



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 23

1993

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
Unbewilligte Banktätigkeit; Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren; Freie Beweiswürdigung durch die EBK	9
Unbewilligte Banktätigkeit eines Vermögensverwalters; Verwendung von Kundengeldern zur indirekten Finanzierung eigener Kreditfähigkeit	13
Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit Verhältnismässigkeit der Massnahmen	19
Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Geldwäscherei	25
Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Ausstellen unrichtiger Bescheinigungen zur Täuschung der Steuerbehörden	31
Jahresrechnung; Eine direkte Verrechnung von Wertberichtigungen und Rückstellungen mit dem Gewinnvortrag des Vorjahres verstösst gegen das Bruttoprinzip und ist unzulässig; Neupublikation	35
Aufteilung der Funktionen von Kommissär und Sachwalter einerseits und der Liquidatoren andererseits	40
Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen	44

Sommaire

Page

Liste des abréviations	7
Activité bancaire sans autorisation; collaboration des parties à la procédure administrative; libre appréciation des preuves par la CFB	9
Gérant de fortune exerçant une activité bancaire sans autorisation; utilisation des fonds des clients pour financer indirectement sa propre activité de crédit	13
Garantie d'une activité irréprochable; proportionnalité des mesures ordonnées	19
Garantie d'une activité irréprochable; blanchissage d'argent	25
Garantie d'une activité irréprochable; établissement de fausses attestations à l'intention des autorités fiscales	31
Comptes annuels; la compensation directe des correctifs de valeur et des provisions avec le bénéfice reporté de l'année précédente viole le principe de la valeur brute et n'est pas admissible; nouvelle publication	35
Séparation des fonctions de commissaire au sursis et d'administrateur d'une part et de liquidateur d'autre part	40
Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger	52

Sommario

Pagina

Elenco delle abbreviazioni	8
Attività bancaria senza autorizzazione; collaborazione delle parti alla procedura amministrativa; libero apprezzamento delle prove da parte della CFB	9
Esercizio di un'attività bancaria senza autorizzazione da parte di un amministratore di beni; utilizzazione dei fondi dei clienti per finanziare indirettamente la propria attività di credito	13
Garanzia di un'attività irreprensibile; proporzionalità delle misure adottate	19
Garanzia di un'attività irreprensibile; riciclaggio di capitali	25
Garanzia di un'attività irreprensibile; allestimento di false attestazioni destinate alle autorità fiscali	31
Conti annuali; la compensazione diretta delle voci di correttivo di valori e di accantonamenti con il beneficio riportato dell'anno precedente viola il principio dell'esposizione dei valori al lordo e, di conseguenza, non è ammissibile; nuova pubblicazione	36
Separazione tra le funzioni di commissario della moratoria e di amministratore da un lato e di liquidatore dall'altro	40
Requisiti minimi per la vigilanza sui gruppi bancari internazionali ed i loro stabilimenti esteri	44

Zitiervorschlag: EBK Bulletin 23

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 23

Proposta di citazione: Bollettino CFB 23

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)
BZP (PCF/PC)	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (SR 273)
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)
PCF (BZP/PC)	Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273)
PA (VwVG/PA)	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
RO-CFB (ROG-EBK/ RO-CFB)	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)
PC (BZP/PCE)	Legge federale del 4 dicembre 1947 di procedura civile (RS 273)
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

Verfügung der EBK vom 25. September 1990 i. S. A AG

Art. 1 BankG, Art. 3 BankV, Unbewilligte Banktätigkeit; Art. 23bis Abs. 2 und Art. 1 BankV i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG, Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren; Art. 40 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG, Freie Beweiswürdigung durch die EBK.

- 1. Prüfung, ob eine Gesellschaft eine nach dem BankG bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt (E. 1a und 1b).*
- 2. Die Gesellschaft ist verpflichtet, der EBK auf Verlangen die zur Prüfung nötigen Unterlagen zuzustellen. Eine Verletzung dieser Mitwirkungspflicht berücksichtigt die EBK im Rahmen ihrer freien Beweiswürdigung (E. 1c).*

Art. 1er LB, art. 3 OB, activité bancaire sans autorisation; art. 23bis al. 2 et art. 1er OB en rel. avec art. 13 al. 1 let. c PA, collaboration des parties à la procédure administrative; art. 40 PCF en rel. avec art. 19 PA, libre appréciation des preuves par la CFB.

- 1. Examen de l'activité d'une société afin de déterminer si elle est soumise à autorisation selon la LB (c. 1a et 1b).*
- 2. A la requête de la CFB, la société est tenue de lui remettre les documents nécessaires à cet examen. Dans le cadre de son pouvoir de libre appréciation des preuves, la CFB prend en considération le refus des parties de collaborer (c. 1c).*

Art. 1 LBCR, art. 3 OBCR, attività bancaria senza autorizzazione; art. 23bis cpv. 2 e art. 1 OBCR in rel. con l'art. 13 cpv. 1 let. c PA, collaborazione delle parti alla procedura amministrativa; art. 40 PC in rel. con l'art. 19 PA, libero apprezzamento delle prove da parte della CFB.

- 1. Esame dell'attività svolta da una società onde stabilire se soggiace ad autorizzazione a norma della LBCR (c. 1a e 1b).*
- 2. Su richiesta della CFB, la società è obbligata a rimettere i documenti necessari a detto esame. La CFB prende in considerazione il*

rifluto delle parti di collaborare nell'ambito del libero apprezzamento delle prove (c. 1c).

Sachverhalt:

Im Juli 1989 erhielt die EBK verschiedene Vertragsformulare, welche auf eine mögliche Banktätigkeit der A AG hindeuteten. Die A AG wies ein Kapital Fr. 50 000.– auf, welches durch Übernahme eines «Herzinfarktvorwarngerätes sowie Büromaterial» liberiert worden war. In insgesamt vier Schreiben forderte die EBK die in der Schweiz inkorporierte A AG in den Jahren 1989 und 1990 auf, ihr die zur Abklärung nötigen Unterlagen wie unter anderem eine Bilanz, den Kontrollstellenbericht, Standardverträge und ein Kundendossier einzureichen sowie die nötigen Angaben über die genaue Art und den Umfang der Geschäftstätigkeit zu machen. Nachdem die offenbar nur im Ausland tätige A AG dieser Aufforderung trotz wiederholter Fristverlängerung nicht nachkam, stellte die EBK mit Verfügung fest, dass die A AG dem Bankengesetz untersteht und ordnete ihre Liquidation an. Die EBK setzte eine bankengesetzliche Revisionsstelle als Liquidatorin ein. Die Verfügung wurde sofort vollstreckt. Die A AG zog eine gegen die Verfügung der EBK beim Bundesgericht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde am 12. September 1992 zurück.

Aus den Erwägungen:

1.– a) Als Banken im Sinne von Art. 1 Abs. 1 BankG «gelten Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und insbesondere: a. sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendwelche Art zu finanzieren...» (Art. 2 Bst. a BankV). Nach Art. 3 BankV empfiehlt sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder, «wer in irgendwelcher Form, insbesondere in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien, beim Publikum um Gelder wirbt oder dauernd von mehr als 20 Publikumsgläubigern Gelder entgegennimmt». Eine Gesellschaft untersteht dem BankG, wenn ihr statutarischer Zweck Bankgeschäfte im dargestellten Sinn erlaubt oder wenn solche Geschäfte tatsächlich betrieben werden.

b) Es ist im folgenden zu prüfen, ob die A AG nach diesen Kriterien dem BankG untersteht. Laut Handelsregistereintrag bezweckt die A AG die «Vermittlung von Finanzierungen für Erfindungen und Entwicklungen aller Art sowie deren Verwaltung». Aufgrund dieser Zweckbestimmung fällt eine Unterstellung unter das BankG nicht in Betracht. In den der EBK zugestellten Unterlagen befindet sich jedoch eine Kopie eines Formulars mit Briefkopf der A AG, dessen Titel «Kapitalanlagevertrag» lautet. Darin verpflichtet sich der Anleger, einmal oder in Raten der A AG einen bestimmten Geldbetrag in DM, SFR oder öS fest zur Verfügung zu stellen. Der Vertrag ist beidseitig nur auf Ende eines Jahres mit 14wöchiger Kündigungsfrist kündbar. Der Kapitalanleger erklärt sein Einverständnis, «dass sein Kapital durch breite Streuung überschaubar an Kleinkreditnehmer mit einem hohen Ertrag ausgeliehen wird» (Ziff. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB). Die A AG verspricht im Vertrag bei einer Einmalanlage, unabhängig von deren Währung, eine Verzinsung in der Höhe von 11% per anno (Ziff. 5 AGB). Für eine Einlage im Wert von je 500 Fr. erhält der Kapitalanleger einen «Genussschein» mit gleichem Nominalwert, obschon die Ausgabe von Genussscheinen in den Statuten der A AG laut Auskunft des Handelsregisteramtes Zürich nicht vorgesehen ist. Der Nominalwert des Genussscheins ist gemäss Kapitalanlagevertrag «keinerlei Schwankungen unterworfen» (Ziff. 8 AGB). Das Vertragsformular «Vertrauenskredit» deutet auf die Gewährung von Kleinkrediten durch die A AG hin. Aufgrund der anderen Dokumente ist anzunehmen, dass sich die A AG auch für Schuldenregulierungen anbietet.

c) Böte die A AG tatsächlich Kredite an, welche sie mit den durch die dargestellten «Kapitalanlageverträge» aufgebrauchten Mitteln finanzierte, so würde sie die vorne genannten Kriterien einer Bank erfüllen und dem BankG unterstehen. Dass die Kredite offenbar nicht an beliebige Dritte, sondern nur an Mitglieder des mit der A AG anscheinend verbundenen Vereins ASV, welcher die Schuldenregulierung seiner Mitglieder zu bezwecken scheint, ausgerichtet werden sollen, ändert daran nichts. Aufgrund der Unterlagen muss nämlich angenommen werden, dass die Mitgliedschaft in diesem Verein jedermann offen steht, der bereit ist, eine Aufnahmegebühr von 120 DM und einen Monatsbeitrag von 20 DM zu bezahlen. Es ist nun aber nicht bekannt, ob und inwieweit die A AG das aufgrund

der vorhandenen Unterlagen zu vermutende Einlage- bzw. Kreditgeschäft tatsächlich betreibt. Die A AG ist jedoch vom Sekretariat der EBK gestützt auf Art. 23bis Abs. 2 BankG und Art. 1 BankV im Verlaufe eines Jahres viermal ergebnislos aufgefordert worden, die zur Beurteilung nötigen Unterlagen zu schicken. Sie hat damit ihre in den genannten Bestimmungen in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG geforderte Pflicht zur Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung verletzt. Die EBK hat dies im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen (Art. 40 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG). Unter diesen Umständen muss angenommen werden, dass auch tatsächlich solche Verträge abgeschlossen, Publikumsgelder entgegengenommen und Kleinkredite erteilt wurden.

Verfügung der EBK vom 16./17. Dezember 1992 i. S. Società X

Art. 1 cpv. 3 let. b LBCR, art. 2a let. a OBCR, esercizio di un'attività bancaria senza autorizzazione da parte di un amministratore di beni; utilizzazione dei fondi dei clienti per finanziare indirettamente la propria attività di credito.

1. Il fatto, per un amministratore di beni, di disporre di una vasta clientela alla quale offre una varietà di servizi propri al settore finanziario e di utilizzare, nella pubblicità, espressioni atte a fare sorgere dubbi sulla natura bancaria dell'impresa, potrebbe, di per sè, già costituire un'attività bancaria ai sensi della legge (questione lasciata irrisolta nel caso in esame, c. 3).

2. L'amministratore di beni esercita un'attività bancaria quando impiega i fondi dei clienti dati in gestione per finanziare, tramite depositi fiduciari, un'entità bancaria del gruppo, la quale a sua volta concede importanti crediti al gestore stesso che vengono da lui utilizzati per la propria attività creditizia (c. 4).

Art. 1 Abs. 3 Bst. b BankG, Art. 2a Bst. a BankV, Unbewilligte Banktätigkeit eines Vermögensverwalters; Verwendung von Kundengeldern zur indirekten Finanzierung eigener Kreditfähigkeit.

1. Ein Vermögensverwalter, der über einen weiten Kundenkreis verfügt, seinen Kunden eine grosse Auswahl für den Finanzsektor typische Dienstleistungen anbietet und der in seiner Werbung Ausdrücke gebraucht, die darauf schliessen lassen, dass er eine Banktätigkeit ausübt, könnte bereits eine Banktätigkeit im Sinne des Gesetzes ausüben (Frage hier offengelassen, E. 3).

2. Ein Vermögensverwalter übt eine Banktätigkeit aus, wenn er Kundengelder dazu gebraucht, über Treuhandanlagen eine zur Gruppe gehörende Bank zu finanzieren, welche ihrerseits diesem Vermögensverwalter Kredite erteilt, die er zur Finanzierung seiner eigenen Kreditfähigkeit verwendet (E. 4).

Art. 1er al. 3 let. b LB, art. 2a let. a OB, gérant de fortune exerçant une activité bancaire sans autorisation; utilisation des fonds des clients pour financer indirectement sa propre activité de crédit.

1. *Le fait qu'un gérant de fortune qui dispose d'une large clientèle à laquelle il offre un éventail de services propres au secteur financier, utilise dans sa publicité des expressions susceptibles de faire croire que son activité est de nature bancaire, pourrait déjà, en soi, constituer une activité bancaire au sens de la loi (question laissée ouverte en l'espèce, c. 3).*

2. *Le gérant de fortune exerce une activité bancaire lorsqu'il utilise des fonds que des clients lui ont remis en gestion pour financer par l'intermédiaire de dépôts fiduciaires, une entité bancaire du groupe qui, à son tour lui accorde des prêts importants qu'il utilise pour sa propre activité de crédit (c. 4).*

Riassunto dei fatti:

La società X è una società finanziaria di carattere bancario attiva nel campo della gestione patrimoniale, che non si rivolge al pubblico per raccogliere depositi di capitali. Essa fa parte di un gruppo finanziario con a capo una società holding lussemburghese e composto da otto filiali, tra cui una banca con sede a Nassau. Per diversi anni, la società X ha finanziato l'attività di credito, essenzialmente collegata alla gestione patrimoniale, mediante capitale proprio e posizioni debitorie a termine presso banche terze. In seguito all'insorgere di importanti problemi interni alla società X, le banche creditrici hanno annullato o ridotto le linee di credito a suo favore. Onde evitare di dovere diminuire l'ammontare totale dei crediti concessi alla clientela, la società X ha compensato la perdita delle linee di credito con un accrescimento della posizione debitoria nei confronti della banca del gruppo, la quale, a sua volta, si rifinanziava mediante i depositi fiduciari effettuati presso di essa dalla società di gestione per conto dei clienti.

Considerato il pericolo di insolvibilità dovuto ad ingenti perdite su investimenti a rischio, il Presidente della CFB, con decisione del 2 dicembre 1992, designava un osservatore e vietava alla società X l'accettazione di nuovi fondi come pure il rimborso dei crediti. Con successiva decisione del 16/17 dicembre 1992, la CFB – dopo aver preso atto dello scioglimento della società X e della nomina di tre liquidatori decretati dall'assemblea generale il 7 dicembre – impartiva

alla stessa di designare un ufficio di revisione riconosciuto dall'autorità di vigilanza e ribadiva il divieto di rimborsare i crediti.

Dai considerandi:

1.– A stregua dell'art. 3 cpv. 1 LBCR, solo le imprese che hanno ottenuto l'autorizzazione della Commissione delle banche possono esercitare l'attività bancaria. L'autorizzazione è concessa solo se le condizioni legali enumerate negli art. 3 segg. LBCR sono adempiute. L'esercizio di un'attività bancaria senza autorizzazione è sancito penalmente (art. 46 cpv. 1 let. a LBCR).

La CFB è l'autorità amministrativa incaricata della vigilanza sulle banche (art. 23 LBCR). In quanto tale, essa è pure abilitata ad accertare se una determinata società esercita senza autorizzazione un attività bancaria e, se del caso, a prendere le misure atte a ripristinare l'ordine legale (art. 23ter LBCR; cf. in particolare Bollettino CFB 20, p. 16, e Bollettino CFB 17, p 11).

In caso di scioglimento e liquidazione secondo le norme civili di una società esercitante un'attività bancaria, l'obbligo di assoggettamento perdura fino alla cancellazione nel registro di commercio (Bollettino CFB 3, p. 49 segg.; Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schw. Bankengesetz, Zurigo 1991, no 6 ad art. 1 LBCR). L'entità in liquidazione è però assoggettata unicamente alle norme della LBCR la cui applicazione è ancora possibile, in particolare a quelle che hanno per scopo la protezione dei creditori (Bollettino CFB 3, p. 52; DTF 69 I 140).

2.– L'art. 2a OBCR elenca, in modo non esaustivo, le attività finanziarie che conducono ad un assoggettamento alla LBCR in qualità di banca. Nel presente caso, solo la let. a del citato disposto deve essere presa in considerazione. A stregua di questa disposizione, sono considerate banche le imprese operanti nel settore finanziario e che «si rivolgono al pubblico per raccogliere fondi di terzi onde finanziare, per proprio conto e in qualsiasi modo, un numero indeterminato di persone o imprese con le quali non costituiscono un'unità economica». Si tratta della nozione tradizionale di banca, che considera come tali le imprese che ricevono fondi dal pubblico per investirli presso un numero indeterminato di persone (Bodmer/Kleiner/Lutz,

op. cit., no 8 ad art. 1 LBCR; B. Müller *La pratique de la Commission fédérale des banques*, Zurigo 1987, p. 24; RdG CFB 1991, p. 159). Stando alla definizione legale, vi è attività bancaria quando tre condizioni sono adempiute: l'invito al pubblico, la raccolta di fondi di terzi e il finanziamento per proprio conto di terzi.

3.– La società X è principalmente attiva nella gestione patrimoniale. L'art. 1 cpv. 3 let. b LBCR prescrive che «gli amministratori di beni [...] che si limitano ad amministrare i capitali dei loro clienti, senza esercitare un'attività bancaria» non soggiacciono alla legge. La distinzione tra attività di gestione patrimoniale e attività bancaria ai sensi dell'art. 2a let. a OBCR è esplicitata dalla circolare della CFB 81/2 del 30 settembre 1981. Stando a questa normativa, l'amministratore di beni può avere in conto presso di lui parte degli averi dei clienti (questi fondi figurano quindi tra le passività del bilancio). Egli è però costretto a non remunerare con interessi i capitali in questione e ad utilizzarne il corrispettivo esclusivamente per determinati scopi. Tra le possibilità prescritte, figura in particolare la concessione di crediti lombardi «occasionalmente» alla clientela.

Un'elargizione delle possibilità offerte al gestore è da escludere, in quanto la circolare è già molto favorevole all'amministratore. La CFB ha peraltro già espresso il parere che queste direttive possano essere rivedute in senso più restrittivo (RdG CFB 1987, p. 146; A. Bizozero, *Le contrat de gérance de fortune*, Fribourg 1992, nota 111 a p. 33).

Occorre poi sottolineare che la società X disponeva di una clientela molto vasta alla quale offriva una varietà di servizi propri ai settori bancario e para-bancario e che la pubblicità effettuata utilizzava espressioni atte a lasciare sussistere dubbi quanto alla natura bancaria dell'istituto. La CFB non esclude che la congiunzione di tutti o parte di questi elementi già costituisca un'attività bancaria ai sensi dell'art. 1 cpv. 3 let. b LBCR, ciò che comporterebbe un'innovazione rispetto alla prassi fino ad ora seguita. Essa giudica però non necessario risolvere nel presente caso la questione posta, siccome l'esistenza di un'attività bancaria deve essere ammessa in virtù delle considerazioni espresse qui di seguito.

4.– L'esame del bilancio chiuso al 31 dicembre 1991 e degli altri documenti di causa rileva l'esercizio di un'attività bancaria ai sensi

dell'art. 2a let. a OBCR. Le tre condizioni legali sopra elencate sono in effetti adempiute:

- A. Non vi è dubbio che la società X si sia rivolta al pubblico per raccogliere fondi. Gli atti della procedura attestano in effetti l'utilizzazione di inserzioni pubblicitarie in giornali conosciuti (NZZ, Corriere del Ticino) e di altre forme di propaganda. Come specificato più sotto, i terzi che si sono rivolti alla società X hanno fornito i fondi destinati al finanziamento delle attività della società.
- B. Pure palese è l'adempimento della condizione del finanziamento di terzi. Il bilancio indica chiaramente che la società X ha concesso dei crediti alla clientela. Il fatto che la maggior parte dei crediti siano dei crediti lombardi non potrebbe ad ogni modo opporsi, in applicazione della direttiva 81/2, al riconoscimento dell'esistenza di un'attività bancaria, in quanto il loro volume esclude che si possa parlare di «crediti occasionali».
- C. L'esame dell'adempimento della condizione della raccolta di fondi impone che si analizzi due poste delle passività:
 - La voce «creditori a vista» si compone di conti di società del gruppo e di conti di clienti. Solo quest'ultima deve essere discussa. Il revisore ha attestato nel rapporto di revisione che questi fondi non fruttano interessi. Si può inoltre ammettere che il corrispettivo di questi fondi è composto dalle attività «crediti a vista presso banche» e «titoli». Ne discende che l'utilizzazione di questi fondi è conforme alla circolare 81/2 e che, unicamente sulla base di queste voci, non sarebbe possibile ammettere l'esistenza di un'attività bancaria.
 - La voce «debiti a termine presso banche» si compone di debiti presso la banca del gruppo X e di debiti presso altre banche. La seconda posizione non merita attenzione in quanto trattasi di una forma di finanziamento autorizzata per le società non assoggettate alla LBCR (fatta eccezione dell'art. 2a let. b OBCR). La prima posizione, al contrario, deve essere esaminata in dettaglio e valutata nel contesto dell'insieme delle relazioni finanziarie tra la società X e la banca del gruppo. Dallo studio di queste relazioni si evince che il finanziamento concesso dalla banca è coperto, nelle passività della stessa, dai

depositi fiduciari effettuati dalla società X per conto dei suoi clienti. Il nesso esistente tra questi flussi è evidente e necessario: senza i depositi fiduciari, la banca non sarebbe in misura di concedere i finanziamenti in esame (i depositi fiduciari costituiscono ca. il 35% delle passività della banca). L'ammontare degli impegni della società X nei confronti della banca, paragonati con il totale delle passività di quest'ultima, attesta pure l'assenza di una sana ripartizione dei rischi presso la banca X e permette di concludere che il finanziamento dell'entità svizzera del gruppo è diventato lo scopo principale della banca. Si può quindi ammettere che i depositi dei clienti presso la banca finanziano indirettamente le attività di credito della società X. Questa situazione deve essere equiparata, da un punto di vista della legislazione bancaria, ad un finanziamento diretto. Detta fonte di finanziamento è stata utilizzata per un periodo di tempo considerevole e sussisteva ancora al momento della decisione sociale di scioglimento. Ne consegue che pure la terza condizione dell'art. 2a let. a OBCR deve essere considerata come adempiuta. Va infine aggiunto che siccome i crediti concessi dalla banca X costituiscono il mezzo più importante di finanziamento delle attività della società X, non sarebbe possibile applicare alla fattispecie la massima «minima non curat praetor» (Bodmer/Kleiner/Lutz, op. cit., no 9 ad art. 1 LBCR).

Verfügung der EBK vom 17./18. Dezember 1991 i. S. Y & Co Banquiers

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Verhältnismässigkeit der Massnahmen.

1. *Das Ausstellen unrichtiger Bescheinigungen widerspricht in krasser Weise dem Verhalten eines redlichen Bankiers (E. 2). Ungewöhnliche Geschäfte verlangen die Anwendung erhöhter Sorgfalt, insbesondere die Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe (E. 4a – d).*
2. *Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahmen (E. 4e).*

Art. 3 al. 2 let. c LB, garantie d'une activité irréprochable; proportionnalité des mesures ordonnées.

1. *Un banquier diligent ne saurait établir des attestations fausses sans violer lourdement ses obligations (c. 2). Une transaction inhabituelle requiert une diligence accrue, en particulier l'examen de l'arrière-plan économique (c. 4a – d).*
2. *Proportionnalité des mesures ordonnées (c. 4e).*

Art. 3 cpv. 2 let. c LBCR, garanzia di un'attività irreprezibile; proporzionalità delle misure adottate.

1. *L'allestimento di false attestazioni viola in modo crasso i doveri ai quali è tenuto il banchiere diligente (c. 2). Una operazione insolita richiede l'impiego di una diligenza più grande, in particolare il chiarimento della causale economica (c. 4a – d).*
2. *Proporzionalità delle misure adottate (c. 4e).*

Sachverhalt:

Die Firma Y & Co Banquiers ist eine als Kommanditgesellschaft organisierte Privatbank, die sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfiehlt. A ist einziger unbeschränkt haftender Gesellschafter der Y & Co.

C war seit vielen Jahren Kunde von Y & Co, wickelte über die Bank Börsengeschäfte ab und unterhielt ein Depot. Auch der Sohn von C, D, stand in geschäftlichem Kontakt mit der Bank. Diese Geschäftsbeziehung entwickelte sich jedoch nur in unbedeutendem Masse.

D hatte ein grösseres Kreditbedürfnis aufgrund verlustreicher Geschäfte, konnte sich aber, um dieses Kreditbedürfnis abdecken zu können, nicht mehr an eine Bank wenden, da seine Liegenschaften zu diesem Zeitpunkt bereits bis oder gar über den Schätzungswert mit Hypotheken belastet waren. So wandte er sich mit seinem Ersuchen um Kreditgewährung an die durch seinen Vater vertretene Z-Anstalt. Mit Vereinbarung vom 16. Juni 1986 verpflichtete sich D, der Z-Anstalt Schuldbriefe auf seinen Liegenschaften als Sicherheit zu übergeben. Aufgrund der Regeln des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, SR 211.412.41) durfte die liechtensteinische Z-Anstalt nach aussen hin nicht in Erscheinung treten. In dieser Situation trat C mit der Bitte an A, ohne dass dieser über den geschäftlichen Hintergrund in Kenntnis gesetzt wurde, bei der Erstellung von Schuldbriefen auf Liegenschaften seines Sohnes namens der Bank als Grundpfandgläubiger aufzutreten. A machte C darauf aufmerksam, dass infolge der bereits bestehenden Überbelastung der Liegenschaften diese Sicherheiten kaum einen Wert besässen. Da der Kunde jedoch auf dem Geschäft bestand, erklärte sich A zur Durchführung bereit und bot C zusätzlich an, aufgrund der langjährigen Kundenbeziehung, D einstweilen einen Blankokredit zu gewähren, sofern C einen Teil dieses Kredits durch eine eigene Haftungserklärung abdecken würde, was auch geschah.

Die Erklärung für die Errichtung der drei Inhaberschuldbriefe wurde öffentlich beurkundet. Es wurde ausdrücklich aufgenommen, dass Y & Co dem Schuldner D drei Grundpfanddarlehen bewilligt habe gegen Errichtung von drei Inhaberschuldbriefen. A, sowie Direktor J und Vizedirektor S, bestätigten unterschriftlich zuhanden des Notariats- und Grundbuchamtes, D sei von Y & Co ein Grundpfanddarlehen bewilligt worden. Sie erklärten ausdrücklich, die angeführten Kredite im eigenen Namen (Y & Co) und auf eigene Rechnung – also nicht treuhänderisch – gewährt zu haben. Sie bestätigten

ebenfalls unterschriftlich, dass ausser den angeführten Sicherheiten weder von der Kreditnehmerin noch von dritter Seite weitere Personal- oder Realsicherheiten geleistet worden sind oder noch geleistet werden. Ebenfalls erklärten sie, dass ihnen keine Anhaltspunkte bekannt seien, die auf eine bloss treuhänderische Leistung derartiger Sicherheiten im Auftrage Dritter hindeuten würden. In Wirklichkeit war die Gewährung der drei Grundpfanddarlehen jedoch weder geschehen noch beabsichtigt. Die Schuldbriefe wurden anschliessend in das Depot der von C vertretenen Z-Anstalt gelegt.

A, J und S wurden wegen vorsätzlich begangenen, wiederholtem (nur A) und fortgesetztem unrichtigen Angabe-Machen i.S. von Art. 29 Abs. 1 BewG schuldig gesprochen und zu Bussen verurteilt.

Anlässlich der Eröffnung des Kontos Z-Anstalt, bei der das bisherige Konto von C saldiert und der Saldo auf das neue Konto Z-Anstalt übertragen worden ist, füllte C ein Formular A aus. Unterschiftlich bestätigte er auf diesem Formular A, dass der wirtschaftlich Berechtigte der liechtensteinischen Z-Anstalt M, ein Belgier mit Wohnsitz in Kanada, sei. Im Bankverkehr trat jedoch ausschliesslich C auf. A ging daher davon aus, dass in Wirklichkeit C der wirtschaftlich Berechtigte des Kontos Z-Anstalt sei. A veranlasste C jedoch nicht, ein neues Formular A auszufüllen.

Die EBK stellt fest, dass das Verhalten von A, J und S mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren war, und droht für den Wiederholungsfall mit dem Bewilligungsentzug.

Aus den Erwägungen:

2.– Ein weiterer Aspekt der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit beinhaltet, dass eine Bank keine unrichtigen oder unvollständigen Bescheinigungen ausstellen darf (EBK Bulletin 15, S. 15; BGE 111 Ib 126), zumal Bankbescheinigungen im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird (BGE 102 IV 194). Ebenfalls wird ein solches Verhalten in der «Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)» vom 1. Juli 1987 verpönt. Gemäss Art. 7 VSB ist es den Banken untersagt, Täuschungsmanövern ihrer Kunden gegenüber Behörden durch unvollständige oder auf andere Art irreführende Bescheinigungen Vorschub zu leisten.

Die Ausstellung fiktiver Bescheinigungen verstösst unbestrittenermassen in schwerster Weise gegen dieses elementare Verbot und muss als ein krasses Fehlverhalten eingestuft werden, das mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren ist (BGE 111 Ib 128). Die zwecks öffentlicher Beurkundung zuhanden des Notariats- und Grundbuchamtes unterschriftlich bestätigten Erklärungen, dass Grundpfanddarlehen bewilligt worden seien, obwohl dies unbestrittenermassen weder geschehen noch beabsichtigt war, stellen krasse Verstösse dar. Hinzu kommt, dass A diese Bescheinigungen, in einem für die Bank fremden Tätigkeitsgebiet, in Unkenntnis des wirtschaftlichen Hintergrundes ausstellte bzw. auszustellen veranlasste. Allein die Tatsache, dass es sich um ein Geschäft ausserhalb der täglichen Routine handelte, hätte eine erhöhte Sorgfalt und Beschäftigung mit dem Geschäftshintergrund verlangt. Aufgrund der langjährigen Kundenbeziehung sahen sich weder A noch seine beiden Geschäftsleitungsmitglieder zu erhöhter Vorsicht veranlasst, was aufgrund des ungewöhnlichen Geschäftes angezeigt gewesen wäre (EBK Bulletin 7, S. 39 ff.). Dass A und seine beiden Geschäftsleitungsmitglieder nicht durchschauten, wozu die Bescheinigungen und die ganze Konstruktion von C dienten, stellt keine Entschuldigung dar. Das Ausstellen einer unrichtigen Bescheinigung entspricht in keinem Falle den Anforderungen an eine seriöse Bankführung. Im übrigen ist eine unrichtige Bescheinigung generell, d. h. unabhängig ihres beabsichtigten Verwendungszwecks zu beanstanden. Denn zu welchem Zweck eine unrichtige Bescheinigung letztendlich verwendet wird, entzieht sich den Kontrollmöglichkeiten der Bank.

4.– a) Im Zeitpunkt der Schuldbrieferrichtung ging es einzig um die von C verlangte Garantie für das Konto seines Sohnes. Dafür verlangte C von der Bank die Schuldbriefe als Sicherheiten. Den ganzen geschäftlichen Hintergrund kannte A nicht. Vom Inhaber einer Privatbank kann und muss insbesondere aber bei für die betreffende Bank ungewohnten Geschäften, auch wenn sie mit langjährigen Kunden abgeschlossen werden, aufgrund der mangelnden Erfahrung in der entsprechenden Geschäftssparte eine grössere Sorgfalt verlangt werden. Das Verhalten von A ist daher mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren.

b) Auch bei der Eröffnung und Fortführung des Kontos Z-Anstalt zeigt sich der leichtfertige Umgang des A mit Bescheinigungen. Bei

Kontoeröffnung wurde der Saldo des bisherigen Kontos von C auf das neue Konto Z-Anstalt übertragen. Die Guthaben und Wertschriften des C wechselten geschlossen von einem alten, aufzuhebenden, zu einem neuen Konto. Trotzdem gab C als wirtschaftlich Berechtigten einen der Bank unbekanntem Belgier mit Wohnsitz in Kanada an. A nahm diese Erklärung fraglos entgegen. Für A war C der wirkliche wirtschaftlich Berechtigte dieses Kontos Z-Anstalt. Trotzdem die Angaben auf dem Formular A nicht mit seiner eigenen Wahrnehmung übereinstimmten, sah sich A nicht dazu veranlasst, ein neues Formular A ausfüllen zu lassen. Auch dieses Verhalten ist mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren. A konnte keine Rechtfertigung für diese Unterlassung vorbringen. Gesamthaft betrachtet kann das fehlerhafte Verhalten beim ganzen Geschäft Z-Anstalt nur auf die Unbekümmertheit des A im Umgang mit schriftlichen Erklärungen zurückgeführt werden. Dieses Verhalten ist grobfahrlässig und für einen Bankier mit derart langer Berufserfahrung unerklärlich. Auf der andern Seite ist die langjährige Praxis von A ohne derartige Vorkommnisse, seine Kooperationsbereitschaft und Offenheit im Verfahren zu berücksichtigen sowie seine Einsicht in das fehlerhafte Verhalten. Zudem hat sich seither nichts Vergleichbares ereignet.

c) (...) Der Vizedirektor S unterliess es auch, seinen Vorgesetzten nach den Hintergründen zu fragen, und setzte statt dessen seine Unterschrift im blinden Vertrauen auf seinen Chef hinzu. Durch ein derart unkritisches Vorgehen wird die Zweitunterschrift, oder allgemeiner das Vier-Augen-Prinzip als Kontrollmittel, seines Sinnes völlig entleert. Dies stellt insbesondere bei einem für die Bank nicht alltäglichen Geschäft ein unkorrektes und grobfahrlässiges Verhalten dar. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass es S dabei nicht um die Erlangung persönlicher Vorteile ging und er andererseits den vom Chef erhaltenen Auftrag, ohne Kenntnis des Hintergrundes, im Vertrauen auf die Fachkompetenz und Sorgfalt seines Chefs, lediglich ausführte.

d) Direktor J leistete die zweite Unterschrift auf den vorbereiteten und zur erneuten Unterschrift retournierten Unterlagen. Die Vorgeschichte und die ganzen Umstände waren ihm unbekannt, und er sah sich auch nicht dazu veranlasst, persönliche Abklärungen zu treffen, da es sich um ein von seinem Vorgesetzten A betreutes und von Vizedirektor S vorbereitetes Geschäft sowie zusätzlich um bereits vom

Grundbuchamt retournierte Unterlagen gehandelt hat. Aufgrund der mangelnden Erfahrung in dieser Geschäftssparte hätte er sich jedoch über das Geschäft informieren müssen. Das Unterlassen auch einer minimalsten Prüfung ist unsorgfältig und mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren. J wird dadurch entlastet, dass ihm erst das von A und S bereits abgeschlossene Geschäft lediglich zur Unterschrift, in Stellvertretung von A, unterbreitet wurde.

e) Die langjährige unbeanstandete Praxis von A, J und S sowie die Tatsache, dass seither fünf Jahre vergangen sind, ohne dass etwas Vergleichbares vorgefallen ist, zeigen auf, dass es unverhältnismässig wäre, aufgrund dieses einmaligen Vorfalles, diesen Personen die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gänzlich abzusprechen. Nebst der kollektiven Verantwortung der Bankleitung ist insbesondere und schwergewichtig diejenige des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Bank angesprochen. Im Unterschied zu einer als Aktiengesellschaft organisierten Bank, deren Fortbestand selbst bei Entfernung des fehlbaren Direktors und Hauptaktionärs aus der Bankleitung nicht in Frage gestellt ist (vgl. EBK Bulletin 18, S. 11 ff.), würde die Entfernung des einzigen unbeschränkt haftenden Gesellschafters im vorliegenden Fall zwangsläufig zur Liquidation der Privatbank führen. Angesichts dieser weitreichenden Folge für die Bank, ihre Kunden und Angestellten wäre eine Entfernung des A in Würdigung der gesamten Umstände unzweckmässig. Festzuhalten bleibt, dass Fehler begangen wurden, die mit der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren sind. Einzig aufgrund des Prinzipes der Verhältnismässigkeit ist den fehlbaren Verantwortlichen, die aus dem Vorgefallenen ihre Lehren gezogen haben und im übrigen bereits durch das gegen sie durchgeführte Strafverfahren und die strafrechtliche Verurteilung gewarnt sind, noch einmal eine Chance einzuräumen. Indessen ist der Bank für den Wiederholungsfall der Bewilligungsentzug anzudrohen. Ein solcher Wiederholungsfall ist, gerade im Hinblick auf das in casu alleinige Abstützen auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, bereits bei einem geringfügigeren Verstoss anzunehmen.

Verfügung der EBK vom 4. Mai 1992 i. S. Bank A

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Geldwäscherei.

1. *Die Gewährsträger müssen nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Ein Bankier hat insbesondere die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäftes sorgfältig und umfassend abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass es Bestandteil eines rechtswidrigen oder unsittlichen Sachverhaltes sein könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt (E. 1).*
2. *Anwendung auf den betreffenden Fall (E. 2).*

Art. 3 al. 2 let. c LB, garantie d'une activité irréprochable; blanchissage d'argent.

1. *Les personnes qui doivent donner la garantie d'une activité irréprochable doivent non seulement être professionnellement compétentes, mais encore se comporter de manière adéquate dans les affaires. Un banquier doit, avec diligence et de façon exhaustive, éclaircir l'arrière-plan économique d'une transaction lorsqu'il s'agit d'une affaire compliquée, inhabituelle ou importante ou que des indices permettent de penser qu'elle pourrait être partie d'une opération illégale ou immorale (c. 1).*
2. *Application au cas concret (c. 2).*

Art. 3 cpv. 2 let. c LBCR, garanzia di un'attività irreprensibile; riciclaggio di capitali.

1. *Le persone tenute a fornire la garanzia di un'attività irreprensibile devono non solo possedere le competenze professionali richieste ma pure comportarsi negli affari in modo corretto. Facendo uso della diligenza richiesta, un banchiera deve chiarire, in modo esaustivo, i presupposti economici di una operazione quando trattasi di un'operazione complicata, insolita o importante o quando vi siano fondati motivi per ritenere che essa possa far parte di una operazione illegale o contraria alla morale (c. 1).*

2. *Applicazione al caso concreto (c. 2).*

Sachverhalt:

Die Bank A ist ein auf Börsen-, Effekten- und Vermögensverwaltungsgeschäfte spezialisiertes Institut.

Im Frühjahr 1986 wandte sich L, der mit der Bank A seit 1971 Geschäftsbeziehungen pflegte, an die Bank zwecks Eröffnung von Konten für fünf in Guernsey inkorporierte Sitzgesellschaften. Da der wirtschaftlich Berechtigte dieser Sitzgesellschaften nicht bekanntgegeben werden sollte, zog F, der Sohn von L, auf Empfehlung des zuständigen Kundenbetreuers O, den Rechtsanwalt Dr. E bei. Dieser stellte am 22. Mai 1986 für jede der fünf Gesellschaften ein Formular B aus. In der Folge wurden auf die Konten dieser Gesellschaften Überweisungen von total US-\$ 5 117 300.–, can. \$ 2 055 800.– und Fr. 3 339 700.– getätigt. Da es ihm nicht gelang, den wirtschaftlich Berechtigten der fünf Guernsey-Gesellschaften in Erfahrung zu bringen, legte Rechtsanwalt Dr. E sein Mandat am 15. Dezember 1986 nieder. L und F verlangten bereits vorher, im Herbst 1986, die Liquidierung und Saldierung aller fünf Konten der Guernsey-Gesellschaften. Sie wollten die Saldi auf zwei Konten zweier neuer Gesellschaften übertragen, ohne dass Überweisungen von den aufgehobenen auf die neuen Konten den inneren Zusammenhang zwischen ihnen offenlegen würden. O riet L und F, das Geld bar abzuziehen. Zwischen November und Dezember 1986 wurden die fünf Konten mittels Barabhebungen saldiert. Gleichzeitig wurden zwei neue Konten für zwei weitere Guernsey-Gesellschaften eröffnet, wobei sich L auf dem Formular A als wirtschaftlich Berechtigter der Vermögenswerte bezeichnete. Fr. 1 374 000.– wurden auf eines der beiden neuen Konten einbezahlt. Den Restbetrag von Fr. 13 321 510.– übergaben L und F auf Empfehlung von O der B Immobilien AG, einer Treuhandgesellschaft der C AG, ihrerseits eine 100%ige Tochtergesellschaft der A Beteiligungs AG, welche wiederum eine Schwestergesellschaft der Bank A ist. Im Januar 1987 wurde ein Gesamtbetrag von Fr. 14 733 236.– mittels Bankenclearing/Titellieferungen an die Bank A rücktransferiert.

Mit Verfügungen vom 29. Oktober und 15. November 1990 entsprach die Bezirksanwaltschaft X den Rechtshilfeersuchen der Staats-

anwaltschaften Y und Z in einer Drogenhandels- und Geldwäscherei-Affäre, in die L und F als Dritte verwickelt waren, und sperrte sämtliche Vermögenswerte.

Die EBK stellt fest, dass das Verhalten der Bank A und ihres Angestellten O bei der Geschäftsbeziehung L mit der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren war.

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 (vgl. Art. 23quinquies BankG).

a) Das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit bezweckt wie die übrigen bankenaufsichtsrechtlichen Vorschriften nebst der Wahrung des Gläubigerschutzes auch die Erhaltung der Vertrauenswürdigkeit und des guten Rufs der Schweizer Banken. Die Verwicklung in rechts- oder sittenwidrige Geschäfte kann das Vertrauen nicht nur in die betroffene Bank, sondern in die Schweizer Banken ganz allgemein beeinträchtigen (BGE 111 Ib 127 E. 2a mit ausführlichen Literaturangaben).

(...)

c) Die mit der «Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen» müssen nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sie müssen 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, der internen Vorschriften und der Standesregeln zu verstehen. Eine Verletzung der Rechtsordnung ist indessen für die Verneinung der Gewähr nicht zwingend erforderlich. Es genügt, wenn das beanstandete Verhalten «in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss», widerspricht (EBK Bulletin 15, S. 11 ff.). Nach der gefestigten, vom Bundesgericht geschützten Praxis der EBK hat ein Bankier insbesondere die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäftes sorgfältig und umfassend abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass es Bestandteil eines rechtswidri-

gen oder unsittlichen Sachverhaltes sein könnte oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt (EBK Bulletin 15, S. 6 m.w.H.; BGE 108 Ib 191 E. 3b und 111 Ib 127). Dieser aufsichtsrechtliche Grundsatz, welcher in dem am 18. Dezember 1991 erlassenen und am 1. Mai 1992 in Kraft getretenen EBK-Rundschreiben Nr. 91/3 «Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei» verfeinert und konkretisiert worden ist, verbietet – nicht erst seit dem Inkrafttreten der Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305bis StGB – sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Beteiligung an Geschäften, mit denen die deliktische Herkunft von Vermögenswerten verschleiert werden soll [vgl. Jahresbericht 1988, S. 24; Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BBl 1989 II, S. 1068; René A. Rhinow/Manfred Bayerdörfer, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht: die Aufsichtsbefugnisse der EBK im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, S. 83, Rz 220]. Es ist im folgenden zu prüfen, ob die Bank A bei der Durchführung und Abwicklung der vom Kunden L gewünschten Transaktionen die nach dem Gebot für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erforderliche Sorgfalt hat walten lassen.

2.– Wie das in Z eingeleitete Strafverfahren gezeigt hat, stammten die angelegten Gelder aus dem Drogenhandel. Die Anlage der Gelder bei der Bank A war dazu bestimmt, die deliktische Herkunft der Vermögenswerte zu verschleiern. Die Tarnung deliktischer Vermögenswerte mit den Mitteln des Finanzmarktes, um sie dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen, wird gemeinhin als Geldwäscherei bezeichnet. Es stellt sich die Frage, ob Anzeichen für den rechtswidrigen Hintergrund der Vermögensanlage vorhanden waren und ob die Bank A respektive der Kundenbetreuer O diese wahrgenommen hat beziehungsweise bei der Anwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt hätte erkennen müssen.

O bestreitet, Kenntnis von der deliktischen Herkunft der der Bank anvertrauten Vermögenswerte gehabt zu haben. Diese Aussage ist glaubwürdig. Ein vorsätzliches oder eventualvorsätzliches Verhalten kann ausgeschlossen werden. Es bestanden hingegen genügend Anhaltspunkte, die auf einen möglichen deliktischen Zusammenhang

hinwiesen und eine besondere Aufmerksamkeit hätten hervorrufen sollen. Ein erstes Indiz lag in der Tatsache, dass es Rechtsanwalt Dr. E nicht gelungen war, die wirtschaftlich berechnete(n) Person(en) der fünf Guernsey-Gesellschaften ausfindig zu machen, und er deshalb sein Mandat niederlegte. Nach der glaubhaften Zeugenaussage von Rechtsanwalt Dr. E vor der Bezirksanwaltschaft X hatte die Bank A von der Mandatsniederlegung Kenntnis, weil er sich bei der Bank nach der Löschung seiner Unterschriftsberechtigung erkundigt hatte. Der offensichtlichste Anhaltspunkt lag jedoch im aussergewöhnlichen Wunsch des Kunden, die Vermögenswerte der fünf Konten der Guernsey-Gesellschaften auf zwei neue Konten von zwei weiteren Guernsey-Gesellschaften zu übertragen, ohne eine dokumentarische Spur zu hinterlassen (sog. «paper trail»). Ohne dass O ihn danach befragt hätte, begründete L seinen ungewöhnlichen Wunsch mit dem unbestimmten Hinweis auf familiäre Motive («sistemare delle posizioni in famiglia»). O akzeptierte diese Begründung unbedacht. Er subsumierte unter familiäre sogar noch steuerliche Motive. Die unbestimmte, ungenügende Begründung war für ihn nicht Anlass genug, den höchst fragwürdigen Kundenwunsch zu hinterfragen beziehungsweise mit präzisen Fragen sich Klarheit über die wirklichen Motive des Kunden zu verschaffen. Auch die Äusserung von L, die Gelder seien ursprünglich bei einer schweizerischen Grossbank im Tessin deponiert gewesen, rief bei O keine Zweifel über die wirtschaftlichen Hintergründe der Transaktion hervor. Er kam dem Wunsche von L sogar entgegen, gab er ihm doch nicht nur den Ratschlag zum Barabzug, sondern stellte auch noch zur besseren Verschleierung der wahren Herkunft und Eigentümer der Gelder eine der A-Gruppe gehörende Treuhandgesellschaft zur Verfügung. Auch die Tatsache, dass L sich plötzlich als wirtschaftlich Berechtigter ausgab, wo er diesen doch ursprünglich unter keinen Umständen – auch seinem Anwalt nicht – preisgeben wollte, gab O nicht zu denken. Das durch die langjährige Beziehung begründete übergrosse Vertrauen in die Redlichkeit des Kunden L verleitete O zu einem nicht zu rechtfertigenden, sorg- und kritiklosen Verhalten. Dass O als erfahrener Bankfachmann nicht vorsichtiger agierte, erstaunt umso mehr angesichts seiner Aussage, eine derartige Transaktion sei in seiner 23jährigen Tätigkeit nur einmal vorgekommen. Die Tatsache, dass es sich um ein Geschäft ausserhalb der täglichen Routine handelte, hätte eine

erhöhte Sorgfalt und Beschäftigung mit dem Geschäftshintergrund verlangt. O ist zwar zugute zu halten, dass das öffentliche Bewusstsein für die Problematik der Geldwäscherei im Zeitpunkt der fraglichen Transaktion noch nicht so stark entwickelt war wie heute und es keine detaillierten Verhaltensregeln gab. Es bleibt jedoch zu beanstanden, dass er die bei einem derart mysteriösen Geschäft erforderliche Sorgfalt in nicht entschuldbarer Weise hat vermissen lassen und folglich gegen das bankengesetzliche Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verstossen hat.

3.– (Verzicht auf konkrete Massnahmen gegenüber der Bank A, da diese nach Bekanntwerden des Falles schon selber verschiedene Massnahmen getroffen hatte und die Vorfälle über fünf Jahre alt waren.)

Verfügung der EBK vom 27. August 1992 i. S. Bank A

Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit; Ausstellen unrichtiger Bescheinigungen zur Täuschung der Steuerbehörden.

Umbuchungen von Kundenguthaben auf das bankinterne Konto «Pro-Diverse» über das Jahresende, verbunden mit der Bestätigung von entsprechend niedrigeren Kontosaldis sind mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren (E. 1). Angemessenheit der im Einzelfall anzuordnenden Massnahmen (E. 2).

Art. 3 al. 2 let. c LB, garantie d'une activité irréprochable; établissement de fausses attestations à l'intention des autorités fiscales.

Le transfert, en fin d'année, d'avoirs de clients sur un compte propre de la banque, en relation avec l'établissement de documents attestant des soldes inférieurs pour les avoirs des clients, n'est pas compatible avec la garantie d'une activité irréprochable (c. 1). Proportionnalité des mesures ordonnées dans le cas particulier (c. 2).

Art. 3 cpv. 2 let. c LBCR, garanzia di un'attività irreprensibile; allestimento di false attestazioni destinate alle autorità fiscali.

Non è compatibile con l'esigenza della garanzia di un'attività irreprensibile il trasferimento, a fine anno, di capitali di clienti su di un conto proprio della banca connesso al conseguente allestimento di documenti attestanti dei saldi inferiori (c. 1). Proporzionalità delle misure adottate nel caso concreto (c. 2).

Sachverhalt:

Die Revisionsstelle der Bank A, einer Kleinbank mit Sitz in einer ländlichen Gegend, hatte festgestellt, dass der Geschäftsführer und seine Stellvertreterin über das Jahresende 1990 gewisse Beträge ab ihren Konten abdisponiert und dem bankinternen Konto «Pro Diverse» gutgeschrieben hatten. Gleichzeitig wurde ein Hypothekendarlehen an die Stellvertreterin um einen bestimmten Betrag erhöht. Nach dem Jahreswechsel wurden sämtliche Buchungen rückgängig

gemacht. Per Jahresende 1990 wurden auf den betreffenden Konten somit niedrigere Vermögensstände bzw. ein höherer Schuldensaldo als effektiv bestehend ausgewiesen. Die Revision erstattete Anzeige an die Aufsichtskommission VSB. Diese beurteilte die Manipulationen der Geschäftsleitung an ihren Konten als Handlungen zur Täuschung der Steuerbehörden mittels unvollständiger und irreführender Bescheinigungen im Sinne von Art. 7 VSB 1987.

In Anwendung von Art. 12 Abs. 9 VSB gab die Aufsichtskommission VSB der EBK Kenntnis vom gegen die Bank A ergangenen Entscheid. Diese stellte fest, dass die vorgenommenen Aus- und Rückbuchungen über das bankinterne Konto «Pro-Diverse» mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG nicht zu vereinbaren und deshalb in aller Schärfe zu beanstanden sind. Für den Wiederholungsfall wurden dem Geschäftsführer und seiner Stellvertreterin das Ausscheiden aus ihrer leitenden Stellung in der Bank A angedroht. Von einer unmittelbaren Entfernung wurde angesichts besonderer Umstände abgesehen.

Aus den Erwägungen:

1.– a) Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Nach ständiger Praxis der EBK ist das Ausstellen von unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Bescheinigungen, unabhängig von ihrem Verwendungszweck, mit diesem Erfordernis nicht zu vereinbaren (EBK Bulletin 15, S. 5 und 11). Bankbescheinigungen wird im Geschäftsverkehr allgemein ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht (BGE 102 IV 194). Es ist deshalb verwerflich, wenn Bankiers Belege ausstellen, die nicht der Wahrheit entsprechen (EBK Bulletin 15, S. 13).

b) (...)

c) Es steht fest, dass der Geschäftsführer und seine Stellvertreterin den fraglichen Betrag über das Jahresende 1990 vorübergehend auf des bankinterne Konto «Pro-Diverse» gebucht und sich dadurch ermöglicht haben, per Jahresende 1990 Kontostände auszuweisen, die nicht dem effektiven Bestand entsprachen. Damit wurde der Tatbestand des Ausstellens einer unrichtigen Bankbescheinigung erfüllt. Die für die Buchungen abgegebenen Erklärungen wirken weder

glaubwürdig noch plausibel. Unabhängig davon, zu welchem Zweck die Kontostände manipuliert wurden, liegt somit ein Verstoss gegen das Erfordernis einwandfreier Geschäftstätigkeit vor.

2.– a) Die EBK hat in Anwendung von Art. 23bis Abs. 1 BankG die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen zu treffen und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu überwachen. Voraussetzung für die Bewilligung zur Banktätigkeit ist die dauernde Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen (Art. 3 Abs. 2 Bst. c, Art. 23 quinquies BankG; BGE 108 Ib 190). Art. 23ter BankG bestimmt, dass die EBK, erhält sie von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen zu erlassen hat. Bei der Wahl, welchen Inhalts die notwendige Verfügung bzw. Massnahme im Einzelfall sein muss, kommt der EBK ein weiter Ermessensspielraum zu (BGE 108 Ib 205). Sie hat bei ihren Entscheiden jedoch immer das Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die Generalklausel gibt der EBK die Möglichkeit, auch andere Massnahmen zu verfügen als diejenigen, die im Gesetz erwähnt sind. Die Massnahmen, die die EBK bei ihrem Einschreiten trifft, sind damit den jeweiligen Besonderheiten des Falles anzupassen.

b) Der Geschäftsführer und seine Stellvertreterin haben in schwerer Weise gegen das Erfordernis einwandfreier Geschäftstätigkeit verstossen. Besonders verwerflich erscheint dabei, dass sie mit den vorgenommenen Manipulationen der Kontostände offensichtlich sich selber zu begünstigen versuchten. Die Schwere des begangenen Fehlers lässt bei beiden ernsthafte Zweifel an ihrer Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit aufkommen. Belastend wirkt ferner auch das Vorschieben einer fadenscheinigen Erklärung und eine damit geäusserte Uneinsichtigkeit, in welcher sie auch vom Verwaltungsrat der Bank gedeckt werden. Dies stellt im übrigen auch demselben kein gutes Zeugnis aus. Auf der anderen Seite ist zugunsten des Geschäftsführers und seiner Stellvertreterin in Betracht zu ziehen, dass sie während achtzehn Jahren die Bank A klaglos und umsichtig geführt haben. Zu berücksichtigen ist auch, dass ein behördlich

angeordnetes Ausscheiden des Geschäftsführers und seiner Stellvertreterin von der Bank nur schwer verkraftet werden könnte. In Anbetracht aller Umstände wäre es deshalb, obschon der begangene Fehler als krasser Verstoss gegen das Gewährserfordernis zu werten ist, unverhältnismässig, die Entfernung des Geschäftsführers und seiner Stellvertreterin anzuordnen. Als im vorliegenden Fall angemessene Massnahme erscheint vielmehr eine formelle Rüge angebracht, mit welcher die Kontomanipulationen aufs schärfste beanstandet werden. Gleichzeitig ist den Fehlbaren anzudrohen, dass sie im Wiederholungsfall mit einem sofortigen Ausscheiden aus der Bank zu rechnen hätten.

Verfügung der EBK vom 27. August 1992 i. S. Bank X

Art. 6 BankG und Art. 23–28 BankV, Jahresrechnung; Eine direkte Verrechnung von Wertberichtigungen und Rückstellungen mit dem Gewinnvortrag des Vorjahres verstösst gegen das Bruttoprinzip und ist unzulässig; Neupublikation.

1. Wertberichtigungen sind grundsätzlich in der Position «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» zu bilden und zu verbuchen. Die direkte Verrechnung eines zusätzlichen Wertberichtigungsbedarfs für Länderrisiken mit dem Gewinnvortrag des Vorjahres ist unzulässig und verstösst gegen das Bruttoprinzip (E. 1a–1d). Die zu veröffentlichende Bilanz ist vor Gewinnverteilung zu erstellen (E. 1e).

2. Die Auflage zur Neupublikation einer gesetzeswidrig erstellten Bilanz ist namentlich dann verhältnismässig, wenn durch die vorschriftswidrige Bilanzierung der Ausweis eines Reinverlustes vermieden werden sollte und wenn in krasser Weise das Bruttoprinzip missachtet wurde (E. 2).

Art. 6 LB et art. 23–28 OB, comptes annuels; la compensation directe des correctifs de valeur et des provisions avec le bénéfice reporté de l'année précédente viole le principe de la valeur brute et n'est pas admissible; nouvelle publication.

1. Les correctifs de valeur doivent en principe être créés et portés dans la rubrique «pertes, amortissements et provisions». La compensation directe d'un correctif de valeur supplémentaire en couverture d'un risque-pays avec le bénéfice reporté de l'année précédente n'est pas admissible et viole le principe de la valeur brute (c. 1a–1d). Le bilan publié doit contenir les montants avant répartition du bénéfice (c. 1e).

2. L'obligation de procéder à une nouvelle publication d'un bilan non conforme aux règles légales est proportionnelle, notamment, lorsque la comptabilisation non réglementaire devait permettre de ne pas faire état d'une perte nette, de même lorsque le principe de la valeur brute a été violé de manière crasse (c. 2).

Art. 6 LBCR e art. 23–28 OBCR, conti annuali; la compensazione diretta delle voci di correttivo di valori e di accantonamenti con il beneficio riportato dell'anno precedente viola il principio dell'esposizione dei valori al lordo e, di conseguenza, non è ammissibile; nuova pubblicazione.

1. *In linea di massima, i correttivi di valore devono essere creati e allibrati nella posta «perdite, ammortamenti e accantonamenti». La compensazione diretta di un correttivo di valore supplementare, a copertura di un rischio-paese, con il beneficio dell'anno precedente riportato viola il principio dell'esposizione dei valori al lordo e, di conseguenza, non è ammissibile (c. 1a–1d). Il bilancio pubblicato deve contenere i montanti prima della ripartizione dell'utile (c. 1e).*

2. *È proporzionale l'obbligo di procedere a nuova pubblicazione di un bilancio non conforme alle norme legali, in particolare quando la pubblicazione irregolare doveva permettere di non fare stato di una perdita netta e quando il principio dell'esposizione dei valori al lordo è stato violato in modo crasso (c. 2).*

Sachverhalt:

Die Bank A publizierte im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) mit Stichtag 31. März 1992 ihren Jahresabschluss. Die Bilanz wurde aufgrund der Zahlen nach der Gewinnverteilung aufgestellt und wies demnach lediglich einen Gewinnvortrag auf neue Rechnung aus. Die Position Gewinnvortrag wurde in einer Fussnote mit der Bemerkung «davon Fr. 150 000.– Übertrag auf sonstige Passiven zur Bildung von Rückstellungen gemäss Beschluss der a. o. Generalversammlung» kommentiert. Mit andern Worten hat die Bank X einen Betrag von Fr. 150 000.– zur Bildung von Rückstellungen, die der Erhöhung der Wertberichtigungen für Länderrisiken dienen, direkt zu Lasten des Gewinnvortrages auf das Konto «Sonstige Passiven» übertragen. In der Gewinn- und Verlustrechnung 1991/92 wurde ein Reingewinn von Fr. 84 192.– ausgewiesen.

Das Sekretariat der EBK wies die Bank X darauf hin, dass gemäss der Wegleitung zu den Bilanzierungsvorschriften (Anhang II BankV) Wertberichtigungen über die Aufwandposition «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» zu bilden seien, die Verbu-

chung in der entsprechenden Rechnungsperiode zu erfolgen habe und demnach die publizierte Jahresrechnung nicht den gesetzlichen Vorschriften entspreche. Der Bank X wurde unter Fristansetzung empfohlen, die Jahresrechnung zu korrigieren und nach vorgängiger Vorlage zuhanden des Sekretariates der EBK neu zu veröffentlichen. Die Bank X lehnte die Empfehlung zur Neupublikation ab.

Die EBK wies die Bank X an, die Jahresrechnung per 31. März 1992 bis spätestens am 30. September 1992 im Schweizerischen Handelsamtblatt nochmals zu veröffentlichen, die Neupublikation als solche zu bezeichnen und mit dem Hinweis zu versehen, dass sie gemäss Verfügung der EBK vom 27. August 1992 erfolge, sowie dabei die folgenden Korrekturen vorzunehmen:

- a) die Position «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» um Fr. 150 000.– höher auszuweisen;
- b) in der Gewinn- und Verlustrechnung einen Reinverlust auszuweisen;
- c) die Bilanz aufgrund der Zahlen vor der Gewinnverteilung aufzustellen;
- d) den Reinverlust dem Gewinnvortrag des Vorjahres zu belasten.

Aus den Erwägungen:

1.– a) Nach Art. 6 BankG haben die Banken Jahresrechnungen, umfassend eine Bilanz sowie eine Gewinn- und Verlustrechnung, aufzustellen. Die Bilanz ist nach den Vorschriften des Obligationenrechts über die Aktiengesellschaft und nach den Bestimmungen des Bankengesetzes zu erstellen. Die Jahresrechnungen sind zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die Vollziehungsverordnung setzt die Gliederung der Jahresrechnungen fest und bestimmt, in welcher Form und innert welcher Fristen sie zu veröffentlichen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen sind. Die Mindestanforderungen an die Gliederung der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung sowie an den Inhalt des Anhangs zur Bilanz sind in den Art. 23–25 BankV festgelegt. Die «Wegleitung zu den Bilanzierungsvorschriften der Art. 23–25 der Verordnung» gemäss Anhang II zur BankV erläutert und vervollständigt diese Mindestanforderungen.

b) Gemäss Art. 25 Ziff. 2.7 in Verbindung mit Ziff. 2.7 Anhang II B BankV sind in Anwendung des Bruttoprinzipes Rückstellungen und Wertberichtigungen grundsätzlich in der Gewinn- und Verlustrechnung und dort, abgesehen von solchen im Devisen- und Edelmetall- sowie im Wertschriftengeschäft (Anhang II B Ziff. 1.4 und 1.5 BankV), in der Position «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» zu bilden und zu verbuchen. Dies gilt ausdrücklich auch für die Bildung von Wertberichtigungen für Länderrisiken (vgl. EBK-Rundschreiben 90/4 «Länderrisiken», Ziff. 3.3).

c) Durch die direkte Verrechnung eines zusätzlichen Wertberichtigungsbedarfs von Fr. 150 000.– für Länderrisiken mit dem Gewinnvortrag des Vorjahres hat die Bank X gegen die vorgenannte Bilanzierungsvorschrift und gegen das Bruttoprinzip verstossen. Ihr Einwand, mit einer Fussnote zur Position «Gewinnvortrag» diese direkte Belastung transparent erläutert zu haben, vermag diesen Verstoss nicht zu heilen. (...) Ebenso wenig rechtfertigt im weiteren der einstimmig gefasste Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung eine nicht vorschriftsmässige Publikation. Die Generalversammlung ist bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen ebenfalls an die Rechtsordnung gebunden.

d) Weshalb die Bank X einen Teil des gesamten Wertberichtigungsbedarfs direkt zu Lasten des Gewinnvortrages auf die «Sonstigen Passiven» übertragen hat, ist offensichtlich. Mit dem gewählten Vorgehen versuchte die Bank den Ausweis eines Reinverlustes zu vermeiden. Die korrekte Belastung der Aufwandposition «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» mit dem gesamten Wertberichtigungsbedarf, d. h. inkl. der Fr. 150 000.–, lässt den ausgewiesenen Reingewinn verschwinden und hat den Ausweis eines Reinverlustes zur Folge.

e) Gemäss Anhang II B Ziff. 1.17 bzw. 1.16 BankV ist in der Bilanz der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung unterteilt nach Vortrag des Vorjahres und Jahresergebnis auszuweisen. Dies bedeutet, dass die Bilanz gemäss den Zahlen vor der Gewinnverteilung zu publizieren ist. Die von der Bank X veröffentlichte Jahresrechnung nach Gewinnverteilung entspricht demnach auch in dieser Hinsicht nicht den gesetzlichen Vorschriften. Die Bilanzierung vor der Gewinnverteilung hat zur Folge, dass die Bank den Reinverlust des Jahres 1991/92 auch in der Bilanz auszuweisen hat.

2.– a) Erhält die EBK von Gesetzesverletzungen oder sonstigen Missständen Kenntnis, ist sie gemäss Art. 23ter Abs. 1 BankG verpflichtet, die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen zu erlassen. Bei der Auswahl der dem Einzelfall angepassten Massnahme hat die EBK einen weiten Ermessensspielraum. Sie hat dabei die allgemeinen Grundsätze des Willkürverbotes, der Gleichbehandlung, des guten Glaubens und der Verhältnismässigkeit zu beachten.

b) Die veröffentlichte Jahresrechnung 1991/92 der Bank X entspricht nicht den bankenrechtlichen Rechnungslegungsbestimmungen und -grundsätzen. Die Missachtung der Richtlinien zur Bilanzierung und Darstellung der Jahresrechnung stellt eine Verletzung von Art. 6 BankG und der ausführenden Bilanzierungsvorschriften der BankV dar und ist mithin eine Gesetzesverletzung im Sinne von Art. 23ter Abs. 1 BankG. Die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes kann mit der Neupublikation einer den gesetzlichen Vorschriften angepassten Jahresrechnung erfolgen.

c) Es stellt sich in casu die Frage, ob eine Neupublikation angesichts des vergleichsweise geringen zur Diskussion stehenden Betrages von Fr. 150 000.– verhältnismässig sei. Diese Frage ist aus zwei Gründen zu bejahen. Zum einen hat die Bank X mit dem gewählten gesetzeswidrigen Vorgehen den Ausweis eines Reinverlustes vermieden. Dadurch wird die Missachtung der Bilanzierungsgrundsätze unabhängig des Betrages besonders bedeutsam und ist im Interesse der Gläubiger zwingend zu korrigieren. Zum anderen würde eine grundsätzliche Zulassung einer direkten Belastung des Gewinnvortrages zur Bildung von Wertberichtigungen ein Präjudiz schaffen, das Manipulationen in der Jahresrechnung in weit grösserem Umfang Tür und Tor öffnen würde. Nur eine Neupublikation einer korrigierten Jahresrechnung, in welcher auch der Wertberichtigungsbedarf von Fr. 150 000.– in der Position «Verluste, Abschreibungen und Rückstellungen» ausgewiesen wird, vermag den Mängeln und Bedenken gegenüber der veröffentlichten Jahresrechnung der Bank X Rechnung zu tragen. Die Bank hat die Jahresrechnung 1991 lediglich im SHAB publiziert und für das Jahr 1991 keinen gedruckten Geschäftsbericht veröffentlicht. Eine Neupublikation im SHAB ist der Bank zuzumuten, zumal eine solche mit geringen Kosten verbunden ist. Aus all diesen Gründen ist eine Neupublikation somit verhältnismässig.

Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 20. Januar 1993 i. S. Spar- und Leihkasse Thun in Liquidation c. Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern¹

Art. 23quinquies, 30 und 37 BankG, Aufteilung der Funktionen von Kommissär und Sachwalter einerseits und der Liquidatoren andererseits.

Wegen der möglichen Interessenkollision sollten die Liquidatoren sowenig wie die bankengesetzliche Revisionsstelle oder die obligationenrechtliche Kontrollstelle als Sachwalter ernannt werden (E. 7).

Art. 23 quinquies, 30 et 37 LB, séparation des fonctions de commissaire au sursis et d'administrateur d'une part et de liquidateur d'autre part.

En raison du conflit potentiel d'intérêts, les liquidateurs ne devraient pas être nommés en qualité d'administrateurs, tout comme il ne faudrait pas désigner l'organe de révision bancaire ou l'organe de contrôle du CO afin de remplir cette fonction (c. 7).

Art. 23quinquies, 30 e 37 LBCR, separazione tra le funzioni di commissario della moratoria e di amministratore da un lato e di liquidatore dall'altro.

In considerazione di un potenziale conflitto di interessi, non si dovrebbe nominare quali amministratori i liquidatori, come d'altronde non si dovrebbe designare il revisore bancario o l'organo di controllo del CO per assumere codesta funzione (c. 7).

Sachverhalt:

Am 18. Oktober 1991 beschloss die EBK, der Spar- und Leihkasse Thun (SLT) die Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit als Bank zu entziehen, und bestellte die ATAG Ernst & Young AG (ATAG) zur Liquidatorin der in Liquidation getretenen Bank (s. EBK Bulletin 22, S. 9 ff.).

¹ Die Regesten und die Sachverhaltszusammenfassung wurden von der Redaktion des EBK Bulletins verfasst. Les chapeaux et le résumé de l'état de fait ont été rédigés par la rédaction du Bulletin CFB. I riassunti sono stati redatti dalla redazione del Bollettino CFB.

Mit Urteil vom 18. Dezember 1991 nahm die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts ein Gesuch der SLT an, gewährte ihr Bankenstundung für die Dauer eines Jahres und wies die Sache zur Durchführung der Bankenstundung an die Aufsichtsbehörde zurück (s. BGE 117 III 83 ff. sowie EBK Bulletin 22, S. 22 ff.). Die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern ernannte am 9. Januar 1992 Paul Freiburghaus, eidg. dipl. Buchhalter und eidg. dipl. Bücherexperte, zum Kommissär im Sinne von Art. 30 BankG.

Am 13. Oktober 1992 stellte die ATAG den Antrag, Paul Freiburghaus sei als Kommissär abuberufen und als Kommissärin sei sie, eventuell ein vom Obergericht des Kantons Bern bezeichneter Bankfachmann einzusetzen. Die EBK vertrat in ihrer Vernehmlassung die Auffassung, die Funktionen des Liquidators und des Kommissärs (später des Liquidators und des Sachwalters) seien zusammenzulegen.

Mit Entscheid vom 26. November 1992 gewährte die Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern der SLT in Liquidation ab 1. Januar 1993 eine Nachlassstundung für die Dauer von sechs Monaten, wies das Gesuch auf Abberufung des Kommissärs ab und ernannte Paul Freiburghaus zum Sachwalter. Mit Rekurs vom 10. Dezember 1992 verlangt die SLT in Liquidation, handelnd durch die Liquidatorin ATAG, letztere sei als Sachwalterin in der Nachlassstundung der SLT einzusetzen, eventuell sei die Sache zur Ernennung eines Bankfachmannes als Sachwalter an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

7.– Die Rekurrentin stellt denn auch den Antrag, die ATAG sei als Sachwalterin während der Nachlassstundung einzusetzen, was darauf hinausliefe, dass die Funktionen von Sachwalter und Liquidatoren zusammengelegt werden.

a) Zutreffend ist die Auffassung der Rekurrentin, dass die von der EBK eingesetzten Liquidatoren in gewisser Hinsicht eine im öffentlichen Interesse liegende Funktion ausüben, nämlich insoweit, als sie auch die Gläubigerinteressen zu wahren haben. Das ergibt sich

schon daraus, dass im Augenblick der Liquidation die Interessen der Bank an einem trotz der widrigen Umstände möglichst günstigen wirtschaftlichen Ausgang mit denselben Interessen der Gläubiger zusammentreffen. Damit wird jedoch nicht die Tatsache aus der Welt geschafft, dass die Liquidatoren an die Stelle der Bankorgane treten. Wegen der möglichen Interessenkollision kommen sie als Sachwalter sowenig in Frage wie die bankengesetzliche Revisionsstelle oder die obligationenrechtliche Kontrollstelle (Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 46 zu Art. 36–37).

b) Gemäss Art. 30 Abs. 1 BankG sind mit der Bewilligung der Stundung ein oder mehrere sachkundige Personen als Kommissäre der Bank zu bestellen; und nach Art. 33 Abs. 1 BankG muss die Bank, die einen Nachlassvertrag anstrebt, dem Kommissär ihre Anträge zur Begutachtung unterbreiten. Beides kann nicht weniger gelten, wenn die Bank gleichzeitig in Liquidation tritt.

Die Notwendigkeit des Sachwalters ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 der Verordnung betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen, wonach im Einverständnis mit dem Sachwalter die erforderlichen Anordnungen zur Erhaltung des Vermögensstandes und zur Verhinderung der Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil der anderen zu treffen sind. Sodann holt der Sachwalter – gemäss Art. 8 Abs. 1 derselben Verordnung – die Erklärung der zuständigen Bankorgane über die Anerkennung oder Bestreitung der angemeldeten, nicht aus den Büchern ersichtlichen Forderungen ein.

Aus all diesen Vorschriften ergibt sich, dass die Aufteilung der Funktionen von Kommissär und Sachwalter einerseits und der Liquidatoren andererseits zur Vermeidung von Interessenkollisionen zwingend ist. Wenn im Fall, wo sich eine Bank in Liquidation befindet, etwas anderes gelten sollte – von welcher Annahme insbesondere im Hinblick auf die Gläubigerinteressen ernsthaft nicht ausgegangen werden kann –, so hätte das im Gesetz ausdrücklich zum Ausdruck kommen müssen. Mangels solcher ausdrücklicher Anordnung aber sind die erwähnten Vorschriften analog anzuwenden.

c) Hat sich nach dem Gesagten ergeben, dass die Funktion des Sachwalters nicht mit der von der ATAG wahrgenommenen Funktion der Liquidatorin zusammengelegt werden kann und dass Paul Frei-

burghaus als genügend sachkundig für die Aufgabe des Kommissärs bzw. Sachwalters zu betrachten ist, so kann dem Antrag der Rekurrentin, es sei die ATAG als Sachwalterin einzusetzen, und ihrem Eventualantrag, es sei ein Bankfachmann zum Sachwalter zu ernennen, nicht entsprochen werden.

(Der vollständige Sachverhalt sowie die Erwägungen 3–4 und 6–8 wurden in BGE 119 III 37 veröffentlicht).

Basler Ausschuss für Bankenaufsicht

Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen (Juni 1992)

Comité de Bâle sur le contrôle bancaire

Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger (juin 1992)

Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria

Requisiti minimi per la vigilanza sui gruppi bancari internazionali ed i loro stabilimenti esteri (giugno 1992)

Vorbemerkung

Das nachstehende Papier wurde durch den Basler Ausschuss aus dem Englischen übersetzt. Es besitzt ebensowenig rechtliche Verbindlichkeit wie alle anderen grundsätzlichen Empfehlungen des Basler Ausschusses. Angesichts der immer wiederkehrenden Problematik der Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne kann ein solches Dokument aber von Nutzen sein.

Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzerne und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen (Juni 1992)

I. Einleitung

Im Jahre 1975 erhielt der Basler Ausschuss die Zustimmung der Notenbankgouverneure der Zehnergruppe zur Erarbeitung eines Dokuments, in welchem die Grundsätze für die Beaufsichtigung der ausländischen Niederlassungen von Banken festgelegt wurden. Diese Vorkehrungen, die 1983 überarbeitet wurden und nun besser als «das Konkordat» bekannt sind, erhielten die Form empfohlener Richtlinien bezüglich der geeignetsten Verhaltensweisen, und die Mitglieder des Ausschusses verpflichteten sich, mit den ihnen zur Verfü-

gung stehenden Mitteln auf ihre Verwirklichung hinarbeiten. Später, im April 1990, wurden in einer Ergänzung des Konkordats einige praktische Aspekte dieser Grundsätze näher ausgeführt.

Angesichts jüngster Entwicklungen hat der Ausschuss die Vorkehrungen für die Koordinierung der Aufsicht über international tätige Banken überprüft. Zwar werden die Grundsätze des Konkordats und seiner Ergänzung nach wie vor als solide angesehen, doch räumen die Mitglieder des Ausschusses nun ein, dass stärkere Bemühungen erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass diese Grundsätze in der Praxis angewendet werden können. Dementsprechend sind einige dieser Grundsätze als Mindestanforderungen neu formuliert worden; sie werden im folgenden dargelegt, und die Aufsichtsbehörden der Zehnergruppe erwarten voneinander ihre Einhaltung.

Die im Basler Ausschuss vertretenen Aufsichtsbehörden werden die nötigen Schritte ergreifen, um sicherzustellen, dass ihre eigenen Aufsichtsregelungen so bald als möglich den Anforderungen entsprechen. Überdies wird der Ausschuss die Erfahrungen der Mitglieder bei ihrer Verwirklichung verfolgen, um gegebenenfalls festzustellen, welche weiteren Verfeinerungen im Rahmen seiner laufenden Bemühungen zur verstärkten Zusammenarbeit bei der Beaufsichtigung internationaler Banken notwendig sind. Der Ausschuss stellt dieses Papier den Bankenaufsichtsbehörden in der ganzen Welt zur Verfügung und ersucht sie dringend, sich den im Ausschuss vertretenen Behörden bei der Einhaltung der Mindestanforderungen anzuschließen.

Der Ausschuss hat ferner die Ergänzung des Konkordats vom April 1990, über den «Informationsaustausch zwischen Bankenaufsichtsbehörden», überprüft; diese bietet praktische Richtlinien für ständige Kontakte und eine fortlaufende Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden. Der Ausschuss ist zum Schluss gekommen, dass Art und Ausmass des zwischen Aufsichtsbehörden möglichen Informationsaustauschs weiterhin vorwiegend auf einer Fall-zu-Fall-Basis bestimmt werden müssen und sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht in sinnvoller Weise in Mindestanforderungen kleiden lassen. Gleichwohl glaubt der Ausschuss, in Einklang mit der Ergänzung vom April 1990, dass sich die Aufsichtsbehörden mit Entschiedenheit verpflichten sollten, auf bestmöglicher Basis mit den Aufsichtsbehörden anderer Län-

der in allen aufsichtlichen Fragen, die internationale Banken betreffen, zusammenzuarbeiten, namentlich auch bei der Untersuchung von urkundlich belegten Anschuldigungen wegen Betrugs, krimineller Tätigkeit oder Verletzungen von Bankgesetzen. Überdies werden sich sowohl der Ausschuss als auch seine Mitglieder weiterhin um den Abbau von Hindernissen eines Informationsaustauschs zwischen Aufsichtsbehörden bemühen.

II. Mindestanforderungen für die Aufsicht

Bankkonzerne sind in zunehmendem Masse komplexe Organisationen und können mehrstufige Eigentumsverhältnisse beinhalten. In einigen Fällen ist die konsolidierende Aufsichtsbehörde des Mutterlands des Bankkonzerns gleichzeitig auch die direkt für die Beaufsichtigung der Haupt- und Tochterbanken verantwortliche Behörde. In anderen Fällen jedoch ist eine Behörde für die konsolidierte Aufsicht über den Bankkonzern als Ganzes (die Mutterland-Aufsichtsbehörde des Bankkonzerns) zuständig, und verschiedene Behörden sind zuständig für die konsolidierte Aufsicht über die einzelnen Banken (und die Töchter dieser Banken), die dem Konzern gehören oder von ihm kontrolliert werden (die Mutterland-Aufsichtsbehörde der Bank). Dies kann beispielsweise dann geschehen, wenn eine in einem Land zugelassene Tochterbank, die eine Niederlassung in einem zweiten Land eröffnen möchte, ihrerseits im Eigentum eines Bankkonzerns steht, dessen Mutterland für die konsolidierte Aufsicht ein drittes Land ist. Die Behörde eines Gastlandes muss sich dieser Unterscheidungen zwischen unmittelbaren und übergeordneten Mutterland-Behörden bewusst sein. Wenn nichts anderes präzisiert wird, schliesst der Ausdruck «Mutterland-Aufsichtsbehörde» beide Arten der Aufsichtsbehörde ein.

Die folgenden vier Mindestanforderungen sind von den einzelnen Aufsichtsbehörden bei ihrer eigenen Beurteilung ihrer Beziehungen zu den Aufsichtsbehörden anderer Länder anzuwenden. Insbesondere obliegt es der Behörde des Gastlandes, in deren Zuständigkeitsbereich eine Bank oder ein Bankkonzern expandieren möchte, zu beurteilen, ob die Aufsichtsbehörde des Mutterlands der Bank oder des Bankkonzerns in der Lage ist, diesen Mindestanforderungen

gen zu entsprechen. Bei dieser Beurteilung sollte die Behörde des Gastlands die gesetzlichen Befugnisse der anderen Behörde, frühere Erfahrungen in den gegenseitigen Beziehungen und das Spektrum der administrativen Praxis der anderen Behörde überprüfen. Einige Behörden werden zunächst gesetzliche oder administrative Änderungen vornehmen müssen, um diesen neuen Anforderungen zu entsprechen; in Fällen, in denen eine Behörde eine oder mehrere dieser Anforderungen nicht erfüllt, sollte daher das Ausmass berücksichtigt werden, in welchem sich diese Behörde aktiv darum bemüht, die nötigen Voraussetzungen zu schaffen, um allen Aspekten dieser Mindestanforderungen gerecht zu werden.

1. Alle internationalen Bankkonzerne und internationalen Banken sollten im Mutterland durch eine Behörde beaufsichtigt werden, die fähig ist, eine konsolidierte Beaufsichtigung vorzunehmen.

Als eine Bedingung für die Gründung und den Betrieb grenzüberschreitender Bankniederlassungen sollte sich die Behörde eines Gastlands vergewissern, dass die betreffende Bank und – wenn sie nicht identisch sind – der Bankkonzern der Zuständigkeit einer Aufsichtsbehörde untersteht, die über die praktische Befähigung zur Durchführung einer konsolidierten Aufsicht verfügt. Um dieser Mindestanforderung zu entsprechen, sollte die Mutterland-Aufsichtsbehörde a) konsolidierte Finanz- und aufsichtsrelevante Informationen über die weltweiten Geschäfte der Bank oder des Bankkonzerns erhalten, die Verlässlichkeit dieser Informationen zu ihrer eigenen Zufriedenheit mittels Prüfungen vor Ort oder anderer Mittel bestätigen lassen und die Informationen auswerten, soweit sie die Sicherheit und Solidität der Bank oder des Bankkonzerns tangieren, b) in der Lage sein, Firmenzusammenschlüsse oder -strukturen zu verhindern, die entweder die Bemühungen um Aufrechterhaltung konsolidierter Finanzinformationen unterlaufen oder auf andere Weise eine wirksame Beaufsichtigung der Bank oder des Bankkonzerns verhindern, und c) in der Lage sein, die Bank oder den Bankkonzern daran zu hindern, ausländische Niederlassungen in bestimmten Rechtshoheitsgebieten zu gründen.

2. Die Gründung einer grenzüberschreitenden Bankniederlassung sollte im voraus von der Aufsichtsbehörde des Gastlandes und der Aufsichtsbehörde des Mutterlandes der Bank und, wenn sie nicht identisch sind, des Bankkonzerns gebilligt werden.

Die Zustimmung der Behörde eines Gastlandes zur Gründung einer grenzüberschreitenden Bankniederlassung in ihrem Land sollte nur in Betracht gezogen werden, wenn die zuständigen Mutterland-Behörden zuvor ihre Zustimmung zur Auslandsexpansion der Bank oder des Bankkonzerns gegeben haben. Die Zustimmung der Behörde des Mutterlands sollte immer unter der Bedingung erteilt werden, dass im folgenden auch die Behörde des Gastlands ihre Zustimmung gibt. Beim Fehlen der Zustimmung sowohl der Behörde des Gastlands als auch der Behörde des Mutterlands der Bank und, wenn sie nicht identisch sind, der Behörde des Mutterlands des Bankkonzerns wird eine grenzüberschreitende Expansion nicht gestattet. Es sollte zum normalen Verfahren gehören, dass die Behörde eines Gastlands sich vergewissert, dass die Zustimmung von der direkt für das Institut, das eine Niederlassung gründen will, zuständigen Aufsichtsbehörde erteilt worden ist; diese Behörde sollte sich ihrerseits vergewissern, dass die Zustimmung von der etwaigen übergeordneten Aufsichtsbehörde, deren konsolidierter Aufsicht das Institut als Teil eines Bankkonzerns untersteht, erteilt worden ist.

Obgleich Sicherheit und Solidität einer Bank nach ihrer gesamten Verfassung zu beurteilen sind, sollten die Aufsichtsbehörden von Mutter- und Gastland, wenn sie Anträge für eine Expansion nach ausen bzw. innen prüfen, zumindest Gewicht legen auf a) die Kapitalstärke der Bank und des Bankkonzerns und b) die Angemessenheit der Organisation und Arbeitsverfahren der Bank und des Bankkonzerns für ein wirksames Risikomanagement auf lokaler bzw. konsolidierter Basis. Bei der Beurteilung dieser beiden Kriterien sollte die Behörde des Gastlandes dem Ausmass der Unterstützung, die das Mutterinstitut der geplanten Niederlassung geben kann, besondere Aufmerksamkeit schenken.

Die geschäftlichen Aktivitäten bedeutender internationaler Bankkonzerne durchbrechen immer mehr die traditionellen Aufsichtskategorien. Einzelne Aktivitäten oder Produkte können zentral oder

dezentral geführt werden, ohne dass Unternehmensform oder Standort des Hauptsitzes einer Bank oder eines Konzerns eine besondere Rolle spielen. Bevor sie ihre Zustimmung zur Gründung einer grenzüberschreitenden Niederlassung geben, sollten daher sowohl die Behörde des Gastlandes als auch die Behörden des Mutterlandes der Bank bzw. des Bankkonzerns die im Konkordat empfohlene Verteilung der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeiten daraufhin prüfen, ob ihre Anwendung bei der geplanten Niederlassung zweckmässig ist.

Kommt wegen der ins Auge gefassten Aktivitäten der Niederlassung oder wegen des Standorts und Aufbaus der Geschäftsleitung der Bank oder des Bankkonzerns eine der Aufsichtsbehörden zum Schluss, dass die im Konkordat vorgeschlagene Aufteilung der aufsichtlichen Zuständigkeiten nicht zweckmässig ist, dann ist diese Behörde dafür verantwortlich, Konsultationen mit der anderen Behörde einzuleiten, so dass beide eine klare Absprache darüber erreichen, welche Behörde am besten in der Lage ist, die primäre Verantwortung entweder generell oder hinsichtlich bestimmter Aktivitäten zu übernehmen. Eine ähnliche Prüfung ist von allen Behörden vorzunehmen, wenn bei der Tätigkeit oder der Struktur der Bank oder des Bankkonzerns eine erhebliche Änderung eintritt.

Bleibt jede der beiden Behörden untätig, so gilt dies als Einverständnis mit der im Konkordat niedergelegten Aufteilung der Verantwortlichkeit. Somit ist jede der betroffenen Behörden dafür verantwortlich, bewusst zu wählen zwischen der Annahme ihrer Verantwortlichkeiten gemäss dem Konkordat oder der Einleitung von Gesprächen über eine andere Aufteilung der aufsichtlichen Zuständigkeiten im konkreten Fall.

3. Die Aufsichtsbehörden sollten das Recht haben, bei den Auslandsniederlassungen der Banken oder Bankkonzerne, für die sie die Mutterlandaufsichtsbehörde sind, Informationen einzuholen.

Als eine Voraussetzung dafür, dass eine Aufsichtsbehörde, ob jene des Gast- oder des Mutterlands, ihre Zustimmung zur Gründung einer grenzüberschreitenden Bankniederlassung erteilt, sollte sie sich mit der anderen Behörde darüber einigen, dass sie beide gegenseitig bei den Auslandsniederlassungen der in ihrem jeweiligen Hoheits-

gebiet zugelassenen oder lizenzierten Banken oder Bankkonzerne im nötigen Ausmass Informationen erheben dürfen, sei es durch Prüfungen vor Ort oder mittels anderen für die Empfängerin zufriedenstellenden Verfahren. So sollte die Zustimmung der Behörde des prospektiven Gastlands zu einer Niederlassung in ihrem Gebiet in der Regel davon abhängig gemacht werden, dass eine solche Vereinbarung mit der Behörde des Mutterlands der ausländischen Bank oder des Bankkonzerns besteht, dass also jede Behörde von den Auslandsniederlassungen ihrer Banken und Bankkonzerne Informationen einholen darf. Ebenso sollte die Zustimmung der Behörde des Mutterlands für die Expansion ins Ausland in der Regel davon abhängig gemacht werden, dass eine solche Vereinbarung mit der Behörde des Gastlands besteht. Mittels solcher bilateraler Abmachungen sollten alle Mutterland-Behörden imstande sein, ihre Möglichkeiten zur Prüfung der Finanzlage der Auslandsniederlassungen ihrer Banken und Bankkonzerne zu verbessern.

4. Wenn die Behörde eines Gastlandes feststellt, dass irgendeine der vorgenannten Mindestanforderungen nicht zu ihrer Zufriedenheit erfüllt ist, könnte diese Behörde die Einschränkungen auferlegen, die entsprechend diesen Mindestanforderungen notwendig sind, um ihren Vorbehalten zu genügen, einschliesslich eines Verbots der Gründung von Bankniederlassungen.

Wenn die Behörde eines Gastlandes erwägt, ob sie die Gründung einer Bankniederlassung einer ausländischen Bank oder eines Bankkonzerns bewilligen soll, oder wenn sie ein sonstiges Projekt einer ausländischen Bank oder eines Bankkonzerns prüft, zu dem ihre Zustimmung erforderlich ist, sollte sie folgendes feststellen: Untersteht die Bank oder der Bankkonzern der konsolidierten Beaufsichtigung durch eine Behörde, die über die nötigen Voraussetzungen verfügt, um diesen Mindestanforderungen zu entsprechen, oder die aktiv darauf hinarbeitet, sie sich zu verschaffen? Ist die Bank oder der Bankkonzern in einem Rechtshoheitsgebiet zugelassen (oder hat sie ihren Sitz dort), mit dessen Behörde eine Vereinbarung über die gegenseitige Erhebung von Informationen bei Auslandsniederlassungen besteht? Ist die Zustimmung zur Auslandsexpansion von den zuständigen Mutterland-Behörden erteilt worden? Wird die Bank und,

wenn sie nicht identisch sind, der Bankkonzern von einer Mutterland-Behörde beaufsichtigt, welche die konkreten Voraussetzungen besitzt, eine konsolidierte Aufsicht auszuüben?

Sind diese Mindestanforderungen hinsichtlich einer bestimmten Bank oder eines Bankkonzerns nicht erfüllt und sind die zuständigen Mutterland-Behörden nicht willens oder imstande, auf die Erfüllung dieser Anforderungen hinzuwirken, sollte die Behörde des Gastlandes die Gründung von Auslandsniederlassungen dieser Bank oder dieses Konzerns in ihrem Hoheitsgebiet verhindern. Die Gastland-Behörde kann aber auch, nach ihrem alleinigen Ermessen, die Gründung von Niederlassungen einer solchen Bank oder eines Konzerns unter dem Vorbehalt jener aufsichtlichen Einschränkungen des Umfangs und der Art der Tätigkeiten der Niederlassung gestatten, die sie angesichts ihrer Vorbehalte für nötig und zweckmässig hält, vorausgesetzt dass sie dabei auch die Verantwortung dafür übernimmt, eine angemessene Aufsicht über die lokalen Niederlassungen der Bank oder des Bankkonzerns auf «dezentraler» konsolidierter Basis auszuüben.

Wenn also eine Bank oder ein Bankkonzern nicht der Aufsicht und aufsichtlichen Zusammenarbeit jener Qualität untersteht, die von diesen Mindestanforderungen verlangt wird und die zuständige Aufsichtsbehörde nicht aktiv darauf hinarbeitet, sich die nötigen Voraussetzungen zu verschaffen, wird es dieser Bank oder diesem Bankkonzern nur gestattet, mit ihren Geschäften in Hoheitsgebiete zu expandieren, deren Behörden diese Mindestanforderungen einhalten, wenn die Behörde des Gastlandes selbst die Verantwortung dafür übernimmt, eine diesen Mindestanforderungen entsprechende Aufsicht über die lokalen Niederlassungen der Bank oder des Bankkonzerns auszuüben.

Remarque

Le texte ci-après a été traduit de l'anglais par le Comité de Bâle. A l'instar de toutes les recommandations de principe de ce Comité celle-ci n'a pas de force obligatoire. Un tel document peut cependant être d'une certaine utilité pour résoudre les problèmes que le contrôle des groupes bancaires internationaux pose régulièrement aux autorités de surveillance.

Normes minimales pour le contrôle des groupes bancaires internationaux et de leurs établissements à l'étranger (juin 1992)

I. Introduction

En 1975, le Comité de Bâle obtint l'adhésion des Gouverneurs des pays membres du Groupe des Dix à un document exposant les principes devant présider au contrôle des établissements des banques à l'étranger. Cet accord, révisé en 1983 et mieux connu désormais sous le nom de Concordat, prenait la forme de propositions d'orientations pour optimiser les pratiques dans ce domaine et les membres entreprenaient de les mettre en application, selon les moyens à leur disposition. Ultérieurement, en avril 1990, certains aspects pratiques liés à ces principes tirent l'objet d'un supplément au Concordat.

A la suite de développements récents, le Comité a passé en revue les dispositions relatives à la coopération pour le contrôle des activités bancaires internationales. Si les principes exposés dans le Concordat et le supplément sont encore considérés comme adéquats, les membres du Comité reconnaissent maintenant que des efforts supplémentaires sont nécessaires pour en assurer l'application pratique. En conséquence, certains de ces principes ont été reformulés sous forme de normes minimales, exposées ci-après, que les autorités de contrôle des pays du Groupe des Dix s'engagent mutuellement à respecter.

Chaque autorité de contrôle représentée au Comité de Bâle prendra les mesures requises pour que son dispositif de surveillance satisfasse à ces normes le plus tôt possible. En outre, le Comité passera en revue, dans le cadre de son examen régulier du contrôle des

banques internationales, l'expérience acquise par ses membres en ce qui concerne la mise en œuvre de ces normes, en vue de déterminer les améliorations ultérieures nécessaires. Le Comité communique le présent rapport aux autorités de surveillance bancaire du monde entier en les invitant instamment à s'engager à adhérer à ces normes minimales, conjointement avec les autorités représentées au Comité.

Le Comité a également réexaminé le supplément au Concordat d'avril 1990, intitulé «Echanges d'informations entre autorités de contrôle bancaire» qui fournit des indications à caractère plus pratique régissant la coopération et les contacts réguliers entre autorités de contrôle. Le Comité est parvenu à la conclusion que la nature et la portée des échanges d'informations possibles entre autorités de contrôle doivent continuer d'être essentiellement adaptées aux cas d'espèce et qu'il n'est pas utile, au stade actuel, de les exprimer sous forme de normes minimales. Il est néanmoins convaincu, en accord avec le supplément d'avril 1990, que les autorités de contrôle devraient s'engager résolument à coopérer en faisant preuve de la meilleure diligence, avec leurs homologues des autres pays sur toutes les questions prudentielles touchant les banques internationales, en particulier dans le cadre d'une enquête liée à des accusations fondées de fraude, activité criminelle ou infraction à la législation bancaire. En outre, le Comité et ses membres poursuivront leurs efforts visant à limiter les obstacles à l'échange d'informations entre autorités de contrôle.

II. Normes minimales de contrôle

Les groupes bancaires ont une organisation de plus en plus complexe et parfois une structure d'actionnariat à plusieurs niveaux. Dans certains cas, l'autorité de contrôle du pays du siège du groupe bancaire, chargée, à ce titre, du contrôle consolidé, est aussi l'autorité directement responsable de la surveillance de la banque faitière et des filiales bancaires. Dans d'autres cas, cependant, il existe une autorité chargée du contrôle consolidé du groupe bancaire dans son ensemble (autorité du pays d'origine du groupe) et différentes autorités responsables de la surveillance consolidée des diverses banques (et de leurs filiales éventuelles) appartenant au groupe ou contrôlées

par lui (autorité du pays d'origine de la banque). Une telle situation peut se produire, par exemple, lorsqu'une filiale bancaire établie dans un pays A cherche à fonder un établissement dans un pays B tout en étant propriété d'un groupe soumis à un contrôle bancaire consolidé dans un pays C. L'autorité du pays d'accueil doit être informée de l'existence de cette dualité d'autorités du pays d'origine – échelon immédiat et deuxième degré. Sauf précision contraire, le terme d'«autorité du pays d'origine» renvoie aux autorités des deux niveaux.

Les quatre normes minimales ci-dessous doivent être appliquées par les autorités de contrôle lorsqu'elles évaluent leurs relations avec leurs homologues dans d'autres pays. En particulier, il incombe à l'autorité du pays d'accueil, dans le ressort de laquelle une banque ou un groupe bancaire cherche à s'implanter, de déterminer si l'autorité de contrôle du pays d'origine de l'établissement en question possède les capacités requises pour appliquer ces normes minimales. Pour ce faire, l'autorité du pays d'accueil devrait examiner les pouvoirs statutaires de l'autorité du pays d'origine, l'efficacité de leurs relations antérieures et l'étendue de ses pratiques de surveillance. Pour satisfaire aux nouvelles normes, certaines autorités devront peut-être procéder, au préalable, à une modification de leurs statuts ou de leurs procédures; il convient donc, lorsqu'une autorité ne satisfait pas à une ou plusieurs de ces normes, de prendre en compte les efforts d'adaptation qu'elle déploie afin d'être en état de les appliquer dans tous leurs aspects.

1. Tous les groupes bancaires internationaux et toutes les banques internationales devraient être contrôlés par une autorité du pays d'origine apte à mener à bien la surveillance consolidée.

Comme condition préalable à la création et à la poursuite de l'activité d'un établissement étranger, l'autorité du pays d'accueil devrait s'assurer que la banque en question et, le cas échéant, le groupe bancaire sont assujettis à une autorité disposant des capacités pratiques lui permettant d'exercer un contrôle consolidé. Pour respecter cette norme minimale, l'autorité du pays d'origine devrait: a) recevoir sur une base consolidée les informations financières et prudentielles relatives aux opérations globales de la banque et du groupe; pouvoir se faire confirmer la fiabilité de ces informations, à sa pleine satisfac-

tion, au moyen d'inspections sur place ou par tout autre moyen; et évaluer la portée de ces informations du point de vue de la sécurité des opérations et de l'équilibre financier de la banque ou du groupe bancaire; b) être habilitée à rejeter des structures de capital ou d'organisation qui soit font obstacle à l'obtention de données financières consolidées, soit entravent de toute autre manière la surveillance effective de la banque ou du groupe; et c) avoir le pouvoir d'interdire à la banque ou au groupe bancaire de créer des établissements étrangers dans certaines juridictions.

2. La création d'un établissement bancaire à l'étranger devrait recevoir l'assentiment préalable de l'autorité de contrôle du pays d'accueil ainsi que de celle(s) du pays d'origine de la banque et, le cas échéant, du groupe bancaire.

L'assentiment de l'autorité du pays d'accueil à l'implantation d'un établissement étranger devrait être envisagé seulement après que les autorités compétentes du pays d'origine aient elles-même approuvé l'expansion à l'étranger de cet établissement. L'approbation de l'autorité du pays d'origine devrait toujours être subordonnée à la réception ultérieure de l'assentiment de l'autorité du pays d'accueil. Ainsi, à défaut du consentement conjoint de l'autorité du pays d'accueil et de celle du pays d'origine de la banque et, le cas échéant, du pays d'origine du groupe bancaire, l'expansion à l'étranger ne sera pas permise. Du point de vue de la procédure, il conviendrait que l'autorité du pays d'accueil cherche à s'assurer qu'un avis favorable a été donné par l'autorité du pays d'origine directement responsable du contrôle du requérant; cette autorité, à son tour, devrait vérifier qu'un consentement a été obtenu, le cas échéant, de l'autorité de l'échelon supérieur chargée du contrôle consolidé du requérant en tant que membre d'un groupe bancaire.

Alors que la sécurité et l'équilibre financier d'une banque devraient être évalués d'après sa situation globale, les autorités du pays d'accueil et d'origine devraient, en examinant les requêtes pour implantation ou expansion, prêter attention au moins aux éléments suivants: a) l'importance des fonds propres de la banque et du groupe bancaire; b) le caractère approprié de l'organisation et de la structure opérationnelle de la banque ou du groupe bancaire dans

l'optique d'une gestion effective des risques, sur une base locale et consolidée respectivement. En appréciant ces deux critères, l'autorité du pays d'accueil devrait spécialement s'enquérir du niveau de soutien que la banque mère est capable d'apporter à l'établissement envisagé.

De plus en plus, les opérations des grands groupes bancaires internationaux chevauchent les catégories traditionnelles de surveillance. Les diverses activités ou produits peuvent être gérés de façon centralisée ou décentralisée, indépendamment de la structure du groupe et de la localisation du siège de la banque ou du groupe. Pour cette raison, avant de consentir à l'implantation ou à l'expansion d'un établissement bancaire à l'étranger, l'autorité du pays d'accueil et les autorités du pays d'origine devraient chacune examiner la répartition des responsabilités recommandée par le Concordat afin de déterminer si elle convient dans le cas de l'établissement envisagé.

Si, du fait des activités que l'établissement se propose de mener ou en raison de la localisation ou de la structure de direction de la banque ou du groupe bancaire requérant, l'une des autorités concernées juge que la répartition des responsabilités prévue par le Concordat n'est pas appropriée, il lui incombe d'entamer des consultations avec l'autre autorité pour décider explicitement laquelle se trouve dans la meilleure position pour exercer la responsabilité première, soit sur le plan général, soit à l'égard d'opérations spécifiques. Les autorités devraient se livrer à un examen similaire à l'occasion de toute modification notable des activités ou de la structure de la banque ou du groupe bancaire.

Faute d'action de la part de l'une ou l'autre autorité concernée, la répartition des responsabilités établie par le Concordat est présumée acceptée. Ainsi, chaque autorité doit choisir expressément: ou elle accepte les responsabilités découlant du Concordat, ou elle prend l'initiative de consultations en vue de fixer les responsabilités de surveillance pour le cas d'espèce.

3. Les autorités de contrôle du pays d'origine devraient avoir le pouvoir d'obtenir des informations auprès des établissements à l'étranger des banques ou groupes bancaires sous leur responsabilité.

Avant d'accorder les autorisations d'implantation ou d'expansion nécessaires à la création d'un établissement bancaire étranger, les autorités du pays d'accueil et du pays d'origine concernées devraient conclure une convention par laquelle elles s'autorisent mutuellement à collecter des informations, dans la limite de ce qui est nécessaire à l'exercice d'un contrôle du pays d'origine efficace, soit par inspections sur place, soit par tout autre moyen à leur convenance, auprès des établissements situés dans le ressort de l'autre dépendant de banques ou groupes bancaires ayant leur siège dans leur propre juridiction. Ainsi, l'assentiment de l'autorité du pays d'accueil à l'implantation d'un établissement étranger devrait être, en règle générale, conditionné à l'existence d'une telle convention avec l'autorité du pays d'origine de la banque ou du groupe bancaire, habilitant mutuellement chaque autorité à demander des informations aux établissements à l'étranger de ses banques et groupes bancaires. Parallèlement, l'approbation de l'autorité du pays d'origine à l'expansion d'un établissement devrait être, en règle générale, conditionnée à l'existence d'une telle convention avec le pays d'accueil. Grâce à ces accords bilatéraux, toutes les autorités du pays d'origine devraient améliorer leur capacité d'évaluer la situation financière des établissements à l'étranger des banques et groupes bancaires sous leur responsabilité.

4. Si l'autorité du pays d'accueil juge qu'une des normes minimales précédentes n'est pas respectée à sa satisfaction, elle pourrait imposer les restrictions qu'elle estime nécessaires pour satisfaire à ses exigences prudentielles dans le cadre de ces normes minimales, y compris interdire la création d'établissements bancaires.

Lorsqu'elle examine si elle doit donner son assentiment à l'implantation d'un établissement par une banque ou un groupe bancaire étranger, ou lorsqu'elle étudie toute autre proposition d'une banque ou d'un groupe bancaire étranger exigeant son consentement, l'autorité du pays d'accueil devrait déterminer si le requérant est assujéti au contrôle consolidé d'une autorité qui possède les capacités requises pour appliquer ces normes minimales – ou déploie tous ses efforts pour être en état de le faire. En premier lieu, elle devrait chercher à savoir si le requérant est établi dans le ressort

d'une autorité d'origine avec laquelle elle a conclu une convention pour la collecte d'informations auprès des établissements étrangers sous leur responsabilité respective. Deuxièmement, elle devrait s'assurer que les autorités d'origine concernées ont donné leur approbation à l'expansion. Troisièmement, elle devrait vérifier que la banque et, le cas échéant, le groupe bancaire sont sous la responsabilité d'une autorité du pays d'origine disposant des capacités pratiques lui permettant d'exercer un contrôle consolidé.

Si ces normes minimales ne sont pas respectées pour une banque ou un groupe bancaire et que les autorités du pays d'origine concernées ne sont pas désireuses ou en mesure de faire l'effort de se mettre en état d'appliquer ces normes, l'autorité du pays d'accueil devrait interdire la création de tout établissement de cette banque ou groupe bancaire dans son ressort. Elle pourrait toutefois, de sa seule initiative, consentir à la création d'un tel établissement, sous réserve des restrictions sur l'ampleur ou la nature de ses activités qu'elle estimerait nécessaires et appropriées pour des raisons prudentielles, à condition qu'elle accepte simultanément d'assurer, sous sa seule responsabilité et sur une base consolidée, le contrôle des établissements locaux de la banque ou du groupe bancaire.

De la sorte, si une banque ou un groupe bancaire n'est pas soumis au niveau de contrôle et de coopération prudentielle requis par les présentes normes minimales, et que l'autorité concernée ne déploie pas tous ses efforts pour se mettre en état de les appliquer, cette banque ou ce groupe bancaire ne recevra la permission d'étendre ses activités par implantation dans le ressort d'une autorité adhérent aux normes minimales qu'à la condition que celle-ci assume la responsabilité du contrôle prudentiel, conforme à ces normes minimales, de l'établissement local de la banque ou du groupe bancaire.