



Abteilung II
B-3998/2024

Urteil vom 18. November 2024

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richterin Chiara Piras, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Jil Gehmann.

Parteien

Y. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt
Matthias Kuster,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen,
Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Y. _____ AG, (...) (nachfolgend: Beschwerdeführerin) bezweckt die Erbringung von Finanzdienstleistungen, die Beteiligung an Unternehmen, welche direkt oder indirekt mit diesem Zweck in Zusammenhang stehen sowie den Erwerb, das Halten und Veräussern von Grundstücken.

A.b Mit Verfügung vom 28. Mai 2024 verfügte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber der Beschwerdeführerin die Einsetzung der Z. _____ AG, Zürich, als Untersuchungsbeauftragte (Dispositiv-Ziff. 2), hielt den Umfang sowie die Modalitäten des Auftrags fest (Dispositiv-Ziff. 3 und 5-7) und behielt sich vor, den Auftrag auszuweiten oder einzugrenzen (Dispositiv-Ziff. 4). Der Beschwerdeführerin und ihren Organen wurde unter Strafandrohung nach Art. 45 und 48 FINMAG (zit. in E. 1) einerseits die Pflicht auferlegt, der Untersuchungsbeauftragten sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen; andererseits wurde ihnen untersagt, relevante Unterlagen und Dateien jeglicher Art zu verändern, zu vernichten oder vernichten zu lassen, wobei sie zu einer Vollständigkeitserklärung verpflichtet wurden (Dispositiv-Ziff. 8-10). Die Vorinstanz auferlegte der Beschwerdeführerin die Kosten für die Untersuchung und berechnete die Untersuchungsbeauftragte zur Einforderung von Kostenvorschüssen (Dispositiv-Ziff. 11-13). Die Verfahrenskosten für das Verfahren vor der Vorinstanz wurden zur Hauptsache geschlagen (Dispositiv-Ziff. 14).

Die Vorinstanz erklärte die Dispositiv-Ziffern 2-8, 11-12 und 15 für sofort vollstreckbar und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 15).

B.

Mit Eingabe vom 25. Juni 2024 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter seien die Kosten für die Untersuchungsbeauftragte auf maximal Fr. 40'000.–, und der Stundenansatz auf maximal Fr. 200.– (je exkl. MwSt.) zu beschränken. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie, es sei Ziffer 15 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung der Beschwerde vorsorglich wiederherzustellen.

Dies sei superprovisorisch, eventuell provisorisch zu verfügen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.

C.

C.a Mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2024 hat das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde einstweilen abgewiesen und der Vorinstanz Frist zur Stellungnahme angesetzt.

C.b Mit Eingabe vom 28. Juni 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine Beschwerdeergänzung ein und stellte erneuert – unter Festhalten an den bereits gestellten Rechtsbegehren – den Antrag um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Sie begründet dies damit, dass die Auskunftsbegehren, die anlässlich des Kick-off-Meetings am 28. Juni 2024 von der Untersuchungsbeauftragten gestellt worden sind, unverhältnismässig seien und weit über die in Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung festgelegten Aufträge hinaus gehen würden.

C.c Mit Zwischenverfügung vom 1. Juli 2024 hat das Bundesverwaltungsgericht den sinngemässen Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 26. Juni 2024 abgewiesen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 19. Juli 2024 beantragt die Vorinstanz unter Einreichung der Vorakten die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie die Abweisung der Beschwerde.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 24. Juli 2024 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab, und stellte es der Vorinstanz frei, eine weitere Stellungnahme einzureichen.

F.

Mit Schreiben vom 31. Juli 2024 erklärte die Vorinstanz den Verzicht auf eine weitere Stellungnahme.

G.

Mit Replik vom 4. September 2024 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und reicht weitere Beweismittel ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Die Beschwerde richtet sich gegen eine Zwischenverfügung über vorsorgliche Massnahmen. Gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen kann unter den Voraussetzungen von Art. 45 und 46 VwVG Beschwerde geführt werden. Die vorliegende Zwischenverfügung im Rahmen eines finanzmarktrechtlichen Enforcementverfahrens ist demnach selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. b VwVG, Grundsatz der Prozessökonomie). Mit dem Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils in Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, beinhaltet die im Rahmen einer provisorischen Zwischenverfügung angeordnete Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten regelmässig einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil und gilt als selbständig anfechtbar (Urteil des BVGer B-6886/2015 vom 21. März 2016 E. 1.3).

1.3 Die Beschwerdeführerin hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da die Vorinstanz es unterlassen habe, die «gewichtigen» Anzeichen für eine mögliche Verletzung von Aufsichtsrecht detailliert und nachvollziehbar darzulegen.

2.2 Der Anspruch auf Begründung einer Verfügung stellt einen Teilaspekt von Art. 29 VwVG dar und wird zudem in Art. 35 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 2 VwVG explizit geregelt. Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4, 138 I 232 E. 5.1, 136 I 229 E. 5.2).

2.3 Die Vorinstanz legt in ihrer Verfügung substantiiert dar, aufgrund welchen Sachverhaltes sie zum Schluss gekommen ist, dass gewichtige Anzeichen für eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen der Finanzmarktgesetzgebung vorliegen. Auch die Dichte der Belege zeugt davon, dass sich die Vorinstanz pflichtgemäss mit der Sache auseinandergesetzt hat. Die Beschwerde selbst zeigt denn auch, dass es der Beschwerdeführerin möglich war, die Verfügung in voller Kenntnis der Sache anzufechten. Die Rüge der Beschwerdeführerin geht fehl.

3.

3.1 Die FINMA übt die Aufsicht über den Finanzmarkt nach den Finanzmarktgesetzen, namentlich nach dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015 (FinfraG, SR 958.1), und nach dem FINMAG aus (Art. 6 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 4 FINMAG). Der Finanzmarktaufsicht unterstehen die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen, und die kollektiven Kapitalanlagen, die über eine Bewilligung oder Genehmigung verfügen oder über eine solche verfügen müssen (Art. 3 FINMAG).

3.2 Als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die FINMA die zum Vollzug des Finanzmarktrechts notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften. Zum Aufgabenbereich der FINMA gehört die zur Durchsetzung der in den Finanzmarktgesetzen enthaltenen aufsichtsrechtlichen Bewilligungspflichten und Verboten (Art. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Bei Hinweisen auf Verletzungen von Aufsichtsrecht hat sie die notwendigen Massnahmen zu treffen und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen (Art. 31 FINMAG). Sie ist berechtigt, die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten (oder Personen) einzusetzen, deren Unterstellungs- beziehungsweise Bewilligungspflicht (noch) umstritten ist (BGE 136 II 43 E. 3.1, 135 II 356 E. 3.1). Sie kann nach Art. 36 Abs. 1 FINMAG eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter). Für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten ist nicht erforderlich, dass eine bestimmte Gesetzesverletzung bereits feststeht, sondern es genügt, dass objektive Anhaltspunkte für eine solche sprechen, wobei der Sachverhalt nur durch die Kontrolle vor Ort beziehungsweise durch die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten mit den entsprechenden Befugnissen abschliessend geklärt werden kann (BGE 137 II 284 E. 4.2.1). Der durch die FINMA zu beseitigende Missstand liegt in diesem Verfahrensstadium in der unklaren Ausgangslage, die es zu bereinigen gilt (BGE 132 II 382 E. 4.2). Dabei ist sie an die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze gebunden und die finanzmarktrechtliche Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten muss wegen der damit einhergehenden Konsequenzen verhältnismässig sein (BGE 137 II 284 E. 4.2.1).

4.

4.1 Die Vorinstanz legt der Verfügung folgenden Sachverhalt zugrunde: Für die Beschwerdeführerin sei bei der FINMA seit dem 15. Dezember 2022 ein Gesuch um Bewilligung als unabhängige Vermögensverwalterin pendent. Die Beschwerdeführerin habe per September 2022 über knapp 2'300 Vermögensverwaltungskunden mit einem investierten Vermögen von circa 180 Mio. Fr. verfügt, habe für weitere 22 Mio. Fr. und knapp 540 Kunden Anlageberatung erbracht und habe rund 3'300 aktive Kundenbeziehungen durch den Abschluss von Risiko- und kapitalbildenden Lebensversicherungen sowie durch die Vermittlung von Hypotheken unterhalten.

Aufgrund der gegenwärtigen Informationslage würden sich Hinweise auf personelle, organisatorische und wirtschaftliche Verflechtungen zwischen der X._____ AG, der Beschwerdeführerin und A._____ sowie seinem persönlichen Beziehungsnetz ergeben. Dies werfe Fragen in Bezug auf Interessenkonflikte auf. Der durch die X._____ AG verwaltete Teilfonds XY._____ (nachfolgend: XY.-Fonds) habe zwischen dem 30. Juni und 30. September 2023 mindestens 850 Anteile der Anleihe «V._____ GmbH» und 1000 Anteile der Anleihe «Q._____ GmbH» nach Angaben von A._____ «über den Markt» beziehungsweise «zum gängigen Marktpreis» verkauft. Im gleichen Zeitraum seien die Anteile der Anleihen von der Beschwerdeführerin für ihre Vermögensverwaltungskunden mit der Anlagestrategie «Festverzinsung» «über den Markt» beziehungsweise «zum gängigen Marktpreis» erworben worden. Die von den durch die X._____ AG verwalteten Fonds und die im Rahmen der Vermögensverwaltungsmandate der Beschwerdeführerin gehaltenen Positionen in den festverzinslichen Anlagen würden gemäss den eingereichten Unterlagen hohe Anteile an den Gesamtemissionen der Anleihen aufweisen, wobei der grösste Teil der Anleihen in den Depots der Kundschaft der Beschwerdeführerin liegen würde. Die Beschwerdeführerin habe von den jeweiligen Emittentinnen der Anleihen eine Provision von 2.5% erhalten, wobei diese nicht nur bei der ursprünglichen Investition in die emittierte Anleihe fällig geworden sei, sondern auch bei der Laufzeitverlängerung einer bestehenden Anleihe. Die Vermögensverwaltungsverträge der Beschwerdeführerin würden eine von den Emittentinnen der festverzinslichen Anlagen an die Beschwerdeführerin zu leistende Provision im Umfang von 2.5% der bei der Kundschaft platzierten Volumina vorsehen, wobei die Kundschaft explizit auf deren Weiterleitungen sowie auf eine Diversifikation verzichte. Zudem bestehe der Verdacht, dass Transaktionen zwischen der X._____ AG und der Beschwerdeführerin wider besseres Wissen zum Nachteil der Vermögensverwaltungskunden der Beschwerdeführerin erfolgt seien. Auf ihrer Webseite halte die Beschwerdeführerin unter dem Titel «Festverzinsliche Anlagen» fest, dass die Beschwerdeführerin «besonders im festverzinslichen Bereich [...] interessante grundpfandversicherte Anlagemöglichkeiten mit Wertpapieren von soliden Unternehmen für Immobilienentwicklung und -finanzierung» biete. Die von der Beschwerdeführerin angebotenen festverzinslichen Anleihen seien jedoch nicht als grundpfandgesichert und teilweise zudem als nachrangig zu qualifizieren, zumal die Emittentinnen selbst keine Immobilien in ihrer Bilanz ausweise und die Anleihen vielmehr der Finanzierung von Immobilienprojekten diene. Auf der Webseite der Beschwerdeführerin lasse sich ferner finden, dass die Beschwerdeführerin «unabhängig von Produktanbietern» sei, obwohl sie Produkte der

X._____ AG sowie mit der P._____ GmbH von einer Emittentin vertreibe, die einen engen Bezug zu ihrem Alleininhaber aufweisen würden.

Online würden sich zahlreiche Berichte finden, in welchen meist unter Nennung des Alleinaktionärs der Beschwerdeführerin vor dem Geschäftsgebaren der Beschwerdeführerin (aggressive Verkaufsmethoden, versteckte und überrissene Gebühren, unklare Dokumente, intransparente Risikoaufklärung, hohe Renditeversprechen und schlechte Performance der Anlagen) gewarnt werde.

4.2 Die Vorinstanz äussert damit den Verdacht, dass die Beschwerdeführerin Bestimmungen des Aufsichtsrechts – namentlich Art. 20 Abs 1 Bst. a und b des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (KAG, SR 951.31); Art. 17-18 des Finanzdienstleistungsgesetz vom 15. Juni 2018 (FIDLEG, SR 950.1) verletzt haben könnte. Insbesondere aufgrund der in den letzten Monaten bei den Fonds der X._____ AG erfolgen Umschichtungen von Anlehensanteilen mit fraglicher Werthaltigkeit und Liquidität aus den Fonds in die Depots der Vermögensverwaltungskunden der Beschwerdeführerin scheinere die Werthaltigkeit der Depots der Beschwerdeführerin fraglich. Daher sei das Risiko einer Anlegergefährdung gross. In ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2024 erklärt die Vorinstanz, der Sachverhalt habe sich seit Verfügungserlass gar verschärft. Die Beschwerdeführerin habe am Kick-Off-Meeting mit der Untersuchungsbeauftragten vom 28. Juni 2024 nämlich mitgeteilt, dass ihre finanzielle Lage angespannt sei: Beim letzten, kürzlich erfolgten Finanzabschluss habe man festgestellt, dass die Mindestanforderungen ohne Zuschüsse seitens des Alleinaktionärs nicht hätten eingehalten werden können.

4.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe nie Anlass zu aufsichtsrechtlichen Beanstandungen gegeben. Es habe weder negative Medienberichte noch eine Anzeige von Kunden gegeben. Die verspätete Einreichung eines Jahresabschlusses sei Auslöser der Untersuchung. Es würden mildere Massnahmen existieren, wie beispielsweise die Auskunftspflicht und Meldepflicht, welche die Vorinstanz zur Erfüllung ihrer Aufgabe einsetzen könnte. Die Vorinstanz führe keine Gründe an, weshalb diese weniger einschneidende Massnahme nicht ausreiche, um abzuklären, ob die Beschwerdeführerin ihre aufsichtsrechtlichen Pflichten einhalte. Das Vorgehen verstosse gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, da der Vorinstanz weniger einschneidende und kostenverursachende Massnahmen zur Verfügung gestanden hätten. Dies gelte umso mehr, als keine Anzeichen für eine Gefährdung der Gläubiger- und Anlegerinteressen bestehen würden.

Die Voraussetzungen für die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten seien nicht erfüllt. Es lägen keine objektiven Anhaltspunkte für eine Gesetzesverletzung vor. Die Vorinstanz lege nicht dar, dass der Sachverhalt nur durch Kontrollen vor Ort beziehungsweise durch die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten erfolgen könne.

Der Untersuchungsauftrag sei viel zu weit gefasst und damit unverhältnismässig. Die Untersuchungsbeauftragte soll «allfällige weitere relevanten Geschäftsbeziehungen» untersuchen. Dieser Auftrag führe dazu, dass die Untersuchungsbeauftragte ungehemmt und ausufernd Untersuchungen tätigen könne, die mit Blick auf deren Kostenstruktur und der Tendenz, jeweils grössere Teams für solche Aufträge einzusetzen, sehr hohe Kosten zur Folge hätten. Bestätigt habe dies das Kick-Off-Meeting vom 28. Juni 2024. Seitens der Untersuchungsbeauftragten hätten drei Personen teilgenommen und die Vorbereitungsliste zeige, wie umfassend die Beschwerdeführerin ohne jegliche Einschränkung der abzudeckenden Zeitspanne über sämtliche Bereiche ihrer Geschäftstätigkeit Auskunft zu erteilen habe. Die zu erbringenden Auskünfte würden weit über die in Ziffer 3 des Dispositivs der verfügten Aufträge hinausgehen, was unzulässig sei.

4.4 Die Einwände der Beschwerdeführerin sind unbehelflich. Befindet eine Behörde über vorsorgliche Massnahmen, ist sie nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende tatsächliche oder rechtliche Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (Urteil des BGer 2C_149/2020 vom 23. Juli 2020 E. 3.1). Aus den Darlegungen der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin und den gesamten Akten ergeben sich hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Sachverhalt einer weiteren Abklärung bedarf. Aufgrund der Abklärungen wird zu beurteilen sein, ob die Beschwerdeführerin und die X._____ AG aufsichtsrechtliche Bestimmungen möglicherweise verletzt haben beziehungsweise verletzen. Im jetzigen Zeitpunkt ist nicht zu beurteilen, ob Interessenkonflikte vorliegen. Hierzu sind unter Berücksichtigung von personellen, organisatorischen und wirtschaftlichen Verflechtungen die Geschäftsbeziehungen und Transaktionen zwischen der Beschwerdeführerin, der X._____ AG, A._____ und weiteren natürlichen sowie juristischen Personen zu ermitteln. Weiter ist die Werthaltigkeit der Depots der Beschwerdeführerin durch die erfolgte Umschichtung von Anlehensanteilen mit fraglicher Werthaltigkeit und Liquidität aus den Fonds der X._____ AG in die Depots der Vermögensverwaltungskunden fraglich. Der Abklärungsbedarf ist ausgewiesen. Aufgrund der Anhaltspunkte für eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen kann die Vorinstanz den

Sachverhalt durch eine Kontrolle vor Ort beziehungsweise durch Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten klären lassen. Dabei steht es in ihrem Ermessen, mit der Untersuchung einen aussenstehenden Untersuchungsbeauftragten zu mandatieren.

4.5 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Gebot der Verhältnismässigkeit sei verletzt. Als vorsorgliche Massnahme wurde vorliegend die Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten angeordnet. Weitergehende Massnahmen, wie zum Beispiel die Sperrung von Bankkonten oder die Eintragung der Untersuchungsbeauftragten im Handelsregister mit der Ermächtigung, für die betroffene Gesellschaft anstelle von deren Organen zu handeln, wurden von der Vorinstanz nicht angeordnet. Die Anordnung zur Einsetzung einer Untersuchungsbeauftragten ist zweifellos geeignet, die sachverhaltlichen Grundlagen einer allfälligen Gefährdung von Gläubiger- und Anlegerinteressen zu klären. Sie ist auch erforderlich. Eine mildere, gleich geeignete Massnahme steht – namentlich angesichts der Schwere des Anfangsverdachts und der Komplexität des Sachverhaltes – nicht zur Verfügung. Schliesslich ist sie auch verhältnismässig im engeren Sinn. Die öffentlichen Interessen, die Anleger sowie den Ruf und die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktplatzes Schweiz zu schützen, überwiegen das Interesse der Beschwerdeführerin, keine Untersuchungsbeauftragte einzusetzen, deutlich. Das gilt für die Einsetzung der Untersuchungsbeauftragten wie auch für den Umfang des Untersuchungsauftrages. Die Anordnung der Vorinstanz ist geeignet, erforderlich und zumutbar, um den Sachverhalt abzuklären und bei einer Verletzung von Aufsichtsrecht die notwendigen Massnahmen zu treffen und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes zu sorgen (Art. 1 i.V.m. Art. 4, 6 und 31 FINMAG).

4.6 Die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten zur Klärung des Sachverhaltes und die Anordnung der damit verbundenen Massnahmen sind nicht zu beanstanden (Art. 36 Abs. 2-4 FINMAG).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin verlangt mit dem Eventualantrag, die Kosten für die Untersuchungsbeauftragte auf maximal Fr. 40'000.– und den Stundenansatz auf maximal Fr. 200.– zu beschränken. Sie hält dazu fest, die Stundenansätze seien zu hoch und unangemessen. Zudem bestehe keine gesetzliche Grundlage. Zwar bestimme Art. 36 Abs. 4 FINMAG pauschal, dass die Kosten der Untersuchungsbeauftragten die Beaufsichtigten zu tragen haben, eine detaillierte Regelung über deren Festsetzung fehle

indessen. Bei der Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten handle es sich um keine sehr anspruchsvolle Tätigkeit, welche einen Stundensatz von mehr als Fr. 200.– rechtfertige. Mehr als Fr. 200.– pro Stunde erhalte im Kanton Bern auch kein amtlicher Anwalt oder amtliche Anwältin in teilweise äusserst komplexen Strafverfahren. In diesem Stundenansatz seien auch die erforderlichen Sekretariatsarbeiten eingeschlossen, wogegen diese Arbeiten gemäss angefochtener Verfügung mit Fr. 120.– pro Stunde entschädigt würden. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der durchschnittliche Stundenansatz der vorliegenden Untersuchungsbeauftragten (Fr. 316.–) im Vergleich mit dem durchschnittlichen Stundenansatz für Prüfungsgesellschaften (Fr. 158.– bis Fr. 226.–) bei Banken, welche ein Minimalkapital von 10 Mio. Fr. aufweisen, deutlich höher sei. Die Rechnungen der Untersuchungsbeauftragten sowie die von der Vorinstanz verfüigten Stundenansätze seien daher nicht verhältnismässig.

Genügend Anhaltspunkte für sehr hohe Kosten würden nach der ganztägigen Stichprobenprüfung mit zwei Personen seitens der Untersuchungsbeauftragten, welche Kosten in der Höhe von Fr. 4'268.75 verursacht habe, bestehen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb zwei Personen dafür notwendig waren und warum weitere Kundendossiers stichprobenartig geprüft werden sollen. Die Festsetzung eines Kostendachs sei deshalb angezeigt, weil das durchschnittliche Honorarvolumen für die Untersuchung bei bewilligten Finanzintermediären in den vergangenen drei Jahren zwischen Fr. 0.5 und Fr. 1.07 Millionen betrug. Mit Blick auf die bereits gestellten, äusserst hohen Rechnungsbeträge (Totalbetrag Fr. 143'849.45) sei zu bezweifeln, dass die Vorinstanz die Rechnungen periodisch auf ihre Verhältnismässigkeit prüfe. Zudem bestreitet die Beschwerdeführerin die solidarische Haftbarkeit mit der X. _____ AG für diesen bereits in Rechnung gestellten Betrag.

5.2 Die Vorinstanz hält fest, dass angesichts der Komplexität des zu untersuchenden Sachverhaltes nicht nachvollziehbar sei, wie die Beschwerdeführerin zum Schluss gelange, dass es sich um «keine sehr anspruchsvolle Tätigkeit» handle. Es sei offensichtlich, dass eine kantonale Verordnung über die Entschädigung von amtlichen Anwältinnen und Anwälten keine Anwendung auf Bundesverwaltungsverfahren finde. Vorliegend handle es sich um ein sehr anspruchsvolles Untersuchungsmandat, das namentlich Spezialkenntnisse im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen, aber auch in Bewertungsfragen voraussetze. Eine zusätzliche Komplexität entstehe durch die internationale Komponente des Sachverhaltes, insbesondere durch die involvierte ausländische kollektive Kapitalanlage. Die Vorinstanz

habe ein Offertverfahren durchgeführt und sich gestützt auf die eingegangenen Offerten unter Berücksichtigung der Kosten für das aus ihrer Sicht beste Angebot entschieden. Die gewählte Untersuchungsbeauftragte verfüge über ein ideales Profil für den in Frage stehenden Untersuchungsauftrag. Diesem Profil würden die festgelegten Stundenansätze entsprechen.

Auch die Festsetzung eines Kostendachs von maximal Fr. 40'000.– sei weder mit Blick auf die Komplexität des Sachverhaltes noch auf die durchschnittlichen Erfahrungswerte der letzten Jahre realistisch. Es sei widersprüchlich, wenn die Beschwerdeführerin in Kenntnis von Art. 36 Abs. 4 FINMAG eine angeblich fehlende gesetzliche Grundlage für die Festsetzung von Stundensätzen oder Kostendächern rüge, aber genau eine solche Festsetzung verlange. Die Beschwerdeführerin habe es selbst in der Hand, die anfallenden Kosten durch kooperatives Verhalten für sie positiv zu beeinflussen. Schliesslich seien die Beauftragten der FINMA verpflichtet, ihre Mandate wirtschaftlich auszuüben. Die Rechnungen hätten verhältnismässig zu sein, was periodisch überprüft werde.

5.3 Gemäss Art. 36 Abs. 4 FINMAG tragen die Beaufsichtigten die Kosten der oder des Untersuchungsbeauftragten. Betreffen die Kosten mehrere Beaufsichtigte, werden sie diesen solidarisch auferlegt (BENEDIKT MAURENBRECHER/ANDRÉ TERLINDEN, in: Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2019, Art. 36 N 73). Diese Kostenregelung folgt dem Störer- beziehungsweise Verursacherprinzip (Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Das Honorar der Beauftragten richtet sich nach den Anforderungen des Mandats. Die Aufsichtsbehörde unterstellt die Untersuchungsbeauftragten einer engen Kostenkontrolle, wozu auch die periodische Berichterstattung bezüglich der aufgelaufenen Kosten gehört (MAURENBRECHER/TERLINDEN, BSK FINMAG, a.a.O., Art. 36 N 76). Die Kosten müssen verhältnismässig sein. Die Untersuchungsbeauftragten sind verpflichtet, ihre Mandate wirtschaftlich auszuüben (Urteil des BVGer B-7409/2016 vom 3. April 2018 E. 5.2.1; vgl. auch Wegleitung zur ordnungsgemässen Mandatserfüllung für FINMA-Beauftragte vom 15. Februar 2023, Ziff. 3.5).

Art. 36 Abs. 4 FINMAG ist ein Rechtssatz in einem formellen Gesetz. Die gesetzliche Grundlage genügt, um den aufsichtsrechtlich Verpflichteten die Kosten zu auferlegen, die im Rahmen des Untersuchungsauftrages entstehen. Weshalb und inwiefern eine detailliertere Regelung geboten sein sollte, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt und lässt sich auch nicht annehmen.

5.4 Die Beschwerdeführerin führt nicht aus, weshalb ein Kostendach oder ein beschränkter Stundenansatz angezeigt sein sollte. Angesichts der Komplexität des Sachverhaltes und der durchschnittlichen Kosten für einen Untersuchungsauftrag der Vorinstanz über die letzten Jahre ist ein Kostendach von Fr. 40'000.– nicht angemessen. Dasselbe gilt für einen maximalen Stundenansatz von Fr. 200.–. Den notwendigen Spezialkenntnissen im Bereich kollektiver Kapitalanlagen und in Bewertungsfragen wäre mit der Beschränkung des Stundenansatzes auf Fr. 200.– nicht Genüge getan. Daran ändert nichts, dass für amtlich bestellte Anwälte und Anwältinnen im Kanton Bern ein maximaler Stundenansatz in dieser Höhe vorgesehen ist, findet diese Verordnung im Bundesverwaltungsverfahren doch keine Anwendung. Das Argument der Beschwerdeführerin, dass sie den Bestimmungen über kollektiven Kapitalanlagen nicht unterstehe, geht fehl. Zum einen geht es in der Untersuchung um die Verflechtungen zwischen ihr und der X. _____ AG, Verwalterin von Kollektivvermögen; zum anderen bestreitet sie nicht, dass Teile davon in die Depots ihrer Kunden verschoben wurden. Diese bewahrt sie auf (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a KAG). Weiter beanstandet sie mit Blick auf die Kosten, dass zwei Personen der Untersuchungsbeauftragten an der Stichprobenprüfung teilgenommen haben. Die Kosten für die erste Stichprobe, die notabene einen ganzen Tag dauerte, belaufen sich auf Fr. 4'268.75. Sie sind verhältnismässig und nicht zu beanstanden. Da die Untersuchungsbeauftragte periodisch über die aufgelaufenen Kosten Bericht zu erstatten hat und diese einer engen Kostenkontrolle unterliegen, sind die Bedenken der Beschwerdeführerin dahingehend, dass ein zu hoher Stundenansatz resultieren könnte, entkräftet. Die Vorinstanz kann die gesetzlichen Mittel auch gegenüber «Nicht-Beaufsichtigten» einsetzen (vgl. E. 2.2) und ihnen die im Zusammenhang mit einem angeordneten Untersuchungsauftrag angefallenen Kosten solidarisch auferlegen (vgl. Urteil des BGer 2A.119/2002 vom 12. Dezember 2002, Sachverhalt E. 7). Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist abzuweisen.

6.

Der Beweisantrag der Beschwerdeführerin, eine schriftliche Übersicht über die Kosten der von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten für die Jahre 2020 bis 2024 zu edieren, ist zum Beweis nicht tauglich. Abgesehen davon können die Informationen dem Jahresbericht der FINMA entnommen werden. Der Antrag ist in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. dazu BGE 141 I 60 E. 3.3, 136 I 229 E. 5.3 je m.H.) abzuweisen.

7.

Aus den Erwägungen folgt, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht

nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

8.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE), wobei sich dieser vorliegend nicht konkret beziffern lässt, und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 3'500.– festzusetzen.

9.

Ausgangsgemäss ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Jil Gehmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. November 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. (...); Gerichtsurkunde)