

Quirin Meier

## Rechtsschutz gegen den Untersuchungsbeauftragten im Finanzmarktrecht

---

Die Einsetzung und die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten der FINMA können für eine Beaufsichtigte wesentliche Eingriffe in ihre Rechtsposition zur Folge haben, wie bspw. die Übertragung der Geschäftsführung auf den Untersuchungsbeauftragten. In diesem Beitrag wird der Rechtsschutz sowohl gegen die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten – d.h. gegen die Einsetzungsverfügung selbst – als auch gegen die unmittelbare Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten dargestellt. Der Schwerpunkt liegt auf der Frage, ob bei Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten die Beaufsichtigte eine Verfügung i.S.v. Art. 25a VwVG verlangen kann.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge  
Rechtsgebiete: Kapitalmarktrecht; Aufsichtsrecht

Zitiervorschlag: Quirin Meier, Rechtsschutz gegen den Untersuchungsbeauftragten im Finanzmarktrecht, in: Jusletter 15. März 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Rechtsschutz gegen die Einsetzungsverfügung
  - 2.1. Allgemeines
  - 2.2. Rechtsschutz gegen die Einsetzungsverfügung der FINMA
3. Rechtsschutz gegen Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten
  - 3.1. Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten
    - 3.1.1. Allgemeines
    - 3.1.2. Abklärungstätigkeiten
      - 3.1.2.1. Aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt
      - 3.1.2.2. Berichterstattung
    - 3.1.3. Überwachungstätigkeiten
    - 3.1.4. Eingriffstätigkeiten
    - 3.1.5. Insolvenzrechtliche Schutzmassnahmen
  - 3.2. Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten als Realakt
  - 3.3. Rechtsschutz über Art. 25a VwVG
  - 3.4. Verhältnis zur Staatshaftung
4. Schlussbetrachtung

### 1. Einleitung

[1] Verfügt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA über Hinweise auf Verstösse gegen das Aufsichtsrecht<sup>1</sup>, geht sie diesen nach und trifft jene Massnahmen, die zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands erforderlich sind (vgl. Art. 31 Abs. 1 FINMAG). Wo notwendig, setzt die FINMA das Aufsichtsrecht mit verwaltungsrechtlichen Zwangsmitteln durch. Sie hat dabei primär die Ziele, die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte zu erhalten und den Schutz von Gläubigern, Anlegern und Versicherten sicherzustellen (Art. 4 FINMAG<sup>2</sup>).<sup>3</sup>

[2] Das FINMAG stellt der FINMA im Rahmen der zwangsweisen Durchsetzung des Finanzmarktrechts im sog. Enforcementverfahren<sup>4</sup> verschiedene Aufsichtsinstrumente zur Verfügung.<sup>5</sup> Die Aufsichtsinstrumente sind die «Werkzeuge», mit denen die FINMA die Einhaltung der gesetzlichen Gebote und Verbote, die sich aus den Finanzmarktgesetzen ergeben, durchsetzt.<sup>6</sup> Der in Art. 36 FINMAG geregelte Untersuchungsbeauftragte<sup>7</sup> ist das von der FINMA gegen juristi-

---

<sup>1</sup> Vgl. die Aufzählung der Finanzmarktgesetze in Art. 1 Abs. 1 FINMAG, deren Einhaltung von der FINMA beaufsichtigt werden.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

<sup>3</sup> BSK FINMAG – WINZELER, Art. 5 N 3 ff., in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK FINMAG – BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

<sup>4</sup> Für die Begrifflichkeit des *Finanzmarktenforcement* vgl. grundlegend URS ZULAUF/DAVID WYSS/KATHRIN TANNER/MICHEL KÄHR/CLAUDIA FRITSCHÉ/PATRIC EYMANN/FRITZ AMMANN, Finanzmarktenforcement, Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 2. Aufl., Bern 2014, S. 18 f.

<sup>5</sup> Art. 24 ff. FINMAG.

<sup>6</sup> ANDREAS ABEGG/HARALD BÄRTSCHI/ANDREAS DIETRICH, Prinzipien des Finanzmarktrechts – Einführung in das Finanzmarktrecht mit Repetitionsfragen und Fällen samt Lösungen sowie Literaturübersicht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 374.

<sup>7</sup> Art. 36 FINMAG entspricht dem altrechtlichen aArt. 23<sup>quater</sup> BankG (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 [Bankgesetz, BankG; SR 952.0]), der bis zum 31. Dezember 2008 in Kraft war. Das Regime zu der altrechtlichen Regelung hat weiterhin Geltung, auch wenn der persönliche Anwendungsbereich mit Art. 36 FINMAG ausgeweitet wurde.

sche Personen am häufigsten eingesetzte Aufsichtsinstrument.<sup>8</sup> Der Untersuchungsbeauftragte ist eine unabhängige, fachkundige natürliche oder juristische Person, die von der FINMA beauftragt wird, bei einer Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder die von der FINMA angeordneten aufsichtsrechtlichen Massnahmen zu überwachen oder umzusetzen.<sup>9</sup> Zu den Beaufsichtigten zählen gemäss Art. 3 FINMAG jene Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung durch die FINMA benötigen (lit. a) sowie die kollektiven Kapitalanlagen (lit. b).<sup>10</sup>

[3] Wird von der FINMA ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt, entsteht ein Dreiparteienverhältnis – FINMA, Untersuchungsbeauftragter, Beaufsichtigte – und der Untersuchungsbeauftragte wirkt in dieser Konstellation als verlängerter Arm der FINMA. Die Tätigkeit eines Untersuchungsbeauftragten wirkt gegenüber der Beaufsichtigten hoheitlich und kann ggf. stark in deren Rechtsposition eingreifen. In vorliegendem Beitrag stellt der Autor dar, auf welche Weise die Beaufsichtigte gegen den Untersuchungsbeauftragten Rechtsschutz erlangen kann. Nach der Einleitung (1.) wird der Rechtsschutz gegen die Einsetzungsverfügung der FINMA beleuchtet (2.). Anschliessend wird der Rechtsschutz gegen die faktische Vornahme von Massnahmen durch den Untersuchungsbeauftragten beschrieben und insbesondere die Frage aufgenommen, ob von der FINMA verlangt werden kann, eine Verfügung i.S.v. Art. 25a VwVG<sup>11</sup> für diese faktische Vornahme zu erlassen (3.). Dazu werden summarisch die Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten aufgezeigt (3.1.), die Anwendbarkeit des VwVG auf den Untersuchungsbeauftragten selbst analysiert (3.2.), der Rechtsschutz gemäss Art. 25a VwVG gegen Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten beleuchtet (3.3.) und das Verhältnis zur Staatshaftung erörtert (3.4.). Der Beitrag schliesst mit einer Schlussbetrachtung, in der die wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst werden (4.).

## 2. Rechtsschutz gegen die Einsetzungsverfügung

### 2.1. Allgemeines

[4] Ein Vorgehen der Beaufsichtigten gegen die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten kann verschiedentlich motiviert sein. Für die Beaufsichtigte droht durch das Untersuchungsmandat namentlich:

- die Übernahme von erheblichen Mandatskosten (vgl. Art. 36 Abs. 4 FINMAG);<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Im Jahr 2017 wurden 16 und im Jahr 2018 13 Untersuchungsbeauftragte gemäss Art. 36 FINMAG von der FINMA beauftragt, Enforcementbericht 2018 der FINMA vom 4. April 2019, S. 38, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/{-}/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20190404-finma-jahresbericht-2018.pdf?la=de&hash=BF4D82A6DFC65B632D97913BBE53347189D1AEAB>, alle Websites zuletzt besucht am 28. Januar 2021; PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. NOBEL, Finanzmarktrecht), § 5 N 184.

<sup>9</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 193; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen 2010, S. 107 ff.

<sup>10</sup> Nachfolgend wird einfach von der Beaufsichtigten gesprochen. Es wird in diesem Beitrag der *Genus Femininum* verwendet, da es sich bei den Beaufsichtigten i.d.R. um juristische Personen handelt.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>12</sup> Nach gefestigter Rechtsprechung hat die Beaufsichtigte gar die Kosten des Untersuchungsbeauftragten zu tragen, wenn sich der Anfangsverdacht der FINMA nicht erhärtet, vgl. m.w.H. auf die Rechtsprechung BSK FINMAG – MAUERNBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 73a f.

- eine relevante Störung des Geschäftsbetriebs, wenn dem Untersuchungsbeauftragten Eingriffskompetenz zugestanden wird;<sup>13</sup>
- und durch die Publikation des Untersuchungsmandats<sup>14</sup> ein Imageverlust.<sup>15</sup>

[5] Diese negativen Auswirkungen können auch im Falle eines für die Beaufichtigte positiven Ausgangs des Untersuchungsmandats schwer wiegen.<sup>16</sup> Weiter besteht auch die Möglichkeit, dass später der Rechtsschutz gegen die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten verwehrt bleibt, da diese nur noch eine Vollzugshandlung der Einsetzungsverfügung darstellt, worauf in diesem Beitrag noch zurückzukommen sein wird.<sup>17</sup>

[6] Auf das Verwaltungsverfahren vor der FINMA finden die Bestimmungen des VwVG Anwendung (Art. 53 FINMAG). Diese Anwendbarkeit des VwVG erstreckt sich auch auf die unter dem Begriff des Finanzmarktenforcements zusammengefasste zwangsweise Durchsetzung des Finanzmarktrechts.<sup>18</sup> Folglich verfügt die FINMA die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VwVG.<sup>19</sup> Bei der Eröffnung und Begründung ihrer Verfügungen hat die FINMA den Anforderungen von Art. 34 bis Art. 38 VwVG zu genügen, d.h. die Verfügung ist schriftlich und individuell zu eröffnen, zu begründen und sie ist als solche zu bezeichnen.<sup>20</sup>

[7] Der Untersuchungsbeauftragte ist (neben der Beaufichtigten) Verfügungsadressat der Einsetzungsverfügung; in Bezug auf den Untersuchungsbeauftragten handelt es sich bei dieser Einsetzungsverfügung um eine mitwirkungsbedürftige Verfügung,<sup>21</sup> d.h. für den Erlass der Verfügung ist die Zustimmung des Untersuchungsbeauftragten vorausgesetzt.<sup>22</sup> Eine Einsetzungsverfügung beinhaltet:

- die Person des Untersuchungsbeauftragten;
- den Inhalt des Untersuchungsauftrags;

---

<sup>13</sup> Art. 36 Abs. 2 Satz 2 FINMAG. Dazu auch oben 1.

<sup>14</sup> Wird ein Untersuchungsbeauftragter mit Organkompetenz ausgestattet, wird dies nicht nur im Handelsregister, sondern auch im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert (Art. 931 OR). Dabei handelt es sich nicht um eine Publikation i.S.v. Art. 34 FINMAG, die nur bei Schlussverfügungen möglich ist und für die eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht verlangt ist. Vgl. THOMAS JUTZI, Unternehmenspublizität – Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Habil. Bern 2017, N 1185; THOMAS ISELI, Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA: Bundesgericht setzt Grenzen beim «naming and shaming», in: Jusletter 17. Oktober 2011, N 6 und 17 ff. m.w.H.

<sup>15</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 244.

<sup>16</sup> Entscheid des BGer 2A.179/2001 vom 31. Mai 2001, E.1.b.cc; BGE 137 II 284, E.4.2.7; BVGer B-6886/2015 vom 21. März 2016, E.1.3.

<sup>17</sup> Siehe unten 3.3.

<sup>18</sup> BSK FINMAG – LIEBRECHT (FN 3), Art. 53 N 1.

<sup>19</sup> Entscheid des BVGer B-1645/2019 vom 11. Juni 2019, E.1.1 und 3; LUKAS MÜLLER/JULIA HAAS/NATALIE STAUBER, FINMA-Enforcement gegen natürliche Personen – Ausgewählte prozessuale Aspekte aus der Praxis, in: GesKR 3/2019, S. 388–407, S. 401.

<sup>20</sup> BSK FINMAG – LIEBRECHT (FN 3), Art. 53 N 49 und 63 f.; es kann sich aber auch bei fehlender Bezeichnung als «Verfügung» um eine solche handeln. Vgl. dazu den Entscheid des BVGer B-5877/2011 vom 16. Februar 2012, E.1.1.

<sup>21</sup> Wegleitung – Zur ordnungsgemässen Mandatserfüllung für FINMA-Beauftragte vom 28. November 2013 (Stand 1. Januar 2020) (zit. Wegleitung FINMA), S. 4, abrufbar unter: [https://finma.ch/de/{-}/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/5finma/beauftragte/wl\\_mandatserfuellung\\_beauftragte.pdf?la=de](https://finma.ch/de/{-}/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/5finma/beauftragte/wl_mandatserfuellung_beauftragte.pdf?la=de); BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 13a.

<sup>22</sup> Daher wird die FINMA den Verfügungsinhalt vorgängig mit dem Untersuchungsbeauftragten auch abstimmen. TERLINDEN (FN 9), S. 233 f.; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 13a.

- ggf. ob und in welchem Umfang der Untersuchungsbeauftragte an Stelle der Organe der Beaufsichtigten handeln darf;
- ggf. die Ermächtigung des Untersuchungsbeauftragten, von der Beaufsichtigten Kostenvorschüsse zu verlangen.<sup>23</sup>

[8] Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass im Zeitpunkt der Einsetzung eine Verletzung des Aufsichtsrechts vorliegt und bekannt ist. Vielmehr genügen objektive Anhaltspunkte, die auf eine derartige Verletzung hindeuten.<sup>24</sup> Bestehen solche objektive Anhaltspunkte, eröffnet die FINMA ein Verfahren (Art. 30 FINMAG) und der Enforcementausschuss der FINMA bzw. der durch diesen ermächtigte Leiter «Enforcement» kann über eine Einsetzung entscheiden.<sup>25</sup> Die Einsetzung muss den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips genügen.<sup>26</sup> Namentlich hat die FINMA bei ihrer Prüfung die Interessenlage der Beaufsichtigten zu berücksichtigen.<sup>27</sup> Für ihren Entscheid verfügt die FINMA über ein sog. «technisches Ermessen». Das bedeutet, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Rechtsmittelverfahren nach der sog. «Ohne-Not-Praxis» nur sehr zurückhaltend dieses Ermessen überprüft, da «die Rechtsanwendung technische Probleme und Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist»<sup>28</sup>, als das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz.<sup>29</sup> Weiter ist der «aufsichtsrechtlich relevante Sachverhalt» gemäss Art. 36 Abs. 1 FINMAG ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der FINMA ein zusätzliches Ermessen zukommt.<sup>30</sup>

[9] Die Einsetzungsverfügung eines Untersuchungsbeauftragten erfolgt überwiegend als vorsorgliche Massnahme und die FINMA erlässt diese in Form einer superprovisorischen Verfügung als Zwischenentscheid (Zwischenverfügung).<sup>31</sup> Das Mandat beginnt bei einer superprovisorischen Einsetzung unabhängig von einem allfällig ergriffenen Rechtsmittel. Mit einem raschen (super-

<sup>23</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 234 f.; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 56.

<sup>24</sup> BGE 137 II 284, E.4.2; BGE 130 II 351, E.2.2; ZULAUF et al. (FN 4), S. 147; PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, FN 1531; MARTIN LANZ, Finanzmarkt: Aufsichtsregime, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 19–30, N 1.78.

<sup>25</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 56.

<sup>26</sup> Die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten muss die mildeste geeignete Massnahme sein – eine Sicherheitsleistung nach Art. 31 Abs. 2 FINMAG darf nicht genügen, um eine Verletzung des Aufsichtsrechts abzuwenden.

<sup>27</sup> BGE 137 II 284, E.4.2.1; BGE 126 II 111, E.5b/bb.

<sup>28</sup> Entscheid des BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010, E.5.1.

<sup>29</sup> Siehe dazu auch PETER NOBEL, Auskunftsrechte und «technisches Ermessen» der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK), in: recht 1985 Heft 2, S. 53–57 (zit. NOBEL, technisches Ermessen), *passim*; ausführlich für die Mandatierung eines Untersuchungsbeauftragten MANUEL BLATTER, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA – Ausgewählte Aspekte in der Institutsaufsicht und in Unterstellungssachen, Diss. Zürich 2019, S. 225 ff.

<sup>30</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 220 m.w.H.; zum unbestimmten Rechtsbegriff statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 413 ff.

<sup>31</sup> BGE 137 II 284, E.4.2.4; URS BERTSCHINGER, Zur Untersuchung von Effektenstransaktionen durch die Aufsichtsbehörde – ein Beitrag zum Untersuchungsbeauftragten nach den Finanzmarktgesetzen, in: Nedim P. Vogt/Eric Supp/Dieter Dubs (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht – Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2008, S. 21–35, S. 23; BLATTER (FN 29), S. 49; TERLINDEN (FN 9), S. 248; DAVID WYSS, Finanzmarktenforcement der FINMA: Die Instrumente und ihr Einsatz in der Praxis, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, SBT 2014, Basel 2014, S. 84–139, S. 123.

provisorischen) Vorgehen wird vornehmlich den Gläubiger- und Anlegerinteressen Rechnung getragen.<sup>32</sup>

## 2.2. Rechtsschutz gegen die Einsetzungsverfügung der FINMA

[10] Grundsätzlich können Verfügungen der FINMA nach Art. 44 VwVG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.<sup>33</sup> Auch gegen die Verfügung auf Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten steht der Beaufichtigten eine Beschwerdemöglichkeit an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 31 VGG<sup>34</sup>).<sup>35</sup> Diese Zwischenverfügung i.S.v. Art. 46 VwVG ist unter den Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 VwVG beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar:<sup>36</sup> Wenn die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten einen «nicht wiedergutzumachenden Nachteil» bewirken kann, ist gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG i.V.m. Art. 33 lit. e VGG innert 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung (Art. 50 Abs. 1 VwVG) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht möglich.<sup>37</sup> Ein hinreichender «nicht wieder gutzumachender Nachteil» wird auch bei der Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten, dem in der Verfügung Organkompetenz zuteilwird, regelmässig bejaht.<sup>38</sup> In der Pflicht, die Kosten des Mandats zu übernehmen, besteht nach der von MAURENBRECHER und TERLINDEN richtigerweise vertretenen Auffassung auch ein ausreichender «nicht wieder gutzumachender Nachteil».<sup>39</sup> Weiter kann ein solcher Nachteil in der Gefahr der Beeinträchtigung der Reputation des Finanzinstituts liegen.<sup>40</sup>

[11] Im Fall einer Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten mit einer superprovisorischen Verfügung stellt sich die Frage des Rechtswegs bzw. ob diese direkt am Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann oder ob erst eine Verfügung der FINMA, die nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassen wird, am Bundesverwaltungsgericht anfechtbar ist. Eine direkte Anfechtung von Zwischenverfügungen am Bundesverwaltungsgericht soll im Grundsatz dann möglich sein, wenn das rechtliche Gehör bei der Beschwerdeinstanz vollumfänglich gewährt werden

<sup>32</sup> BGE 132 II 382, E.1; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 79; Beauftragte der EBK – Bericht der Eidg. Bankenkommission vom März 2008, (zit. Bericht EBK), S. 16, abrufbar unter: [https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/aktuell/20080320/20080320\\_02d.pdf](https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/aktuell/20080320/20080320_02d.pdf); TERLINDEN (FN 9), S. 249.

<sup>33</sup> Art. 54 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 31 und 33 lit. e VGG und Art. 5 VwVG; zum Beschwerdeverfahren in FINMA-Angelegenheiten siehe SGHB Finanzmarktrecht I – EGLI, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Barholet/Reto Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht – Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrakturen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. SGHB Finanzmarktrecht I – BEARBEITER/IN, § ... N ...), § 15 *passim*.

<sup>34</sup> Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

<sup>35</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 77 ff.

<sup>36</sup> Anfechtbar sind selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 45 Abs. 1 VwVG), Zwischenverfügungen, die einen «nicht wieder gutzumachenden Nachteil» bewirken können (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG) sowie Zwischenverfügungen, deren Gutheissung sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart wird (Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG). Vgl. auch SGHB Finanzmarktrecht I – EGLI (FN 33), § 15 N 3 f.

<sup>37</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 77. Die FINMA ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit des Bundes (Art. 5 Abs. 1 FINMAG) i.S.v. Art. 33 lit. e VGG.

<sup>38</sup> Für die Organkompetenz des Untersuchungsbeauftragten unten 3.1.4; Entscheid des BGer 2C\_118/2012 vom 29. November 2012, E.2; BLATTER (FN 29), S. 50; BSK FINMAG – LEBRECHT (FN 3), Art. 54 N 7.

<sup>39</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 78; TERLINDEN (FN 9), S. 250.

<sup>40</sup> Entscheid des BVer B-6886/2015 vom 21. März 2016, E.1.3; JEAN-MARC SCHALLER, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts – Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2013, N 807; TERLINDEN (FN 9), S. 249 f.

kann, d.h. wenn diese über eine volle Kognition verfügt.<sup>41</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat eine hinreichende Kognition, lässt eine Anfechtung von superprovisorischen Verfügungen aber in seiner Rechtsprechung nur sehr restriktiv zu.<sup>42</sup> Will eine Beaufichtigte gegen die superprovisorische Einsetzungsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht direkt Beschwerde führen, muss sie nachweisen, dass ihr ein «nicht wieder gutzumachender Nachteil» in dem Sinne droht, dass dieser sich aus dem fehlenden (vorgängig nicht gewährten) rechtlichen Gehör ergibt.<sup>43</sup> Bspw. ist bei einer Rüge der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung mit dem Hintergrund, dass die FINMA ungenügend rasch eine Bestätigung der superprovisorisch verfügten Massnahme erlässt, ein direkter Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht zu gewähren.<sup>44</sup> Sind die Voraussetzungen für eine direkte Anfechtung beim Bundesverwaltungsgericht nicht erfüllt, gewährt die FINMA nach Erlass der superprovisorischen Verfügung der Beaufichtigten das rechtliche Gehör und bestätigt entweder die Verfügung – und hält damit am eingesetzten Untersuchungsbeauftragten fest – oder verzichtet auf eine Weiterführung. Hält die FINMA am Mandat fest, so erlässt sie eine unter den Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 VwVG am Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Zwischenverfügung.<sup>45</sup> Für ein Vorgehen gegen die superprovisorische Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten ist von der Beaufichtigten sorgfältig zu prüfen, ob ein genügend schwerwiegender «nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil» droht. Dadurch bestimmt sich, ob sich die Beaufichtigte direkt an das Bundesverwaltungsgericht oder an die FINMA zu wenden hat.

[12] Gelangt die Beaufichtigte an das Bundesverwaltungsgericht, überprüft dieses, sofern es eintritt – unabhängig davon, ob es sich um eine direkte Anfechtung handelt – die Voraussetzungen der Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten. Ob diese Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesverwaltungsgericht (und ggf. auch das Bundesgericht)<sup>46</sup> frei überprüft.<sup>47</sup> Durch die Beaufichtigte gerügt werden kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 49 lit. a VwVG); im Unterschied zum Verfahren vor dem Bundesgericht kann vor dem Bundesverwaltungsgericht auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts (Art. 49 lit. b VwVG) und die Unangemessenheit (Art. 49 lit. c VwVG) uneingeschränkt gerügt werden.<sup>48</sup> Wo die Grenze zwischen

<sup>41</sup> BGE 137 II 284, E.4.2.4; siehe auch grundlegend und ablehnend PK VwVG – WALDMANN/BICKEL, in: Bernhard Waldmann/Philipp Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. PK VwVG – BEARBEITER/IN, Art. ... N ...), Art. 30 N 77; mit speziellem Bezug auf das Finanzmarktenforcement BLATTER (FN 29), S. 50 ff.

<sup>42</sup> Entscheid des BVer B-7038/2009 vom 20. November 2009, E.1.13 f.; Entscheid des BVer B-6886/2015 vom 21. März 2016, E.1.3; vgl. für eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu dieser Frage BLATTER (FN 29), S. 51 f.

<sup>43</sup> BLATTER (FN 29), S. 50.

<sup>44</sup> Entscheid des BVer B-7038/2009 vom 20. November 2009, E.1.12 ff.; Entscheid des BVer B-6886/2015 vom 21. März 2016, E.1.3; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 79.

<sup>45</sup> Entscheid des BVer B-7038/2009 vom 20. November 2009, E.1.12 ff.; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 79.

<sup>46</sup> Das Bundesgericht verfügt nach Art. 95 BGG (Bundesgesetz über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]) nicht über eine volle Kognition.

<sup>47</sup> NOBEL, technisches Ermessen (FN 29), S. 55.

<sup>48</sup> Bei der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht handelt es sich um ein vollkommenes Rechtsmittel. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 1031; SGHB Finanzmarktrecht I – EGLI (FN 33), § 15 N 16 ff.; Dike-Kommentar VwVG – SCHINDLER, Art. 49 N 24 ff., in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), VwVG Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Dike-Kommentar VwVG – BEARBEITER/IN, Art. ... N ...). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrun-

der Rüge der Unangemessenheit und des Ermessensmissbrauchs zu ziehen ist – im Besonderen bei einem Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip –, ist im Einzelfall schwierig zu bestimmen.<sup>49</sup> Da die Voraussetzungen für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten relativ niederschwellig sind, wird sich eine Beaufichtigte in der Beschwerde gegen die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten am häufigsten auf die Unangemessenheit der Massnahme berufen oder eine Überschreitung bzw. ein Missbrauch des Ermessens geltend machen. Sprich die Beaufichtigte wird vorbringen, dass eine andere, weniger stark in die Rechtsposition der Beaufichtigten eingreifende Massnahme der FINMA ausreichen würde, um den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht weicht indessen – wie bereits erwähnt – nach der «ohne-Not-Praxis» nur mit starker Zurückhaltung von Ermessensentscheiden der mit Spezialwissen ausgestatteten Vorinstanz ab.<sup>50</sup>

### 3. Rechtsschutz gegen Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten

#### 3.1. Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten

[13] Nachstehend werden die häufigsten Tätigkeiten eines Untersuchungsbeauftragten summarisch erörtert; die Darstellung hat allerdings keinen Anspruch auf Vollständigkeit.<sup>51</sup>

##### 3.1.1. Allgemeines

[14] Die FINMA legt in der Einsetzungsverfügung fest, mit welchen Kompetenzen der Untersuchungsbeauftragte ausgestattet wird. Bei der Wahl der Aufträge kommt der FINMA als fachkundige Behörde ein weiter Ermessensspielraum zu; zudem besteht kein *numerus clausus* der möglichen Aufträge.<sup>52</sup> Art. 36 Abs. 1 FINMAG nennt beispielhaft zwei Aufträge des Untersuchungsbeauftragten: (i) Die Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts und (ii) die Umsetzung einer von der FINMA angeordneten Massnahme.<sup>53</sup> Eine weitere gesetzliche Normierung eines Auftrags findet sich im BankG: Nach Art. 25 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG kann der Untersuchungsbeauftragte als bankeninsolvenzrechtliche Schutzmassnahme eingesetzt werden.<sup>54</sup>

---

de, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG) und in der Beschwerde kann lediglich die offensichtlich unrichtige oder rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 97 Abs. 1 BGG); siehe BSK BGG – Schott, Art. 97 N 6 ff., in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG – BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

<sup>49</sup> Entscheid des BVGer C-7314/2014 vom 30. März 2015, E. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 48), N 1048; Dike-Kommentar VwVG – SCHINDLER (FN 48), Art. 49 N 38.

<sup>50</sup> KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 48), N 1050 ff. insb. N 1052; BSK FINMAG – LEBRECHT (FN 3), Art. 54 N 20; ZULAUF et al. (FN 4), S. 326 f. m.H.a. Entscheid des BVGer B-5272/2009 vom 30. November 2010; grundlegend zu der richterlichen Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts BLATTER (FN 29), S. 60 ff. und zum technischen Ermessen S. 73 ff.; SGHB Finanzmarktrecht I – EGLI (FN 33), § 15 N 21 m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts; vgl. auch PK VwVG – ZIBUNG/HOFSTETTER (FN 41), Art. 49 N 3 und 45 ff.; Dike-Kommentar VwVG – SCHINDLER (FN 48), Art. 49 N 32 ff.

<sup>51</sup> Für eine umfassende Darstellung der Tätigkeiten siehe TERLINDEN (FN 9), S. 137 ff.

<sup>52</sup> BERTSCHINGER (FN 31), S. 25; TERLINDEN (FN 9), S. 219; WYSS (FN 31), S. 122.

<sup>53</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 25.

<sup>54</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 137 ff.; WYSS (FN 31), S. 122; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002 8060 ff., 8074.



[15] Stellt der Untersuchungsbeauftragte fest, dass eine erforderliche Massnahme nicht durch die Einsetzungsverfügung gedeckt ist, so hat er bei der FINMA eine Ergänzung der Einsetzungsverfügung zu verlangen. Änderungen der Einsetzungsverfügung müssen wie die ursprüngliche Einsetzung in der Form einer Verfügung erlassen werden und der Untersuchungsbeauftragte darf diese Massnahme erst nach Erlass der Ergänzungsverfügung, der die aufschiebende Wirkung (üblicherweise) entzogen wird (Art. 55 Abs. 2 VwVG), vornehmen.<sup>55</sup>

### 3.1.2. Abklärungstätigkeiten

#### 3.1.2.1. Aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt

[16] Hat die FINMA einen Anfangsverdacht, dass bei einer Beaufsichtigten ein Verstoss gegen die Finanzmarktgesetze vorliegt, insofern ein aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt gegeben ist, kann sie einen Untersuchungsbeauftragten mit der Abklärung desselben beauftragen.<sup>56</sup> Das Prinzip der Verhältnismässigkeit verlangt, dass der Aufklärungsbedarf nicht durch eine mildere Massnahme aufgelöst werden kann.<sup>57</sup> Zeigt sich bspw. im Verhalten der Beaufsichtigten, die vermutlich gegen ein Finanzmarktgesetz verstösst, dass sie nicht bereit ist der FINMA die nötigen Unterlagen i.S.v. Art. 29 Abs. 1 FINMAG auszuhändigen, kann das für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit einem Aufklärungsmandat genügen.<sup>58</sup>

[17] Der Anfangsverdacht der FINMA soll durch die Abklärung des Untersuchungsbeauftragten veri- oder falsifiziert werden.<sup>59</sup> Dabei stehen hauptsächlich zwei Varianten im Fokus: Die Konstellation in der ein bewilligtes Institut gegen die aufsichtsrechtliche Rahmenordnung, bspw. durch Verletzung von Organisationspflichten, verstösst und die (häufigere) Konstellation, in der ein Unternehmen (oder eine natürliche Person) eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt, ohne über die hierfür notwendige Bewilligung zu verfügen.<sup>60</sup> Aus der Abklärungstätigkeit soll neben der objektiven Aufklärung des Sachverhalts eine Entscheidungsgrundlage für die FINMA für das weitere Verfahren resultieren, auf der weitere Massnahmen angeordnet werden können oder eine verfahrensabschliessende Verfügung erlassen werden kann.<sup>61</sup>

[18] Damit ein Untersuchungsbeauftragter mit einer Abklärung mandatiert werden kann, ist kumulativ vorausgesetzt, dass (i) ein (mindestens Verdacht) unklarer aufsichtsrechtlich relevanter Sachverhalt besteht, den es durch eine Vor-Ort-Kontrolle zu bereinigen gilt und dass (ii) von einer Erheblichkeit des Missstandes auszugehen ist, sodass die Einsetzung verhältnismässig er-

---

<sup>55</sup> Wegleitung FINMA (FN 21), S. 5; WYSS (FN 31), S. 122; BERTSCHINGER (FN 31), S. 22; vgl. auch TERLINDEN (FN 9), S. 155.

<sup>56</sup> BGE 137 II 284, E.4.2.1; FINMA, FINMA-Beauftragte: Ein wichtiges Instrument in der Aufsicht und zur Rechtsdurchsetzung, (Stand 1. Januar 2019), abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/{-}/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/20160317-fb-beauftragte-de.pdf?la=de> (zit. FINMA Faktenblatt), S. 1; BERTSCHINGER (FN 31), S. 22 f.; WYSS (FN 31), S. 122.

<sup>57</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 16; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 30), N 514 ff.

<sup>58</sup> BGE 126 II 111, E.4/b; TERLINDEN (FN 9), S. 140.

<sup>59</sup> UMUT AKDAS, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA, in: Jusletter 8. Juni 2009, S. 5; SUSAN EMMENEGGER, Die Haftung der EBK-Beauftragten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Bankhaftungsrecht – SBT 2006, Basel/Genf/München 2006, S. 1–53, S. 6; NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 203; TERLINDEN (FN 9), S. 139 f.

<sup>60</sup> AKDAS (FN 59), S. 5; BERTSCHINGER (FN 31), S. 22 f.; EMMENEGGER (FN 59), S. 4 f. m.w.H.; URS ZULAUF/HANS KUHN, Finanzmarktrecht – in a Nutshell, 2. Aufl., Zürich 2021, S. 224.

<sup>61</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 14 m.H.a. Entscheid des BVGer B-4772/2017 vom 19. Dezember 2017, E.4.1 und Entscheid des BGER 2C\_122/2018 vom 2. April 2019, E.2.1.

scheint.<sup>62</sup> Um einer Kollusionsgefahr bei der Beaufsichtigten vorzubeugen, wird die FINMA den Untersuchungsbeauftragten i.d.R. superprovisorisch mit der Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts beauftragen.<sup>63</sup> Erhärtet sich der Anfangsverdacht der FINMA nicht, ist das Abklärungsmandat des Untersuchungsbeauftragten aufzuheben.<sup>64</sup>

### 3.1.2.2. Berichterstattung

[19] Der Untersuchungsbeauftragte hat der FINMA zum Abschluss und ggf. während seiner Abklärungstätigkeit Bericht zu erstatten. In seinem Bericht hält der Untersuchungsbeauftragte seine Erkenntnisse und allenfalls den Verlauf des Mandats fest. Die Berichterstattung des Untersuchungsbeauftragten hat «kurz, präzise und aussagekräftig» zu sein.<sup>65</sup> Ob lediglich ein einziger Abschlussbericht oder regelmässige sog. «Sachstandsberichte»<sup>66</sup> zu erstellen sind, ergibt sich aus der Einsetzungsverfügung und/oder den Anweisungen der FINMA.<sup>67</sup> Die inhaltliche Ausgestaltung der Berichterstattung ist vom abzuklärenden Sachverhalt abhängig und soll sowohl belastende als auch entlastende Sachverhaltsfeststellungen enthalten.<sup>68</sup> Die Erkenntnisse aus dem Untersuchungsbericht werden von der FINMA als Beweismittel gewürdigt und nicht unbesehen als Grundlage für weitere Massnahmen verwendet. Der Untersuchungsbeauftragte ist entsprechend angehalten, die im Bericht getätigten Aussagen mit Nachweisen zu unterlegen.<sup>69</sup> Prozessual ist der Untersuchungsbericht des Untersuchungsbeauftragten als Sachverständigengutachten nach Art. 12 lit. e VwVG zu qualifizieren.<sup>70</sup> Der Beweiswert einer Aussage im Untersuchungsbericht, die nicht mit weiteren Beweismitteln bekräftigt ist, entspricht dem einer Parteibeauptung.<sup>71</sup> Die FINMA entscheidet über weitere Massnahmen basierend auf dem Bericht und den dazugehörigen Belegen.<sup>72</sup> Im Bericht ist es dem Untersuchungsbeauftragten nur erlaubt, sich zu Fragen des Sachverhalts zu äussern. Die rechtliche Würdigung ist der FINMA bzw. den Gerichten vorbehalten.<sup>73</sup>

---

<sup>62</sup> BGE 137 II 284, E.4.2.1; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 14.

<sup>63</sup> BERTSCHINGER (FN 31), S. 23.

<sup>64</sup> Bericht EBK (FN 32), S. 19; AKDAS (FN 59), S. 5; dies ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, an das die FINMA in ihren Verfahren gebunden ist (Art. 42 VwVG).

<sup>65</sup> Wegleitung FINMA (FN 21), S. 11.

<sup>66</sup> Siehe Wegleitung FINMA (FN 21), S. 11.

<sup>67</sup> BERTSCHINGER (FN 31), S. 30; EMMENEGGER (FN 59), S. 21 ff.; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 24.

<sup>68</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 204; ZULAUF et al. (FN 4), S. 50; die FINMA kann in der Einsetzungsverfügung gewisse Vorgaben für die Berichterstattung machen.

<sup>69</sup> ZULAUF/KUHN (FN 60), S. 225; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 22 f.

<sup>70</sup> Entscheid des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2006, E.3; Bericht EBK (FN 32), S. 23; MÜLLER/HAAAS/STAUBER (FN 19), S. 395; ZULAUF et al. (FN 4), S. 149.

<sup>71</sup> Entscheid des BVer B-2474/2007 vom 4. Dezember 2007, E.4.2.2; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 22.

<sup>72</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 22; ZULAUF et al. (FN 4), S. 149.

<sup>73</sup> BGE 130 II 351, E.3.3.3 m.H.a. Entscheid des BGer 5A.20/2003 vom 22. Januar 2004, E.2.1; Entscheid des BGer 2A.332/2006 vom 6. März 2007, E.3; statt vieler Entscheid des BVer B-789/2011 vom 2. September 2013, E.2.1; vgl. auch Bericht EBK (FN 32), S. 23; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 18; Wegleitung FINMA (FN 21), S. 11; NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 205; ZULAUF et al. (FN 4), S. 149; vgl. allgemein für Gutachten von Sachverständigen nach Art. 12 lit. e VwVG: Dike-Kommentar VwVG – AUER/BINDER (FN 48), Art. 12 N 61.

### 3.1.3. Überwachungstätigkeiten

[20] Die FINMA sorgt dafür, dass bei einer Verletzung eines Finanzmarktgesetzes der ordnungsgemässe Zustand wiederhergestellt wird (Art. 31 Abs. 1 FINMAG). Dazu ordnet sie eine oder mehrere Massnahmen (Art. 32 ff. FINMAG) an.<sup>74</sup> Der Untersuchungsbeauftragte kann mit der Überwachung der Einhaltung dieser Massnahmen beauftragt werden (Art. 36 Abs. 1 FINMAG), wobei für die Überwachung auch ein Prüfbeauftragter nach Art. 24a FINMAG mandatiert werden kann.<sup>75</sup> Bei der Mandatierung mit Überwachungstätigkeiten ist der Untersuchungsbeauftragte mit der Kontrolle des korrekten Vollzugs der Massnahmen beauftragt und nicht mit deren Ausführung bzw. Umsetzung,<sup>76</sup> d.h. dem Untersuchungsbeauftragten werden in der Einsetzungsverfügung nur beobachtende Kompetenzen zugeordnet.

[21] Die reine Überwachungstätigkeit durch den Untersuchungsbeauftragten eignet sich in jenen Situationen, in denen der aufsichtsrechtliche Sachverhalt aufgeklärt ist und die notwendigen Massnahmen identifiziert und angeordnet sind. Die entsprechenden Massnahmen werden von der FINMA in Verfügungen angeordnet, denen meist gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG die aufschiebende Wirkung entzogen wurde. Weiter darf keine oder nur eine geringe Gefahr für Gläubiger- bzw. Anlegerinteressen bestehen.<sup>77</sup> Dem Untersuchungsbeauftragten ist, abgesehen von einer anderslautenden Regelung in der Einsetzungsverfügung, nur eine beobachtende Rolle zugeteilt. Erkennt der Untersuchungsbeauftragte bei seiner Überwachungstätigkeit einen spezifischen Handlungsbedarf, hat er die FINMA um eine Ergänzung der Einsetzungsverfügung oder um den Erlass von ergänzenden Massnahmen zu ersuchen.<sup>78</sup>

### 3.1.4. Eingriffstätigkeiten

[22] Eine Eingriffstätigkeit des Untersuchungsbeauftragten ist in Art. 36 Abs. 2 FINMAG vorgesehen. Der Untersuchungsbeauftragte wird durch die FINMA ermächtigt, an Stelle der Organe der Beaufsichtigten Handlungen vorzunehmen. In der Einsetzungsverfügung ist anzugeben, welche Handlungen der Untersuchungsbeauftragte vornehmen darf und der Umfang dieser Handlungskompetenzen ist festzuhalten.<sup>79</sup> Die Ermächtigung erstreckt sich i.d.R. auf die Entscheidungsgewalt über sämtliche Aktivitäten der Beaufsichtigten und namentlich auch auf im Ausland liegende Vermögenswerte.<sup>80</sup> Dem Untersuchungsbeauftragten dürfen aber nicht Kompetenzen, die über gesellschaftsrechtliche Kompetenzen eines Exekutivorgans hinausgehen, übertragen werden.<sup>81</sup> Üblicherweise erteilt die FINMA dem Untersuchungsbeauftragten Handlungsmacht über sämtliche Geschäftsaktivitäten der Beaufsichtigten i.S.v. Organbefugnissen und entzieht ggf. den bisherigen Organen die Zeichnungsberechtigung; in anderen Worten: der Untersuchungsbeauf-

---

<sup>74</sup> BSK FINMAG –PELLANDA/KOPP (FN 3), Art. 31 N 1.

<sup>75</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 209; ZULAUF/KUHN (FN 60), S. 224; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 25; TERLINDEN (FN 9), S. 152 ff.

<sup>76</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 153; NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 210.

<sup>77</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 26.

<sup>78</sup> BERTSCHINGER (FN 31), S. 22; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 13.

<sup>79</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 155.

<sup>80</sup> Bericht EBK (FN 32), S. 20; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 28 und 68.

<sup>81</sup> Bericht EBK (FN 32), S. 20; EMMENEGGER (FN 59), S. 6; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 27.

tragte tritt vollumfänglich an die Stelle der Organe der Beaufsichtigten.<sup>82</sup> Alternativ zur Ausstattung des Untersuchungsbeauftragten mit umfassender Organkompetenz kann die FINMA auch spezifische Kompetenzen anhand eines differenzierten Kompetenzkatalogs zuteilen.<sup>83</sup> Ist in einem solchen Fall eine Handlung angezeigt, die nicht vom Kompetenzkatalog in der Einsetzungsverfügung gedeckt ist, hat der Untersuchungsbeauftragte die FINMA um eine Ergänzung der Einsetzungsverfügung zu ersuchen.<sup>84</sup>

[23] Erteilt die FINMA dem Untersuchungsbeauftragten Organkompetenzen, wird das Handelsregisteramt von der FINMA angewiesen, den Untersuchungsbeauftragten mit den erteilten Kompetenzen in das Handelsregister einzutragen und ggf. die bisherigen Zeichnungsberechtigten zu streichen – es kann auch die Zeichnungsberechtigung der Organe eingeschränkt werden (bspw. Kollektivzeichnungsberechtigung zusammen mit dem Untersuchungsbeauftragten).<sup>85</sup> Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit Organkompetenz wird ausserdem im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publiziert.<sup>86</sup> Die Eintragung im Handelsregister hat rein deklaratorische Wirkung, sie ist nicht Voraussetzung für das Tätigwerden des Untersuchungsbeauftragten.<sup>87</sup>

### 3.1.5. Insolvenzzrechtliche Schutzmassnahmen

[24] Im Rahmen von Insolvenzverfahren setzt die FINMA den Untersuchungsbeauftragten als Schutzmassnahme ein (Art. 26 Abs. 1 lit. b BankG). Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat,<sup>88</sup> oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist nicht, kann die FINMA gestützt auf Art. 25 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 26 Abs. 2 lit. b BankG einen Untersuchungsbeauftragten für den Schutz der Gläubiger einsetzen. Das Ziel der Mandatierung liegt in der Abklärung der finanziellen Lage des Finanzinstitutes und dem Eruiieren der notwendigen Massnahmen.<sup>89</sup>

[25] Zusammen mit weiteren Schutzmassnahmen kommt dem Untersuchungsbeauftragten namentlich die Aufgabe zu, den Gläubigerschutz und die Gleichbehandlung der Gläubiger sicherzustellen.<sup>90</sup> Der Untersuchungsbeauftragte ist die zentrale Schutzmassnahme im Bankeninsolvenzverfahren und wird immer dann eingesetzt, wenn die finanzielle Lage der Bank unüber-

<sup>82</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 28; WYSS (FN 31), S. 123.

<sup>83</sup> Bericht EBK (FN 32), S. 20; EMMENEGGER (FN 59), S. 6; NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 213; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 28.

<sup>84</sup> BERTSCHINGER (FN 31), S. 22 FN 5; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 13 und N 31.

<sup>85</sup> SHK HRegV-CHAMPEAUX, Art. 119 N 20, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV) – Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2013.

<sup>86</sup> FINMA Faktenblatt (FN 56), S. 2; vgl. Art. 931 OR.

<sup>87</sup> ZULAUF et al. (FN 4), S. 149; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 67; TERLINDEN (FN 9), S. 323 f.

<sup>88</sup> Das BankG beschäftigt sich im elften Abschnitt mit Massnahmen bei der sog. «Insolvenzgefahr» und sieht in Art. 25 Abs. 1 lit. a BankG vor, dass bei begründeter Besorgnis der Überschuldung oder bei ernsthaften Liquiditätsproblemen Massnahmen ergriffen werden können. Vgl. für eine Auseinandersetzung mit diesen Begriffen BSK BankG – HAAS/BAUER, Art. 26 N 15 ff. und N 21 ff., in: Rolf Watter/Nedim P. Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzler (Hrsg.), Basler Kommentar Bankgesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG – BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

<sup>89</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 214.

<sup>90</sup> URS PULVER/BERTRAND G. SCHOTT, Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, in: Thomas, Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 237–291, insb. S. 247 f.

sichtlich ist und einer Abklärung bedarf.<sup>91</sup> Die FINMA kann den Untersuchungsbeauftragten zusätzlich zu den Schutzaufgaben auch ermächtigen in die Geschäftstätigkeit einzugreifen.<sup>92</sup> So kann neben der Abberufung von bisherigen Organen dem Untersuchungsbeauftragten die Geschäftsführung (und damit meist die ganze Geschäftstätigkeit) übertragen werden oder die Vertretungsbefugnis der Organe so eingeschränkt werden, dass sie nur noch zusammen mit dem Untersuchungsbeauftragten für die Beaufsichtigte gültig zeichnen können.<sup>93</sup>

### 3.2. Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten als Realakt

[26] Das Verfahren der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG (Art. 53 FINMAG) und die FINMA verfügt i.S.v. Art. 5 VwVG.<sup>94</sup> Das Verwaltungshandeln der FINMA im Enforcementverfahren ist i.d.R. Eingriffsverwaltung und hoheitlicher Natur.<sup>95</sup> Für die Frage, wann ein Handeln hoheitlich ist, werden an verschiedene Kriterien angeknüpft. Zum einen wird darauf abgestellt, ob sich der Verwaltungsakt auf eine öffentlich-rechtliche Regelung stützt. Andererseits wird daran angeknüpft, ob der unmittelbare Akt der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe dient.<sup>96</sup> Schliesslich wird ein Handeln als hoheitlich qualifiziert, wenn eine Behörde gegenüber dem Privaten einseitig und übergeordnet auftritt; also ein Subordinationsverhältnis besteht.<sup>97</sup>

[27] Obwohl das VwVG im Grundsatz für das Verfahren vor der FINMA Anwendung findet (Art. 53 FINMAG), differenziert das Bundesgericht für den Untersuchungsbeauftragten und räumt für seine Tätigkeiten der Regelung von Art. 36 FINMAG Vorrang (als *lex specialis*) vor Art. 53 FINMAG ein. Das Bundesgericht kommt daher zum Schluss, dass das VwVG nicht direkt auf den Untersuchungsbeauftragten anwendbar ist.<sup>98</sup> Es vertritt die Ansicht, dass der Untersuchungsbeauftragte informell handelt und insbesondere nicht gestützt auf Bundesrecht i.S.v. Art. 5 VwVG verfügen kann.<sup>99</sup> Problematisch an dieser Rechtsprechung ist, dass das wohl informelle Handeln des Untersuchungsbeauftragten für die Beaufsichtigten faktisch hoheitlichen Charakter hat.<sup>100</sup> Als Beispiel ist an eine Beaufsichtigte zu denken, für die von der FINMA ein Untersuchungsbeauftragter mit Organkompetenz eingesetzt wird und gleichzeitig die FINMA den bisherigen Organen die Zeichnungsbefugnis entzieht. Unter diesen Umständen kann nur noch der Untersuchungsbeauftragte für die Beaufsichtigte handeln; hier ist der zwingende und hoheitliche Charakter der Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten augenfällig.

---

<sup>91</sup> PULVER/SCHOTT (FN 91), S. 249.

<sup>92</sup> BSK BankG – HESS (FN 89), Art. 26 N 21; für die Modalitäten der Erteilung von Geschäftsführungsbefugnissen gilt das oben ausgeführte 3.1.4.

<sup>93</sup> PULVER/SCHOTT (FN 91), S. 250 f.

<sup>94</sup> ZULAUF et al. (FN 4), S. 19.

<sup>95</sup> BLATTER (FN 29), S. 14; ZULAUF et al. (FN 4), S. 20 f.; URS ZULAUF, Finanzmarktenforcement – Verfahren der FINMA, in: GesKR 4/2009, S. 46–52, S. 46; BSK FINMAG – LEBRECHT (FN 3), Art. 53 N 1; PETER V. KUNZ, Wirtschaftsrecht – Grundlagen und Beobachtungen, Bern 2019, § 3 N 182 f.; DOMINIC CHRISTOPH SCHOPF, Kundenschutz im Aufsichtsrecht, in: recht 2/2020, S. 118–136, S. 123.

<sup>96</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 30), N 29 m.w.H. auf weitere Autoren.

<sup>97</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 30), N 28 ff. und N 855 f.; Dike Kommentar VwVG – MÜLLER (FN 48), Art. 5 N 32 ff.; PK VwVG – UHLMANN (FN 41), Art. 5 N 21.

<sup>98</sup> BGE 130 II 351, E.3.3.2; Entscheid des BVGer B-642/2016 vom 11. Juni 2018, E.3.3; vgl. auch für den altrechtlichen Beobachter aArt. 23<sup>quater</sup> BankG; Bericht EBK (FN 32), S. 22.

<sup>99</sup> BGE 130 II 341, E.3.3.2.

<sup>100</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht (FN 8), § 5 N 200; TERLINDEN (FN 9), S. 315; HÄNNI/STÖCKLI (FN 24), N 1.78.

[28] Der Untersuchungsbeauftragte, der von der FINMA mit einer Tätigkeit mandatiert wird, steht der Beauftragten als verlängerter Arm der FINMA gegenüber. Für die Beaufsichtigte ist irrelevant, ob die FINMA selbst oder der Untersuchungsbeauftragte die Tätigkeit vornimmt, insofern ist auch das von der FINMA delegierte Handeln des Untersuchungsbeauftragten einseitig sowie übergeordnet und damit hoheitlich.<sup>101</sup> Der Untersuchungsbeauftragte ist «Vollzugsgehilfe» der FINMA und nimmt öffentliche, hoheitliche Handlungen im Auftrag der FINMA vor, die generell unter den Begriff des Verfahrens i.S.v. Art. 53 FINMAG fallen und zwingende Wirkung für die Beaufsichtigte haben können.<sup>102</sup> Als Teil dieses Verfahrens handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung bei Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten um verfügungsfreies Verwaltungshandeln; das auf eine Veränderung der Aussenwelt gerichtet ist.<sup>103</sup> Nach richtiger Auffassung von TERLINDEN müssen nach Art. 53 FINMAG die Bestimmungen des VwVG auf das hoheitliche verfügungsfreie Verwaltungshandeln des Untersuchungsbeauftragten anwendbar sein.<sup>104</sup> Hoheitliches Verwaltungshandeln, das nicht auf die Regelung von Rechten und Pflichten ausgerichtet ist – daher auch nicht in einer Verfügung ergeht –, aber einen Taterfolg bei einer verwaltungsexternen Dritten herbeiführt, ist ein Realakt.<sup>105</sup> Realakte werden entweder als Handlungen, «die nicht in den Rechtsnormen wie Verfügung, Vertrag, Plan oder Erlass ergehen»<sup>106</sup> oder als «alle Verwaltungsmassnahmen, die unmittelbar nur einen Taterfolg herbeiführen sollen»<sup>107</sup> definiert. Die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten ist nicht Verfügungshandeln, hat aber als Tätigkeit die bei der Beaufsichtigten einen Taterfolg herbeiführt als Realakt zu gelten. In anderen Worten: der Untersuchungsbeauftragte verfügt nicht selbst, seine Tätigkeiten sind aber als verfügungsfreies eingreifendes Verwaltungshandeln gegen verwaltungsexterne Dritte als Realakte Teil des Verfahrens der FINMA.<sup>108</sup>

### 3.3. Rechtsschutz über Art. 25a VwVG

[29] Da der Untersuchungsbeauftragte nicht verfügungsbefugt ist und es daher bei seinem Tätigwerden an einem tauglichen Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 44 VwVG fehlt, kann die Beaufsichtigte

---

<sup>101</sup> Entscheid des BVGer B-5644/2012 vom 4. November 2014, E.2.3; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 7 und 66; ZULAUF et al. (FN 4), S. 150.

<sup>102</sup> Auch die FINMA weist auf den zwingenden Charakter der verfügungsfreien Handlungen des Untersuchungsbeauftragten hin: Wegleitung FINMA (FN 21), S. 12. ZULAUF et al. (FN 4), S. 150; SCHALLER (FN 40), N 807; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 66; MÜLLER/HAAAS/STAUBER (FN 19), S. 395.

<sup>103</sup> So auch TERLINDEN (FN 9), S. 122; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 66; ABEGG/BÄRTSCHI (FN 6), N 386; für eine Darstellung des Wirkungsbereichs des Begriffs des «verfügungsfreien Verwaltungshandelns» vgl. Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 6 f.

<sup>104</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 318 f.; LANZ (FN 24), N 1.78; ähnlich ZULAUF et al. (FN 4), S. 150. Für den Rechtsschutz gegen Realakte siehe sogleich 3.3.

<sup>105</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 30), N 1408 f.; PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 6. Teilweise wird auch offener alles «verfügungsfreies Verwaltungshandeln» und damit auch verwaltungsinterne Anordnungen wie Dienstbefehle als Realakte definiert; Dike Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 6 f. m.w.H. auf die Rechtsprechung.

<sup>106</sup> RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht – Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014, N 1286; so auch Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 7.

<sup>107</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 38 N 1; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 30), N 847 und 1408; PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 6; alle m.w.H. und Beispielen.

<sup>108</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 122; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 66.

gegen die Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten nicht direkt Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht führen. Wie soeben ausgeführt sind die Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten Realakte.<sup>109</sup>

[30] In Art. 25a VwVG ist die Verfügung über Realakte geregelt. Art. 25a VwVG ermöglicht den Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln, das nicht in der Form einer Verfügung ergeht, aber auf das Erzielen einer faktischen Veränderung in der Aussenwelt gerichtet ist.<sup>110</sup> Gestützt auf Art. 25a Abs. 1 VwVG kann jemand, der ein schutzwürdiges Interesse hat, verlangen, dass eine widerrechtliche Handlung unterlassen, eingestellt oder widerrufen wird (lit. a), die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt werden (lit. b) oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen festgehalten wird (lit. c). Weiter setzt ein Begehren nach Art. 25a VwVG voraus, dass sich der in Frage kommende Realakt auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Der Rechtssuchende hat sich dabei an die für die Handlung zuständige Behörde zu wenden (Art. 25a Abs. 1 VwVG).

[31] Die Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten sind als Realakte zum Verwaltungsbereich der FINMA zu zählen.<sup>111</sup> Die FINMA selbst gehört zu den autonomen eidgenössischen Anstalten oder Betrieben (Art. 1 Abs. 2 lit. c VwVG) und stützt sich als Verwaltungsbehörde des Bundes auf Bundesrecht und wendet auch solches an.<sup>112</sup> Die Voraussetzungen des Art. 25a VwVG sind nach der hier vertretenen Auffassung erfüllt: Die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten ist ein Realakt, der sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt. Die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten gehört zum Verfahren der FINMA, d.h. eine Beaufichtigte kann von der FINMA eine Verfügung i.S.v. Art. 25a VwVG verlangen.<sup>113</sup> Die Beaufichtigte hat an die FINMA zu gelangen und nicht an den Untersuchungsbeauftragten, da der FINMA die Verfügungskompetenz zukommt – sie ist entscheidungszuständig.<sup>114</sup> Die FINMA muss das Begehren der Beaufichtigten durch eine Verfügung (Art. 5 Abs. 1 VwVG) beantworten. Diese Verfügung kann auf Nichteintreten, Abweisen oder (teilweises) Gutheissen lauten und ihr hat ein Verwaltungsverfahren i.S.v. Art. 7 ff. VwVG voranzugehen, in dem die Gesuchstellerin Parteistellung<sup>115</sup> und Mitwirkungsrechte hat.<sup>116</sup> Der Gesuchstellerin ist in diesem Verfahren auch Akteneinsicht (vgl. Art. 26 VwVG) zu gewähren und sie kann Beweisanträge (vgl. Art. 33 Abs. 1 VwVG) stellen.<sup>117</sup>

[32] Rechtsschutz nach Art. 25a VwVG wird gewährt, wenn ein Eingriff in die persönliche Rechtssphäre durch einen Realakt resultiert. Die persönliche Rechtssphäre ergibt sich im Kontext von

---

<sup>109</sup> Siehe soeben 3.2.

<sup>110</sup> MARIANNE TSCHOPP-CHRISTEN, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Diss. Zürich 2009, S. 1; PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 6.

<sup>111</sup> Siehe oben 3.2.; für Unterlassungen im Allgemeinen: Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 14

<sup>112</sup> Art. 5 Abs. 1 FINMAG; siehe auch Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 39; BSK FINMAG – LEBRECHT (FN 3), Art. 53 N 1.

<sup>113</sup> Gl. M. TERLINDEN (FN 9), S. 122 f.; LANZ (FN 24), N 1.78; aber a.A. BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 79a, wobei sich die Autoren auf einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts beziehen (Entscheid des BVerG B.6749/2014 vom 17. Februar 2016, E. 27), in dem die Anwendbarkeit von Art. 25a VwVG aber nicht thematisiert wurde.

<sup>114</sup> TERLINDEN (FN 9), S. 123; ENRICO RIVA, Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte – Überlegungen zu Art. 25a VwVG, in: SJZ 103/2007, S. 337–347, 345 f.; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 40.

<sup>115</sup> Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berührt, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG).

<sup>116</sup> Insbesondere ist ihr das rechtliche Gehör nach Massgabe von Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 bis 33 VwVG zu gewähren; RIVA (FN 116), S. 346; RHINOW et al. (FN 107), N 1299, für das rechtliche Gehör N 309 ff.

<sup>117</sup> Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 51.

Art. 25a VwVG aus Grundrechten und anderen Rechtstiteln.<sup>118</sup> Der Eingriff in die Rechtssphäre entspricht funktional dem Anfechtungsobjekt nach Art. 44 VwVG.<sup>119</sup> Das in Art. 25a Abs. 1 VwVG vorausgesetzte «schutzwürdige Interesse» ist gleich zu verstehen wie in den übrigen Bestimmungen des VwVG.<sup>120</sup> Verlangt ist ein Sondernachteil und ein aktuelles sowie praktisches Interesse tatsächlicher oder rechtlicher Natur.<sup>121</sup> Art. 25a VwVG soll nicht ein Rechtsmittel schaffen für Handlungen, die auf Zwischenverfügungen beruhen, aber keinen «nicht wiedergutzumachenden Nachteil» verursachen. Daher muss das «schutzwürdige Interesse» nach Art. 25a VwVG dem «nicht wiedergutzumachenden Nachteil» entsprechen.<sup>122</sup> In Bezug auf den Untersuchungsbeauftragten ist zu berücksichtigen, dass dieser mit einer Verfügung der FINMA eingesetzt wird. Für Handlungen, die in der Einsetzungsverfügung klar und erkennbar sind, entfällt demnach ein schutzwürdiges Interesse.<sup>123</sup> Für diese ist ein genügender Rechtsschutz mit der Anfechtung der Einsetzungsverfügung selbst gegeben – es wird auch von der Subsidiarität des Rechtsschutzes von Art. 25a VwVG gesprochen.<sup>124</sup>

[33] Wie sich aus Art. 25a Abs. 1 lit. a – lit. c VwVG ergibt, muss der Realakt materiell widerrechtlich sein.<sup>125</sup> Diese Widerrechtlichkeit ist nicht Eintretensvoraussetzung, sondern eine materiellrechtliche Frage, die in der materiellen Prüfung mit einer umfänglichen Abklärung der Rechtmässigkeit der Handlung des Untersuchungsbeauftragten zu prüfen ist.<sup>126</sup> Die Prüfung der Widerrechtlichkeit ist eine umfassende Prüfung. Dies bedeutet, dass jede (Bundes-)Rechtswidrigkeit zu einer Widerrechtlichkeit führt, sonach auch jeder formelle und materielle Mangel zu beanstanden ist.<sup>127</sup> Die blossе Unangemessenheit kann nicht gerügt werden.<sup>128</sup> Die Widerrechtlichkeit von Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten müssen in einem Abweichen von der Einsetzungsverfügung liegen: d.h. entweder eine Handlung ist nicht in der Einsetzungsverfügung vorgesehen, der Untersuchungsbeauftragte nimmt die Handlung nicht mit der gehörigen Sorgfalt vor oder er unterlässt eine gebotene Handlung. Ist die Widerrechtlichkeit bereits in der Einsetzungsverfügung angelegt, ist die Einsetzungsverfügung selbst anzufechten, denn die Tätigkeit ist in diesem Fall eine Vollstreckungshandlung, die durch eine anfechtbare Verfügung gedeckt

<sup>118</sup> BGE 144 II 233, E.7.3.1; vgl. auch Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 20 ff.

<sup>119</sup> JULIAN-IVAN BERIGER/ANDREAS GLASER, Rechtsschutz gegen Realakte: Bundesgericht schafft Klarheit, in: SJZ 111/2015, S. 169–176, S. 174; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 22 m.w.H.

<sup>120</sup> BERIGER/GLASER (FN 121), S. 174; MICHAEL BEUSCH/ANDRÉ W. MOSER/LORENZ KNEUBÜHLER, Ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, in: ZBl 109/2008, S. 1–39, S. 9; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 48), N 370.

<sup>121</sup> Nach dem Bundesgericht kann auf die Rechtsprechung zur Beschwerdebefugnis abgestellt werden: BGE 144 II 233, E.7.2; BGE 140 II 315, E.4.2.

<sup>122</sup> BGE 136 V 156, E.4.3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 48), N 371.

<sup>123</sup> BGE 140 II 315, E.3.1 m.w.H.; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 32.

<sup>124</sup> KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 48), N 370; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 32; für die Anfechtung der Einsetzungsverfügung siehe oben 2.2.

<sup>125</sup> TSCHOPP-CHRISTEN (FN 112), S. 148; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 42; RIVA (FN 116), S. 342; RHINOW et al. (FN 107), N 1298.

<sup>126</sup> Die Widerrechtlichkeit ist in den lit. a–c des Art. 25a Abs. 1 VwVG genannt und nicht im Vorspann von Abs. 1. PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 13 und 52.

<sup>127</sup> Es ist nicht der engere Begriff der Widerrechtlichkeit im Staatshaftungsrecht massgebend. TSCHOPP-CHRISTEN (FN 112), S. 148; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 42; PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 13

<sup>128</sup> SGHB Finanzmarktrecht – EGLI (FN 33), § 15 N 7; PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 13; für den Begriff der Unangemessenheit vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 108), § 26 N 14.



ist.<sup>129</sup> Geht die FINMA davon aus, dass keine widerrechtliche Handlung des Untersuchungsbeauftragten vorliegt, das Verhalten des Untersuchungsbeauftragten aus der Sicht der FINMA in der Einsetzungsverfügung vorgesehen ist, hat sie das Gesuch mit einer Verfügung abzuweisen (Art. 25a Abs. 2 VwVG).

### 3.4. Verhältnis zur Staatshaftung

[34] Die Haftung der FINMA, ihrer Organe, ihres Personals sowie der von ihr Beauftragten richtet sich nach dem VG<sup>130</sup> (Art. 19 FINMAG). Auch eine nachträgliche finanzielle Verantwortlichkeit des Untersuchungsbeauftragten der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des VG.<sup>131</sup> Aus Art. 19 FINMAG geht lediglich hervor, dass die Staatshaftung zur Anwendung gelangt. Ob die FINMA oder Untersuchungsbeauftragte Haftungssubjekte sind, lässt sich dieser Bestimmung nicht entnehmen.<sup>132</sup> Unter der Haftungsordnung des VG werden selbständige Organisationen direkt haftbar gemacht (Art. 19 VG). Handelt es sich beim Untersuchungsbeauftragten um eine Organisation mit finanzieller Autonomie i.S.v. Art. 19 Abs. 1 VG, so haftet dieser direkt als Haftungssubjekt und der Bund übernimmt (nur) eine Ausfallhaftung (Art. 19 Abs. 1 lit. a Satz 2 VG).<sup>133</sup> Für die allermeisten Untersuchungsbeauftragten wird dies der Fall sein, da es sich überwiegend um juristische Personen handelt.<sup>134</sup> Ist der Untersuchungsbeauftragte eine natürliche Person, ist der Bund ausschliesslich Haftungssubjekt. Die Haftung des Bundes ergibt sich in diesem Fall aus Art. 1 Abs. 1 lit. f VG.<sup>135</sup>

[35] «Eine Haftung [des Untersuchungsbeauftragten] besteht mithin dann, wenn der Beauftragte Vorschriften oder Weisungen missachtet, die ihm übertragenen Aufgaben unsorgfältig wahrnimmt bzw. pflichtwidrig wahrzunehmen unterlässt oder die Schranken der ihm übertragenen Aufgaben und Kompetenzen überschreitet.»<sup>136</sup> Ist das Verhalten des Untersuchungsbeauftragten durch die Einsetzungsverfügung gedeckt, haftet die FINMA – falls nicht der Untersuchungsbeauftragte selbst oder der Bund haftet.<sup>137</sup> Die Haftung des Untersuchungsbeauftragten ergibt sich direkt aus dem Abweichen von der Einsetzungsverfügung, d.h. eine Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch die Verfügung gedeckt ist.<sup>138</sup> Hält sich der Untersuchungsbeauftragte an die Vorgaben, die die FINMA in der Einsetzungsverfügung

---

<sup>129</sup> Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 32; siehe auch oben 3.2.

<sup>130</sup> Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32).

<sup>131</sup> Siehe vertiefend für die Haftung des Untersuchungsbeauftragten TERLINDEN (FN 9), S. 355 ff.

<sup>132</sup> BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 36; HaftpflichtKomm – BÄRTSCHI, Art. 19 FINMAG N 1, in: Willi Fischer/Thierry Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016 (zit. HaftpflichtKomm – BEARBEITER/IN, Art. ... N ...).

<sup>133</sup> BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 38; HaftpflichtKomm – BÄRTSCHI (FN 134), Art. 19 FINMAG N 6 und 15; TERLINDEN (FN 9), S. 357 erwähnt eine Ausfallhaftung der FINMA, dies kann m.E. aber nicht aus Art. 19 Abs. 1 lit. a VG abgeleitet werden.

<sup>134</sup> Siehe die FINMA-Kandidatenliste, abrufbar unter: [https://www.finma.ch/de/{-}/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/5finma/beauftragte/publikationsliste\\_beauftragte.pdf?la=de](https://www.finma.ch/de/{-}/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/5finma/beauftragte/publikationsliste_beauftragte.pdf?la=de).

<sup>135</sup> Siehe m.w.H. BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 39.

<sup>136</sup> Entscheid des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017, E.7.2.3; siehe auch BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 42; TERLINDEN (FN 9), S. 381.

<sup>137</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 81 f.

<sup>138</sup> BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 42; HaftpflichtKomm – BÄRTSCHI (FN 134), Art. 19 FINMAG N 11.

aufgestellt hat, und setzt er diese sorgfältig um, entfällt eine Haftung des Untersuchungsbeauftragten nach dem VG. Die geschädigte Beaufsichtigte hat sich ggf. an die FINMA zu halten.<sup>139</sup> Weicht der Untersuchungsbeauftragte von der Einsetzungsverfügung pflichtwidrig ab, setzt er diese unsorgfältig um bzw. bleibt er pflichtwidrig untätig, kann dieses Verhalten widerrechtlich sein und der Untersuchungsbeauftragte verantwortlich werden. Ausgeschlossen ist eine Haftung des Untersuchungsbeauftragten für eine pflichtgemässe Erfüllung der von der FINMA übertragenen Aufgaben. Verursacht die FINMA in wesentlicher Verletzung ihrer Pflichten, bspw. mit der Einsetzung eines sorgfältig handelnden Untersuchungsbeauftragten ohne jeden Anfangsverdacht und erleidet die Beaufsichtigte einen Schaden, ist bestenfalls die FINMA selbst ersatzpflichtig.<sup>140</sup>

[36] Unbeachtlich für eine Haftung des Untersuchungsbeauftragten ist die unter dem Begriff der «Einmaligkeit des Rechtsschutzes» behandelte Einschränkung des Rechtsschutzes über das VG.<sup>141</sup> Die Rechtmässigkeit einer Handlung, die sich auf eine formell rechtskräftige Verfügung stützt, darf in einem Verantwortlichkeitsverfahren nicht hinterfragt werden (Art. 12 VG).<sup>142</sup> Wie oben ausgeführt kann sich eine Haftung des Untersuchungsbeauftragten jedoch nur aus einer Abweichung von der Einsetzungsverfügung ergeben und nicht aus einer Unrechtmässigkeit der Verfügung selbst. Will die Beaufsichtigte einen Schadensausgleich aus der unrechtmässigen Verfügung, hat sie die Verfügung selbst anzufechten und kann gemäss VG Schadenersatz von der FINMA verlangen.<sup>143</sup>

[37] Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG lässt eine Folgenbeseitigung zu. Der ursprüngliche Zustand soll wiederhergestellt werden, soweit dies möglich ist.<sup>144</sup> Fraglich ist, ob eine Staatshaftung einen Anspruch auf Folgenbeseitigung aus Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG ausschliesst. Für die Beaufsichtigte würde dies bedeuten, dass sie mit entstehen des Staatshaftungsanspruchs keinen Rechtsschutz gem. Art. 25a VwVG geltend machen kann. Mithin wäre ein Vorgehen über Art. 25a VwVG nur noch vor tatsächlicher Vornahme der Tätigkeit durch den Untersuchungsbeauftragten möglich. Bei der Folgenbeseitigung i.S.d. Art. 25a VwVG geht es nach h.L. nicht um allgemeine Wiedergutmachung; daher soll ein Anspruch aus Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG neben der Staatshaftung bestehen können. Die Ansprüche aus Art. 25a VwVG und der Staatshaftung verhalten sich kumulativ und nicht subsidiär zueinander.<sup>145</sup> D.h. für den Rechtsschutz gegen den Untersuchungsbeauftragten, dass die in Art. 19 FINMAG und dem VG vorgesehene Staatshaftung ein Vorgehen nach Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG nicht ausschliesst.<sup>146</sup> Die Beaufsichtigte kann alternativ einen Anspruch auf Staatshaftung oder Folgenbeseitigung gem. Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG geltend machen.

<sup>139</sup> Entscheid des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017, E.7.2.3; BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 81a.

<sup>140</sup> BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 42; EMMENEGGER (FN 59), S. 37.

<sup>141</sup> Siehe dazu ausführlich RETO FELLER, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht – Eine Untersuchung zu Art. 12 VG und zur Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung für Rechtsakte, Diss. Bern 2007, insb. S. 144 ff.; HaftpflichtKomm – BÄRTSCHI (FN 134), Art. 19 FINMAG N 8.

<sup>142</sup> FELLER (FN 143), S. 144 ff.; BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 75.

<sup>143</sup> Für die Anfechtung der Verfügung siehe oben 2.2.; BSK FINMAG – BÄRTSCHI (FN 3), Art. 19 N 75 f.

<sup>144</sup> PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 41 ff.

<sup>145</sup> KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (FN 48), N 375; PK VwVG – HÄNER (FN 41), Art. 25a N 43; Dike-Kommentar VwVG – WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (FN 48), Art. 25a N 45; RIVA (FN 116), S. 337; RHINOW et al. (FN 107), N 1292.

<sup>146</sup> So auch TERLINDEN (FN 9), S. 319.

#### 4. Schlussbetrachtung

[38] Die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist eine vielseitig einsetzbare Massnahme der FINMA. Dem Untersuchungsbeauftragten kann eine Vielfalt von Aufgaben in unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen Situationen übertragen werden.<sup>147</sup> Es kann festgestellt werden, dass die gesetzlichen Schranken und Vorgaben für die Mandatierung und die Ausgestaltung der Mandatierung durch die FINMA niederschwellig sind. Gleichwohl kann eine Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten für die Beaufsichtigte gewichtige Einschränkungen oder Nachteile mit sich bringen. Eine Beaufsichtigte, die sich mit der Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten konfrontiert sieht, muss sowohl gegen Einsetzung als auch gegen die Tätigkeiten des Untersuchungsbeauftragten den Rechtsweg beschreiten können.<sup>148</sup>

[39] Die Beaufsichtigte kann Beschwerde gegen die Einsetzungsverfügung führen. Die Einsetzungsverfügung ist eine Zwischenverfügung i.S.d. VwVG und eine Beschwerde ist unter den Voraussetzungen von Art. 46 Abs. 1 VwVG zulässig. Für die Beschwerde wird namentlich ein «nicht wieder gutzumachender Nachteil» verlangt. Dieser ist bei der Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit Organkompetenz regelmässig gegeben. Auch mit der Verpflichtung zur Kostenübernahme kann ein «nicht wieder gutzumachender Nachteil» gegeben sein (Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG). Wird der Untersuchungsbeauftragte als superprovisorische Massnahme eingesetzt, bestimmt sich der Rechtsweg gemäss der Frage, ob ein «nicht wiedergutmachender Nachteil» gegeben ist, der sich aus dem fehlenden vorgängig gewährten rechtlichen Gehör ergibt. Liegt ein solcher vor, kann die Beaufsichtigte direkt Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht führen; andernfalls wird in einem Verfahren bei der FINMA das rechtliche Gehör gewährt und schliesslich eine anfechtbare Verfügung erlassen. Erst diese Verfügung kann am Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten mit voller Kognition. Allerdings auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheidungen der FINMA, die als Fachbehörde über eine grosse Sachkenntnis und Sachnähe verfügt.<sup>149</sup>

[40] Für den Rechtsschutz gegen die unmittelbare Vornahme von Handlungen durch den Untersuchungsbeauftragten muss wie folgt differenziert werden: Der Untersuchungsbeauftragte hat keine Verfügungskompetenz und seine unmittelbaren Tätigkeiten sind gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts keine Verfügungen i.S.d. VwVG. Entsprechend können sie – mangels eines tauglichen Anfechtungsobjekts – nicht direkt angefochten werden. Auch wenn die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten nicht als «Verfügenshandeln» qualifiziert werden kann, ist sie doch verfügensfreies Verwaltungshandeln in der Form von Realakten und gehört zur zwangsweisen Durchsetzung des Aufsichtsrechts.<sup>150</sup> Diese rechtliche Einordnung muss es der Beaufsichtigten nach der hier vertretenen Auffassung erlauben, bei der FINMA, der im Enforcementverfahren die Verfügungskompetenz zukommt und die auch die für die Handlung verantwortliche Behörde ist, eine Verfügung i.S.d. Art. 25a VwVG zu verlangen. Die Beaufsichtigte, die mit einer Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten konfrontiert ist, kann demgemäss an die FINMA gelangen und eine Verfügung über ebendiese Tätigkeit verlangen. Vor-

---

<sup>147</sup> BSK FINMAG – MAURENBRECHER/TERLINDEN (FN 3), Art. 36 N 12 ff. und 38 ff.

<sup>148</sup> Siehe oben 1. und 2.

<sup>149</sup> Siehe oben 2.2.

<sup>150</sup> Siehe oben 3.2.

ausgesetzt ist, dass die Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten widerrechtlich ist. Dies trifft zu, wenn sie nicht von der Einsetzungsverfügung gedeckt ist, d.h. wenn der Untersuchungsbeauftragte eine Handlung vornimmt, zu der ihn die Einsetzungsverfügung nicht ermächtigt, wenn er eine Handlung unterlässt, zu der ihn die Einsetzungsverfügung verpflichtet oder diese Handlung nicht pflichtgemäss ausführt. Die von der FINMA erlassene Verfügung dient dann wiederum als Anfechtungsobjekt im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht.<sup>151</sup>

[41] Nicht gegen jede Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten kann Rechtsschutz gemäss Art. 25a VwVG gewährt werden. Ist die Tätigkeit als Vollstreckungshandlung der Einsetzungsverfügung zu verstehen und die vermeintliche Widerrechtlichkeit in der Einsetzungsverfügung selbst zu verorten, muss sich die Beaufsichtigte an ein Vorgehen gegen die Einsetzungsverfügung halten. Es wird auch von der Subsidiarität des Rechtsschutzes von Art. 25a VwVG gesprochen.<sup>152</sup>

[42] Neben dem Rechtsschutz gegen Realakte kann die Beaufsichtigte den ihr entstandenen Schaden nach den Bestimmungen des VG geltend machen (Art. 19 FINMAG). Handelt es sich beim Untersuchungsbeauftragten um eine juristische Person, ist diese selbst Haftungssubjekt. Ist der Untersuchungsbeauftragte eine natürliche Person, ist die FINMA Haftungssubjekt. Haftungsbe gründend ist – vergleichbar mit dem Rechtsschutz gemäss Art. 25a VwVG – ein zu der Einsetzungsverfügung abweichendes Verhalten. Eine Handlung, die durch die Einsetzungsverfügung gedeckt ist, kann nicht zu einer Haftung des Untersuchungsbeauftragten führen (Art. 12 VG). Der Haftungsanspruch aus VG steht nach h.L. in einer Anspruchskonkurrenz zu dem Anspruch auf Folgenbeseitigung gem. Art. 25a Abs. 1 lit. b VwVG. Der Beaufsichtigten obliegt die Wahl, welchen Anspruch sie geltend machen will.<sup>153</sup>

---

QUIRIN MEIER, MLaw Business Law, Advokat, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern. Der Dank für die kritische Durchsicht dieses Beitrags und für die wertvollen Hinweise bei der Erstellung gilt Herrn Thomas Jutzi, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Herrn Alex Attinger, MLaw, Rechtsanwalt und Herrn Jan Heller, BLaw.

---

<sup>151</sup> Siehe oben 3.3.

<sup>152</sup> Siehe oben 3.3.

<sup>153</sup> Siehe oben 3.4.