

BGer 2C_399/2020 vom 28. Dezember 2020

Bundesgericht, 2020-12-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_399_2020

FR: TF 2C_399/2020 du 28 décembre 2020

IT: TF 2C_399/2020 del 28 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Finanzmarktaufsicht. Dagegen ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 83 e contrario, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

E. 1.2.1

Beschwerden sind primär zulässig gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen (Art. 90 BGG), sei es insgesamt, sei es unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich eines Teils (Art. 91 BGG).

Vor Erlass der Verfügung vom 29. Januar 2020 gewährte die FINMA den Beschwerdeführerinnen eine Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Einsetzung der E.D._____ GmbH als Prüfbeauftragte und zu deren Prüfungsauftrag. Die Beschwerdeführerinnen äusserten sich daraufhin namentlich mit einem Schreiben vom 16. Januar 2020 und machten dabei unter anderem eine fehlende Unabhängigkeit der als Prüfbeauftragte vorgesehenen Gesellschaft geltend (vgl. lit. A des angefochtenen Urteils).

Bei dieser Sachlage wurde mit der Verfügung der FINMA vom 29. Januar 2020 nicht nur (entsprechend ihrem Wortlaut) die E.D._____ GmbH als Prüfbeauftragte im Sinne von Art. 24a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) eingesetzt und diese Gesellschaft mit der Überprüfung von bestimmten Sachverhalten beauftragt. Zusätzlich wurde damit sinngemäss auch ein (gleichermaßen sinngemäss) gestelltes Ausstands-/Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerinnen vom 16. Januar 2020 betreffend die vorgesehene Prüfbeauftragte abgewiesen. Mit dem vorliegend angefochtenen Urteil wurden diese Anordnungen bestätigt, ohne dass damit das Verfahren vor der FINMA abgeschlossen würde. Damit stellt dieses Urteil keinen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (oder Teilentscheid gemäss Art. 91 BGG), sondern einen Zwischenentscheid dar.

E. 1.2.2

Beschwerden an das Bundesgericht gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide sind nur zulässig, wenn sie die Zuständigkeit oder Ausstandsbegehren betreffen (Art. 92 BGG), einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) 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. 93 Abs. 1 lit. b BGG).

Gestützt auf Art. 92 BGG ist die Beschwerde möglich, wenn der angefochtene Zwischenentscheid den formellen Ausstand einer sachverständigen Person betrifft (vgl.

Urteil 8C_862/2017 vom 23. April 2018 E. 2.2). Im vorliegenden Fall erging das angefochtene Urteil zwar nicht im Rahmen eines eigentlichen Ausstandsverfahrens. Im vorinstanzlichen Verfahren lag aber zur Hauptsache die Frage im Streit, ob die von der FINMA eingesetzte Prüfbeauftragte ausreichend unabhängig ist (nicht mehr streitig waren hingegen bei der Vorinstanz die Einsetzung einer Prüfbeauftragten als solche und der Prüfungsauftrag). In Bezug auf die Frage der Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten ist das angefochtene Urteil als beim Bundesgericht anfechtbarer selbständiger Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren im Sinne von Art. 92 BGG zu qualifizieren.

Gemäss der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung können im Rahmen von Art. 92 BGG nur formelle Ausstandsgründe gegen eingesetzte Gutachter vorgebracht werden. Andere Einwände gegen die Einsetzung von Gutachtern, namentlich auch gegen die fachliche Eignung des Gutachters, können erst im Rahmen von Beschwerden gegen den Endentscheid in der Sache vorgebracht werden (BGE 138 V 271 ; Urteil 8C_896/2017 vom 27. April 2018 E. 3.2.3 und 3.3). Diese sozialversicherungsrechtliche Judikatur ist sinngemäss auch auf Prüfbeauftragte im Sinne von Art. 24a FINMAG anzuwenden.

Vor diesem Hintergrund nicht einzutreten ist auf die vorliegende Beschwerde, soweit damit geltend gemacht wird, die von der FINMA eingesetzte Prüfbeauftragte verfüge nicht über hinreichende Fachkenntnisse im Sinne von Art. 24a FINMAG bzw. entsprechende personelle Ressourcen.

E. 1.3

Als Adressatinnen des angefochtenen Entscheids sind die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG). Insbesondere verfügen sie nach wie vor über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse am Entscheid darüber, ob die von der FINMA eingesetzte Prüfbeauftragte hinreichend unabhängig ist. Daran nichts ändern kann der Umstand, dass die Prüfbeauftragte zwischenzeitlich ihren Prüfbericht fertiggestellt und an die FINMA abgeliefert hat. Dies gilt schon deshalb, weil ein Prüfbericht, welcher von einer nicht im Sinne der massgeblichen Vorschriften als unabhängig zu qualifizierenden Prüfbeauftragten erstellt wurde, im finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren - unabhängig davon, ob die darin enthaltenen Ausführungen zutreffen - nicht verwertet werden darf (vgl. BGE 137 V 210 E. 2.1.3 S. 232; Urteil 6B_171/2012 vom 27. September 2012 E. 1.8).

Nebst ihrem weiterbestehenden Interesse am Entscheid über die Unabhängigkeit der E.D._____ GmbH haben die Beschwerdeführerinnen nach wie vor ein als aktuell zu qualifizierendes Interesse daran, dass für eine allfällige wiederholte Durchführung des Prüfungsauftrages bei fehlender Unabhängigkeit der E.D._____ GmbH eine (andere) unabhängige und fachkundige Person als Prüfbeauftragte eingesetzt wird. Das erforderliche aktuelle Rechtsschutzinteresse ist deshalb, soweit es um die Frage der Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten geht, hinsichtlich sämtlicher Beschwerdeanträge gegeben.

E. 1.4

Mit dem genannten Vorbehalt (E. 1.2.2 am Ende) ist auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 BGG , Art. 42 BGG) einzutreten.

E. 2.1

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundes- und Völkerrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a und lit. b BGG).

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), doch prüft es im Rahmen der allgemeinen Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG) nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel des angefochtenen Entscheids nicht offensichtlich sind (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116). Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine entsprechende Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (qualifizierte Rügepflicht gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 145 I 26 E. 1.3 S. 30 ; 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.; 136 II 304 E. 2.5 S. 314).

Bei der Ernennung des Prüfbeauftragten im Sinne von Art. 24a Abs. 1 FINMAG kommt der FINMA ein Beurteilungsspielraum und damit ein technisches Ermessen zu. Hinsichtlich der Handhabung eines solchen Ermessens überprüft das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts nur auf Rechtsverletzungen hin (vgl. entsprechend zur Ernennung eines Untersuchungsbeauftragten durch die FINMA BGE 131 II 306 E. 3.4.1 S. 318; Urteil 2C_858/2017 vom 15. März 2018 E. 4.2; siehe aber hinten E. 6.2 am Ende).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 BGG). Die betroffene Partei muss rechtsgenügend dartun, dass und inwiefern der festgestellte Sachverhalt in diesem Sinne mangelhaft erscheint und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG in Verbindung mit Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" ist mit "willkürlich" gleichzusetzen (BGE 145 V 326 E. 1 S. 328). Tatfrage ist auch die Beweiswürdigung (BGE 144 V 111 E. 3 S. 112).

Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

E. 2.3

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG ; unechte Noven), was in der Beschwerde näher darzulegen ist. Der vorinstanzliche Verfahrensausgang allein bildet noch keinen hinreichenden Anlass im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG für die Zulässigkeit von unechten Noven, die bereits im vorinstanzlichen Verfahren ohne Weiteres hätten vorgebracht werden können (BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 22 f.).

Echte Noven, d.h. Tatsachen, die erst nach dem angefochtenen Urteil eingetreten sind, bleiben im bundesgerichtlichen Verfahren in jedem Fall unberücksichtigt (BGE 143 V 19 E. 1.2 S. 23 f.; 140 V 543 E. 3.2.2.2 S. 548; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerinnen rügen vorliegend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig bzw. unvollständig festgestellt, indem sie verkannt habe, dass die Prüfbeauftragte mehr als 200 (und nicht bloss "mehrere") Betreibungsverfahren gegen die

Beschwerdeführerin 1 eingeleitet habe und damit mit einem gross angelegten Verfahren gegen die Beschwerdeführerinnen beauftragt gewesen sei.

Die Feststellungen der Vorinstanz zum Sachverhalt fallen vorliegend, was die von der eingesetzten Prüfbeauftragten gegen die Beschwerdeführerin 1 eingeleiteten Betreibungen angeht, in der Tat rudimentär aus. Insbesondere ergibt sich aus ihrem Urteil nicht unmittelbar, dass die Prüfbeauftragte als Vertreterin eines oder mehrerer Gläubiger im September 2019 gegen diese Beschwerdeführerin rund 200 Betreibungen (unter anderem eine solche über einen Betrag von Fr. 5'367'740.--) eingeleitet hat und dabei jeweils vermerken liess, die Betreibungen würden zwecks Unterbruchs der Verjährung eines Haftungsanspruchs im Zusammenhang mit einem fehlerhaften Prospekt vom 31. Oktober 2017 erfolgen. Da sich diese relevanten Tatsachen ohne Weiteres den Akten und den Eingaben der Verfahrensbeteiligten entnehmen lassen, ist der Sachverhalt entsprechend zu ergänzen (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG).

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerinnen machen unter Hinweis auf Handelsregistereinträge auch geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt willkürlich festgestellt, indem sie angenommen habe, dass keine Hinweise auf eine Gewinnbeteiligung des Mandatsleiters der Prüfbeauftragten am Gewinn einer integrierten globalen Gesamtkanzlei und keine Anhaltspunkte auf eine wirtschaftliche Verflechtung der Prüfbeauftragten mit ausländischen, unter "E.D. _____" firmierenden Anwaltsbüros bestehen. Sie rügen diesbezüglich zudem, ihr rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) bzw. ihr Recht auf Beweisaufnahme sei verletzt worden, weil die Vorinstanz einem von ihnen in diesem Kontext gestellten Antrag auf Edition der (angeblich) entscheidungswesentlichen Steuererklärung des Mandatsleiters der Prüfbeauftragten nicht entsprochen habe.

E. 3.2.2

Wie im Folgenden ersichtlich wird, würde sich am Ausgang des vorliegenden Verfahrens selbst dann nichts ändern, wenn der Mandatsleiter der Prüfbeauftragten grundsätzlich (auch) am Gewinn der amerikanischen F.D. _____ LLP beteiligt sein sollte und insofern eine wirtschaftliche (sowie personelle) Verflechtung zwischen dieser Gesellschaft und der Prüfbeauftragten bestünde oder eine andere wirtschaftliche Verflechtung zwischen einem ausländischen, unter "E.D. _____" firmierenden Anwaltsbüro und der Prüfbeauftragten vorliegen würde. Insofern liegt somit keine offensichtlich unrichtige (bzw. willkürliche) oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor und durfte die Vorinstanz, ohne damit das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) der Beschwerdeführerinnen zu verletzen, in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme von Beweisen verzichten (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. mit Hinweisen).

E. 3.3

In der Beschwerde wird auch behauptet, zwei Anwälte der Prüfbeauftragten hätten am 6. April 2019 Strafanzeige gegen die Beschwerdeführerin 1 bei der Staatsanwaltschaft Genf eingereicht. Da es sich diesbezüglich um eine im angefochtenen Urteil nicht festgestellte Tatsache handelt und die Beschwerdeführerinnen nicht hinreichend darlegen, dass erst das angefochtene Urteil dazu Anlass gab, sich auf diese Tatsache zu berufen, ist dieses unechte Novum im Folgenden nicht zu berücksichtigen (vgl. E. 2.3 hiervor).

E. 3.4

Die Vorinstanz hat Äusserungen im Internet, welche nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen die fehlende Unabhängigkeit der von der FINMA eingesetzten Prüfbeauftragten aufzeigen, "einer Anwaltskanzlei in den USA" statt der Prüfbeauftragten zugeschrieben und diese Äusserungen als weder wertend noch diffamierend qualifiziert (vgl. E. 4.2 des angefochtenen Urteils). Zwar machen die Beschwerdeführerinnen auch in diesem Punkt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung geltend. Soweit sie sich dabei auf Äusserungen auf der Homepage www.....com beziehen, welche im angefochtenen Urteil nicht wiedergegeben wurden, sind ihre Ausführungen aber schon deshalb nicht zu berücksichtigen, weil die Beschwerdeführerinnen nicht genügend darlegen, dass erst das angefochtene Urteil dazu Anlass gab, sich auf diese Äusserungen zu berufen (vgl. E. 2.3 hiervor). Hinzu kommt, dass nicht genügend dargetan ist, inwiefern die Vorinstanz aus diesen Äusserungen unhaltbare Schlüsse gezogen haben soll. Es liegt damit auch insoweit keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vor.

E. 3.5

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich ferner im bundesgerichtlichen Verfahren neu auf eine auf den 20./21. April 2020 datierte Übersicht über die Rechnung der Prüfbeauftragten für den Monat März 2020 und verschiedene, ebenfalls nach dem Erlass des angefochtenen Urteils vom 6. April 2020 entstandene Lebensläufe der für die Durchführung des Prüfungsauftrages eingesetzten Personen. Insoweit liegen echte Noven vor, welche ebenso wenig zu berücksichtigen sind wie die damit zusammenhängenden Vorbringen (vgl. E. 2.3 hiervor).

Soweit die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten weiteren Lebensläufe vor dem Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Urteils entstanden sein sollten, sind sie als unechte Noven nicht zu berücksichtigen (vgl. E. 2.3 hiervor). Denn es ist nicht ersichtlich, dass diese Dokumente, mit welchen die Beschwerdeführerinnen aufzuzeigen suchen, dass die Prüfbeauftragte nicht über hinreichend qualifizierte Mitarbeitende verfügt, nicht ohne Weiteres bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätten vorgelegt werden können. Letzteres gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen nach den Feststellungen der Vorinstanz bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht haben, dass die Prüfbeauftragte in personeller Hinsicht über ungenügende Ressourcen verfügt (vgl. E. 7.2 des angefochtenen Urteils).

E. 3.6

In der Beschwerde wird ausgeführt, von der FINMA getroffene Vorkehrungen zur Sicherstellung der notwendigen Geheimhaltung im Rahmen der Ausführung des Prüfungsauftrages durch die Prüfbeauftragte seien unverhältnismässig, weil sie zu einem enormen Aufwand mit Anwaltskosten in Millionenhöhe führen würden. Darauf ist nicht weiter einzugehen, legen die Beschwerdeführerinnen doch diesbezüglich nicht dar, inwiefern die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen willkürlich sein sollen (vgl. E. 2.2 hiervor).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerinnen machen namentlich geltend, die FINMA habe vorliegend die Anforderungen an Prüfbeauftragte im Sinne von Art. 24a FINMAG missachtet und damit Art. 29 Abs. 1 BV verletzt. Ihrer Auffassung nach gelten nach Art. 29 Abs. 1 BV die gleichen Anforderungen an die Unabhängigkeit solcher Prüfbeauftragter wie bei von

Gerichten bestellten Sachverständigen und ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die von der Vorinstanz eingesetzte Prüfbeauftragte E.D._____ GmbH diese Anforderungen aus verschiedenen Gründen (insbesondere aufgrund ihrer Mitwirkung bei den Betreibungen gegen die Beschwerdeführerin 1) nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerinnen rügen in diesem Zusammenhang ferner, die Bestellung der E.D._____ GmbH als Prüfbeauftragte im Sinne von Art. 24a FINMAG verstosse mangels deren Unabhängigkeit bzw. infolge Befangenheit auch gegen Art. 19 VwVG (SR 172.021) in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 BZP (SR 273) in Verbindung mit Art. 34 BGG und Art. 10 Abs. 1 VwVG .

E. 4.2

Die Vorinstanz und die FINMA stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, die für Sachverständige aufgrund von Art. 29 Abs. 1 BV geltenden Anforderungen würden in Bezug auf Prüfbeauftragte nicht greifen, so dass diese Bestimmung vorliegend von vornherein nicht verletzt sei. Sie erklären hierzu, die Funktion und die Kompetenzen der Prüfbeauftragten seien mit denjenigen von Sachverständigen nicht vergleichbar, weil zum einen die Prüfbeauftragten - anders als Sachverständige - nicht die Aufgabe hätten, grundsätzlich ausserhalb der fachlichen Kompetenzen der entscheidenden Behörden liegende Sachverhalte zu prüfen, und zum anderen die FINMA nicht an die Befunde der Prüfbeauftragten gebunden sei. Auch die weiteren, von den Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Rüge der Befangenheit der Prüfbeauftragten angerufenen Vorschriften erachten die Vorinstanz und die FINMA nicht als verletzt.

E. 5.1

Art. 29 Abs. 1 BV garantiert vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen ein faires Verfahren (vgl. dazu BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329 ; 137 I 340 E. 2 S. 341 ff. ; 131 I 272 E. 3.2.1 S. 274 f.). In

Verfahren vor nicht gerichtlichen Behörden gewährleistet Art. 29 Abs. 1 BV den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung; das Gebot der Unbefangenheit der Verwaltungsbehörde bildet einen Teilgehalt dieses Grundrechts (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329 ; 137 I 340 E. 2.2 S. 342 ff. ; 127 I 128 E. 3c S. 130). Der Anspruch auf Unparteilichkeit der Verwaltungsbehörde bringt es mit sich, dass kein befangenes Behördenmitglied am Entscheid mitwirken darf (Urteile 2C_308/2015 vom 7. Juli 2015 E. 2.2; 1C_388/2009 vom 17. Februar 2010 E. 4.1). In Analogie zu Art. 30 Abs. 1 BV (dazu sogleich E. 5.2) verpflichtet Art. 29 Abs. 1 BV eine Amtsperson zum Ausstand, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (vgl. BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125 ; 138 I 1 E. 2.2 S. 3 f. ; 137 I 227 E. 2.1 S. 229).

E. 5.2

Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK stellen besondere Anforderungen an die Unparteilichkeit, Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit von

Richter

innen und Richtern . Nach diesen Bestimmungen hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird.

Befangenheit einer Richterin oder eines Richters ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung nicht nachgewiesen zu werden, dass die Richterin oder der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen (BGE 132 V 93 E. 7.1 S. 109 f.; vgl. auch BGE 139 I 121 E. 5.1 S. 125 ; 137 I 227 E. 2.1 S. 229 mit Hinweisen).

E. 5.3

Die erwähnten, für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit (vgl. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) können nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren bzw. auf das Gebot der Unbefangenheit der Verwaltungsbehörde im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV übertragen werden (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329; 137 II 431 E. 5.2 S. 451 f.). Zu berücksichtigen ist, dass gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt haben und Ablehnungs- und Ausstandsbegehren gegen nicht richterliche Justizpersonen bzw. gegen Personen, die an einem Verwaltungsentscheid in irgendeiner Form beratend oder instruierend mitwirken, im Interesse der Verfahrensbeschleunigung nicht leichthin gutzuheissen sind (BGE 137 II 431 E. 5.2 S. 452). Es kommt hinzu, dass Verwaltungsbehörden regelmässig in eine Verwaltungsorganisation eingebunden und oft (in materieller Hinsicht) eine Partei sind. Insoweit können sie beim Erlass von Verfügungen nicht als im eigentlichen Sinne unparteilich bezeichnet werden (vgl. GEROLD STEINMANN, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 35 zu Art. 29 BV).

Vor diesem Hintergrund sind die Regeln für einen Ausstand bei Verwaltungsbehörden grundsätzlich weniger streng als bei Justizbehörden, zumal Art. 29 Abs. 1 BV - anders als Art. 30 Abs. 1 BV - die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit nicht als Grundsatz der Ausgestaltung der Behördenorganisation statuiert (Urteil 2C_110/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 4 mit Hinweisen). Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände müssen bei Verwaltungsbehörden jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde gewichtet werden (BGE 137 II 431 E. 5.2 S. 452; kritisch dazu STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 10 VwVG , wonach für die Beurteilung des Anscheins der Befangenheit nicht massgeblich sein könne, welche Behörde einen Entscheid treffe). Zu differenzieren ist dabei auch nach Verfahrensart, Funktion und Streitgegenstand des betreffenden Verfahrens (BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 330).

Beispielsweise kommt bei Staatsanwälten im Vorverfahren bis zur Anklageerhebung Art. 29 Abs. 1 BV ein weitgehend mit Art. 30 Abs. 1 BV übereinstimmender Gehalt zu (BGE 141 IV 178 E. 3.2.2 S. 180). Hingegen sind bei politischen Exekutivbehörden tendenziell geringere Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu stellen (vgl. BGE 143 II 588 E. 3.2 S. 596 ; 140 I 326 E. 5.2 S. 329 f.), wobei es sich im Einzelfall jedoch

anders verhalten kann (vgl. BGE 140 I 326 E. 6.2 S. 332 zur Frage der Unbefangenheit von Gemeinderatsmitgliedern, die als Mitglieder der entscheidenden Behörde in einem Einspracheverfahren gegen einen durch Private aufgestellten Gestaltungsplan walten).

Kern der Garantie der Unbefangenheit bleibt indes sowohl bei Mitgliedern von Verwaltungsbehörden wie auch bei Gerichtspersonen, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung eines Sachverhalts nicht bereits festgelegt haben (BGE 140 I 326 E. 5.2 S. 329; vgl. ferner zur Ausstandspflicht eines Steuerkommissärs, welcher bereits während des Schriftenwechsels im Nachsteuerverfahren eine Strafanzeige gegen den Steuerpflichtigen eingereicht hatte, Urteil 2C_426/2018 vom 25. März 2019 E. 5.2).

E. 5.4.1

Was die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit von Sachverständigen betrifft, ist zu unterscheiden zwischen gerichtlichen Sachverständigen und von den Verwaltungsbehörden eingesetzten Sachverständigen:

Wird der Sachverständige vom Gericht bestellt, kommt (infolge Vorliegens einer Hilfsperson der RichterIn oder des Richters [so BGE 100 Ia 28 E. 3 S. 1 oben; vgl. auch Art. 57 Abs. 1 BZP]) der in Art. 30 Abs. 1 BV (und Art. 6 Ziff. 1 EMRK) verankerte Anspruch zum Tragen (vgl. BGE 144 V 258 E. 2.3.2 S. 262; 132 V 93 E. 7.1 S. 109; Urteil 1B_519/2019 vom 30. Januar 2020 E. 2.2). Demgegenüber richten sich die (grundrechtlichen) Anforderungen an die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit von Sachverständigen, die administrativ bestellt wurden, nach Art. 29 Abs. 1 BV (Urteil 1B_519/2019 vom 30. Januar 2020 E. 2.2). In Bezug auf die Frage, wie streng letztere Anforderungen sind, ist dabei - wie bei der Frage der Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit von Verwaltungsbehörden (vgl. E. 5.3 hiervor) - insbesondere unter Berücksichtigung der Verfahrensart nach den Umständen des Einzelfalles zu differenzieren. So gilt etwa für medizinische Administrativgutachter gemäss der Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht, dass sie gleichermassen unabhängig und unparteilich wie Richterinnen und Richter sein müssen, wenn ihre Gutachten die Grundlage für die verfügungsweise Entscheidung über einen geltend gemachten Rechtsanspruch bilden; erst recht gilt dies nach dieser Rechtsprechung, wenn die medizinischen Gutachten im anschliessenden Beschwerdeverfahren als Basis gerichtlicher Beurteilung verwendet werden (BGE 137 V 210 E. 2.1.3; Urteil 8C_62/2019 vom 9. August 2019 E. 5.2).

E. 5.4.2

Auf Gesetzesstufe ist in Bezug auf (nicht gerichtliche) verwaltungsexterne

Sachverständige im Verwaltungsverfahren des Bundes vorgesehen, dass das Gebot der Unparteilichkeit der gerichtlichen Experten gemäss Art. 59 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 BZP , wonach die Ausstandsgründe für Gerichtspersonen von Art. 34 BGG für gerichtliche Experten sinngemäss gelten, nur, aber immerhin sinngemäss zur Anwendung kommen (vgl. Art. 19 VwVG). Namentlich mit Blick darauf, dass die Ausstandsgründe von Art. 34 BGG eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gebots der Unbefangenheit bilden (vgl. BGE 120 IV 357 E. 3a S. 364) und diese Ausstandsgründe bei administrativ bestellten (verwaltungsexternen) Sachverständigen im Verwaltungsverfahren des Bundes nur sinngemäss gelten, ist davon auszugehen, dass die gesetzliche Regelung der Unabhängigkeit dieser Sachverständigen keine weitergehenden Garantien der Unabhängigkeit als nach Art. 29 Abs. 1 BV umfasst.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die allgemeine Ausstandsvorschrift von Art. 10 Abs. 1 VwVG zwar bei verwaltungsinternen, nicht aber bei verwaltungsexternen Sachverständigen zur Anwendung kommt (vgl. BGE 123 V 331 E. 1b S. 332 f. [zu Verwaltungsärzten]). Denn bei letzteren Sachverständigen gelten - wie gesehen - die für Richterinnen und Richter massgebenden Ausstandsgründe von Art. 34 BGG sinngemäss (Art. 58 Abs. 1 BZP ; vgl. dazu CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: Christoph Auer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, N. 64 zu Art. 12 VwVG ; BERNHARD WALDMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 64 zu Art. 19 VwVG).

E. 6.1

Nach Art. 24 Abs. 1 FINMAG kann die FINMA nach Massgabe der Finanzmarktgesetze (vgl. Art. 1 Abs. 1 FINMAG) die Prüfung der Beaufsichtigten selbst ausführen oder sie ausführen lassen durch von den Beaufsichtigten beauftragte und durch die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde nach Art. 9a des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; SR 221.302) zugelassene Prüfgesellschaften oder Prüfbeauftragte gemäss Art. 24a FINMAG . Gemäss Art. 24a Abs. 1 FINMAG kann die FINMA eine "unabhängige und fachkundige Person beauftragen, Prüfungen bei Beaufsichtigten durchzuführen".

E. 6.2

Im Gesetz wird nicht näher definiert, was unter einer unabhängigen Person im Sinne von Art. 24a Abs. 1 FINMAG zu verstehen ist. Ebenso wenig ist auf Verordnungsstufe festgelegt, welche Anforderungen an die Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten gelten (DANIEL C. PFIFFNER, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl. 2019, N. 18 zu Art. 24a FINMAG).

In der bundesrätlichen Botschaft wird zur per 1. Januar 2015 ins Gesetz aufgenommenen Bestimmung von Art. 24a Abs. 1 FINMAG (soweit hier interessierend) einzig festgehalten, es werde explizit verlangt, dass der Beauftragte unabhängig sein müsse, Anforderungen an Prüfbeauftragte könnten - anders als bei Prüfgesellschaften und leitenden Prüferinnen und Prüfern (vgl. Art. 9a RAG) - nicht generell-abstrakt für alle möglichen Prüfungsaufträge festgelegt werden, und es sei aus heutiger Sicht davon auszugehen, dass die FINMA hinsichtlich der Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten teilweise sogar noch strengere Anforderungen stellen müsse als an Prüfgesellschaften, leitende Prüferinnen sowie leitende Prüfer (Botschaft des Bundesrates vom 28. August 2013 zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften, BBl 2013 6857 ff., 6872). Daraus lässt sich nicht ableiten, wie das gesetzliche Unabhängigkeitserfordernis konkret zu handhaben ist.

Das Erfordernis der Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten im Sinne von Art. 24a Abs. 1 FINMAG bezweckt im Kern, ebenso wie die verfassungsrechtliche Garantie der Unbefangenheit, sicherzustellen, dass der Ausgang des Verfahrens für alle Beteiligten offen erscheint, die Beurteilung des Sachverhalts bzw. die Prüfung also nicht jemandem anvertraut wird, bei welchem der Anschein besteht, dass er sich bereits im Voraus festgelegt hat. In teleologischer und systematischer Hinsicht ist diese Bestimmung mithin als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gebots der Unbefangenheit zu verstehen. Dies spricht dafür, die Bedeutung des Gebots der Unabhängigkeit von Art. 24a Abs. 1 FINMAG in verfassungskonformer Auslegung in Anlehnung an die verfassungsrechtlichen

Grundsätze zur Unbefangenheit zu bestimmen, und zwar, weil der Prüfbeauftragte (wie die FINMA [vgl. hinten E. 7.2]) nicht zum Justizwesen zählt, in Anlehnung an die zu Art. 29 Abs. 1 BV entwickelten Grundsätze. Auch folgt daraus, dass hinsichtlich des Begriffes der Unabhängigkeit von Art. 24a Abs. 1 FINMAG der FINMA (entgegen deren Vernehmlassung [S. 6 f.]) kein Beurteilungsspielraum im Sinne eines technischen Ermessens zusteht (vgl. zum technischen Ermessen E. 2.1 hiervor).

E. 6.3

Die von der FINMA publizierte Wegleitung zur ordnungsgemässen Mandatserfüllung für FINMA-Beauftragte vom 28. November 2013 enthält eine Regelung zur Unabhängigkeit der Beauftragten (Ziff. 5 der Wegleitung). Festgehalten wird in dieser Wegleitung namentlich, dass die Beauftragten ihre Aufgaben objektiv und unvoreingenommen auszuführen haben und die Unabhängigkeit weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein darf (Ziff. 5.1 der Wegleitung). Als Konstellation, welche auf fehlende Unabhängigkeit des Beauftragten schliessen lässt, nennt die Wegleitung insbesondere eine enge Beziehung des Beauftragten zu einem Mitglied des Verwaltungsrates oder zu einer anderen Person mit Entscheidfunktion oder zu einem bedeutenden Aktionär der Beaufsichtigten oder ihren Rechtsvertretern (fehlende Unabhängigkeit aufgrund von persönlichen Interessen; Ziff. 5.2.1 der Wegleitung). Ferner hält die Wegleitung fest, dass unter Umständen aufgrund öffentlicher Äusserungen des Beauftragten zur Beaufsichtigten auf Befangenheit zu schliessen ist (Ziff. 5.2.3 der Wegleitung).

Als Verwaltungsverordnung stellt die Wegleitung der FINMA zwar "nur" deren "Meinungsäusserung" über die Auslegung der anwendbaren Rechtssätze dar, welche das Gericht nicht bindet (vgl. BGE 141 III 401 E. 4.2.2 S. 404 f.). Das Bundesgericht weicht jedoch von dieser Wegleitung, soweit sie rechtmässig ist, nicht ohne triftigen Grund ab, wenn deren generell-abstrakter Gehalt eine dem individuell-konkreten Fall angepasste und gerecht werdende Auslegung der massgebenden Rechtssätze zulässt, welche diese überzeugend konkretisiert (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsverordnungen BGE 144 III 353 E. 2.2 S. 355 f.; Urteil 2C_266/2019 vom 23. Januar 2020 E. 1.5).

E. 7.1

Für die Frage nach der Strenge des anzuwendenden Massstabes in Bezug auf die sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ergebenden Anforderungen an die Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten im Sinne von Art. 24a FINMAG ist eine einzelfallbezogene Beurteilung unter Berücksichtigung von Stellung, Aufgaben und Funktion des Prüfbeauftragten vorzunehmen. Dies ist (sinngemäss) aus der grundrechtlichen Rechtsprechung zur Unabhängigkeit von administrativ bestellten (verwaltungsexternen) Sachverständigen abzuleiten (vgl. E. 5.4.1 hiervor), zumal Prüfbeauftragte grundsätzlich den im Verwaltungsverfahren des Bundes bestellten verwaltungsexternen Sachverständigen gleichzustellen sind (vgl. auch Urteil 2C_790/2019 vom 14. September 2020 E. 7.3, wonach der Bericht eines

Untersuchungsbeauftragten im Sinne von Art. 36 FINMAG als Sachverständigengutachten im Sinne von Art. 12 lit. e VwVG gilt), auch wenn ihre Funktion nicht vollumfänglich derjenigen von herkömmlichen, administrativ bestellten verwaltungsexternen Sachverständigen entspricht (vgl. dazu hinten E. 7.3).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Prüfbeauftragte Aufgaben der FINMA übernimmt und Untersuchungen "als verlängerter Arm der Aufsichtsbehörde" (vgl. PETER

NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl. 2019, S. 564) führt. Der Prüfbeauftragte erfüllt seinen Auftrag als unmittelbarer Vertreter der FINMA. Es liegt eine Delegation von hoheitlichen Aufgaben an einen Privaten vor. Verwaltungsrechtlich gesehen gilt der Prüfbeauftragte als Beliehener (PFIFFNER, a.a.O., N. 5 zu Art. 24a FINMAG ; zum Begriff der Beleihung vgl. auch Urteil 2C_39/2018 vom 18. Juni 2019 E. 2.4; ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, 2010, S. 94 ff.). Aufgrund dieser Stellung des Prüfbeauftragten ist davon auszugehen, dass die Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten jedenfalls nicht weiter gehen muss als die Unabhängigkeit der FINMA selbst. Letzteres gilt auch deshalb, weil sich die Aufgaben des Prüfbeauftragten auf die Prüfung bei Beaufsichtigten beschränken (vgl. Art 24a Abs. 1 FINMAG), ihm keine Eingriffskompetenzen oder Kompetenzen zur Vornahme von Handlungen anstelle der geschäftsführenden Organe der Beaufsichtigten zukommen (vgl. CAROLE CLAUDIA BECK, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, 2019, S. 50; PFIFFNER, a.a.O., N. 7 zu Art. 24a FINMAG) und die FINMA für die Schlüsse, welche sie aus einem von einem Prüfbeauftragten erstellten Bericht zieht, resp. für die aufgrund eines Prüfungsberichts ergriffenen aufsichtsrechtlichen Massnahmen selbst verantwortlich bleibt.

E. 7.2

Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass die FINMA eine Entscheidbehörde der dezentralen Bundesverwaltung sei, welche als solche nicht eine richterliche Funktion, sondern eine Aufsichtsfunktion wahrnehme. Daraus ist abzuleiten, dass sich die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der FINMA nicht nach Art. 30 Abs. 1 BV , sondern nach Art. 29 Abs. 1 BV richten und damit grundsätzlich ein weniger strenger Massstab als bei Gerichten anzulegen ist (Urteil 2C_110/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 4.4 und 5; zur Unabhängigkeit der FINMA vgl. auch NINA ARQUINT, Die FINMA als unabhängige Behörde, GesKR 1/2009, S. 12 ff.; NINA ARQUINT/SILVIA KISS, Die Unabhängigkeit der FINMA mit Blick auf die parlamentarische Oberaufsicht, GesKR 2/2015, S. 175 ff., insbesondere S. 177; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., N. 16 zu Art. 10 VwVG).

E. 7.3

Anders als administrativ bestellte Sachverständige, welche beigezogen werden, um Sachverhalte festzustellen, welche ausserhalb der Fachkompetenzen der Verwaltungsbehörde liegen, nehmen Prüfbeauftragte im Sinne von Art. 24a Abs. 1 FINMAG Aufgaben wahr, die in fachlicher Hinsicht ebenso gut von der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. der FINMA erfüllt werden können (vgl. entsprechend zu den Unterschieden zwischen Untersuchungsbeauftragten im Sinne von Art. 36 FINMAG und Sachverständigen im Sinne der StPO BRIGITTE UMBACH-SPAHN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA, in: Ackermann/Wohlers [Hrsg.], Konkurs und Strafrecht, 2011, S. 180 ff., S. 189). Da die FINMA über das zur Prüfung der Beaufsichtigten notwendige Fachwissen verfügt, ist sie auch in der Lage und befugt, einen von einem eingesetzten Prüfbeauftragten erstellten Prüfungsbericht einer fachlichen Prüfung zu unterziehen und nötigenfalls bei ihrem Entscheid über aufsichtsrechtliche Massnahmen - allenfalls gestützt auf die im Rahmen eines weiteren Prüfungsauftrages im Sinne von Art. 24a Abs. 1 FINMAG gewonnenen Erkenntnisse - von diesem abzuweichen (vgl. dazu auch PFIFFNER, a.a.O., N. 2 zu Art. 24a FINMAG mit Hinweis auf AB S 2014, 391, wonach im Gesetzgebungsprozess seitens des Bundesrates klargestellt wurde und mit

der Formulierung "Prüfungen bei Beaufsichtigten" im Gesetzestext Niederschlag gefunden hat, dass die FINMA

wiederholte Prüfungen anordnen kann).

Ob vor diesem Hintergrund ein Ausstandsgrund bei einem Prüfbeauftragten im Sinne von Art. 24a FINMAG zurückhaltender zu bejahen ist als bei einem administrativ bestellten verwaltungsexternen Sachverständigen im herkömmlichen Sinne, muss hier - wie im Folgenden ersichtlich wird - nicht abschliessend geklärt werden.

E. 7.4

Selbst wenn in Bezug auf

Untersuchungsbeauftragte im Sinne von Art. 36 FINMAG ein strenger Massstab hinsichtlich der Unabhängigkeit anzulegen wäre (vgl. dazu Urteil 2C_771/2019 vom 14. September 2020 E. 12.2), liesse sich daraus nicht ableiten, dass Entsprechendes auch für Prüfbeauftragte im Sinne von Art. 24a FINMAG gelten müsste. Dies gilt schon deshalb, weil Untersuchungsbeauftragte nach Art. 36 FINMAG weitergehende Befugnisse als Prüfbeauftragte nach Art. 24a FINMAG haben, indem sie namentlich damit beauftragt und ermächtigt werden können, von der FINMA angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (vgl. Art. 36 Abs. 1 FINMAG ; PFIFFNER, a.a.O., N. 7 zu Art. 24a FINMAG).

E. 7.5

Soweit es um Prüfbeauftragte für finanzmarktaufsichtsrechtliche Verfahren gegen Grossbanken geht, ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass der Kreis der möglichen Prüfbeauftragten tendenziell beschränkt ist: Zum einen nehmen Grossbanken bei Rechtsstreitigkeiten notorischerweise regelmässig die Dienste von wenigen Anwaltskanzleien in Anspruch, und würden diese Kanzleien damit als potenzielle Prüfbeauftragte, würde an das Erfordernis der Unabhängigkeit ein strenger Massstab angesetzt, bereits grundsätzlich infolge Anscheins der Befangenheit ausscheiden, selbst wenn sie in fachlicher Hinsicht - nicht zuletzt aufgrund ihrer Erfahrungen im entsprechenden Bereich des Bankensektors - hinreichend qualifiziert wären. Zum anderen ist davon auszugehen, dass die übrigen Anwaltskanzleien, welche über ein für Prüfungsaufträge betreffend Grossbanken hinreichendes Wissen und Know-how verfügen, ihre Kenntnisse häufig dadurch erlangt haben, dass sie als Vertreter von Gegenparteien von Grossbanken in Rechtsstreitigkeiten aufgetreten sind. Auch bei solchen Anwaltskanzleien könnte mithin, falls ein strenger Massstab angelegt würde, aufgrund offener oder kürzlich geschlossener Mandate im Zusammenhang mit der beaufsichtigten Grossbank regelmässig der Anschein der Befangenheit bestehen, welcher einer Übernahme von Prüfungsaufträgen der FINMA entgegenstünde.

Der Umstand, dass für von der FINMA erteilte Prüfungsaufträge bei Grossbanken ein Markt mit wenigen potenziellen Anbietern zur Verfügung steht, spricht somit dafür, das Kriterium der Unabhängigkeit nicht zu streng zu handhaben.

E. 7.6

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die nach Art. 24a Abs. 1 FINMAG und Art. 29 Abs. 1 BV geforderte Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten zu verneinen ist, wenn Umstände vorliegen, die das Ergebnis des Verfahrens nicht mehr als offen erscheinen lassen. Entsprechende Umstände sind indessen zurückhaltender zu bejahen als bei

Gerichtspersonen.

E. 8.1

Nach der Rechtsprechung hat ein als Gerichtsmitglied amtender Anwalt wegen Anscheins der Befangenheit in den Ausstand zu treten, wenn er ein noch offenes Mandat einer der Parteien hat oder für eine Partei mehrmals oder kurze Zeit vorher anwaltlich tätig geworden ist (BGE 140 III 221 E. 4.3; 139 III 433 E. 2 ; 135 I 14 E. 4.1; Urteil 9C_375/2008 vom 30. Oktober 2008 E. 3.3). Nicht massgebend ist dabei, ob die noch offenen oder schon abgeschlossenen Mandate in einem Sachzusammenhang mit dem als RichterIn oder Richter zu beurteilenden Streitgegenstand standen bzw. stehen (vgl. BGE 138 I 406 E. 5.4.1 S. 409 ; 135 I 14 E. 4.1 S. 16).

Da Ausstandsgründe für Prüfbeauftragte zurückhaltender zu bejahen sind als bei Richterinnen und Richtern (vgl. E. 7.6 hiervor), lässt sich diese Rechtsprechung nicht unbesehen auf die Frage der Unabhängigkeit von Prüfbeauftragten übertragen. Stattdessen sind dann, wenn ein Prüfbeauftragter noch offene Mandate einer Partei eines Verfahrens gegen die vom Prüfungsauftrag betroffene Beaufsichtigte hat oder mehrmals oder kurze Zeit vor der Erteilung des Prüfungsauftrages als Vertreter einer solchen Partei in einem Verfahren gegen die betroffene Beaufsichtigte tätig geworden ist, Umstände, welche nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein fehlender Ergebnisoffenheit des Verfahrens bzw. der Befangenheit des Prüfbeauftragten zu bewirken, (unter Vorbehalt weiterer für die Befangenheit sprechender Umstände) nur dann zu bejahen, wenn die Mandate des Prüfbeauftragten betreffend Verfahren gegen die Beaufsichtigte im Zusammenhang mit dem finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigte standen bzw. stehen. Gegebenenfalls hat der Prüfbeauftragte in den Ausstand zu treten bzw. kommt die betreffende Person mangels Unabhängigkeit im Sinne von Art. 24a Abs. 1 FINMAG und Art. 29 Abs. 1 BV nicht als Prüfbeauftragte in Betracht.

E. 8.2

Vorliegend hat die Prüfbeauftragte, wie ausgeführt, noch im September 2019, also kurze Zeit vor Erhalt des Prüfungsmandates, als Gläubigervertreterin gegen die Beschwerdeführerin 1 rund 200 Beteiligungen (unter anderem über einen Forderungsbetrag von Fr. 5'367'740.--) eingeleitet. Zwar müssen diese Beteiligungen als zahlreich bezeichnet werden und standen mit den bis siebenstelligen Forderungsbeträgen beträchtliche Summen auf dem Spiel. Indessen wird weder substantiiert behauptet noch ist ersichtlich, dass diese Beteiligungen mit den Umständen zusammenhängen, die zur Einleitung des finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahrens gegen die Beschwerdeführerinnen und zum in Frage stehenden Prüfungsauftrag (Abklärungen rund um die Observation von Personen) geführt haben. Die Einleitung der Beteiligungen durch die Prüfbeauftragte für sich allein lässt diese Prüfbeauftragte damit bei objektiver Betrachtung nicht als befangen erscheinen. Ob Letzteres - wie die Vorinstanz annimmt - auch deshalb der Fall ist, weil die Beteiligungen gemäss den auf den aktenkundigen Zahlungsbefehlen befindlichen Angaben allein zwecks Unterbruches der Verjährung erfolgten, kann hier dahingestellt bleiben.

E. 8.3

Selbst wenn entsprechend der Darstellung in der Beschwerde davon ausgegangen würde, dass der eingesetzten Prüfbeauftragten nicht nur die im angefochtenen Urteil ausländischen Anwaltskanzleien zugeordneten, sondern auch die auf der Homepage www.....com erwähnten grossen Gerichtsverfahren gegen US-amerikanische Konzerngesellschaften der

A. _____-Gruppe zuzurechnen wären und eines dieser Gerichtsverfahren zwecks Vorbereitung einer Klage gegen die Beschwerdeführerinnen in der Schweiz dienen sollte, liesse sich daraus - auch bei Berücksichtigung der weiteren Umstände wie der erwähnten Betreibungen - nicht auf einen Anschein der Befangenheit der Prüfbeauftragten schliessen:

Zum einen besteht nämlich nach den insoweit bindenden Feststellungen der Vorinstanz kein Zusammenhang zwischen den von ihr erwähnten grossen Gerichtsverfahren und dem vorliegenden Prüfauftrag (vgl. E. 4.2 des angefochtenen Urteils).

Zum anderen legen die Beschwerdeführerinnen nicht dar, inwiefern die von ihnen (allenfalls) nebst den im angefochtenen Urteil genannten ausländischen Verfahren erwähnten ausländischen Gerichtsverfahren in Verbindung zum Prüfauftrag resp. zur Observation von Personen stehen. Unter diesen Umständen kann aber selbst die allfällige Zurechnung der Beteiligung an den ausländischen Gerichtsverfahren an die Prüfbeauftragte ebenso wenig wie ihre Mitwirkung bei den erwähnten Betreibungen ausschlaggebend sein und kommt es auch nicht darauf an, ob eine wirtschaftliche Verflechtung zwischen der Prüfbeauftragten und der nach der Darstellung in der Beschwerde hauptsächlich in die ausländischen Gerichtsverfahren involvierten F.D. _____ LLP (oder einem anderen unter "E.D. _____" firmierenden ausländischen Anwaltsbüro) besteht.

E. 8.4

Was die im angefochtenen Urteil genannten Ausführungen auf der Homepage www.....com betrifft, beschränken diese sich nach den bindenden Feststellungen im angefochtenen Urteil (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) darauf, in allgemeiner Weise die bisherigen Tätigkeiten der amerikanischen Anwaltskanzlei zu umschreiben (E. 4.2 des angefochtenen Urteils). Es handelt sich demgemäss auch bei Zuordnung dieser Äusserungen zur Prüfbeauftragten (anders als die Beschwerdeführerinnen suggerieren) nicht um Äusserungen, welche ein berechtigtes Misstrauen in die Unvoreingenommenheit der Prüfbeauftragten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung des vorliegend einzig zu beurteilenden Prüfungsauftrages begründen.

E. 9

Es erweist sich somit, dass die von der FINMA eingesetzte E.D. _____ GmbH die Anforderungen an die Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten erfüllt.

E. 10

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 11

Nach dem Unterliegerprinzip (Art. 65 in Verbindung mit Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG) sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen, wobei diese die Kosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung tragen (Art. 66 Abs. 5 BGG). Der FINMA, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, steht keine Entschädigung zu (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.