

**St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht**  
Herausgegeben von Prof. Urs Bertschinger

André Terlinden

**Der Untersuchungsbeauftragte  
der FINMA als Instrument des  
Finanzmarktenforcements**

DIKE

# Inhaltsverzeichnis

Abstract.....	XXI
Abkürzungen.....	XXIII
Rechtsquellen und Selbstregulierung.....	XXVII
Materialien .....	XXXI
Literatur .....	XXXV
Einleitung.....	1
<b>§ 1 Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktenforcement .....</b>	<b>5</b>
I. Finanzmarktaufsicht.....	5
A. Begriffe .....	5
1. Finanzmarkt, Finanzmarktrecht und Finanzmarktregulierung .....	5
2. Finanzmarktaufsicht.....	7
B. Schutzziele .....	7
1. Allgemeines .....	7
2. Individualschutz.....	8
3. Kollektivschutz .....	10
4. Wettbewerbsfähigkeit .....	12
5. Richtlinien für Finanzmarktregulierung .....	13
C. Finanzmarktaufsicht in der Schweiz.....	14
1. Vorbemerkungen.....	14
2. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) .....	15
3. Eidgenössische Bankenkommission (EBK) .....	17
4. Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) .....	18
5. Kontrollstelle für Geldwäscherei (Kst GwG).....	19
6. Schweizerische Nationalbank (SNB).....	19
II. Finanzmarktenforcement .....	21
A. Begriff und Gegenstand .....	21
1. Begriff.....	21
2. Kernprozess der Aufsichtsbehörde .....	22
3. Eingreifendes Verwaltungsverfahren.....	23
4. Zu weit gefasster Enforcementbegriff?.....	24
B. Merkmale .....	25
1. Charakteristika .....	25
2. Organisatorische Trennung.....	26
3. Power Enforcement.....	27
C. Abgrenzungen .....	28
1. Überwachung .....	28
2. Streitiges und nichtstreitiges Verwaltungsverfahren .....	29
D. Enforcement-Strategie der Aufsichtsbehörde .....	30
1. Gegenstand und Adressaten .....	30
2. Elemente der Enforcement-Strategie .....	31
E. Enforcementverfahren.....	33

1. Allgemeines .....	33
2. Unterstellungsverfahren .....	34
a. Verfahrensparteien .....	34
b. Verfahrensgegenstand .....	35
c. Eröffnung und Abschluss .....	36
3. Institutsverfahren .....	38
a. Anknüpfungspunkt .....	38
b. Verfahrensparteien .....	39
c. Verfahrensgegenstand .....	39
4. Marktaufsichtsverfahren .....	40
a. Zuständigkeit .....	40
b. Verfahrensparteien .....	42
c. Verfahrensgegenstand .....	43
5. Amtshilfeverfahren .....	45
a. Amtshilfe .....	45
aa. Verfahrensgegenstand .....	45
bb. Verfahrensschritte .....	47
b. Konsolidierte Aufsicht .....	47
aa. Verfahrensgegenstand .....	47
bb. Vor-Ort-Kontrollen .....	48
6. Insolvenzverfahren .....	49
a. Sonderrecht für Banken .....	49
b. Neuer Enforcementbereich .....	50
c. Verfahrensparteien .....	51
d. Verfahrensgegenstand .....	52
F. Finanzmarktenforcement durch FINMA-Beauftragte .....	53
1. Begriff .....	53
2. Element des Finanzmarktenforcements .....	54
3. Beauftragtenpool .....	56
a. Begriff .....	56
b. Kandidaten .....	57
c. Aufnahme- und Auswahlkriterien .....	58
<b>§ 2 Beauftragte als Instrument des Finanzmarktenforcements .....</b>	<b>61</b>
I. Beauftragte von staatlichen Aufsichtsbehörden .....	61
A. Vorbemerkungen .....	61
B. Beauftragte der FINMA .....	62
1. Untersuchungsbeauftragter nach Art. 36 FINMAG .....	62
a. Vorbemerkungen .....	62
b. Entstehung des Instituts des Untersuchungsbeauftragten .....	63
c. Aufgaben und Einsatzbereiche .....	64
d. Vergleich zum bankengesetzlichen Untersuchungsbeauftragten .....	64
e. Ausweitung des Einsatzbereichs .....	65
f. Art. 36 FINMAG im Verhältnis zu Art. 26 Bst. b BankG .....	66
2. Beauftragte gemäss BankG .....	67

a.	Ausserordentliche Revisoren (Art. 23 <sup>bis</sup> altBankG).....	67
aa.	Funktion .....	67
bb.	Verhältnis zum Untersuchungsbeauftragten .....	68
b.	Liquidator (Art. 23 <sup>quinquies</sup> BankG).....	69
c.	Sanierungsbeauftragter (Art. 28 – 32 BankG) .....	70
d.	Bankenkonkursliquidator (Art. 33 Abs. 2 BankG).....	73
3.	Beauftragte gemäss BEHG .....	75
a.	Verweis von Art. 36a BEHG .....	75
b.	Ausserordentliche Revisoren (Art. 31 BEHV i.V.m. Art. 17 BEHG) .....	76
c.	Liquidator (Art. 36 BEHG).....	76
4.	Beauftragte gemäss KAG .....	77
a.	Untersuchungsbeauftragter (Art. 137 altKAG).....	77
b.	Schätzungsexperte (Art. 136 i.V.m. Art. 64 KAG).....	79
c.	Sachwalter (Art. 138 KAG).....	80
5.	Beauftragte gemäss VAG .....	82
a.	Beizug von Dritten (Art. 46 Abs. 2 VAG).....	82
b.	Übertragung der Organbefugnisse an Drittpersonen (Art. 51 Abs. 2 Bst. c VAG).....	83
c.	Liquidator (Art. 52 VAG) und Konkursverwaltung (Art. 54 VAG).....	84
C.	Beauftragte anderer Aufsichtsbehörden.....	84
1.	Beizug von Drittpersonen durch die RAB (Art. 20 RAG).....	84
2.	Sachverständige der ESBK (Art. 48 SBG) .....	85
II.	Beauftragte von privaten Organisationen .....	87
A.	Vorbemerkungen.....	87
B.	Untersuchungsbeauftragter der SBVg (Art. 12 VSB 08).....	87
<b>§ 3</b>	<b>Rechtliche Rahmenbedingungen beim Beizug der FINMA-Beauftragten .....</b>	<b>91</b>
I.	Auslagerung von Verwaltungsaufgaben .....	91
A.	Allgemeines .....	91
B.	Begriffe .....	92
1.	Privatisierung .....	92
2.	Dezentralisierung .....	92
3.	Aufgabendelegation .....	92
C.	Arten von Erfüllungsträgern .....	94
1.	Im Allgemeinen .....	94
2.	Kategorisierung .....	95
a.	Uneinheitliche Terminologie .....	95
b.	Verwaltungshelfer.....	96
c.	Beauftragte.....	96
d.	Konzessionär des öffentlichen Dienstes .....	97
II.	Rechtliche Rahmenbedingungen .....	97
A.	Gesetzliche Grundlage.....	97
1.	Erfordernis der Gesetzesform .....	97
2.	Erfordernis des Rechtssatzes.....	98

B.	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.....	99
1.	Öffentliches Interesse.....	99
a.	Allgemeines.....	99
b.	Vorteile der Aufgabendelegation.....	100
c.	Nachteile der Aufgabendelegation.....	101
2.	Verhältnismässigkeit.....	101
C.	Staatliche Aufsicht.....	102
D.	Grundrechtsbindung.....	103
E.	Rechtsschutz.....	104
F.	Staatshaftung.....	105
G.	Submissionsrecht.....	105
1.	Merkmale der öffentlichen Beschaffung.....	105
2.	Aufgabendelegation.....	106
III.	Finanzmarktenforcement durch FINMA-Beauftragte.....	107
A.	Rechtliche Einordnung.....	107
1.	Aufgabendelegation.....	107
2.	FINMA-Beauftragte als Erfüllungsträger.....	108
a.	Qualifikation als Beliehene.....	108
b.	Kategorisierung als Erfüllungsträger.....	109
B.	Rechtliche Rahmenbedingungen.....	110
1.	Vorbemerkungen.....	110
2.	Gesetzliche Grundlage.....	111
3.	Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit.....	112
a.	Öffentliches Interesse.....	112
aa.	Vorbemerkungen.....	112
bb.	Vorteile.....	112
cc.	Nachteile.....	114
dd.	Interessenabwägung.....	116
b.	Verhältnismässigkeit.....	117
4.	Aufsicht.....	119
5.	Grundrechtsbindung.....	120
6.	Rechtsschutz.....	122
7.	Haftung.....	124
a.	Vorbemerkungen.....	124
b.	Privatrechtliche Haftung gemäss altBankG.....	125
c.	Staatshaftung gemäss FINMAG.....	126
8.	Submissionsrecht.....	127
a.	Finanzielle Bedeutung der Honorare.....	127
b.	Geltungsbereich des Beschaffungsrechts für die FINMA.....	128
c.	FINMA-Mandate als öffentliche Beschaffung.....	129
d.	Geltungsbereich des BoeB.....	130
e.	Vergabeverfahren.....	132
aa.	Freihändiges Verfahren.....	132
bb.	Voraussetzungen.....	133
f.	Eignungs- und Zuschlagskriterien.....	134
g.	Öffentliche Publikation.....	135

<b>§ 4 Aufgaben und Funktion des Untersuchungsbeauftragten .....</b>	<b>137</b>
I. Aufgaben .....	137
A. Vorbemerkungen.....	137
1. Gesetzliche Umschreibung .....	137
2. Konkretisierende Einsetzungsverfügung .....	137
3. Ermessen bei der Aufgabenzuweisung .....	138
B. Abklärungstätigkeit .....	139
1. Zweck.....	139
2. Aufgaben.....	140
a. Aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt .....	140
b. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts.....	142
aa. Der Untersuchungsbericht als Beweismittel.....	142
bb. Ansicht der Aufsichtsbehörde und des Bundesgerichts.....	144
cc. Gegensatz zur Praxis und Lehre .....	146
dd. Démission du juge.....	147
ee. Übernahme der Funktion der ausserordentlichen Revisoren ....	148
ff. Bindung an den Untersuchungsbericht .....	149
c. Kein Gefälligkeitsgutachten.....	150
C. Überwachungstätigkeit .....	152
1. Zweck.....	152
2. Aufgaben.....	153
D. Eingriffstätigkeit .....	154
1. Zweck.....	154
2. Aufgaben.....	155
E. Schutzmassnahme .....	156
1. Zweck.....	156
2. Aufgaben.....	158
II. Instrument des Finanzmarktenforcements .....	160
A. Unterstellungsverfahren .....	160
1. Funktion .....	160
2. Einsätze .....	162
B. Institutsverfahren .....	166
1. Funktion .....	166
2. Besonderheiten bei der Grossbankenaufsicht .....	167
3. Einsätze.....	168
C. Marktaufichtsverfahren .....	171
1. Funktion .....	171
2. Einsätze .....	173
3. Allgemeine Marktauficht .....	176
a. Vorbemerkungen.....	176
b. Strafcharakter der börsengesetzlichen Massnahmen .....	178
c. Strafprozessuale Garantien .....	180
d. Wahrung der strafprozessualen Garantien im Aufsichtsenforcement .....	181
aa. Allgemeine Problematik .....	181

bb. Lösungsansatz der Aufsichtsbehörde.....	183
e. Massnahmen der FINMA im Rahmen eines Marktaufsichtsverfahrens.....	184
aa. Anzeigepflicht und Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden.....	185
(i) Gesetzliche Pflicht .....	185
(ii) Opportunitätsprinzip .....	186
bb. Feststellungsverfügung .....	189
(i) Verfügungsadressaten .....	189
(ii) Rechtswirkung .....	190
(iii)Keine Bindung der Strafbehörden .....	191
(iv)Alternative: Drei-Stufen-Lösung des Bundesgerichts .....	193
cc. Stimmrechtssuspendierungsklage .....	195
f. Folgen für die Mitwirkungspflicht der Investoren .....	199
g. Folgen für das Untersuchungsmandat.....	200
h. Möglichkeiten de lege lata .....	202
D. Amtshilfeverfahren .....	204
1. Amtshilfe.....	205
a. Funktion .....	205
b. Einsätze .....	206
2. Grenzüberschreitende Prüfungen.....	207
a. Funktion bei grenzüberschreitenden Prüfungen im Ausland.....	207
b. Funktion bei der Begleitung von grenzüberschreitenden Prüfungen im Inland .....	208
c. Einsätze .....	210
E. Insolvenzverfahren.....	211
1. Funktion .....	211
2. Einsätze .....	211
<b>§ 5 Einsetzung.....</b>	<b>215</b>
I. Einsetzungsverfahren .....	215
A. Einsetzungskompetenz.....	215
1. Zuständigkeit.....	215
a. Eidgenössische Bankenkommision .....	215
b. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht .....	215
2. Ermessen .....	218
a. Technisches Ermessen .....	218
b. Bestellung eines Untersuchungsbeauftragten .....	219
B. Mandatsvergabe .....	221
1. Vorbemerkungen.....	221
2. Aufnahmeverfahren .....	221
a. Anforderungen an den Untersuchungsbeauftragten.....	221
b. Fachkundigkeit.....	224
c. Unabhängigkeit .....	226
aa. Unabhängigkeit vom Finanzinstitut.....	226

bb. Treuepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde.....	228
cc. Unbefangenheit gegenüber dem Finanzinstitut .....	230
3. Auswahlkriterien im Einzelfall .....	231
C. Einsetzungsverfahren .....	233
1. Begründungsakt .....	233
a. Einsetzungsverfügung.....	233
b. Mandatsbestätigung .....	235
2. Publikation .....	236
a. Schutzanspruch der Beaufsichtigten .....	236
b. Informationsverhalten der FINMA .....	238
c. Spezialfall: Publikation von Verfügungen.....	240
d. Information über ein Untersuchungsmandat.....	242
II. Rechtsmittelverfahren .....	244
A. Allgemeines .....	244
1. Vorbemerkungen.....	244
2. Rechtsmittel und Verfahren .....	244
3. Untersuchungsmandat als vorsorgliche Massnahme .....	245
B. Rechtsmittel .....	248
1. Anfechtungsobjekt.....	248
2. Anfechtbarkeit der Einsetzungsverfügung.....	249
3. Suspensivwirkung der Beschwerde .....	251
4. Superprovisorische Einsetzung.....	252
a. Vorbemerkungen.....	252
b. Voraussetzungen .....	253
c. Rechtliches Gehör .....	255
d. Mitwirkungsobliegenheit der Verfahrenspartei .....	258
<b>§ 6 Verhältnis zur FINMA .....</b>	<b>261</b>
I. Rechtsverhältnis .....	261
A. Rechtsnatur .....	261
B. Begründung des Rechtsverhältnisses .....	262
C. Öffentlich-rechtliche Natur der Rechtsbeziehung.....	264
D. Auftragsrechtlicher Charakter .....	265
1. Vorbemerkungen.....	265
2. Abgrenzung zum Dienstvertrag .....	266
3. Abgrenzung zum Werkvertrag.....	267
II. Rechtsansprüche des Untersuchungsbeauftragten .....	268
A. Rechtsansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis.....	269
1. Einsetzungsverfügung.....	269
2. Mandatsbestätigung .....	270
B. Rechtsansprüche gemäss Gesetz.....	271
1. FINMAG.....	271
2. Auftragsrechtliche Bestimmungen.....	272
a. Allgemein.....	272
b. Anspruch auf vorzeitige Beendigung des Untersuchungsmandats? .....	273



	aa. Problematik.....	273
	bb. Einschränkung des Kündigungsrechts .....	274
III.	Pflichtenkatalog des Untersuchungsbeauftragten.....	276
	A. Pflichtenkatalog aus dem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis.....	276
	1. Verfügung .....	276
	2. Mandatsbestätigung .....	277
	a. Informationspflicht .....	277
	b. Rechenschaftspflicht .....	279
	c. Treuepflicht.....	280
	d. Aufbewahrungspflicht.....	280
	B. Pflichtenkatalog gemäss Gesetz.....	281
	1. FINMAG.....	281
	a. Finanzmarktrechtliche Ziele (Art. 5 FINMAG).....	281
	b. Wahrung des Amtsgeheimnisses (Art. 14 FINMAG).....	282
	aa. Schweigepflicht des Untersuchungsbeauftragten .....	282
	bb. Abkehr vom Bankkundengeheimnis .....	284
	c. Pflichtverletzung der Prüfgesellschaften und der Beauftragten (Art. 46 FINMAG).....	286
	2. Auftragsrecht.....	287
	3. Weitere Normen .....	290
	a. BGFA.....	290
	b. StGB.....	291
	aa. Qualifikation als Beamter .....	291
	bb. Einschlägige Tatbestände.....	293
	(i) Amtsmissbrauch.....	293
	(ii) Falschbeurkundung und falsches Gutachten.....	294
<b>§ 7</b>	<b>Verhältnis zu den Beaufsichtigten .....</b>	<b>297</b>
I.	Rechtsverhältnis.....	297
	A. Bestandteil des dualistischen Aufsichtssystems .....	297
	B. Unterschiede zu Prüfgesellschaften .....	298
	C. Der Untersuchungsbeauftragte als Sanktion .....	299
	D. Befugnisse des Untersuchungsbeauftragten .....	301
II.	Abklärungstätigkeit.....	302
	A. Zutrittsrecht.....	302
	B. Einsichtsrecht .....	304
	1. Grundsatz .....	304
	2. Grenzen .....	305
	3. Exkurs: Bedeutung der Vollständigkeitserklärung .....	307
	C. Auskunftsrecht .....	308
	1. Allgemeines .....	308
	2. Befragungen .....	310
	a. Verfahrensmodalitäten .....	310
	b. Strafbarkeit von Falschaussagen gegenüber dem Untersuchungsbeauftragten.....	311
	3. Zeugeneinvernahme .....	312

D.	Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes .....	314
1.	Rechtsprechung .....	314
2.	Problematik .....	315
3.	Geltungsbereich des VwVG .....	316
4.	Das Handeln des Untersuchungsbeauftragten als Verfahren im Sinne des FINMAG?.....	317
5.	Auswirkungen der Nichtanwendbarkeit des VwVG.....	319
III.	Eingriffstätigkeit .....	321
A.	Möglichkeit zur Delegation von Organkompetenzen .....	321
B.	Anpassung des Handelsregisters .....	322
1.	Eintragungen .....	322
2.	Legitimationsausweis .....	323
C.	Organfunktionen des Untersuchungsbeauftragten .....	324
1.	Umfang der delegierbaren Organbefugnisse .....	324
2.	Rechtshandlungen mit Aussenwirkungen? .....	326
3.	Der Untersuchungsbeauftragte als ausserordentliches Organ.....	327
D.	Umfang der Kompetenzdelegation .....	329
1.	Differenzierter Kompetenzkatalog.....	329
2.	Umfassende Organbefugnisse.....	330
E.	Fälle mit Auslandsberührung .....	332
F.	Problematik bei der Delegation von Organkompetenzen .....	333
1.	Bindung an das Aufsichtsrecht und an das Gesellschaftsrecht.....	333
2.	Konfliktsituationen .....	334
G.	Koordinationsbedarf von Finanzmarktaufsichtsrecht und Aktienrecht .....	336
1.	Verhältnis Bankengesetz zum Aktienrecht.....	336
2.	Verhältnis FINMAG zum Gesellschaftsrecht.....	337
3.	Verhältnis von Art. 36 Abs. 2 FINMAG zum Gesellschaftsrecht .....	338
H.	Differenzierte finanzmarktgesetzliche Spezialität .....	339
1.	Formelle Spezialität .....	339
2.	Materielle Spezialität .....	340
3.	Schranken der Relativierung.....	341
I.	Folgen für das Untersuchungsmandat.....	342
1.	Allgemeines .....	342
2.	Umfassende Organstellung .....	343
3.	Differenzierter Kompetenzkatalog.....	345
IV.	Untersuchungskosten .....	345
A.	Kostentragung durch die Beaufsichtigten .....	345
B.	Problematik der Kostenverteilung .....	348
C.	Kostenkontrolle.....	350
D.	Kostenvorschüsse und -garantien.....	352
<b>§ 8</b>	<b>Haftung .....</b>	<b>355</b>
I.	Haftungsrisiken beim Untersuchungsmandat .....	355
A.	Vorbemerkungen.....	355
1.	Staatshaftung.....	355
2.	Folgen für die FINMA-Beauftragten .....	356

3.	Rückgriff auf den Untersuchungsbeauftragten .....	357
B.	Haftungskonstellationen .....	359
1.	Überblick.....	359
2.	Aktivlegitimation .....	360
a.	Beaufsichtigtes Institut.....	360
b.	Aktionäre des Beaufsichtigten .....	360
c.	Gläubiger des Beaufsichtigten .....	361
C.	Unrechtmässige Mandatierung .....	362
1.	Schaden durch ein Untersuchungsmandat .....	362
2.	Subsidiarität der Staatshaftungsklage .....	363
a.	Keine Haftung bei rechtskräftigen Verfügungen .....	363
b.	Superprovisorische Einsetzung .....	364
3.	Qualifizierte Widerrechtlichkeit .....	365
4.	Unrechtmässigkeit der Einsetzungsverfügung.....	366
5.	Exkurs: Wissenszurechnung .....	367
D.	Direkter Regelverstoss des Untersuchungsbeauftragten .....	368
1.	Positives Tun.....	368
2.	Unterlassen.....	369
a.	Schutznorm .....	369
b.	Haftungsfälle .....	371
E.	Unsorgfalt des Untersuchungsbeauftragten .....	372
1.	Sorgfaltsmassstab.....	372
2.	Schaden durch Unsorgfalt.....	373
II.	Haftungsvoraussetzungen .....	374
A.	Vorbemerkungen.....	374
B.	Voraussetzungen .....	374
1.	Schaden .....	374
2.	Kausalzusammenhang.....	375
3.	Untersuchungsbeauftragter als Beamter .....	376
4.	Zusammenhang mit dem Untersuchungsmandat .....	377
5.	Widerrechtlichkeit.....	378
a.	Allgemein .....	378
b.	Problematik bei Vermögensschäden .....	379
c.	Verzicht auf das Schutznormerfordernis.....	380
6.	Wesentliche Amtspflichtverletzung .....	381
7.	Keine Pflichtverletzung durch die Beaufsichtigten .....	383
a.	Allgemein .....	383
b.	Beim Untersuchungsmandat .....	384
III.	Vergleich zum bisherigen Haftungsregime .....	385
A.	Verbesserungen .....	385
1.	Rechtssicherheit über den einzuschlagenden Klageweg.....	385
2.	Wiedereinführung der Staatshaftung .....	387
B.	Problembereiche .....	387
1.	Faktischer Haftungsausschluss .....	387
a.	Folgen der Haftungsvoraussetzungen .....	387
b.	Gesetzgeberische Motivation.....	389

2. Kritikpunkte .....	390
a. Vertrauensverlust .....	390
b. Alternative Regelung .....	393
3. Binnenfinanzierung .....	394
<b>§ 9 Schlussbetrachtung .....</b>	<b>395</b>
I. Gedanken zur privatrechtlichen Mandatierung als alternative Konzeption .....	396
II. Rolle des Untersuchungsbeauftragten im Finanzmarktenforcement .....	400