

Wegleitung

zur ordnungsgemässen Mandatserfüllung für FINMA-
Beauftragte

28. November 2013 (Stand: 1. Januar 2020)

Inhaltsverzeichnis

Referenz:
3018-T-2-49715

1	Einleitung	4
2	Einsetzung der Beauftragten mit Verfügung	5
3	Kosten der Beauftragten	5
3.1	Kosten	5
3.2	Spesen	6
3.3	Kostenvorschüsse des Beaufsichtigten	6
3.4	Kostengarantie	7
3.5	Kostenkontrolle durch die FINMA	8
3.6	Rechnungsstellung	8
3.7	Sozialversicherungsbeiträge	9
4	Rechte und Pflichten der Beauftragten bei der Mandatserfüllung	9
4.1	Rechte der Beauftragten	9
4.1.1	Zutrittsrecht	9
4.1.2	Einsichts- und Auskunftsrecht	9
4.2	Pflichten der Beauftragten	10
4.2.1	Pflicht zur sorgfältigen Mandatserfüllung	10
4.2.2	Pflicht zur wirtschaftlichen Mandatserfüllung	10
4.2.3	Pflichten bei vorzeitiger Mandatsbeendigung	10
4.2.4	Informations- und Berichterstattungspflicht gegenüber der FINMA	11
4.2.5	Schlussbesprechung	11
4.2.6	Wahrung des Amtsgeheimnisses	11
4.2.7	Persönliche Mandatserfüllung	12
4.2.8	Rechtskonformes und faires Handeln des Beauftragten	12
4.2.9	Aktenführungs- und Aktenaufbewahrungspflicht	13
4.2.10	Prüfung der Führung von Liquidations- und Konkursverfahren	13

5	Unabhängigkeit der Beauftragten	14
5.1	Allgemeines	14
5.2	Befangenheitsgründe	14
5.2.1	Fehlende Unabhängigkeit aufgrund von persönlichen Interessen	14
5.2.2	Fehlende Unabhängigkeit aufgrund der beruflichen Tätigkeit des Beauftragten	15
5.2.3	Weitere Befangenheitsgründe	15
5.3	Vereinbarkeit mit dem Unabhängigkeitserfordernis	16
6	Verantwortlichkeit der Beauftragten und Regressmöglichkeit der FINMA	16
6.1.1	Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beauftragten und Regressmöglichkeit der FINMA....	16
6.1.2	Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beauftragten ..	16
6.1.3	Verfahrens- und Parteikosten in Zivilverfahren	17
	Anhang A: Weitere Pflichten des Konkursliquidators.....	18
	Anhang B: Weitere Pflichten des Liquidators	21

Referenz:
3018-T-2-49715

1 Einleitung

Referenz:
3018-T-2-49715

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben kann die FINMA nach dem Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG; SR 956.1) und den Finanzmarktgesetzen folgende Beauftragte einsetzen:

- **Untersuchungsbeauftragte** werden gestützt auf Art. 36 FINMAG eingesetzt, um im Rahmen eines Enforcementverfahrens einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von der FINMA angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen.
- **Prüfbeauftragte** werden gestützt auf Art. 24a FINMAG eingesetzt, z.B. um einen Missstand im kooperativen Rahmen abzuklären oder um in einem Enforcementverfahren angeordnete Massnahmen zu überprüfen.
- Ein **Sanierungsbeauftragter** kann mit der Ausarbeitung eines Sanierungsplans betraut werden (vgl. Art. 28 Abs. 3 Bankengesetz [BankG; SR 952.0], Art. 67 Abs. 1 Finanzinstitutsgesetz [FINIG; SR 954.1] und Art. 88 Finanzinfrastrukturgesetz [FinfraG; SR 958.1]).
- Ein **Liquidator** wird mit einer Liquidation eines Beaufsichtigten betraut (Art. 37 FINMAG i.V.m. Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG, Art. 66 FINIG, Art. 52 Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG; SR 961.01], Art. 134 und 135 Abs. 1 Kollektivanlagengesetz [KAG; SR 951.31] und Art. 87 FinfraG).
- Ein **Konkursliquidator** wird mit einer Konkursliquidation eines Beaufsichtigten betraut (Art. 33 Abs. 2 BankG, Art. 67 Abs. 1 FINIG, Art. 137 Abs. 3 KAG, Art. 53 Abs. 3 VAG und Art. 88 FinfraG).
- Ein **Schätzungsexperte** wird mit der Schätzung der Anlagen von Immobilienfonds oder Immobilieninvestmentgesellschaften betraut (Art. 136 Abs. 1 KAG).

Die Einsetzung des Beauftragten sowie die Umschreibung der Aufgaben der Beauftragten erfolgt im Rahmen einer Einsetzungsverfügung, die in Bezug auf den Beauftragten mitwirkungsbedürftig ist.

Die vorliegende Wegleitung (samt Anhänge) umschreibt gestützt auf die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen die Anforderungen an die ordnungsgemässe Erfüllung eines Mandats¹. Sie ist massgebend, sofern die FINMA im Einzelfall nicht schriftlich abweichende Weisungen an die Beauftragten erteilt.

¹ Es sind insbesondere folgende Bestimmungen anwendbar: Art. 14, 19, 36, 46 FINMAG; Art. 33, 35, 47 BankG, Art. 69 FINIG, Art. 54b VAG, Art. 5 Bankenverordnung (BankV; SR 952.027), Art. 5, 9, 12, 13, 16, 42, 58 Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA; SR 952.05), Art. 5, 7, 11, 37 Versicherungskonkursverordnung (VKV-FINMA; SR 961.015.2), Art. 1, 8, 11, 43 Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA; SR 951.315.2). Daneben ist das Auftragsrecht nach dem Obligationenrecht (OR; SR 220) analog anwendbar (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010, E. 5).

2 Einsetzung der Beauftragten mit Verfügung

Referenz:
3018-T-2-49715

Die Beauftragten werden mit einer Verfügung der FINMA eingesetzt (Einsetzungsverfügung).

In der Einsetzungsverfügung wird festgelegt:

- Wer als Beauftragter eingesetzt wird (natürliche oder juristische Personen);
- Inhalt des Auftrags;
- gegebenenfalls ob und in welchem Umfang der Beauftragte an Stelle der Organe des Beaufsichtigten handeln darf;
- die Kosten der Beauftragten (Honoraransätze und Spesenregelung) sowie
- gegebenenfalls Anordnung an den Beaufsichtigten, dem Beauftragten einen Kostenvorschuss zu leisten (vgl. Ziff. 3.3).

Änderungen der Einsetzungsverfügung erfolgen im Rahmen einer Verfügung.

3 Kosten der Beauftragten

3.1 Kosten

Die Kosten der Beauftragten tragen die Beaufsichtigten. Betreffen die Kosten mehrere Beaufsichtigte, werden diese den Beaufsichtigten solidarisch zur Bezahlung auferlegt.

Die Kosten einer Liquidation trägt die zu liquidierende Gesellschaft, diejenigen des Konkurses die Konkursmasse². Bei Gruppenliquidationen oder -konkursen sind die Kosten nach einzelnen Beaufsichtigten verursachergerecht zu trennen. Die im jeweiligen Verfahren anfallenden Kosten sind durch die jeweilige Vermögensmasse zu tragen.

Das Honorar der Beauftragten richtet sich nach den Anforderungen des Mandats.

² Die Kosten einer Spezialliquidation nach Art. 23 Abs. 4 und 5 BIV-FINMA sind vom jeweiligen Vermögenswert zu tragen.

Es kann wie folgt festgesetzt werden:

Referenz:
3018-T-2-49715

- Stundenansätze der eingesetzten Personen des Beauftragten nach Funktion oder
- Stundenansätze der eingesetzten Personen des Beauftragten nach Funktion mit einem Kostendach.

Ein Kostendach kann nur mit Zustimmung der FINMA erhöht werden.

Die Vergütung der Verwaltung von Liegenschaften erfolgt gemäss marktüblichen Ansätzen und wird durch die FINMA im Einzelfall festgelegt.

Die Leistungen der Beauftragten sind mehrwertsteuerpflichtig.

3.2 Spesen

Spesen (Auslagen) werden mit einer Pauschale von 3 Prozent der Honorarsumme entschädigt.

Massenversände per Post ab 30 Adressaten können als ausserordentliche Spesen in Rechnung gestellt werden.

Weitere ausserordentliche Spesen (u.a. Auslandsreisen, Flugreisen in der Schweiz, Hotel) sind nur dann vom Beaufsichtigten zu tragen, sofern diese vorgängig von der FINMA genehmigt wurden und entsprechende Belege vorliegen.

Werden Stundenansätze von mindestens CHF 500 festgelegt, so gelten Spesen der Beauftragten als mitabgegolten. Vorbehalten bleiben ausserordentliche Spesen.

3.3 Kostenvorschüsse des Beaufsichtigten

Der Beaufsichtigte hat einem Beauftragten auf Anordnung der FINMA Kostenvorschüsse zu leisten. Diese Anordnung erfolgt im Rahmen der Einsetzungsverfügung.

Der Bezug eines Kostenvorschusses erfolgt nur nach vorgängiger Rücksprache mit der FINMA. Die Beauftragten dürfen grundsätzlich bis zur Genehmigung der Schlussabrechnung Kostenvorschüsse beziehen.

Bezogene Kostenvorschüsse müssen den erwarteten Kosten entsprechen.

Die Beauftragten haben vor Bezug des Kostenvorschusses die finanzielle Lage eines Beaufsichtigten abzuklären. Die Einschätzung der finanziellen

Lage basiert auf dem aktuellen Informationsstand und ist aufgrund neuer Erkenntnisse laufend anzupassen. Bei Hinweisen auf eine Insolvenzgefahr³ ist die FINMA umgehend zu informieren.

Referenz:
3018-T-2-49715

Kann die finanzielle Lage durch den Beauftragten nicht eingeschätzt werden, ist kein Kostenvorschuss zu beziehen.

Ist der Bezug eines Kostenvorschusses nicht möglich, prüft die FINMA die Gewährung einer Kostengarantie (vgl. Ziff. 3.4).

Wird über einen Beaufsichtigten der Konkurs eröffnet, dürfen noch nicht fällig gestellte Honorarrechnungen nicht durch den bezogenen Kostenvorschuss gedeckt werden. Der noch nicht abgerechnete Kostenvorschuss fällt zur Konkursmasse.

3.4 Kostengarantie

Bei Insolvenzgefahr eines Beaufsichtigten kann die FINMA den Beauftragten zur Sicherstellung seiner Kosten auf Antrag des Beauftragten eine Kostengarantie gewähren.⁴ Die gewährte Kostengarantie beinhaltet die Mehrwertsteuer. Die Kostengarantie kann befristet werden.

Die Auszahlung des garantierten Betrags erfolgt nach Konkurseröffnung, bzw. im Konkursverfahren nach Abschluss des Konkursverfahrens, wenn:

1. Die Kostenvorschüsse vor der Insolvenzgefahr jeweils umgehend einverlangt wurden;
2. die Kostenvorschüsse nicht entrichtet werden konnten und
3. die Forderung im Umfang der in Anspruch genommenen Kostengarantie der FINMA schriftlich abgetreten wurde.

Die FINMA garantiert dem Beauftragten damit einen Betrag zur Deckung seiner Aufwände. Bereits vom Beaufsichtigten bezogene Leistungen werden in Abzug gebracht. Bei längeren Verfahren können Teilauszahlungen der garantierten Kosten erfolgen.

Allfällige Inkassokosten und Verzugszinsen gehen zu Lasten der Beauftragten.

³ Unter „Insolvenzgefahr“ werden vorliegend ernsthafte Liquiditätsprobleme (Zahlungsunfähigkeit) und / oder die begründete Besorgnis einer Überschuldung verstanden.

⁴ Bei Bedarf können dem Beauftragten die Kosten durch die FINMA bevorschusst werden.

3.5 Kostenkontrolle durch die FINMA

Referenz:
3018-T-2-49715

Die FINMA prüft die Zwischenabrechnungen und genehmigt die Schlussabrechnung. Die Rechnungen müssen verhältnismässig sein.

3.6 Rechnungsstellung

Die Beauftragten haben periodisch Zwischenabrechnungen sowie eine Schlussabrechnung für die erbrachten Leistungen zu erstellen. Dies gilt auch, wenn ein Kostendach vereinbart wurde.

Die Zwischenabrechnung und die Schlussabrechnung müssen Aufschluss über die Natur der erbrachten Leistungen des Beauftragten geben. Es ist Folgendes anzugeben:

1. Datum der Leistungen;
2. Dauer der Leistungen;
3. Art der jeweiligen Einzelleistungen (z.B. Sitzungen, Aktenstudium, redaktionelle Arbeit usw.). Die Kosten für die Verwaltung von Liegenschaften sind gesondert auszuweisen;
4. durch wen die einzelnen Leistungen erbracht wurden (inkl. Stundenansatz, Kürzel für die einzelnen Personen sind aufzuschlüsseln);
5. den zu verrechnenden Betrag für die einzelnen Leistungen;
6. sämtliche Rechnungen beigezogener Dritter; sowie
7. bei Untersuchungsmandaten: eingeforderte/bezogene Kostenvorschüsse bzw. deren Verrechnung. Bei Liquidations- und Konkursmandaten ist die Verrechnung mit Kostenvorschüssen nur in der Schlussabrechnung auszuweisen.

Nicht in Rechnung gestellt werden dürfen insbesondere:

- Aufwand betreffend Offerterstellung und Übernahme des Mandats;
- Aufwand für die Erstellung der Honorarrechnungen;
- Aufwand für die Einarbeitung zu Fragen, die beim Beauftragten als bekannt vorausgesetzt werden dürfen;

- Aufwand im Zusammenhang mit der Korrektur von Leistungsmängeln und bei Missachtung von Instruktionen der FINMA;
- Kosten für allfällige Versicherungen des Beauftragten.

Referenz:
3018-T-2-49715

Die Periodizität der Zwischenabrechnungen wird dem Verfahrensstand und Umfang des Mandats entsprechend individuell geregelt.

Auf Ende eines Kalenderjahres ist in jedem Fall eine Rechnung zu erstellen.

Auf Anfrage der FINMA sind die aufgelaufenen Kosten offenzulegen.

Die Abrechnungen haben nach Art. 26 Mehrwertsteuergesetz (MWSTG; SR 641.20) zu erfolgen.

3.7 Sozialversicherungsbeiträge

Die Leistungen der Beauftragten gelten AHV-rechtlich grundsätzlich als selbstständige Erwerbstätigkeit. Die Beauftragten sind für die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge zuständig. Die Beauftragten sind somit selbst dafür besorgt, die Sozialversicherungsbeiträge für sich und ihre Mitarbeitenden abzurechnen.

4 Rechte und Pflichten der Beauftragten bei der Mandatserfüllung

4.1 Rechte der Beauftragten

Die Beaufsichtigten haben den Beauftragten Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren sowie alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen offenzulegen, welche die Beauftragten zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Die Beauftragten haben jedoch keine strafrechtlichen Zwangsbefugnisse.

4.1.1 Zutrittsrecht

Die Beauftragten haben ein Zutrittsrecht zu allen von den Beaufsichtigten benutzten Räumlichkeiten, soweit dies für die Erfüllung ihres Mandats erforderlich ist. Es liegt im pflichtgemässen Ermessen der Beauftragten zu entscheiden, welche Räumlichkeiten sie zur Erfüllung ihres Mandats betreten müssen.

4.1.2 Einsichts- und Auskunftsrecht

Die Beauftragten haben ein umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht. Sie können sämtliche Geschäftsunterlagen vom Beaufsichtigten einverlangen, die für die Erfüllung ihres Mandats erforderlich sind. Zudem können sie von Beaufsichtigten den Zugang zu ihren Computersystemen verlangen, wenn dies zur Erfüllung ihres Mandats erforderlich ist.

Die Beaufsichtigten sind gegenüber den Beauftragten zur Auskunft und Offenlegung von Unterlagen und Informationen verpflichtet. Die Beauftragten können vom Beaufsichtigten Vollständigkeitserklärungen einverlangen. In dieser soll der Beaufsichtigte bestätigen, dass dem Beauftragten sämtliche erforderlichen Informationen offengelegt worden sind.

Referenz:
3018-T-2-49715

Falschausekündigungen gegenüber Beauftragten sind mit Strafe bedroht (Art. 45 FINMAG).

4.2 Pflichten der Beauftragten

4.2.1 Pflicht zur sorgfältigen Mandatserfüllung

Die Beauftragten haben die ihnen übertragenen Aufgaben getreu und sorgfältig auszuüben. Bei ungetreuer oder nicht sorgfältiger Mandatserfüllung behält sich die FINMA vor, das Mandat per sofort zu entziehen.

4.2.2 Pflicht zur wirtschaftlichen Mandatserfüllung

Die Beauftragten sind verpflichtet, ihre Mandate wirtschaftlich auszuüben. Die Mandatsausübung hat angemessen und verhältnismässig zu sein. Die Beauftragten sind für einen wirtschaftlichen Einsatz der Mittel verantwortlich.

Beauftragte mit mehreren Niederlassungen setzen grundsätzlich nur Mitarbeitende der von der FINMA eingesetzten Niederlassung ein. Der Einsatz von Mitarbeitenden, die in anderen Niederlassungen tätig sind, ist nur zulässig, wenn dies nicht zu zusätzlichen Kosten führt.

4.2.3 Pflichten bei vorzeitiger Mandatsbeendigung

Die Beauftragten können aus wichtigen Gründen die FINMA um Beendigung des Mandats ersuchen. Dies darf jedoch nicht zur Unzeit erfolgen. Andernfalls sind die Beauftragten verpflichtet, das Mandat bis zur Einsetzung eines neuen Beauftragten durch die FINMA weiterzuführen.

Bei einer vorzeitigen Mandatsbeendigung sind die Beauftragten verpflichtet, für eine geordnete Mandatsübergabe zu sorgen. Dazu gehört insbesondere:

- Die Übergabe der Akten sowie
- die Einführung des neuen Beauftragten in das Mandat, damit dieser das Mandat weiterführen kann.

Die Übergabe des Mandats ist nicht verrechenbar.

4.2.4 Informations- und Berichterstattungspflicht gegenüber der FINMA

Referenz:
3018-T-2-49715

Die Beauftragten sind verpflichtet, die FINMA regelmässig über den Verlauf des Mandats sowie ihre Erkenntnisse zu informieren. Sie teilen der FINMA umgehend sämtliche Umstände mit, die die Erfüllung des Auftrags beeinträchtigen könnten. Gleiches gilt, wenn der Beauftragte feststellt, dass Gläubiger-, Anleger- oder Versicherteninteressen gefährdet sind oder die Insolvenz des Beaufsichtigten droht.

Sofern die FINMA Vorlagen zur Verfügung stellt, sind diese zu verwenden. Nach Rücksprache mit der FINMA können eigene Vorlagen verwendet werden, sofern sich diese an den Vorlagen der FINMA orientieren. Die in den FINMA-Vorlagen enthaltenen Angaben stellen Instruktionen der FINMA dar.

Die Berichte an die FINMA sind kurz, präzise und aussagekräftig abzufassen. Sie sind der FINMA direkt einzureichen und dürfen nicht mit dem Beaufsichtigten vorbesprochen werden. Werden bei Prüfaufträgen Feststellungen zum Sachverhalt mit dem Beaufsichtigten vorbesprochen, so sind die entsprechenden Stellungnahmen des Beaufsichtigten im Bericht umfassend offenzulegen.

Die FINMA kann von den Beauftragten kurze periodische Sachstandsberichte über die Mandatserfüllung verlangen. Ergeben sich keine Änderungen zur Vorperiode oder wurden keine Leistungen erbracht, genügt eine Negativmeldung (z.B. „keine Leistungen erbracht“).

4.2.5 Schlussbesprechung

Nach Abschluss des Mandats kann die FINMA eine für den Beauftragten nicht verrechenbare Schlussbesprechung verlangen (Qualitätssicherung und -kontrolle).

4.2.6 Wahrung des Amtsgeheimnisses

Die Beauftragten der FINMA⁵ unterstehen dem Amtsgeheimnis. Sämtliche mit der Mandatserfüllung in Zusammenhang stehenden Informationen sind vertraulich zu behandeln⁶. Handelt es sich bei einem Beauftragten um eine Personengesellschaft, eine juristische Person oder um ein Mitglied (Berater) einer Anwaltskanzlei, dürfen die mit der Mandatserfüllung in Zusammenhang stehenden Informationen nur jenen Personen bekannt gegeben und zugänglich gemacht werden, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben brauchen.

⁵ Sowie allfällige zur Erfüllung des Mandats beigezogene Dritte (vgl. Art. 320 StGB).

⁶ Dies gilt auch für Informationen, die bereits vor Annahme eines Mandats einem Beauftragten übermittelt wurden.

Ohne vorgängige Zustimmung der FINMA dürfen Dritten keine Informationen und/oder Dokumente zugänglich gemacht werden, die mit der Erfüllung des Mandats zusammenhängen⁷.

Referenz:
3018-T-2-49715

Bei Einvernahmen und Gerichtsverfahren dürfen sich die Beauftragten über Wahrnehmungen, die sie in Erfüllung ihrer Aufgabe gemacht haben und die sich auf ihre amtliche Aufgabe beziehen, nur äussern, wenn die FINMA sie hierzu vorgängig schriftlich ermächtigt hat (Entbindung vom Amtsgeheimnis). Das gleiche gilt für die Übermittlung von Unterlagen an Behörden oder Gerichte.

Die Ermächtigung erteilt die FINMA nicht abstrakt im Voraus, sondern nur im konkreten Einzelfall.

4.2.7 Persönliche Mandatserfüllung

Die Beauftragten haben ihre Aufgaben grundsätzlich persönlich zu erfüllen. Sie sind berechtigt, Dritte zur Erfüllung ihres Mandats beizuziehen und privatrechtlich zu verpflichten. Der Beizug von Dritten bedarf der vorgängigen Zustimmung durch die FINMA.

Bei Liquidationen, Sanierungen und Konkursen bedarf es keiner Zustimmung der FINMA, wenn die Kosten der Dritten voraussichtlich CHF 10'000 nicht übersteigen.⁸ Diesfalls sind die beigezogenen Dritten der FINMA zu melden.

Die Beauftragten sind für die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der beigezogenen Dritten verantwortlich. Der Beauftragte hat die Rechnung der Dritten auf Wirtschaftlichkeit, Angemessenheit und Verhältnismässigkeit zu prüfen. Die Vornahme dieser Prüfung hat der Beauftragte der FINMA im Rahmen der Schlussabrechnung schriftlich zu bestätigen. Die Rechnungen beigezogener Dritter sind der FINMA als Beilage zu den Zwischenabrechnungen und zur Schlussabrechnung des Beauftragten vorzulegen.

4.2.8 Rechtskonformes und faires Handeln des Beauftragten

Den Beauftragten kommt keine Kompetenz zum Erlass von Verfügungen nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz zu, gleichwohl kann ihr Handeln zwingenden Charakter haben.

Beauftragte sind gehalten, bei der Mandatserfüllung rechtskonform und fair zu handeln.

⁷ Den geprüften Beaufsichtigten können diejenigen Informationen zugänglich gemacht werden, die zur Erfüllung ihrer Mitwirkungspflicht nötig sind.

⁸ Bei Dauermandaten (z.B. Buchführung, Steuern) bedarf es keiner Zustimmung der FINMA, wenn die Kosten der Dritten voraussichtlich CHF 50'000 nicht übersteigen.

4.2.9 Aktenführungs- und Aktenaufbewahrungspflicht

Referenz:
3018-T-2-49715

Die von den Beauftragten im Rahmen der Mandatserfüllung geführten Akten müssen richtig, vollständig, nachvollziehbar und chronologisch geführt werden. Die Systematik der Aktenführung im Einzelfall bestimmt sich nach den Vorgaben der FINMA. Von den Akten zu trennen sind die verwaltungsinternen Akten (Unterlagen, denen für die Mandatserfüllung kein Beweischarakter zukommt wie z.B. Entwürfe oder persönliche Notizen). Die mit dem Mandat zusammenhängenden Akten sind – soweit dies nicht mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden ist – auch in elektronischen Form (z.B. im PDF-Format) zu führen.

Sämtliche mit der Mandatserfüllung in Zusammenhang stehenden Unterlagen sind während mindestens 10 Jahre nach Abschluss des Mandats durch den Beauftragten aufzubewahren⁹.

4.2.10 Prüfung der Führung von Liquidations- und Konkursverfahren

Die FINMA ist berechtigt, jederzeit eine Prüfung der Liquidations- und Konkursmandate beim Beauftragten zur Qualitätssicherung durchzuführen.

Insbesondere ist die FINMA berechtigt, jederzeit eine Prüfung der Liquidations- oder der Konkursbuchhaltung beim Beauftragten durchzuführen oder durch einen Dritten durchführen zu lassen. Diese Überprüfung kann neben rein buchhalterischen Aspekten insbesondere auch die Überprüfung der Dokumentation, Ablage und Aufbewahrung der Unterlagen sowie organisatorische Massnahmen umfassen.

Die Prüfungen sind nicht verrechenbar.

4.2.11 Einrichtung von Konten

Sobald der Beauftragte Geldguthaben des betroffenen Beaufsichtigten an sich nimmt, ist dieses auf einem besonderen Konto mit Zuordnung zum Beaufsichtigten zu führen. Für jeden Beaufsichtigten ist ein gesondertes Konto zu führen. Sammelkonten sind unzulässig.

Die Einrichtung von Konten darf nicht bei Instituten erfolgen, die Gläubiger oder Sicherungsnehmer des Beaufsichtigten sind.

⁹ Im Insolvenzverfahren sind Insolvenzakten sowie die noch vorhandenen Geschäftsakten nach Ablauf von 10 Jahren nach Abschluss oder Einstellung des Verfahrens auf Anordnung der FINMA zu vernichten (Art. 59 Abs. 2 BIV-FINMA).

Der Beauftragte hat über alle Konten gegenüber der FINMA in dem Umfang Rechenschaft abzulegen, wie er über diese Gelder für den Beaufsichtigten an sich genommen hat, unabhängig von der rechtlichen und wirtschaftlichen Zuordnung.

Referenz:
3018-T-2-49715

5 Unabhängigkeit der Beauftragten

5.1 Allgemeines

Die Beauftragten haben ihre Aufgaben objektiv und unvoreingenommen auszuführen. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein.

Die Beauftragten müssen in Bezug auf das Mandat in personeller, wirtschaftlicher und funktioneller Hinsicht unabhängig sein. Sie haben vor Annahme des Mandats eine schriftliche Unabhängigkeitserklärung zu unterzeichnen.

Die Beauftragten sind verpflichtet, im Vorfeld eines Mandats wie auch während der Mandatserfüllung tatsächliche oder potentielle Interessenkonflikte (d.h. Umstände, welche den Anschein der Befangenheit erwecken könnten) unaufgefordert und unverzüglich der FINMA offenzulegen. Insbesondere sind alle Aufträge, die sich gegen die FINMA richten (z.B. Rechtsvertretung oder Rechtsberatung) offen zu legen. Zugleich haben die Beauftragten der FINMA einen Vorschlag zu unterbreiten, wie sie mit diesen Interessenkonflikten umgehen möchten.

Soweit erforderlich sind die Beauftragten verpflichtet, in den Ausstand zu treten und das Mandat niederzulegen. Die FINMA kann bei Interessenkonflikten geeignete Massnahmen treffen.

Die Einhaltung der einschlägigen Standesregeln liegt in der Verantwortung des Beauftragten.

5.2 Befangenheitsgründe

Mit dem Unabhängigkeitserfordernis nicht vereinbar kann insbesondere sein (beispielhafte, nicht abschliessende Aufzählung):

5.2.1 Fehlende Unabhängigkeit aufgrund von persönlichen Interessen

Eine enge Beziehung des Beauftragten zu einem Mitglied des Verwaltungsrates oder zu einer anderen Person mit Entscheidungsfunktion oder zu einem bedeutenden Aktionär des Beaufsichtigten oder ihren Rechtsvertretern¹⁰.

¹⁰ Vgl. Art. 34 Abs. 1 Ziff. c und d Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110).

5.2.2 Fehlende Unabhängigkeit aufgrund der beruflichen Tätigkeit des Beauftragten

Referenz:
3018-T-2-49715

- Sofern ein Zusammenhang mit dem Mandat bestehen könnte:
 1. Die ehemalige oder bestehende Organschaft des Beauftragten beim Beaufsichtigten oder
 2. ein Auftrags- oder Arbeitsverhältnis mit dem Beaufsichtigten;
- eine in Aussicht stehende Organschaft beim Beaufsichtigten oder ein in Aussicht stehendes Auftrags- oder Arbeitsverhältnis;
- Tätigkeit als Revisions-/Prüfgesellschaft des geprüften Instituts, das in Liquidation gesetzt werden soll;
- sofern ein Zusammenhang mit dem Mandat bestehen könnte: Mitwirkung und Beratung bei der Einstellung, Beförderung oder Entlassung von Gewährsträgern oder weiteren Personen mit aufsichtsrelevanten Schlüsselfunktionen, insbesondere in den Bereichen Finanzen, Compliance oder interne Revision des Beaufsichtigten;
- sofern ein Zusammenhang mit dem Mandat bestehen könnte: Mitwirkung bei der Buchführung oder Erbringen anderer Dienstleistungen (z.B. aufsichtsrechtliche Beratungen, Entwicklung und Einführung von Systemen zur Unterstützung der Compliance-, Rechts-, Risikokontroll-, Risikomanagement- oder Investmentkontrollfunktionen) für den Beaufsichtigten.

5.2.3 Weitere Befangenheitsgründe

- Wesentliche Beteiligung des Beauftragten am Beaufsichtigten;
- Annahme von Vorteilen des Beaufsichtigten im Vorfeld oder während der Mandatserfüllung;
- andere Gründe der Befangenheit (z.B. aufgrund öffentlicher Äusserungen zum Beaufsichtigten).

5.3 Vereinbarkeit mit dem Unabhängigkeitserfordernis

Referenz:
3018-T-2-49715

Mit dem Unabhängigkeitserfordernis ist grundsätzlich vereinbar:

- Untersuchungsbeauftragter wird im Anschluss an die Untersuchung Sanierungsbeauftragter oder (Konkurs-) Liquidator beim Beaufsichtigten;
- gleichzeitige oder nachgelagerte Beratung und Vertretung eines Geschaltellers in einem (nichtstreitigen) FINMA-Bewilligungsverfahren, welches keinen Sachzusammenhang zum Mandat als FINMA-Beauftragter hat;
- Prüfbeauftragter ist Prüfgesellschaft anderer Beaufsichtigter.

6 Verantwortlichkeit der Beauftragten und Regressmöglichkeit der FINMA

6.1.1 Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit der Beauftragten und Regressmöglichkeit der FINMA

Die Beauftragten sind verpflichtet, das Mandat sorgfältig auszuüben. Für den Schaden, der die Beauftragten in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten zufügen, haftet die FINMA, sofern eine wesentliche Amtspflichtverletzung vorliegt und Schäden nicht auf Pflichtverletzungen des Beaufsichtigten zurückzuführen sind.

Über Schadenersatzbegehren entscheidet die FINMA. Hat sie Schadenersatz geleistet, so steht ihr der Rückgriff gegenüber dem Beauftragten zu, sofern er den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht hat.

6.1.2 Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beauftragten

Für strafbares Verhalten sind die Beauftragten persönlich verantwortlich.

Die FINMA erstattet dem Beauftragten unter folgenden Voraussetzungen Verfahrens- und Parteikosten im Strafverfahren:

1. Der Beauftragte wird aufgrund seiner Mandatserfüllung in ein Strafverfahren verwickelt;
2. das Verhalten des Beauftragten ist weder grobfahrlässig noch vorsätzlich und
3. die FINMA hat ein Interesse an der Führung des Prozesses.

Solange ein Gerichtsentscheid aussteht, macht die FINMA lediglich Kostengutsprachen.

Bei Einvernahmen und Gerichtsverfahren darf sich der Beauftragte über Wahrnehmungen, die er in Erfüllung seiner Aufgabe gemacht hat und sich auf seine amtliche Aufgabe bezieht, nur äussern, wenn ihn die FINMA hierzu vorgängig ermächtigt hat (vgl. auch Ziff. 4.2.6).

Referenz:
3018-T-2-49715

6.1.3 Verfahrens- und Parteikosten in Zivilverfahren

In begründeten Fällen kann die FINMA dem Beauftragten, der aufgrund seiner Mandatserfüllung in ein Zivilverfahren verwickelt wird, Verfahrens- und Parteikosten erstatten. Ziff. 6.1.2 gilt sinngemäss. Kosten bis zu 30'000 CHF sind durch den Beauftragten selbst zu tragen.

Anhang A: Weitere Pflichten des Konkursliquidators

Referenz:
3018-T-2-49715

In Konkursverfahren ist der FINMA insbesondere Folgendes vorzulegen:

1. Berichterstattung

1.1 Sachstandsberichte

Der Sachstandsbericht informiert kurz über den Verfahrensablauf. Er enthält Zahlen zu den Konkursaktiven und –passiven sowie zu den Masseverhältnissen (fortgeschriebene Rechnungslegung). Er gibt Ausblick auf die künftigen Verfahrensschritte und enthält Anmerkungen zur Einhaltung bzw. Abweichung von der Verfahrensplanung.

Die Beauftragten sind nur bei Zustimmung der FINMA von der Pflicht zur Berichterstattung entbunden. Die Pflicht endet grundsätzlich mit Einreichung der Schlussrechnung.

1.2 Zirkulare

2. Sicherung der Aktiven

Das Inventar ist zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens nach den Grundsätzen der Vollständigkeit und Nachvollziehbarkeit zu erstellen und hat sämtliche Vermögenswerte zu umfassen, aus denen während der Verfahrensdauer Einnahmen erzielt wurden.

Das Inventar ist laufend zu ergänzen. An der Bezeichnung der Inventarpositionen ist während des gesamten Verfahrens festzuhalten.

Bei Erstellung sind Art. 25ff. KOV zu berücksichtigen. Insbesondere sind geltend gemachte bzw. bestehende Vorzugsrechte aufzuführen und der Wert der dem Vorzugsrecht zu Grunde liegenden Forderung anzugeben. Bei Vermögenswerten in Fremdwährung ist der Wert auch in der Originalwährung anzugeben. Das Inventar hat Angaben zu möglichen Anfechtungsansprüchen nach Art. 214 und Art. 285ff. SchKG zu enthalten.

Innert vier Wochen nach Ablauf der Eingabefrist ist der FINMA ein erstes Inventar einzureichen.

3. Bereinigung der Passiven

Referenz:
3018-T-2-49715

Bei der Erstellung des Kollokationsplans sind Art. 55ff. KOV zu berücksichtigen. Es ist die Anzahl der Gläubiger je Forderungsklasse anzugeben.

Mit Auflage sind der Kollokationsplan, die Spezialanzeigen und das fortgeschriebene Inventar in den aufgelegten Fassungen der FINMA einzureichen. Gleiches gilt, wenn Änderungen am Kollokationsplan erfolgen, ohne dass eine Auflage notwendig ist.

4. Bereinigung der Aktiven

4.1 Anträge auf Klagebewilligungen

4.2 Verwertungspläne

5. Verteilung

Die Schlussrechnung knüpft an das fortgeschriebene Inventar an und umfasst die liquiditätswirksamen Einnahmen und Ausgaben (Liquiditätsrechnung). Aus der Darstellung muss ersichtlich sein, woraus sich die Konkursmasse zusammensetzt und welche Ausgaben getätigt wurden bzw. noch zu tätigen sind.

Die Zahlen in der Schlussrechnung müssen mit denjenigen in den weiteren Verfahrensdokumenten kohärent sein, namentlich zur Verteilungsliste, zum Schlussinventar und zum Massekonto per Stichtag der Schlussrechnung.

Die Verteilungsliste hat mit dem aufgelegten Kollokationsplan und dessen aufgelegten Nachträgen übereinzustimmen. Abweichungen sind zu erläutern.

Zusammen mit der Schlussrechnung und der Verteilungsliste sind einzureichen:

- Schlussinventar;
- Honorarrechnungen (soweit noch nicht eingereicht);
- Bestätigung des Konkursliquidators, die Ausgaben für beigezogene Dritte auf Wirtschaftlichkeit, Angemessenheit und Verhältnismässigkeit geprüft zu haben;
- Auszug vom Konkursmassekonto zum Stichtag der Schlussrechnung;
- Aufstellung der prognostizierten Kosten bis zum Verfahrensabschluss (Rückstellungen).

Es können Rückstellungen für die prognostizierten Kosten bis zum Abschluss des Verfahrens sowie für die Archivierung nach Verfahrensschluss gebildet werden.

Referenz:
3018-T-2-49715

6. Verfahrensabschluss

Zusätzlich zu den Anforderungen aus Art. 58 BIV-FINMA enthält der Schlussbericht:

- Eine Bestätigung des Konkursliquidators, alle Vermögenswerte der Konkursmasse verwertet, abgetreten oder auf eine Verwertung verzichtet zu haben;
- Belege über die Verwendung der gemäss Schlussrechnung vorhandenen Konkursmasse (Kontoauszüge);
- Belege über die Saldierung sämtlicher Massekonten;
- Informationen über die Archivierung der Verfahrens- und Geschäftsakten (inkl. Ortsangaben);
- eine tabellarische Verfahrensübersicht und Auflistungen zu den nicht ausbezahlten Dividenden, den nicht abgesonderten Depotwerten und den ausgestellten Verlustscheinen als Beilagen.

Anhang B: Weitere Pflichten des Liquidators

Referenz:
3018-T-2-49715

In einem von der FINMA eröffneten Zwangsliquidationsverfahren (insbesondere nach Art 37 FINMAG i.V.m. Art. 23^{quinqüies} Abs. 1 BankG, Art. 66 FINIG, Art. 134 und 135 Abs. 1 KAG, Art. 52 VAG, Art. 87 FinfraG) sind die zivilrechtlichen Vorgaben zur ordentlichen Liquidation, die übrigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen und die statutarischen Vorschriften zu beachten. In Liquidationsverfahren ist der FINMA insbesondere Folgendes vorzulegen:

1. Berichterstattung

1.1 Liquidationsplan

Innert einem Monat ab Anordnung des Liquidationsverfahrens ist ein Liquidationsplan zu erstellen. Dieser stellt den Ablauf der Liquidation dar unter Angabe der Haupt- und Zwischenschritte, des Zeithorizonts der einzelnen Schritte und der geschätzten Kosten.

Zum Liquidationsplan ist eine Stellungnahme des Verwaltungsrats bzw. der Geschäftsleitung einzuholen. Danach ist der Liquidationsplan zunächst der Gesellschafterversammlung zu unterbreiten und anschliessend der FINMA vorzulegen.

1.2 Sachstandsberichte

Der Sachstandsbericht informiert kurz über den Verfahrensablauf. Er enthält Zahlen zu den Aktiven und Passiven (fortgeschriebene Rechnungslegung). Die Passiven sind zumindest nach Alt- und Neu-Verbindlichkeiten sowie Honorarkosten des Liquidators auszuweisen. Er gibt einen Ausblick auf die künftigen Verfahrensschritte und enthält Anmerkungen zur Einhaltung bzw. Abweichung von der Verfahrensplanung.

Die Beauftragten sind nur bei Zustimmung der FINMA von der Pflicht zur Berichterstattung entbunden. Die Pflicht endet mit Einreichung der Schlussbilanz.

1.3 Mitteilungen an die Verfahrensbeteiligten

2. Rechnungslegung

Dem Liquidator obliegt die Rechnungslegung und die Anzeige eines allfälligen Konkursgrundes. Vorzulegen sind:

- Letzte Bilanz vor Anordnung der Zwangsliquidation;
- Eröffnungsbilanz zum Stichtag der Auflösung;

- jährliche Zwischenbilanzen;
- Schlussbilanz.

Referenz:
3018-T-2-49715

Die Rechnungslegung ist laufend zu ergänzen. Die Eröffnungsbilanz ist innert vier Wochen nach Anordnung der Liquidation zu erstellen. Die Bilanzen sind von der Revisionsstelle zu prüfen und der Gesellschafterversammlung zu unterbreiten.

3. Verfahrensabschluss

Zusammen mit der Schlussbilanz sind folgende Dokumente einzureichen:

- Honorarrechnungen (soweit noch nicht eingereicht);
- Bestätigung des Liquidators, die Ausgaben für beigezogene Dritte auf Wirtschaftlichkeit, Angemessenheit und Verhältnismässigkeit geprüft zu haben;
- Auszug vom Liquidationskonto zum Stichtag der Schlussbilanz;
- Bestätigung der Revisionsstelle über die Durchführung des Schuldenspruchs, die Wahrung des Gläubigerschutzes, die ordnungsgemässe Handhabung der geltend gemachten Forderungen, die Verteilung und über fehlende Einwände gegen die Löschung des Beaufsichtigten;
- allfällige Bestätigung nach Art. 745 Abs. 3 OR.

Nach Freigabe durch die FINMA ist die Schlussbilanz der Gesellschafterversammlung zu unterbreiten.

Zusätzlich zum summarischen Bericht über den Verlauf des Verfahrens enthält der Schlussbericht:

- Eine Bestätigung des Liquidators, die Liquidation vollständig durchgeführt zu haben;
- Belege über die Verwendung der gemäss Schlussbilanz vorhandenen liquiden Mittel;
- eine Auflistung zu den erfolgten Hinterlegungen;
- Belege über die Saldierung sämtlicher Liquidationskonten;
- Informationen über die Archivierung der Verfahrens- und Geschäftsakten (inkl. Ortsangabe);
- Lösungsbestätigung des Handelsregisters.