



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 7

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 Geschäftsführung	7
Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung / Treuhandgeschäfte (Definition)	9
Etablissement du bilan	14
Bilanzwahrheit und -klarheit	15
Ausweisung von Zuschüssen des Aktionärs in der Gewinn- und Verlustrechnung (Bundesgerichtsentscheid)	17
Gesetzesregister / Répertoire légal	25

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

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 (VAB)	Ordonnance (de la Commission fédérale des banques) du 14 septembre 1973 concernant les établissements en Suisse qui dépendent de banques étrangers (RS 952.111)
OFP (AFV)	Ordonnance d'exécution du 20 janvier 1967 de la loi fédérale sur les fonds de placement (RS 951.311)
OFPétr (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)

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

Wenn Anzeichen bestehen, die darauf hindeuten, das von einer Bank getätigte Bankgeschäft könnte Bestandteil eines unsittlichen oder strafrechtlich relevanten Sachverhaltes bilden, ist das betreffende Institut verpflichtet, die notwendigen Abklärungen zu treffen.

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

S'il existe des indices qui font penser que l'opération effectuée par une banque pourrait créer un état de fait immoral ou illégal, l'établissement concerné doit éclaircir les faits.

Sachverhalt

A.– Die Bank A meldete der Eidg. Bankenkommission im Rahmen einer Risikoverteilungsmeldung gemäss Art. 21 BankV, sie habe gegenüber der ausländischen Firma B AG eine Garantie im Betrage von ca. 30 Mio. Franken abgegeben.

Der Garantie lag gemäss den Ausführungen der Bank folgendes Geschäft zugrunde: die B AG hatte mit einem mittelöstlichen Staat einen Vertrag über die Erstellung von Bauten für über 1 Mia. Franken abgeschlossen. Für die Vertragsverhandlungen, die Koordination und die Präsentation der Offerten wurden einheimische Gesellschaften beigezogen. Deren Kommission wurde auf 5% der Vertragssumme – zahlbar an eine Gesellschaft in Panama – festgesetzt. Rund die Hälfte wurden dieser über die Bank ausbezahlt; gegenüber der B AG übernahm die Bank die Garantie der Rückerstattung, wenn nicht mindestens 60% der Vertragssumme abgewickelt werden könnten. Die andere Hälfte des Kommissionsbetrages blieb bei der Bank als Sicherheit für die geleistete Garantie hinterlegt.

Die Bankenkommission forderte die Bank auf, darzulegen, welche Prüfungen sie vor Abgabe der Garantie vorgenommen habe. Weiter verlangte sie die Vorlage des Vertrages über das Kommissionsgeschäft. Die Bank war nicht in der Lage, den Vertrag vorzulegen; sie machte geltend, Garantien seien abstrakte Zahlungsverpflichtungen, weshalb sie nicht verpflichtet gewesen sei, das Kommissionsgeschäft zu überprüfen. Geprüft worden seien lediglich jene

Angaben, «die zur äusseren Identifikation der sicherzustellenden Leistung notwendig sind.»

Die Bankenkommission rügte die Bank wegen unsorgfältiger Abklärung der Legalität der von ihr garantierten Geschäfte und wies sie an, künftig die entsprechenden Abklärungen vorzunehmen.

Aus den Erwägungen:

1. Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG bestimmt, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen. Es stellt sich die Frage, ob die Bank bei der Gewährung der Garantie an die B AG richtig vorgegangen ist. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Bank nicht verpflichtet gewesen wäre, die zugrunde liegenden Vertragsverhältnisse zwischen den verschiedenen Gesellschaften näher abzuklären.

Wenn Anzeichen bestehen, die darauf hindeuten, dass von einer Bank getätigte Bankgeschäfte könnten Bestandteil eines unsittlichen oder strafrechtlich relevanten Sachverhaltes bilden, ist das betreffende Institut verpflichtet, die notwendigen Abklärungen zu treffen. Der Garantievertrag ist zwar, im Unterschied etwa zur Bürgschaft, ein selbständiges, von der Leistung des Dritten an sich unabhängiges Schuldversprechen. Im Licht der in Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG festgehaltenen Voraussetzungen ist diese Qualifikation allerdings nicht von Bedeutung. Eine Bank kann sich deshalb nicht bedenkenlos und in jedem Fall über das einer Garantie (oder einem anderen Sicherungsgeschäft) zugrunde liegende Rechtsgeschäft hinwegsetzen, ohne sich über den Inhalt des Grundgeschäftes zu vergewissern, wenn die oben erwähnten Anzeichen bestehen. In diesem Fall sind die vertraglichen Abmachungen und der aus ihnen hervorgehende Wille der Parteien zu untersuchen. Kann der Hintergrund zweifelhafter Geschäfte nicht geklärt werden, hat eine Bank irgendeine Beteiligung ihrerseits daran abzulehnen. Ihr guter Ruf würde sonst beeinträchtigt, da sie Gefahr läuft, unfreiwillig an einer widerrechtlichen, unsittlichen oder strafbaren Handlung mitzuwirken oder sogar durch ihre Teilnahme eine solche erst zu ermöglichen.

2. Im vorliegenden Fall wäre von der Grössenordnung der Vertragssummen her wie auch angesichts der unbestimmten Hintergründe eine vertiefte Untersuchung des Grundgeschäftes durch die Bank A erforderlich gewesen. Der in Art. 21 Abs. 1 Bst. c BankV vorgesehene Plafond ist durch das Engagement der Bank um über 100% überstiegen worden. Das zugrundeliegende Rechtsgeschäft hätte allein schon deshalb einer gründlichen Untersuchung bedurft. In Anbetracht einer Kontraktsumme von über ... Mio. Franken hätte aber vor allem geklärt werden müssen, warum die international zusammengesetzten Vertragsparteien für eine Garantieerklärung eine Bank mit Sitz in der Schweiz beauftragen, obwohl weder die Bank noch das Land mit der weiteren Vertragsabwicklung in irgendeinem erkennbaren Zusammenhang stehen. Zudem wäre die Art und Weise der von den Parteien zu erbringenden Leistungen (insbesondere der für die Kommission erbrachten Gegenleistung) festzustellen gewesen. Diese Fragen sind nicht überprüft worden.

(Verfügung vom 23. Juni 1980)

1. Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG / Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung

Eine Bank darf komplizierte, ungewöhnliche und bedeutsame Geschäfte nicht abschliessen, ohne die wirtschaftlichen Hintergründe abzuklären.

2. Art. 6 Abs. 2 BankG; Anhang II Bst. C Abs. 3 und 4 zur BankV. Treuhandgeschäfte

Wenn eine Bank Titel ausschliesslich für Rechnung und Gefahr ihres Kunden in ihrem Eigentum hält und sich ihr Interesse lediglich auf den Erhalt einer Kommission beschränkt, so handelt es sich, unabhängig von der juristischen Form des darauf beruhenden Vertrages, um ein Treuhandgeschäft.

1. Art. 3 al. 2 lettre c LB / Garanties d'une activité irréprochable

Une banque ne peut conclure des affaires compliquées, inhabituelles et importantes sans examiner l'arrière plan économique.

2. Art. 6 al. 2 LB; Annexe II lettre C al. 3 et 4 de l'OB. Opérations à titre fiduciaire.

Lorsqu'une banque détient des titres en sa propriété, pour le compte et au risque exclusif de son client, et que son intérêt se limite à la simple perception d'une commission, il s'agit d'une opération à titre fiduciaire, indépendamment de la forme juridique du contrat sur lequel elle repose.

Sachverhalt:

Am 14. April 1977 erstattete die Bank eine Meldung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 BankV (Risikoverteilungsvorschriften). Darin teilte sie der EBK mit, dass sie von verschiedenen miteinander verflochtenen liechtensteinischen Gesellschaften Titel im Werte von rund 80 Mio. Franken gekauft habe. Die Verkäufer seien vertraglich verpflichtet, die Titel auf Begehren der Bank zum ursprünglichen Verkaufspreis zurückzunehmen. Die Bank ihrerseits sei verpflichtet, sie den Verkäufern auf Verlangen zurückzugeben. Zur Sicherstellung dieser Transaktionen wurde der Verkaufspreis den Verkäufern nicht ausbezahlt, sondern auf zinslosen Sperrkonten hinterlegt. Die Bank wies die Titel und die Sperrkonten in ihrer Bilanz aus und erhöhte dadurch ihre Bilanzsumme um über 70%.

Zum wirtschaftlichen Hintergrund dieser Transaktionen befragt, antwortete die Bank, dieser sei ihr nicht im Detail bekannt. Da sie aufgrund der abgeschlossenen Verträge kein Risiko trage, sei sie auch nicht verpflichtet, weitere Abklärungen vorzunehmen.

Aus den Erwägungen:

1. ...

1.1 Die Bank hat der Revisionsstelle jederzeit Einsicht in die Bücher und Belege zu gewähren, die für die Feststellung und Bewertung der Aktiven und Passiven im schweizerischen Bankgeschäft üblichen Unterlagen bereitzuhalten sowie alle Aufschlüsse zu erteilen, die zur Erfüllung der Prüfungspflicht erforderlich sind (Art. 19 Abs. 2 BankG). Nach Art. 9 Abs. 3 BankV hat die Geschäftsführung die für die

Beschlussfassung und Überwachung erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen. Diese müssen auch der Revisionsstelle erlauben, sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden.

1.2 ...

1.3 Über die wirtschaftlichen Hintergründe konnten überhaupt keine Unterlagen vorgelegt werden. Obwohl die von der Bank abgegebenen Erklärungen durchaus glaubhaft erscheinen, bleiben sie Behauptungen, die nicht bewiesen werden können und die durch andere ebenso glaubhafte Erklärungen ohne weiteres ersetzt werden könnten. Aber auch die abgegebenen Erklärungen vermögen nicht alle Fragen befriedigend zu beantworten. Offen bleibt z.B. die Frage, weshalb man eine Lösung getroffen hat, die die Bilanz der Bank so stark verändert, dass sie jedem Bilanzleser auffallen muss. Da auch Indiskretionen innerhalb des Personals offenbar nicht ausgeschlossen werden können, erscheint es zumindest unverständlich, dass die Neugierde dadurch geradezu provoziert wird.

Die Höhe des Betrages, das aussergewöhnliche Vorgehen und nicht zuletzt die Bereitschaft des oder der Kunden, für die Dienstleistung der Bank A eine bedeutende Entschädigung zu entrichten, sind zumindest Hinweise, die die Bank zu eingehenderen Abklärungen hätten veranlassen müssen.

1.4 Die Revisionsstellen haben nicht nur die Jahresrechnung, sondern auch die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen zu prüfen. Eine dieser Bewilligungsvoraussetzungen ist die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit der leitenden Bankorgane (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG). Den Beweis, dass das fachliche Können und die charakterliche Integrität vorhanden sind, liefert die laufende Arbeit (Rundschreiben EBK BankG 21/1, BankV 43/6, 26.09.78). Die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit kann nicht geprüft werden, wenn sich die wirtschaftlichen Hintergründe eines derart komplizierten, ungewöhnlichen und in der Grösse sehr bedeutenden Geschäftes nicht nachweisen lassen.

1.5 Die Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe ist auch für die Beurteilung des Risikos in materieller Hinsicht notwendig. Verzichtet die Bank auf deren Abklärung und Überprüfung, so übernimmt sie das Risiko, sich an Geschäften zu beteiligen, die verpönten Zwecken

dienen. In diesem Fall beschränken sich die Risiken nicht mehr nur auf den Kreis der an den Verträgen direkt beteiligten Personen, sondern auch Dritte könnten allenfalls gegenüber jedem einzelnen von ihnen allfällige Schadenersatzansprüche geltend machen.

1.6 Es ist einer Bank selbstverständlich nicht untersagt, auch aussergewöhnliche Geschäfte zu tätigen, sofern sie dabei die Sorgfaltspflicht und die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht verletzt. Sie hat die notwendigen Abklärungen jedoch so durchzuführen, dass auch ein sachkundiger Dritter (Revisionsstelle, Aufsichtsbehörde) die Geschäfte aufgrund aussagefähiger Unterlagen überblicken und beurteilen kann. Um den Vorschriften von Art. 9 Abs. 3 BankV zu genügen, hätte die Bank in diesem speziellen Fall von allen Vertragspartnern schriftliche Erklärungen einverlangen müssen, aus denen Absicht und Begründung des gewählten Vorgehens klar hervorgehen. Diese Anforderung ist umso naheliegender, als die Vertragspartner der Bank ihre sehr lange dauernden Studien ohne klare Zielvorstellung und ohne ausführliche Begründung des gewählten Vorgehens kaum hätten durchführen resp. abschliessen können. Aufgabe der Bank wäre es gewesen, diese Erklärungen mit der notwendigen Vorsicht auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu prüfen und auch darüber schriftliche Unterlagen anzulegen.

Diese Grundsätze werden in Zukunft vor Abschluss von derartigen Geschäften von der Bank zu beachten sein.

2. Entspricht die Verbuchung der Titel den Grundsätzen der Bilanzwahrheit und -klarheit?

2.1 Es ist nicht möglich, die Kombination der abgeschlossenen Verträge (Kauf, Option/Andienung) juristisch zweifelsfrei einzuordnen. Die von der Revisionsstelle vorgenommene Beurteilung, wonach gewisse Anknüpfungspunkte mit einer Treuhandschaft bestehen, dürfte wohl am ehesten zutreffen. Ob und wie die Transaktionen zu verbuchen und in der Bilanz auszuweisen sind, muss deshalb nach den Grundsätzen der Bilanzwahrheit und -klarheit beurteilt werden.

2.2 Betriebsrechnung und Jahresbilanz sind nach allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen vollständig, klar und übersichtlich aufzustellen, damit die Beteiligten einen möglichst sicheren Einblick in die wirtschaftliche Lage des Geschäftes erhalten (Art. 959

OR). Wenn die Bank in ihrer Bilanz einen Wertschriftenbestand von 79,9 Mio. Franken ausweist, ohne wirtschaftlich gesehen Eigentümerin zu sein, so werden die Grundsätze der Bilanzwahrheit und -klarheit offensichtlich verletzt.

2.3 Damit eine den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende buchmässige Behandlung gewährleistet ist, sind die Transaktionen im Sinne der Vorschriften über die Verbuchung von Treuhandgeschäften zu behandeln. Danach sind sie ordnungsgemäss zu verbuchen, jedoch nicht in die Bilanz aufzunehmen (Anhang II zur BankV, Bst. C). Sofern die Bilanz per 31. Dezember 1978 im Zeitpunkt der Zustellung dieser Verfügung noch nicht veröffentlicht ist, ist sie entsprechend zu korrigieren. Andernfalls ist die Änderung in der nächsten zu veröffentlichenden Bilanz zu berücksichtigen.

(Verfügung vom 7. März 1979)

Anmerkung der Redaktion: Die II. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes hat am 11. Juli 1980 die gegen diese Verfügung eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen. Zur Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung äusserte sich das Bundesgericht folgendermassen:

«Es ist übrigens fraglich, ob eine Bank noch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG bietet, wenn sie für sehr hohe Beträge – im Verhältnis zu ihren Eigenmitteln – Wertschriftengeschäfte mit liechtensteinischen Anstalten tätigt, deren rechtliche Existenz überhaupt schon zweifelhaft ist und die jedenfalls praktisch keinerlei Gewähr für ihre Solvenz bieten. Im vorliegenden Fall haben überdies zum Teil Herr X, zum Teil Herr Y, beide hohe Funktionäre der Beschwerdeführerin, die umstrittenen Rechtsgeschäfte zwischen Bank und beteiligten Anstalten im Namen und für Rechnung der betreffenden Anstalten unterzeichnet. Nach schweizerischem Recht sind aber sowohl der Vertrag mit sich selbst wie die Doppelvertretung wegen der Gefahr der Benachteiligung einer Vertragspartei grundsätzlich untersagt und ein Rechtsgeschäft ist deshalb nach der Rechtsprechung in der Regel nichtig, wenn der Vertreter einer Partei gleichzeitig Vertreter oder Organ der Gegenpartei ist (BGE 99 Ia 9 E. 3 d, 95 II 452 E.5 jeweils mit Hinweisen).

Schliesslich scheinen die verschiedenen, an der Transaktion beteiligten Anstalten jedenfalls zum Teil derselben Person zu gehören. Es erscheint deshalb fraglich, ob sich der Zweck des Geschäftes nicht darin erschöpft, den wirklichen Eigentümer der Titel noch anonymer zu machen – ein Ziel, dessen Rechtmässigkeit zum vorneherein als zweifelhaft erscheint. Die Eidg. Bankenkommission hat sich unter diesen Umständen zu Recht gefragt, ob die Voraussetzung einwandfreier Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG noch erfüllt sei.»

Art. 959 CO; 6 LB et 23 ss OB. Etablissement du bilan

Le bilan d'une banque doit être établi sur la base des écritures passées à la date «opération» et non à la date «valeur».

Art. 959 OR; 6 BankG und 23 ff BankV. Erstellung der Bilanz

Für die Verbuchung und Bilanzierung der Geschäftsvorgänge ist der Abschlussstag und nicht die jeweilige Wertstellung (Valuta) massgebend.

Dans son rapport sur la revision des comptes arrêtés au 31 décembre 1978, le reviseur de la banque A a signalé au Secrétariat de la CFB que le bilan et le compte de pertes et profits étaient dressés à partir des soldes des comptes arrêtés à la date «valeur», mais que la passation des écritures était effectuée chronologiquement à la date «opération». Ainsi, pour chaque compte figurait également sur les inventaires le solde à la date «opération». Il était tenu compte des chevauchements des dates «valeur» par rapport aux dates de clôture annuelle par l'introduction au Grand Livre de «value suspense accounts» par devise et genre de comptes.

Après avoir entendu la banque, le Secrétariat de la CFB lui a opposé les arguments suivants quant à la manière d'établir le bilan:

1. La date valeur est un élément donné uniquement pour déterminer la date à partir de laquelle court l'intérêt, cette date ne détermine pas la naissance de la créance ou de l'engagement.

2. Les écritures comptables doivent être effectuées simultanément à l'acceptation d'un contrat, au plus tard lors de l'envoi de l'avis de crédit ou de débit (Art. 1 et 10 CO). Ces dispositions sont également valables pour les opérations qui n'influencent pas immédiatement le bilan, comme les opérations à terme, les engagements conditionnels, etc.

3. Les écritures ou les contrats antérieurs à la date du bilan qui, conformément à ce qui a été précédemment exposé, déploient simultanément leurs effets, doivent être portés immédiatement au bilan, même si la date valeur est postérieure à la date du bilan.

4. L'opinion de la Banque nationale suisse à ce sujet n'est pas différente, puisque dans sa circulaire du 28 janvier 1976 relative aux déclarations concernant les positions de change, elle précise sous chiffre 2:

«La position est établie en se basant sur le *jour de conclusion* des opérations et non sur la valeur; toutes les opérations effectuées le jour de la date de référence doivent être prises en considération».

Il a été recommandé à la banque A d'établir son bilan annuel sur la base des écritures effectuées dans leur ordre chronologique, conformément aux principes généralement admis dans le commerce (art. 959 CO), sans tenir compte des dates de valeur.

Il y a lieu de souligner que d'autres établissements bancaires retiennent les pièces comptables des opérations effectuées avant la date d'établissement du bilan mais portant une date de valeur postérieure. Dans ces cas également, le bilan est établi à la date valeur, ce qui n'est pas conforme aux dispositions légales.

(Recommandation du Secrétariat de la CFB du 24 juin 1980 acceptée par la banque)

Art. 959 OR; 6 Abs. 2 BankG; 24 BankV sowie Anhang II Bst. C Abs. 1 zur BankV. Bilanzwahrheit und -klarheit.

Selbst ausgegebene Obligationen im Eigenbestand sind zu kompensieren, wobei kleine Handelsbestände vernachlässigt werden dürfen. Anstatt zu verrechnen, kann in den Bilanzergänzungen unter

der Rubrik Wertschriften beigefügt werden, wie hoch der Anteil an Obligationen der eigenen Bank ist.

Art. 959 Co; 6 al. 2 LB; 24 OB et Annexe II lettre C al. 1 de l'OB. Clarté et sincérité du bilan.

Les obligations émises par la banque elle-même et qui demeurent dans ses actifs doivent être compensées, il peut toutefois être fait abstraction des montants peu importants destinés au marché. Au lieu de compenser, la banque peut faire figurer dans les indications complémentaires au bilan, sous la rubrique titres, la part représentée par ses propres obligations.

Aus dem Bericht über die Revision der Jahresrechnung 1979 der Bank ging hervor, dass sie selbst ausgegebene Obligationen im Ausmass von rund 12% des gesamten Wertschriftenbestandes in ihrem Portefeuille hielt. Gemessen an den einzelnen Obligationenleihen machten diese Eigenbestände zwischen 2 und 17% aus. Auf entsprechende Vorbehalte antwortete die Bank, es sei unerlässlich, bei jeder Anleihe eine gewisse Manipuliermasse im eigenen Portefeuille zu haben.

Die EBK ist jedoch der Ansicht, dass damit eine Bank die tolerierbare Manipuliermasse deutlich überschreitet. Wenn auch die Bilanzierungsvorschriften die Verrechnung der Eigenbestände an Obligationen nicht ausdrücklich vorschreiben, sind solche überdurchschnittlich grossen Bestände nach den Grundsätzen von Bilanzwahrheit und -klarheit doch zu kompensieren. Der Kommentar zum Bankengesetz (Bodmer/Kleiner/Lutz) kommt in N. 43 zu Art. 6 zum selben Schluss. In diesem Sinne wurde der Bank empfohlen, Eigenbestände an den von ihr selbst ausgegebenen Obligationenleihen in Zukunft zu kompensieren. Kleine, sich im üblichen Rahmen bewegende Handelsbestände können dabei vernachlässigt werden.

Es ist auch zulässig, wie die Bank in ihrer Stellungnahme vorschlägt, anstatt zu verrechnen, in den Bilanzergänzungen den Wertschriftenbestand weiter aufzuteilen und zu erwähnen, wieviel vom aufgeführten Bestand Obligationen der eigenen Bank sind. Notwen-

dig und deshalb massgebend ist, dass die Information aus der Jahresrechnung der Bank hervorgeht, die sich aus der Bilanz (Art. 23 BankV), den ergänzenden Angaben (Art. 24 BankV) sowie aus der Gewinn- und Verlustrechnung (Art. 25 BankV) zusammensetzt. Damit ist dem Grundsatz der Bilanzwahrheit und -klarheit Genüge getan.

(Beschluss vom 27. November 1980)

Ausweisung von Zuschüssen des Aktionärs in der Gewinn- und Verlustrechnung

In Bulletin 5, S. 48 ff. ist ein Entscheid der EBK publiziert, wonach eine Bank verpflichtet ist, einen Verlust auf einer Debitorenposition auch dann in der Erfolgsrechnung als Aufwand zu belasten, wenn sich der Alleinaktionär nach Entstehung des Abschreibungsbedarfes verpflichtet hat, den Verlust abzudecken. Dieser Entscheid, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten, wurde vom Bundesgericht geschützt. Hier einige Auszüge aus den Erwägungen des Urteils, das in BGE 105 I b publiziert werden wird.

1.– c) Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 104 lit. a und b OG), nicht aber die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art. 104 lit. c OG).

Ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten der EBK gegen eine Bank gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüft. Dabei muss es sich aber Zurückhaltung auferlegen bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die EBK zufolge ihrer Zusammensetzung aus Sachverständigen besser imstande ist als das Bundesgericht. Insofern ist der EBK ein gewisser Beurteilungsspielraum in der Beurteilung des Einzelfalls zuzugestehen (BGE 103 Ib 354 E. 5b).

Welche Massnahme im Einzelfall angezeigt ist, stellt dagegen eine Ermessensfrage dar. Hier kommt der EBK als fachkundiger Behörde ein weiter Spielraum des Ermessens bei der Auswahl der Massnahmen zu (BGE 103 Ib 354 E. 5c).

2.– Die EBK ist nicht mit der direkten Kontrolle der Banken betraut, sondern nur mit der Oberaufsicht (vgl. Botschaft über die Revision des Bankengesetzes vom 13. Mai 1970, BBl 1970 I/2 S. 1156). Sie hat die Jahresrechnungen der Banken nicht selbst nachzuprüfen; vielmehr ist dies Aufgabe der anerkannten Revisionsstellen. Diese müssen indessen die EBK von Verletzungen gesetzlicher Vorschriften, Mängeln oder andern Missständen benachrichtigen (Art. 21 Abs. 3 BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934; SR 952.0, BankG). Erhält die EBK von Gesetzesverletzungen oder sonstigen Missständen Kenntnis, so erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (Art. 23ter BankG). Wird sie demnach von der Verletzung der gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 BankG geltenden Bilanzierungsvorschriften oder von anderen Missständen unterrichtet, so ist sie aufgrund von Art. 23ter Abs. 1 BankG verpflichtet einzugreifen, um den ordnungsgemässen Zustand herzustellen und die Missstände zu beseitigen.

3.– a) Nach Art. 6 Abs. 1 BankG, haben die Banken Jahresrechnungen, umfassend die Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung, aufzustellen. Die Bilanz ist nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft und nach den Bestimmungen des BankG zu erstellen (Abs. 2). Die Jahresrechnungen sind zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (Abs. 4). Die Gliederung der Jahresrechnungen ist gemäss Abs. 5 in der Vollziehungsverordnung festzusetzen; diese hat auch zu bestimmen, in welcher Form und binnen welchen Fristen sie zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind. In diesem Sinn umschreiben die Art. 23–25 der Verordnung zum BankG vom 17. Mai 1972 (SR 952.02; BankV) die Gliederung der Jahresrechnung. Art. 23 und 24 BankV beziehen sich auf die Bilanz; Art. 25 BankV betrifft die Gewinn- und Verlustrechnung. Der BankV ist zudem im Anhang II eine «Wegleitung zu den Bilanzierungsvorschriften der Art. 23–25 der Verordnung» beigegeben. Darin wird unter lit. A die Gliederung der Bilanzen beschrieben, unter lit. B die Aufteilung der Gewinn- und Verlustrechnung; lit. C enthält allgemeine Weisungen.

b) In der Gewinn- und Verlustrechnung 1977 wird die Bank Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen von Fr. 4,2 Mio. und einen Reingewinn von Fr. 7,1 Mio. ausweisen. Im Vergleich zum Vorjahr

haben sich damit die ausgewiesenen Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen um Fr. 1,3 Mio. verringert, und der ausgewiesene Reingewinn übertrifft das Vorjahresergebnis um 9,4% (Fr. 7,1 Mio. 1977; Fr. 6,4 Mio. 1976).

Ohne die Ausfallgarantie des Alleinaktionärs hätte die Beschwerdeführerin im Jahr 1977 einen Verlust hinnehmen müssen, der bei fast vollständiger Abschreibung des Engagements X rund Fr. 20 Mio. betragen hätte. Nach der von ihr vorgesehenen Gewinn- und Verlustrechnung sollen weder der Verlust auf dem Engagement X als Aufwand, noch der Zuschuss (Ausfallgarantie) des Alleinaktionärs als Ertrag ausgewiesen werden. Die EBK ist demgegenüber der Auffassung, dass der Verlust auf der Aufwandseite unter der Rubrik «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» als «Debitorenverlust» (lit. B Ziff. 2.7 Anhang II zur BankV) offen ausgewiesen werden muss und die Ausfallgarantie auf der Ertragsseite, mangels einer andern Rubrik, unter «Verschiedenes» (lit. B Ziff. 1.7 Anhang II zur BankV) zu verbuchen ist.

4.– a) Es fragt sich zunächst, ob von einem Debitorenverlust auszugehen ist, da der endgültige Verlust auf dem Engagement X am Bilanzstichtag (31. Dezember 1977) zahlenmässig noch nicht feststand.

Weder das BankG noch das Aktienrecht regeln die Bewertung von Forderungen. Es ist deshalb auf den allgemeinen Grundsatz von Art. 960 Abs. 2 OR zurückzugreifen, wonach alle Aktiven höchstens nach dem Wert einzusetzen sind, der ihnen im Zeitpunkt zukommt, auf den die Bilanz errichtet wird (*Bodmer/Kleiner/Lutz*, Kommentar zum BankG N. 12 zu Art. 6 BankG). Der Wert einer Forderung vermindert sich nicht erst mit dem Vorliegen eines Verlustscheins. Vielmehr tritt die Wertverminderung ein, sobald ernsthafte Zweifel bestehen, dass die Forderung ohne Verlust realisiert werden kann. Dieser Wert kann in der Regel nur durch eine Schätzung ermittelt werden (*Bodmer/Kleiner/Lutz* a. a. O. N. 15 zu Art. 6 BankG).

Bereits Ende Dezember 1977 war bekannt, dass auf dem Engagement X ein bedeutender Verlust entstanden war, da im Dezember 1977 über die Nachlassverträge der B Holding AG sowie der B Finanz- und Verwaltungs AG verhandelt wurde und die B & Co. in Konkurs gehen sollte. Angesichts der zu erwartenden geringen

Nachlassdividenden bzw. der sich gegenüberstehenden hohen Passiven und geringen freien Aktiven der B & Co. war praktisch mit einem völligen Verlust auf dem Engagement X zu rechnen. Obwohl der endgültige betragsmässige Ausfall noch nicht feststand, konnte der am Bilanzstichtag bestehende Verlust in diesem Zeitpunkt durchaus geschätzt werden. Es bestand demnach in der Tat am Bilanzstichtag ein Verlust, der nach dem Gesagten grundsätzlich in der Jahresrechnung verbucht werden musste. In Frage kommt dafür nur die von der EBK genannte Rubrik.

b) Entsprechend fragt sich, ob aus der Ausfallgarantie des Alleinaktionärs ein Ertrag bejaht werden kann, der auszuweisen ist. Zwar kann eine AG die Aktionäre nicht zwingen, zusätzliche Leistungen zur Deckung eines Verlustes der Gesellschaft zu erbringen (Art. 680 Abs. 1 OR). Solche zusätzlichen Leistungen können indessen freiwillig erbracht oder vertraglich versprochen werden. Der Vertrag oder ein ähnliches Dokument, das die Ausfallgarantie des Alleinaktionärs näher belegen könnte, liegt nicht in den Akten; es bestehen indessen keine Anhaltspunkte dafür, dass die in keiner Weise bestrittene Garantie nicht abgegeben wurde. Ebensowenig ist die Zahlungswilligkeit und -fähigkeit des Alleinaktionärs bestritten. Er ist angesichts seiner finanziellen Verhältnisse auch offensichtlich in der Lage, die beträchtliche Forderung zu erfüllen. Unter diesen Umständen darf angenommen werden, dass die Zahlung im Ausmass des von der Bank tatsächlich erlittenen Verlusts stattfinden wird, wobald die endgültige Höhe des Verlustes betragsmässig feststeht. Entsprechend dem nachweisbaren Debitorenverlust auf dem Engagement X stand demnach am Bilanzstichtag der Bank in derselben Höhe eine feste Forderung zu. Diese kann somit ebenfalls grundsätzlich in der Gewinn- und Verlustrechnung 1977 auf der Ertragsseite aktiviert werden. Da es sich nicht um einen Ertrag aus dem Betrieb oder der Geschäftstätigkeit der Bank handelt, steht hiefür mangels einer andern Rubrik nur die Rubrik 1.7 «Verschiedenes» zur Verfügung.

5.– Die Beschwerdeführerin stellt sich indessen auf den Standpunkt, die beiden Positionen müssten in der Gewinn- und Verlustrechnung nicht ausgewiesen werden, weil der erwähnte Verlust durch die Ausfallgarantie des Alleinaktionärs gedeckt sei und deshalb die Bank wirtschaftlich keinen selber zu tragenden Verlust erlitten habe.

a) Im Unterschied zu den ausschliesslich den allgemeinen Buchführungsvorschriften und dem Aktienrecht unerstellten Unternehmungen sind die Banken (mit Ausnahme der Privatbanquiers, die sich nicht öffentlich zur Aufnahme fremder Gelder empfehlen) verpflichtet, die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Zwischenbilanzen zu veröffentlichen. Damit soll zunächst das Bankenpublikum, d. h. die Aktionäre sowie die Gläubiger und die Kreditnehmer, in den Stand versetzt werden, sich ein Bild von der Vermögens- und Ertragslage des Instituts zu machen, dem sie ihr Geld anvertrauen. Sie sollen in die Lage versetzt werden, sich ein selbständiges Urteil über das Geschäftsgebaren und die Sicherheit der Bank zu bilden. Grosse Bedeutung haben die Publikationen sodann für die Orientierung der Öffentlichkeit schlechthin (*Bodmer/Kleiner/Lutz* a. a. O. N. 33 zu Art. 6 BankG). Daher will das BankG mittels detaillierter Gliederungsvorschriften einen vertieften Einblick in die finanziellen Verhältnisse einer Bank und deren Entwicklung gewährleisten (*Bodmer/Kleiner/Lutz* a. a. O. N. 3 zu Art. 6 BankG).

b) Ist aus der Jahresrechnung nicht ersichtlich, dass der ausgewiesene Abschluss nur dank besonderen Zuschüssen an die Bank erreicht wurde, so lässt sich dies mit dem Sinn der bankenrechtlichen Gliederungsvorschriften nicht vereinbaren. Denn nur wenn solche Zuschüsse und die entsprechenden Verluste ausgewiesen werden, kann sich das Publikum ein Bild über die wirtschaftliche Ertragslage und die Sicherheit der Bank machen. Der aufmerksame Leser kann so zumindest feststellen, ob das publizierte Ergebnis wesentlich durch die Sammelposition «Verschiedenes» auf der Ertragsseite beeinflusst ist. Schlüge sich die Sanierung einer Bank durch ihren Alleinaktionär nur dann sichtbar im Jahresabschluss nieder, wenn der Weg der Kapitalherabsetzung und anschliessenden Wiederaufstockung beschrrieben wird, würden die bankenrechtlichen Bilanzierungs- und Gliederungsvorschriften in dieser Beziehung ihrem Zweck nicht gerecht. In der Lehre wird sogar die Auffassung vertreten, dass bereits die allgemeinen Grundsätze der Bilanzwahrheit und -klarheit nach Art. 959 OR eine Kompensation von Ertrags- und Aufwandsposten sowie Verschiebungen innerhalb der beiden Erfolgsreihen ausschliessen können (z. B. *Bourquin*, Le principe de sincérité du bilan, S. 406; *Bodmer/Kleiner/Lutz* a. a. O. N. 76 zu Art. 6 BankG; vgl. auch *Blumer/Graf*, Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 6. A.,

1977, S. 76). Wie es sich damit verhält, braucht hier indessen nicht abschliessend geprüft zu werden, da jedenfalls für Banken eine solche Kompensation aufgrund der besonderen bankenrechtlichen Vorschriften verneint werden muss.

7.– a) Die Beschwerdeführerin hält schliesslich dafür, es genüge, wenn sie die Ausfallgarantie bzw. den Verlust im Geschäftsbericht erwähne.

Dem Geschäftsbericht kommt gegenüber der Jahresrechnung eine ergänzende Funktion zu (Art. 724 OR; *Bürgi*, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, N. 2 zu Art. 724 OR). Es sollen darin die Positionen der Bilanz und der Erfolgsrechnung erläutert werden. Angesichts der strengen bankenrechtlichen Vorschriften für eine minimale Gliederung der Jahresrechnung kann eine wesentliche Aussage in der Jahresrechnung einer Bank nicht dadurch ersetzt werden, dass sie im Geschäftsbericht erwähnt wird. Der blosser Hinweis im Geschäftsbericht des Jahres 1977 genügt daher im vorliegenden Fall nicht.

b) Die Beschwerdeführerin wendet in diesem Zusammenhang in der Replik noch ein, die Verbuchung der Ausfallgarantie unter «Verschiedenes» sei nicht aussagekräftig, da daraus nicht hervorgehe, woher der Zuschuss komme. Entscheidend ist indessen, wie die EBK in der Duplik zu Recht hervorhebt, dass ohne Ausweis des erlittenen Debitorenverlusts auf der Aufwandseite und dessen Abdeckung unter der Ertragsposition «Verschiedenes» die Gewinn- und Verlustrechnung überhaupt nicht aussagekräftig ist. Dass hingegen der Leser, wenn die Ertragsposition «Verschiedenes» nicht weiter unterteilt wird, auf eine ergänzende Berichterstattung im Geschäftsbericht angewiesen ist, bedeutet nicht, dass die Information überhaupt fehlt. Vielmehr kann ein kundiger Leser aus den beiden auch nicht weiter unterteilten Saldi zumindest ablesen, dass die Bank offenbar einen hohen Verlust erlitten hat und dieser mit ausserordentlichen Erträgen abgedeckt werden musste. Im übrigen kann die Bank von sich aus von der Möglichkeit einer weiteren Unterteilung gemäss lit. C Anhang II zur BankV Gebrauch machen und so die Jahresrechnung aussagekräftiger gestalten.

8.– a) Aus dem Gesagten folgt, dass die Bank verpflichtet war, in der Jahresrechnung 1977 die beiden Positionen offen auszuweisen.

Angesichts der Weigerung der Bank, die entsprechenden Verbuchungen vorzunehmen, und der Bedeutung der in Frage stehenden Vorschriften konnte die EBK gestützt auf ihre Aufsichtsbefugnisse auch ohne weiteres den Ausweis verbindlich anordnen, wie sie es in Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung tat. Die Beschwerde ist somit in dieser Beziehung unbegründet.

b) Es fragt sich noch, ob die EBK auch die Befugnis hatte, die Veröffentlichung der Jahresrechnung von ihrer vorgängigen Genehmigung abhängig zu machen (Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung). Gemäss Art. 23bis und 23ter BankG kommt der EKB bei der Auswahl der Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands ein weiter Spielraum des Ermessens zu (vgl. vorne E. 1c). Mit der erwähnten Genehmigung ist nicht eine Kontrolle der unmittelbaren Geschäftstätigkeit der Bank verbunden; auch übt die EBK damit nicht die Funktion der Revisionsstelle aus. Vielmehr erlaubt ihr die vorgängige Einsicht in die zur Publikation bestimmte Jahresrechnung lediglich, die betreffende Bank nochmals auf eine allfällige Gesetzwidrigkeit aufmerksam zu machen und ihr zu ermöglichen, eine Korrektur anzubringen, die sonst unter Umständen in Form einer nachträglichen, korrigierten Veröffentlichung erfolgen muss (vgl. *Bodmer/Kleiner/Lutz* a. a. O. N. 11 zu Art. 23ter BankG). Es versteht sich sodann, dass die EBK in der Ausübung dieser präventiven Kontrolle an das Amtsgeheimnis gebunden ist. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, die Anordnung halte sich nicht im Rahmen des der EBK zustehenden Ermessensspielraums.

c) Die Beschwerde ist demnach vollumfänglich abzuweisen. Es fragt sich, welche Folgen dies für die Beschwerdeführerin hat, nachdem die Jahresrechnung 1977 ohne die erwähnten Auflagen publiziert wurde. Es ist an sich nicht ausgeschlossen, dass ein Verstoß gegen die Bilanzierungs- und Gliederungsvorschriften im Hinblick auf die Interessen des Bankenpublikums als so schwerwiegend angesehen werden muss, dass eine nachträgliche Publikation einer korrigierten Jahresrechnung zum Schutz der Gläubiger und des Publikums unerlässlich ist. Die Interessenlage im vorliegenden Fall erfordert dies indessen nicht. Im Geschäftsbericht 1977 führte die Bank aus: «So muss neben anderen Banken auch die Bank als Folge des Zusammenbruchs des B-Konzerns mit einem Verlust in der Grössenordnung von 26 Mio. Franken rechnen. Um die Bank davon zu

entheben, zur Ausfalldeckung stille Reserven flüssig zu machen, hat der Alleinaktionär gegenüber der Bank eine Ausfallgarantie übernommen.» Auch durch Pressemeldungen und -kommentare war dieser Stand der Dinge einem breiten Publikum zur Kenntnis gekommen. Eine nachträgliche Veröffentlichung einer korrigierten Jahresrechnung 1977 wäre unter diesen Umständen eine unverhältnismäßige Massnahme. Hingegen dürfte es sich rechtfertigen, die Bank zu verpflichten, im Geschäftsbericht des folgenden Jahres auf die Korrektur in angemessener Weise hinzuweisen. Indes liegt in diesem Zeitpunkt auch bereits der Geschäftsbericht des Jahres 1978 vor. Unter Würdigung der gesamten Umstände kann der Beschwerdeführerin nicht mehr zugemutet werden, auch noch in einem späteren Geschäftsbericht auf jene Verbuchungen zurückzukommen und einen entsprechenden korrigierenden Hinweis noch nachzutragen. Die Sache muss deshalb mit diesem Urteil sein Bewenden haben.

Gesetzesregister / Répertoire légal

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft	Seite
<i>Geltungsbereich / Champ d'application</i>				
1 I			3	49
1 I			3	54
1 I			6	5
1 II a	1		4	31
1 III b			4	14
2		12, 13, 14 VAB/OBE	1	8
2			6	5
<i>Bewilligungen / Autorisations</i>				
(Entzug der Bewilligung s. unter EBK / Retrait de l'autorisation voirs sous CFB)				
3 I			3	49
3 I			3	54
3 II a			2	5
3 II a	8 II, III		1	12
3 II c			1	14
3 II c			1	18
3 II c	35		3	56
3 II c			3	62
3 II c			6	9
3 II c			7	35
3 II c			7	39
3bis I			2	8
3bis I a			1	25

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft	Seite
3bis I a			1	27
3bis I a	5 I		4	16
3bis I a	5 I		4	23
3bis I b			1	27
3bis I b			1	30
3bis III			1	22
3bis III			2	12
3ter			2	12
3ter II			1	22
3ter II			1	25
3ter II			1	27
<i>Eigene Mittel, Liquidität usw. / Fonds propres, Liquidité etc.</i>				
4 I b	16 I b		5	46
4 II	16 I c		6	10
4 III			2	19
4 III			6	13, 14
4 III			6	15
4bis	21		2	23
4bis	21 I b		5	41
4bis	21 I c (d)		5	44
	21 IV		5	42
4bis	21 VI	12 + 13 VAB/OBE	6	18
4ter			2	23
4ter			5	43
5			5	52

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft	Seite
<i>Jahresrechnungen und Bilanzen / Comptes annuels et bilans</i>				
6 II		665 OR/CO	2	28
6 II	25, Anh. II B		5	48
			7	51
6 II	25		5	52
6 II	23, Anh. II A		6	21
6 II	23, Anh. II A		6	24
6 II	25, Anh. II B		6	27
6 II	Anh. II C		7	39
6 II	23 ff.	959 OR/CO	7	46
6 II	24	959 OR/CO	7	49
<i>Überwachung und Revision / Contrôle et revision</i>				
19 I			4	5
20 I	35 II		2	31
	38 a, b		2	31
20 IV			2	31
21 IV			2	31
<i>EBK / CFB</i>				
23bis I			5	51
23bis I			6	5
23ter I			2	31
23ter I			3	59
23ter I			6	5
23ter IV			3	68

BankG LB	BankV OB	Andere Erlasse Autres lois	Heft	Seite
23quinquies			2	12
23quinquies	37 II		2	31
23quinquies			3	51
23quinquies			3	59
23quinquies		55 ZGB/CC	3	62
23quinquies			6	5