



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 22

1992

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

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	6
Bewilligungsentzug; Verhältnis zwischen Massnahmen des Stundungsrichters und denjenigen der EBK	9
Bankenstundung nach Bewilligungsentzug durch die EBK	22
Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung; Unsorgfältige Ermittlung der Belehnungswerte von Grundpfändern; Finanzierung von Schwarzgeldgeschäften am Liegenschaftsmarkt	27
Jahresrechnung; Bewertung zweifelhafter Forderungen; Kreditablösung durch einen bedeutenden Aktionär; Beschwerdelegitimation; Rechtliches Gehör; Ermessen der EBK	32
Internationale Amtshilfe der EBK; Akteneinsicht; Verfahrenskosten; Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen	43
Sicherstellung eines ausreichenden Informationsaustausches zwischen den Bankaufsichtsbehörden	56
Informationsaustausch zwischen Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden	71

Sommaire

Page

Liste des abréviations	7
Retrait de l'autorisation; relation entre les mesures de l'autorité de sursis et celles de la CFB	9
Sursis bancaire après le retrait de l'autorisation par la CFB	22
Garantie d'une activité irréprochable; vérification négligente du respect des limites d'avances usuelles sur gages immobiliers; financement de dessous-de-table lors d'opérations sur le marché immobilier	27
Comptes annuels; évaluation des créances douteuses; reprise d'un crédit par un actionnaire important; qualité pour recourir; droit d'être entendu; pouvoir d'appréciation de la CFB	32
Entraide administrative internationale de la CFB; consultation des pièces; frais de procédure; recours contre des décisions incidentes	43
Moyens d'assurer des échanges d'informations adéquats entre autorités de contrôle bancaire	56/64
Echange d'informations entre les autorités de contrôle des activités bancaires et les organismes de surveillance des marchés financiers	71/80

Sommario

Pagina

Elenco delle abbreviazioni	8
Revoca dell'autorizzazione; relazione fra i provvedimenti del giudice della moratoria e quelli della CFB	9
Moratoria bancaria dopo la revoca dell'autorizzazione da parte della CFB	22
Garanzia di un'attività irreprensibile; negligenze nella verifica del rispetto dei limiti di anticipo su pegni immobiliari; finanziamento di somme versate sottomano in operazioni immobiliari	27
Conti annuali; valutazione di crediti pericolanti; rilevamento di un credito da parte di un azionista importante; legittimazione a ricorrere; diritto di audizione; potere di apprezzamento della CFB	32
Assistenza amministrativa internazionale della CFB; esame degli atti; spese processuali; ricorso contro delle decisioni incidentali	43
Raccomandazioni per assicurare adeguati flussi di informazioni fra le autorità di vigilanza bancaria	56/64
Scambio di informazioni tra autorità di vigilanza bancaria ed autorità di vigilanza sui mercati finanziari	71/80

Zitiervorschlag: EBK Bulletin 22

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 22

Proposta di citazione: Bollettino CFB 22

Abkürzungen

ABV (OBE/OBE)	Verordnung (der Eidgenössischen Bankenkommission) vom 22. März 1984 über die ausländischen Banken in der Schweiz (SR 952.111)
BankG (LB/LBCR)	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BankV (OB/OBCR)	Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung) (SR 952.02)
BGE (ATF/DTF)	Bundesgerichtsentscheid
BV (Cst./Cost.)	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
EBK (CFB/CFB)	Eidgenössische Bankenkommission
OG (OJ/OG)	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OR (CO/CO)	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
ROG-EBK (RO-CFB/ RO-CFB)	Reglement vom 4. Dezember 1975 über die Organisation und Geschäftsführung der Eidgenössischen Bankenkommission (SR 952.721)
SR (RS/RS)	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB (CP/CP)	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
VwVG (PA/PA)	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)

Abréviations

ATF (BGE/DTF)	Arrêt du Tribunal fédéral
CFB (EBK/CFB)	Commission fédérale des banques
CO (OR/CO)	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220)
Cst. (BV/Cost.)	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (RS 101)
CP (StGB/CP)	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
LB (BankG/ LBCR)	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
OB (BankV/ OBCR)	Ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques) (RS 952.02)
OBE (ABV/OBE)	Ordonnance (de la Commission fédérale des banques) du 22 mars 1984 concernant les banques étrangères en Suisse (RS 952.111)
OJ (OG/OG)	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110)
PA (VwVG/PA)	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
RO-CFB (ROG-EBK/ RO-CEB)	Règlement du 4 décembre 1975 concernant l'organisation et l'activité de la Commission fédérale des banques (RS 952.721)
RS (SR/RS)	Recueil systématique du droit fédéral

Abbreviazioni

CFB (EBK/CFB)	Commissione federale delle banche
CO (OR/CO)	Legge federale del 30 marzo 1911 di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) (RS 220)
CP (StGB/CP)	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0)
Cost. (BV/Cst.)	Costituzione federale della Confederazione svizzera del 29 maggio 1874 (RS 101)
DTF (BGE/ATF)	Decisione del Tribunale federale
LBCR (BankG/LB)	Legge federale dell'8 novembre 1934 su le banche e le casse di risparmio (RS 952.0)
OBE (ABV/OBE)	Ordinanza (della Commissione federale delle banche) del 22 marzo 1984 concernente le banche estere in Svizzera (RS 952.111)
OBCR (BankV/OB)	Ordinanza del 17 maggio 1972 su le banche e le casse di risparmio (Ordinanza sulle banche) (RS 952.02)
OG (OG/OJ)	Legge federale del 16 dicembre 1943 sulla organizzazione giudiziaria (RS 173.110)
PA (VwVG/PA)	Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (RS 172.021)
RO-CFB (ROG-EBK/ RO-CFB)	Regolamento del 4 dicembre 1975 su l'organizzazione e l'attività della Commissione federale delle banche (RS 952.721)
RS (SR/RS)	Raccolta sistematica del diritto federale

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 20. November 1991 i. S. Spar- und Leihkasse Thun in Liquidation c. EBK (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)

Art. 23quinquies BankG, Bewilligungsentzug; Art. 29 ff. BankG, Verhältnis zwischen Massnahmen des Stundungsrichters und denjenigen der EBK

- 1. Ungenügende Kreditorganisation, fehlende Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Verstoss gegen die Risikoverteilungsvorschriften und eine massive Verletzung der Eigenmittelvorschriften als Voraussetzungen für den Bewilligungsentzug (E. 2).*
- 2. Die Einreichung eines Gesuchs um Banken-, eventuell Nachlassstundung durch die Bank ändert nichts an der Befugnis der EBK, einer Bank die Geschäftsbewilligung zu entziehen (E. 3).*

Art. 23quinquies LB, retrait de l'autorisation; art. 29 ss LB, relation entre les mesures prises par l'autorité de sursis et celles prises par la CFB

- 1. Insuffisances dans l'organisation des crédits, défaut de garantie d'une activité irréprochable, manquements aux prescriptions sur la répartition des risques et violation importante des prescriptions sur les fonds propres en tant que raisons du retrait de l'autorisation (consid. 2).*
- 2. La présentation d'une requête de sursis bancaire ou concordataire par la banque ne change rien à la compétence de la CFB de retirer à une banque l'autorisation d'exercer une activité bancaire (consid. 3).*

¹ Die Regesten wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst. Les résumés ont été rédigés par la rédaction du Bulletin CFB. I riassunti sono stati redatti dalla redazione del Bollettino CFB.

Art. 23quinquies LBCR, revoca dell'autorizzazione; art. 29 segg. LBCR, relazione fra i provvedimenti del giudice della moratoria e quelli della CFB

1. Insufficienze nell'organizzazione dei crediti, difetto della garanzia di un'attività irreprensibile, manchevolezze alle prescrizioni riguardanti la ripartizione dei rischi e violazione importante delle prescrizioni sui fondi propri, quali motivi della decisione di revoca dell'autorizzazione (consid. 2).

2. L'inoltro di una domanda di concessione della moratoria bancaria o concordataria non modifica la competenza della CFB di revocare ad una banca l'autorizzazione ad esercitare un'attività bancaria (consid. 3).

Sachverhalt:

A) Die Spar- und Leihkasse Thun, Aktiengesellschaft mit Sitz in Thun, betreibt Bankgeschäfte und ist dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) unterstellt. Als Revisionsstelle gemäss Art. 18 BankG prüfte die Revisionsstelle Berner Regionalbanken, Ostermundigen, vom 28. Januar bis 26. Februar 1991 die Jahresrechnung der Spar- und Leihkasse Thun (im folgenden Bank genannt) für das Geschäftsjahr 1990.

B) Die Revisionsstelle liess der Eidgenössischen Bankenkommission am 2. April 1991 ihren Revisionsbericht vom 27. März 1991 zukommen. Der Bericht enthielt Beanstandungen und Bemerkungen insbesondere zum Kreditbereich. Die Revisionsstelle sah sich nicht mehr in der Lage, Gesetzmässigkeit, Zweckmässigkeit und Funktionieren der Kreditorganisation der Bank gemäss Art. 44 lit. o der Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02) zu bestätigen.

Die Bank nahm zu den Beanstandungen vorerst am 13. Mai 1991 Stellung. Es fanden mehrere Besprechungen zwischen Vertretern der Kasse, der Revisionsstelle und der Eidgenössischen Bankenkommission statt (am 20. Juni 1991, 29. August 1991, 20. September 1991, 1. Oktober 1991), und der Bank wurden durch die Eidgenössische Bankenkommission verschiedene Auflagen hinsichtlich der Organisation des Kreditwesens gemacht.

Im Laufe der zum Teil von der Bank selber vorgenommenen Überprüfungen ergab sich unter anderem, dass sie verschiedene Grossengagements, sogenannte Klumpenrisiken, eingegangen war, das heisst einzelnen Kunden Kredite in einem die Höchstgrenzen im Sinne von Art. 4bis BankG beziehungsweise Art. 21 Abs. 1 BankV überschreitenden Ausmass gewährt hatte, ohne die Eidgenössische Bankenkommission zu informieren. Unter Bezugnahme auf diesen Umstand verpflichtete die Eidgenössische Bankenkommission die Bank dazu, unverzüglich die nötigen Vorkehrungen zu treffen, um die Grosspositionen bis am 30. September 1991 unter die nach der Bankenverordnung meldepflichtigen Beträge herabzusetzen, die Grosspositionen bezüglich Bonität der Schuldner sowie der Deckungen bewerten zu lassen, den derzeitigen Wertberichtigungsbedarf auf den Aktiven festzustellen, den fehlenden Wertberichtigungsbedarf durch eine Bankgarantie abzudecken und der Revisionsstelle Berner Regionalbanken und ihr die Zwischenbilanz per 30. September 1991 vor Publikation vorzulegen.

Die Bank hatte bereits am 1. Juli 1991 die ATAG Ernst & Young, Basel, (im folgenden ATAG genannt) beauftragt, die Bonität von fünf grossen Kreditnehmern zu überprüfen. Der Auftrag wurde in der Folge erweitert auf unter anderem die Überprüfung aller Grosspositionen, allfälliger weiterer gefährdeter Engagements und auf Stichproben bei den übrigen Ausleihungen mit dem Ziel, einen allfälligen Wertberichtigungsbedarf per 30. September 1991 auf den Ausleihungen zu ermitteln.

Nachdem sich bis zu jenem Zeitpunkt keine Grossbank bereit erklärt hatte, die Bank zu übernehmen, wurde ihr von der Eidgenössischen Bankenkommission anlässlich einer Besprechung vom 1. Oktober 1991 in Aussicht gestellt, dass per 7. Oktober 1991 die Schalter geschlossen würden und ihr die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit entzogen werde, wenn es ihr nicht gelinge, bis zum 4. Oktober 1991 mittags die fehlenden Eigenmittel beizubringen oder alle Gläubiger mittels einer Bankgarantie einer schweizerischen Grossbank abzudecken, so dass alle Gläubiger vollumfänglich befriedigt werden könnten.

C) Mit Verfügung vom 3. Oktober 1991 ordnete der Präsident der Eidgenössischen Bankenkommission gestützt auf Art. 23bis, 23ter

und 23quater BankG an, dass die Bank ihre Geschäftstätigkeit vom 3. Oktober 1991, 18.30 Uhr, bis am 18. Oktober 1991, 24.00 Uhr, einzustellen habe, ihre Schalter am Hauptsitz und in den Niederlassungen während dieser Zeit geschlossen zu bleiben hätten und nur der Zugang zu den Wertschriftendepots und den Tresorräumlichkeiten gewährleistet bleibe. Er setzte als Beobachterin die ATAG ein und betraute sie mit der Überwachung der Einhaltung des verfügten Geschäftsverbots.

In der Begründung der Verfügung ging der Präsident der Eidgenössischen Bankenkommission davon aus, dass die Voraussetzungen zum Entzug der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 23quinquies BankG erfüllt seien. Die Bank sei überschuldet und genüge damit der Mindestkapitalanforderung (Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG) und erst recht den Eigenmittelanforderungen (Art. 4 Abs. 1 BankG und Art. 13 BankV) nicht; sie habe angesichts der Mängel bei der Kreditgewährung und -überprüfung keine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Organisation (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG); es bestünden Zweifel daran, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen, insbesondere der Kreditchef, Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung böten (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG); die Bank habe ihre gesetzlichen Pflichten hinsichtlich der Klumpenrisiken grob verletzt (Art. 21 Abs. 1 lit. a BankV). Auf einen unverzüglichen Bewilligungsentzug verzichtete der Präsident der Eidgenössischen Bankenkommission jedoch deshalb, weil der Bericht der ATAG noch ausstand und er es nicht völlig ausschliessen konnte, dass sich eine andere Bank, nach Vorliegen genauerer Informationen, bereit erklären könnte, die nötige Garantie – auch nur befristet – für die Gläubiger abzugeben. Als Grund für die Blockierung jeglicher Geschäftstätigkeit für eine kurze Übergangszeit und die Überwachung des Vollzugs dieser Massnahme durch einen erfahrenen Beobachter wurde angeführt, nur so könne die Gleichbehandlung der aktuellen Gläubiger garantiert und verhindert werden, dass neue Gläubiger sich in Gefahr bringen könnten. In der Verfügung wurde sodann festgehalten, dass der Bank die Geschäftsausübungsbewilligung unverzüglich entzogen werden müsste, wenn sich bis zum Ablauf der Übergangsfrist keine Unterstützung der Bank durch einen Dritten finden liesse.

D) Am 9. Oktober 1991 erstattete die ATAG ihren schriftlichen Bericht über die Bonitätsprüfungen im Kreditbereich per 30. September

1991. Aufgrund ihrer Prüfung von Krediten im Ausmass von 557 Mio Franken (53,5% des gesamten Kreditvolumens; S. 6 des Berichts) schätzte sie den Wertberichtigungsbedarf im gesamten Kreditbereich auf 84 bis 125 Mio Franken (S. 9 des Berichts). Dabei erachtete sie die vorgelegten Kreditakten bezüglich ihrer Aussagekraft und Dokumentation mehrheitlich als ungenügend (Bericht S. 7).

Am 14. Oktober 1991 schätzte die ATAG den Wertberichtigungsbedarf, offenbar aufgrund neuer von der Bank vorgelegter Unterlagen, neu auf 58,4 bis 87,7 Mio Franken.

E) Nachdem Bemühungen erfolglos geblieben waren, eine Grossbank zur Übernahme der Bank zu bewegen, stellte diese am 17. Oktober 1991, 16.45 Uhr, beim Obergericht des Kantons Bern als Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen ein Gesuch um Stundung, eventuell Nachlassstundung im Sinne von Art. 29 ff. BankG. Die Aufsichtsbehörde des Kantons Bern setzte am 18. Oktober 1991 die ATAG als provisorische Kommissarin im Sinne von Art. 30 BankG ein.

F) Nach einer weiteren Aussprache zwischen Vertretern der Bank, der ATAG sowie der Eidgenössischen Bankenkommission am Vormittag des 18. Oktober 1991 erliess die Eidgenössische Bankenkommission folgende Verfügung:

I.

1. Der Spar- und Leihkasse Thun wird die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit als Bank entzogen.
2. Die Spar- und Leihkasse Thun ist aufgelöst und tritt in Liquidation.
3. Die ATAG Ernst & Young, Basel, wird als Liquidatorin eingesetzt.
- (4. Anweisung an das Handelsregisteramt Thun über Eintragung im Handelsregister.)

II.

5. Die vorstehenden Massnahmen werden sofort vollstreckt.

III.

- (6. Kosten von Fr. 5103.– zu Lasten der Bank.)

G) Am 21. Oktober 1991 gelangte die Spar- und Leihkasse Thun mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Sie stellte die Rechtsbegehren, die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommision vom 18. Oktober 1991 sei aufzuheben, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und das Handelsregisteramt Thun sei anzuweisen, die Eintragung zu sistieren oder, falls bereits erfolgt, zu löschen.

Die Eidgenössische Bankenkommision beantragte Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um aufschiebende Wirkung.

H) Der stellvertretende Abteilungspräsident hat in der Verfügung vom 22. Oktober 1991, mit welcher er die Eidgenössische Bankenkommision unter Ansetzung einer Frist (5. November 1991) zur Stellungnahme sowohl zur Beschwerde als auch zum Gesuch um aufschiebende Wirkung einlud, durch Streichung des entsprechenden Passus auf dem Verfügungsformular darauf verzichtet, Vollziehungsvorkehrungen bis zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung zu untersagen. Der Beschwerdeführerin wurde eine Kopie dieser Verfügung zugestellt.

Das Handelsregisteramt Thun hat mit Verfügung vom 7. November 1991 das Eintragungsverfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts über das im vorliegenden Verfahren gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung sistiert.

Mit dem heutigen Urteil in der Sache selber wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

I) Mit Entscheid vom 4. November 1991 erkannte die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern, dass das bei ihr eingereichte Stundungsgesuch abgewiesen und das Nachlassstundungsgesuch zur Zeit abgewiesen werde. Diesen Entscheid focht die Beschwerdeführerin am 6. November 1991 mit Rekurs beim Bundesgericht an. Die Präsidentin der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts hat dem Rekurs im Sinne von Art. 36 SchKG aufschiebende Wirkung erteilt, so dass die Möglichkeit einer Konkureröffnung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG gestützt auf Art. 29 Abs. 1ter BankG vorläufig ausgeschlossen ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.– a) (Eintreten).

b) Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Beschwerdeführerin die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 104 lit. a OG), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 104 lit. b OG), nicht aber die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art. 104 lit. c OG e contrario) rügen.

Dem Bundesgericht ist es bei der Überprüfung der Rechtsanwendung nicht untersagt, einen angefochtenen Entscheid mit Erwägungen aufrechtzuerhalten, die von denen der Vorinstanz abweichen; ebensowenig ist es ihm verwehrt, einen Entscheid aus anderen als den mit der Beschwerde vorgebrachten Gründen aufzuheben. Das eine wie das andere folgt aus Art. 114 Abs. 1 OG, wonach das Bundesgericht an die Begründung der Parteien nicht gebunden ist, das Bundesrecht viel mehr von Amtes wegen anzuwenden hat (BGE 107 Ib 91).

Das Bundesgericht stellt sodann den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 105 Abs. 1 OG); die Eidgenössische Bankenkommision ist keine Rekurskommission im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG, deren Sachverhaltsfeststellung das Bundesgericht grundsätzlich bindet (BGE 115 Ib 57 E. 2a mit Hinweis).

2.– a) Das Bankengesetz verfolgt mehrere Ziele. Seine Bestimmungen sollen dem Schutz der Bankgläubiger und insbesondere der Sparer dienen, der Gesamtwirtschaft notwendige Kredite zu vertretbaren Bedingungen sichern und eine übermässige Kapitalausfuhr verhindern, der Nationalbank das für ihre währungs- und kreditpolitischen Aufgaben nötige Instrumentarium zur Verfügung stellen sowie die Banken selber vor massiven Kapitalrückzügen schützen (Botschaften des Bundesrats vom 2. Februar 1934 zum Bankengesetz, BBl. 1934 I, S. 175/6, und vom 13. Mai 1970 zur Revision des Bankengesetzes, BBl. 1970 I 2, S. 1145; Peter Riniker, Die Bankenaufsicht, Diss. Bern, Zürich 1974, S. 25/6). Im Vordergrund steht der Schutz der Bankgläubiger (BBl. 1970 I 2, S. 1145; BGE 116 Ib 196 E. 2b).

Der Bundesrat wählt zur Sicherung dieser Zielsetzungen eine aus sieben bis neun Mitgliedern bestehende Eidgenössische Ban-

kenkommission, welcher die Aufsicht über das Bankwesen zur selbständigen Erledigung übertragen ist (Art. 23 Abs. 1 BankG). Die Mitglieder der Bankenkommission müssen Sachverständige sein (Art. 23 Abs. 5 BankG).

b) Das Bankengesetz räumt der Bankenkommission verschiedene Kompetenzen zur Durchsetzung ihrer Aufsichtsfunktion ein (Art. 23bis – 23quinquies BankG). Die Kommission erlässt, wenn sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis erhält, die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (Art. 23ter Abs. 1 BankG). Sie kann als schwerwiegendste Massnahme einer Bank, welche die Voraussetzungen der Bewilligung nicht mehr erfüllt oder ihre gesetzlichen Pflichten grob verletzt, die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit entziehen (Art. 23quinquies Abs. 1 BankG). Der Entzug der Bewilligung bewirkt bei juristischen Personen die Auflösung (Art. 23quinquies Abs. 2 BankG).

Beim Entscheid darüber, ob sie einzugreifen hat, hat die Bankenkommission die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger, insbesondere der Kleinsparer, im Auge zu behalten. Sie muss berücksichtigen, dass diesen Interessen häufig nicht genügend Rechnung getragen wird, wenn andere, nicht von ihr eingeleitete Massnahmen ergriffen werden sollen, die erfahrungsgemäss unter massgeblicher Mitbestimmung (nur) der grösseren Bankkunden beschlossen werden. Wenn die Voraussetzungen einer Massnahme, insbesondere eines Bewilligungsentzuges, erfüllt sind, so hat die Bankenkommission in Wahrnehmung ihrer Aufsichtsfunktion denn auch nicht nur das Recht, sondern vielmehr die Pflicht, die entsprechende Massnahme zu ergreifen (BGE 115 Ib 58 E. 3).

c) Nach den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz ist die Beschwerdeführerin eventuell überschuldet, jedenfalls aber verfügt sie bei weitem nicht mehr über die für eine ordentliche Geschäftstätigkeit notwendigen Eigenmittel. In der Organisation des Kreditwesens bestehen grosse Mängel. Insbesondere wurden in grossem Ausmass Kredite gewährt, ohne dass genügend Unterlagen über die Bonität von Schuldnern beziehungsweise über den Wert der Sicherheiten beschafft wurden. Es liegen zahlreiche Überbewertungen vor. Eine effiziente Überwachung durch die Bank selber beziehungsweise

durch die Kontrollstelle ist ausgeschlossen. Ferner hat die Beschwerdeführerin in verschiedenen Fällen bezogen auf ihre Eigenmittel unzulässig hohe Kredite gewährt (Klumpenrisiken), ohne die Eidgenössische Bankenkommision zu informieren.

Die Bankenkommision hat diese Feststellungen aufgrund ihrer seit Mai 1991 dauernden Untersuchungen und nach zahlreichen Gesprächen mit den Organen der Beschwerdeführerin getroffen. Diese anerkannten im Laufe des Verfahrens im wesentlichen die von der Bankenkommision beschriebenen Mängel, und die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Sachverhaltsfeststellung in der angefochtenen Verfügung grundsätzlich nicht. Sie macht einzig geltend, sie sei nicht überschuldet. Dabei geht sie von der für sie günstigsten Variante, nämlich einerseits einem Wertberichtigungsbedarf von 58,4 Mio Franken, andererseits von betriebswirtschaftlichen Eigenmitteln von rund 90 Mio Franken aus. Diese zweite Zahl belegt sie nicht. Es sei in diesem Zusammenhang auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. August 1991 an die Eidgenössische Bankenkommision betreffend Grossengagements verwiesen, wo sie per 31. Dezember 1990 eigene Mittel von rund 72 Mio Franken auswies. Die Kritik der Beschwerdeführerin an angeblich ungenauen, korrekturbedürftigen Angaben der ATAG betreffend Wertberichtigungsbedarf mutet im übrigen seltsam an, nachdem sie wegen ihrer mangelhaften Aufzeichnungen nicht in der Lage war, der ATAG genügend klare Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Lage stellt die Beschwerdeführerin aber insbesondere nicht in Abrede, dass sie nicht über genügend Eigenmittel verfügt. Das Fehlen genügender eigener Mittel (wenn nicht gar die Überschuldung) wird letztlich auch durch die Tatsache dokumentiert, dass trotz der Bereitschaft der Aktionäre, ihre Aktien unter grossem Verlust zum Verkauf anzubieten, sich keine übernahmebereite Grossbank finden liess.

Gestützt auf den von ihr ermittelten Sachverhalt zog die Bankenkommision den Schluss, dass die Beschwerdeführerin gleich mehrere Bewilligungsvoraussetzungen nicht mehr erfülle (Art. 4 Abs. 1 BankG und Art. 11 und 13 BankV, Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG, Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG sowie Art. 4bis BankG und Art. 21 Abs. 1 lit. a BankV) und zudem gesetzliche Pflichten grob verletzt habe (Klum-

penrisiken). Sie erachtete damit die Voraussetzungen eines Bewilligungsentzugs für gegeben.

d) Wohl kann das Bundesgericht den Sachverhalt von Amtes wegen selber feststellen und prüft es die Rechtsanwendung frei (E. Ib). Es muss sich aber Zurückhaltung auferlegen bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die Bankenkommission zufolge ihrer Zusammensetzung aus Sachverständigen (Art. 23 Abs. 5 BankG) besser imstande ist als das Bundesgericht (BGE 116 Ib 197 E. 2d; 115 Ib 58 E. 2c; 108 Ib 200 E. Ib, 275); dies auch deshalb, weil sie die konkreten Umstände bei den beaufsichtigten Banken am besten kennt. Zur Beurteilung der organisatorischen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin und damit letztlich auch der Rechtsfrage, ob die Voraussetzungen für einen Bewilligungsentzug gemäss Art. 23quinquies BankG erfüllt sind, sind besondere Fachkenntnisse erforderlich.

Die Beschwerdeführerin zieht grundsätzlich weder die Feststellung des Sachverhalts noch dessen rechtliche Würdigung in Zweifel. Die Bankenkommission hat sich über einen längeren Zeitraum mit den bei der Beschwerdeführerin herrschenden Verhältnissen befasst und den Bewilligungsentzug nach umfassender Prüfung verfügt, nachdem ihr Präsident diese Massnahme am 3. Oktober vorerst nur in Aussicht gestellt und der Beschwerdeführerin eine letzte Gelegenheit eingeräumt hatte, die Forderungen ihrer Gläubiger sicherzustellen. Der Entscheid, der Beschwerdeführerin die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit zu entziehen und sie zu liquidieren, verletzt demnach Bundesrecht nicht. Daran vermag auch die einzige Rüge, welche die Beschwerdeführerin konkret erhebt, nichts zu ändern, wie im folgenden zu zeigen ist.

3.– Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Eidgenössische Bankenkommission nach Einreichung eines Gesuchs um Stundung, allenfalls Nachlassstundung, gemäss Art. 29 ff. BankG nicht mehr die Kompetenz habe, im Sinne von Art. 23quinquies BankG zu intervenieren.

a) Sowohl die von der Eidgenössischen Bankenkommission gemäss Art. 23bis bis 23quinquies BankG als auch die durch die besonderen kantonalen Behörden (Art. 29 Abs. 4 und Art. 37 Abs. 8

BankG) gemäss Art. 29 ff. BankG zu treffenden Massnahmen dienen der Erfüllung der allgemeinen Ziele der Bankengesetzgebung. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die einzelnen Massnahmen im konkreten Fall die gleiche Zielrichtung haben. Vielmehr unterscheiden sie sich im Einzelfall nach Zweck und Voraussetzungen. Es kann daher nicht allein nach formalen Gesichtspunkten entschieden werden, ob die Zuständigkeit einer Behörde zum Eingreifen dahinfällt, wenn schon eine andere Behörde mit der Angelegenheit befasst ist.

b) Die der Eidgenössischen Bankenkommission zustehenden Befugnisse sind weitgefasst, um ihr die Erfüllung ihrer Aufgabe, das Bankwesen umfassend zu überwachen, zu ermöglichen (E. 2b). Sie kann (beziehungsweise muss) einer Bank die Bewilligung zur Geschäftstätigkeit entziehen, wenn dieser die wirtschaftliche Substanz zur Weiterführung des Bankgeschäfts fehlt. Dies ist dann der Fall, wenn die Bank unabhängig davon, ob sie organisatorische Mängel aufweist oder ob die Organe Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten, überschuldet ist oder nicht mehr über ausreichende eigene Mittel verfügt (Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 2 BankG). Die Bankenkommission kann (beziehungsweise muss) einer Bank die Bewilligung aber auch aus anderen Gründen entziehen, nämlich dann, wenn organisatorische Mängel bestehen (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG), wenn die Organe der Bank keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG), wenn die Bank Klumpenrisiken eingegangen ist (Art. 4bis BankG), wenn sie in unzulässiger Weise Kredite an Mitglieder ihrer Organe oder an massgebende Aktionäre gewährt (Art. 4bis BankG) oder wenn sie ausländisch beherrscht ist, ohne dass die Voraussetzungen gemäss Art. 3bis BankG erfüllt sind. In diesen Fällen, wo es um fehlerhafte Organisation und Geschäftstätigkeit oder um eigentliche Pflichtverletzungen geht, ist die Bewilligung unabhängig davon zu entziehen, ob eine Überschuldung oder ein Unterschreiten des vorgeschriebenen Mindestbestands an eigenen Mitteln vorliegt, d. h. es kommt zum Bewilligungsentzug unabhängig davon, ob (schon) wirtschaftliche Schwierigkeiten bestehen oder Gläubigerinteressen bereits konkret beeinträchtigt worden sind.

c) Das Stundungsgericht wird tätig, wenn eine Bank, die sich, ohne überschuldet zu sein, ausserstande sieht, ihre Verbindlichkeiten zeit-

gerecht zu erfüllen, um Gewährung einer Stundung nachsucht (Art. 29 Abs. 1 BankG). Die Nachlassbehörde wird tätig, wenn eine überschuldete oder zahlungsunfähige Bank ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht (Art. 37 Abs. 1 BankG). In beiden Fällen ist Ausgangspunkt des Verfahrens ausschliesslich der Umstand, dass wirtschaftliche Schwierigkeiten bestehen. Regelmässig werden daher die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 2 BankG tangiert sein, nicht aber unbedingt (immer auch) andere Voraussetzungen. Stundung und Nachlassstundung sind nicht Sanktionsmassnahmen gegen mangelhafte Organisation, Misswirtschaft oder generell nicht pflichtgemässe Geschäftsführung. Die Bankenstundung versucht, die momentane Notsituation einer Bank zum Vorteil aller Beteiligten, auch der Bank selber, zu bewältigen (Bodmer/ Kleiner/Lutz, Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz, N. 1 zu Art. 29–35). Das gleiche gilt für die Nachlassstundung. Mit diesem Instrument soll ebenfalls Gläubigern und Schuldner(bank) geholfen werden (Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 1 zu Art. 36–37).

d) Angesichts der beschriebenen Unterschiede kann der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, dass es der Eidgenössischen Bankenkommission grundsätzlich verwehrt sei, einer Bank die Bewilligung gestützt auf Art. 23quinquies BankG zu entziehen, nachdem diese ein Stundungs- oder Nachlassstundungsgesuch eingereicht hat. Dies würde bedeuten, dass die Bankorgane es in der Hand hätten, mit der Einreichung eines Stundungs- oder Nachlassstundungsgesuchs drohende Aufsichtsmaßnahmen der Bankenkommission zu unterlaufen und diese an der Wahrnehmung ihrer Aufsicht zum Schutze aller Bankgläubiger zu hindern. Damit würden gerade derjenigen Kontrollinstanz, die aufgrund ihrer Untersuchungen am besten mit den Verhältnissen der betroffenen Bank vertraut ist, wichtige Befugnisse entzogen.

Die Bankenkommission räumt in ihrer Vernehmlassung zwar ein, dass das Argument der Beschwerdeführerin dann etwas für sich haben könnte, wenn als Grund für einen Bewilligungsentzug einzig das Fehlen genügender Eigenmittel, nicht aber anderer Bewilligungsvoraussetzungen in Frage käme. Ob die Bankenkommission in einem solchen Fall die Möglichkeit erwägen könnte, auf den Bewilligungsentzug zugunsten einer nachgesuchten Stundung oder Nach-

lassstundung zu verzichten, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls wäre es ihr aber auch in einem solchen Fall nicht von vornherein verwehrt, den Entzug der Bewilligung zu verfügen. Es könnte sich höchstens die Frage stellen, ob der Bewilligungsentzug geradezu zwingende Folge beispielsweise eines möglicherweise bloss vorübergehenden Eigenmittelmankos wäre.

Im vorliegenden Fall stützt die Bankenkommission den Entzug der Bewilligung gerade nicht nur auf das Fehlen genügender Eigenmittel, sondern auch auf das Fehlen einer sachgerechten Organisation, auf mangelnde Gewähr der Organe der Beschwerdeführerin für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit sowie auf grobe Verletzung gesetzlicher Pflichten, auf Gründe also, die unabhängig von der wirtschaftlichen Lage der Bank Anlass für einen Bewilligungsentzug geben. Sie hatte der Beschwerdeführerin daher die Bewilligung zu entziehen, selbst wenn die Voraussetzungen einer Stundung erfüllt wären. Sie musste davon ausgehen, dass bei einer Gutheissung des Stundungsgesuchs die Bank weiterbestehen und weiterhin die bisherigen Verantwortlichen – nur während der Stundungsdauer unter der Aufsicht eines Kommissärs (Art. 30 und 32 Abs. 2 BankG) – die Geschäfte führen würden. Dies aber konnte sie angesichts der festgestellten grundlegenden Mängel nicht zulassen. Der Bewilligungsentzug drängte sich unter den vorliegenden Umständen auf und verletzt Bundesrecht nicht. Damit erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als offensichtlich unbegründet (Art. 109 Abs. 1 OG).

Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 18. Dezember 1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun (SLT) (Rekurs)¹

Art. 29ff., 23quinquies BankG, Bankenstundung nach Bewilligungsentzug durch die EBK

1. Zur ungestörten Vorbereitung der von der EBK mit dem Bewilligungsentzug angeordneten Liquidation kann im Interesse der Bankgläubiger eine Bankenstundung gewährt werden, sofern eine Überschuldung nicht ausgewiesen ist.

Art. 29 ss, 23quinquies LB, sursis bancaire après le retrait de l'autorisation par la CFB

1. Lorsqu'un surendettement de la banque n'est pas établi, le juge peut accorder à la banque, dans l'intérêt des créanciers, un sursis bancaire afin de faciliter la procédure de liquidation consécutive à la décision de la CFB de retrait de l'autorisation.

Art. 29 segg., 23quinquies LBCR, moratoria bancaria dopo la revoca dell'autorizzazione da parte della CFB

1. Quando non risulta che la banca è oberata, il giudice può concedere alla banca, nell'interesse dei creditori della stessa, la moratoria bancaria allo scopo di facilitare la procedura di liquidazione consecutiva alla decisione della CFB di revoca dell'autorizzazione.

Sachverhalt:

Am 17. Oktober 1991 stellte die SLT beim Obergericht des Kantons Bern als Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen

¹ Die Regesten und die Sachverhaltszusammenfassung wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst. Les résumés ont été rédigés par la rédaction du Bulletin CFB. I riassunti sono stati redatti dalla redazione del Bollettino CFB.

ein Gesuch um Stundung, eventuell Nachlassstundung im Sinne von Art. 29 ff. BankG.

Am 18. Oktober 1991 entzog die EBK der SLT die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit und setzte die ATAG als Liquidatorin ein.

Mit Entscheid vom 4. November 1991 wies das Obergericht des Kantons Bern das Gesuch um Bankenstundung und das Eventualbegehren um Nachlassstundung ab. Es erwog, die aus dem Bewilligungsentzug folgende Liquidation verbiete eine Bankenstundung, da eine Sanierung oder Bilanzbereinigung zur Weiterführung der Geschäftstätigkeit nicht mehr angestrebt werden könne.

Gegen diesen Entscheid des bernischen Obergerichts rekurrierte die SLT, handelnd durch ihren Verwaltungsrat. Die Liquidatorin sowie die Schweizerische Nationalbank und die EBK, welche das Bundesgericht zur Stellungnahme aufgefordert hatte, unterstützten den Rekurs der SLT.

Mit Entscheid vom 20. November 1991 bestätigte die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts den durch die EBK verfügten Bewilligungsentzug.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer heisst den Rekurs der SLT gut und gewährt der SLT für die Dauer eines Jahres Bankenstundung.

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

1.– (Eintreten, Kognition)

2.– (Beschwerdelegitimation)

3.– Das Bundesgericht hat mit seinem Urteil vom 20. November 1991 den Beschluss der Eidgenössischen Bankenkommission bestätigt, womit der SLT mit sofortiger Wirkung die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit entzogen und die Liquidation angeordnet worden ist. Unter diesen Umständen muss die Bank zwingend liquidiert werden (Art. 23quinquies Abs. 2 BankG). Selbst die Gewährung einer Bankenstundung vermöchte daran – entgegen der Vorstellung der Rekurrentin, die in ihrer Rekurschrift davon spricht, dass die

SLT «in Zusammenarbeit mit einer andern Bank in einem beschränkten Rahmen weiterbestehen» könnte – nichts zu ändern (vgl. Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 13 zu Art. 23quinquies). Das Stundungsgericht weist daher zutreffend darauf hin, dass infolge des rechtskräftigen Entscheides der Eidgenössischen Bankenkommission weder eine Bilanzbereinigung noch eine Sanierung mehr möglich ist und dass die Bankorgane auch nicht mehr befugt sind, Verhandlungen über Deckungszusagen oder Übernahmen zu führen.

Entgegen der Auffassung des Stundungsgerichts ist indessen sehr wohl zu prüfen, ob nicht dennoch im Rahmen der nun unvermeidlichen Liquidation der SLT eine der von der Rechtsordnung vorgesehenen Massnahmen – nämlich die Bankenstundung im Sinne von Art. 29 BankG oder die Nachlassstundung im Sinne von Art. 37 BankG bzw. Art. 295 SchKG – angeordnet werden muss, um nicht nur im Interesse der SLT, sondern auch im Interesse ihrer zahlreichen Gläubiger und damit am Ende aus gesamtwirtschaftlichen Gründen einen überstürzten Konkurs zu vermeiden. Zu Recht haben die Rekurrentin und die Liquidatorin wie auch die Eidgenössische Bankenkommission und die Schweizerische Nationalbank nachdrücklich darauf hingewiesen, dass gegen einen der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat, ohne vorgängige Betreibung die Konkursöffnung verlangt werden kann (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Der Umstand, dass die Eidgenössische Bankenkommission der SLT die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit entzogen hat, bevor über das Gesuch um Bankenstundung entschieden war, durfte deshalb die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern als Stundungsgericht nicht dazu veranlassen, dieses Gesuch abzuweisen. Dem angefochtenen Entscheid liegt ein zu enges Verständnis von Art. 29 BankG zugrunde.

4.– a) Wie schon im Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 20. November 1991 festgehalten, verfolgt das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen mehrere Ziele, wobei der Schutz der Bankgläubiger im Vordergrund steht (BGE 116 Ib 196 E. 2b; Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 7 zu Art. 1). Auch die im Gesetz für den Fall finanzieller Schwierigkeiten einer Bank vorgesehenen Massnahmen – so die Anordnung zur Schliessung der Schalter und der Entzug der Bewilli-

gung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit, insbesondere aber auch die Bankenstundung im Sinne von Art. 29 BankG – müssen im Lichte von Sinn und Zweck, die dem Gesetz innewohnen, gesehen werden.

Das Stundungsgericht hat im angefochtenen Entscheid zutreffend festgestellt, dass die Bankenstundung (auch) eine besondere Massnahme zum Schutz illiquider Banken ist, weil sie einer zahlungsunfähigen, aber nicht überschuldeten Bank für die Dauer eines Jahres Betreuungsschutz gewährt, um unbehindert von drängenden und unruhigen Gläubigern eine momentane Notsituation bewältigen zu können (Art. 29 Abs. 2 BankG; BGE 100 III 72 E. 4; Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 1 zu Art. 29–35). Nachdem die Liquidation der SLT angeordnet worden ist, kann die Bankenstundung allerdings nicht mehr zur Bewältigung einer bloss vorübergehenden Krise dienen. Vielmehr geht es, was die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern offenbar übersehen hat, gerade im vorliegenden Fall der Liquidation einer mit Sparern, Anlegern und Kontokorrentinhabern aller sozialen Schichten verbundenen Lokalbank vordringlich um die Wahrung der Interessen der Bankgläubiger. Diese haben grössere Aussicht auf Befriedigung ihrer Ansprüche, wenn die Liquidation der SLT – dank der Bankenstundung – möglichst ungestört vorbereitet wird.

b) In rechtlicher Hinsicht hat das Stundungsgericht verkannt, dass die Vorschriften über die Bankenstundung diese besondere Massnahme nicht auf Banken beschränken, die im Zeitpunkt der Gesuchstellung noch nicht in Liquidation stehen. Weder der Wortlaut von Art. 29 BankG noch Sinn und Zweck dieser Bestimmung setzen voraus, dass die Liquidation noch nicht angeordnet sei; und auch den weiteren Vorschriften zur Bankenstundung lässt sich keine solche Voraussetzung entnehmen. Mit Recht hat daher die Schweizerische Nationalbank auf Art. 32 Abs. 2 BankG hingewiesen, wonach die Bank während der Stundung unter der Aufsicht des Kommissärs und nach dessen Weisungen «ihr Geschäft» weiterführt, jedoch keine Rechtsgeschäfte vornehmen darf, durch welche die berechtigten Interessen der Gläubiger beeinträchtigt oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer begünstigt werden.

Aus der soeben angerufenen Bestimmung folgt klar, dass eine Bankenstundung auch noch zulässig ist, nachdem die Eidgenössi-

sche Bankenkommission die Liquidation angeordnet hat, sofern die Überschuldung noch nicht ausgewiesen ist. Die Bankenstundung mag als Vorstufe für Sanierungen, Bilanzbereinigungen und Liquidationen dienen (Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 2 zu Art. 29–35), kann aber auch – wie Art. 35 Abs. 2 BankG erkennen lässt – einer Nachlassstundung vorangehen, obgleich die Wirkungen beider Verfahren grundsätzlich dieselben sind (BGE 100 III 69 E. 2; Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 10 zu Art. 29–35). Sollte sich während der Dauer der Bankenstundung entgegen bisherigen Erwartungen herausstellen, dass die SLT überschuldet ist, kann sie – worin dem Stundungsgericht beizupflichten ist – noch immer ein Gesuch um Nachlassstundung im Sinne von Art. 37 BankG bzw. Art. 295 SchKG stellen (Bodmer/Kleiner/Lutz, N. 19 zu Art. 29–35).

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Verletzung des Geschäftsreglementes durch unsorgfältige Ermittlung der Belehnungswerte von Grundpfändern; Finanzierung von Schwarzgeldgeschäften am Liegenschaftsmarkt

1. *Wird ein Liegenschafts Kauf finanziert, muss die Bank grundsätzlich davon ausgehen, dass der Verkehrswert höchstens dem verkündeten Kaufpreis entspricht. Wird geltend gemacht, der Verkehrswert liege über dem verkündeten Kaufpreis, hat die Bank eine plausible Erklärung zu verlangen und aktenkundig zu machen.*

2. *Mit der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung ist nicht zu vereinbaren, wenn sich eine Bank wissentlich an rechtswidrigen Geschäften ihrer Kunden beteiligt, z. B. indem sie diese finanziert.*

Art. 3 al. 2 let. c LB, garantie d'une activité irréprochable; violation du règlement interne consécutif à une vérification négligente du respect des limites d'avances usuelles sur gages immobiliers; financement de dessous-de-table lors d'opérations sur le marché immobilier

1. *Lorsqu'elle finance l'achat d'immeubles, la banque doit généralement partir du principe que la valeur vénale ne dépasse pas le prix d'achat indiqué dans l'acte authentique. Si l'on fait valoir que la valeur vénale dépasse le prix d'achat indiqué dans l'acte authentique, la banque doit rechercher une explication plausible et la transcrire dans ses dossiers.*

2. *La banque qui, sciemment, prend part à des opérations illicites de ses clients, p. ex. en finançant celles-ci, ne garantit plus une activité irréprochable.*

Art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR, garanzia di un'attività irreprezibile; violazione del regolamento interno dovuta a negligenze nella verifica del rispetto dei limiti di anticipo su pegni immobiliari; finanziamento di somme versate sottomano in operazioni immobiliari

1. *Quando finanzia l'acquisto di immobili, la banca deve, generalmente, partire dal presupposto che il valore venale non supera il*

prezzo d'acquisto indicato nell'atto autentico. Se si sostiene che il valore venale supera il prezzo d'acquisto indicato nell'atto autentico, la banca deve ricercare una spiegazione plausibile e indicarla nell'incarto.

2. La banca che, scientemente, partecipa a delle operazioni illecite di clienti, p. es. finanziando le stesse, non garantisce più un'attività irrepreensibile.

Sachverhalt:

Im Herbst 1988 gewährte der Verwaltungsrat der Regionalbank X der Immobiliengesellschaft Y (mit dem Alleinaktionär Z als Solidarschuldner) einen Hypothekarkredit in der Höhe von 2,7 Mio Franken, was rund der Hälfte der nach Art. 11 der Bankenverordnung anrechenbaren eigenen Mittel der Bank entsprach. Die Immobiliengesellschaft hatte bereits vor der Kreditgewährung die verpfändete Liegenschaft zum verkündeten Kaufpreis von ebenfalls 2,7 Mio Franken erworben. Der von der Bank angewandte Belehnungssatz von 85% bezog sich auf einen Schätzwert von rund 3,3 Mio Franken. Diesen wiederum ermittelte die Bank, indem sie einen «Sicherheitsabzug» von 0,4 Mio Franken auf einem Schätzwert vornahm, welchen ein von der Schuldnerin eingereichtes Verkehrswertgutachten eines Immobilienschätzers ergab.

Der Kreditbeschluss erfolgte auf dem (telefonischen) Zirkulationsweg. Der Verwalter der Bank und der Verwaltungsratspräsident unterzeichneten nachträglich die schriftliche Kreditvorlage. Daraus ging hervor, dass die Käuferin beziehungsweise Z neben den verkündeten 2,7 Mio Franken noch 0,23 Mio Franken «Schwarzgeld» aus eigenen Mitteln bezahlt hatte.

Im Revisionsbericht über das Geschäftsjahr 1990 bezifferte die Revisionsstelle das Verlustrisiko für das in Frage stehende Kreditgeschäft auf 1,1 Mio Franken, d.h. 40% des ursprünglichen Kreditbetrags. Anfang Dezember 1990 wurde über die Immobiliengesellschaft Y der Konkurs eröffnet.

Die EBK stellt fest, das fragliche Geschäft sei mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung nicht vereinbar gewesen. Sie

drohte der Bank für den Widerhandlungsfall an, die Entfernung der verantwortlichen Personen zu verlangen.

Aus den Erwägungen:

1.– Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Bewilligungsvoraussetzung ist dauernd einzuhalten. Der Gewährsträger muss nicht nur fachlich kompetent sein, sondern er muss sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, zu verstehen. Der sich korrekt verhaltende Bankier beachtet indessen auch die Einhaltung der internen Vorschriften, wie Reglemente und Statuten. Eine schwere Verletzung reglementarischer Bestimmungen ist mit Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG nicht vereinbar (vgl. Kleiner in Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 35 zu Art. 3–3ter). Es gilt im folgenden zu prüfen, ob das fragliche Geschäft das interne Reglement der Bank verletzt hat oder nicht.

2.– a) (Ausführungen über die reglementarischen Belehnungsgrenzen der Bank)

b) Die reglementarisch festgelegten Belehnungsgrenzen verlieren ihre Wirkung, wenn der Verkehrswert eines Pfandobjektes unsorgfältig festgelegt worden ist. Da die Sicherheit einer hypothekarischen Anlage nebst der Bonität des Schuldners primär vom Wert des Grundpfandes abhängt, hat die Bank bei der Bestimmung des Verkehrswertes höchste Sorgfalt anzuwenden und namentlich den Grundsatz der Vorsicht zu beachten. Sie muss insbesondere bei der Ermittlung des Verkehrswertes berücksichtigen, dass sich der festgelegte Belehnungswert auch in schlechteren Zeiten (z. B. Immobilienkrise, Zwangsliquidation etc.) bewähren muss. Wird ein Liegenschafts Kauf finanziert, oder wurde das Grundpfand vor nicht allzu langer Zeit vor der Krediterteilung verkauft, muss die Bank grundsätzlich davon ausgehen, der Verkehrswert entspreche dem verkündeten Kaufpreis. Wie der gegenwärtige Rückgang der Immobilienpreise zeigt, dürfen Erwartungen von Immobilienhändlern über kurzfristig zu

erzielende höhere Verkaufspreise die Bank nicht dazu verleiten, einen höheren Verkehrswert anzunehmen. Zusätzlich hat die Bank z.B. durch Ertragswertberechnungen zu prüfen und aktenkundig zu machen, ob nicht ein überhöhter Kaufpreis bezahlt wurde. Macht der Kreditschuldner geltend, der Verkehrswert liege deutlich über dem verurkundeten Kaufpreis, hat die Bank eine plausible Erklärung dafür zu verlangen und zu notieren (z.B. gemischte Schenkungen, unzureichende Information seitens des Verkäufers über Nutzungsmöglichkeiten).

c) Im vorliegenden Fall hat die Bank vom Preis der Liegenschaftstransaktion Kenntnis gehabt. Sie hat aber nicht den Kauf- bzw. Verkaufspreis als Verkehrswert angenommen, sondern ist vom Schätzwert gemäss der von den Kreditantragstellern eingereichten Expertise ausgegangen. Gemäss dieser Expertise betrug der Verkehrswert 3,67 Mio Franken. Er lag demzufolge rund 25% höher als der effektiv vereinbarte und sogar um 36% höher als der verurkundete Preis. Die Bank hat zwar einen «Abschlag» von ca. 10% vom Schätzwert vorgenommen. Sie hat aber die nach wie vor beträchtliche Differenz zwischen der Expertise und dem effektiven Preis nicht hinterfragt. Die Bank kann keine Gründe anführen, weshalb sie nicht den verurkundeten oder zumindest den effektiven Kaufs- bzw. Verkaufspreis als Belehnungswert angenommen hat. Die Tatsache, dass die Kaufparteien der Expertise offensichtlich keine Beachtung schenkten und einen bedeutend tieferen Preis vereinbarten, hätte die Bank zumindest stutzig werden lassen müssen.

d) Die Bank hat den Kreditnehmern einen Kredit in der Höhe von insgesamt 2,67 Mio Franken gewährt. Geht man vom verurkundeten Kaufpreis (2,7 Mio Franken) als Verkehrswert aus, so ist die Belehnungsgrenze von 2,16 Mio Franken (80% des Kaufpreises) deutlich überschritten worden. Aber selbst wenn man vom effektiven Kaufpreis (inkl. Schwarzgeldzahlung) von 2,93 Mio Franken oder von dem von der Bank angenommenen Verkehrswert von 3,27 Mio Franken ausgeht, ist die Belehnungsgrenze nicht eingehalten worden. Es muss festgestellt werden, dass die Bank durch die Annahme eines ungerechtfertigt hohen Verkehrswertes und die Nichteinhaltung der Belehnungsgrenze ihr Reglement verletzt hat.

e) Eine durchaus plausible Begründung für einen über dem verurkundeten Kaufpreis liegenden Verkehrswert kann im Umstand liegen,

dass der Liegenschaftskäufer – wie im vorliegenden Fall – einen höheren als den öffentlich verkündeten Kaufpreis bezahlt hat (Schwarzgeldgeschäft). Diese Erklärung ist wirtschaftlich einleuchtend. Eine Bank soll unter diesen Umständen aber aus anderen Gründen von einer Krediterteilung absehen. Die Schwarzgeldabrede macht den beurkundeten Vertrag nichtig (BGE 86 II 400 E. 1; 104 II 101 E. 2a; vgl. Alfred Koller, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, ZBJV 126, 1990, S. 121 ff.). Die Parteien des Kaufvertrags machen sich überdies mit grösster Wahrscheinlichkeit der Erschleichung einer Falschbeurkundung (Art. 253 StGB) und der Verkäufer der Steuerhinterziehung sowie des Steuerbetrugs schuldig (vgl. hierzu BGE 116 IV 262 ff. sowie BGE 117 IV 181). Mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ist nun nicht zu vereinbaren, (wenn sich eine Bank wissentlich an rechtswidrigen Geschäften ihrer Kunden beteiligt, z. B. indem sie diese finanziert (BGE 111 Ib 126; zustimmend Kleiner, a. a. O., N. 36a zu Art. 3–3ter BankG). Die verantwortlichen Bankorgane könnten sich, je nach den Umständen des Einzelfalles, sogar selber einer Strafverfolgung aussetzen (Art. 25 StGB). Darüber hinaus kann durch die Nichtigkeit des Kaufvertrages für die Bank ein erhöhtes Bonitätsrisiko entstehen, weil das Grundpfand nicht rechtsgültig eingetragen ist und als Kreditsicherheit mangels guten Glaubens der Bank wegfällt (vgl. Art. 974 ZGB). Das Geschäft ist unter diesen Gesichtspunkten abzulehnen. Die Aussagen des Verwaltungsratspräsidenten und des Verwalters, sie hätten die Kreditvorlage unterzeichnet, ohne von der Schwarzgeldzahlung gewusst zu haben, vermögen sie im übrigen nicht zu entlasten. Wer eine Kreditvorlage für ein bedeutendes Geschäft unterzeichnet, ohne vorher von deren Inhalt vollständig Kenntnis genommen zu haben, handelt unsorgfältig.

3.– (Feststellung, dass das unsorgfältige und unkorrekte Vorgehen der Bank mit der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren war. Auf weitergehende Massnahmen wurde angesichts des Ausscheidens und der erfolgten Kompetenzeinschränkung der betroffenen Gewährsträger verzichtet.)

(Verfügung vom 28. November 1991)

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 26. November 1991 i. S. Bank X c. EBK (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)¹

Art. 6 BankG, Art. 23 bis 25 BankV, Jahresrechnung; Bewertung zweifelhafter Forderungen; Kreditablösung durch einen bedeutenden Aktionär; Art. 103 lit. a OG, Beschwerdelegitimation; Art. 29 ff. VwVG, Art. 4 BV, Rechtliches Gehör; Art. 23bis und 23ter BankG, Ermessen der EBK

- 1. Aktuelles schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Urteilsfällung (E. 1b).*
- 2. Die EBK kann Verfügungen erlassen, die inhaltlich von Empfehlungen des Sekretariates abweichen. Eine Bank hat Anspruch darauf, in der Sache, nicht aber zu den Einzelheiten der Verfügung, die von der Empfehlung abweichen, vorgängig angehört zu werden (E. 3c).*
- 3. Bewertung einer zweifelhaften Kreditposition. Plausibilitätsprüfung durch die EBK. Löst eine einem wichtigen Aktionär der Bank nahestehende Gesellschaft einen notleidenden Kredit zum Nominalwert ab, so muss diese Leistung in der Jahresrechnung klar zum Ausdruck kommen, obschon sich die Kreditposition am Bilanzstichtag nicht mehr in den Büchern der Bank befindet (E. 4 bis 7).*
- 4. Die Anordnung der EBK, berichtigte Zahlen nachträglich zu veröffentlichen, dient dem vom Bankengesetz geforderten Gläubigerschutz und stellt keine Ermessensüberschreitung dar (E. 8).*

Art. 6 LB, art. 23 à 25 OB, comptes annuels; évaluation des créances douteuses; reprise d'un crédit par un actionnaire important; art. 103 let. a OJ, qualité pour recourir; art. 29 ss PA, art. 4 Cst., droit d'être entendu; art. 23bis et 23ter LB, pouvoir d'appréciation de la CFB

- 1. Intérêt actuel digne de protection de la recourante au moment du jugement (consid. 1b).*

¹ Die Regesten und die Sachverhaltszusammenfassung wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst. Les résumés ont été rédigés par la rédaction du Bulletin CFB. I riassunti sono stati redatti dalla redazione del Bollettino CFB.

2. *La CFB peut rendre des décisions dont le contenu s'écarte des recommandations du secrétariat. Une banque a préalablement le droit d'être entendue sur le fond, mais pas sur les détails de la décision qui diffèrent de la recommandation (consid. 3c).*

3. *Evaluation d'un crédit douteux. Examen de la plausibilité par la CFB. Lorsqu'une société proche d'un actionnaire important de la banque reprend un crédit compromis à la valeur nominale, cette prestation doit apparaître clairement dans les comptes annuels bien que, lors de la clôture, le crédit ne figure plus dans les livres de la banque (consid. 4 à 7).*

4. *La décision de la CFB, ordonnant la publication après coup de chiffres corrigés, est conforme aux exigences de protection des créanciers prévues par la loi sur les banques et ne constitue pas un excès du pouvoir d'appréciation (consid. 8).*

Art. 6 LBCR, art. 23 a 25 OBCR, conti annuali; valutazione di crediti pericolanti; rilevamento di un credito da parte di un azionista importante; art. 103 lett. a OG, legittimazione a ricorrere; art. 29 segg. PA, art. 4 Cost., diritto di audizione; art. 23bis e 23ter LBCR, potere di apprezzamento della CFB

1. *Interesse attuale degno di protezione della ricorrente al momento del giudizio (consid. 1b).*

2. *La CFB può prendere delle decisioni il cui contenuto si scosta dalle raccomandazioni fatte dal segretariato. Una banca ha il diritto di essere audita sulle questioni di fondo, ma non sui dettagli della decisione che differiscono dalla raccomandazione (consid. 3c).*

3. *Valutazione di un credito pericolante. Esame della plausibilità da parte della CFB. Quando una società prossima ad un azionista importante della banca rileva un credito pericolante al suo valore nominale, occorre che la prestazione dell'azionista appaia chiaramente nel conto profitti e perdite della banca, anche se al giorno della chiusura il credito non figura più nei conti (consid. 4 a 7).*

4. *La decisione della CFB di ripubblicare le cifre corrette è conforme alle esigenze poste dalla legge sulle banche a protezione dei*

creditori e non costituisce un eccesso del potere di apprezzamento (consid. 8).

Sachverhalt:

Nachdem die Schuldnerin Y eines Zessionskredits der Bank X eine erste Teilrückzahlung nicht geleistet und die Notifikation ihrer Debitoren durch die Bank X sowie ein Zahlungsaufschub keinen Erfolg gezeitigt hatten, verkaufte die Bank X im Mai 1988 das ganze Kreditpaket zum Nominalwert an die Gesellschaft B. Diese Gesellschaft wurde von der Person A beherrscht, die einerseits Mitglied des Verwaltungsrates der Bank X und andererseits Hauptaktionär der Gesellschaft C war, die zu 40% am Aktienkapital der Bank X beteiligt war. In der Jahresrechnung 1988 der Bank wurde dieser Forderungsverkauf weder ausgewiesen noch im Geschäftsbericht kommentiert. Im Bericht der bankengesetzlichen Revisionsstelle über die Prüfung der Jahresrechnung 1988 wurde der Verkauf dieses Kredites nicht erwähnt.

Das Sekretariat der EBK betrachtete den Kreditverkauf als einen verdeckten, in der Jahresrechnung 1988 auszuweisenden Aktionärszuschuss und empfahl der Bank, die Jahresrechnung 1988 entsprechend zu korrigieren und neu aufzulegen. Die Bank lehnte dies ab.

Nachdem die Bank die Empfehlung abgelehnt hatte, verpflichtete die EBK die Bank, in der Gewinn- und Verlustrechnung 1989 die berichtigten Vergleichszahlen des Geschäftsjahres 1988 und einen entsprechenden Hinweis auf die Verfügung der EBK anzuführen.

Die gegen die Verfügung der EBK vom 19. Dezember 1989 erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Bank wies das Bundesgericht vollumfänglich ab.

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

1.– b) Die Bank X ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung; gemäss Art. 103 lit. a OG ist sie folglich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich berechtigt. Es fragt sich indessen, ob das schützenswerte Interesse der Beschwerdeführerin, das nach der

Rechtsprechung im Zeitpunkt der Beschwerde und des bundesgerichtlichen Urteils (noch) vorhanden, also aktuell sein muss (vgl. BGE 111 IB 185, mit Hinweis), hier noch gegeben ist, nachdem die Jahresrechnung 1988 umstritten ist, inzwischen aber bereits die Jahresrechnung 1989 (mit dem vom Bundesgericht in der Verfügung vom 15. März 1990 verlangten Hinweis) publiziert ist.* Die Frage muss bejaht werden: Die Beschwerdeführerin hat nach wie vor ein schützenswertes Interesse, vom Bundesgericht entscheiden zu lassen, ob der Vorwurf der Bankenkommision zutrifft, sie habe keine ordnungsgemässe (d. h. den Vorschriften des Bankengesetzes, Art. 6, entsprechende) Jahresrechnung erstellt. Dies unabhängig davon, ob bei Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die von der Bankenkommision angeordnete Massnahme tatsächlich vollzogen wird oder nicht. Denn die Frage, ob der Vollzug der Massnahme den Gläubigerinteressen und dem Informationsbedürfnis des Bankpublikums «der fehlenden Aktualität wegen» überhaupt noch dienlich sei, beschlägt nicht das aktuelle schützenswerte Interesse gemäss Art. 103 lit. a OG, das allein zur Beschwerde berechtigt.

(...)

3.– c) Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin wurde gewahrt. Anlässlich der Aussprache vom 26. Oktober 1989 wurde hervorgehoben, dass von seiten der Bankenkommision weder der Abschluss noch der Verkauf des Kreditgeschäftes, sondern die unterbliebene Offenlegung in der Jahresrechnung 1988 beanstandet werde. In der Empfehlung des Sekretariates wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, welche Auffassung das Sekretariat der Bankenkommision hinsichtlich der Offenlegung des Kreditgeschäftes in der Jahresrechnung 1988 vertrat, namentlich wie das Kreditgeschäft hätte verbucht werden sollen. Gleichzeitig wurde der Bank X Frist angesetzt, um der Bankenkommision im Falle der Ablehnung der Empfehlung eine begründete Stellungnahme einzureichen, und sie wurde darauf aufmerksam gemacht, dass das Geschäft alsdann der Bankenkommision zum Entscheid vorgelegt würde. Dass diese in der Folge von der Stellungnahme der Bank X vor Erlass ihrer Verfügung keine Kenntnis genommen habe, wird ihr von der Beschwerde-

* Anmerkung der Redaktion: Siehe dazu den ersten Satz der Zusammenfassung von E. 9 weiter hinten.

führerin nicht vorgeworfen, sondern dass die Verfügung inhaltlich von der Empfehlung abweiche. Damit wurden aber keine Parteirechte verletzt, denn in der Sache selbst ist die Beschwerdeführerin durch die Behörde angehört worden, bevor sie verfügt hat. Ein Anspruch darauf, zu den Einzelheiten der Verfügung, die von der Empfehlung abweichen würden, vorgängig noch angehört zu werden, bestand nicht.

(...)

4.– a) Die Eidgenössische Bankenkommision 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, BB1 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 Bankenkommision von Verletzungen gesetzlicher Vorschriften, Mängeln oder andern Missständen benachrichtigen (Art. 21 Abs. 3 BankG). Erhält die Bankenkommision 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 berechtigt und sogar verpflichtet einzugreifen, um den ordnungsgemässen Zustand herzustellen und die Missstände zu beseitigen (BGE 105 Ib 408/409 E. 2, 115 Ib 58 E. 3, mit Hinweis).

b) 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 Bankengesetzes 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 bis 25 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverord-

nung, BankV; SR 952.02) die Gliederung der Jahresrechnung. Art. 23 und 24 der Bankenverordnung beziehen sich auf die Bilanz; Art. 25 BankV betrifft die Gewinn- und Verlustrechnung. Der Bankenverordnung ist zudem im Anhang II eine «Wegleitung zu den Bilanzierungsvorschriften der Art. 23 bis 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 (BGE 105 Ib 409 E. 3a, 115 Ib 59 E. 4).

5.– Umstritten ist im vorliegenden Fall zunächst, ob die Bankenkommission zu Recht angenommen hat, das Kreditpaket bzw. die Leistung der Bank X an die Käuferin B sei zum Zeitpunkt des Verkaufs im Mai 1988 minderwertig gewesen. Indessen käme dieser Frage für sich allein keine Bedeutung zu: Konnte nämlich die Kreditposition ohne Aktionärsintervention verkauft werden, so dass daraus am Ende des Geschäftsjahres kein Verlust resultierte, so war in der einschlägigen Jahresrechnung auch keine Wertberichtigung vorzunehmen. Hingegen war die Bank X dann verpflichtet, die Transaktion des Kreditgeschäftes in der Gewinn- und Verlustrechnung entsprechend darzustellen, wenn ein Verlust nur aufgrund einer Aktionärsintervention vermieden werden konnte. Deshalb ist im Zusammenhang mit der ersten die weitere – ebenfalls umstrittene – Frage zu prüfen, ob die Bankenkommission den Verkauf des Kreditgeschäftes an die Gesellschaft B als verdeckten Aktionärszuschuss betrachten durfte. Nur wenn auch diese Frage bejaht werden muss, hat die Bankenkommission zu Recht die Offenlegung der Transaktion durch Verbuchung in der Gewinn- und Verlustrechnung 1988 gemäss Anordnung in Ziffer 1 des Dispositivs verfügt.

6.– Dass die Bankenkommission die Frage der richtigen Darstellung des Kreditgeschäftes in der Jahresrechnung 1988 der Beschwerdeführerin überprüfte, ist kompetenzmässig und grundsätzlich aufgrund der in Erwägung 4 dargestellten gesetzlichen Regelung nicht zu beanstanden. Auch der Ansatzpunkt, den die Bankenkommission in der angefochtenen Verfügung wählt, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin richtig.

a) Die Bankenkommission geht davon aus, dass die Jahresrechnung – und damit auch die Erfolgsrechnung – den allgemeinen Grundsätzen der Bilanzwahrheit und -klarheit entsprechen soll. Dass

diese Grundsätze nicht auf die «Bilanz» im engeren Sinn beschränkt sind, sondern gerade für die Darstellung der einzelnen Positionen der Erfolgsrechnung auch Geltung haben müssen, kann im Ernst nicht bestritten werden. Dabei geht es nicht, wie die Beschwerdeführerin vorschreibt, um den Beweis der Wirtschaftlichkeit eines Geschäftes auf den Bilanzstichtag hin, sondern um die – im Interesse der Bankgläubiger und der Öffentlichkeit – inhaltlich richtige, d.h. unverschleierte Darstellung der Aufwands- und Ertragspositionen. Auch die Erfolgsrechnung soll einen vertieften Einblick in die finanziellen Verhältnisse und das Geschäftsgebaren einer Bank und deren Entwicklung gewährleisten (in diesem Sinne BGE 105 Ib 411/412 E. 5a, mit Hinweis auf den Kommentar Bodmer/Kleiner/Lutz zu Art. 6 BankG). Im Grundsatz ist daher, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, die Forderung der Bankenkommission nach einer «durchsichtigen Erfolgsrechnung» nicht zu beanstanden.

b) Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Kreditposition im Zeitpunkt des Verkaufs (Ende Mai 1988) minderwertig war und es deshalb einer Wertberichtigung bedurfte. Damit setzt sie sich offensichtlich in Widerspruch zu der in ihrer Strafanzeige (vom 28. Juni 1988)* vertretenen Auffassung. Dort ging sie nämlich davon aus, die ganze Kreditsumme sei wegen Nichthonorierung des Kredites bei Fälligkeit «verloren». Mit keinem Wort wird in der Strafanzeige – anders als in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde – im Sinne von lediglich vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten der Kreditschuldnerin Y argumentiert. Die Bankenkommission hebt denn ihrerseits auch mit Recht hervor, es sei weder aktenkundig noch belegt, dass die Kreditschuldnerin Y ihren Zahlungsverzug mit Liquiditätsschwierigkeiten begründet hätte. Im Gegenteil ist ersichtlich, dass die Kreditsicherheiten nicht nur nicht wertvoll waren, sondern – jedenfalls was die als Sicherheiten überlassenen Kundenguthaben anbelangt – überhaupt nicht existierten (was denn auch Anlass zur Strafanzeige gab).

* Anmerkung der Redaktion: Es handelte sich dabei um eine Strafanzeige der Beschwerdeführerin (Bank X) betreffend Betrug und Urkundenfälschung gegen die Alleininhaberin der Schuldnerin Y und weitere Personen.

Ging aber die Beschwerdeführerin selber im Augenblick der Strafanzeige, also noch nach dem Verkauf des ganzen Kreditpaketes an die Gesellschaft B, davon aus, dass die ganze Kreditsumme «verloren» sei, so durfte auch die Bankkommission ohne weiteres, jedenfalls ohne Bundesrecht zu verletzen, die Kreditposition zum Zeitpunkt des Verkaufs als minderwertig betrachten und unter den gegebenen Umständen mit null bewerten. Bei dieser Sach- und Rechtslage erübrigt es sich, weiter zu prüfen, ob sich diese Einschätzung auch auf die übrigen im angefochtenen Entscheid aufgeführten Tatsachen stützen liesse.

c) Ob die Bank X verpflichtet war, das Verlustrisiko bzw. den aufgrund der Nichthonorierung der Kredite (wenn auch nur vorübergehend) eingetretenen, aber bei Rechnungsabschluss nicht mehr bestehenden Verlust aus dem Kreditgeschäft in der Erfolgsrechnung 1988 offen auszuweisen, hängt davon ab, ob es sich bei der «Kaufsumme» für die Übernahme dieser Kreditposition in Wirklichkeit um einen Aktionärszuschuss handelt. Letztere Frage lässt sich – anders als die Beschwerdeführerin meint – nicht etwa mit dem Argument umgehen, es müsse, selbst wenn ein Wertberichtigungsbedarf zu bejahen wäre, ein Aktionärszuschuss deshalb nicht ausgewiesen werden, weil sich die Kreditposition am Bilanzstichtag nicht mehr in den Büchern der Bank X befand.

7.– a) 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. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind deshalb Aktionärszuschüsse in der Jahresrechnung offen auszuweisen (BGE 105 Ib 412 E. 5b; vgl. auch 115 Ib 61 E. 5e, mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin wendet gegen diese Rechtsprechung nichts ein, macht aber geltend, der Forderungsverkauf an die Gesellschaft B könne nicht als Aktionärszuschuss behandelt werden.

b) Sachverhaltsmässig steht fest, dass weder die Käuferin selbst, die Gesellschaft B, noch die sie beherrschende Person A Aktionäre der Beschwerdeführerin waren. Das Kreditpaket wurde somit nicht von einer an der Beschwerdeführerin direkt beteiligten Person (Aktionär) übernommen, weshalb formell nicht von einem «Aktionärs»-

Zuschuss gesprochen werden kann. Andererseits wurde aber die Käuferin von einer Person beherrscht, die nicht nur im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin sass, sondern auch die Gesellschaft C beherrschte, welche ihrerseits zu 40% am Aktienkapital der Beschwerdeführerin beteiligt war. Aufgrund dieser Zusammenhänge muss angenommen werden, die Gesellschaft B habe die Minderwertigkeit und das erhebliche Verlustrisiko des Kreditpaketes gekannt. Dass die Bankenkommision daraus schliesst, ein nicht der Beschwerdeführerin nahestehender, unabhängiger Käufer hätte die notleidende Forderung nicht, jedenfalls nicht zum vollen Nominalwert, übernommen, liegt nahe und ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat folglich Bundesrecht nicht verletzt, wenn sie unter den konkreten Umständen den Kaufpreis für die notleidende Forderung nicht als Leistung eines unabhängigen Drittkäufers, sondern – wirtschaftlich betrachtet – als verdeckten Aktionärszuschuss qualifiziert hat.

c) Es bedarf keiner eingehenden Erläuterung, dass die Offenlegung (und damit Verbuchung) des Verlustrisikos auf der Aufwandseite im Falle, da der Verlust bzw. das Risiko im Geschäftsjahr aufgrund einer den Verlust deckenden besonderen Aktionärsleistung nicht getragen werden musste, eine entsprechende Buchung auf der Ertragsseite nach sich zieht. In diesem Sinne ist nicht zu beanstanden, wenn die Bankenkommision die entsprechende Verbuchung mangels einer anderen Rubrik bei der Ertragsposition «Verschiedenes» unter Kennzeichnung der von der Gesellschaft B geleisteten «Kaufsumme» als «Aktionärszuschuss» verlangte.

(...)

8.– a) Gemäss Art. 23bis und 23ter des Bankengesetzes kommt der Bankenkommision bei der Auswahl der Massnahmen zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands ein weiter Spielraum des Ermessens zu. Im vorliegenden Fall befand die Bankenkommision, dass eine nachträgliche Publikation der korrigierten Jahresrechnung 1988 zum Schutze der Bankgläubiger und des Publikums nicht zwingend erforderlich sei, und ordnete deshalb an, die Bank X habe lediglich in der Gewinn- und Verlustrechnung 1989 die korrigierten Vergleichszahlen des Geschäftsjahres 1988 aufzuführen.

Dass die Aufsichtskompetenz (und -pflicht; vgl. Art. 23 BankG) der Bankenkommision eine derartige Massnahme einschliesst, steht

ausser Zweifel. Deshalb und auch aufgrund des weiten Ermessens der Behörde in diesem Bereich kann eine «Ermessensüberschreitung», wie der Begriff in Lehre und Rechtsprechung verstanden wird (Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 211, mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1990, Rz 381), zum vornherein nicht vorliegen. Was in der Beschwerdeschrift gegen die erwähnte Anordnung unter dem Titel der Ermessensüberschreitung vorgebracht wird, läuft zum grossen Teil auf den Vorwurf der Unangemessenheit hinaus; diese Rüge ist aber hier nicht zulässig (E. 2a).

b) Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Bankenkommission verlangte Korrektur hätte geradezu pönalen Charakter und würde niemandem etwas nützen, am allerwenigsten den Gläubigern und den Aktionären der Beschwerdeführerin. Mit der gleichen Begründung wendet sie sich – subeventuell – gegen die von der Bankenkommission verlangte Anmerkung des Passus «Gemäss Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 19. Dezember 1989». Sinngemäss wirft sie der Bankenkommission damit einen Ermessensmissbrauch vor (zu diesem Begriff siehe Rhinow/Krähenmann, a. a. O., S. 211, mit Hinweisen; Ulrich Häfelin/Georg Müller; a. a. O., Rzn 377 ff.).

Die Rüge ist unbegründet. Die Beschwerdeführerin hat eine unrichtige Jahresrechnung veröffentlicht, indem sie einen Aktionärszuschuss vorschriftswidrig (vgl. E. 7a) nicht ausgewiesen hat. Verfügt nun die Aufsichtsbehörde zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes eine nachträgliche Veröffentlichung der berichtigten Zahlen, so dient diese Massnahme ohne Frage dem vom Bankengesetz angestrebten Schutz der Gläubiger und des Publikums sowie der rechtsgleichen Behandlung mit den Banken, die von Anfang an ihre Rechnung richtig formulieren und publizieren. Die Bankenkommission hat sich somit nicht von unsachlichen, dem Zweck der Bankengesetzgebung (vgl. BGE 116 Ib 196 E. 2b, mit Hinweisen) fremden Erwägungen leiten lassen und sich mit der angeordneten Veröffentlichung der korrigierten Vergleichszahlen in der Jahresrechnung 1989 auch im übrigen an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns gehalten. Das gilt auch mit Bezug auf die umstrittene

Anmerkung: Der Hinweis, dass die betreffenden Zahlen auf Anordnung der Aufsichtsbehörde hin korrigiert wurden, ist unter den gegebenen Umständen weder sachfremd noch willkürlich, noch unverhältnismässig.

(...)

9.– (Die Beschwerdeführerin hatte auf entsprechende Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 15. März 1990 hin bei der Publikation der Gewinn- und Verlustrechnung 1989 zwar die unveränderten Vergleichszahlen des Geschäftsjahres 1988 aufgeführt, jedoch in geeigneter Form auf das hängige Bundesgerichtsverfahren hingewiesen. Deshalb verzichtete das Bundesgericht darauf, die Publikation der korrigierten Vergleichszahlen zu verlangen. Die Beschwerdeführerin wurde aber verpflichtet, im Geschäftsbericht 1991 dem Publikum vom Ergebnis des bundesgerichtlichen Verfahrens Kenntnis zu geben.)

Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 11. November 1991 i.S. X. AG c. EBK (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)¹

Art. 97 Abs. 1 OG, Art. 5 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 1 VwVG, Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen der EBK; Art. 23bis BankG, Internationale Amtshilfe der EBK; Art. 26 ff. VwVG, Art. 4 BV, Akteneinsichtsrecht; Art. 23 Abs. 4 BankG, Kosten des Verwaltungsverfahrens.

- 1. Selbständige Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung, in welcher die EBK von einer Gesellschaft Unterlagen zur Abklärung einer allfälligen Pflicht zur Unterstellung unter das BankG verlangt. In concreto bejaht (E. 1).*
- 2. Internationale Amtshilfe der EBK. Die Weiterleitung einer Gesprächsnotiz an eine ausländische Aufsichtsbehörde war in concreto rechtmässig. Generelle Zulässigkeit der Weitergabe von Unterlagen offengelassen (E. 3 und 4).*
- 3. Wer ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hat auch ausserhalb eines formellen Verwaltungsverfahrens ein verfassungsmässiges Akteneinsichtsrecht (E. 5d). Kein Anspruch besteht auf Einsicht in verwaltungsinterne Unterlagen. Berechtigtes Interesse von Auskunftspersonen der Verwaltung an der Geheimhaltung ihrer Identität in concreto bejaht (E. 5e).*
- 4. Klärt die EBK ab, ob eine Gesellschaft dem BankG untersteht, kann sie dieser Verfahrenskosten auferlegen, auch wenn sie die Unterstellung verneint. Dies kann bereits in einer Zwischenverfügung über die Auskunftspflicht geschehen (E. 6).*

¹ Die Regesten und die Sachverhaltszusammenfassung wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst. Les résumés ont été rédigés par la rédaction du Bulletin CFB. I riassunti sono stati redatti dalla redazione del Bollettino CFB.

Art. 97 al. 1 OJ, art. 5 al. 2 et art. 45 al. 1 PA, recours contre des décisions incidentes de la CFB; art. 23bis LB, entraide administrative internationale de la CFB; art. 26 ss PA, art. 4 Cst., droit à la consultation des pièces; art. 23 al. 4 LB, frais de la procédure administrative

1. *Recours autonome contre une décision incidente par laquelle la CFB exige, de la part d'une société, la documentation propre à clarifier l'existence d'un éventuel devoir d'assujettissement à la LB. Admis en l'espèce (consid. 1).*

2. *Entraide administrative de la CFB. La transmission d'une note d'entretien à une autorité de surveillance étrangère était justifiée en l'espèce. Est laissée ouverte la question de l'admissibilité générale de la transmission d'informations (consid. 3 et 4).*

3. *La personne qui fait valoir un intérêt digne de protection a un droit constitutionnel à la consultation des pièces, même en dehors d'une procédure administrative formelle (consid. 5d). Ce droit ne s'étend pas à la consultation de la documentation interne de l'administration. Intérêt légitime de la personne qui informe l'administration à ce que son identité ne soit pas révélée, admis en l'espèce (consid. 5e).*

4. *Lorsque la CFB examine si une société doit être assujettie à la LB, elle peut mettre les frais de procédure à la charge de celle-ci même si elle conclut à un non-assujettissement. La CFB peut déjà le faire dans une décision incidente relative au devoir d'informer (consid. 6).*

Art. 97 cpv. 1 OG, art. 5 cpv. 2 e art. 45 cpv. 1 PA, ricorso contro delle decisioni incidentali della CFB; art. 23bis LBCR, assistenza amministrativa internazionale della CFB; art. 26 segg., art. 4 Cost., diritto all'esame degli atti; art. 23 cpv. 4 LBCR, spese della procedura amministrativa

1. *Ricorso a titolo indipendente contro una decisione incidentale con la quale la CFB esige da una società la documentazione necessaria a stabilire l'esistenza di un eventuale obbligo di assoggettamento alla LBCR. Ammesso nel caso in esame (consid. 1).*

2. *Assistenza amministrativa della CFB. La trasmissione di un appunto, riguardante un incontro, ad una autorità di vigilanza estera appare giustificata nel caso in esame. È lasciata irrisolta la questione dell'ammissibilità generale della comunicazione di informazioni (consid. 3 e 4).*

3. *La persona che fa valere un interesse degno di protezione ha un diritto costituzionale all'esame degli atti, pure al di fuori di una procedura amministrativa formale (consid. 5d). Detto diritto non si estende all'esame dei documenti interni dell'amministrazione. Interesse legittimo della persona che informa l'amministrazione a che la sua identità non venga divulgata, ammesso nel caso in esame (consid. 5e).*

4. *Quando esamina se un'impresa deve essere assoggettata alla LBCR, la CFB può mettere le spese processuali a carico dell'impresa stessa anche nell'ipotesi di un non assoggettamento. Ciò può avvenire già in una decisione incidentale relativa al dovere d'informazione (consid. 6).*

Sachverhalt:

Die EBK prüfte, ob die X. AG mit Registersitz in der Schweiz aufgrund ihrer Tätigkeit dem BankG unterstand. Nachdem die X. AG der wiederholten Aufforderung, unter anderem eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung samt Kontrollstellenbericht einzureichen, nicht nachgekommen war, erliess die EBK am 3. Juli 1989 eine Zwischenverfügung, in der sie die X. AG unter Strafdrohung aufforderte, innert 10 Tagen eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung des letzten Geschäftsjahres sowie den obligationenrechtlichen Kontrollstellenbericht einzureichen. Der X. AG wurden Verfahrenskosten auferlegt.

Gegen diese Zwischenverfügung erhob die X. AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Sie verlangte von der EBK eine Erklärung, wonach sie die einverlangten Unterlagen «nicht direkt oder indirekt ausserhalb der gesetzlichen Rechtshilfeverfahren zukommen lässt». Anlass zu diesem Begehren war der Umstand, dass die EBK im Verlauf des vorangegangenen Verfahrens eine Aktennotiz über ein Gespräch eines ausländischen Angestellten der mit der X. AG eng verbundenen ausländischen Gesellschaft Y an die ausländische Aufsichtsbehörde übermittelt hatte. In diesem Gespräch

hatte der betreffende Angestellte die Gesellschaft Y beschuldigt, im Zusammenwirken mit der X. AG das Bankaufsichtsrecht des betreffenden Staates zu verletzen und möglicherweise gemeinrechtliche Vermögensdelikte zu begehen. Diese Information führte zu einem Strafverfahren im entsprechenden Staat und einem Rechtshilfebegehren in Strafsachen an die Schweiz.

Daneben verlangte die X. AG von der EBK Einsicht in sämtliche Akten des Verfahrens, insbesondere wünschte sie den Namen des erwähnten Gesprächspartners zu erfahren. Schliesslich rügte sie die Kostenaufgabe in einer Zwischenverfügung.

Mit Verfügung vom 6. Oktober 1989 wies das Bundesgericht durch Präsidialverfügung das Begehren um aufschiebende Wirkung ab, nachdem die EBK erklärt hatte, sie sehe für die Dauer des Verfahrens keinen Anlass, weitere Informationen zu übermitteln. Die EBK kam gestützt auf die Prüfung der daraufhin eingereichten Unterlagen zum Schluss, die X. AG unterstehe dem BankG nicht.

Das Bundesgericht weist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der X. AG ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen des Bundesgerichts:

1.– Die Eidgenössische Bankenkommission versteht ihre «Anordnungen» vom 3. Juli 1989 ausdrücklich nicht als End-, sondern als Zwischenverfügung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 lit. d des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021). Es fragt sich vorerst, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die angefochtene Zwischenverfügung zulässig ist.

a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gegen Zwischenverfügungen nur zulässig, wenn sie auch gegen die Endverfügung zulässig ist (Art. 101 lit. a OG e contrario). Eine Zwischenverfügung ist zudem nur dann selbständig mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 97 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 1 VwVG); dieses Erfordernis gilt nach der Rechtsprechung auch für die in Art. 45 Abs. 2 VwVG beispielhaft aufgezählten Verfügungen (BGE 99 Ib 416 E. 1, mit Hinweisen).

b) Gegen Verfügungen der Eidgenössischen Bankenkommission ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 97 ff. OG zulässig (Art. 24 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934; Bankengesetz, SR 952.0). Die weitere Voraussetzung des nicht wiedergutzumachenden Nachteils wird im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schon als erfüllt betrachtet, wenn der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der sofortigen Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat (BGE 115 Ib 17 E. 1; 112 Ib 422 E. c, mit Hinweisen). Ein solches darf hier ohne weiteres angenommen werden: Durch die Aufforderung, der Aufsichtsbehörde Akten einzureichen und Einblick in sämtliche Geschäftsbücher zu gewähren, drohen der Beschwerdeführerin im Blick auf die von ihr befürchtete Bekanntgabe geschäftsinterner Informationen an ausländische Behörden nicht wiedergutzumachende Nachteile.

Damit ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 3. Juli 1989 grundsätzlich zulässig, und es ist die weitere Frage zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin im Sinne des Art. 103 lit. a OG legitimiert ist.

2.– (Fortbestehendes schützenswertes Interesse an der Änderung der angefochtenen Verfügung bejaht.)

3.– a) Als zulässige Beschwerdegründe im Sinne des Art. 104 OG fallen vorliegend die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich qualifizierte Ermessensfehler (lit. a) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (lit. b) in Betracht; die Rüge der Unangemessenheit ist dagegen im hier anwendbaren Bundesrecht nicht vorgesehen (vgl. lit. c Ziff. 3 und Art. 24 Bankengesetz). Als Vorinstanz hat die Eidgenössische Bankenkommission entschieden; das Bundesgericht kann deshalb auch die Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen überprüfen (Art. 105 OG). Schliesslich wendet das Bundesgericht das massgebliche Bundesrecht von Amtes wegen an, ohne an die Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (Art. 114 Abs. 1 in fine OG).

b) Die Beschwerdeführerin möchte sicherstellen, dass die von ihr einverlangten Unterlagen von der Eidgenössischen Bankenkommission «ausserhalb der gesetzlichen Rechtshilfverfahren» nicht an ausländische Behörden weitergegeben werden. Zu diesem Zweck

verlangt sie im Hauptbegehren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine entsprechende ausdrückliche Zusicherung der Eidgenössischen Bankenkommission.

Mit diesem Begehren und insbesondere mit dessen Begründung in den weitschweifigen Rechtsschriften möchte die Beschwerdeführerin theoretisch und generell vom Bundesgericht entscheiden lassen, ob, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit die Eidgenössische Bankenkommission als Aufsichtsbehörde über das Bankwesen internationale Amtshilfe leisten darf und wie weit sich das Amtsgeheimnis dieser Behörde erstreckt. Damit – und weil sie zum Teil von unzutreffenden Sachverhaltsannahmen ausgeht (unten E. 4b) – weitet sie aber den Streitgegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig aus, denn es ist nicht Sache des Bundesgerichts, diese Rechtsfragen theoretisch zu entscheiden. Im vorliegenden Fall ist der Streit zwischen der Beschwerdeführerin und der Aufsichtsbehörde darum entstanden, weil diese bestimmte Unterlagen an die Aufsichtsbehörde des Staates Z weitergeleitet hat und «entsprechende Mitteilungen» auch in Zukunft nicht grundsätzlich ausschliessen will. Einzig zulässiger Streitgegenstand – und damit vom Bundesgericht frei zu prüfende Rechtsfrage – ist daher in diesem Punkt, ob die Weiterleitung der Unterlagen und Angaben im konkreten Fall bundesrechtswidrig war.

Auf die Rügen, mit denen die Beschwerdeführerin im übrigen auch die Verletzung von Bundesverfassungsrecht geltend machen kann (vgl. BGE 112 Ib 237 E. 2a, mit Hinweisen), ist daher nur insoweit einzutreten, als sie sich auf den im erwähnten Sinn zulässigen Streitgegenstand beziehen.

4.– a) Der Eidgenössischen Bankenkommission ist die Aufsicht über das Bankwesen und die Anlagefonds zur selbständigen Erledigung übertragen (Art. 23 Abs. 1 Bankengesetz). Sie trifft die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 23bis Abs. 1 Bankengesetz). Zum Aufsichtsbereich der Eidgenössischen Bankenkommission gehört auch die Untersuchung der Unterstellungs- und Bewilligungspflicht einer Unternehmung (Art. 1 und 3 Bankengesetz). Zur Erfüllung dieser Aufgabe besitzt die Eidgenössische Bankenkommission weitreichende Kompetenzen (vgl. Art. 23bis ff. Bankengesetz); so

kann sie etwa 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 (Art. 1 Bankenverordnung; SR 952.02).

b) Mit der angefochtenen Verfügung hat die Bankenkommission die Beschwerdeführerin aufgefordert, eine Bilanz und Erfolgsrechnung des letzten Geschäftsjahres sowie den Bericht der Kontrollstelle einzureichen und auf Verlangen Einblick in sämtliche Geschäftsbücher zu gewähren. Dazu ist sie aufgrund ihrer gesetzlichen Aufklärungskompetenz im Rahmen eines Unterstellungsverfahrens berechtigt und sogar verpflichtet. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies zu Recht nicht; sie wäre übrigens auch nicht berechtigt, ihre Mitwirkung am Verfahren zu verweigern oder die einverlangten Unterlagen unter irgendwelchen Vorwänden der Aufsichtsbehörde vorzuenthalten.

Umstritten ist aber – wie gesagt – die Zulässigkeit der Weiterleitung von Unterlagen durch die Eidgenössische Bankenkommission. Die Beschwerdeführerin rügt, das Vorgehen der Vorinstanz, das sie zum Anlass ihrer Befürchtungen nimmt, sei rechtswidrig und verstosse insbesondere gegen das Legalitätsprinzip; die Bankenkommission erachtet es demgegenüber als zulässig und «jedenfalls in diesem krassen Fall» als «durch eine Amtspflicht der EBK gerechtfertigt».

c) Der Streitfrage liegt der folgende rechtserhebliche Sachverhalt zugrunde: Ein Informant, der sich als Mitarbeiter der ausländischen Gesellschaft Y ausgab, übermittelte der Bankenkommission unaufgefordert Angaben und Unterlagen über jene Firma und über die heutige Beschwerdeführerin. Die Bankenkommission übersandte in der Folge die von ihr angefertigte Aktennotiz über das Gespräch mit dem Informanten sowie die von diesem ihr überlassenen Unterlagen am 6. Januar 1989 an die Aufsichtsbehörde des Staates Z. Ihrer Ansicht nach betrafen die Angaben in erster Linie nicht die X AG, sondern die Tätigkeit der Arbeitgeberfirma des Informanten im Staate Z.

Unter den konkreten Umständen ist nichts dagegen einzuwenden, dass die fraglichen Informationen aus Z, die nicht im Rahmen eines schweizerischen Aufsichtsverfahrens erhoben wurden und die inhaltlich eine dem ausländischen Aufsichtsbereich unterstellte

Geschäftstätigkeit betrafen, an die zuständige Aufsichtsbehörde weitergegeben wurden. Die Eidgenössische Bankenkommission hat somit Bundesrecht nicht verletzt, indem sie die erwähnten Angaben weitergeleitet hat und «entsprechende Mitteilungen» auch in Zukunft nicht ausschliessen will.

Die Beschwerdeführerin geht unzutreffend davon aus, es handle sich um die mit der angefochtenen Verfügung vom 3. Juli 1989 einverlangten Unterlagen (Bilanz, Erfolgsrechnung, Kontrollstellenbericht, übrige Geschäftsbücher), und die Bankenkommission hätte sich ausdrücklich vorbehalten, «diese Unterlagen unter Umständen Behörden ausserhalb eines ordentlichen Rechtshilfverfahrens weiterzuleiten». Das trifft indessen wie gezeigt nicht zu; auf ihre diesbezüglichen Ausführungen ist deshalb ebensowenig einzugehen wie auf die entsprechenden Gegenargumente der Eidgenössischen Bankenkommission, mit denen diese ihre grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Aufsichtspraxis generell rechtfertigen will. Wie es sich damit verhält und wie zu entscheiden wäre, wenn es sich um Informationen gehandelt hätte, welche die Aufsichtsbehörde in dieser Eigenschaft und im Rahmen eines formellen Verfahrens erhoben hat, kann offen bleiben.

5.– a) Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei ihr vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren und Gelegenheit zu geben, sich zu den verheimlichten Akten zu äussern. Die Bankenkommission vertritt in der Vernehmlassung primär die Auffassung, die Beschwerde sei in diesem Punkt abzuweisen, da es sich um ein prozessual unzulässiges neues Begehren handle; zusätzlich nimmt sie zur erhobenen Rüge materiell Stellung und schliesst auf Abweisung.

b) Soweit Akteneinsicht generell im Zusammenhang mit dem Unterstellungsverfahren verlangt wird, hat die Beschwerdeführerin kein aktuelles schützenswertes Interesse mehr (vgl. E. 2a), nachdem die Bankenkommission dieses Verfahren abgeschlossen und die Unterstellungspflicht verneint hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im Verwaltungsgerichtsverfahren nicht um seiner selbst willen (vgl. BGE 111 Ia 103 f. E. 2b, mit Hinweis). Unter diesen Umständen erübrigt es sich, die betreffenden Eintretensvoraussetzungen (zulässiges Begehren, taugliches Anfechtungsobjekt, selbständige Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung) zu prüfen.

c) Soweit die Beschwerdeführerin hingegen ihr Akteneinsichts- und Äusserungsrecht in bezug auf die Informationen aus dem Staate Z, die nicht im Rahmen des Unterstellungsverfahrens erhoben wurden (E. 4c), geltend macht, besteht ihr aktuelles Interesse fort; auf die entsprechende Rüge ist einzutreten, vorausgesetzt, dass eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG über den Umfang bzw. die Verweigerung der Akteneinsicht vorliegt und innert Frist angefochten wurde.

Aus den Akten ergibt sich, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nach Eröffnung der angefochtenen Verfügung vom 3. Juli 1989 um Akteneinsicht ersucht hat (Act. 14 Rubrik 5, Gesuch vom 17. Juli 1989, Antwort der EBK vom 18. Juli 1989), die ihm auch gewährt wurde. Dabei hat die Bankenkommission nach eigenen Angaben «einzig interne Notizen des Sachbearbeiters und Entscheidungswürfe sowie gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG alle Akten entfernt, die die Identität privater Informanten offenbart hätten». Ob sie damit implicite eine Verfügung über den Umfang der Akteneinsicht bzw. über deren (teilweise) Verweigerung getroffen hat, braucht nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn einerseits ermöglicht schon die in der Vernehmlassung nachgeschobene Stellungnahme der Bankenkommission in der Sache eine bundesgerichtliche Überprüfung, andererseits erweist sich die erhobene Rüge ohnehin als unbegründet (E. d und e hienach). Angesichts dieses Ergebnisses sind die Eintretensvoraussetzungen im einzelnen nicht weiter zu erörtern.

d) Das Verwaltungsverfahrensgesetz, das auch für die Eidgenössische Bankenkommission gilt (BGE 98 Ib 60 E. 4; vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d VwVG), regelt das Akteneinsichtsrecht in den Artikeln 26 bis 28. Diese Bestimmungen sind indessen auf die Akteneinsicht im Rahmen eines hängigen Verfahrens zugeschnitten, während es vorliegend – wie gesagt – nur noch um die Akteneinsicht ausserhalb des formellen Unterstellungsverfahrens gehen kann. Für die Prüfung, ob die Bankenkommission den bundesrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht verletzt hat, sind deshalb die einschlägigen aus Art. 4 BV abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht, die in den Art. 26 ff. VwVG Ausdruck gefunden haben (BGE 115 V 301 E. 2d, mit Hinweisen), mitzuberücksichtigen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird aus Art. 4 BV direkt ein Anspruch auf Akteneinsicht als Teil des rechtlichen Gehörs abgeleitet. Dieser verfassungsmässige Anspruch gilt nicht nur in einem hängigen Verfahren, sondern darüber hinaus auch ausserhalb eines formellen Verfahrens. Allerdings ist dieser verfassungsrechtliche Anspruch – im Gegensatz zu demjenigen eines Beteiligten auf Einsicht in die Akten eines hängigen Verfahrens – davon abhängig, dass der Rechtssuchende ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann. Unabhängig von einem abgeschlossenen oder bevorstehenden Verfahren ergibt sich aus Art. 4 BV ein Anspruch auf Akteneinsicht für den unmittelbar Betroffenen grundsätzlich auch ausserhalb jeglichen Verfahrens.

Das Akteneinsichtsrecht findet indessen seine Grenzen am öffentlichen Interesse des Staates oder an berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter. Dem Akteneinsichtsrecht können berechtigte Geheimhaltungsinteressen von Dritten vorgehen, beispielsweise soweit Familienangehörige, Auskunftspersonen oder Geschäftsgeheimnisse betroffen sind. Die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der andern Seite sind im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abzuwägen (BGE 113 Ia 4 f. E. 4a, mit Hinweisen; ferner BGE 115 V 301 E. 2c/bb und 302 E. 2f, je mit Hinweisen). Für diese Interessenabwägung zieht das Bundesgericht bisweilen – so im vorliegenden Fall – die Akten, in die Einsicht verlangt wird, bei (BGE 113 Ia 5 E. 4a, mit Hinweisen).

e) Die Bankenkommission hat, wie sich aus ihren glaubwürdigen Aussagen und aufgrund der vom Bundesgericht eingesehenen Akten ergibt, aus den hier zur Diskussion stehenden Unterlagen einzig interne Notizen des Sachbearbeiters sowie – gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG – solche Akten entfernt, welche die Identität privater Informanten preisgegeben hätten. Dieses Vorgehen hält vor Bundesrecht stand. Weder nach der Akteneinsichtsordnung des VwVG noch aufgrund des verfassungsmässigen Mindestschutzes nach Art. 4 BV besteht ein Anspruch auf Einsicht in verwaltungsinterne Akten (betreffend Art. 4 BV: BGE 113 Ia 9 E. 4c/cc, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur). Für die Verweigerung der Akteneinsicht in solche internen Unterlagen bedarf es daher keines entgegenstehenden überwiegenden Geheimhaltungsinteresses.

ses (BGE 115 V 303 E. 2g/aa). Was die Bekanntgabe des Namens der Informanten betrifft, um die es der Beschwerdeführerin hauptsächlich geht, macht die Bankenkommission berechnete Geheimhaltungsinteressen der Auskunftspersonen geltend, da diese mit konkreten Nachstellungen rechnen müssten. Gegen eine solche nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommene Interessenabwägung ist nichts einzuwenden; insbesondere ist nicht einzusehen, inwiefern sich die Beschwerdeführerin nur dann wirksam sollte verteidigen können, wenn sie die Informanten der Bankenkommission namentlich kennt.

6.– a) Die Eidgenössische Bankenkommission hat der Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Zwischenverfügung in Anwendung von Art. 11 lit. e und Art. 13 der Gebührenverordnung (SR 611.014) die Verfahrenskosten auferlegt und dazu im Schreiben vom 1. Mai 1990 bemerkt, angesichts dieser Kostenregelung erübrige sich eine (negative) Feststellungsverfügung. Die Beschwerdeführerin erblickt darin eine Verletzung von Bundesrecht, namentlich des Legalitätsprinzips. Auch mit dieser Rüge ist die Beschwerdeführerin, die nach Artikel 103 lit. a OG entsprechend legitimiert ist, zu hören (Art. 104 lit. a OG).

b) Die Kosten der Bankenkommission und ihres Sekretariates übernimmt der Bund. Die Bankenkommission erhebt jedoch für ihre Verfügungen Gebühren. Das Nähere regelt die Vollziehungsverordnung (Art. 23 Abs. 4 Bankengesetz). Gemäss Art. 1 Abs. 1 der einschlägigen Gebührenverordnung haben Unternehmen, die dem Bankengesetz unterstellt sind (siehe Art. 1 Bankengesetz), dem Bund eine jährliche Aufsichtsgebühr sowie weitere Gebühren zu entrichten. Die Aufsichtsgebühr und die weiteren Gebühren werden so festgesetzt, dass sie insgesamt die Kosten der Bankenkommission und ihres Sekretariates decken (Art. 1 Abs. 2 Gebührenverordnung). Für Verfügungen, welche die Bankenkommission in Anwendung des Bankengesetzes erhebt, bemisst sich die Spruchgebühr nach Art. 11 der Gebührenverordnung; für die übrigen Verfahrenskosten gelten gemäss Art. 13 die Bestimmungen der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0).

c) Die Bankenkommission erhebt aufgrund von Art. 23 Abs. 4 Bankengesetz und der darauf gestützten Gebührenverordnung grundsätzlich dann Gebühren, wenn sie «Verfügungen in Anwendung des

Bankengesetzes» (Art. 11 Gebührenverordnung) erlässt. Solche (gebührenpflichtige) Verfügungen sind fraglos auch die Unterstellungsentscheide in Anwendung von Art. 1 Bankengesetz, mögen sie nun eine Unterstellungspflicht feststellen oder verneinen. Die Gebührenverordnung begrenzt zwar ihren eigenen Anwendungsbereich auf «Unternehmen, die dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen ... unterstellt sind» (Art. 1 Abs. I); das bedeutet indessen nicht, dass sie auf negative Feststellungsverfügungen im Rahmen eines Unterstellungsverfahrens nicht anwendbar wäre, denn hinsichtlich der Überprüfung der Unterstellungspflicht sind auch solche Unternehmen dem Bankengesetz «unterstellt» (im Sinne der Verordnung), die ihm auch nur präsumptiv unterstehen könnten. Die Beschwerdeführerin bestreitet deshalb zu Unrecht, dass ihr gestützt auf Art. 11 lit. e und Art. 13 Gebührenverordnung Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, da sie weder eine Bank noch ein Anlagefonds sei.

d) In der Regel werden Verfahrenskosten erst mit der Endverfügung auferlegt, da ihre Gesamthöhe naturgemäss erst bei Verfahrensabschluss feststeht. Es kann offen bleiben, ob in einem Verwaltungsverfahren grundsätzlich bereits mit einer Zwischenverfügung über die bis dahin entstandenen Verfahrenskosten entschieden werden darf. Jedenfalls wäre dies weder nach Bankengesetz noch nach Gebührenverordnung, die beide hinsichtlich der Gebühren nicht zwischen End- und Zwischenverfügungen unterscheiden, noch aufgrund des von der Beschwerdeführerin angerufenen Artikels 45 VwVG grundsätzlich ausgeschlossen.

Das vorliegende Verfahren wurde überhaupt von der Beschwerdeführerin selbst veranlasst, unter anderem durch die gesetzwidrige Verwendung der Ausdrücke «Investment Banking», «Investment Banker» (Art. 1 Abs. 4 Bankengesetz). Das gleiche gilt insbesondere für die angefochtene Zwischenverfügung, welche die Aufsichtsbehörde deshalb erlassen musste, weil die Beschwerdeführerin mehreren Aufforderungen zur Akteneinreichung nicht nachkam und im Brief vom 7. Juni 1989 schliesslich selber wünschte, «dass die EBK ihre Begehren in ordentlicher Form» eröffne. Indem die Bankenkommission Verfahrenskosten, die ohnehin von dem betroffenen Unternehmen zu tragen sind, unter diesen Umständen schon in der angefochtenen Zwischenverfügung auferlegte, hat sie kein Bundesrecht verletzt.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin, es könne nicht angehen, anlässlich einer «blossenen Zwischenverfügung» bereits definitiv Kosten aufzuerlegen, da bei Obsiegen einer Partei im Verwaltungsverfahren keine Kosten auferlegt würden, stösst ins Leere, weil sie von falschen Voraussetzungen ausgeht: zum einen stehen sich im Unterstellungsverfahren die betroffene Unternehmung und die Bankenkommision nicht als Parteien eines streitigen Verwaltungsverfahrens gegenüber, sondern diese verfügt als Bankenaufsichtsbehörde; im Unterstellungsverfahren gibt es somit nicht eine obsiegende und eine unterliegende Partei. Zum andern ist es nach Bundesrecht nicht so, dass einer obsiegenden Partei im Verwaltungsverfahren keine Kosten auferlegt werden dürften (vgl. Art. 13 ff. der vorne erwähnten Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969). Und zum dritten steht fest, dass die Verfahrenskosten selbst dann von dem betroffenen Unternehmen zu tragen sind, wenn die Bankenaufsichtsbehörde einen negativen Unterstellungsentscheid fällt.

Die Höhe der Kosten (Fr. 1073.50) wird übrigens von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten.

e) Die Bankenkommision erhebt für ihre Verfügungen in Anwendung des Bankengesetzes Gebühren, unabhängig davon, ob die Betroffenen sich nun weigern oder nicht, der Verfügung nachzukommen. Auf das Verhalten des Verfügungsadressaten kommt für die Spruch- und Schreibgebühren, um die es hier geht, nichts an; hingegen müsste er im Weigerungsfall unter Umständen zusätzlich mit Ordnungsbusse und Auflage der unnötigen Kosten rechnen. Aus diesem Grunde ist schliesslich auch das Argument der Beschwerdeführerin nicht stichhaltig, die Spruchgebühren seien aufzuheben, weil sie sich nicht grundsätzlich weigere, die geforderten Unterlagen herauszugeben.

Basler Ausschuss für Bankenaufsicht

Sicherstellung eines ausreichenden Informationsaustausches zwischen den Bankaufsichtsbehörden (Ergänzung vom April 1990 des Basler Konkordates¹ von 1975/1983)

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

Moyens d'assurer des échanges d'informations adéquats entre autorités de contrôle bancaire (complément d'avril 1990 au Concordat de Bâle¹ de 1975/1983) (p. 64 ss)

Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria

Raccomandazioni per assicurare adeguati flussi di informazioni fra le autorità di vigilanza bancaria (complemento dell'aprile 1990 al Concordato di Basilea¹ del 1975/1983)

Vorbemerkung

Das nachstehend in deutscher Übersetzung des englischen Originals publizierte Papier besitzt ebensowenig rechtliche Verbindlichkeit wie alle andern grundsätzlichen Empfehlungen des Basler Ausschusses. Angesichts der gegenwärtigen Diskussionen um eine adäquate Regelung der Amtshilfe in der schweizerischen Banken-,

¹ Grundsätze für die Beaufsichtigung der ausländischen Niederlassungen von Banken (Mai 1983). In deutscher Übersetzung publiziert zum Beispiel bei Peter Nobel, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Ergänzungsband, Bern 1984, S. 39 ff.; oder Reto Nadig, Grundlagen der grenzüberschreitenden Bankenaufsicht, Diss. ZH, Zürich, 1991. Publikationen in französischer oder italienischer Sprache sind der Redaktion des EBK Bulletins nicht bekannt.

Anlagefonds- und Börsengesetzgebung kann ein solches Dokument aber von Nutzen sein. Es gibt die Vorstellungen der Aufsichtsbehörden verschiedener Staaten darüber wieder, welche Informationen sinnvollerweise überhaupt ausgetauscht werden sollen.

Sicherstellung eines ausreichenden Informationsaustausches zwischen den Bankenaufsichtsbehörden (April 1990)

Das Konkordat von 1983 unterstreicht, dass die wirksame Beaufsichtigung ausländischer Niederlassungen von Banken ständige Kontakte und eine kontinuierliche Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden des Gast- und des Mutterlandes notwendig macht. Die in diesem Dokument enthaltenen Empfehlungen sind dazu bestimmt, die Grundsätze des Konkordats zu ergänzen, indem sie auf eine regelmässige und strukturierte Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsinstanzen hinwirken, um so die Qualität und die Vollständigkeit der Beaufsichtigung des grenzüberschreitenden Bankgeschäfts zu verbessern, wobei jedoch keinesfalls die jeweiligen Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden des Gast- und Mutterlandes ersetzt werden sollen. Wie im Falle des Konkordats selbst sind diese Empfehlungen nicht als gesetzliche Mindestanforderungen gedacht. Vielmehr handelt es sich um die Formulierung geeignetster Verhaltensweisen, die zu verwirklichen sich alle Mitgliedsländer im Rahmen der ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten verpflichtet haben.

A. Zulassung

Die erste Gelegenheit einer Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsinstanzen eines Gast- und eines Mutterlandes ergibt sich, wenn eine Bank erstmals den Antrag auf Erlaubnis zur Gründung einer neuen Auslandspräsenz stellt. Das Zulassungsverfahren ist für die Behörden des Gast- und des Mutterlandes die ideale Gelegenheit, die Voraussetzungen für die zukünftige Zusammenarbeit zwischen ihnen zu schaffen. Vor allem können mit seiner Hilfe die Fundamente für ein geeignetes System der Berichterstattung von der ausländischen Niederlassung zur Mutterbank gelegt werden. Die Zulassung ist ein Eckpfeiler des Konkordats.

Empfehlungen

- a) Die Behörden des Gastlandes sollten sich, bevor sie eine Banklizenz erteilen, routinemässig vergewissern, dass die Behörden des Mutterlandes keine Einwände haben.
- b) Erhält die Behörde des Gastlandes keine positive Antwort von der Behörde des Mutterlandes, so sollte sie erwägen, entweder den Antrag abzulehnen oder die Aufsicht zu verstärken oder Bedingungen für die Erteilung der Erlaubnis zu stellen. Für letzteren Fall wird empfohlen, die Bedingungen (und jede spätere Änderung derselben) der Behörde des Mutterlandes mitzuteilen.
- c) Die Behörden des Gastlandes sollten besondere Vorsicht walten lassen, bevor sie Anträgen auf Erteilung einer Banklizenz stattgeben, die von ausländischen Instituten gestellt wurden, die im Mutterland nicht der Bankenaufsicht unterstehen, oder von Gemeinschaftsunternehmen, für die keine eindeutige Verantwortlichkeit im Mutterland besteht. In solchen Fällen sollte die Zulassung davon abhängig gemacht werden, dass die Behörden des Gastlandes in der Lage sind, die Verantwortung einer Aufsichtsinstanz des Mutterlandes wahrzunehmen.
- d) Folgen die Behörden des Gastlandes dem unter Buchstaben a beschriebenen Verfahren, so kann die Behörde des Mutterlandes, wenn sie das Vorhaben ihrer Bank, eine Auslandsniederlassung zu gründen, missbilligt, den Behörden des Gastlandes die Verweigerung einer Lizenz empfehlen. Die Behörden des Mutterlandes sollten gleichwohl sicherstellen, dass sie geeignete Massnahmen ergriffen haben, um zu verhindern, dass ihre Banken an ungeeigneten Orten Niederlassungen errichten oder unerwünschte Übernahmen tätigen. Macht die Aufsichtsinstanz des Mutterlandes die Errichtung von Auslandsniederlassungen von Bedingungen abhängig, sollten diese der Behörde des Gastlandes mitgeteilt werden.

B. Informationsbedürfnis der Behörden des Mutterlandes

Für die Aufsichtsbehörden des Mutterlandes besteht das Haupterfordernis darin, dafür zu sorgen, dass routinemässig ein regelmässiger Informationsfluss zur Mutterbank und in konsolidierter Form von der Mutterbank zur Behörde des Mutterlandes in Gang gesetzt wird.

Dafür bedarf es eines zuverlässigen Systems der Berichterstattung von der Auslandsniederlassung zum Hauptsitz oder zur Mutterbank, eines guten Funktionierens desselben im Sinne einer Verifizierung sowie praktischer Lösungen zur Bewältigung besonderer besorgnis-erregender Punkte.

Empfehlungen

a) Die Aufsichtsbehörden des Gast- und des Mutterlandes sollten sich Gewissheit verschaffen, dass das interne Kontrollsystem der Banken eine umfassende und regelmässige Berichterstattung zwischen den ausländischen Niederlassungen und dem Hauptsitz einer Bank vorsieht.

b) Erfährt die Behörde des Gastlandes, dass bei einer Auslandsniederlassung erhebliche Probleme bestehen, oder hat sie Gründe, solche zu vermuten, so sollte sie von sich aus die Aufsichtsbehörde des Mutterlandes benachrichtigen. Der Grad der Erheblichkeit wird je nach Art des Problems verschieden sein. Der Bankenaufsicht des Mutterlandes könnte daran gelegen sein, den Behörden des Gastlandes mitzuteilen, welcher Grad der Erheblichkeit bei ihnen Sorge auslöste, denn was als erheblich anzusehen ist, unterliegt grundsätzlich der Beurteilung durch die Behörde des Mutterlandes. Die Behörde des Gastlandes ist häufig jedoch besser in der Lage, Probleme zu erkennen, weshalb sie bereit sein sollte, von sich aus zu handeln.

c) Den Behörden des Mutterlandes könnte an einer unabhängigen Überprüfung der von einer Auslandsniederlassung gemeldeten Daten gelegen sein. Wo Prüfungen durch die Bankenaufsicht des Mutterlandes zulässig sind, sollten die Behörden des Gastlandes solche Prüfungen begrüßen. Wo Prüfungen durch die Aufsichtsbehörde des Mutterlandes derzeit nicht möglich sind (oder die Behörde des Mutterlandes den Weg der Prüfung nicht beschreitet), kann die Behörde des Mutterlandes die des Gastlandes zu dem Zweck konsultieren, dass letztere – sei es direkt oder durch Einschaltung eines unabhängigen Revisors – bestimmte Merkmale der Geschäfte der Bank prüft oder beurteilt. Für welches Verfahren man sich auch immer entscheidet, wichtig ist, dass die erhaltenen Informationen der Bankenaufsicht des Gast- wie des Mutterlandes zugänglich sind.

d) Wenn in einer Auslandsniederlassung ernste Probleme auftreten, sollte die Behörde des Gastlandes sich mit dem Hauptsitz oder der Mutterbank und auch mit den Behörden des Mutterlandes beraten, um mögliche Lösungen zu finden. Beschliessen die Behörden des Gastlandes, einer Auslandsniederlassung die Zulassung zu entziehen oder ähnliche Massnahmen zu ergreifen, so sollte dies den Behörden des Mutterlandes möglichst vorher mitgeteilt werden.

C. Informationsbedürfnis der Behörden des Gastlandes

Gegenseitiges Vertrauen unter Aufsichtsbehörden kann nur entstehen, wenn der Informationsaustausch in beiden Richtungen ungehindert fliessen kann. Die Beaufsichtigung ausländischer Niederlassungen durch die Behörde des Gastlandes ist effizienter, wenn diese erstens weiss, wie weit die Bankenaufsicht des Mutterlandes die ausländische Niederlassung überwachen kann und welchen aufsichtlichen Beschränkungen die Mutterbank oder der ganze Konzern unterworfen ist, und zweitens über für Banken mit Niederlassung im Gastland bedeutsame Angelegenheiten informiert wird.

Empfehlungen

a) Die Behörden des Mutterlandes sollten denen des Gastlandes solche Änderungen bankaufsichtlicher Massnahmen mitteilen, die erhebliche Auswirkungen auf die Geschäfte der Auslandsniederlassungen ihrer Banken haben. Die Behörden des Mutterlandes sollten dem Ersuchen von Behörden des Gastlandes, konkrete Informationen über beispielsweise die Breite der Geschäftspalette einer örtlichen Niederlassung, deren Rolle innerhalb des Bankkonzerns und die Durchführung interner Kontrollen zu erhalten, entsprechen, ebenso der Bitte, Informationen zu erhalten, die für eine effiziente Beaufsichtigung durch die Behörden des Gastlandes bedeutsam sind.

b) Zweifelt die Behörde des Mutterlandes an der Qualität der Bankenaufsicht im Gastland und erwägt daher Massnahmen, welche die dortigen Auslandsniederlassungen tangieren, so empfehlen sich vorherige Konsultationen, um der Behörde des Gastlandes Gelegenheit zur Beseitigung von Unzulänglichkeiten zu geben.

c) Bezüglich einzelner Banken sollten die Behörden des Mutterlandes bereit sein, die Behörden des Gastlandes ins Vertrauen zu ziehen. Selbst in heiklen Fällen wie einem bevorstehenden Eigentümerwechsel oder Problemen der Bank können Kontakte zwischen den Behörden des Mutterlandes und denen des Gastlandes für beide Seiten vorteilhaft sein.

d) Beabsichtigt die Behörde eines Mutterlandes, Massnahmen zum Schutz der Einleger zu ergreifen, so sollten diese Massnahmen so weit wie möglich mit den für die Auslandsniederlassungen der betreffenden Bank zuständigen Aufsichtsbehörden der Gastländer abgeprochen sein.

D. Beseitigung der durch das Bankgeheimnis bestehenden Hindernisse

Eine Voraussetzung für eine effiziente Zusammenarbeit zwischen Bankenaufsichtsbehörden ist die Freiheit, bankaufsichtliche Informationen auszutauschen, vorbehaltlich einiger Einschränkungen zum Schutz sowohl des Informanten wie des Informierten. Ein mögliches Hindernis für die Weitergabe bankaufsichtlicher Informationen ist die Existenz nationaler Gesetze über das Bankgeheimnis, mit denen die legitimen Interessen der Bankkunden geschützt werden sollen.

Empfehlungen

Die Länder, deren Vorschriften über das Bankgeheimnis nach wie vor die Weitergabe von Informationen an eine ausländische Bankenaufsicht erschweren oder verhindern, werden dringend ersucht, ihre Vorschriften unter den folgenden Voraussetzungen zu überprüfen und zu ändern:

a) Erhaltene Informationen sollten nur für bankaufsichtliche Zwecke verwendet werden. Sie sollten anderen, nicht mit der Bankenaufsicht befassten öffentlich Bediensteten unzugänglich sein.

b) Die Informationsübermittlung sollte gegenseitig sein in dem Sinne, dass ein Informationsfluss in beiden Richtungen möglich ist, doch sollte in bezug auf die einzelnen Merkmale der Informationen keine strenge Einhaltung der Reziprozität verlangt werden.

c) Die Vertraulichkeit der übermittelten Informationen sollte ausser bei Strafverfahren¹ rechtlich geschützt sein. Alle mit der Bankenaufsicht befassten Personen sollten selbstverständlich einer beruflichen Geheimhaltungspflicht in bezug auf Informationen unterliegen, die sie im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit erhalten haben.

d) Der Empfänger sollte den bankaufsichtlichen Informanten möglichst konsultieren, wenn er vorschlägt, aufgrund der erhaltenen Informationen Massnahmen zu ergreifen.

E. Externe Rechnungsprüfung

Solide internationale Rechnungsprüfungsgrundsätze können für die Bankenaufsicht beruhigend sein. Derzeit werden nicht alle Auslandsniederlassungen einer externen Rechnungsprüfung unterzogen, und wo sie es werden, wird die Prüfung vielleicht nicht sorgfältig genug durchgeführt. In den Fällen, in denen Auslandsniederlassungen praktisch ausser Reichweite des Kontrollsystems der Bankenaufsicht des Mutterlandes sind und keinem förmlichen Kontrollsystem im Gastland unterstehen, kann die externe Rechnungsprüfung manchmal die einzige unabhängige Kontrolle einer Bank sein.

Empfehlungen

a) Das Vorhandensein einer ausreichenden externen Rechnungsprüfung sollte eine normale Vorbedingung für die Zulassung einer neuen Niederlassung sein. Was die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft selbst angeht, wäre es vorteilhaft, wenn es die wäre, die das Mutterinstitut prüft, vorausgesetzt, die betreffende Gesellschaft verfügt vor Ort über die notwendigen Kapazitäten und Erfahrungen. Wird eine Aus-

¹ Beamte der Bankenaufsicht können auch in Zivilsachen vor Gericht geladen werden. Wenn sie sich weigern, setzen sie sich zwar in einigen Ländern dem Vorwurf der Missachtung des Gerichts aus, doch können sie in einem solchen Fall klar zum Ausdruck bringen, dass, sollte das Gericht auf der Vorladung bestehen, der Informationsfluss versiegen werde und ihre Fähigkeit zu effizienter Aufsicht künftig beeinträchtigt sei.

landsniederlassung von einer anderen Gesellschaft geprüft, so sollten dem externen Revisor der Mutterbank normalerweise die Prüfungsunterlagen der Niederlassung zugänglich sein.

b) Die Bankenaufsicht hat ein Interesse daran, dass die Rechnungsprüfung erstklassig ist und sorgfältig durchgeführt wird. Wird die Prüfung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen, sollte die Bankenaufsicht Kritik gegenüber der örtlichen Vertretung der Rechnungsprüfer äussern und befugt sein, notfalls auf eine Auswechslung der Prüfer hinzuwirken. Um die Prüfungsstandards für internationale Banken anzuheben, sollten international qualifizierte Revisoren, die Erfahrung mit der Prüfung von Banken im betreffenden Land haben, bestellt werden. Wo Zweifel bestehen, sollten die Behörden des Gast- und des Mutterlandes sich beraten.

c) Externe Rechnungsprüfer können zudem aufgefordert werden, die Korrektheit von Meldungen oder die Einhaltung besonderer Erfordernisse zu überprüfen. Es wird empfohlen, alle Aufsichtsbehörden in die Lage zu versetzen, mit externen Rechnungsprüfern der Banken Verbindung aufzunehmen, und umgekehrt. Die Rolle externer Rechnungsprüfer sollte jedoch nicht so herausgestellt werden, dass dadurch die Notwendigkeit einer soliden internen Kontrolle einschliesslich einer effizienten Innenrevision heruntergespielt wird.

Remarques

Le texte ci-après est la traduction d'une recommandation du Comité de Bâle dont l'original est en anglais. A l'instar de toutes les autres recommandations de base de ce Comité, elle n'a pas de force obligatoire. Un tel document peut cependant être d'une certaine utilité dans le cadre des discussions en cours relatives à l'introduction d'une norme concernant l'entraide administrative dans la législation sur les banques, les bourses et les fonds de placement. Il reproduit les conceptions des autorités de surveillance de plusieurs pays sur la question de savoir quelles sont les informations qui, d'une manière générale, devraient raisonnablement être échangées.

Moyens d'assurer des échanges d'informations adéquats entre autorités de contrôle bancaire (avril 1990)

Le Concordat de 1983 souligne la nécessité d'établir une collaboration et des contacts continus entre les autorités de contrôle du pays d'accueil et du pays d'origine pour assurer une surveillance efficace des établissements bancaires à l'étranger. Les recommandations contenues dans le présent document sont destinées à compléter les principes du Concordat; elles visent à encourager une collaboration plus régulière et mieux structurée entre les autorités de contrôle bancaire afin d'améliorer la qualité et l'étendue de la surveillance de l'activité bancaire transfrontière, sans prétendre aucunement vouloir supplanter les responsabilités propres des autorités de surveillance du pays d'accueil et du pays d'origine. De même que pour le Concordat, ces recommandations ne constituent pas des obligations légales minimales, mais exposent les meilleures pratiques que tous les membres se sont engagés à appliquer en fonction des moyens dont ils disposent.

A. Autorisation

Une collaboration entre les autorités d'accueil et d'origine peut s'instaurer dès le moment où une banque dépose une demande d'ouverture d'un nouvel établissement à l'étranger. La procédure d'autorisation offre aux autorités d'accueil et d'origine l'occasion idéale de jeter les bases d'une future coopération. Elle peut permettre

notamment de mettre en place les éléments fondamentaux d'un système adéquat de déclaration entre l'établissement à l'étranger et la banque mère. L'autorisation est l'un des piliers du Concordat.

Recommandations

a) Avant d'octroyer une licence bancaire, les autorités d'accueil devraient, en règle générale, s'assurer que les autorités d'origine n'y voient pas d'objection.

b) Lorsque l'autorité d'accueil n'obtient pas de réponse positive de l'autorité d'origine, elle devrait envisager soit de rejeter la demande, soit de renforcer la surveillance, soit d'assujettir l'autorisation à certaines conditions. Dans ce dernier cas, il est recommandé que ces conditions (et toute modification ultérieure de celles-ci) soient notifiées à l'autorité d'origine.

c) Les autorités d'accueil devraient se montrer particulièrement vigilantes avant d'accorder une licence bancaire à une entité étrangère qui n'est pas soumise au contrôle bancaire dans le pays d'origine ou à une coentreprise pour laquelle il n'existe pas d'autorité d'origine responsable clairement définie. Dans ce cas, toute autorisation devrait être liée à la capacité de l'autorité d'accueil d'exercer une surveillance «d'origine».

d) Si l'autorité d'accueil suit la procédure mentionnée au sousparagraphe a, l'autorité d'origine qui désapprouve le projet de sa banque de s'établir à l'étranger peut lui recommander de refuser l'octroi de la licence. De manière générale, les autorités d'origine devraient prendre les dispositions nécessaires pour empêcher leurs banques de s'implanter dans des lieux inadéquats ou de procéder à des acquisitions inappropriées. Lorsque l'autorité d'origine impose des conditions à un établissement à l'étranger, ces conditions devraient être notifiées à l'autorité d'accueil.

B. Besoins d'information des autorités d'origine

L'autorité d'origine doit s'assurer en premier lieu de l'existence d'un flux régulier d'informations qui remonte d'abord à la banque mère puis, sous une forme consolidée, de la banque mère à l'autorité

de son pays. Cela suppose qu'un système sûr de déclaration permette à l'établissement à l'étranger de transmettre des informations à son siège ou à sa banque mère, que l'on dispose de moyens de vérifier la bonne marche de ce système et que des solutions puissent être trouvées pour traiter des problèmes particuliers.

Recommandations

a) Les autorités d'accueil et d'origine devraient veiller à ce que les vérifications internes des banques comprennent des déclarations exhaustives et régulières entre les établissements à l'étranger d'une banque et son siège.

b) Si une autorité d'accueil décèle, ou a des raisons de soupçonner l'existence de problèmes sérieux dans un établissement étranger, elle devrait prendre l'initiative d'alerter l'autorité d'origine. L'importance à attribuer au problème variera en fonction de la nature de celui-ci. Les autorités d'origine pourront, si elles le souhaitent, indiquer aux autorités d'accueil à partir de quel moment précis un problème les préoccupe, le degré de gravité de ce problème dépendant essentiellement de leur jugement. Toutefois, c'est l'autorité d'accueil qui est souvent la mieux placée pour déceler des problèmes et elle devrait donc être prête à agir de sa propre initiative.

c) Les autorités d'origine désirent peut-être réaliser un contrôle indépendant sur les données déclarées par tel ou tel établissement à l'étranger. Si l'inspection par les autorités d'origine est permise, les autorités d'accueil devraient s'y montrer favorables. Lorsque l'autorité d'origine n'est pas encore autorisée à effectuer une inspection (ou lorsqu'elle n'a pas recours à une telle procédure), elle peut consulter l'autorité d'accueil pour lui demander de vérifier certains aspects des activités de la banque ou de lui faire part de ses observations à leur sujet soit directement, soit par l'entremise du vérificateur externe. Quelle que soit la méthode choisie, il importe que tant les autorités d'accueil que les autorités d'origine soient en possession des résultats de cette démarche.

d) Si de graves problèmes surgissent dans un établissement à l'étranger, l'autorité d'accueil devrait consulter le siège ou la banque mère ainsi que l'autorité d'origine pour essayer de trouver une solu-

tion. Si l'autorité d'accueil décide de retirer l'autorisation bancaire à un établissement étranger ou de prendre d'autres mesures de ce type, elle devrait, si possible, en avertir au préalable l'autorité d'origine.

C. Besoins d'informations des autorités d'accueil

Un climat de confiance mutuelle ne peut s'établir entre les autorités de contrôle que si les informations circulent en toute sécurité dans les deux directions. Pour accroître l'efficacité de la surveillance des établissements étrangers par les autorités d'accueil deux conditions doivent être remplies: premièrement, l'autorité d'accueil doit être parfaitement au courant du degré de contrôle que l'autorité d'origine peut exercer sur l'établissement à l'étranger ainsi que des contraintes prudentielles auxquelles la banque mère ou le groupe dans son ensemble est assujetti; deuxièmement, les autorités d'accueil doivent être tenues informées des problèmes que peuvent rencontrer certaines banques qui ont un bureau sur le territoire du pays d'accueil.

Recommandations

a) Les autorités d'origine devraient informer les autorités d'accueil de toute modification des mesures de surveillance bancaire exerçant une incidence sensible sur les activités des établissements de leurs banques à l'étranger. Elles devraient répondre favorablement aux demandes de données factuelles émanant des autorités d'accueil et couvrant, par exemple, le champ des activités d'un établissement local, son rôle au sein du groupe bancaire et les modalités de contrôle interne; elles devraient également donner suite aux demandes d'information permettant aux autorités d'accueil d'exercer une surveillance efficace.

b) Lorsqu'une autorité d'origine doute de la qualité du contrôle exercé dans un pays d'accueil et envisage, par conséquent, d'intervenir auprès des établissements de son pays opérant sur le territoire concerné, il est recommandé de procéder à des consultations préalables pour permettre à l'autorité d'accueil de remédier à toute imperfection.

c) Dans le cas de certaines banques, les autorités d'origine devraient être prêtes à partager leurs renseignements confidentiels avec les autorités d'accueil. Même dans des situations délicates, telles qu'un changement imminent d'actionnaires ou lorsqu'une banque rencontre des difficultés, l'autorité d'accueil et l'autorité d'origine auront intérêt à entrer en contact.

d) Si une autorité d'origine envisage de prendre des mesures pour protéger les intérêts de déposants, une telle démarche devrait être coordonnée, dans toute la mesure du possible, avec les autorités d'accueil des établissements de la banque à l'étranger.

D. Suppression des entraves au secret bancaire

L'efficacité de la collaboration entre autorités de surveillance repose obligatoirement sur la liberté des échanges d'informations prudentielles, sous réserve de l'observation de conditions destinées à protéger à la fois le fournisseur et le destinataire de ces informations. L'existence, dans certains pays, de lois sur le secret bancaire visant à protéger les intérêts légitimes de la clientèle des banques peut faire obstacle à la transmission d'informations prudentielles.

Recommandations

Les pays où les règles du secret bancaire continuent de restreindre ou d'empêcher la transmission d'informations aux autorités de contrôle bancaire à l'étranger sont priés de revoir et de modifier ces règles, sous réserve des conditions suivantes:

- a) Les informations reçues ne devraient servir qu'à des fins liées à la surveillance prudentielle des institutions financières. Elles ne devraient pas être communiquées, dans le pays destinataire, à d'autres responsables que ceux chargés de la surveillance bancaire.
- b) Les dispositifs de transmission d'informations devraient revêtir un caractère de réciprocité, en ce sens que les échanges devraient pouvoir se faire dans les deux sens, mais on ne saurait exiger de réciprocité stricte concernant les caractéristiques détaillées des informations.

- c) Le caractère confidentiel des informations transmises devrait être protégé par la loi, sauf en cas d'action pénale.¹ Toutes les autorités de contrôle bancaire devraient évidemment être soumises aux règles du secret professionnel pour ce qui est des informations obtenues dans le cours de leur activité.
- d) Le destinataire des informations devrait s'engager, dans la mesure du possible, à se mettre en rapport avec l'autorité de contrôle qui les fournit s'il envisage d'intenter une action en justice sur la base des informations reçues.

E. Vérification externe

Les autorités de contrôle bancaire peuvent se trouver confortées par l'existence de normes internationales saines en matière de vérification comptable. Actuellement, les établissements à l'étranger ne sont pas tous soumis à la vérification externe, et même s'ils le sont, la qualité de celle-ci n'est peut-être pas toujours suffisante. Lorsque des établissements à l'étranger échappent, dans la pratique, aux systèmes d'inspection des autorités d'origine et qu'ils ne sont pas soumis, dans le pays d'accueil, à un système d'inspection formel, la vérification externe peut constituer le seul moyen de contrôle indépendant.

Recommandations

- a) L'autorisation d'ouvrir un nouvel établissement ne devrait logiquement être délivrée que si les dispositions voulues ont été prises pour assurer la vérification externe. Il y aurait intérêt à ce que la société d'audit retenue soit la même que pour la banque mère, sous réserve qu'elle possède la compétence et l'expérience requises sur le marché local. Si un établissement à l'étranger est vérifié par une

¹ Il est également possible que les autorités de contrôle bancaire soient citées à comparaître sous peine d'amende pour déposer dans un procès civil. Bien qu'elles risquent d'être poursuivies dans certains pays si elles s'y refusent, elles peuvent faire clairement comprendre que, si le tribunal insiste, le flux d'informations tarira et qu'elles ne seront plus en mesure d'effectuer à l'avenir une surveillance efficace.

société différente, l'auditeur externe de la banque mère devrait normalement avoir accès aux documents relatifs à ladite vérification.

b) Les autorités de contrôle bancaire sont concernées par la qualité et la précision des vérifications; lorsque la prestation fournie ne donne pas satisfaction, elles devraient en aviser l'organisation professionnelle locale et pouvoir, s'il y a lieu, faire remplacer le vérificateur. En vue de relever les normes de la vérification comptable pour les banques internationales, il faudrait s'assurer les services de cabinets d'audit de réputation internationale ayant l'expérience de la vérification bancaire dans le pays concerné. S'il y a le moindre doute, les autorités d'accueil et d'origine devraient se consulter.

c) Il peut aussi être demandé aux vérificateurs externes de s'assurer de l'exactitude des déclarations transmises ou du respect de toute condition particulière. Il est recommandé que toutes les autorités de surveillance aient la possibilité de se mettre en rapport avec les vérificateurs externes des banques et vice versa. Toutefois, l'importance accordée au rôle de ces vérificateurs ne devrait en aucune façon minimiser la nécessité de contrôles internes appropriés, et en particulier l'adoption de mesures pour assurer un audit interne efficace.

Basler Ausschuss für Bankenaufsicht

Informationsaustausch zwischen Banken- und Finanzmarktaufsichtsbehörden (April 1990)

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

Echange d'informations entre les autorités de contrôle des activités bancaires et les organismes de surveillance des marchés financiers (avril 1990) (p. 80 ss)

Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria

Flussi di informazioni fra le autorità di vigilanza bancaria e le autorità di vigilanza sui mercati finanziari (aprile 1990)

Vorbemerkung

Das nachstehend in deutscher Übersetzung des englischen Originals publizierte Papier besitzt ebensowenig rechtliche Verbindlichkeit wie alle andern grundsätzlichen Empfehlungen des Basler Ausschusses. Angesichts der gegenwärtigen Diskussionen um eine adäquate Regelung der Amtshilfe in der schweizerischen Banken-, Anlagefonds- und Börsengesetzgebung kann ein solches Dokument aber von Nutzen sein. Es gibt die Vorstellungen der Aufsichtsbehörden verschiedener Staaten darüber wieder, welche Informationen sinnvollerweise überhaupt ausgetauscht werden sollen.

Informationsaustausch zwischen Banken- und Wertpapieraufsichtsbehörden (April 1990)

I. Einleitung

1. Bei zwei Treffen in Basel, in den Jahren 1988 und 1989, diskutierten die Banken- und Wertpapieraufsichtsbehörden der Länder der Zehnergruppe die Einschränkungen des Rechts der Finanzmarktaufsichtsorgane, aufsichtliche Informationen¹ an andere Aufsichtsorgane im In- und Ausland weiterzugeben. Man vermerkte, dass in einer Reihe von Ländern die Gesetzgebung (oder administrative Regelungen) Bestimmungen enthalten, die die Weitergabe von Informationen an andere Aufsichtsgremien erschweren und so die effiziente Beaufsichtigung von sowohl im Bank- als auch im Wertpapiergeschäft tätigen Finanzkonzernen und Instituten gefährden. Wie zu erwarten, sind die Umstände in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich, aber es gibt – zum Teil dank der jahrelangen Arbeit des Basler Ausschusses – vergleichsweise nur noch wenig Einschränkungen bei grenzüberschreitenden Informationen zwischen Bankenaufsichtsbehörden. Natürlich gelten die Einschränkungen nicht in gleichem Masse für jene nationalen Systeme, in denen Universalbanken üblich sind und das gleiche Aufsichtsorgan für alle Aspekte der Geschäftstätigkeit eines Bankenkonzerns zuständig ist.

2. Die Teilnehmer an den Basler Sitzungen sind der Ansicht, dass angesichts der heutigen Situation im Finanzbereich für Aufsichtsbehörden die Notwendigkeit besteht, nicht nur die zur Beaufsichtigung von Finanzinstituten benötigten Informationen über finanzielle Tatbestände austauschen zu dürfen, sondern auch unter bestimmten Umständen

¹ Aufsichtliche Information im Sinne dieses Textes wäre in der Regel auf statistisches Material über die Bonität der Institute, wie deren Eigenmittel, Liquidität und Engagement in verschiedenen Risikobereichen, beschränkt. Sie würde jedoch auch nicht-statistisches Material umfassen, z. B. Eindrücke über Ruf und Fähigkeit der Geschäftsleitung oder Berichte über die Effizienz interner Melde- und Kontrollverfahren. Es dürfte durchaus auch gute Gründe dafür geben, noch weitere Arten von Informationen, z. B. Informationen über die Finanzaktivitäten von Kunden, an andere Aufsichtsorgane weiterzugeben, aber dies ist nicht der Schwerpunkt dieser Ausarbeitung.

- ihre Kollegen im Ausland konsultieren zu dürfen, wenn sie Besorgnis über ein international tätiges Finanzkonglomerat oder -institut hegen oder wenn sie glauben, dass dem anderen Aufsichtsorgan Informationen dienlich sind;
- sich darauf verlassen zu können, dass ihre ausländischen Kollegen ihnen bedeutsame aufsichtliche Informationen, die vielleicht nicht zu ihrer Kenntnis gelangt sind, mitteilen dürfen.

3. Der Zweck dieser Ausarbeitung ist es, im Licht der Erfahrungen der Aufsichtsinstanzen der Zehnergruppe mögliche Wege für eine Erleichterung des aufsichtlichen Informationsflusses zwischen Banken- und Wertpapieraufsichtsbehörden zu prüfen. Angesichts ihrer Autoren konzentriert sie sich zwar auf diese besonderen Informationsflüsse, die aufgegriffenen Fragen sind jedoch auch für den Austausch mit den Aufsichtsorganen anderer Sektoren (namentlich Versicherungen) von Bedeutung. In diesem Zusammenhang wäre anzumerken, dass die Zweite Bankrechtskoordinierungsrichtlinie der EG die in der Ersten Richtlinie enthaltenen Bestimmungen über den Informationsaustausch zwischen Bankenaufsichtsbehörden auf den Informationsaustausch zwischen allen tatsächlich im Finanzsektor tätigen Aufsichtsbehörden ausdehnt. Ferner wäre zu vermerken, dass unter der Ägide der International Organization of Securities Commissions (IOSCO) und bilateral unter deren Mitgliedern weitere Fortschritte gemacht werden, um den Informationsaustausch zwischen den Wertpapieraufsichtsbehörden zu verbessern.

II. Allgemeine Kriterien für den Austausch grenzüberschreitender Informationen zwischen Banken- und Wertpapieraufsichtsbehörden

a) Verwendung der erhaltenen Informationen

4. Der in diesem Bericht in Betracht gezogene Informationsaustausch zielt auf eine Verbesserung der aufsichtlichen Effizienz, und so versteht es sich von selbst, dass die in diesem Rahmen erhaltenen Informationen ausschliesslich im Zusammenhang mit der Aufsicht über Finanzinstitute verwendet werden sollten. Namentlich sollten Regierungsstellen oder Behörden, die für aufsichtliche Aufgaben

nicht zuständig oder nicht damit befasst sind, keinen Zugang zu solchen Informationen haben. Nötigenfalls kann das heissen, dass in irgendeiner Form eine interne Schranke zwischen verschiedenen Abteilungen oder Dienststellen von Empfängerinstitutionen, in denen ein Teil eine aufsichtliche Funktion ausübt und ein anderer Teil für etwas anderes zuständig ist, zu schaffen wäre.

5. Im gleichen Sinne versteht es sich, dass die in diesem Rahmen gelieferten Informationen einen rein aufsichtlichen Charakter hätten und auf Fragen im Zusammenhang mit der Bonität der Institute beschränkt wären, wie in der Fussnote auf Seite 1 (des Originaltextes, hier Seite 72) definiert. Unter den derzeitigen für einige Aufsichtsbehörden geltenden Regelungen dürfen allgemeine oder konsolidierte Informationen herausgegeben werden, nicht jedoch spezifische statistische Informationen in bezug auf die Solvenz oder Liquidität einzelner Institute. Die Weitergabe von unveröffentlichten Informationen spezifischer Art durch diese Aufsichtsorgane erfordert besondere Sorgfalt, wenn ihre vertrauliche Behandlung durch den Empfänger nicht absolut gewährleistet ist. Sie können spezifische Informationen nur weitergeben, wenn ein erheblicher Anlass zur Sorge besteht oder wenn die Institute, auf die sich die Informationen bezieht, ihre Zustimmung dazu gegeben haben. Könnte andererseits die Aufsichtsbehörde, die keine spezifische Information weitergeben darf, versichern, das Geschäft sei einwandfrei, oder nachprüfen, dass kein Grund zur Besorgnis besteht, dann wäre das schon eine gewisse Beruhigung. Eine solche Lösung befriedigt jedoch vielleicht nicht völlig.

6. Aus praktischen und aus rechtlichen Gründen sollte sich die Aufsichtsbehörde, die die Information weitergibt, vergewissern, dass diese Information vom Empfänger auch wirklich benötigt wird. Einige Aufsichtsbehörden müssen von Fall zu Fall beurteilen, ob es nötig und wünschenswert ist, unveröffentlichte Informationen weiterzugeben. Die Empfänger können der anderen Behörde behilflich sein, indem sie angeben, welche Art Information sie wünschen und warum. Es kann gelegentlich vorkommen, dass eine Aufsichtsbehörde um Informationen gebeten wird, die ihr im Rahmen ihrer normalen Tätigkeit nicht zur Verfügung stehen. In solchen Fällen wird es für die beiden Aufsichtsbehörden angezeigt sein, die Sache zu besprechen, um zu sehen, ob sich eine pragmatische Lösung finden

lässt. Die Möglichkeit, Informationen weiterzugeben, muss jedoch letzten Endes eine Ermessensfrage bleiben. Eine Aufsichtsbehörde kann aus guten Gründen die Weitergabe von Informationen verweigern, z.B. wenn dies dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen oder eine laufende Untersuchung stören würde.

b) Vertraulichkeit der erhaltenen Informationen

7. Eine allen Rechtsordnungen gemeinsame Voraussetzung für den Austausch aufsichtlicher Informationen ist, dass ihre vertrauliche Behandlung vom Empfänger so weit als irgend möglich zu gewährleisten ist. In einigen Fällen wird ein gewisser Massstab der Vertraulichkeit genau angegeben, z.B. nicht weniger streng als der, welcher in dem Organ, das die Information liefert, gilt. Es wäre sehr zu wünschen, dem Empfänger keine gesetzliche Verpflichtung aufzuerlegen, die von anderen Aufsichtsbehörden im Rahmen der Aufsichtstätigkeit erhaltenen Informationen bekanntzugeben. Beispielsweise sollte das Gesetz nicht vorschreiben, dass solche Informationen vor Gericht bekanntzugeben sind, es sei denn, die ausländische Aufsichtsbehörde, von der sie stammen, hat ihre Zustimmung dazu gegeben. In den meisten Ländern wird es einige Ausnahmen von diesem Grundsatz geben, aber im Idealfall sollten sie eng begrenzt sein, z.B. auf strafrechtliche Verfahren. In den Ländern, in denen die Freiheit der Information gesetzlich geregelt ist, sollte die empfangende Aufsichtsbehörde darauf achten, dass die auskunftgebende Behörde sich über die Auswirkungen im klaren ist und so im voraus ihr zweckmässig scheinende Vorsichtsmassnahmen ergreifen kann.

8. Für eine Reihe von Aufsichtsbehörden ergeben sich Schwierigkeiten bei der Weitergabe von Informationen an Selbstüberwachungsorgane. Teilweise mag das mit dem rechtlichen Status des Empfängers zusammenhängen. Ein gewichtigeres Hindernis scheint jedoch in der Unsicherheit zu liegen, ob die Information vertraulich bleibt, oder dass Interessenkonflikte auftreten könnten, wenn ein am Markt tätiges Mitglied eines solchen Organs unveröffentlichte Informationen über einen Konkurrenten erhält. In der Praxis jedoch sind die Beschäftigten der Selbstüberwachungsorgane Regeln unterworfen, die gewährleisten, dass Informationen, um die sie nachsuchen, ver-

traulich behandelt werden. Die Sorge um die Vertraulichkeit wird von den Selbstüberwachungsorganen durchaus geteilt.

c) Gegenseitigkeit

9. In einer Anzahl von Ländern besteht eine durch Gesetz oder administrative Regelung festgelegte Bedingung, dass ein Informationsaustausch nur auf der Basis der Gegenseitigkeit stattfinden darf. Solange der Begriff «Information» eher weit definiert wird, dürfte es in der Praxis nicht viele Fälle geben, in denen eine Aufsichtsbehörde Informationen nicht weitergeben kann, weil der potentielle Empfänger keinerlei Information im Gegenzug liefern kann. Sollten die Informationen jedoch ähnlicher Art oder Qualität sein, so ist es leicht vorstellbar, dass es zu Unsicherheiten kommt. Beispielsweise kann eine Bankenaufsichtsbehörde vielleicht nur Auskünfte über Institute, aber nicht über deren Kunden geben, während ein Wertpapieraufsichtsorgan beides liefern kann. Die Forderung nach einer strikten Reziprozität würde einen Informationsaustausch unmöglich machen.

10. Sollen die Informationen einigermaßen frei fließen, so muss der Begriff der Gegenseitigkeit eher grosszügig interpretiert werden. Es wird empfohlen, die Möglichkeit eines wechselseitigen Informationsflusses zu akzeptieren, ohne auf strikter Reziprozität hinsichtlich der Art der auszutauschenden Informationen zu beharren. Überdies sollte das Fehlen gegenseitiger Vorkehrungen eine Aufsichtsbehörde nicht per definitionem daran hindern, Informationen weiterzugeben, wenn sie beispielsweise erfährt, dass ein unter einer anderen Rechtsordnung tätiges Institut unzulässige Geschäfte betreibt.

d) Vorgehen aufgrund erhaltener Informationen

11. Einige Aufsichtsbehörden haben gelegentlich Bedenken, eine Information weiterzugeben, die seitens des Empfängers sofortige Massnahmen auslösen könnte. Solche Massnahmen können in der Forderung nach besonderen Garantien oder zusätzlichem Kapital vom Mutterinstitut, nach der Umbesetzung der Geschäftsleitung, nach Umwandlung einer Zweigniederlassung in eine Tochtergesellschaft oder im Extremfall in der Schliessung des Unternehmens

bestehen. Da für den Informationsaustausch eine Vertrauensbasis erforderlich ist, ist es unerlässlich, dass der Empfänger keine entscheidenden Massnahmen ergreift, ohne sich mit der informierenden Behörde zu besprechen (es sei denn, letztere erklärt dies als nicht nötig). Dies hätte den Vorteil, dass das Vorgehen beider Aufsichtsbehörden koordiniert werden könnte.

III. Informationsfluss von einer Bankenaufsichtsbehörde zu einer ausländischen Wertpapieraufsichtsbehörde

12. Die Situation, in der ein Informationsfluss dieser Art wünschenswert ist, entsteht hauptsächlich dann, wenn eine Bank in einem fremden Land im Wertpapiergeschäft tätig wird, mit oder ohne physische Präsenz; in diesem Fall wird das Wertpapieraufsichtsorgan des Gastlandes über die Solvenz der Bank insgesamt auf dem laufenden gehalten werden wollen. Es besteht jedoch auch ein Informationsbedürfnis, wenn eine Wertpapierfirma in einem anderen Land ein Bankgeschäft betreibt und die Wertpapieraufsichtsbehörde die gesamten Aktivitäten der Unternehmensgruppe überwachen will.

13. Während die Bankenaufsichtsbehörden in vielen Fällen Informationen ohne Einschränkungen an ausländische Bankenaufsichtsbehörden weitergeben können, gibt es häufig Hindernisse für die Weitergabe von Informationen an ausländische Wertpapieraufsichtsorgane, vor allem dann, wenn es Selbstüberwachungsorgane sind. Diese Situation kann eine effiziente Aufsicht erschweren. Als vorübergehender Notbehelf könnte die in Frage kommende ausländische Bankenaufsichtsbehörde als Übermittlungsstelle eingeschaltet werden, sofern letztere die Zusicherung erhält, dass die Informationen vertraulich behandelt und nur für aufsichtliche Zwecke verwendet werden. Dies könnte den Fall einschliessen, dass die Bankenaufsichtsbehörde die ausländische Bankenaufsichtsbehörde benachrichtigt, wenn sich die Position der Mutterbank grundlegend verändert, und ihr die Entscheidung überlässt, ob die zuständige Wertpapieraufsichtsbehörde gewarnt werden sollte.

14. Eine andere Möglichkeit besteht darin, die Zustimmung der Bank zur Weitergabe von Informationen an eine ausländische Wertpapieraufsichtsbehörde zu erhalten. Wenn es nicht gesetzlich verboten ist,

haben die Banken in der Regel nichts gegen einen solchen Vorschlag einzuwenden, da es oft bedeutet, dass doppelte Meldungen vermieden werden können. Auf jeden Fall scheint es angebracht, sämtliche Möglichkeiten zu prüfen, um die Weitergabe notwendiger Informationen zu gewährleisten. Es wird eingeräumt, dass gesetzliche Vorschriften über die vertrauliche Behandlung es unmöglich machen können, eine ausländische Bankenaufsichtsbehörde als Übermittlungsstelle einzuschalten. Gesetzliche Vorschriften können auch besondere Vorkehrungen im Fall von Selbstüberwachungsorganen nötig machen, aber selbst hier dürften pragmatische Wege zur Übermittlung von Informationen zur Verfügung stehen, zumindest wenn erheblicher Grund zur Sorge besteht.

IV. Informationsfluss von einem Wertpapieraufsichtsorgan an eine ausländische Bankenaufsichtsbehörde

15. Es gibt eine ganze Reihe von Umständen, unter denen ein Bedürfnis nach einem Informationsfluss dieser Art besteht, namentlich wenn eine Bankenaufsichtsbehörde die konsolidierten Aktivitäten eines Bankenkonzerns, der im Ausland im Wertpapiergeschäft tätig ist (mit oder ohne physische Präsenz), überprüfen will oder wenn eine Wertpapierfirma eine ausländische Niederlassung mit einer Banklizenz betreibt und die Bankenaufsichtsbehörde die Solvenz des Mutterinstituts nachprüfen will.

16. Die Zwänge, denen Wertpapieraufsichtsbehörden bei der Weitergabe von Informationen unterworfen sind, scheinen mindestens ebenso einengend wie jene der Bankenaufsichtsbehörden. Einige Länder haben den bilateralen Informationsaustausch zwischen ihren Wertpapieraufsichtsbehörden und ausländischen Aufsichtsbehörden durch eine zwischenstaatliche Vereinbarung mittels Memoranden geregelt. Solche Vorkehrungen können für die Beteiligten von Nutzen sein, aber sie auf eine multilaterale Basis zu stellen könnte sich als umständlich erweisen. Wie schon in Absatz III erwähnt, könnte als vorübergehende Lösung eine andere Aufsichtsbehörde als Übermittlungsstelle unter den genannten Bedingungen eingeschaltet werden oder dann aber die Zustimmung des betroffenen Instituts zur Weitergabe der Informationen über seine Tätigkeit eingeholt werden.

V. Schlussbemerkungen

17. Dieser Bericht gibt eine Übersicht über eine Reihe von Beschränkungen, die den Informationsaustausch zwischen verschiedenen Aufsichtsbehörden hemmen. Es wurden praktische Möglichkeiten zur Überwindung einiger dieser Hindernisse vorgeschlagen, aber dennoch bleiben in einigen Ländern ernstliche Hemmnisse bestehen.

18. In den Sitzungen in Basel fand die Ansicht breite Zustimmung, dass zum jetzigen Zeitpunkt ein elementarer Rahmen für die multilaterale Zusammenarbeit von Aufsichtsbehörden notwendig ist, so dass diese untereinander die besonderen Umstände einzelner Institutionen besprechen und den Austausch unveröffentlichter Informationen regeln können. Dies könnte Änderungen nationaler Bestimmungen und Regelungen bedeuten, damit Aufsichtsbehörden, unter Vorbehalt der in Abschnitt II dieses Papiers genannten Bedingungen, für die Beaufsichtigung von Finanzinstituten relevante Informationen an andere Aufsichtsbehörden weitergeben können.

Remarques

Le texte ci-après est la traduction d'une recommandation du Comité de Bâle dont l'original est en anglais. A l'instar de toutes les autres recommandations de base de ce Comité, elle n'a pas de force obligatoire. Un tel document peut cependant être d'une certaine utilité dans le cadre des discussions en cours relatives à l'introduction d'une norme concernant l'entraide administrative dans la législation sur les banques, les bourses et les fonds de placement. Il reproduit les conceptions des autorités de surveillance de plusieurs pays sur la question de savoir quelles sont les informations qui, d'une manière générale, devraient raisonnablement être échangées.

Echanges d'informations entre les autorités de contrôle des activités bancaires et les organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières (avril 1990)

I. Introduction

1. Lors de deux réunions tenues à Bâle en 1988 et 1989, les autorités de contrôle des activités bancaires et les organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières des pays du Groupe des Dix ont examiné les obstacles qui empêchent les contrôleurs des marchés financiers de transmettre librement des informations de nature prudentielle¹ à leurs homologues nationaux et étrangers. Il a été constaté que, dans certains pays, la législation (ou les pratiques administratives) comporte des dispositions qui entravent la transmis-

¹ Au sens où il est utilisé ici, le terme «information prudentielle» ne devrait logiquement couvrir que les données statistiques portant sur la solidité financière des établissements, telles que celles concernant les fonds propres, la liquidité et l'exposition aux divers types de risque. Il faut néanmoins aussi l'étendre à des éléments d'information non statistiques, comme les avis qui peuvent être exprimés sur la réputation et la compétence de la direction ou sur l'efficacité des procédures internes d'information et de contrôle. Il existe sans doute des raisons tout à fait valables pour communiquer à des autorités de contrôle d'autres types d'information touchant, par exemple, les opérations financières de la clientèle, mais ce n'est pas là l'objet du présent document.

sion d'informations prudentielles à d'autres autorités, ce qui nuit à l'efficacité du contrôle des institutions et groupes financiers opérant à la fois dans le secteur bancaire et sur les marchés de valeurs mobilières. Comme on pouvait s'y attendre, la situation varie largement suivant les pays mais, grâce en partie aux travaux menés par le Comité de Bâle au cours des années, les restrictions restantes sont plutôt moins nombreuses pour les échanges transfrontières entre autorités de contrôle bancaire. De toute évidence, les contraintes ne s'exercent pas au même degré dans les systèmes nationaux où l'on pratique la banque universelle et où la même autorité contrôle tous les aspects de l'activité des groupes bancaires.

2. Les participants aux réunions de Bâle estiment que la situation financière d'aujourd'hui exige non seulement que les autorités de surveillance soient libres d'échanger entre elles les informations financières requises pour le contrôle prudentiel des établissements financiers, mais aussi qu'elles puissent dans certaines circonstances:

- consulter leurs collègues étrangers si elles ont un doute au sujet d'une institution ou d'un groupe financier opérant à l'échelle internationale ou si elles estiment qu'une information leur serait utile;
- compter sur la faculté de leurs collègues étrangers de leur fournir des informations prudentielles qui les concernent et dont elles n'auraient peut-être pas connaissance.

3. L'objet du présent document est d'examiner, à la lumière de l'expérience des institutions de surveillance des pays du Groupe des Dix, les moyens qui permettraient de faciliter les échanges d'informations prudentielles entre autorités de contrôle bancaire et organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières. Si, du fait de la qualité de ses auteurs, il se limite à ce type précis d'échanges, les problèmes qu'il passe en revue concernent aussi les échanges avec les contrôleurs chargés d'autres domaines (en particulier l'assurance). On peut noter à cet égard que la deuxième directive communautaire visant la coordination bancaire élargit le champ des dispositions relatives aux échanges d'informations entre autorités de contrôle bancaire, qui figuraient dans la première directive, de façon à couvrir les échanges entre tous les organismes de surveillance financière reconnus. Il convient également de noter que l'on continue

d'enregistrer des progrès, sous l'égide de l'International Organization of Securities commissions (IOSCO), et bilatéralement entre ses membres, dans le développement des échanges d'informations entre organismes de contrôle des marchés de valeurs mobilières.

II. Conditions générales pour les échanges d'informations transfrontières entre autorités de contrôle bancaire et organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières

a) Exploitation à des fins prudentielles de l'information reçue

4. Les échanges d'informations envisagés dans le présent document étant destinés à renforcer l'efficacité du contrôle prudentiel, il doit être entendu que les renseignements reçus dans le cadre de ces échanges seraient utilisés uniquement aux fins du contrôle prudentiel des établissements financiers. En particulier, aucune possibilité d'accès à ces informations ne devrait exister pour les départements ministériels ou les hauts fonctionnaires qui ne sont ni responsables du ni concernés par le contrôle prudentiel. Au besoin, il faudrait effectuer un cloisonnement interne des différents départements ou divisions des institutions et séparer ainsi les services qui s'occupent de surveillance des autres services.

5. Dans le même esprit, il doit être entendu que les informations fournies dans le cadre de ces échanges revêtiraient un caractère exclusivement prudentiel et ne porteraient que sur des questions relatives à la solidité financière des établissements, conformément à la définition donnée dans la note de la page 1 (de l'original, respectivement page 80 de ce bulletin). Selon les réglementations auxquelles elles sont actuellement soumises, certaines autorités de contrôle peuvent fournir des renseignements d'ordre général ou global, mais en aucun cas des données statistiques spécifiques sur la solvabilité ou la liquidité de tel ou tel établissement. La communication, par ces autorités, de renseignements spécifiques non publiés doit se faire avec circonspection, à moins que l'on ait l'assurance que le destinataire en respectera le caractère confidentiel. Des informations spécifiques ne peuvent être fournies qu'en présence d'un problème grave ou avec le consentement de l'établissement concerné. On pourrait

aussi, dans une certaine mesure, se contenter qu'une autorité de contrôle se trouvant dans l'impossibilité de fournir des informations spécifiques puisse garantir qu'une activité est saine, ou s'assurer qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter. Mais il s'agirait d'un pis-aller.

6. Pour des raisons d'ordre pratique aussi bien que juridique, l'autorité qui fournit l'information devrait pouvoir être sûre que le destinataire en a réellement besoin. Certaines autorités de contrôle sont tenues d'examiner cas par cas s'il est nécessaire et souhaitable de communiquer des renseignements non publiés. Les destinataires peuvent faciliter la tâche de leurs homologues en précisant les types d'information qu'ils souhaitent recevoir et en en donnant les raisons. Il peut arriver qu'une autorité soit priée de fournir un renseignement dont elle ne dispose pas dans le cours normal de son activité. En ce cas, il serait sage que les deux autorités se concertent pour essayer de trouver une solution pragmatique. En fin de compte, toutefois, la faculté de fournir des renseignements doit cependant demeurer discrétionnaire. Une autorité peut être légitimement fondée à refuser de transmettre des informations, dans le cas par exemple où cela serait contraire à l'intérêt public ou nuirait à une enquête en cours.

b) Caractère confidentiel de l'information reçue

7. Il est une condition préalable à l'échange d'informations prudentielles qui est valable dans tous les domaines, à savoir qu'il appartient au destinataire, dans toute la mesure du possible, d'assurer la confidentialité des données. Dans certains cas, un niveau déterminé de confidentialité est requis, au moins aussi strict, par exemple, que celui qui est applicable au fournisseur de l'information. Il est hautement souhaitable que le destinataire ne soit soumis à aucune obligation légale qui le contraindrait à divulguer l'information reçue d'autres autorités dans l'exercice de son activité de contrôle prudentiel. Ainsi, la loi ne devrait pas l'obliger à révéler cette information à la justice, sauf consentement de l'autorité étrangère qui l'a fournie. Dans la plupart des pays, ce principe souffrira inévitablement quelques exceptions, mais l'idéal serait que celles-ci soient très étroitement circonscrites, par exemple au cas de poursuites criminelles. Dans les pays où il existe une loi sur la liberté d'accès à l'information, l'autorité destinataire doit veiller à ce que le fournisseur des renseignements con-

naisse toutes les implications de cette loi, de manière à pouvoir prendre d'avance toute précaution qu'il jugera utile.

8. Pour certaines autorités de contrôle, la communication d'informations prudentielles à des «organismes autorégulateurs» (SRO) pose problème. Cela tient peut-être en partie au statut juridique de ceux-ci, mais surtout aux doutes que l'on peut nourrir sur la protection de la confidentialité de l'information, des conflits d'intérêts pouvant survenir si un membre d'un SRO qui opère sur le marché obtient des renseignements non publiés sur l'un de ses concurrents. En pratique, toutefois, les personnels des SRO chargés de l'application des réglementations ont le statut de fonctionnaires permanents, qui sont obligatoirement soumis à des procédures telles qu'elles garantissent le respect de la confidentialité de ces renseignements, si ceux-ci viennent à leur être transmis. Cette préoccupation est d'ailleurs partagée par les SRO.

c) Réciprocité

9. Dans un certain nombre de pays, les lois ou les pratiques administratives exigent que les échanges d'informations aient lieu exclusivement sur une base de réciprocité. Tant que le concept d'«information» demeure défini en termes assez généraux, il ne se trouvera peut-être pas beaucoup de situations concrètes où une autorité de contrôle ne pourrait transmettre des informations prudentielles, pour la simple raison que le destinataire éventuel ne serait pas lui-même en mesure de lui en fournir. Mais si les données échangées doivent être de nature ou de qualité semblable, on peut aisément imaginer qu'une certaine ambiguïté s'installe. Ainsi, il peut arriver qu'une autorité de contrôle bancaire ait la faculté de transmettre des informations sur des institutions, mais non sur leur clientèle, alors qu'un responsable de la surveillance des marchés de valeurs mobilières pourrait faire les deux. Un régime de stricte réciprocité appliqué à chaque partie risquerait d'empêcher l'échange de tout renseignement.

10. Pour permettre des flux d'informations raisonnablement libres, il faut donner au terme réciprocité une interprétation assez large. Il est donc recommandé de prévoir la faculté d'échanger des informations dans les deux sens, sans qu'il y ait nécessairement stricte réciprocité

en ce qui concerne le type de données échangeables. En outre, l'absence d'accord de réciprocité ne devrait pas empêcher par principe une autorité de contrôle de fournir des informations lorsqu'il lui apparaît, par exemple, qu'un établissement fonctionnant sous la responsabilité d'une autre autorité se livre à des activités indésirables.

d) Utilisation de l'information reçue

11. Certaines autorités manifestent des réticences à révéler des informations susceptibles de déclencher une action précipitée de la part du destinataire. Cette action peut revêtir des formes diverses: demande de garanties spéciales ou de fonds supplémentaires auprès de la maison mère, exigence de changements dans la direction, demande de transformation d'une succursale en filiale, voire fermeture de l'établissement. Comme les échanges de données doivent être fondés sur la confiance, il est essentiel que le destinataire ne prenne aucune mesure décisive sans avoir consulté les autorités qui l'ont renseigné (à moins que celles-ci n'aient fait savoir que des consultations n'étaient pas nécessaires). Cela aurait l'avantage d'assurer la coordination de toute action avec celle prévue par l'autre partie.

III. Transmission d'informations prudentielles par une autorité de contrôle bancaire à un organisme étranger de surveillance des marchés de valeurs mobilières

12. Un flux de renseignements de cette nature est souhaitable dans le cas surtout où une banque effectue des opérations sur titres dans un pays étranger, qu'elle y soit physiquement présente ou non, auquel cas les autorités du pays d'accueil désireront s'assurer que la situation globale de la banque reste solide. Mais le flux est également nécessaire lorsqu'une maison de courtage mène des activités bancaires dans un pays étranger et que l'organisme de surveillance des marchés de valeurs mobilières veut suivre l'ensemble des activités du groupe.

13. Si, dans bien des cas, les autorités de contrôle bancaire ne sont soumises à aucune contrainte concernant la transmission d'informations aux autorités de contrôle bancaire d'autres pays, par contre des

obstacles viennent souvent entraver la fourniture de renseignements à des organismes étrangers de contrôle des marchés de valeurs mobilières, surtout lorsqu'il s'agit de SRO. Cette situation peut nuire à l'efficacité de la surveillance. Il serait possible de communiquer temporairement les renseignements par l'entremise d'un homologue, dans la mesure où ce dernier peut obtenir l'assurance que ces renseignements demeureront confidentiels et ne seront utilisés qu'à des fins prudentielles. Cette procédure peut s'appliquer lorsque le responsable du contrôle bancaire informe son homologue d'un changement fondamental dans la situation de la banque mère, lui laissant le soin, s'il le juge souhaitable, d'alerter l'organisme de surveillance des marchés de valeurs mobilières concerné.

14. Une autre solution serait d'obtenir l'acceptance, par la banque, que des renseignements à caractère prudentiel soient communiqués à l'organisme étranger de contrôle des marchés de valeurs mobilières. Sauf lorsque la loi l'interdit, les banques ne s'y opposent généralement pas, cela leur évitant souvent la double déclaration. En tout état de cause, il semblerait souhaitable d'explorer tous les moyens possibles d'assurer la transmission de l'information nécessaire. Il est admis que des contraintes légales touchant la confidentialité de l'information empêchent parfois de recourir à l'entremise d'un homologue. La loi peut également rendre nécessaires des dispositions spéciales en ce qui concerne les SRO mais, même dans ce cas, il devrait y avoir des moyens pragmatiques de communiquer l'information, au moins en cas de problèmes graves.

IV. Transmission d'informations prudentielles par un organisme de surveillance des marchés de valeurs mobilières à une autorité de contrôle bancaire étrangère

15. Il arrive que des flux de cette nature soient nécessaires, notamment lorsqu'une autorité de contrôle bancaire désire surveiller les activités consolidées d'un groupe bancaire effectuant des opérations sur titres à l'étranger (avec ou sans présence physique), ou lorsqu'une maison de courtage exploite à l'étranger un établissement ayant reçu l'agrément bancaire et que l'autorité de contrôle bancaire souhaite vérifier la solidité de la maison mère.

16. Les contraintes pesant sur les organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières en matière de fourniture de renseignements se révèlent au moins aussi lourdes que celles que subissent les autorités de contrôle bancaire. Certains pays ont mis en place des systèmes d'échanges bilatéraux d'informations entre leurs organismes de surveillance des marchés de valeurs mobilières et ceux d'autres pays dans le cadre de mémorandums d'accord intergouvernementaux. Les arrangements de ce type peuvent jouer un rôle utile pour les parties intéressées, mais il pourrait être quelque peu malaisé de leur conférer une dimension multilatérale. Comme proposé ci-dessus à la Section III, il serait possible de recourir provisoirement à l'entremise d'un homologue, sous réserve des conditions indiquées, ou d'obtenir que l'établissement concerné accepte la communication de renseignements sur ses activités.

V. Conclusion

17. Dans le présent document on a passé en revue certaines des contraintes qui restreignent la possibilité des autorités de surveillance de se communiquer mutuellement des informations de nature prudentielle. Des moyens pratiques ont été suggérés pour remédier à certains obstacles, mais de sérieuses restrictions demeurent néanmoins dans certains pays.

18. Selon l'opinion largement partagée lors des réunions de Bâle, ce qu'il faut, à ce stade, c'est un cadre général de collaboration multilatérale permettant aux autorités de contrôle de discuter entre elles de la situation de certains établissements et de prendre des dispositions pour pouvoir échanger des données prudentielles non publiées. Cela pourrait requérir, le cas échéant, une modification des règles et pratiques nationales de façon à permettre aux autorités de contrôle, sous réserve des conditions indiquées à la Section II du présent document, de communiquer à leurs homologues des données relatives à la surveillance prudentielle des établissements financiers.