



EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION
COMMISSION FÉDÉRALE DES BANQUES
COMMISSIONE FEDERALE DELLE BANCHE
CUMMISSIUN FEDERALA DA LAS BANCAS

Bulletin

EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EB K CFB
EB K CFB
EB K CFB

Heft / Fascicule 11

Herausgeber Eidg. Bankenkommission
Editeur Commission fédérale des banques

Marktgasse 37, Postfach, 3001 Bern
Telefon 031 322 69 11
Telefax 031 322 69 26

Vertrieb Eidg. Drucksachen- und Materialzentrale
Diffusion Office central fédéral des imprimés et du matériel

3000 Bern / 3000 Berne

Telefon 031 / 322 39 08
Téléphone 031 / 322 39 08

Telefax 031 / 322 39 75
Téléfax 031 / 322 39 75

Inhaltsverzeichnis / Sommaire

Seite / Page

Abkürzungsverzeichnis /	4
Liste des abréviations	5
Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Auskunftspflicht des Bankiers bei freiberuflicher Tätigkeit oder als Organ dritter Gesellschaften	7
Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe (u. a. auch bei Treuhandgeschäften)	14
Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Kompetenzüberschreitungen, Missachtung von Weisungen	23
Risikostreuung für Forderungen aus unwiderruflichen Akkreditiven	27
Gliederungsvorschriften, Bilanzwahrheit und -Klarheit. Verbot der Bildung stiller Reserven über die Gewinnverwendung durch die Generalversammlung	33
Gliederungsvorschriften, Bilanzwahrheit und -klarheit. Wann Verbot der Verrechnung von Verlusten, Abschreibungen und Rückstellungen mit stillen Reserven?	36
Zitiervorschlag: EBK-Bulletin 11 Proposition pour la citation: Bulletin CFB 11	

Abkürzungsverzeichnis

AFG (LFP)	Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds (SR 951.31)
AFV (OFP)	Vollziehungsverordnung vom 20. Januar 1967 zum Bundesgesetz über die Anlagefonds (951.311)
AusIAFV (OFPétr)	Verordnung vom 13. Januar 1971 über die ausländischen Anlagefonds (SR 951.312)
BankG (LB)	Bundesgesetz vom 8. November 1934 / 11. März 1971 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV (OB)	Verordnung vom 17. Mai 1972 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.02)
EBK (CFB)	Eidgenössische Bankenkommission
ROG-EBK (RO-CFB)	Reglement vom 4. Dezember 1975 über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission (SR 952.721)
VAB (OBE)	Verordnung (der Eidgenössischen Bankenkommission) vom 14. September 1973 über die unselbständigen Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz (SR 952.111)
BGE (ATF)	Bundesgerichtsentscheid

Liste des abréviations

CFB (EBK)	Commission fédérale des banques
LB (Bank)	Loi fédérale du 8 novembre 1934 / 11 mars 1971 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LFP (AFG)	Loi fédérale du 1 ^{er} juillet 1966 sur les fonds de placement (RS 951.31)
OB (BankV)	Ordonnance d'exécution du 17 mai 1972 de la loi sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBE (VAB)	Ordonnance (de la Commission fédérale des banques) du 14 septembre 1973 concernant les établissements en Suisse qui dépendent de banques étrangères (RS 952.111)
OFFP (AFV)	Ordonnance d'exécution du 20 janvier 1967 de la loi fédérale sur les fonds de placement (RS 951.311)
OFFétr (AusIAFV)	Ordonnance du 13 janvier 1971 sur les fonds de placement étrangers (RS 951.312)
RO-CFB (ROG-EBK)	Règlement du 4 décembre 1975 concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques (RS 952.721)
ATF (BGE)	Arrêt du Tribunal fédéral

Art. 3 Abs. 2 Bst. c, Art. 23bis Abs. 2, Art. 23ter Abs. 1 BankG. Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit, Umfang der Auskunftspflicht, Beispiel eines Missstandes

1. *Damit die Bankenkommission ihre Aufgabe erfüllen kann, müssen ihr die erforderlichen Informationen über die Geschäftstätigkeit der Banken zur Verfügung stehen; darüber hinaus muss sie über alle Informationen verfügen, die die Beantwortung der Frage erlauben, ob die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.*

2. *Die über die eigentliche Tätigkeit für die Bank hinausgehenden beruflichen Aktivitäten einer mit der Leitung einer Bank betrauten Person, etwa in einem freien Berufe oder als Organ dritter Gesellschaften, sind geeignet, bankenaufsichtsrechtlich relevante Tatbestände zu schaffen.*

3. *Art. 23bis Abs. 2 BankG ermöglicht deshalb der Bankenkommission, Informationen über die weitere berufliche Tätigkeit von mit der Leitung einer Bank betrauten Personen anzubehagen.*

4. *Ein Missstand liegt vor, wenn die Revisionsstelle ihrem Auftrag, die Bank zu prüfen, nicht mehr nachkommen kann, weil sie keine volle Einsicht in die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit der Bank hat.*

Art. 3 al. 2 lettre c LB, art. 23bis al. 2 LB, art. 23ter al. 1 LB. Garantie d'une activité irréprochable, étendue de l'obligation de renseigner, exemple d'une «irrégularité»

1. *Pour accomplir sa tâche, la CFB doit recevoir les informations nécessaires sur l'activité de la banque; elle doit notamment pouvoir disposer de toutes les informations nécessaires pour déterminer si les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque présentent toutes garanties d'une activité irréprochable.*

2. *L'activité professionnelle exercée hors de la banque (dans le cadre d'une profession libérale ou comme organe d'une société tierce, par exemple) par une personne chargée de la gestion, est également relevante en matière de surveillance bancaire.*

3. *Pour cette raison, l'article 23bis alinéa 2 LB permet à la CFB de demander des informations sur les autres occupations professionnelles d'une personne chargée de la gestion d'une banque.*

4. *Il y a situation «irrégulière» lorsque l'institution de révision n'est plus à même de remplir son mandat de réviseur parce qu'elle n'a pas une vue d'ensemble de toute l'activité économique de la banque.*

Sachverhalt:

Die Bank bezweckt die Durchführung von Bank- und Finanzierungsgeschäften jeder Art. Das Grundkapital beträgt Fr. 2 Mio. Die Bank gehört seit ihrer Gründung zu gleichen Teilen S. und G. Beide sind im Verwaltungsrat tätig, S. als Präsident, G. als Delegierter und Geschäftsleiter der Bank.

Neben der Bank üben die beiden Hauptaktionäre noch bei anderen, am gleichen Ort wie die Bank domizilierten Gesellschaften des Finanzsektors einen massgebenden Einfluss aus, sei es, dass ihnen diese Gesellschaften gehören, sei es, dass sie aufgrund einer Organstellung die Geschäftsleitung ausüben. Weiter ist erwähnenswert, dass über diese Gesellschaften bzw. über G. und S. Kontakte zu liechtensteinischen Firmen bestehen, über die aufgrund von Vollmachten ebenfalls Geschäfte abgewickelt werden.

Die EBK ist der Ansicht, dass die S. und G. gehörende Bank sowie die anderen Gesellschaften zwar eine Gruppe juristisch selbständiger Gesellschaften darstellen, dass sie indessen mit der Bank eine wirtschaftliche Einheit bilden. Bleibt die bankengesetzliche Revision auf die Bank allein beschränkt, so wird nach Ansicht der EBK eine sachgerechte Überprüfung verunmöglicht: Für die Frage, ob die betroffenen Gesellschaften neben der Bank in die aufsichtsrechtliche Kontrolle einbezogen werden müssen, ist nicht ihre eigene Tätigkeit, sondern deren organisatorische und wirtschaftliche Einheit massgeblich. Die wirtschaftliche Integration der Bank in der gesamten Firmengruppe und die mit den verschiedenen Tätigkeiten der beiden Eigentümer verbundene Gefahr der Interessenkollision machen eine strenge Funktionstrennung für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und die Geschäftsführung der Bank andererseits unum-

gänglich; besondere Organe für diese verschiedenen Gesellschaftsfunktionen bestehen bei der Bank indessen faktisch nicht. Personelle Änderungen im Verwaltungsrat oder in der Geschäftsleitung der Bank würden diese Probleme nicht befriedigend lösen, ist die Bank doch zu stark in die Gruppe integriert und für sich allein für eine solche Variante zu klein. Angemessen ist es dagegen, der Bank die Ausnahmewilligung im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BankV zu gewähren (Ausnahme vom Grundsatz, wonach kein Mitglied des für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlichen Organs der Geschäftsführung angehören darf) und die fehlende Funktionstrennung durch entsprechende Kontrollmassnahmen zu ersetzen. Die bankengesetzliche Revision auf die gesamte berufliche Tätigkeit der beiden Herren auszudehnen, ist nach Ansicht der EBK hierfür geeignet und erlaubt gleichzeitig die Prüfung der Frage, ob die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.

Die gegen diesen Entscheid der EBK erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Bundesgericht am 25. Juni 1982 mit folgender Begründung ab (Auszüge aus den Erwägungen):

2.– a) Es fragt sich zunächst, ob das Einschreiten der Bankenkommission auf Art. 23bis Abs. 2 BankG gestützt werden kann. Nach Art. 23bis Abs. 2 BankG kann die Kommission von den Revisionsstellen sowie von den Banken alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt. Welche Auskünfte und Unterlagen «zur Erfüllung der Aufgaben der Bankenkommission», die nach Art. 23 Abs. 1 BankG in «der selbständigen Erledigung (der) Aufsicht über das Bankwesen» besteht, erforderlich sind, muss durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden. Welche Auskünfte und Unterlagen dies im einzelnen sind, ist jedoch weitgehend dem technischen Ermessen der Eidgenössischen Bankenkommission anheimgestellt, weshalb das Bundesgericht nur bei eigentlichen Ermessensfehlern in den Entscheid eingreift. Im Zweifel ist ausserdem für eine eher weite Auslegung der Auskunftspflicht gemäss Art. 23bis Abs. 2 BankG zu entscheiden, begünstigt doch der präventive Beizug von genügenden Informationen die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen.

b) Als Bestandteil des öffentlichen Rechtes sind die Normen der Bankengesetzgebung grundsätzlich zwingender Natur. Insbesondere die Elemente, die gemäss Art. 3 BankG Voraussetzung für die Erteilung der Geschäftsbewilligung sind, müssen dauernd erfüllt sein. Die Bankenkommission hat darüber zu wachen, dass die ihrer Aufsicht unterstellten Institute sämtliche zwingenden Rechtsnormen einhalten, wobei sie nach Art. 23quinquies Abs. 1 BankG die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit entzieht, wenn die Bank die Voraussetzungen für die Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt.

aa) Damit die Bankenkommission diese Aufgabe erfüllen kann, müssen ihr selbstredend die erforderlichen Informationen über die Geschäftstätigkeit der zu beaufsichtigenden Banken zur Verfügung stehen; darüber hinaus muss sie insbesondere aber auch über alle Informationen verfügen, die die Beantwortung der Frage erlauben, ob die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG), bildet dieses personelle Erfordernis doch ebenfalls eine dauernd zu erfüllende Voraussetzung für die Ausübung der Geschäftstätigkeit.

Die weiteren, über die eigentliche Tätigkeit für die Bank hinausgehenden beruflichen Aktivitäten einer mit der «Verwaltung und Geschäftsführung» einer Bank betrauten Person, etwa in einem freien Berufe oder als Organ dritter Gesellschaften, sind geeignet, bankenaufsichtsrechtlich relevante Tatbestände zu schaffen; insbesondere im Hinblick auf die von einem Banquier zu verlangende Seriosität (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) kann dessen weitere berufliche Tätigkeit von Bedeutung sein. So wären etwa die Anforderungen an den «guten Ruf» des Banquiers bei Begehung eines Vermögensdeliktes im Sinne des Strafgesetzbuches selbst dann nicht mehr erfüllt, wenn die Tat ausschliesslich mit der weiteren beruflichen Tätigkeit in Verbindung stünde und die Bank selbst durch sie in keiner Weise tangiert würde. Sodann wären die an einen Banquier zu stellenden Anforderungen an den guten Ruf wohl auch schon dann nicht mehr erfüllt, wenn er, ohne sich strafrechtlich schuldig zu machen, im Rahmen seiner weiteren beruflichen Tätigkeit eine schwere Verletzung seiner vertraglichen Verpflichtungen begehen würde.

Art. 23bis Abs. 2 BankG ermöglicht deshalb der Bankenkommission im vorliegenden Fall, Informationen über die weitere berufliche Tätigkeit der Herren S. und G. anzubegehren, weshalb sie zum Einschreiten berechtigt war. Es kann somit keine Rede davon sein, dass die Kommission bei der Auferlegung der Pflicht, die weitere berufliche Tätigkeit offenzulegen, ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hätte.

Die Frage, welche konkreten Informationen die Bankenkommission von den betroffenen Banquiers verlangen darf, und die Frage, auf welche Weise diese Informationen zu beschaffen sind, brauchen an dieser Stelle, wo nur die grundsätzliche Zulässigkeit des Einschreitens der Bankenkommission zu beurteilen ist, nicht beantwortet zu werden.

3.– Es fragt sich, ob das Einschreiten der Bankenkommission nicht auch direkt schon auf Art. 23ter BankG gestützt werden kann, wovon die Kommission offensichtlich ausgeht. Anders als Art. 23bis Abs. 2 BankG erlaubt Art. 23ter BankG nur ein repressives Einschreiten der Bankenkommission gegen ein Bankinstitut.

a) Nach Art. 23ter Abs. 1 BankG erlässt die Bankenkommission die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen, wenn sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis erhält. Umstritten ist zunächst, ob überhaupt eine «Verletzung des Gesetzes oder ein sonstiger Missstand» vorliegt, der die Bankenkommission zum Einschreiten berechtigt. Dass das Einschreiten der Bankenkommission im vorliegenden Fall mit der Tatbestandsvariante der «Verletzung des Gesetzes» begründet werden könnte, wird von der Vorinstanz nicht geltend gemacht und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Hingegen ist die Bankenkommission der Ansicht, es liege ein «sonstiger Missstand» im Sinne von Art. 23ter Abs. 1 BankG vor, der ihr Einschreiten erforderlich mache. Der Missstand liege im Umstand, dass die Revisionsgesellschaft ihrem Auftrag, die «Bank gemäss den Bestimmungen im Bankengesetz und in der Verordnung zu prüfen», nicht mehr nachkommen könne, «weil sie keine volle Einsicht in die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit der Bank» habe. Dem hält die Beschwerdeführerin namentlich entgegen, unter einem Missstand im Sinne des Bankengesetzes könne nur eine «andauernde Gesetzesverletzung» verstanden werden.

b) Was unter einem Missstand im Sinne von Art. 23ter Abs. 1 BankG zu verstehen ist, muss durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung der Bankenkommission im Einzelfall, gleich wie bei der Beurteilung von Fachfragen, ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist. Mit Rücksicht auf den der Bankenkommission zustehenden Beurteilungsspielraum bei der Sinnermittlung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Bankengesetzgebung auferlegt sich das Bundesgericht Zurückhaltung, wenn ein derartiger Entscheid zu überprüfen ist. Es widerspräche in der Tat dem Wesen der Rechtskontrolle, wenn das Bundesgericht einer vertretbaren Auslegung des fraglichen unbestimmten Rechtsbegriffes die Anerkennung versagen und in völlig freier Überprüfung von der Rechtsauffassung der Bankenkommission abweichen würde. Andererseits obliegt es dem Bundesgericht, die Grenzen der Beurteilungsspielräume möglichst genau zu umschreiben, würde doch sonst die Rechtskontrolle ihrerseits ihre Aufgabe nicht mehr erfüllen.

Der Begriff des «sonstigen Missstandes» gemäss Art. 23ter Abs. 1 BankG, mit welchem die Voraussetzung für das Einschreiten der Bankenkommission umschrieben wird, ist eine Generalklausel: Der Gesetzgeber ging davon aus, dass auch die eingehendste Gesetzgebung nie alle vorkommenden Erscheinungen des Wirtschaftslebens zu regeln vermag (Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1982, N. 1 zu Art. 23ter BankG). Es kann daher auch nicht die Aufgabe des Richters sein, den Beurteilungsspielraum, der der Bankenkommission bei der Konkretisierung des Begriffes des «Missstandes» zukommt, ein für allemal zu umschreiben, wenn dies auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit wünschbar wäre; das Bundesgericht muss sich deshalb darauf beschränken, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob sich die Bankenkommission an den ihr vom Gesetz vorgegebenen Beurteilungsspielraum gehalten hat.

c) Wie bereits dargestellt (E. 2b), vermag die weitere berufliche Tätigkeit eines Banquiers im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG bankenaufsichtsrechtlich relevante Tatbestände zu schaffen, weshalb der Banquier diese Aktivitäten der Bankenkommission insoweit offenzulegen hat, als sie nach dem Ermessen der Kommission hiezu geeig-

net sind. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Bankenkommis- sion keinerlei Anhaltspunkte dafür hat, dass sich der Banquier im Rahmen dieser Tätigkeit irgendwelche Unkorrektheiten zuschulden kommen liess. Verweigert der betroffene Banquier diese notwendige und zumutbare Auskunftserteilung gegenüber der Bankenkommis- sion oder ist die weitere berufliche Tätigkeit des Banquiers so beschaffen, dass eine blossе, allenfalls mit entsprechenden Unter- lagen belegte Auskunftserteilung noch nicht zu einer genügenden Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse führt, so hat die Banken- kommission vom Bestehen eines Missstandes im Sinne von Art. 23ter Abs. 1 BankG auszugehen und die für die Beseitigung dieses Zustan- des notwendigen Verfügungen zu erlassen.

d) Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben. Zwar bestehen keiner- lei relevante Anhaltspunkte dafür, dass die Herren S. und G. die per- sonellen Anforderungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG nicht mehr erfüllen würden oder dass die weitere berufliche Tätigkeit der beiden Herren die Interessen der Bankgläubiger in anderer Weise gefährden würde; die Bankenkommis- sion hat denn auch die Berech- tigung für ihr Vorgehen nicht aus einem konkreten Verstoss gegen die Bankengesetzgebung heraus abgeleitet, wenn sie auch aus dem Fall H. gewisse Schlüsse gezogen hat. Doch ist die umfangreiche weitere berufliche Tätigkeit der beiden Banquiers aufgrund der erteil- ten Auskünfte noch keineswegs so weit erhellt, dass sich die Ban- kenkommission deswegen ein abschliessendes Urteil darüber bilden könnte, ob dadurch aufsichtsrechtlich relevante Tatbestände ge- schaffen worden sind. Die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Bankenkommis- sion sind daher auch gestützt auf Art. 23ter Abs. 1 BankG gegeben.

4.– a) Welche Massnahme im Einzelfall angezeigt ist, stellt eine Ermessensfrage dar. Hier kommt der Bankenkommis- sion als fach- kundiger Behörde ein weiter Spielraum des Ermessens bei der Aus- wahl der Massnahme zu (BGE 105 Ib 408 E. 1c; 103 Ib 354 E. 5c). Bei der Betätigung ihres Ermessens ist die Kommission an die all- gemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns gebunden: Es ist dies das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behand- lung, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der Ver- hältnismässigkeit.

b) aa) Es ist zunächst nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet, dass die Bankenkommission bei der Wahl des Mittels, also der Ausweitung der bankengesetzlichen Revision auf die weitere berufliche Tätigkeit der Herren S. und G. gegen das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung verstossen hätte. Ebensowenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sie mit ihrem Vorgehen gegen Treu und Glauben verstossen hätte.

bb) Es fragt sich schliesslich, ob die Ausweitung der bankengesetzlichen Revision auf die weitere berufliche Tätigkeit der Herren S. und G. gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstösst.

In der angefochtenen Verfügung wird die Bank angewiesen, «Vorkehrungen» zu treffen oder, mit anderen Worten, die Unterlagen bereitzustellen, die es der Revisionsstelle erlauben, die bankengesetzlich relevanten Aspekte der weiteren beruflichen Tätigkeit der Herren S. und G. zu überprüfen. Die Bank hat also nur diejenigen Unterlagen vorzulegen und Auskünfte zu erteilen, die für die Aufsichtsbehörde für deren Aufgabenerfüllung unmittelbar von Bedeutung sind, weshalb die Geheimsphäre der Beschwerdeführerin im Rahmen des angestrebten Zieles optimal geschützt wird; von einem Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip kann diesbezüglich keine Rede sein.

Art. 3 Abs. 2 Bst c BankG. Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe

1. Zur Sorgfaltspflicht eines Bankiers gehört, bei Geschäften, wo Anzeichen darauf hindeuten, dass sie unsittlich oder rechtswidrig sein könnten, oder die kompliziert, ungewöhnlich oder bedeutsam sind, die wirtschaftlichen Hintergründe abzuklären.

2. Dies gilt grundsätzlich auch für Treuhandgeschäfte (E 5).

Art. 3 al. 2 lettre c LB. Garantie d'une activité irréprochable. Examen de l'arrière-plan économique

1. Un banquier a le devoir d'examiner l'arrière-plan économique de toute affaire compliquée, inhabituelle ou importante, ou lorsque des

indices permettent de supposer l'existence d'un caractère immoral ou illégal.

2. Cela vaut aussi, en principe, pour les opérations fiduciaires.

A. Sachverhalt 1:

Die ausländische Bank B gewährte der im gleichen Staat ansässigen Firma V. einen Kontokorrent- und Betriebskredit. Zu dessen Absicherung leistete die in der Schweiz domizilierte Bank A (eigene Mittel ca. 60 Mio Franken) im Auftrag der V. der Bank B eine bis Ende September 1981 befristete Bankgarantie in der Höhe von 20 Mio. Da die V. der Bank A nicht blankokreditwürdig erschien, verpfändete die O. als Mehrheitsaktionärin der Bank A ein bei dieser Bank liegendes Sperrguthaben von 7 Mio. Für die restlichen 13 Mio. übernahm die O. eine Rückgarantie. Alle Teilgeschäfte wurden in (zwei verschiedenen) ausländischen Währungen abgeschlossen.

Im vorliegenden Verfahren ist nicht mehr strittig, dass es sich beim Engagement O. um ein Organgeschäft im Sinne von Art. 4ter Abs. 1 BankG handelt.

B. Sachverhalt 2:

Am 31. Dezember 1980 beliefen sich die in den Büchern der Bank A figurierenden Treuhandkredite auf rund 105 Mio Franken; im Umfange von allein 86 Mio Franken traten dabei als Treugeber zwei der Bank A nahestehende Firmen auf. Auch auf der Seite der Kreditnehmer bestanden zwei Grosskunden, wobei die bei der Bank vorhandenen Unterlagen ausser den Namen keinerlei Angaben über die Kredit- bzw. Treunehmer enthielten.

C.– Die EBK wies die Bank an, die wirtschaftlichen Hintergründe der beiden Geschäfte durch Einholen schriftlicher Erklärungen, aus denen Absicht und Begründung des gewählten Vorgehens klar ersichtlich werden, abzuklären.

Die gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Bundesgericht (II. öffentlichrechtliche Abteilung) am 25. Juni 1982 mit folgender Begründung abgewiesen (Auszüge aus den Erwägungen):

2.– a) Nach Art. 23bis Abs. 1 BankG trifft die Bankenkommission die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen; überdies kann die Kommission gemäss Art. 23bis Abs. 2 BankG von den Revisionsstellen und von den Banken alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt. Die Frage, welche Auskünfte und Unterlagen «zur Erfüllung der Aufgaben der Bankenkommission» erforderlich sind, muss durch Auslegung des Gesetzes ermittelt werden. Welche Auskünfte und Unterlagen dies im einzelnen sind, ist jedoch weitgehend dem technischen Ermessen der Bankenkommission anheimgestellt, weshalb das Bundesgericht nur bei eigentlichen Ermessensfehlern in ihren Entscheid eingreift.

b) Die Bankenkommission ist bei der Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit in erster Linie auf die von der bankengesetzlichen Revisionsstelle vorgelegten Berichte angewiesen. Der Gesetzgeber hat denn auch dafür gesorgt, dass den Revisionsstellen alle erforderlichen Unterlagen und sonstigen Informationen zur Verfügung stehen, um ihnen zu erlauben, möglichst aussagekräftige Revisionsberichte anzufertigen.

Nach Art. 19 Abs. 2 BankG hat die Bank der Revisionsstelle jederzeit Einsicht in die Bücher und Belege zu gewähren, die für die Feststellung und Bewertung der Aktiven und Passiven im schweizerischen Bankgeschäft üblichen Unterlagen bereitzuhalten sowie alle Aufschlüsse zu erteilen, die zur Erfüllung der Prüfungspflicht erforderlich sind. Sodann hat die Geschäftsführung der Bank bei allen mit Risiko verbundenen Geschäften die für die Beschlussfassung und die Überwachung erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen. Diese müssen auch der Revisionsstelle erlauben, sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden (Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 BankV). Nach der Praxis der Bankenkommission hat die Bank über die Dokumentationspflichten gemäss Art. 19 Abs. 2 BankG und Art. 9 Abs. 3 BankV hinaus die «wirtschaftlichen Hintergründe» des in Aussicht genommenen Geschäftes 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* (EBK-Bulletin Nr. 7, S. 37 ff. und S. 39 ff.).

3.– a) Es fragt sich, ob Art. 19 Abs. 2 BankG und Art. 9 Abs. 3 BankV, auf welchen die Auskunftspflicht der Bank gegenüber der Revisionsstelle beruht, die Auferlegung der Pflicht zur Abklärung des «wirtschaftlichen Hintergrundes» von Bankgeschäften – Risikogeschäften einerseits (E. 3 und 4), Treuhandgeschäften andererseits (E. 5) – erlauben.

Bei *Risikogeschäften* hat die Bank die Unterlagen bereitzustellen, die es einem fachkundigen Dritten, also z. B. der bankengesetzlichen Revisionsstelle, erlauben, «sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden» (vgl. Art. 9 Abs. 3 BankV). Solchermassen ausgestaltete Unterlagen müssen einem aussenstehenden Fachmann die Beantwortung der Frage erlauben, ob durch das Geschäft irgendwelche Regeln der Bankengesetzgebung verletzt werden.

Als Bestandteil des öffentlichen Rechtes sind die Normen der Bankengesetzgebung grundsätzlich zwingender Natur, weshalb die zu beurteilenden Bankgeschäfte nicht nur mit einem Teil, sondern mit allen zwingenden Normen des Bankenrechtes in Übereinstimmung sein müssen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin genügt dazu die Abklärung der Bonität (Zahlungsfähigkeit) der gegenüber der Bank Verpflichteten demnach noch nicht. Die von den Banken anzufertigenden Unterlagen müssen auch Schlüsse darauf zulassen, ob das konkrete Geschäft nicht Bestandteil eines rechts- oder sittenwidrigen Sachverhaltes ist. Wäre dies nämlich der Fall, so wäre die durch Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG verlangte Seriosität der Geschäftsführung, welche als Voraussetzung für die Ausübung der Bankentätigkeit dauernd zu gewährleisten ist, offensichtlich in Frage gestellt.

Es ist nicht zu bestreiten, dass die genaue Kenntnis des Rechtsgrundes einer Finanztransaktion oder, wie es die Bankenkommission noch allgemeiner sagt, des wirtschaftlichen Hintergrundes des Geschäftes, es erlaubt, zu beurteilen, ob das Geschäft allenfalls gegen die Regeln der Bankengesetzgebung verstösst. Dabei kommt der Kenntnis des Rechtsgrundes eines Geschäftes nicht nur im Hinblick auf die Beurteilung seiner Seriosität Bedeutung zu; es lassen sich daraus überdies auch direkte Rückschlüsse auf das Risiko der Transaktion ableiten, kann doch die zivilrechtliche Nichtigkeit des Grundgeschäftes die Schadenersatzpflicht der Bank nach sich

ziehen (unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 14. November 1979 i.S. Bank X). Die Rüge der Beschwerdeführerin, es sei «unerfindlich», was die Bankenkommission mit den Angaben über den wirtschaftlichen Hintergrund der Geschäfte «anfangen» soll, ist daher ohne weiteres zurückzuweisen. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes eines Bankgeschäftes geeignet ist, die konkrete Risikolage sowie allgemein die Konformität des Geschäftes mit dem Bankenrecht zu beurteilen, weshalb eine solchermassen ausgestaltete Dokumentation *aller* Bankgeschäfte an sich geboten wäre.

b) Die Beschwerdeführerin wendet gegen die Pflicht zur Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes der strittigen Geschäfte ein, ein solches Vorgehen müsse von den Bankkunden als Misstrauensvotum angesehen werden, wodurch die Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Banken unzumutbar beeinträchtigt würde.

Es ist zuzugeben, dass die Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes jedes kleinen, alltäglichen oder unbedeutenden Bankgeschäftes nicht nur einen grossen administrativen Aufwand der Banken bedeuten würde, sondern wohl auch von den betroffenen Bankkunden nicht verstanden würde. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips geht die Praxis der Bankenkommission jedoch davon aus, dass nur bei denjenigen Geschäften eine Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes vorzunehmen ist, bei welchen 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. Es entspricht einer durchaus üblichen und alltäglichen Reaktion jedes sorgfältigen Kaufmannes im allgemeinen und jedes sorgfältigen Banquiers im besonderen, sich für den Abschluss qualifizierter Geschäfte im oben umschriebenen Sinne besonders aussagekräftige und detaillierte Entscheidungsgrundlagen bereitzustellen; die Aufsichtsbehörde ist darauf angewiesen, bei Geschäften, die sie sich begründetermassen besonders genau ansehen will, über eine solche Dokumentation zu verfügen. Die Beschwerdeführerin macht denn auch im Grunde die Gesetzwidrigkeit dieser Praxis der Bankenkommission nicht geltend; sie behauptet bloss, die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Praxis auf die strittigen Geschäfte seien nicht erfüllt. Wie es sich damit verhält, wird noch zu

prüfen sein. Jedenfalls kann hier festgehalten werden, dass die Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes von qualifizierten Geschäften im Sinne der Praxis der Bankenkommission (E. 2 am Ende) nicht nur von der Sache her geboten, sondern auch verhältnismässig ist.

4.– Dass es sich beim «*Engagement O.*» um ein Risikogeschäft im Sinne von Art. 9 BankV handelt, ist unbestritten und unbestreitbar. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin weist das Geschäft jedoch auch qualifizierte Merkmale auf, die nach der bundesrechtskonformen Praxis der Bankenkommission die Pflicht der Bank zur Abklärung und Dokumentierung der wirtschaftlichen Hintergründe nach sich ziehen.

Es ist zunächst erstaunlich, weshalb die O. an diesem offensichtlich risikoreichen Geschäft interessiert ist. Sowohl die Bank A als auch die Bank B betrachten die V. als nicht blankokreditwürdig: Während die Bank A dies ausdrücklich erklärt, will die Bank B der V. den Kredit nur gegen eine Drittsicherheit gewähren, womit sie implizite das gleiche sagt. Ohne Kenntnis des Verhältnisses O./V. erscheint das Geschäft unter diesen Umständen jedenfalls als ungewöhnlich, weshalb sich die Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe des Geschäftes schon aus diesem Grunde rechtfertigt. Das Bundesgericht hat schon in BGE 106 Ib 148/149 E. 2c erklärt, dass die Bank bei ungewöhnlichen Geschäften, als welches auch das vorliegende zu qualifizieren ist, gestützt auf Art. 9 Abs. 3 BankV verpflichtet sei, von allen ihren Partnern schriftliche Erklärungen zu verlangen, aus denen Absicht und Begründung des gewählten Vorgehens klar hervorgehen; die Bank habe sich ausserdem über den Wahrheitsgehalt dieser Erklärungen zu vergewissern. Dieses Vorgehen solle sachkundigen Dritten, in erster Linie der Revisionsstelle, aber auch der Bankenkommission, ermöglichen, die Geschäfte aufgrund aussagekräftiger Unterlagen zu überblicken und namentlich zu beurteilen, ob die Voraussetzungen einwandfreier Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG noch erfüllt seien.

5.– Es fragt sich, ob die Beschwerdeführerin verpflichtet ist, auch den wirtschaftlichen Hintergrund der in Frage stehenden *Treuhandgeschäfte* abzuklären.

a) Unter Treuhandgeschäften sind nach Anhang II lit. C Ziff. 5 BankV zu verstehen: Anlagen und Kredite, welche die Bank im eigenen Namen, jedoch aufgrund eines schriftlichen Auftrags ausschliesslich für Rechnung und Gefahr des Kunden tätigt oder gewährt. Der Auftraggeber trägt das Währungs-, Transfer- und Delkredererisiko, ihm kommt der volle Ertrag des Geschäftes zu; die Bank bezieht nur eine Kommission.

Diese Legaldefinition lässt unerwähnt, dass zwischen dem Kunden (Treugeber oder Fiduziant) und der Bank (Fiduziar) ein Auftragsverhältnis besteht, aus welchem die Bank gegenüber ihrem Kunden haftpflichtig werden kann. Das Auftragsrecht auferlegt dem Fiduziar Sorgfaltspflichten (Art. 398 OR), deren Nichtbeachtung eine haftungs begründende Vertragsverletzung darstellt.

Trotz dieser (selbstverständlichen) Haftungsmöglichkeit des Fiduziars aus dem Grundgeschäft braucht im vorliegenden Falle die Frage, ob das Treuhandgeschäft ganz oder teilweise den eigentlichen bankenrechtlichen Risikogeschäften gleichgesetzt werden müsse, nicht beantwortet zu werden. Obwohl nämlich bei Treuhandgeschäften bloss eine auftragsrechtliche Haftung der Bank besteht und daher der Schutz der Interessen der Bankengläubiger weniger stark im Vordergrund steht, wie dies bei den eigentlichen Risikogeschäften der Fall ist, hat die Bank auch bei Treuhandgeschäften dafür zu sorgen, dass durch sie keine zwingenden Normen der Bankengesetzgebung verletzt werden; dies ist namentlich mit Bezug auf die Frage von Bedeutung, ob das Geschäft nicht rechts- oder sittenwidrig ist (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG). Überdies ist festzuhalten, dass das Volumen der Treuhandgeschäfte bei zahlreichen Instituten ein Mass erreicht hat, das die «bloss» auftragsrechtliche Haftungsmöglichkeit doch zu einem nicht zu vernachlässigenden Risikofaktor werden liess; diese Haftungsmöglichkeit kann sich ausserdem in jenen Fällen, in welchen die Bank für den Fiduzianten die Auswahl des Dritten zu besorgen hat, erheblich erhöhen, hat doch der Fiduziar diesfalls auch für eine gute Risikoverteilung zu sorgen. Es ist daher festzuhalten, dass die Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe auch bei Treuhandgeschäften trotz des beschränkten Risikos für die Bankengläubiger geboten ist, jedenfalls dann, wenn das Geschäft «besondere Umstände» im Sinne der dargestellten bundesrechtskonformen Praxis der Bankenkommision (E. 2b) aufweist.

Ohne eine solche Abklärung wäre es weder der bankengesetzlichen Revisionsstelle noch der Bankenkommission selbst möglich, ihre Aufgabe zu erfüllen, nämlich zu prüfen, ob alle beaufsichtigten Bankinstitute die zwingenden Bestimmungen der Bankengesetzgebung inklusive die Vorschriften über die Seriosität der Geschäftsführung einhalten (Art. 19 Abs. 1 BankG bzw. Art. 43 – 45 BankV und Art. 23 Abs. 1 BankG).

b) ...

c) Es ist zu prüfen, ob die in diesem Zusammenhang massgeblichen Geschäfte überhaupt eine der besonderen Eigenschaften – kompliziert, ungewöhnlich, bedeutsam – aufweisen, die nach der dargestellten Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission die Pflicht zur Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes nach sich ziehen. Dies ist zu bejahen.

Die beiden in E. 5b genannten Grossgeschäfte bilden einen massgeblichen Teil des gesamten Volumens der Treuhandgeschäfte der Beschwerdeführerin, weshalb sie für den Betrieb der Bank A als bedeutend anzusehen sind. Die bei den beiden Grossgeschäften involvierten Geldsummen (72 Mio Franken) erreichen nach Ansicht der Eidgenössischen Bankenkommission sodann auch objektiv, also ohne Rücksicht auf das gesamte Volumen der Treuhandgeschäfte der Beschwerdeführerin, einen Umfang, der eine sorgfältige Abklärung und Dokumentation dieser Transaktionen erforderlich macht. Der Umfang der Abklärungspflichten bzw. das Mass der aufzuwendenden Sorgfalt ist im übrigen bei Organgeschäften das gleiche wie bei Bankgeschäften mit aussenstehenden Dritten.

Von welchem Umfange an ein konkretes Geschäft als bedeutend anzusehen ist, ist eine (technische) Ermessensfrage, bei deren Überprüfung sich das Bundesgericht Zurückhaltung auferlegt. Die Beschwerdeführerin hat nicht geltend gemacht, die Eidgenössische Bankenkommission habe bei der Beantwortung der Frage, ob es sich bei den anvisierten Treuhandgeschäften um bedeutende Geschäfte handle, den ihr zustehenden Ermessensspielraum überschritten; sie hat bloss erklärt, auf den «betragsmässigen Umfang» der ausstehenden Treuhandgeschäfte komme es gar nicht an – eine Ansicht, die nach dem Gesagten offensichtlich unrichtig ist. Im übrigen ergeben sich auch aus den Akten keinerlei Anhaltspunkte, die den

Schluss darauf zuliessen, dass die Treuhandgeschäfte entgegen der Ansicht der Eidgenössischen Bankenkommission als unbedeutend angesehen werden müssten. Das Bundesgericht hat deshalb keinen Grund, von der Beurteilung des Geschäftes durch die Eidgenössische Bankenkommission abzuweichen, ist doch ein diesbezüglicher Ermessensfehler der Vorinstanz weder ersichtlich noch auch nur behauptet.

Unter diesen Umständen braucht nicht mehr abgeklärt zu werden, ob die beiden Geschäfte auch noch als ungewöhnlich zu qualifizieren sind, wie dies die Eidgenössische Bankenkommission annimmt. Es genügt die Feststellung, dass es sich bei den in Frage stehenden Treuhandgeschäften um bedeutende Geschäfte handelt; dies allein vermag schon die Pflicht der Bank zur Abklärung und Dokumentierung der betroffenen Geschäfte auszulösen.

d) Es ist indessen zuzugeben, dass die von der Eidgenössischen Bankenkommission vorgebrachte Begründung, weshalb es sich bei den beiden zu dokumentierenden Treuhandgeschäften um «*bedeutende Geschäfte*» handeln soll, den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine hinreichende Begründung nur knapp zu genügen vermag. Wenn auch die Eidgenössische Bankenkommission sich im vorliegenden Fall noch im Rahmen des ihr zustehenden Ermessungsspielraumes gehalten hat und das Bundesgericht deshalb keinen Grund hat, die angefochtene Verfügung aufzuheben, wäre es doch gerade im Interesse der Rechtssicherheit geboten, wenn die Vorinstanz ihre Praxis mit Bezug auf die einzelnen Kriterien, die die Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes von Bankgeschäften erforderlich machen, präzisieren würde. So wäre bei der Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Geschäft als bedeutend anzusehen ist, nicht nur ein Vergleich dieses Geschäftes mit dem gesamten Volumen dieser Geschäftssparte der betreffenden Bank vorzunehmen, sondern es wären die gesamten Umstände des Falles heranzuziehen, wobei das durch das Geschäft entstandene Risiko für die Bankengläubiger entsprechend in Rechnung zu stellen wäre. Bei Treuhandgeschäften, wo durch die bloss mandatsrechtliche Haftungsmöglichkeit eine relativ überblickbare Risikolage besteht, müssten dabei die involvierten Summen umso höher sein, um als bedeutend angesehen werden zu können. Das konkrete Geschäft wäre insbesondere auch zur gesamten Bedeutung des betreffenden Bankin-

stitutes in Relation zu setzen: Das gleiche Geschäft könnte danach für eine kleine Bank bedeutend sein, während es das für ein grosses Institut noch nicht wäre.

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit

Wer in einer Bank offensichtlich bestehende wirtschaftliche Verflechtungen verschiedener Kunden nicht erkennt, mehrfach in schwerwiegender Weise die ihm zustehenden Kompetenzen überschreitet und die ihm in der Folge vom Verwaltungsrat erteilten Weisungen missachtet, bietet nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Art. 3 al. 2 lettre c LB. Garantie d'une activité irréprochable

Celui qui dans une banque ne reconnaît pas les interdépendances économiques existant de façon visible entre différents clients, outre-passe à plusieurs reprises et de manière très grave ses compétences et ne tient ensuite pas compte des instructions que lui a données le conseil d'administration, ne donne plus garantie d'une activité irréprochable.

Sachverhalt:

Aufgrund einer Empfehlung des Sekretariates der Eidg. Bankenkommission reduzierte die Bank A ein Engagement bei verschiedenen, dem Unternehmer X gehörenden Gesellschaften auf die gemäss Art. 21 BankV massgebenden Plafonds. Dies geschah unter anderem dadurch, dass einzelne Positionen durch X auf neugegründete, ihm jedoch ebenfalls nahestehende Gesellschaften umgeschuldet wurden. Nachdem die Position anscheinend weisungsgemäss bereinigt worden und die Ordnungsmässigkeit durch die Revisionsstelle fälschlicherweise bestätigt worden war, liess der Verwalter (Z) der Bank A das Engagement erneut stark ansteigen, so dass dieses innert einiger Monate den fünffachen Umfang des gemäss Art. 21 BankV zulässigen Plafonds erreichte. Der Verwalter übersah dabei die wirtschaftlichen Verflechtungen insbesondere der

von X neugegründeten Gesellschaften mit der übrigen Gruppe, obwohl immer X als Vertreter der kreditsuchenden Gesellschaften auftrat.

Als der Verwaltungsrat vom Sachverhalt Kenntnis erhielt und sich durch den innert nützlicher Frist nicht möglichen Abbau der Position zu deren nachträglicher Genehmigung gezwungen sah, entzog er dem Verwalter als Warnung die Einzelunterschrift, ohne dessen Unterschrift jedoch im Handelsregister löschen zu lassen. Schliesslich gelang es unter grossen Anstrengungen doch, die Position um rund die Hälfte zu reduzieren.

Da sich die wirtschaftliche Lage von X verschlechterte, ersuchte dieser verschiedentlich um Bankgarantien der Bank A, um damit die Gläubiger einzelner Gesellschaften zu befriedigen und auf diese Weise deren unmittelbar bevorstehenden Konkurs abzuwenden. X verstand es, durch drastische Schilderung des Dominoeffektes eines solchen Konkurses auf die übrigen Gesellschaften der Gruppe den Verlust des gesamten Engagements der Bank bei der X-Gruppe in Aussicht zu stellen.

Der Verwalter liess sich davon beeindruckt, schenkte – trotz Kenntnis der katastrophalen Lage der Gruppe X – den Beteuerungen von X auf baldige Rückzahlung der Kredite und Ablösung der Garantien Vertrauen und schloss – wiederum in Überschreitung seiner Kompetenzen und in Missachtung der ihm vom VR erteilten Weisung – weitere Geschäfte ab. Der Bank A entstand durch den Zusammenbruch der X-Gruppe ein grösserer Schaden.

Die EBK stellt fest, dass Z als Verwalter der Bank A nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet, und weist die Bank an, Z in seiner Eigenschaft als Verwalter zu ersetzen.

Aus den Erwägungen:

4.– a. Die Missachtung der reglementarischen Kompetenzordnung und der Weisungen des Verwaltungsrates stellen die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit des Verwalters grundlegend in Frage (Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 36 zu Art. 3 – 3ter BankG). Die Tatsache der Kompetenzüberschreitungen vermöchte aber im vorliegenden Fall – für sich

allein betrachtet – eine Anordnung der Entlassung des Verwalters durch die Aufsichtsbehörde nicht zu rechtfertigen, könnte doch der durch entsprechende Vorkommnisse entstehenden Gefahr für die Bankgläubiger durch organisatorische und personelle Reorganisationsmassnahmen (Doppelunterschrift mit Wirkung gegenüber Dritten, Einstellung eines qualifizierten Mitarbeiters als unterschriftsberechtigter Stellvertreter des Verwalters, straffere Führung und Überwachung durch den Verwaltungsrat) begegnet werden.

b. Im Hinblick auf eine mögliche Gefährdung der Gläubiger von grösster Bedeutung ist aber der Umstand, dass der Verwalter weder vor noch nach den wiederholten, eigenmächtigen und unvorsichtigen Geschäftsabschlüssen mit der Gruppe X

- den Verwaltungsrat
- die bankengesetzliche Revisionsstelle
- das Sekretariat der Eidg. Bankenkommission (dies trotz dessen ausdrücklicher Weisung)
- noch den vom Verwaltungsrat als Berater in der Angelegenheit X beigezogenen Experten

über den Abschluss dieser Geschäfte informierte. Der Verwalter machte im Gegenteil verschiedentlich wissentlich falsche Angaben über die Höhe der Position und liess damit die verantwortlichen Organe und Behörden über die wirtschaftliche Lage der Bank im ungewissen. Insbesondere die Revisionsstelle und die Aufsichtsbehörde, die normalerweise keinen aktuellen und im Falle der Aufsichtsbehörde auch keinen direkten Einblick in die Dossiers haben und auf zuverlässige Auskünfte der Bankorgane angewiesen sind, konnten damit ihrer Aufgabe nicht mehr im erforderlichen Umfange nachkommen. Dieses Verhalten des Verwalters ist umso bedenklicher, als er – nicht zuletzt aufgrund der Hinweise der Revisionsstelle und des Sekretariates der Eidg. Bankenkommission – auf die kritische Lage der Gruppe X und deren Folgen für die Bank aufmerksam gemacht worden war und um die Bemühungen der Revisionsstelle und der Aufsichtsbehörde zur Verbesserung der Situation der Bank wusste.

Der Verwalter hat damit nicht nur seine Kompetenzen in grober Weise überschritten, sondern auch das für solche Fälle vorgesehene

Sicherheitsnetz durchlöchert und rechtzeitige Gegenmassnahmen verhindert. Das gegenüber dem Verwalter einer kleineren Regionalbank ohne ausgebautes internes Kontrollsystem unbedingt erforderliche Vertrauen des Personals, der Bankorgane und der Aufsichtsbehörden wurde damit grundlegend gestört. Zu den erforderlichen Qualifikationen eines Bankverwalters muss zudem auch ein gewisses «Gespür» für Risiken, die sich beispielsweise aus der nicht formell zutage tretenden Verflechtung mehrerer Gesellschaften ergeben, gehören. Er muss in der Lage sein, nötigenfalls einem Kunden eine abschlägige Antwort zu erteilen, auch wenn er sich dabei im Augenblick bei gewissen Leuten unbeliebt machen würde. Eine allzu grosse Arbeitsbelastung darf nicht vom Erkennen wichtiger Probleme und deren sorgfältiger Behandlung ablenken, die Fähigkeit zur Delegation zweitrangiger Aufgaben oder Routinegeschäfte wird hier zur unabdingbaren Notwendigkeit. Schliesslich muss auch ein Bankverwalter Fehler, die jedem Menschen passieren können, eingestehen können und darf nicht aufgrund unrealistischer Erwartung einer – wenn auch im Augenblick vielleicht hart erscheinenden – Lösung des Problems aus dem Wege gehen und damit die Situation noch verschlimmern.

c. Aus diesen Gründen ist Z als zur alleinigen Führung einer Bank ungeeignet zu betrachten und durch die Bank in seiner Eigenschaft als Verwalter zu ersetzen. Mit dieser Massnahme werden die Z vom Verwaltungsrat bescheinigten Qualitäten als ehrlicher und äusserst fleissiger Bankbeamter, dem stets das Wohl der Bank erstes Anliegen war, nicht in Zweifel gezogen. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips bleibt dem Verwalter auch weiterhin die Möglichkeit offen, eine leitende Position in einer Bank zu übernehmen, sofern durch die Grösse, Organisation und Struktur des betreffenden Bankinstitutes eine effiziente und dauernde Kontrolle seiner Tätigkeit gewährleistet ist, um eine Wiederholung der geschilderten Vorkommnisse zu vermeiden.

(Verfügung der EBK vom 16. Juni 1982)

Art. 21 BankV. Risikostreuung für Forderungen aus unwiderruflichen Akkreditiven

Unwiderrufliche Akkreditive können grundsätzlich nicht herabgesetzt werden; die Bankenkommission kann deshalb einer Bank die Überschreitung der Plafonds in Art. 21 BankV für Kredite aus unwiderruflichen Akkreditiven verbieten.

Art. 21 OB. Répartition des risques pour les créances résultant d'accréditifs irrévocables

Les accréditifs irrévocables ne peuvent, par principe, être réduits; pour cette raison, la CFB peut interdire à une banque de dépasser les plafonds fixés à l'article 21 OB pour les crédits résultant d'accréditifs irrévocables.

Sachverhalt:

A.– Die Bank A hat sich seit mehreren Jahren auf die Abwicklung von Dokumenten-Akkreditiv-Geschäften in der Form von sog. «back-to-back-Akkreditiven» spezialisiert, besonders zur Abwicklung internationaler Handelsgeschäfte mit Erdölprodukten.

B.– Von Mitte Juli 1976 an hat die Bank der Eidgenössischen Bankenkommission mehrere Risikoverteilungsmeldungen wegen Überschreitungen der gesetzlichen Höchstausleihsätze, die auf die Abwicklung von Akkreditiv-Geschäften «back-to-back» zurückzuführen waren, zugesandt. Nach Rücksprache mit der bankengesetzlichen Revisionsstelle empfahl das Sekretariat der EBK der Bank mit Schreiben vom 30. Oktober 1976, inskünftig keine neuen Kredite zu gewähren, die die gesetzlichen Limiten überschreiten, ohne vorgängig mit ihr in Kontakt zu treten. Die Bank hielt dieser Empfehlung entgegen, unter ihren Kunden befänden sich Unternehmungen, die den Engroshandel mit Erdölprodukten betrieben; aufgrund der bedeutenden Preissteigerungen für diese Produkte auf dem Weltmarkt sei es ihr nicht möglich, die in Art. 21 Abs. 1 BankV gesetzten Limiten stets einzuhalten. Sie ersuchte deshalb die Bankenkommission, ihrer besonderen Lage durch die Gewährung einer Ausnahmeregelung, die Abweichungen von den Höchstausleihsätzen zulasse, Rechnung zu tragen.

In Berücksichtigung der von der Bank vorgebrachten Gründe und gestützt auf die Tatsache, dass die Geschäftssparten, auf welche sich die Gesuchstellerin spezialisiert hatte, das Risiko von Plafonds-Überschreitungen in sich tragen, hatte die Aufsichtsbehörde dem Ersuchen mit Verfügung vom 18. April 1977 teilweise stattgegeben.

In der Folge entstanden zwischen der Bank und dem Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der Verfügung, welche zu einem längeren Briefwechsel zwischen den Parteien führte.

Schliesslich ersuchte die Bank die Bankenkommission, ihre Verfügung vom 18. April 1977 wieder aufzuheben; sie ziehe eine Behandlung aufgrund einer direkten Anwendung von Art. 4bis BankG in Verbindung mit Art. 21 BankV vor. Mit Verfügung vom 22. Juli 1980 entsprach die Bankenkommission dem Ersuchen der Bank und erkannte: «Die Verfügung vom 18. April 1977 wird aufgehoben.» Da die Bankenkommission nach Art. 21 Abs. 6 BankV einerseits verlangen kann, dass die in Abs. 1 der Bestimmung genannten Verpflichtungen, welche die dort erwähnten Höchstgrenzen übersteigen, gesenkt werden, und da andererseits kurzfristige und unwiderrufliche Akkreditive nach Ansicht der Bankenkommission nur schwer herabgesetzt werden können, machte die Kommission der Gesuchstellerin klar, was die Aufhebung der Verfügung vom 18. April 1977 für sie bedeute: «Um dieses Herabsetzungsrecht nicht illusorisch werden zu lassen, *darf die Gesuchstellerin inskünftig ohne vorgängige Orientierung der Bankenkommission unwiderrufliche Akkreditive nur noch bis zu den in Art. 21 Abs. 1 BankV angegebenen Plafonds eröffnen, es sei denn, den Plafondsüberschreitungen stünden verrechenbare Guthaben, verpfändete Treuhandgelder gegenüber oder die Bank habe entsprechende Unterbeteiligungen ohne Regress abgegeben.*»

Da die Bank sich mit dieser Gesetzesauslegung nicht abfinden wollte, erliess die Bankenkommission am 17. Oktober 1980 einen entsprechenden Entscheid.

Die gegen diese Verfügung erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde von der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts am 25. Juni 1982 mit folgender Begründung abgewiesen (Auszüge aus den Erwägungen):

3.– Das Schweizerische Bankenrecht enthält Vorschriften über die von den Banken bei ihrer Geschäftstätigkeit zu beachtenden Risikoverteilungsgrundsätze. Bereits in seiner Botschaft an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970 hat der Bundesrat erklärt, die blosser Pflicht, Grosskredite lediglich im Revisionsbericht aufzuführen, genüge nicht: «Eine solche Vorschrift genügt nicht, um die Bildung von Klumpenrisiken zu verhindern. Dabei gehört die genannte Verteilung der Risiken zu den elementaren Grundsätzen der Bankenpolitik. Sie ist unerlässlich, soll die Sicherheit der Gläubiger gewährleistet sein. Schlechte Risikoverteilung ist denn auch eine Hauptursache von Fehlentwicklungen im Bankensektor. Es ist daher im Gesetz festzuhalten, dass die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden (...) in einem angemessenen Verhältnis zu den eigenen Mitteln zu stehen haben» (BBl. 1970 I.2, S. 1171).

Der Gesetzgeber hat daraufhin in Art. 4bis Abs. 1 des revidierten Bankgesetzes festgehalten: «Die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden (...) müssen in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln stehen.» Absatz 2 dieser Bestimmung überträgt dem Bundesrat die Aufgabe, in der Vollziehungsverordnung dieses Verhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Ausleihungen an öffentlichrechtliche Körperschaften und der Art der Deckung festzusetzen; der Bundesrat ist diesem Auftrag, mit welchem ihm sehr weitgehende Befugnisse eingeräumt wurden, in Art. 21 Abs. 1 BankV nachgekommen. In einer Entscheidung vom 30. November 1973 hat das Bundesgericht daraufhin erkannt, dass die durch den Bundesrat in Art. 21 Abs. 1 BankV festgelegten Risikoverteilungsgrundsätze in Art. 4bis BankG eine genügende gesetzliche Grundlage hätten und auch im übrigen verfassungsmässig seien: «Es kann (...) nicht die Rede davon sein, dass die in der Verordnung getroffene Abstufung gesetzwidrig sei, umso weniger, als sie keine absoluten Grenzen setzt und die Eidgenössische Bankenkommision zwar einschreiten kann, wenn das Verhältnis nicht mehr gewahrt ist, aber eine Überschreitung der Limite dulden darf, wenn besondere Gründe, wie z.B. die Art und Weise der Sicherstellung der Kredite, dies erlauben» (BGE 99 Ib 412 E. 2c).

Es besteht heute kein Grund, die Richtigkeit dieser Rechtsprechung zu überprüfen, zumal die Beschwerdeführerin die Rechtswid-

rigkeit von Art. 21 Abs. 1 BankV gar nicht geltend macht; sie behauptet nur, die Bankenkommission könne ihre Verfügung gar nicht auf Art. 21 BankV stützen – das Bankenrecht biete überhaupt keine Grundlage für die angefochtene Verfügung.

4.– a) Zu prüfen ist, was die Gewährung von Dokumenten-Akkreditiven «back-to-back», auf welche sich die Beschwerdeführerin spezialisiert hat, praktisch bedeutet.

(...)

Massgeblich für das Verhältnis zwischen der eröffnenden Bank und dem Begünstigten ist die Frage, ob es sich im einzelnen Fall um ein widerrufliches Akkreditiv handelt. Das widerrufliche Geschäft kann durch die eröffnende Bank (...) jederzeit ohne vorherige Nachricht an den Begünstigten geändert oder annulliert werden (vgl. dazu auch BGE 54 II 177). Demgegenüber begründet ein unwiderrufliches Akkreditiv eine feststehende Verpflichtung der eröffnenden Bank (Literaturhinweise). Hat die Bank demnach ein unwiderrufliches Akkreditiv eröffnet, so wird ihr dadurch die Möglichkeit der nachträglichen Herabsetzung des Betrages, zu dessen Zahlung sie sich verpflichtet hat, entzogen.

b) Würde die Beschwerdeführerin nun aufgrund einer Anordnung der Bankenkommission – entsprechend dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 6 BankV – verpflichtet, «die Verpflichtungen ihrer Kunden gegenüber der Bank zu senken», so käme die Beschwerdeführerin jedesmal mit den zwischen ihr, dem akkreditierten Dritten und ihren Kunden bestehenden Vereinbarungen in Konflikt; denn nach diesen Vereinbarungen soll ja die Verpflichtung ihrer Kunden, die mit der Eröffnung des Akkreditiv-Kredites entstanden ist, durch Bezahlung aus dem Akkreditiv der Käuferbank erfüllt werden. Eine «Herabsetzung» dieser kurzfristigen Kredite ist deshalb kaum denkbar, und dementsprechend kann die Innehaltung der Höchstverpflichtungsgrundsätze von Art. 21 Abs. 1 BankV nur gewährleistet werden, wenn zum vornherein das Recht der Bank beschränkt wird, solche die Höchstgrenzen überschreitende Verpflichtungen ihrer Kunden überhaupt zu *begründen*. Derartige *präventive* Anweisungen der Bankenkommission sind jedenfalls insoweit gesetzeskonform, als sie die Beschwerdeführerin nur anweisen, das zu tun und zu unterlassen, was ohnehin schon nach Art. 21 Abs. 1 der BankV ihre Pflicht ist.

Daraus folgt, dass zu entscheiden ist, ob die Bankenkommission mit ihrer Verfügung vom 17. Oktober 1980 der Beschwerdeführerin mehr geboten hat als das, wozu die Beschwerdeführerin ohnehin schon gestützt auf Art. 21 Abs. 1 BankV verpflichtet ist.

5.– Die Beschwerdeführerin behauptet eine solche Verletzung von Bundesrecht mit der Begründung, angesichts der minimalen Risiken, die mit den von ihr abgeschlossenen Akkreditiv-Geschäften verbunden seien, genüge eine blosse Meldepflicht von allfälligen Überschreitungen der Limiten des Art. 21 BankV. Allein zu Unrecht!

a) Freilich hat das Bundesgericht schon in BGE 99 Ib 410 E. 2. entschieden, die in Art. 21 Abs. 1 BankV festgesetzten Verhältniszahlen seien nicht als absolute Grenzen zulässiger Geschäftstätigkeit zu verstehen. Ob im Einzelfall die Senkung eines Grossrisikos zu verlangen sei und gegebenenfalls in welchem Umfange, lege die Verordnung in das Ermessen der Bankenkommission. Dieses Ermessen ergibt sich klar aus dem Wortlaut von Art. 21 Abs. 6 BankV, der der Bankenkommission nur die Möglichkeit gewährt, nicht aber die Pflicht auferlegt, Engagements, die die Höchstaussleihsätze übersteigen, herabzusetzen. Im Rahmen des ihr diesbezüglich zustehenden Ermessens kann die Bankenkommission, namentlich aufgrund der Sicherheiten, die der fraglichen Verpflichtung gegenüberstehen, einer Bank erlauben, die Höchstaussleihsätze unter bestimmten Voraussetzungen zu überschreiten (vgl. dazu auch Sten. Bull. NR 1970, S. 745: «Le texte de la loi prévoit que la Commission des banques peut ordonner un assouplissement ou un renforcement des prescriptions réglementaires en matière de proportion entre le montant des fonds propres et l'ensemble des engagements de la banque»).

Aus diesen Gründen war die Bankenkommission grundsätzlich auch befugt, in ihrer Verfügung vom 18. April 1977 zugunsten der Beschwerdeführerin Abweichungen von den Höchstaussleihsätzen nach Art. 21 Abs. 1 BankV zuzulassen; ob sich die Kommission beim Erlass jener Verfügung an den ihr zustehenden Ermessensspielraum gehalten hat, kann heute, wo ein anderer Entscheid Verfahrensgegenstand ist, nicht mehr geprüft werden. Jedenfalls musste sich die Beschwerdeführerin, als sie die Aufhebung jener sie begünstigenden Verfügung verlangte, bewusst sein, dass sie damit auf eine Sonderstellung verzichtete.

b) Die Bankenkommission konnte jedoch im Rahmen ihres Ermessens nach der Aufhebung der Verfügung vom 18. April 1977 in ihrer heute angefochtenen Verfügung eine strengere Haltung einnehmen, ohne gegen das BankG zu verstossen: Massgebend ist, dass bei den erwähnten Akkreditiv-Krediten zwar die Risiken der beteiligten Banken klein sind, aber doch nicht völlig ausgeschlossen werden können. Insbesondere können plötzliche Zahlungsbeschränkungen im Lande der Käuferbank die Einlösbarkeit der Käufer-Akkreditive unerwartet erschweren oder verunmöglichen. Die Auslegung von Art. 21 BankV muss im Blick auf dessen eigentliche Rechtsgrundlage, den Art. 4bis Abs. 1 BankG, erfolgen. Danach hat die Kreditgewährung der Banken an einen einzelnen Kunden immer in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln zu stehen, um Klumpenrisiken zu vermeiden; dies muss auch für die hier zu beurteilenden Akkreditiv-Kredite gelten.

Ausserdem hat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Revision des Bankengesetzes betont, dass eine gute Risikoverteilung «zu den elementaren Grundsätzen der Bankenpolitik» gehöre (BBl. 1970 I.2, S. 1171). Der Gesetzgeber hat somit deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Banken sich an die Höchstausleihsätze zu halten haben, weshalb jede von der Bankenkommission nicht ausdrücklich erlaubte Überschreitung als Gesetzesverletzung bzw. als Missstand im Sinne von Art. 23ter BankG zu qualifizieren ist.

Es kann daher keine Rede davon sein, dass sich die Bankenkommission, die die Einhaltung des Bankenrechtes zu gewährleisten hat, grundsätzlich mit der blossen Entgegennahme der Meldungen von Plafonds-Überschreitungen zufriedengeben müsste. Dies hat denn auch der Bundesrat in seiner Botschaft deutlich zum Ausdruck gebracht: «Die rasche Orientierung über Missstände bei einzelnen Institutionen hat nur dann ihren Sinn, wenn die Bankenkommission die erforderlichen Massnahmen zur Behebung der Missstände ergreifen und sie nötigenfalls gegen den Willen der Beteiligten durchsetzen kann» (BBl. 1970 I.2, S. 1158). Mit der Revision des Bankengesetzes von 1971 sollte namentlich die Wirksamkeit der Aufsichtstätigkeit der Bankenkommission erhöht werden (vgl. dazu Sten. Bull. STR 1970, S. 298 NR 1970, S. 744).

c) Nach Art. 23ter Abs. 1 BankG erlässt die Bankenkommission die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseiti-

gung der Missstände notwendigen Verfügungen, wenn sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis erhält; diese Bestimmung berechtigt also die Bankenkommission bei gegebenen Voraussetzungen zum nachträglichen oder repressiven Einschreiten. Aber dieses Einschreiten ist nicht die einzige der Bankenkommission zur Verfügung stehende Eingriffsmöglichkeit: Nach Art. 23bis Abs. 1 BankG trifft die Bankenkommission die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Es ist deshalb zum vornherein haltlos, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, die Bankenkommission könne nicht präventiv einschreiten: Art. 23bis Abs. 1 BankG gibt ihr diese Befugnis.

d) Nachdem die Bankenkommission auf den ausdrücklichen Wunsch der Beschwerdeführerin hin die Verfügung vom 18. April 1977 aufgehoben hatte, erinnerte die Kommission die Bank A in der heute angefochtenen Verfügung letztlich nur an ihre Pflicht, die im Art. 21 Abs. 1 BankV statuierten Höchstausleihsätze zu respektieren, wobei sie überdies der Beschwerdeführerin noch erlaubte, die in der Verordnung festgelegten Plafonds zu überschreiten, sofern diesen verrechenbare Guthaben (oder) verpfändete Treuhandgelder gegenüberstünden oder wenn die Bank entsprechende Unterbeteiligungen abgegeben habe. Darin kann weder eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens noch eine andere Verletzung des Bundesrechtes erblickt werden. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Art. 25 BankV; Anhang II B zur BankV; Art. 959 OR. Gliederungsvorschriften, Bilanzwahrheit und Klarheit

Die Bildung stiller Reserven über die Gewinnverwendung durch die Generalversammlung kann zu einem zweimaligen Ausweis des gleichen Reingewinnes führen und verletzt damit den Grundsatz der Bilanzwahrheit und -klarheit. Sie ist in diesem Fall über die Ertragsposition 2.7 «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» vorzunehmen.

Art. 25 OB; annexe II B de l'OB; art. 959 CO. Dispositions sur la présentation des comptes, clarté et sincérité du bilan

La création de réserves latentes par prélèvement de l'Assemblée générale sur le bénéfice disponible permet de montrer deux fois le même bénéfice net et viole ainsi le principe de clarté et sincérité du bilan. Elle doit intervenir par le débit du compte de charges 2.7 «Per-tes, amortissements et provisions».

Sachverhalt:

Das Sekretariat der Eidg. Bankenkommission wies die Bank A auf die Notwendigkeit der Erhöhung sowohl der offenen wie auch der stillen Reserven hin. Der Aufforderung nachkommend, teilte die Bank mit, sie werde der Generalversammlung unter Verzicht auf eine Dividende die Zuweisung des effektiv erarbeiteten Unternehmungserfolges (Reingewinn) an die versteuerten internen Reserven (4,6 Mio.) beantragen.

Die EBK wies die Bank an, die Zuweisung an die internen Reserven nicht wie vorgesehen über die Gewinnverwendung, sondern in der Gewinn- und Verlustrechnung zu Lasten der Position 2.7 «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» vorzunehmen.

Die Bank hatte ihre ablehnende Stellungnahme insbesondere mit dem Hinweis auf das Recht der Generalversammlung zur beliebigen Zuweisung des Reingewinnes an die stillen Reserven begründet. Es handle sich eigentlich gar nicht mehr um stille Reserven, da diese mit dem Antrag zur Gewinnverwendung den Aktionären und einer breiteren Öffentlichkeit sowie mit der Besteuerung auch den Steuerbehörden bekanntgegeben würden.

Aus den Erwägungen:

2. b) ...

Ein wesentliches Merkmal stiller Reserven besteht darin, dass diese den Aktionären und der Öffentlichkeit nicht oder nicht genau bekannt sind (Bürgi, Zürcher Kommentar, N. 49 und 50 zu Art. 62, 663 OR). Genau dieses Merkmal liegt hier vor: Zwar erfolgt ein all-

gemein ersichtlicher Antrag auf Zuweisung von 4,6 Mio Franken an die stillen Reserven. Da diese Summe jedoch in der publizierten Bilanz unter der Rubrik 2.12 «Sonstige Passiven» erscheinen wird, sind weder die Aktionäre noch die Öffentlichkeit über die Existenz und insbesondere über die effektive Höhe dieser Reserven im Bild. Die Verwaltung kann diese Reserven theoretisch bereits am ersten Tag nach dem Bilanzstichtag auflösen, ohne dass die Aktionäre davon etwas erfahren. Die Bekanntgabe der stillen Reserve an die Steuerbehörde bietet ebenfalls keine Gewähr für deren Weiterbestand nach dem Bilanzstichtag. Einzig über die Existenz und Höhe der offenen Reserven kann sich der Bilanzleser wegen ihrer ausdrücklichen Erwähnung in der publizierten Bilanz ein klares Bild machen.

Damit liegt – entgegen der von der Bank vertretenen Auffassung – eine ausschliesslich der Verwaltung obliegende «andere Bildung stiller Reserven» im Sinne von Art. 663 Abs. 2 OR vor, die gemäss Ziff. 2.7 der Wegleitung zu den Art. 23 – 25 BankV erfolgswirksam über die Aufwandposition 2.7 «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» vorzunehmen ist.

3. a) Die materielle Bedeutung dieser Bilanzierungsvorschrift liegt in der Verhinderung eines zweimaligen Ausweises desselben Gewinnes. Erstmals würde der Betrag von 4,6 Mio. Franken bei der Zuweisung an die stillen Reserven durch die Generalversammlung anlässlich der Beschlussfassung über die Jahresrechnung 1981 als Reingewinn ausgewiesen. Bei der allfälligen Verwendung der so geschaffenen stillen Reserven zur Deckung zukünftiger Verluste würde derselbe Betrag ein zweites Mal zur Gewinnbildung herangezogen.

...

Der Forderung von Art. 957 OR, wonach die Betriebsergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen sind, wird damit nicht Rechnung getragen. Die Jahresrechnung widerspricht den der kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung zugrunde liegenden Grundsätzen der Bilanzwahrheit und -klarheit (Art. 959 OR) insofern, als der Bilanzleser über die Vermögenslage der Bank sowie über die Betriebsergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre durch deren Vermengung mit Ergebnissen früherer Jahre nicht richtig informiert und damit getäuscht wird. Insbesondere der Aktionär befindet

sich gestützt auf die Gewinnzuweisung anlässlich der Beschlussfassung über die Jahresrechnung 1981 nach wie vor im Glauben an einen Mindestbestand an stillen Reserven von 4,6 Mio. Franken, die unter Umständen von der Verwaltung längst zur Deckung von Verlusten verwendet worden sind. Die weitere Öffentlichkeit ihrerseits wird durch Verfälschung der vielbeachteten und oft isoliert – ohne die ebenfalls klärende Hinweise enthaltende Gewinn- und Verlustrechnung – dargestellten Kennziffer «Reingewinn» irreführt. Eine zuverlässige Beurteilung der Gewinnentwicklung über mehrere Jahre hinweg wird verunmöglicht.

b) Um gegenüber Dritten nicht den Eindruck grosser Verluste oder der Notwendigkeit umfangreicher Abschreibungen zu erwecken, kann die Bank von der Möglichkeit einer weiteren Unterteilung der Pos. 2.7 «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» etwa im Sinne eines Hinweises auf die Zuweisung an die stillen Reserven oder von der Möglichkeit eines entsprechenden Kommentars im Geschäftsbericht Gebrauch machen.

(Verfügung der EBK vom 6. Mai 1982)

Art. 25 BankV i. V. m. Art. 959 OR. Gliederungsvorschriften, Bilanzwahrheit und -klarheit

Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen dürfen nicht mit stillen Reserven verrechnet werden, wenn dadurch eine wesentliche Verfälschung des Jahresergebnisses erfolgt.

Art. 25 OB; 959 CO. Dispositions sur la présentation des comptes annuels, clarté et sincérité du bilan

Les pertes, amortissements et provisions ne peuvent pas être compensées avec des réserves latentes si le résultat annuel en est considérablement faussé.

Vorbemerkungen

Die Ausgangslage ist in allen folgenden vier Fällen gleich: einem Betriebsgewinn (Gewinn vor ausserordentlichen Aufwendungen und

Erträgen) stehen grosse ausserordentliche Aufwendungen gegenüber, so dass sich pro Saldo ein Unternehmensverlust ergibt. Gemeinsam ist ebenfalls die Absicht der betroffenen Banken, diese ausserordentlichen Aufwendungen und den daraus resultierenden Unternehmensverlust in der Erfolgsrechnung des betreffenden Rechnungsjahres nicht oder nur teilweise aufzuzeigen. Unterschiedlich hingegen sind die Ursachen der a. o. Aufwendungen und die vorgesehene Art ihrer Verbuchung:

Sachverhalt 1

Betriebsgewinn		100
Ausserordentliche Aufwendungen		
– Wertberichtigungen auf Immobilien (Übernahme aus Pfandverwertung)	– 43	
– Erhöhung Wertberichtigungsbedarf auf Ausleihungen	<u>– 163</u>	
		<u>– 206</u>
Unternehmensverlust		– 106
Auflösung stiller Reserven		<u>140</u>
Buchmässig ausgewiesener Reingewinn		<u>34</u>

Die Bank sah folgende Verbuchung vor:

zu Lasten Erfolgsrechnung:

– über Position Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen		23
– über Verrechnungen mit Ertragskonten		43

ausserhalb Erfolgsrechnung:

– Verrechnung mit stillen Reserven		<u>140</u>
Total		<u>206</u>

Anstelle des Unternehmensverlustes von 106, entstanden durch ausserordentliche Aufwendungen in der Höhe von 206, wollte die

Bank einen Reingewinn von 34 ausweisen. Vom Verlust sollten nur 66 – wovon lediglich 23 offen – der Erfolgsrechnung des betreffenden Geschäftsjahres belastet werden. Mit der Auflösung von 140 stillen Reserven wurden diese weitgehend aufgebraucht.

Die Bank wurde angewiesen, den gesamten Wertberichtigungsbedarf von 206 der Erfolgsrechnung zu belasten und die Auflösung der stillen Reserven im Ertrag auszuweisen.

(Verfügung der EBK vom 19. Februar 1982)

Sachverhalt 2

Betriebsgewinn	100
Ausserordentliche Aufwendungen	
– Verlust wegen Verfehlungen eines Mitarbeiters	<u>– 238</u>
Unternehmensverlust	<u>– 138</u>

Grundsätzlich bestand Übereinstimmung, dass Verluste in dieser Grössenordnung nicht unbemerkt über die stillen Reserven ausgebucht werden dürfen. Die Bank vertrat aber die Ansicht, in der Erfolgsrechnung des laufenden Rechnungsjahres müsse (oder dürfe sogar) nur derjenige Teil des Verlustes brutto ausgewiesen werden, der in dieser Periode auch tatsächlich entstanden sei. Die fehlbaren Handlungen des Angestellten gingen in der Tat zum Teil auf das Vorjahr zurück, so dass sich der erst im folgenden Jahr entdeckte Verlust rein rechnerisch ohne weiteres auf die zwei Rechnungsjahre verteilen liess. Zu Recht hielt die Bank fest, im nachhinein stelle sich der Jahresabschluss des Vorjahres als unrichtig heraus, habe er doch die (damals noch nicht bekannten) Verluste nicht enthalten. Nicht zu folgen vermochte die Bankkommission allerdings der daraus abgeleiteten Folgerung, wonach dieser Teil des Verlustes buchmässig mit stillen Reserven verrechnet werden dürfe.

(Empfehlung vom 22. Januar 1982)

Sachverhalt 3

Betriebsgewinn	100
Ausserordentliche Aufwendungen	
– Erhöhung Wertberichtigungsbedarf auf Ausleihungen	<u>– 160</u>
Unternehmensverlust	– 60
Auflösung stiller Reserven	<u>125</u>
Buchmässig ausgewiesener Reingewinn	<u>65</u>

Nach einigen Vorbesprechungen legte die Bank der Bankenkommision für die Verbuchung der Verluste folgenden Kompromissvorschlag vor:

zu Lasten Erfolgsrechnung:

über Position Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen 114

über Verrechnungen mit Ertragskonten 23

ausserhalb Erfolgsrechnung:

Verrechnung mit stillen Reserven 23

Total 160

Die Bankenkommision liess auch die Verrechnung eines Teiles des Verlustes (23) mit stillen Reserven nicht zu, weil damit eine Genauigkeit vorgetäuscht werde, die nicht zutreffe. Trotz grundsätzlicher Bedenken konnte sie sich hingegen aus folgenden Gründen der Verrechnung mit Ertragskonten im Umfange von ebenfalls 23 anschliessen: Hätte auf diese Ertragskürzung verzichtet werden müssen, so wäre die Vergleichbarkeit mit der Erfolgsrechnung des Vorjahres nicht mehr gegeben gewesen, weil auch dort im gleichen Umfang und zu Lasten der gleichen Positionen Ertragskürzungen vorgenommen worden waren. Die Änderung der bisher von der Bank geübten Praxis hätte die Aussagekraft der Erfolgsrechnung, insbe-

sondere in bezug auf Positionen, die für die Beurteilung der Zukunftsaussichten einer Bank von besonderer Bedeutung sind, zu stark beeinträchtigt.

Umstritten blieb lange Zeit auch die Höhe des notwendigen Wertberichtigungsbedarfs. Auch wenn letztlich der festgelegte Betrag als durchaus vertretbar bezeichnet werden konnte, so wurde der Bank doch empfohlen, im Geschäftsbericht auf die Problematik der Bewertung und auf das damit verbundene Risiko hinzuweisen, dass sich später der Wertberichtigungsbedarf auch zuungunsten der Bank entwickeln kann.

(Empfehlung vom 26. Januar 1982)

Sachverhalt 4

Betriebsgewinn	100
Ausserordentliche Aufwendungen	
– Rückstellung zur Abdeckung zivilrechtlicher Risiken	– 139
Ausserordentliche Erträge	
– Realisierung stiller Reserven durch Verkauf	<u>38</u>
	– 101
Unternehmensverlust	– 1
Auflösung stiller Reserven	<u>28</u>
Buchmässig ausgewiesener Reingewinn	<u>27</u>

Die Bank sah vor, die Auflösung stiller Reserven mit dem Rückstellungsbedarf zu verrechnen, so dass in der Erfolgsrechnung anstelle des effektiven Aufwandes von 139 lediglich 111 ausgewiesen worden wären. Ein Hinweis, dass der im Vergleich zum Vorjahr höher ausgewiesene buchmässige Reingewinn in vollem Umfang auf die Auflösung stiller Reserven zurückzuführen ist, wäre aus der Erfolgsrechnung nicht hervorgegangen.

Die Bank wurde angewiesen, den vollen Rückstellungsbedarf und die Auflösung stiller Reserven in der Erfolgsrechnung auszuweisen.

(Empfehlung vom 22. Januar 1982)

Begründung:

All den hier dargelegten Fällen ist gemeinsam, dass durch den fehlenden oder unvollständigen Ausweis massiver Verluste in der Gewinn- und Verlustrechnung und der damit verbundenen verdeckten Auflösung eines grossen oder gar des grössten Teils der stillen Reserven eine grundlegend falsche – weil zu gute – Ertragslage dargestellt und ein Gewinn ausgewiesen wird, der tatsächlich nicht in der Rechnungsperiode erarbeitet wurde. Mit der dadurch verbundenen Gewinnausschüttung erleidet die Bank einen reellen Substanzverlust, ohne dass dies die Gesellschafter und Gläubiger erkennen können. Sie werden somit über die wirtschaftliche Lage, die Ertragskraft und die Sicherheit des Institutes getäuscht. Dies ist eine Verletzung der Grundsätze ordnungsgemässer Buchführung und Bilanzierung. Durch die Vortäuschung einer falschen Ertragslage entbehrt die Generalversammlung aber auch der zur Beschlussfassung notwendigen Informationen für die Erteilung der Dechargen an die Organe der Bank.

Aus diesen Gründen vermag die Jahresrechnung nur dann den gesetzlichen Bestimmungen zu entsprechen, wenn der tatsächliche Abschreibungs- und Wertberichtigungsbedarf unkompensiert unter der dafür vorgeschriebenen Position 2.7 «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» ausgewiesen und die Auflösung stiller Reserven unter der Position 1.7 «Verschiedenes» verbucht werden. Damit die Auflösung der stillen Reserven klar ersichtlich ist, muss die Ertragsposition 1.7 «Verschiedenes» entsprechend unterteilt werden.

Durch diese Praxis will die Bankenkommission verhindern, dass Banken

- über Jahre hinweg durch die Auflösung früher gebildeter stiller Reserven eine Ertragsstruktur vortäuschen, die sie in Wirklichkeit nicht haben oder

- die über längere Zeit erarbeiteten stillen Reserven zur Deckung grosser Verluste einer einzigen Rechnungsperiode aufbrauchen, ohne dass dies aus der Erfolgsrechnung klar hervorgeht.