildet vielmehr das von einer Bank für amerikanische Personen gehaltene Vermögen (US-Konten). Hat beispielsweise eine Bank für einen amerikanischen Kunden nach dem Februar 2009 ein Konto eröffnet, muss sie dem DOJ eine Busse in der Höhe von 50% des auf dem Konto liegenden Höchstbetrages ab Konto-

eröffnung entrichten. Die Busse lässt sich allenfalls reduzieren, sollte die Bank nachweisen können, dass es sich um ein deklariertes Konto handelt, welches den amerikanischen Steuerbehörden durch die Bank oder im Rahmen eines Selbstdeklarierungsprogramms offengelegt worden ist.

### Enormer Aufwand

Das US-Programm nennt eine Vielzahl von Indizien, welche für die Bestimmung eines US-Kontos ausschlaggebend sind. Die Kategorie-2-Banken sind gezwungen, sämtliche ihrer Kundendateien nach diesen Indizien sowie nach Nachweisen über die steuerrechtliche Offenlegung der Gelder zu durchforsten. Innert 120 Tagen nach der Meldung müssen die Banken die Daten in die USA liefern. Kundennamen sollen dabei nicht offengelegt werden müssen.

Die Aufarbeitung der Daten ist für die Banken mit einem enormen zeitlichen Aufwand verbunden und sehr kostspielig. Überdies gibt es noch heute etliche offene Punkte zur Auslegung des Programms. Für die Schweiz stellt sich die Frage, ob die unter dem US-Programm zu entrichtenden Bussen für die Banken steuerlich abzugsfähig sind.

In den Kantonen gibt es keine einheitliche Praxis zur Abzugsfähigkeit von (strafrechtlichen) Bussen im Allgemeinen. Nur bei Steuerbussen ist explizit ein Abzugsverbot sowohl im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer als auch im Steuerharmonisierungsgesetz vorgesehen.

Nach unserem Verständnis kann eine Steuerbusse nur dann vorliegen, wenn die Busse wie im schweizerischen Steuerstrafrecht üblich vom Verschulden der steuerpflichtigen Person abhängt bzw. wenn der steuerpflichtigen Person überhaupt ein Verschulden nachgewiesen werden kann.

### Unabhängig vom Verschulden

Wie erläutert, hängt die Höhe der Busse unter dem US-Programm gerade nicht vom Verschulden der einzelnen Bank ab. Vielmehr ist möglich, dass eine schweizerische Bank den US-Behörden eine Busse entrichten wird, um aus Reputationsrisiken einem Strafverfahren zu entgehen. Dies, obwohl ihr in einem solchen Strafverfahren kein Verschulden hätte nachgewiesen werden können - oder mindestens kein Verschulden, dem die auferlegte Busse angemessen gewesen wäre. Die Banken

nehmen unter anderem am US-Programm teil, weil sie von der schweizerischen Regierung und der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht Finma explizit dazu aufgefordert worden sind. Unseres Erachtens erfüllt die Busse gemäss US-Programm die Qualifikationsmerkmale einer Steuerbusse nach schweizerischem Recht daher nicht. Ferner ist höchst fraglich, ob Bussen von ausländischen Behörden überhaupt als Steuerbussen nach schweizerischem Recht gelten können.

### Keine moralische Wertung

Gegen einen Abzug wird teilweise vorgebracht, dass (strafrechtliche) Bussen generell nicht abzugsfähig seien, weil nicht geschäftsmässig begründet. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Zahlung der Busse direkt auf die Vermögensverwaltung der Bank zurückzuführen und damit geschäftsmässig begründet ist. Ferner wird durch die Zahlung einer Busse unter dem US-Programm die Leistungsfähigkeit der Bank geschmälert. Der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist im Steuerrecht zentral und von Verfassungsrang. Dies alleine spricht für eine

steuerwirksame Berücksichtigung der Busse.

Es ist zudem nicht Aufgabe der Steuerbehörden, zu urteilen, ob ein Geschäftsaufwand moralisch verwerflich ist oder nicht. Das schweizerische Steuerrecht ist wertungsneutral und nimmt keine Unterscheidung zwischen guten und moralisch verwerflichen Aufwänden vor. Schliesslich werden auch Einkünfte aus einer moralisch verwerflichen Tätigkeit besteuert.

Aufgrund der fehlenden Gesetzesgrundlage über die Abzugsfähigkeit der Bussen der Kategorie-2-Banken ist davon auszugehen, dass sich früher oder später die Gerichte mit dieser Frage auseinandersetzen werden müssen. Eine angestrebte gesetzliche Regelung, nach der diese Bussen nicht abzugsfähig wären, käme wohl zu spät. Einige Banken werden bereits im Jahre 2013 Rückstellungen für die drohenden Bussen gebildet haben. Die steuerliche Berücksichtigung der Bildung solcher Reserven bzw. Rückstellungen richtet sich nach den heute geltenden Regeln.

*Die promovierten Juristen Peter Hongler und Thomas Müller arbeiten bei Walder Wyss Rechtsanwälte, Zürich und Bern.*