

Wegleitung: Aufsichtsenforcement durch Beauftragte (Stand: Januar 2009)

Die Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA ist zuständig für die Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Erlasse im Finanzmarktbereich und trifft u.a. die zum Vollzug des Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen-, Versicherungsaufsichts- und Geldwäschereigesetzes notwendigen Verfügungen. In entsprechenden Verfahren gegen Finanzintermediäre setzt die FINMA Beauftragte im Mandatsverhältnis ein. Hierfür unterhält die FINMA eine regelmässig aktualisierte Liste von rund 50 Kandidaten (Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, finanzmarktrechtlich sowie insolvenz- und liquidationsrechtlich erfahrene Personen).

Diese Wegleitung orientiert künftige Beauftragte der FINMA über den Inhalt (I.) und die Rahmenbedingungen der von der FINMA zu vergebenden Mandate (II.), die Rechte und Pflichten der Beauftragten (III.) sowie die einzureichenden Unterlagen (IV.). Die Rechte und Pflichten der betroffenen Finanzintermediäre ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen und sind nicht Gegenstand dieser Wegleitung.

I. Inhalt der Mandate

Die Aufgabe der Beauftragten besteht insbesondere in der Abklärung aufsichtsrelevanter Sachverhalte bei sowie die Sanierung oder Liquidation von Finanzintermediären, welche eine Tätigkeit nach Banken- (BankG), Börsen- (BEHG), Kapitalanlagen- (KAG), Versicherungsaufsichts- (VAG) und Geldwäschereigesetz (GwG) ausüben resp. bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeiten ausüben oder bei denen entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) und die einzelnen Aufsichtsgesetze sehen folgende **Kategorien** von Beauftragten vor:

- **Untersuchungsbeauftragte** (Art. 36 FINMAG) zur Abklärung des Vorliegens der Bewilligungsvoraussetzungen, bei Gesetzesverletzungen oder Bank-, Effektenhändler- respektive Versicherungs-Tätigkeiten ohne entsprechende Bewilligungen der FINMA sowie bei Insolvenzgefahr eines durch die FINMA beaufsichtigten Instituts oder bei ernstlicher Gefährdung der Rechte der Anleger.
- **Sanierungsbeauftragte** (Art. 28-32 BankG und Art. 36a BEHG) bei bestehender Insolvenzgefahr, sofern begründete Aussicht auf Sanierung besteht. Die Bestimmungen über den Sanierungsbeauftragten finden keine Anwendung auf nicht-unterstellte Institute.
- **Liquidatoren** (Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG, Art. 36 BEHG, Art. 134 und 135 Abs. 1 KAG, Art. 52 VAG, Art. 20 GwG) bei Bewilligungs- bzw. Genehmigungsentzug oder bei Vorliegen einer unterstellungspflichtigen Tätigkeit, ohne entsprechende Bewilligungen der FINMA ausgeübt wird. Die Bestimmungen über die Liquidatoren sind somit sowohl auf

unterstellte als auch auf nicht-unterstellte Institute, welche das Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen- oder Versicherungsaufsichtsgesetz verletzen, anwendbar.

- **Konkursliquidatoren** (Art. 33 Abs. 2 BankG und Art. 36a BEHG) bei bestehender Insolvenzgefahr, sofern eine Sanierung nicht möglich oder gescheitert ist, und die FINMA den Konkurs eröffnet hat.
- **Schätzungsexperten gemäss Kollektivanlagengesetz** (Art. 136 i.V.m. Art. 64 KAG) bei Missständen in Zusammenhang mit der Schätzung der Anlagen von Immobilienfonds oder Immobilieninvestmentgesellschaften.
- **Sachwalter gemäss Kollektivanlagengesetz** (Art. 138 KAG) bei Fehlen eines geschäftsfähigen Bewilligungsträgers (vgl. Art. 13 Abs. 2 KAG).

II. Rahmenbedingungen der Mandate

Grundsätze

- **Offenes Auswahlverfahren:** Sämtlichen Personen und Gesellschaften, die für eine Tätigkeit als Beauftragte der FINMA qualifiziert sind, steht dauernd die Möglichkeit offen, sich zu bewerben. Die Beurteilung der eingereichten Unterlagen, welche ein- bis zweimal im Jahr durchgeführt wird, führt zu einer Liste von rund 50 Kandidaten für künftige Aufträge.
- **Kompetenz der Beauftragten:** Die Beauftragten müssen über die erforderlichen Spezialkenntnisse und die entsprechende Erfahrung verfügen.

Ablauf und Auswahl

Bei der Auswahl von Beauftragten sind zwei Phasen zu unterscheiden:

- **Generelle Auswahl der Kandidaten:** Massgebliche Kriterien für die Aufnahme der interessierten Personen und Gesellschaften auf die Kandidaten-Liste sind nebst dem Gesamteindruck der eingereichten Unterlagen insbesondere die banken- beziehungsweise versicherungsgesetzliche sowie konkurs- und liquidationsrechtliche Erfahrung, allfällige Spezialkenntnisse (z.B. IT, Compliance), die internationale Abstützung, die Qualität der verantwortlichen Mandatsleiter, die Anzahl Mitarbeiter, sowie die Honorarsätze. Die auf die Liste aufgenommenen Interessenten werden eingeladen, ihre Daten regelmässig zu aktualisieren. Ein Anspruch auf Erteilung eines Mandats besteht nicht.

- **Auswahl für ein Einzelmandat:** Die Einsetzung eines Beauftragten erfolgt im Einzelfall (meist kurzfristig) gestützt auf die Daten aus der Kandidaten-Liste. Massgebend für die Erteilung eines Mandats im Einzelfall sind namentlich die für die Durchführung des konkreten Auftrags erforderlichen Spezialkenntnisse, die Verfügbarkeit des Kandidaten, allfällige Interessenkonflikte, die Kostenstruktur sowie das örtliche Einsatzgebiet des künftigen Beauftragten. In komplizierten Fällen mit internationalen Anknüpfungspunkten ist in der Regel die Infrastruktur und das Fachwissen eines Beauftragten mit internationalem Netzwerk erforderlich.

Standardauftrag

- Die **Mandatierung** des Beauftragten sowie die Umschreibung des Inhalts des Auftrags erfolgt im Dispositiv der Verfügung der FINMA. Die Einsetzungsverfügung legt fest, in welchem Umfang die oder der Untersuchungsbeauftragte an Stelle der Organe der Beaufsichtigten handeln darf (Art. 36 Abs. 2 FINMAG). Die Modalitäten des Auftrags (z.B. Art und Umfang der Berichterstattung) werden dem Beauftragten in einem Schreiben der FINMA mitgeteilt.
- Die **Kosten** für die Dienstleistungen des Beauftragten gehen zu Lasten des betroffenen Institutes resp. der betroffenen kollektiven Kapitalanlage. Die Beaufsichtigten haben auf Anordnung der FINMA einen Kostenvorschuss zu leisten (Art. 36 Abs. 4 FINMAG). Die Honorarstruktur des Beauftragten richtet sich grundsätzlich nach der Fachkompetenz des Beauftragten und wird für den jeweiligen Auftrag individuell ausgehandelt und festgelegt. Während des Mandats werden periodische (in der Regel wöchentliche bis monatliche) Abrechnungen verlangt. Die FINMA prüft, ob der betreffende Aufwand im Lichte der Komplexität des Falls, des Umfangs der zu sichtenden Akten und der praktischen Schwierigkeiten bei der Beweiserhebung vertretbar ist.
- Die **Haftung** der von der FINMA eingesetzten Beauftragten richtet sich gemäss Art. 19 Abs. 1 FINMAG grundsätzlich nach den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes (Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten, SR 170.32). Allerdings haften die Beauftragten der FINMA nur, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben und Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind (Art. 19 Abs. 2 FINMAG).

Ausbildung

Die fachliche Ausbildung und die Aneignung entsprechender Kompetenzen liegt in der Eigenverantwortung der Beauftragten. Die FINMA macht ihre Praxis allgemein zugänglich (Jahresbericht, Bulletin, Website, Medienmitteilungen, etc.) und unterstützt den Erfahrungsaustausch unter den Beauftragten. Nach Abschluss des Mandats nehmen die FINMA und der Beauftragte in der Regel gemeinsam eine Auswertung des Mandats vor.

III. Rechte und Pflichten der Beauftragten

Die Rechte und Pflichten des Beauftragten ergeben sich aus den einschlägigen Bestimmungen des BankG, BEHG, KAG, VAG und GwG sowie deren Ausführungserlassen und werden im Einzelfall durch das Dispositiv der in der Sache ergehenden Verfügung der FINMA konkretisiert:

- Der Beauftragte hat ein umfassendes **Auskunfts- und Einsichtsrecht** betreffend sämtlicher Geschäftsunterlagen, die für die Abwicklung des Mandats relevant sind, sowie ein entsprechendes **Zutrittsrecht** zu den Räumlichkeiten und Computersystemen des geprüften Instituts (Art. 36 Abs. 3 FINMAG). Art und Umfang der Informationsbeschaffung durch den Beauftragten (z.B. Befragung der Mitarbeiter und Organe des Finanzintermediärs sowie Einbezug dessen Revisionsgesellschaft) wird im Einzelfall von der FINMA festgelegt.
- Die Dokumentenhoheit bezüglich sämtlicher mit dem Auftrag in Zusammenhang stehenden Unterlagen liegt bei der FINMA. Dem Beauftragten obliegt die entsprechende **Aufbewahrungspflicht** während den gesetzlichen Fristen. Bezüglich die von der FINMA stammenden Unterlagen finden die Bestimmungen über das Amtsgeheimnis Anwendung.
- Der Beauftragte unterliegt den Vorschriften des **Berufs- und Amtsgeheimnisses**. Mit der Übernahme des Mandats verpflichtet sich der Beauftragte die im Rahmen seiner Tätigkeit als Beauftragter gesammelten Erkenntnisse, Informationen und obgenannten Unterlagen gegenüber Dritten nur nach Rücksprache mit dem Sekretariat der FINMA bekannt zu geben.
- Die FINMA vereinbart mit dem Beauftragten einen sinnvollen Rhythmus der Berichterstattung. Den Beauftragten obliegt eine ständige **Informationspflicht** gegenüber der FINMA sowie eine regelmässige **Berichterstattungspflicht** betreffend die aufgelaufenen Kosten.

IV. Einzureichende Unterlagen

Interessenten sind eingeladen, Unterlagen einschliesslich der erforderlichen Beilagen an die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, Stichwort „Beauftragte“, Schwanengasse 2, CH-3003 Bern, einzureichen. Die Unterlagen sollten eine Beurteilung insbesondere über folgende Punkte ermöglichen:

- **Allgemeine Beurteilung:** Handelsregister-Auszug, Firmenbeschrieb, Personalien inkl. Heimatort, Ausbildung, Referenzen, etc.
- **Besondere Qualifikationen:** Spezifische Kenntnisse des Banken-, Börsen-, Kollektivanlagen-, Versicherungsaufsichts- und Geldwäschereirechts sowie im Bereich des Konkurs- und Liquidationsrechts.
- **Tarifstruktur:** Mandatsleiter, Mitarbeiter, Sekretariat.
- **Infrastruktur:** Internationales Netzwerk, Anzahl einsetzbarer Mitarbeiter, etc.

Spezifische Erfahrungen: z.B. Mandate der FINMA oder ähnliche Aufträge.