



## **Wegleitung: Aufsichtsenforcement durch Beauftragte** (Stand: Mai 2007)

Die Eidg. Bankenkommission (EBK) ist zuständig für die Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Erlasse im Finanzmarktbereich und trifft u.a. die zum Vollzug des Banken-, Börsen- und Kollektivanlagengesetzes notwendigen Verfügungen. In entsprechenden Verfahren gegen Finanzintermediäre setzt die EBK Beauftragte im Mandatsverhältnis ein. Hierfür unterhält die EBK eine regelmässig aktualisierte Liste von ca. 40-50 Kandidaten (Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, banken- und börsengesetzlich sowie konkurs- und liquidationsrechtlich erfahrene Personen).

Diese Wegleitung orientiert künftige Beauftragte der EBK über den Inhalt (I.) und die Rahmenbedingungen der von der EBK 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 als Bank, Effektenhändler oder Fondsleitung tätig sind resp. bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeiten ausüben oder bei denen entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Die Aufsichtsgesetze sehen folgende **Kategorien** von Beauftragten vor:

- **Ausserordentliche Revisoren** (Art. 23<sup>bis</sup> BankG, Art. 31 BEHV i.V.m. Art. 17 BEHG) zur vertieften Abklärung aufsichtsrelevanter Sachverhalte, insbesondere zur Umsetzungskontrolle der von der EBK angeordneten Massnahmen sowie zur Kontrolle der Tätigkeit der ordentlichen Revisionsstelle. Als ausserordentliche Revisoren kommen nur von der EBK anerkannte Revisionsstellen in Frage.
- **Untersuchungsbeauftragte** (Art. 23<sup>quater</sup> BankG, Art. 36a BEHG und Art. 137 KAG) zur Abklärung des Vorliegens der Bewilligungsvoraussetzungen, bei Gesetzesverletzungen oder Bank- resp. Effektenhändler-Tätigkeiten ohne entsprechende Bewilligungen der EBK sowie bei Insolvenzgefahr eines durch die EBK 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<sup>quinquies</sup> Abs. 2 BankG, Art. 36 Abs. 2 BEHG, Art. 134 Abs. 3 und 135 Abs. 1 KAG) bei Bewilligungs- bzw. Genehmigungsentzug oder bei Vorliegen von Bank- resp. Effekthändler-Tätigkeiten ohne entsprechende Bewilligungen der EBK. Die Bestimmungen über die Liquidatoren sind somit sowohl auf unterstellte als auch auf nicht-unterstellte Institute, welche das Banken-, Börsen- oder Kollektivanlagengesetz verletzen, anwendbar.
- **Bankenkonkursliquidatoren** (Art. 33 Abs. 2 BankG und Art. 36a BEHG) bei bestehender Insolvenzgefahr, sofern eine Sanierung nicht möglich oder gescheitert ist, und die EBK 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 EBK 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 40-50 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 bankengesetzliche 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 EBK. Die Modalitäten des Auftrags (z.B. Art und Umfang der Berichterstattung) werden dem Beauftragten in einem Schreiben der EBK mitgeteilt.
- Die **Kosten** für die Dienstleistungen des Beauftragten gehen zu Lasten des betroffenen Institutes resp. der betroffenen kollektiven Kapitalanlage. Der Beauftragte ist berechtigt, vom betroffenen Institut einen angemessenen Kostenvorschuss zu verlangen. 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 EBK 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 EBK eingesetzten Beauftragten richtet sich gemäss Art. 39 Abs. 2 BankG nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752-760 OR; vgl. auch Art. 743 Abs. 6 OR).

### **Ausbildung**

Die fachliche Ausbildung und die Aneignung entsprechender Kompetenzen liegt in der Eigenverantwortung der Beauftragten. Die EBK macht ihre Praxis allgemein zugänglich (Jahresbericht, Bulletin, Website, Medienmitteilungen, etc.) und unterstützt den Erfahrungsaustausch unter den Beauftragten. Nach Abschluss des Mandats nehmen die EBK 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 und KAG sowie deren Ausführungserlassen und wer-



den im Einzelfall durch das Dispositiv der in der Sache ergehenden Verfügung der EBK konkretisiert:

- Grundsätzlich hat der Beauftragte 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 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 EBK festgelegt.
- Die Dokumentenhoheit bezüglich sämtlicher mit dem Auftrag in Zusammenhang stehenden Unterlagen liegt bei der EBK. Dem Beauftragten obliegt die entsprechende **Aufbewahrungspflicht** während den gesetzlichen Fristen. Bezüglich die von der EBK 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 EBK bekannt zu geben.
- Die EBK vereinbart mit dem Beauftragten einen sinnvollen Rhythmus der Berichterstattung. Den Beauftragten obliegt eine ständige **Informationspflicht** gegenüber der EBK sowie eine regelmässige **Berichterstattungspflicht** betreffend die aufgelaufenen Kosten.

#### IV. Einzureichende Unterlagen

Interessenten sind eingeladen, Unterlagen einschliesslich der erforderlichen Beilagen in einer schweizerischen Amtssprache an die Eidg. Bankenkommission, Stichwort „Beauftragte“, Schwanengasse 12, Postfach, 3001 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- und Kollektivanlagenrechts sowie im Bereich des Konkurs- und Liquidationsrechts.
- **Tarifstruktur:** Mandatsleiter, Mitarbeiter, Sekretariat.
- **Infrastruktur:** Internationales Netzwerk, Anzahl einsetzbarer Mitarbeiter, etc.
- **Spezifische Erfahrungen:** z.B. Mandate der EBK oder ähnliche Aufträge.