

## Zur Offenlegungspflicht der Banken

### *Anmerkungen zu einem Bundesgerichtsentscheid*

*Von Ulysses von Salis und Peter C. Honegger\**

*Das Bundesgericht hat (vgl. NZZ vom 3. 12. 98) auch nichtkотиerte Banken verpflichtet, die Identität ihrer Aktionäre im Jahresbericht zu publizieren. Die Autoren des nachstehenden Beitrags äussern sich kritisch zur Frage, ob dieses weitreichende Urteil sachlich gerechtfertigt ist. (Red.)*

Anfang 1998 hatte die Eidgenössische Bankenkommision (EBK) die BZ Bank AG und andere private, nichtkottierte Banken verpflichtet, die Identität ihrer Aktionäre nicht nur (wie bis anhin) dieser Behörde, sondern auch der Öffentlichkeit bekanntzugeben. Sie stützte sich dabei im besonderen auf eine jüngst von der EBK selbst revidierte Richtlinie zur Rechnungslegung für Banken. Gegen dieses Argument wurde von den betroffenen Banken eingewendet, es stehe der Bankenkommision nicht zu, solche Pflichten einzuführen, da diese vom Bankengesetz und damit vom Gesetzgeber (Parlament) so nicht vorgesehen und damit nicht gewollt seien.

### **Worauf es wirklich ankommt**

Das Bundesgericht hat nun die EBK geschützt. Es begründet diesen Entscheid vor allem mit dem Wortlaut des französischen und italienischen Textes des Bankengesetzes, wonach die Rechnungslegungsvorschriften durch Verordnung spezifiziert werden sollen (Art. 6 Abs. 5: «détermine les éléments»; «stabilisa quali elementi» statt «zu gliedern»; vgl. NZZ vom 3. 12. 98) sowie mit einem kurzen Hinweis auf die volkswirtschaftliche Bedeutung der Banken. Vornehme Aufgabe des Bundesgerichts als höchstrichterliche Instanz ist es, mit Entscheiden die Leitlinien der schweizerischen Rechtsprechung festzulegen. Die dazu notwendige Auseinandersetzung, also die Suche nach sachlich richtigen Lösungen, blieb im vorliegenden Entscheid aber *im Hintergrund*. Vor allem ignorierte das Bundesgericht, dass es einen *wesentlichen Unterschied* gibt zwischen Anlegern von Publikumsgesellschaften mit kottierten Aktien und Einlegern bei privaten Banken. Es äusserte sich zu dieser letztlich entscheidenden Frage mit keinem Wort.

*Publikumsgesellschaften* wenden sich einerseits mit ihren Produkten an die Öffentlichkeit bzw. an ihre Kunden, andererseits verkaufen sie aber auch Anteilscheine von sich selber an das breite Publikum bzw. die Anleger. Börsengesetz und Aktienrecht (Artikel 663c Obligationenrecht, OR) auferlegen börsenkottierten Gesellschaften (auf Gesetzesstufe) ausdrücklich die Pflicht, die Identität gewichtiger Aktionäre offenzulegen. Diese Pflicht dient als Teil des Kapitalmarktrechts dem Schutz der Teilnehmer am Kapitalmarkt und ist deshalb vom Gesetz nur für Gesellschaften, die in diesem Markt der Anleger auftreten, d. h. für börsenkottierte Gesellschaften, vorgesehen. Diese Offenlegungspflichten sind keine Kunden- oder Konsumentenschutzbestimmungen; vielmehr dienen sie allein dem *Schutz der Anleger*.

*Private Banken* hingegen verkaufen nur Produkte an Kunden; ihre Anteilscheine werden also nicht dem Publikum feilgeboten, und es gibt hier folglich auch keine schutzbedürftigen Anleger. Auf Grund der besonderen Eigenheiten der Dienstleistungsprodukte der Banken und ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung besteht aber ein *besonderes Schutzbedürfnis* der Gläubiger bzw. Einleger der Banken. Diesem Schutzbedürfnis der Einleger trägt das *Bankengesetz* Rechnung, indem namentlich die regelmässige Offenlegung der Identität der Aktionäre gegenüber der Aufsichtsbehörde, der Bankenkommission, verlangt wird (Art. 3 Abs. 5 und Abs. 6 Bankengesetz). Der Zweck des Bankengesetzes (Gläubiger- bzw. Einleger- und Funktionsschutz) ist damit erfüllt. Von einer Offenlegung der Identität der Aktionäre gegenüber dem Publikum ist im Bankengesetz *keine Rede*, genausowenig wie das Bankengesetz den Schutz von Anlegern bezweckt. Während die Offenlegung gegenüber der Bankenkommission unbestritten ist, ist die Offenlegung gegenüber dem Publikum weder zielkonform noch berechtigt. Sie *verletzt* in beträchtlicher Weise die Privatsphäre der Aktionäre und kann deshalb nicht durch eine Verordnung, sondern - wenn überhaupt - nur durch ein *Gesetz* eingeführt werden.

### **Was sind Finanzinformationen?**

Schliesslich ist auch die *formelle Begründung* des Bundesgerichts für die Offenlegungspflicht nicht überzeugend. Der Standard-Kommentar zum Bankengesetz von *Bodmer/Kleiner/Lutz* hält an der entscheidenden Stelle (Art. 6 Note 2 und 17) fest, dass auf Stufe Verordnung und erst recht auf Stufe Richtlinien nur Vorschriften über die *Gliederung* der Jahresrechnungen, Konzernrechnungen und Zwischenabschlüsse erlassen werden dürfen. In solchen Finanzinformationen sind Angaben über das Aktionariat *nicht* enthalten. Der Kommentar schliesst mit der Bemerkung: «Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die revidierte Verordnung <des Bundesrates> und die sie begleitenden Erläuterungen und Richtlinien <der Bankenkommission> über den vorgegebenen gesetzlichen Rahmen hinausgreifen.»

Dass Angaben über das Aktionariat nicht zur Rechnungslegung gehören, bestätigt auch der kürzlich in die Vernehmlassung geschickte Entwurf zu einem *Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision* (RRG), der keine Pflichten zur Offenlegung der Identität des Aktionariats kennt. Vielmehr werden durch diesen Entwurf Rechnungslegungsvorschriften (neu im RRG statt in Art. 663a und b OR) und Offenlegungspflicht (verbleibt im OR als Art. 663c) auch formell klar getrennt, so dass der Argumentation des Bundesgerichts, die sich auf die formelle Nähe dieser Regelungen stützt, der Boden entzogen wird. Ferner zeigt ein Vergleich mit den Vorschriften zur Rechnungslegung in der EU, dass die Offenlegung bedeutender Aktionäre systematisch nicht zur Rechnungslegung gehört, da es sich um keine Informationen über die Finanzlage handelt.

### **Wortklauberei statt Vertiefung**

Das Bundesgericht ging auf die materielle Frage und damit auf die Frage, ob die Offenlegung gerechtfertigt sei, gar nicht ein. Statt dessen beschäftigte es sich auf formaler Ebene intensiv mit der *Exegese einzelner Wörter*. Wenn man die Schwierigkeiten der analogen Wortwahl und Formulierung bei der Gesetzgebung in mehreren Sprachen bedenkt, erscheint dies vorliegend als reichlich unangemessen. Es ist bedauerlich, dass das Bundesgericht einen derart wichtigen (und zur Publikation vorgesehenen) Entscheid auf Wortklaubereien mit mehrsprachigen Gesetzestexten abstützt, statt die Gelegenheit zu nutzen, sich *vertieft mit den materiellen* Schutzgedanken des Gesetzgebers auseinanderzusetzen.

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte im Advokaturbüro Niederer, Kraft & Frey, Zürich.