Urteilskopf

105 Ib 406

60. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 21. September 1979 i.S. Bank X. gegen Eidg. Bankenkommission (verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 6 BankG; Aufstellung und Veröffentlichung der Jahresrechnung. Ausweispflicht für einen Zuschuss à fonds perdu des Alleinaktionärs einer Bank.

1. Aufsichtsbefugnisse der Eidg. Bankenkommission (Art. 23ter BankG, Art. 6 BankG; E. 2 u. 8).

2. Gliederung der Jahresrechnung (Art. 6 BankG, Art. 23-25 BankV; E. 3).

3. Wann liegt ein in der Gewinn- und Verlustrechnung auszuweisender Debitorenverlust (E. 4a), wann ein zu verbuchender Ertrag (E. 4b) vor?

4. Unzulässigkeit der Kompensation wirtschaftlich sich entsprechender Aufwand- und Ertragspositionen (E. 5).

5. Verhältnis zwischen Geschäftsbericht und Jahresrechnung (E. 7).

Regeste (fr):
Art. 6 LB; établissement et publication des comptes annuels. Obligation de faire apparaître dans les comptes un versement supplémentaire qu'effectue à fonds perdu l'actionnaire unique d'une banque.

1. Pouvoirs de la Commission fédérale des banques en matière de surveillance (art. 23ter LB, art. 6 LB; consid. 2 et 8).

2. Présentation des comptes annuels (art. 6 LB, art. 23-25 OB; consid. 3).

3. Quand y a-t-il lieu de faire apparaître au compte de profits et pertes une perte sur débiteurs (consid. 4a), d'y comptabiliser un produit (consid. 4b)?

4. La compensation de charges et produits qui économiquement s'équivalent est inadmissible (consid. 5).

5. Relation entre rapport de gestion et comptes annuels (consid. 7).

Regesto (it):
Art. 6 LBCR; allestimento e pubblicazione dei conti annuali. Obbligo di far figurare nei conti un versamento supplementare effettuato dall'azionista unico di una banca.

1. Poteri della Commissione federale delle banche in materia di vigilanza (art. 23ter LBCR, art. 6 LBCR; consid. 2 e 8).

2. Struttura dei conti annuali (art. 6 LBCR, art. 23-25 OBCR; consid. 3).

3. Quando deve apparire sul conto profitti e perdite una perdita da debitori (consid. 4a) e quando deve figurarvi un attivo (consid. 4b)?

4. Non è consentita la compensazione di posizioni attive e passive che si equivalgono (consid. 5).

5. Relazione tra rapporto di gestione e conti annuali (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 407

BGE 105 Ib 406 S. 407

Die Bank X. ist eine Aktiengesellschaft, Alleinaktionär ist M. Im ersten Halbjahr 1977 wurde beim Engagement S. der Bank, welches die sog. N.-Gruppe betraf, ein bedeutendes Verlustrisiko festgestellt. Damit zur Deckung des Rückstellungsbedarfs nicht Reserven herangezogen werden mussten, leistete M. gegenüber der Bank eine Ausfallgarantie im Umfang von maximal zu erwartenden Verlusten von Fr. 27,5 Mio., fällig mit dem Nachweis der effektiven Höhe des Verlusts. Bei dieser Sachlage empfahl die Eidg. Bankenkommission (EBK) der Bank X., diese Ausfallgarantie in der Gewinn- und Verlustrechnung 1977 unter der Rubrik "Verschiedenes" offen auszuweisen und im Geschäftsbericht 1977 zu kommentieren; ferner empfahl sie der Bank, die Jahresrechnung 1977 erst nach Genehmigung durch die EBK zu veröffentlichen (Schreiben vom 23. Dezember 1977). Die Bank X. lehnte beides ab. Sie hielt dafür, für die Verbuchung bestehe keine gesetzliche Vorschrift und die Genehmigung gehe über die Befugnisse der EBK hinaus. Aufgrund der Weigerung der Bank erliess die EBK am 23. Februar 1978 eine Verfügung. Darin wurde die Bank X. verpflichtet, in der Jahresrechnung 1977 die notwendige Abschreibung auf der Position S. durch entsprechende Belastung des Aufwandkontos "Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen" vorzunehmen (Ziff. 1) Ferner musste sie die Ausfallgarantie des M. in der Jahresrechnung 1977 im Ertragskonto "Verschiedenes" verbuchen (Ziff. 2). Schliesslich durften die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung nicht veröffentlicht werden, bevor die EBK ihre Genehmigung erteilt hatte (Ziff. 3).
Die Bank X. erhebt gegen diese Verfügung Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Sie beantragt, die Verfügung der EBK vom 23. Februar 1978 sei aufzuheben. Eventuell seien die Ziff. 1 und 2. der angefochtenen Verfügung erst für die Gewinn- und Verlustrechnung desjenigen Jahres zu befolgen, in dem die Höhe des Verlusts und die Höhe der Zahlung des M. als Garant bekannt seien.

BGE 105 Ib 406 S. 408

Die EBK beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Dieser wurde aufschiebende Wirkung beigelegt. Gestützt darauf veröffentlichte die Bank X. die Jahresrechnung 1977 ohne die verlangten Auflagen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. c) Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständig 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 weiterer 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 anderen 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 eine Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung, aufzustellen. Die Bilanz ist nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaften 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 dem 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 X. 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 M. hätte die Beschwerdeführerin im Jahr 1977 einen Verlust hinnehmen müssen, der bei fast vollständiger Abschreibung des Engagements S. rund Fr. 20 Mio. betragen hätte. Nach der von ihr vorgesehenen Gewinn- und Verlustrechnung sollen weder der Verlust auf dem Engagement S. als Aufwand, noch der Zuschuss (Ausfallgarantie) des M. 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 S. 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 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 den Engagement S. ein bedeutender Verlust entstanden war, da im Dezember 1977 über die Nachlassverträge der N. Holding AG sowie der N. Finanz- und Verwaltungs AG verhandelt wurde und die N. & Co. in Konkurs gehen sollte. Angesichts der zu erwartenden geringen Nachlassdividenden bzw. der sich gegenüberstehenden hohen Passiven und geringen freien Aktiven der N. & Co. war praktisch mit einem völligen Verlust auf dem Engagement S. 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 M. ein Ertrag bejaht werden kann, der auszuweisen ist. Zwar kann eine AG die Aktionäre nicht zwingen, zusätzliche Leistungen

zur Deckung eines Verlusts 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 M. 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 M. 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 X. tatsächlich erlittenen Verlusts stattfinden wird, sobald die endgültig Höhe des Verlusts betragsmässig feststeht. Entsprechend dem nachweisbaren Debitorenverlust auf dem Engagement S. stand demnach am Bilanzstichtag der Bank X. 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 M. 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 unterstellten 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 beschritten 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 Aufwandposten 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 blosse 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 zu BankV Gebrauch machen und so die Jahresrechnung aussagekräftiger gestalten.

8. a) Aus dem Gesagten folgt, dass die Bank X. 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 EBK 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 X. aus: "So muss neben anderen Banken auch die Bank X. als Folge des Zusammenbruchs des N.-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 M. als 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 X. 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 ihr Bewenden haben.