Urteilskopf

98 Ib 269

38. Auszug aus dem Urteil vom 23. Juni 1972 i.S. Bank X. gegen Eidg. Bankenkommission.
Regeste (de):
OG: Beschwerdelegitimation einer durch die angefochtene Verfügung aufgelösten Gesellschaft (Erw. 1).

Bankengesetz:

- Die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit ist einer in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft gegründeten Bank gestützt auf Art. 23 quinquies Abs. 1 BankG zu entziehen, wenn kein Gesellschafter die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 BankG mehr erfüllt (Erw. 4 a).

- Weitgehend Ermessenssache ist der Entscheid über den genauen Zeitpunkt, da ein Bewilligungsentzug in Kraft treten und damit das Bankunternehmen aufgelöst werden soll; die Frage kann nur von Fall zu Fall und im Lichte der Gläubigerinteressen beantwortet werden (Erw. 4 b).

- Die Bezeichnung der Revisionsstelle als Liquidatorin (Art. 23 quinquies BankG) ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen (Erw. 5).

Regeste (fr):
Loi fédérale d'organisation judiciaire: qualité pour agir d'une société dissoute en vertu même de la décision attaquée (consid. 1).

Loi sur les banques:

- L'autorisation d'exercer l'activité bancaire doit être retirée, en vertu de l'art. 23 quinquies al. 1 LB, à une banque constituée sousforme de société en commandite, lorsqu'aucun des associés ne remplit plus les conditions de l'art. 3 al. 2 LB (consid. 4 a).

- C'est principalement une question d'appréciation que de décider à quel moment le retrait de l'autorisation doit entrer en force et, partant, à quel moment l'entreprise bancaire doit être dissoute; la question ne peut être tranchée que de cas en cas et à la lumière de l'intérêt des créanciers (consid. 4 b).

- La désignation de l'organe de revision comme liquidateur (art. 23 quinquies LB) n'est, en principe, pas exclue (consid. 5).

Regesto (it):
OG: Qualità per ricorrere di una società sciolta con la decisione impugnata (consid. 1).

Legge federale sulle banche:

- L'autorizzazione di esercitare un'attività bancaria deve essere ritirata, in virtù dell'art. 23 quinquies cpv. 1 LBCR, a una banca costituita in forma di società in accomandita quando alcun socio più non adempie le condizioni dell'art. 3 cpv. 2 LBCR (consid. 4 a).

- La determinazione del momento in cui deve entrare in vigore il ritiro dell'autorizzazione, e quindi lo scioglimento dell'azienda bancaria, costituisce una questione di apprezzamento; la questione deve essere risolta caso per caso alla luce degli interessi dei creditori (consid. 4 b).

- La designazione dell'organo di revisione come liquidatore (art. 23 quinquies LBCR) non è, in principio, esclusa (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 270

BGE 98 Ib 269 S. 270

Die Kommanditgesellschaft X. (nachfolgend "Bank X."), der als Komplementäre M., N. und O. X. und als Kommanditärin die Aktiengesellschaft Y. angehören, erhielt im Jahr 1964 die Bewilligung zum Betrieb eines Privatbankiergeschäftes, das sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfiehlt. Seit Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit gab die Bank X. zu Beanstandungen Anlass. Nach mehrmaligen fruchtlosen Aufforderungen, verschiedene Missstände zu beheben und gestützt auf einen Ergänzungsbericht der Revisionsstelle, setzte die Eidg. Bankenkommission am 27. Dezember 1971 die Revisionsstelle als "Beobachter" im Sinne von Art. 23 quater BankG ein. Die in der Folge festgestellten Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung der Bank veranlassten die Bankenkommission am 21. März 1972, der Bank X. gestützt auf Art. 23 quinquies BankG die Bewilligung zur Ausübung des Bankengewerbes zu entziehen und die Gesellschaft aufzulösen. Als Liquidatorin wurde die Revisionsstelle bezeichnet. Gegen diese Verfügung erhebt die Bank X. Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, eventuell sei der Bewilligungsentzug und die

BGE 98 Ib 269 S. 271

Auflösung der Gesellschaft per 31. Mai 1972 festzulegen, subeventuell sei als Liquidatorin eine geeignete Revisorin zu ernennen, die nicht identisch ist mit der bankengesetzlich bisherigen Revisionsstelle der Bank X. Die Eidg. Bankenkommission beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerde richtet sich gegen eine gestützt auf das Bankengesetz erlassene Verfügung der Bankenkommission. Sie stützt sich auf öffentliches Recht des Bundes und stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwG und Art. 97 OG dar. Keiner der Ausschlussgründe der Art. 99 bis 102 OG trifft zu. Die Bank X., als unmittelbar Betroffene, hat an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 103 lit. a OG). Nachdem durch die angefochtene Verfügung das Bankunternehmen aufgelöst und sämtliche bisherigen Unterschriften gelöscht werden, fragt sich, ob die Komplementäre M. und N. X. für die Bank Beschwerde führen können; die Beschwerde gegen den Entscheid der Bankenkommission hat nämlich nur aufschiebende Wirkung, sofern der Präsident der verwaltungsrechtlichen Kammer sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügt (Art. 111 Abs. 2 OG); über das Begehren der Beschwerdeführerin um aufschiebene Wirkung ist noch nicht entschieden worden. Die Legitimation von M. und N. X. ist zu bejahen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes muss dem gesetzlich eingeräumten Beschwerderecht eine sei-

nem Sinn und Zweck entsprechende Tragweite zukommen. So darf grundsätzlich von einer Bewilligung vor Ablauf der Beschwerdefrist bzw. vor Abweisung eines allfälligen Gesuches um aufschiebende Wirkung noch keinen Gebrauch gemacht werden; die die Bewilligung einräumende Verfügung tritt bis zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich nicht in Kraft (BGE 96 I 511). Ebenso würde der Sinn und Zweck des gesetzlich verankerten Beschwerderechtes vereitelt, wenn in der angefochtenen Verfügung die Beschwerdelegitimation der Betroffenen eingeengt, ja ausgeschlossen werden könnte. Für den Fall, wo - wie hier - eine Gesellschaft durch

behördliche Verfügung aufgelöst und sämtliche bisherigen Unterschriften gelöscht werden, muss die Betroffene - ungeachtet ihrer Auflösung und der Löschung der Unterschriften - Beschwerde führen können. Dies ergibt sich von selbst, wenn der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Doch selbst wenn dies nicht der Fall ist und die Beschwerdeinstanz der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuerkennt, kann das nicht heissen, dass der betroffenen Gesellschaft die Legitimation zur Beschwerde entzogen und das Beschwerdeverfahren - weil es der Gesellschaft an der Legitimation fehlt - ohne Sachentscheid abgeschlossen wird. Denn mit der Verfügung über die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels kann nicht der Sachentscheid vorweggenommen werden. M. und N. X. sind mithin berechtigt, für die Bank X. Beschwerde zu erheben. Sie sind es aber auch in eigenem Namen. Als unbeschränkt haftende Gesellschafter werden sie durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung (Art. 103 lit. a OG). Nachdem die übrigen prozessualen Erfordernisse erfüllt sind (Art. 106 und 108 OG), ist auf die Beschwerde einzutreten.

4. Nach Art. 23 quinquies Abs. 1 BankG entzieht die Bankenkommission einer Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit. Die Voraussetzungen, unter welchen die Bankenkommission verpflichtet wird, einer Bank die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit zu entziehen, sind - wie aus dem Wortlaut dieser Bestimmung klar hervorgeht - alternativ. Es genügt, dass die Bank die Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder dass sie ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt. Die Vorschrift des Art. 23 quinquies Abs. 1 BankG bringt auch unmissverständlich zum Ausdruck, dass es der Bankenkommission nicht freisteht einzuschreiten oder nicht. Ist eine der Voraussetzungen des Art. 23 quinquies Abs. 1 BankG erfüllt, ist der Bewilligungsentzug zwingend (vgl. auch Botschaft über die Revision des BankG, BBl 1970 I 1179). Ein gewisser Beurteilungsspielraum ist der Bankenkommission immerhin bei der Prüfung der Fragen eingeräumt, ob eine Bank die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt bzw. ob sie ihre gesetzlichen Verpflichtungen grob verletzt; denn die Bankenkommission hat hier unbestimmte

Rechtsbegriffe anzuwenden. Weitgehend Ermessenssache ist zudem der Entscheid über den genauen Zeitpunkt, da der Bewilligungsentzug in Kraft treten, d.h. das Bankunternehmen aufgelöst werden soll; diese Frage kann nämlich nur von Fall zu Fall und im Lichte der Gläubigerinteressen beantwortet werden. a) Ohne die Schwere der Verletzungen gesetzlicher Pflichten durch die Verantwortlichen der Bank X. zu werten, stellt die Bankenkommission fest, dass im vorliegenden Fall schon das Fehlen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung den Bewilligungsentzug nach Art. 23 quinquies Abs. 1 BankG rechtfertige. Weder M. noch N. X. - als mit der Geschäftsführung und Vertretung der Bank betraute Personen - genössen einen guten Ruf und böten Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; dies sei nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine Voraussetzung

für die Bewilligung. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass M. und N. X. die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllen. Sie erachtet es jedoch als Verstoss gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wenn daraus der Schluss gezogen wird, die Kommanditgesellschaft X. müsse aufgelöst und die Bank liquidiert werden. Nichts hindere, dass die Bank ihre Geschäftstätigkeit unter der Leitung des dritten Komplementärs, O. X., sowie des Direktors und der Prokuristen der Bank weiterführen könne. Diese Argumentation schlägt nicht durch. Die Kommanditgesellschaft ist nach Massgabe der Bestimmungen des Obligationenrechtes eine Vereinigung mehrerer Personen unter gemeinsamer Firma zum Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, wobei mindestens ein Gesellschafter unbeschränkt und mindestens ein Gesellschafter nur bis zum Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage (Kommanditsumme) haften (Art. 594 Abs. 1 OR). Die Geschäftsführung wird in der Regel durch den oder die unbeschränkt haftenden Gesellschafter besorgt (Art. 599 OR), welche die Gesellschaft nach den für die Kollektivgesellschaft geltenden Vorschriften vertreten (Art. 603 OR). Von dieser gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung und Vertretung kann unter besondern Umständen abgewichen und nötigenfalls auch ein beschränkt haftender Gesellschafter mit der Geschäftsführung und Vertretung betraut werden (vgl. SIEGWART, Kommentar N. 1 zu Art. 509/600 OR und N. 1 zu Art. 603 OR). Die Kommanditgesellschaft verliert jedoch den

Charakter einer Personengesellschaft, wenn keiner der Gesellschafter mehr fähig ist, die auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit auszuüben. Erfüllt daher im Einzelfall keiner der Gesellschafter der in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft gegründeten Bank die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, verletzt die Bankenkommission Bundesrecht nicht, wenn sie dieser Bank die Bewilligung zur weiteren Geschäftstätigkeit gestützt auf Art. 23 quinquies Abs. 1 BankG entzieht. Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Weder M., N. oder O. X. als Komplementäre noch die Aktiengesellschaft Y. als Kommanditärin erfüllen die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG. M. und N. X. bieten angesichts der Unregelmässigkeiten in ihrer bisherigen Geschäftsführung, die zur Eröffnung von Strafverfahren führten, ganz offensichtlich keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung. Nachdem O. X., gemäss den Aussagen der Beschwerdeführerin bisher mit der Leitung der Bank nichts zu tun hatte, darf nicht angenommen werden, es sei, wenn er die Geschäftsleitung der Bank übernimmt, inskünftig Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit geboten. Noch weniger trifft dies für die Kommanditärin, die Aktiengesellschaft Y. zu. Nach den Aussagen der Beschwerdeführerin war diese offenbar mehr um die eigenen als um die Interessen der Bank besorgt; auch sei das Ausscheiden der Aktiengesellschaft Y. und ihr Ersatz durch einen neuen Gesellschafter beabsichtigt gewesen.
b) Ist demnach der Bank die Bewilligung gestützt auf Art. 23 quinquies Abs. 1 zu Recht entzogen worden, bleibt zu prüfen, ob eine Bundesrechtsverletzung darin erblickt werden kann, dass die Bankenkommission ihre Massnahme unverzüglich in Kraft setzte. Sie tat dies deshalb, weil ihres Erachtens Gefahr im Verzuge lag. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass vor der Verfügung dieser verhältnismässig scharfen Massnahme, welche geeignet sei, das Stundungsverfahren zu erschweren, die Übernahme der Bank durch die zu gründende Aktiengesellschaft oder doch zumindest der 31. Mai 1972 hätte abgewartet werden sollen.
Auch dieser Einwand ist unbegründet. Die Bankenkommission hat, als sie den Zeitpunkt des Bewilligungsentzugs festgelegt hat, das ihr eingeräumte Ermessen nicht fehl gebraucht. Es trifft zu, dass die Bank Z. Interesse an der Gründung einer Aktiengesellschaft X. gezeigt hat. In einem Schreiben vom

10. Dezember 1971 an N. X. hat sie eine eigene Beteiligung von bis zu 60% an der zu gründenden Gesell-

schaft vorgeschlagen. Am 20. März hat sie ihr Interesse an einer Beteiligung bei der zu gründenden Bank bestätigt. Zu einer definitiven Übereinkunft ist es indessen nicht gekommen. Ob eine solche angesichts der fehlenden Offenheit von M. und N. X. gegenüber der interessierten Bank und weil die Neugründung ohnehin der Bewilligung der Bankenkommission bedurft hätte, überhaupt zustande gekommen wäre, ist zumindest fraglich. Wenn daher die Bankenkommission ungeachtet der Tatsache, dass Unterhandlungen im Hinblick auf eine allfällige Gründung einer Aktiengesellschaft stattgefunden hatten, doch in Abwägung der im Spiele stehenden Gläubigerinteressen zum Schluss kam, die Massnahme des Bewilligungsentzuges müsse unverzüglich in Kraft treten, kann ihr weder eine Ermessensüberschreitung noch ein Ermessensmissbrauch vorgeworfen werden. Da überdies inzwischen das Gesuch um Bankstundung durch ein solches um Nachlass-Stundung ersetzt worden ist, braucht zu den möglichen Auswirkungen der verfügten sofortigen Auflösung der Gesellschaft auf ein allfälliges Bankstundungsverfahren nicht mehr Stellung genommen zu werden.

5. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin "der Vollständigkeit halber", dass die Bankenkommission die Revisionsstelle als Liquidatorin eingesetzt habe. Entgegen der Annahme der Bankenkommission sprengt sie damit den Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht; die Rüge ist zulässig, aber nicht begründet. Art. 23 quater Abs. 1 BankG erwähnt ausdrücklich, dass die Revisionsstelle als "Beobachter" eingesetzt werden kann. Art. 23 quinquies enthält darüber, ob die Revisionsstelle auch als "Liquidator" bezeichnet werden kann, nichts. Daraus den Schluss zu ziehen, der Gesetzgeber habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass die Revisionsstelle zwar als Beobachterin, nicht aber als Liquidatorin eingesetzt werden kann, wäre fehl. Weder die bundesrätliche Botschaft zur Revision des BankG noch die Protokolle der Beratungen der Eidg. Räte bieten Anhaltspunkte, welche einen solchen Schluss nahe legen. Was aus den Materialien hervorgeht, ist, dass mit den neuen Art. 23 bis bis 24 BankG der Bankenkommission ein wirksameres Instrumentarium in die Hand gegeben werden wollte, um besser gegen Missstände einschreiten zu können; dabei

brachte Art. 23 quater eine Neuerung von grosser praktischer Bedeutung: die Möglichkeit der Ernennung eines Beobachters. In der Botschaft hierzu wurde darauf hingewiesen, dass es nicht so leicht sein dürfte, Persönlichkeiten zu finden, die sich als Beobachter eignen. Schon aus diesem Grunde sei es richtig, dass auch die bankengesetzliche Revisionsstelle, welche übrigens die Verhältnisse der Bank bestens kenne, mit der Aufgabe eines Beobachters betraut werden könne (BBl 1970 I 1179). Nachdem Art. 23 quinquies es nicht verbietet, die Revisionsstelle als Liquidatorin zu bezeichnen, dürfte die ausdrückliche Erwähnung in Art. 23 quater Abs. 1, dass die Revisionsstelle mit der Aufgabe des Beobachters betraut werden kann, nicht den Sinn haben, die Möglichkeit auszuschliessen, dass die Revisionsstelle als Liquidatorin bezeichnet wird. Vielmehr ist darin ein Fingerzeig zu erblicken, wonach die Übertragung der Beobachteraufgabe an die Revisionsstelle in vielen Fällen, ja in der Regel, das Geeignete sein dürfte. Das Problem, wem im Einzelfall die Aufgabe des Liquidators übertragen werden kann, ist weit komplexer. Die Bezeichnung der Revisionsstelle als Liquidatorin ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen; es drängt sich jedoch diese Lösung nicht als die in der Regel geeignete auf. Die Bankenkommission hat von Fall zu Fall und in Berücksichtigung möglicher Interessenkollisionen zu entscheiden. Dabei steht ihr ein weitgehender Ermessensspielraum offen. So kann es aufgrund der Umstände notwendig sein, vorerst provisorisch den Liquidator zu bezeichnen; es kann sich aber auch aufdrängen, einen einmal ernannten Liquidator zu ersetzen, weil sich ergibt, dass der Bezeichnete nicht bzw. nicht mehr geeignet ist, seine Aufgabe zu erfüllen. Im vorliegenden Fall ist nicht zu beanstanden, dass die Bankenkommission die Revisionsstelle als Liquidatorin bezeichnet hat. Dass diese fähig ist, die Aufgabe zu erfüllen, bezweifelt selbst die Beschwerdeführerin nicht. Während mehreren Jahren bereits amtete sie als Revisionsstelle der Bank X.; es wurde ihr sodann die Funktion des Beobachters übertragen. Die Beschwerdeführerin hat sie überdies selbst als provisorische Kommissärin im Bankstundungsverfahren vorgeschlagen. Die Tatsache, dass sie unter anderem auch Verantwortlichkeitsansprüche entgegenzunehmen und abzuklären hat, vermag allein noch keine ernstli-

chen Zweifel daran zu begründen, dass sie fähig ist, ihre Aufgabe als Liquidator richtig zu erfüllen.

Bedenken, ob es sich rechtfertigt, sie weiterhin als Liquidatorin walten zu lassen, erweckt jedoch die von der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 22. Juni 1972 mitgeteilte Tatsache, dass die Liquidatorin im Konkurs eines Dritten, der an der Verschuldung der Bank, wenn nicht allein, so doch entscheidend, beigetragen haben soll, zur ausseramtlichen Konkursverwalterin gewählt worden ist. Das Bundesgericht braucht jedoch zu dieser Frage nicht abschliessend Stellung zu nehmen. Wenn sich auch der ursprüngliche Entscheid der Bankenkommission bezüglich der Bezeichnung der Revisionsstelle als Liquidatorin nicht beanstanden lässt, wird die Bankenkommission angesichts der neuen Tatsachen die Frage prüfen müssen, ob ihr damaliger Entscheid unter den inzwischen veränderten Verhältnissen aufrecht erhalten werden kann oder ob sich aufgrund einer Neubeurteilung der Lage ein neuer Entscheid aufdrängt.