



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 15

1985

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	7, 11
Abklärungspflichten bei Kreditverhältnissen	14
Risikostreuung bei Termingeschäften	17
Risikostreuung, Berechnung der für die Meldung massgebenden Verpflichtungen; Anlagen bei der Mutterbank	18

Zitiervorschlag: EBK Bulletin 15

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 15

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).
ABV (OBE)	Verordnung (der Eidgenössischen Bankenkommission) vom 22. März 1984 über die ausländischen Banken in der Schweiz (SR 952.111) Ersetzt die Verordnung vom 14. September 1973 (VAB)
BGE (ATF)	Bundesgerichtsentscheid

Liste des abréviations

CFB (EBK)	Commission fédérale des banques
LB (BankG)	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 (ABV)	Ordonnance (de la Commission fédérale des banques) du 22 mars 1984 concernant les banques étrangères en Suisse (RS 952.111) Remplace l'ordonnance du 14 septembre 1973
OFF (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	Arrêt du Tribunal fédéral

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

Eine Bank darf nicht nur keine unvollständigen oder in anderer Weise irreführenden Bescheinigungen zur Täuschung von Behörden erstellen, sondern soll auch Situationen vermeiden, in denen dies von ihr erwartet werden könnte.

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

Une banque doit non seulement pas établir d'attestations incomplètes ou pouvant induire en erreur d'une autre manière les autorités mais aussi éviter les situations dans lesquelles on pourrait attendre cela d'elle.

Sachverhalt:

Gestützt auf Art. 21 BankV meldete die Bank, sie habe der X AG einen festen Vorschuss gegen Verpfändung eines Schiffs gewährt. In der Meldung wurde weiter darauf hingewiesen, dass die X AG als zusätzliche Deckung von der Bank ausgegebene certificates of deposit (C/D's) gezeichnet hatte, die in Höhe, Währung und Fälligkeit vollständig mit dem Kredit übereinstimmten. Vom Sekretariat der EBK auf die Ungewöhnlichkeit dieses Vorgehens hingewiesen, antwortete die Bank, die X AG stehe mit einer ausländischen Steuerbehörde in einem Rechtsstreit, weshalb nicht auszuschliessen sei, dass diese Behörde versuchen werde, den Tanker zu beschlagnahmen. In diesem Fall würde die Bank ihre Schiffshypothek geltend machen, um die Beschlagnahmung zu verhindern. In ihrer Stellungnahme führte die Bank dazu weiter aus, sie halte das Interesse der X AG für legitim, sich auf diese Weise gegen den Zugriff ausländischer Steuerbehörden zu schützen. Die zu diesem Schutz getroffenen Massnahmen seien weder unsittlich noch rechtswidrig.

Die EBK stellte in ihrem Entscheid fest, dass der Zweck des zwischen der Bank und der X AG abgeschlossenen Geschäfts mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren ist. Sie wies die Bank an, in allen über dieses Geschäft zu erstellenden Bescheinigungen, Kontoauszügen usw. die von der X AG gezeichneten C/D's aufzuführen.

Aus den Erwägungen:

1. Nach der Praxis der Bankenkommission (EBK) haben die Banken die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäftes abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass es Teil eines rechtswidrigen oder unsittlichen Sachverhaltes bilden könnte, oder wenn es sich um ein besonders kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt (EBK-Bulletin 7, S. 35ff., 39f. = BGE 106 Ib 145, und 11, S. 15 f. = BGE 108 Ib 186). Ausschlaggebend für die Abklärungspflicht sind einzig diese Voraussetzungen, nicht dagegen die Art des Geschäfts: So sind beispielsweise auch die Hintergründe von bedeutenden Treuhandgeschäften abzuklären (BGE 108 Ib 192 ff. E. 5). Die Banken sind bei ungewöhnlichen Geschäften gemäss Art. 9 Abs. 3 der Bankenverordnung (BankV, SR 952.02) verpflichtet, von allen ihren Partnern schriftliche Erklärungen zu verlangen, aus denen Absicht und Begründung des gewählten ungewöhnlichen Vorgehens klar hervorgehen. Ausserdem haben sie sich über den Wahrheitsgehalt dieser Erklärungen zu vergewissern (BGE 106 Ib 148f). Mit dieser Praxis bezweckt die EBK zweierlei: Einerseits sollen durch die Abklärungen die Bank selbst und ihre bankengesetzliche Revisionsstelle in die Lage versetzt werden, Charakter und Risiken eines Geschäfts umfassend beurteilen zu können. Zum andern sollen die Unterlagen der Revisionsstelle, aber auch der EBK ein Urteil über die Seriosität der Geschäftsführung der Bank ermöglichen, welche gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes (BankG, SR 952.0) als Voraussetzung für die Ausübung der Bankentätigkeit dauernd zu gewährleisten ist.

Das zwischen der Bank und der X AG abgeschlossene Geschäft ist für die Bank ohne Zweifel von grosser Bedeutung, hat es doch einen Umfang von rund 4,9% ihrer Bilanzsumme per 1. März 1984 oder rund 38,3% ihrer damaligen Eigenmittel. Hielte sich das Bilanzsummenwachstum der Bank für das laufende Geschäftsjahr im Rahmen des Vorjahreswachstums (rund 7%), wäre also über die Hälfte davon auf dieses eine Geschäft zurückzuführen. Das Geschäft weist aber auch eindeutig ungewöhnliche Züge auf, ist doch sicher nicht alltäglich, dass ein internationales Handelsunternehmen bei einer Bank einen «Kredit» gegen Verpfändung eines Schiffes aufnimmt, bei dieser gleichzeitig als «zusätzliche Sicherheit» eine Einlage macht, die in Höhe, Währung und Fälligkeit völlig mit dem Kredit über-

einstimmt, und deswegen Kosten von anfänglich rund 100 000 Franken pro Jahr in Kauf nimmt. Die Bank war also nach der geschilderten Praxis verpflichtet, die Beweggründe ihrer Kundin näher abzuklären. Da sie diese der EBK – nach längerem Zögern – einigermaßen erläuterte, mag offenbleiben, ob ihre Dokumentation im vorliegenden Fall in formeller Hinsicht zu genügen vermag.

2. Mit der Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe hat es aber noch nicht sein Bewenden: Geht daraus hervor, dass das fragliche Geschäft tatsächlich Bestandteil eines rechts- oder sittenwidrigen Sachverhaltes ist oder die Bank bei dessen Abwicklung zu solchen Handlungen gezwungen wäre, so hat sie auf das Geschäft zu verzichten. Etwas anderes wäre mit der Sorgfaltspflicht eines Bankiers nicht vereinbar, und die EBK hätte sich zu fragen, ob dieser noch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet, wie das Gesetz es von ihm verlangt (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG). Es ist deshalb im folgenden zu prüfen, welches der durch das Geschäft angestrebte Zweck war und wie dieser nach Recht und Sitte zu beurteilen ist:

a) Entgegen der von der Bank mehrfach vertretenen Auffassung handelt es sich beim fraglichen Geschäft sicher nicht um eine normale Finanzierung eines Schiffes gegen dessen Verpfändung. Die Kreditkonstruktion muss vielmehr als fiktiv bezeichnet werden. In ihrem Schreiben vom 13. September 1984 weist die Bank zu Recht darauf hin, dass auch eine «treuhänderische Lösung» hätte gewählt werden können: Die Bank hätte in diesem Fall die Gelder als Treuhänderin nicht bei einem Dritten, sondern wieder beim Treugeber angelegt, woraus der reine Verschleierungszweck des Geschäfts hervorgeht. In ihrer Stellungnahme gibt die Bank denn auch die wahren Ziele des Geschäftes bekannt. Da aus der Sicht der X AG auf den ersten Blick wirtschaftlich unvernünftig, konnte das Geschäft nur als Teil eines Abwehredispositivs gegen allfällige Beschlagnahmen durch die ausländische Steuerbehörde einen Sinn haben. Auch wenn nach Angaben der Bank angeblich keine diesbezüglichen Abreden getroffen worden sind, ist doch offensichtlich, dass die X AG in diesem Fall von der Bank erwartet hätte, dass sie gegenüber den Behörden als Pfandgläubigerin auftritt, ihr dingliches Recht verteidigt und damit möglicherweise die Freigabe des Schiffes erwirkt.

b) Mit Aussicht auf Erfolg hätte sie dies nur tun können, wenn sie die Einlage der X AG in der Höhe der «Pfandforderung» verschwiegen hätte. Die Bank wäre somit vor der Wahl gestanden, entweder einer Behörde unvollständige Angaben machen oder die Erwartungen der X AG enttäuschen zu müssen, für die sie von dieser bezahlt wird. Glücklicherweise ist dieser Fall bis heute nicht eingetreten. Es mag dahingestellt bleiben, ob er angesichts der inzwischen zustande gekommenen Einigung der X AG mit den Steuerbehörden überhaupt noch möglich ist. So oder anders musste die Bank die Konflikte und Risiken, die sie mit diesem Geschäft einging, voraussehen und sich nicht darauf einlassen, da ein solches Verhalten mit der Sorgfaltspflicht eines Bankiers nicht vereinbar ist. So haben sich die Schweizer Banken durch die Unterzeichnung der zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung und der Schweizerischen Nationalbank abgeschlossenen sogenannten Sorgfaltspflichtvereinbarung (Fassung vom 1. Juli 1982) verpflichtet, Täuschungsmanövern ihrer Kunden gegenüber Behörden des In- und Auslandes weder durch unvollständige noch auf andere Weise irreführende Bescheinigung Vorschub zu leisten (Art. 9 VSB, insbesondere Ziff. 57 und 58). Auch die EBK hat bereits in ihrem publizierten Jahresbericht 1976 (S. 17) darauf hingewiesen, dass sie die Abgabe falscher Bescheinigungen als Missbrauch des Bankgeheimnisses betrachtet. Nicht zuletzt im Wissen um die Bankenaufsicht wird einer Bankbescheinigung im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht (BGE 102 IV 194 f.). Im vorliegenden Fall hat die Bank zwar (noch) keine solche Bescheinigung abgegeben. Unter dem Gesichtspunkt der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung haben die Banken nicht nur keine solchen Bescheinigungen abzugeben, sondern auch – wenn immer dies wie hier erkennbar ist – Situationen zu vermeiden, in denen dies von ihnen erwartet werden könnte.

3. Angesichts dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, welche Massnahmen gestützt auf die Art. 23bis – quinquies BankG zu treffen sind:

a) Es wäre sicher unverhältnismässig, den Verantwortlichen der Bank wegen dieser einmaligen Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung rundweg abzuspochen und der Bank die Bewilligung zu entziehen oder einen solchen Entzug anzudrohen. Statt dessen ist anzunehmen, dass die Bank aus

einer blossen Feststellung, dass der Zweck dieses Geschäftes mit der aus der Pflicht zu einer ständigen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit abzuleitenden Sorgfaltspflicht eines Bankiers nicht zu vereinbaren ist, für ihr zukünftiges Geschäftsverhalten ihre Konsequenzen ziehen wird.

b) Die EBK will auch nicht so weit gehen und verlangen, dass die Bank auf das fragliche Geschäft verzichtet, da die Bank bis jetzt keine zu beanstandende Bescheinigung abgegeben hat. Ist sichergestellt, dass dies auch in Zukunft nicht geschehen wird und dass die Bank diesen Umstand auch der X AG bekanntgibt, besteht kein Anlass mehr, der Bank die Weiterführung dieses Geschäfts zu verwehren. Zu verbieten ist ihr jedoch, irgendwelche Bescheinigungen abzugeben, die nur auf die Pfandforderung, nicht aber auf die zusätzliche Deckung derselben durch die durch die X AG gezeichneten C/D's hinweisen. Dieser Umstand hat auch aus allen Kontoauszügen usw. hervorzugehen, die die Bank für die X AG erstellt.

(Verfügung vom 26. Februar 1985; eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht am 27. Juni 1985 abgewiesen.)

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

Das Ausstellen von Bescheinigungen über fiktive Notenlieferungen widerspricht in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss.

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

L'établissement de quittances pour des livraisons fictives de billets de banque est hautement incompatible avec la conduite que l'on est en droit d'attendre d'un banquier sérieux.

Sachverhalt:

Im Frühjahr 1984 erfuhr die EBK, dass die schweizerische Tochtergesellschaft einer ausländischen Bank (mit Sitz in einem Land

ohne Kapitalausfuhrbeschränkungen) zwischen 1979–1981 mehrere Bescheinigungen über Notenlieferungen ausgestellt und diese dann ohne die aufgeführten Noten der Mutterbank zugestellt hatte. Grund für diese wahrheitswidrigen Lieferscheine war der folgende:

Die ausländische Mutterbank warb bei ihren Kunden für Anlagen bei ihrer neuen Schweizer Tochterbank. In einer ersten Phase reisten die Kunden oder – für solche, die keine Zeit hatten – ein Mitarbeiter der Mutterbank in die Schweiz und überbrachten das Geld der Schweizer Bank, die es dann mit einer Postsendung der Mutterbank ins Ausland zurückschickte. Später wurde auf Veranlassung der Mutterbank das Verfahren vereinfacht: Anstelle der Reise in die Schweiz und des Rückversands der Noten nahm ein Mitarbeiter der ausländischen Bank das Geld der Kunden gegen Quittung in eigenem Namen entgegen, behielt es bei sich, forderte telefonisch von der Bank in der Schweiz ein Sendungsbordereau über den betreffenden Betrag an und übergab nach Erhalt des Lieferscheines diesen zusammen mit dem Geld der Kasse. Der entsprechende Betrag wurde der Tochterbank gutgeschrieben, und diese erkannte ihrerseits das Kundenkonto mit dem gleichen Betrag. Auf diese Weise trat der Name des Kunden und die Existenz seines Schweizer Kontos aus den Bankbelegen der Mutterbank nicht hervor; dem Kunden selber konnte die Reise in die Schweiz erspart werden.

Auf Schweizer Seite verantwortlich für das Ausstellen und den Versand von Lieferscheinen über fiktive Notensendungen waren die Herren A und B.

Aus den Erwägungen:

2.– A ist heute Generaldirektor und somit verantwortlich für die Gesamtführung der Bank. B. ist stellvertretender Direktor und verantwortlich für die Wertschriftenadministration und zum Teil auch für das Personal. Nach zwei Direktoren ist er der vierte Mann in der Bank. Beide gehören somit zur eigentlichen Geschäftsführung und haben demnach Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten.

B, verantwortlich für die betreffenden Konti, hat in der Regel die telefonischen Anrufe aus dem Ausland entgegengenommen und die entsprechenden Lieferscheine ausgefertigt oder ausfertigen lassen.

A war orientiert über diese fiktiven Notensendungen und hat selbst solche Lieferscheine unterzeichnet. Das Verschulden der beiden ist unter Berücksichtigung ihrer Stellung in der Bank gleich zu beurteilen.

3.– Die beiden Beschuldigten führen zu ihrer Entlastung aus, sie hätten bloss ausgeführt, was von ihren ausländischen Vorgesetzten verlangt worden sei. Der damalige schweizerische Generaldirektor sowie der damalige Verwaltungsratspräsident hätten keine Bedenken gegen das Ausstellen solcher Lieferscheine geäussert und das Vorgehen gebilligt. Sie seien sich keines Unrechts bewusst gewesen. Sie sahen im fraglichen Vorgehen bloss eine administrative Vereinfachung. Sie haben es sich damit aber zu einfach gemacht. Als Bankdirektoren mussten sie sich bewusst sein, dass Bankbescheinigungen im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird (BGE 102 IV 194 f.). Es ist deshalb verwerflich, wenn Bankiers Belege ausstellen, die nicht der Wahrheit entsprechen. Der Versand von Lieferscheinen, ohne die aufgeführten Noten mitzuschicken, widerspricht in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss. Es ist auch fraglich, ob die Bank durch dieses Verhalten ihrer verantwortlichen Leiter nicht gegen die zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung und der Schweizerischen Nationalbank abgeschlossene sogenannte Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB, Fassung vom 1. Juli 1982) verstossen hat, die die Abgabe von irreführenden Bescheinigungen zur Täuschung von in- oder ausländischen Behörden verpönt (Art. 9 VSB, vgl. auch EBK-Jahresbericht 1976, S. 17).

4.– Es stellt sich die Frage, welche Massnahmen die EBK gegenüber der Bank zu treffen hat. Der frühere Verwaltungsratspräsident hatte nach seinen Angaben keine Kenntnis von dieser Abwicklung. Die EBK hat keinen Anlass, an seinen Aussagen zu zweifeln. Der frühere Generaldirektor und heutige Verwaltungsrat trägt wohl neben den Verantwortlichen der ausländischen Muttergesellschaft die Hauptverantwortung für die zu beanstandenden Praktiken. Da er jedoch heute nur noch dem Beirat der Bank angehört und damit keine Entscheidungsbefugnis mehr hat, zählt er nicht mehr zum Kreis der Personen, die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen. Bei den beiden Direktionsmitgliedern A und B ist zu berücksichtigen, dass die Initiative für die fiktiven Lieferscheine von der Mut-

terbank kam und sich die beiden auf die juristische Beurteilung und die Billigung durch ihren Vorgesetzten verlassen haben. Seit den beanstandeten Vorfällen sind drei Jahre verstrichen, ohne dass etwas Vergleichbares geschehen wäre. Es wäre deshalb unverhältnismäßig, den Herren A und B wegen ihrer Mitwirkung bei der Ausstellung der fiktiven Lieferscheine die Gewähr abzusprechen und von der Bank unter Androhung des Bewilligungsentzuges die Entfernung der Herren A und B zu verlangen. Statt dessen ist anzunehmen, dass diese und die anderen Verantwortlichen aus einer blossen Feststellung, dass die fraglichen Handlungen mit der aus der Pflicht zu einer ständigen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung abzuleitenden Sorgfaltspflicht eines Bankiers nicht zu vereinbaren sind, für ihr zukünftiges Geschäftsverhalten die notwendigen Lehren ziehen werden.

(Verfügung vom 26. Februar 1985)

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; Art. 9 Abs. 3 BankV. Abklärungspflichten bei Kreditverhältnissen

Pflicht der Bank, bei einem Kreditverhältnis die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen und diese auch aktenkundig zu machen. Diese Pflicht gilt auch dann, wenn der Kreditnehmer durch einen Berufsgeheimnisträger handelt.

Art. 3 al. 2 lettre c LB; art. 9 al. 3 OB. Devoir d'examen dans les relations de crédit

Dans une relation de crédit, la banque doit établir l'identité de l'ayant droit économique et la mentionner au dossier. Ce devoir existe même lorsque l'emprunteur agit par l'intermédiaire d'une personne tenue à un secret professionnel.

Sachverhalt A:

Aus dem Revisionsbericht der Bank X ging hervor, dass sie Kreditverhältnisse mit vier liechtensteinischen Stiftungen unterhielt. Die Revisionsstelle hielt in ihrem Kommentar zu diesen Positionen fest:

«Diese Stiftungen werden von einem schweizerischen Berufsgeheimnisträger, Herrn Dr. iur. ..., verwaltet, der auch die jeweiligen Formulare gemäss Art. 6 der Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht unterzeichnete. Die wirtschaftlich Berechtigten resp. die wirklichen Kontoinhaber sind somit der Bank und auch uns nicht bekannt.»

Das Sekretariat der EBK empfahl darauf der Bank, entweder die Identität der wirtschaftlich Berechtigten abzuklären oder die Geschäftsbeziehungen auf Debitorenbasis mit den liechtensteinischen Stiftungen aufzuheben. In Annahme der Empfehlung teilte die Bank dem Sekretariat mit, sie habe die Geschäftsbeziehungen auf Debitorenbasis aufgehoben und die ausgesetzten Kreditlimiten gelöscht.

Sachverhalt B:

Die Bank Y bewilligte einer panamesischen Briefkastengesellschaft eine Kreditlimite in der Höhe von über 40% der eigenen Mittel. Auf die Frage des Sekretariates nach dem wirtschaftlich Berechtigten antwortete die Bank, dieser sei ihr bekannt, er wünsche aber nicht, in den Büchern der Bank zu erscheinen. Sie habe es deshalb nicht für nötig befunden, der Revisionsstelle den Namen des Kunden zu nennen, da der Kredit durch verpfändete Treuhandanlagen sichergestellt sei und die finanzielle Position des Kunden deshalb keiner näheren Überprüfung bedürfe.

Das Sekretariat empfahl der Bank, der bankengesetzlichen Revisionsstelle den Namen des effektiven Kreditnehmers mitzuteilen und ihr die für eine Prüfung der Vermögenslage erforderlichen Unterlagen über den effektiven Kreditnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Bank nahm die Empfehlung an.

Begründung:

Nach Art. 9 Abs. 3 BankV hat die Geschäftsführung einer Bank bei der Gewährung von Krediten alle für die Beschlussfassung und die Überwachung erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen. Zurückgewiesen werden muss dabei die im Zusammenhang mit dieser Pflicht geäußerte Meinung, die Vermögenslage des Schuldners

brauche nicht näher geprüft zu werden, wenn der Kredit durch Sicherheiten gedeckt sei. Sicherheiten können im Wert sinken oder durch Drittanprüche bestritten werden. Deshalb gehört auch zu einem gedeckten Kredit eine sorgfältige Prüfung der Bonität des Schuldners.

Die Bank hat aber nicht nur die Pflicht, die Vermögenslage ihrer Kreditnehmer einer kritischen und sorgfältigen Prüfung zu unterziehen. In Fällen, in denen die Bank weiss oder annehmen muss, dass ihr Vertragspartner nicht mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist, hat sie die Identität des effektiven Kreditnehmers festzustellen, auch wenn dieser über einen Berufsgeheimnisträger handelt. Schon allein um die Vorschriften über die Risikostreuung und die Organkredite einzuhalten, muss eine Bank den Namen des effektiven Kreditnehmers kennen. Hinzu kommt, dass die Banken verpflichtet sind, die wirtschaftlichen Hintergründe bei Geschäften abzuklären, in denen Anzeichen darauf hindeuten, dass sie rechtswidrig oder unsittlich sein könnten, oder die kompliziert, ungewöhnlich oder bedeutend sind (EBK-Bulletin 11, 15). Ohne Kenntnis des wirtschaftlich Berechtigten kann eine Bank aber nicht entscheiden, ob weitere Abklärungen zur Feststellung der wirtschaftlichen Hintergründe überhaupt notwendig sind.

Diese Pflicht, bei jedem Kredit die Identität des wirtschaftlich Berechtigten abzuklären, steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 6 der Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht (VSB, abgeschlossen 1977 zwischen der Nationalbank und der Bankiervereinigung, 1982 für weitere 5 Jahre verlängert), wonach sich eine Bank bei der *Entgegennahme* von Geldern mit einer schriftlichen Erklärung des Berufsgeheimnisträgers begnügen kann, dass ihm der wirtschaftlich Berechtigte bekannt sei. Hier geht es um Kreditverhältnisse, bei denen die Bank im Gegensatz zur Entgegennahme von Geldern ein Vermögensrisiko eingeht und bei denen ohne die Kenntnis des effektiven Kreditnehmers bankengesetzliche Vorschriften umgangen werden können.

Ob sich eine Bank bei der *Entgegennahme* von Geldern stets mit einer schriftlichen Erklärung eines Berufsgeheimnisträgers begnügen und selber darauf verzichten kann, die Identität des Kunden zu kennen, ist fraglich. Zwar enthält die VSB wichtige und sehr nütz-

liche allgemeine Verhaltensregeln für die Entgegennahme von Geldern. Die im Einzelfall geforderte Sorgfalt wird damit allerdings nicht abschliessend geregelt, sondern wird durch die dem einzelnen Geschäft zugrundeliegenden Umstände bestimmt: Die oben erwähnte Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe ist allgemeiner Natur und bezieht sich ebenso auf die Entgegennahme von Geldern wie auf die Kreditgewährung, die Abgabe von Bürgschaften und Garantien oder die Ausführung von Treuhandgeschäften.

(Empfehlungen vom 13. November 1984 und 18. Januar 1985)

Art. 21 Abs. 1 BankV. Risikostreuung bei Termingeschäften

Verpflichtungen von Kunden zur Abwicklung von Termingeschäften sind bis auf weiteres mit Ausnahme der Devisentermingeschäfte zu 100% für die Berechnung der meldepflichtigen Engagements einzu beziehen.

Art. 21 al. 1 OB. Répartition des risques dans les opérations à terme

En l'état, les engagements de clients résultant d'opérations à terme, à l'exception des opérations à terme sur devises, doivent être comptés à 100% dans le calcul des engagements à annoncer.

Aus den Erwägungen:

1.– Nach Art. 4bis Abs. 1 des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) müssen die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln stehen, wobei die BankV dieses Verhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Art der Deckung sowie der Ausleihungen an öffentlich-rechtliche Körperschaften festsetzt (Abs. 2). Eine Bank hat danach Verpflichtungen eines Kunden ihr gegenüber der EBK zu melden, wenn sie die in Art. 21 Abs. 1 Bst. a–d BankV festgesetzten Prozentsätze der eigenen Mittel übersteigen. Die EBK kann verlangen, dass Verpflichtungen, welche diese Höchstsätze übersteigen, gesenkt werden. Die in der BankV aufgestellten Risikoverteilungssätze sind mithin nicht unbedingt einzuhaltende Maxima; ihre Über-

schreitung ist einer Bank also nicht gänzlich untersagt, sondern verpflichtet sie vorerst nur zu einer Meldung an die EBK. Ob die Senkung eines Grossengagements zu verlangen sei, und gegebenenfalls in welchem Umfange, legt die BankV in das Ermessen der EBK (BGE 99 Ib 410 E.2). Gemäss ständiger Praxis der EBK werden Überschreitungen der Risikoverteilungssätze im Interesse des Gläubigerschutzes nur bei Vorliegen besonderer Gründe zugelassen.

2.– Die Gesuchstellerin macht zu Recht darauf aufmerksam, dass die EBK für Devisentermingeschäfte eine Sonderregelung getroffen hat, indem diese für die Berechnung der meldepflichtigen Engagements nur zu 20% einbezogen werden müssen (Rundschreiben vom 2. Juni 1976 über die Fremdwährungspositionen, Ziff. 2). Hier gilt jedoch zu berücksichtigen, dass die EBK im vorangehenden Rundschreiben Nr. 2 über die Fremdwährungspositionen (vom 19. Dezember 1974) noch ausdrücklich verlangt hatte, die gesamten Verpflichtungen aus Devisentermingeschäften für die Berechnung der meldepflichtigen Engagements zu berücksichtigen. Erst die damit während zwei Jahren gemachten Erfahrungen bewogen die EBK zu der von der Gesuchstellerin angeführten Erleichterung der Meldepflicht für Devisentermingeschäfte. Sie blieb ausdrücklich auf diese beschränkt.

Die bisherigen Erfahrungen erlauben der EBK noch kein sicheres Urteil darüber, ob für andere Termingeschäfte – insbesondere die Financial Futures und Traded Options – eine ähnliche Lösung verantwortet werden könnte wie für Devisentermingeschäfte. Gerade um die nötigen Erfahrungen sammeln zu können, muss einstweilen an der Meldung der vollen Kontraktsumme festgehalten werden. Die EBK kann immer noch auf eine Herabsetzung der einem Kunden eingeräumten Limite verzichten.

(Verfügung vom 26. Februar 1985)

Art. 21 Abs. 1 BankV. Risikostreuung; Berechnung der für die Meldung massgebenden Verpflichtungen, Anlagen bei der Mutterbank

1. *Für Schulden Dritter gestellte Sicherheiten (Pfänder, Bürgschaften, Garantien usw.) sind selbständige Verpflichtungen (E. 2b). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt beim Lombardgeschäft (E. 2c).*

2. Anlagen bei der Mutterbank stellen keinen besonderen Grund dar, Plafondüberschreitungen bis zu einer bestimmten Höhe generell zuzulassen (E. 3).

Art. 21 al. 1 OB. Répartition des risques; calcul des engagements déterminants pour l'annonce, dépôts auprès de la banque-mère

1. Les garanties (nantissements, cautionnements, garanties, etc.) pour des dettes de tiers constituent des engagements indépendants (cons. 2b). Il y a une exception à ce principe dans le cas des avances sur titres (cons. 2c).

2. Des placements auprès de la banque-mère ne constituent pas une raison spéciale d'autoriser, d'une manière générale, des dépassements de plafonds jusqu'à un pourcentage déterminé (cons. 3).

Sachverhalt:

Die Bank X meldete der EBK, dass die konsolidierten Verpflichtungen der Bankgruppe, der sie selber angehört, ihr gegenüber 100% ihrer eigenen Mittel kurzfristig überstiegen hätten. Sie stellte – unterstützt durch ihre bankengesetzliche Revisionsstelle – das Gesuch, es sei ihr für die Engagements der Gruppe generell ein Plafond von 300% ihrer eigenen Mittel einzuräumen. Eventuell seien die als Deckung für Ausleihungen an Dritte verpfändeten Treuhandanlagen nicht als Verpflichtungen des Schuldners dieser Anlagen im Sinne von Art. 21 BankV zu zählen.

Die EBK wies das Gesuch mit nachfolgender Begründung ab:

Aus den Erwägungen:

1.– ...

2.– Für kurzfristige Anlagen bei einer Bank verlangt Art. 21 Abs. 1 Bst. b BankV eine Meldung an die EBK, wenn sie 100% der eigenen Mittel der anlegenden Bank übersteigen. Die Bank X bringt vor, mit ihren direkten Anlagen ohne weiteres diese gesetzliche Limite beachten zu können. Überschritten werde diese nur, wenn auch die Treuhandanlagen, die sie für ihre Kunden treuhänderisch bei der Bank-

gruppe, der sie selber angehört, angelegt hat, zu den direkten Verpflichtungen der Gruppe ihr gegenüber gerechnet werden, soweit sie ihr als Deckung für Kredite an die Treugeber verpfändet sind. Nach Ansicht der Bank sollten aber verpfändete Treuhandanlagen der direkten Kreditgewährung im Hinblick auf die Risikoverteilungsvorschriften prinzipiell nicht gleichgestellt werden. Die Bank macht mit anderen Worten sinngemäss geltend, dass die verpfändeten Treuhandgelder keine Verpflichtungen im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BankV bilden, was im folgenden zu untersuchen ist.

a) In Art. 4bis BankG ist neben den Beteiligungen einer Bank nur von den *Ausleihungen* die Rede. Der Bundesrat als Verordnungsgeber hat darunter aber ausdrücklich nicht nur eigentliche Kredite verstanden, sondern statt dessen in Art. 21 Abs. 1 BankV verlangt, dass die «gesamten *Verpflichtungen* eines Kunden» gegenüber der Bank sich in gewissen Grenzen halten. Er wollte damit zum Ausdruck bringen, dass nicht nur aus einer direkten Krediterteilung gefährliche Grossrisiken entstehen können (vgl. Art. 21 Abs. 4 BankV, Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 8 zu Art. 4bis BankG).

b) Es ist offensichtlich, dass auch dann ein gefährliches Klumpenrisiko entstehen kann, wenn eine ganze Reihe Kredite alle durch die gleiche Deckung gesichert sind. Diese Gefahr ist um so grösser, als bei gedeckten Krediten die Versuchung besteht, im Vertrauen auf die Deckung die Frage zu vernachlässigen, ob der Hauptschuldner auch blankokreditwürdig wäre. Es ist deshalb unumgänglich, dass die Banken auch auf eine angemessene Streuung ihrer Deckungen achten. Sie haben grundsätzlich die Verpflichtungen z.B. eines Bürgen, Garanten oder – wie hier – eines Schuldners von ihnen sicherungshalber abgetretenen Forderungen aufzurechnen und zu ihren direkten Forderungen diesen gegenüber zu zählen. Übersteigen die derart berechneten Verpflichtungen die gemäss Art. 21 BankV auf die jeweiligen Schuldner anwendbaren Plafonds, so ist der EBK die vorgeschriebene Meldung zu erstatten.

c) Der Grundsatz, wonach auch die Deckung von Krediten bei der Ermittlung der Verpflichtungen gemäss Art. 21 BankV einzubeziehen ist, kann jedoch nicht ohne Ausnahme bleiben. Er hätte sonst nämlich zur Folge, dass beim Lombardgeschäft alle gleichen Titel der

verschiedenen Depots dauernd zusammengezählt und zu allfällig bestehenden Krediten gegenüber dem Emittenten dieser Titel gerechnet werden müssten. Dies ginge zweifellos zu weit und wäre auch hinsichtlich der zu vermeidenden Risikoballung nicht zu rechtfertigen. Denn anders als im vorliegenden Fall, wo die Kredite ausschliesslich durch verpfändete Treuhandanlagen bei einem *einzig* Schuldner gedeckt sind, besteht im Lombardgeschäft üblicherweise eine breite Streuung innerhalb der einzelnen, verpfändeten Depots. Die obenbeschriebene Regel findet deshalb auf das Lombardgeschäft keine Anwendung. Die Banken und Revisionsstellen haben statt dessen durch Stichproben darauf zu achten, dass nicht bei zahlreichen Depots eine Ballung der gleichen Deckung besteht, wobei bei unkuranten Titeln besondere Vorsicht am Platze ist.

d) ...

e) Die Bank schlägt vor, verpfändete Treuhandanlagen sollten in bezug auf die Risikoverteilung einem direkten Kredit nur gleichgestellt werden, sofern sie der Sicherstellung von Plafondüberschreitungen eines Kunden dienen. Die durch eine schlechte Streuung der Deckungen entstehenden Risiken verwirklichen sich zwar tatsächlich erst in zweiter Linie, nämlich wenn die Hauptschuldner ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen können. Da durch verpfändete Treuhandanlagen gedeckte Kredite aber erfahrungsgemäss einzig gestützt auf diese Deckung gewährt werden, ohne dass die Bonität des Kreditnehmers weiter geprüft wird, sind die verpfändeten Treuhandanlagen in vollem Umfang als Verpflichtungen ihres Schuldners, d.h. hier der Gruppe, zu betrachten. Diese strenge Betrachtungsweise rechtfertigt sich insbesondere auch, weil es sich hier um Organgeschäfte handelt, bei denen eine besondere Vorsicht am Platze ist. Es kann deshalb offenbleiben, ob nicht in anderen, ähnlichen Fällen Plafondüberschreitungen in gewissem Umfang zugelassen werden könnten, sofern die Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners ohne Berücksichtigung der Deckung nachgewiesen ist.

3.– Die Bank bringt weiter vor, Risikoüberlegungen geböten geradezu eine Plazierung der Treuhandgelder bei der Gruppe, weshalb sie auch von ihren Kunden gewünscht würde. Es wäre gerade aus Gläubigerschutzüberlegungen schwer verständlich, wenn dem Treuhandkunden ein aus ihrer Sicht weniger gutes Kreditrisiko empfohlen werden müsste:

Es ist verständlich, dass die Bank als Tochtergesellschaft eine Anlage bei ihrer Mutter oder andern Konzerngesellschaften als mit den geringsten Risiken behaftet ansieht.

Die Bonität allein vermag aber ein Überschreiten der in der BankV festgelegten Plafonds nicht zu rechtfertigen. Der Verordnungsgeber hat die Unterschiede in der Bonität der verschiedenen Schuldner bereits durch die Abstufung der Plafonds berücksichtigt. Er hat damit zum Ausdruck gebracht, dass auch gute Anlagen gestreut werden müssen. Denn die Situation kann ändern und ein einst guter Schuldner in Schwierigkeiten geraten. Tritt dieser Fall ein, so wird die Position nicht mehr abgebaut werden können. Aus diesem Grund vermag auch der an sich nicht zu bestreitende Einwand nicht durchzudringen, dass das Gebot der Risikostreuung zur Folge haben könne, dass die Anlagen einer Bank möglicherweise bei mehreren weniger guten Schuldnern, statt alle bei einem ausgezeichneten getätigt werden müssen. Der Verordnungsgeber hat die daraus möglicherweise entstehenden Risiken als weniger schwerwiegend betrachtet als die Gefahren, die aus einer übermässigen Konzentration der Mittel der Bank bei einem Schuldner erwachsen können. Würde allein die besondere Bonität eines Schuldners als Grund für eine Plafondüberschreitung zugelassen, so könnte daraus der Umkehrschluss gezogen werden, dass eine Bank einer etwas unsicheren Bonität durch die Einhaltung der gesetzlichen Plafonds Rechnung tragen könnte. Angesichts der Höhe dieser Plafonds kann davon jedoch keine Rede sein. Schliesslich drängt sich auch im Interesse einer rechtsgleichen Behandlung aller Banken eine grosse Zurückhaltung bei der Berücksichtigung der Bonität eines Grossschuldners auf (BGE 99 Ib 413).

(Verfügung vom 26. Februar 1985)