

ZH_STEUERREKURSGERICHT DB.2017.147 vom 7. Dezember 2018

ZH Steuerrekursgericht, 2018-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_steuerekursgericht_DB.2017.147

FR: ZH_STEUERREKURSGERICHT DB.2017.147 du 7 décembre 2018

IT: ZH_STEUERREKURSGERICHT DB.2017.147 del 7 dicembre 2018

Regeste

"Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken" dienen nicht dazu, Risiken aus vergangenen Geschäftsjahren abzudecken, sondern betreffen Risiken in Bezug auf den künftigen Geschäftsverlauf. Sie sind damit geschäftsmässig nicht begründet und steuerlich aufzurechnen. Die erhöhten aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Eigenkapitalbasis für Banken ändert daran nichts. Das Ansinnen der Pflichtigen, mit solchen Rückstellungen im Fremdkapital unversteuerte Reserven zu bilden, welche von der Finma dann als Eigenkapital qualifiziert würden, scheitert.

Erwägungen

E. 1

Schweizerische Eidgenossenschaft, Beschwerdegegnerin,

E. 2

Anlässlich einer steueramtlichen Buchprüfung der Geschäftsjahre 2013 und 2014 stellte die Revisorin gemäss ihrem Bericht vom 22. September 2016 (Seite 7) fest, dass im Geschäftsjahr 2014 eine erfolgsneutrale Umbuchung im Betrag von Fr. ... Mio. von den pauschalen Rückstellungen auf die Reserve für allgemeine Bankrisiken erfolgt war. Während für die Steuerperiode 2013 die Einschätzungsvorschläge der Revisorin akzeptiert worden waren, hatte die Pflichtige die Einschätzungsvorschläge vom 13. Juli 2016 für die direkte Bundessteuer 2014 und Staats- und Gemeindesteuern 2014 abgelehnt, worin die Revisorin die Umbuchung von Fr. .. Mio. Rückstellungen steuerlich erfassen wollte. 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 4 - Der Steuerkommissär schätzte die Pflichtige am 3. November 2016 sowohl für Direkte Bundessteuer 2014 als auch für die Staats- und Gemeindesteuern 2014 dahingehend ein, dass zum Saldo der Erfolgsrechnung die nicht steuerneutrale Umbuchung aus dem Konto Rückstellungen auf das Konto allgemeine Bankrisiken um Umfang von Fr. ... Mio. aufgerechnet und für diese Aufrechnung eine zusätzliche Steuerrückstellung von Fr. ... Mio. gewährt wurde. Dies führte zu einem steuerbaren Reingewinn von Fr. ... Mio. (Direkte Bundessteuer 2014) bzw. Fr. ... Mio. (Staats- und Gemeindesteuern 2014). Das steuerbare Eigenkapital ermittelte er dahingehend neu, als er dem Betrag gemäss Steuererklärung von Fr. ... Mio. (inkl. hierin enthaltener deklarerter versteuerter stiller Reserven von Fr. ... Mio.) eine Reorganisations-Rückstellung von Fr. ... Mio. sowie die Umbuchung aus dem Konto Rückstellungen auf das Konto allgemeine Bankrisiken aufrechnete, jeweils unter Gewährung einer entsprechend erhöhten Steuerrückstellung. B. Gegen die Veranlagungsverfügung und den Einschätzungsentscheid vom

E. 3

a) Die "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken (nicht versteuert)" ist daraufhin zu überprüfen, ob sie im Sinne von Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG oder § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b StG geschäftsmässig begründet oder allenfalls noch immer geschäftsmässig begründet sei. Erheblich sind dabei die bereits dargelegten Grundsätze. Ob die hier zu beurteilende Rückstellung aus einer Umbuchung einer steuerlich anerkannten pauschalen Position an Rückstellungen herrührt, kann bei dieser Beurteilung keine Rolle spielen. Einzig erheblich ist, ob die Rückstellung wegen Ereignissen gebildet wurde, welche im laufenden (oder allenfalls in einem früheren Geschäftsjahr) eingetreten sind (E. 2a), und welche selbstredend nicht bereits von anderen Rückstellungen abgedeckt sind. Aus dem Vorgang der Umbuchung kann deshalb nichts für die zu beurteilende Frage der Geschäftsmässigkeit der "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" abgeleitet werden. b) Damit ist aber zugleich gesagt, dass der Umstand, dass ein Passivtausch im Fremdkapital verbucht wurde, im Ergebnis nicht erheblich ist. Die steuerliche Korrektur der handelsrechtlich Fremdkapital bildenden "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" führt dazu, dass die fragliche Rückstellung für steuerliche Zwecke als Eigenkapital betrachtet wird. Das Massgeblichkeitsprinzip steht dem nicht entgegen, weil der handelsrechtliche Jahresabschluss zwar im Grundsatz auch für Steuerzwecke verbindlich ist, aber unter dem Vorbehalt der – hier vorzunehmenden – steuerlichen Korrekturen. c) Die Pflichtige macht hilfsweise geltend, statt einer Umbuchung hätte sie auch die pauschale Rückstellung im Umfang von Fr. ... Mio. erfolgswirksam auflösen und die "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" mit dem nämlichen Betrag von Fr. ... Mio. neu bilden können. Die Bildung der "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" hätte die Erfolgsrechnung mit Fr. ... Mio. belastet, so dass die Rückstellungen im Umfang von Fr. ... Mio. erfolgsneutral neu in der Bilanz dargestellt worden wären. 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 10 - Dieser Überlegung kann rein rechnerisch ohne weiteres gefolgt werden. Für die hier massgeblichen Steuerzwecke sind aber wieder die steuerlichen Korrekturvorschriften zu beachten. Die Belastung der Erfolgsrechnung mit der Bildung der "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" im Betrag von Fr. ... Mio. müsste daraufhin überprüft werden, ob sie geschäftsmässig begründet im Sinn von Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG bzw. § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b StG sei. Dass dies nicht der Fall ist, steht fest, so dass es auch bei dieser anderen Verbuchung zu denselben Aufrechnungen beim steuerbaren Gewinn und beim Eigenkapital käme. d) Die Pflichtige gibt zu bedenken, dass sie die gemäss dem erwähnten Merkblatt möglichen Rückstellungen nicht im vollen, steueramtlich akzeptierten Umfang vorgenommen habe. Ob dies zutrifft, kann offen bleiben. Zu beurteilen ist vorliegend die Bilanzposition "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken", während die "Rückstellungen und Wertberichtigungen" nicht Gegenstand des Verfahrens bilden. Eine Übertragung von etwaigem zusätzlichem Rückstellungspotential von einer Rückstellung auf eine andere Rückstellung wird grundsätzlich nicht anerkannt, weil die Pflicht zur Verbuchung und damit zur Bezeichnung der einzelnen Rückstellungen eine spätere Umdeutung in eine andere Rückstellung ausschliesst (VGr, 7. Dezember 2011 = StE 2012 B 72.14.2 Nr. 38 E. 3.4; Peter Locher, Art. 29 N 16). Es sind aber auch keine Gründe für eine Bilanzberichtigung ersichtlich oder geltend gemacht worden. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht hat die Pflichtige nach eigener Darstellung hinreichend Rückstellungen gebildet. Zusätzliche Rückstellungen sind demnach handelsrechtlich nicht erforderlich und müssen deshalb nicht von Amts wegen in der Steuerbilanz berücksichtigt werden (BGE 141 II 83 E. 3.3 S. 86). Es steht der Pflichtigen frei, ob sie pauschale Rückstellungen im vollen, gemäss

Merkblatt akzeptierten Umfang bilden will, solange sie mindestens die handelsrechtlich erforderlichen Rückstellungen vornimmt, wie es hier geschehen ist. e) Art. 960e Abs. 3 Ziff. 4 OR sieht vor, dass Rückstellungen für die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens gebildet werden können. Die Pflichtige beruft sich für die Beurteilung der "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" auf diese Vorschrift, welche auf Grund des Massgeblichkeitsprinzips für die Steuerbehörden ver-

- 11 - bindlich sei. Indes steht die Verbindlichkeit des handelsrechtlichen Jahresabschlusses unter dem Vorbehalt der steuerlichen Korrekturvorschriften (E. 1). Nachdem die Bildung der "Rückstellung für allgemeine Bankrisiken" im Betrag von Fr. 1 Mio. nicht im Sinn von Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG oder § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b StG geschäftsmässig begründet ist (E. 2d), führt auch die handelsrechtliche Möglichkeit der Bildung von Rückstellungen "für die Sicherung des dauernden Gedeihens des Unternehmens" nicht dazu, dass die hier streitbetroffene Rückstellung steuerlich anzuerkennen ist.

E. 4

a) Ob "Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken" generell nicht geschäftsmässig begründet im Sinn von Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG oder § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b StG sind, kann hier dahingestellt bleiben und braucht nicht entschieden zu werden, geht es doch um den Jahresabschluss 2014 der Pflichtigen und nicht um eine abstrakte Beurteilung von Ziff. B./VII. des hier noch Geltung beanspruchenden Merkblattes des kantonalen Steueramts über die Besteuerung von Banken und Effekthändlern vom 20. Juli 2005 (ZStB Nr. 25/620). b) Die auf Banken anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften führen indes im zu beurteilenden Fall zu keinem anderen Ergebnis als die steuerrechtliche Beurteilung. Art. 25 Abs. 1 aBankV (in der Fassung vom 12. Dezember 1994) sieht eine Mindestgliederung der Bilanz vor, wobei unter Ziff. 2.9 und Ziff. 2.10 die "Wertberichtigungen und Rückstellungen" und die "Reserven für allgemeine Bankrisiken" zu verzeichnen sind. Art. 25a Abs. 3 aBankV (in der Fassung vom 12. Dezember 1994) hält fest, dass die Auflösung von stillen Reserven über die Position "Ausserordentlicher Ertrag" nach Art. 25a Abs. 1 Ziff. 2.5 zu erfolgen hat (was auch im Rundschreiben 2008/2, Rz. 34 und 38, so festgehalten wird). Nachdem die Pflichtige selber davon ausgeht, dass ihre Wertberichtigungen und Rückstellungen aus betriebswirtschaftlicher Sicht überhöht sind, liegen stille Reserven vor. Diese sind auch aus aufsichtsrechtlichen Gründen erfolgswirksam, und damit steuerwirksam, aufzulösen. c) Die FINMA hat die betriebsnotwendigen Rückstellungen im Wesentlichen nach den gleichen wie im Steuerrecht geltenden Grundsätzen umschrieben. Gemäss Rundschreiben 2008/2 ist eine Rückstellung eine auf einem Ereignis in der Vergangenheit begründete wahrscheinliche Verpflichtung, deren Höhe und/oder Fälligkeit ungewiss, aber schätzbar ist. Das verpflichtende Ereignis muss in der Vergangenheit, vor 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 12 - dem Bilanzstichtag, stattgefunden haben. Die Verminderung zukünftiger Erträge oder Margen stellt kein verpflichtendes Ereignis dar (Rz. 29d-1 ff.). Im Weiteren geht das Rundschreiben 2008/2 in Rz. 31a davon aus, dass Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken stille Reserven darstellen, die erfolgswirksam aufgelöst werden müssen (Rz. 34 und 38). Vorliegend sind keine Gründe geltend gemacht worden, und auch keine ersichtlich, weshalb diese regulatorischen Vorgaben für die Pflichtige nicht einzuhalten wären. Es sind auch keine unterschiedlichen Wertungen zwischen Steuerrecht und Aufsichtsrecht festzustellen. d) aa) Die Pflichtige streicht heraus, dass aus der aufsichtsrechtlichen Qualifikation der Reserven für allgemeine Bankrisiken als sog. hartes

Kernkapital nicht abgeleitet werden könne, dass es sich bei diesen Rückstellungen um Eigenkapital im steuerrechtlichen Sinne handle. In den Einspracheentscheiden führt die Vorinstanz hierzu aus, dass die FINMA die Reserven für allgemeine Bankrisiken aufsichtsrechtlich als Eigenkapital behandle und auch das kantonale Steueramt gemäss seinem Merkblatt diese Praxis anwende. Ausserdem seien Abweichungen bzw. Unterscheidungen zwischen handels-, steuer- und aufsichtsrechtlicher Bilanz möglichst zu vermeiden. bb) Banken müssen gemäss Art. 1 Abs. 1 ERV zum Schutz der Gläubiger und des Finanzsystems entsprechend ihrer Geschäftstätigkeit und Risiken über angemessene Eigenmittel verfügen und ihre Risiken angemessen begrenzen. Die geltende und hier massgebliche ERV trat am 1. Januar 2013 in Kraft (Art. 151 Abs. 1 ERV), wobei die Bestimmungen für systemrelevante Banken (Art. 124 ff. ERV) unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Bundesversammlung standen (Übergangsbestimmung zu Art. 10 Abs. 4 lit. a BankG in der Fassung vom 30. September 2011; Art. 151 Abs. 3 ERV). Der Bundesrat führte in seiner Botschaft vom 1. Juni 2012 aus (Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderungen der Bankenverordnung und der Eigenmittelverordnung [too big to fail], BBl 2012 6669), die Totalrevision der ERV sei wegen der neuen Bestimmungen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel III; nachfolgend E. 5) notwendig. Die Eigenmittelanforderungen für systemrelevante Banken treten als Parallelregime zu den allgemeinen, für alle Banken geltenden Anforderungen hinzu (BBl 2012 6676). 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 13 - Die Kriterien für die Systemrelevanz sind in Art. 8 Abs. 1 und 2 BankG (in der Fassung vom 30. September 2011) aufgeführt. Die Schweizerische Nationalbank bezeichnet nach Anhörung der FINMA durch Verfügung die systemrelevanten Banken und deren systemrelevante Funktionen (Art. 8 Abs. 3 BankG). Als systemrelevant gelten Credit Suisse Group AG, UBS AG, die Zürcher Kantonalbank, die Raiffeisen-Gruppe sowie die PostFinance AG. Die Pflichtige gehört nicht zur Gruppe der systemrelevanten Banken, weshalb die entsprechenden Vorschriften der ERV nicht anwendbar sind. cc) Art. 42 Abs. 1 ERV schreibt vor, dass Banken gesamthaft Eigenmittel in Höhe von 8% der gewichteten Positionen als Mindesteigenmittel halten; dabei müssen mindestens 4,5% der gewichteten Positionen in Form von hartem Kernkapital und mindestens 6% in Form von Kernkapital unterlegt werden. Die erforderlichen Eigenmittel umfassen zusätzlich den Eigenmittelpuffer, den antizyklischen Puffer und die zusätzlichen Eigenmittel (Art. 41 ERV, Art. 43 ff. ERV). Das Kernkapital ("Tier 1 Capital, T1") setzt sich aus sog. hartem Kernkapital ("Common Equity Tier 1; CET1") und zusätzlichem Kernkapital ("Additional Tier 1; AT1") zusammen (Art. 18 Abs. 2 ERV). Als hartes Kernkapital (CET1) können gemäss Art. 21 Abs. 1 ERV angerechnet werden: Das einbezahlte Grundkapital (lit. a), die offenen Reserven (lit. b), die Reserven für allgemeine Bankrisiken, nach Abzug der latenten Steuern, sofern keine entsprechende Rückstellung gebildet wurde (lit. c), der Gewinnvortrag (lit. d) und – unter bestimmten Voraussetzungen – der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres nach Abzug des geschätzten Gewinnausschüttungsanteils (lit. e). Art. 20 Abs. 3 ERV stellt in allgemeiner Weise klar, dass Eigenmittel den nicht nachrangigen Forderungen aller übrigen Gläubiger im Falle der Liquidation, des Konkurses oder eines Sanierungsverfahrens nachgehen. Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken stellen mithin aus regulatorischer Sicht Eigenkapital dar, auch wenn sie in der handelsrechtlichen Bilanz als Fremdkapital geführt werden. 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 14 - dd) Die Regeln der ERV über das anrechenbare Eigenkapital haben somit, soweit ersichtlich, ausschliesslich aufsichtsrechtlichen Charakter. Aus der aufsichtsrechtlichen Qualifikation als Eigenmittel kann nicht zwingend abgeleitet werden, dass die Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken ohne weiteres, quasi automatisch, auch dem Eigenkapital im steuerlichen Sinne zu unterstellen seien. Die aufsichtsrechtliche Qualifikation kann immerhin als Indiz dafür dienen, aber es kommt ihr keine Verbindlichkeit für die steuerrechtliche Beurteilung zu. Aus steuerrechtlicher Sicht ist entscheidend, ob die in Frage stehende Rückstellung im Sinn von Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG oder § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. b StG geschäftsmässig begründet sei, was aber nicht der Fall ist (E. 2d). Mithin stimmt im vorliegenden Fall die aufsichtsrechtliche mit der steuerrechtlichen Qualifikation überein.

E. 5

Die Pflichtige stellt wiederholt den Zusammenhang mit den verschärften Eigenmittelvorschriften für Banken her. a) aa) Die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (Bank for International Settlements; BIS) ist eine auf der Grundlage eines multilateralen Staatsvertrags geschaffene internationale Organisation mit Sitz in Basel (Art. 1 des Abkommens über die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich vom 20. Januar 1930; SR 0.192.122.971), die gemäss Art. 1 ihrer Statuten als Aktiengesellschaft gegründet wurde und als Aktiengesellschaft, später als Internationale Organisation mit eigenem Rechtsstatus im Handelsregister des Kantons Basel-Stadt eingetragen war. Das Recht, in der Generalversammlung der BIS vertreten zu sein, sowie das Stimmrecht werden durch die Zentralbank jedes Landes, in dem Aktien gezeichnet worden sind, oder durch deren Vertreter ausgeübt (Art. 14 Satz 2 der Statuten der BIS). Die Schweiz anerkennt die internationale Rechtspersönlichkeit und die Rechtsfähigkeit der BIS in der Schweiz und gewährleistet ihr die ihr als internationale Organisation zustehende Unabhängigkeit und Handlungsfähigkeit (Art. 1 und Art. 2 Ziff. 1 des Abkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich zur Regelung der rechtlichen Stellung der Bank in der Schweiz vom 10. Februar 1987; SR 0.192.122.971.3). Der BIS stehen in der Schweiz weitgehende Immunitäten und Steuerbefreiungen zu (Art. 4 und 7 des zuletzt erwähnten Abkommens). 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 15 - bb) Bei der BIS sind mehrere Ausschüsse ("Committees") angesiedelt und unterstützen Zentralbanken und andere staatliche Behörden, die für Finanzstabilität zuständig sind, mit Hintergrundanalysen und Empfehlungen. Einer dieser Ausschüsse ist das Basel Committee on Banking Supervision (BCBS, auch Basler Ausschuss genannt). Das BCBS beschreibt sich selber als "the primary global standard setter for the prudential regulation of banks and provides a forum for regular cooperation on banking supervisory matters. Its 45 members comprise central banks and bank supervisors from 28 jurisdictions." Die Schweiz ist im BCBS von der Schweizerischen Nationalbank und der FINMA vertreten. Die FINMA führt aus, das BCBS sei das zentrale Gremium für die internationale Koordination von Bankenregulierung und diene als Forum für die Zusammenarbeit in Fragen der Bankenaufsicht. Sein Mandat sei es, die Bankenaufsicht zu stärken und dadurch die Finanzstabilität zu fördern. Section 3 der "Basel Committee Charter" (in der Fassung vom 5. Juni 2018) legt den "Legal Status" wie folgt dar: "The BCBS does not possess any formal supranational authority. Its decisions do not have legal force. Rather, the BCBS relies on its members' commitments, as described in Section 5, to

achieve its mandate." In der erwähnten Section 5 verpflichten sich die Mitglieder u.a. dazu ("BCBS members are committed to"), die BCBS-Standards innerhalb des definierten Zeitrahmens in ihren eigenen Zuständigkeitsbereichen umzusetzen und anzuwenden ("implement and apply BCBS standards in their domestic jurisdictions within the pre-defined timeframe ..."). Die vom BCBS erlassenen Normen sind mithin nicht direkt anwendbar, sondern müssen im innerstaatlichen Recht umgesetzt werden. cc) "Basel III" ist nach eigener Umschreibung des BCBS "an internationally agreed set of measures developed by the BCBS in response to the financial crisis of 2007-09. The measures aim to strengthen the regulation, supervision and risk management of banks." Gemäss den Angaben der FINMA ist es das Ziel der Richtlinien von Basel III, mittels Stärkung der Eigenkapital- und Liquiditätsvorschriften die Stabilität des Finanzsystems zu erhöhen. Die FINMA unterscheidet drei Säulen, wobei vorliegend die Säule 1 relevant ist: Säule 1 betrifft die anrechenbaren Eigenmittel sowie die Ansätze zur Bestimmung der Mindesteigenmittel für Kredit- und Marktrisiken sowie für operationelle Risiken. Basel III stelle laut FINMA höhere Anforderungen an das anrechenbare Kapital. DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 16 - tal bezüglich der "Verlusttragfähigkeit" und erhöhe die Mindesteigenmittel; als weitere Elemente werden "Kapitalerhaltungspuffer", "antizyklischer Kapitalpuffer" und "Höchstverschuldungsquote (Leverage Ratio)" genannt. Die Säulen 2 und 3 beschlagen den Überwachungsprozess und die Offenlegungspflichten der Banken. Die Umsetzung von Basel III erfolge laut FINMA mittels Anpassung der ERV und der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Verordnung über die Liquidität der Banken vom 30. November 2012 (LiqV; SR 952.06) und der sich darauf abstützenden FINMA-Rundschreiben. b) Die aufsichtsrechtliche Qualifikation der Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken als Eigenmittel kann zwar nicht als rechtliche Grundlage einer steuerlichen Aufrechnung beim Gewinn und beim Eigenkapital dienen. Es ist aber auch zu prüfen, ob die regulatorische Forderung nach buchmässig ausgewiesenem Eigenkapital sich zu Gunsten der Pflichtigen auswirkt. aa) Ein für die Geschäftstätigkeit der Pflichtigen hinreichendes Eigenkapital ist vorliegend gesetzlich vorgeschrieben und wird von der bankengesetzlichen Revisionsstelle geprüft und von der FINMA behördlich überwacht. Es ist also sachlich begründet, wenn die Pflichtige ihre Eigenkapitalbasis stärken will. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen schreiben der Pflichtigen jedoch nicht im Einzelnen vor, wie sie das vorgeschriebene Eigenkapital bilden soll. Denkbar wären namentlich auch der Verzicht auf Dividendenausschüttungen, was die offenen Reserven stärken würde, oder eine Kapitalerhöhung. Aufsichtsrechtlich vermöchte die Pflichtige damit das sog. harte Kernkapital (Common Equity Tier 1) im Sinn von Art. 18 Abs. 2 ERV und Art. 21 Abs. 1 ERV zu verbessern. Eine Kapitalerhöhung unterliegt zwar der Emissionsabgabe von 1% (Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973; SR 641.10), ist aber nicht der hier massgeblichen Gewinnsteuer unterworfen (Art. 60 lit. a DBG; § 66 lit. a StG). Offene Reserven werden hingegen aus besteuerten Gewinnen gebildet. Geschäftsmässig nicht begründete Rückstellungen, die nicht besteuert werden, müssten somit steuerlich als offene, aber nicht versteuerte Reserven angesehen werden. Eine derartige Differenzierung lässt sich aber aus den geltenden steuerrechtlichen Bestimmungen gerade nicht herleiten. Das steuerliche Eigenkapital geht zurück auf Kapitaleinlagen, die nicht besteuert werden, und auf ein- 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 17 - behaltene Gewinne. Gewinne werden aber, von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen und ungeachtet dessen, wie sie erzielt wurden und ob sie einbehalten oder ausgeschüttet werden, besteuert. Diese gesetzliche Ordnung ist der Bildung von Eigenkapital gewiss nicht förderlich, aber es wäre die anspruchsvolle Aufgabe des Gesetzgebers, eine andere Regelung wie beispielsweise einen Besteuerungsaufschub für einbehaltene Gewinne zu schaffen. Jedenfalls kann nicht auf dem Wege der Gesetzesanwendung eine Neuregelung der Gewinnbesteuerung geschaffen werden. bb) Art. 4 Abs. 1 BankG schreibt vor, dass Banken einzeln und auf konsolidierter Basis über angemessene Eigenmittel und Liquidität verfügen müssen. Die Mindestanforderungen werden gestützt auf Art. 4 Abs. 2 BankG durch den Bundesrat in der ERV und der LiqV festgelegt. Diesen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zum Eigenkapital der Banken lassen sich keine ausdrücklichen spezialgesetzlichen steuerlichen Bestimmungen über die steuerlich privilegierte Bildung von Eigenkapital entnehmen. Es liegt auch nicht auf der Hand, steuerliche Regelungen aus den aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen an Eigenkapital herzuleiten, denn es besteht sicherlich ein sachlich begründetes Bedürfnis nach Bildung von Eigenkapital ohne steuerliche Belastung durch die Emissionsabgabe oder die Gewinnsteuern, aber die aufsichtsrechtlichen Normen zeigen nicht auf, wie diese Regelungen genau ausgestaltet wären. Hierzu bedürfte es vielmehr einer besonderen gesetzlichen Anordnung. c) Im Zuge der Anpassungen der Gesetzgebung an Basel III kam es denn auch zu mehreren Änderungen steuerrechtlicher Vorschriften. aa) Am 30. September 2011 beschlossen die Eidgenössische Räte Anpassungen des BankG, welche auf den 1. März 2012 in Kraft traten. Vorab wurden mit Art. 7 ff. BankG (Fünfter Abschnitt des BankG) spezielle Vorschriften für systemrelevante Banken geschaffen. Der neue Sechste Abschnitt des BankG enthält Vorschriften über "zusätzliches Kapital" (Art. 11 ff. BankG). Damit wurden namentlich die gesetzlichen Grundlagen für bedingte Pflichtwandelanleihen (CoCos, Contingent Convertibles) geschaffen (Art. 11 Abs. 1 lit. b BankG): Die Forderungsrechte aus Pflichtwandelanleihen wandeln sich beim Eintritt des auslösenden Ereignisses, welches in den Statuten oder vom Verwaltungsrat festgelegt wird (Art. 13 Abs. 3 Satz 2 lit. b BankG), in Aktien oder Partizipationsscheine (Art. 13 Abs. 1 BankG). Der Hauptunterschied zu bedingtem 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 18 - Kapital besteht im Wandlungsmechanismus. Bedingtes Kapital gewährt den Gläubigern ein Wandlungsrecht, mit dem sie an künftigen Aktienkurssteigerungen teilhaben können. Demgegenüber tritt die Wandlung unabhängig vom Einfluss der Gläubiger ein, sobald das Auslösungsereignis erreicht wird. Während Fremdkapitalgeber normalerweise nur im Konkurs- oder Sanierungsfall Einbussen erleiden, fällt die Forderung von Gläubigern von bedingten Pflichtwandelanleihen im Krisenfall weg. Sie wird durch Anteilsscheine ersetzt (Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes [Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail] vom 20. April 2011, BBl 2011 4717, 4774). Mit den Anleihen mit Forderungsverzicht (sog. Write-off-Bonds) wird in Art. 11 Abs. 2 BankG noch ein anderes Instrument eingeführt: Banken und die Konzernobergesellschaften von Finanzgruppen und bankdominierten Finanzkonglomeraten können in den Ausgabebedingungen von Anleihen vorsehen, dass die Gläubiger bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses auf Forderungen verzichten. Zugleich kam es zu Änderungen bei der Emissionsabgabe. Durch die Streichung der Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 und 5, Art. 5a, Art. 7 Abs. 1 lit. f, Art. 9a sowie Art. 10 Abs. 3 und 4 des Stempelabgabengesetzes (AS 2012 819 f.) wurde die Emissionsabgabe auf der Ausgabe von Obligationen und Geldmarktpapieren, die per 1. April 1993 eingeführt worden war, generell aufgehoben. Sodann wurde gemäss

dem bundesrätlichen Antrag (BBl 2011 4779) eine neue Ausnahme von der Emissionsabgabe auf der Ausgabe von Aktien geschaffen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. 1 Stempelabgabengesetz sind die Beteiligungsrechte von Banken, die unter Verwendung des Wandlungskapitals gemäss Art. 13 Abs. 1 BankG begründet oder erhöht werden, von der Emissionsabgabe ausgenommen. Steuerliche Überlegungen wurden in der Botschaft zur Änderung des BankG breit dargelegt. Zentral war die Feststellung, dass aufgrund der steuerlichen Rahmenbedingungen der Schweizer Kapitalmarkt für Obligationen und Geldmarktpapiere wenig attraktiv sei. Zurückgeführt wurde dies in der Botschaft auf die Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren, die Verrechnungssteuer auf den Zinszahlungen und die Belastung des Sekundärmarktes durch die Umsatzabgabe (BBl 2011 4736 f.). Der Bundesrat schlug deshalb die generelle Abschaffung der Emissionsabgabe auf Obligationen und Geldmarktpapieren sowie die Befreiung der Beteiligungsrechte von der Emissionsabgabe, sofern diese aus der Wandlung von CoCos stammen, vor. Hingegen stellte der Bundesrat in Aussicht, eine separate Vorlage hinsichtlich der Verrechnungssteuer mit dem Übergang vom Schuldner- zum Zahlstellenprinzip vorzulegen (BBl 2011 4738 f.). 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 19 - Anpassungen im Recht der direkten Steuern, sei es im DBG oder im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG), wurden vom Bundesrat nicht beantragt und von den Eidgenössischen Räten auch nicht beschlossen. Der Botschaft zur Änderung des BankG lässt sich entnehmen, dass sich der Gesetzgeber sowohl der steuerlichen Folgen der Kapitalbeschaffung über Aussenfinanzierung mit Eigen- oder Fremdkapital (CoCos) oder über Innenfinanzierung (Selbstfinanzierung mittels Gewinnthesaurierung) als auch der steuerlichen Effekte bei den Anteilsinhabern bewusst war (BBl 2011 4783 ff.). bb) Mit Änderung vom 15. Juni 2012 fügten die Eidgenössischen Räte einen neuen, auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzten Art. 5 Abs. 1 lit. g in das Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 23. Oktober 1965 (VStG) ein. Damit wurde eine neue Ausnahme von der Verrechnungssteuer auf Zinsen auf Obligationen geschaffen. Gemäss dieser Bestimmung sind die Zinsen von Pflichtwandelanleihen und Anleihen mit Forderungsverzicht nach den Art. 11–13 BankG von der Verrechnungssteuer ausgenommen, sofern die FINMA, gestützt auf Art. 11 Abs. 4 BankG, die Anrechnung der Pflichtwandelanleihe oder der Anleihe mit Forderungsverzicht auf die erforderlichen Eigenmittel genehmigt hat und die Pflichtwandelanleihe oder die Anleihe mit Forderungsverzicht innerhalb von vier Jahren nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 15. Juni 2012, also nach dem 1. Januar 2013 bis spätestens 31. Dezember 2017, ausgegeben wird. Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer (Belebung des schweizerischen Kapitalmarktes) vom 24. August 2011 (BBl 2011 6615), wie in der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes angekündigt (BBl 2011 4738 f.), den Übergang vom Schuldner- zum Zahlstellenprinzip bei Zinsen auf Obligationen und Geldmarktpapieren beantragt. Der Bundesrat betonte einerseits den engen sachlichen Zusammenhang mit den in der Botschaft zur Änderung des BankG vorgeschlagenen flankierenden Massnahmen und führte nochmals die verrechnungssteuerlichen Aspekte der Herausgabe von CoCos aus (BBl 2011 6621 ff.). Andererseits wurde dargelegt, die steuerlichen Massnahmen bildeten ein kohärentes Gesamtpaket. Es enthalte mit dem Übergang zum Zahlstellenprinzip bei der Verrechnungssteuer für Obligationen- und Geldmarktzinsen und der Abschaffung der Emissionsabgabe auf Fremdkapital zwei Massnahmen, welche die steuerlichen

Rahmenbedingungen nicht nur für die CoCos, sondern für den ganzen inländischen 1
DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 20 - Bondmarkt verbesserten (BBl 2011 6625). Die vom Parlament schliesslich favorisierte und beschlossene Alternative, nur Zinsen auf CoCos von der Verrechnungssteuer zu befreien, hatte der Bundesrat mit der Überlegung verworfen, dass aufgrund des beschränkten Kapitalmarktvolumens die bevorzugte steuerliche Behandlung der CoCos Verdrängungseffekte (Crowding-out) zulasten der anderen Emittenten im Inland erzeugte, womit sich die Finanzierungskosten der Nicht-CoCo-Emittenten im Inland erhöhten (BBl 2011 6626). cc) Den Vorschlägen des Bundesrats in der Botschaft zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes vom 11. September 2015 (BBl 2015 7083) folgend beschlossen die Eidgenössischen Räte am 18. März 2016 verschiedene Änderungen und Ergänzungen zum VStG und zum Stempelabgabengesetz. Art. 5 Abs. 1 lit. g VStG wurde neu gefasst, indem die Zinsen von Pflichtwandelanleihen und Anleihen mit Forderungsverzicht nach den Art. 11–13 BankG, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem 31. Dezember 2021 ausgegeben werden, von der Steuer ausgenommen sind. Der Anwendungsbereich der gesetzlichen Ausnahme wurde mithin um vier Jahre ausgedehnt. Mit der neuen Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 lit. i VStG wurde eine zusätzliche Ausnahme von der Steuer eingeführt, wonach unter gesetzlich näher umschriebenen Voraussetzungen die Zinsen von Anleiensobligationen von Banken oder Konzerngesellschaften von Finanzgruppen, für die Massnahmen nach den Art. 28–32 BankG angeordnet werden können (sog. Bail-in-Bonds), von der Steuer ausgenommen sind. Art. 28–32 BankG regeln das durch die FINMA zu führende Sanierungsverfahren für Banken. In Art. 31 Abs. 3 BankG ist vorgesehen, dass der Sanierungsplan die Reduktion des bisherigen und die Schaffung von neuem Eigenkapital, die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital sowie die Reduktion von Forderungen vorsehen kann. Die verrechnungssteuerliche Definition von Bail-in-Bonds geht von einem aufsichtsrechtlichen Verständnis aus (Botschaft zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes, BBl 2015 7090 f., 7092 f.). Im Stempelabgabengesetz wurde die Ausnahmebestimmung von Art. 6 Abs. 1 lit. l inhaltlich unverändert redaktionell angepasst und mit Art. 6 Abs. 1 lit. m Stempelabgabengesetz eine neue Ausnahme von der Emissionsabgabe für Bail-in-Bonds geschaffen. Gemäss dieser Bestimmung sind die bei der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital nach Art. 31 Abs. 3 BankG begründeten oder erhöhten Beteiligungsrechte an Banken und Konzerngesellschaften von Finanzgruppen, für die Massnahmen nach den Art. 28–32 BankG angeordnet werden können, von der Abgabe ausgenommen. 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 21 - Der Bundesrat verzichtete aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse vorderhand auf einen erneuten Antrag auf Einführung des Zahlstellenprinzips und sprach sich in der Botschaft zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes für eine Verlängerung der Ausnahmebestimmung für Pflichtwandelanleihen und Anleihen mit Forderungsverzicht aus (BBl 2015 7088). Er erachtete die vorgeschlagenen Ausnahmen als sachlich begründet und damit verfassungskonform, weil die betreffenden Anleihen dazu dienen sollten, die Stabilität des Finanzmarktes Schweiz zu verbessern (BBl 2015 7095 f.). dd) Sodann legte der Bundesrat am 14. Februar 2018 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Berechnung des Beteiligungsabzugs bei Too-big-to-fail-Instrumenten vor (BBl 2018 1263). Der Bundesrat schlägt vor, mittels neu eingefügter Art. 70 Abs. 6 DBG und Art. 28 Abs. 1 quater StHG die Berechnung des Beteiligungsabzugs gemäss Art. 70 Abs. 1 DBG bzw. Art. 28

Abs. 1 StHG so anzupassen, dass der Finanzierungsaufwand und die Forderung in der Bilanz aus konzernintern weitergegebenen Mitteln von CoCos, Write-off-Bonds und Bail-in-Bonds nicht berücksichtigt wird. Diese Regelung soll auf Konzernobergesellschaften von systemrelevanten Banken nach Art. 7 Abs. 1 BankG beschränkt sein (BBl 2018 1297 f.). Die vorgeschlagene Regelung wird damit begründet, dass sich mit der Ausgabe der Too-big-to-fail- (TBTF-) Instrumente (gemeint CoCos, Write-off-Bonds und Bail-in-Bonds) der Beteiligungsabzug vermindere, woraus für die Konzernobergesellschaft eine höhere Gewinnsteuerbelastung resultiere, die nicht auf einen höheren handelsrechtlichen Gewinn zurückgehe (BBl 2018 1272). Die vorgeschlagene Anpassung der Berechnung des Beteiligungsabzugs stelle sicher, dass die Too-big-to-fail-Gesetzgebung, also die besonderen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen über systemrelevante Banken, konsequent umgesetzt und der Eigenmittelaufbau bei systemrelevanten Banken steuerlich nicht belastet werde (BBl 2018 1274). Aufgrund der Kritik in den Vernehmlassungen solle die Neuregelung nur für systemrelevante Banken gelten, die sich im Vergleich zu anderen Branchen wegen den aufsichtsrechtlichen Vorgaben in einer speziellen Situation befänden. Damit werde der Kritik an der rechtungleichen Behandlung konsequenter Rechnung getragen (BBl 2018 1275 f.). Die Vorlage des Bundesrates befindet sich in den parlamentarischen Beratungen (Geschäftsnummer 18.020). 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 22 - ee) Den dargelegten, bisherigen gesetzgeberischen Massnahmen ist gemeinsam, dass sie sich sachlich eng begrenzt auf bestimmte Fremdkapitalinstrumente, primär für systemrelevante Banken, beziehen. Die umgesetzten steuerlichen Änderungen betreffen sodann die Emissionsabgabe und die Verrechnungssteuer, nicht aber die direkten Steuern des Bundes und der Kantone und Gemeinden, wobei die direktsteuerlichen Folgen der Änderungen im Aufsichtsrecht durchaus bedacht wurden. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, es liege eine von der Praxis zu füllende Gesetzeslücke vor, wenn die Bildung von Eigenkapital durch Selbstfinanzierung direkt steuerlich belastet wird. Dies wird durch die letzte bundesrätliche Vorlage zur Ergänzung der Regelung des Beteiligungsabzugs nochmals bestätigt. Schliesslich darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass Sonderregelungen für eine bestimmte Wirtschaftsbranche unter dem Aspekt der Gleichbehandlung (Art. 8 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) heikel sind. Eigenkapital ist grundsätzlich für sämtliche Arten von wirtschaftlicher Betätigung erforderlich. Personen, welche sich in gleichen Verhältnissen befinden, müssen in derselben Weise der Steuerbelastung ausgesetzt sein (BGE 133 I 206 E. 11 S. 229 ff.; 114 Ia 321 E. 3a S. 323; Bürgisser, L'interventionnisme fiscal et le principe d'égalité: une quadrature du cercle?, FStR 2017, 127 ff.; Senn, Die verfassungsrechtliche Verankerung von anerkannten Besteuerungsgrundsätzen, 1999, 146 ff.; Klett, Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, ZSR 1992 II, 85 f.). Es wäre also sorgfältig abzuwägen, ob sich aus dem blossen Umstand der aufsichtsrechtlichen Regulierung eine steuerliche Sonderbehandlung rechtfertigte. d) Zusammengefasst kann vorliegend aus den erhöhten aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Eigenkapitalbasis für Banken nichts zu Gunsten der Pflichtigen abgeleitet werden.

E. 6

Dies führt zur Abweisung der Rechtsmittel. Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Pflichtigen aufzuerlegen (Art. 144 Abs. 1 DBG; § 151 Abs. 1 StG). Sie hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 144 Abs. 3 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968; § 152 StG i.V.m.

§ 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959). 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 23 - 1 DB.2017.147 1 ST.2017.185

- 24 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.