Urteilskopf

121 II 147

24. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 4. April 1995 i.S. G. GmbH gegen Eidgenössische Bankenkommission (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 22 Abs. 1 und Art. 23bis Abs. 2 BankG, Art. 1 BankV, Art. 819 OR, Art. 33 Abs. 2 VwVG; Anordnung einer ausserordentlichen Revision zur Abklärung, ob eine Gesellschaft unter die Bankengesetzgebung fällt; Pflicht zur Bevorschussung der Kosten.

Die Eidgenössische Bankenkommission ist gestützt auf Art. 23bis Abs. 2 BankG befugt, im Unterstellungsverfahren eine ausserordentliche Revision anzuordnen und hierfür einen Kostenvorschuss zu erheben, wenn objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt werden könnte (E. 3 u. 4).

Regeste (fr):
Art. 22 al. 1 et art. 23bis al. 2 LB, art. 1 OB, art. 819 CO, art. 33 al. 2 PA; mise en oeuvre d'une révision extraordinaire afin de déterminer si une société est soumise à la législation sur les banques; obligation de supporter l'avance de frais.

En vertu de l'art. 23bis al. 2 LB, la Commission fédérale des banques est autorisée à ordonner une révision extraordinaire au cours de la procédure d'assujettissement et à percevoir une avance de frais à cet effet, s'il existe des indices objectifs selon lesquels une activité soumise à autorisation pourrait être exercée (consid. 3 et 4).

Regesto (it):
Art. 22 cpv. 1 e art. 23bis cpv. 2 LBCR, art. 1 RBCR, art. 819 CO, art. 33 cpv. 2 PA; ordine di dare avvio a una revisione straordinaria per determinare se una società sia sottoposta alla legislazione sulle banche; obbligo di anticipare le spese.

Giusta l'art. 23bis cpv. 2 LBCR, la Commissione federale delle banche è autorizzata, nell'ambito di una procedura di assoggettamento, a ordinare una revisione straordinaria e a prelevare un anticipo per le spese, se esistono indizi oggettivi che un'attività sottoposta ad autorizzazione potrebbe essere esercitata (consid. 3 e 4).

Sachverhalt ab Seite 148

Die G. GmbH verfügt über ein Stammkapital von Fr. 260'000.– und bezweckt nach den Statuten "den Bau, den Betrieb und den Verkauf von Motel-Immobilien sowie den Handel mit solchen Objekten und mit Grundstücken, überdies die Durchführung von Treuhandgeschäften jeglicher Art, die damit zusammenhängen, Baurenovationen und -sanierungen, Versicherungsvermittlungen, Fahrzeugleasing und treuhänderische Verwaltung von Kundengeldern". Nachdem sie auf dem deutschen Markt mit Anleihensobligationen aufgetreten war, forderte sie das Sekretariat der Eidgenössischen Bankenkommission auf, genaue und ausführliche Angaben über ihre Geschäftstätigkeit zu machen und ihr (unter anderem) die letzte Jahresrechnung mit einem Revisoren-

bericht einzureichen. Da die gelieferten Unterlagen einen Entscheid über die Frage der Unterstellung unter das Bankengesetz nicht zuliessen und die G. GmbH sich einer Überprüfung ihres Jahresabschlusses durch eine bankengesetzliche Revisionsstelle widersetzte, verfügte die Bankenkommission am 26. Januar 1995 eine ausserordentliche Revision, bezeichnete die hierfür zuständige Stelle und verpflichtete die G. GmbH, einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– zu leisten. Die G. GmbH hat hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht, die das Bundesgericht abweist.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. a) Der Eidgenössischen Bankenkommission ist die Aufsicht über das Bankwesen und die Anlagefonds zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, Bankengesetz, BankG; SR 952.0). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 23bis Abs. 1 BankG). Zu ihrem Aufsichtsbereich gehört auch die Abklärung der Unterstellungs- und der Bewilligungspflicht einer Unternehmung (Art. 1 und Art. 3 BankG). Sie besitzt hierfür weitreichende Kompetenzen (vgl. Art. 23bis ff. BankG); so kann sie etwa nach Art. 1 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) von Unternehmungen, die nach Handelsregistereintragung, Geschäftstätigkeit oder Geschäftswerbung dem Gesetz unterstehen könnten, alle Unterlagen und Aufschlüsse verlangen, die sie benötigt, um zu beurteilen, ob eine bewilligungspflichtige Tätigkeit vorliegt. Welche Auskünfte und Unterlagen dies im einzelnen sind, ist

weitgehend ihrem technischen Ermessen anheimgestellt; das Bundesgericht greift in dieses nur bei eigentlichen Ermessensfehlern ein (vgl. BGE 116 Ib 193 E. 2d S. 197, BGE 108 Ib 196 E. 2a S. 200; PETER NOBEL, Auskunftsrechte und "technisches Ermessen" der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK], in: recht 1985 S. 55). Bei der Auswahl der Massnahme hat die Bankenkommission stets dem Hauptzweck der Bankengesetzgebung, dem Schutz der Gläubiger, Rechnung zu tragen (BGE 116 Ib 193 E. 2d S. 197). Das Bundesgericht legt im Zweifelsfall die Auskunftspflicht gemäss Art. 23bis Abs. 2 BankG weit aus, da der präventive Beizug von genügenden Informationen im öffentlichen Interesse die frühzeitige Erkennung von Gesetzesverletzungen und sonstigen Missständen ermöglicht (BGE 108 Ib 196 E. 2a S. 200). Da die Bankenkommission allgemein über die "Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften" zu wachen hat, ist die ihr übertragene "Aufsicht über das Bankwesen" nicht auf Banken und diesen gleichgestellte Unternehmungen beschränkt. Soweit ihre Aufsichtspflicht reicht, hat sie die Befugnis, generell die im Gesetz vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung ihrer Aufsicht auch gegenüber nicht unterstellten Instituten einzusetzen (BGE 116 Ib 193 E. 3 S. 198; vgl. auch BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Rz. 3 zu Art. 1). b) aa) Als Bank gelten nach Art. 2a lit. a BankV (in der Fassung vom 23. August 1989) Unternehmungen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und sich insbesondere "öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren". Öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfiehlt sich, wer in irgendeiner Form, insbesondere in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien, beim Publikum um Gelder wirbt oder dauernd von mehr als 20 Publikumsgläubigern Gelder entgegennimmt (Art. 3 Abs. 1 BankV in der Fassung vom 23. August 1989). Nach der Revision der Bankenverordnung vom 12. Dezember 1994 (in Kraft seit dem 1. Februar 1995) gelten unter anderem Unternehmungen als Banken, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und insbesondere gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl

von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren (Art. 2a lit. a BankV, AS 1995 253). Dem Bankengesetz nicht unterstellte natürliche und juristische Personen dürfen

BGE 121 II 147 S. 150

neu gewerbsmässig grundsätzlich keine Publikumseinlagen mehr entgegennehmen, doch kann der Bundesrat Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Die Auflage von Anleihen ist keine gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG in der Fassung vom 18. März 1994; AS 1995 246); als solche gelten Anleihensobligationen dann nicht, wenn die Gläubiger in einem dem Artikel 1156 OR entsprechenden Umfang informiert worden sind (Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV in der Fassung vom 12. Dezember 1994 als präzisierende Ausführungsregelung zu Art. 1 Abs. 2 letzter Satz BankG in der Fassung vom 18. März 1994; BODMER/KLEINER/LUTZ, a.a.O., Rz. 43 zu Art. 1). bb) Die Beschwerdeführerin empfiehlt sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder, indem sie am Kapitalmarkt Gelder aufnimmt; sie legt zu diesem Zweck Anleihensobligationen auf und wirbt hierfür in entsprechenden Inseraten. Per Ende 1993 hatte sie durch 24 Emissionen, die sie seit November 1992 mehr oder weniger monatlich ein- bis zweimal auf dem deutschen Markt vornahm, Anleihen von Fr. 9'332'250.– offen; sie versprach hierfür Zinsen bis zu 12% (bei einer Laufzeit der Obligation von 4 Jahren). Wenn die Bankenkommission davon ausging, es sei eher "aussergewöhnlich", dass eine GmbH solche Obligationen in Tranchen von einigen 10'000 Fr. selber emittiere (vgl. ANDREAS ROHR, Grundzüge des Emissionsrechts, Zürich 1990, Bd. 3, S. 109), und nicht ausschloss, dass die Anleihensobligationen der Beschwerdeführerin aufsichtsrechtlich relevant sein könnten, weshalb sich die Anordnung einer ausserordentlichen Revision rechtfertige, ist dies, unabhängig davon, ob das alte oder neue Recht auf sie anzuwenden ist, nicht zu beanstanden. c) Die Rüge der Beschwerdeführerin, ihre Geschäftstätigkeit falle gar nicht unter das Bankengesetz, verkennt den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens: Zur Anordnung einer ausserordentlichen Revision durch die Bankenkommission genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine allenfalls unter das Bankengesetz fallende Tätigkeit vorliegen. Ob und wie das Bankengesetz tatsächlich Anwendung finden wird, bildet Gegenstand des Entscheids in der Sache selber. Auch der Einwand, die Beschwerdeführerin sei als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gestützt auf Art. 1156 OR in Verbindung mit Art. 652a Abs. 1 Ziff. 5 OR und Art. 819 OR zivilrechtlich gar nicht zur Erstellung und Vorlage eines Revisionsberichts verpflichtet, weshalb der Verfügung der Bankenkommission die gesetzliche Grundlage fehle, geht an der Sache vorbei. Art. 23bis Abs. 2 BankG sieht vor, dass die Bankenkommission den Revisionsbericht über eine Bank einfordern oder

BGE 121 II 147 S. 151

"ausserordentliche Revisionen" anordnen kann. Gestützt hierauf ist sie befugt - unter Umständen auch in Abweichung von zivilrechtlichen Regeln -, eine Revision in ihrem Aufsichtsbereich im Rahmen ihres technischen Ermessens anzuordnen, wenn ihr dies geboten erscheint. Verfügungsgrundlage bildet dabei das zwingende Bankenrecht (vgl. BGE 108 Ib 196 E. 2b S. 201) und nicht das Zivilrecht, ansonsten die Durchsetzung der Bankengesetzgebung von der zivilrechtlich gewählten Organisationsform abhinge, was dem Sinn und Zweck der Bankenaufsicht widerspräche. Auch der Hinweis auf Art. 1156 OR in Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV im Zusammenhang mit Anleihensobligationen ist im übrigen im Lichte der bankengesetzlichen Schutzbedürfnisse zu sehen und nicht allein auf seinem zivilrechtlichen Hintergrund.

4. a) Die Eidgenössische Bankenkommission hat die Beschwerdeführerin verpflichtet, die Revisionskosten zu

tragen und diese mit Fr. 20'000.– zu bevorschussen. Die Beschwerdeführerin wendet ein, sie sei gar keine Bank und habe deshalb auch die entsprechenden Kosten nicht zu tragen; sollte sich erweisen, dass sie tatsächlich dem Gesetz unterstehe, könnten ihr die Kosten nachträglich immer noch auferlegt werden. Sie beanstandet zudem, die Bankenkommission habe mit der Bezeichnung der Firma STG-Coopers & Lybrand als Revisionsstelle ihr Wahlrecht verletzt und gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen. b) Nach Art. 49 Abs. 2 BankV kann die Bankenkommission zur Durchführung einer ausserordentlichen Revision nötigenfalls eine anerkannte Revisionsstelle bezeichnen und die betroffene Bank zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichten. Diese Regelung gilt auch, wo die Bankenkommission - wie hier - zur Anordnung einer ausserordentlichen Revision als Beweismassnahme im Unterstellungsverfahren befugt ist: Gemäss Art. 33 Abs. 2 VwVG kann eine vom Betroffenen beantragte Beweisabnahme, die mit verhältnismässig hohen Kosten verbunden ist, davon abhängig gemacht werden, dass die Partei innert Frist die ihr zumutbaren Kosten vorschiesst. Nach Art. 22 Abs. 1 BankG hat die revidierte Bank die Revisionskosten zu tragen. Im Rahmen des Unterstellungsverfahrens schliesslich sind nach der Rechtsprechung die Verfahrenskosten vom Beaufsichtigten zu übernehmen, auch wenn die Bankenkommission feststellen sollte, dass keine dem Bankengesetz unterliegende Tätigkeit ausgeübt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 1991 i.S. X. AG, E. 6, veröffentlicht in EBK-Bulletin 22/1992, 53 ff.). Die Beschwerdeführerin widersetzte sich vorliegend zwar der

angeordneten Beweismassnahme und beantragte diese entgegen der Regelung in Art. 33 Abs. 2 VwVG gerade nicht, doch kommt es im bankenrechtlichen Aufsichtsverfahren, in dem spezialgesetzlich weitgehende Auskunfts- und Mitwirkungspflichten bestehen, hierauf nicht an. Rechtfertigt sich die angeordnete Beweismassnahme, so kann vom Betroffenen gestützt auf Art. 49 Abs. 2 BankV bzw. Art. 22 Abs. 1 und Art. 23bis BankG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 2 VwVG verlangt werden, dass er die entsprechenden Kosten vorschiesst. Die Anordnung, den Kostenvorschuss direkt an eine bestimmte Revisionsstelle zu leisten, ist dabei bundesrechtlich solange nicht zu beanstanden, als über den Kostenvorschuss im Rahmen der Endverfügung abgerechnet wird. c) Die Bankenkommission gab der Beschwerdeführerin wiederholt Gelegenheit, eine Bankenrevisionsstelle ihrer Wahl mit der Revision der Jahresrechnung zu beauftragen, was sie ablehnte. Unter diesen Umständen durfte die Bankenkommission eine solche gestützt auf Art. 49 Abs. 2 BankV direkt bezeichnen. Die Frage, wen sie damit beauftragt, beschlägt die Angemessenheit ihres Entscheids, die das Bundesgericht grundsätzlich nicht zu überprüfen hat (Art. 104 lit. c OG; BGE 115 Ib 55 E. 2b S. 57; zur Problematik bei der Ernennung eines Liquidators: vgl. unveröffentlichtes Urteil vom 2. März 1994 i.S. Y., E. 5). Von einem vom Bundesgericht zu überprüfenden Ermessensmissbrauch (Art. 104 lit. a OG) könnte aber so oder so keine Rede sein: Weder ist ersichtlich, warum die bezeichnete Revisionsstelle die Revision nicht gesetzeskonform durchführen könnte, noch warum die KPMG Fides Peat mit der Revision zu beauftragen wäre. Die Beschwerdeführerin bringt selber auch keine entsprechenden Gründe vor.