

Prof. Dr. Lukas Handschin / Daniel Widmer

US Bankendeal: Rückstellungen oder Reserve für allgemeine Bankrisiken?

Der Artikel untersucht die Frage, wann für Kosten und Bussen aus dem US Bankendeal Rückstellungen gebildet werden müssen oder ob auch Reserven für allgemeine Bankrisiken gebildet werden dürfen.

Rechtsgebiet(e): Bankrecht; Gesellschaftsrecht; Handelsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Lukas Handschin / Daniel Widmer, US Bankendeal: Rückstellungen oder Reserve für allgemeine Bankrisiken?, in: Jusletter 13. Januar 2014

Inhaltsübersicht

- I. Kurzer Überblick über die Lage
- II. Verhalten der Bank im Hinblick auf diese Risiken aus einer rechnungslegungsrechtlichen Sicht
 1. Reserve für allgemeine Bankrisiken
 2. Rückstellungen
 3. Risiko verlässlich abschätzbar?
 4. Bezug zur Reserve für allgemeine Bankrisiken
 - 4.1. Grundlagen, Fragestellung
 - 4.2. Unternehmen, in dem die Nettoaktiven das Aktienkapital und die Reserven decken (keine Kapital-Unterdeckung)
 - 4.3. Überschuldung und Kapital-Unterdeckung: Unterschiedliche behördliche Eingriffsschwellen für Realwirtschaft und Banken
 - 4.4. Folgen für den Kapitalschutz aus der unterschiedlichen behördlichen Eingriffsschwelle
 5. Schlussfolgerungen für die Abgrenzung von Rückstellungen zur Reserve für allgemeine Bankrisiken
- III. Anwendung dieser Überlegungen auf Banken der Kategorie 2

I. Kurzer Überblick über die Lage

[Rz 1] Im Steuerstreit mit den Vereinigten Staaten stellt sich auch die Frage, ob für potentielle und erwartete Kosten und vor allem für mögliche Bussen durch die betroffenen Banken Rückstellungen gebildet werden dürfen oder müssen oder ob allenfalls alternativ Reserven für allgemeine Bankrisiken gebildet werden können. Ausgangslage der Fragestellung ist das vom US Department of Justice am 29. August 2013 veröffentlichte sog. «Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks», mit welchem die Beilegung des Steuerstreits zwischen denjenigen Schweizer Banken, die aktuell in kein US-Strafverfahren verwickelt sind, erreicht werden soll. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA gab am Tag darauf eine Mitteilung heraus, die sich an alle Banken und Effektenhändler richtete und von diesen eine entsprechende Mitteilung bis zum 9. Dezember 2013 darüber verlangte, ob eine Teilnahme an diesem betreffenden Programm angestrebt wird. Diejenigen Banken, die sich für die Teilnahme am Programm entscheiden, mussten der FINMA weiter mitteilen, welcher Kategorie gemäss dem US-Programm sie sich zuordnen.¹ Im Hinblick auf die Kategorien gemäss dem US-Programm ist die entscheidende und wesentliche Unterscheidung zwischen der Kategorie 2 und 3 vorzunehmen. Bei der ersteren Kategorie entscheidet sich die Bank für eine Zusammenarbeit mit den US-Behörden nach den Anforderungen des US-Programms und strebt ein sog. Non-Prosecution Agreement an. Werden im Rahmen der Auswertung Konten bzw. Vermögenswerte von US-Steuerändern gefunden, so kann dies für die kooperierende Bank zu Bussen von 20 bis 50% der un versteuerten Vermögenswerte führen. Ordnet sich die Bank der Kategorie 3 zu,

¹ Vgl. FINMA-Mitteilung 50 vom 30. August 2013 «Das US-Programm zur Bereinigung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den Vereinigten Staaten», abrufbar unter: <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Lists/ListMitteilungen/Attachments/67/finma-mitteilung-50-2013-d.pdf> (zuletzt besucht am 8. Januar 2014).

so hat diese durch einen unabhängigen Dritten auf eigene Kosten eine interne Untersuchung durchführen zu lassen. Die Bank muss im Rahmen dieser Untersuchung den US-Behörden beweisen können, dass kein Verstoss gegen US-amerikanisches Steuerrecht vorliegt. Gelingt dieser Nachweis, so kann das US Department of Justice der Bank einen sog. Non-Target Letter ausstellen, worin festgestellt wird, dass die Bank im Zeitpunkt der Ausstellung und gestützt auf die vorhandenen Informationen kein Ziel einer strafrechtlichen Untersuchung in dieser Angelegenheit ist.

II. Verhalten der Bank im Hinblick auf diese Risiken aus einer rechnungslegungsrechtlichen Sicht

1. Reserve für allgemeine Bankrisiken

[Rz 2] Das Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG, nachfolgend Bankengesetz) sieht unter dem Abschnitt zur Rechnungslegung vor, dass Banken für jedes Geschäftsjahr einen Geschäftsbericht zu erstellen haben, der sich aus der Jahresrechnung, dem Lagebericht und der Konzernrechnung zusammensetzt.² Aufgrund der Besonderheiten, die mit dem Bankgeschäft verbunden sind bzw. dem erhöhten Schutzbedürfnis der Gläubiger, delegiert das Bankengesetz dem Bundesrat die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen über die Form, den Inhalt und die Veröffentlichung der Geschäftsberichte. Der Bundesrat kann für Banken insbesondere Rechnungslegungsvorschriften vorsehen, die von den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die Buchführung und Rechnungslegung abweichen.³

[Rz 3] Die Rechnungslegung für Banken folgt gemäss der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV, nachfolgend Bankenverordnung) den Grundsätzen ordnungsmässiger Rechnungslegung und soll eine möglichst zuverlässige Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Bank erlauben.⁴ Sie folgt damit den Grundsätzen, die in gleicher Weise unter dem 32. Titel des Obligationenrechts über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung gelten. Art. 25 Abs. 1 Ziff. 2.10 BankV sieht im Hinblick auf die Mindestgliederung der Bilanz einer Bank im Sinne des Bankengesetzes vor, dass unter den Passiven, vorbehaltlich des Verzichts auf einen gesonderten Ausweis (Abs. 4),⁵ eine Reserve für allgemeine Bankrisiken

² Vgl. Art. 6 Abs. 1 BankG.

³ Vgl. zum Ganzen Art. 6b Abs. 1 und 2 BankG.

⁴ Vgl. Art. 24 Abs. 1 und 2 BankV.

⁵ Vgl. aber Art. 25f Abs. 3 BankV, wonach die Reserve für allgemeine Bankrisiken in der Konzernbilanz zwingend auszuweisen ist; im handelsrechtlichen Abschluss kann gemäss Art. 25 Abs. 4 BankV auf den gesonderten Ausweis dieser Reserve verzichtet werden, wobei in diesem Fall

auszuweisen ist. Die Reserven für allgemeine Bankrisiken sind vorsorglich gebildete Reserven, die zur Absicherung gegen latente Risiken im Geschäftsgang der Bank dienen.⁶ Es handelt sich um einen gesetzlichen Spezialtyp innerhalb der Reserven, der bei Gesellschaften aus der Realwirtschaft keine Entsprechung in der Bilanz findet. Die Reserven für allgemeine Bankrisiken umfassen Gewinne, die zurückbehalten wurden und keiner anderen Position der Reserven zugeordnet sind.⁷ Die Bildung von Reserven für allgemeine Bankrisiken erfolgt im Einzelabschluss über eine erfolgswirksame Buchung (ausserordentlicher Aufwand) oder erfolgsneutral über die Umwandlung von nicht mehr erforderlichen Wertberichtigungen und Rückstellungen oder durch einen Übertrag von stillen Reserven. In einem Einzelabschluss, der dem True and fair View Prinzip folgt bzw. im Konzernabschluss ist die Bildung der Reserve ausschliesslich erfolgswirksam über den ausserordentlichen Aufwand möglich.⁸ Die Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken wirkt sich genau gleich auf den Gewinn des Unternehmens aus, wie die Bildung einer Rückstellung. Das bedeutet, dass in beiden Fällen der Gewinnvortrag sich entsprechend reduziert bis zum Moment, wo die Voraussetzungen für eine Gewinnausschüttung nicht mehr vorliegen. Ist die gebildete Reserve höher als der Gewinnvortrag, dann entsteht als Folge ein Verlust.

[Rz 4] Bei den Reserven für allgemeine Bankrisiken handelt es sich um einen Bestandteil des Eigenkapitals.⁹ So sieht die Verordnung vom 1. Juni 2012 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (ERV, nachfolgend Eigenmittelverordnung) vor, dass diese Reserven nach Abzug der latenten Steuern als hartes Kernkapital (sog. Common Equity Tier 1) angerechnet werden können.¹⁰ Die Reserven für allgemeine Bankrisiken ermöglichen dem Verwaltungsrat, bei Notwendigkeit infolge einer bankgeschäftlichen Risikoanalyse, Absicherungen gegen spezifische Risiken, die mit der Geschäftstätigkeit einhergehen, vorzunehmen. Dabei erhöht die Bildung der Reserve die Ausschüttungsschwelle und trägt dazu bei, dass trotz Vorliegen von latenten Risiken kein Eigenkapital im entsprechenden Umfang ausgeschüttet wird. Die Vornahme der Reservenbildung liegt im Ermessen des Verwaltungsrates. Weder die Bankenverordnung noch

das FINMA-Rundschreiben 2008/2 «Rechnungslegung Banken» vom 20. November 2008 sehen konkrete Kriterien im Hinblick auf die Bildung der Reserve vor. Der Verwaltungsrat muss sein Ermessen pflichtgemäss ausüben und latente Risiken im Rahmen des Geschäftsgangs der Bank analysieren und entsprechend der Einschätzung die Bildung der Reserve vornehmen. Im Rahmen dieser Einschätzung kann sich der Verwaltungsrat auch auf statistische Methoden stützen.

2. Rückstellungen

[Rz 5] Sind Risiken nicht nur latent, sondern im Zeitpunkt der Bilanzerstellung erkennbar, so hat die Bank entsprechende Rückstellungen und Wertberichtigungen zu bilden bzw. vorzunehmen.¹¹ Das FINMA-Rundschreiben 2008/2 verweist im Hinblick auf betriebsnotwendige Rückstellungen auf Swiss GAAP FER 23.¹² Danach stellt eine Rückstellung «eine auf einem Ereignis in der Vergangenheit begründete wahrscheinliche Verpflichtung [dar], deren Höhe und / oder Fälligkeit ungewiss, aber schätzbar ist. Diese Verpflichtung begründet eine Verbindlichkeit».¹³ Eine Rückstellung ist dann zu bilden, wenn die Verpflichtung auf einem vergangenen Ereignis beruht, ein Mittelabfluss wahrscheinlich ist und der Betrag verlässlich schätzbar ist. Problematisch sind hierbei insbesondere die zwei letzteren Voraussetzungen. Eine wahrscheinliche Verpflichtung liegt dann vor, wenn der Bilanzersteller zur Annahme gelangt, dass mehr dafür als dagegen spricht, dass ein Mittelabfluss eintritt (über 50 %). Die Einschätzung darüber, ob eine Eintreffenswahrscheinlichkeit von über 50 % vorliegt, bietet einen gewissen Ermessensspielraum für den Bilanzersteller. Im Hinblick auf die verlässliche Schätzung des Abflusses gilt festzuhalten, dass diese Voraussetzung dann erfüllt ist, sobald die Ermittlung einer Spanne von möglichen Beträgen verlässlich möglich ist.¹⁴

3. Risiko verlässlich abschätzbar?

[Rz 6] Die Definition der Rückstellungen gemäss Swiss GAAP FER und die Voraussetzungen zu deren Bildung entsprechen den Bestimmungen zur Rückstellung nach IFRS.¹⁵ Die Norm, dass Rückstellungen nur unter dieser Voraussetzung gebildet werden dürfen, ist in den IFRS gleichermaßen vorgesehen.¹⁶ Die IFRS können daher für die Auslegung der Frage beigezogen werden, ob der Mittelabfluss verlässlich abschätzbar ist. Die Verwendung von Schätzungen als Verfahren zur Aufstellung von Jahresrechnungen ist

ein Ausweis unter der Position Wertberichtigungen und Rückstellungen zu erfolgen hat. Das wären dann stille Reserven, die zwar unter Fremdkapitalpositionen «ausgewiesen werden», aber Eigenkapital darstellen (analog überhöhten Wertberichtigungen bzw. nicht mehr notwendigen Rückstellungen).

⁶ Vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/2 «Rechnungslegung Banken» vom 20. November 2008, Ziff. 245.

⁷ Vgl. MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, 1. Aufl., Zürich 2002, S. 900; vgl. ferner FINMA-RS 2008/2, Ziff. 78.

⁸ Vgl. zum Ganzen FINMA-RS 2008/2, Ziff. 31a.

⁹ Vgl. MAX BOEMLE/MAX GSELL/JEAN-PIERRE JETZER/PAUL NYFFELER/CHRISTIAN THALMANN, a.a.O., S. 900.

¹⁰ Vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. c ERV.

¹¹ Vgl. auch FINMA-RS 2008/2, Ziff. 11 und 245.

¹² Vgl. FINMA-RS 2008/2, Ziff. 29d-1.

¹³ Vgl. Swiss GAAP FER 23 Ziff. 1.

¹⁴ Vgl. zum Ganzen CONRAD MEYER (Hrsg.), Swiss GAAP FER, Erläuterungen, Illustrationen und Beispiele, 1. Aufl., Zürich 2009, S. 241 f.

¹⁵ Vgl. auch GIORGIO BEHR/PETER LEIBFRIED, Rechnungslegung, 2. Aufl., Zürich 2010, S. 488 f.

¹⁶ Vgl. IAS 37.14.

grundsätzlich zulässig. Insbesondere ist die Verwendung von Schätzungen keine Verletzung des Grundsatzes der Verlässlichkeit der Jahresrechnung.¹⁷ Die glaubwürdige Darstellung nach IFRS strebt die Vollständigkeit, Neutralität und Fehlerfreiheit der Informationen der Jahresrechnung an.¹⁸ Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Fehlerfreiheit nicht mit absoluter Genauigkeit gleichzusetzen ist. Auch eine Schätzung kann der glaubwürdigen Darstellung gerecht werden, wenn der Bilanzersteller den Schätzwert durch einen Prozess ermittelt hat, die Schätzung als solche bezeichnet und erläutert und auf Ungewissheiten hinweist, die zu einer erheblichen Beeinflussung des Schätzwerts führen können.¹⁹ Der Grad der Ungewissheit darf dabei nicht so gross sein, dass die Verwendung der Schätzung als nicht mehr nützlich zu betrachten ist und die glaubwürdige Darstellung beeinträchtigt.²⁰ In diesem Fall würde die Verwendung des unzuverlässigen Schätzungsverfahrens irreführende Informationen zuhanden der Bilanzadressaten liefern.²¹

[Rz 7] Die Verwendung von Schätzungen ist insbesondere bei Rückstellungen von Bedeutung, da bei Rückstellungen der erhöhte Grad der Unsicherheit per definitionem dazu gehört. Grundsätzlich wird bei der Rechnungslegung nach IFRS die Ansicht vertreten, dass sich das bilanzierende Unternehmen regelmässig in der Lage befindet, ein Spektrum von möglichen Ergebnissen zu bestimmen und damit die Höhe der Verpflichtung zu schätzen. Diese Schätzung für den Ansatz einer Rückstellung soll im Normalfall ausreichend verlässlich vornehmbar sein.²² Die IFRS sehen jedoch vor, dass in den äusserst seltenen Fällen, in denen keine verlässliche Schätzung möglich ist, kein Ansatz einer Rückstellung erfolgen darf, sondern stattdessen die Angabe einer Eventualverbindlichkeit im Anhang zu erfolgen hat.²³ Dass es sich dabei um Ausnahmesituationen handeln dürfte und die Unmöglichkeit der verlässlichen Schätzung nicht leichthin angenommen werden darf, ergibt sich aus dem Umstand, dass die IFRS in IAS 37.25 f. die Voraussetzung der «äusserst seltenen Fälle» doppelt betonen.²⁴ Ebenso wird

von der Lehre bei der Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER die Ansicht vertreten, dass die Schätzbarkeit des Mittelabflusses extensiv auszulegen ist,²⁵ auch als Folge des Vorsichtsgrundsatzes. Dennoch sind in der Praxis immer wieder Beispiele anzutreffen, in denen Bilanzersteller den Ansatz von Rückstellungen mit dem Hinweis darauf unterliessen, dass die Höhe des Mittelabflusses nicht bezifferbar und damit eine Schätzung nicht möglich sei. Bei diesen Fällen handelte es sich um potentielle Verpflichtungen aus Produkthaftungsklagen, Verfahren im Zusammenhang mit kartellrechtlich verbotenen Preisabsprachen und Verfahren im Zusammenhang mit Umweltschäden.²⁶

[Rz 8] Der Betrag ist grundsätzlich unter Beachtung des wirtschaftlichen Risikos abzuschätzen. Dieses muss so objektiv wie möglich berücksichtigt werden. Die Höhe der Rückstellung ist nach dem Erwartungswert der zukünftigen Mittelabflüsse zu bemessen und hat deren Wahrscheinlichkeit und Verlässlichkeit zu berücksichtigen.²⁷ Die Beurteilung, ob der Mittelabfluss verlässlich abschätzbar ist, ist letztlich immer auch ein Ermessensentscheid. Oft gibt es einen Minimalbetrag, der verlässlich beurteilt nicht unterschritten werden dürfte; dann sind sicher Rückstellungen in diesem Umfang zu bilden.²⁸ Eine vorsichtige Beurteilung darf aber potentielle Mittelabflüsse, die über das hinausgehen können, nicht einfach ignorieren. Aus diesem Grunde wird dafür plädiert, dass die Schätzbarkeit extensiv auszulegen ist.²⁹ Das würde auf den ersten Blick dazu führen, dass auch bei unsicherer Verlässlichkeit im Zweifel davon auszugehen ist, dass der Mittelabfluss verlässlich beurteilt werden kann und Rückstellungen gebildet werden müssen. Für Unternehmen der Realwirtschaft lässt sich eine solche Auffassung gut vertreten, nicht zuletzt auch als Folge des Vorsichtsgrundsatzes.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen IAS 37.25; Swiss GAAP FER Rahmenkonzept Ziff. 32; vgl. auch CONRAD MEYER, a.a.O., S. 247, mit der Aussage, dass Accounting die Verwendung von Schätzungen bedingt.

¹⁸ Vgl. IFRS Conceptual Framework para. QC12.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen IFRS Conceptual Framework para. QC15 f.

²⁰ Vgl. IFRS Conceptual Framework para. QC16.

²¹ Vgl. auch Swiss GAAP FER Rahmenkonzept Ziff. 32.

²² Vgl. zum Ganzen IAS 37.25; vgl. auch KARLHEINZ KÜTING/HARALD KESSLER/JOCHEN CASSEL/CHRISTIAN METZ, Die bilanzielle Würdigung bestandsunsicherer Schadenersatzverpflichtungen nach IFRS und HGB, Die Wirtschaftsprüfung (WPg) 7/2010, S. 318.

²³ Vgl. IAS 37.26.

²⁴ Vgl. WOLF-DIETER HOFFMANN, in: Norbert Lüdenbach/Wolf-Dieter Hoffmann (Hrsg.), Haufe IFRS-Kommentar, 11. Aufl., Freiburg im Breisgau 2013, § 21 Rn. 51; vgl. auch GIORGIO BEHR/PETER LEIBFRIED, a.a.O., S. 487, die die verlässliche Schätzung als schwächste der drei Voraussetzungen des Rückstellungsansatzes bezeichnen.

²⁵ Vgl. CONRAD MEYER, a.a.O., S. 247; EVELYN TEITLER-FEINBERG, Sensible Rückstellungsfragen und die Antworten von Swiss GAAP FER 23, Rückstellungsverpflichtungen, Herausforderung und Versuchung zur zweckgerichteten Ermessensausübung, ST 5/2008, S. 326.

²⁶ Vgl. WOLF-DIETER HOFFMANN, a.a.O., § 21 Rn. 51; vgl. auch STEPHAN J. THIELE, Rechnungslegung für schwebende Rechtsstreitigkeiten, Auch IAS und US GAAP belassen den Bilanzierenden weite Ermessensspielräume, ST 12/2003, S. 1062, mit dem Beispiel von noch nicht gestellten Schadenersatzforderungen bei Schadensereignissen, von denen der Passivbeteiligte Kenntnis hat und der damit verbundenen Problematik der zuverlässigen Schätzung.

²⁷ Vgl. zum Ganzen Swiss GAAP FER 23 Ziff. 6 und 19; vgl. auch FINMA-RS 2008/2, Ziff. 29d-7.

²⁸ Vgl. LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, Basel 2012, Rn. 780.

²⁹ Vgl. auch CONRAD MEYER, a.a.O., S. 247; EVELYN TEITLER-FEINBERG, a.a.O., S. 326.

4. Bezug zur Reserve für allgemeine Bankrisiken

4.1. Grundlagen, Fragestellung

[Rz 9] Bei Banken stellt sich die Frage aber anders, denn hier besteht die Möglichkeit, den potentiellen Mittelabfluss auch durch die Bildung einer Reserve für allgemeine Bankrisiken abzubilden. Es stellt sich die Frage, wie diese beiden Instrumente: Rückstellungen und Reserve für allgemeine Bankrisiken abzugrenzen sind und ob potentielle Mittelabflüsse, die sich gestützt auf das «Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks» ergeben, auch durch die Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken erfasst werden dürfen.

[Rz 10] Ein Unterschied zwischen diesen beiden Instrumenten liegt darin, dass die Rückstellung Fremdkapital ist und die Reserve für allgemeine Bankrisiken Eigenkapital. Diese Unterscheidung ist aber richtigerweise gar nicht so relevant und zwar aus folgendem Grund: Rückstellungen sind nicht Schulden, sondern potentielle Schulden. Sie sind eine Art Reserve für potentielle Schulden bzw. Mittelabflüsse, die mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50% eintreffen können. Man könnte Rückstellungen durchaus als eine Art Bewertungsreserve für mögliche Schulden bezeichnen.³⁰ Trotzdem sind Rückstellungen zu Recht Fremdkapital. Der Grund für diese Klassifizierung liegt im Kapitalschutz, insbesondere in Art. 725 Abs. 2 OR, der vorschreibt, dass wenn Schulden und Rückstellungen höher sind als die Aktiven, der Richter angerufen werden muss. Die Gleichstellung von Schulden und Rückstellungen soll die Verzögerung der Überschuldungsanzeige verhindern. Wären Rückstellungen Eigenkapital, «zählten» sie nicht bei der Berechnung der Überschuldung, und der Überschuldungszeitpunkt würde sich zu Lasten der Gläubiger verschieben.³¹ Dass Rückstellungen zu Recht als Fremdkapital behandelt werden, zeigt das Beispiel eines Unternehmens, das seine Schulden bestreitet. Weil Rückstellungen Fremdkapital sind, kann die Bildung der Rückstellung die Überschuldung nicht hinauszögern.

Aktiven		Passiven	
Alle Aktiven	1'000	Schulden	300
		Rückstellung	800
		AK und Reserven	100
		Verlust	-200
Überschuldung	-100		

[Rz 11] Wären Rückstellungen Eigenkapital, läge bei den bestrittenen Forderungen immer noch keine Überschuldung vor, sondern ein Eigenkapital von 700.

Aktiven		Passiven	
Alle Aktiven	1'000	Schulden	300
		Rückstellung	
		AK und Reserven	100
		«Reserve für potentielle Schulden»	800
		Verlust	-200
Eigenkapital	700		

[Rz 12] Um dies zu verhindern, sind Rückstellungen Fremdkapital.³²

4.2. Unternehmen, in dem die Nettoaktiven das Aktienkapital und die Reserven decken (keine Kapitalunterdeckung)

[Rz 13] Bei einem Unternehmen, in dem die Nettoaktiven das Aktienkapital und die Reserven decken, wirkt sich die Bildung einer Rückstellung auf den Kapitalschutz genau gleich aus, wie die Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken. Das zeigt folgendes Beispiel. In beiden Beispielen beträgt der potentielle Mittelabfluss 50; die Ausgangslage in beiden Beispielen ist folgende:

Aktiven		Passiven	
Alle Aktiven	1'000	Schulden	850
		AK und Reserven	100
		Gewinnvortrag	50

Bildung der Rückstellung:

Aktiven		Passiven	
Alle Aktiven	1'000	Schulden	850
		Rückstellung	50
		AK und Reserven	100

³⁰ Vgl. zum Ganzen LUKAS HANDSCHIN, a.a.O., Rn. 764 f. und Rn. 768.

³¹ Vgl. zum Ganzen LUKAS HANDSCHIN, a.a.O., Rn. 769.

³² Vgl. auch HWP, Bd. 1, IV.6.23.1, S. 238: «[...] Rückstellungen – jedenfalls buchmässig – Fremdkapitalcharakter besitzen».

Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken:

Aktiven		Passiven	
Alle Aktiven	1'000	Schulden	850
		AK und Reserven	100
		Insb. Reserve für allg. Bankrisiken	50

[Rz 14] In beiden Fällen ist der Vorgang grundsätzlich erfolgswirksam und führt zu einer Reduzierung des ausschüttbaren Gewinns. Solange also das Eigenkapital auch nach der Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken weiterhin gedeckt ist, besteht im Hinblick auf den Kapitalschutz (aus dem sich das Vorsichtsprinzip ableitet) kein Unterschied zwischen der Rückstellung und der Reserve für allgemeine Bankrisiken.

[Rz 15] Das nächste Beispiel zeigt die Situation, in der (vor der Reservenbildung) das Eigenkapital immer noch gedeckt ist, aber die Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken zu einer Unterdeckung des Eigenkapitals führt. Der potentielle Mittelabfluss beträgt in diesem Beispiel 75:

Aktiven		Passiven	
Alle Aktiven	1'000	Schulden	850
		AK und Reserven	100
		Insb. Reserve für allg. Bankrisiken	75
		Verlust	-25

[Rz 16] In diesem Fall sind das Aktienkapital und die Reserven nach der Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken nicht mehr gedeckt, was durch den Verlust zum Ausdruck kommt.

4.3. Überschuldung und Kapital-Unterdeckung: Unterschiedliche behördliche Eingriffsschwellen für Realwirtschaft und Banken

[Rz 17] In der Realwirtschaft entsteht aus dieser Kapital-Unterdeckung keine Benachrichtigungspflicht an eine Behörde; diese entsteht erst bei Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Ein Unternehmen aus der Realwirtschaft ist in diesem Fall lediglich zu internen Massnahmen gemäss Art. 725 Abs. 1 OR verpflichtet. Anders sieht diese Situation bei Banken aus. Diese unterstehen dem Bankengesetz und unterliegen damit einerseits erweiterten Pflichten und andererseits auch einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle. Das

Bankengesetz sowie ausführende Verordnungen³³ und Rundschreiben der FINMA³⁴ sehen spezielle Vorschriften zur Rechnungslegung und zu den erforderlichen Eigenmitteln vor. Daneben besteht für die Banken im Sinne des Bankengesetzes eine konstante Überwachung durch die FINMA. Im Hinblick auf die Rechnungslegung bedeutet diese laufende Überwachung durch die Aufsichtsbehörde, dass Banken nicht nur verpflichtet sind, jährlich einen Geschäftsbericht und halbjährlich einen Zwischenabschluss zu erstellen,³⁵ sondern daneben vierteljährlich der FINMA den Nachweis erbringen müssen, dass sie über angemessene Eigenmittel verfügen (sog. Eigenmittelnachweis).³⁶ Beim Eigenmittelnachweis geht es darum sicherzustellen, dass Banken über angemessene Eigenmittel verfügen, die ihrer Geschäftstätigkeit und ihren Risiken entsprechen bzw. die Risiken für ihre Kapitalgeber angemessen begrenzen.³⁷ Die Banken müssen dabei nachweisen, dass ihre Kreditrisiken, Marktrisiken, nicht gegenparteibezogenen Risiken und operationellen Risiken mit den erforderlichen Eigenmitteln unterlegt sind.³⁸ Die Eigenmittelverordnung regelt insbesondere die anrechenbaren Eigenmittel und definiert die Risiken, die mit Eigenmitteln zu unterlegen sind sowie die Höhe deren Unterlegung.³⁹ Ausführungen zu den spezifischen Anforderungen an die Bewertung einzelner Risiken und die jeweilige Unterlegung mit Eigenmitteln sprengen den Rahmen dieses Beitrages,⁴⁰ wesentlich ist hier jedoch die damit verbundene Kontrolle durch die FINMA. Banken müssen gegenüber der FINMA einen periodischen Nachweis über das Vorliegen von Eigenmitteln einer bestimmten Qualität liefern.

[Rz 18] Während bei Unternehmen aus der Realwirtschaft die Benachrichtigungspflicht an den Richter erst bei der Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR besteht und ab diesem Zeitpunkt konkursrechtliche Verfahren eingeleitet werden, sieht das Bankengesetz zeitlich vorgelagerte Eingriffsmöglichkeiten der FINMA vor. So kann die Aufsichtsbehörde nicht nur bei begründeter Besorgnis, dass eine Überschuldung einer Bank vorliegt oder bei ernsthaften Liquiditätsproblemen reagieren, sondern bereits dann, wenn die Bank die Eigenmittelvorschriften nicht erfüllt.⁴¹ In diesem Fall kann die FINMA nach Ablauf einer Frist einerseits Schutzmassnahmen

³³ Insbesondere die Bankenverordnung sowie die Eigenmittelverordnung.
³⁴ Insbesondere das FINMA-Rundschreiben 2008/2 «Rechnungslegung Banken» vom 20. November 2008 und ferner das FINMA-Rundschreiben 2013/1 «Anrechenbare Eigenmittel Banken» vom 1. Juni 2012.
³⁵ Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 BankG.
³⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 1 ERV.
³⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 ERV.
³⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 2 ERV.
³⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a und b ERV.
⁴⁰ Vgl. dazu auch ARMIN JANS/MARCO PASSARDI, Die neuen Eigenkapitalregeln für Schweizer Banken, in: Conrad Meyer/Dieter Pfaff (Hrsg.), Finanz- und Rechnungswesen Jahrbuch 2013, Zürich 2013, S. 225 ff.
⁴¹ Vgl. Art. 25 Abs. 1 BankG.

anordnen.⁴² Diese umfassen namentlich die Weisungserteilung an die Organe der Bank, die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten, den Entzug der Vertretungsbefugnis oder die Abberufung der Organe, die Abberufung der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft oder obligationenrechtlichen Revisionsstelle, die Einschränkung der Geschäftstätigkeit der Bank und insbesondere das Verbot Auszahlungen zu leisten bzw. Zahlungen entgegenzunehmen, die Schliessung der Bank sowie die Anordnung von Stundung und Fälligkeitsaufschub.⁴³ Als weitere Massnahmen kann die FINMA andererseits ein Sanierungsverfahren oder die Konkursliquidation der Bank anordnen.⁴⁴ Die Nichterfüllung der Eigenmittelvorschriften ist bei Banken, die dem Bankengesetz unterstehen, ein Insolvenzgrund, obwohl keine Überschuldung bestehen muss.

4.4. Folgen für den Kapitalschutz aus der unterschiedlichen behördlichen Eingriffsschwelle

[Rz 19] Daraus ergibt sich aus Sicht des Kapitalschutzes Folgendes: Weil der staatliche Eingriff bei Banken bereits bei einer Unterdeckung des Eigenkapitals erfolgt (bei Unternehmen der Realwirtschaft aber erst bei der Überschuldung), greift der Kapitalschutz bei Banken bereits im Zeitpunkt, wo diese Schwelle unterschritten wird. Dass Rückstellungen Fremdkapital sind, wirkt sich bei Banken in dieser Situation nicht aus, denn der staatliche Eingriff erfolgt vorher und auch wenn Rückstellungen Eigenkapital wären (was sie nicht sind, vgl. Rz. 10–12), würde sich bei Banken nichts an der staatlichen Interventionsschwelle ändern.

[Rz 20] Ist (vor der Rückstellungsbildung, resp. der Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken) das Eigenkapital gedeckt, dann spielt es aus Sicht des Kapitalschutzes also keine Rolle, ob eine Rückstellung oder eine Reserve für allgemeine Bankrisiken gebildet wird. Beide Lösungen sind gleichwertig.

5. Schlussfolgerungen für die Abgrenzung von Rückstellungen zur Reserve für allgemeine Bankrisiken

[Rz 21] Daraus ergibt sich für die Abgrenzung von Rückstellungen zur Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken Folgendes: Ist der Mittelabfluss verlässlich abschätzbar, sind in jedem Fall Rückstellungen zu bilden.⁴⁵

[Rz 22] Bei Unternehmen der Realwirtschaft gilt, dass im Zweifel davon ausgegangen werden muss, dass ein Mittelabfluss verlässlich abschätzbar ist. Begründet wird dies mit

dem Vorsichtsgrundsatz (vgl. Rz. 8). Bilden Banken statt einer Rückstellung aber in diesem Fall die Reserve für allgemeine Bankrisiken, dann entsprechen sie genau gleich dem Vorsichtsgrundsatz, wie wenn sie eine Rückstellung bilden würden. Beide, Rückstellung und Reserve für allgemeine Bankrisiken, sind für Banken gleich vorsichtig. Das führt dazu, dass in diesem Fall der Vorsichtsgrundsatz nicht relevant ist, wenn es um die Frage geht, ob im Zweifel der Mittelabfluss verlässlich schätzbar ist und eine Rückstellung zu bilden ist. Wird stattdessen die Reserve für allgemeine Bankrisiken geäufnet, dann gibt es richtigerweise keine Vorschrift, dass im Zweifel als Folge des Vorsichtsgrundsatzes davon auszugehen ist, dass der Mittelabfluss verlässlich geschätzt werden kann und Rückstellungen zu bilden sind. Das bedeutet, dass in denjenigen Fällen, wo die Bank bei der Beurteilung der «verlässlichen Schätzbarkeit» ein Ermessen hat, sie im Zweifel keine Rückstellung bilden muss, wenn sie (an ihrer Stelle) die Reserve für allgemeine Bankrisiken entsprechend bildet.

III. Anwendung dieser Überlegungen auf Banken der Kategorie 2

[Rz 23] Schweizer Banken, die sich der Kategorie 2 zugeordnet haben, haben diesen Entscheid aufgrund der Tatsache gefällt, dass sie US-Steueränder unter ihren Kunden nicht ausschliessen können. Die Kategorisierung in dieser Gruppe ist mit Verpflichtungen verbunden, die zu wahrscheinlichen Mittelabflüssen in der Zukunft führen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass die von der Bank zu tragenden Kosten für den Independent Examiner sowie die weiteren Verfahrenskosten regelmässig einer verlässlichen Schätzung zugänglich sind. Im Hinblick auf diese erwarteten Mittelabflüsse für Verfahrenskosten besteht zweifelsohne eine Pflicht, Rückstellungen zu bilden.

[Rz 24] Die Einschätzung der Frage, inwieweit für die potentiellen Bussen Rückstellungen zu bilden sind, hängt von der verlässlichen Schätzbarkeit der erwarteten Bussen ab. Inwieweit diese verlässliche Schätzung möglich ist und von welchen Parametern sie abhängt, ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes. Es lässt sich aber sicher feststellen, dass sich die potentielle Busse nicht gestützt auf eine zwingende mathematische Formel feststellen lässt. Eine ganze Reihe von Informationen und Beurteilungen von Argumenten und Beweismitteln, die nötig sind um die Bussenhöhe verlässlich abzuschätzen, liegen im jetzigen Zeitpunkt noch nicht vor.

[Rz 25] Dabei sind insbesondere die Unsicherheitsvariablen im Rahmen dieses Programms zu berücksichtigen. Als US-Steueränder kommen nicht nur Kontoinhaber mit US-amerikanischer Staatsbürgerschaft infrage. Ein potentielles Risiko bilden vielmehr Kunden mit Doppelbürgerschaften, Inhaberschaft einer Green Card (Niederlassungsbewilligung) bzw. Wohnsitz in den USA sowie Personen, die sich während

⁴² Vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. a BankG.

⁴³ Vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a bis h BankG.

⁴⁴ Vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. b und c BankG; vgl. auch Art. 28 ff. BankG, zum Sanierungsverfahren; Art. 33 ff. BankG, zur Konkursliquidation.

⁴⁵ Vgl. IAS 37.14; Swiss GAAP FER 23 Ziff. 1.

eines gewissen Zeitraums in den USA aufhielten (Substantial Presence Test). Auf der anderen Seite beträgt die Spannweite der angedrohten Bussen 20 bis 50% der unterschlagenen Vermögenswerte. Die effektive Höhe der Bussen ist vom Einzelfall abhängig und orientiert sich am Eröffnungszeitpunkt der betreffenden Konten. Zwar ist anhand des Eröffnungszeitpunktes der Konten grundsätzlich bestimmbar, welcher Bussenkategorie unversteuerte Vermögenswerte zuzuordnen sind, doch lässt das «Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks» die Möglichkeit einer Reduktion der Höhe offen.⁴⁶ Sofern die Bank zur Zufriedenheit der Tax Division des US Department of Justice belegen kann, dass es sich nicht um ein unversteuertes Konto handelt, das Konto von der Bank bereits der US-Bundessteuerbehörde IRS offengelegt wurde oder vom Kontoinhaber auf freiwilliger Basis, durch Mitwirkung der Bank durch deren Hinweis auf ein «Offshore Voluntary Disclosure Program» und deren Ermutigung zur Teilnahme daran, offengelegt wurde und diese Offenlegung vor Abschluss des Non-Prosecution Agreement erfolgt, kann die Busse reduziert werden.⁴⁷ Inwieweit weitere bankspezifische Konstellationen, z.B. die Schliessung von Konten von Bankkunden, welche keine für die Bank zufriedenstellenden Belege für die korrekte Versteuerung innert einer angemessenen Frist beibringen konnten oder unrichtige Kundenbestätigungen etc., berücksichtigt werden, lässt sich zum heutigen Zeitpunkt nicht verlässlich feststellen. Sicher ist also, dass es sich beim Bussenrahmen zwischen 20 bis 50% nicht um einen starren, zwingenden Mechanismus auf Stufe Bank handelt, sondern dass ein gewisser Verhandlungsspielraum, hauptsächlich auf Stufe Einzelkunde besteht, der bei einer entsprechenden Kooperation der Bank eine Reduzierung der Gesamtbusse zur Folge haben kann.

[Rz 26] Daraus ergibt sich für den Rückstellungsbedarf für potentielle Bussen Folgendes: Für den Minimalbetrag, der wahrscheinlich nicht unterschritten wird, sind Rückstellungen zu bilden. Weil es für Banken, die für den potentiellen Mittelabfluss eine Reserve für allgemeine Bankrisiken bilden, keine Vermutung für die verlässliche Schätzbarkeit gibt (vgl. Rz. 22), steht es diesen richtigerweise frei, ob sie eine Rückstellung bilden wollen oder die Reserve für allgemeine Bankrisiken. Wenn im Hinblick auf potentielle Bussen Reserven für allgemeine Bankrisiken bereits in früheren Jahren gebildet wurden, können diese selbstverständlich belassen werden und eine erneute Bildung dieser Reserven ist nicht

nötig. Allenfalls müssen diese Reserven erhöht werden. Zeigt sich im Verlauf der Zeit, dass sich die untere Bandbreite des wahrscheinlichen Bussenbetrags erhöht, müssen die Rückstellungen angepasst werden. Wurde der potentielle Bussen-Mittelabfluss bereits durch eine Reserve für allgemeine Bankrisiken erfasst, dann kann richtigerweise die Reserve für allgemeine Bankrisiken im entsprechenden Umfang in eine Rückstellung «umgewandelt» werden. Dabei handelt es sich um eine «Umwandlung», die im Ergebnis erfolgsneutral ist. Die Reserve für allgemeine Bankrisiken muss zwingend über die Position «Ausserordentlicher Ertrag» gemäss Art. 25a Abs. 1 Ziff. 2.5 BankV aufgelöst werden.⁴⁸ Im gleichen Umfang erfolgt dann die Bildung der Rückstellung über die Aufwands-Position «Wertberichtigungen, Rückstellungen und Verluste» gemäss Art. 25a Abs. 1 Ziff. 2.3 BankV. Mit anderen Worten: Weil bereits die Bildung der Reserve für allgemeine Bankrisiken erfolgswirksam war, führt die «Umwandlung» in eine Rückstellung nicht zu einer Änderung des Saldos der Erfolgsrechnung.

Prof. Dr. iur. LUKAS HANDSCHIN ist Ordinarius für Privatrecht an der Universität Basel und Rechtsanwalt in Zürich.

M.Law DANIEL WIDMER, ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. LUKAS HANDSCHIN an der Universität Basel.

* * *

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks, Ziff. II. H.

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks, Ziff. II. H; The Tax Division's comments about the Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks, 5. November 2013, Penalty calculation – permitted reductions; vgl. auch TOBIAS F. ROHNER/MICHAEL PETER, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, Voraussetzungen der Teilnahme am Programm, ST 10/2013, S. 736.

⁴⁸ Vgl. FINMA-RS 2008/2, Ziff. 79.