



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

Bulletin

EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB
EBK CFB

Heft / Fascicule 2

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

Abkürzungen / Abréviations

4 / 5

Verfügungen der Eidg. Bankenkommission /
Décisions de la Commission fédérale des banques

7

Gesetzesregister / Répertoire légal

37

Abkürzungsverzeichnis

BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SK 952.02)
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
ROG-EBK	Reglement über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 4. Dezember 1975 (SR 952.721)
SekrEBK	Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
VAB	Verordnung der EBK über die unselbständigen Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz vom 14. September 1973 (SR 952.111)
VNB	Verordnung des Bundesgerichtes betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 (SR 952.831)
VWG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)

Weitere Abkürzungen vgl. Abkürzungsverzeichnis herausgegeben von der Bundeskanzlei in Zusammenarbeit mit dem Bundesgericht und der Staatsschreiberkonferenz, 1976.

Liste des abréviations

CFB	Commission fédérale des banques
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934/11 mars 1971 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LPA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
OB	Ordonnance du 17 mai 1972 d'exécution de la Loi sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02)
OBE	Ordonnance du 14 septembre 1973 concernant les établissements en Suisse qui dépendent de banques étrangères (RS 952.111)
OPC	Ordonnance du Tribunal fédéral concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d'épargne du 11.4.1935 (RS 952.831)
ROCFB	Règlement concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques du 4 décembre 1975 (RS 952.721)
RS	Recueil systématique
Secr. CFB	Secrétariat de la Commission fédérale des banques

Verfügungen der EBK / Décisions de la CFB

Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG. Zirkulationsbeschlüsse des Verwaltungsrates

Zirkulationsbeschlüsse des Verwaltungsrates und des Verwaltungsratsausschusses bedürfen der Einstimmigkeit.

Art. 3 al. 2 lettre a LB. Décisions du conseil d'administration par voie de circulation

Les décisions du conseil d'administration et du comité du conseil d'administration nécessitent l'unanimité.

Sachverhalt:

Die Bank A reichte den Entwurf ihres neuen Geschäftsreglementes der EBK zur Genehmigung ein. Im Abschnitt über den Verwaltungsratsausschuss war folgende Bestimmung enthalten:

«Beschlüsse auf dem Zirkulationsweg sowie per Telefon und Telex sind zulässig, müssen jedoch an der folgenden Sitzung protokolliert werden.»

Die Beschlussfassung des Ausschusses war allgemein wie folgt geregelt:

«Zur gültigen Beschlussfassung des Ausschusses ist die Zustimmung der Mehrheit sämtlicher Mitglieder erforderlich.»

Die EBK verpflichtete die Bank A, in ihrem Geschäftsreglement vorzusehen, dass Zirkulationsbeschlüsse von Verwaltungsrat und Verwaltungsratsausschuss nur mit Zustimmung sämtlicher Mitglieder gültig zustandekommen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Bank A ist eine Aktiengesellschaft, vorbehältlich abweichender Bestimmungen des Bankengesetzes sind mithin die Art. 620 ff. OR massgebend. Nach Art. 716 OR können Beschlüsse des Verwaltungsrates auf dem Zirkulationsweg gefasst werden, sofern nicht ein Mitglied die mündliche Beratung verlangt. Das Bankengesetz enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über Zirkulationsbeschlüsse; es stellt sich mithin die Frage, ob die Bankenkommission, welcher die Statuten und Reglemente zur Genehmigung zu unterbreiten sind, verlangen kann, dass Banken von einer Möglichkeit, welche das Obligationenrecht Aktiengesellschaften allgemein einräumt, keinen oder bloss beschränkten Gebrauch machen.

2. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG verlangt, dass die Bank in Statuten und Reglementen die ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht. Wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordern, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden. Der Verwaltungsrat ist auf die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle beschränkt, abweichend vom Obligationenrecht darf keines seiner Mitglieder der Geschäftsführung angehören (Art. 8 Abs. 2 BankV). Sache des Verwaltungsrates ist demnach das Festlegen von Unternehmungszielen, die Beschlussfassung über Geschäfte von grundsätzlicher Bedeutung, das Erarbeiten von Richtlinien sowie die Aufsicht und Kontrolle der Geschäftsführung. Er trifft also Entscheide, bei denen dem Element der Wertung und Gestaltung gegenüber dem technischen, exekutiven Aspekt ein starkes Übergewicht zukommt.

3. Die Bankenkommission hat Statuten und Reglemente daraufhin zu prüfen, ob die der Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorgesehen und ob der Verwaltungsrat auf die vom allgemeinen Recht abweichende Funktion hin so organisiert ist, dass die sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist. Das erheischt eine Beschränkung der Zirkulationsbeschlüsse.

In der Tat erlaubt der Zirkulationsbeschluss nur die Zustimmung oder Ablehnung zu einem Antrag, der in der Regel von der Geschäftsführung gestellt wird, aber keine Beratung und keine Änderung des Beschlusses. Die Oberleitung und ganz besonders die Aufsicht erfor-

den indessen Beratung und Diskussion und können nicht bloss durch Zustimmung oder Ablehnung von Anträgen der zu leitenden und zu beaufsichtigenden Direktion erfolgen. Wohl gibt Art. 716 OR jedem Mitglied des Verwaltungsrates das Recht, mündliche Beratung zu verlangen. Diese Bestimmung gewährleistet aber noch nicht, dass stets eine mündliche Beratung erfolgt, wenn ein Mitglied einem Antrag nicht zustimmt, kann sich dieses doch scheuen, mündliche Beratung zu beantragen und damit Schwierigkeiten zu bereiten. Es ist daher ohne weiteres möglich, dass ein Mehrheitsbeschluss nur zustande kommt, weil die zustimmenden Mitglieder gar nicht wissen, dass und warum ein Mitglied abgelehnt hat. Häufig decken aber Bedenken und Einwände eines Einzelnen die Schwächen eines Antrages auf und führt eine Diskussion auch die ursprünglich Zustimmenden zur Überprüfung ihrer Auffassung. Gerade in den Bereichen der Oberleitung und Aufsicht kann es entscheidend sein, dass Beschlüsse nur in Kenntnis und Abwägung allfälliger Gegenargumente getroffen werden. Zirkulationsbeschlüsse dürfen daher nur bei Einstimmigkeit vorgesehen werden.

Diese Erschwerung ist bei Banken aber auch tragbar und das Bedürfnis nach einer erleichterten Form der Beschlussfassung bedeutend geringer, weil die direkte Geschäftsführung nicht Sache des Verwaltungsrates ist, die zeitlich dringlichen Routinegeschäfte, für welche Zirkulationsbeschlüsse das geeignete Verfahren darstellen (vgl. Bürgi, Zürcher Kommentar, N. 1, 6 und besonders 13 und 18 zu Art. 716 OR; Wydler Theodor, Protokollführung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1956, S. 89) nicht in seine Kompetenz fallen sollen.

4. ...

5. ...

(Verfügung vom 17. März 1978)

Art. 3bis BankG. Errichtung einer Zweigniederlassung einer ausländisch beherrschten Bank

Für die Übernahme einer Zweigniederlassung der Tochtergesellschaft durch die ausländisch beherrschte Muttergesellschaft müssen die zusätzlichen Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 3bis

Abs. 1 erfüllt sein. Ein wohlerworbenes Recht zur Übernahme besteht nur dann, wenn die Zweigniederlassung der Tochter wirtschaftlich einer Zweigniederlassung der Muttergesellschaft gleichkommt.

Art. 3bis LB. Fondation d'une succursale d'une banque suisse en mains étrangères

La reprise par la société mère, de droit suisse en mains étrangères, d'une succursale d'une société fille, implique que les conditions de l'autorisation complémentaire, selon l'article 3bis alinéa 1, soient remplies. Un droit acquis en regard de la réciprocité n'existe que si la succursale de la société fille est économiquement une succursale de la société mère.

Sachverhalt:

Die nach schweizerischem Recht organisierte, italienisch beherrschte Bank A hat in der Schweiz mehrere Zweigniederlassungen, so unter anderem in X. Sie war ursprünglich Alleinaktionärin der Bank B mit Hauptsitz in X und Zweigniederlassungen in Y und Z. Nachdem sich eine anfänglich geplante Fusion der Banken A und B als nicht gangbar erwies, verkaufte die Bank A die Mehrheit ihrer Aktien der Bank B, wollte jedoch Aktiven und Passiven der Zweigniederlassung Z der Bank B übernehmen und die bisherige Zweigniederlassung Z der Bank B als ihre eigene Zweigniederlassung weiterführen. Die Bankenkommission weist das Gesuch um Errichtung einer Zweigniederlassung der Bank A in Z ab.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 3bis Abs. 1 BankG ist die Errichtung einer Zweigniederlassung einer nach schweizerischem Recht organisierten, jedoch ausländisch beherrschten Bank bewilligungspflichtig. Die Übernahme der bisherigen Filiale Z der Bank B durch die Bank A und die Eintragung als Zweigniederlassung Z der Bank A im Handelsregister stellt rechtlich die Errichtung einer neuen Zweigniederlassung der Bank A dar und ist wegen der ausländischen Beherrschung der Bank A bewilligungspflichtig. Die Bewilligung ist nach

Art. 3bis Abs. 1 Bst. a BankG unter anderem von der Gewährleistung des Gegenrechts durch die Staaten, in denen die ausländischen Gründer oder die sie beherrschenden natürlichen oder juristischen Personen ihren Wohnsitz oder Sitz haben, abhängig zu machen. Die Bank A wird von italienischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Italien beherrscht und die Bewilligung zur Errichtung einer neuen Zweigniederlassung kann ihr deshalb nur erteilt werden, wenn Italien das Gegenrecht im Sinne von Art. 5 BankV gewährleistet oder wenn das Gegenrechtserfordernis wegen eines wohlerworbenen Rechtes entfällt. Wie die Bankenkommission bereits mehrmals festgestellt hat, wird das Gegenrecht durch Italien nicht gewährleistet, was die Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren denn auch nicht bestritten hat. Die Bewilligungserteilung an die Gesuchstellerin hängt somit in erster Linie davon ab, ob in ihrem Falle das Gegenrechtserfordernis wegen eines wohlerworbenen Rechtes auf den Betrieb einer Zweigniederlassung in Z entfällt. ...

2. Da die Bank A selbst in Z bis jetzt keine eigene Zweigniederlassung hatte, könnte sie ein wohlerworbenes Recht für sich höchstens dann geltend machen, wenn die Filiale der Bank B in Z wirtschaftlich einer eigenen Filiale der Bank A gleichzusetzen wäre. Dies ist jedoch zu verneinen. Die bisherige Kundschaft der Filiale Z unterhielt ihre Geschäftsbeziehungen mit der Bank B als einer von der Bank A gegen aussen selbständig erscheinenden Bank, welche auf die Vermögensverwaltung spezialisiert war. Ob diese Kundschaft überhaupt realisierte, dass die Bank B eine Tochtergesellschaft der Bank A war, erscheint fraglich, zumal die Bank A am Orte des Hauptsitzes der Bank B mit einer eigenen Filiale vertreten ist. Die Gesuchstellerin weist denn auch selbst darauf hin, dass das Nebeneinander ihrer Filiale in X und des unabhängig operierenden Hauptsitzes der Bank B zu einer unbefriedigenden Konkurrenzierung geführt habe, weshalb sie sich denn auch zum Verkauf der Bank B entschlossen habe. Aber auch die Herkunftsländer der Kunden der Filiale Z berechtigen zur Annahme, dass die Kundschaft nicht in einer engen Beziehung zur Muttergesellschaft der Bank B stand. Die Gesuchstellerin erwähnt selbst, dass der Anteil der italienischen Kundschaft in Z bescheiden war, weil die Bank A ihre italienischen Kunden nicht der Filiale Z, sondern ihren eigenen Instituten zugewiesen habe, obwohl diese Kunden grösstenteils den Platz Z vor-

ziehen würden. Die Bank B war aber auch organisatorisch von der Bank A verselbständigt und letztere gewährte nach ihren eigenen Angaben der Tochtergesellschaft geschäftspolitische Unabhängigkeit. Weiter kommt hinzu, dass die Gesuchstellerin bei der Übernahme der Filiale Z andere Bankräumlichkeiten beziehen und einen neuen Filialdirektor einstellen müsste, so dass zusammen mit der unvermeidlichen Firmenänderung der Eindruck eines vollständigen Neubeginns entstünde. Ein wohlerworbenes Recht kann auch nicht etwa damit begründet werden, die Gesuchstellerin hätte das angestrebte Ziel der Übernahme der Filiale Z und des Verkaufs des Hauptsitzes X ja auch über eine Fusion mit der Bank B erreichen können. Selbst wenn die Bankenkommission die Bewilligung für die Fusion erteilt hätte, so wäre jedenfalls der Verkauf der auf den Hauptsitz X reduzierten Bank B unmöglich gewesen; der Gesuchstellerin wäre wohl nichts anderes mehr übrig geblieben, als den nunmehr zu ihrer eigenen Filiale gewordenen Sitz X zu schliessen. Das Gesuch um Bewilligung zur Errichtung einer Zweigniederlassung in Z muss deshalb mangels eines wohlerworbenen Rechtes der Gesuchstellerin und wegen Nichtgewährleistung des Gegenrechts durch Italien abgewiesen werden.

Art. 3bis al. 3, art. 3ter et art. 23quinquies LB. Retrait de l'autorisation en cas de «domination étrangère d'autre manière»

Le retrait de l'autorisation d'exercer une activité bancaire est exigé pour une banque même s'il n'y a pas de participation étrangère directe ou indirecte s'élevant à plus de la moitié du capital social ou des voix, mais qu'on peut déduire des faits qu'il doit y avoir domination d'autre manière par des étrangers.

Art. 3bis Abs. 3, Art. 3ter und Art. 23quinquies BankG. Entzug der Bewilligung im Falle «ausländischer Beherrschung in anderer Weise».

Einer Bank ist die Bewilligung zu entziehen, wenn angenommen werden muss, sie werde in anderer Weise als durch die direkte oder indirekte Beteiligung an mehr als der Hälfte des Gesellschaftskapitals oder der Stimmen ausländisch beherrscht.

Extraits des faits:

L'Overseas Development Bank à Genève (ci-après ODB) appartenait autrefois au groupe IOS. Ayant passé dans diverses mains, elle a été acquise par la Banque Schneider & Münzing KG, Munich, et celle-ci a demandé une autorisation complémentaire à la CFB selon l'article 3ter LB. L'autorisation a été refusée le 29 janvier 1976 car la condition de l'article 3 alinéa 2 lettre c LB n'était pas remplie. Le 5 mai 1976, Schneider & Münzing KG a vendu les actions d'ODB à Syndikats AG, Zurich, et le capital social de la banque de 5 millions de francs fut porté à 10 millions de francs.

Syndikats AG a indiqué au Secr. CFB que le capital était en mains de quatre citoyens suisses, dont M. W.K. Rey et que ceux-ci le détenaient pour leur propre compte.

Au cours de l'année 1976, Syndikats AG a acquis les actions de C.F. Bally AG pour un montant lui permettant d'exercer une influence décisive sur cette société.

Le 14 décembre 1976, le Secr. CFB a demandé à Syndikats AG de lui indiquer la façon dont avait été financé l'achat simultané des actions de ODB et de C.F. Bally AG, représentant un investissement de plus de 50 millions de francs.

La procédure a montré que des fonds d'environ 19 millions de francs avaient été mis à disposition par M. W.K. Rey.

M. Rey fut prié d'indiquer comment il avait acquis ses fonds afin de déterminer s'il agissait pour son propre compte. Il présenta un état financier mais refusa de montrer la façon dont il avait acquis sa fortune. Il avançait qu'il était lié par des secrets d'affaires ne lui permettant pas d'accéder à la demande de la CFB. Son avocat précisa qu'il était en possession des preuves nécessaires pour attester que M. Rey agissait pour son compte et qu'il était prêt à faire une déclaration dans ce sens à la CFB.

La CFB a estimé que, par son refus d'indiquer l'origine de ses fonds, M. W.K. Rey voulait dissimuler une domination étrangère de Syndikats AG et donc de la banque. Elle a retiré l'autorisation d'exercer une activité bancaire à ODB.

Extraits des considérants

1.a. Selon l'article 3ter de la LB, une banque organisée selon le droit suisse mais qui est passée en mains étrangères doit solliciter une autorisation complémentaire prévue à l'article 3bis (alinéa 1); la banque en mains étrangères est tenue de solliciter une nouvelle autorisation complémentaire si une modification intervient dans l'état des principaux actionnaires ou d'autres personnes exerçant également une influence prépondérante dans l'établissement (alinéa 2); les membres de l'administration et de la direction de la banque sont tenus de communiquer à la CFB tout fait permettant de conclure à une domination étrangère sur l'établissement ou à une modification dans l'état des personnes exerçant cette domination. L'obligation de s'annoncer incombe également à celui qui exerce la domination étrangère (alinéa 3).

L'article 3bis alinéa 3 LB précise que doit être au bénéfice d'une autorisation complémentaire la banque organisée selon le droit suisse dans laquelle la participation étrangère directe ou indirecte s'élève à plus de la moitié du capital social ou des voix ou qui est «dominée d'autre manière par des étrangers». Par domination d'autre manière, il faut entendre tous les cas de domination possibles, à l'exception de la participation majoritaire (cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision de la LB du 13 mai 1970, p. 25). A dessein, le législateur a laissé à la CFB le soin de déterminer s'il y a domination étrangère d'autre manière et a renoncé à une énumération. L'expérience des affaires montre que la participation au capital social n'est pas le seul moyen de s'assurer le contrôle d'une société; il en est d'autres dont l'efficacité est assez généralement reconnue sur le plan économique, sinon juridique (ATF 101 Ib 391).

b. La LB et l'OB ne contiennent aucune disposition prescrivant la manière dont la CFB doit résoudre la question d'une domination étrangère dans un cas d'espèce. Comme «autorité», la CFB agit dans le cadre de ses compétences suivant les prescriptions de la Loi fédérale de procédure administrative (LPA). Elle doit constater les faits d'office et procéder à l'administration des preuves (art. 12 LFP). Les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits (art. 13 LPA). L'article 3ter de la LB impose à celles-ci un devoir de renseigner.

La jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de la législation sur l'acquisition des immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger a précisé quels étaient les devoirs de l'administration pour éclaircir la question d'une domination étrangère éventuelle. Les *principes de procédure* développés par la Haute Cour sont applicables en l'espèce. Les autorités doivent faire en sorte de pouvoir répondre à la question de la domination étrangère même si cela implique de grands efforts et conduit à la constatation de faits qui ne sont pas toujours absolument certains; elles ne peuvent se contenter d'enregistrer des déclarations des dirigeants d'une société (ATF 101 Ib 396, Ib 358 et ss). Il n'est cependant pas dit jusqu'où l'autorité doit aller dans l'éclaircissement des faits et dans quelle mesure elle peut se baser sur les déclarations des parties (ATF 100 Ib 360). Cette jurisprudence a confirmé que l'administration doit se garder de tomber dans le pédantisme et le superficiel. Mais à un certain stade, elle doit décider si elle se base sur les indications des intéressés ou si elle les rejette.

En l'espèce, l'achat simultané par Syndikats AG, c'est-à-dire indirectement par M. W.K. Rey, d'une banque et d'une grande industrie, correspondant à un investissement total de plus de 50 millions, a éveillé les doutes sur la domination suisse affirmée par la banque, banque précédemment en mains étrangères. Après enquête, il a été établi que la participation au capital social de la banque était formellement en mains d'actionnaires suisses. Les doutes d'une «domination étrangère d'autre manière» n'étaient pas écartés. M. W.K. Rey a investi personnellement des fonds d'environ 19 millions lui donnant le contrôle de Syndikats AG et, partant, indirectement de C.F. Bally AG et d'ODB. En regard de son passé et de sa carrière, un apport étranger pouvait apparaître comme vraisemblable. Il a été demandé à M. Rey la preuve qu'il avait investi ses propres fonds. Son représentant légal a fait valoir qu'il appartenait à l'autorité de prouver la domination étrangère. Néanmoins, M. W.K. Rey a fait une déclaration écrite sur sa situation de fortune et sur la formation de son patrimoine. Il s'est cependant refusé à apporter des preuves matérielles, telles que des contrats, des quittances et d'autres pièces attestant la façon dont il avait gagné ses moyens financiers. Il a invoqué les secrets d'affaires le liant à ses anciens partenaires en affaires.

c. Sans doute, comme dit plus haut, l'autorité doit examiner les faits d'office. Mais on ne saurait exiger d'elle qu'elle apporte la preuve stricte d'une domination étrangère. L'exiger ouvrirait toute grande la porte aux possibilités d'éluder les dispositions légales (ATF 101 Ib 392). Au surplus, de cette manière, on renverserait les règles du fardeau de la preuve, au sens des «Beweislastregeln», soit les conséquences de la preuve non apportée.

Lorsque, comme en l'espèce, M. W.K. Rey, actionnaire majoritaire d'ODB, membre de son conseil d'administration, cherche en vain à se dérober, à ne pas vouloir apporter des preuves par ailleurs simples, à invoquer des secrets d'affaires à une autorité tenue par le secret de fonction, tout en prétendant qu'il les a révélées à un avocat, il y a lieu de considérer qu'on tente de cacher une domination étrangère.

L'autorité a accordé les délais nécessaires aux parties pour s'exprimer. La demande d'un délai supplémentaire ne peut être acceptée. L'autorité ne saurait permettre à la banque de gagner du temps. Il n'est pas besoin de longs mois pour pouvoir démontrer la façon dont un patrimoine est acquis, surtout s'il l'a été en très peu de temps.

2. Les dispositions des articles 3bis et 3ter de la LB sont d'une grande importance. Il ne s'agit pas de règles d'ordre de rang subordonné mais de dispositions matérielles. De leur stricte observance dépend l'autorisation d'exercer une activité bancaire en Suisse. Leur violation est grave au sens de l'article 23quinquies de la LB (cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 17 mai 1971 dans la cause Gestio Verwaltungsgesellschaft und Privatbank).

Selon l'article 23quinquies de la LB, la Commission retire à la banque qui ne remplit plus les conditions requises ou qui viole gravement ses obligations légales, l'autorisation d'exercer son activité. Cette disposition envisage deux hypothèses qui, si elles sont réalisées, obligent l'autorité de surveillance à retirer l'acte administratif sans lequel la banque ne peut plus exercer son activité. Il suffit qu'une des hypothèses soit remplie pour que la Commission doive procéder à ce retrait (ATF 98 Ib 272).

En l'espèce, il y a lieu de considérer que les parties n'ont pas observé les dispositions de l'article 3ter de la LB. Les conditions de

l'autorisation contenues à l'article 3bis ne sont pas remplies et il y a eu violation grave des obligations légales. Le retrait de l'autorisation s'impose.

3. La manière dont M. W.K. Rey aurait acquis à si bref délai la fortune dont il se prévaut intéresse la CFB à un autre titre. Aux termes de l'article 3 alinéa 2 lettre c LB, les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque doivent jouir d'une bonne réputation et présenter toutes garanties d'une activité irréprochable. Le refus de M. W.K. Rey d'indiquer comment il aurait gagné en trois ans plus de vingt millions de francs laisse croire à des agissements qui peuvent être contraires à la loi ou aux mœurs. On peut ainsi douter qu'il jouisse encore d'une bonne réputation et présente toutes les garanties d'une activité irréprochable. Une autre des conditions de l'autorisation pour exercer des activités bancaires ferait ainsi défaut.

(Décision du 27 mai 1977)

Remarque de la rédaction: La décision a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral et celui-ci l'a confirmée par arrêt du 17 février 1978.

Art. 4 Abs. 3 BankG. Abweichungen von den Eigenmittelvorschriften

Eine befristete Abweichung von den Eigenmittelvorschriften der BankV kann im Umfang eines Verlustes gewährt werden, wenn an Stelle der verlorenen Eigenmittel ein Darlehen mit Rangrücktritt, das bestimmte Voraussetzungen erfüllt, gewährt worden ist.

Art. 4 al. 3 LB. Assouplissement des prescriptions sur les fonds propres

Un assouplissement de durée limitée des prescriptions de l'OB en matière de fonds propres est admis pour un montant égal à une perte si, à la place des fonds propres entamés, la banque dispose d'un prêt subordonné qui remplit certaines conditions.

Sachverhalt:

Die Handwerkerbank Basel entdeckte im Jahre 1977, dass die Leasing-Gesellschaft LEAVAG, deren gesamte Aktien in ihrem Eigentum stehen, einen Verlust zwischen 6 und 12 Mio. Franken verzeichnete. Als Folge davon entstand ein entsprechender Abschreibungsbedarf bei der Handwerkerbank. Zu dessen Abdeckung mussten offen ausgewiesene Reserven herangezogen werden, was bewirkte, dass die eigenen Mittel nicht mehr den von der BankV geforderten Stand aufwiesen. In dieser Situation war der Schweizerische Bankverein bereit, der Handwerkerbank auf zehn Jahre ein Darlehen von 15 Mio. Franken zu gewähren. Infolge des vereinbarten Rangrücktritts hinter die übrigen Gläubiger der Handwerkerbank hat dieses Darlehen den Charakter von Haftungskapital.

Die EBK erteilte der Handwerkerbank die befristete Ausnahmegewilligung im Umfang des sich aus der Beteiligung LEAVAG ergebenden Verlustes von dem in der BankV vorgeschriebenen Eigenmittelbestand abzuweichen. Ausserdem machte sie der Handwerkerbank die Auflage, für die ganze oder teilweise Rückzahlung des Darlehens oder jede andere einverständliche Vertragsänderung die Zustimmung der EBK einzuholen.

Aus den Erwägungen:

1. Was als eigene Mittel angerechnet wird, legt Art. 11 BankV abschliessend fest. Die Anrechnung eines Bankdarlehens mit Rangrücktrittsvereinbarung als eigene Mittel wird von dieser Vorschrift nicht vorgesehen. Dem diesbezüglichen Gesuch der Handwerkerbank kann nicht entsprochen werden.

2. Nach Art. 4 Abs. 3 BankG ist die Eidg. Bankenkommission befugt, in besonderen Fällen Erleichterungen von den Eigenmittelvorschriften der BankV zuzulassen. Die Besonderheit des vorliegenden Falles kann aus zwei Gründen bejaht werden: Der Verlust der Tochtergesellschaft LEAVAG ist für die Handwerkerbank überraschend eingetreten. Er ist zum grossen Teil auf konjunkturelle Ursachen zurückzuführen. Dabei wird allerdings noch abzuklären sein, ob die Handwerkerbank dabei nicht ein eigenes Verschulden wegen

mangelnder Überwachung ihrer Tochtergesellschaft trifft. Zum anderen ist in Rechnung zu stellen, dass die Handwerkerbank sich kurzfristig darum bemüht hat, zusätzliches Haftungskapital bereitzustellen, was ihr auch gelungen ist. Das Darlehen des Bankvereins mit Rangrücktrittserklärung zugunsten sämtlicher übriger Verpflichtungen der Handwerkerbank ist nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten beurteilt geeignet, die Gläubiger der Handwerkerbank in dem von der Bankenverordnung durch die Eigenmittelvorschriften vorgesehenen Umfang zu schützen.

3. Da die Aktien der Handwerkerbank an der Börse bereits etwas angeschlagen sind, dies aus Gründen einer vorübergehend strukturell ungünstigen Ertragslage, fällt der Weg über eine Kapitalerhöhung zur Erfüllung der Eigenmittelvorschriften im heutigen Zeitpunkt als ungünstig ausser Betracht.

4. Im Detail bestimmt der Darlehensvertrag ausserdem folgendes:

- Die Darlehenshingabe erfolge noch im Jahre 1977.
- Das Darlehen habe eine Laufzeit von zehn Jahren.
- Jede Verrechnung des Darlehens mit Gegenforderungen sei ausgeschlossen.
- Das Darlehen könne seitens der Handwerkerbank jederzeit ganz oder teilweise zurückbezahlt werden.

Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, der Handwerkerbank eine befristete Erleichterung bezüglich der eigenen Mittel unter Ansetzung bestimmter Auflagen zuzugestehen, wenn zur Sicherung des subordinated loan als Haftungssubstrat die vorzeitige teilweise oder ganze Rückzahlung des Darlehens durch die Handwerkerbank sowie deren Einverständnis zu jeder anderen Vertragsänderung an die Zustimmung der Eidg. Bankenkommission gebunden werden.

Da sich die Besonderheit des Falles im Sinne von Art. 4 Abs. 3 BankG aus dem unerwarteten Auftreten der zu deckenden Verluste ergibt, kann auch der Fehlbestand der eigenen Mittel höchstens in der Höhe dieser Verluste unter Berücksichtigung des subordinated loan zugelassen werden.

Die Höhe des zur Deckung eines Unterbestandes an eigenen Mitteln nach Art. 13 BankV herangezogenen subordinated loan muss weiter in einem gewissen Verhältnis zum gesetzlich vorgeschriebe-

nen Bestand der eigenen Mittel stehen; er sollte in der Regel einen Prozentsatz von 25 Prozent nicht übersteigen. Der Maximalbetrag des Verlustes von ca. 12 Mio. entspricht im vorliegenden Fall einem Prozentsatz von 23 Prozent des erforderlichen Bestandes an eigenen Mitteln per Ende 1976.

5. In der zu veröffentlichenden Bilanz der Handwerkerbank ist der subordinated loan unter «Bankenkreditoren auf Zeit» einzustellen (2.2). Die Grundsätze der Bilanzklarheit und -wahrheit erfordern zusätzlich eine Fussnote zur betreffenden Position mit dem Wortlaut:

«davon mit Rangrücktritt: 15 Mio., Fälligkeit: 1987».

Anstatt der Fussnote kann eine Unterrubrik 2.2.2 nach BankV Anhang II, C, Absatz 1 geschaffen werden mit dem gleichen Wortlaut.

Die Funktion des von der Verwaltung der Generalversammlung vorzulegenden Geschäftsberichtes ist nach Art. 724 OR u. a., den Vermögensstand der Gesellschaft darzustellen. Er soll Erläuterungen geben zu den wichtigsten Bilanzposten, z. B. über Zusammensetzung und Herkunft wichtiger kurz- und langfristiger Kredite Aufschluss erteilen (Bürgi, Zürcher Kommentar, Note 16 zu Art. 724 OR). Die Handwerkerbank ist somit zu einer Erläuterung der Vereinbarung mit dem Schweizerischen Bankverein im Geschäftsbericht zu verpflichten.

6. ...

7. ...

(Verfügung vom 19. Januar 1978)

Art. 4bis et 4ter LB, art. 21 OB. Répartition des risques et crédits d'organes

Le principe de la répartition des risques s'applique aux dépôts fiduciaires lorsque ceux-ci servent à garantir des engagements d'un client, en l'espèce des engagements résultant d'opérations à terme sur devises d'un client proche de la banque.

Art. 4bis und 4ter BankG, Art. 21 BankV. Risikoverteilung und Organkredite

Der Risikoverteilungsgrundsatz ist auf Treuhandanlagen anwendbar, wenn diese als Sicherheit für Verpflichtungen eines Kunden – hier Verpflichtungen aus Devisentermingeschäften eines der Bank nahestehenden Kunden – dienen.

Extraits des faits:

La Banque X SA à Zurich a annoncé à la CFB un dépassement des taux de répartition des risques pour des engagements résultant d'opérations à terme sur devises d'un client proche des actionnaires de la banque, Y SA à Genève. La société mère étrangère du client et de la banque avait auparavant, par l'intermédiaire de la banque en Suisse, placé des fonds fiduciairement auprès d'autres banques, et souhaitait les mettre en garantie pour les engagements de S SA.

La CFB a accepté le dépassement pour les engagements garantis par les dépôts fiduciaires et exigé la réduction des autres engagements restants.

Extraits des considérants:

1. Les règles du principe bancaire de la répartition des risques, qui s'appliquent en l'espèce, sont contenues aux articles 4bis alinéas 1 et 2 LB et 21 alinéas 1 lettres b, c et d, 5 et 6.
2. La CFB a édicté, le 19.12.1974, la circulaire No 2 qui règle, au chiffre 3, l'obligation d'annonce, en vertu de l'article 21 OB, incombant aux banques pour les opérations en devises à terme qui ne seront pas dénouées à la fin de chaque mois. Dans un complément au chiffre 3 de ladite circulaire, du 2 juin 1976, elle a prévu que la banque doit incorporer, jusqu'à nouvel avis, dans le calcul du total des engagements, selon l'article 21 OB, une quote-part d'un cinquième des engagements de livraison d'un client ou d'une banque, soit en francs suisses, soit en monnaies étrangères; les montants libellés en monnaies étrangères étant convertis au cours du jour au comptant. Les avoirs de garantie existant chez la banque sur des

comptes bloqués peuvent être déduits des engagements de livraison à considérer.

La quote-part d'un cinquième des engagements de livraison de *banques* est assimilée, quelle que soit la durée des différentes positions, à des placements de fonds à court terme jusqu'à un an, pour lesquels le double du taux de 50% des fonds propres est déterminant (art. 21 al. 1 lettre b OB).

La partie de la quote-part d'un cinquième des engagements de livraison de *clients*, qui subsiste après déduction d'éventuels avoirs de garantie sur des comptes bloqués, est soumise au taux de 20% des fonds propres de la banque. La partie de la quote-part d'un cinquième des engagements de livraison de clients, qui est garantie d'une autre façon suivant les usances bancaires, est soumise au taux de 40% des fonds propres de la banque. La contre-prestation de la banque (c'est-à-dire son engagement de livraison) ne peut être comptée comme garantie.

3. Les dispositions légales précitées règlent le principe de la répartition des risques pour la banque. L'OB oblige la banque à annoncer à la CFB les engagements qui excèdent les taux fixés par rapport aux fonds propres. Elle n'interdit pas tout dépassement, mais laisse à la CFB le soin de déterminer si ces engagements doivent être réduits (ATF 99 Ib 410). En obligeant la banque à annoncer des engagements qui dépassent une certaine proportion des fonds propres, le législateur a estimé qu'il y avait dans ces cas un accroissement des risques au-delà du principe de la répartition. La CFB, conformément à une pratique constante, tolère un dépassement des taux si un motif spécial le justifie. Lorsque cette condition n'est pas remplie, les engagements doivent être réduits aux taux d'annonce de l'OB.

4. ...

5. ...

6. La banque est au bénéfice, pour la position X SA, d'un dépôt fiduciaire à terme nanti par le groupe auquel appartiennent la banque et Y SA. Les placements fiduciaires en garantie auprès de banques de première qualité peuvent être déduits des engagements des clients s'il s'agit de la même monnaie, si les échéances des place-

ments ne sont pas inférieures à celles des engagements et si ces placements sont nantis en bonne et due forme. La banque peut bénéficier de tels placements auprès d'autres banques si ceux-ci, comptés avec les autres engagements des mêmes banques, n'excèdent pas 100% de ses fonds propres, les filiales des banques auprès desquelles de tels placements ont été effectués forment avec la mère une seule entité, au sens de l'article 21 alinéa 5 OB.

7. La banque estime que la CFB devrait réduire la quote-part des engagements résultant d'opérations de devises à terme prise en considération pour l'application des dispositions concernant la répartition des risques. En adoptant le complément du 2 juin 1976 concernant les positions en monnaies étrangères, la CFB a tenu compte de la situation particulière des opérations à terme sur devises, puisque seulement un cinquième de ces engagements doit être considéré pour l'application du principe de la répartition des risques. Comme il n'est pas possible d'évaluer d'une manière précise les fluctuations de cours et les risques sur les marchés de devises, la quote-part des transactions à terme à considérer doit être fixée d'une manière prudente. Dans la pratique bancaire, une quote-part d'un cinquième est justifiée. On remarquera, au passage, que la CFB n'a pas, jusqu'à présent, fixé des plafonds pour éviter que les engagements de livraison du cocontractant de la banque résultant d'opérations de devises à terme ne soient concentrés sur un même jour. Ainsi, la CFB ne peut donc réduire cette quote-part d'un cinquième des engagements de livraison des clients. D'ailleurs, celle-ci se justifie d'autant plus si le client est lié au groupe des actionnaires de la banque comme dans le cas de Y SA.

8. A l'égard de Y SA, la banque ne peut invoquer comme circonstance particulière justifiant un dépassement des taux d'annonce fixés par l'article 21 OB, la domination de cette société par le groupe auquel appartiennent la banque et Y SA. Selon l'article 4ter LB, la banque ne peut accorder des crédits aux membres de ses organes, aux principaux actionnaires, ainsi qu'aux personnes et sociétés qui leur sont proches, qu'en vertu des principes généralement reconnus dans la branche. Y SA est une société proche de l'actionnaire principal de la banque et ainsi ne peut bénéficier des crédits de la banque qu'en vertu desdits principes.

9. La rentabilité de la banque ne peut être un argument justifiant un dépassement des taux d'annonce prescrits par l'article 21 OB. Une banque serait en situation d'irrégularité si, pour assurer sa rentabilité, elle devait s'écarter en permanence des dispositions légales sur les fonds propres, la liquidité ainsi que la répartition des risques. De plus, la rentabilité de la banque ne doit pas dépendre d'une manière prépondérante du volume d'affaires avec le groupe. La CFB ne pourrait laisser une banque agir comme «Konzernbank». La banque n'a pas cette qualité si elle respecte, dans ses affaires avec le groupe des actionnaires, les taux de répartition des risques évoqués ci-dessus.

10. Ainsi, la banque n'a avancé aucun motif suffisant pour que la CFB tolère un dépassement des taux prescrits par l'OB et, partant, il serait contraire à l'égalité de traitement entre les banques de ne pas exiger une réduction des engagements annoncés. Celle-ci doit cependant s'opérer conformément aux échéances contractuelles afin d'éviter des conséquences dommageables pour la banque.

(Décision du 22 avril 1977)

Art. 6 Abs. 2 BankG, Art. 665 Abs. 1 OR. Handelsrechtskonforme Abschreibung einer Liegenschaft

Eine Liegenschaft, deren Verkehrswert unter den Buchwert sinkt, darf höchstens zum Verkehrswert in die Jahresbilanz aufgenommen werden.

Art. 6 al. 2 LB, art. 665 al. 1 CO. Amortissement d'un immeuble conformément au droit commercial

Un immeuble dont la valeur vénale s'abaisse au-dessous de la valeur comptable ne peut figurer au bilan qu'au plus à la valeur vénale.

Sachverhalt:

Die Gestehungskosten für eine gemischte Überbauung auf einem der Bank X gehörenden Grundstück beliefen sich auf 4,5 Mio.

Franken. Die Position stand mit 4,4 Mio. Franken zu Buch. Die Verkehrswertschätzung ergab einen Wert von 2,5 Mio. Franken. Die Bank X war zusammen mit der Revisionsstelle der Auffassung, Art. 665 OR lasse die Verteilung des Abschreibungsbedarfes von 1,9 Mio. Franken auf mehrere (z.B. sieben) Jahre zu. Die EBK verfügte, dass die Abschreibung auf den Verkehrswert in vollem Umfang im laufenden Geschäftsjahr vorzunehmen, die Position also höchstens zum Verkehrswert in die Jahresbilanz einzustellen sei.

Aus den Erwägungen:

1. Art. 23bis Abs. 1 BankG verpflichtet die EBK, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch die Bank zu überwachen. Art. 6 Abs. 2 BankG schreibt vor, dass die Bilanz einer Bank nach den Vorschriften des OR über die Aktiengesellschaften zu erstellen sei. Art. 665 Abs. 1 OR lautet: «Die dauernd dem Betrieb dienenden Anlagen (wie Grundstücke, Gebäude... Mobiliar) dürfen höchstens zu den Anschaffungskosten oder Herstellungskosten in die Bilanz eingestellt werden, unter Abzug der den Umständen angemessenen Abschreibungen.»

Neben den speziellen aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften gelten für die Aktiengesellschaften und somit auch für die Banken subsidiär die allgemeinen Normen über die kaufmännische Buchführung in Art. 957 ff. OR, vor allem die Grundsätze der Bilanzwahrheit und -klarheit sowie der Bilanzvorsicht.

2. Streitig ist im vorliegenden Fall die Auslegungsfrage, ob unter den angeführten Umständen die vollständige oder lediglich die bruchteilhafte Abschreibung der Differenz zwischen den Anschaffungs-/Herstellungskosten und dem Verkehrswert auf den 31. Dezember 1977 angemessen im Sinne von Art. 665 OR sei.

3. Die Bewertung der Aktiven eines Unternehmens ist im Hinblick auf die Fortführung der Geschäfte unter Berücksichtigung der im Bewertungszeitpunkt gegebenen allgemeinen Wirtschaftslage vorzunehmen.

Anerkannter Bewertungsgrundsatz der kaufmännischen Buchführung und Ausfluss des Grundsatzes der Bilanzvorsicht ist das

Imparitätsprinzip. Es verbietet den Ausweis nicht realisierter Gewinne, erzwingt dagegen den Ausweis nicht realisierter Verluste (Blumer/Graf, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, SKV, 5. Auflage, Zürich 1973, S. 95). Ist der Preis am Bilanzstichtag tiefer als der Anschaffungs- oder Herstellungswert, so muss man Anlage- oder Umlaufgüter auf den tieferen Preis abschreiben, also nicht realisierte Verluste ausweisen (Blumer/Graf, a. a. O.).

Zum selben Resultat führt auch die Anwendung des Niederstwertprinzips, das ebenfalls Ausdruck des Grundsatzes der Bilanzvorsicht ist. Es besagt, dass bei Auseinanderfallen von Anschaffungs- bzw. Herstellungswert und Verkehrswert stets der tiefere der beiden Werte zu bilanzieren sei.

Aber auch der Grundsatz der materiellen Bilanzwahrheit verlangt im vorliegenden Fall eine Bilanzierung höchstens zum Verkehrswert. Jede höhere Bewertung hätte zur Folge, dass die Bank unter der Bilanzposition «Andere Liegenschaften» ein höheres Vermögen ausweist als es in Wirklichkeit der Fall ist. Unterbewertungen anderer Aktivkonten dürfen nicht still mit der die gesetzlichen Höchstwerte übersteigenden Bewertung einer Liegenschaft verrechnet werden (vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 10 zu Art. 6 BankG).

4. ...

5. Nach Art. 23ter Abs. 1 BankG hat die EBK bei Vorliegen von Gesetzesverletzungen die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes notwendigen Verfügungen zu erlassen. Dies impliziert selbstverständlich die Kompetenz der EBK zur präventiven Verhütung von Gesetzesverletzungen.

Die von der Bank X in Aussicht genommene bilanzmässige Behandlung der Liegenschaft würde einen Verstoss gegen Art. 665 OR bedeuten. Zur Durchsetzung der handelsrechtskonformen Bilanzierung hat die EBK die Abschreibung der Liegenschaft auf den Verkehrswert von 2,5 Mio. Franken zu verfügen.

(Verfügung vom 21. Dezember 1977)

A. Art. 20 Abs. 4 BankG. Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors

Verletzung der Sorgfaltspflicht durch verspätete Meldung strafbarer Handlungen, zu langem Unterbruch der Revisionsarbeiten in einer kritischen Lage der Bank, ungenügende Koordination mit dem bank-internen Inspektorat und unvorsichtige Bewertung von Aktiven.

B. Art. 20 Abs. 1 und Art. 23ter Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 2, 37 Abs. 2, 38 und 43 BankV. Massnahmen bei Nichterfüllung der Anerkennungsvoraussetzungen als Revisionsstelle

Anweisung zum Ausbau in personeller und organisatorischer Hinsicht sowie Androhung des Anerkennungsentzuges gegenüber einer Revisionsstelle, die Sorgfaltspflichten verletzt hat und die der Anzahl ihrer Revisionsmandate nicht zu genügen vermochte.

C. Art. 21 Abs. 4 BankG. Strafbare Handlungen

Die EBK ist schon dann sofort zu benachrichtigen, wenn ein hinreichender Verdacht auf strafbare Handlungen besteht. Eine Meldung ist schon bei einer abstrakten Gefährdung der Gläubiger erforderlich, ohne dass ein Verlust eingetreten ist.

A. Art. 20 al. 4 LB. Diligence d'un réviseur sérieux et qualifié

Violation de l'obligation de diligence par une annonce tardive d'infractions pénales, par une longue interruption des travaux de révision d'une banque dans une situation critique, par une coordination insuffisante avec le service de révision interne de la banque et enfin par une évaluation imprudente d'actifs.

B. Art. 20 al. 1 et art. 23ter al. LB, art. 35 al. 2, 37 al. 2, 38 et 43 OB. Mesures lorsqu'une institution de révision ne remplit plus les conditions de la reconnaissance

Ordre de renforcer l'organisation et le personnel de l'institution de révision sous menace du retrait de la reconnaissance, en raison d'une

violation des obligations de diligence et de l'impossibilité de remplir tous les mandats.

C. Art. 21 al. 4 LB. Infractions pénales

La CFB doit être aussitôt informée dès qu'il existe un soupçon d'infractions pénales. Une annonce est exigée dès qu'il y a une mise en danger abstraite des créanciers, sans qu'il y ait déjà une perte.

Sachverhalt:

R war bankengesetzliche Revisionsstelle und obligationenrechtliche Kontrollstelle der Bank A (im folgenden «die Bank»). Den Kontrollstellenbericht über die Jahresrechnung 1974 der Bank gab sie bereits am 10. Februar 1975 zuhanden der ordentlichen Generalversammlung ohne Vorbehalte ab. Im März 1975 begann sie mit der bankengesetzlichen Revision der Jahresrechnung 1974. In diesem Zeitpunkt wurde sie von der Bank über Verfehlungen des Filialdirektors Y orientiert, wobei das Ausmass der beanstandeten Geschäfte noch nicht feststand. Y hatte von verschiedenen Kunden Gelder entgegengenommen und diese an andere Kunden weitergeleitet, ohne dass diese Geschäfte in der Buchhaltung der Bank erfasst worden wären. Die Bank beauftragte am 27. März 1975 ihr internes Inspektorat mit der Untersuchung der Angelegenheit. R unterbrach hierauf im April 1975 ihre eigenen Revisionsarbeiten, um den Untersuchungsbericht des internen Inspektorates abzuwarten und das Ergebnis in die Revision einbeziehen zu können. Das Ergebnis der Untersuchungen des internen Inspektorates wurde in Berichten vom 30. Juni und 21. August 1975 festgehalten und zeigt, dass Y für rund 25,6 Mio. Franken Gelder in der erwähnten Form entgegengenommen und an teilweise zahlungsunfähige Schuldner weitergeleitet hatte. R wurde am 9. Oktober 1975 über das Vorliegen des Berichtes vom 21. August 1975 orientiert und erhielt diesen am 13. November 1975 ausgehändigt, worauf sie ihre eigenen Revisionsarbeiten im Dezember 1975 wieder aufnahm. Dabei stand sie unter grossem Zeitdruck, so dass sie den bankengesetzlichen Revisionsbericht über die Jahresrechnung 1974 erst am 30. Januar 1976 abliefern konnte. In diesem Revisionsbericht ermittelte sie Risiken im Betrage von ins-

gesamt 11 Mio. Franken, wovon auf stark gefährdete Debitorenpositionen 8,2 Mio. und auf Verluste aus den Verfehlungen des Y 2,8 Mio. Franken entfielen. Weiter beanstandete sie die ungenügenden Eigenmittel und die nicht dauernd eingehaltene Kassenliquidität der Bank. Im gleichen Revisionsbericht erstattete R Meldung im Sinne von Art. 21 Abs. 4 über die Verfehlungen des Filialdirektors Y.

Nachdem zugunsten der Bank von dritter Seite eine Zahlungsverpflichtung über 5,5 Mio. Franken abgegeben worden war, gab R am 12. Februar 1976 für die Jahresrechnung 1975 einen OR-Kontrollstellbericht ab, der ebenfalls keine Hinweise oder Vorbehalte enthielt. An der ordentlichen Generalversammlung vom 13. März 1976 wurde das Aktienkapital der Bank von 19,25 auf 26 Mio. Franken erhöht, wobei der Ausgabekurs ein Agio von 9,6 Mio. Franken enthielt.

Nachdem der Revisionsbericht 1974 Zweifel an der Zuverlässigkeit von R aufkommen liess, ordnete die EBK am 16. Februar 1976 eine ausserordentliche Revision bei der Zweigniederlassung Z (welche Y unterstanden hatte) an und betraute hiermit eine andere Revisionsgesellschaft. Letztere dehnte ihre Prüfungen nach Vorliegen des Berichtes über die Zweigniederlassung N im Auftrag der Bank auch auf den Hauptsitz und die übrigen Niederlassungen aus. Sie ermittelte für die gesamte Bank einen Bedarf an Rückstellungen und Wertberichtigungen im Betrage von 39,5 Mio. Franken. Hiervon entfielen auf den Rückstellungsbedarf für die von Y gewährten Darlehen 8,4 und für Rückstellungen auf anderen Ausleihungen 29,6 Mio. Franken. Die Bank musste in der Folge am 29. Juli 1976 ihr Kapital auf die Hälfte herabsetzen und offene Reserven von 15,3 Mio. Franken auflösen. Die verbleibende Differenz konnte durch bestehende interne Rückstellungen gedeckt werden, und das Aktienkapital wurde in der gleichen Generalversammlung wieder auf 26 Mio. Franken erhöht.

Die EBK wies R an, ihr Bankeninspektorat entsprechend dem Stand der Revisionsmandate auszubauen, wobei sie präziserte, dass das Schwergewicht auf die Verstärkung der Geschäftsleitung und die Erhöhung des Bestandes an leitenden Revisoren zu legen sei. Hiefür wurde R eine zweijährige Frist angesetzt und der Entzug der Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle angedroht für den

Fall, dass sie dieser Weisung nicht nachkommen sollte. Im Sinne einer stufenweisen Realisierung wurde eine einjährige Frist zur Anstellung eines zusätzlichen leitenden Revisors angesetzt. Weiter erstattete die EBK Strafanzeige gegen R beim Eidg. Finanz- und Zolldepartement wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. k, eventuell Art. 46 Abs. 2 BankG und drückte ihr ihr Missfallen hinsichtlich der Revision der Bank aus. In gesonderten Verfügungen wurde den drei für die Revision der Bank verantwortlichen leitenden Revisoren der Entzug der Anerkennung als leitende Revisoren angedroht. Gegen zwei der leitenden Revisoren wurde Strafanzeige wegen grober Pflichtverletzung im Sinne von Art. 46 Bst. k BankG erstattet, während der dritte lediglich verwarnet wurde, weil seine Pflichtverletzung nicht als grob betrachtet werden konnte. Sowohl R als auch die drei leitenden Revisoren haben gegen die Verfügungen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Im folgenden wird lediglich die Verfügung gegen die Revisionsstelle R wiedergegeben.

Aus den Erwägungen:

1. Stellt die Revisionsstelle strafbare Handlungen, schwere Missstände oder andere Tatsachen fest, welche die Sicherheit der Gläubiger gefährden, so ist gemäss Art. 21 Abs. 4 BankG die EBK sofort zu benachrichtigen. Diese Vorschrift bezweckt eine wirksame Überwachung der Banken durch die EBK. Das setzt voraus, dass die EBK über die Geschäftstätigkeit der einzelnen Banken ausreichend orientiert ist. Je früher sie von einer gefährlichen Entwicklung erfährt, desto rascher und tatkräftiger kann sie ein- und durchgreifen (vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des BankG vom 13. Mai 1970, BB1 1970 I 1157). Aus dem Zweck von Art. 21 Abs. 4 BankG ergibt sich, dass eine Revisionsstelle die EBK schon dann sofort zu benachrichtigen hat, wenn ein hinreichender Verdacht auf strafbare Handlungen besteht. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Strafverfolgung durch die Behörden bereits eröffnet worden ist. Ebenso müssen strafbare Handlungen nicht erst dann gemeldet werden, wenn sich daraus eine unmittelbare Vermögenseinbusse für die Bank und eine konkrete Gefährdung der Gläubiger ergibt. Es genügt vielmehr schon eine abstrakte Gefährdung der Gläubiger. Eine solche abstrakte Gefährdung der

Gläubiger liegt jedenfalls dann vor, wenn eine mit der Geschäftsführung oder Verwaltung einer Bank betraute Person wegen strafbarer Handlungen keine Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit mehr bieten kann. Die EBK hat in einem an die Revisionsstellen gerichteten Rundschreiben vom 29. Oktober 1971 auf die Wichtigkeit und die Handhabung dieses Meldeverfahrens ausdrücklich hingewiesen.

Als R spätestens im März 1975 über die Verfehlungen des Filialdirektors Y orientiert wurde, begnügte sie sich damit, zur Kenntnis zu nehmen, dass die Untersuchung durch das interne Inspektorat der Bank durchgeführt werde. Wenn auch der Austritt des Y an der Generalversammlung der Bank vom 15. März 1975 offiziell damit begründet wurde, dass er auf eigenen Wunsch zur Firma Y & Co. übertrete, so war der tatsächliche Grund seines Austrittes der Revisionsstelle doch sehr wohl bekannt. Die als freiwilliger Austritt getarnte Entlassung wies auf die Schwere des Falles hin und wäre allein schon Grund genug gewesen, um sofort eine Meldung an die EBK zu erstatten. R kann sich auch nicht damit entlasten, dass im März 1975 noch nicht feststand, ob Y tatsächlich strafbare Handlungen begangen hatte. Sie unternahm nämlich selbst überhaupt nichts, um diese Frage so rasch als möglich abzuklären. Das interne Inspektorat kam jedenfalls schon sehr bald zum Schluss, dass Y strafbare Handlungen begangen hatte, wie dies aus dem Untersuchungsbericht vom 30. Juni 1975 hervorgeht. Wenn R die Untersuchung schon dem internen Inspektorat überliess, so hätte sie mindestens auch dafür sorgen müssen, dass ihr die Untersuchungsergebnisse laufend und direkt zukommen. Statt einer ständigen Überwachung und einer Fristansetzung im Sinne von Art. 21 Abs. 3 BankG begnügte sie sich damit, sich periodisch bei der Bank nach den Untersuchungsberichten zu erkundigen. Das Resultat dieses Verhaltens zeigt sich darin, dass R den ersten Untersuchungsbericht vom 30. Juni 1975 überhaupt nicht und den zweiten vom 21. August 1975 erst am 13. November 1975 erhielt. Selbst wenn R im März 1975 fälschlicherweise davon ausgegangen wäre, dass nur feststehende strafbare Handlungen meldepflichtig seien, so hätte sie bei pflichtgemäsem Verhalten die strafbaren Handlungen von Y spätestens am 30. Juni 1975 erkennen können und der EBK die entsprechende Meldung erstatten müssen.

2. Gemäss Art. 43 Abs. 3 BankV hat die Revisionsstelle die Aktiven und Passiven selbständig zu bewerten. Die Bank muss dafür die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen. Gemäss Art. 9 Abs. 3 BankV stellt die Geschäftsführung der Bank die für die Beschlussfassung und die Überwachung der Kredite und aller anderen mit Risiko verbundenen Geschäfte erforderlichen Unterlagen zusammen, welche auch der Revisionsstelle erlauben, sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden. Fehlen die erforderlichen Kreditunterlagen bei der Bank, so liegt darin die Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift. Gemäss Art. 21 Abs. 3 BankG hat die Revisionsstelle der Bank eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes anzusetzen, wenn bei der Revision Verletzungen gesetzlicher Vorschriften oder sonstige Missstände festgestellt werden. Stellt die Revisionsstelle bei ihren Prüfungsarbeiten fest, dass Unterlagen für die Beurteilung einzelner Aktiven oder der gesamten Vermögenslage der Bank fehlen, so hat sie gemäss Rundschreiben Nr. 26 vom 16. November 1966 die verantwortlichen Organe der Bank aufzufordern, innert einer angemessenen Frist die verlangten Schriftstücke und Angaben zu beschaffen. R hat ihre im März 1975 begonnene Revision der Jahresrechnung 1974 der Bank nach Bekanntwerden des Falles Y unterbrochen. Nach ihren eigenen Angaben war die Bonitätsprüfung der Debitoren in diesem Zeitpunkt abgeschlossen, wurde jedoch im Dezember 1975 vorsichtshalber erneut vorgenommen. Im Revisionsbericht 1974 empfiehlt R, in Anbetracht der veränderten Situation auf dem Liegenschaftsmarkt alle im Zusammenhang mit Ausleihungen der Bank stehenden Grundstücke und Bauten neu bewerten zu lassen. Die grosse Differenz zwischen ihrem eigenen Prüfungsergebnis und demjenigen der mit der ausserordentlichen Revision betrauten anderen Revisionsgesellschaft begründet sie denn auch damit, dass der anderen Revisionsgesellschaft die von ihr empfohlenen neuen Bewertungsunterlagen zur Verfügung standen. Die Situation auf dem Liegenschaftsmarkt hat sich jedoch zwischen April und Dezember 1975 nicht dermassen verschlechtert, als dass das Einholen von Neubewertungen nicht bereits im April 1975 notwendig gewesen wäre. Dies hat R jedoch nicht getan; ja selbst im Dezember 1975 verzichtete sie auf eine Fristansetzung im Sinne von Art. 21 Abs. 3 BankG und begnügte sich mit einer blossen Empfehlung. Die Revisionsarbeiten hätten im Frühjahr 1975 erst unterbrochen werden dürfen, nachdem die

Bank unter Fristansetzung aufgefordert worden wäre, die fehlenden Unterlagen einzuholen und dadurch den bestehenden Missstand zu beseitigen. Obwohl sie die nötigen Unterlagen nicht erhalten hatten, gaben die leitenden Revisoren die Erklärung gemäss Art. 46 Abs. 1 BankV vorbehaltlos ab.

3. Gemäss Art. 20 Abs. 4 BankG ist die Revision mit der Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors durchzuführen. Der spezifische Zweck der bankengesetzlichen Revision liegt nach Art. 43 Abs. 1 BankV in erster Linie darin, festzustellen, ob die in der ordnungsgemäss aufgestellten Bilanz ausgewiesenen Verbindlichkeiten durch die vorhandenen Aktiven gedeckt und ob die ausgewiesenen eigenen Mittel erhalten sind. Gemäss Art. 43 Abs. 3 BankV hat die Revisionsstelle die Aktiven und Passiven selbständig zu bewerten. Damit eine Revision mit der verlangten Sorgfalt durchgeführt werden kann, muss für die Erledigung dieser Arbeiten auch genügend Zeit zur Verfügung stehen. R wusste, dass die Bank über keine stillen Reserven mehr verfügte, die allfällige Unsicherheiten in der Bewertung der Aktiven abzudecken vermocht hätten. Ebenso musste sie annehmen, dass aus dem Fall Y sowie wegen der schwierigen Lage auf dem Liegenschaftsmarkt sich bei der Bank äusserst schwierige Bewertungsprobleme ergeben könnten. Trotz dieser ungünstigen Voraussetzungen nahm sie die im April 1975 unterbrochene Revision erst im Dezember 1975 wieder auf. Bereits bei der zeitlichen Planung dieser schwierigen Revision wurde somit die Sorgfaltspflicht verletzt. Es zeigte sich denn auch in der Folge, dass die Revisionsarbeiten unter grossem Zeitdruck ausgeführt werden mussten. Anlässlich einer Besprechung mit den leitenden Revisoren vom 23. Dezember 1975 kritisierte der Verwaltungsrat der Bank den von R ermittelten Rückstellungsbedarf. Diese Besprechung führte dazu, dass eine grosse Anzahl von Positionen erneut überprüft und bewertet werden mussten, wobei die Revisionsstelle den ursprünglich für die Zweigniederlassung Z ermittelten Rückstellungsbedarf um rund 5,5 Mio. Franken reduzierte. Die verbleibende Zeit erlaubte es R nicht mehr, bei kritischen oder umstrittenen Positionen neue, aktuelle Bewertungsgrundlagen einzuverlangen. Sie war deshalb gezwungen, die Bewertung anhand der ihr zur Verfügung gestellten Unterlagen vorzunehmen und sich auf die Angaben der Bank zu stützen. Es versteht sich von selbst, dass unter solchen Umständen die Bewertung

gen nur mit äusserster Vorsicht hätten durchgeführt werden dürfen. Gemäss Rundschreiben Nr. 26 vom 16. November 1966 sind Positionen bei völlig ungenügenden Unterlagen sogar mit Null zu bewerten.

Diese besonderen Vorsichtsmassnahmen wurden aber von den verantwortlichen Revisoren nicht ergriffen. Als Verkehrswerte hat die Revisionsstelle vielfach Kaufpreise von Grundstücken aus den Jahren der Hochkonjunktur oder Schätzungsergebnisse aus der gleichen Zeit vorbehaltlos übernommen. Die Revisoren stützten sich selbst dann auf die vorliegenden Verkehrswertschätzungen, wenn diese vom Sohn des ausgeschiedenen Direktors Y stammten und die Ergebnisse weit über den im gleichen Jahr bezahlten Verkaufspreisen lagen. Es ist durchaus verständlich, dass die Revisoren bei fehlenden Verkehrswertschätzungen selber versucht haben, diese Werte anhand der Baukosten und des Mietertrages einer Liegenschaft zu ermitteln. Dieses Vorgehen lässt sich jedoch nur dann verantworten, wenn der sich daraus ergebende Unsicherheitsfaktor durch eine besonders vorsichtige Bewertung berücksichtigt wird. Wird einfach der Mittelwert zwischen Real- und Ertragswert – auch wenn diese Werte stark voneinander abweichen – als Verkehrswert angenommen, so kann nicht mehr von einer besonders vorsichtigen Bewertung gesprochen werden. In vielen Fällen stützten sich die Revisoren zudem ohne eigene Prüfung vollständig auf die Angaben der Sachbearbeiter der Bank ab.

4. Gemäss Art. 37 Abs. 2 BankV wird Art. 23quinquies Abs. 1 BankG auf die Revisionsstellen sinngemäss angewandt. Die EBK entzieht somit die Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle, wenn eine Revisionsstelle die Voraussetzungen der Anerkennung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt hat. Nach Art. 23bis Abs. 1 BankG trifft die EBK die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Erhält die EBK von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, so erlässt sie gemäss Art. 23ter Abs. 1 BankG die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen. Zu den Voraussetzungen für die Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle gehört gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. a BankV eine Organisation ihres Betriebes, welche die sach-

gemässe und dauernde Erfüllung der Revisionsaufträge gewährleistet. Gemäss Art. 35 Abs. 2 Bst. b BankV müssen die Geschäftsführer oder die Mitglieder der Geschäftsführung einen guten Leumund und mehrheitlich gründliche Kenntnisse entweder im Revisionsfach oder im Bankgeschäft oder im Rechtswesen haben. Nach Art. 35 Abs. 2 Bst. c BankV müssen die leitenden Revisoren einen guten Leumund haben und sich über eine gründliche Kenntnis im Bankgeschäft und der Bankrevision ausweisen. R verfügt über acht leitende Revisoren, wobei lediglich der geschäftsleitende Direktor das Bücherexpertendiplom besitzt. Dieses Team, unterstützt von zehn Hilfsrevisoren, bearbeitet rund 100 Bankmandate. Der Tätigkeitsbereich zahlreicher von R betreuter Banken hat sich im Laufe der letzten Zeit erheblich über das angestammte Gebiet hinaus ausgedehnt. Die Anforderungen an R stiegen infolgedessen sowohl in qualitativer als auch in zeitlicher Hinsicht beträchtlich. Ihr personeller und organisatorischer Aufbau vermochte dieser Entwicklung nicht in gewünschtem Masse zu folgen. Es fällt auf, dass der geschäftsleitende Direktor in erster Linie die Tätigkeit eines Sachbearbeiters ausübt und sich erst in zweiter Linie den geschäftsleitenden Funktionen zuwenden kann. Die Besprechungen mit den leitenden Revisoren haben gezeigt, dass diese bei der Ausübung ihrer leitenden Tätigkeit sehr stark unter Zeitdruck stehen. Die häufigen Fristverlängerungsgesuche von R sind eine Folge dieses Zustandes. Die Vielfalt des Bankgeschäftes sowie die heutigen Wirtschaftsverhältnisse stellen immer höhere Anforderungen an die fachlichen Qualitäten eines Bankrevisors. Die Revisionsstellen sind deshalb gezwungen, durch eine gezielte Weiterbildung ihre Mitarbeiter auf diese Aufgaben vorzubereiten und ihnen durch entsprechende Weisungen die Ausübung ihrer Tätigkeit zu erleichtern. Um diese Anforderungen in organisatorischer Hinsicht erfüllen zu können, hätte die Stelle des geschäftsleitenden Direktors von R so ausgebaut werden sollen, dass sich dieser in erster Linie mit Führungsaufgaben hätte befassen können. In Anbetracht der vielen Mandate sollte er auch über einen qualifizierten Stellvertreter verfügen, der ihn in seiner Arbeit unterstützen, beraten und gegebenenfalls auch vertreten könnte. Es ist selbstverständlich, dass die Anzahl der leitenden Revisoren so hoch angesetzt werden muss, dass eine sorgfältige Ausübung ihrer Arbeit auch in zeitlicher Hinsicht möglich ist. Damit die Bestimmungen von Art. 35 Abs. 2 Bst. a BankV eingehalten werden können, ist R anzuweisen,

einen dem Stand der Revisionsmandate entsprechenden Ausbau vorzunehmen.

(Verfügung vom 19. Oktober 1976)

Anmerkung der Redaktion: Mit Urteil vom 9. Dezember 1977 hat die verwaltungsrechtliche Kammer des Bundesgerichtes die Beschwerde der Revisionsstelle R abgewiesen und damit den Entscheid der EBK vollumfänglich bestätigt. Der Entscheid wird in der amtlichen Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide veröffentlicht werden.

Die Beschwerden der drei leitenden Revisoren dagegen wurden gutgeheissen, weil diese nach dem BankG nicht Adressaten von Verfügungen der EBK sein könnten. In der Begründung führte das Bundesgericht aus, es stehe der EBK frei, einem Revisor, dessen Tätigkeit sie missbilligt, diesen Umstand mitzuteilen und ihn darauf aufmerksam zu machen, dass sie bei der Revisionsstelle um eine Entfernung nachsuchen wird, sofern er in Zukunft nicht zu ihrer Zufriedenheit arbeitet. Dies dürfe jedoch nicht durch Verfügung geschehen.

Gesetzesregister / Répertoire légal

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft Fasc.	Seite Page
2		12, 13, 14 VAB/OBE	1	8
3 Abs. 2 a			2	5
3 Abs. 2 a	8 Abs. 2 u. 3		1	12
3 Abs. 2 c			1	14
			1	18
3bis Abs. 1			2	8
3bis Abs. 1a			1	25
				27
3bis Abs.1b			1	27
			1	30
3bis Abs. 3			1	22
			2	12
3ter			2	12
3ter Abs. 2			1	22
				25
				27
4 Abs. 3			2	19
4bis	21		2	23
4ter			2	23
6 Abs. 2		665 Abs. 1 OR/CO	2	28
20 Abs. 1	35 Abs. 2		2	31
	38 a u. b		2	31
20 Abs. 4			2	31
21 Abs. 4			2	31
23ter Abs. 1			2	31
23quinquies			2	12
23quinquies	37 Abs. 2		2	31