



Abteilung II
B-589/2020

Urteil vom 6. April 2020

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Hanna Marti Adji.

Parteien

1. X. _____ AG,
2. Y. _____ AG,
3. Z. _____ AG,
alle vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Peter Hafner und Dr. Peter Reichart,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Vorinstanz.

Gegenstand

Einsetzung einer Prüfbeauftragten.

Sachverhalt:**A.**

Am 29. Januar 2020 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber der X. _____ AG, der Y. _____ AG und der Z. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) eine Verfügung mit folgendem Dispositiv erlassen:

- "1. Die A.CH. _____ wird per 31. Januar 2020 als Prüfbeauftragte bei der X. _____ AG, (...), der Y. _____ AG, (...) und der Z. _____ AG, (...), eingesetzt.
2. Die Prüfbeauftragte wird beauftragt, zuhanden der FINMA die Sachverhalte rund um (...) im Sinne der Erwägungen und des beschriebenen Auftrags auf allfällige Verstösse gegen Aufsichtsrecht und internes Regelwerk zu überprüfen und einen Bericht im Sinne der Erwägungen zu verfassen.
3. Die Prüfbeauftragte wird ermächtigt, bei ihrer Prüfung nach Rücksprache mit der FINMA Hilfspersonen beizuziehen.
4. Die Prüfbeauftragte wird verpflichtet, der FINMA unverzüglich Mitteilung zu Vorgängen zu machen, die eine Gefährdung der Gläubiger- und der Anlegerinteressen oder eine Verletzung der Anordnungen des Dispositivs darstellen.
5. Die FINMA behält sich vor, das Mandat der Prüfbeauftragten auszuweiten oder einzugrenzen.
6. Die Kosten der Prüfbeauftragten werden der X. _____ AG, der Y. _____ AG und der Z. _____ AG solidarisch auferlegt. Es gelten die folgenden Stundenansätze:

Mandatsleiter (...)	CHF 750.-
Junior Partner	CHF 550.-
Counsel	CHF 525.-
Senior Associate	CHF 475.-
Associate	CHF 425.-
Junior Associate	CHF 350.-
Sekretariat	CHF 100.-
7. Die Spesen der Prüfbeauftragten gelten mit den vorgenannten Stundenansätzen als mitabgegolten. Ausserordentliche Spesen (wie z.B. Flugreisen), die diesen Rahmen sprengen, werden nur nach vorgängiger Zustimmung der FINMA vergütet.
8. Die Ziff. 1 bis 8 des Dispositivs werden sofort vollstreckt. Einer allfälligen Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung entzogen."

Zuvor hatte die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen mit E-Mail vom 13. Januar 2020 das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Einsetzung der A.CH. _____ (nachfolgend: Prüfbeauftragte) als Prüfbeauftragte und zu

deren Prüfauftrag gewährt. Die Beschwerdeführerinnen hatten dazu insbesondere mit Schreiben vom 16. Januar 2020 Stellung genommen und unter anderem eine fehlende Unabhängigkeit der als Prüfbeauftragte vorgesehenen Gesellschaft beanstandet.

B.

Mit Eingabe vom 31. Januar 2020 haben die Beschwerdeführerinnen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

- "1. Es sei die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 29. Januar 2020, Dispositiv-Ziffer 1, aufzuheben und es sei eine unabhängige und fachkundige Person als Prüfbeauftragte einzusetzen.
2. Eventualiter, es sei die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 29. Januar 2020, Dispositiv-Ziffer 1, aufzuheben und die Sache zur Einsetzung einer unabhängigen und fachkundigen Person als Prüfbeauftragte an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

In prozessualer Hinsicht haben die Beschwerdeführerinnen beantragt:

- "1. Es sei die Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 29. Januar 2020, Dispositiv-Ziffer 8, aufzuheben und es sei die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen.
2. Es sei die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bis zum Entscheid über das Begehren um Wiederherstellung superprovisorisch anzuordnen."

C.

Mit Zwischenverfügung vom 31. Januar 2020 hat das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde insoweit teilweise gutgeheissen, als die Vorinstanz dafür zu sorgen habe, dass – bis zum Entscheid über das Provisorium – die Dokumente nicht analysiert werden dürfen und die Durchführung von Interviews aufgeschoben bleibt. Im Übrigen wurde der superprovisorische Antrag abgewiesen, d.h. die aufschiebende Wirkung wurde (noch) nicht wiederhergestellt.

Weiter wurde der Vorinstanz Gelegenheit gegeben, bis zum 5. Februar 2020 zum Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Mit Verfügung vom

3. Februar 2020 wurden der Vorinstanz die Beschwerdebeilagen zugesandt.

D.

Mit Eingabe vom 5. Februar 2020 hat die Vorinstanz die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerinnen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragt.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 6. Februar 2020 hat das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

F.

Mit Vernehmlassung vom 21. Februar 2020 hat die Vorinstanz folgende Anträge gestellt:

- "1. Auf die Beschwerde vom 31. Januar 2020 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vom 31. Januar 2020 vollumfänglich abzuweisen.
3. Unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerinnen."

G.

Mit Eingabe vom 4. März 2020 haben die Beschwerdeführerinnen zur Vernehmlassung der Vorinstanz unaufgefordert Stellung genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. und Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] sowie Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

Die Beschwerdeführerinnen sind als Adressatinnen der angefochtenen Verfügung direkt betroffen. Sie haben – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung und sind zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie haben das

Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Die FINMA übt die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen, namentlich dem Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0), und nach dem FINMAG (Art. 6 Abs. 1 FINMAG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 FINMAG) aus. 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 (Art. 4 Satz 1 FINMAG). Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 4 Satz 2 FINMAG). Der Finanzmarktaufsicht durch die FINMA unterstehen diejenigen Personen, die nach den einschlägigen Finanzmarktaufsichtsgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen (beispielsweise Banken, Effekthändler, Börsen, Versicherungsunternehmen) sowie die kollektiven Kapitalanlagen (Art. 3 FINMAG).

Gestützt auf Art. 24 FINMAG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 und Art. 23 BankG kann die FINMA bei Beaufsichtigten eine Prüfung selbst durchführen oder die Prüfung durch eine von der Beaufsichtigten beauftragte und nach Art. 9a des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (RAG, SR 221.302) zugelassene Prüfgesellschaft oder durch eine Prüfbeauftragte nach Art. 24a FINMAG ausführen lassen. Als Prüfbeauftragte kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person beauftragen (Art. 24a Abs. 1 FINMAG). Sie umschreibt in der Einsetzungsverfügung die Aufgaben der Prüfbeauftragten (Art. 24a Abs. 2 FINMAG). Die Prüfbeauftragte nimmt im Rahmen des Prüfauftrags als Vertreter der FINMA öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr. Sie hat gemäss den Weisungen der FINMA zu handeln (DANIEL C. PFIFFNER, in: Watter/Bahar [Hrsg.], Basler Kommentar, FINMAG, FinfraG [nachfolgend: BSK-FINMAG], 3. Aufl. 2019, Art. 24a N. 1 ff.; JAN BLÖCHLIGER, in: St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastuktur [nachfolgend: SGHB-Finanzmarktrecht], § 11 N. 94).

2.1 Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 29. Januar 2020 eine Prüfbeauftragte eingesetzt, um einen konkreten Sachverhalt abzuklären. Die

Beschwerdeführerinnen wenden sich weder gegen die Einsetzung einer Prüfbeauftragten an sich noch gegen den Prüfauftrag gemäss Verfügung. Die Beschwerde richtet sich einzig gegen die Einsetzung der beauftragten Prüfperson, deren Unabhängigkeit im Sinne von Art. 24a FINMAG und personelle Ressourcen die Beschwerdeführerinnen als ungenügend erachten.

2.2 Bei der Wahl der Prüfbeauftragten im Sinne von Art. 24a FINMAG steht der FINMA ein erhebliches Ermessen zu. Die Prüfbeauftragte ist ein Verwaltungshelfer. Sie wird als Hilfskraft zur technischen Ausführung einer von der Aufsichtsbehörde klar bestimmten Verwaltungsaufgabe tätig und fungiert als "verlängerter Arm" des Verwaltungsträgers (Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. b FINMAG). Sie hat keine inhaltliche Entscheidungskompetenz. Ihr Handeln und Unterlassen wird dem Verwaltungsträger zugerechnet. Die Prüfung an sich orientiert sich insbesondere an den Risiken, die vom Beaufsichtigten für die Gläubigerinnen und Gläubiger, die Anlegerinnen und Anleger, die Versicherten und die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ausgehen können (Art. 24 Abs. 2 FINMAG).

2.3 Angesichts dessen und insbesondere auch des Zwecks von Art. 24a FINMAG, d.h. der Durchführung einer Prüfung, bedeutet Unabhängigkeit im Sinne von Art. 24a FINMAG zunächst und vor allem, dass die Prüfbeauftragte in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu den von der Prüfung betroffenen, beaufsichtigten Gesellschaften oder zu deren Revisionsstelle stehen darf. Von untergeordneter Bedeutung ist weiter, dass die Prüfbeauftragte in kein Verfahren gegenüber der Aufsichtsbehörde involviert ist, welches aufgrund eines Interessenskonflikts einer ordnungsgemässen Vornahme der Prüfung entgegenstehen würde (in diesem Sinne auch DANIEL C. PFIFFNER, BSK-FINMAG, Art. 24a N. 23 ff.; JAN BLÖCHLIGER, SGHB-Finanzmarktrecht, § 11 N. 94; vgl. auch die ähnlichen Voraussetzungen an die Unabhängigkeit einer für die gleiche Aufgabe einsetzbaren zugelassenen Revisionsstelle: Art. 7 f. der Finanzmarktprüfverordnung [FINMA-PV, SR 956.161], Art. 11 RAG i.V.m. Art. 11f und 11c der Revisionsaufsichtsverordnung [RAV, SR 221.302.3] sowie Art. 728 OR [SR 220]).

Dass die obgenannten Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt. Sie gehen selbst davon aus, dass hinsichtlich des Unabhängigkeitserfordernisses der Prüfbeauftragten die gleichen Grundsätze wie für die spezialgesetzlichen Prüfgesellschaften gelten. Weiter ist unbestritten, dass die mandatierte

Prüfbeauftragte über die nötige Erfahrung und das erforderliche Spezialwissen verfügt.

3.

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die Rechtsprechung zur richterlichen Unabhängigkeit im Sinne von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG [SR 173.110]. Sie erachten die Ausstandsgründe von Art. 34 BGG als sinngemäss anwendbar, weil der Bericht einer Prüfbeauftragten verwaltungsrechtlich als Sachverständigengutachten i.S.v. Art. 12 Bst. e VwVG gelte.

3.1 Wohl trifft zu, dass ein (nebenamtlicher) Richter als befangen erscheint, wenn er in einem früheren Verfahren als Anwalt die Gegenpartei vertrat (BGE 135 I 14; BGE 138 I 406) oder die Kanzlei, der er angehört, ein offenes Anwaltsmandat hat (BGE 139 III 433), weil ein Richter beiden Seiten im Prozess "Gerechtigkeit widerfahren zu lassen hat".

Anderes gilt für die Prüfbeauftragte. Weder ist sie Richter noch hat sie Entscheidungskompetenz. Die Prüfbeauftragte richtet nicht, sondern erstellt einzig einen Sachverhalt und prüft gemäss und im Rahmen des ihr erteilten Auftrags. Sie untersteht den Weisungen der FINMA.

3.2 Hinsichtlich ihrer Funktion ist die Prüfbeauftragte zwar insoweit mit einem Sachverständigen vergleichbar, als dass sie gestützt auf besondere Sachkenntnis einen Bericht über die Sachverhaltsprüfung und die Sachverhaltenswürdigung erstellt, ohne eine rechtliche Würdigung vorzunehmen (in diesem Sinne zur Aufgabe eines Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG, dem gemäss Art. 36 Abs. 2 FINMAG jedoch erheblich weitergehende Kompetenzen zukommen als einer Prüfbeauftragten: vgl. BVGE 2018 IV/5 E. 7.5.2 m.w.H.; MAURENBRECHER/TERLINDEN, in: BSK-FINMAG, Art. 36 N 17 ff. und N 21 ff.). Sachverständige werden beigezogen, um Sachverhalte zu prüfen, die grundsätzlich ausserhalb der fachlichen Kompetenzen des entscheidenden Richters liegen. So kommt einem Sachverständigen namentlich im Sozialversicherungsrecht oder bei spezifischen Fachfragen eine wichtige Rolle zu. Gemäss gefestigter Rechtsprechung darf der Richter vom Gutachten des Sachverständigen nicht ohne triftige Gründe abweichen und hat im Zweifelsfalle ergänzende Beweise zur Klärung zu erheben bzw. ein Zweitgutachten einzuholen (vgl. statt vieler BGE 145 II 70 E. 5.5; BGE 132 II 257 E. 4.4.1).

Im Gegensatz zu einem Richter, der aufgrund eines Sachverständigen-gutachtens urteilt, ist die FINMA Fachbehörde. Sie ist als Finanzmarkt-aufsichtsbehörde unter anderem zuständig für die Beaufsichtigung von Banken, hat besondere Sachkunde und kann die Prüfung nach Art. 24 FINMAG bei Beaufsichtigten selbst durchführen (Art. 23 BankG i.V.m. Art. 24 FINMAG; DANIEL C. PFIFFNER, in: BSK-FINMAG, Art. 24 N 74). Sie ist kompetent, die Befunde und Schlüsse der Prüfbeauftragten umfassend zu prüfen und nachzuvollziehen, ihre eigene Sachverhaltswürdigung anzustellen oder auch eine Nachprüfung selbst durchzuführen (vgl. auch BGE 145 II 70 E. 5.5).

3.3 Vor diesem Hintergrund kann für Prüfbeauftragte – bei einer analogen Anwendung der Ausstandsregeln – nicht der gleiche Massstab für den Anschein der Befangenheit wie für Sachverständige oder gar wie für Richter gelten, zumal ihre Funktionen nicht vergleichbar sind, die Generalklausel von Art. 34 Abs. 1 Bst. e BGG ("andere Gründe") auszulegen ist und die Gesetzesbestimmung über einen doppelten Verweis von Art. 19 VwVG und Art. 58 Abs. 1 BZP bloss sinngemäss zur Anwendung gelangt.

4.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Prüfbeauftragte sei Teil einer international tätigen Anwaltskanzlei, die sich ihrer Tätigkeit gegen die Beschwerdeführerinnen rühme. Die Äusserungen auf der amerikanischen Homepage würden eine feindselige Haltung zum Ausdruck bringen. Aufgrund mehrerer gegen die Beschwerdeführerinnen eingeleiteter Betreibungen sowie aufgrund ausländischer Vertretungsmandate von mit ihr verbundenen Gesellschaften in grossen Verfahren gegen die Beschwerdeführerinnen fehle die nach Art. 24a FINMAG erforderliche Unabhängigkeit. Es bestehe nicht nur der Anschein der Befangenheit, was für sich alleine genüge, sondern sie sei aufgrund zahlreicher Verfahren, die sie als Rechtsvertreterin gegen die Beschwerdeführerinnen geführt habe, auch tatsächlich befangen.

4.1 Die Vorinstanz führt in der Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung und in der Vernehmlassung aus, der blosser Umstand, dass die Prüfbeauftragte in der Vergangenheit Drittpersonen in Rechtsstreitigkeiten gegen die Beschwerdeführerinnen vertreten bzw. beraten habe und dass teilweise ausländische (rechtlich und wirtschaftlich unabhängige) unter A. _____ firmierende juristische Personen in bestehende Rechtsstreitigkeiten gegen Gruppengesellschaften der Beschwerdeführerinnen involviert gewesen seien bzw. noch seien, vermöge den Anschein

fehlender Unabhängigkeit nicht zu begründen. Der Prüfgegenstand weise keinen Zusammenhang zu den angesprochenen Rechtsverfahren auf. Es bestünden keine Abhängigkeiten oder Verflechtungen – d.h. insbesondere keine beteiligungsmässigen, hierarchischen, vertraglichen oder wirtschaftlichen Verflechtungen – zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Prüfbeauftragten. Ebenso wenig vermöge der blosser Hinweis auf der Homepage der A. _____ LLP auf deren Einsatz in Rechtsstreitigkeiten gegen grosse Finanzinstitute eine Feindseligkeit bzw. den Anschein von Befangenheit der Prüfbeauftragten zu begründen. Die Prüfbeauftragte weise die erforderliche Unabhängigkeit i.S.v. Art. 24a FINMAG auf.

4.2 Die vorliegend beanstandeten Äusserungen auf der amerikanischen Homepage stammen nicht von der Prüfbeauftragten, sondern von einer Anwaltskanzlei in den USA. Ohnehin sind selbst die Ausführungen auf der amerikanischen Homepage keineswegs diffamierend oder wertend, sondern umschreiben einzig in allgemeiner Weise die bisherigen Tätigkeiten der amerikanischen Anwaltskanzlei.

Die von den Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme eingereichte Medienmitteilung der Homepage von A. _____ zur Eröffnung des (...) Büros umschreibt die bisherigen Tätigkeiten des alleinigen Aktionärs des (...) Büros wie folgt:

"(...)."

Die Prüfbeauftragte ist folglich nicht – wie von den Beschwerdeführerinnen argumentiert – einseitig gegen Banken tätig, sondern allgemein in "complex disputes in finance", worunter auch die Vertretung von Banken fällt.

Eine einseitige Fokussierung auf die Vertretung von Klienten gegen Banken oder gar eine feindselige Haltung der Prüfbeauftragten – wie die Beschwerdeführerinnen zu erkennen glauben – lässt sich somit in keiner Weise erkennen.

In den von den Beschwerdeführerinnen genannten grossen Gerichtsverfahren sind einzig ausländische Anwaltskanzleien involviert. Die weiter aufgezeigten, gegen die Beschwerdeführerinnen eingeleiteten Betreibungen bezweckten, soweit ersichtlich, bloss den Unterbruch der Verjährung. Dies alleine genügt nicht, dass die schweizerische Prüfbeauftragte bei einer objektivierte Betrachtungsweise als befangen erschiene. Eine Verbindung zwischen den genannten Streitigkeiten und dem Prüfauftrag ist

nicht ersichtlich. Folglich ist ein Interessenskonflikt weder erstellt, noch glaubhaft gemacht.

5.

In ihrer zusätzlichen Eingabe vom 4. März 2020 führen die Beschwerdeführerinnen aus, die Prüfbeauftragte sei wirtschaftlich nicht unabhängig, sondern Teil einer integrierten und global tätigen Anwaltskanzlei. A._____ sei wirtschaftlich und im Marktauftritt eine Einheit, was auch in der Website zum Ausdruck komme. Als Beweismittel führen sie die Medienmitteilung zur Eröffnung der Prüfbeauftragten in der Schweiz sowie ein Video von einem Ausflug an, an dem ca. (...) Partner und Mitarbeiter aus mehreren unter A._____ firmierenden Büros teilgenommen haben. Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Mandatsleiter der Prüfbeauftragten sei als Partner am Gewinn der integrierten Gesamtkanzlei A._____ beteiligt, weshalb auch er nicht unabhängig sei. Sie beantragen neu die Edition der Steuererklärung mit Steuerauscheidung des Mandatsleiters.

5.1 Weder die Tatsache, dass die Prüfbeauftragte ihre Homepage als "Subpage" einer gemeinsam mit den weiteren unter A._____ firmierenden Büros unterhaltenen Website führt, noch die Mitteilung auf der Website, dass das Büro der Prüfbeauftragten durch den Mandatsleiter eröffnet wurde, vermögen die wirtschaftliche Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten zu beeinträchtigen. Der gemeinsame Ausflug mehrerer Büros liefert ebenfalls keine Anhaltspunkte für eine Abhängigkeit.

5.2 Es gibt keinerlei Hinweis dafür, dass der Mandatsleiter – wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet – als Partner am Gewinn einer integrierten globalen Gesamtkanzlei beteiligt wäre. Die Beschwerdeführerinnen substantiieren ihr entsprechendes Vorbringen nicht.

5.2.1 Die Eintragung von Anwälten in ein kantonales Anwaltsregister bedingt unter anderem, dass diese gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61) in der Lage sind, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben, wobei sie Angestellte nur von Personen sein können, die ihrerseits in einem kantonalen Register eingetragen sind. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind angestellte Anwälte einer Anwaltskanzlei, deren Aktionäre und Verwaltungsräte nicht ausschliesslich in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwälte sind, nicht in der Lage, den Anwaltsberuf unabhängig im

Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. d BGFA auszuüben (BGE 144 II 147 E. 5.2 f.; BGE 140 II 102 E. 5.2.2 f.; BGE 138 II 440). Diese Voraussetzung ist bei nur in ausländischen Registern eingetragenen Anwälten nicht gegeben (BGE 140 II 102 E. 5.2.2 f.).

5.2.2 Sowohl der Mandatsleiter als auch weitere Mitarbeiter der Prüfbeauftragten sind als Anwälte in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen. Auch gemäss Handelsregistereintrag der Prüfbeauftragten war der Mandatsleiter zumindest bis (...) Alleinaktionär bzw. alleiniger Gesellschafter der Prüfbeauftragten. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass – unter Verletzung des Anwaltsgesetzes – eine wirtschaftliche Verflechtung der Prüfbeauftragten mit den von den Beschwerdeführerinnen genannten ausländischen Büros bestehen würde.

5.2.3 Damit erweist das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten und des Mandatsleiters als unbegründet. Der Beweisantrag auf Edition der Steuererklärung des Mandatsleiters ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

6.

Zusammenfassend bestehen keine Gründe, die eine objektive und unvoreingenommene Ausführung des Prüfungsmandats durch die Prüfbeauftragte oder ihre Eignung in Frage stellen würden. Dass der Ausgang des Prüfverfahrens aus Sicht der Beschwerdeführerinnen nicht mehr als offen erscheinen würde, machen diese zu Recht nicht geltend. Demnach ist von der Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten, wie von Art. 24a Abs. 1 FINMAG vorausgesetzt, auszugehen.

7.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, es sei nicht ausgeschlossen, dass für die Durchführung des Prüfmandats beigezogene Mitarbeiter nach Beendigung des Prüfmandats in andere Kanzleien von A. _____ ins Ausland zurückkehren und dort Informationen verwenden würden, von denen sie im Zusammenhang mit dem Prüfauftrag Kenntnis erhalten hätten. Organisatorische und personelle Massnahmen würden die mangelnde Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten nicht zu ersetzen und einen Interessenskonflikt nicht zu beseitigen vermögen. Zudem würden die Massnahmen deren personelles Ressourcenproblem verschärfen.

In ihrer zusätzlichen Eingabe vom 4. März 2020 erklären die Beschwerdeführerinnen, bei der Ausführung des Prüfauftrages habe sich gezeigt,

dass der Mandatsleiter der Prüfbeauftragten mit den Beschwerdeführerinnen mit physischen Briefen kommuniziere, die von Boten überbracht würden. Dies sei darauf zurückzuführen, dass die Prüfbeauftragte kein unabhängiges E-Mail System habe und das zentrale E-Mail System von A. _____ in den USA gehostet werde.

7.1 Die Vorinstanz erklärt dazu sinngemäss, die von den Beschwerdeführerinnen konstruierte Drohkulisse betreffe nicht die Frage der Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten. Es gehe vielmehr um hypothetische und jeglicher Sachverhaltsgrundlage entbehrende Mutmassungen in Bezug auf das Verhalten der Prüfbeauftragten betreffend eine strafrechtlich relevante Amtsgeheimnisverletzung. Für den erhobenen blossen Verdacht, die Prüfbeauftragte könnte die erhobene Informationen unrechtmässig verwenden oder an Unbefugte weitergeben, würden keinerlei objektive Anhaltspunkte bestehen. Im Übrigen bestünde dieses strafrechtlich abgedeckte Risiko auch bei jeder anderen potenziellen Prüfbeauftragten. Die FINMA habe im Rahmen der Verfügung gezielte Massnahmen betreffend die Prüfbeauftragte getroffen, welche die vorgebrachten Gefahren im Ursprung beseitigten. Insbesondere stehe den Beschwerdeführerinnen gestützt auf die Verfügung der FINMA die Möglichkeit zu, allfällige Daten, welche nachweislich einen direkten inhaltlichen Konnex zu bestehenden Rechtsstreitigkeiten zwischen ihnen und den unter A. _____ firmierenden juristischen Personen aufweisen, ohne vorgängige Einsicht der Prüfbeauftragten auszusortieren. Damit erhalte die Prüfbeauftragte aufgrund der verfügten Massnahmen gar nicht erst die Möglichkeit, Informationen (die bei ihr noch gar nicht vorhanden sind) unrechtmässig zu verwenden.

7.1.1 Die Beschwerdeführerinnen befürchten eine missbräuchliche Verwendung von vertraulichen Geschäftsgeheimnissen. Das Gesetz schützt die Vertraulichkeit durch das Amtsgeheimnis, dem auch die Prüfbeauftragten unterstehen (Art. 14 Abs. 4 FINMAG). Der Zugang zu vertraulichen Informationen ist indes mit dem Gesetzesinstitut der Prüfbeauftragten verbunden. Es liegen keine konkreten Hinweise vor, dass die Prüfbeauftragte Informationen – in Verletzung strafbewehrten Pflichten – missbräuchlich verwenden würde (vgl. auch Art. 320 StGB [SR 311.0]). Dem Umstand, dass sie eine von mehreren, international miteinander assoziierten Anwaltskanzleien ist, und den von den Beschwerdeführerinnen geäusserten Befürchtungen begegnet die Vorinstanz mit mehreren Massnahmen. So wurde unter anderem der Beizug personeller Ressourcen zweier assoziierter Gesellschaften in Grossbritannien und den USA zur Erfüllung des Prüfauftrags untersagt und der Beizug anderer Hilfsperso-

nen unter die Bedingung der Rücksprache mit der FINMA gestellt. Die Vorinstanz hat die Prüfbeauftragte zur strikten Einhaltung des Amtsgeheimnisses angehalten. In Bezug auf die Datendurchsuchung und Sichtung ist ein Prozess vorgesehen, wonach die Daten durch einen Dritten (Forensikexperten) in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen durchsucht werden und letzteren die Gelegenheit gewährt wird, allfällige mit Blick auf bestehende Rechtsstreitigkeiten nachweislich problematische Daten zur Wahrung ihrer Geheimhaltungsinteressen zuhanden der FINMA auszusortieren. Die Beschwerdeführerinnen haben sich mit diesen Massnahmen nicht substantiiert auseinandergesetzt. Unter Berücksichtigung der vorinstanzlichen Vorkehrungen ist die vorinstanzliche Verfügung insoweit als angemessen zu erachten.

7.1.2 Die Prüfbeauftragte kommuniziert gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerinnen über physische Briefe per Kurier und meidet demnach beispielsweise E-Mails als informelles und nicht vollständig sicheres Kommunikationsmittel. Aufgrund der von den Beschwerdeführerinnen geäusserten Befürchtungen hat die Vorinstanz die Prüfbeauftragte explizit angehalten, sicherzustellen, dass die im Rahmen des Prüfauftrags gewonnenen Daten und damit zusammenhängenden Arbeitsprodukte einzig für Personen einsehbar sind, welche von ihr zur Erfüllung des Prüfauftrags eingesetzt bzw. beigezogen werden. Unabhängig von den Gründen für diesen Kommunikationsweg, zeugt der Entscheid der Prüfbeauftragten für eine briefliche Kommunikation per Kurier mit den Beschwerdeführerinnen von einer sorgfältigen Ausführung des Prüfmandats unter Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerinnen. Die Beanstandungen der Beschwerdeführerinnen betreffend die Kommunikation des Mandatsleiters der Prüfbeauftragten mittels Briefe sind unbegründet und vermögen auch keine Abhängigkeit der Prüfbeauftragten zu belegen.

7.2 Die Beschwerdeführerinnen begründen ihr Vorbringen, wonach die Prüfbeauftragte ihrer Auffassung nach über ungenügende Ressourcen verfügt, einzig damit, dass die Prüfbeauftragte bloss wenige juristische Mitarbeiter beschäftigt, von denen zwei aufgrund ihrer Vertretung von Gläubigern für Betreibungen im Jahr 2019 nicht beigezogen werden könnten.

7.2.1 Die Vorinstanz führt dazu aus, die Sicherstellung der personellen Ressourcen der Prüfbeauftragten für den vorliegenden Prüfauftrag obliege der Prüfbeauftragten. Ihre personellen Ressourcen würden durch die Massnahmen nicht derart eingeschränkt, dass ihr die ordnungsgemässe

Ausführung des Prüfauftrages verunmöglicht würde. Sie verfüge über ausreichende personelle Ressourcen. Überdies liege es auch in der Verantwortung sowie im Interesse der Beschwerdeführerinnen ihrer Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht derart sorgfältig nachzukommen, dass eine effiziente und interessenwahrende Abwicklung des Prüfauftrags sichergestellt sei.

7.2.2 Die Beschwerdeführerinnen substantieren nicht, inwiefern die mit den juristischen Mitarbeitern der Prüfbeauftragten zur Verfügung stehenden Ressourcen für den auf einen klaren Sachverhalt beschränkten Prüfauftrag ungenügend sein sollen. Entgegen ihrer Auffassung stehen der Prüfbeauftragten neben dem Inhaber und Geschäftsführer nicht bloss (...), sondern mindestens (...) weitere Mitarbeiter mit juristischer Ausbildung zur Verfügung ([...], abgerufen am 31.03.2020, wo insgesamt (...) juristische Mitarbeiter aufgeführt sind). Dies selbst ohne Berücksichtigung der beiden Anwälte, die in der Vergangenheit zur Verjährungsunterbrechung für Gläubiger Betreibungen gegen die Beschwerdeführerinnen eingeleitet hatten. Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, kann die Prüfbeauftragte ihre personellen Ressourcen auf das vorliegende Mandat konzentrieren. Damit sind die personellen Ressourcen der Prüfbeauftragten als ausreichend zu erachten. Jedenfalls scheint auch ein Beizug personeller Ressourcen beispielsweise aus assoziierten Büros in Deutschland und Frankreich möglich. Mit einem solchen Beizug stehen der Prüfbeauftragten über (...) Associates, Partner und Counsel sowie zusätzlich Trainees zur Verfügung. Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die personellen Ressourcen der Prüfbeauftragten erweisen sich folglich als unbegründet.

8.

Zusammenfassend erfüllt die Prüfbeauftragte alle erforderlichen Voraussetzungen und ist für die Ausführung des konkreten Prüfmandats bei den Beschwerdeführerinnen geeignet. Die Verfügung der Vorinstanz vom 29. Januar 2020 verletzt kein Bundesrecht und ist auch sonst nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen.

9.

Entsprechend dem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streit-

sache, Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). Im Lichte der in Art. 2 Abs. 1 VGKE genannten Bemessungskriterien sind die Verfahrenskosten auf CHF 5'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von CHF 5'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Hanna Marti Adjii

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: 9. April 2020