



Eidgenössische Bankenkommission
Commission fédérale des banques
Commissione federale delle banche
Swiss Federal Banking Commission

Beauftragte der EBK

Bericht der Eidg. Bankenkommission

März 2008



Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4
Kernpunkte.....	5
1 Beauftragte als Aufsichtsinstrument.....	7
1.1 Finanzmarktenforcement.....	7
1.2 Änderungen der Rechtsgrundlagen.....	7
1.3 Funktionen der Beauftragten	8
1.4 Untersuchungsbeauftragte und Prüfgesellschaften.....	9
2 Beauftragtenpool	9
2.1 Offenes Auswahlverfahren	9
2.2 Kriterien für Auswahl der Kandidaten.....	10
2.3 Liste der Beauftragten	11
2.4 Ausbildungsveranstaltungen der EBK.....	11
3 Auswahl Einzelmandat.....	12
3.1 Kriterien der Auswahl.....	12
3.2 Breite Vergabe von Mandaten.....	13
3.3 Zahl und Aufteilung der Mandate.....	13
3.4 Geltung des Vergaberechts?.....	15
4 Einsetzung des Beauftragten	16
4.1 Praktischer Ablauf der Einsetzung.....	16
4.2 Einsetzung durch Verfügung	16
4.3 Mandatsbestätigung	17
4.4 Beziehung EBK - Beauftragte: öffentlich-rechtlicher Vertrag?	18
5 Aufgaben der EBK-Beauftragten.....	19
5.1 Aufgaben des Untersuchungsbeauftragten	19
5.2 Aufgaben des Sanierungsbeauftragten	20



5.3	Aufgaben des Liquidators	20
5.4	Aufgaben des Bankenkursliquidators	21
5.5	Aufgaben des Sachwalters	21
6	Verfahrensrechtliche Stellung des Beauftragten.....	21
6.1	Hoheitliches Handeln?	21
6.2	Verfahrensrechtliche Stellung.....	22
6.3	Tätigkeit als Sachverständiger.....	23
7	Aufsicht der EBK über die Beauftragten	23
7.1	Einheitliches Verfahren	23
7.2	Kontakte zwischen der EBK und ihren Beauftragten	23
7.3	Beurteilung der Tätigkeit.....	24
7.4	Kostenkontrolle	25
7.5	Interne Kontrolle	25
8	Kosten des Aufsichtsenforcement durch Beauftragte.....	26
8.1	Kostentragung durch die Gesellschaft.....	26
8.2	Kostentragung durch die EBK	26
8.3	Honorare der EBK-Beauftragten.....	27
8.4	Steuerrechtliche Behandlung der Honorare	28
9	Haftung	28
9.1	Heutiges Haftungsregime	28
9.2	Haftungsregime unter dem FINMAG	29
9.3	Mögliche Haftungsrisiken.....	29
10	Gesamtwürdigung	31
	Anhang	31
	Literaturverzeichnis.....	32



Abkürzungsverzeichnis

aArt	alter Artikel, Fassung von
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BBl	Bundesblatt
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.1)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGFA	Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (SR 935.61)
BKV	Bankenkursverordnung (SR 952.812.32)
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
Bst.	Buchstabe
EBK	Eidg. Bankenkommission
ESTV	Eidgenössischen Steuerverwaltung
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
GATT	Allgemeines Zoll und Handelsabkommen (SR 0.632.21)
GPA	GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (SR 951.31)
MWSTG	Mehrwertsteuergesetzes (SR 641.20)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0)
VG	Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32)
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VVG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.32)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
WTO	World Trade Organisation



Kernpunkte

Insbesondere seit der Revision der gesetzlichen Bestimmung zu den Untersuchungsbeauftragten, welche Mitte 2004 in Kraft trat, hat die EBK in ihrem „Finanzmarktenforcement“ vermehrt Beauftragte eingesetzt. Die in diesem Bericht geschilderten Erfahrungen mit diesem Instrument sind ausgesprochen positiv und von einem grossen Nutzen für den ganzen Finanzplatz. Die EBK entlastet damit ihre Ressourcen und profitiert vom besonderen Fachwissen dieser Sachverständigen. Der Inhalt der Aufträge ist vielfältig. So untersuchen Beauftragte für die EBK aufsichtsrechtlich relevante Sachverhalte oder wickeln Liquidationen für sie ab. Ordnet die EBK Untersuchungen bei bewilligten Instituten an, so bedeutet dies kein Misstrauensvotum gegenüber deren Prüfgesellschaft. Um aber Interessenkonflikte zu vermeiden, betraut sie in aller Regel sachverständige Dritte mit solchen Mandaten. (Kapitel 1 und 10)

Die EBK legt grossen Wert auf einen transparenten und sachlichen Kriterien folgenden Auswahlprozess für Beauftragte. Sie betreut einen dauernden Pool von Beauftragten aufgrund eines offenen Offertverfahrens. Eingehende Offerten werden nach zum Voraus definierten Kriterien bearbeitet. Bestehende Offerten müssen jährlich aufdatiert werden. Zurzeit zählt der Beauftragtenpool der EBK 52 Kandidaten, davon 29 Anwaltskanzleien und 7 anerkannte Prüfgesellschaften. Die EBK führt mit diesen regelmässig Ausbildungsveranstaltungen durch. (Kapitel 2)

Auch die Auswahl für Einzelmandate erfolgt aufgrund klar definierter Kriterien. Die EBK versucht, ihre Mandate innerhalb der Beauftragten des Pools breit zu streuen. So haben von den bis heute im Pool aufgenommenen 52 Kandidaten 39 auch Mandate erhalten. Seit Mitte 2004 hat die EBK 177 Mandate erteilt, davon allein 85 im Jahr 2007. Die EBK bewegt sich dabei im Rahmen des öffentlichen Vergaberechts, soweit dieses anwendbar ist. (Kapitel 3)

Die EBK setzt Beauftragte in einer förmlichen Verfügung ein, die sie an die Institute richtet, welche Gegenstand ihres Verfahrens bilden. Darin wird auch der Auftrag der Beauftragten umschrieben. Das betroffene Institut kann diese Verfügung direkt vor Gericht anfechten oder (bei superprovisorischen Verfügungen) von der EBK eine anfechtbare Verfügung verlangen. Die EBK bestätigt das Mandat in einem Schreiben an die Beauftragten, worin sie auch die für den Einzelfall ausgehandelten Honoraransätze festhält. Durch die Annahme des Mandats schliessen die Beauftragten wohl einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit der EBK. (Kapitel 4)

Die EBK setzte bisher 83 „Untersuchungsbeauftragte“ ein. Diese klären für sie einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt ab und erstatten ihr darüber Bericht. Die Untersuchungsbeauftragten haben nicht den Auftrag, den Anfangsverdacht der EBK um jeden Preis zu bestätigen, sondern der EBK eine möglichst klare Entscheidungsgrundlage zu liefern. Die EBK kann die Untersuchungsbeauftragten auch ermächtigen, an Stelle der Organe zu handeln. Dies hat sich als sehr hilfreich erwiesen, um Aktiven insbesondere im Ausland zu sichern. (Kapitel 5)



Beauftragte der EBK handeln im weitesten Sinne ebenso hoheitlich, wie die EBK selbst. Anders als die EBK können sie allerdings keine förmlichen Verfügungen treffen. Berichte der Untersuchungsbeauftragten sind keine Rechtsgutachten, sondern haben sich auf eine Darstellung des rechtlich relevanten Sachverhaltes zu beschränken. Die Sachverhaltsdarstellungen haben die Untersuchungsbeauftragten zu belegen, damit die Parteien dazu Stellung nehmen können. (Kapitel 6)

Die EBK beaufsichtigt die Tätigkeit der Beauftragten und hat mit ihnen je nach Mandat sehr intensive Kontakte. Die Aufsicht der EBK umfasst insbesondere auch eine enge Kostenkontrolle aufgrund häufiger Zwischenabrechnungen. Vor allem bei Liquidationen stellen sich aber auch Herausforderungen an die interne Kontrolle innerhalb der EBK. (Kapitel 7)

Die Kosten der Beauftragten tragen verursachergerecht die Institute, welche Gegenstand der Verfahren der EBK bilden. In kleinem Umfang übernimmt die EBK Kostengarantien, um auch bei unbewilligten Instituten in ungesicherten finanziellen Verhältnissen überhaupt erste Abklärungen zur Unterstellungspflicht zu ermöglichen. Seit 2004 haben Mandate der EBK Honorare im Umfang von rund 21 Mio. Franken ausgelöst, davon rund 12 Mio. im Jahr 2007 und 7 Mio. im Jahr 2006. Die Kosten der einzelnen Mandate sind sehr unterschiedlich. Mandate bei bewilligten Instituten sind in der Regel erheblich umfangreicher und damit teurer als solche bei unbewilligten Instituten. (Kapitel 8)

Bisher gab es keine Prozesse zur Haftung der Beauftragten und des Staates im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Beauftragten. Die gesetzlichen Bestimmungen dazu werden mit Inkrafttreten des „Finanzmarktgesetzes“ (FINMAG) am 1. Januar 2009 ändern. Danach werden die FINMA und subsidiär der Bund kausal für die Tätigkeit der Beauftragten haften. Vorausgesetzt ist aber insbesondere eine Verletzung „wesentlicher Amtspflichten“ eines Beauftragten. (Kapitel 9)



1 Beauftragte als Aufsichtsinstrument

1.1 Finanzmarktenforcement

Die EBK setzt als Aufsichtsbehörde ihre Befugnisse einschliesslich ihrer Zwangsbefugnisse ein, wenn dies nötig ist, um die gesetzlichen Aufsichtsziele zu erreichen. Dies ist nicht nur die berechnigte Erwartung des Marktes und der Öffentlichkeit, sondern auch ihre gesetzliche Pflicht. An einem wirkungsvollen Finanzmarktenforcement sind auch der Finanzplatz und die beaufsichtigten Institute in ihrer Gesamtheit interessiert. Sie können ihre internationalen Geschäfte nur dann richtig entfalten, wenn ihr Herkunftsland als internationalen Standards entsprechend reguliert wahrgenommen wird. Dazu gehört auch ein wirkungsvolles „Finanzmarktenforcement“. Dieser Bericht soll darlegen, welche Erfahrung die EBK in ihrem Enforcement mit dem Einsatz von Beauftragten gemacht hat.

1.2 Änderungen der Rechtsgrundlagen

Gegenstand der Bankengesetzrevision von 2003 war die Bankensanierung und -liquidation sowie die Einlagensicherung. Doch brachte diese Revision auch wesentliche Änderungen für den Einsatz der Untersuchungsbeauftragten der EBK. Durch die Namensänderung von Beobachter zu Untersuchungsbeauftragten wird bereits zum Ausdruck gebracht, dass dessen Mandat über das einer passiven Beobachtung und Berichterstattung an die EBK hinausgehen kann, was nach früherem Recht nur beschränkt möglich war¹. Die EBK kann nun anordnen, dass der Untersuchungsbeauftragte in einem bestimmten Umfang an Stelle der Organe der Bank handeln darf.

Mit Inkrafttreten des FINMAG auf den 1.1.2009 kommt es zu einer Harmonisierung der Aufsichtsinstrumente. Mit der Regelung des Untersuchungsbeauftragten im Finanzmarktaufsichtsgesetz² erfährt dieses Aufsichtsinstrument eine Ausdehnung für alle von der FINMA wahrgenommenen Aufsichtsbereiche. Dem Untersuchungsbeauftragten können sämtliche Aufgaben eines *ausserordentlichen Revisors*³ übertragen werden. Deshalb fällt das Aufsichtsinstrument der ausserordentlichen Revision mit in Kraft treten des FINMAG weg. Im Gegensatz zum ausserordentlichen Revisor können als Untersuchungsbeauftragte nicht nur die von der EBK anerkannte Prüfgesellschaften eingesetzt werden.

Mit Inkrafttreten des FINMAG ändert sodann auch das Haftungsregime für die EBK sowie für die von der EBK Beauftragten.⁴

¹ BGE 126 II 119 E. 5.

² Vgl. Art. 36 FINMAG.

³ Art. 23^{bis} BankG, Art. 31 BEHV i.V.m. Art. 17 BEHG.

⁴ Vgl. Kapitel 9.2.



1.3 Funktionen der Beauftragten

Die Eidg. Bankenkommission (EBK) ist zuständig für die Umsetzung von aufsichtsrechtlichen Erlassen im Bereich des Finanzmarktes und trifft unter anderem die zum Vollzug des Banken-, Börsen- und Kollektivanlagengesetzes notwendigen Massnahmen.⁵ Sie kann in verschiedenen Verfahrensstadien natürliche oder juristische Personen einsetzen, die der Vorbereitung sowie dem anschliessenden Vollzug von Verfügungen der EBK dienen. Die Beauftragten, finanzmarktrechtlich sowie konkurs- und liquidationsrechtlich erfahrene Personen und Gesellschaften, handeln dabei als *verlängerter Arm der EBK*. Die von der EBK zu vollziehenden Aufsichtsgesetze kennen folgende Arten von Beauftragten:

- Der *Untersuchungsbeauftragte* (Art. 23^{quater} BankG, Art. 36a BEHG, Art. 137 KAG) kann bei bewilligten Instituten eingesetzt werden, aber auch bei Personen und Gesellschaften, deren Unterstellungspflicht strittig ist⁶. Dem Untersuchungsbeauftragten können zudem sämtliche Aufgaben eines *ausserordentlichen Revisors übertragen* werden.⁷
- Der *Sanierungsbeauftragte* (Art. 28 BankG, Art. 36a BEHG) kann bei bestehender Insolvenzgefahr eingesetzt werden, sofern begründete Aussicht auf Sanierung besteht. Die Bestimmungen zum Sanierungsverfahren finden jedoch keine Anwendung auf nicht-unterstellte Institute.
- Der *Liquidator* (Art. 23^{quinquies} Abs. 2 BankG, Art. 36 Abs. 2 BEHG, Art. 134 Abs. 3 und 135 Abs. 1 KAG) wird bei einem Bewilligungs- oder Genehmigungsentzug oder beim Fehlen einer notwendigen Bewilligung nach Banken-, Börsen- oder Kollektivanlagengesetz eingesetzt.
- Der *Bankenkonkursliquidator* (Art. 33 Abs. 2 BankG, Art. 36a BEHG), der eingesetzt wird bei Insolvenzgefahr und wenn eine Sanierung nicht möglich oder gescheitert ist, und die EBK den Konkurs eröffnet hat.
- Der *Sachwalter* (Art. 138 KAG) ersetzt bei kollektiven Kapitalanlagen die Funktion des geschäftsunfähigen Bewilligungsträgers.
- Der *Schätzungsexperte* (Art. 136 i.V.m. Art. 64 KAG) schätzt die Anlagen von Immobilienfonds oder Immobilieninvestmentgesellschaften.

Die verschiedenen Mandatstypen schliessen sich gegenseitig nicht aus. Häufig geht beispielsweise ein Mandat als Untersuchungsbeauftragter in ein Mandat als (Bankenkonkurs-)Liquidator über. Im Rahmen eines Sanierungsverfahrens kann es angezeigt sein, neben dem Sanierungsbeauftragten für die Fortführung der Geschäftstätigkeit einen Untersuchungsbeauftragten zu ernennen, wobei diese Mandate je nach Fallkonstellation vom gleichen oder unterschiedlichen Beauftragten wahrgenommen werden können.

⁵ Zur EBK-Strategie für Finanzmarktenforcement vgl. <http://www.ebk.admin.ch/d/aktuell/index.html>.

⁶ Vgl. BGE 126 II 115 und 129 II 446. Kommentierungen zu Art. 23^{quater} BankG von Poledna/Marazzotta und Zobl.

⁷ Vgl. Kapitel 1.2.



1.4 Untersuchungsbeauftragte und Prüfgesellschaften

Zu unterscheiden ist das Instrument des Untersuchungsbeauftragten von der Tätigkeit der von der EBK anerkannten Prüfgesellschaften bei überwachten Instituten. Banken und Effekthändler sowie die bewilligungspflichtigen Formen von kollektiven Kapitalanlagen⁸ müssen eine anerkannte Prüfgesellschaft beauftragen, jährlich die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen für sie selbst sowie zu Händen der EBK zu prüfen (Aufsichts- und Rechnungsprüfung). Demgegenüber werden Untersuchungsbeauftragte direkt im Auftrag der EBK tätig. Dies schliesst nicht aus, dass ein Untersuchungsbeauftragter ähnliche Sachverhalte abklärt, wie eine Prüfgesellschaft. Dem entspricht, dass auch von der EBK anerkannte Prüfgesellschaften als Untersuchungsbeauftragte tätig werden können. Untersuchungsbeauftragtenmandate kann die EBK - im Gegensatz zu Mandaten im Rahmen einer ausserordentlichen Revision - aber auch einer Treuhandgesellschaft, einer Anwaltskanzlei oder einer Einzelpersonen mit besonderen Kenntnissen erteilen.

Dass die EBK ein Untersuchungsbeauftragtenmandat bei einer bewilligten Instituten in der Regel nicht der von diesen beauftragten Prüfgesellschaften erteilt, ist kein Misstrauensvotum der Behörden gegenüber den Prüfgesellschaften. Die EBK erteilt das Mandat vielmehr aus grundsätzlichen Überlegungen zur Vermeidung von Interessenkonflikten und mit Blick auf die unterschiedliche Funktion der Aufsichtsinstrumente einer nicht vorbefassten Person: Ein Untersuchungsbeauftragter wird punktuell tätig, vielfach unter schwierigen, belastenden Umständen. Er ist einzig gegenüber der EBK zur Rechenschaft verpflichtet. Die Tätigkeit einer anerkannten Prüfgesellschaft eines bewilligten Instituts ist dagegen auf Dauer angelegt.

2 Beauftragtenpool

2.1 Offenes Auswahlverfahren

Mandate als Beobachter und Liquidatoren wurden von der EBK bis 1999 mit wenigen Ausnahmen Prüfgesellschaften zugeteilt. Die Zuteilung erfolgte nach den Umständen im Einzelfall, wobei im Laufe der Zeit vermehrt zuerst verschiedene Offerten eingeholt wurden, bevor eine bestimmte natürliche oder juristische Person als Beobachter oder Liquidator ernannt wurde. Im Jahre 1999 bat die EBK mit öffentlichen Inseraten mögliche weitere Interessenten, Offerten für die Vergabe von Mandaten einzureichen. Ungefähr die Hälfte der damals eingereichten 40 Offerten stammte von Anwaltskanzleien, die andere Hälfte von Treuhandgesellschaften und unabhängigen Wirtschaftsprüfern. Im November 2004 erfolgte eine Überarbeitung der Vorgehensweise mit dem Ziel, durch ein transparentes und dauerndes Auswahlverfahren ein kompetentes Aufsichtsenforcement durch Beauftragte sicherzustellen. In Zeitungen der drei Hauptsprachregionen der Schweiz sowie auf der Website der EBK wurde ein Inserat mit dem Titel „Aufsichtsenforcement durch Beauftragte“ veröffentlicht. Darin wurden Interessenten zur Einreichung ihrer Unterlagen eingeladen. Auf diese Publikationen meldeten sich 80

⁸ Vgl. Art. 126 KAG.



Bewerber. Die öffentliche Ausschreibung sowie entsprechende Bewerbungsformulare sind seitdem ständig auf der Website der EBK abrufbar⁹. Es steht somit sämtlichen Personen und Gesellschaften, die für eine Tätigkeit als Beauftragte der EBK qualifiziert sind, dauernd die Möglichkeit offen, sich zu bewerben. Damit soll ein numerus clausus der Beauftragten vermieden werden. Die Beurteilung der eingereichten Unterlagen erfolgt ein- bis zweimal im Jahr.

2.2 Kriterien für Auswahl der Kandidaten

Massgebliche Kriterien für die Aufnahme der interessierten Personen und Gesellschaften in den Beauftragten-Pool sind nebst dem Gesamteindruck der Offerte (aufgrund allgemeiner Angaben wie Firmenbeschreibung, Informationen zu verantwortlichen Personen, Referenzen, etc.) insbesondere die Folgenden:

- *Kompetenz der Beauftragten:* Das Vorhandensein der entsprechenden Fachkompetenz bei den Beauftragten wird durch die Auswahl der interessierten Personen und Gesellschaften anhand definierter Kriterien sowie durch eine laufende Überprüfung der ausgewählten Personen und Gesellschaften sichergestellt. Wichtig sind allgemeine Kenntnisse des Banken-, Börsen- und Kollektivanlagengesetzes sowie spezifische Kenntnisse der Voraussetzungen für eine Unterstellung unter diese Aufsichtsgesetze. Auch die finanzmarktrechtliche sowie konkurs- und liquidationsrechtliche Erfahrung ist von Bedeutung. Zudem sind allfällige Spezialkenntnisse (wie IT oder Buchführung) von Vorteil. Diese Fachkompetenzen können beim einzelnen Beauftragten durch unterschiedliche Personen abgedeckt werden.
- *Internationale Abstützung.* Bei komplexen Sachverhalten mit internationalen Anknüpfungspunkten entspricht ein internationales Netzwerk dem Gebot der Effizienz. Über eine solche Infrastruktur und das benötigte Fachwissen verfügen in der Regel von der EBK anerkannte Prüfgesellschaften oder grössere Anwaltskanzleien.
- *Qualifikation der verantwortlichen Mandatsleiter:* Diese sind gegenüber der EBK für den Einsatz des Beauftragten verantwortlich.
- *Anzahl Mitarbeiter:* Aufgrund dieser Angabe kann die EBK beurteilen, welche Mandate ressourcenmässig vom Kandidaten überhaupt bewältigt werden können. Es ist denkbar, dass der Beauftragte bei einem Einsatz beispielsweise bei einer Gruppe von Gesellschaften zeitgleich an mehreren Orten präsent sein muss. Auch ist das Vorgehen und der Mitarbeiterereinsatz kurzfristig der jeweiligen Situation anzupassen, was zur Folge haben kann, dass die Anzahl der beteiligten Mitarbeiter kurzfristig erhöht werden muss. In der letzten Zeit stellte das Sekretariat der EBK fest, dass bestehende Beauftragte, insbesondere mittelgrosse Anwaltskanzleien, sich zusätzlich gemeinsam für Beauftragten-Mandate beworben haben, um so auch als Kandidaten von grossen Mandaten in Frage zu kommen. Vermehrt werden denn auch grosse und komplexe Mandate bei bewilligten Instituten nicht mehr ausschliesslich an Prüfgesellschaften vergeben.

⁹ EBK-Wegleitung (abrufbar unter: http://www.ebk.ch/d/wegleit/pdf/wegl_070503_d.pdf).



- *Honorarsätze:* Die Honorarstruktur des Beauftragten orientiert sich unter anderem nach der „Honorarempfehlung der Treuhand-Kammer“. Die EBK schliesst auch bei komplexen Fällen grundsätzlich keine Honorarvereinbarung ab, die für den Mandatsleiter einen Stundenansatz von mehr als CHF 450.-- vorsieht.

2.3 Liste der Beauftragten

Die öffentliche Ausschreibung der EBK, die entsprechenden Offerten der interessierten Personen und Gesellschaften sowie die Evaluation der Offerten durch die EBK auf Grund eines definierten Bewertungsrasters führen zu einem Beauftragten-Pool. Die darin aufgenommenen Kandidaten haben jedoch keinen Anspruch auf Erteilung eines Mandats.

Zur Zeit zählt die Liste der Beauftragten der EBK 52 Kandidaten, davon sind 29 Anwaltskanzleien und 7 spezialgesetzlich anerkannte Prüfgesellschaften. Die detaillierte Auswertung der 2004 eingegangenen 80 Bewerbungen führte zu einer Liste von vorerst 40 Kandidaten. Trotz zunehmender Publizität der Beauftragten-Mandate (Handelsregistereinträge der als Organ eingesetzten Beauftragten, namentliche Nennung eingesetzter Beauftragter in der Presse, etc.) nahm die Zahl der Bewerbungen von Interessenten in den Folgejahren anzahlmässig deutlich ab. Im Jahr 2006 wurden 10 neue Kandidaten auf die Liste aufgenommen, während 5 Bewerbungen abgelehnt wurden. Im Jahr 2007 wurden nur noch 3 Kandidaten neu aufgenommen. 5 Gesuche wurden abgelehnt. Momentan sind 4 weitere Gesuche bei der EBK pendent.

Die auf die Liste aufgenommenen Kandidaten haben ihre Daten regelmässig zu aktualisieren. Ein Ausschluss eines Interessenten aus dem Beauftragten-Pool erfolgt bei Dahinfallen oder massgeblichen Änderungen der vorgenannten Selektionskriterien sowie bei mangelhafter Ausführung von erteilten Mandaten oder bei sonstigem Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Beauftragter. Da kein Anspruch auf eine Mandatserteilung besteht, erfolgt wie die Aufnahme auch der Ausschluss ohne formelles Verfahren.

2.4 Ausbildungsveranstaltungen der EBK

Die fachliche Ausbildung und die Aneignung entsprechender Kompetenzen liegt in der Eigenverantwortung der Beauftragten. Die EBK unterstützt die Beauftragten darin, indem sie ihre Praxis allgemein zugänglich macht (Jahresbericht, EBK-Bulletin, Website, Medienmitteilungen, etc.). Auch hat das Sekretariat der EBK im Juni 2005 sowie im Januar 2007 die Kandidaten aus dem Beauftragten-Pool zu Ausbildungsveranstaltungen eingeladen. Dabei bearbeiteten die verantwortlichen Mitarbeiter der EBK zusammen mit den Beauftragten ausgewählte Aspekte von Beauftragten-Mandaten sowie spezifische Problemstellungen bei der Vorbereitung und der Abwicklung von Beauftragten-Mandaten. Die Reaktionen auf die Veranstaltung als solches und das Format der Workshops im Besonderen waren überaus positiv. Insbesondere die Workshops haben einen wertvollen Beitrag zur Optimierung des Zusammenspiels zwischen der EBK und ihren Beauftragten geleistet.



3 Auswahl Einzelmandat

3.1 Kriterien der Auswahl

Die Vergabe der einzelnen Mandate erfolgt an einen oder mehrere Beauftragte aus dem Pool¹⁰. Massgebend für die Auswahl eines Beauftragten für ein einzelnes Mandat ist dabei, inwieweit die aus dem Auswahlverfahren¹¹ bekannten Kompetenzen und Einsatzmöglichkeiten mit den Anforderungen an den konkreten Auftrag übereinstimmen, namentlich in Bezug auf die erforderlichen Fachkenntnisse und Erfahrungen (Abklärungsgegenstand), den Abklärungsumfang, die Verfügbarkeit der Kandidaten, die Unabhängigkeit von den Betroffenen (Interessenkonflikte), die Kostenstruktur sowie das örtliche Einsatzgebiet (Sprachregion). In komplizierten Fällen mit internationalen Anknüpfungspunkten sind in der Regel die Infrastruktur und das Fachwissen eines Beauftragten mit internationalem Netzwerk erforderlich.

Die Anforderungen an die Unabhängigkeit des Beauftragten sind im Wesentlichen die gleichen wie sie für die spezialgesetzlichen Prüfgesellschaften massgebend sind und knüpfen an die personellen, wirtschaftlichen und funktionalen Beziehungen zwischen dem Beauftragten und der zu untersuchenden Gesellschaft an. Im Zusammenhang mit EBK-Beauftragten können sich in verschiedener Hinsicht Interesskonflikte ergeben. Einerseits ist es möglich, dass der Beauftragte früher schon einmal mit der im aktuellen Verfahren involvierten natürlichen oder juristischen Person persönlich oder beruflich Kontakt hatte. Diesfalls ist eine Mandatierung durch die EBK grundsätzlich ausgeschlossen.

Bei bewilligten Instituten werden oft von der EBK anerkannte Prüfgesellschaften eingesetzt. Da für solche Mandate nur wenige Beauftragte zur Auswahl stehen, hat hier die Frage von möglichen Interessenskonflikten besondere Bedeutung und macht die Auswahl eines unabhängigen Beauftragten besonders schwierig.

Konkursliquidatoren und Liquidatoren sind hingegen nicht allein deswegen befangen, weil sie bereits als Untersuchungsbeauftragte tätig waren und in diesem Zusammenhang Kontakte zur EBK unterhielten.¹² Es entspricht dem Gebot der Effizienz, dass in der Regel der Untersuchungsbeauftragte auch mit der Liquidation betraut wird, sollte sich eine solche als notwendig erweisen.¹³

Im Sinne eines möglichst kostengünstigen Aufsichtsenforcements werden die Honoraransätze mit den Kandidaten jeweils anhand der Anforderungen an den konkreten Auftrag ausgehandelt und finden dann Aufnahme in der Mandatsbestätigung¹⁴. Deren Höhe hängt im Einzelfall insbesondere auch von der Komplexität der Aufgabenstellung und der Grösse des betroffenen Institutes ab. Die vereinbarten Stundenansätze für Mandatsleiter bewegen sich in der Regel zwischen CHF 220.- und 350.-. Deutlich höhe-

¹⁰ Vgl. Kapitel 2.3.

¹¹ Vgl. Kapitel 2.2.

¹² BGE 2A.332/2006 vom 6.3.2007 (in EBK-Bulletin 50/2007, S. 161f.) mit Verweis auf BGE 130 II 351 E. 3.3.2 und dessen unpublizierte E. 3.4.

¹³ BGE 132 II 282, auch in EBK-Bulletin 49/2006, S. 157, 166.

¹⁴ Vgl. Kapitel 4.3.



re Honoraransätze werden nur für sehr komplexe Abklärungen (oft im Zusammenhang mit bewilligten Instituten) akzeptiert.

In den letzten drei Jahren lag der ausgehandelte Stundenansatz für Mandatsleiter deutlich unter dem ursprünglich offerierten Betrag. Auch wenn die mit der EBK vereinbarten Honoraransätze tiefer liegen sollten als die üblicherweise verlangten, so sind Mandate als EBK-Beauftragte offensichtlich attraktiv, nicht zuletzt wegen den betroffenen spezialgesetzlichen Rechtsfragen, dem oft grösseren Mandatsumfang, aber auch der regelmässig erfolgenden Medienpräsenz.

3.2 Breite Vergabe von Mandaten

Aufgrund der Beauftragten-Liste können die für den konkreten Fall geeigneten Kandidaten, und das sind aufgrund der spezifischen Rahmenbedingungen eines Mandats in der Regel einige Wenige, schnell eruiert werden. Bei der Endauswahl ist das Sekretariat der EBK bemüht, Kandidaten, die noch kein Mandat oder erst wenige oder kleinere Mandate der EBK erhalten, bevorzugt zu berücksichtigen. Von den aktuell 52 Kandidaten haben bisher 39 ein Mandat oder oft auch bereits mehrere Mandate erhalten.¹⁵

Es gibt verschiedene Gründe, weshalb ein kleiner Teil der zugelassenen Bewerber bisher noch keine Mandate erhielten. Einige wurden erst vor kurzem in die Liste aufgenommen. Drei Bewerbungen beziehen sich nur auf Einsätze als Schätzungsexperten oder geben als einziges Fachgebiet die kollektiven Kapitalanlagen an. Seit 1999 musste die EBK kein Mandat als Schätzungsexperte vergeben und auch Fälle, in denen einzig das KAG als gesetzliche Grundlage in Frage kommt, sind äusserst selten. Fünf Kandidaten konnten bisher nicht berücksichtigt werden, weil ihr offerierter Stundenansatz mindestens CHF 450.- beträgt und damit das Honorar für ein durchschnittliches Mandat deutlich übersteigt. Sie kommen daher für das Gros der Fälle, bei denen die Fragestellung weniger komplex ist und bei denen teilweise auch die vorhandenen finanziellen Mittel sehr beschränkt sind, nicht in Frage. Bei drei Anbietern war eine Mandatszuteilung bisher nicht möglich, weil sie sich als Einzelperson beworben haben und bisher keine entsprechenden Mandate zu vergeben waren.

Ein wesentliches Kriterium ist auch die geografische Lage und das von den Kandidaten gewünschte Einsatzgebiet sowie die Frage, ob der Beauftragte bei bewilligten oder bei unbewilligten Instituten eingesetzt werden muss. So sind in der Westschweiz im Verhältnis zu den zu vergebenden Mandaten überdurchschnittlich viele Anbieter ansässig.

3.3 Zahl und Aufteilung der Mandate

Seit Mitte 2004 wurden 177 Mandate vergeben, von denen 274 Personen und Gesellschaften betroffen waren. Die Anzahl der pro Jahr vergebenen Mandate war in den letzten Jahren stark ansteigend:

¹⁵ Vgl. Liste der Kandidaten, die seit 2004 mit Mandaten betraut wurden oder laufende Mandate betreuen (Anhang).



Mandatstyp	insgesamt	davon für bewilligte Institute	davon abgeschlossen	2007	2006	2005	2004
Untersuchungsbeauftragter	83	12	55	39	25	11	4
Konkursliquidator	70	3	10	33	22	12	5
Liquidator	16	1	1	12	2	-	2
Ausserordentlicher Revisor	4	4	4	1	-	2	1
Sachwalter	3	0	1	-	2	-	1
Beobachter (alt)	1	1	1	-	-	-	1
Total	177	21	72	85	51	25	14

Geographisch sind die Beauftragten und die seit Mitte 2004 vergebenen Mandate wie folgt auf die Kantone verteilt:

Kanton	Beauftragte mit Sitz in diesem Kanton	Mandate bei Gesellschaften mit Sitz in diesen Kantonen (ab Mitte 2004) ¹⁶	Davon bei bewilligten Instituten
AG	1	1	-
AI	-	-	-
AR	-	2	-
BE	10	2	-
BL	2	4	-
BS	3	-	-
FR	2	-	-
GE	7	10	3
GL	-	1	-
GR	-	2	-
JU	-	-	-
LU	-	-	-
NE	-	1	-
NW	-	-	-
OW	-	3	-
SG	1	18	-
SH	-	1	-
SO	-	6	-
SZ	-	14	-
TG	-	-	-
TI	6	20	7
UR	-	-	-
VD	2	1	1
VS	-	2	-
ZG	1	19	-
ZH	17	34	7

¹⁶ Bei Mandaten betreffend mehrere Gesellschaften ist für diese Tabelle jeweils nur die in der Einsetzungsverfügung erstgenannte Gesellschaft relevant.



Diese Zahlen zeigen, dass grosse regionale Unterschiede existieren. In der Deutschschweiz werden die mit Abstand meisten Mandate vergeben. Ein Grossteil davon betrifft dabei unbewilligte Finanzintermediäre. Die Mandate bei bewilligten Instituten entfallen dabei ausschliesslich auf den Kanton Zürich und liegen nicht höher als in den anderen Landesteilen. Auffallend ist, dass praktisch keine Beauftragten ihren Sitz in der Ostschweiz haben, obwohl in diesem Teil der Schweiz eine grosse Anzahl von betroffenen, ausschliesslich illegal tätigen Finanzintermediären ansässig ist.

In der Westschweiz sind tendenziell weniger Mandate zu verzeichnen. Insbesondere Mandate bei unbewilligten Instituten sind hier auffallend selten.

Der Kanton Tessin ist hingegen mit sieben Mandaten bei bewilligten Instituten innerhalb der letzten drei Jahre gleich stark betroffen wie die Deutschschweiz. Auch Mandate im Zusammenhang mit unbewilligten Geschäftstätigkeiten sind im Verhältnis zur Grösse des Finanzplatzes relativ häufig.

3.4 Geltung des Vergaberechts?

Es stellt sich die Frage, ob die gesetzlichen Bestimmungen des Vergaberechts¹⁷ bei der Einsetzung von EBK-Beauftragten zu beachten sind.¹⁸ Die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist jedoch zu verneinen, weil die entstehenden Kosten durch die jeweils Betroffenen selber zu tragen sind¹⁹ und nicht durch die öffentliche Hand.

Die von der EBK im Rahmen von Untersuchungen abgegebenen Kostengarantien zur Deckung des Ersteinsatzes von Aufträgen für den Fall, dass bei den Betroffenen nicht die notwendigen Mittel zur Deckung dieser Kosten vorhanden sind, erreichen zudem den sanktionsbewehrten gesetzlichen Mindestwert von zurzeit CHF 248'950.-²⁰ in aller Regel nicht und werden im Normalfall auch nicht ausgeschöpft.²¹ Auch die von den Betroffenen zu tragenden durchschnittlichen Kosten liegen unter diesem Wert und können überdies im Vorherein nur schwer abgeschätzt werden. Ausserdem fallen ohnehin nur Dienstleistungen unter das BoeB, die im Anhang 1 der Ausführungsverordnung zum BoeB aufgeführt sind.²² Diese Voraussetzung ist für die Tätigkeit von Sanierungsbeauftragten und Liquidatoren nicht erfüllt.

Selbst wenn man von einer Anwendbarkeit des Vergaberechts bei der Einsetzung von EBK-Beauftragten für bestimmte Mandate ausgehen wollte, ist aber zu berücksichtigen,

¹⁷ Am 1.1.1996 trat für die Schweiz das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) in Kraft. Ziel dieses Übereinkommens sind der Abbau wettbewerbsbeschränkender oder – verzerrender Massnahmen und protektionistischer Praktiken im öffentlichen Beschaffungswesen. Das BoeB stellt die Umsetzung des GPA in der Schweiz dar.

¹⁸ Vgl. Emmenegger, Finanzmarktaufsicht und Vergaberecht, in: BR/DC 2/2006, S. 97; Emmenegger, Bankenhaftungsrecht, S. 15 ff.

¹⁹ Vgl. dazu Kapitel 8.1.

²⁰ Art. 6 Abs. 1 lit. b BoeB i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008 (SR 172.056.12). Auf Aufträge, die den Schwellenwert nicht erreichen, sind Art. 32 ff. VoeB anwendbar. Bei einem Verstoß gegen diese Bestimmungen ist jedoch keine Beschwerdemöglichkeit gegeben.

²¹ Vgl. dazu Kapitel 8.2.

²² Art. 3 Abs. 1 VoeB.



dass das Gesetz eine freihändige Vergabe erlaubt, wenn aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse die Beschaffung so dringlich wird, dass kein offenes oder selektives Verfahren durchgeführt werden kann.²³ Da die Einsetzung von Beauftragten nur in Krisensituationen erfolgt, ist davon auszugehen, dass regelmässig ein solcher gesetzlicher Ausnahmefall vorliegt.²⁴

Mit dem Übergang von der EBK zur FINMA als öffentlich-rechtlicher Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts überhaupt ausgeschlossen. Die FINMA ist nicht Teil der "allgemeinen Bundesverwaltung"²⁵ und ihr Handeln liegt daher ausserhalb des Geltungsbereichs des Vergaberechts.²⁶

4 Einsetzung des Beauftragten

4.1 Praktischer Ablauf der Einsetzung

Der von der EBK ausgewählte Kandidat wird vom Verfahrensverantwortlichen telefonisch angefragt. Die kontaktierten Kandidaten sind in den allermeisten Fällen rasch verfügbar. Dies ist auch nötig, da die Einsetzung eines Beauftragten meistens in Krisensituationen und somit kurzfristig erfolgt. In der Regel wird innerhalb weniger Tage eine Einsatzbesprechung durchgeführt, anlässlich welcher der Beauftragte - soweit bereits vorhanden - die Verfügung sowie eine Kopie der bestehenden Verfahrensakten erhält. Der Einsatz des Beauftragten beginnt daraufhin in der Regel innerhalb weniger Tage.

4.2 Einsetzung durch Verfügung

Die Mandatierung des Beauftragten sowie die Umschreibung des Inhalts des Auftrags erfolgt im Dispositiv einer Verfügung der EBK. Die Einsetzungsverfügung regelt somit detailliert die in den Aufsichtsgesetzen vorgesehenen Kompetenzen und Aufgaben. Erhält der Beauftragte (als Untersuchungsbeauftragter oder Liquidator) Organstellung, ist in der Einsetzungsverfügung der Umfang festgelegt, mit welchem er anstelle der Organe der Gesellschaft handlungsberechtigt wird.

In der Praxis erfolgt insbesondere die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten zur Abklärung des aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit häufig als vorsorgliche Massnahme mittels Erlass einer superprovisorischen Verfügung des Sekretariats der EBK.²⁷ Dem Betroffenen steht dagegen kein Rechtsmittel zu. Er kann zur superprovisorischen Verfügung aber schriftlich Stellung nehmen und damit gegebenenfalls den Erlass einer bestätigenden anfechtbaren Verfügung erwir-

²³ Art. 13 Abs. 1 lit. d VoeB.

²⁴ Vgl. Emmenegger, Bankenhaftungsrecht, S. 19.

²⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BoeB.

²⁶ Vgl. Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 5. Juni 2002 zum Geltungsbereich in Bezug auf das Institut für Geistiges Eigentum (IGE), in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden VPB 67.4.

²⁷ Art. 1 Ziff. 11 der Delegationsverordnung der EBK.



ken.²⁸ Dabei ist aber zu beachten, dass die für eine Beurteilung des Sachverhalts notwendige Berichterstattung der Beauftragten in aller Regel innert weniger Wochen erfolgt und im Schnitt der letzten drei Jahre 107 Tage beträgt. Durch dieses Bestreben nach zeitnaher Beurteilung erübrigt es sich in der Regel, die superprovisorisch verfügbaren vorsorglichen Massnahmen auf ausdrückliches Verlangen einer Partei mittels anfechtbarer Verfügung zu bestätigen. In diesen Fällen werden die vorsorglichen Massnahmen direkt im Rahmen einer anfechtbaren Endverfügung bestätigt und durch allenfalls notwendige weitere Anordnungen ergänzt oder ersetzt.

Die Einsetzung von weiteren Beauftragten wie insbesondere Liquidatoren, Bankenkursliquidatoren oder Sanierungsbeauftragten erfolgt sodann mittels einer Verfügung der EBK, in dringenden Fällen durch ihren Präsidenten, mit welcher die die Aufsichtsgesetze verletzende Tätigkeit festgestellt wird und die notwendigen Massnahmen angeordnet werden.

4.3 Mandatsbestätigung

Die Modalitäten des in der Verfügung erteilten Auftrags werden dem Beauftragten in einem Schreiben des Sekretariats der EBK separat mitgeteilt. Diese richten sich nach den Umständen des konkreten Einzelfalles. Festgelegt werden insbesondere das Datum des ersten Zwischenberichts, ein sinnvoller Rhythmus für die weitere Berichterstattung über den Ablauf und die Erkenntnisse der Untersuchung, die Periodizität der von der EBK zu genehmigenden Kostenrechnungen sowie die Aufbewahrungs- und Geheimhaltungspflichten des Beauftragten. Die Dokumentenhoheit bezüglich sämtlicher mit dem Auftrag in Zusammenhang stehenden Unterlagen liegt bei der EBK. Das bedeutet, dass sie über den Umfang der Verfahrensakten bestimmt und Akteneinsicht nur bei der EBK verlangt werden kann. Dem Beauftragten wird hingegen die Aufbewahrungspflicht während den gesetzlichen Fristen übertragen. Der Beauftragte untersteht sodann den Vorschriften des Berufs- und Amtsgeheimnisses.

Weiter werden die für die einzelnen Funktionen vereinbarten Stundenansätze in der Mandatsbestätigung festgehalten. Für Aufträge bei unbewilligten Finanzintermediären als Untersuchungsbeauftragte gewährt die EBK im Falle der Insolvenz der betroffenen Personen oder Gesellschaften eine Kostengarantie, deren Betrag im Einzelfall festgelegt wird.

In den Mandatsbestätigungen weist die EBK die von ihr eingesetzten Beauftragten schliesslich schriftlich darauf hin, dass bei der Annahme von Mandaten, die die EBK betreffen, möglichen Interessenkonflikten Rechnung zu tragen ist. So ist es dem Beauftragten während der Dauer des EBK-Mandats nicht möglich, Aufträge zu betreuen, die sich gegen die EBK richten. Für Anwälte verbieten schon die Ständesregeln die Annahme von gegen die EBK gerichteten Mandaten, während er selber als Beauftragter der EBK tätig ist.²⁹ Auch wenn die Aufgabe als EBK-Beauftragter nicht unter die typi-

²⁸ Vgl. BGE 130 II 357.

²⁹ Art. 12 lit. c BGFA besagt, dass Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, meiden müssen. Ein verbotener Interessenkonflikt liegt bereits vor, wenn die Interessen des Klienten auch bei einem gering erscheinenden Kollisionsrisiko potentiell gefährdet sind (vgl. Fellmann/Zindel, Art. 12. N 84 ff.).



sche anwaltliche Tätigkeit fällt und nicht vom Anwaltsmonopol erfasst ist, werden die Interessen der EBK dadurch (indirekt) geschützt. Ähnlich sieht es bei den Treuhändern aus. Diese unterliegen gegenüber ihren Kunden in der Regel einer vertraglichen Treuepflicht.³⁰

4.4 Beziehung EBK - Beauftragte: öffentlich-rechtlicher Vertrag?

Bis heute haben sich weder Lehre noch Rechtsprechung eingehend zur Frage der rechtlichen Qualifikation des Verhältnisses zwischen der EBK und dem von ihr Beauftragten geäußert. In der Lehre wird unter anderem und ohne näher darauf einzugehen von einem „Delegationsverhältnis“ zwischen der EBK und dem Beauftragten gesprochen.³¹

Die Einsetzung eines Beauftragten durch die EBK mittels Verfügung könnte allenfalls als Beleihung (auch „Konzession des öffentlichen Dienstes“ genannt) qualifiziert werden. Bei diesen überträgt das Gemeinwesen einem Privaten die Ausübung einer bestimmten Staats- bzw. Verwaltungsaufgabe.³² Allerdings erfüllt die Einsetzung eines EBK-Beauftragten nicht alle Kriterien einer solchen Beleihung. Eine Beleihung stellt zwar keine Konzession dar³³, es besteht aber dennoch eine gewisse Verwandtschaft zwischen diesen Instituten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung³⁴ stellt eine Konzession einen gemischten Akt dar, der aus einem durch Verfügung und einem vertraglich begründeten Teil besteht. In den durch Verfügung begründeten Teil gehören die Regeln, die besonders gewichtige öffentliche Interessen betreffen, während in den vertraglichen Teil diejenigen Elemente gehören, die für das öffentliche Interesse weniger erheblich sind, wie bspw. die Dauer der Konzession und die Umschreibung einzelner Rechte des Konzessionärs. Dabei ist auch der vertragliche Teil öffentlich-rechtlich.³⁵

Wollte man die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Konzessionen (sinngemäss) auf die Beleihung und das Rechtsverhältnis zwischen der EBK und dem Beauftragten anwenden, läge somit zumindest für alle Regeln, die nicht besonders gewichtige öffentliche Interessen betreffen ebenfalls ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor. Darunter sind auch die Honorarforderungen, die das wohl grösste Konfliktpotential in sich bergen, zu subsumieren. Dies hat Auswirkungen auf den einzuschlagenden Weg, wenn es zu einer Streitigkeit zwischen der EBK und den Beauftragten kommen sollte. Während bei einem privatrechtlichen Vertrag die Zivilgerichte zuständig sind, muss bei öffentlich-rechtlichen Verträgen Klage beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.³⁶

³⁰ Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm überlassenen Geschäfts. Verboten diese Bestimmungen die Annahme eines privatrechtlichen Mandats bei einem bestehenden EBK-Auftrag, hat dies auch im umgekehrten Fall Auswirkungen.

³¹ P. Moor, *Droit administratif*, Volume II, Bern, 2. A., Staempfli 1994, S. 91 ff.

³² Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1512 f.

³³ Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2591 ff.

³⁴ BGE 109 II 76 f., 127 II 69 ff.

³⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1093.

³⁶ Art. 35 lit. a VGG.



Die Qualifikation als privatrechtlicher Auftrag scheitert wohl daran, dass der Beauftragte für die EBK hoheitlich tätig wird und der Vertrag unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient.³⁷ Das Rechtsverhältnis ist am ehesten als eine Art „öffentlich-rechtlicher Auftrag“ zu qualifizieren. Der Beauftragte schuldet der EBK im Wesentlichen eine sorgfältige und mitdenkende Ausführung seines Mandates, eine sach- und zeitgerechte Berichterstattung und Abrechnung sowie die Wahrung des Amtsgeheimnisses. Auch darf er das Mandat wohl nicht zur Unzeit niederlegen.

Von der EBK darf der Beauftragte umgekehrt erwarten, bei der Ausübung seines Mandats sachgerecht unterstützt und beraten zu werden. Insbesondere ist die EBK aber auch verpflichtet, die berechtigten Kosten nötigenfalls mittels Verfügung festzustellen und damit dem Beauftragten einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Sollte die Einsetzung eines Beauftragten (bei vollständig fehlendem Verdacht) unbegründet erfolgt sein, hätte die EBK für die berechtigterweise angefallenen Kosten aufzukommen.

5 Aufgaben der EBK-Beauftragten

Grundsätzlich geht es um die Abklärung aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalte bei Finanzintermediären, welche als Bank, Effektenhändler oder im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen tätig sind oder bei denen entsprechende Anhaltspunkte für eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeiten vorliegen. Die Aufgaben sind je nach Art des Beauftragten verschieden:

5.1 Aufgaben des Untersuchungsbeauftragten

Der Untersuchungsbeauftragte hat einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt festzustellen sowie die von der EBK angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen einschliesslich vorsorglicher Massnahmen umzusetzen. Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht: Es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch eine Kontrolle vor Ort abschliessend geklärt werden kann. In diesen Fällen liegt der zu beseitigende Missstand in der unklaren Ausgangslage, die es über die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten zu bereinigen gilt.³⁸

Untersuchungsbeauftragte haben nicht den Auftrag, den Anfangsverdacht der EBK um jeden Preis zu bestätigen. Vielmehr haben sie den Sachverhalt objektiv abzuklären und der EBK eine möglichst klare Entscheidungsgrundlage zu liefern. So konnte ein Untersuchungsbeauftragter in einem Fall rasch feststellen, dass eine von mehreren Gesellschaften trotz gleichem Domizil und ähnlicher Firmierung nicht zur Gruppe der anderen gleichzeitig untersuchten Gesellschaften gehörte, so dass die ihr gegenüber angeordnete Untersuchung umgehend wieder aufgehoben werden konnte. In anderen Fällen bestätigte sich zwar der anfängliche Verdacht, jedoch erfolgte die bewilligungspflichtige Tätigkeit lediglich als Nebentätigkeit oder sie liess sich unter Wahrung des Anleger-schutzes in eine nicht bewilligungspflichtige Tätigkeit überführen. In diesen Fällen kann

³⁷ A. Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, 2005, Rz. 75.

³⁸ BGE 132 II 282, auch in EBK-Bulletin 49/2006 S. 157, 167.



den betroffenen Gesellschaften unter Begleitung durch den Untersuchungsbeauftragten die Rückabwicklung oder Umwandlung der betreffenden Geschäfte ermöglicht und die angeordneten Massnahmen danach wieder aufgehoben werden.

Der Untersuchungsbeauftragte wird regelmässig damit beauftragt, zuhanden des Sekretariats der EBK einen Bericht zu verfassen. Dieser kann bei unterstellten Instituten unter anderem die Umschreibung der zu untersuchenden Tätigkeiten, die Überprüfung und der allfällige Nachweis der vorgeworfenen Mängel, die Überprüfung der Anleger Risiken sowie der Feststellung der finanziellen Lage umfassen. Bei nicht unterstellten Instituten umfasst der Auftrag - stets mit Blick auf allfällige Verletzungen der Bewilligungspflichten - die Untersuchung der ausgeübten Tätigkeiten, das Feststellen der rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen mit nahestehenden juristischen und natürlichen Personen, das Überprüfen allfälliger Gefährdungen der Interessen einzelner Anleger und Gläubiger sowie die Feststellung der finanziellen Lage der Betroffenen, insbesondere deren Vermögens- und Ertragslage.

Auch können dem Untersuchungsbeauftragten Organkompetenzen eingeräumt werden. Dies erfolgt regelmässig bei illegal tätigen Gesellschaften. Die entsprechenden Kompetenzen werden im Einzelfall in der Einsetzungsverfügung näher umschrieben. Die Ermächtigung erstreckt sich häufig auf die Verfügung über sämtliche Aktivitäten der Gesellschaft und umfasst insbesondere auch im In- und Ausland liegende Vermögenswerte, an denen diese wirtschaftlich berechtigt ist. Das Handelsregisteramt kann zudem angewiesen werden, die entsprechende Änderung im Handelsregister vorzunehmen. Insbesondere ist diesfalls auch die Beschränkung der Zeichnungsberechtigung der bisher eingetragenen Personen nachzuführen. In der Praxis hat sich gezeigt, dass insbesondere im Ausland die Untersuchungsbeauftragten aufgrund ihrer Organstellung vereinfacht Zugriff auf dort liegende Aktiven der Gesellschaft erhalten und diese dadurch für die Anleger sichern und in die Schweiz zurückführen können.

5.2 Aufgaben des Sanierungsbeauftragten

Der Sanierungsbeauftragte hat einen Sanierungsplan einschliesslich einer Strategie zur Behebung der finanziellen Probleme vorzubereiten. Insbesondere geht es um die Analyse der Aktiven und Passiven, die Analyse der rechtlichen und finanziellen Risiken sowie die Strategie zur Behebung der finanziellen Probleme. Er hat direkten Kontakt mit den Gläubigern und Eignern und wickelt die Sanierung gemäss Sanierungsplan ab. Bisher hat die EBK noch nie einen Sanierungsbeauftragten eingesetzt.

5.3 Aufgaben des Liquidators

Die Liquidatoren eines Institutes haben gemäss den anwendbaren Bestimmungen des Obligationenrechts eine Liquidationsbilanz zu erstellen und den Schuldenruf durchzuführen.³⁹ Zudem sind die laufenden Geschäfte zu beenden, die Aktiven zu verwerten und die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen. Sie haben vermögenserhaltende Massnahmen zu treffen, die EBK bei Überschuldung zu benachrichtigen, das Vermögen zu verteilen, die Gesellschaft im Handelsregister zu löschen sowie gewisse Organ-

³⁹ Art. 742 OR.



funktionen für die Gesellschaft zu übernehmen. Ihre Einsetzung und Beaufsichtigung erfolgt jedoch hoheitlich durch die EBK.

5.4 Aufgaben des Bankenkursliquidators

Die Bankenkursliquidatoren haben gemäss den anwendbaren Bankinsolvenzbestimmungen die Konkursliquidation durchzuführen.⁴⁰ Die Liquidation erfolgt auch hier unter Aufsicht der EBK, welche im Rahmen der Verfahrensabwicklung weiterhin verfügbare Behörde bleibt.⁴¹

5.5 Aufgaben des Sachwalters

Der Sachwalter ersetzt bei kollektiven Kapitalanlagen den geschäftsunfähigen Bewilligungsträger. Er hat der Aufsichtsbehörde innert sechs Monaten nach Einsetzung Massnahmen zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes oder dessen Auflösung vorzuschlagen. Letztmals ernannte die EBK 2006 für eine mangels Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen geschäftsunfähige Fondsleitung einen Sachwalter und veröffentlichte die Ernennung in den Publikationsorganen des Anlagefonds.⁴²

6 Verfahrensrechtliche Stellung des Beauftragten

6.1 Hoheitliches Handeln?

Der Untersuchungsbeauftragte ist ein Organ der Aufsicht und wird von dieser hoheitlich eingesetzt. Ähnlich wie die von der EBK anerkannten Prüfgesellschaft übt er als Privatrechtssubjekt hoheitliche Aufgaben aus, ohne dadurch zu einer "Bundesbehörde" zu werden.⁴³ Er kann folglich auch keine Verfügungen erlassen. Somit ist hoheitliches Handeln im eigentlichen Sinn der EBK vorbehalten.⁴⁴ Die EBK trifft die für die Verfahrensdauer notwendigen Anordnungen gegebenenfalls auf Antrag des Untersuchungsbeauftragten hin selber. Auch wird der Untersuchungsbeauftragte in der Einsetzungsverfügung verpflichtet, dem Sekretariat der EBK unverzüglich Mitteilung von Vorgängen zu machen, die eine Gefährdung der Gläubiger- und Anlegerinteressen oder eine Verletzung der Anordnungen dieses Dispositivs darstellen. So gelangt die EBK in Kenntnis dieser Sachverhalte und kann die nötigen Anordnungen treffen. Der Untersuchungsbeauftragte ist nur "Vollzugsgehilfe" und seine Berichte haben keinen zwingenden Charakter.⁴⁵ Auch die (Insolvenz)-Liquidatoren sind keine "Behörden". Das Sekretariat der EBK trifft die im Zusammenhang mit der Abwicklung der Liquidations- und Konkursverfahren notwendigen Verfügungen und gibt Anweisungen zu deren Ablauf.

⁴⁰ Vgl. Insolvenzbericht der EBK http://www.ebk.admin.ch/d/aktuell/20080128/20080128_d.pdf.

⁴¹ Vgl. Art. 24 BankG i.V.m. Art. 7 BKV.

⁴² Beispiel der Ernennung eines Sachwalters in EBK-Bulletin 49/2006, S. 188ff.

⁴³ BBI 2002 8075.

⁴⁴ BGE 130 II 359.

⁴⁵ BGE 130 II 359.



Der Untersuchungsbeauftragte übt auf der anderen Seite für die EBK Aufgaben der staatlichen Aufsichtsbehörde aus, welche hoheitlicher Natur sind. Die EBK könnte diese Aufgaben grundsätzlich auch selber erledigen. Der Beauftragte ist ausschliesslich von der EBK mandatiert. In diesem Rahmen ist seine Tätigkeit als hoheitliches Handeln in einem weiteren Sinn zu qualifizieren. Dies hat auch gewisse Auswirkungen auf die steuerrechtliche Behandlung der Honorare der EBK-Beauftragten und auf das gesetzliche Haftungsregime, insbesondere auch unter dem neuen FINMAG.⁴⁶

6.2 Verfahrensrechtliche Stellung

Die EBK-Beauftragten verfügen über keine Zwangsmittel, doch haben sie grundsätzlich ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht betreffend sämtlicher Geschäftsunterlagen, die für die Abwicklung des Mandats relevant sind, sowie ein entsprechendes Zutrittsrecht zu den Räumlichkeiten und Zugriffsrecht auf Computersysteme der geprüften Gesellschaft.⁴⁷ Dies umfasst die Einsicht in die Geschäftstätigkeit sowie sämtliche Geschäftsunterlagen. Diesbezüglich haben die Beauftragten die Möglichkeit, von den zuständigen Organen der betroffenen Gesellschaften eine "Vollständigkeitserklärung" zu verlangen, in der diese bestätigen, sämtliche relevanten Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt zu haben.

Nicht nur die bewilligten Institute, sondern auch die von den Abklärungen der EBK betroffenen Gesellschaften oder Personen, welche eine möglicherweise bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben, trifft eine Auskunfts-, Vorlegungs- und Mitwirkungspflicht.⁴⁸ Adressaten dieser Pflichten sind sämtliche Organe einschliesslich der Revisionsstelle. Kommt die betroffene Gesellschaft dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur mangelhaft nach, so hat die EBK gestützt auf die ihr vorliegenden Informationen zu entscheiden. Die EBK darf der verweigten oder ungenügenden Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung tragen. Internen Informationsmangel sowie vorgetäuschte Unwissenheit der Organe muss sich dabei die Gesellschaft anlasten lassen.⁴⁹

Das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) gilt bei Verfahren vor der EBK. Auf die Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten findet dieses Gesetz allerdings keine Anwendung. Die als Grundlage eines Berichts dienenden Gesprächsnotizen müssen den Anforderungen an die Protokollführung im Rahmen einer formellen Zeugenbefragungen oder von Auskünften Dritter nicht genügen, da das VwVG auf die Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten keine Anwendung findet.⁵⁰ Das Verfahren hat jedoch als Ganzes die verfahrensrechtlichen Minimalgarantien zu erfüllen.⁵¹ Analoges gilt für die Handlungen von Liquidatoren und Sachwaltern.

⁴⁶ Vgl. dazu Kapitel 8.4 und 9.

⁴⁷ BBI 2002 8075.

⁴⁸ BGE 130 II 358, Art. 1 BankV.

⁴⁹ Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 26.10.2005 in EBK-Bulletin 48/2006, S. 295, 300.

⁵⁰ Vgl. BGE 130 II 169 E. 2.3. S. auch EBK-Bulletin 46/2004, S. 63, 98 ff.

⁵¹ BGE 130 II 360.



6.3 Tätigkeit als Sachverständiger

Die Berichterstattung insbesondere des Untersuchungsbeauftragten hat sich auf die Ermittlung des aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhaltes zu beschränken, ohne diesen rechtlich zu würdigen. In diesem Zusammenhang ist der Untersuchungsbeauftragte auch gehalten, sich in Bezug auf den untersuchungsrelevanten Sachverhalt eine Meinung zu bilden und gestützt darauf eine Beurteilung vorzunehmen. Damit er aber überhaupt in der Lage ist, die von der EBK gestellte, anspruchsvolle Aufgabe zu erledigen, ist es selbstverständlich, dass der Untersuchungsbeauftragte für die Definition des aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhaltes vorab auch die dafür erforderlichen rechtlichen Abklärungen vornehmen muss. Dies entspricht seinem Auftrag und ist grundsätzlich der Inhalt jedes Sachverständigengutachtens.⁵² Die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes im Sinne der konkreten Subsumption unter die anwendbaren Aufsichtsgesetze - wie beispielsweise die Frage, ob die festgestellte Tätigkeit in der Schweiz tatsächlich bewilligungspflichtig ist - ist hingegen der Behörde zu überlassen.⁵³ Diese würdigt dabei nicht nur die Erkenntnisse des Beauftragten, sondern auch die von den Betroffenen im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs zum Bericht sowie zum allenfalls vorgängig zugestellten Sachverhalt abgegebenen Stellungnahmen.

7 Aufsicht der EBK über die Beauftragten

7.1 Einheitliches Verfahren

Die EBK gestaltet ihr "Enforcement" einheitlich. Im Hinblick auf eine möglichst effiziente Abwicklung im Zusammenhang mit Unterstellungs-, Untersuchungs- und Konkursverfahren hat die EBK interne Checklisten mit hinterlegten Mustern und Vorlagen erstellt. Diese sind für alle Mitarbeiter über Intranet zugänglich und garantieren eine einheitliche und vollständige Abwicklung und Betreuung. Die EBK sorgt im Einzelfall für die erforderliche Koordination des Einsatzes von Beauftragten mit anderen Behörden und prüft auch die Möglichkeit, Mitarbeiter des Sekretariates der EBK vor Ort einzusetzen.

Auch erfolgen alle Veröffentlichungen zu Verfahren der EBK über ihr Sekretariat. Dadurch wird eine einheitliche Kommunikation gewährleistet.

7.2 Kontakte zwischen der EBK und ihren Beauftragten

Trotz einheitlichen Verfahrensgrundsätzen ist jedes Mandat individuell. Um im konkreten Einzelfall auftauchende Fragen und Probleme rasch zu klären, ist der enge Kontakt zwischen der EBK und ihren Beauftragten wichtig. In der Praxis hat sich gezeigt, dass dieser Kontakt sehr zeitintensiv, aber essentiell ist und dafür genügend Ressourcen bereitgestellt werden müssen. Dabei soll sich aber die Kommunikation zwischen dem Beauftragten und dem zuständigen Sachbearbeiter der EBK in einem zeitlich vernünftigen Rahmen bewegen.

⁵² Vgl. Art. 12 VwVG.

⁵³ Vgl. BGE 130 II 360 sowie BGE 2A.360/2006 vom 12.9.2006 (in EBK-Bulletin 50/2007, S. 145).



Es kann sich das Problem stellen, dass ein Beauftragter sehr unselbständig arbeitet, Entscheidungen scheut und sich für jede Kleinigkeit bei der EBK absichern will. In jedem Einzelfall ist je nach Komplexität und Bedeutung der sich stellenden Fragen die richtige Intensität der Zusammenarbeit zu suchen. Umgekehrt ist es aber auch schon vorgekommen, dass der Untersuchungsbeauftragte zu selbständig und ohne Rücksprache mit der EBK vorging oder eine Handlung bewusst unterliess und die daraus resultierenden Folgen nur mit einem erhöhten Aufwand wieder bereinigt werden konnten. Regelmässige Kontakte sind auch notwendig, damit allfällige Fehler in der Prioritätensetzung oder der Einschätzung der Relevanz eines Sachverhalts frühzeitig erkannt und das nötige Gegensteuer gegeben werden kann. Die von der EBK verlangte periodische Berichterstattung dient diesem Zweck.

In grossen Fällen kann die Einsetzung eines koordinierenden Beauftragten das Zusammenspiel zwischen der EBK und ihren Beauftragten erleichtern. In Anbetracht des Ausmasses und der Komplexität solcher Untersuchungen ist die Ernennung eines Koordinators eine zweckmässige Massnahme, um einen möglichst effizienten Ablauf der Untersuchung einerseits und das Ausfertigen eines die gesamte Untersuchung abdeckenden, umfassenden Untersuchungsberichts andererseits zu gewährleisten. Der koordinierende Beauftragte kann dabei dieselben Rechte und Kompetenzen haben wie die direkt bei den einzelnen Instituten eingesetzten Beauftragten. Er wird zudem fortlaufend über die Ermittlungen und Erkenntnisse der anderen Beauftragten informiert. Er koordiniert sodann die Untersuchungen und stellt sicher, dass alle in Zusammenhang mit den Abklärungen eingesetzten Beauftragten über alle relevanten Ermittlungsergebnisse, Verbindungen und Zusammenhänge laufend informiert sind. Schliesslich erstellt er auf der Grundlage der einzelnen Abklärungen einen einheitlichen Bericht.

7.3 Beurteilung der Tätigkeit

Die Beurteilung der Abwicklung eines Mandats ist sowohl für die EBK als auch für die Beauftragten von grosser Wichtigkeit. Bereits bisher wurde in der Mandatsbestätigung darauf hingewiesen, dass nach Abschluss des Mandats auf Wunsch der EBK oder des Beauftragten eine nicht verrechenbare Schlussbesprechung stattfindet. Eine solche fand in der Praxis allerdings nur in grösseren und komplexeren Fällen statt. Meistens erhielten die Beauftragten Rückmeldungen spontan während der Mandatsdauer oder beim Übergang eines Untersuchungs- in ein Liquidationsmandat.

Neu kann auf ein Bewertungstool zugegriffen werden. Dadurch soll einerseits das Vorgehen bei der Beurteilung der Tätigkeit der Beauftragten durch die EBK-Mitarbeiter vereinheitlicht werden, andererseits erhofft sich die EBK durch die regelmässige Kommunikation ihrer Beurteilung, die Tätigkeit des einzelnen Beauftragten qualitativ laufend zu verbessern. Doch soll auch der gesamte Beauftragten-Pool von den gesammelten Erkenntnissen profitieren, indem diese in die Ausbildungsveranstaltungen einfließen. Beurteilt werden die Qualität des Berichts, das Verhalten gegenüber den Betroffenen (konsequent, fair, konstruktiv, praxisnah) sowie die Zusammenarbeit mit der EBK (angemessenes Verhältnis zwischen selbständigem Handeln und Rücksprache mit der EBK), die Fristeneinhaltung und die Verhältnismässigkeit der Kosten. Eine schlechte



Beurteilung kann für den betroffenen Beauftragten den Ausschluss aus dem Beauftragten-Pool bedeuten.⁵⁴

Gleichzeitig sollen die Prozesse in der EBK laufend verbessert werden, weshalb im Gegenzug neu auch die Beauftragten regelmässig für Rückmeldungen zur Zusammenarbeit mit der EBK angefragt werden.

7.4 Kostenkontrolle

Während eines Mandats werden von den Beauftragten periodische (in der Regel wöchentlich bis monatlich) Abrechnungen verlangt. Diese Zwischenrechnungen haben detailliert aufzuzeigen, durch wen und wann, welche Handlung vorgenommen und welcher Betrag dafür verrechnet wurde. Die Bankenkommission überwacht die Verhältnismässigkeit der Honorare. Sie prüft, ob der betreffende Aufwand im Lichte der Komplexität des Falles, des Umfangs der zu sichtenden Akten, der praktischen Schwierigkeiten bei der Beweiserhebung und der notwendigen Massnahmen zum Schutz der Anlegerinteressen vertretbar ist. Diese Kontrolle ist sehr wichtig, denn nur so kann verhindert werden, dass Kosten anfallen, ohne dass ein Mehrwert erreicht wird.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass es den Beauftragten in einzelnen Fällen an der nötigen Kostensensibilität fehlte. So wurden teilweise Handlungen vorgenommen und verrechnet, die für die gehörige Auftragserfüllung nicht zwingend nötig gewesen wären. In einem (allerdings besonders gearteten) Fall erwirkte die EBK eine ganz substantielle Reduktion der Rechnung des Beauftragten. Seither hat sie die Periodizität der Zwischenabrechnungen verkürzt, um rechtzeitig zu verhindern, dass die Kosten aus dem Ruder laufen. Sie bleiben aber auch so in einzelnen Fällen beachtlich.

7.5 Interne Kontrolle

In immer mehr Fällen sind Dritte von der EBK mit der (Konkurs-)Liquidation der Tätigkeit von natürlichen, aber meist von juristischen Personen betraut. In vielen Fällen geht es dabei um grössere Vermögenswerte, die zusammengetragen, verwertet und den Gläubigern verteilt werden sollen. Da die Organe in aller Regel abgesetzt wurden, die Gläubiger und Gesellschafter nur begrenzt Einblick in die Tätigkeit der Beauftragten erhalten und keine Revisionsstelle mehr tätig ist, bleibt als Kontrollinstanz einzig die Aufsicht der EBK. Diese wird hauptsächlich durch einzelne Mitarbeiter hauptsächlich über die Kostenabrechnungen und die Vorlage der Verteilungspläne ausgeübt. Eine Kontrolle der tatsächlichen Geldfüsse erfolgt damit jedoch nicht. In einzelnen Fällen nehmen die Mitarbeiter sogar selber die Funktion des (Konkurs-)Liquidators wahr.

Ohne Kontrolle könnte die Ausübung dieser Tätigkeit Gelegenheit für Missbräuche bieten. Deshalb prüft die EBK zur Zeit die Möglichkeiten und die rasche Einführung sinnvoller und praktikabler Kontrollmechanismen über die Tätigkeit von Beauftragten und Mitarbeitern. Ein Konzept zur internen Kontrolle soll nicht erst mit der in der FINMA vorgesehenen internen Revision zum Tragen kommen. So werden neu in den Mandatsbestätigungen die Beauftragten darauf hingewiesen, dass die EBK jederzeit eine Revi-

⁵⁴ Vgl. Kapitel 2.3.



sion der Liquidations- oder der Konkursbuchhaltung der zu liquidierenden Gesellschaften durchführen oder durchführen lassen kann.

8 Kosten des Aufsichtsenforcement durch Beauftragte

8.1 Kostentragung durch die Gesellschaft

Die durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten anfallenden Kosten sind von der Gesellschaft zu tragen, da sie für die unklare Ausgangslage und damit den Missstand verantwortlich ist, den die EBK als Aufsichtsbehörde über die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten beseitigen will⁵⁵. Auf Anordnung der EBK hat sie einen Kostenvorschuss zu leisten. Im Streitfall überbindet die EBK die Kosten der Gesellschaft mittels Verfügung. Die Kosten sind auch dann von der Gesellschaft zu übernehmen, wenn der Verdacht der EBK auf eine gesetzwidrige Handlung zwar anfänglich begründet war, sich aber nach den Abklärungen es Untersuchungsbeauftragten als nicht gerechtfertigt herausstellt.⁵⁶ Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten werden Gruppengesellschaften solidarisch auferlegt.

Auch die Kosten der Liquidation werden der zu liquidierenden Gesellschaft auferlegt. Sie sind damit letztlich von deren Aktionären oder (in einer Konkursliquidation) deren Gläubigern zu tragen. Gleiches gilt für die Kosten der Tätigkeit eines Konkursliquidators von Gesetzes wegen.⁵⁷ Ist im Zeitpunkt der Konkurseröffnung mit einer Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven zu rechnen, kann die EBK vorläufig von der Einsetzung eines Konkursliquidators absehen.⁵⁸ Dies bedeutet, dass das Sekretariat der EBK in diesen Fällen die Tätigkeit der Konkursliquidatorin übernimmt und den Konkurs abwickelt. Bisher wurde die EBK in 41 Bankenkursverfahren gegen Unbewilligte selbst als Konkursliquidatorin tätig.

8.2 Kostentragung durch die EBK

Im Falle der Insolvenz des geprüften Instituts garantiert die EBK dem Untersuchungsbeauftragten die Zahlung eines im Voraus vereinbarten Höchstbetrages. Die Bezahlung desselben erfolgt, sofern der Untersuchungsbeauftragte die erforderlichen Kostenvorschüsse rechtzeitig vor der Konkurseröffnung einverlangt hat, diese jedoch nicht bezahlt werden konnten und er die Honorarforderungen im Umfang der Deckung durch die EBK an diese abgetreten hat. Die EBK gewährt in der Regel keine Kostengarantie für Aufträge bei bewilligten Instituten, für Mandate als Liquidator oder Bankenkursliquidator oder nach KAG.

Seit Mitte 2004 wurden für 71 Mandate Kostengarantien im Gesamtbetrag von CHF 1'895'000.- ausgesprochen. Dabei betrug die höchste gewährte Garantie

⁵⁵ Vgl. BGE 126 II 111 E. 4d S. 118f.

⁵⁶ BBI 2002 8075.

⁵⁷ Vgl. Art. 32 BKV (Verfahrenskosten als Massaverpflichtung).

⁵⁸ Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 1.6.2006 i.S. Dromex AG in EBK-Bulletin 50/2007, S. 175.

CHF 250'000.-. Die folgende Tabelle zeigt die in den letzten Jahren jeweils gewährten und effektiv beanspruchten Kostengarantien:

Jahr	Garantierter Gesamtbetrag [in CHF]	Beanspruchter Betrag [in CHF]
2007	865'000.--	83'036.60
2006	380'000.--	85'647.20
2005	165'000.--	6'511.15
2004	420'000.--	396'746.--

Diese Zahlen zeigen, dass die aus den Kostengarantien effektiv entstandenen Auslagen trotz markant gestiegener Zahl bearbeiteter Fälle und gestiegener zugesicherter Garantiesumme nicht entsprechend zugenommen und im letzten Jahr sogar abgenommen haben. Allerdings wird auch deutlich, dass einzelne Ausnahmefälle wie der Fall Sogevalor SA im Jahr 2004 sehr stark ins Gewicht fallen können.

8.3 Honorare der EBK-Beauftragten

Die folgende Tabelle zeigt die in den vergangenen Jahren gesamthaft angefallenen Honorare (in tausend Franken) der Beauftragten für die unterschiedlichen Mandatsarten:

	2007		2006		2005		2004	
	Insgesamt	Bewilligte	Insgesamt	Bewilligte	Insgesamt	Bewilligte	Insgesamt	Bewilligte
Untersuchungsbeauftragter	9'623	7'435	3'064	1'548	363	85	161	
Konkursliquidator	2'034	71	2'438	304	400		102	79
Ausserordentlicher Revisor	425	425	1'345	1'345				
Liquidator	40	16	93	77	354	354	79	
Sachwalter	61		107		92		63	
Beobachter (alt)							250	250
Total pro Jahr	12'183	7'947	7'047	3'274	1'209	439	655	329

Die Kosten haben in den letzten Jahren stark zugenommen. Sie variieren je nach Mandatsart stark. Aber auch innerhalb der gleichen Mandatsart gibt es enorme Unterschiede. So sind beim bisher teuersten – heute noch nicht abgeschlossenen – Untersuchungsbeauftragtenmandat innerhalb von 7 Monaten Honorarkosten von knapp 2,4 Mio. CHF angefallen. Das „günstigste“ Untersuchungsbeauftragtenmandat wurde für CHF 8'853.95 erledigt.

Die Verfahren bei bewilligten Instituten sind in der Regel erheblich kostenintensiver als jene bei unbewilligten. In den letzten Jahren wurde bei 5 Mandaten die Millionengrenze überschritten. Demgegenüber bewegen sich die Kosten für Untersuchungsmandate bei



den unbewilligten Instituten häufig im Bereich von CHF 15'000.-- bis 75'000.--. Das höchste diesbezügliche Honorar belief sich auf CHF 713'273.--. Mandate als Liquidator oder Konkursliquidator können sich über mehrere Jahre hinziehen.

Anzumerken ist sodann, dass die im Jahr 2007 entstandenen Kosten noch nicht abschliessend beziffert werden können, da für diese Periode immer noch Rechnungen eingehen.

8.4 Steuerrechtliche Behandlung der Honorare

Personen und Organisationen sind nicht mehrwertsteuerpflichtig für Leistungen, die sie in Ausübung hoheitlicher Gewalt erbringen.⁵⁹ Gemäss Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) sind die Bankenkursliquidatoren und die Sanierungsbeauftragten im weiteren Sinn hoheitlich tätig. Ihre für diese Tätigkeiten erhaltene Entschädigung ist deshalb nicht steuerpflichtig. Demgegenüber erbringen die Untersuchungsbeauftragten und die Liquidatoren keine hoheitlichen Leistungen und müssen ihr Entgelt daher nach dem Normalsatz abrechnen.

9 Haftung

Der Einsatz von EBK-Beauftragten birgt ein Haftungsrisiko in sich. Glücklicherweise kam es bisher in der Praxis noch zu keinem entsprechenden Haftungsfall. Lediglich in einem Fall behauptete eine untersuchte Gesellschaft in ihrer Beschwerde ans Bundesgericht einen Schaden⁶⁰, ohne aber die zur Geltendmachung nötige Haftungsklage anzuhängen.

9.1 Heutiges Haftungsregime

Gemäss geltendem Banken- und Börsenrecht sind die von der EBK eingesetzten Untersuchungsbeauftragten, Sanierungsbeauftragten und Liquidatoren nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752–760 OR) für den entstandenen Schaden persönlich haftbar, wenn sie sich pflichtwidrig verhalten⁶¹. Auch nach dem KAG haften die Beauftragten persönlich, soweit sie ihre Pflichten verletzen und nicht beweisen können, dass sie kein Verschulden trifft.⁶²

Dem Geschädigten steht zudem die Staatshaftungsklage zur Verfügung, wenn eine wesentliche Pflichtverletzung der EBK selber vorliegt, die zu einem Schaden führt. Eine solche ist nur gegeben bei einer eindeutigen und schwerwiegenden Fehlleistung im Kernbereich der Aufgaben der EBK.

⁵⁹ Art. 23 Abs. 1 MWSTG.

⁶⁰ BGE 131 II 324 f.: Die Beschwerde betraf hauptsächlich die gegen die Gesellschaft angeordneten Massnahmen und die Konkurseröffnung und wurde in der Sache abgewiesen. Über die Haftungsfrage musste das Bundesgericht nicht entscheiden.

⁶¹ Vgl. Art. 39 BankG und Art. 36a BEHG i.V.m. Art. 39 BankG.

⁶² Vgl. Art. 145 Abs. 1 und 2 KAG.



9.2 Haftungsregime unter dem FINMAG

Mit der Einführung des FINMAG entfällt die zivilrechtliche Haftung der EBK-Beauftragten und es findet eine grundsätzliche Rückkehr zur Staatshaftung statt, d.h. es gilt wieder die strenge, betragsmässig unbegrenzte Kausalhaftung des VG.⁶³ Dabei haftet die FINMA als ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisation in erster Linie selbst für Schäden, die sie beziehungsweise ihre Organe und Angestellten Dritten zufügen. Erst wenn die FINMA den geschuldeten Schadenersatz nicht aus ihren Reserven zu leisten vermag, haftet der Bund dem Geschädigten subsidiär für den ungedeckten Betrag.⁶⁴ Es besteht ein Regressrecht auf die fehlbaren Personen.⁶⁵ Diese haften jedoch nur für Absicht und grobe Fahrlässigkeit und nicht – wie im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht – für jedes Verschulden.

Das FINMAG sieht zudem eine weitergehende Haftungsbeschränkung vor. Die FINMA und die von ihr Beauftragten haften nur, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt haben und die Schäden nicht auf Pflichtverletzungen einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind.⁶⁶ Bisher galt das qualifizierte Erfordernis der „wesentlichen Amtspflichtverletzung“ für die Widerrechtlichkeit nur bei gerichtlichen Urteilen und behördlichen Verfügungen. Die Praxis hat gezeigt, dass in den meisten Fällen, in denen bisher Beauftragte eingesetzt wurden, Pflichtverletzungen der Beaufsichtigten und dadurch entstandene Schäden geradezu typisch waren. Die Haftung der FINMA und derer Beauftragten wird daher durch das neue Haftungsregime des FINMAG wohl weitgehend eingeschränkt.

9.3 Mögliche Haftungsrisiken

a) Schaden bedingt durch die Einsetzung eines Beauftragten als solche

Ein Haftungsrisiko kann bestehen, wenn die Aufsichtsbehörde einen Beauftragten einsetzt, obwohl dem Beaufsichtigten objektiv gar kein Fehlverhalten vorzuwerfen ist und sich die angeordnete Massnahme als ungerechtfertigt erweist. Da die getroffene Massnahme öffentlich bekannt wird, kann sie sich rufschädigend und negativ auf den Geschäftsgang auswirken und es ist ein Schaden aus entgangenem Gewinn denkbar. In einem solchen Fall stellt sich nicht die Frage der Haftung des Beauftragten persönlich, sondern jene der Aufsichtsbehörde bzw. des Staates. Der Betroffene muss in einem ersten Schritt die Verfügung mit der getroffenen Massnahme anfechten. Wird diese Beschwerde gutgeheissen, hat der Beaufsichtigte im Haftungsprozess zudem nachzuweisen, dass die von der Aufsichtsbehörde getroffene Massnahme widerrechtlich war. Eine Widerrechtlichkeit ist nur gegeben bei einer eindeutigen und qualifizierten Fehlleistung der Aufsichtsbehörde. Es genügt nicht, dass sich eine Verfügung als fehlerhaft

⁶³ Vgl. Art. 19 FINMAG.

⁶⁴ Botschaft zum FINMAG, BBl. 2006, S. 2845; Art. 19 VG.

⁶⁵ Art. 7 f. VG.

⁶⁶ Art. 19 Abs. 2 FINMAG.



erweist, weil die angeordnete Massnahme bspw. unverhältnismässig war.⁶⁷ Vielmehr muss eine unentschuldbare Fehlleistung vorliegen.⁶⁸

b) Schaden durch den Beauftragten bei Tätigkeit ausserhalb des Rahmens der angeordneten Massnahme

Ein Schaden kann auch entstehen, wenn die von der Aufsichtsbehörde angeordnete Massnahme nicht angefochten oder vom Gericht bestätigt wurde, der Beauftragte aber pflichtwidrig gegen die in der Einsetzungsverfügung oder der Mandatsbestätigung der Aufsichtsbehörde festgehaltenen Anweisungen verstösst. Dies ist etwa der Fall, wenn er trotz konkreter Eingriffsanordnung keine entsprechende Handlung vornimmt. Ein Schaden kann aber auch entstehen, wenn der Beauftragte den vorgegebenen Rahmen der angeordneten Massnahme nicht einhält und er aus eigenen Stücken schädigende Handlungen vornimmt, die darüber hinausgehen.

Eine Staatshaftung kann sich ergeben, wenn der Einsatz von Beauftragten zwar an sich gerechtfertigt ist, die Aufsichtsbehörde bei der Auswahl und der Instruktion des Beauftragten und bei dessen Aufsicht aber nicht die gehörige Sorgfalt walten lässt. Eine solche haftungsbegründende Konstellation ist bspw. denkbar, wenn die EBK nicht reagiert hat, obwohl ihr ein Fehlverhalten des EBK-Beauftragten angezeigt wurde.⁶⁹

c) Schaden durch den Beauftragten im Rahmen der angeordneten Massnahme

Ein Haftungsrisiko besteht aber auch, wenn der Beauftragte im Rahmen seines Mandats pflichtwidrig handelt. Einerseits kann ein Schaden entstehen, wenn er sein Mandat unsorgfältig ausübt. Gegenüber den Gläubigern kann sich eine Haftpflicht zudem auch aus einer pflichtwidrigen Unterlassung ergeben, bspw. wenn der EBK-Beauftragte erkennbare Mängel schuldhaft nicht oder zu spät erkannt hat und daraus ein Schaden entstanden ist. Allerdings ist die Klage der Gläubiger erst möglich, wenn über den geschädigten Finanzintermediär der Konkurs eröffnet wurde.⁷⁰

In der Praxis sind die EBK und die von ihr Beauftragten nicht selten mit der Frage nach den für die Erhaltung der Vermögenswerte zu treffenden Sofortmassnahmen konfrontiert.⁷¹ Dabei kann es sich um eigene Vermögenswerte der untersuchten Gesellschaft oder um risikoreich angelegte Kundengelder handeln. Es muss ein rascher Entscheid gefällt werden, ob vorhandene Finanzanlagen lediglich gesichert oder verwertet und in nicht spekulative Anlagen umgewandelt werden. Es geht also um den Entscheid, ob offene Positionen geschlossen und glattgestellt werden sollen. Dies ist die in der Praxis haftungsrechtlich wohl heikelste Situation.

Dabei ist zu beachten, dass die EBK und die Beauftragten einem höheren Haftungsrisiko ausgesetzt sind, wenn am Anfang der Untersuchung Zeit verloren geht und dadurch ein Schaden entsteht. Es ist daher wichtig, dass die Beauftragten rasch handeln und vorhandene Vermögenswerte grundsätzlich sichern und der Spekulation entziehen.

⁶⁷ Vgl. Emmenegger, Haftung, S. 41 ff.

⁶⁸ Botschaft zum FINMAG, BBl. 2006, S. 2871; Art. 19 VG.

⁶⁹ Vgl. Emmenegger, Haftung, S. 41 ff.

⁷⁰ Vgl. Art. 757 OR.

⁷¹ Vgl. BGE 131 II 324, E. 4.3.3.



Bezüglich einer allfälligen Haftung dürften entgangene Gewinne ein kleineres Risiko darstellen als Verluste, die auf eine versäumte Unterbindung spekulativer Anlagen zurückzuführen sind. Dies gilt auch, wenn sich im Nachhinein erweisen sollte, dass eine andere Entscheidung zu einem besseren finanziellen Ergebnis geführt hätte. Eine reine ex post Betrachtung kann für die Begründung einer Haftung ohnehin nicht massgebend sein.

10 Gesamtwürdigung

Das Aufsichtsenforcement durch Beauftragte ermöglicht die zeitnahe und äusserst effiziente Durchführung von Verfahren und stellt deshalb für die EBK ein sehr wichtiges Instrumentarium für die Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags dar. Die Chancen des Aufsichtsenforcement durch Beauftragte bestehen insbesondere in der kurzfristigen Einsetzbarkeit von zusätzlichen qualifizierten Ressourcen sowie in der Entscheidungsfreiheit betreffend die im Einzelfall anzuordnenden Massnahmen. Die eingesetzten Beauftragten erhalten vor Ort einen unmittelbaren Einblick und Eindruck von den für die untersuchte Gesellschaft tätigen Personen sowie von den Räumlichkeiten, in denen die Geschäftstätigkeiten abgewickelt werden. Die Gefahren sind insbesondere darin zu sehen, dass die EBK sämtliche Informationen über die untersuchte Gesellschaft jeweils nur gefiltert erhält und sich somit keinen unmittelbaren Eindruck von der Gesellschaft verschaffen kann. Weiter besteht die Gefahr, dass die eingesetzten Beauftragten zu wenig praktische Erfahrung aufweisen, bei ihrem Vorgehen zu weit gehen oder die Kosten eines Mandates im Einzelfall entsprechend überborden. Diese Gefahren können allerdings durch das sich ständig verbessernde Zusammenspiel zwischen der EBK und ihren Beauftragten sowie deren aktive Beaufsichtigung klein gehalten werden. Sie stehen in keinem Verhältnis zum enormen Nutzen des Systems der Beauftragten für die effiziente Aufsicht und damit für den Finanzplatz.

Anhang

Liste der Kandidaten, die seit 2004 mit Mandaten betraut wurden oder laufende Mandate betreuen.



Literaturverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Sparkassen vom 20. November 2002, in: BBl 2002 Nr. 51, S. 8060 ff.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, in: BBl 2006 Nr. 11, S. 2829 ff.

Emmenegger Susanne: Die Haftung des EBK-Beauftragten, in: Bankhaftungsrecht, Basel 2006 (zitiert: Haftung)

Emmenegger Susanne: Finanzmarktaufsicht und Vergaberecht, in BR/DC 2/2006 S. 97 f. (zitiert: Finanzmarktaufsicht)

Fellmann Walter/Zindel Gaudenz: Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., 2006

Mächler August: Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, 2005

Moor Pierre: Droit administratif, Volume II, Bern, 2. A., Staempfli 1994

Poledna Tomas/Marazzotta Lorenzo: Kommentierung zu Art. 23^{quater} BankG, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2005 (zitiert Poledna/Marazzotta)

Schwob Renate: Kommentierung zu Art. 33 BankG, in: Bodmer/Kleine/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Nachlieferung 17, 2006 (zitiert Schwob)

Zobl Dieter: Kommentierung zu Art. 23^{quater} BankG, in: Bodmer/Kleine/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Nachlieferung 17, 2006 (zitiert Zobl)



EBK-Beauftragte (die seit 2004 mit Mandaten betraut wurden oder laufende Mandate betreuen)

Adriano P. Vassalli	Lugano
Altenburger Rechtsanwälte	Küsnacht
ambralaw	Bern
Bankrevisions- und Treuhand AG	Zürich
BDO Visura	Lausanne
Berney & Associés SA	Genève
Bill, Isenegger & Ackermann	Zürich
Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte	Zürich
Bürgi Nägeli Rechtsanwälte	Zürich
CHKP Conrad Höchli Kink & Pilgrim	Baden
Deloitte AG	Zürich
Ernst & Young AG	Basel
Fasel Bochatay Tsimaratos	Genève
Fidi BC SA	Lugano
FINSPECTA GmbH (Pfister, Lichtsteiner, Weltert)	Zug
Gemeinschaft Häusermann & Partner / Grüninger Hunziker Roth / Schumacher Baur Hürlimann	Bern
Giorgio Della Santa	Lugano
Grüninger Hunziker Roth Rechtsanwälte	Bern
Häusermann & Partner	Bern
IUXTA SA	Lugano
Kanzlei Roth Schwarz Roth	Binningen
KPMG AG	Zürich
Küng Rechtsanwälte	Zürich
Lutz Rechtsanwälte	Zürich
Mo Costabella Pirkl	Genève
PEQ GmbH	Zunzgen
Prager Dreifuss Rechtsanwälte	Zürich
PricewaterhouseCoopers AG	Zürich



EBK-Beauftragte (die seit 2004 mit Mandaten betraut wurden oder laufende Mandate betreuen)

Remassa - Bratschi Emch & Partner	Bern
ReviTrust Revision + Treuhand AG	Buchs
Schaer Partners Rechtsanwälte	Bern
Schumacher Baur Hürlimann	Zürich
Studio Giuseppe Ferrari	Lugano
Studio Legale Simonetti Calvarese Naef	Lugano
Transliq AG	Bern
Valeas Wirtschaftsberatung AG	Zürich
von Graffenried Gurtner Liechti	Bern
Wenger Plattner Rechtsanwälte	Küsnacht
WM Wernli + Müller	Bern

39 Beauftragte